שו״ת · אחרונים

שות קרני ראם

רבי רפאל אנקאווא

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות קרני ראם

רבי רפאל אנקאווא

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-קרני-ראם/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 7
סימן ב 21
סימן ג 24
סימן ד 26
סימן ה 39
סימן ו 42
סימן ז 44
סימן ח 71
סימן ט 72
סימן י 76
סימן יא 86
סימן יב 87
סימן יג 89
סימן יד 94
סימן טו 97
סימן טז 100
סימן יז 102
סימן יח 106
סימן יט 110
סימן כ 123
סימן כא 143
סימן כב 145
סימן כג 149
סימן כד 151
סימן כה 158
סימן כו 170
סימן כז 173
סימן כח 176
סימן כט 182
סימן ל 186
סימן לא 187
סימן לב 194
סימן לג 207
סימן לד 207
סימן לה 209
סימן לו 210
סימן לז 211
סימן לח 216
סימן לט 217
סימן מ 218
סימן מא 218
סימן מב 219
סימן מג 223
סימן מד 226
סימן מה 228
סימן מו 230
סימן מז 231
סימן מח 232
סימן מט 238
סימן נ 240
סימן נא 241
סימן נב 242
סימן נג 249
סימן נד 252
סימן נה 256
סימן נו 256
סימן נז 271
סימן נח 276
סימן נט 279
סימן ס 286
סימן סא 298
סימן סב 302

סימן סג 307
סימן סד 311
סימן סה 314
סימן סו 317
סימן סז 322
סימן סח 338
סימן סט 341
סימן ע 348
סימן עא 360
סימן עב 363
סימן עג 367
סימן עד 372
סימן עה 374
סימן עו 375
סימן עז 376
סימן עח 381
סימן עט 383
סימן פ 387
סימן פא 389
סימן פב 389
סימן פג 393
סימן פד 398
סימן פה 401
סימן פו 407
סימן פז 409
סימן פח 414
סימן פט 417
סימן צ 418
סימן צא 420
סימן צב 426
סימן צג 429
סימן צד 432
סימן צה 434
סימן צו 438
סימן צז 444
סימן צח 445
סימן צט 446
סימן ק 450
סימן קא 452
סימן קב 461
סימן קג 466
סימן קד 468
סימן קה 474
סימן קו 476
סימן קז 478
סימן קח 480
סימן קט 485
סימן קי 486
סימן קיא 489
סימן קיב 492
סימן קיג 495
סימן קיד 496
סימן קטו 498
סימן קטז 501
סימן קיז 502
סימן קיח 505
סימן קיט 508
סימן קכ 509
סימן קכא 510
סימן קכב 517
סימן קכג 520
סימן קכד 533
סימן קכה 540
סימן קכו 543

סימן קכז 551
סימן קכח 552
סימן קכט 553
סימן קל 555
סימן קלא 560
סימן קלב 562
סימן קלג 565
סימן קלד 566
סימן קלה 567
סימן קלו 577
סימן קלח 585
סימן קלט 588
סימן קמ 590
סימן קמא 592
סימן קמב 595
סימן קמג 599
סימן קמד 604
סימן קמה 611
סימן קמו 612
סימן קמז 615
סימן קמח 618
סימן קמט 621
סימן קנ 623
סימן קנא 632
סימן קנב 636
סימן קנג 636
סימן קנד 639
סימן קנה 641
סימן קנו 652
סימן קנז 654
סימן קנט 677
סימן קס 686
סימן קסא 698
סימן קסב 705
סימן קסג 710
סימן קסד 717
סימן קסה 732
סימן קסו 736
סימן קסז 745
סימן קסח 753
סימן קסט 762
סימן קע 778
סימן קעא 788
סימן קעב 790
סימן קעג 797
סימן קעד 799
סימן קעה 800
סימן קעו 807
סימן קעז 810
סימן קעח 813
סימן קעט 815
סימן קפ 821
סימן קפא 822
סימן קפב 823
סימן קפג 826
סימן קפד 827
סימן קפה 828
סימן קפו 834
סימן קפז 837
סימן קפח 839
סימן קפט 844
סימן קצ 847
סימן קצא 848
סימן קצב 860

סימן קצג 866
סימן קצד 867
סימן קצה 869
סימן קצו 872
סימן קצז 875
סימן קצח 877
סימן קצט 879
סימן ר 883
סימן רא 887
סימן רב 889
סימן רג 894
סימן רד 896
סימן רה 897
סימן רו 902
סימן רז 909
סימן רה 914
סימן רט 917
סימן רי 922
סימן ריא 924
סימן ריב 930
סימן ריג 932
סימן ריד 937
סימן רטו 941
סימן רטז 943
סימן ריז 949
סימן ריח 951
סימן ריט 953
סימן רכ 954
סימן רכא 957
סימן רכב 960
סימן רכ"ג 966
סימן רכד 970
סימן רכה 978
סימן רכו 980
סימן רכז 992
סימן רכח 996
סימן רכט 1002
סימן רל 1009
סימן רלא 1010
סימן רלב 1011
סימן רלג 1012
סימן רלד 1013
סימן רלה 1014
סימן רלו 1020
סימן רלז 1022
סימן רלח 1025
סימן רלט 1028
סימן רמ 1035
סימן רמא 1038
סימן רמב 1039
סימן רמג 1040
סימן רמד 1042
סימן רמה 1046
סימן רמו 1054
סימן רמז 1055
סימן רמח 1055
סימן רמט 1056
סימן רנ 1056
סימן רנא 1056
סימן רנב 1057
סימן רנג 1070
סימן רנד 1075
סימן רנה 1077

סימן א

בא לפנינו ה"ר שמואל בן אודיז והעיד וכו' באיין זמן די שמענא לכבאר די המנוח מרדכי ן' צמח נלב"ע על ידי די קתלוה לגוים פדיך זיהא דלקנטרא. שמואל הנז' הווא גאלס יום שב"ק פלחללא דלקנטרא פדוואר ונאזל קדאם לכימא די וואחד לגוי סאחבו הווא גאלס וזאה לגוי סאחבו הנז' אלקיטון וקאלו האדאך מרידיך למהדאווי ומתעללמו עלאס מא טלעתוהומסי מן לוואד. קאלו העד הנז' סכין מרידיך וואזבו לגוי הנז' וקאלו מרידיך למהדאוי הווא וסאחבו. וואזבו העד הנז' מרידיך מא מאתסי קאלו לגוי הנז' וואהלי כיף לי תערפני ונערפך קאלו העד הנז' כיף סארלהום פמותהום קאלו יא וולדי קתלוהום ועמלוהום פלקיטון ועמלוהום פסווארי ורמאווהום פלוואד עד כאן עדות העד הנז' וברר בעדותו העד הנז' באיין דאך זמן מא כאן חתא חד די אישמו מרידיך למהדאווי כא יביע וויסרי פלפווארת די הייא זיהת אלקנטרא מן גיר מרדכי ן' צמח אסלאווי ע"כ וחתומים על העדות הנז' תרי ת"ח שנתקבל העדות בפניהם כראוי לפו"ד ובאו על החתום תרי מג"ת יומ"ץ:

תשובה מה שנלע"ד הוא דאתתא דא שריא לאתנסבא לכל גבר דתצביין ע"פ העדות הנז' די קאלו לגוי האדאך מרידך למהדאווי ומתעללמו עלאס מא טלעתוהומסי מן לוואד וכו' דכוונתו לומר למה הנחתם אותם מושלכים בנהר ולא נתתם אותם לקבורה דזהו פשט כוונתו בלי שום פקפוק אפילו אם לא היה הגוי מפרש דבריו כמו שפירש לבסוף וא"כ על פי עדות זו אשה זו שרייא דמשנה ערוכה שנינו במס' בתרא דקכ"א דבנכרי אם היה מתכוון אין עדותו עדות ובגמרא שם מוקי דבין נתכוון להתיר בין נתכוון להעיד אין עדותו עדות וקאמר שם אלא מתניתין דקתני ובנכרי אם היה מתכוון אין עדותו עדות היכי משכחת לה ופירוש הקושיא הוא פשוט דהואל ובנתכוון להתיר או להעיד אין עדותו עדות א"כ היאך יש שום צד אחר נשאר להתיר בו על ידי הגוי ותרץ תלמודא במסל"ת כההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי דשכיב חיואי ואנסיבה רב יוסף לדביתהו וכו' ע"כ וכך אפסיקא הלכתא דמסל"ת משיאין אשה על פיו כמ"ש הפוסקים והטוש"ע אהע"ז סי"ז ס"ג יע"ש:

אלא דמה שעומד לנגדי הוא סברת הר"ן בתשובה הביאה הרב"י בסי"ז ז"ל והר"ן בתשובה כתב ולענין מה שאמרת כי הגוי שבא לפנינו ואמר מסל"ת איש פלוני מת לבד אם נאמר שהוא מתכוון להעיד כל זמן שלא יקדים דברים אחרים דומיא דמאן איכא בי חסא וכו' אין ספק שכל מי שנתכוון להעיד אומר אותו דבר לבדו ומי שהוא מסל"ת אינו אומר אותו דבר לבדו אלא בקשר עניין לפניו או לאחריו וכל שלא אמר כן אינו אומר

כמספר דברים אלא כרוצה להודיע אותו דבר לבדו ואינו נאמן וכולהו עובדי דגמרא הכי מוכחי עכ"ל. וסיים הרב"י על זה וכתב והרד"ך בתשובו' החזק בדעת זו של הר"ן והאריך מאד להוכיח שהפוסקים סוברים כן ושלא כדברי מוהר"י טיטצאק עכ"ל. נמצינו למדין לדברי הר"ן ומהרד"ך המחזק בסברתו דכל שלא היה הספור על ידי קשור דברים או מקודם או אח"כ לא הוי מסל"ת וא"כ בנדו"ד דלא היה כאן קשור דברים כמובן מדברי העד דבא הגוי ושאל לו עלאס מא טלעתוהומס מן לוואד וכו' וגם סוף דבריו לא היו כי אם להודיע מיתתו היאך היתה ולא נתקשרו הדברים בדברים אחרים א"כ לא הוי מסל"ת לפי סברת הר"ן ומהרד"ך וסיעתם:

אלא דמצאנו רפואה מן התורה לזה מדברי הרב"י שסיים שם על דברי הר"ן וכתב עליהם וז"ל וההר"י טיטצאק כתב לי דראיות הר"ן בתשובה זאת חלושות וכו' ושבכל בתי דינים שהיו בסאלוניקי בימי איתני וגאוני עולם שהיו בה פשט המנהג להתיר באמור הגוי איש פלוני בר פלוני או ממקום פלוני מת אעפ"י שלא יקדים שום דבר ובלבד שלא יתכוון לא להתיר ולא להעיד ע"כ וכך הם דברי הריב"ש ובתשובות שכתבתי בסמוך. וכן אמר לי מורי הרב מהר"י בירב שהוא מורה להתיר בפשיטות עכל"ה. א"כ הואל ומצאנו כמה גאונים חלקו על סברת הר"ן קמאי ובתראי ונתפשט המנהג בסלוניקי להתיר וכן עשה מעשה רבו של מר"ן וכך מר"ן דעתו נוטה כמו שיראה המעיין מתחילת דבריו עד סופם שכתב במעשה של משה סוסי דדעתו להתיר הגם דלא היה שום קשור דברים יעו"ש. ואל יקשה בעיניך מה שמצינו למר"ן בסי"ז סי"ד דפסק לסברת הרמב"ם שכתב וז"ל כבר אמרנו שהכותי שהסיח לפי תומו וכו' כצד היה מסל"ת ואומר אוי לפלוני וכו' או כשהייתי בא בדרך וכו' וכיוצא בדברים אלו שהם מראים שאין כונתו להעיד הרי זה נאמן וכו' ע"כ א"ך מיחזי דלא מקרי מסל"ת אלא במסיים דבריו ויהיה ניכר אדם שאין כוונתו להעיד וזה מיחזי כסברת הר"ן וא"כ לכאורה מיחזי דסברת מר"ן לפסוק דבעי קשור. אלא דזה אינו דהגם דמצינו להרמב"ם דנקט כך בלישניה לא תטעה לומר דבעי קשור כהר"ן ולא כתב כן אלא כמו שפירש הריב"ש בדבריו כמו שכתוב בתשובת הריב"ש הראשונה שהביא הרב"י שם שכתב וז"ל אבל אם לא בא לב"ד ואמר מעצמו איש פלוני מת כמספר דברים מסל"ת נקרא ואין צריך שיאמר בדבריו כל אותם הדברים שהזכיר הרמב"ם שהוא לא הביאם אלא לרוחא דמילתא וכו' ובתשובה שניה ג"כ של הריב"ש שהביא אח"כ ג"כ כתב וז"ל וכן נראה מדברי הרמב"ם שאינו פסול אלא במתכוון להעיד אע"פ שהביא בדבריו שאומר הגוי אוי לו לפלוני וכו' איני חושב שאמר הרב לעכובא דהא לא אמר בגמרא אלא שכיב חיואי טבע חסא וכו' ע"כ א"כ הרי מוכח

מדברי הריב"ש דהרמב"ם לאו לעכובא אמרה אלא לרוחא דמילתא וכן נראה מדברי הרב"י עצמו דכך ס"ל שהרי כשיבא להשמיענו חדוש זה דקשור דברים לא הביאו אלא משם הר"ן ומוהרד"ך ולא הזכיר מסברת הרמב"ם בזה כלל דדוחק לומר דזהו כוונתו של הרב"י דהיינו מעיקרא הביא דברי הרמב"ם ואח"כ הביא עליהם תשובות הריב"ש דמשם באירה דדברי הרמב"ם לאו לעיכובא ואח"כ הביא עליהם דברי הר"ן וכוונתו לומר דהר"ן ס"ל דהרמב"ם בעי קשור וא"כ נמצינו למדין לדעת הרב"י דדברי הרמב"ם במחלוקת הם שנוים אליבא דהריב"ש והר"ן דזה לא יתכן דהואל ולא נזכר ולא נפקד רמז מזה בדבריו למה נכניס ראשנו בזה לומר דמר"ן מסופק בדעת הרמב"ם אליבא דהר"ן דהואל ומצינו בפשיטות דהריב"ש ס"ל דהרמב"ם לא בעי קשור הכי נקטינן כדבריו והר"ן סברא דנפשיה קאמר ודלא כהרמב"ם. ובפרט אפילו אם תמצא לומר דכך דעתו דהרב"י והכוונה כך היא דדברי הרמב"ם במחלוקת הם שנוים עכ"פ הואל וממינו למר"ן בב"י דעתו הוא להחזיק ולקיים סברת הריב"ש דלא בעי קשור כמו שמובן מכל דבריו בודאי כך דעתו גם בדעת ההמב"ם דלא בעי קשור ומה שהוזקק להעתיק כל דברי הרמב"ם בסי"ד אות באות לישנא דהרמב"ם נקט וכמו דנקטו הרמב"ם לרוחא ולא לעכובא כך הוא לרוחא ולא לעכובא ואין לנו לומר דחזר בו ממ"ש בב"י דנקטינן כדעת הריב"ש ובש"ע חזר בו לפסוק כהר"ן אלא דככחו אז כחו עתה:

וזה נמי מדוקדק מדברי מור"ם עצמו בסי"ד שאחר שכתב מרן דבריו כדברי הרמב"ם סיים מור"ם וכתב וז"ל וכן אם אמר פלוני מת במסל"ת אע"פ שלא אמר דברים אחרים מקרי שפיר מסל"ת ויש מחמירים ע"כ מדברי מור"ם אלו קרו בחיל דמאי דפסק מרן כדעת הרמב"ם הם לרוחא ולא לעיכובא חדא דאם מור"ם ס"ל דמרן לעיכובא כתב כן דהרמב"ם בעי קשור א"כ מאי הא דסיים עלה וכן אם אמר פלוני מת וכו' דמיחזי מלשון זה דלא לחלוק אתי אלא להוסיף על דבריו דאם לחלוק הוא בא הול"ל וי"א וכו' ואפילו מאן דבעי לדמות זה ולומר דאין מזה ראיה דבהרבה מקומות מצינו לפוסקים ולבעלי הכללים שכתבו דבכמה מקומות כותב מור"ם איזה דין או איזה פרט על דברי הש"ע בסתם כאלו מרן מודה לדבריו ואינו כן והא דלא כתב וי"א הוא משום שבדברי הש"ע אין הכריע כ"כ הפר"ח י"ד סע"ב סק"ו יע"ש ובכמה פוסקים שכתבו כן יעו"ש וא"כ גם אנן נימא הכי דמה שכתב וכן אם אמר פלוני מת וכו' לחלוק הוא בא על מרן דבעי קשור כסברת הרמב"ם עכ"פ עדיין יש להקשות מסיפא דדבריו שסיים וכתב ויש מחמירים והיא סברת הריב"ש יעו"ש יש להקשות על זה מה חדש והוסיף לכתוב סברת היש מחמירים הרי לפי סברתו שזהו דעת מרן דבעי קשור א"כ הרי מרן כבר כתב דעת

המחמירים ומה הוסיף מור"ם בזה ואם אמור נאמר דמור"ם דעתו בהגה זו היא לפרש דברי מרן דהיינו בא לומר דדברי מרן במחלוקת הם שנוים דלסברת הריב"ש לרוחה נקטינהו ולסברת הר"ן לחובה נקטינהו אם נאמר דפירוש מור"ם הכי הוא בזה כ"ע יודו דצריך מור"ם לכתוב בלשון זה י"א דהוא הדין אם אמר פלוני מת וכו' ויש מחמירים וכו' דאזי יכולים לפרש דמור"ם בא לפרש דברי הרמב"ם דסתם מרן אלא ודאי מדכתב מור"ם בלשון זה וכן אם אמר וכו' ודאי דכוונתו דס"ל כמרן לרוחא דמילתא נקטה ולוה סיים וכן אם אמר וכו' דכוונתו לומר דודאי מרן לרוחא נקט וסיים איהו דה"ה אם לא היה לרוחא וזה פשוט דלא להוו דברי מרן בב"י עם פסק זה סתראי: ואחרי החפוש מצאנו ראינו כן בפירוש מדברי מרן עצמו בש"ע דהרמב"ם לרוחא נקיט כך וכמ"ש הריב"ש דהא מצינו לו בסי"ז שכתב וז"ל יצא כותי וישראל מעמנו למקום אחר ובא הכותי ואמר איש שיצא מכאן עמי מת משיאין את אשתו וכו' וכתב הרב חל"ם בסקל"ו וז"ל לדעת הר"ן שהובא בהגה לעיל סי"ד גם כאן צריך שיאמר כמה היה נאה או מת פתאום וכיוצא בדברים אלו ע"כ הרי מכאן מוכח לדעת מרן בדעת הרמב"ם לא בעי קשור דאם נפרש דמאי דפסק בסי"ד דמרן סבר דהרמב"ם לעיכובא נקטה א"כ הרי פסקיו בסי"ד עם סי"ז סתראי נינהו אלא ודאי הרמב"ם לרווחא נקט הכי ס"ל למרן והגם דהריב"ש סקנ"ב כתב דלדעת הרמב"ם לא מהני במה שיאמר איש שיצא מעמנו מת וכו' ובעי קשור יעו"ש עכ"פ גם מדבריו אלו יש לנו להביא ראיה דהא לדעתו הרמב"ם מצריך קשור בזה וא"כ שמע מינה לדעת הריב"ש בהרמב"ם לאו לרווחא נקט דבריו אלא לעיכובא וא"כ אם נאמר דמרן גס הוא מפרש דהרמב"ם לעיכובא נקטיה א"כ דברי מרן סתראי פסק דסי"ד עם סי"ז אלא ודאי דהריב"ש לא כתב זה אליבא דמרן אלא סברא דנפשיה הוא דקאמר דהיינו לדידיה דהריב"ש ס"ל דהרמב"ם בעי קשור כדעת הר"ן:

איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה הואיל ורבו כמו רבו סברת החולקים על הר"ן קמאי ובתראי ואחרון הכביד הוא מרן מלכא קרי בחיל בב"י ובש"ע בסעיפים אלו דלא בעי קשור כך נתפשט המנהג הכי נקטינן עיין להריב"ש סקל"ח שכתב דכן פסק בתשובת הרא"ם ומהרשד"ם ותשובת הש"ך ור"י לבית הלוי והרב משאת בנימין יע"ש וכן פסק בק"ע למוהריב"ל סי"ח וכן כתב ג"כ בק"ע של מוהר"ר יעקב בכר שמואל סקכ"ז יעו"ש: והגם דראה ראינו למור"ם בד"מ שכתב וז"ל כתב בהגהות מרדכי סוף יבמות תשובת מהר"ם דכל היכא דאיכא פלוגתא בדינים אלו אזלינן לחומרא הואל וא"א איסורא דאורייתא וכן הוא בפסקי מהרא"י סר"ך עכ"ל. ופסקו במפה שם סט"ו יעו"ש וא"כ מן הראוי יש לנו לחוש לסברת האומרים דמסל"ת בעי קשור דברים הרי מצינו להלח"מ

בס"ת לא מייתי מתשובת הרמ"ב דהרא"ם ס"ל דאפילו איחיד סמכינן בשעת הדחק לקולא ומור"ם אלו ראה דברי המזרח"י לא הוה פסיק כן יע"ש משמע דאין לסמוך על פסק מור"ם זה לפי דעת הרא"ם בשעת כנדו"ד וכדבעינן למימר לקמן ואפילו לדעת הרח"מ שהקשה על הרמ"ב מפשט דברי הרא"ם עכ"פ איהי עצמו כתב דדבריו כך הם כוונתם דהיינו שאין אנו צריכים לילך אחר המחמיר ומאחר דמצינו פוסקים רבים ועצומים שהקילו וכ"ש שהם אחרונים וראו דברי הראשונים וכו' איך לא נפסוק כמותם נמצא משמע להדיא מדבריו דכל היכא דהסברות שקולות וליכא כל הני מעליותא אז אין ראוי להקל וא"כ נמצא דאין כאן מחלוקת בין הרא"ם והריב"ש ובעל ת"ה ומור"ם המחמירים ועיין בגוף תשובת הרא"ם עכל"ה. נמצינו למדין דהרא"מ ס"ל דמור"ם שהביא תשובת הריב"ש ומהרא"י דס"ל אזלינן לחומרא דוקא בסברות שקולות וליכא שום מעליותא אבל בכגון נדו"ד דרבו כמו רבו סברות הפוסקים דלא מצריכי קשור דברים גם יש בזה שעת הדחק גדול שהעלובה הנז' עדיין ביומי בחרותה בשנים ורדופה לילך אחרי מאהביה נוסף על זה שאין תקוה ותוחלת להיות לה עדות אחרת להתירה זולת זה כי בעה"ר זה חמש שנים שנעדר הבעל הנז' ונתקיים בו נשכחתי כמת מלב ודאי אין לך שעת הדחק יותר מזה ודעדיפא מזה הוא עיין להטו"ז שהביא כמה חולקים על סברת ת"ה וכתב דרמ"א עצמו פסק לקולא כמ"ש בס' זה סט"ו יע"ש:

ודעדיפא מכל זה הוא דהא כל עיקר דיניה דרמ"א דאזלינן לחומרא הוא משום ספיקא דאורייתא וכמבואר הדבר בד"מ כנז"ל ועיין להרה"ג מוהח"פ זלה"ה בספר חיים ושלום דף ז"ך שהביא סברת המבי"ט ז"ל דמי שיצא בדרך ללכת למחוז חפצו ונאבד זכרו ולא נודע איה מקומו ובא גוי אחד מסל"ת ואמר דבאותו זמן ראה אחד הרוג בדרך דאשה זו אחר עבור י"ב חדש יצאת מאיסור תורה והאריך שם להביא כמה וכמה פוסקים רבני וגאוני עולם שהסכימו לדעת המבי"ט אלא שהביא קצת החולקים וס"ל דלא מהני י"ב חדש אלא לפחות אחר עבור שתים או שלש שנים יע"ש ומנ"ר הרב הנז' הסכים גם הוא לסברת המבי"ט הואל ורבים הסכימו לסברת המבי"ט וגם רבני סאלוניקי ורבני מצרים תמכו ידיהם על סברת המבי"ט יעו"ש. ועדיפא מזה כתב הרב הנז' בדף י"ד וז"ל והרב מוהרמב"ח בתשובה כי באה בס' גו"ר רצה להכריח דאפילו באשת איש שנעלם בעלה וליכא שום עדות כלל כל שעברו י"ב חדש יצאת מאיסור תורה כמ"ש המבי"ט ומתשובת תה"ד בפי"ב ז"ל יעו"ש וא"כ כמה שגדול כחו של הר' תה"ד להוליד סברא חדשה כי על ידי אומדנא כי לא בא בתוך שנה אחת יצאת מאיסור דאורייתא כל שכן וקו"ח כי יודה הרב ז"ל כשיש עדים על הטביעה ויש אומדנות גם התה"ד יודה להתיר להאשה

לכתחילה עכל"ה אתייא מבינייא דאפילו לסברת המחמירים ובעבור שתי שנים מהם נלמוד בקו"ח לנדו"ד שזה כמו חמש שנים שכבר אבד זכרו של העלוב הנז' ויש עליו אומדנות לאין קץ שודאי מת פשוט דיצאת מאיסור דאורייתא ולא נשאר עלה כי אם כבלי העגון מאיסור דרבנן וא"כ אפילו נימא דעדות זו נכנסה במחלוקת הר"ן אי בעיא קשור או לא ודאי דספיקא דרבנן לקולא ואפילו התה"ד והריב"ש בעלי הסברא דפסק מור"ם דאזלינן לחומרא בכאן יודו דלקולא אזלינן וכמ"ש הרה"ג החבי"ב זלה"ה:

שוב ראיתי להרב הנז' שכך העלה הלכה למעשה דאזלינן בתר הריב"ש דלא בעי קשור וכתב דכן הסכימו כל רבני האחרונים הביאם הרב כנה"ג סטו"ב הגב"י אות ק"א יע"ש כל זה כתבו הרב הנז' בס"ד יעו"ש:

ולע"ד נראה לי עוד לומר דכל מה שכתבנו הוא לרוחא דמילתא דנדו"ד נראה דאפילו הר"ן יודה דלא לבעי קשור דברים דהא זיל בתר טעמא דהר"ן הוא משום דכל שלא אמר דקשור מתכוון להעיד קרינן ואנן קי"ל ובלבד שלא יתכוון לא להעיד ולא להתיר וזה מדוקדק מלשון הר"ן שזכרנו לעיל שכתב וז"ל אין ספק שכל מי שנתכוון להעיד אומר אותו דבר לבדו ומי שהוא מסל"ת אינו אומר אותו דבר לבדו ע"כ וא"כ כל זה יוצדק באומר פלוני מת אזי יש לומר דבא להעיד שמת אבל נדו"ד שבא הגוי לשאול דרך שאלה עלאס מא טלעתוהום מן לוואד לשון זה קרי בחיל דלא בא להודיע מיתתם אלא נדמה לו שכבר ידעו מיתתם ולא בא אלא לשאול למה הניחום בנהר ובזה לקוצ"ד דגם הר"ן יודה שאין לנו להצריכו שום קשור כלל וכעין זה ראיתי להריב"ם שכתב על מה שפסק מרן שם סי"ז יצא כותי וכו' כתב איהו ס"ק נ"ב וז"ל לדעת ב"ח א"צ כאן שום קשור דברים אלא אמרינן שמספר מה שאירע לזה שיצא עמו אבל בעלמא אם אמר פלוני מת בלי קשור חיישינן ע"כ הרי לפניך דאפילו מאן דבעי קשור לא בעי אלא בבא להודיע המיתה אבל במקום דאיכא למתלי דלא נתכוון להודיע אלא מספר דברים וכדומה ומכ"ש כאן דנראה מוכח דלא נתכוון אלא לשאול בזה פשוט לכ"ע דלא בעי קשור. וכעין זה ממש ג"כ ראיתי למהרשד"ם ולהרב עזר"ת נשים הובאו דבריו בס' חיו"ש סוף דף ל"ה ע"ג דשם כתב דמהרשד"ם כתב בס' אהע"ז ס' ר"ס דאם בא הגוי לב"ד ואמר פלוני מת שילכו לקוברו מקרי מסל"ת ואינו מכוון להעיד כיון שעיקר ביאתו לא היה להגיד שמת כי אם לצוות לקוברו וכ"כ הרב עזר"ת נשי"ם יעו"ש הרי לפניך דאפילו בבא לב"ד דכ"ע ס"ל מקרי מתכוון להעיד באופן זה תלינן דלא נתכוון להעיד מכ"ש בנדו"ד לית דין ולית דיין דלא נתכוון להעיד ואליבא דכ"ע לא בעינן קשור והגם שהיה בידינו עוד להביא סברות על זה יותר הואל והלכה רווחת דלא בעינן קשור אין כאן מקום להאריך ללא צורך:

ומעתה הואל וברנו על פי מאמר זה של הגוי שאמר עלאס מא טלעתוהומס וכו' דלא בעי קשור דברים א"כ ע"פ דברי הגוי הנז' יש לנו להתירה דהא כבר מלתינו אמורה במילת עלאס מא טלעתוהומס הוא לשון מבורר הנאמר על מי שהוא הרוג ומושלך בנהר ובפרט כבר פירש דבריו והודיע מיתתו מראש וע"ס והגם דפירושם היה על ידי שאלה זה אינו צריך לפנים דזה הוא הלכתא מרווחת ממעשה דפודנדקית המובא ביבמות דקכ"ב יעו"ש דעל ידי שבכתה כאלו התחילה להסיח ומשם למדו כל הפוסקים ומרן אף עמהם פסקו בסט"ו וז"ל כותי שהסיח לפי תומו תחילה אע"פ ששאלו אותו אח"כ ובדקוהו עד שיפרש כל המאורע הרי זה נאמן ומשיאין ע"פ עכ"ל. ואפילו לסברת הפוס' דס"ל דבעינן למשאל ליה באותו מעמד ולא אחרי כן כמ"ש הרב"ש סקמ"א והרב פת"ש יעו"ש בכאן כאן היו וכאן נמצאו כל הטיבותות דהתחיל להסיח לפי תומו ובאותו מעמד שאלו כמו שמוזכר בקבלת העדות ולא נשאר שום פקפוק בזה:

אלא דעדיין עומד לנגדינו מה שלא נזכר בעדות העד שאמר קברתיו והיא סברת הרי"ף והרמב"ם והרז"ה ואחריהם הלכו כמה גאוני עולם בסברא זו כמו שמבואר הדבר בב"י יעו"ש והגם דמרן בש"ע לא כתב האי סברא אלא בשם י"א וכמ"ש בסי"ז דסתם מעיקרא דלא כהרי"ף וכו' ואח"כ כתב האי סברא בשם י"א ובפרט ראינו להרב"ש סקנ"ד שכתב דמהרש"ך כתב דלא קי"ל כהרמב"ם וא"צ לומר קברתיו יע"ש וכן כתב מוהר"ר יעקב בכר שמואל זלה"ה בק"ע סקל"ו וז"ל מה שכתב הרמב"ם שכל גוי שלא הזכיר שם היהודי צריך לומר קברתיו וכתב הרשב"א והר"ן דאין להקל באיסור א"א נגד הרי"ף והרמב"ם מ"מ כתב מהרא"י דמסקנא דמילתא שלא נהגו העולם לומר קברתיו וכן פה שאלוניקי עיר ואם בישראל כך נהגו משנים קדמוניות ומנהג מבטל הלכה במקום עגונא דאתא יעו"ש וכן ראיתי להרב פת"ש סקפ"ג שכתב דבפסקי מהרא"י יראה שכוונתו לומר דהמנהג היא שלא להצריכו קברתיו בכל ענין שלא כדעת הרמב"ם ז"ל וכ"כ הרב"י בתשובה בדיני מסל"ת ס"ח וכ"כ מהר"י סמוט בתשובה וכ"כ מוהריב"ל ומהרי"ט וכ"כ בתשובות רמ"א יע"ש. אלא דכ"ז מ"מ יש לנו לחוש למ"ש הרב"י משם הרשב"א והריב"ש והר"ן ז"ל כתב רשב"א בתשובה מ"מ מי יקל ראש בדבר של ערוה נגד אבות העולם אין לנו אלא לשת לב ע"כ וכ"כ הריב"ש כיון שיצא הדבר מפי הרי"ף והרמב"ם להחמיר ראוי לחוש לדבריהם כמ"ש הרשב"א בתשובה ומי לא יחוש אחרי הרי"ף והרמב"ם הלא הם גאוני עולם ועמודי ההוראה ומי יתיר אשה שהיא ערוה לדעתם חלילה וכיוצא בזה כתב הר"ן בתשובה שאביא לקמן עכ"ל הרב"י:

אלא דעכ"ז מצאנו ארוכה ומרפא ממה שמצאנו להרב"י שהביא משם הריב"ש והרב המגיד דאמרי דעד כאן לא הצריך הרמב"ם דבעי למימר קברתיו אלא בדלא הזכיר שמו אבל אם הזכיר שמו לא בעי למימר קברתיו ומביא ג"כ משם הר"ן דבמקום שהגוי מכיר המת א"צ לומר קברתיו וא"כ גם בנדו"ד כאן נמצאו וכאן היו הזכרת שמו והכרתו דמלשון הגוי שאמר לו האדאך מרידיך למהדאווי משמע מרידיך הידוע כמו שאביא בע"ה לקמן ראיות על זה ובפרט כמו שמבורר מסוף דבריו הבאים על ידי שאלה מוכח דביודעו ומכירו הוא: הן אמת דראה ראיתי להרב"ש סקנ"ד שכתב וז"ל הנה יש ארבעה שטות בזה דלדעת הריטב"א יש לחלק אם הכותי מכניס את עצמו להכריז פלוני מת אז א"צ לומר קברתיו ולדעת הר"ן והמ"מ והריב"ש אם מכירו אצ"ל קברתיו ולדעת הר"י סאגיס דוקא כשהכותי היה שם בשעת מיתה או הריגה אז הוא דבעי קברתיו ולדעת מהרא"ם יש לחלק בין אם יצא עמו או סבר שמת כיון שנפרד ממנו וכו' יעו"ש וא"כ בנדו"ד לא נמצא אתנו לא סברת הריטב"א דהא בנדו"ד אין כאן הכרזה גם לא נמצא כאן סברת מהר"י סאגיס דהא מעדות הגוי מוכח שהיה עומד שם בשעת ההריגה וראה כל המעשה מראש וע"ס ולא נמצא אתנו כאן כי אם סברת הר"ן והריב"ש והרב המגי"ד דסברי מרנן דעל ידי שם או הכרה לא בעינן קברתיו וגם לפי סברת מהרא"ם גם הוא מודה בזה שהרי כתב הרב כמוהר"ר יוא"ל זלה"ה בספר תוש"י ס' ס"ה וז"ל והרב"ס כתב בשם מהרא"ם דדוקא יהודי שיצא עמו מת הוא דבעי קברתיו אבל פלוני מת לא בעי קברתיו משמע דבמזכיר שמו לחוד מהני להרמב"ם דלא בעי קברתיו עכ"ל וא"כ עכ"פ לא נמצא אתנו לא סברת הריטב"א ולא סברת מוהר"י סאגיס עכ"ז יש לנו להשען על שטת הר"ן והריב"ש והרמ"מ והרא"ם והם עיקר וכמ"ש מוהרר"ב אשכנזי ז"ל הובאו דבריו בק"ע סרנ"א וז"ל אף לדעת הרמב"ם יש הרבה פירושים המ"מ והר"ן ומהרא"ם ומוהר"י סאגיס והריטב"א ומהר"ד בא"ז תפש עיקר פירושו של המ"מ כל היכא דאין מזכיר שמו דוקא בעי קברתיו עכל"ה וכן נמי מצינו למור"ם שלא העלה במפה אלא סברת הר"ן והריב"ש וכו' ולא חש לסברת הריטב"א וכו' וא"כ די לנו להתיר מכח זה וכן הורה זקן הרב יוא"ל ז"ל בפסקו ס' ס"ה שהתיר עגונא דאתתא בלי אמירת קברתיו על סמך פסק רמ"א דבהזכרת שם או הכרה מהני ובכאן כאן נמצא הזכרה והכרה שניהם יחד כמש"ל:

שוב אחרי זאת ראיתי בס' משח"א דרבות"ה בנמוקי מהרש"א זלה"ה בסי"ז שכתב שם וז"ל וצריך לומר דלאו דוקא אכרוזי קאמר הריטב"א אלא כל המוכח מינה דקי"ל דשכיב סגי והכא כיון שאמר שתמהו לדבר כיצד מת פתאום שמע מינה דמת ממש קאמר דכל התימא הזה אינו כדדמי וכו' עכל"ה נמצינו למדין דהואל ופירוש אכרוזי לאו דוקא א"כ

גם כאן יוצדק דברי הריטב"א מראש וע"ס הן מתחילת דבריו דאמר עלאס מא טלעתוהום מן לוואד דודאי אי לא הוה ברירה ליה מילתא שמתו והושלכו לנהר לא הוה אמר לשון זה עלאס מא טלעתוהומם דכוונתו היתה כדי שינתנו לקבורה ומכ"ש מסוף דבריו שאמר קתלוה וכו' פשוט דלית לך אכרוזי יותר מזה נמצא דגם סברת הריטב"א ג"כ נמצאת כן: ומה גם דעדיפא מזה ראיתי להרב"י שכתב משם הריב"ש וז"ל וכתב עוד הריב"ש שאפילו להמצריכין לומר קברתיו לאו דוקא אלא כל שנתעסקו בו בטלטול ממקום למקום כדרך המתים ולא היה נודד וכו' או שלא נתעסק הוא בו אלא אחרים ומעיד הוא שנתעסקו בו אחרים בהא סגי דהשתא ליכא למיחש לדדמי וכו' יעו"ש וסיים עלה וכ"כ הר"ן דכל שאמר דברים שהן ברורים שאין להסתפק בהם שאמר כדדמי סגי יעו"ש וסברא זו של הר"ן והריב"ש פסקה מור"ם במפ"ה סי"ז בלי שום חולק יעו"ש וא"כ פשוט וברור בנדו"ד דאין לך קברתיו יותר מזה שמעיד קתלוה ועמלוה פלקיטון ורזעו עמלוהום פסווארי ורמאווהום פלוואד אין לך טלטול והתעסקות יותר מזה ועדיף מזה הוא שאמר סוף יא וולדי פחאל די תערפני ונערפך אין לך ברור יותר מזה. אלא דפש גבן לברורי כנדו"ז שאמר הגוי מרידך למהדאווי דוקא ולא הזכיר שם אביו של מרדכי גם לא הזכיר שם עירו האמיתי שהוא סאלי אלא למהדאווי וידוע דכנוי זה של למהדאווי הוא נמשך לו מכח כי האיש מרדכי היה דרכו להסתחר בחאנו"ת בהאלמהדייא הנז' הנז' ועל זה היה נקרא בפי הכל למהדאווי אכן שם עירו העיקרי הוא סאלי א"כ לכאורה נראה שאין כאן לא שם אביו ולא שם עירו אלא למהדאווי. הן אמת דספוקי מספיקא לי מלת למהדאווי אם תעלה לו לשם עירו הואיל ושם זה נקרא לו על שם שהיה הולך שם להסתחר ומשם נמשך לו שם זה א"כ הוי כאלו הגוים יודעים דשם עירו היא למהדייא וא"כ הוי כאלו אמר שמו ושם עירו דוקא או דילמא האי מלת למהדאווי לא הויא כי אם כנוי דוקא דהואיל ועיר מולדתו ולידתו היא סאלי ולא נקרא על שם זה אלא משום שדרכו הוה לילך להסתחר בהמהדייא על זה כנוהו על כך וא"כ הדר דינא כאלו אמר שמו ושם אביו דשם הכנוי הוא עולה במקום שם האב כמו שבא הדבר בתשובת מהרא"ם ז"ל הובאו בק"ע סק"ב וז"ל אפילו מאן דמצריך שמו ושם אביו ושם עירו אם יש לו כנוי כגון אברהם פארח די בזה דהכנוי עומד במקום שם אביו ע"כ ובס' ק"ה כתב וז"ל שם כנוי אשכנזי הוי כמו שם אביו ואם לא הוחזק פלוני אשכנזי אחר בכל העיר די בשמו ושם עירו לחוד כמו אברהם פארח שכתב הריב"ש דדי בשם מקומו בלי שם אביו ע"כ וכ"כ בס' שס"ו משם מוהרש"ך זלה"ה וז"ל אם אמר שם כנויו ושם עירו עדיף משמו ושם עירו ע"כ הרי מדברי כלם נלמד דהכנוי במקום שמא קאי וא"כ בכאן שאמר שמו הכנוי להוי במקום

שם אביו והוי כאלו אמר מרידך ן' צמח וזהו הספק שלי אם מילת למהדאווי במקום אב קיימא או במקום עיר:

אלא דאחר ההתבוננות ראיתי דספק זה לא יגהה מזור ולא מבעיא לסברת החולקים על תשובת הרא"ש שהביא הריב"ש והביאה הרב"י בסי' י"ז דבעי בההיא דמכלוף ן' מלול עד שיאמר שם עירו וכן תשובת מהרי"ק ומוהרי"ט והנמק"י שהביא ג"כ הרב"י שם בסט"ז וכתב לבסוף שהם שלא כדברי הרא"ש ופשיטא דספיקא דידן לא יגהה מזור דהא לפי דברי כלם בעינן שמו ושם אביו ושם עירו. אלא אפילו לסברת הרא"ש שם בההיא דמכלוף מלול דמתיר בלי הזכרת שם עירו טעמו הוא משום שהיה ידוע שהלך לפאס ונהרג שם בדרך פאס וכו' אבל בנדו"ד לא מבעיא אם נאמר דמלת למהדאווי היא במקום עירו קיימא הרי אפילו הרא"ש לא נזכר בדבריו דשמו ושם עירו מהני אלא אפילו אם אמור נאמר דמלת למהדאווי במקום שם האב קיימא עכ"פ אין לנו להקל בשמו ושם אביו לחוד דאפילו לדעת הרא"ש דהקל כההיא דמכלוף ן' מלול כבר מלתינו אמורה דהתם היתה על ידי שהלך לעיר פאס וכו' יעו"ש בב"י אבל בנדו"ד לא נמצא סברת מי שיקל בשמו ושם אביו לחוד:

והגם דראינו למור"ם בסי"ח בהגה שהביא שלשה דעות בדין זה ולדיעה קמייתא כתב דאפילו בההיא דיצחק ן' מיכאל שבא להגיד הדבר בעירו ס"ל עכ"ז צריך לומר שם עירו ולדיעה שנית בההיא דבא לעירו בההיא דיצחק ן' מיכאל די בשמו ובשם אביו אבל בעלמא אפילו אמר שמו ושם אביו בעינן שם עירו ולדיעה שלישית ס"ל דבתרי סגי או בשמו ושם עירי או בשמו ושם אביו יעו"ש ובהרב"ש סקנ"ז יעו"ש. נמצא דסברא זאת דשמו ושם עירו או שמו ושם אביו מהנייא אליבא די"א בתרא שהביא מור"ם יעו"ש וראיתי להרב"ש סק"ס שכתב משם מהרשד"ם וז"ל כתב מהרשד"ם סל"ה הלכה למעשה סמכינן אם אמר שמו ושם אביו אפילו לא הזכיר שם העיר ע"כ וכן בא הדבר בתשובות מהר"ם לובלין הובאו דבריו בק"ע סי' שי"ד וז"ל כשמזכיר שמו ושם עירו אפילו לא הזכיר שם אביו משאין אותה כשלא הוחזקו שנים בעיר ששמם כך והוא הדין על ידי בדיקת בני העיר מהני ע"כ וכן פסק מהרש"ך הובאו דבריו ג"כ בק"ע סי' שנ"ז וז"ל בחד סגי שמו ושם עירו או שמו ושם אביו וכן עשה מעשה מורי ע"כ נמצינו למדין דסברא זו דשמו ושם אביו או שמו ושם עירו לא נופלת היא ורבים ועצומים מסכימים עלה אעפ"כ חס וחלילה להקל ראש נגד המחמירים חדא דהא אפילו מור"ם שהעלה במפ"ה באחרונה סברת מאן דס"ל דשמו ושם עירו וכו' מהני לא נשען עליה דהא סיים שם בהגה

וכתב ובמקום שיש אומדנות והוכחות שזה הוא יש להקל ולסמוך אמאן דס"ל דלא בעינן שם. עירו ע"כ מכאן מוכח דלא סמך על סברא השלישית הגם שהביאה באחרונה:
ועדיפא מזה ראיתי להרב חל"ם שתמה תמיהא גדולה על דברי מור"ם בהגה זו ותמיהתו היא דלא יש שום סברא בעולם דאם אמר שמו ושם אביו או שמו ושם עירו דיהני כזה להתיר אשה יעו"ש ומכל הסברות והשלשה דעות עשה דעת אחת יעו"ש והרב"ש ישב השלשה דעות על הדרך שכתבנו דעה הראשונה אפילו בבא לעיר יצחק ן' מיכאל עכ"ז צריך לומר שם העיר ולהשניה באותו אופן א"צ להזכיר שם העיר ובשלישית פירש דבעי שמו ושם אביו או שמו ושם עירו וגם איהו מנ"ר תמה על סברא זו ואמר דסברא השלישית אינה בעולם וכתב עיין חל"ם וכו' והרב טו"ז גם כן הגם דשבש הגה זו והגיה אותה ומשני הסברות האחרונות עשה סברא חדא והיא סברת הרא"ש דהיינו אם הזכיר שמו ושם אביו מהני כההיא דמכלוף ן' מלול עכ"פ הרי סיים וז"ל ולענין הלכה אע"פ שאיני כדאי להכריע מכל מקום אומר אני שאין להקל כלל כדעת הרא"ש דסגי בשמו ושם אביו יעו"ש נמצינו למדין מכל הני אריוותא דאין להקל כלל בלי הזכרת שם אביו וסם עירו וכן כתב מהראנ"ח הובאו דבריו בס' ק"ע ס' רצ"ד וכן כתב מוהר"ר יעקב בכר שמואל זלה"ה הובאו דבריו ג"כ בק"ע סקכ"ט וז"ל מאחר שארבעה גדולי הדור הוא מהרי"ט וריב"ש ומהר"ק והרא"ם ס"ל דצריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו מי הוא זה שיקל ראש כנגדם ובפרט בהיותם בתראי וכו' וכ"ש בהיות הרא"ם ביניהם וקרני ראם קרניו עכ"ל ועד אחרון ראיתי למרן מלכא הובאו דבריו בק"ע ס' קכ"א שכתב ז"ל מה שהתיר הרא"ש בההיא עובדא דמכלוף מלול בלי הזכרת שם העיר אי אפשר לומר כן אלא כשיש עדים שהזכירו שם העיר שיצא משם מכלוף ן' מלול וכו' וכן מפורש בדברי רבינו ירוחם וכו' עכל"ה נמצינו למדין דספיקא דידן אינו מעלה ואינו מוריד דבין אי חשבת למהדאווי לשם אב או לשם עיר אין יוצא משם התירה לאשה זאת. אלא דעכ"ז אמינא ולא מסתפינא דבנדו"ד אפילו מאן דמצריך בשלשתן יחד שמו ושם אביו ושם עירו בכאן יודה דהא זיל בתר טעמא למה מצריכין חוט המשולש הוא מילתא בטעמא דאם אמור יאמר שמו לבדו ושם עירו כגון מרדכי די מן סאלי הרבה מרדכי יש בסאלי ואם אמור יאמר מרדכי ן' צמח אמרינן ג"כ הגם דבעיר זה לא אתחזק אלא מרדכי אחד לבד דילמא יש מרדכי ן' צמח במקום אחר אבל על ידי שלש יצאנו כל הספקות וכל זה יוצדק לנו בשם השכיח בין בני אדם דיכול להיות שיש שם זה במקום אחר ודילמא אחר הוא שמת אבל בנדו"ד ידוע ומפורסם לכל העולם דמהדייא כפר אחד הוא בעולם הנקרא בשם זה ואין שום ישראל בעולם הולך להסתחר בו זולת אנשי סאלי דוקא שהיא קרובה

לכפר הנז' ומעולם לא נראה בעליל שום בר ישראל מסתחר במהדייא כדי שיהיה נקרא על שמה ובעירנו ג"כ לא נראה ולא נשמע שום מרדכי שנסתחר שם במהדייא ונקרא על שמה זולת מרדכי ן צמח זה הנעדר כידוע לכל יעידון יגידון וכמו שנראה מדברי העדים הבאים בק"ע ולדידי חזי לי דנד"ז עדיף מהנהו דהביא בק"ע בסימן שכ"ח משם מהרשד"ם וז"ל מטעם שלא הזכיר שמו ושם אביו ושם עירו כבר הארכתי במקום אחר וז"ל שם בנדון שאמר הישמעאל שהנשים שאלו ממנו בורית ושהשיב אינו נמצא עתה בידי אבל למטה יש לו. אלו הדברים מוכחים שזה ק'וק'ו ישמעאל היה אותו שהיה עומד בבטאן דאל"ך מנין ליהו לנשים שעל העומד בבטאן היה מדבר ואחר דידוע שלא היה בבטאן איש אומן שיקרא קויג ישמעאל כאלו הזכיר בעל האשה יע"ש וגם כאן הואל וערי ושכבי סהדי דלא יש שום מרדכי שנקרא בשם זה זולת מרדכי זה ודאי אשתו מותרת גם זה עדיף משם משפחה שכתב ג"כ שם בס' ש"ל בשם מהרשד"ם וז"ל והטעם לספק הראשון שלא הזכיר שם אביו ולא שם עירו מ"מ בנדו"ד הוי עדיף מדהזכיר שם אביו כיון שהזכיר שם משפחתו דשמו ושם אביו שכיח טובא בעולם א"כ בנדו"ד שהזכיר שם המשפחה יעקב עזר עדיף טפי ואם ימצא שאינו חסר מאותה משפחה שנקרא יעקב עזר אלא זה. אשתו מותרת ע"כ הרי מכאן ג"כ מוכח שהשם הידוע שאין לו שני. אשתו מותרת ובנדו"ד כבר מלתינו אמורה דשם זה אין לו שני בלי פקפוק:

ין זה ג"כ ראיתי בס' חיו"ש בדף ל"ב ע"ב שכתב וז"ל מטעמא אחרינא יש להתיר בנדו"ד דכבר כתבנו משם הרמב"ם דכל שהעיד הגוי שנהרג יהודי אחד שהיה עושה מלאכה בכאן כל שאנו יודעים שלא יש יהודי אחר שהוא עושה מלאכה שם תלינן להקל ואף דלא הזכיר שמו ושם אביו עכ"ז מותרת עכל"ה והיא היא ג"כ תשובת הר"ן שהביא הרב"י בסט"ו יע"ש וז"ל משם הר"ן וכתב עוד באותה תשובה שאע"פ שאמרו באותה תוספתא אין מעידין עד שמכירים שמו ושם עירו ולא בא למעט אלא שאין סומכין על אומד הדעת כגון שמעידין על גוף ארוך או גוץ וכן למעט שאין לסמוך על שמו בלי שם עירו אבל ודאי כל שמעיד בדבר ברור שאין לנו להסתפק באחר משאין את אשתו אע"פ שלא הוזכר. שמו עכל"ה וזהו סברא שאין עליה שום חולק כלל. שוב אחרי החפוש אינה ה' לידי וראיתי בס' משחד"ר בנמוק"י מהר"ם ז"ל בסי"ז שכתב וז"ל וענין שם יוסף פטחיז נראה שזה כמו שמו ושם משפחתו וכו' נלע"ד דנדו"ד כ"ע יודו כיון דאין העולם קורים שם זה דפטחיז ולא' הוחזקו שם באותם הכפרים אחד ששמו פטחיז ואינו שם העצם לזה הנפטר אלא מפני שהגוים שהולך אצלם לשוטט בניהם בדה מלבו לקרות לעצמו שם שאינו שלו ואינו שם כלל. ליכא שים חששא כלל לומר שמא יש אדם ששמו פטחיז

עכ"ל וששתי דכאשר דמיתי כן מצאתי ואדרבא נדו"ד עדיף טפי על פי ההצעה אשר הצעתי לפניך כאשר הדבר ידוע:

ועדיפא מזה עוד יש בנדו"ד דהא נדונו דהר"ן והפוסקים שהבאנו הם איירי בדלא ידעינן שהיה הגוי יודעו ומכירו לזה אלא אנחנו הם שאומרים מסתמא על זה שאנחנו מבקשים הוא מדבר מכ"ש נדו"ד שהגוי המספר והשומע ידעו זה מזה על מי הם מדברים זה לא אמרו שום פוסק שיהיה צריך להזכיר אפילו שמו דהא דבר זה דצריך להזכיר שמו ושם אביו וכו' לאו גזירה היא או חוקה אלא מילתא בטעמא כדי שעל ידי זה יתברר על מי הם מדברים אבל כל שידעינן על מי הם מדברים לענין מאי יהיה צריך להזכיר שמו ושם אביו וכו' וכמו שבא הדבר מפורש בדברי הרמב"ם שפסק מר"ן בסי"ח ביצחק ן' מיכאל שכתב מרן שם ז"ל והשליח אינו יודע מזה מי הוא וכו' על זה סיים מורם והביא אותם סברות הפוסקים שכתבנו לעיל אבל היכא דידע העד מהנהרג וידעינן על מי הוא מגיד א"צ שום דבר וכן בא הדבר בחלקת מחוקק סקל"ח בתוך דבריו שכתב וז"ל וכן היכא שמוכח מדברי העד שכוונתו על זה כגון שהנאבד והעד והשומע מפי עד כולם מעיר אחת ואמר לו דע שפלוני מת אף שלא הזכיר שם אביו אם אין אחר בעירם רק זה ודאי אשתו מותרת דודאי על בן עיר שלהם מספר לו וכן כל כיוצא בזה ע"כ וכן פסק מהר"ם לובלין הובאו דבריו בק"ע שכ"ד וז"ל כל שניכר מתוך דברי הגוי ומסל"ת על מי הם מדברים כגון שהם והשומעים הם ממקום אחד ומגידים דרך התאוננות איך שפלוני ופלוני נהרגו אף שלא הזכיר שם אביו ושם עירו מסתמא על הידוע להם מעיד ודמייא לדאמרו בגמרא מאן איכא בי חסא ע"כ ונדו"ד נמי ברור וידוע שהיה מכיר מרדכי ן' צמח דהא מעדותן של עדים כולם למדנו דשם זה של מרידך למהדאווי לא נראה ולא נשמע שם זה במקום זה של האלפווארא כי אם למרדכי ן' צמח הנעדר א"כ אפילו מתחילת דברי העד המסל"ת נראה פשוט דעל מרדכי ן' צמח בא להגיד מדאמר בלשון זה עלאס מה טלעתוסי האדאך מרידך למהדאווי לשון זה מורה באצבע דעל מרידך הידוע לשניהם הוא מדבר דאם איתא דהגוי לא הוה ידע ממרידך זה אלא שמע שם זה דרך עראי לא הו"ל למימר בלשון זה עלאס מא טלעתוסי האדאך מרידך למהדאווי אלא הו"ל למימר עלאס מא טלעתיסי וואחד ליהודי ישמו מרידך למהדאווי וכו' אלא מדלא אמר כן ש"מ דעל הידוע לשניהם הם מדברים ודבר זה מבורר יוצא מדברי מהרשד"ם המובא בק"ע ס' ש"ס וז"ל כיון שהמעיד הוא מעיר סאלוניקי והתוגר אומר איך הרגו בהנדק יהודי יום טוב בלי ספק דעל יום טוב מסאלוניקי אמר דאל"ך לא הול"ל אלא איך הרגו יהודי בהינדק שמו יום טוב ולא בהא הידוע עכל"ה ובס' שמ"ד הביא ג"כ משם מהרשד"ם אם אמר

שאמר שהרגו את מרדכי נראה שעל מרדכי הידוע להם מדבר דאל"ך איך אמר שהרגו את מרדכי הול"ל הרגו יהודי אחד שמו מרדכי ע"כ עוד שם בס' ש"ע משם מהרי"ט כתב ז"ל אם אמר העכו"ם כי הנה באלי נתעכב והרגו אותו. משמע שהיה באלי הידוע דאל"ך הול"ל כי הנה איש אחד שמו באלי אירע לו כו"כ ע"כ עוד שם בס' שפ"ג משם מהרי"ט יש לסמוך על דברי הגוי ואף שלא הזכיר שם אביו ושם מקומו אלא דוד סתם והטעם שכל הגוים היו דבריהם כלפי היהודים ומדברים על דוד הידוע שלא אמרו איש אחד ושמו דוד אלא היו מזכירים דוד כלומר אותו שאתם יודעים ע"כ ובס' קמ"ה ג"כ הביא תשובת מוהר"ר יעקב בכר שמואל ז"ל וז"ל כיון שהנשים שאלו ליהודים הידעתם דבר משלמה כרוב ולא השיבו על מה אתם שואלים כמה שלמה כרוב יש ש"מ שהיו יודעים על מה הן שואלות כי לא היה שלמה כרוב אחר באותו מקום זולת אותו שהנשים היו שואלות עליו ועליו השיבו הנשים שנהרג והוי כמו שהזכירו שם מקומו עכ"ל והרבה יש מזה ואין צריך להאריך כי אין חולק על סברא זו וממנו נלמד לנדו"ד אפילו מתחילת דברי הגוי ששאל עלאס מה טלעתוהם וכו' פשוט דעל מרידך הידוע להם הם מדברים הואיל ולא נזכר ולא נפקד במקום האל פווארת כי אם מרידך זה והוי ממש כהנהו עובדי דהני פוסקים שהביאנו והתרוה לינשא ונדו"ד עדיף יותר הן מצד תשובתו של שמואל ן' אודיז שהשיב לו מרידך מא מאתס ולא אמר לו איזה מרידך על מה אתה מדבר ש"מ דמרידך אחד הוא הידוע לשניהם ועליו הם מדברים גם במה שהוסיף הגוי ואמר וואהלי יא וולדי פחאל די תערפני ונערפך מזה מוכח ומבורר דעל מרידך הידוע להם הם מדברים כל זה נוסף בנדו"ד על הנהו עובדי שכתבנו דבתחילת הדברים שאמר האדאך מרידך וכו' הוא עדות גמורה לשון זה מורה דעל הידוע הוא מדבר דבלשון זה הוא דמי להנהו עובדי בלי תוסף ובלי הדברים שהוסיף:

ומעתה הואל ומכל הראיות והוכחות נראה דאתתא דא שרייא א"כ גם אשת המשרת מותרת:

והוא ע"פ תשובת ה"ר צ"ץ הובאו דבריו בק"ע ס' ת"י וז"ל אם הכותי מזכיר אחד מחבורה שנהרג הוא ושני אנשים שהיו עמו הולכים בדרך ועל אותו פלוני שמזכיר מעיד עדות מעלייא מותרים גם אשת פלוני ופלוני שהלכו עם זה כיון שידוע לנו מי ומי ההולכים עם אותו פלוני אע"פ שהכותי אינו מזכיר אותם ודומה לכותי האומר זה שהלך עמי מת וידוע לנו הפלוני שהלך דמותרת אשת אותו פלוני ולא אמרינן אותו פלוני הלך לדרכו ואיש אחר נתלוה עמו עכל"ה וא"כ נדו"ד יש לנו להתיר מכ"ש דהא המשרת הזה שכיר הוא בא בשכרו והוא עדיף משנים שנתלוו עם אדם אחר שהתיר הרב צמח צדק זלה"ה

דכאן הוא מושכר לילך לעבוד ולשרת עם מרדכי ולכל אשר יפנה הראם שהוא מרדכי אחריו ילך המשרת א"כ ע"פ פסק הרב צ"ץ גם אשת המשרת מותרת וכל זה נ"ל להלכה ולמעשה עד שיסכימו עמי לפחות תרי רבנן דיתבי על מדין:

ואם היתה הסכמה להתיר עגונא זאת אין לספוקי אם צריכה למנות יומי ההבחנה מיום ההיתר ואלך דהגם דראיתי לשני רבנים גדולים ה"ה כמוהרר"י אביגדור ומוהרר"י אלפאנדרי זלה"ה שנסתפקו בזה הואל ומצאנו דהב"ח ס"ל דיומי ההבחנה נמנים מיום ההיתר שנמנו בשריותא דעגונא או כדעת קו"ל שח"ל וידי"ו ש"ל מש"ה החולקים על הב"ח והובא ספק זה בס' חיו"ש דף כ"א עכ"ז הרי שם נמצא להם תשובת הרה"ג מוהרח"פ זלה"ה דכתב דכל הפוסקים ס"ל דאינה צריכה הבחנה ודברי הב"ח תמוהים הם וכך ענו אח"כ הרבנים הנז' והודו במודים דרבנן כדעת מוהרח"פ זלה"ה ועלתה הסכמתם הסכמת ב"ד צדק דא"צ שום הבחנה אלא לאחר הסכמת הבד"ץ תהיה מותרת לינשא זהו משנלע"ד בסדר בחקות"י תלכ"ו דהאי שתא התרנ"א לפ"ק פה סאלי יפ"ה וצור ישראל ימומ"ן רפאל אנקאווא ס"ט:

פסק זה עלו עמי בשריותא דהאי איתתא הראשון אדם הרה"ג מו"ח נר לבני מערבא שבירושלים כמוהר"ר ישכר אצראף נר"ו ואתו עמו הרב המופלא כמוהר"ר שלום מלכה נר"ו שנשתלח פסק זה לידה"ק על"ה ומכאן באו על החתום הראשון לכל דבר שבקדושה הרה"ג דיינה דלע"ד מו"ר כמוהר"ר מסעוד אנקאווא נר"ו והרב המופלא דיינה דלע"ד כמוה"ר יקותיאל ברדוגו נר"ו:

סימן ב

בענין עדים המסל"ת שבאו להוציא את האשה מכבלי העיגון ולא ספרו הדברים של הגוי מלה במלה כמו שהיו לפניהם אלא אמרו העדים העידו תכלית הדברים ששמעו מפי הגוי שאמר להם שלמה ובנו קתלוהום זמאייר והווא דאז וראהום מקתולין הרי שלא ספרו דברי הגוי אות באות אלא אמרו מכוון העדות אלא שהעדים הם אמרו שהגוי מל"ת הנה ראיתי בקו"ע סרכ"ח בקצור המבי"ט שכתב וז"ל דבר פשוט שלא נסמוך על יהודי שמעיד ואומר כי גוי מסל"ת אמר לו שמת פלוני אלא צ"ל הדברים אב"א שאמר לו הגוי ומהן נדע אנן אם היה מסל"ת ודלא כת"ה שכתב בס' רל"ט להקל דלאו כו"ע דינא גמירי וגם בין החכמים הפרש בכמה דברים עכ"ל וא"כ יש לנו לחוש לסברת המבי"ט ז"ל הן אמת דסברת תרומת הדשן בסרל"ט פסקה מורם בסי"ז סט"ז דשם כתב וז"ל ואפילו לא העיד בפירוש שהכותי הראשון מסל"ת אזלינן מספיקה לקולה ואמרינן.

דודאי מסל"ת הוא ויש חולקין בזה עכ"ל. ואנן קי"ל כמורם במקום שלא גלה מרן דעתו אפילו נגד אלף פוסקים וא"כ הואיל ומורם פסק כסברת תרומת הדשן בסתם דבריו ואנן קי"ל כסתם ודלא כי"א א"כ אין לנו לחוש לסברת המבי"ט ודברי מורם הם מדברי הת"ה וכמ"ש הרח"מ ס"ק ל"ה דמדברי הת"ה הן וא"כ יש לנו לפסוק כסתמה דמורם: אלא דכבר קדמה לנו ידיעה מפסק מורם עצמו בסט"ו דפסק לתשובה הריב"ש וז"ל וכן בכל מקום דאיכא פלוגתא דרבוותא בדינין אלו אזלינן לחומרא ע"כ וא"כ גם כאן יש לנו לחוש לסברת המחמירין שהביא מורם ולסברת המבי"ט אלא דיש לנו לדעת דברי המבי"ט שכתב בלשונו שצריך הישראל לומר אב"א וכו' ודלא כת"ה שכתב בסרל"ט להקל וכו' הנה דינא דת"ה הרי הוא מבורר בסרל"ט דלא היה ספיקו בישראל שהגיד מפי הגוי וישראל לא ספר הדברים אב"א אלא אמר שהגוי מסל"ת הוא לא כך הוא המעשה אלא דנדון הרב תרומת הדשן הוא ממש פסק מורם שבכאן שהיה ספיקו בישראל ששמע מגוי מסל"ת ששמע מגוי אחר ונסתפק הרב בגוי הראשון הואיל ולא נודע אם מסל"ת הוא או לא יעו"ש והואיל והמעשה כך היה על זה סמך הרח"מ לומר דפסק מורם מקורו הוא מת"ה וא"כ לנו יש לב לדעת מהיכן הוציא המבי"ט דישראל המעיד מפי גוי ואמר שהגוי היה מסל"ת דהרב ת"ה ס"ל דמהני ולא בעי למימר אב"א נימא דגם הת"ה ס"ל דצריך הישראל לומר אב"א אלא דמוכרח לומר דהרב המבי"ט ס"ל דישראל הוא עדיף מגוי וכסברת הריב"ש שהביא הרח"מ סקל"ה שכתב וז"ל אבל הריב"ש סי' שע"ז כתב שהרי אין הכותי בקי להכיר אם חבירו מסל"ת וכו' מלשון זה משמע דהגוי הוא דאינו בקי. הא ישראל בקי וא"כ שמע מינה דישראל עדיף וא"כ ממנו דייק המבי"ט לסברת הת"ה דבאומרך הרב ת"ה ס"ל דאפילו גוי מפי גוי א"צ להגיד שהראשון מסל"ת הוא מכ"ש ישראל ששמע אין צריך לומר שהגוי הראשון מסל"ת הוא וא"כ באומרך שאינו צריך לומר אפילו מסל"ת הוא מכ"ש דאין צריך לומר דברים אב"א ועל זה כתב איהו דצריך לומר אב"א וא"כ מעתה הבוא נבא לסברת המבי"ט זאת אם יש לה שום סיוע מדברי הפוסקים אחרים או יחידאה הוא ולדעתי יראה דלא נמצא רמז לדבריו מהפוסקים דקמן דהגם דמורם כתב וי"ח הכוונה היא דצריך גוי השני לומר שהגוי הראשון מסל"ת הוא אבל להצריכו לומר אב"א לא נזכר מזה כלל הן אמת דצל"ע פסק זה דמורם דפסק בסתם דבריו דגוי מסל"ת אין צריך לומר דגוי הראשון מסל"ת הוא ולי"ח ס"ל דצריך לומר היאך יתיישב שהגוי הזה השני המל"ת יוצדק בו שיאמר שהראשון מסל"ת הוא אם הכוונה היא דצעידה הראשונה א"צ לומר דמסל"ת הוא ולי"ח צריך שיאמר מסל"ת א"כ הרי מתכוון להעיד והואיל ומתכוון הוא להעיד מה אהנייא לן עדותו או נימא דכוונתם דיש

חולקין היא דצריך הגוי הזה השני לספר לן כיצד הדברים היו בינו ובין הגוי הראשון דממנו נשמע אם היה מסל"ת או לא איך שיהיה אפילו נניח כסברא זאת עכ"פ עדיין איכא למימר לדעת החולקים האלו עד כאן לא אמרו שצריך לספר דברים כהוויתן בגוי דוקא אבל בישראל המעיד מפי מסל"ת לא מכרעה מילתא אם צריך כל עיקר לומר שהגוי מסל"ת או לא דאיכא למימר דסברי כסברת הריב"ש דבישראל בקי הוא ואין צריך מכ"ש אם העיד יעיד שמסל"ת אפשר דלית דין ולית דיין דמהני ודלא כהמביט דמצריך אות באות ומעתה הואיל ומורם דק"ל כוותיה לא יש ממנו ראיה לדברי המביט בואו חשבון לסברא זאת של המביט הרי כמה פוסקים חולקים עליה הראשון אדם הוא ת"ה דכוותיהו פסיק מורם בסתם דבריו שניה לה הוא סברת הריב"ש דס"ל דישראל בקי הוא וא"צ אפילו להעיד שהגוי הראשון מסל"ת הוא מכ"ש אם אמר שהגוי מסל"ת הוא אין צריך לאב"א כסברת המביט שלישית הוא הרב חל"מ דס"ל דלא יש שום מחלוקת בין ת"ה והר"ן וס"ל דת"ה ומהרי"ק והר"ן קיימי בשטה חדא ואם כן לדעתו ודאי דלא צריך בגוי מכ"ש בישראל והגם דמסוף דבריו נראה וכו' יעו"ש עכ"פ בדיניה דהריב"ש דמצריך דוקא בגוי ולא בישראל כמי שנראה מדבריו נוסף על זה הרב טו"ז והביאו הריב"ש דגם הוא לא מצריך לומר הישראל שהגוי מסל"ת מכ"ש אם אמר שהגוי מסל"ת הוא בודאי דלא מצריכינן ליה לומר אב"א כסברת המביט ואפילו לסברת הריב"ש שם בסקנ"א דס"ל דצריך הרי כתב בפשיטות וז"ל מיהו אם ישראל אומר ששמע מכותי צ"ל דכותי הראשון היה מסל"ת משום דדרך ישראל הוא דשואל על חבירו עכ"ל הרי מלשונו זה משמע שדאי במה שיאמר מסל"ת הוא וא"כ הואיל ומצאנו ראינו להני חבל נביאים כולהו דלא כהמביט ויחידאה הוא כוותיהו נקטינן דהגם שכבר כתבנו דמורם פסיק ותני בפלוגתה דרבוותה אזלינן לחומרה הרי הרחל"ם בסקל"א מייתי מתשובת מ"ב דהרא"ם ס"ל דאפילו איחיד סמכינן בשעת הדחק ומורם אלו ראה דברי המזרחי הוה הוא פסיק כוותיה יעו"ש משמע דאין לסמוך על דברי הפסק הזה של מורם לפי דעת הרא"ם בשעת הדחק כנדו"ד וכדבעינן למימר לקמן ואפילו לדעת הרחל"ם שהקשה על הרב מ"ב מפשט דברי הרא"ם עכ"פ איהו עצמו כתב דברי הרא"ם כך הם כוונתם דהיינו שאין אנו צריכים לילך אחר המחמיר ומאחר דאשכחן פוסקים רבים ועצומים שהקילו בו וכ"ש שהם אחרונים וראו דברי הראשונים וכו' איך לא נפסוק כמותם נמצא משמע להדיא מדבריו דכל היכא דהסברות שקולות וליכא כל הני למעליותה אז אין ראוי להקל ונמצא דאין כאן מחלוקת בין הרא"ם והריב"ש ובעל ת"ה ומורם הן מחמירין ועיין בגוף תשובות הרא"ם עכל"ה נמצינו למדין דהרחל"ם ס"ל דמורם שהביא תשובות הריב"ש

דאזלינן לחומרא דוקא בסברות שקולות וליכא שום מעליותה אבל בכגון נדו"ד דסברת המביט יחידאה היא ויש כנגדה חבל נביאים הנז"ל גם יש בזה שעת הדחק דשעת הדחק שהעלובה עדיין צעירה בשנים ורדופה לילך אחרי מאהביה נוסף על זה שאין לה תקוה אפילו הרב המבי"ט יודה לזה:

שוב ראיתי לרב אחרון בספרו הנקרא צוף דבש בחלק אהע"ז סי"ז שגם הוא נסתפק אם יש לחוש לסברת המבי"ט וכתב וז"ל אבל כדי דייקית שפיר דכל זה הוא לענין שנקרא לראשון ונשאלו את פיו כיון דאפשר למעבד ככל הצריך אבל אם לא אפשר למעבד כגון נדו"ד וכו' אין סברא לומר דהמבי"ט חולק על הרב ת"ה מן הקצה עד הקצה וכו' ומה גם דכך דייקי דברי המבי"ט שכתב אלא צ"ל הדברים אב"א ומהן נדע דמשמע שבידינו לעשות וכו' אבל אין צריך לכל זה כיון שהאחרונים אזלו ומודו לדברי הת"ה כוותיהו עבדינן עכל"ה וא"כ מצאנו חבר לדברינו דאין לנו לחוש לדברי המבי"ט לאסור העגונה בכבלי העיגון זהו משנלע"ד בזה וצוי"ם וימי"ן: רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ג

זה מה שכתבתי על פסק עגונה אחת שהתירה הרה"ג מו"ר כמוהר"ר מסעוד אנקאווא וזה מה שהוספתי לקוצ'ר. ראיתי מ"ש הרב הפוסק למעלה ראש וכל ראיותיו חזקים ועל פיהם איתתא דא שרייא לאתנסבא לכל דתצביין אלא דראיתי להחכם הפוסק דבנה יסודו ע"פ עדויות הראשונים של הר' סלימאן והר' משה דוקא ולא הזכיר מעידותו של ישראל כלום לכן אמרתי אבא אחריו ומלאתי את דבריו דלמדן דמעידות ישראל הנז' לחוד איתתא דא שרייא שהרי עדות זה של הר' ישראל היא עדיפא מעדות הראשונים שהרי בעדות ישראל נראה שהגוי המעיד אינו מעיד מכח ששמע הדבר מגוי אחר אלא נראה שהוא עצמו היה בשעת ההריגה וכמ"ש בקב"ע וקאם וואזבהום וקאללהום האד ליהודי כא נערפו כאן מסרוך מעא יצחק כא פריוול דיכאנו קתלוה הווא וסי יהוד אוכרין פטריק לארבעא פלעסלוז ע"כ נמצא לפי עדות זה של הגוי אינו מספר הדברים מכח מה ששמע אלא מכח שראה ההריגה הואיל ולא פירש בדבריו ששמע שמת משמע דלא מפי השמועה ידע דבר זה אלא בידיעה ברורה וזה ראיתי להרב תוש"י בח"ב שנשאל בגוי שסיפר לישראל ואמ"ל בזה"ל ליהוד מאתו מא באקיסי תסופהום עכ"ל וכתב הרב ז"ל וז"ל כ"ש הכא שלא אמר שראה אותו אלא שמת שיש במשמעותו שהיה בשעת המיתה או ההריגה עכ"ל וכן ראיתי בתשו' מהראנ"ח שבק"ע סי' רנ"ז וז"ל כל שהעד אומר נהרג פלוני יש במשמעות דבריו שהיה אצל ההריגה או שבודאי מת תוך ג' ימים

דהוי כאלו ראה ההריגה אבל באומר ראיתי פלוני הרוג אין בכח דבריו תוך ג' ימים דגם לאחר ג' אומרים העולם ראיתי פלוני הרוג לפי אומד דעתם הרי לפניך דכל גוי האומר פלוני נהרג הוי מעיד על ההריגה וכן ראיתי ג"כ להרב תוש"י שסמך עקר דבריו הנז' על דברי מהראנ"ח הנז' וא"כ ממנה יש לדון נמי בנדו"ד הואיל והגוי לא אמר שראה אותו הרוג ודאי דידע מההריגה או ראה אותו תוך ג' דיכול להעיד עליו:

ואין לחלק ולומר דעד כאן לא אמר מהראנ"ח ז"ל דגוי האומר פלוני נהרג יש במשמעות דבריו שהיה אצל ההריגה וכו' אלא באומר סתם פלוני נהרג אבל בנדו"ז שאין דבריו סתומים אלא אמר בזה"ל כו' פריוול די כאנו קתלוה הווא וסי יהוד אוכרין וכו' אם כן משמע מדבריו שאמר כאנו קתלוה משמע שאחרים הם שהרגוהו והוא לא היה בשעת ההריגה א"כ לא משמע שהיה אצל ההריגה וא"כ לא דמייא להיא דמהראנ"ח אין מזה שום דוחק ויכול להיות שכך הוא האמת שאחרים הרגוהו והוא היה עומד ורואה או לפחות אפילו לא היה כלל בשעת ההריגה יכול להיות שאחר יום או יומים מיום ההריגה ראה והכיר אותו וכמו שכתב מהראנ"ח ז"ל דיכול להיות ראה איתו בתוך ג' דהוי כאלו היה אצל ההריגה ולא אימעיט אלא גוי האומר שראה אותו מת דאז מפרשינן דבריו שמא ראה אותו אחר ג' וכמש"ל משם הרב הנז' וז"ל דכל שלא הגיד הגוי בדבריו שראה אותו מת מפרשינן דבריו והיה בשעת ההריגה או בתוך ג' וממנו יש ללמוד לנדו"ד שלא אמר הגוי שראה אותו מת הגם שאמר כאנו קתלוה איכ"ל נתוודע לו הדבר תוך ג' ימים ויכול להעיד עליו ומה גם שכן מדוקדק מדברי הגוי שאמר די כאנו קתלוה הווא וסי יהוד אוכרין פטריק לארבעא פלעסלוז דמנא ידע הא סימן בתוך סימן אלא דמפשט דבריו שהיה אצל ההריגה או ידע ביה בתוך ג"י א"כ ע"פ עדות זה של ישראל הוא די והותר להתיר אשה זאת לשוק ועדיפא מזה ראיתי להרב חיו"ש זלה"ה דף ל"ב פ"ב וז"ל ועוד חדש שם הרב יד אהרן באות שאחריו דאפילו תימא דעכו"ם שמע מפי אחרים ודאי דלאו קול הברה שמע דאם איתא הול"ל יצא הקול שפלוני נהרג אבל האומר נהרג סתם ודאי דבריר עליה מילתא שנהרג ע"ש ועי' להרב בני יעקב בתשובה סי' ז' שכתב שכשאמרה הגויה יצאו אחריו והרגוהו מוכח דפשיט"ל עכל"ה וא"כ ממנו נמי יש לדון בנד"ד כמו שאמר הגוי המסל"ת כלשון המבואר בשאלה דהוי כמו שאומר יצאו אחריו והרגוהו דפשיטא שהרגוהו עכל"ה יעו"ש וא"כ הרי לפניך ממש דנדו"ד שאומר הגוי די כאנו קתלוה הוי ממש כיצאו אחריו והרגוהו ואדרבה מכ"ש בנדו"ד שנותן סימן בתוך סימן במקום פלוני ופלעסלוז וא"כ ע"פ עדות זה של ישראל הוה די והותר להתיר אשה זאת לשוק דהגוי הזה הוא עד בדבר ולאו מפי אחרים שמע וגם מה שהעיד ישראל ששמע מן

הגוי פשוט דגוי זה מסל"ת מיקרי דהא ישראל לא דיבר עמו מאומה אלא גוי אחר שאל אלקאסם הנז' מאיזה מקום הוא והוא נטפל להשיבו ולהודיעו ממיתת יצחק דייאן ולא היה צריך לכל זה אלא בודאי דלמסל"ת יחשב וכמ"ש הר' הפוס' בעדות של הר' סלימאן אמזאלאג בפסקת ובלא"ה בנדו"ד וכו' והביא ראיה מדברי מהרשד"ם יעו"ש ואין צריך להאריך עוד ובעדות זה נמי של הר"י נר"ו ניחא טפי אפילו לא הזכיר הגוי שם עירו דלא מלבד שאין אנו צריכים להזכיר שם עירו מכח הראיות שהביא החכם הפוסק עוד בעדותו של הר"י הט' יש עוד נופך שפיר דהא עדותו זה ששמע ישראל הנז' היתה פלגרב פדוואר עטייא שהוא האלגרב והגוי המעיד הוא מהל אלגרב ומצינו להרב מהרח"פ ז"ל שכתב משם רא"ש משבי"ר סי"ט וז"ל ובנדו"ד שלא הזכיר הגוי שם עירו נלע"ד דלא איכפת לן מידי דהיינו דוקא כשהגוי מגיד ומסל"ת בעיר אחרת אז צריך פלוני מעיר פלונית אבל אם הוא בעירנו ואמר פלוני נהרג או מת ברורים הדברים בסתם על פלוני הידוע מאותה העיר קאמר עכ"ל וא"כ גם כאן הואיל ויצחק דייאן רוב ימיו ועסקיו הם בעיר אלגרב ושם היה מסתחרר כל ימיו בודאי דלעירו יחשב האלגרב וסברה זה היא מוסכמת מן הפוסקים וכמו שרשום וכתוב בזכרוני אלא הואיל והיום קצר ובעל הפסק דוחק לא נתנני השב רוחי ולכתוב הדבר בשם אומרו א"כ פשוט אפילו לא הזכיר הגוי שם עירו. גם ראיתי להחכם הפוסק שהוצרך להביא ראיות למה לא הזכיר הגוי וקברתיו וכו' והוצרך להאריך ותמיהא לי מילתא הואיל ובנה יסוד פס"ד על עדות הר' סלימאן אמזאלאג והר' משה הכהן שהיה עדות גוי מסיח מפי גוי מסיח א"כ לא היה צריך לכ"ז דהא מצינו להרב"י בתשובת קו"ע סימן ט' שכתב וז"ל דאפילו למי שמצריך וקברתיו גבי גוי מסל"ת היינו באומר שראהו מת או הרוג אבל באומר ששמע שמת או נהרג אין צריך לומר ששמע שקברוהו דכל העד המעיד מפי השמועה לא חיישינן בכדמי עכ"ל וא"כ גם כאן לא היו צריכים לקברתיו זהו משנלע"ד במהרה לא באריכות הואיל והרץ נחפז לדרכו לכך נכתב הדבר בעטי"ו של נח"ץ והצוי"ם וימי"ן:

כ"ד הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ד

על אודות האשה הקושי"ת שנשמעו עליה כמה דברי רנון בכל עת וזמן מזמן רב והן היום נשמע בין בני אדם שבחור אחד היה מספר והולך שנכשל בהאי אשה גם הוא וגם פלוני נכשל בה עמו ואזי כשנשמעו הדברים בין בני אדם הלך אצלו אדם אחד ירא שמים לחקור אחר הדברים ואמר לו כיצד היו הדברים שהיית מספר שנכשלת בא"א

אשת פלוני וענה הבחור מעיקרא ואמר לא ספרתי אזי אמר לו אותו האיש מתפחד אני עליך שאתה עדיין בחור שמא נכשלת ויגרום לעצמו להיות נקצץ בבחרותו אזי השיב הבחור וענה ומה תקון יעשה הואיל ומתפחד הוא מבושת פנים ומיסורים קשים על ידי החכם והקהל ועל זה השיבו האיש הלזה דמוטב דלכסוף בהאי עלמא וכו' ואיידי דביני ביני בא אדם אחד קרוב של האשה הנז' אצל הרב חעי"ץ לתבוע עלבון קרובתו שהעם מרננים אחריה לומר כי עשתה נבלה בישראל עם הבחורים הנז' ואזי צוה הרב הנז' והביאו לפניו שני הבחורים הנז' וכשהתחיל הרב לעשות להם חקירה ודרישה אזי עמד הבחור המספר הנז' ואמר אל יחר בעיני אדוני אמת כך היו הדברים שנכשל באשה הנז' והן היום חטאתי וישר העויתי ואני מוכן לקבל יסורים ולשוב בתשובה והבחור האחר לא רצה לדבר מאומה ויהי לעת ערב באו איזה בני אדם מהוגנים ודברו על לבו ואמרו לו למה אין אתה מתפחד מעונשי שמים כמו חבירך שהודה ולא בוש אזי גם איהו פתח פיו ואמר שהוא נכשל באשה זאת יותר מחבירו כי הוא דר עמה בחצר ורגיל עמה יותר ואחר הדברים האלה נתקבצו כל יחידי סגולה ומלכם בראשם בבה"כ הי"ג ואחריהם באו קהל ועדה גדול וקטן שם היא ובאו הבחורים הנז' ואחר האיום ענו ואמרו חטאנו וישר העוינו ומוטב שיקבלו עונשם ולא יתקוצצו בבחרותם והעידו על עצמם שכו"כ היה המעשה שביום שב"ק פלוני הלכה אמה של הבת הנז' לבית קרוביה ונשארה הבת הנז' בביתה והבחורים הנז' בבית אחר של אחד מהבחורים שדר עם האשה הנז' בחצר ובאמצע היום יצא אחד מהם והלך לבית האשה הנז' ועשה צרכיו עמה כדרך איש ואשתו רח"ל ועד שלא גמר צרכיו עמה נכנס חבירו ומצאם עסוקים בעבירה כדרך או"א בלי שום ספק ואזי המתין לו עד שגמר ואזי גם הוא עשה בה חפצו ורצונו כמו חבירו וחבירו היה עומד ומשמר אלה היו דבריהם כמו שספר זה ספר זה בלי תמורה ואז כשומעם הדברים האלה גזרו עליהם הבד"ץ לקבל עונשם ומיד הפילו אותם לארץ ולקו מלקות כהוגן ובעודם לוקים היו בוכים ומבכים מצער ההכאות ומהוידוי שהיו מתודים בעת המלקות והיו אומרים אוי להם שנכשלו בא"א ואחר המלקות הוכרזו בעיר שהם מובדלים מעדת ישראל וקבלו הנדוי והובדלו שבעת ימים ובכל יום ויום היו מתוודים על המעשה הרע שעשו והן היום יש לנו לדעת מה דינה של האשה הנז' אם אסורה לבעל ותפסיד כתובתה או לא יומ"ץ:

תשובה משנלע"ד הוא דאשה זאת אסורה לבעל ולבועל ואין לה כתובה ולא מבעייא לפי מה דקי"ל הדין דאין אדם משים עצמו רשע פשיטא דהכי הוא כמ"ש לקמן בס"ד אלא אפילו אי הוה אמרינן יכול אדם להשים עצמו רשע ומימלא אין בדבריו כלום דעדות רשע

כמאן דליתה עכ"פ בנדו"ד אין לנו לבטל עדותם ולומר דרשעים הם ואין עדותם עדות דהא מצינו למרן בחומ"ש סל"ד סכ"ט פסק כל מי שנתחייב מלקות כיון שלקה בבית דין חוזר לכשרותו וכו' וכתב הש"ך סקל"ג כיון שלקה בב"ד וכו' נראה דכל הפסולים מחמת עבירה כשרים כשחזרו בתשובה הראויה להם אפילו בעדות שראו בשעת פסולם בעבירה ולא בעינן בזה תחילתו וסופו בכשרות עכ"ל ובשטת הש"ך הנז' אזיל ומודה הרב אחרון חביב הרב חת"ס בחלק חומ"ש סל"ז דשר פסיק ותני כסברת הש"ך וכתב דהגם דדין זה לא נזכר בש"ס הש"ך פשיטא ליה בלי ספק ואיהו ז"ל פסיק ותני כוותיה אלא דיהיב שם תנאה דדוקא בשאר עבירות לא בעינן תחילתו בכשרות אבל עבירה שיש בה חמס וחמוד ממון לא יעו"ש דיהיב טעמא יעו"ש:

הן אמת דזה זמן רב בלמודי לדין זה היה קשה לי על דברי הש"ך אלו מאי שנא מפסול קורבה דבעינן תחילתו בכשרות והייתי מחלק כמו שחלק הסמ"ע בס' ל"ג סקט"ו יעו"ש דגם כאן יוצדק אותו חלוק ובזה הייתי אומר דגם הסמ"ע יודה לפסק הש"ך זה ואחרי כותבי כל מה שכתבתי מצאתי להרב הבאה"ט בסל"ד סקל"ו שתמה על הש"ך כתמיהתי אני הדל באלפי והניח אותה בצ"ע ואני הדל דחיתי דבריו במה שחלקתי בעוניי וכמו שהדברים אצלי באורך וברוחב אלא דבסוף הדברים חזרתי בי ממה שראיתי להש"ך עצמו בס' ל"ה סק"ז דשם חזר וסתר דבריו שכתב בס' ל"ד סקל"ג ומחזי דהש"ך עצמו חזר לומר דגם בעבירה עצמה בעינן תחילתו בכשרות וכדעת הבאה"ט אלה היו הדברים הכתובים אצלי והן היום ראיתי להבאה"ט בס' ל"ה סקי"ב דשם חזק תמיהתו שתמה על הש"ך בס' ל"ד שכתבנו ובסוף דבריו כתב ומכאן גדולה תשובה דלא כדבריו שכתב בס' ל"ד סקל"ג עכ"ל וא"כ לכאורה נראה דהש"ך עצמו חזר בו וא"כ בנפול היסוד יפול הבנין דהיינו לצד שנאמר דהש"ך עצמו מאריה דשמעתתא חזר בו א"כ גם פסקיה דהרב חת"ס להוי נופל מאליו הואל ויסודו בנוי על דברי הש"ך:

אלא דזה אינו דשם בס' חתם סופר עצמו גם הוא הקשה לדעת הש"ך דסל"ד עם סל"ה דמחזי כסתראי וישיב שם הדברים בטוטו"ד ודברי הש"ך בס' ל"ד ול"ה אלו ואלו דברי אלקי"ם חיים יעו"ש יצא לנו מזה דלדעת הש"ך והרב ח"ס בעבירה לא צריך תחילתו בכשרות כפסול קורבה ולענ"ד נראה דגם דברי הסמ"ע כן הוא כמו שדקדקתי מטעמו ולדעת הבאה"ט הוא דפליג עלייהו: והן היום האיר וזרח לנגד עיני ספר פתחי תשובה וכל טוב ראתה עיני בסל"ד סקמ"ה דשם הביא דברי הש"ך אלו וכתב עליהם דהרב מראו"ת הצובאו"ה בחלק אהע"ז סי"ו כתב דטעמו דהש"ך הוא כמ"ש הסמ"ע בס' ל"ג סקט"ו ובזה סרה תלונת הבאה"ט וכתב דגם מדברי הש"ך סל"ה משמע כן וששתי שלא

נפל מדברי ארצה זולת במה שכתב דגם מדבריו בס' ל"ה כן משמע נלע"ד דלא כן הוא דלפי האמת מתחילת דבריו כך משמע אבל מסוף דבריו אדרבא נראה דקים ליה כטעם התוספתא שהביא שם במסקנתו וכדחיית הבאה"ט שם יעו"ש. איך שיהיה ראיתי להרב פת"ש הנז' שכתב דהרב מראו"ת הצובאו"ת עשה סמוכות לדברי הש"ך הנז' וגם הוא הביא דברי הרב חת"ס שהבאתי לעיל וגם הוא אזיל בשטת הש"ך וגם הדגו"ל מרבב"ה הרים דגל סברת הש"ך הנז' ואפילו ברשע דחמס ס"ל דהש"ך ס"ל דחזר לכשרותו ועשה ישוב גם הוא לסתירת הש"ך דסל"ד ול"ה יעו"ש ובסוף דבריו של הרב פת"ש כתב דהרב נוד"ע ביאוד"ה דחה דברי הש"ך וכתב דכן פסק הגאון זקנו מוהר"ר העשיל זלה"ה וכן כתב נתיבו"ת המשפ"ט וכן נראה מדעת קצו"ת החוש"ן וכן נראה מסוף דברי מראו"ת הצובאו"ת דחזר ותמה על הש"ך וכן דעת הרבה פוסקים יעו"ש שהביא דבריהם ולבסוף כתב ז"ל ומ"מ בפסול מחמת עבירה שאינו חמס וחמוד ממון אפשר דמצי המוחזק לומר קי"ל כהש"ך והמחזקים בדבריו הרב ד"גול מ'רבבה והח"ס הנז"ל דלא בעינן בזה תחילתו בכשרות עכ"ל:

וא"כ מכאן נלמד דהבעל של האשה הזאת פטור מחיוב הכתובה דיכול לומר קי"ל כדעת הרב פת"ש שכתב דיכול לומר קי"ל דהואיל ונענשו אתכשרו א"כ פשוט לענין זה אם ירצה להוציאה ולהיות פטור מכתובתה דהרשות בידו אך נראה עוד דצריכים הבחורים הנז' שיחזרו ויעידו בפני האשה הנז' כמו שנבאר לקמן בס"ד זהו מה שנראה פשוט שאם ירצה לגרשה יכול להוציאה בלי כתובה:

אלא דעדיפא מזה הוא דאפילו אם לא ירצה לגרשה יש לבד"ץ לכופו להוציא דהואיל וקי"ל דאסור א"א שנאסרה על בעלה הוא מדאורייתא כמ"ש במס' סוטה ריש פרק כשם יעו"ש דמשם באר"ה דמדאורייתא אסורה לבעל ולבועל יעו"ש וא"כ ראוי ודאי לחוש לסברת הש"ך והדגו"מ והח"ס שהם רבנן סבוראי ובתראי וכמו שפסק מור"ם בחומ"ש סכ"ה ס"ב וז"ל לא יאמר אדם בדבר שיש בו מחלוקת אפסוק כמו שארצה וכו' ואם הוא בהוראת אסור והתר והוא דבר אסור מדאורייתא ילך לחומרא ואי דבר דרבנן ילך אחר המקיל ודוקא אם שנים החולקים הם שוים אבל אין סומכים על דברי קטן נגד גדול ממנו בחכמה ובמנין אפילו בשעת הדחק אלא א"כ יהיה הפסד מרובה וכן אם יהיה יחיד נגד רבים הולכים אחר הרבים בכל מקום אפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד עכל"ה וכן העלה הש"ך שם בחומ"ש וביור"ד סרמ"ב בכללים לאותם דינים כפסק מור"ם הנז' וא"כ הגם שמצינו כמה רבוואתה ס"ל דלא כהש"ך ורבים הם נגד החולקים עכ"פ לא

הזכיר מור"ם והש"ך אלא רבים נגד יחיד אבל רבים נגד שלשה גם הם רבים מקרו ויש לנו לחוש לדבריהם ולכופו להוציאה:

ומה גם לפי פסק מור"ם שם עוד בס' כ"ה שכתב וז"ל כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים אחרונים חולקים עליהם הולכים אחר האחרונים והלכה כאחרונים מאביי ואלך עכ"ל א"כ גם הרב ד'גול מ'רבבה והרב חת"ם סופ"ר הם אחרונים לפוסקים שהביא הרב פתח"י תשוב"ה ומן הראוי למינקט כוותיהו ולפחות לחוש לדבריהם וכעין זה פסק מור"ם באהע"ז סי"ז סט"ז וז"ל וכן בכל מקום דאיכא פלוגתא בדינין אלו אזלינן לחומרא יעו"ש ועיין שם בחל"ם מה שמיישב דברי הרא"ם עם תשובת הריב"ש דפסק מור"ם דלאו סתראי נינהו יעו"ש והגם דשאני התם דאיסור א"א לעלמא הוא במיתת ב"ד דחמור הוא אבל בכאן אין כאן כי אם אסור לאו עכ"פ נגד זה ג"כ מצינו שם קולא שאינה כאן דהא באיסור עגונה שם הקילו בכמה ענינים ועכ"ז במחלוקת הפוסקים פסק מור"ם דאזלינן לחומרא ומכח זה נהגו בדיני עגון לצאת דעת המחמירים אפילו נגד מרן דאתרא דידיה קא סמכינן מכ"ש נדו"ד דאין כאן חשש עגון ודאי דיש לנו לחוש לסברת החולקים שהם הש"ך וה'דגול מ'רבבה והחת"ס שהרי כבר ראו כל ספרי החולקים עליהם ועכ"ז החזיקו בסברתם דבאיסור עבירה לא בעינן תחילתו בכשרות א"כ גם אנן כאן יש לנו לחוש הואיל ולקו אתכשרו להעיד על מה שעשו לאסור איסר להאשה:

הן אמת דהיה מקום כאן להאריך לאמת סברא זו אם יש להוציאה בעל כורחו של בעל או לא אלא הואיל ודברינו אלה הם בדרך מה שלא היה אם היה דהא לא קי"ל הכי אלא הדין הוא אין אדם משים עצמו רשע על כן אין להאריך ללא צורך:

גם היה מקום לחקור ולדרוש אם הנהו להקת הפוסקים החולקים על הש"ך וגמרו אומר דבעינן באיסור עבירה תחילתו בכשרות הוא לכל דבר השוו מדותיהם או דילמא עד כאן לא אמרו אותם הפוסקים דבעינן תחילתו בכשרות הוא דוקא לעדות ממון אבל לענין איסור דאורייתא כזה אפשר יודו לסברת הש"ך דס"ל דלא בעינן תחילתו בכשרות ונחוש לעדותם דשמא כשרים הם להעיד על מה שראו דהואיל ולקו אתכשרו. אלא הואיל וספריהם אינם נמצאים אצלינו וגם מלתנו אמורה דכל דברינו אלה הם נגד הדין על כן אין כאן מקום להאריך אבל עכ"פ לכל הצדדין אפילו לפי דברינו הראשונים אם לא ירצה הבעל לקיימה ודאי דיכול להיציאה בלי כתובה מכח קי"ל כמש"ל כמ"ש הרב פת"ש:

אלא הואיל וקי"ל הלכתא דהדין הוא דאין אדם משים עצמו רשע הדר דינא באמת לאסור האשה ולכוף הבעל להוציאה על פי הבחורים הנז' בכל אופן משלשה אופנים שיעידו

בין אם אמור יאמרו שכל אחד עשה עבירה עמה שלא בפני חבירו. בין אם יאמרו אחד ראה חבירו ואחד לא ראה. בין אם יאמרו שהיו ברואין זה את זה:

והדרך הראשון כשלא ראו זה את זה יש לנו לאוסרה ע"פ מימרת רבא בסנהדרין דכ"ה דשם נאמר בעובדא דבר ביניתוס דנאמן הלוה להעיד עליו שהלוהו ברבית לפוסלו וטעמא הוא משום דאמר רבא אין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבוריה כמו שמבואר שם בסנהדרין נמי דף ט' באומר פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין יעו"ש והכי קי"ל הלכתא וכמ"ש הרמב"ם פי"ב הל"ב ההיא דפלוני וכו' והטוש"ע בס' ל"ד סכ"ו פסקו ההיא דבר ביניתוס דסנהדרין יעו"ש וא"כ ממנו נלמד לנדו"ד דהואיל ובמה שהעידו על עצמם אינם נעשים רשעים א"כ כל אחד מהם כשאומר הוא זינה עם אשת פלוני פלגינן דבוריה ונאסרת על פיהם וכמו שבא הדבר מפורש במור"ם אהע"ז סקט"ו ס"ו משם הרשב"א וז"ל אמר אחד על אשה אחת שזינתה עמו נאמן עליה בעד אחד ע"כ וכתב שם הרב חל"ם והרב"ש והטעם הוא דפלגינן דבוריה והוי כאלו העיד על האשה דוקא ואם בא עד אחד ומעיד כן מצטרפים זע"ז והוו שני עדים יעו"ש וא"כ גם כאן כל אחד פלגינן דבוריה והוו שני עדים שזינתה. ואין לדחות ולומר דבעד אחד דוקא הוא דפלגינן דבוריה ובתרי לא פלגינן חלוק זה לא מלבד שאין הדעת סובלתו דהואיל ואמרינן אין אדם משים עצמו רשע. א"כ הוי כאלו לא העידו על עצמם כלל. וא"כ למה לא פלגינן עדות שנים ולאסור האשה הזאת:

ולא מלבד הסברא אלא הרי הדבר מפורש יוצא בדברי רבותינו בעלי התוספות דהא מצינו בכתובות די"ח ע"ב שם במשנה העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו וכו' הרי אלו נאמנים ע"כ ושם בגמרא אתמר אמר רמי בר חמא לא שנו שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אמרו אנוסין היינו מחמת ממון אין נאמנים מטעם אין אדם משים עצמו רשע ע"כ ושם בתוספ' ד"ה אין אדם וכו' כתבו ז"ל וא"ת והא קסבר רבא דפלגינן דבוריה בפ"ק דסנהדרין גבי פלוני רבעני וכו' א"כ הכא נמי להמיננהו דאנוסים היו אבל לא מחמת ממון אלא מחמת נפשות דאליבא דרבא קיימינן וכו' הרי לך מדברי התוס' דלא שני לן בין יחיד לשנים לעולם פלגינן דבוריהו וקושיא זאת ג"כ הקשו אותה גם כן ביבמות דכ"ה ובסנהדרין דפ"ט ובכל אחד מהמקומות הוצרכו לתרץ באופן המתיישב ואם איתא לומר דבחד הוא דפלגינן ובתרי לא מאי קשה להו מעיקרא הלא מלתיה דרבא לא נאמרה אלא בפלוני רבעני לרצוני דהוא חד ולא בתרי אלא ודאי דחלוק זה לא נזכר ולא נפקד: וכן ראיתי למרן בכסף משנה הל' מ"ד פי"ב הל"ב דגם הוא הוקשה קושית התוס' והוצרך לתרץ יעו"ש דממנו מוכח ג"כ דלא שני ליה בין

יחיד לשנים דלעולם פלגינן דבורייהו יע"ש והיה בידינו עוד להביא עוד הרבה מזה דלא מחלקי כלל אלא דאין צריך להאריך בדבר המוסכם וא"כ מעתה הואיל ויש בידינו שני בחורים וכל אחד מעיד שפלונית זינתה עמו הו"ל כתרי סהדי ויש לנו לאוסרה:

והגם דלפי זה מאי דמסהיד האי לא מסהיד האי דכל אחד מעיד שזינתה עם אחד עכ"ז מצרפינן עדותם כמו שבא הדבר בפשיטות בדברי מור"ם באהע"ז סי"א ס"א ז"ל שני עדי כיעור מצטרפין אע"ג דראו זה אחר זה וכיעור דראה זה לא ראה זה ע"כ וכתב הרח"מ סק"ז נראה דה"ה שני עידי טומאה מצטרפים אע"ג דטומאה דחזא האי לא חזא האי לפי הטעם דכתב הרב"י דמילי דאסורא לממון מדמינן להו עכ"ל ועיין למוהרי"ע בבית יאודה חלק אהע"ז סי"ט שכתב וז"ל ולענין פסק הלכה נראה ברור כיון דמרן ז"ל פסק בשני הטורים דעידי כיעור מצטרפין ונמשך אחריו מור"ם ז"ל בהגה בשני מקומות דגם בחומ"ש ס"ל סי"א כתב וכן לענין עדות איסור מצטרפין וכו' וגם האחרונים מפרשי דבריהם לא נמצא מי שגמגם בהוראה הנז' ודאי דאחריהם כל אדם ימשוך וכל בתי דינים כבר קיימו וקבלו עליהם דברי מרן המשבי"ר שהלכה כמותו בכל מקום עכל"ה הרי לפניך הדבר פשוט הוא אע"ג דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי מצטרפין על ידי הפלגת דבורייהו:

אלא דעדין לנו לחקור בלשון שאמרו הבחורים האלה אם יוצדק הפלגת דבורייהו דלכאורה נראה דלא יוצדק כאן הפלגת דבורייהו ע"פ מ"ש הד"מ בחומ"ש סל"ד דשם הביא משם הרשב"א דכתב דיש לחלק בין אם אמר אשתך זינתה עמי דפלגינן דבוריה ובין אם אמר אני זניתי עם אשתך דלא פלגינן דבוריה עכ"ל וא"כ יש לנו לחוש לסברא זו וא"כ הואיל ובאופן זה לא פלגינן הרי נראה לכאורה דאין כאן עדות [דבין אם תפרש דבמקום דלא פלגינן הוי כל דבריו שקר ובין אם תאמר אדרבא כל דבריו אמת ועכ"ז לא מקבלינן עדותו על האשה דהואיל ומה שהעיד על עצמו הוא אמת א"כ נמצא דרשע הוא והתורה אמרה אל תשית רשע עד] אלא דמצאתי ראיתי להרב משחד"ר בנמוקי מהרש"א סקע"ח דשם כתב דהגם דהרשב"א כתב כן דבריו אינם מוסכמים והתוס' בפ"ק דסנהדרין ד"ה ואין אדם וכו' לא ס"ל הכי וכן נראה דעת המ"מ ז"ל פי"ב מהל' עדות יעו"ש ועדיפא מזה בא הדבר מפורש בס' פת"ש לאהע"ז סקט"ו סקל"ב שכתב ודחה דברי הרשב"א וכתב דהרשב"א יחידאה הוא ועוד דהרשב"א עצמו לא אמרה אלא לדיני נפשות אבל לאסור אשה על בעלה מודה וכו' ועוד דהרשב"א לא אמר חלוק זה אלה במדבר בלשון הקודש ואומר אשתך וכו' דהוי מלה מושקלת וכו' אבל במדבר בלשון אשכנז לא שייך כלל חלוק הרשב"א ויעו"ש שדחה דברי הרשב"א והביא פוסקים אחרים

המסכימים והעלה דהאשה אסורה יעו"ש ועדיפא מזה כתב שם וז"ל ועוד דגוף דבר זה שכתב הרשב"א דמקרי בזה רשע לא סליק אליבא דהלכתא כמבואר בתשובת הרא"ש כלל נ"ד ובש"ע סי"ז סי"ו וא"כ שפיר פלגינן דבורייהו ואשה זו אסורה אליבא דהלכתא עכל"ה הרי לך מדברי הרב הנז' דמרן אשר אנחנו נשענים עליו לא ס"ל כדעת הרשב"א וא"כ בה סלקי ובה נחתי דיכולים אנן לפלוגי דבורייהו ואשה זאת אסורה אפילו לא ראו זה את זה בשעת העבירה זוהי הדרך הראשון:

ועוד יש דרך אחר אם יעידו אלי הבחורים שאחד מהם ראה חבירו עושה עבירה עם הבחור האחר ואחד לא ראה חבירו בזה ג"כ יש לנו דרך אחרת להכשיר עדותם דהיינו דלא מלבד דיש לנו להכשיר עדותם על ידי דפלגינן עדות כל אחד לבדו שמעיד על עצמו אלא יש דרך עוד ישר לקבל עדותם באופן אחר דהיינו יעיד בפני האשה זה שנראה ולא ראה ואזי דיינין ליה דפלגינן דבוריה כמ"ש מור"ם אהע"ז סקט"ו ואח"כ נצרף לו זה שראהו דהיינו שיעיד לו שראה חבירו מזנה עם אשה זו ולהוי השתא האשה אסורה ע"פ הזנאי והאחר המצורף וכמ"ש הרחל"ם והריב"ש שם בסקט"ו סקכ"ה דמצרפין עד כשר עם זה שהודה שזינה ותהיה האשה נאסרת וגם עד זה המצורף בנדו"ד הגם שההוא אמר שגם הוא עשה עבירה כבר מלתנו אמורה דמימרא דרבא דאין אדם משים עצמו רשע לית מאן דפליג עלה גם אין לחוש היאך יצטרף עם הזנאי שהודה הואיל ולפי דברי זה העד שראהו א"כ הרי זה הזנאי רשע לפי דבריו וא"כ לפי דבריו הרי הוא פסול לזה כבר הסכימו הרב חל"ם והרב"ש סקכ"ו דמצטרף עמו אפילו לפי דבריו הוא פסול יעו"ש: גם יש דרך אחרת והיא השלשית דיש אופן עדות באופן אחר זולת שני האופנים הראשונים עוד יש דרך אחרת והוא דהואיל והיו בשעת עבירה רואין זה את זה א"כ יכול זה להעיד על האשה שעשתה עבירה עם חבירו וזה ג"כ יעיד עליה שעשתה עבירה עם חבירו ואתי מבינייא דתרויהו העידו על האשה שבחזקת איסור היא עומדת והגם דגם בעדות זו מאי דמסהיד האי לא מסהיד האי כבר בררנו בדרך הראשון דמצטרפין וא"ך רואה אנכי דאין התר לאשה זו כלל כי כל הדרכים שיעידו כלם בחזקת סכנה:

אלא דכל זה לא יוצדק לנו אלא ע"פ מאי דקי"ל הלכתא כרבא דאין אדם משים עצמו רשע ועל זה יש לדקדק דדילמא דעד כאן לא קי"ל כרבא דאין אדם משים עצמו רשע אלא דוקא באומר כן ולא ראינו צד המוכיח על דבריו אבל בנדו"ד שבאו והודו וקבלו עליהם דרכי התשובה ולקו במעמד אנשי העיר והוכרזו מאן לימא לן דלא אמרינן בכגון זה אדם משים עצמו רשע נימא מדקבלו עליהם העונש ודאי דבר אמת דברו וא"ך הדרן לדברינו הראשונים דאה"ן לגבי הכתובה הבעל יהיה פטור אם ירצה לגרשה כמ"ש

בדברינו הראשונים משם הרב פת"ש דלגבי הממון יכול הבעל לומר קי"ל כדאמרן אבל לגבי איסורה דאיתתא חזרנו לדברינו הראשונים למחלוקת שכתבנו לעיל אם תהיה נאסרת דלא בעינן תחילתו בכשרות כסברת הפוסקים הנז' או כדעת החולקים והדרן למאי דאמרן ברישא ומאי אהנו לן ראיותינו זה שהביאנו לאוסרה מכח דעדותם עדות משום א"א משים עצמו רשע: אלא דזה אינו ודברינו אמת דהא מצינו להד"מ בחומ"ש סל"ד סק"י שכתב וז"ל כתב המרדכי פרק זה בורר דאין אדם משים עצמו רשע אפילו אמר אעשה תשובה ואוציא הרבית שנתתי או אשיב הרבית דאערומי קא מערים ע"ך וא"ך מכאן מוכח דמן התשובה הוכחה שנעשה רשע והגם דלא נקט המרדכי בדבריו אלא אמר אשיב הרבית וכו' אבל היכא דראינו שעשה התשובה מאן לימא לן דתשובתו לא תהוי עדות גמורה שעבר עבירה והוא רשע, זה אינו דהא זיל בתר טעמא אם אמר אעשה וכו' לא מהני הוא משום אערומי קא מערים א"ך הואל והטעם הוא משום הערמה מה לי אמר אעשה תשובה או כבר עשאה סו"ס עדיין אמור נאמר מה שעשה תשובה הערמה היא:

ולא מלבד דברי המרדכי אלו אחר החיפוש מצאתי ראיתי למר"ן עצמו כתב כן בפשיטות דאפילו עשה כבר תשובה עדיין נימא א"א משים עצמו רשע דהא מצינו לרבינו בטור בחומ"ש סמ"ו סל"ד דשם כתב עדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון או שהיה שטר אמנה או שהיו פסולים בעבירה אין נאמנים לפי שאין אדם משים עצמו רשע ואפילו אם אומרים שעשו תשובה והם עכשיו כשרים דכיון שהעדות מתבטל על ידי שעושין עצמן רשעים אין להאמינם עכ"ל הרי לפניך דאפילו באמרו שעשו תשובה כבר ובודאי אפילו ידוע בבירור שעשו תשובה כבר מיירי ועכ"ז לא מהני מהטעם שכתב הטו"ר דכיון שהעדות מתבטל על ידי שעושים עצמן רשעים אין להאמינם ע"ך. הרי מטעם זה מוכח דאפילו בעשה תשובה אין להאמינו הואל ומבטל העדות משום שאומר היה רשע בשעת העדות ועל זה אינו נאמן מכח א"א משים עצמו רשע ודין זה פסקו מר"ן בס' מ"ו סל"ו יע"ש נמצאת אומר דלעולם לא ישתנה דיניה דרבא ולעולם א"א משים עצמו רשע וע"פ עדותם של הבחורים באיזה דרך משלשה דרכים שיעידו הרי זה אסורה:

שוב אחרי החפוש מצאתי דדבר זה דעדים שהתוודו הוא במחלוקת שנוי אי אמרינן ביה הואל והתודה. אדם משים עצמו רשע או לא וראיתי להרב ח"ס בחיור"ד ס"ד דס"ל דהואל והתודה אמרינן ביה אדם משים עצמו רשע יעו"ש שנשאל בשוחט שהתודה בשעת מיתה שהיה מאכיל נבילות וטריפות מה יהיה משפט הכלים של אותה העיר וכתב ז"ל נ"ל ראיה ברורה דעד"א נאמן על ידי וידוי להשים עצמו רשע לשעבר דבריש

פרק כלל גדול מבואר וכו' א"ך ה"ה דנילף דאדם משים עצמו רשע אם אמרו דרך וידוי ומכ"ש היכא דאמר כן בשעת חליו וסובר שהולך למות דאין אדם מכזיב בשעת מיתה והכי קי"ל וכו' בש"ם ספ"א דאין אדם משטה בשעת מיתה ואפילו עמד מחליו וחזר בו וטען ברי להשטות נתכוונתי אפילו הכי לא מהימן וכו' וכ"ש כשיצרפו שני הסברות שאומר כן דרך וידוי ובשעת מיתה שנראה ברור שנאמן לאסור של אחרים אפילו כי שוויה לנפשיה רשע עכל"ה הרי לפניך דהרב הנז' ס"ל דבמקום וידוי אדם משים עצמו רשע ובסימן כ"ב בחיור"ד ג"ך כתב הרב הנז' וזל"ה בתוך התשובה נמצא עכ"פ הרוב נשחט כהוגין וכל דפריש מרובה פריש ואין לאסור השמן והכלים למפריע אפילו אם נחליט שנאמינהו הואל ואמר דרך תשובה הגם שיש לדבר מזה הרבה כי בס' נוד"ע ביאוד"א קמא חלק אהע"ז סע"א לא האמין לאשה מה שאמרה דרך וידוי בחוליה ובס' חו"י סע"ב כתב לאסור אשה על בעלה אמנם גם הוא לא אמר לאסור האשה אלא הואל והולכת למות וכו' אבל בעלמא לא ס"ל לחלק בין דרך וידוי או לא ובס' ק"ד מתשובותיו רצה לומר דבהא דפלוני רבעני לרצוני מיירי ששב בתשובה ואפילו הכי לולי דפלגינן דבוריה לא הוה מהימן עכל"ה מכאן אתה רואה דהרב נוד"ע ביאוד"ה והרב חוו"ת יאי"ר תרויהו ס"ל בפשיטות דאפילו דרך וידוי והודאה אין אדם משים עצמו רשע וא"ך ודאי כוותיהו נקטינן הואל והם רוב לגבי החת"ם סופ"ר ובודאי כוותיהו נקטינן וכשרים המה בעדותם על הדרך האמור לעיל ובפרט דנראה דגם הרב חת"ם סופ"ר עצמו לא החליט הדין שם בס"ד אלא הואל ושם היו תרתי. דרך וידוי ובשעת חולה בזה הוא דהחליט. אדם משים עצמו רשע יעו"ש ועדיפא מזה הוא דכאן בס' נ"ב נראה דחזר בו מכח הלשון שכתב וז"ל אפילו נחליט שנאמינהו הואל ואמר דרך תשובה הגם שיש לדבר מזה הרבה כי הרב נוד"ע ביאוד"ה לא האמין לאשה וכו' והרב חו"י גם הוא וכו' ובתשובת סק"ד וכו' עכ"ל מלשונו זה נראה דבכאן נטתה דעתו כאותם רבנים מדקאמר הגם שיש לדבר הרבה מזה וכו' משמע דלא רצה לסמוך שתהיה נאמנת דרך וידוי גם כשהביא דברי החו"י וכתב דכך כתב בס' ע"ב וכך כתב בתשובה ודאי דעתו נטתה אחריהם ואתייא לכ"ע דהבחורים האלה הוו עדים כשרים לפלוגי דבורייהו לאסור הרשעה הנז':

ואפילו אי אמרינן דהרב ח"ס מפלג פליג וס"ל דעל ידי וידוי אדם משים עצמו רשע אין לטעות ולומר דלדעת הרב חת"ם סופ"ר לא תאסר אשה זאת ע"פ עדים אלו הואל ועשו עצמם רשעים דכבר מלתינו אמורה בתחילת פסק זה דעדים אלו כבר התוודו והרב ח"ס הוא מכת הסוברים דעבדים שלקו אתכשרו להעיד מה שראו בזמן פסלותם יעויין לעיל ואתייא מבינייא דלכ"ע אשה זו אסורה ע"פ הבחורים:

אך מה שעומד לנגדי בעדות זו הוא שלא היה העדות שהעידו בבדי"ץ בפני האשה שבשעת עדותם לא רצתה לבוא לב"ד ומצאנו להרב"י באהע"ז סי"א מתשובות הרא"ש כלל י"ז שהאריך והעלה דכל שלא נתקבל העדות בפני האשה אינו עדות כלל וכו' ופסקה מור"ם בסי"א ס"ד וז"ל ואין לקבל העדות שלא בפניה ושלא בפני בעלה ע"ך וכ"ך הרב"ש שם סק"ו ז"ל עיין תרומת הדשן סכ"ח שם מבואר אם נתקבל עדות שלא בפני בעל הדברים ס"ל לרוב הפוסקים דלא מהני. וכך פסק רש"ל וכתב דאפילו מאן דס"ל שם בד"מ אם נתקבל הוי עדות מ"מ כאן לא מהני עכל"ה וכן ראיתי להרב משחד"ר בנמוקי מהרש"א שכתב וז"ל אלא דמ"מ נראה דבעינן דוקא שיבואו ויעידו בפני ב"ד בפני האשה וכו' ועיין בתשובת מהרמא"י שהפליג לעשות על שקבלו עדות לאפוקה שלא בפניה וכ"ך הרשב"א ס' אלף רל"ז עכל"ה ועיין להרה"ג יואל ז"ל בתוש"י ח"א ס"ך ששם הרעיש העולם על חזני תאפילאלת שקבלו העדות שלא בפני האשה ופסק דכל מה שלא נתקבל העדות בפני האשה העדות בטילה אפילו במקום שהעדים יראים להעיד יע"ש וא"ך מוטל עלינו לחזור להביא העדים הנז' שיעידו בפני האשה פעם אחרת בדרישה וחקירה להעמיד הדבר על בוריו ולאפרושי מאיסורא ולא להוי הקולר תלוי ב"מ:

ומה גם דעדיפא מזה הנה מצאנו כמה רבנים דס"ל דהגם דתשובת הרא"ש דפסק מור"ם מוכח ממנה שצריך להיות העדים בפני בע"ד היינו דוקא לכתחילה אבל אם כבר נתקבלה העדות שלא בפני האשה יש לנו לאוסרה והילך כל דברי הרב פת"ש באהע"ז סי"א סקי"ח וזל"ה ואין לקבל עדות שלא בפניה עיין בתשובת נוד"ע ביהוד"א סע"ב שכתב דאף בנדון דידיה שנתקבל העדות שלא בפני הבעל ושלא בפני האשה אין זה התר כלל דהנה זה ודאי דמה שנתבאר בחומ"ש סכ"ח דלפעמים מקבלים עדות שלא בפני בע"ד כגון שלחו לו ולא בא וכו' אין זה מטעם הפקר ב"ד ודוקא בדיני ממונות הוא כן אלא דינא הוא דהכי הוא דהיכא דאי אפשר לקבל בפניו מקבלים שלא בפניו אפילו בדיני ממונות וכן הוא מבואר מדברי הרב"י בבד"ה ומדברי הרשב"א שהובא בב"י וא"ך בנדו"ד שיצא הדת מהשר שלא לקבל מזה פשוט שמקבלים שלא בפניהם וכו' ובר מן דין כתב הגאון מוהר"ר הירץ מבריסק זצ"ל בתשובת רמ"א סי"ג דלאסור אשה זונה על בעלה מהני בדיעבד קב"ע שלא בפני בעל דין ואף הרא"ש בתשובה כתב שלא נזקק לאוסרה מ"מ לא היה מתירה והרב המאיר"י בחדושיו לקמא פרק הגוזל כתב שהסכימו חכמי ברצלונא שבענין איסור מקבלין שלא בפני בע"ד דזכות הוא לו דמפרישין לו מאיסור וכ"ך הרדב"ז בתשובותיו ונתן טעם לדבר דמה דהוי לאפרושי מאיסורה כו"ע בע"ד נינהו ואף שכתב בתשובת רב"ץ אשכנזי דדוקא היכא דליכא בעדותן אלא לאפרושי מאיסורא

אבל היכא דפתיך בדידה דררא דממונא אין מקבלים אפילו על האיסור ובכאן הרי האשה מפסדת כתיבתה זה אינו שהרי לאשה שלחו לה הב"ד לבוא ולא באה ומותר לקבל שלא בפניה וכאן החשש הוא רק מה שנתקבל שלא בפני הבעל והבעל אינו מפסיד ממון ואין כאן דק לאפרושי מאיסורה ואפילו אם יחלוק החולק לומר שלא לאוסרה לחלוטין ע"פ קב"ע שלא בפניהם מ"מ איסורה תלוי עד שהיא ובעלה עליהם להביא העדים לבדי"ץ וזולת זה אין לה התר ועיין בתשובת רבינו עקיבא איגר זלה"ה שהאריך גם כן בענין זה ומבואר שם דדבר זה אם לקבל עדות לאסור אשה על בעלה שלא בפני בע"ד במקום אונס במחלוקית שנוי בין הרא"ש והרשב"א. אולם אחר שכבר נעשה מעשה וגם שדעת רוב הפוסקים דאפילו דיעבד לא מהני קב"ע שלא בפני בע"ד וכמו שהאריך רש"ל בתשובה סל"ג ובתשוב' רמ"א סי"ב וכ"כ הרב פרמ"א ח"א סד"ך וכ"ך בתשובת עבוד"ת הגרשונ"י ס"ג עכ"ז קשה להקיל בדיעבד כי דעת הראב"ן וסייעתו דבדיעבד מהני קב"ע שלא בפניו ואולי גם לאוסרה על בעלה הוא כן וזהו דעת הרב ר' נפתלי הירץ ז"ל וכן ראוי לדון להרשב"א בחדושיו בב"ק ריש פרק הגוזל דס"ל דכל עקר החיוב דקב"ע בפניו בממון הוא מדרבנן א"ך יש לנו לומר דלענין איסורה אוקמה אדאורייתה ובצרוף דעת המאירי שהובא שם דבעניין איסור מקבלים וכו' ועיין בתשובת ישועות יעקב סק"ח דבדיעבד אם לא קבלו בפניה נראה להחמיר כדעת ראב"ץ אבל זאת ודאי דחוזרין ומעידין בפניה כמו בד"מ ולא אמרינן בזה הואל וכבר העיד עביד לאחזוקי דבוריה עכ"ד עכל"ה של הרב פת"ש וא"ך בנדו"ד לא מבעייא לדעה הגאון מוהר"ר הירץ והרב המאיר וחכמי ברצלוני והרדב"ז דפשיטא דאשה זו בחזקת איסור קיימא דהרי ס"ל דמהני עדות אשה אפילו שלא בפניה לאוסרה כמש"ל ואפילו פסק הרא"ש דלא מהני ופסקו מור"ם דקי"ל כוותיה הרי מפרשו מוהר"ר הירץ דדוקא לכתחילה הוא דמצריך הרא"ש וכוותיה פסק מור"ם אבל בדיעבד נהי דאין לאוסרה אין להתירה נמצא דבאיסורה קיימא וגם לדעת רב"ץ אשכנזי דמפרש דמאי דפסקו הרב המאירי ורבני ברצלונה והרדב"ז דבדבר איסור מקבלים עדות שלא בפניהם היינו דוקא בשאר איסורים דלאו ממונא בהדייהו עכ"ז הרי כתב הרב הנז' דהואל ושלחו לאשה ולא באה מקבלים שלא בפניה וגם בנדו"ד ג"ך שלחנו אליה ולא באה ומה גם לדעת מוהר"ר עקיבא איגר זלה"ה דכתב קשה להקל בדיעבד כי דעת הראב"ן וסייעתו גם הר"ר נפתלי כך ס"ל וכן ראוי לדון לדעת הרשב"א ובצרוף הרב המאירי זלה"ה א"ך ודאי הואל והעידו שלא בפניה לא מלבד דראוי לחוש לדבריהם אפילו במקום שאין בידינו לתקן כגון שאין האשה לפנינו או שהלכו העדים

למד"ה דודאי יש לנו לחוש לדברי העדים מכ"ש השתא שיש בידינו לתקין צריך לעמוד ולאפרושי מאיסורה דא"א הרימו מכשול מדרך עמי:

גם בענין העדות של הבחורים לענין הבעל שאינו בפנינו והרי הוא במד"ה בדרך רחוקה גם עניין זה ממה שהבאנו מדברי הרבנים שהביא הרב פת"ש הנז' ממנו נלמד במכ"ש לענין העדות דבעל שאינו לפנינו הן מצד הואל והוא במד"ה אין לך אונס גדול מזה שאין העדות יכולה להתקבל בפניו וחזרנו לכל דברי הרב נוד"ע ביאוד"א שהבאנו לעיל דבמקום אונס מהני ונוסף על זה דאפילו מאן דמפריש בדעת המאירי ורבני ברצלונא ברצלונא והרדב"ז דאמרו דלאפרושי מאיסורה אפילו שלא בפני בע"ד הוי אסורה ומחלק בין פתיך ממונא בהדי איסורה או לאו הרי כתב הרב הנז' דדקא לעדות אשה בפניה הוא דאמרינן לא מקבלינן הואל ופתיך ממון אבל מה שנתקבל העדות שלא בפני הבעל הואל והבעל אינו מפסיד ממון הוי כשאר איסורים דמקבלים וא"ך הגם דפסק הרא"ש ומור"ם ז"ל בסי"א ס"ד דאין לקבל העדות שלא בפני הבעל וכו' עכ"ז השתא מיהת דכבר נתקבל יש לחוש לכל הנהו פוסקים שכתב הרב פת"ש כמש"ל:

ובפרט אם יאמר הבעל דניחא ליה בעדות העדים שלא בפניו ודאי דמהני דהא טעמא דתקינו שתהיה העדות בפני בע"ד הוא משים טובה דידיה הוא דיבא בעל השור ויעמוד על שורו ואם אמור יאמר דהוא מקבל עדותם שלא בפניו ודאי דמהני וכמו שבא הדבר בפת"ש חומ"ש סכ"ח סקכ"ח ז"ל עיין בתשובת עבודת הגרשוני ס"ג שהביא בשם תשובת הראנ"ח ס"ג שכתב דהיינו דוקא כשבעל דין דלא נמצא שם אינו בעדות ראשון אבל אם הוא אומר אפע"פ שלא נמצאתי אותה עדות מקובלת עלי נלע"ד דעדות הראשונה עדות שלא אמרו אין מקבלין אלא לתועלת המתחייב בעדות אבל הזוכה בעדות מקבלים שלא בפניו ע"ך הרי לך אפילו בעדות ממון מהני אם רוצה לקיים העדות מכ"ש באיסור כזה וא"ך לדעתי דעת הדיוט יראה הואל וכבר העידו העדים בב"ד ודאי דבאסור חמור כזה יש לנו לחוש לסברת הפוסקים הנז' שהביא הרב פת"ש אפילו במקום שאין בידינו לחזור לתקן כמ"ש הם לעיל מכ"ש נדו"ד דיש בידינו לתקין ע"י שיחזרו ויעידו בפניה מצוה וחיובא רמייא לאפרושי מאיסורה ולגבי הבעל ג"ך היא אסורה ועומדת הן מצד דהוי אונס הואל ואין הבעל כאן והיכא דהוי אונס העדות עדות וכמ"ש הרב פת"ש משם הרב נוד"ע ביאוד"א. הן מכח סברת להקת הפוסקים דחיישי לעדות שלא בפני בע"ד במקום איסור אפילו שלא במקום אונם הן מצד דמידע ידעינן דניחא ליה בפרט אם נודיעהו עתה ויאמר דעתו נוחה בזה:

קנצי למלין דהואל והעדים קיימים מוטל עלינו להכריחם לחזור ולהעיד בפניה לצאת כל הדיעות ואפילו ליכא בעל בפנינו לא אכפת כמ"ש ואם איידי דביני ביני יארע איזה אונס כגון אם הלוך ילכו העדים למד"ה וכדומה. לדעתי נראה דיש לחוש לסברת חבל נביאים הפוסקים שכתבנו משם הרב פת"ש דמקיימי העדות ומוצאים האשה מבעלה בע"ך הן מצד סברת הפוסקים ומה גם בצרוף שאשה חשודה היא מקדם קדמתה. זהו משנלע"ד בעיני אלקי"ם אם יכשר ובעיני רבנן אם יישר וצוי"מ וימ"ן הלכ"ד החותם בשנת התרמ"ב פה סאלי יע"ה רפאל אנקווא סי"ט:

סימן ה

עד אחד נכנס ומצא אשה שוכבת על המטה ואיש אחד עומד לפניה ואוזר המכנסיים שלו מה יהיה משפט האשה הזאת:

תשובה הנה לאסור אשה על בעלה פשוט אפילו אם יעיד לן שראה אותם כדרך איש ואשתו דבריו אינם מעלים ואינם מורידים דקי"ל הלכתא דאין מוציאין אלא בשני עדי טומאה וכמ"ש הטוש"ע בס' קע"ח ובס' קט"ו יעו"ש אלא דיש חילוק דוקא אם אין דעת הבעל סומכת על עד זה אבל אם הבעל דעתו סומכת ומאמין לעד זה פסק מר"ן בס' קט"ו ס"ח דאם העד נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוצא ויתן כתובה ע"ש אלא דיש קצת שנוי לשון בדברי מר"ן עצמו דבס' קט"ו כתב דבריו סתם וז"ל מי שראה אשתו שזנתה או שאמר לו אחד מקרוביו או מקרוביה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזנתה אשתו. בין שהיה האומר איש או אשה הואל וסמכה דעתו עליהם לדבר זה שהוא אמת הרי זה חייב להוציאה ואסור לו לבא עליה ויתן כתובה ע"ך ובס' קע"ח כתב וז"ל לא קינא לה ובא עד"א שזינתה והיא שותקת אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו כשנים יוצא ויתן כתובה ע"ך הרי לפניך דבס' קט"ו לא כתב בדבריו והיא שותקת ובס' קע"ח הוסיף שותקת ובאמת הגם דמר"ן בס' קט"ו לא כתב שותקת ודאי דהכי בעינן עד שתהיה שותקת ומאמין לדברי העד דבתר פסקו דפסק בס' קע"ח אזלינן דהוא אחרון ובתר דבריו אחרונים אזלינן ומה גם דדינים אלו שם שם הוא מקום מנוחתם ומה גם דאינם סותרים ודאי לפסק בס' קט"ו דגם בס' קט"ו איכא למימר דפירושו הוא בשותקת והגם דלא נקט בדבריו שותקת תנא ושייר כי סמך על מה שיפרש דבריו בס' קע"ח כי שם הוא מנוחתו:

והנה בעדות העד שמאמין לדבריו מצינו למור"ם בס' קט"ו שכתב וז"ל ולא יוכל לומר שמאמין לעד אלא אם ג"כ מאמין לו בשאר דברים אבל אם אינו מאמין לו בשאר דברים

רק בדבר זה משום דבלאו הכי נחשדת לו קצת לא נאסרה עליו משום זה ע"ך וכתב הרב"ש בס' ל"ג ז"ל אלא אם מאמין לו בשאר דברים כתב מהרי"ק דוקא אם גייס ביה ומצוי אצלו כעובדא דש"ס דאיתא אמר רבא שאני בת רב חסדא דקי"ל בגווה טובא אבל אם מאמין לו מחמת שהוא מוחזק בחסידות ולא קיים ליה בגווה לא עכ"ל יעו"ש הרי דמור"ם משם מהרי"ק מכריח דבעינן עד שיהיה עד אחד הבקי לו מכח מציאותו אצלו ומאמינו גם לשאר דברים אבל במי שאין מאמינו לשאר דברים אלא לדבר זה או אפילו מאמינו מכח חסידותו לא. ובודאי דהכי נקטינן דהא כתב הד"מ סברת מהרי"ק ז"ל בלי ך שום חולק:

וגם יש לדקדק כן ג"ך מדברי מר"ן עצמו שכתב כאן בס' קט"ו או שאמר לו אחד מקרוביו שהוא מאמינם ודעתו סומכת עליהם שזינתה בין איש בין אשה הואל וסמכה דעתו לדבר זה וכו' דממלת שהוא מאמינם משמע דמוחזקים הם לנאמנים בעיניו דאם בא לומר שהוא מאמינם לדבר הזה הוה די לומר בזה"ל אחד מקרוביו או מקרוביה ודעתו סומכת שזינתה ולמה כפל לומר שהוא מאמינם ודעתו סומכת אלא ודאי דבעינן כסברת מהרי"ק דהיינו שיהיה מאמינם בכל עניין והגם שסיים שם מר"ן בסוף דבריו וכתב הואל וסמכא דעתו לדבר זה שהוא אמת הרי זה חייב להוציא וכו' אל תטעה לומר דאם סמכא דעתו לדבר זה די אפילו לא סמכא דעתו בשאר ענינים אלא כוונתו לומר דבעינן תרתי שיהיה מוחזק בעיניו ומאמינו וגם גם לדבר זה בעינן עד שתהיה דעתו סומכת עליו ובא לומר דלא תימא דאם היה מוחזק בעיניו לכל הדברים אפילו לא יאמין לדבר חייב להוציא הואל ומוחזק זה הקרוב בעיניו כמאה עדים אלא בעינן תרתי מוחזק לכל הענינים וגם יאמין לזה הדבר הרי משמע דגם מר"ן בעינן עד שתהיה דעתו סומכת והגם דמור"ם כתב סברת מהרי"ק בשם י"א אל תטעה לומר דלחלוק על מר"ן הוא בא דזה לא יתכן דהא מדקדוק דברי מר"ן ש"מ דאזיל ומודה ולא כתב האי סברא אלא משום דפוסק אחד אמרה וכמו שידוע דהיכא דמר"ן או מור"ם מביא איזה סברא יחידאה כותבים אותה בשם י"א כידוע לכל מי שידו ממשמשת בספרי הפוסקים א"צ לציין מקומם הואל ובהרבה מקומות כתבו זה:

גם בעינן שלא יחזור זה הבעל מדבריו הראשונים לאפוקי אם חזר בו מדבריו וחזר לומר שאינו מאמינו בזה בעינן עד שיתן אמתלא לדבריו למה אמר מתחילה שהוא מאמינו אבל בלא אמתלא אינו יכול לחזיר וכמ"ש מר"ן בס' קע"ח סי"א יעו"ש:

הרי בררנו דעד אחד בטומאה בעינן עד שיהיה נאמן בעיניו בכל מידי ולאו משום חסידותו אלא משום בקיאותו אצלו וגם לא יחזור ויאמר אינו נאמן ויתן אמתלא לדבריו

אבל אם חזר ונתן אמתלא לא נאסרה עליו ויכול לקיימה. והנה כל זה לענין לאסור האשה עליו ולכפות אותו להוציאה אבל להפסידה כתובתה אפילו יאמין לדברי העד אין בו כח להפסידה כתובתה וכמ"ש מר"ן בס' קט"ו ס"ז ובס' קע"ח ס"ט. אלא דאם היא צריכה לישבע קודם ואח"ך תגבה או נימא דאינה צריכה הנה מצינו למר"ן בס' קט"ו ס"ז שכתב לפיכך משביעה בנק"ח אם ראה אותה בעצמו ואח"ך תגבה כתובת' אבל בדברי אדם אחר אינו יכול להשביעה אלא על ידי גלגול ע"ך. ומצינו להרב ח"ע בס' ק"ל שכתב דגירסא דגריס מר"ן אבל בדברי אחר כן היא גירסת הטור והרב"י בדברי הרמב"ם והכ"מ וכתב שהכ"מ מפרש שאם הוא טוען ברי יכול להשביעה כדין כל לוה שיכול להשביע את המלוה שלא נפרע שטרו וכמבואר בחומ"ש ספ"ב אבל אם טוען ע"פ ע"א אינו יכול להשביעה כשהוא טוען שמא והא דתנן ע"א מעידה שהיא פרועה תשבע היינו אם הבעל טוען וכו' ולבסוף הרב הנז' תמה על הכ"מ דאיך קאמר דההיא דע"א מעידה שהיא פרועה תשבע דמיירי דוקא בטוען ברי דמנא ליה הא הרי אפילו שד"א הסכימו הפוסקים שמשביעים ע"פ העד כמבואר בחומ"ש סע"ה מכ"ש שבועת המשנה דעד"א מעידה שהיא פרועה עכל"ה הרי לפניך דהרב חל"ם ז"ל תמה על דברי הכ"מ דס"ל דבטוענה ע"פ עד"א שמעידה שזינתה אין צריכה לישבע ולא תמה על מר"ן עצמו דכאן פסק דבטוענה על פי אחר אינו יכול להשביעה ובחומ"ש סע"ה פסק דאפילו בשבועה דאורייתא יכול להשביעה ע"פ העד אלא דצריכין אנו לחלק ולומר דמאי דכתב מר"ן אבל ע"פ אחר אינו משביעה האי אחר לאו היינו עד דעלמא שהוא כשר עליו אלא מיירי בקרוב דידיה או דידה דאינו יכול להשביעה ע"פ לסברת מר"ן שם בחו"מ סע"ה וא"ך גם כאן אינו מזקיקו לשבועה וזה ג"ך מדוקדק מדברי הרב"ש דמקשה על מור"ם דבחומ"ש פסק דיכול אדם להשביע את חבירו ע"פ טענת קרובו ובכאן פסק דאינו יכול להשביעו ע"פ אחר ואיהו סתם כוותיה ולא הגי"ה יעו"ש בב"ש סקל"ב ש"מ דקים ליה דהאי ע"פ אחר היינו קרובו ועל זה לא הוקשה לו כי אם על מור"ם וא"ך מכאן נלמד דאם דעתו מאמנת לדברי העד ורוצה להוציאה יכול להשביעה בנק"ח שלא זינתה הרי בררנו דין עד"א בטומאה:

וא"ך ממנו נביא לנדו"ד דיש עד"א בכיעור ומתחלה נברר דין שני עדים בכיעור. הנה מצינו בדין שני עדים בכיעור כתבו מר"ן באהע"ז סי"א דשני עדים בכיעור אינו חייב להוציאה אבל אם בא להוציאה מוציא אותה וכ' הרב"ש דרשאי להוציאה בעל כורחה אפילו בזה"ז דאיכא חרם דר"ג אבל אין כופין אותו להוציאה ואין משאין לו עצה לקיימה ולענין כתובה אם רצה להוציאה הרי הוא מפסידה כתובתה אם יש שני עדי כיעור

וקדל"פ דכל שאין קדל"פ לא מקרי כלל עדי כיעור בין לענין אם הוציאה לא נאסרה לנחשד וכמ"ש מר"ן בד"מ כשריננו עליה יום ומחצה בין לענין להפסידה כתובתה בעינן קדל"פ והגם שדברי מר"ן בסי"א ס"ג נראה דלא משמע כן דהא כתב וז"ל כל מקום שאמרו תצא תצא בלי כתובה ע"ך א"ך יש לומר דוקא במקום שאמרו תצא דהיינו במקום שאסור לקיימה וכופין אותו אבל במקום שאין כפייה נימא דצריך ליתן כתובה זה אינו שהרי כתב הרב"י בסי"א משם הרמב"ם דאם רצה להוציאה א"צ כתובתה יע"ש בפסקת ומ"ש רבינו וכו' וכן כתב הרה"ג מוהר"ר מור דודי זלה"ה שכתב בפשיטות בפר"ח ס"ו דמפסדת כתובתה מכח סברת הרב"י שכתבתי ומכמה טעמים אחרים וכתב דהגם דכתב מר"ן כאן בס"ג כל מקום שאמרנו תצא וכו' לאו היינו דוקא במי שחייב להוציאה וכופין אותו אלא אאם בא להוציאה קאי ונסתייע לזה ממ"ש מר"ן בדבריו כל מקום שאמרנו תצא דמשמע אדבריו הראשונים. דמי שבא להוציאה בעדי כיעור קאי יעו"ש בדבריו שהביא ראיות אמתיים לדבריו ותמה על הרב יואל זלה"ה דפסק בתוש"י דבעדי כיעור אינה מפסדת כתובתה ושלח תמיהתו להרב מהריב"ו זלה"ה והרב מהריב"ו זלה"ה הסכים לתמיהתו אלא דהוצרך ליישב לו דהרב יואל זלה"ה מירי במי שרצה לקיים ולא לגרש וקיימה זמן מה ואח"ך רצה לגרשה דלא הפסידה יעו"ש בדוחק ומו"ר זלה"ה בפר"ח ח"ב כתב ישוב אחר לדברי הרב יואל זלה"ה משם הרב נכדו הרב יואל האחרון זלה"ה דכתב דדברי הרב מו"ז זלה"ה בדלא היה קדל"פ ואנן בעינן עדי כיעור וקדל"פ ושמח בישוב זה יעו"ש. איך שיהיה לענין להפסידה כתובתה בעינן שלשה תנאים עדי כיעור וקדל"פ וגם לא יהיו העדים שונאים לא לבעל ולא לאשה ולא לנחשד וכמ"ש מר"ן שם ועיין בבאה"ט. ע"ך נמצא כתוב אצלי מענין זה והשאר אבדורי אבדור כי זה זמן רב לענין זה ולקטתי זה מעלה נדח שנשאר לי ממה שכתבתי בזה ומצוי"ם וימ"ן רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ו

תשובה לעיר מאזאנאן יע"ה על מאי דשאיל כת"ר בענין עדי כיעור הדין הוא הואל ויש עידי כיעור וקדל"פ ודאי הדין הוא דיוצאת בלי כתובה ולא תטול כי אם בלאותיה הקיימים דוקא דכן מצינו להרמב"ם שכתב בפשיטות בפרק כ"ד מהל' אישות הלט"ו דבעידי כיעור אם רצה הבעל להוציאה תצא בלי כתובה ע"ך ודברי הרמב"ם אלו פסקם הש"ע בס' קט"ו ס"ה בדין העוברת על דת ששם כתב ז"ל כל אלו אין להם לא עיקר כתובה וכו' וכן הדין במי שזינתה או שיוצאה משום שם רע שאבדה כתובתה וכו' ופירוש היוצאה משום שם רע היינו יוצאה בעדי כיעור דכן מצינו בפירוש בדברי הרמב"ם פכ"ד

מהל' אשות הל"י שכתב ז"ל מי שזינתה תחת בעלה אין לה כתובה וכו' ולא המזנה לבד אלא אפילו עוברת על דת יהודית או היוצאת משום שם רע אין להם כתובה וכו' ע"ך ושם בהלכה ט"ו כתב כיצד היא יוצאה משום שם רע כגון שהיו עדים שעשתה דבר מכוער ביותר אע"פ שאין שם עדות ברורה בזנות כיצד כגון שהיה רוכל וכו' הרי לך דפירוש יוצאה משום שם רע דפסק הש"ע היינו עדי כיעור וזה פשוט:

ומה מאד גדלה תמיהתי על עט"ר הרב מו"ד זלה"ה בס' כרם חמר ח"א ס' ס"ו שכתב שם ז"ל הואל ופסק הרמב"ם דיכול להוציאה בעל כרחה פטור מכתובתה הגם שבנוסח דברי הרמב"ם שלפנינו לא נזכר זה כבר מפורש בב"י סי"א בשם הרמב"ם דאם רצה הבעל להוציאה תצא בלי כתובה ועוד הרי כתב בס"ד ז"ל כל מקום שאמרנו תצא מן הבעל תצא בלי כתובה ע"ך הרי מדקדוק דבריו שכתב שאמרנו ולא כתב שאמרו דאז יכולין לומר כל מקום שאמרו כופין וכו' מוכרח דכוונתו לומר לפי דעתו דיכול להוציאה עכ"ל ועל זה תמיהא לי היאך כתב שלא נזכר דבר זה בהרמב"ם ודבריו הם בפירוש הל' ט"ו: גם במה שרצה לדקדק ממה שנמצא כתוב ז"ל כל מקום שאמרנו וכו' לא ידעתי באיזה מקום מצא נוסח זה של שאמרנו אם בדברי הרמב"ם הרי שם בפרק כ"ד שנאספו שמה כל ההדרי"ם של הלכות אלו שם שם לא נמצא כתוב לא כל מקום שאמרו ולא כל מקום שאמרנו ואם על דברי הש"ע דסי"א ס"ד הרי באמת כל ספרי הש"ע שבידינו חדשים גם ישנים הרי נמצא כתוב בהם כל מקום שאמרו ואולי בעד זה יש להליץ דאולי בהרמב"ם שהיה בידו לא היה כתוב בו אם רצה הבעל להוציאה תצא בלי כתובה ובש"ע שהיה לפניו היה כתוב בו שאמרנו זהו מה שנראה ליישב בדוחק:

אך באמת עדיין יש לתמוה היאך נעלם ממנו פסק הש"ע סקט"ו שהבאתי לעיל שפסק בפירוש דהיוצאת בעדי כיעור דהיינו היוצאת משום שם רע איבדה כתובתה דשם רע היינו כיעור כמ"ש איך שיהיה נקטינן דהדבר מפורש ע"פ פסק הרמב"ם והש"ע דבעידי כיעור וקדל"פ איבדה כתובתה והואל והדבר מפורש בש"ע תו אין אנו צריכים להביא מדברי שאר פוסקים ראיות לזה והרוצה לעיין בשאר ספרים יעיין בס' ד"ן ובבני חי"י אהע"ז סי"א הגה"ט ס"ב דהכי פסיק ותני מכח דברי הרמב"ם שכתבנו וכן פסק מהריט"ץ יעו"ע בסרל"ג וכן העלה רב אחרון הוא הרה"ג מו"ר דודי זלה"ה יעו"ע בפר"ח ס"ו וכו' אין להאריך:

ולא נצרכה אלא אפילו אחר שנשמעו עליה על האשה זו דברי רנון ויצאו עליה עדי כיעור וקדל"פ והיא בידו רשות בדין להוציאה בלי כתובה אם זה הבעל לא קיים בה מצות שלוח אלא מרצונו קיימה לו לאשה עכ"ז בכל עת וזמן שירצה אח"ך להוציאה

תצא בלי כתובה דכן פסק הרמב"ם ג"ך שם בפכ"ד מהל' אישות ס"ח שכתב ז"ל עוברת על דת משה ויהודית וכן זאת שעשתה דבר מכוער אין כופין הבעל להוציאה אלא אם רצה לא יוציא ואפע"פ שלא הוציא אין לה כתובה שהכתובה תקנת חכמים היא שלא תהיה קלה וכו' ועל פרוצה כזו תהיה ותהיה קלה ע"כ והלחם מחוקק בס' קט"ו סקי"ח הביא דברי הרמב"ם אלו וסיים עליהם ז"ל אם אין מוציא אותה וחזרה להיות מתנהגית דרך צניעות וכו' אסור לדור עמה בלי כתובה וצריך לכתוב לה כתובה מנה דכתובה ראשונה נמחל שעבודה עכ"ל הרי לך דאפילו בדלא גרשה ואפילו חזרה ללכת בדרכי יושר כל זמן שלא חדש לה כתובה אין לה כתובה וכל זה הלכה למש"ה מסיני משה אמת ותורתו אמת וצוי"ם וימ"ן רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ז

שאלה מעיר טאנזא ודאר לבידא יע"ה במותב תלתא כחדא וכו' אתא קודמנא הר' שלמה ן' הרוס נר"ו ואחר האיום והגזום העיד ואמר באיין לילת אזמעא שעבר פסתא דליל חתא לסתא ונץ מ"מ עייטלו ראובן לילו ולמכלוף ן' חמו ועבאהום קראב לדאר שמעון וזבר בנת שמעון וואקפא פבאב אדאר דייאלהום וזאד ראובן לענדהא ועטאהא כאתם דדהב פידהא וכאן יקרא ומא ערפסי לעד הנז' אס כאן יקרא ומה פהמסי לקלאם די כאן יקול ראובן הנז' כלל והעיד העיד הנז' באיין ראובן הנז' קאל לבנת שמעון וואס מן כאטרך וואזבתו הייא וקאלתלו אייה ע"ך סוף עדותו של העד הנ"ז:

שוב העיד מכלוף ן' חמו הי"ו וקאל באיין מא עקלסי וואס לילת לכמיס שעבר אוו לילת אזמעא שעבר פסתא דליל מ"מ עייטלו ראובן הנז' ליה ולשלמה ן' הרוס ועבאהום קראב לבאב דאר שמעון וזבר בנת שמעון וואקפא פבאב דארהום וזאד לענדהא ראובן הנז' ועטאהא כאתם דדהב פוסט ידהא וקאלהא הרי את מקודשת וסי ק'למא אוכרא מא שמעם מנו כלל לאיין כאן מדהוס פהאדיסי די עמל ראובן וסקסינאה אח"מ פעמים שלש וואס קאלהא מקודשת לי וכו' וואזבנא מכלוף הנז' באיין מא סמעסי לק'למא די לי וכו' מא סמע גיר הרי את מקודשת דוקא ע"ך עדות מכלוף הנז' ובאו על החתום כהוגין יומי"ץ:

תשובה לזה תחלה וראש יש לחקור בקב"ע זו שלא בא כתוב בה שעשו דרישה וחקירה לעדים מה דינה דהגם שלא נתברר לנו אם עשו או לא עשו עכ"ז אחר שלא בא כתוב בהקב"ע שעשו יש לנו לדון שלא עשו דכן מצינו להרב החבי"ב באהע"ז הגהב"י סע"ב ס"ג שכתב ז"ל אפע"פ שנתקבל העדות בפני הדיינים מומחים כל שכתבו שקבלו העדות

ולא כתבו שעשו דרישה וחקירה ואיומים כראוי מסתמא לא עשו דו"ח הרא"ם ז"ל בתשובה כ"ד הרא"ש בתשובה י"ט הרי לך דהיכא שאין כתוב לפנינו שעשו דו"ח דינין ליה לא עשו:

אך כד דייקת בנדו"ד הרי בא כתוב שעשו איום וגזום כראוי וא"ך יש לנו לומר דהדו"ח בכלל האיום והגזים היתה ולא מעיט הכנה"ג אלא כמו שנתבאר בדבריו דהיינו שלא כתבו שעשו דו"ח ואיומים וכו' וא"ך בנדו"ד שבפירוש בא כתוב שאיימו וגזמו כראוי שוב אין לנו להסתפק ודאי עשו כהוגין: ומה גם הרי מצינו להרב"י באהע"ז סי"א שכתב ז"ל כתב הרשב"א אין בודקין עדי נשים בדו"ח בין לגרושין בין לקדושין דקי"ל כת"ק דר"מ וכו' ותשובה זו של הרשב"א פסקה מורם בהע"ז סמ"ב ס"ד ז"ל עדי קדושין אינם צריכין דרישה וחקירה אם לא בדבר שנראה בו רמאות ע"ך ועיין גם בש"ע אהע"ז סי"ז סכ"א שפסק כן יעו"ש וכתב הרב"ש שם בס' ע"ב סקי"ד דכן כתב הריב"ש ועיין בבד"ה וכן בתשובת ן' ששון סי"ז והנמק"י פרק אד"מ אע"ג דלאסור על בעלה בעינן דו"ח שם הטעם משום עגון או משום דין מרומה שהרי מכחשת וכן בעדי קדושין היכא דמכחשת בעינן דו"ח עכל"ה הרי לך חבל פוסקים דכלהו סבר"י מרנ"ן דלעדי קדושין א"צ דו"ח זולת הנמק"י ס"ל דאם היא מכחשת בקדושין צריך דו"ח והגם שדברי הנמק"י אלו דכתב דהיכא שהיא מכחשת בקדושין צריך דו"ח במחלוקית הם שנוים כמו שיראה המעיין בכנה"ג סמ"ב הגב"י ס"מ ששם פסק אחר שהביא סברת הפוסקים דסברי דאם האשה מכחשת צריך דו"ח הוסיף וכתב ז"ל וכתב מהרח"ש שהריב"ש ז"ל חילק על זה וכ"ך מהר"א די בוטון ז"ל גם הוסיף וכתב דלדעת הרא"ם ז"ל ר"י והרשב"א והריב"ש ז"ל לא פליגי וכוונתו לומר דלדעת הרא"ם ז"ל דגם הרשב"א ור"י ס"ל דדעת הריב"ש דבמכחשת צריך דו"ח אבל מדברי הרב"י בחומ"ש סכ"ט נראה דפליגי וכ"ך בתשובה וסיים וכיון דאיכא פלוגתא מי יקיל ראשו בעדות ערוה החמורה נגד כל הני רבוותה ז"ל המצרכים דו"ח כמו בדיני נפשות וכ"כ הרב מורי בתשובה חאהע"ז סמ"ב דעדי גטין וקדושין צריכין דו"ח ולי נראה דאם מה שבאנו להצריך בעדי גטין דו"ח הוא חומרא להחזיקה בספק מקודשת חיישינן לדברי האומר שצרכין דו"ח ואם הוא קולא שבשביל שלא חקרו ודרשו העדים אין לחוש לקדושין חיישינן לדברי האומר שאין דו"ח בדיני גטין וקדושין והויא ספק מקודשת ובין הכי ובין הכי אם קבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם עכל"ה נקטינן מזה אפילו במקום שהאשה מכחשת איכא מחלוקית הפוסקים בעדים שלא נחקרו אם עדותם עדות או לא ולדעת הרב כנה"ג הרי הכריע דלעולם אזלינן לחומרא ואין מי שיכריע במקום ערוה החמורה וא"ך ממנו יוצא לנדו"ד אפילו נימא

דעדים זו לא נחקרו עכ"פ יש לנו לחוש לסברת הפוסקים דלא מצריכם דו"ח אפילו אם תכחיש אלו העדים מכ"ש בנדו"ד שאינה מכחישתן כמו שהוגד לנו בזה ליכא מאן דפליג שיש לחוש לעדות זו והרי היא קיימת:

אך נשאר לנו לדקדק בהאי קב"ע שהעיד שלמה הרוס שזה הענין היה בליל ששי ומכלוף נסתפק אם בליל ששי או חמשי אי הוי הכחשה בחקירות דהא מצינו אפילו למאן דלא בעי דו"ח בעדי נשים הני מילי לכתחילה א"ץ לחקור אבל אי חזינן הכחשה בחקירות עדותן מגן שויא וכמו שראינו להש"ע שפסק באהע"ז ז"ך ספ"א ז"ל אין בודקין עדי נשים בדו"ח ואפילו אם הוכחשו בבדיקה כשרים עכל"ה ובודאי מדברי הש"ע אלו מוכח דדוקא בהוכחשו בבדיקות הוא דכשרים הא אם הוכחשו בחקירות ודאי דלא גרע מדיני ממונות דפסק הש"ע בחומ"ש ס"ל ס"ב ז"ל אע"פ שאין עדי ממונות צריכין דו"ח אם הכחישו זה את זה בדרישות וחקירות עדותן בטילה יע"ש וכן נמי כתב הרב חל"ם כאן בס' ז"ך סקט"ל ז"ל ואפילו הוכחשו בבדיקות כלומר פשיטא דאין צריך לחוקרן אלא אם חקרן והוכחשו בבדיקות מאחר שאין הכחשה מן החקירות שהזמה תלוי בהם עדותן כשירה עכ"ל הרי לך דהכחשה בחקירות פשוט דעדותן בטילה וכן כתב בכה"ג הגב"י ס"ו משם מהריב"ל יעו"ש וא"ך בנדו"ד שזה אומר בליל ששי וזה אומר איני יודע אם בחמשי או בששי לכאורה נראה דהוי הכחשה בחקירות דהא הכחשה בימים היא מהחקירות וכמו שבא כתוב בסמ"ע משם הגמרא דחקירית ודרישות הן שבעה ואחת מהנה באיזה יום מיום השבוע יעו"ש בסמ"ע חומ"ש ס"ל סק"ה וזה פשוט וכ"כ כנה"ג הגב"י סע"ב ס"ט ז"ל אמר האחד שהיה בשני בש' ואחד אמר בחמשי בש' הכחשה בחקירות הוא ועדותן בטילה רשד"ם אהע"ז סל"א יע"ש ואל תטעה לומר דלא אחשבינהו מהרשד"ם להכחשה אלא מיום שני ליום חמשי אבל מיום חמשי ליום ששי נימא דלא הוי הכחשה דעבדי אינשי דטעו זה אינו דהא הא דקי"ל דרישה בחקירות באיזה יום מיומי השבוע הוא לא שאני לן אפילו מיום ליום קרויה הכחשה ואפילו בשעות יע"ש בגמר במקור הדין אלא דמהרשד"ם מעשה שהיה לפניו כך היה שאחד העיד בשני ואחד העיד בחמשי ויעו"ש בשם מהרשד"ם בטעם הדין דמחלק בעדות זה אומר מנה הלוה לו ביום פלוני וזה אומר מנה הלוה לו בזמן אחר שמצטרפין לדיני. זה אומר נתקדשה ביום שני וזה אומר נתקדשה ביום חמשי דעדותן בטלה לגמרי ויהיב טעמא דשם מדין צרוף אתינן עלה דאתייא מבינייא מנה יש לו בידו אבל הכא בעדות קדושין הגם שנניח שזה קדשה לפניו ביום שני וזה קדשה לפניו ביום חמשי עדותן בטילה דלכל דברי כל אחד ואחד אין כאן קדושין בשני עדים וא"ך מטעם זה ליכא לפלוגי בין אחד אומר ביום שני

ואחד אומר ביום חמשי לאם היה אחד אומר ביום חמשי ואחד אומר ביום ששי הכחשה מקרייא וא"ך לכאורה נראה דהוי כמוכחשין:
זה אינו. האמת הוא שאין כאן שום הכחשה דהא באמת מכלוף זה אינו ברור לו שבליל חמשי ממש הוה המעשה אלא ספוקי מספיקה ליה משום ששכח ובאמת יכול להיות שכדברי שלמה ן' הרוס כן הוא שבליל ששי היה המעשה ואין כאן הכחשה כלל:
גם מה שהעיד מכלוף ששמע הרי את מקודשת ושלמה לא הבין מה היה אומר גם זה נראה פשוט דלא נכנס בסוג הכחשה דאיכא למימר דהאמת הוא כמו שאמר מכלוף ושלמה הוא דלא הבין מה היה אומר או משום שאין לו ידיעה בלשון הקודש או אפשר מכלוף היה עומד קרוב לפני ראובן ומכח זה שמע לא כן שלמה הרוס היה עומד רחוק קצת ובשביל זה לא שמע וא""ך אין כאן מקום להכניס דבר זה בסוג הכחשה דהגם שמצינו מחלוקית הפוסקים בזה דלדעת מהרשד"ם ס"ן ובס' צ"ט ומהריק"ש ס' צ"ט ג"ך והרבה פוסקים אחרים מצינו להם שכתבו דבמקום דאיכא שני עדים בקדושין ואחד אומר שמע ואחד אומר לא שמע לא הוו מכחשי זה את זה דאמור זה שמע וזה לא שמע וא"ך לדעת הני פוסקים פשוט דבנדו"ד ליכא הכחשה:
אלא אפי' לפי מה שראינו באמת להרב"י בחומ"ש סכ"ט שכתב משם הגהו"ת המרדכ"י דסנהדרין דאם העדים בתרוויהו כי הדדי נינהו כי אמר אחד לא ראיתי הו"ל כאומר לחבירו לא ראית והו"ל הכחשה ע"ך ודין זה פסקו בש"ע חומ"ש כ"ט ס"ג יע"ש וראיתי להכנה"ג שם הגב"י סקל"ו ז"ל דהדין שיש בראיה יש בשמיעה אם האחד אומר שמעתי ואחד אומר לא שמעתי וכן מתברר מדברי מהר"ח באסן ז"ל הובאו דבריו במהרשד"ם חאה"ע פ"ח ומהרש"ך ח"א סכ"ח ובהר' בצלאל ז"ל עכ"ל וא"ך הרי לפניך דאפילו זה אומר שמע וזה אומר לא שמע דיינין להו כמוכחשין לדעת הני פוסקים עכ"ז בנדו"ד כ"ע יודו דלא הוו כמוכחשין דדוקא בזה אומר שמע וזה אומר לא שמע מה כוונתו לומר לא שמע היינו זה לא דבר מאומה וא"ך הוי הכחשה לזה שאומר דבר דאלו דבר הו"ל גם לזה לשמוע וא"ך הוו מוכחשין אבל בנדו"ד הרי הוא מודה שלמה למכלוף שראובן המקדש היה לומד כמ"ש בקב"ע [כאן כא יקרא] וכו' אלא איהו ניהו שלמה הנז' הוא דלא הבין [אם כאן יקרא] ומה הכחשה יש בדבר יכיל להיות שהאמת הוא כמו שאמר מכלוף וגם הוא מודה לו אלא שמכלוף מידע ידע להבחין מה היה אומר ושלמה לא ידע וא"ך לא נכנס זה בגדר הכחשה ופשוט וכן ראיתי להרב ער"ך השולח"ן אהע"ז סע"ז שכתב בדין ע"א אומר שמע בקדושין ועד"א אומר לא שמע יעו"ש שאחר שהביא סברת הפוסקים לכאן ולכאן העלה לדינא במסקנתו ז"ל וא"ך אם הוזמנו שני עדים לקדושין במעמד אחד

ועד"א אומר שמע שאמר המקדש הרי את מקודשת ואחד אומר לא שמע כלום הו"ל הכחשה עכ"ל מדקדוק לשונו זה שכתב בזה"ל ועד"א אומר לא שמע כלום משמע דוקא באומר לא שמע כלל וכלל הוא דהוי הכחשה אבל בכגון נדו"ד ששמע ולא הבין פשוט דלא היי הכחשה ופשוט:

עוד ראיה ברורה לזה דמצינו להרב כנה"ג סמ"ב הגב"י אות כ"ד שהביא על דברי תרומ"ת הדש"ן שהביא הרב"י דהיכא דהוו תרי סהדי אצל המעשה והאחד מעיד שנעשה קדושין בפניו ובפני חבירו אפע"ג דחבירו מכחיש מ"מ לפי דבריו של זה הרי הם קדושין גמורים אם האמת כדבריו וכו' על הדברים האלו כתב כנה"ג סקכ"ד ז"ל כתב הרב תומ"ת ישרי"ם ז"ל אפילו לדעת תרומ"ת הדש"ן אם אמר העד כמדומה לי שאחד היה עמי אינה עדות כיון שאינו אומר אותו בתורת עדות וכו' ועל זה סיים מדידיה הכנה"ג דבריו ז"ל אמר הכותב נדון הרב היה שהעד אחד אומר נתקדשה בפני וכמדומה לי שלוי היה עמי ונשאלו ללוי ואמר שאינו זוכר על זה השיב הרב ז"ל בפשוט שאין לחוש לקדושיו אלו מפני שהוא סבור דמה שאמר לוי שאינו זכור הוי כמכחיש ולעד"ן שיש מקום לבעל דין לחלוק ולומר דאפילו נימא כנדון הרב ז"ל אינה מקודשת כשהעד אחד מעיד בפניו ובפני אחר נתקדשה ושאלו לאחר ואמר שאיני זוכר אפשר שיש לחוש ונדון הרב ז"ל שאני דאיכא תרתי לריעותא שאומר השני אינו זוכר גם הא' אינו אומר אותו אלא כמסתפק אבל אם האחד אומר בפני ובפני האחד נתקדשה בודאי והשני אומר שאינו זוכר אפשר שיש לחוש ועיין בבאורי הסמ"ג דלא סתר בעל תרומ"ת הדש"ן סברא זו אלא כשמכחישו אבל כשאין חבירו מכחישו לא גם מדברי הרב המחבר נראה דלא דבר תרומ"ת הדש"ן אלא במכחישו אבל מדברי מהרא"י אדרבי בס' רצ"א מוכח דאפילו כשאינו מכחישו עכ"ל הרי לך מדברי הכנה"ג ומהפוסקים שהביא מוכח דלא מקרי הכחשה בין העדים אלא דוקא במכחישו ממש אבל באומר כמדומה לי לא הוי הכחשה וא"ך ממנו נקח לנדו"ד דהוא עדיפא מאומר כמדומה דהא בכאן מעיד הוא שהיה באותו מעמד גם ראה שנתן הטבעת לידה אך לשון הקידושין לא הבין אותם ויכול להיות כמו שאמר מכלוף אלא איהו לא הבין בזה נראה דאפילו מהר"י אדרבי שחולק באומר כמדומה לי וחשיב ליה הכחשה בכאן יודה וכמו דקי"ל בדברי הר"ן שאמר כל מאי דמצינן להשוות דברי העדים אפילו בדוחק מקיימין וכמו שפסק בחומ"ש סכ"ט ס"א יעו"ש ומכ"ש לכאן דלא דיינין ליהו כמוכחשין. שוב אחרי החפוש זכיתי ומצאתי סברא זאת מפורשת בס' אהל"י יעק"ב להרב מהריק"ש בס' ל"ח שנשאל בעדות שני עדים שהעידו בתורת עדות הלא המה כהר"ש והר"א ואחר האיום העיד הר"ש איך הרב ר' ששון הלוי הוציא כסף מחיקו

ונתן הכסף ביד אסתר ואמר לו ולעד השני שהיה עמו הוו עדים שמקבלתן אשה זו לקדושין ואינו יודע אם אמר שמקבלתן או אם אמר שנותנם לאשה זו וגם אינו יודע אם היו הדברים האלו קודם נתינת הכסף או לאחר הנתינה והעד השני שהוא הר"א העיד שהלך הוא ור"ש הנז' עם ר' ששון והוציא ר"ש כסף ואמר להם הוו עדים שאני נותן אלו לקדושין לזאת האשה ואמר העד שאינו רוצה להטפיל בענין זה ונתנם לה והשיב הרב על זה ובסוף דבריו כתב זל"ה עוד יש גריעותא בדברי עד השני והוא מה שאמר שהזכיר המקדש מלת שאני והעד הראשון מכחישו בכך ונהי שלא הכחישו בלשון אומרו שמקבלתן או שנותנן וכן אם דבר קודם נתינת הקדושין או אח"ך שהרי אמר שהוא מסופק בכך ואין בשני דברים אלו הכחשה נראית לעד השני מ"מ במלת שאני מכחיש אותו הראשון בהדייא כמפורש בעדותו עכל"ה הרי לך בהדייא הגם שהרב הנז' חשיב למה שאומר העד הראשון לא שמעתי חשיבה הכחשה למי שאמר שמע עכ"ז במה שהוא מסופק אם אמר נותנם לה או מקבלתן לא הוי הכחשה הרי לך מבורר דנדו"ד שאמר שהיה לומד ואינו יודע מה היה לומד ודאי דלא הוי הכחשה:

שוב אחרי זאת עוד תהלי"ת זכיתי וראיתי ממש כעין נדו"ד בס' שמ"ש צדק"ה חאעה"ז ס"א שנשאל בשני עדים שאחד העיד באיש אחד שנתן טבעת ביד אשה אחת ואמר לה הרי את מקודשת לי ואחד אמר שראה האיש נתן הטבעת באצבע של אשה ואינו זוכר מה שאמר לה רק שמע מלת לך ועל זה השיב הרב בענין ההכחשה וכתב ז"ל ואת"ל דדין מרומה הוא כסברת מהרח"ש לפי שהיה המעשה בחשאי שלא בפני עשרה אפע"ך במה שאומר העד השני איני זוכר אינו מכחישו חבירו המעיד שאמר הרי את מקודשת לי וא"ך לא בטלה העדות גם אין לומר בין לי ולך הויא הכחשה אחרי שגלוי וידוע בעיני כל משכיל שכל מה שאנו יכולים לתקן לשון העדים שלא יהיו מוכחשין מתקנין ובנדו"ד שאחד אמר ששמע הרי את מקודשת ואחד שמע לך מאן לימא לן שלא אמר הרי את מקודשת לי בטבעת זו שאני נותן לך ונמצאו דברי שניהם קיימים ומה ששמע זה לא שמע זה יעו"ש הרי לך מבורר יוצא לנדו"ד דאין כאן שום חשש הכחשה והמדקדק יראה דנדו"ד אתי במכ"ש מנדונו של הרב שמש צדקה ופשוט:

ומעתה הבוא נבוא לעקר הדין אם ע"פ עדים אלו מחזקין להבת הנז' מקודשת או לא הנה פשוט דעדות שלמה הרוס הנז' הואל ולא ידע מה היה אומר או לשון מתנה או לשון מקח וממכר או לשון שליחות ודאי עדותו כמאן דליתא דמי דאין כאן עדות קדושין כלל להכניסו בסוג עדות והגם שהעד השני ההוא שמע שאמר לה לשון הרי את מקודשת לא נימא הואל ואחד שמע נימא דשמיעתו של מכלוף תהני לראייתו של שלמה ונימא

הואל ושניהם ראו הגם שלא שמע אלא אחד תהני אותה שמיעה של אחד להחשיבה מקודשת הואל ויש כאן שני עדי ראייה ונחשבה מקודשת בשני עדים זה אינו. האמת הוא דראייתו דשלמה הגם שהיה מצורף עמו מכלוף ומכלוף ראה ושמע עכ"ז ראיית שלמה בלי שמיעה מגן שויא דכעין זה ראיתי להרב ער"ך השולח"ן בס' מ"ב ס"ו בכעין זה באחד שקדש אשה בעדים ועד"א העיד שראה שנתן לה מטביע ואמר לה הרי את מקודשת לי והאחר אומר שראה הנתינה שנתן לה ולא שמע כלום מהקדושין והאשה מכחשת ואומרת שלא שמעה הקדושין אלא אמר לה קח וכתב הרב הנז' דאין לחוש לאותם קדושין והביא ראיה מדברי מהרימ"ט ואחר שהביא דברי מהרימ"ט מסיק וכתב זל"ה א"ך הכי נמי שעד"א אומר שמע הקדושין ועד"א אומר לא שמע הקדושין אלא ראה הנתינה והיא מכחשת אע"ג דאין הכחשתה כלום דשני עדים ראו הנתינה מ"מ כיון דליכא הודאה אין עד"א נאמן עליה מיהו אם העד האחד העיד שנתן לה המטביע אלא שלא שמע בטבעת זו ולא הרי את מקודשת לי הרי הוחזקה כפרנית נגד שני עדים וא"ך אע"פ שהעד שלא שמע הקדושין אין עדותו כלום כיון דעד"א ראה ושמע הקדושין חוששין לקדושין והוסיף עוד להביא ראיה מדברי מהר"ם פדאוו"ה זלה"ה דמסיק על זה וכתב ז"ל הכא נמי כיון שיש עדים שהיו כלם במעמד אחד ואחד מהם ראה שנתן לה המטביע אלא שלא שמע לשון הקדושין רק בטבעת זו והיא מכחשת כל העדים שלהד"מ כלל א"ך אין הכחשתו כלום וחוששין לעדות ע"א שראה ושמע הקדושין עכ"ל הרי לך מפורש דאפילו העד ששמע בטבעת זו הואל ולא שמע הרי את מקודשת חשבינן לעדותו לענין קדושין כמאן דליתא כלל אפילו היה במעמד חבירו ששמע כל הקדושין מראש וע"ס חשבינן לזה שלא שמט כי אם בטבעת כמאן דליתיה לענין קדושין ולא אהני אלא לענין הכחשה להחשיבה נתקדשה בעד"א ששמע וא"ך מכ"ש בכאן שלא ידע אפילו אות אחת ממה שהיה אומר ראובן המקדש להבתולה ודאי דעדותו כמאן דליתא ולא נשאר בידינו כי אם עד"א שהוא מכלוף דוקא:

וכן ראיתי להרב משחד"ר סמ"ב שנשאל באחד שראה ושמע הקידושין ואחד שמע ולא ראה ממש הנתינה וכתב הרב שם ז"ל ברם לענין העד השני ששמע שאמר מקודשת לי בטבעת זו אבל לא ראה הנתינה כלל וכששמע דברים אלו מפיו אז החזיר פניו לאחוריו וראה אותו קם ממה שהיה נוטה עליה בזה אתאן לפלוגתא דהרשב"א והמרדכ"י בפרק האומר בשם הרא"ש והרשב"א כתב באחד שאמר לה התקדשי לי באתרוג ולא ראו העדים הנתינה אע"פ שאח"ך ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אינה מקודשת דעדי ראיה וידיעה בעינן וא"ך הכא אינה מקודשת ואין לחלק בזה בין עד"א שלא ראה לשני עדים

שלא ראו עכל"ה הרי לך מדבריו ג"ך דבמקום עד"א ראה ועד"א לא ראה אותו העד שלא ראה עדותו כמאן דליתא וכאלו אינו לענין קדושין:

וכן אחר כן ראיתי ג"ך להכנה"ג סמ"ב הגב"י סק"ח שכתב ז"ל אפילו למ"ד הכחשת האשה בעד"א מהנייא ה"מ כשלא היה אלא עד"א אבל אם היו שנים ולא היתה האשה רואה כי אם לאחד אפע"פ שאינו מועיל לענין קדושין ומועיל לענין הכחשתה אינו כלום לגבי שנים שקדשה ולמאן דחיים לקדושי עד"א יש להחמיר מהר"ם פאדווא ומהר"י ח"ן הובאו דבריו בתשובת ה"ה וכו' עכ"ל הרי לך גם מזה תקח דעדות שלמה הרום לענין קדושין כמאן דליתא אפילו היה מצורף שם מכלוף ומכלוף שמע הואל ושלמה לא שמע כדאבעי ליה עדותו לענין קדושין כאלו אינו כלל וא"ך לא נשאר בידינו כי אם עדות מכלוף דוקא:

ומהשתא נחזי אנן דהואל ואין כאן כי אם עד"א בקדושין אלו אי חיישינן לקדושין אלו או לא הנה דין זה דקדושי עד"א הוא מחלוקית הגדולים שמצינו לרבינו הטור בס' מ"ב כתב ז"ל המקדש שלא בעדים ואפילו בפני עד"א אינם קדושין ואפילו שניהם מודים בדבר ובספר המצות כתב שחוששין להקדושין להצריכה גט עכ"ל וכתב הרב"י דכן פסק הרי"ף והרא"ש והרמב"ם אבל הסמ"ג הוא דפליג וכתב הרשב"ץ דאפילו הסמ"ג דחייש לעדות ע"א לא חשש אלא דוקא כששניהם מודים אבל אם יש הכחשה ביניהם לא וכתב עוד שאין דברי הסמ"ג נכונים בזה וכ"ך הרשב"א לאחד מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על הסמ"ג בזה מי סאנו הגאונים והרי"ף והרמב"ם וכל הגאונים וכל האחרונים שאתה מחמיר על עצמך מכל אלו עכ"ל והוסיף עוד הרב"י וכתב דמהרי"ק כתב ששוו כל הפוסקים בזה זולת הסמ"ג וכו' יעו"ש וכן מצינו למר"ן בקצר סמ"ב ס"ב שפסק כדעת הני חבל נביאים דקדושי ע"א אינם קדושין אך ראינו למור"ם שחשש לדברי הסמ"ג וכתב ז"ל ויש מחמרים אם מקדש לפני ע"א אם שניהם מודים ע"ך ואנן בדידן הגם דלכאורה נראה דאין לנו אלא דברי כל הני חבל נביאים גדולי עולם קמאי ובתראי כלהו סברי מרנ"ן דקדושי עד"א לית בהו ממשא זולת הסמ"ג דיחידאה הוא וראוי לנו לפסוק כוותיהו ומה גם דמר"ן דקי"ל כוותיה הכי פסיקא ליה לכאורא מדבריו לא נזוז ועדיפא מזה ראיתי לרב אחרון חביב מהרש"א במשחד"ר שכתב זל"ה אלא שרוב הפוסקים ז"ל ראשונים ואחרונים פסקו דאין חוששין לעד"א וכתב הרב משפטי שמואל שכן דנים כל בתי דינין אשר ראינו ואשר שמענו שומעם כמ"ש כנה"ג סמ"ב בהגהו"ת ע"ש שהאריך וכן היה דן מ"ו א"א ז"ל וכן היה אומר כמה פעמים ה"ה כמוהר"י הכהן נר"ו שבעיר הזאת אין

חוששין לע"א בקדושין כלל עכל"ה של מוהרש"א זלה"ה ואך נראה לכאורה דמפסק זה לא נזוז:

אלא דכנגד זה ראיתי להרב ער"ך השולח"ן שהביא נגד זה קצת פוסקים דחיישי להסמ"ג יע"ש שאחר שהביא סברת הרבנים דחיישי להחמיר כסברת הסמ"ג סיים על זה וכתב ז"ל ומי יקיל ראש נגד הני רבוותא באיסור ערוה וכבר כתב הלכות שמחת יו"ט סמ"ה דכלל מסור מפי סופרים וספרים דלענין איסור ערוה יש לחוש לכל הסברות וגם אנו שקבלנו עלינו הוראת מר"ן הב"י לענין אסור ממון באיסור ערוה מחמירים בכל הסברות לכתחילה כשאין עגון בדבר והילך הרב כנה"ג בתשובה בס' עדו"ת ביעק"ב סי"ז ובתשובת בע"י חי"י ח"מ סי"ג וסט"ו דאין להקיל בעד"א אם לא יש רעותא אחריתי עכ"ל א"ך נקטינן מזה דהגם דרוב הפוסקים קמאי ובתראי אזלי דלא כסמ"ג ומר"ן אף עמהם מ"מ בדין זה של ערוה החמורה יש לנו לחוש לסברת המחמירים שהיא דעת הסמ"ג וסיעת מרחמוהי רבנן בתראי דחשו לסברתו כמש"ל יש לחוש לעדות עד זה לפי מה שקדמה לנו ידיעה שאין המקדש והמתקדשת מכחשין לעד זה:

אלא דמצאנו ארוכה ומרפא גם לבטל עדות מכלוף זה הואל ומצאנו לו רעותא בעדותו שמעיד שהמקדש אמר הרי את מקודשת ותו לא מידי ומצינו גם בדין שכתב הטור בס' ז"ך סי"א כתב דאם אמר הרי את מקודשת ולא אמר לי אינו כלום וכתב הרב"י שם דכן היא דעת הר"ן דמתמה על מאן דסבר דהגם דקי"ל ידים שאינם מוכיחות לא הווין ידים בגטין וקדושין אזלינן לחומרא והויא ספק מקודשת והר"ן ז"ל דחה דבריו וכתב דלא הוו קדושין וכן דעת הרא"ש והרב המגיד משם הרמב"ן והרשב"א ורבינו ירוח"ם כתב שכן נראה דעת הרי"ף והרמב"ם דכל שלא אמר לי אין חוששין אלה היו דברי הרב"י וכן פסק בש"ע סז"ך ס"ד אלא דמצאנו למור"ם שאחר שכתב על דברי מר"ן וכן עקר הוסיף וכתב אבל יש מחמירים ואומרים דהוי קדושין ע"ך והוא מתשובת הרמב"ן והרשב"א וסיעתם יע"ש ואנן בדידן הגם שבאמת ראוי לנו להחמיר במקום ערוה החמורה לסברת המחמירים וכמש"ל משם הרב ער"ך השולח"ן משם הרב שמחת יו"ט עכ"פ היינו דוקא לא נחלקו אלא במקום דאיכא שני עדים המעידים שאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי בזה הוא דיש לחוש לסברת המחמירים אבל בכגון נדו"ד דאין לפנינו בעדות קדושין אלו כי אם עד"א והוא מכלוף הנז' הואל ועדות עד"א אינו אלא משום חומרא בעלמא הוא דחיישינן ליה נגד סברת הרבה פוסקים ומר"ן א"ך דיינו במקום שיעד שהיו הקדושין בידים המוכיחות דהיינו שאמר הרי את מקודשת לי אבל בכגון נדו"ד שאין ידים מוכיחות אפילו המחמירים יודו דאין קדושין אלו קדושין וסברא זו אפילו מצד

עצמינו יש לדון לה הכי הואל ודינא יתיב וכללא כייל לן מן הגמרא והפוסקים דיש לנו להתיר אסור תורה מכח ספק ספיקא ולא נצרכה אלא אפילו במקום שאינו מתהפך לדעת הרבה פוסקים עיין כל זה בס' כנה"ג אהע"ז סס"ח בהגה"ט אות כ"א ששם אסף איש טהור כל הדעות ועשה מערכה מול מערכה ובכן כ"ע יודו שהרי נמצא כאן ס"ס המתהפך ונוסף עוד ספק שלשי דהיינו מתחילה יש לנו לומר דשמא הלכה כהפוסקים דס"ל דעד"א בקדושין אין חוששין לו ואת"ל דקי"ל חוששין דילמא הלכה כמאן דסברי דאם לא אמר לי אין חוששין לקדושיו וס"ס זה הרי הוא מתהפך ויצאנו כל הדיעות והדר אמרינן ואת"ל דהלכה כתרוויהו דעד"א קדושיו קדושין וגם היכא דלא אמר לי דהוו קדושין איכא למימר הני מילי היכא דלא נצטרפו הרעותות אבל במקום שנצטרפו הרעותות דהיינו לא היו הקדושין אלא דעד"א וגם לא אמר לי דילמא מודים כל הפוסקים דאין הקדושין קדושין:

הן אמת דס"ס זה אינו בקדושין עצמן דבכאן הרי העד אחד מעיד שקדש אך לא אמר לי וא"ך אין החששה בגוף הדבר בקדושין עצמן אלא כמאן נקטינן וא"ך הוי הס"ס במחלוקת הפוסקים והואל והס"ס הוא מכח מחלוקית הפוסקים יש לנו להסתפק בדבר דהגם דראיתי להרב בס' משכנות הרועים אות ס' שכתב דמהרשד"ם חאהע"ז סל"א פסק דעבדינן ס"ס ממחלוקית הפוסקים יע"ש וכן ראיתי להרב הלק"ט בס' קט"ו שכתב ז"ל אם מחלוקית הפוסקים חשיב ספק. תשובה הפוסקי' אחזו שער ועושין ספק והכי מסתברא עכ"ל יע"ש אלא דכנגד זה ראיתי בס' פחד יצחק שהביא משם מהריב"ל שבכמה תשובות מסופק אי עבדינן ס"ס מסברת הפוסקים ויש מקומות שכתב דעבדינן ס"ס מפלוגתא דרבוותא וכתב הרב הנז' דהר"י הלוי כתב דמהריב"ל ספוקי מספיקה ליה והן ולאו ורפיא בידיה יע"ש עכ"ז הרי הרב שם הוסיף וכתב דמהריב"ל הגם דבס"ס מספיקה ליה שם שם בס' ל"ג פסיקא ליה דהיכא דהוו תלת ספיקי עבדינן ס"ס אפילו להוציא מן המוחזק יעו"ע וכן הביא דבריו הרב כנה"ג חומ"ש שכ"ה ספ"ד ז"ל תלתא ספיקי אפילו בפלוגתא דרבוותא מפקינן מן המוחזק מהריב"ל ומהראנ"ח שם הן אמת דראיתי לו שם להכנה"ג שאחר שהביא סברת מהריב"ל ומהראנ"ח הוסיף עוד וכתב ז"ל אבל מדברי משפ"ט צד"ק נראה דלמ"ד דבס"ס אין מוציאין מיד המוחזק הוא הדין בתלתא ספיקי וכן כתב מהרח"ש והר"י הלוי וכן כתב מורי הרב ז"ל וכיון דאינהו סברי דאפילו בתלתא ספיקי דמציאות לא מפקינן מיד המוחזק כ"ש בתלתא ספיקי דרבנן וצריך לומר דמה שכתב מהריב"ל בתלת ספיקי בפלוגתא דרבנן מוציאין מיד המוחזק נמשך לו ממה שהסכים בקצת מקומות מספריו דתרי פלוגתא דרבוותא ס"ס הוו דאלו

למה שכתב בקצת מקומות דשום פלוגתא דרבוואתא חד הוא מה לי חד מה לי תלתא ספיקי וכל פלוגתא דרבוותא לספיקה חדא חשיבה:

אלא דרואה אנכי הגם שהרב הנז' כתב כך אין להניח ודאו של הרב מהריב"ל ומהראנ"ח מפני ספיקו של הרב הנז' ומה גם הרי הרב החבי"ב הנז' אחר שכתב כן באות פ"ד חזר עוד שם באות פ"ה וכתב ז"ל תלת ספיקי בספק קדושין יש לסמוך עליהם בש' הדחק מהרב"ל ח"ב ס"ז ע"ך והגם שספר מהרב"ל אינו בידי לראות אם מלתיה זאת היא איירי בתלת ספקי במחלוקת דרבנן או תלת ספקי במציאות הקדושין עצמן פשוט וברור דבספיקא במחלוקת הפו' איירי חדא מדמצינו להכנה"ג כתבה סמוך לספ"ד ששם מדבר מענין מחלוקת בספיקא דפלוגתא דרבוותא בודאי גם סתמו כפירושו סיפא דומיא דרישא. ומה גם הדבר מוכרע ממקומו ודאי ספיקא בפלוגתא דרבנן איירי דאי הספק במציאות למה צריך תלתא ספקי וגם למה לא התיר אלא בשעת הדחק בלאו הכי כל איסורין אפילו איסור ערוה הרי הוא ניתר בס"ס אפילו למחמירים לא מחמרי אלא להיות מתהפך ותו לא מידי אלא ודאי לא דבר כאן מהריב"ל אלא בתלת ספקי במחלוקית דרבנן וא"ך הואל והרב החבי"ב הגם ששם לעיל בס' פ"ד כתב דלמאן דס"ל דספיקא במחלוקית לא הויא ס"ס ומאה כתרי ותרי כמאה א"ך לא הו"ל כאן לחזור ולהביא סברת מהריב"ל דבתלת ספקי בקדושין סומכין עליהם או לפחות הו"ל להעיד כאן ולומר וכבר כתבתי דלמאן דס"ל לא עבדינן ס"ס מפלוגתה דרבוותא לא נסמוך על זה וא"ך בודאי מדכתב כאן בסתם בודאי דעתו לומר דיש לסמוך על דעה מהריב"ל בזה וכן ג"ך דין זה דמהריב"ל חזר וכתבו באהע"ז סס"ח סנ"ז ולא העיר עליו כלל א"ך בודאי לא קבעו אלא לסמוך עליו:

שוב ראיתי בס' הנחמד ישמ"ח לב לחד מרבני ירושלים שסמך על זה לעשות ס"ס מפלוגתא דרבוותא ועל זה סמך התירו יע"ש שוב ראיתי בס' משה"ר במ"מ אות נ"ט ששם נשאל בעדות קדושין ואחר השקלא וטרייא כתב בסוף הפסק וז"ל אלא שמצאנו ראינו שיש עוד שני רעותות בראותם הקידושין מצד הלשון ואפליגו בהו רבוותא והסכמנו מן אז והלאה כל דאיכא תלתא ספיקי בפלוגתא דרבוותא וכיוצא נפקא בלא גט כמסקנת הרב והרב קול בן לוי ושלחנו לדיין השואל דאי"צ גט עכ"ל וא"ך מכל זה נשמע דאפילו מצד עצמינו יש לנו להתיר נדו"ד הגם שהיא מחלוקית דרבוותא הואל ואיכא תלתא ספקי:

ואל תשיבני על זה דמי הביאנו להתיר מכח ס"ס הרי מצינו להרב פח"י אות סמ"ך שכתב משם הגאון זלה"ה דכי אמרינן ספיקא דרבנן לקולא או ס"ס לקולא הני מילי בדיעבד

אבל לכתחילה בין חד ספיקא בין ס"ס לחומרא יעו"ש וכן ג"ך הבאנו לעיל משם כנה"ג שהביא משם מהריב"ל דתלת ספקי בקדושין יש לסמוך עליהם להקיל בשעת הדחק עכ"ל וא"ך מי הביאנו לבוא אל בית הספק ולעמוד לכתחילה להתיר מכח הספיקות שלשה המה מטיבי סעד: אלא דזה אינו צריך לפנים דבנדו"ד שעת הדחק מקרי דלא מלבד הטעם שכתב הרב"י בס' מ"ב משם מהר"ם דהמקדש בע"א לאו כלום הוא דאי מצרכת לה גט לחומרא נמצאת אתה פוסלה לכהונה עכל"ה גם ראיתי בס' ישמח לב פסק של רב אחר שכתב בסוף הפסק ז"ל וכי תימא מי יקיל ראש בערוה החמורה וא"ך הטוב טוב לתת גט מספק אכן בראותי להרב כנה"ג שהביא משם הרב משאת בנימין שכתב כל מקום שאינה צריכה גט אין לתת גט מספק שלא לפוסלה מן הכהונה ומשום פריצי הדור שלא יתנו עיניהם בבנות הארץ לעגנם ע"ש וכן כתב הרב שיח שדה משם תשובת הרשב"א דאין להחמיר משום שלא יהיו בנות הארץ מדרך כף רגל לפני פריצי הדור וכמ"ש הרשב"א בתשובה על תלמיד אחד שרצה להחמיר בכיוצא בזה וכעס עליו וכתב שהיא רעה חילה שיתעלל פריץ אחד על אחת מבנות החשובים כדי שיוציא ממון וכדומה ואם מפני חומרא חומרא דאתי לידי קולה היא לענין אם יקדשנה אחר או אם יקדש אחותה עכ"ל ולפי האמת הבחור הזה הנז' בנדו"ד הוא מפריצי הזמן עכ"ל הרב הנז' הרי לך דבמקום שיש כהאי סבות הנז' הוי כשעת הדחק ולא נצריכה גט נוסף על זה והוא טעם כעיקר דהמקדש הזה הוא מערי אפריקא שתחת מלכות צרפת והדבר פשוט אם נצריכה גט יתן כתף שוררת ואל בית אבותיו ישוב ויניחה אלמנות חיות וטעם זה אין לך דוחק יותר ממנו והובא טעם זה בס' דע"ת קדושי"ם אות ק' סז"ך ז"ל קדושין אין להחמיר לרווחא דמילתא להצריכה גט פן יתן כתף סוררת לעגנה וירחק נדוד תשובת הרש"ק משם הר"ם סו"ס פ"ג עכ"ל וא"ך ודאי דאין לך דוחק גדול מזה נקטינן מכל האמור אפילו אי לא הוה סברא זו מפורסמת היינו דנים לה מסברה דנפשין: אלא דאין אנו צריכים לכל מה שכתבנו שהרי הכל מפורש בתורתן של ראשונים הראשון לכל דבר שבקדושה הכנה"ג הגב"י סקל"ג בס' ז"ך דכתב ז"ל לא היו הקדושין כי. אם בעד"א אפילו למ"ד דיש לחוש לחומרא כל דלא אמר לי אפע"פ שאמר הריני אין לחוש לקדושיו הרש"ך ס"ב סקכ"ח ע"ך ובס' מ"ב ג"ך בהגהות ב"י כתב בס' קי"ד ז"ל אפילו למי שחושש בעד"א היינו דוקא כשהעיד המקדש אמר לי אבל אם לא אמר לי אין חוששין רשד"ם חאהע"ז סי"א והרש"ך קכ"ח כתב דאפילו העיד שאמר הריני נותנו לך בתורת קדושין דהוי דבור שלם לדעת הריב"ש אין כאן בית מיחוש עכ"ל הרי לך דאפילו מאן דחייש לעד"א דוקא במקום דאמר לי אבל במקום דלא אמר לי פשוט ליהו לפוסקים דאין כאן

קדושין והגם דכאן המקדש והמקדשת מודים לדברי העד אין כאן קדושין דבלאו הכי עדות עד"א אינה כי אם במקום שמודים לדברי העד אבל אם אחד מהם מכחיש לדברי העד עדותו מגן שויא וכמו שבאמת כך פירש הרשב"ץ לדברי הסמ"ג בעל סברא זו דחייש לעד"א היינו דוקא שמודים לדברי העד יעו"ש בהרב"י שהביא דברי הרשב"ץ על דברי הסמ"ג וכן נמי פירש בדבריו מור"ם דפסק לדברי הסמ"ג וכתב בזה"ל סמ"ב ס"ב ויש מחמירין אם מקדש לפני עד"א אם שניהם מודים עכ"ל ואיך נדו"ד הגם ששניהם מודים עכ"פ בעינן עדות העד תהיה שלימה דהיינו להעיד שאמר הרי את מקודשת לי והואל ונמצאת רעותא שלא אמר לי אפילו הסמ"ג יודה כמ"ש הכנה"ג משם הרבנים הנז':

שוב ראיתי להרב ער"ך השולח"ן בס' ז"ך סק"ה ששם הביא מה שנשאל באחד שנתן פרוטה לפני עד"א ואחיך אמר לה האדו"ך קדושימ"ך ע"ך ועל זה כתב הרב באמצע דבריו ז"ל עוד אחרת לבטל הקדושין המקדש בעד"א רוב דעות הפוסקים דאפילו שניהם מודים אין חוששין לקדושיו וכן הכריע הרשב"ץ וכן פסק מר"ן וכו' ובכנה"ג בס' מ"ב כתב בשם מהרשד"ם דאפילו מי שחושש לקדושי עד"א היינו דוקא כשהעיד המקדש אמר לי אבל אם לא אמר לי אין חוששין וכו' הרי שאין כאן בית מיחוש אלה היו דברי הרב ערך השולחן הצריך לנו הרי לך דגם רב אחרון חביב הכי פסיק ותני ועל מי יש לנו להשען יותר מזה:

שוב ראיתי עוד להרב חת"ם סופ"ר בס' צ"ט שכתב ז"ל מצורף לכל הנ"ל שהעד לא שמע אמירת לי וה"ל ידים שאינם מוכיחות וכו' אפילו להמחמירים אם יש עוד צד להקיל מקלינן וכו' וא"ך הוא הדין נמי בנדו"ד אפילו בלי כל דברינו הנ"ל איכא תרי רובא להתירה דרובא לא חששו לעד"א ורובא ס"ל ידים שאינם מוכיחות לא הוו ידים על כן אתתא דא שריא עכ"ל וכן בא הדבר בספר משכנו"ת הרועי"ם מער' קדושין אות למ"ד שכתב כן יעו"ש בפסקת ועוד וכו' יעו"ש וא"ך שוב אין לפקפק דלא מצינו שום פוסק שיחלוק על סברא זו דקדושין בע"א במקום דלא אמר לי כנדו"ד שיהיו קדושין אלא לכ"ע לא הוו קדושין ותו לא מידי:

אלא דפש גבן לברורי עוד דהגם שכתבנו דאין כאן עדות בקדושין אלו אלא עדות מכלוף והוי עד"א כמש"ל עכ"פ עומד לנגדנו לדקדק מה חלוק יש בדין זה לדינא דפסק הש"ע אהע"ז סמ"ז ס"ג דאם זרק לה קדושין ואחד אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה לא תנשא ואם נשאת לא תצא ע"ך יכתב הרב"ש סק"ד דלא תנשא כיון דידוע לנו דזרק לה קדושין איתרע חזקת פנויה שלה כ"ך התוספ' משמע אם אין ידוע לנו בזרק לה קדושין אע"ג שאלו העדים אמרו שזרק לה מכחשין זא"ז אם היה קרוב לו או לה אוקמינן בחזקת פנויה

ודלא כמשמעות הפריש"ה ולהר"ן אף בכהאי גוונא דאין ידוע לנו אם זרק לה קדושין לא תנשא משום דחיישינן שמא טעה זה שאמר שהיה קרוב והוא מפרש דהרמב"ם פ"ט איירי בהאי גוונא ע"ך וא"ך בנדו"ד לפי דעת הר"ן הרי שני עדים אומרים שנתן לה טבעת בידה ולפי עדות מכלוף לקדושין יהב לה ואמר לה הרי את מקודשת אך לשלמה הרוס הגם שראה הנתינה וגם הקריאה ספוקי מספקא ליה מה היה לומד וא"ך לכאורה נראה דנדו"ד עדיף מהתם דהתם העד השני אומר קרוב לו בודאי ולא נתקדשה אבל בכאן אינו מכחיש ודאי אלא אומר אינו יודע מה היה אומר וא"ך הוי כאלו אחד אומר קרוב לה ואחד מסופק אם קרוב לה וכאלו אומר איני יודע אם קרוב לה או לו וא"ך הדר דינא כאלו אנחנו מסופקים שמא נתקדשה בשנים והגם דלפי עדות מכלוף הרי לא אמר מלת לי עכ"פ חשבינן כאן כאלו נתקדשה בפני שנים ולא אמר מלת לי דחוששין לקדושין כמ"ש משם מור"ם סז"ך ס"ד וא"ך בכאן יש חשש דילמא קדושין הוו בפני שנים אלו ואזי אפילו נימא דלא אמר לי חוששין:

וכדברינו אלה נראה דכך הם הדברים שכתב הרב חלק"ת מחוק"ק סמ"ב סק"ה שאחר שהביא שם סברת תרומ"ת הדש"ן מסיק וכתב ז"ל ומשמע היכא דאיתרע חזקת פנויה דהיינו מודים שנתאספו יחד לקדש ואחד אומר בפני שנינו ואחד אומר לא נתקדשה הרי זה לא תצא לכתחילה דומה דאחד קרוב לה וכו' יע"ש:

וכן כעין דמוי זה ג"ך ראיתי בס' ישמ"ח ל"ב בסי"א בתוך הפסק שלו הביא לדברי מוהרש"ך בח"ב סל"ג שהביא לפוסק אחד שכתב ז"ל אפילו נניח שהיעד העד שלא אמר המקדש מלת לי אפילו הכי אשה זו היא ספק מקודשת כיון שאחד העיד שאמר מלת לי ועד"א אומר שלא אמר לי דמי הך מילתא לזרק לה קדושין אחד אומר קרוב לה ואחד אומר קרוב לו דאמרינן ספק מקודשת אלה היו דברי הרב הפוסק שהביא מהרש"ך תוך דבריו ואיהו ניהו מנ"ר מהרש"ך דחה דברי הפוסק הנז'. וכתב עליו דאין לדמות האי נדון להההיא דזרק לה דהתם טעמא דמילתא הוי כמו שכתבו המפרשים משום דעבדי דטעו בהכי ואפשר דהעד שהעיד שהיה קרוב לו טעה בהשערתו דאפשר שהיה קרוב לה אבל אם העד האחד אומר ברי לי שלא אמר לי אין כאן מקום לומר שטעה ואפשר ששמע מלת לי ע"ך הרי לך מדברי הרב הפוסק שהביא מהרש"ך הרי ס"ל דבמקום שאחד לא שמע מלת לי ואחד אומר שמע מלת לי הוי ספק כזה האומר קרוב לה וזה אומר קרוב לי וא"ך מכ"ש נדו"ד שבאמת שמע אך לא הבחין בודאי דראוי להסתפק יותר ולומר דדמיין לספק קרוב לו ספק קרוב לה ואפילו לדעת מהרש"ך שמדחה הדמוי של הרב הפוסק הרי לא דחה אותו אלא משום דהואל ואמר ודאי לא שמע לא שייך לומר בו שטעה

אבל בקרוב אפשר שטעה בהשערתו אבל בכאן דאומר ששמע הלימוד ולא הבין אפשר אפילו מהרש"ך יודה דהוי ספק בההיא דספק קרוב לו או קרוב לה ולהצריכה גט:
אלא דרואה אנכי דנדו"ד לא דמי כלל לההיא ספיקא דאחד אומר קרוב וכו' אפילו כאוכלא לדנא דשאני התם שבאמת העדים הוזמנו לעדות קדושין ואפילו את"ל לא הוזמנו לעדות קדושין עכ"פ שמעו הקדושין שאמר לה הרי את מקודשת ומידע ידעי העדים תרויהו דלשם קדושין זרקו לה אך נדמה לא' שהיה קרוב לו בזה הוא דמן הספק הצריכוה גט אבל בנדו"ד שלמה זה מעיקרא לא הוזמן כלל לעדות קדושין כמו שמבורר מקב"ע שבשעה שמסר לה הטבעת תמהו מה זה ונוסף על זה ששלמה לא הבין מה היה אומר לה א"ך מהיכן ידע שלמה שיש כאן עסקי קדושין כלל או למתנה אכוון או לשם ענין אחר כדי לומר עליו שהוא עד בקדושין אלא שיש להסתפק בעדותו הואל ועדי קדושין בעינן ראיה וידיעה וזה לא ידע אין כאן עדות קדושין בדבריו לחול הספק בעדותו אלא הואל ולא ידע מדברי המקדש מאי קאמר עדותו כמאן דליתא ולא דימו הרב הפוסק שהביא מהרש"ך ספיקו לספק קרוב לה אלא בנדון דידהו הנז"ל דהוי אחד אומר אמר לי ואחד אומר שלא אמר לי דתרויהו מענין הקדושין אבל נדו"ד לא קרב זה אל זה כלל ובאמת נדו"ד הרי הוא מפורש יוצא בדברי הרב מהרשד"ם הביא דבריו הרב כנה"ג סמ"ב סקי"ז ז"ל אם היו שני עדים אלא שאחד אומר שאמר לי ואחד אומר שלא אמר לי אין חוששין לקדושיו משפט"י שמוא"ל ספ"ג הרש"ך ח"ג סל"ג וכתב דאפילו למד"א לקדושי ע"א אין לחוש אבל רשד"ם חאהע"ז כתב להחמיר אפילו למאן דלא חייש לקדושי ע"א ויראה דאם אין גם אחד שיעד שאמר לי והשני אמר שלא אמר כלום יודה מהרשד"ם להקיל עכ"ל הרי לך אפילו מהרשד"ם מודה באחד ששמע הרי את מקודשת דוקא ואחד לא שמע כלום דלא הוי קדושין ואינו מכניסו בספק לומר דשמא מה שלא שמע דילמא אשתלי ולא שמע ולהוי כספק קרוב לו או ספק קרוב לה אלא ודאי דלא דמיין כלל דדוקא אם היה העד מעיד שהיו הקדושין אלא שנסתפק אם היו כהוגין דהיינו קרוב לה הוא דהוי ספיקא אבל היכא דלא שמע מי הכניסנו לומר שהוא עד של קדושין כלל והגם דמהרשד"ם דבריו הם באומר לא שמע כלל ובנדו"ד שלמה מעיד שהיה לומד ולא הבין בודאי דחלוק זה איני מעלה ואינו מוריד דהואל ולא הבין הדר דינו ג"ך שאין לו עדות מהקדושין כלל וכמו שאמרן דילמא למתנה אכוון וא"ך לא הוי עד כלל ולא נשאר לנו אלא עדות מכלוף והואל והוא עד"א ולא אמר לי לית דחש לה:
והגם שמצינו להרב"ש בס' מ"ב סק"ז שאחר שהארי שם כתב לבסוף ז"ל ואם ע"א אומר בפני ובפני פלוני נתקדשה ואותו פלוני אינו כאן צריכים לחוש לעדותו והייני מ"ש בס'

מ"ז ע"א אומר נתקדשה וכו' אירי לע"א אומר נתקדשה לפני ולפני ע"א וטעמא דעד"א מכחיש אותו אבל אם אינו מכחישו צריכים לחוש לדבריו עכ"ל וא"ך לכאורה נראה בנדו"ד הואל וה"ר שלמה אינו מכחיש למכלוף א"ך לכאורה מחזי דחשבינן לענין זה כאלו מכלוף מעיד שבפניו ובפני שלמה נתקדשה ושלמה הואל ואומר שאינו יודע א"ך להוי נחשב כאלו אינו לפנינו שיעד וכאלו הוא במקום אחר שפסק בו הרב"ש דחיישינן לקדושין גם זה אינו חדא דיש לנו להשיב דעד כאן לא אמר הרב"ש דבאומר לפניו ולפני ע"א נתקדשה והאחד אינו לפניו דחיישינן לקדושין היינו דוקא אם אמר העד האחד שלפניו נתקדשה קדושין גמורים שאמר הרי את מקודשת לי אבל בכגון נדו"ד שמכלוף אומר שלא אמר לי אפשר אפילו הרב"ש יודה אפילו לא יהיה העד השני לפנינו אין חוששין וא"ך אפילו נחשוב נדו"ד ששלמה לפנינו ואינו יודע מה שהיה המקדש אומר דהוי כאלו אינו לפנינו עכ"ז איכא למימר בזה יודה הרב"ש והגם שבאמת צריכים לחקור ולדרוש ראיות לזה כדי שלא להטריח עצמינו יש לנו דרך ארוכה ומרפא והיא טעם כעיקר והוא בנדו"ד פשוט וברור דאפילו הרב"ש יודה דאין קדושיו קדושין דהא נמי מילתא דפסק הרב"ש דבאומר ע"א בפני ובפני אחד נתקבלה דחוששין לקדושין לאו גזרה שוה או חוקה היא אלא הטעם הוא דחיישינן דילמא יום מחר או מחרתו יבוא גם הוא ויצטרף עדותו לזה העד וא"ך אגלאי מילתא שנתקדשה בשני לכך חששו דילמא כדברי זה שאומר בפניו ובפני אחד נתקדשה דילמא אמת אמר והויא מקודשת אבל בנדו"ד שהעד לפנינו ואומר שלא שמע א"ך הרי נתברר דלא יש כאן שום עד זולת מכלוף זה וא"ך הואל ומכלוף זה אין עד אחר זולתו וגם הוא בעדותו יש בה ריעותא שלא אמר לי א"ך עדותו מגן שויא:

וחלוק זה הגם שקיימתהו מסברא שוב מצאתי הדבר מפורש בס' שמש צדקה חאהע"ז ס"א ששם נשאל ממש כענין נדו"ד בשני עדים שהיו בפני ראובן ואחד מעיד שראה ראובן שנתן טבעת ביד אשה אחת ואמר לה הרי את מקודשת לי עוד אמר לה איזה דברים אחרים על זה והעד השני העיד שראה לראובן שלקח הטבעת ונתן לאשה אבל אינו זוכר מה שאמר לה רק שמע שאמר לה מלת לך עכל"ה והרב הנז' אחר שחקר לישב דלא הוי עדותן מוכחשות ממה שהעיד זה ששמע הרי את מקודשת לי וזה שמע מלת לך יע"ש שכתב הרב דיש לנו לישב דברי העדים דלא להוו כמוכחשין ואמר דדילמא אמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו שאני נותן לך ואיכא למימר דמאי דשמע הראשון לא שמע השני ומאי דשמע השני לא שמע הראשון וא"ך מדין הכחשה לא דיינין ליה כמוכחשין וכמו שהבאנו לעיל דבריו ואחר שקיים דברי העדים דלא הוו מוכחשין יעו"ש שמעקרא

צדד אצדודי להצריך האשה גט נגד הרב הפוסק שפסק באותה שאלה שאינה צריכה גט כמו שמובן שם מדבריו שרב אחד התיר ואיהו מנ"ר יגע וטרח לצדד אולי צריכה גט ומכלל צדדי החומרה היה דעתו לדמות ג"ך דין זה לדין ע"א אומר נתקדשה ועד"א אומר לא נתקדשה דלא תנשא לכתחילה וכמ"ש בעניותין בנדו"ד גם הוא שם נרגש מזה יע"ש שאחר שהצריך לצדד לסוף חזר וכתב ז"ל אחרי כותבי על זאת שבתי ונתון אל לבי דאפילו למאן דאמר חוששין לעד"א היכא דהוו תרי סהדי אצל המעשה. בנדו"ד יודו דאין לחוש דהא טעמא מאי אמרי התם חוששים שמא יבוא העד השני ויצטרף בעדותו עם הראשון ואם נשאת וילדה נמצאו בניה ממזרים לכן כל זמן שהעד השני חי אין מתירין אותה לינשא בלא גט אבל בנדו"ד שהעד השני לפנינו ואינו מעיד עדות גמורה הו"ל כמי שאינו וגם העד השני שנשאר לבדו הוא כאלו לא היה דאף שלדעת הסמ"ג והמרדכ"י משם הרא"ם היכא דליכא הכחשא חוששין לעדות עד"א הנה הרב פני משה כתב שרובה דרובה מגדולי האחרונים העלו דהמקדש בע"א אין חוששין לקדושיו עכ"ל הרי לך מבורר יוצא בנדו"ד שהוא כנדון הרב ממש שזה שמע וזה לא שמע והעד שאמר לא ידע הוא לפנינו חשבינן כמי שאינו כלל ולא נשאר אלא עד"א וא"ך אנן בדידן הגם דחיישינן לעד"א עכ"פ כבר מלתנו אמורה דהואל ולא אמר מלת לי אפילו אנן דחיישינן לדעת הסמ"ג לעדות ע"א בזה פשוט דלא חיישינן:

ועל פי הדרך הזאת שבררנו דהואל והעד עומד לפנינו ואומר שלא ידע מהקדושין חשבינן ליה כמי שאינו ולא נשאר לנו כי אם עדות מכלוף בזה ג"ך נסתלק מה שיעמוד לנגדינו לכאורה לחוש לקדושין מכח מה שכתב הרב"ש בס' מ"ב סק"ה הנז"ל שכתב וז"ל וכל זה שאין אחד מודה לדברי העד אבל האחד מודה לדברי העד שהיו שנים אצל הקדושין שויא נפשיה חתיכה דאיסורה דלא יהיה בלא עד"א אם אחד אומר שהיו הקידושין בפני שנים לגבי נפשיה נאמן ע"ך וא"ך לכאורה דבכאן נמי הואל ואשה זאת מודה שנתקדשה בפני שלמה ומכלוף נימא דחיישינן לדבריה שאומרת נתקדשה בפני שנים:

אלה דלפי דברינו האמורים גם לזה אין לחוש דטעמא דהאומרת נתקדשה בפני שנים חוששין הוא משום דדילמא האמת כדבריה דיש קדושין גמורים אבל בנדו"ד שהעד עומד לפנינו ואומר שאין בפיו עדות שנתקדשה א"ך גם דבריה מהבל ימעטו דהא כל עקר דבריה שאמרה נתקדשה בפני שנים היה עקר סמיכותה על השני עדים אלו מכלוף ושלמה והואל והשתא לפי האמת הואל ושלמה זה עומד לפנינו ואומר שלא שמע א"ך אגלאי מילתא דלא היו כאן שני עדים וא"ך גם אשה זו עקר סמיכותה היתה בשביל שנדמה לה ששני עדים אלו הוו בקדושין וידעו שניהם יחד אבל השתא שהעד אומר

שלא ידע הרי אגלאי דלא היה כאן אלא אחד ועד"א כמאן דליתיה הואל ואמר דלא אמר לי: שוב זכיתי וראיתי ממש כעין נדו"ד והוא מה שהבאנו לעיל לסברת מהריק"ש סל"ח על אותו ענין שעד"א העיד שהמקדש נתן כסף ביד האשה וחמר לה לפניו ולפני עד השני הוו עדים שאני נותן אלו לקדושין לזאת האשה ונתנם לה והעד השני העיד שאמר המקדש הוו עדים שמקבלתן אשה זאת לקדושין ואיני יודע אם אמר שמקבלתן או אם אמר שנותנם לאשה זו וגם אינו יודע אם היו הדברים האלה קודם נתינת הכסף או לאחר הנתינה ועל זה הרב הנז' אחר שהגריע כח הקידושין משום שעד"א הוא דוקא שאמר בעדותו שאני נותנם לה בקידושין והאחד לא שמע מלת שאני. על זה כתב הרב הנז' ז"ל ואם לחשך אדם לומר שזה דומה לזרק לה קדושיה ועד אומר קרוב לו ועד אומר קרוב לה ואפסיקא הלכתא דלא תנשא לכתחילה הואל ויש ספק בענין וא"ך בנדו"ד שעד אומר שהזכיר שאני ועד אומר שלא הזכיר שאני אמרינן שלא תנשא לכתחילה דשמא לא הטה אוזן לדקדק דבריו זה העד כמו שאמרה באותו נדון דשמא האומר קרוב לו טעה אף אתה אמור לו דהא ודאי בורכא דהתם העד האומר קרוב לה בקדושי תורה קא מסהיד משום הכי החמרנו בספיקו בסבת העד האומר קרוב לה אבל הכא גם העד האוסרה ומעיד שאמר שאני נותן וכו' אין אסורו שוה לכל הדיעות כדכתיבנא וחדוש הוא שחדש לנו הריב"ש ז"ל ולא הודו לו חכמי דורו וגם חדושו אין מספיק לחוש לה אלא כשנצרף ג"ך מה שחדש המרדכי להשוות מדבר עם אחרים למדבר עמה כשאמר לשון קדושין גמורים גם נאמר ה"ה לאומר לשון המסופק לאחרים בפניה והיאך נחמיר בכך בעד"א מוכחש לומר שלא תנשא לכתחילה עכל"ה וכוונתו פשוטה דכוונתו לומר דהאומר הריני מקדש אשה זו לשון זה אינו מועיל אלא לדעת הריב"ש גם יש סבר' הפוסקים דבעינן שיהיה מדבר עמה מעסקי הקדושין והמרדכ"י הוא שחדש אפילו מדבר עם אחרים ובנדון של הרב היה שאמר הריני דלא מהני אלא לסברת הריב"ש וגם כן היה נדון דידיה בהיה מדבר עם אחרים לפניה ועל זה כתב הרב שנצרף בנדו"ד לפסוק כדעת הריב"ש וגם כדעת המרדכ"י עכ"פ לא נחמיר בעד"א לומר בו דילמא כמאמרו ולהצריכה גט דדוקא בקדושי תורה שהיו קדושין מעולים והספק הוא אם קרוב לה או לו הוא דיש להחמיר אבל בקדושין הבאים מכח חומרות לא נחמיר להצריך גט ע"פ ע"א וא"ך ממנו נבוא ממש לנדו"ד דאין כאן כי אם עדות עד"א ועד אחד לכל הפוסקים רובם ככולם סברי דעדותו מגן שויא זולת לדעת מהר"א ממי"ץ זלה"ה שכתב הסמ"ג הוא דחש לה וכבר כתבנו דכל רבני הראשונים והאחרונים לא חשו לה ומר"ן דקי"ל כוותיה אף עמהם אלא הואל ויצא מפי מור"ם וקצת אחרונים דיש להחמיר תפסינן כך גם קי"ל דהמקדש ואמר הרי

את מקודשת ולא אמר לי דרוב הפוסקים ראשונים ואחרונים ומר"ן אף עמהם ג"ך ס"ל דלא הוו קדושין אלא הואל ומור"ם כתב דיש לחוש למחמירים וא"ך אין כאן לא בעדות ע"א ולא במקום שלא אמר "לי" שום קדישין דאורייתא אלא תרוייהו אפילו כל אחת בפני עצמה אלה מחומרות דרבנן דהיינו אפילו במקום שני עדים אם לא אמר לי אינה אלא חומרא דרבנן וא"ך היאך נקום אנן במקום עד"א דאינו אלא חומרא דרבנן נצרף לו חומרא אחרת דרבנן דהיינו במקום שלא אמר לי ולהרכיב שניהם יחד ולהסתפק ולומר דילמא כמו שאמר הוא האמת והאחד לא הטה אוזן לשמוע זה אינו אלא האמת הוא דאין להסתפק כלל ולא נשאר כי אם עדותו לבד ועד"א במקום דאיכא ריעותא אחריתי עדותו בטילה:

ועיין שם למהריק"ש בפסק הנז' סל"ח אחר שפסק בסכינא חריפא דאין לנו להכניס עצמינו במקום ספק אלא במקום דאיכא קדושין דאורייתא אבל במקום דליכא אלא קדושין מכח חומרא דרבנן אין לנו להכניס עצמינו בספק ועל זה סיים וכתב ז"ל וכן כתב מהריק"ש ר"ם ז"ל וכבר כתבתי שאין נלע"ד לחבר חבל אל חבל ומשיחה למשיחה כדי לחוש לדברי הרא"ם וממנו נלמד לנדו"ד כדאמרן:

ומעתה הבוא נבוא למה שגבה טורא ועמד לנגדינו והיא סברת מהר"ם שהביא המרדכי סוף פרק האיש מקדש ופסקה מור"ם בס' ז"ך בלשון זה ז"ל יאפילו נתן לה בשתיקה ולא דבר כלום והוא והיא אומרים שכוונו לשם קדושין הוו קדושין עכל"ה וא"ך בנדו"ד שהמקדש והמקודשת שאומרים שלשם קדושין נתכוונו לא יהיה אלא ששלמה זה העד לא שמע שום דבר כמו שאמר עכ"ז להוו קדושין שאפילו נניח שלא דבר כלל אלא בשתיקה הרי אזלינן בתר כוונתם מכ"ש בכאן שאחד שמע הקדושין ואחד שמע ולא הבין:

הן אמת דראינו להלח"ם הגדיל תמיהותיו על דברי מור"ם אלו על מה שפירש בדברי מהר"ם ומסקנתו של הרחל"ם היתה דלא פסק מהר"ם אלא דוקא באותו מעשה שדברו תחלה מעסקי הקדושין ואמר בשעת הנתינה לשם אהבה וחיבה ושניהם כוונו לשם קדושין בזה הוא דפסק מהר"ם אפילו לא דבר כלל עמה בשעת קדושין הרשות בידם לפרש הלשון של אהבה וחיבה שאמר בשעת קדושין אל כונתם אבל אם נתן בשתיקה ולא דבר כלום אינו עולה על הדעת דדברים שבלב לא הוו דברים עכל"ה אך באמת מה נענה לדעת מור"ם דפסיק ותני דדעת מהר"ם היא אפילו נתן בשתיקה הוו קדושין גם הרב"ש נראה מדבריו דגם הוא מפרש בדברי מהר"ם כמו שפירשו מור"ם דאפילו נתן בשתיקה הוו קדושין דהא כתב ז"ל נתן בשתיקה כ"פ מהר"ם סוף פרק האיש מקדש

אבל לא משמע מדברי שאר פוסקים שהם הרשב"א והריטב"א הביאו הב"י בס' מ"ה ובמהרשד"ם ובמגיד וכו' עכל"ה הרי לך מלשון זה דאינו חולק על מור"ם במה שפירש בדעת מהר"ם אלא אזיל ומודה שכך פסק מהר"ם אלא שאומר שאין דעת שאר פוסקים כן אלא חלוקים עליו גם לבסוף העלה הרב"ש הנז' וכתב ז"ל מיהו אם כבר רצוי ביניהם ונתן לה אח"ך בשתיקה יש לדמותה לסבלונות כמ"ש בס' מ"ה לשטת רש"י דחוששין לסבלונות שנותן בלשם קדושין אפע"ג דאינו מדבר עמה כלים וכ"ך כ"מ עכל"ה הרי מכאן מבורר דהרב"ש לא נתכוון לחלוק על דברי רמ"א בפירושו לדברי מהר"ם והגם שבאמת שהרב"ש גם הוא לא ניחא ליה בהאי פסקה דמהר"ם דהא מצינו לי במסקנת דבריו כתב מיהו אם היה הרצוי ביניהם ונתן אח"ך בשתיקה יש לדמותה לסבלונות וכו' מזה מבורר דוקא בקדם לה הרצוי והרצוי בודאי שיהיה ידוע לעדים דהא מדמה הדין הזה דרצוי לדינא דשדוכין דס' מ"ה דשם מצינו לשטת רש"י דאם עשו שדוכין ושלח לה סבלונות בפני עדים חיישינן לקדושין וגם כאן הכי הוא וא"ך פשוט דבעינן שיהיה הרצוי ידוע לעדים כמו שהשדוכין הוו ידועים וא"ך נראה דבנדו"ד דלא היתה ידיעה לעדים ברצוי איכא למימר בודאי דלא הוו קדושין ודלא כפסק מור"ם אך מה נענה לדעת מור"ם ז"ל כדאמרן:

והן אמת דלא נעלם ממנו דלדעת מר"ן הקדוש נראה דלא מפרש כדעת מהר"ם כמו שפירש בו מור"ם דאפילו נתן בשתיקה הוו קדושין דהא מצינו להרב"י בס' ז"ך שהביא לסברת מהר"ם הנז' בלי שים חילק ובס' מ"ה מצינו לו עוד ששם אדרבא הביא לסברת הריטב"א שפסק וז"ל וכן דבר פשוט הוא שהנותן כסף או שוה כסף ליד האשה אפילו בפני עדים אפע"פ שהיו דעת שניהם לקדושין אינן קדושין עד שיפרש שנתן לה לשם קדושין או עד שידבר עמה בעסקי קדושיה בפני העדים ההם במעמד ההוא ויתן לה בעוד שעוסקין בענין קדושין וכו' עכל"ה והן הם דברי הריטב"א שרמז הרב"ש בס' ז"ך סקי"ב שהריטב"א חולק על מהר"ם וא"ך לנו יש לב לדעת היאך מר"ן בב"י מזכה שטרא לבי תרי שבס' ז"ך הביא לסברת מהר"ם בלי חילק ובס' מ"ה הביא לדברי הריטב"א הפך מדברי מהר"ם ומה זו שתיקה לפחות הו"ל לומר דפלגאי נינהו על כן ודאי נראה דהרב"י מפרש בההיא דמהר"ם כמו שפירשה הרב חל"ם דמיירי שדברו מקודם בעסקי קדושין ובשעת נתינה אמר משום אהבה וחיבה ובזה לא פליגא דהריטב"א על מהר"ם וא"ך מזה מוכח דמר"ן בב"י הוא פליג על מור"ם בפירוש דברי מהר"ם עכ"פ מוכרחים אנחנו לצאת בנדו"ד ולחוש לדברי מור"ם שפסק והגם שיש דעות מיימינים ומשמאילים כמאן אזלינן אם כדעת מר"ן בב"י או כדעת מור"ם במפה עכ"פ אין אנו צריכים להכניס עצמינו

בתגר זה דכבר מלתינו אמורה לעיל דאפילו במה שפסק מר"ן בש"ע עכ"ז יש לנו לחוש לדעת מור"ם לחומרא וכמש"ל משם הרב שמחת יו"ט זלה"ה:

והגם שהרב הטו"ז הביא גם הוא דברי מהר"ם ותמה עליו ובסוף כתב דעכ"פ הואל ומהר"ם פסק כך מי יקיל כנגדו אך לדעת מור"ם שהעתיק רישא דמילתא דמהר"ם לא יצא ידי חובת הבאור וכו' דמדבריו אלה מוכח דגם הוא חולק על מור"ם בפירושו לדברי מהר"ם נוסף על זה דהרב פת"ש בס' ז"ך סקי"א יצא לדון בדבר חדש בפירוש דברי מהר"ם ובפירושו נחה שקטה תמיהת הלח"ם וגם תמיהת הטו"ז על מהר"ם ומפירושו יוצא ג"ך דלא כפסק מור"ם עכ"פ עדיין עומד לנגדינו פסק מור"ם:

והגם שיש לנו לפרש בדברי הטו"ז שכתב בדבריו ורמ"א שהביא רישא דמילתא דדברי מהר"ם לא יצא ידי חובת הביאור וכו' דיש לנו לפרש דכוונתו לומר דודאי גם מורים בודאי דכחו דמהר"ם ופסקו הוא משום דאמר באהבה ובחיבה אך באמת תמה עליו דהיה לו לבאר ולהביא גם סיומא דדברי מהר"ם ולא להביא רישא דוקא כדי שלא לבוא לטעות בדבריו וא"ך ע"פ פירוש זה בדברי הטו"ז הרי יוצא מדבריו דגם לדעת מור"ם צריך לומר אהבה וחיבה הלאו הכי לא היו קדושין עכ"פ עדיין צריכין אנו לחוש לדברי מור"ם לפי מה שפירש בו הרחל"ם והרב"ש דכוונת מור"ם היא אפילו נתן בשתיקה ולא דברו כלל היו קדושין:

אלא דגם לדבר הזה נראה דיש ארוכה ומרפא מכח דיש לנו כמה ספיקי בדבר ותחילה אמינא דיש לעשות מזה ס"ס ולהתיר ונימא הכי דדילמא מעולם לא אמר מהר"ם שבמרדכי דהמקדש בשתיקה הוו קדושין אלא דוקא באומר משום אהבה וחיבה ולא כדפירש בו מור"ם ואת"ל דפירוש דברי מהר"ם הוא כמו במור"ם דילמא הלכה כהריטב"א ושאר פוסקים החולקים על מהר"ם והגם דס"ס זה אינו מתהפך וכבר נודע דהרבה מלהקת הפוסקים סבר"י מרנ"ן דבמקום שאינו מתהפך לא הוי ס"ס עכ"ז בנדו"ד כאן נמצא ספק שלשי והוא מה שראיתי בס' הנחמד אשר לשלמה בס"ב ששם הביא דברי הרה"ג הרחמ"ן נר"ו שכתב בפסקו לסתור קדושין שהיה בהם פקפוק וז"ל הרב המחבר שיר המעלות אשר לשלמה נר"ו ועוד כאן נמצא וכאן היה רעותות אחריני אפילו אם היו העדים כשרים וחדא מנייהו כתבה הרב הפוסק הי"ו ז"ל עוד מילתא בפומא לקעקע בצת הקדושין האלו מצד כי הבחור והמתקדשת הם תושבי זברטאל והם כמנהג רבני המערב ותקנותיהם וכבר נודע תקנת הראשונים דהמקדש בלא עשרה וחכם וכו' דנעקרו הקדושין לגמרי וכיון שכן לא מבעיא לדעת הסוברים דיכולים להפקיע ואין כאן קדושין כלל אלא אפילו לדעת החולקים אפשר בנדו"ד דהוו העדים קרובים יודו כ"ע

עכל"ה ואוסיף עודות וכו' עכ"ל הרב אשר לשלמה וא"ך ממנו נבוא לנדו"ד ספק שלשי ונימא הכי ספק בפירוש מהר"ם אם הוא פירושו כמו שפרשוהו כל המפרשים דדוקא באומר משום אהבה וחיבה הוא דפסק מהר"ם הוו קדושין ואת"ל דפירושו הוא כמו שפירשו מור"ם דאפילו בשתיקה לגמרי דבר מהר"ם דילמא הלכה כהריטב"א ושאר פוסקים דסברי דבשתיקה לא הוו קדושין ואת"ל דילמא הלכה כמהר"ם וכדפירשו מור"ם דילמא הלכתא דבמקום שאין עשרה נעקרו הקדושין:

הן אמת דאנן בדידן לא זכינן לדעת הדבר על בוריו כמ"ש הרב הרחמ"ן בדברות קדשו בזה"ל וכבר נודע תקנת הראשונים וכו' ולא מבעיא לעדת הסוברים דיכולים להפקיע ואין כאן קדושין כלל אלא אפילו לדעת החולקים וכו' באמת לא זכינו לראית מחלוקת זה בדברי הראשונים כי לא נמצא אתנו פה כי אם ספר התקנות המודפס ובו נמצא כתוב בראשונה תקנה של שנת מזר"ה ישראל שכל המקדש בלי מניין עשרה שהקדושין מופקעין יע"ש אך נגד זה בס' ל"ד ראינו שחזרו ותקנו בשנת שנ"ז ז"ל בחודש אלול וכו' תקינו בענין קדושין והיא היתה ג"ך מקדמת דינא בעיר הלזו וראו לחדש אותה מחדש שכל מי שירצה לקדש אשה מכאן והלאה לא יקדש אותה זולת בפני חכם מחכמי המעמד או ראש ישיבה ועשרה מישראל וכל מי שיקדש וכו' ישאר בבית האסורין עד שיתן גט וכו' וא"ך מחזי דאין כאן מחלוקת בדבר זה אלא דלתקנה הראשונה הפקיעו הקדושין ואח"ך אתו רבנן בתראי וחדשו התקנה והוסיפו והגריעו ובענין הקדושין העמידו הדבר על דין תורה להצריכה גט וא"ך נראה דלפי תקנה האחרונה עקרו לתקנה הראשונה וא"ך הדר דינא ליזל בתר בתרא וראשונה כמאן דליתא וא"ך היאך הרב הפוסק הרחמ"ן נר"ו הכניס זה במחלוקת לעשות מזה ס"ס גם הרב אש"ל נר"ו שם הביא דבריו ומסכים עליהם ולפי מה שנמצא כתוב בידינו לא ידענו היאך הרבנים הנז' הכניסו דבר זה במחלוקת עכ"פ לענין הדין ודאי אהמנותייהו דרבנן סמכינן בודאי לפניהם נגלו כל תעלומות ואפשר יש בידיהם כתבי הראשונים ועיניהם הפתוחות שלטו בספר התקנות והמה ראו והביטו שדבר זה הוא במחלוקת שנוי גם לפי התקנה האחרונה אם הקדושין מופקעין או לאו ואהמנותייהו סמכינן והדר דינא לשלש ספיקות הנז"ל דילמא מהר"ם לא פסק אלא באומר משום אהבה וחיבה ואת"ל דמהר"ם דבר אפילו בשתיקה לגמרי כמ"ש רמ"א דילמא הלכה כהריטב"א ושאר פוסקים ואת"ל הלכה כמהר"ם דילמא הלכה כהסוברים דבמקום דליכא עשרה הקדושין מופקעין ובמקום דאיכא תלתא ספיקי אפילו לא יהיו מתהפכים אזלינן בתרייהו וכמו שמצינו דהכנה"ג אהע"ז ס' ס"ח הגה"ט אות נ"א שכתב ז"ל אשכחן דאפילו במקום ס"ס לחומרא. מרדכי דפרק החולץ

בשם רבינו ברו"ך. וכבר כתבתי למעלה שמהריב"ל מפרש להא דרבינו ברוך ז"ל בס"ס שאינו מתהפך עכ"ל ובאות נ"ב הוסיף עוד וכתב ז"ל אפילו לדברי המרדכי היכא דאיכא שלשה ספיקות אזלינן לקולא מקו"ר ברו"ך סכ"ח עכ"ל נקטינן מדבריו אלה אפילו במקום שאין הס"ס מתהפך אם יש עוד ספק שלשי מקלינן וא"ך בכאן שנמצאו שלשה ספיקות אין כאן קדושין: ובפרט דבשלש ספיקות דנדו"ד יכולים לעשות אותם להיות מהופכים דהיינו דילמא מעולם לא נחלק מהר"ם עם שאר פוסקים במקדש בשתיקה אלא גם מהר"ם לא פסק כן אלא באומר לשם אהבה ואת"ל דפירוש מהר"ם כמו שפירשו רמ"א וחלוק הוא עם שאר פוסקים דילמא הלכה כשאר פוסקים ואת"ל דהלכה כמהר"ם דילמא כמאן דסברי דכל שאין עשרה לא היו קדושין והדר מפכינן ליה הכי ומתחילין דילמא הלכה כמאן דסבר הקדושין מופקעין ואת"ל שאינם מופקעין דילמא המקדש בשתיקה לא נחלק בו שום פוסק לומר דיש חשש קדושין דגם מהר"ם פירושו הוא דלא כמור"ם ואת"ל דמר"ם האמת היא דס"ל דהמקדש בשתיקה חוששין דילמא הלכתא כהריטב"א ושאר פוסקים:

ואל תשיבני לומר דמעקרא היאך יוצדק כאן לומר ס"ס באופן זה דשמא מהר"ם אינו חולק עם הריטב"א ושאר פוסקים ואת"ל דחולק דילמא הלכה כהריטב"א היאך יוצדק לומר ס"ס זה הרי מצינו להש"ך בכללי הס"ס בס' ק"י סי"א כתב אם שני הספיקות הם משם אחד אינו ס"ס כגון הנושא קטנה ונבעלה תחתיו אפע"פ שיש כאן ס"ס ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון שמא נבעלה כשהיא קטנה ופתוי קטנה אונס הוא אפילו הכי אסורה דמכל מקום אי אתה מתירה אלא מטעם אונס והרי הכל שם אונס אחד הוא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וכלל זה הוא מדברי התוספ' בכתובות ומוסכם בלי מחלוקת וא"ך גם כאן הרי כשאנו באים לומר דילמא מהר"ם לא נחלק עם הריטב"א ושאר פוסקים א"ך מאיזה טעם אתה בא להתיר בנדו"ד הואל והקדושין בשתיקה לא הוו קדושין וכשאתה בא לסיים הס"ס לומר ואת"ל דחלוק הוא מהר"ם עם הריטב"א דילמא הלכה כהריטב"א מאיזה טעם ג"ך באת להתיר כאן משום דילמא הלכה כהריטב"א משום דס"ל קדושין בשתיקה לא הוו קדושין א"ך הרי אתה עושה ס"ס להתיר משם אחד ואינו ס"ס כדאמר הש"ך: על זה יש בידינו להשיב ולומר דיכולים אנו לעשות ס"ס באופן זה ספק אם קדושין בשתיקה הוו קדושין או לא ואת"ל דהוו קדושין דילמא כל המקדש בלי עשרה לא הוו קדושין וס"ס זה הרי הוא מתהפך לעין כל וכבר מלתינו אמורה דכל אסורין שבתורה מתירין בס"ס המתהפך אליבא דכ"ע:

והגם דס"ס זה הוא במחלוקת הפוסקים ולא בגוף הקדושין עכ"פ הרי בררנו לעיל משם רבני ירושלים ומשם הרה"ג משכנו"ת הרועי"ם שגזרו אומר שכל שיש שלש ספיקות בפלוגתא דרבנן מתירין ובכאן הרי כבר כתבנו שיש כאן שלשה ספיקות דהגם דלגבי הס"ס לא עבדינן ס"ס ממאי שאנו מסופקים בדעת מהר"ם אם פירושו הוא כדברי מור"ם או עם מה שאנו אומרים דילמא הלכה כהריטב"א הואל והתירם עולה משם אחד עכ"ז לענין שלשה ספיקות בודאי לית דין ולית דיין דשלשה ספיקות יש כאן כדאמרן וא"ך הדרן למאי דאמרן דבמקום שיש שלשה ספיקות בפלוגתא דרבנן מתירין וגם כאן יש ספק בפירוש דברי מהר"ם מה פירושו דדילמא גם מהר"ם פירושו דלא כמור"ם וגם יש ספק לצד שנאמר פליגי הלכה כמאן וגם ספק בהפקעת הקדושין והואל ויש כאן שלש ספקות החוט המשולש לא במהרה ינתק:

גם דעדיפא מזה מצאנו ראינו להרב כנה"ג בס' ס"ד הגה"ט אות נ"ד שכתב ז"ל אפילו במקומות דמחמירין בספק ספיקא היכא דאפילו לצד החמור לא הוי אלא ספק מקודשת אזלינן לקולא לכ"ע הר"ן נחמייאש ז"ל הובאו דבריו בתשובת מהר"י קארו סי"א מדיני קדושין עכ"ל ובנדו"ד שאנו באנו לחוש לסברת מור"ם שפסק לסברת מהר"ם דבנתן בשתיקה הוו קדושין וכו' הרי אין כאן כי אם ספק קדושין דהגם דמצינו למור"ם שכתב ז"ל הוי קדושין וכו' הרי הטו"ז כתב דחסרון יש בדבריו והגיה דצריך לומר דהוי ספק קדושין יעו"ש וא"ך הואל ואין כאן כי אם ספק קדושין אפילו אלו לא הוה קמן כי אם ס"ס בפלוגתא דרבוותא הוה מתרינן מכח ס"ס לחוד ולסמוך על ס"ס זה כדאמרן מכ"ש השתא שכאן נמצאו שלשה ספקות כמש"ל במקום ספק קדושין פשוט דמתירין:

מצורף לזה מה שראינו להרב פת"ש סז"ך סקי"ד שכתב משם מהר"ם אלשק"ר ז"ל ועיין בתשובת מהר"ם אלשק"ר שכתב וז"ל מיהו במילתא דלא אמר לי ודאי דשלא במקום עגון למעשה הייתי חושש לדברי הרשב"א אבל במקום עגון לא הייתי חושש וסומך על רוב הראשונים והאחרונים עכ"ל וא"ך ממנו נקח קו"ח לנדו"ד דהא מהר"ם אלשק"ר כתב כן אפילו נגד סברת הרשב"א דפסק דהוי קדושין גמורים במקום דלא אמר לי ולאו הרשב"א לחוד אמרה אלא דגם הרמב"ן והרא"ש הכי ס"ל עכ"ז פסק מהר"ם אלשק"ר דבמקום עגון יש לסמוך על רוב הפוסקים מכ"ש בנדו"ד דסברא זו דנתן קדושין ולא דבר וכו' לא נמצא מקורה כי אם מדברי מהר"ם דוקא ובדברי מהר"ם עצמו כל האחרונים פירשוהו דדוקא לא דבר מהר"ם כי אם באומר לשם אהבה וחיבה זולת מור"ם הוא דמפרש ביה דבנתן בשתיקה לגמרי דבר מהר"ם נוסף על זה אפילו נפרש דדעת מהר"ם כדברי שאר מפרשים דלא דבר מהר"ם אלא באומר משום אהבה עכ"ז רבו כמו רבו

החולקים עליו ואפילו לדעת מהר"ם עצמו לא אמר דבנתן בשתיקה הוו קדושים גמורים אלא ספק קדושין בודאי פשוט דבמקום עגון אזלינן כדעת רוב דעות כמו שפסק מהר"ם אלשק"ר ז"ל ואין חולק עליו ועיין להרב ער"ך השולח"ן נמי סמ"ב שכתב דכלל מסיר בידינו מפי סופרים וספרים דלענין ערוה יש לחוש לכל הסברות וגם אנו שקבלנו הוראת מר"ן הב"י באסור ערוה מחמירין בכל הסברות לכתחילה כשאין עגון בדבר עכ"ל הרי לך דבמקום עגון לא החמירו לצאת כל הדיעות אלא אזלינן בתר רוב הדיעות מכ"ש בנדו"ד שאין כאן כי אם סברא יחידאה ובה שני פרושים ולחד פירושה יחידאי הוא דאסור פשוט דאין לנו לחוש בנדו"ד שמבורר הדבר שיש כאן צד עגון כמש"ל:

גם עיין מזה בדברי מהר"י אירגא"ס זלה"ה סמ"ד והובאו דבריו בס' אש"ל ס"ב דמדבריו מוכח כך בפשיטות ופשוט:

נשאר לנו עוד מה שעומד לנגדינו והוא מה שפסק הש"ע סמ"ו בפנויה שיצא עליה קול שנתקדשה שחוששין והרי היא ספק מקודשת וגם כאן הגם שלא ידענו אם יצא הקול או לא סתמו כפירושו הואל וקדושין אלו עבר עליהם זמן רב זה קרוב לשמונה חדשים מסתמא ברבות הימים נתחזק הקול וא"ך מן הראוי יש לנו לחוש לקדושין אלו:

אך כד דייקינן בנדו"ד אין לחוש חדא דהא מר"ן שם ס"א כתב דכל קול שלא הוחזק בב"ד דהיינו שבאו שני עדים והעידו בב"ד לא הוי קול וגם מור"ם הוסיף גם הוא בס"ב וכתב וז"ל ואין חוששין לקול אלא כשהוחזק בב"ד שב"ד חקרו בדבר ושמעו שיש ממשות בקול אבל כל זמן שלא הוחזק בב"ד לא וכו' ואך בעיר דאר לבידא אשר באותו זמן של הקדושין לא היה להם שום ב"ד קבוע אפילו דיין יחידי שמזה זמן רבני העיר הוחבאו אל הכלים והניחו העיר כצאן אשר אין להם רועה א"ך הרי אין כאן ב"ד שיחזיקו הקול ואין לומר דהואל ונתקבלה העדות במותב תלתא הן הן ב"ד והוי כאלו נתחזק הקול בב"ד ודאי דאין לומר כן דהא צריכין ב"ד דגמרי וסברי לדעת דינא דקדושין שיחקרו בדבר אם יש חשש בקדושין ועל ידיהן הוא שמתחזק הקול אבל שלשה דלא גמרי ולא סברי מאי אהני לן הרי אפילו שמיעת כל בני העיר ששמעו לא הוי קול אם לא באו העדים לב"ד שיחזיקו הקיל ומה גם הרי דין זה הוא גמרא ערוכה בגטין דפ"ט ע"ב שם אתמר אמר רב אשי כל קלא דלא אתחזק בב"ד לא חיישינן ליה ופירש"י ז"ל דלא אתחזק בב"ד שלא חקרו ב"ד אחריו שלא תהיה שמיעת קול הברה לא חיישינן אלא א"ך ידע ב"ד של העיר שכך יצא הקול פלוני מהיכן שמע וגזרו שיחושו לקול זה עכ"ל הרי לך דבעינן ב"ד הממונים למשפט צדק להבחין בין דין לדין ופשוט ועיין להכנה"ג סמ"ו בהגה"ט סק"ג ז"ל נ"ב ובמושב הדין ובפני שלשה וביום ובפני בע"ד וגמר עדות משא"ת בנימ"ן ע"ך

וא"ך בנדו"ד שלא נמצא שום דבר מזה דמאותו זמן עד היום אפילו דיין יחידי לא נמצא להם מכ"ש שלשה ומעולם לא חקרו על עדות זו פשוט דאין לחוש לקול דהואל וליכא ב"ד הקול כמאן דליתיה:

ועיין להרב ישמח לב סי"א שכתב ז"ל עיין להגאון החק"ל שכתב דלא חשיב קול היכא דכ"ע ידעי שהחמיצו הדין לברר עניין הקדושין אם יש בהם ממש עש"ב והכי חזינא להרב משא"ת מש"ה באהע"ז ס"א דכיון דב"ד אמרו נעיין בדינא ימים מספר לא אתחזק קלא וכי שרינן לה אמרו עיינו ואשכחו עכ"ל הרי לך דאפילו הגיע הדבר לב"ד וחשו לעיין בו לא הוי קלא כ"ש בנדו"ד שמעולם לא הגיע הדבר לב"ד ואדרבא לא באו אלא לסדר העדות לערוך דבריהם בספר לשלחו לחכמי ישראל לדעת מה יאמרו המורי"ם אי הוו קדושין או לאו פשוט דאין כאן קלא:

והגם דראה ראינו להכנה"ג הגב"י סק"ך שכתב ז"ל דהמקדש בפני שני עדים והאחד מהם קרוב מתירין אותה לינשא לכתחילה בלא גט ולא חיישינן לקלא דמקודשת דמבטלינן לקלא דקי"ל כרב באיסורי רבינו ירוחם יברור דהוא הדין אם נמצא אחד מהם פסול וכן כתב מהרשד"ם ועוד ברור דלמ"ד דלא מבטלינן דחוששין לקול זה וכ"ך מהריב"ל וכתב עוד דלמ"ד דלא מבטלינן קלא חוששין לקול זה לא שייך לומר בזה דקול כל קלא דלא אתחזק בב"ד לאו קלא אלא אפילו לא אתחזק בב"ד הוי קול גמור עכ"ל וא"ך לפי סברת מהריב"ל הרי ס"ל דכל שיש שני עדים בעיר שהעידו אפילו נמצא אחד מהם קרוב עכ"ז חיישינן לקלא אפילו נתחזק הקול על ידי ב"ד וא"ך גם בנדו"ד יש לנו לחוש לסברת מהריב"ל הואל וגם כאן נמצאו שני עדים שהעידו על הקדושין ויצא הקול ע"פ עדותה הדר דינא לחוש לסברת הרב מהריב"ל. אלא דגם לזה מצאתי ארוכה ומרפא בס' ישמ"ח ל"ב ששם חשש הרב גם הוא בנדו"ד לסברת מהריב"ל וכתב על זה וז"ל אפילו אי נחוש לסברת מהריב"ל דכל שיש עדים שקדשה והם בעיר ויצא הקול על ידי זה ולא נודע שאחד מהם קרוב או פסול אפע"ג שלא נתקבלו העדות בב"ד קול גדול כזה מחזקינן ליה גם בלא ב"ד ולמ"ד דלא מבטלינן לקלא חוששין לאותו קול ע"ך מ"מ הרי יש אתנו ס"ס להקל ספק אי קי"ל כמוהריב"ל או כהריב"ש ואת"ל כמוהריב"ל דחשיבא קלא הגם דלא אתחזק בב"ד דילמא קי"ל כהני רבוותא דמבטלין לקלא והכי חזינן להרב ס"ם חי"י ז"ל ס"ח עביד להאי ס"ס להתיר וכ"ש הוא בחשש קול דהוו דרבנן ועיין להגאון חק"ל דבפסקא דדינא אייתי האי ס"ס והתיר בנדו"ד בסופו ע"ש עכ"ל וא"ך נבוא לנדו"ד נמי להתיר מכח ס"ס כאמור:

ואדרבא איכא למימר דבנדו"ד אפילו בלי ס"ם יש להתיר דשאני נדו"ד מנדון מהריב"ל דהא מהריב"ל פסקו היה בעדים שהעידו והיה אחד מהם קרוב והעם לא ידעו אם היה קרוב או לא וא"ך בשעה שהעידו הרי היה נכר שיש עדים כשרים על הקדושין אלא שאח"ך נודע שהוא קרוב על זה הואל וביום הראשון חשבו שהם כשרים והקדושין קדושין גמורים וע"פ יצא הקול בזה הוא שחשש מהריב"ל אבל בנדו"ד שמעקרא כשבאו לפני העדים להעיד אחד אמר שלא שמע כלל ואחד אמר שלא שמע מלת לי מאותה שעה נפל הספק והוי קול ששוברו עמו דמאותה שעה נפל הספק אי הוו קדושין או לא והוצרכו לבוא בשאלה בזה אפילו מהריב"ל יודה דלא הוי קלא דהא אפילו אי חשבינן קול של העדים דאפילו שלא בב"ד כמו בב"ד דמי הרי אפילו הקול של ב"ד דוקא דחקרו וגזרו על הקול הוא והוי קיל אבל אם אמרו נעיין בדינא לא הוי קיל וכמש"ל משם הגאון חק"ל והרב משאת משה וכן הוא פסק הש"ע עצמו סמ"ו ס"ג דאם היו הקדושין ספק כגון אומרים זרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה וכו' לא אתחזק קלא וא"ך ממנו נקח לסברת מהריב"ל דודאי אפילו יצא קול של עדים שלא בב"ד חיישינן דוקא בקול שהיה מעקרו קול בלי פקפוק ובלי ספק כגון התם דבאו עדים ולא היו יודעים שיש בהם קרוב אבל בנדו"ד שמאותה שעה שבאו העדים היה קיל רעוע לא הוי קול: ועיין מדינים אלו בס' חו"ט המשול"ש למהר"ש דורא"ן ז"ל ס"ט ובחו"ט המשול"ש למוהרש"ק סי"ב וט"ו ומשם באיר"ה דאין לחוש לקול זה גם עיין להרב דע"ת קדושי"ם אות ק' ס"ח שכתב משם הרשב"א דאם יצא הקול שנתקדשה ואח"ך נודע שנתקדשה בע"א מבטלינן לקלא וגם כאן הכי הוא שכבר כתבנו לעיל דאין כאן כי אם עדות ע"א והגם שיש לחלק הדבר והאמת יורה דרכו דאין לחלק ואין כאן מקים להאריך יותר ופשוט:

מסקנא דמילתא לקיצ"ד דהבתולה הנז' מותרת היא לכל אדם די יצבי אבוה יתננה ולית עלה זיקת חשש קדושין כלל אך הואל ואל אלהים ידע סתרי לבבי כי מיראי הוראה אנן על כן אמרתי דכל מה שכתבתי הוא להלכה ולא למעשה עד אשר יעלו עמי בהסכמה רבנן יתבי על מדין ואזי ברגלם אעבורה להצטרף עמהם להתירה בסדר ושב"ה א"ל בית אבי"ה כנעורי"ה כאן שנה תרס"ד פה סאלי יע"א וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט עלה עמי בהסכמה בהתר הבתולה הנז' הראשון לב"ד שבקדושה עטרו"ת הרה"ג דיינה דלע"ד קדוש יאמר לו צרור המור דודי לי כמוהר"ר מסעוד אנקאווא נר"ו וגם הוסיף נוסף שפיר מדיליה בתוספת מרובה וביען כי כל מה שכתב הלא הוא חתום באוצרותיו עם שאר כתביו היקרים על כן לא עלו ולא באו כאן על משב"ח הדפוס עד אל אלהים יעזרו להעלותם על משבח הדפוס עם שאר פסקיו היקרים:

ואחר שעלה מיד שנינו בהסכמה הרי הוא בכי יותן ביד הגביר אבי הבתולה לילך ולדרוש מב"ד שיעלו עמנו בהסכמה ובאזנינו שמענו שקיים בו מצות שלוח לידה"ק על"ה נר לבני מערבא הרב הגדול קדוש ה' מכובד כמוהר"ר מרדכי ן' ג"ו נר"ו ראש על ארץ רבה מתא טאנזה יע"ה ושמעתי ושמחתי שגם מנ"ר הסכים להתירה אך עד לא הספיק הדבר לבוא לידי גמר טוב מן השמים זכו לנו ונתרצו עוד הבתולה והמקדש והלכו ונשאו כד"ת משה וישראל ואזי אמרתי ששו ב"מ ששו הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ח

לעיר וואזאן יע"ה ע"ע מי שקדש וכתב כתובה ולא הספיק לכנוס עד שמת רח"ל השקפנו לטובה על מה שפסקו חו"ר מקנא"ס יע"ה דאין לאשה זו כי אם עקר הכתובה הנה אמת נכון הדבר דהגם דלדעת הרב"י בס' ס"ו כתב דהדבר הוא במחלוקית שנוי בין דעת בע"ה ורב שר שלום ובני מתיבתא שכתב רבינו הטור בס' ס"ו עם סברת הרמב"ם והרא"ש שהביא הטו"ר בס' נ"ה עכ"פ מר"ן בש"ע לא העלה על שולחנו הטהור אלא סברת הרמב"ם והרא"ש יעו"ש בפשיטות בס' נ"ה ס"ו דלא גבייא תוספ' כלל יעו"ש ונדו"ד עדיף טפי דאפילו לדעת הרב פו"ד דמצינו לו בס' ס"ו שחילק על דברי הרב"י דכתב דדין התוספ' הוא במחלוקת שנוי וכתב איהו דלא פלגן בהדייהו אלא דבע"ה ורב שר שלום איירי בגרשה והרמ"ה והרא"ש איירי במת הבעל ויהיב טעמא ותבלין בין מיתה לגרושין ע"ש ולדעתיה במיתה גם בע"ה ורב שר שלום מודו להרמב"ם והרא"ש דאין. לה תוספ' כלל א"ך לדעתם נדו"ד שמת הבעל ליכא מאן דפליג ואין לה תוספת ואין כאן מקום להאריך:

והן אמת דבעקר הכתובה עצמה היה כאן מקום לחקור כיצד נוהגים בעיר המקדש הזה אם יש להם מנהג קבוע לתוספ' הכתובה או לא דהא יש חלוק בין אם יש להם מנהג קבוע בתוספ' עקר הכתיבה או לא והוא ע"פ פסק הרבנים הגדולים מוהר"ר יעב"ץ והמשביר זלה"ה הביא דבריהם הרב יוא"ל ז"ל בח"ב סקי"א וז"ל ראיתי מ"ש הרבנים הנז' דאין לה לממאנת התוספ' הזה משום דלא דברו הש"ס והפוסקים אלא בתוספ' שמוסיף לה מרצונו ומנדבת לבו אבל בתוספ' שמוסיף לה בע"ך מפני המנהג צריך להוסיפו והוא דבר השוה לכל נפש דינו בממאנת כעיקר הכתובה שהוא דבר קצוב ומוטל עליו ולא אמרינן דמשום חיבת ביאה הוסיף וכו' ועל פי פסק זה סמך פסקו הרב יוא"ל ז"ל והן הם הדברים ג"ך שרמז הרב מוהר"ר ר"ב ז"ל בח"א סר"ס דמשם באיר"ה דבמקום שיש קצבה להוספה הוי כעיקר הכתובה ומן הראוי היה לן לחקור כיצד מנהגם אלא דהואל

וראינו לחו"ר מקנאס בתוך דבריהם העידו דאין להם מנהג קבוע הדרן לדינא דהד"א אמרה דאין לאשה זאת כי אם עקר הכתובה מנה ומאתים דוקא ותו לא מידי כי אין כאן מקום להאריך וצוי"ם וימ"ן מסעוד אנקאווא סי"ט רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ט

לעיר דאר רבידא יע"ה שאלה אברהם קרקוס הוא מתושבי זטאט יע"ה הלך לדאר לבידא ונשא שם אשה ונכתב בכתובה בזה"ל. והדירה על פיו ורצינו של החתן וכן היה אחר הנשואין הוליכה לארץ מולדתו זטאט אחרי כן באו שניהם לדור בעי"ת דאר לבידא יע"ה ויהי היום רצה החתן לשוב עוד לארץ מולדתו זטאט והאשה הנז' עכבה על ידו שלא לצאת עוד מדאר לבידא יע"ה מהו הדין ושכמ"ה:

תשובה מה שנלע"ד הוא שהדין עם הבעל הואל וכך התנו בשעת הקדושין שהדירה תהא לרצונו של הבעל והגם דמצינו למוהר"ם באה"ע סנ"א ס"א בדיני בדברים הנקנים באמירה שם פסק משם המרדכ"י וז"ל ודוקא בדברים שביד האב לקיים אבל אם פוסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחריה למקום אחר אינו נקנה באמירה דאין זה. תלוי באב רק בבן עכ"ל וא"ך הואל ודבר זה של הדירה אינו תלוי ביד האב נימא דתנאי זה כמאן דליתיה דמי ולא נשתעבדה האשה בזה במה שפסק בעל זה עם אביה זה אינו דהא מצינו להרב פת"ש שם סק"ג שכתב דבספר י"ד המל"ך נסתפק אם דוקא בבנו אמרינן כן דלא מהני פסיקת האב בדבר התלוי בבן אבל בבת כיין דהיא ברשות האב כשהיא נערה אפשר ידו כידה ויכול לחייבה אפילו בדבר שאחר הנשואין או דילמא דגם בבת הואל ולאחר הנשואין יוצאה מרשותו איני יכול לחייבה דבר שלא תרצה אח"ך ועל ספק זה סיים דבריו וז"ל ואפשר כיון דאתתא בכל דהו ניחא לה אמרינן מסתמא נתרצו ויש להתיישב בדבר עכ"ל של הרב י"ד המל"ך וא"ך לפי חלוק זה הגם דבבן פסק מור"ם דאין האב משעבד בנו עכ"ז לגבי הבת יכול זה הבעל לומר דהבת שאני דודאי ניחא לה בכל שהוא ומסתמא נתרצית למעשה אביה:

ומה דאין אנו צריכים לכל זה דהא דין זה דאין האב יכול לשעבד את בנו דפסק מור"ם הוא מדברי המרדכ"י דפרק הנושא את האשה וחפשתי ומצאתי דמקור הוא נוביע מדברי מהר"ם בר ברוך ז"ל ודברי מהר"ם באו ברוחב בהגהו"ת מימוניו"ת לסדר נשים סכ"ח ושם היה המעשה שהאב התנה שלא במעמד הבן יעו"ש באורך וממנו נלמד ונשמע דכל שהוא במעמד הבן הוא חייב יע"ש והן הם הדברים שכתב הבאה"ט סנ"א סק"ג ז"ל אבל אם ידעינן דנתרצה הבן אפילו האב לא קנה בקנין מהני באמירה עכ"ל וא"ך ממנו

יוצא לנדו"ד שכל מה שעשה האב הוא במעמד הבת דהא תנאי זה מתנים אותו בשעת השדוכין וכופלין אותו בעת הקנין של הכתובה ואח"ך נכתב בכתובה ונשנה בשעת הקדושין וכל אלה הדברים באו בחוט המשולש בבית אבי הכלה והכלה בבית אביה עין רואה ואוזן שומעת ולב שמח ודאי נשתעבדה למעשה אביה דאלו היו הדברים האלה בבן עצמו היה משתעביד כדאמרן מכ"ש בבת דכבר כתבנו יפה כח הבן מכח הבת עלה בידינו דנשתעבדה הבת לדור ע"פ ורצינו של הבעל:

הן אמת דעלה על דעתי לומר דתנאי זה שהדירה תהיה לרצונו לא בא אלא נגד מה שכותבין בכתובות של המערב שמתנים בהם שלא יוציאנה ממדינה זו למדינה אחרת והטעם למה עושים תנאי זה הוא ליפוי כח האשה דהנה ידוע בעקר הדין דכל הישוב של חוצה לארץ הוא נחלק לכמה ארצות כגון ארץ מצרים וארץ תימן וכו' וקי"ל דאם נשא סתם הדין הוא שיכול להוציאה ממדינה למדינה באותו ארץ שנשא בו אבל לא יוציאנה ממדינה לכפר ואפילו מכפר למדינה משום דנוה היפה בודק לכך אינו יכול להוציאה אלא כדומה למקום הנשואין כל זה במוציא ממקום למקום שבאותו ארץ אבל אם בא להוציאה מארץ לארץ במחוז אחר אפילו ממדינה למדינה אינו יכול להוציאה זולת דוקא אם יהיה החתן מארץ אחרת אזי נשתנה הדין ויכול להוציאה אפילו ממדינה שנשא בה לכפר שבארץ אחרת שהוא מקומו וכ"ש שיכול להוציאה לכפר שבאותו ארץ שנשא בה האשה הואל והוא מקומו זה כלל העקרי השייך לדין יעויין כל זה באהע"ז סנ"ה יע"ש ולהכי נהגו בערי המערב להתנות על הבעל שלא יוציאנה ממדינה למדינה אחרת שבאותו אלא על פיה ורצונה דאזי אין לו כח אפילו להוציאה ממדינה למדינה אחרת שבאותו ארץ וא"ך ועל דין זה נהגו לכתוב כך בערי המערב כן א"ך יצא לנו לומר דמה שנכתב בכתובה זו והדירה תהיה על פיו ורצונו לא בא תנאי זה אלא לומר דאין כתובה זו כדין כתובות המערב שהדירה תהיה לרצונה אלא ע"פ הדין ומה שנכתב עפו"ר היינו תהיה נדונית כד"ת דאם ירצה להוליכה לעירו הרשות בידו ועל זה נכתב תנאי זה להיות נדון כד"ת ועל כן אם באנו לפרש על פיו ורצונו הכתוב כאן היינו להיות נדון ע"פ הדין א"ך מצאני זכות לאשה עתה הפעם אחר שהלכה עמו לעירו וחזר והביאה לדאר לבידא וקבעו שם דירתם יש לה זכות לומר לדאר לבידא באו ושמה יהיו לעולמים וחילי הוא ממ"ש מור"ם באהע"ז סמ"ה ס"א משם הריב"ש ז"ל וז"ל היה דר עמה בעירו ולא מתדר ליה ונסע עמה לעירה דרך מקרה ולא איתדר ליה יכול לחזור ולהוציאה עכ"ל ודרך מקרה פירושו הוא מבואר בדברי הריב"ש שהביא לשונו הרב ב"ש סק"ח וז"ל מבואר בהריב"ש דיכול להוציאה לאיזה מקום שירצה דהא בעת שנעקר ממקומו מחמת גזירה

היה בידו לקבוע דירתו באיזה מקום שהוא לכן אף שהיה דר עתה אח"ך במקום מולדתה יכול להוציאה משם ולקבוע דירתו באיזה באיזה מקום שירצה עכ"ל מזה נלמד דדוקא במקום שיצא משם משום גזירה הוא שיש בידו רשות גמורה להוציאה עוד מעירה שדר בה עתה הא אם לא יצא משום גזירה אלא מרצונו הטיב הוליכה לעירה ודר שם שוב אינו יכול להיציאה ולהחזירה לעירו אם אינה שוה לעירה כגון ממדינה לכפר או להפך הואל ומרצוני יצא וקבע דירתו שם הדר דינא כמו שהיו שניהם מעיר אחת ונשאו סתם דאין יכול להוציאה אלא ממדינה למדינה שבאותו ארץ דוקא וא"ך ע"פ הצעה זו הואל והביאה אברהם נר"ו לאשתו זאת וקבע דירתו במדינת דאר לבידא שוב אינו יכיל להוליכה לקצבא דזטאט: הן אמת דראה ראיתי בס' התשב"ץ זלה"ה הפך מזה דשם בח"ג סק"י נשאל באשה שנשאת בארגיל ואח"ך הלך הבעל עם אשתו ובניו אל מקום תוניס יע"ה ודר שם ימים רבים ובראותו שאין הריוח מספיק לו בא לעיר ארגיל להסתחרר ושלח אחר אשתו ובניו ולא רצתה לבוא עמו עוד לעיר ארגיל והשיב הרב ז"ל שורת הדין נותנת שהיא חייבת לבוא לעיר ארגיל שהוא מקום שנשאה שם שאפילו אי הוה נשאה בתוניס והוא היה מקומו ארגיל חייבת לבוא עמו אע"פ שלא התנה עמה בשעת הנשואין וכו' ואם הדין נותן שהמאריס אשה והוא ממקום אחר יכול לכופה ללכת אחריו כ"ש אם נשאה במקומו והוא מאותו מקום ויצא משם למקום אחר שהדין נותן לכוף אותה לחזור כמו למקום שנשאה שהוא מקומו ומקומה עכ"ל מזה נראה פשוט דאפילו יצאו לרצונם ודרו במקום שאחר יכול לחזור ולהוציאה למקומו הגם שאין מקומו שוה לאותו מקום שהוליכה שם דהא תוניס וארגיל לשני מחוזות יחשבו כידוע שחלוקים בלשונם ובממשלתם עכ"ז אחר שעקרו דירתם מארץ לארץ יכול להחזירה וא"ך גם בנדו"ד לפי סברת הרשב"ץ יכול להחזירה: עכ"ז אין לנו אלא דברי הריב"ש דפסק מור"ם דדוקא יצאו דרך מקרה הוא דיכיל להחזירה אבל אם יצאו מרצונם שוב אין יכיל להוציאה לארץ אחרת שאינה דומה לאותה ארץ וכדברינו אלה כן נמצא כתוב בספר משפ"ט וצדק"ה ביעק"ב להרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בס' קל"ה שנשאל באיש ואשה שנשאו באחת מהאלקסב"י די תאפילאל"ת ואח"ך באו לדור בעיר צפרו יע"ה ואח"ך רצה הבעל לחזור אלקסב"א ופסק הרב וז"ל כיון שברצונו בא למחוז זה שוב אינו רשאי להחזירה לאותם כפרים שאין רובם ישראל אלא יקבע לה דירה באחת הערים האלה עכל"ה הרי לך דהואל והביאה למקום המשובח הגם שאינו מקומו עכ"ז שוב אינו יכול להחזירה לעירו פחותת הערך וא"ך גם כאן הואל והביאה למדינת דאר לבידא המלאה לה מכל טוב שוב אין יכול להחזירה לכפר זטאט יע"ה. והדרן למאי דאמרן דהיה מקים כאן לומר דלא נכתב

זה בכתובה אלא להיות נגד מה שכותבין בכתובת המערב שלא יוציאנה ממדינה זו למדינה אחרת לזה נכתב תנאי זה לומר דלא כך הוא. אלא תהיה הדירה על פיו ורצונו ופירושו היא ע"פ הדין דהייני שיכול להוציאה לעירו וא"ך על פי פירוש זה דלא נכתב עקר התנאי אלא כדי שיהיה הדבר נדון ע"פ דין תורה א"ך הואל והביאה לדאר לבידא שוב אין יכול להוציאה:

אלא דלפי האמת כד דייקינן ודאי דכוונת התנאי לא היתה ע"פ כוונה זו לומר שיהיה נידון כד"ת דוקא. דאם על כוונה זו נכתב התנאי א"ך יש להקשות למה נכתב כל עקר זה התנאי הו"ל לשתוק ולא לכתוב שום דבר ואנן דינין לה כד"ת ולמה הוצרכו לכתוב תנאי זה בכתובה שתהיה הדירה ע"פ ורצונה וא"ך לא נכתב אלא לטפויי שתהיה הדירה כחפצו ורצונו יותר ממה שהדין נותן:

ואל תשיבני לומר דבאמת לא נכתב אלא כדאמרן שיהיה נדון בד"ת ולמה הוצרכו לכותבו משום דבערי המערב נהגו לכתוב כדאמרן שלא יוציאנה ממדינה זו למד"א וא"ך הואל וכך נהגו לכתוב יש לנו לומר דחששו דילמא דיינין ליה דגם שלא נכתב כאלו נכתב כמ"ש הש"ע בחומ"ש סמ"ב סט"ז ובס' ס"א ס"ה ובס' ע"א סי"ד יעו"ש וא"ך נימא מחשש זה הוצרכו לכתוב הדירה תהיה על פיו ורצונו והכוונה היא כד"ת:

אלא דזה אינו מכמה טעמי חדא דבנדו"ד אי לא הוה כתוב ודאי לא דיינין ליה כאלו נכתב דהא דרגילין לכותבו הוא אם במציאות יהיו החתן והכלה שניהם יחד מאותו העיר שנשאו שם אבל בכגון נדו"ד דהוא מעיר אחרת אדרבא הסברא נותנת לומר בפשיטות דלא נכתב כדי שיוכל להוליכה לעירו וא"ך למה הוצרכו לכתוב שהדירה תהיה עפו"ר אלא ודאי לא נכתב אלא לטפויי שיכול להוליכה עמו בכל עת ורגע לכל מקום שירצה:

זאת ועוד אחרת יש לנו להביא ראיה דיש לנו לפרש כן מהא דפסק הש"ע חומ"ש סו"ס ס"א ז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין ע"פ אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי וכו' וא"ך גם כאן אם כוונת עפו"ר הכתוב כאן שיהיה הדירה ע"פ ד"ת ולא כמנהג שכותבין א"ך לא הו"ל לכתוב לשון זה אלא הו"ל לכתוב והדירה ע"פ ד"ת או והדירה בעירו אלא ודאי מדכתב לשון זה שהדירה עפו"ר דרשינן בה כל מאי דמצינן למדרש לטובתו של בעל משום דקדוק הלשון כדאמרן וכעין זה מצינו למהריט"ץ זלה"ה בס"ה שע"פ דקדוק שנמצא כתוב בשטר כתובה בזה"ל והדירה תהיה בצפ"ת תוב"ב דקדק יתור הלשין למה הוצרכו לכותבו דאי שלא להוציאה א"ך הו"ל לכתוב סתם והדירה בארץ ישראל ועוד אפילו אי לא הוה כתוב כלל כך הוא הדין שלא להוציאה מא"י לחו"ל דהא אדרבא הכל מעלין ואין הכל מוציאין וע"פ דקדוקים אלו הן דודאי לא נכתב אלא

לטפויי דאפילו להוציא מצפ"ת לירושלים תוב"ב דקי"ל הכל מעלין מא"י לירושלים אתא. יעו"ש והוא ממש כעין דקדוקים שכתבתי ובודאי דלא אתא גם כאן אלא לטפויי לעשות חו"ר בדינה:

ואפילו מי שירצה להתעקש בדבר ולומר דלא נכתב שתהיה הדירה לרצונו אלא להיות פירושה כד"ת ונכתב נגד מה שכותבים בערי המערב שלא יוציאנה וכו' אפ"ה לסברת המתעקש עכ"פ הרי הדבר בספק ואין כח ביד האשה לכופו שלא לעשות חו"ר ובפרט דכאן נמצא כתוב בכתובה זו דלא כאס' ודלא כטו"ר וידוע פסק הש"ע סמ"ב ס"ו דהיכא דכותבין דלא כאס' וכו' כל לשון המסופק דיינין ליה יד בעל השטר על העליונה יע"ש וא"ך גם כתובה זו התנאים הכתובים בין מה שכתוב לזכות האשה בין מה שכתוב לזכות הבעל הכל יהיה נדון דלא כאס' ודרשינן כל תנאי לטובת בעליו והדר דינה דיד הבעל נטייה לדור במקום שלבו חפץ זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן: רפאל אנקאווא נר"ו:

סימן י

להיות שראובן נשא אשה אחת וכתב כתיבה כמנהג המגורשים מראש וע"ס ובסוף הכתובה כתב והכל כמנהג המגורשים זולת מה שהתנו ביניהם וכו' וש"ל נמצא כתוב אלו הם התנאים שהתנו ביניהם החתן ואשתו לדיסייא הנז' וקבלום עליהם בכח הקוש"ח וכו' והוא שאם מתה האשה הנז' בחיי בעלה הי"ו ולא הניחה ממנו זש"ק שאזי לא יטלו יורשיה בעד מחצית הנכסים הראוי להם ליטול כפי התקנה כי אם סך מאתים וחמשים דורוס ותו לא מידי וכן אם ח"ו מת הבעל בחייה ולא הניח ממנה זש"ק שאזי לא תטול האשה הנז' בעד חלוקתה הראויה לה כפי התקנה כי אם סך מאתים וחמשים דורוס ותו לא מידי שעל מנת כן נכנסו לחופה הבעל ואשתו הנז' ולא תתקיים תקנת החלוקה של המגורשים כי אם הניח ממנה זש"ק הן זכרים הן נקבות שאזי בין אם מת הוא בחייה בין אם מתה היא בחייו מאחר שהניח זש"ק אזי תתקיים תקנת החלוקה של המגורשים והכל דלא כאס' וכו' ונ"ה בקוש"ח וכו' ע"ך:

נראה פשוט דודאי לא נתכוין הבעל בתנאי זה אלא להנאתו וכו' והנה מר"ן בש"ע חו"מ סו"ס ס"א פסק שכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו הולכים אחר כוונתו ולא אחר הלשון וכ"ש וקו"ח בנדו"ד שהכוונה והלשון כולם מסכימים לדבר אחד שהרי מדוקדק לשון התנאי להדייא דמחצית הנכסים הם יותר מהסך וקאמר שאם לא תניח זש"ק לא תטול המחצית כי אם הסך הנז' דוקא ותו לא מידי וכן אם מתה בחייו שלא יטלו יורשיה בעד המחצית כי אם הסך הנז' ותול"ם מבואר להדייא דמיירי כשהמחצית הוא יותר מסך

התנאי וא"ך הרי לשון התנאי והכוונה שניהם לדבר אחד נתכוונו שלא באו אלא לגרוע כחה כשהנכסים מרובים ולא אמרו כשהנכסים מועטין שבזה לא דברו ולא התנו כלל ונשאר הדבר לעשות בו משפט החלוקה כמו שנשאת מעקרא ע"פ התקנה שבזה לא חדשו שום תנאי כלל:

ועוד ראיה לזה ממ"ש מר"ן ביור"ד סרכ"ח ס"ט מי ששדך בתו ונדר לתת עמה סך מעות ונשבע ואח"ך נתקלקלו החובות אם אין לו ממה לפרוע לא חובות ולא קרקעות חוץ מבית דירתו וכלי תשמישו פטור דאין לך אונס גדול מזה יעיין בש"ך וסיים עלה הרב פת"ש משם מהרשד"ם וז"ל וגם לא פטר ליה מטעם נדר אונסין מטעם שהעניות שכיחא ולא התנה רק פטר ליה מטעם דאנן סהדי והוי כאלו התנה כן בפירוש שאם יארע כן פטור משבועתו ולא הוי דברים שבלב שהרי זה מבואר לכל והוי הדברים קו"ח שאם בנדון של מר"ן שקע"ע ונשבע סתם אמרינן דאנן סהדי דאדעתא דהכי נשבע קו"ח נדו"ד שכן מדוקדק בלשון התנאי כ"ש דפשיטא דאית לנו לומר שאם היה חושב שיהיה כן לא היה מתנה שום תנאי כלל וכל זה כתבתי לברר דנדו"ד לא נכנס כלל בתנאי הנז' האמנם אף שיהיה לשון התנאי מסופק אם נדו"ד נכנס בכלל התנאי אם לאו אפ"ה אין היורשים יכולים להוציא מן הבעל לפי שהבעל הוא מד"ת יורש את אשתו וחיוב זה שבתנאי הוא ספק אם נכנס נדו"ד בכלל התנאי אם לאו ואין ספק מוציא מידי ודאי:

וראיה ברורה לזה מתשובת הר"ן הביאה הרב"י אהע"ז קי"ח וז"ל כתב הר"ן שנשאל על מי שהתנה שאם תפטר אשתו בחייו ולא תניח ממנו זש"ק שיחיה שלשים יום שיחזר ממעות הנדונייא כו"ך ליורשיה ומתה בחייו ונשאר לו ממנה ולד בן חמש שנים שחיה ט"ו ימים ויורשיה תובעים שיחזר להם אותו הסך כיון שלא חיה הולד שלשים יום אחריה והבעל טוען כיון שחיה שלשים יום ונשאר אחריה. שמה שכתוב שיחיה שלשים יום לא שיחיה שלשים יום אחרי אמו קאמר אלא רק שישאר לו ממנה ולד של קיימא שיחיה שלשים כלומר אפילו בחייה ונשאר אחריה אפילו שעה אחת והשיב שהדין עם הבעל ואפילו אם היה לשון התנאי מסופק הו"ל בעל ודאי ויורשי האשה ספק ואין ספק מוציא מידי ודחי כלומר שהבעל יורש את אשתו דבר תורה ויורשי האשה באו להוציא ממנו המחצה שלו מחמת התנאי וכיון שלשון התנאי מסופק אם נדו"ז שהנכסים מועטים נכלל בתנאי הנז' אם לאו אין ספק מוציא מידי ודאי ואינם נוטלים כי אם מחצית העזבון הנשאר אחר פריעת החובות זהו נראה לע"ד ברור להלכה ולמעשה וצוי"ם וימ"ן בסד"ר שלום לכם אל תראו תרמ"ט פה ארבע יע"ה וחתום על זה הרה"ג כמוהר"ר יוסף ברדוגו זלה"ה ושאל מנן מו"ר לשום עינינו עליו:

השקפתי לטובה על מ"ש הרב יוסף סיני נר"ו למעלה ראש ונשתעשעתי בדב"ק ואמת אמת תפשיה דלא מצינו על מה יחילו דברי יורשי האשה דהא כל תנאי הכתובה הם מסכימים והולכים כמנהג המגורשים זולת תנאי זה שהטילו ביניהם שאם לא ימצא להם זש"ק במקום שראוי לה או ליורשיה שתטול ממון רב במחצית הנכסים שאזי לא תטול כי אם מאתים וחמשים דורוס וכמו שמדוקדק ממה שכתוב שלא יטלו יורשיה כי אם ר"ן דורוס ותול"מ דלשון זה קרי בחיל דלא נכתב אלא לגרוע כח האשה ולא להוסיף תת כחה יותר מן הראוי לה ע"פ הכתובה הנז"ל שכתב לה ומאין הרגלים שיש שום ספק לומר דנתכוונו בזה התנאי להגריע ולהוסיף תת כח להאשה במקום שהנכסים מועטים זה לא מן הסברא ולא מן הגמרא לא מן הסברא כמו שהוכיח הרב הפוסק למעלה ראש בקו"ח שאין עליו פרכא ובאומדנות דמוכחי בראיות ברורות מההיא דחומ"ש סו"ס ס"א ומההיא דהר"ן דאהע"ז סק"ח ואין לפקפק: ואנא מוסיפנא בתוספק נופיך שפיר דענין זה מירושת הבעל הכתובה בתורה ילפינן לה דלא שייך למימר דנילף ממה שהתנה עמה שלא תטול במרובים כי אם ר"ן דוקא דה"ה גם במועטים תטול ר"ן ונימא שאפע"פ שלא נכתב נימא כאלו נכתב דמי דהא איתא בגמר"א בבתר"א דקי"א מתניתן והאיש יורש את אשתו וכו' גמרא מנה"מ דת"ר שארו זו אשתו מלמד שהבעל יורש את אשתו יכול אף היא תירשנו ת"ל וירש אותה הוא יורש איתה ואין היא יורשת אותו והא קראי לאו הכי כתבי וכו' אלא אמר רבא הכי קאמר ונתתים את נחלת שארו לו קסבר גורעין ומוסיפין ודורשין עכ"ל גמרא הצריך לן ופרשב"ם וז"ל יכול אף היא תירשנו דעקר פשטיה הכי משמע ונתתים את נחלתו לשארו לאשתו ונדרשיה לקרא הכי ונתתים את נחלתו אם ימות לשארו וירש וכו' כלומר וגם הוא ירש שארו אם תמות היא. תלמוד לומר וירש וכו' דמצי למיכתב וירש בלא אותה דהוה שמעינן מקרא דהוא יורשה והיא יורשתו כדפרישת ונתתים את נחלתו לשארו וירש קרי ביה ונתתים את נחלתו לשארו וקרי ביה נמי שארו יורש את אשתו הלכך כתב רחמנא אותה למעוטי שהיא לא תירשנו ואתא לגלוי אירשא דקרא דכתיב ונתתים את נחלתו לשארו דמיבעי לן דבעל יורש עכ"ל רשב"ם:

והתוספות ז"ל פירשו וז"ל ת"ל וירש אותה הוא יורש אותה משמע ליה מיעוטא מדלא כתיב וירשה ומדכתב אותה משמע מיעוט דאין היא יורשת ועוד דלגמרי וירש אותה מיותר דמשארו שמעינן תרתי דכיון שהיא יורשתו מטעם שארו גם הוא ירשנה מטעם שארו עכ"ל והנה רואה אנכי דהתוס' פירשו שני פירושים ובפירושם ראשון נתכוונו לפירושב"ם ועוד הוסיפו פירוש שני ובודאי מה שהצריכו לפירוש שני הוא משום דהוקשה להם דאם האמת הוא כפירוש ראשון שהוא פירוש רשב"ם דמדהו"ל למיכתב

וירשה וכתב איתה א"ך לא הו"ל לתלמודא לסתום והו"ל למינקט כדנקיט בכל מקום ולימא הכי מדהו"ל למיכתב וכו' ולא לימא ת"ל וירש אותה דהא לשון זה מורה כדמשמע בכל תלמוד לומר שבכל מקום דכוונתו היא דההוספה הוסיף הכתוב כדי למילף א"ך כאן משמעות הדתלמוד הוא ת"ל וירש אותה יתירה ללמד וכו' משום דדוחק זה הוצרכו להוסיף ועוד דבזה פירשו התלמוד כפשטיה דת"ל וירש אותה כולה יתירה היא דהיינו יכולים למילף שהבעל יורשה מכח שאר כמו שהיא יורשתו מטעם זה:

וא"ך יש לנו לדקדק על רשב"ם ז"ל דלמה הניח הפירוש הפשוט כמשמעותיה בכל מקום וכמו שפירשו התוספ' בפירוש שני אלא מוכרחים אנו לומר דרשב"ם ז"ל ס"ל דאם התורה לא כתבה אלא מילת וירש אותה לא הייתי למד שהבעל יורש את אשתו והגם דבקרא כתיב שהאשה תירש בעלה כפשטיה דקרא הייתי אומר דדוקא האשה תירש מאיזה טעם שיהיה והיכא דגלי גלי והיכא דלא גלי לא נילף:

א"ך הרי לפניך מפרשב"ם נילף קו"ח לנדו"ד ומה במקום שכתבה התורה האשה תירש בעלה עכ"ז לא ילפינן מינה הבעל שהוא סברה יותר שהוא יירשנה יותר משתירש האיא אותו בשטר תנאים שבא לפנינו שבו כתוב שתטול דוקא ר"ן דורוס והשאר איהו ירשנו היאך נילף דגם איהי במקום נכנסים מועטים שתירשנו זה לא יתכן ועוד נוסף קו"ח אחר דהתם אם לא היתה כותבת וירש אותה שהייתי אומר איהי תירשנו דוקא התם אין גריעותא בזה לבעל עצמו אלא גריעותא לבנים שהיא קודמת להם בירושה ועכ"ז אפילו שם שלא היתה גריעותא לבעל עצמו עכ"ז אלולי וירש אותה לא הייתי למד דהבעל יורש אותה כמו שהיא יורשתו בכאן שבכתובה זאת שנכתב בה תנאי זה נמצא בה גריעותא לאשה עצמה דהא אם ימות הבעל בחייה לא תטול כי אם ר"ן דורוס והוגרע כחה אפילו לגבי היורשים דידיה היאך נקום אנן ונילף שיהיה כחה גדול שכמו שאם יהיו הנכסים מרובים שיפה כח הבעל או יורשיו כמו כן יהיה כחה יפה במועטין זה לא יתכן:

וגם מדברי התוספ' ג"ך יש ראיה לדברינו ולא מבעייא לפירושם קמא ודאי דיש ראיה והן הם הדברים שכתבנו בדברי רשב"ם אלא דגם לפירושם שני יש ראיה דהא התוספ' דאמרי דאם לא היתה מילת וירש אותה הייתי יליף דהבעל יורש את אשתו לא אמרו זה אלא דוקא הואל והתורה כתבה שהאשה תירש בעלה א"ך מכ"ש שיש למילף שהאיש יורשה שהוא סברא שהוא יורשה יותר משהיא יורשתו וא"ך אי כתבה התורה שהיא יורשתו ודאי דגם הוא ירשנה אבל במקום שאם היתה התורה כותבת שהוא ירשנה איכא למימר דהתוספ' עצמם מודו לרשב"ם דלא ילפינן אשה מבעל ואל תשבני דאם כוונת התוספ' כך היא דדוקא בעל ילפינן ליה מן האשה אבל אשה מבעל לא ילפינן א"ך למה

נקטו התוספ' ואמרו בזה"ל תרתי שמעת מינה דכיון שהיא יורשתו מטעם שארו גם הוא ירשנה מטעם שארו וכו' הול"ל בקיצור דתרתי ש"מ דמדכתבה התורה האשה תירש בעלה מכ"ש הבעל שירשנה הואל ויש סברא שהבעל עדיף על זה י"ל דהתוספ' יכול להיות דהוו יכלי למיעבד הכי דהבעל נילף ליה מקו"ח דאשה אלא דניחא ליהו למילף מטעם הקרא דהוו שאר זה לזה דהוו כאלו תרויהו מפורשין בקרא אבל לעולם אימא לך דהתוס' ס"ל דלא יכלינן למילף אלא בעל מאשה אבל אשה אי לא כתיבה לא ילפינן לה מן הבעל וכך נותנית הסברא כדי דלא לאפושי פלוגתא בין רשב"ם ז"ל לדבריהם דלרשב"ם אפילו בעל מאשה לא ילפינן ואינהו יאמרו דאפילו אשה מבעל ילפינן דהוו פליגי מן הקצה עד הקצה הילכך ניחא טפי לומר דמודו התוס' מיהת לרשב"ם דאשה מבעל לא תילף:

ואפילו מי שירצה להתעקש בזה ולומר הואל והתוספ' אתו מכח מלת שאר והושוואו אשה לאיש למילף זה מזה אף אתה אמור לו דסו"ס הרי לאו ילפותא היא דילפי זה מזה אלא דאפילו לא תהיה מלת וירש אותה כתיבה עכ"ז ס"ל כמו שהאשה יורשת בעלה גם הוא ירשנה הרי מעטם בצדם דטעמא דמילתא מפורש בקרא למה יורשתו הואל והוא שארה ולכך גם טעם זה יוצדק בבעל אבל אלולי דאי לא הוה כתיבה במלת שאר לא הוה ילפינן אך בנדו"ד דלא נמצא כתוב כאן תנאי בנכסים מועטין היאך יתנהגו אלא דרוצים אנחנו לומר דילפינן כמו שהיא יפתה כוחו לירש אותה להיתיר על ר"ן דורוס כך רואים אנו לומר דגם הוא יפה כחה שתירש ר"ן דורוס במקום דלא חזו לה זה לא מצאנו לו סמך לא מפרשב"ם ולא מפירושי התוספ' דתרוייהו קרו בחיל דנדו"ד ובכל מקום לא מצאנו למילף אפילו בעל מאשה זולת לתוספ' באותו אופן דהבעל יורש אותה הוא מטעם דגלי ביה קרא שהוא שאר ואלולי טעם שאר אפילו הבעל מאשה לא הוו ילפי וזה לע"ד נראה ראיה גמורה להמעמיק בה בס"ד:

גם יש לנו להביא ראיה מדברי תרומ"ת הדש"ן שהביא הרב"י באהע"ז סע"ה וז"ל כתב בת"ה על מי שנשא אשה במקום מולדתו ודעתו להשתקע שם ואחר שנים ירד מנכסיו ואינו יכול להתפרנס שם ורוצה לילך לגור במקום אחר שכופין את אשתו ללכת אחריו ואפע"פ שכתב שהוא דבר פשוט אין נראים בעיני כ"ל והן אמת דרואה אנכי דמר"ן הקדוש פליג על ת"ה וא"ך בודאי דכוותיה דמר"ן נקטינן כדקי"ל דקבלנו הוראותיו שבב"י אע"פ שלא העלם על השולחן הטהור כידוע ועוד נוסף ע"ז דמור"ם בס' הנז' ס"א הביא דברי ת"ה והרב"י בשם י"א וי"ח והביא דברי הרב"י באחרונה ולפי הכלל המסור בידנו דכי"א בתרא נקטינן א"ך נראה פשוט דבהרב"י נקטינן אלא דמצאתי להרב

משכנו"ת הרועי"ם ז"ל באו"א סי' נ"ח שהביא סברות הפוסקים דקיימי בשטת הרב ת"ה והרב מש"ה שפיר קאמר הכריע הכריע גמור דאפילו הרב"י לא פליג על ת"ה אלא במקום פרנסה דוקא אבל במקום שיש צער לבעל ודאי דאזיל ומודה לס' ת"ה וזהו מה שמסיק לדינא ולענין דינא לא מבעייא דאיכא טעמא רבא דנושים בו בע"ח ודאי דכ"ע מודו דכופין אותה לצאת אפילו הרב"י יודה אלא אפילו משום חסרון פרנסה כופין אותה לצאת כדעת הני אשלי רברבי ואת"ל דאיכא מאן דפליג יד הבעל על העליונה ויכול להוציאה ואי לא צייתא אבדה כתובת' ומזונותיה וכו':

ע"ש שהביא כמה וכמה רבוותא שכולם נתנבאו בסגנון אחד שאם לא רצתה לצאת אבדה מזונותיה וכתובתה וכו' ודין זה שכתב ת"ה ראיתי בספר צרור החיים דצ"ח שכתב דאפילו נשבע אינו יכול להוציאה ונ"ל אפילו הנשבע לאשתו שלא יוצאינה למדינה אחרת ואינו מרויח במקומו כתבו הר"ש והרדב"ש דיכול להוציאה ומתירין שבועתו ויוציאנה דאדעתא דהכי לא נשבע וכ"ך בס' בני משה ס"ט ע"ך:

נקטינן מן האמור דלא מבעייא לסברת משה"ר דתפיס כדעת הרב ת"ה דאפילו במקום פרנסה יכול להוציאה אלא אפילו לדעת הרב"י הרי הכריע דבמקום שיש נזק זולת הפרנסה מודה הרב"י לת"ה ואפילו יהיה החיוב סתום ובשבועה מתיר שבועתו ומוציאה א"ך גם נדו"ד פשוט דאין לך צער גדול ונזק יותר מזה שיתן כל נכסיו ויצא הוא נקי הואל והנכסים מועטים ובודאי אפילו אלו היה התנאי סתום ומשתמש לכאן ולכאן דיכול לומר אדעתא דהכי לא קבלתי עלי מכ"ש שכאן לשון התנאי מבורר שאינו אלא במקום שיש נכסים מרובים בודאי דליכא למילף ולמימר דכמו שבמרובים תטול ר"ן כך במועטים אלא הבעל יכול לומר דאדעתא דהכי לא התניתי: גם יש לנו להביא ראיה ברורה לזה ממה שפסק מר"ן בחומ"ש ס"א סט"ו ז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין ע"פ איתו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בענין כך ומפני כך כתב אותו לשון עכ"ל וא"ך גם כאן אם האמת כך הוא דדעתם היה בין במרובים בין במועטים תטול האשה ר"ן דורוס א"ך יש להקשות למה כתבו בשולי הכתובה זה התנאי בלישנא דמשתמע דוקא במקום שיש נכסים מרובים וגם באו במאריך טרחא. הכי הו"ל למיכתב והתנו ביניהם וכו' שאם תפטר האשה בחיי בעלה או יפטר הוא בחייה ולא יהיה זש"ק ממנו וממנה לא יתנהגו ע"פ התקנה אלא תטול האשה או יורשיה בכתובתו ר"ן דורוס זהו מה שהי"ל לכתוב שהוא לישנא קלילא וממנו יוצא לא שנא במרובים לא שנא במועטים החיוב דר"ן דורוס במקומו אלא ודאי מדלא כתבו בזה"ל הוא מהאי טעמא דלא היה התנאי אלא במרובים דוקא וכעין דקדוק זה ראיתי לרבני פאס הראשונים ורבני

צפרו ומקנא"ס שדקדקו בשטר במקום שהיה רחיק יותר מנדו"ד ודנו ע"פ אותו דקדוק ונדו"ד בדקדוק שלנו הוא עדיף ומרווח יותר מדקדוק דידהו כמו שיראה הרוצה לעיין דבריהם בס' כרם חמר לעטרו"ת הרה"ג מו"ד נר"י בח' אהע"ז סק"ה יע"ש וא"ך על מי יש לנו להשען יותר מהם דראוי לדקדק ביתיר הלשון ולדון ע"כ ובפרט כבר בררנו דכבר כתבנו דסברת הרבנים הנז' הרי היא בנויה ברמה הוא לשון מר"ן שכתבנו דאפילו מאן דלא גמר כולי האי מדקדקין בדבריו וכו' ומכ"ש כתובה זאת דרב טביומ"י חתים עלה הוא או"ע ויוס"ף הוא המשביר לכל עם הארץ ומאן תני מסביר לא משתבש בזה אמרו מדקדקין עם חסידיו אפילו כחוט השערה ודנין ע"פ אותו דקדוק: וראיתי להרב הפוסק נר"ו שבסוף דבריו כתב אפילו אם יהיה הדבר ספק יד הבעל על העליונה וכו' ואני אבוא אחריו ומלאתי את דבריו דבידאי הכי הוא דגם זה נכלל בכלל כל ספק בתקנה העמדהו על ד"ת והוא פסק מר"ן באהע"ז סקי"ח דכל דבר שלא נתפרש העמדהו על די"ת וכמו ענין זה ממש שהיה הספק בלשון השטר כתבו ג"ך הרבנים דהואל והלשון מסופק יש לדון בו כל ספק בתקנה וכו' ומאי דאתן עלה בזה הוא דאל יקשה בעיניך דהיאך נימא שיהיה יד בעל השטר על התחתונה הרי בכתובה זאת נמצא כתוב דלא כאס' וכו' ומצינו למר"ן בס' מ"ב ס"י שכתב בשם הרבה מהמפרשים שעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאס' וכו' אמרינן בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה ע"ך וא"ך גם כאן אדרבא יש לנו לדון דיד בעל הכתובה על העליונה:

אלא דכבר מלתינו אמורה דלשון התנאי שלפנינו לא יש שום לשון מסופק כלל דהלשון קרי בחיל דהתנאי הוא בנכסים מרובים אלא דהספק הוא דשמא גם במועטים היה התנאי ביניהם והואל ואין לנו הספק בלשון עצמו בודאי דאינו נדון לפסק מר"ן ומדקדוק דברי מר"ן הכי מוכח שכתב וז"ל בכל לשון מסופק וכו' וכן סיים מור"ם שם וז"ל וכל לשון יפוי וכו' הרי מדברי מר"ן ומור"ם מוכח דדוקא בלשון הכתוב והילך מ"ש הרב גו"א הלוי זלה"ה סקל"ו לא אמרינן היכא דכתיבה דלכא"ס וכו' לדון לבעל, השטר על העליונה אלא לדון וכמשמעות הכתוב בשטר אבל לא לעשות מה שלא נכתב כאלו נכתב כ"ך מהרשד"ם ס"ו הריב"ש סמ"ח עכל"ה ונדון דידן הם ממש דברי מהרשד"ם. והריב"ש דרוצים אנו לעשות מה שלא נכתב כנכתב וזה לא מהני דלא כאס' וכו' וא"ך יהיה הדבר ספק פשוט דיד בעל השטר על העליונה:

קנצי למלין דעדיין יש בידינו אומדנות וראיית מוכחי על זה אלא דאריכות בזה הוא יגיעת בשר ללא צורך ומן הראוי לא הו"ל לכתוב שום דבר בזה דכבר הורה זקן זה קנה חכמה הוא המאיר לארץ ולדרים זה יוסף סיני וכל מה שכתב בדבריו הם זכים וברים

ומשנתינו קב ונקי והראיות שהביא בידי מחומ"ש ס' ס"א ודברי הר"ן המובאים באהט"ז סקי"ח ס"ה הם קלורית לעין ולא כתבתי זה אלא כדי שלא להניח הנייר חלק. אלא דמה שעמד לנגדי הוא מאי דמצינו כתוב כאן בשולי הכתובה בתר דסיים התנאי הנז' שם נמ"ך בזה"ל שעל מנת כן נכנסו לחופה ולא התקיים החלוקה של המגורשים כי אם בהניח ממנה זש"ק בין זכרים בין נקבות שאזי בין מת הוא בין מתה היא בחייו מאחר שהניחו זש"ק אזי תתקיים החלוקה של המגורשים ודלא כאס' וכו' א"ך מלשון זה נראה דנפל פיתא בבירא דהא מלשון זה נראה דדוקא במקום שיש בנים הוא דיש דין חלוקה הלאו הכי אין כאן שום חלוקה כלל אפילו במועטים וא"ך הואל והני לישני סתראי נינהו תפשינן כלישנא בתרא וכפסק מר"ן בס' מ"ב ס"ה בכתוב למעלה ק' ולמטה ק"ק או הפך דתפשינן לישנא בתרא:

ועלה על דעתי לישב הני תרי לישני בשני אופנים. האופן הראשון הוא בדרך נעשה וזהו פירושו דהתנאי המפורש הוא במקום שיש נכסים מרובים אבל במועטים וליכא זש"ק נעשה כמקום שיש בו דין חלוקה דהיינו מקום שיש שם זש"ק ככתוב בסיפא אלא דראה ראיתי להרה"ג מוהרימ"ץ זלה"ה בסר"ו שבא לפניו שטר כזה שהיו בו תרי לישני דסתרן ורצה לדון בו כמ"ש אני עני כדרך נעשה ולבסוף כתב דדוחק לפרש השטרות בדרך נעשה כדרך המשנה והברייתא יעו"ש:

גם עלה על דעתי לפרש באופן אחר דהיינו יש לנו לדון הכי דבמקום דיש זש"ק אזי האשה חולקת בין במועט בין במרובה ואם יהיה ממון רב ואין זש"ק אזי האשה הנז לא תטול כי אם ר"ן דורוס ואם לא יהיה זש"ק והממון מועט אזי לא תטול כלל והבעל יורש את אשתו והוו תלתא מדרגות בנישואין אלו ואזי לא יהיה דיוקא דרישא וסיפא סתראי אלא דכ"ז אינינו שוה לי דהא בשטר הכתובה כתוב והכל כמנהג המגורשים זולת התנאי שיכתבו בשולי הכתובה וא"ך הרי מכאן מיכח דזולת מה שנמצא כתוב בשולי הכתובה יתנהגו בו ע"פ התקנה ולא ע"פ התורה וא"ך תנאי של מועטים ושלא נמצא כתוב ראוי לדון כפי התקנה וא"ך הדרן לקושייתנו דהוו תרי לישני דסתרן: אלא דאחר העיון מצאנו גם לזה ארוכה ומרפא ויש לנו לדון ולקיים הני תרי לישני דעדיפא לן לקיים את שניהם ולא הוו סתראי וכמ"ש מר"ן שם בס' מ"ב בתחילת ס"ה היה כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיים שניהם מקיימים אותם אבל אם הם סותרים זא"ז הולכים אחר התחתון וכו' הרי מכאן מוכח דעדיף לן לקיים שניהם מלהניחם סתראי וכתב שם הסמ"ע סק"י משם הד"מ דאפילו יהיה הקיום בדוחק מ"מ מקיימים דאין דרך הבריות לחזור בתוך כדי דבור יע"ש וכן ראיתי להרב עט"ץ הובאו

דבריו בס' מ"ק דכך פסיק ותני ומביא ראיה מדברי מר"ן עצמו דכך דעתיה וכן ראיתי להרב משח"א דרבות"א ז"ל סמ"ב דכך פסיקה ליה מדברי מר"ן בב"י דפסיק ותני דמניחין הפירוש הקרוב ומפרשינן ברחוק לקיים שניהם יעו"ש הרי לפניך דכדי לקיים את שניהם דחקינן ומקיימין אותם מכ"ש בכאן דכל מי שעיני בשר לו יראה דאין כאן שום דוחק וסתירה והכוונה בזה הוא דהנה כבר מבורר דהתנאי הנכתב כאן בשולי הכתובה הוא במקום שיש נכסים מרובים וליכא זש"ק בזה הוא שהתנו שתטול ר"ן דורוס ולא יכנסו לכלל חלוקה ועל תנאי זה שהתנו במקום שיש נכסים מרובים הוא דחזרו עוד לכתוב ולא תתקיים החלוקה וכו' וכוונתם הוא ולא תתקיים באופן הנז"ל שיש נכסים מרובים הוא דוקא במקום שיש זש"ק וכו' אבל במקום שהנכסים מועטים זה לא נזכר ולא נפקד בשולי הכתובה והניחו אותו כדין הכתובה הכתובה למעלה ולא עלה על דל שפתיו בתנאי כלל ולדעתי הפירוש זה ג"ך הש"ך יודה דמפרשינן ליה בנדו"ד דזה דרך רוחה והצלחה ואל תקשה מאי חזית איפוך ונימא דהעיקר הוא מ"ש ולא תתקיים וכו' ותנאי הכתוב ברישא יהיה נכלל בין במרובים בין במועטים תטול ס"ך ר"ן דורוס דזה לא יתכן ולא שייך כלל דתנאי הראשון מפורש דוקא במקום שהנכסים מרובים ופשוט דכוונתו להגריע כחה קאתי וממילא כאלו מפורש דבמועטים תחלוק ולא שייך לכוללו ולקיימו עם הלשון התחתון כלל דסתראי נינהו זולת באופן שזכרנו דפירוש ולא תתקיים לא קאי אלא אחלוקה המוזכרת בתנאי דהיינו במקום שהנכסים מרובים:

אלא דנשאר לנו לפי האמת למה חזרו וכתבו כל עיקר האי חלוקה דולא תתקיים החלוקה וכו' הואל וחלוקה זאת ישבנו איתה שהיא חוזרת על התנאי המפורש דהיינו במקום שיש נכסים מרובים ולא לחזור מדבריהם קאתו א"ך הרי היא יותרת הכבד דמרישא שמעינן זה דלא היה התנאי במרובים אלא במקום שאין זש"ק דון מינה הא במקום שיש זרע יחלוקו ולמה הוצרכו לחזור ולכותבה וא"ך הואל ונכתבה שלא לצורך נימא דלטפויי אתא דאפילו במועטים לא תהיה חלוקה אלא תטול ר"ן דורוס דכבר קדמה לנו ידיעה דכל לישנא יתירא לטפויי אתא כדמצינו בההיא דהמוכר בור ודות דפסק מר"ן בס' רי"ד ס"ב דמדהוצרך לכתוב ששייר לעצמו בור ודות לטפויי אתא דאפילו הניח הדרך הניח לו יע"ש בסמ"ע סקי"ב וכן ראיתי לרבינו יעב"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח סק"פ שפסק בראובן שהעניק נדונייא לבתו בית אחת והתנה עם הבעל שלא ימשכנהו ושלא ישעבדה דזה התנאי לא היה צריך לכותבו ומדכתבו לטפויי אתא שאפילו אחר מיתה לא יוכלו הבע"ח ליטול כל הבית כולו ולא יטלו אלא מחצית הבית הנוגיע ליורשים ומחצה הנוגיע לאשה ישאר לאשה דלזה אהני התנאי יעו"ש וא"ך גם כאן הואל ותיבת

ולא תתקיים שכתבו לא הוה צריכים לכותבה נימא דלטפוי אתא: אלא דהאמת יורה דרכו דלא פעם ולא שתים בעוברי בכר"ם כרם היה לדודי הי"ו כשהייתי רואה פסק זה של רבינו יעב"ץ דדריש מילתא יתירתא בשטר הוה קשה בעיני דבריו אלו דמה יענה הרב שפסק נגד סברת הרשב"א הובאה בב"י בס' ס"א וז"ל כתב הרשב"א שנשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל מילתא דלא צריך לטפויי אתי והשיב בזה אין כח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו ובמקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו והביא ראיה לדבר עכ"ל הרב"י יעו"ש א"ך קשה על רבינו יעב"ץ דאין לנו לדון אלא במקום שאמרו ולא נתיישב לי זה עד שראיתי להרב בנ"י חי"י בס' ס"א כהגב"י שכתב דכוונת הרשב"א היא לא על מאי דאמור בגמרא דוקא קאמר אלא הכוונה באופן האמור בגמרא דהיינו כעין בור ודות דמן הדין לא היה צריך לכותבו בזה וכעין זה הרשב"א עצמו אמור יאמר דדרשינן מילתא יתירתא ולא כתב הרשב"א דלא להשתמש בכלל זה ולימא לטפויי אתא אלא באופן שהיו צריכים לכותבו התנאי ואחר שכתבוהו חזרו וכפלוהו בזה הוא דאמר הרשב"א דלא אמרינן לטפויי אתא אלא דוקא כעין האמור בגמרא דהיינו אם כתב בשטר איזה תנאי דמן הדין לא היה צריך לכותבו כלל ובזה נחה שקטה תלונתי וזכיתי להבין דברי הרב יעב"ץ דנדו"ד ג"ך מן הדין לא היה צריך לכותבו ודינא דידיה כעין בור ודות האמור בגמרא ממש יעו"ש בדברי הרב בני חיי שכ"ך משם מוהרש"ך שכתב דלא כמהרי"ק יעו"ש ועוד הוסיף איהו בסוף דבריו לכתוב לדעת מהרי"ק דס"ל דדרשינן לישנא יתירתא מחמת כפל דרשינן ליה הוסיף הרב בני חיי לישב דבריו של מהריק"ו וז"ל ועוד נראה דהגם שנאמר דלא דרשינן לישנא יתירה היכא שצריך להתנות היינו דוקא היכא שבא הכפל במלות שונות אזי אמרינן דלשופרא דשטר כתב כן משום ב"ד טועין כתביה לברר הענין אבל בכותב עומקא ורומא תרי זימני מה תוספ' באור יש יע"ש:

איך שיהיה אתאן לנדו"ד דלא מבעייא לסברת מהרש"ך שכתבנו דס"ל דלא דרשינן מילתא יתירתא במלות הכפולות בתנאי א"ך פשוט דגם כאן לא דרשינן אלא אפילו לסברת מוהריק"ו דדריש הרי כתב הרב בנ"י חי"י דוקא היכא דלא בא התנאי במלות שונות אלא דוקא כעין מה שכתב איהו עומקא ורומא תרי זימני א"ך גם כאן כפל התנאי הרי היא במלות שונות ופשיטא דלשופרא דשטרא נתכוון:

גם דעדיפא מזה לא שייך כאן כלל לומר בנדו"ד דלטפויי אתא חדא דהא תנאי הראשון הוא לגריעותא דאשה כתוב ולא בא אלא אדרבא לטפויי לבעל ופירוש לטפויי הוא דלא מלבד הטובה שיש לבעל אלא יש לו טיבותא אחריתי וזה אדרבא גריעותא דידיה שתטול

ר"ן דורוס במועטים ועוד הדרן הלשונות להיות סתראי וכבר מלתינו אמורה דאפילו מרוחק מיישבים אותם כדי דלא להוו סתראי:
סו"ד הכל נשמע דהן מצד דמן הגמרא מוכח דביורשה היכא דגלי גלי ולא ילפינן אפילו בעל מאשה הן מצד דאפילו בחיוב סתום ושבועה עמו אמרינן דעתיה כמ"ש הרב ת"ה הן מצד דרשת השטר דדרשינן לישנא דשטרא הן מצד הספק הן מצד הסברא הן מצד הראוית שהביא הרב הפוסק הראשון הד"א דאין ליורשי האשה כאן אלא להתנהיג בדין החלוקה הואל והנכסים מועטים ואין לנו לדון במה שכתבו ולא תתקיים אלא דקאי על התנאי המוזכר בנכסים מרובים ועליו קאי וכפלו לשופרא דשטרי כדין מי שהיה פורט והולך ולבסוף כתב שהם כו"ך ונמצא דבריו מכוונים דלא היה צריך לכותבו אלא דלשופרא דשטרא כתביה ותול"מ כ"ד החותם בס' אש"ר יאמ"ר לכ"ם יוס"ף תעש"ו כאן שנ"ה ויבר"ך את"י פה סאלי יע"ה:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יא

תשובה לעי"ת רבאט יע"ה על ענין אשת הר"ש חאיו"ת נ"ע שרצה האדון להגבותה אפילו אין כתובתה בידה ודאי כך הוא וכמ"ש הרב ויאמר יצחק משם רבני פאס והגם ששם סיים הרב וכתב דברי הרב יכין ובועז וכתב אח"ך דמדי מחלוקת לא נפקה כמדומה לי שהרב לא כתב כך אלא לרוחה דמילתא לפי נדונו שהיה בין כו"ך יעו"ש:
גם נראה שהרב וי"ץ לא שלטו מאורי עיניו בקיצור התקנות שקצר הרה"ג המלאך ר"ב זלה"ה במה שכתב סז"ך ז"ל שבתי וראיתי דאפשר שרצו לתקין שתגבה האשה בלא כתובה כסברת מור"ם ונראה שכך עמא דבר ומעולם לא הוזקקנו לאלמנה שתוצא שטר כתובה ע"ך ועל מי יש לנו להשען יותר מזה ובאמת כך הוא המנהג שלא להזקיק האלמנה להוציא כתובתה בשעת חלוקה: אך במה שרצה להחזיק לאלמנה כל המטלטלים בשביל כתובתה דהואל וזה האלמנה לא נשאה הר"ש הנז' אלא אחר נשואין ראשונים שלו דילמא כתב לה כתובה כד"ת כמו שעושין כמה בני אדם בנשואין שניים לע"ד לא כן הוא לפי מה שבא כתוב ג"ך בקיצור התקנות בס' ז"ך ז"ל כל מקום שפשטו אצלם תקנות אלו והתנהגו בהם ונאבד שטר כתובה ולא נראה ולא נמצא כל ספק שיפול בין הבעל לאשה ולא נמצא שטר כתובה לברר הספק הרי זה נדון לפי התקנה ולפי המנהג ע"ך הרי לפניך דאפילו נניח דהר"ש זה ראוי להסתפק בי דלמה גם הוה מאותם שראוי להסתפק בהם עכ"ז אין לנו לדונו אלא כדין התקנה הואל ומנהגכים הוא לעולם

ככתובה קאסטלייאנא אלא קצת מן הקצת הם שנתחכמו לעשות כתובה כד"ת או להטיל תנאי בכתובה בנשואין שניים וא"ך במקום ספק ראוי לדונו כדין התקנה כמ"ש משם קצור התקנות: מכ"ש באיש הלזה דלר"ש אין כל ומעולם לא שמענו באיש כמו זה לחדש חדושין אפילו בנשואין על שלשים ועל רבעים דעל מי ועל מה הוה להטיל תנאי זה דידוע ומפורסם הדבר דלא מכניס אדם עצמו בתגר זה אלא הללו בעלי כיסין ותו לא מדי על כן פשוט דהר"ש זה מעקרא אין להסתפק בו כלל:

גם לא ידעתי היאך ידידי בחכמתו המפוארה לפי ספקו שרצה להסתפק בזה ולהחזיקה כל מה שהניח לא ידעתי היאך נקום להגבותה כל מה שהניח הרי גם היא אינה יודעת מסך כתובתה המעט הוא אם רב ודילמא לא יש לה כי אם שעור שקצבו רז"ל מנה או מאתיים והוא דבר מועט וא"ך אפילו יהיו המטלטלים תפוסים תחת ידה הרי אינה יכולה לגבות כי אם שעור כתובה שקצבו חז"ל ותו לא מדי ועיין בס' התקנות התקנות והוא כרם חמר להרב מוהר"ר מו"ד נר"ו בח"ב סרכ"ג ורכ"ד ששם שני פסקי דינים לרבנן קמאי ובתראי דמדברים מענין זה עיין שם ותרוה צמאונך והדברים פשוטים על כן באתי בקציר אמץ:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יב

לעי"ת דאר לבידא יע"א על ענין בעל ואשתו שעשו חדוש כתובה ולא נמצא כתוב בה שהיתה ע"פ חעי"ץ גם נמצא בחדוש הכתובה שעשה אשתו נאמנת בכל אשר תאמר כי הוא זה יומ"ץ ושכמ"ה:

תשובה על זה הוא עיין בס' התקנות סמ"ג דמשם באירה דאם האשה בטלה כתובתה ראשונה שהיתה לה כפי המנהג המגורשים וחדש לה כתובה אחרת כד"ת דבעניין אם תמות היא בחיי בעלה יורשה ויופקע יד יורשיה דחדוש כתובה זאת צריך שיהיה מצוי שם אחד מחכמי המעמד הנמנין לדין אפילו באשה שהכניסה לבעלה הנדונייא מנכסים שנפלו לה בירושה ממקום אחר דהיינו שלא מבית אביה או שנטלתם מאיש אחר במתנה או בפירעון בכולם בעינן שימצא שם חכם ובמציאת החכם סגי אפילו יהיו הקרובים בעיר ולא יהיו שם בשעת חדוש הכתובה יע"ש ואפילו לא יהיה שם החכם בעצמו די כשילך אחד מהסופרים של החכם ויעיד הסופר שהיה בהסכמת הח' יע"ש גם זה בס' ס"א ששם כתוב כן וז"ל מצאתי כתוב בכתב יד כמוהר"ש אב"ד זלה"ה שמצא כתובת מוהריט"ץ זלה"ה וז"ל ובזמן הזה נהגו וכו' יע"ש הרי מתקנת שנת שס"ג שהיא

בס' מ"ג ומ"ד יתברר לך דחדוש של כתובה צריך מציאת חכם או לפחות יעשה זאת הסופר בהמלכתו:

ותקנה זאת בודאי קבלוה בערי המערב שהרי מוהרפ"ב זלה"ה הביאה בקיצור התקנות שנהגו לחנות על פיהם בערי המערב יע"ש בקיצור התקנות סכ"א ששם לתקנה ש"ש שס"ג וגם מלתיה דמוהריב"ץ זלה"ה דסגי בהמלכת סופר: וכן מצאנו להמשבי"ר ז"ל הובאו דבריו בס' תוש"י ח"ב קל"ב וז"ל שוב מצאתי בפסקי הראשונים פסק אחד להרב המשבי"ר שהוא ממש כדברינו וז"ל אשה שנתנה כתובה לבעלה במתנת ש"מ לא הועילה כלום וכבר הארכתי בתשובה לכהר"ם מויאל ז"ל ע"פ תשובת הרא"ש ועיין בתשובת הר"ש ממי ז"ל שהובאה בתקנות ומה שתקנו המגורשים שיכולה למחול או לבטל כתובתה אינו אלא במתנת בריא מעכשיו כנראה מלשון התקנות והתקינו שאף בזה צריך מציאת אחד מבדי"ץ משבי"ר עכ"ל וסיים הרב יוא"ל על זה וז"ל כלל הרב בדבריו כל מ"ש שהדין הזה וכו' והתקנה דמוכח מינה שיכולה למחול ולבטל מה"ד מיירי במתנת בריא מעכשיו שהדין הוא דמחילתה מחילה כמ"ש סקי"ח ולא שבאו בעלי התקנה על זה שכך הוא הדין מתשובת הרא"ש אלא שהתקינו שצריך מציאת חכם מבדי"ץ לתקנה אחרונה או שלשה בדי"ץ והודעת קרוב לתקנה הראשונה והוא מ"ש והתקינו שאף בזה היא פשוט דמהני מה"ד צריך מציאת חכם ולאפוקי כשנפרש כדס"ד מעיקרא דמיירי במ' ש"מ לאחר מיתה והתקינו דמהני אם יהיה בדרך בטול כתובה דמהני אפילו לאחר מיתה קמ"ל דלא. אלא מיירי במתנת בריא שמוחלת ומבטלת כילה מעכשיו ואפילו הכי צריך מציאת חכם אפע"ג דאית ליה כל הטובות האלו עכל"ה הרי שהדבר מוסכם ע"פ הראשונים והאחרונים דתקנה זו פשטה בכל ערי המערב:

שוב ראיתי לרב אחרון חביב הוא מוהריב"ו זלה"ה בס' קכ"א בנדון דידיה שנשאל עליו שהיה בטול תנאי הכתובה לענין מיתה בין הבעל והאשה שבמותה יזכה הוא בכל הנכסים וכן להפך ושם האריך למעניתו מענין אותו בטול אם היה צריך לחדש כתובה אחרת ולבטל הראשונה מכל וכל או נימא דאותו תנאי הואל והושוואו בו האשה והאיש וכתבוה בשטר אפילו לא בטלו כתובה הראשונה הויא כאלו בטלוה לענין זה יע"ש ולבסוף כתב וז"ל כלל העולה ששטר חדוש תנאים הנז' קיים ומקויים כפה"ד והתקנה וכו' עכל"ה א"ך משם נלמד לנדו"ד בקו"ח דהשתא ומה דאפילו באותו שלא הורע כח האשה אלא דהושוואו כחה ככחו דכמו אם מתה היא יטול הוא הכל כמו כן אם ימות הוא תטול היא הכל דיכול להיות בזה לא תקנו מתקני התקנה דהא טעם התקנה הוא משום שמא אשה זאת אנוסה היא ונח"ר עשתה לבעלה להפקיע יד יורשיה וא"ך באותו

נדון של הרב מהריב"ו יכול להיות דמרצונה עשתה זאת דזה לעומת זה עשו שניהם דשמא רצונה הטוב כך הוא כדי שאם ימות הוא תחלה תרשנו עכ"ז לא העלה הרב דשטר אותו קיום תנאים קיים אלא משום דנמצאו בו כל הטובות שמנה שם ומכללם מציאת חכם א"ך מכ"ש נדו"ד שלא יש ריוח בחדוש זה אלא לבעל שלא יטלו יורשיה כלום אם מתה אבל לגבי דידה אין כאן טבותא דהא בין לפי תקנת המגורשים בין לפי הדין אחר מותה אינה נוטלת כי אם כתובתה והגם שלפי המנהג היתה נוטלת חצי נכסים דוקא ועכשיו שחדש לה כתובה דאורייתא נוטלת סך כתובתה דהיינו י"ב מאות דורוס וא"ך יכול להיות שהלואי כל נכסיו יספיקו לכתובה וא"ך הרי הרווחה. זה אינו כלום דמאן לימא לן שיהיה ריוח הרי יכול להיות שיהיה לה הפסד שאולי יניח אחריו ממון רב ולא תטול כי אם שעור י"ב מאות דורוס וא"ך מכח זה אין כאן שום הטבה לאשה כלל ובודאי דלא נתכוין הבעל אלא לטובתו דוקא וא"ך מכ"ש הוא דצריך המלכת חכם:

ובענין הנאמנות שהאמין אותה בכתובה השנייה ועתה נתבטלה מה יהיה בנאמנות אם תהיה קיימת או נימא גם היא נפלה ונהרסה עיין להרב חת"ס חלק חומ"ש סקכ"א שנסתפק בזה והניח בצ"ע ועיין בפת"ש סרנ"ג סקי"א שכתב דיפה כח האשה או הגריע תלינן זה בזה יע"ש וצו"ם וימ"ן רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יג

להיות שהר' אליהו ן' יאיון ובני אחיו תובעים לאלמנת מרדכי ן' דודם שתחלוק עמהם העזבון שהניח אחריו מרדכי בעלה כפי המנהג של כתובת המגורשים כי להם משפט הירושה והאלמנה הנז' הוציאה כתובה חדשה שחדש לה בעלה הנז' בסוף ימיו כתובה כד"ת מסך אלף דורוס וג"ך הוציאה מתחת ידה שטר אחד כי"ח ביום כתיבת הכתובה הנז' שהאמין הרמ"ה להאשה הנז' ולב"ך עוב"ך על אשר תאמר כי הוא זה בין בחייו בין לאחר מותו בכח הקוש"ח וכי' ועל זה רצתה האשה לזכות במה שהניח לה בעלה מכח כתובתה כי אמרה שלא הניח בכל העזבון אפילו חלק מעשרה מכתובתה ע"ך:

תשובה הנה מצאני ראינו לרבותינו בעלי התקנה שתקינו שכל אשה שרוצה להעביר הירושה מיורשיהן ולתתה לבעלה שצריכה האשה לבטל תחילה הכתובה הראשונה הנעשית ע"פ התקנה ויחדש לה כתובה אחרת כאשר התנו ביניהם בכתובה החדשה כמ"ש בס' התקנות ש"ש שס"ג ושס"ה ושם נתבאר דבר דבור על אופניו וכתב הרה"ג מוהר"ר יוא"ל זלה"ה בתוש"י קל"ב ז"ל גם למדנו שביטול כתובה וחדוש כתובה אינו מן התקנה אלא מן הדין הגמור לפי מאי דקי"ל כהרא"ש ומר"ן שהנשאת ע"פ התקנה שכתב

לה בעלה כתובה ע"פ התקנה אינה יכולה לעקור התקנה בענין ירושת חצי הנכסים הראוים ליורשיה ע"פ התקנה כמ"ש מר"ן סקי"ח אבל אם מחלה מעכשיו מחילתה מחילה ואח"ך יחדש לה כתובה אחרת ע"פ הדין ולא ע"פ התקנה דהו"ל כאל נשאת מתחילה ע"פ הדין שלא חלה התקנה שיורשיה ירשו חצי נדונייתה עכל"ה גם כתב הרב הנז' וז"ל למדנו מכן דלא סגי בבטול ומחילת כתובה הראשונה אלא א"ך חדש לה כתובה לאלתר הלאו הכי אותו הביטול כמאן דליתיה דמי והגם דמר"ן לא הזכירו אפשר סמך על הדין שאסור לשהות ע"ך:

איך שיהיה מה שעלה בידינו מכל האמור למעלה ראש הוא דכל כתובה שנתחדשה ולא בטלה האשה כתובתה הא' מיד ולאלתר הרי הכתובה הב' בטילה ומבוטלת:

והנה בנדו"ד ספיקא דידן הוא בכתובת אלמנה זו שבאה לפנינו אך ספיקא דידן הוא שמא האשה לא בטלה בשעת החדוש הואל ולא מצאנו בכתובה זו הבטול כתוב למעלה מהכתובה כמו שראינו כתוב בס' ע"ט סופ"ר שסדרו רבותינו הראשונים ובו כתוב נוסח חדוש דהיינו כתוב ברישיה הבטול מיד האשה בקוש"ח ואחריו הכתובה וזה תוארו של הבטול והכתובה ביום פלוני לחודש נטלה האשה פלונית בקנין ומחילה וכו' וסיים בסוף הבטול ואחר שבטלה וכתב ואחר שמחלה האשה וכו' חזר בעלה וחדש לה כתובה אחרת הכתובה להלן ביום הנז' עכ"ל הבטול וסמוך לסוף הבטול כתוב נוסח הכתובה מראשה לסופה ע"ך:

ועל זה נפל לנו הספק הואל ולא מצאנו כתובה זאת כמ"ש בעט סופר של הראשונים א"ך איכא למימר לא עשתה האשה הבטול או דילמא מ"ש בעט סופר הוא לכתחילה צריך לכתוב כך כדי שלא יהיה שום הכחשה בין האיש והבעל ואה"ן אם תעשה האשה הבטול ודאי אין אנו צריכים להיות כתוב דלאו בכתיבה תלייא מילתא אלא כל שידעינן שעשתה האשה הבטול הכתובה הא' השנייה קיימת:

ולעד"ן דכתובה זו אפילו לא מצינו כתוב בה הבטול בפי' לא מיגרע כחה להחליט הדברים לומר דודאי לא בטלה הא' מתרי טעמי:

חדא דהא לא מצינו מפורש לא בדברי התקנה הנז' ולא בדברי שום פוסק דבעינן שיהיה כתוב הביטול סמוך ונראה לכתובה ממש ומניין לנו להכניס עצמינו בספק זה ואדרבה העמד שטר על חזקתו ואדרבא יש ראיה שא"ץ לכתוב הבטול בתוך הכתובה מהא דכתב הרב יוא"ל זלה"ה בדבריו הנז' ז"ל למדנו מכאן דלא סגי בבטול אלא א"ך חדש לה כתובה לאלתר והגם שמר"ן לא הזכירו אפשר סמך על הדין שאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה ע"ך הרי דהרב רצה להוכיח דמר"ן ס"ל דבעינן בטול וגם תכף ומיד חדוש

הכתובה אלא דמר"ן אפילו לא הזכיר דין הכתובה שתהיה מיד ולאלתר סמך אאסור לשהות בלי כתובה אפילו שע"א ע"ז לא כתבו ואי נאמר דבעינן ג"ך שיהיה הבטול תוך הכתובה הו"ל למר"ן לאומרו בפירוש דזה לא נשמע בשום מקום כמו ששמענו מדבריו שצריך החדוש להיות אחר הבטול אלא ודאי פשוט וברור דלא בעינן בהכריח מוכרח להיות הבטול תוך הכתובה כדעת מר"ן הא לא"ה לא הויא כתובה אלא כל שהיה הבטול אפילו לא כתבוהו תוך הכתובה הכתובה קיימת:

אם כן הרי מדברי מר"ן מוכח דלא בעינן שיהיה כתוב בתוך הכתובה וגם בס' התקנות אחר חפוש מחפוש לא מצאנו שים תקנה כתוב בה שיהיה הבטול כתוב בתוך הכתובה זולת מה שמצאנו כתוב בס' ע"ס של הראשונים שהוא מסודר הביטול ואחריו הכתובה וכבר מלתינו אמורה שנפל לנו הספק אם בעינן בהכריח שיהיה כתוב כך או לא בעינן כמש"ל ולדעתי נראה פשוט דלא בעינן בהכריח שיהיה כתיבה אלא אפילו אם נניח שיש ספק בדברי הראשונים שסדרו וגם דייניגן לספר עט סופר כתקנות הראשונים אפ"ה הרי מפורש בדברי מר"ן באה"ז סקי"ח ומס' התקנות ג"ך דכל ספק בתקנה העמדהו על ד"ת וכבר מלתינו אמורה דמדברי מר"ן מוכח דאין צריך שיהיה כתוב הבטול תוך הכתובה:

שנית עוד יש ראיה שלא לבטל כתובה זו מחמת שלא נכתב בה הבטול שהרי שאלנו את הסופר שדרכו לכתוב חדוש כתובות ועל כל דבר ודבר היה נמלך בשעת כתיבתו עם עט"ר הרה"ג דנחית לעומקא דדינא מו"ח נר"ו ועל פיו היה עושה כל דבר ודבר קטון וגדול והיה אומר לו שיהיה מבטל הכתובה הראשונה ומעולם לא אמר לו שיהיה. צריך לכתוב הבטול תוך הכתובה הרי מוכח דסופרי מתא דנא לא נהגו לכתוב הבטול תוך הכתובה וא"ך מטעם זה דגם כאן לא מפסלא:

אך הספק הוא הואל ואין כאן שום עד מעיד שהיה הבטול וגם עדי הכתובה אינם לפנינו שיעידו לנו שהיה הבטול או לאו מאן לימא לן שהיה שם בטול דילמא לא בטלה וממילא כתובה ואת השנייה בטילה על זה אומר אני דגם בזה זכתה האשה בדינה ואין לנו לפסול כתובה זו מכח ספק זה דהא עדיפא מזה מצינו למר"ן בחומ"ש סמ"ב ס"ט וז"ל לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא בכל כהאי גוונא דלעיל שאין השטר בטל לגמרי אבל בדבר שהשטר בטל בו לגמרי לא כגון שכתוב בשטר פלוני נתחייב לפלוני לפורעו לפסח צריך לפורעו לפסח ראשין ואינו יכול לומר לא אפרענו אלא לפסח שאחר כמה שנים וכן כל כיוצא בזה ע"ך הרי מדברי מר"ן אלו מוכח דאפילו אם היה הספק כתוב תוך השטר עצמי לא אמרינן יד בעה"ש על התחתונה ומבטילינן השטר א"ך מכ"ש נדו"ז שהכתובה אין שום ספק כתוב בה אלא דהספק ממילא נקיט ואתי ודאי אין לנו לספוקי:

והגם שמור"ם ז"ל סיים שם בהג"ה וז"ל וי"א דהיינו בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לשון דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר ע"ך וכתב הש"ך סק"ך דדיעה זו אינה חולקת על דינא קמייתא שהביא מר"ן ז"ל אלא דגם מר"ן דעתו כן א"ך גם כאן דאיכא למימר טעו הסופרים ולא עשו בטול לאשה זו א"ך מבטלינן כתובה זאת שהרי איכא למימר טעו ולא עשו הבטול:

אפי"ה שינא ושנא דהכתובה דידן לא נמצא הספק כתוב תוך הכתובה עצמה אלא ספיקא מעלמא אתא שמא לא בטלו ודילמא טעו בזה ודאי כ"ע יודו דלא מבטלינן לה הואל ואין הספק בדברי הכתובה עצמה כמו הספק של השטר דהספק הוא בלשון השטר עצמו:

וראיה גם כן מהא דכתב מר"ן סמ"ב ס"ד צריך ליזהר הסופר שלא לכתוב בסוף השטה משלש ועד עשר שמא יעשה משלש שלשים ומעשר עשרים ע"ך וכתב הסמ"ע משם הנמק"י ז"ל ואי אשכחן שלשים ועשרים בסוף שטה כשר דחזקה על העדים שעשו כהוגין ע"ך הרי מוכח מכאן דאפילו הריעותא כתובה בשטר עצמו מחזקינן בעדים שעשו כהוגין ג"ך אמרינן ודאי עשו כהוגין שבטלו הכתובה הא' כדי שתהיה החדשה קיימית ואין לנו להכניס עצמינו בעובי הקורה לקום להסתפק:

וכעין זה ג"ך יש ראיה מההיא דכתב הסמ"ע סקי"ו משם הע"ש על שטר שהיה כתוב גמטרייאו"ת שאין יכול להזדייף כגון י"ב י"ג דשם נמי נאמר דחזקה על העדים שעשו כהוגין וכן יש ראיות לזה להעמיד שטר על חזקתו מכמה מקומות ואין צריך להאריך בזה:

ואל תשיבני מהא דכתב הסמ"ע בס' מ"ב סקט"ז משם מהרא"י זיע"א דשטר שהיה כתוב קנין סתם ולא היה כתוב במדל"ב ופסק דיש לחוש שקנה בד"א ולא בחליפין ע"ך אפי"ה אין משם סתירה לנדו"ז חדא שהרי הש"ך סקי"א הקשה דברי מהרא"י עם דברי מר"ן והוצרך לתרץ דדברי מהרא"י מיירי בענין שהסופר טעה וכי' וא"ך איכא למימר דנדון הביטול דידן הוא מילתא דלא עביד סובדי"ץ לטעות בו ועוד אפילו בלא תרוץ הש"ך איכא למימר בכתובה זאת גם מהרא"י יודה דהא אין הספק בדברי הכתובה עצמה אלא ספיקא מעלמא אתא כדאמרן:

ומה גם בכתובה זאת אפילו אם בהניח שהיה שום ספק בלשון הכתובה עצמה הוה דינינן ליה דיד האשה טל העליונה. שהרי בכתובה זאת כתוב בה כל מין יפוי ובכלל דלא כאס' וכו' ומצינו למרן ס' הנז' ס"ט שכתב וז"ל הרבה מהמפרשים כתבו שעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאס' וכו' אמרינן בכל לשון מסופק יד בעל השטר על"ה וכן סיים מור"ם פ"ש:

ואין לחלק ולומר דדוקא לגבי השטר דשעבודא דאורייתא הוא דאמרינן דהיכא שמתבטל אמרינן יד בעל השטר על העליונה וגם אם כתוב דלא כאס' וכו' אבל כתובה דכל עקרה מדרבנן לא אמרינן כן:

אין זה אמת דאין סברא לחלק והסברא הוא דשוין הם כמו שמצינו השוו אותם חכמים ליפרע האידנא ממטלטלי דיתמי כמ"ש מר"ן באהע"ז ס"ק ס"א גם לעניין אם היו ביד היתומים מעות בעין כתב הש"ך בחומ"ש סקי"א סק"א משם הטור ומהרשד"ם דחייבים היורשים לפרוע לה מעות בעין כמו מלוה שבשטר וכן כמה דברים מצינו יד המלוה ויד האשה שוים נינהו א"ך גם לענין זה ודאי אין לחלק:

ומה גם הרי הדבר מפורש יוצא דדין אחד יש לשטר ולכתובה מדברי מר"ן בב"י חומ"ש סמ"ב סכ"א ממה שהביא דברי הרמב"ם דפי"ו דהל' אישות וכו' וכתב עליו הרב"י ומדבריו אלה נראה שחולק בדי"ז על די"ז דכתב הטור דהיינו דין השטרות וכו' ואם איתא דיש לחלק בין הכתובה לשטרות מנל"ל דהרמב"ם פליג אדין השטרות אלא ודאי דין אחד להם:

וכן נמי משמע מדברי מור"ם בס' מ"ב סט"ו דסיים על דברי מר"ן שהיה מדבר בענין השטרות וסיים עליו מור"ם וז"ל ה"ה תקנות הקהל או דבר שהוא מנהג בעיר ע"ך והרי דין זה דכתב מור"ם רשום עליו שהוא מדברי הרמב"ם דפכ"ג דאישות בדיני הכתובה הוא אמור אלא ודאי דכתובה שויא לשטרות וכמו שבשטר הלואה היכא שמתבטל השטר לא אמרינן יד בע"ה על התח' וגם אי כתוב בו דלא כאס' וכו' אמרינן ביה יד בע"ה על"ה כך לגבי הכתובה נמי כן:

ועוד יש ראיה לכתובה דידן שבחזקתה קיימת מהא דכתב מר"ן ספ"ב בדין השטר שהוציא אותו המלוה על הלוה וב' טוען ספק אם הוא פרוע דגובה בו בלא שבועה ע"ך הרי אפילו בפירעון שהוא מילתא דשכיחא ואדעתא דהכי נכתב השטר אפילו הכי היכא שהדבר ספק לשניהם מעמידין השטר על חזקתו מכ"ש כאן שמסתמא אמרינן ודאי בטלו וכמנהג העיר שאינם כותבים הבטול תוך הכתובה ודאי אין לנו שום ספק דודאי מעמדינן הכתובה על חזקתה: ובר מן דין עדיפא מזה מצאנו בכאן שהרי האיש מרדכי בעל האלמנה זאת מעקרא לא כתב לה החדוש אלא כתב לה משכ"מ ע"פ הרה"ג חעי"ץ עט"ר מור"ח נר"ו וכאשר כתבו המתנה כראוי בהוכחת אעבורי אחסנתה כשהגיע אח"ך שטר המתנה ליד הקודש על"ה חשש על עצמו משום לא תהוי באעבורי אחסנתה ונתן להם עצה לבטל נשואין הא' ויחדש לה כתובה כד"ת ומפני זה תזכה האשה בנכסים מצד כתו' ב' וע"פ מאמרו נגמר הענין א"ך בודאי הגמור הואל ומידו של עט"ר מו"ח יש"א

ברכה היתה זאת ודאי הכל נעשה יפה בעתו בבטול כתובה הא' שחזקת חבר כל מה שיוצא מתחת ידו בחזקת מתוקן ובפרט מור"י הרב שהוא בקי בחדרי הדינים והתקנות ודאי אין להסתפק כלל: ועל שטר הנאמנות שכתיב וחתום בעד האשה שהיא נאמנת על אשר תאמר כי הוא זה גם בזה ידה על העליונה כדכתב מר"ן בחומ"ש סע"א סי"ז דאם הלוה האמין למלוה עליו ועב"ך ה"ז גובה מהיורשים בלי שבועה הרי מכאן מוכח דנאמנות המוריש מועיל לגבי יורשיו אפילו להוציא מהם מכ"ש בנדו"ד דאין האשה הזאת באה להוציא אלא להחזיק מה שבידה:

אלא דבזה יש עדיפות לאלמנה זאת הואל ותביעתה היא עם היורשים ה"ה פטורה אפילו מחר"ס הואל והאמינה בעלה ופטרה נגדו ונגד יורשיו אפילו מחר"ס:

והגם שמר"ן הקדוש בס' זה ס"ו כתב אין הנאמנות מועיל שלא להחרים אפילו פירש בפירוש הרי כתב הסמ"ע סקט"ז דמ"מ לא הימניה שיגזול אותו וכו' ע"ז אפילו פירש בפירוש לא מהני א"ך דון מינה ואוקי באתרין דוקא היכא שידוע שגזלו אמרינן לא הימניה שיגזלו כגון שתביעת המלוה היא עם הלוה אבל בנדו"ד שהיורשים הם התובעים ואינם יודעים במלי דמורישם לא יוצרך כלל טעם הסמ"ע ובודאי דאשה זו פטורה מחר"ס:

אחרי כותבי ראיתי בס' כר"ח סרי"ב שהביא עסק אחד של רבני מקנא"ס הראשונים שפסקו בענין אשה אחת שהאמינה בעלה נגד היורשים ופטרוה אפילו מחר"ס מטעם שהבאתי מדקדוק דברי הסמ"ע וששתי כעל כ"ה וצוי"ם וימ"ן הי"ז יום שנכפל בו כי טיב בניסן כאן שנה להאי"ר ע"ל האר"ץ לפ"ק הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יד

לעי"ת ראבט יע"ה ראיתי להידיד א"ע שנסתפק במאי דאתא לידיה בכלה שמתה רח"ל תוך י"ב חודש ונסתפק ידידי אם ינהגו מנהג חלוקה או כל אחד יעמיד בשלו באמת לא היה צריך ידידי לצרוף דעתי הואל ועיניך הפקוחות שלטו במ"ש הרה"ג משי"ש ח"א תל"ד דמשם יתברר לך דאותה תקנה אחרונה שתקינו דבתוך י"ב חודש לא פשטה ולא נתקבלה כלל ומאין ולאין נקום אנן לדון על פיה:

והגם באמת שראינו להרב הנז' שהסכים לדון כסברת אותו החכם שהביא בדבריו שהיה מחזק לדון כאותה התקנה והרב משי"ש ראינו לו שהסכים לדון כך במקום דאיכא עלבון הרי העלבון מפורש שם בדבריו גם את הראשון גם את השני ואל השלשי לו בא כגון שמת הבעל והנדונייא מרובה דיורשי הבעל במקום שיפרעו לה הכתובה אדרבא לוקחים

מנדונייתה ובצד זה יש עלבון גדול אם יהיו בע"ח על הבעל ובאים ונוטלים הנדונייא יע"ש עליו דדוקא במקום עלבון הוא דהסכים אבל בנדו"ד שמתה האשה ומקרא מלא דבר הכתוב ונתתם את נחלת שארו לו ודאי אפילו תהיה הנדונייא מרובה או יש בע"ח ובאים ולוקחים אותה בע"ח מצד הבעל מה עלבון יש בדבר אדרבא נתקיימה ירושה דאורייתא כהלכתה וא"ך נדו"ד אפילו הרב משי"ש יודה:

ועדיפא מזה אמינא דלע"ד אפילו אי אלו הוה נדו"ד במקום שמת הבעל הרה"ג משי"ש יודה שכל אחד עומד בשלו אנן בדידן אין לילך אחר זה יען שהרי במקומותינו זה כל הנושא אשה אדעתא דתקנת המגורשים נושא אותה ולפי תקנת המגורשים לא חלקו בין מתה תוך השנה למתה אחר השנה וא"ך נקום אנן לגרוע איזה צד מן הצדדין:

והגם שהרב הגדול הנז' ואותו חכם שהביא נטתה דעתם לדון במקום שיש עלבון כדעת התקנה שלא נתפשטה הואל וישרה בעיניהם המה הגבורים יכלי למיקם בספוקייהו ודעדיפא מזה הרי המלאך ר"ב זיע"א בטל בעירו עקר התקנה בנשואין שלא כמנהג המגורשים והנהיג בעירו כמו שעושים לעת עתה אבל אנן אין בידינו אפילו לבחור לפי דעתינו לדון באותה תקנה אפילו במקום דאיכא עלבון דהואל ולא נתפשטה ולא נתקבלה הרי כאלו מעולם לא היתה וכיצד נקום אנן לדון כך א"ך הואל ועיני הידיד שלטו בס' משי"ש משם די והותר לדון לנדו"ד דאפילו הם תוך יב"ח חלה עליהם תקנת החלוקים:

אלא למען הוסיף תת כח לידידי בענין זה הריני מעתיק לך מה שבא כתוב בס' מוצ"ב סקמ"א ז"ל ידי"ן החכם כמוהר"ר אליעזר דאבילא נר"ו אחדש"ו באתי להשיב למאי דשאילנא מקמיה על יד כהה"ר יעקב אביקבול על ראובן שנשא אשה ונפטר תוך שנתו מה יהיה משפט חלוקתם עם יורשי האשה ואומר דזה הדבר לא ניתן לישאל כלל כי מעשים בכל יום שהם חולקים חלק כחלק ולא זו בלבד אלא אפילו מת תוך חופתו ב"מ דין אחד להם וכבר אירע כזה בשנים החולפות בימי אדוני דודי הרב המופלא כמוהר"ח חביב טולידאנו זלה"ה באחד שנשא אשה ומת תוך חופתו ושאל על זה לחכמי פאס ופסקו שחולקים בשוה כשאר כל אדם באופן שאין בזה שום ספק כלל ודברים שאומרים המון העם אינם אלא שיחת עמי הארצות ושלום וחתום על זה הרה"ג מוהר"ר יעקב טולידאנו זלה"ה:

עוד ראיתי בס' כר"ח להרב מו"ד זלה"ה ספ"ח שם נמצא כתוב ז"ל מי שמת תוך יב"ח לנשואיו כתב הרב המובהק כמוהר"א הצרפתי ז"ל דיש לנו תקנה מב"ד של חמש וכתוב בה די לעלמין לא תתחבל דמי שמת תוך יב"ח לנשואיו אין לו דין חלוקה כלל אלא כל אחד יעמוד בשלו אבל בכתבי הרה"ג א"ז כמוהריב"ץ נמצא הפך מזה שנשאל על בחור

שנשא בתולה ועלו שנים החתן והכלה למטה ואכלו ושתו כדרך כל הארץ ולפי שהיה החתן חש בראשו וכו' וחתומים מוהריב"ע ומוהר"ש הצרפתי והראב"ד ומוהריב"ץ יע"ש וס"ל נמצא כתוב מ"ש הרב שיש תקנה מב"ד של חמש וכו' חלקו עליו כל בני דורו וכתבו שלא עשו אותה תקנה אלא להוראת שעה כמ"ש בלשונם משום עת לעשות וכו' וחתום על זה הרב אב"א זלה"ה שהעתיק מכתיבת מוהר"ש ן' צור זלה"ה ע"ך [ונ"ל פשוט דודאי שמהר"א הצרפתי הוא החכם שרמז הרב משי"ש כמש"ל ומה שכתב עוד שבכתב הרב כמוהריב"ץ נמצא כתוב שאירע בבחור שנשא בתולה וכו' ודאי ג"ך רומז למעשה שהביא מהרי"ט משם מר דוד זלה"ה] איך שיהיה מהמועתקים אלו עיניך תראינה דהרב מהרי"ט זלה"ה חשיב למי שאומר כך שיחת עמי הארץ ואפילו במקום שמת הבעל דאיכא עלבון לאחד מן הצדדין כמ"ש הרב משי"ש עכ"ז כתב עליו הרב דלא יזכר ולא יפקד ושיחת עמי הארץ היא זאת:

ומדברי הרב כר"ח שבאו שם יתברר לך דאפילו בעלי התקנה האחרונה לא תקינו אלא במת הבעל דבזה הוא דתקינו מדלא הזכירו אם מתה האשה שהוא צד שאין בו עלבון ולמה לא הזכירו כי אם מת הבעל מזה נראה דלא דברו אלא במקום דיש עלבון ועכ"ז הרי כתבו עליו דלא נתקבלה ואותו חכם חלקו עליו כל בני דורו מכ"ש לנדו"ד אין זו צריכה לפנים:

גם על מה שנסתפק כת"ר אם יכולים יורשי האשה לומר יטלו חלק ויפרעו חלקם בחובות לאט לאט לפי שראה הידיד להרב משי"ש תל"ד הכי ס"ל אלא הואל והרב תוש"י ח"א סי"ו לא סבר הכי לזה נפל הספק כיצד יעשה ישראל לקצוד"ן דאין בדברי יורשי האשה כלום הואל והבעל מוחזק יכול לומר קיי"ל:

ומה גם הואל ואין אתריה דהרב תוש"י דודאי פסקינן כידוע דכוותיה דמור באתריה אזלינן ובפרט נראה דהרה"ג משי"ש עצמו דהן ולאו ורפיא בידיה ולא פסיקה ליה לגמרי שהרי אחר שכתב סברתו לבסוף כתב וז"ל אלא דיש חולקים ע"ך ומדכתב כן נראה דחש לסברת החולקים גם נראה לע"ד דלא כתב כן הרב אלא קודם ראותו אותו פסק של רבני סלא ומקנאס שממנו חזר בו הרב יואל זלה"ה שגם הוא היה דן מסברא כדעת הרב משי"ש ואח"ך חזר בו מכח הפסק הנז' וגם בודאי דדעת הרב משי"ש לא כתב כן אלא קודם ראותו אותו פסק ועיין בס' תוש"י ס' נ"ו ותרוה צמאונך:

ובפרט יבוא השלשי ויכריע הרי הורה זקן רב ר אחרון חביב מוהריב"ו זלה"ה בס' וי"ץ ח"א סקע"ה משם יתברר לך דאין יורשי האשה יכולים לטעון כלל שהרי נשאל אם יורשי הבעל יכולים לטעון על הבעל שצריך לפנקיס העזבון לראות אם יש בו יתרון נגד

החובות או לא ומכח הפסק של רבני סאלי ומקנאס הנז' פסק דאין צריך לעשות שום פנקס אלא הואל והבעל לדעתו שהעזבון נגד החובות אין צריך לפנקיס יע"ש ואם באמת שיורשי האשה יכולים לתבוע ליטול מחצה בעזבון והמה ישלמו נגדו בחובות א"ך כיצד יוצדק שלא יפנקיס הבעל העזבון הרי דעדיפא מזה הוא צריך לתת להם מחצה בעזבון ואם מוכרח לפנקסו כדי שידעו כמה נטלו וכמה ישלמו כדין השותפין אלא ודאי דהרב מוהריב"ו זלה"ה לא ס"ל הכי ובאמת כן עמא דבר כי מעולם לא ראינו יורשי האשה נטלו חלק בעזבון ושלמו לבע"ח כנגדו זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן טו

תשובה לעי"ת רבאט יע"ה בענין מי שרצה לישא על אשתו הואל ועברו עשר שנים ולא ילדה ראיתי להר"ב מהריב"ו ז"ל בספרו ח"א קס"ב שכתב וז"ל ומצאתי פסק להריב"ם ז"ל שכתב שכל מי שירצה לישא אשה אחרת על אשתו לאיזה סבה המנהג והתקנה שתקנו רבותינו הקדמונים נ"ן הוא שחייב הבעל להודות לאשתו הראשונה שטר מתנה מכל מה שיש לו בביתו מטלטלים וחפצים ובגדים ותכשיטין שהיא לובשת בין בחול בין בשבת ויטו"ב וכו' אלה היו דבריו בקציר והנה הואל ופסק מוהריב"ם ז"ל לא זכינו לאורו לדעת דבר דבור על אופניו על זה נפל הספק ולא ידענו כיצד מהות המתנה שכתב הרב צריך להודות ליה אם ממש מתנה גמורה מעכשיו להיות שלה לעשות בה חפצה ורצונה מעתה או לא ואת"ל דלא יהיה לה לעשות חפצה ורצונה אלא יהיו הפירות לבעל כדין נמלו"ג עדיין יש להסתפק אם עמדו על פרק המגרש אם תטול המתנה זולת דמי כתובתה או תהיה לה מתנה זאת לפרעון כתובתה: ועל זה אמרתי בעוניי דודאי דמתנה זו לא נתכוונו רבותינו לומר להיות לה מתנה גמורה כנז"ל דדרכיה דרכי נועם כתיב דעל מי ועל מה. הואל ובדין יכול לישא אחרת להבנות ממנה על מה זה יחייבוהו לתת לה מתנה אלא ודאי לא היתה כוונתם אלא לכתוב לה בשם מתנה להיות מיוחדים לה לפירעון כתובתה דהיינו אם בא לגרש תטול אותם בכתובתה וישלים עליהם דמי כתובת' ואם מת אם הכתובה כתקנה שחולקת בנכסים אזי יכניס הכל לכלל חלוקה והראיה לזה דודאי לשם יחוד דוקא נתכוונו במתנה זו יען כי מצאתי ראיתי לתשובת ריב"ש הביאה מוהרי"ע ז"ל בס' בי"ת יאוד"א ס"ה וז"ל דריב"ש סכ"ח שאלת עוד מי שיש לו אשה ובנים והוא רוצה ליקח אשה אחרת על אשתו אם תוכל האשה היושבת תחתיו למונעו ולומר לו אם רצונך לישא עלי התפסני כתובתי או מטלטלים כדי שווי כתובתי

כי יראה אני שמא תפסד ואם היום או מחר תמות או תגרשני לא אמצא במה לפרוע שבעוד שאני לבדי יושבת תחתיך איני חוששת וכן אם תבקש ממנו להתגרש ולפרוע לה כתובתה אחר שרוצה לישא אחרת עליה אם הדין עמה וכופין אותו על זה או לאו כי יש אנשים בקהל רוצים לישא על נשותיהם למען יוולדו להם בנים וישאר להם שם ונשותיהם צועקות ואומרות תנו לנו כתובתינו ואח"ך עשו מה שתרצו זו תורף שאלתך. תשובה מי שרוצה לקחת אשה על אשתו ויש בידו ספק לזון ולפרנס את שתיהן אין האשה יכולה למונעו מזה כל שלא התנית עמו כן בשעת הנשואין אבל אם הוא עני ואין ידו משגת לזון ולפרנס יכולה לעכב עליו מלישא עליה או יצא ויתן כתיבה וכו' והיכא דאפשר ליה למיקם בספוקייהו ורוצה לישא אחרת הדבר ברור שאינה יכולה לומר תן כתובתי או תיחד לי מטלטלים דאין כתובה נגבית מחיים וכן הדין היכא דלא אפשר ליה למיקם בספוקייהו והוא רוצה לגרשה כדי שישא אחרת והיא אינה רוצה להתגרש אינה יכולה לתבוע כתובתה ולא מטלטלי לאחריות אלא תקבל גטה ואח"ך תתבע כתובת' ואם אינה רוצה אין מונעין אותי מלישא אחרת וכ"ש אם שהתה עמו עשר שנים ולא ילדה שמן הדין כופין אותו לגרשה כדתנן בפרק הנושא או ישא אחרת עליה שתהיה ראויה לילד ואם לא רצה להוציאה כתב הרמב"ם דכופין אותו ומכין אותו בשוטים עד שתצא נפשו ואפע"פ שלא נהגו עתה בכפייה זו מיהו אם רצה מעצמו לקחת אין מונעין אותו אלא דאי לא אפשר למיקם והוא רוצה לגרש יוציא ויתן כתיבה אם יש לו ואם אין לו תהיה כתובתה חוב עליו עכל"ה של הריב"ש והוסיף מוהררי"ע ז"ל על זה וכתב זל"ה ומוכרח עוד מדברי הרב דאם אין שניהם רוצין בגרושין דיכולה היא למונעו מלישא אחרת עד שיתפיסנה מטלטלין כדי כתובת' שהרי לא שלל הרב אלא אם הבעל רוצה בגרושין והאשה אינה רוצה בכי האי גוונא דוקא הוא דאינה יכולה לתבוע כתובת' אבל אם גם הבעל אינו רוצה ודאי דהאשה יכולה לתבוע יחוד המטלטלים וקרקע ולא שייך לומר טעם דאין כתובה נגבית מחיים אלא בדאיפשר למיקם בספוקייהו אבל בדלא אפשר הרשות בידה בכל ענין בין לתביעת הגט בין לתביעת היחוד זולת אם הוא רוצה לגרשה והיא אינה רוצה דאז לא תוכל לתבוע יחוד כתובתה והוזקקתי לבאר זה משום דמתשובת הרב משפט"י שמוא"ל סכ"ח משמע דאין הבעל חייב להבטיחה על כתובתה בכל ענין מדסתם. והא ליתא דלא מיירי התם אלא בדאפשר למיקם בספוקייהו כדמוכח ממקצת לשון הריב"ש וכו' והספוק הוא כולל מזון וכסות כמ"ש הרמב"ם פי"ד מהל' אשות ה"ג יעו"ש וכן כתב הטור סע"ו יעו"ש עכל"ה של הרב מוהרי"ע זלה"ה. ובדרך אגב באמת עמד לנגדי דברי הרב במה שדקדק מדברי הריב"ש וכתב בלשונו הטהור

בזה"ל דמוכח מדברי הריב"ש דאם אין שניהם רוצים בגרושין דיכולה היא למונעו מלישא אחרת עד שיתפיסנה מטלטלי כדי כתובתה וכו' וכו' לא ידעתי מהיכן דייק זה מדברי הריב"ש הרי כוונת הריב"ש פשוטה לפניה ולאחריה דכוונתו לפסוק דאם אפשר למיקם דין הוא שיכול לקחת לו אשה אחרת על אשתו ואינה יכולה לעכב על ידו ואם תרצה לעכב על ידו אין שומעין לה ובודאי דדין מורדת יש לה אם לא תרצה לישב עמו והוסיף עוד ואמר דאם היא נתרצית לו להוסיף ולישב גם היא תחתיו אלא שטוענת שייחד לה מטלטלי וכו' נגד כתובת' אינה יכולה לטעון כן דאין כתובה נגבית מחיים זהו דברי הריב"ש ומטעמו זה ודאי דיש לנו לדון דגם במקום דלא יכול למיקם דדינא הוא לכופו לגרש ולתבוע כתובתה הוא הדין אם לא רצתה להתגרש אלא תהיה יושבת ודי לה בקב חרובין ודאי בין אם יהיה מרצון הבעל לגרשה או אם יהיה רצונו לקיימה הדין הוא שאינה יכולה לטעון יהיה מיחד לה דהואל ומרצונה הטוב רצתה להיות יושבת בצל קורתו מאיזה טעם וריח יהיה חייב ליחד לה הכתובה הואל ודין הוא דאינה נגבית מחיים והגם דהריב"ש לא כתב דין זה בפשיטות דבמקום דלא יכול למיקם ורצתה לישב דאין צריך יחוד ולא כתב זה אלא במקום דיכיל למיקם ורצתה לישב הוא דכתב אין צריך יחוד ודאי אין לומר דאם רצתה לישב במקום דלא יכול למיקם יהיה מיחד לה במקום שלא רצה הבעל לגרש כמ"ש מוהרי"ע ז"ל דזה אינו דהואל וטעם דאין כתובה נגבית מחיים זהו הטעם דמהני לן בשביל זה שלא תוכל לכופו במקום דרצתה לשבת עמו במקום דיכול למיקם אותו טעם גם אם רצתה לישב עמו והוא אינו יכול למיקם יוצדק לן ואדרבא יש לדון אם רצתה לישב במקום דלא יכול למיקם בקו"ח דהשתא ומה דאפילו במקום דיכול למיקם אם רצתה לישב עמו הגם דודאי אותה ישיבה על הרוב היא בע"ך דאם לא רצתה לישב דין מורדת יש לה ותפסיד כתובת' עכ"ז אינה יכולה לטעון ייחד לה מכ"ש במקום דלא יכיל למיקם שיש בידה רשות לצאת ולתבוע כתובתה ואם רצתה לישב ודאי דמרצונה הטוב הוא א"ך הרי חשבינן לה כאלו עתה באה להנשא לו ופשוט דאין צריך יחוד כתובה בשום אופן וכמ"ש באמת הרב משפט"י שמוא"ל שהביא הרב הנז' דמידן דיין מדברי הריב"ש דבכל אופן אינה יכולה להכריחו לשום יחוד:

שוב ראיתי בס' אחד של בית יאודא הג"ה אחת בכתב יד מן הצד וז"ל המגי"ה ואני כתבתי בפסק אחד שאין הדבר כן ואין כן כוונת הריב"ש כלל אלא לעולם אין לה שום תביעה על הכתובה כלל עד שתקבל גטה ואח"ך תתבע כתובתה ורצון הבעל בזה לא מעלה ולא מוריד אלא אם רוצה לקבל גטה יכולה לכופו שלא ישא אחרת עד שיתן לה

גטה ואז תתבע כתובתה ואם אינה רוצה להתגרש אין לה עליו כלום וזה ברור וחתום על זה הרה"ג כמוהר"ר יוסף ברדוגו ז"ל בחתימת ידי קודשו הניכר לעין כל וששתי:

איך שיהיה מאי דאתן עלה הואל ומן הדין הגמור כל מי שרוצה לישא על אשתו בכל אופן אינו בדין שתתבענו אפילו ליחד לה היכי נאמר דפסק מוהריב"ם זלה"ה דכתב נהגו לכתוב לה מתנה וכו' היאך נאמר דמתנה גמורה קאמר ודאי דסתמו כפירושו דהיינו מתנה לשם יחוד דוקא קאמר והגם דמן הדין א"צ לשום יחוד אפשר דמתקני התקנה הקילו להפיס דעת האשה לפחות ייחד לה כלי הבית והכסות וכו' דוקא ולא שיהיה צריך לייחד נגד כל הכתובה ופשוט:

שוב אנה ה' לידי ספר מוצ"ב וראיתי לו בס' רמ"ז שהרה"ג מוהריב"ע נשאל מהרב מוהר"י ן' חמו זלה"ה אם כופין הבעל ליחד או דוקא בתורת פיוס וזה תשובת הח' הש' מהר"י ן' חמו נר"ו כך הוא המנהג מימי קדם להפיס דעת האשה כי גדול הוא צער הצרה ופיוסין הוא לה דבלא"ה הכל משועבד לראשונה ואין כאן שום העברת דרך לבעל וגם לפי המנהג אם יצטרך הבעל למכור ולמשכן לצורכו ולצורכה רשאי וכן כותבים בשטר שמודה לה הבעל בפירוש וכן אם יהיה לו איזה חוב אפילו מאוחר לשטר זה יפרע מנכסים אלו כאן אין שטר ביד האשה וחתום הגאון מוהריב"ע זלה"ה הרי מכאן ברירה דלא נהגו אלא ליחוד וא"ך גם פסק מוהריב"ם זלה"ה שרמז לן הרב מוהריב"ו ז"ל כמש"ל ודאי דהמתנה דכתב היא לשם ייחוד דוקא וילמד סתימת דברי מוהריב"ם מדברי מוהריב"ע ז"ל ופשוט וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן טז

תשובה להחכם מסדר הגטין מאי דשאיל מר כיצד כותבים שם אישטרילייא בגט. הנה נמצא אצלינו סדר השמות למוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ושם נמצא כתוב הכי איסטרילייא בסמך אכן ראיתי להרב מוהר"ח פאלג'י ז"ל בס' חיו"ש שכתב בפירוש בשם מש"א מל"ך דצריך לכותבה בשי"ן ובטי"ת ובארבעה יודי"ן אחד אחר אל"ף ואחד אחר רי"ש ושנים אחר הלמ"ד יעו"ש וכן ראיתי בס' הלק"ט בס' מ"ד כתב דצריך לכתוב אישטרילייא בארבעה יודי"ן ואח"ך שם בס' מ"ו כתב דשם שטיל"א הוא שם הכוכב שכך קורין אותו בלשון איטאלייא ובלשון פרטוגיס קורין אותו אישטרי"א ובלשון קאסטילי"א קורין אותו אישטרילי"א ע"ך ושם אחר זה בס' מ"ז שם נמצא כתוב הג"ה לרב המגי"ה על מה שהרב בס' מ"ד כתב אישטרילייא בארבעה יודי"ן ובס' מ"ו כתב בתלת יודי"ן יעו"ע:

ומעתה נבוא לעקר הדין כיצד נכתוב אותה אם באות סמ"ך או בשי"ן. פשוט דבאות שי"ן כתבינן לה דהגם דבסדור מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה נמצאת בסמ"ך ודאי דלא אזלינן בתרה הואל ובס' חיי"ם ושלו"ם נמצא כתוב משם מש"א מל"ך דצריך לכותבה באות שי"ן וגם בס' הלק"ט נמצאת בס' מ"ד ובס' מ"ו באות שי"ן ודאי הכי נקטינן הן מצד דהן רובה הן מצד דכתבו בפירוש צריך לכתוב באות שי"ן לא כן סדור של הרב יעב"ץ הנמצאת העתקתה אצלינו בכתיבת יד לא ידענו אם הוא מוגה או לא על כן אין לנו לכותבה אלא בשי"ן כמו שכתב בפירוש:

גם צריך לכותבה בארבעה יודין דזה מוסכם אליבא דכ"ע דהגם דבלק"ט סמ"ו כתבה בשם אישטרילי"א בתלת יודי"ן אין להשגיח בזה. חדא דהואל והרב יעב"ץ ומוהרח"פ והלק"ט עצמו בס' מ"ד כתב דצריך ארבע יודי"ן א"ך אין להשגיח במה שכתב בס' מ"ו דשם כתבה בתלת יודי"ן ומה גם דהרב המגי"ה שם תמה עליו א"ך ודאי דצריך לכותבה בארבעה יודין:

אך מה שיש להסתפק בזה הוא לפי מה שבא כתוב בס' הלק"ט סמ"ו דבפרטוגיז קורין לכוכב איסטרי"א ובקאסטילייא קורין אותו אישטרילייא אנן בני מערבא מה כתבינן דכפי אשגרת לישנא אנו קורין סטרייא דוקא בלי אל"ף ובלי למ"ד כך אשגרת לישנא לקרות שפריי"א כיצד כותבים בגט. והנלע"ד דהגם שאנו קורים שטרייא סתם בודאי אין זה כי אם שם הקטנות ועקר השם בודאי הוא או אישטרילי"א או אישטריי"א אבל בלי אות יוד אין להסתפק כלל אך מה שיש להסתפק הוא הספק הראשון אי כותבין אישטרי"א כלשון פרטוגיס או אישטרילייא כלשון קאסטילייא והנלע"ד דצריך לכתוב בלמ"ד ומלתא בטעמא דשם זה הוא נמשך מן הלועזים ולשון לעז הנמשך אצלינו הוא מגרוש ספרד שהיא לשון קאסטילייא א"ך ודאי דשם העקרי המשוך אצלינו היא אישטרילייא נוסף על זה הואל והרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה מרבני המערב כתב אישטרילייא ודאי זה ברור גמור דהשם הנמשך אצלינו הוא כלשון קאסטילייא שקורין אישטרילייא:

שוב ראיתי בסדור השמות למוהראנ"ח זלה"ה שסדר משם מ"ז המופלא זלה"ה דצריך לכתוב אישטרילייא בארבע יודי"ן ובלמ"ד ולפי הרשום בזכרוני דהרב מהראנ"ח הוא אחד מרבני קדמוני המערב אם זהו מהראנ"ח שראיתי בס' הגדולים שהוא מעי"ת פאס יע"ה א"ך הרי דבריו מקבילים לדברי הרב יעב"ץ זלה"ה. כללא דמילתא לע"ד נראה דצריך לכותבה בלמ"ד ובאות טי"ת ובארבע יודי"ן ובאות שי"ן כזה אישטרילי"א כדאמרן וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יז

גם זה להחכם מסדר הגטין לקוצ"ד נראה דלגבי דידן אנן בני מערבא דבשעת הלידה קורין סוליקא פשיטא דאין להסתפק לכתוב בגט סו"ל דמתקרייא סוליק"א הואל ושם סוליק"א עקרו הוא סו"ל ובלשון ספאניול כשמקטנים השם קורין אותו סוליק"א דלגבי דידן שמיום הלידה קורין סוליק"א אין לנו לכתוב אלא שם סוליק"א וכמ"ש הרב"ש בכללו לסדר הגט דלעולם אזלינן אחר השם שקורים אותו או אותה ואין אומרים שם זה: והגם שלקוצ"ד אין צריך חזוק לזה אמרתי אעלה בתאמ"ר מתורתן של ראשונים לפניך. הנה ראיתי בסדר הגט למהר"י מינ"ץ זלה"ה סכ"ד כתב אם יש לכתוב בגט אבשלו"ם או אב"י שלו"ם עיין בתוספ' פרק שני דייני גזרות ע"ך וראיתי להכנה"ג הגב"י סקכ"ט אות קפ"א שכתב על דברי מהר"י מינ"ץ ז"ל אמר המאסף כוונת הרב ז"ל דכיון דהתם כתבו התוספ' דלא גרסינן אבשלום דלא מסקינן בשמייהו אפע"פ שנקרא אבשלום דאם נקרא אבי שלום הא ודאי פשיטא דכותבים אב"י שלו"ם ואין צריך לכותבו ע"ך:

מכאן נתברר לך דדוקא בשם אבשלום דאסור למיסק בשמיה הוא דכתב מור"י מינ"ץ דהגם שקראו אביו בשמו אבשלום אין לכתוב בגט אבשלום אלא השם העקרי שהוא אב"י שלו"ם דהוי השם של אבשלום בטל משום דהוה אסור לקרותו כן אבל שם שאין איסור בקריאתו כגון סוליקא הגם שנניח שעקר הוא סול לפי לשון לעז עכ"פ אם לא קראוה סול אלא סוליקא כותבין סוליק"א:

ועדיפא מזה ראיתי להכנה"ג שהביא שיש מי שחולק על מהר"י מינ"ץ וסבירא ליה דאפילו בשם של אבשלום אין צריך לכתוב אב"י שלו"ם אלא כותב בגט אבשלום הואל והכי קרא לו אביו והילך לשונו באורך ז"ל בשם שבנ"א נסתפקתי אם יש לכתוב שבנא בבי"ת או בכא"פ והסכמתי דלפי דעת התוספ' שכתבו בפרק דייני גזרות דבמסכת שבת גבי שבנא איש ירושלים גרסינן שכנ"א בכא"פ דשבנא בבי"ת רשע ולא מסקינן בשמיה צריך לכתוב בגט שכנא בכא"פ אע"פ שנקרא שבנא בבי"ת דומיא דאבשלום דאפע"פ דנקרא אבשלום כותבין אב"י שלו"ם כמ"ש מהר"י מינ"ץ ז"ל ולפי יש מפרשים שהביאו התוספ' שם דשבנא בבי"ת גרסינן דתרי שבנא הוו צריך לכתוב שבנא בבי"ת ולצאת ידי ספק שלפי דברי התוספ' כותבים שבנא בכא"פ ולפי דברי המפרשים צריך לכתוב בבית מן הספק כותבין שני גטין והרב מהר"א קופינו נר"ו כתב לי שאין צריך שני גטין אלא בגט אחד סגי וכתב שבנא בבית משני טעמים הא' הוא דמ"ש מהר"י מינ"ץ שכותבין אב"י שלו"ם לפי מ"ש התוס' הוא דבר תמוה דהתוספ' שם לא עסקי אלא לעניין אם

מסקינן בשמייהו או לא אבל אם אחד עבר על דברי חכמים וקרא לבנו שבנא בבי"ת וכן נקרא תמיד פשיטא דכותב שבנא:

ועוד אפילו למהר"י מינ"ץ דאבשלו"ם כותב אב"י שלו"ם בשם שבנא יודה דאין צריך לכותבו בכא"פ אלא בבי"ת דבשלמא אבשלו"ם ואב"י שלו"ם שהענין אחד הוא אין קפידא בזה ובשביל דלא מסקי בשמייהו כותבין אב"י שלו"ם אבל משבנא לשכנא אין להם התיחסות זע"ז ואם נקרא שבנא בבי"ת וכותבים שכנ"א בכא"פ הוי שנוי וכו' עכל"ה הרי מדברי הר"א קופינו מפורש יוצא דשם זה של סוליקא פשוט דאין לנו לכתוב כי אם סוליק"א ולא מבעייא לפי דברי הראשונים שרצו לחלוק על דברי מהר"י מינ"ץ בין במלת שבנא בין במלת אבשלום וס"ל דלעולם כותבים כמו שקראו אביו דהתוספ' לא אמרו אלא אסור למיסק בשם אבשלום אבל מי שעבר אביו וקראו שבנא או אבשלום אין לשנות בגט ולעולם כותבים כמו שקראו אביו מכ"ש נלמוד לנדו"ד שהרי אפילו במקום שעקר השם הוא אב"י שלו"ם או שבנא עכ"ז אפילו עבר באיסור האב וקראו בשם האסור עכ"ז כותבים שם האסור. בשם סוליק"א דאין איסור בקריאת שם זה פשוט הגם אם יהיה שם העקרי הוא סול בודאי דאין לכתוב בגט כי אם סוליקא:

ולא נצרכה אלא אפילו לפי מה שהוסיף עוד מהר"א קופינו בדבריו וכתב ז"ל ועוד אפילו נודה למהר"י מינ"ץ דאבשלום כותבים אב"י שלו"ם בשבנא אין לכתוב שכנא דבשלמא אבשלום ואב"י שלו"ם שהמובן הוא אחד אין קפידא בזה ובשביל דלא מסקי בשמייהו כותבין אב"י שלו"ם אבל משבנה לשכנא אין להם התייחסות זע"ז ואם נקרא שבנא וכתב שכנא הוי שנוי השם וכו' גם לפי דבריו אלה נראה פשוטו בפה מלא אמור יאמר דכותבין סוליק"א ולא מבעיא אם אמור נאמר דשם סול וסוליקא אין להם התיחסות זע"ז פשיטא דצריך לכתוב סוליקא כמו שבנא דאין לו התיחסות לשם שכנא דצריך לכתוב שבנא:

אלא אפילו לפי האמת דסול וסוליקא התיחסות אחת להם שהרי בלשון ספאניול השמש הוא סול ומלת סוליקא הוא כמו שאומר על השמש שם קטנות כמו שאומרים בלשון ערבי שמיש"א עכ"ז אין לנו לומר דהדר דינייהו כמו אבשלו"ם ואב"י שלו"ם דכתב הרב הואל והתיחסות אחת להם כותבים שם אב"י שלו"ם שהוא שם העקרי וא"ך יכול הטועה לכאורה לטעות גם במלת סוליקא יכתוב שם העקרי שהוא סו"ל זה אינו דהא בפירוש כתב מהרא"ק הנז' ז"ל בזה"ל דבשלמא באבשלום ואב"י שלו"ם שהמובן אחד אין קפידא ובשביל דלא מסקן בשמייהו כותבים אב"י שלו"ם וכו' הרי לך דלא כתב כותבים אב"י שלו"ם אפילו יש לו התיחסות עם אבשלו"ם אלא משום דלא מסקי בשמייהו דאבשלום אבל בשם סוליקא דאין איסור בקריאתה אפילו יהיה התיחסות עם שם סול פשוט

דכותבים שם סוליקא. מסקנא דמילתא אפילו למהר"י מינ"ץ ולדאזלי בשטתו דצריך לכתוב אב"י שלו"ם התם דוקא הוא דאמרו הכי הואל ויש איסור בשם אבשלום אבל בשם דליכא איסור בקריאתו פשוט דאסור לשנות:

ולדידי חזי לי דכל שקלא וטרייא וספק זה לא הוצרכנו אותו אלא ללועזים היודעים דשם סול וסוליקא בסקרא אחת נסקרים דהתיחסות אחת להם בזה דנכנס הדבר בספק ועכ"ז לפי האמור הרי מבורר דכותבים סוליקא ע"פ האמור לעיל:

אבל לגבי דידן בני מערבא שמעולם לא ידעו ולא שמעו דסול וסוליקא התיחסות אחת להם אלא תקוע בדעת הבריות דשם סוליקא לא שם סול הוא והעד על זה שהרי במקומינו יש בני אדם שיש להם שתי בנות וקרו לבנותיהם שם הגדולה סוליקא ושם הקטנה סו"ל כך עינינו רואות במקומינו א"ך מכאן הוכחה דלדידן בני מערבא אין אנו יודעין דשם סו"ל וסוליק"א אחד הוא דאי הוו ידעי. היש בעולם מי שקורא שני בניו בשם אחד אלא פשוט דלדעת בני מערבא שתי שמות נינהו ולכך לגבי דידן פשוט דצריך לכתוב סוליק"א ואם שינה פסול:

שוב מצאתי הדבר מפורש בס' מהרח"פ ספר חיים ושלום דף קכ"ד ע"ד שכתב ז"ל שרה דמתקרייא שרות"ה כ"ך מוהר"ם מודעי ז"ל בסדר הגטין ס"א ומוה"ר בס' פא"ת י"ם דס"א ודס"ו בה"א לבסוף כיון דשם שרותה נגזר משם שרה בלאו הכי יש לכותבו בה"א לבסוף ולא באל"פ וכתבנו שרותה חסר אלף אחר השי"ן ולא חסר וא"ו אחר הרי"ש וזה פשוט וכן נהגו רבני מתא ז"ל וכן אנחנו נוהגים אחריהם ונ"ל דמסתמא כל שם שרותה הוא בשעת הלידה שרה לכן יש לכתוב שרה דמתקריא שרותה. ואולם אם בשעת הלידה קרו מתחילה שרותה והכי קורין לה כל העולם אין לכתוב כי אם שרותה לבד והוא ברור עכ"ל הרי מכאן באירה דשם סוליקא אפילו יהיה עקרו נגזר משם סול עכ"ז אם ביום הראשין קרו לה סוליק"א הכי כותבין בגט ותו לא מידי היום י"ב לחדש כסלו תרס"ד פה סאלי וציו"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

אחרי זאת כתב עוד אלי החכם השואל נר"ו וז"ל לפעד"ן שהדבר הזה נכנס בפלוגתא של הכרעת הרב"ש והרב טו"ז על מ"ש מור"ם בס' קכ"ט סל"א וז"ל אמנם בשם אשה שקורים רעכי"ל אין כותבין רק רחל שהוא השם העקרי וכל כיוצא בזה עכ"ל וכתב הרב"ש בס' השמות באות רי"ש וז"ל אם קורים אותה רעכ"יל כתב מור"ם שכותבין רחל דוקא ובלבו"ש כתב דמנהג הוא דכותב רק רעכ"יל וי"ל הרב רמ"א איירי כשידוע שם העריסה היה רחל אז כותבין שם רחל אבל אם אין שם העריסה כותבים רעכ"יל וכו'

ולדינא נראה אם ידוע שם העריסה היא רעכ"יל כותבים רעכ"יל ואם כתב רחל פסול ואם שם העריסה הוא רחל וקורים רעכי' יש לכתוב רחל המכונה רעכ"יל ואם אין שם העריסה כותבין רק שם רעכ"יל עכל"ה הרי מצאנו להרב"ש שאפילו שם זה של רעכ'יל הוא נגזר משם רחל כמ"ש מור"ם עכ"ז אם בשם העריסה קרו לה רעכ"יל הכי כתבינן ותו לא מידי גם כאן כותבים סוליקא הואל והוא שם העריסה. אבל הטו"ז אחר שהביא דברי מור"ם בס' השמות אות רי"ש והביא ג"ך דברי הלבוש דחולק איהו ניהו אחר זה הכריע ז"ל ולעד"ן להכריע בזה דאם נקראת כן מהעריסה רעכי"ל לחוד יש פסול אם כתב רחל וכו' וכן שם שערי"ל לא יזכור שרה כלל אבל בשם שארק"א יכול לכתוב שרה אפילו אם היה שם העריסה שארק"א והטעם בזה לפי שנקודת הקמץ תחת שרה כמו שארק"א ידעו הכל שהכל אחד הוא משא"ך בשערי"ל וכו' וכן מן רחל לרעכ'י"ל לא ידעו הבריות ששמה של רחל או שרה ובזה נראה דאין לכתוב רק אלו לחוד ואם ידוע שם העריסה היא שרה או רחל ואח"ך נשתנו לשעריל ורעכ'יל יכתוב שרה המכונה שערי"ל ולרחל המכונה רעכ'יל דהא אין שום רעותא בכתיבת המכונה אפילו שא"צ מדינא עכל"ה וא"ך הוא לפי הנראה מהכרעת הטו"ז זה שגם בנדו"ד כותבין סול מאחר שהנקודות שוות שנקודת החול"ם שתחת סו"ל כמו תחת סוליק"א והוי כמו שר"ה שארק"א שכותבין רק שר"ה אפילו אם שם העריסה הוא שארק"א על כן אם יראה בעיני אדני ר"ם לכתוב סול דמתקריא סוליקא לצאת כל הדעות וכו' וכת"ר יבחר ויקרב כי דעתו דעת עליון ואל אשר ילך הראש אחריו נלך ע"ך. אלה היו דברי החכם השואל כמוה"ר דוד צבאח מסדר הגטין נר"ו:

וזאת היתה תשובתי אליו לעד"ן דבנדו"ד כ"ע אפילו הטו"ז יודה דכתבינן סוליקא דהגם דשארק"א ס"ל כותבין שרה לא תדון מינה דגם בסוליקא וסול כותבים סול הואל ונקודותם שוים בחולם. חלילה דלאו כוונת הטו"ז לומר דמשום הנקודות בהם שוות משום הכי כותבין שרה אלא הכוונה היא בתר ידיעת העולם אזלינן וכוונתו לומר הואל ושרה ושארק"א נקודות אחת. מזה. העולם ידעו דעל שם שרה נקראת הואל ומבטאם שוה הרי העומדים סברי וגמרי דכוונת אביה על שם שרה ושארק"א היא שרה. לא כן בין סול וסוליקא לית מאן דידע לזה כלל ועקר וכלל א"ך הואל ופשוט דהואל ולא ידעי מזה אדרבא במקום דכתב סול דמתקרי סוליקא או להפך פסול דליכא בערי המערב דידע לאשה זאת שיש עליה שם סול כלל ואתי למיטעי ומה לנו לילך אחר מקומות הלועזים דידעי זה אין לך הדבר אלא למקומו ושעתו. והגם שאין הדבר צריך חזוק להפקת רצון ג"ך הילך גם על זה לשון מהריט"ץ ז"ל ובענין שם האיש ששמו נוג'ים דעו שנוג'ים הוא

לשון כוכב וקורים כוכב בלשון ערבי ניג'ים אלא שנוג'ים הוא שם נערות כמו יצחק חקין וכו' כך קורים לקטנים נוג'ים אמנם עקר השם הוא ניג'ים בלשון ערבי ובלשון הקודש כוכב ולכך יכתבו כוכב דמתקרי ניג'ים דכך כתבו הפוסקים דשם השני בלשון לעז כותבים דמתקרי ולא המכונה אמנם מה שנסתפקתי בזה הוא אם כותבין דמתקרי ניג'ים או דמתקרי נוג'ים אפע"פ שכתבו הפוסקים חקין א"צ לכתוב חקין היינו דוקא בארצותינו שיודעים שניהם נוג'ים וניג'ים הכל אחד אלא שזהו שם נערות אבל באיזמי"ר שאין הכל בקיאים בשמות ערב"י ולא קראו אותו מעולם אלא נוג'ים ואם יראו בגט ניג'ים יאמרו אין זה האיש כי שמו נוג'ים והם אינם יודעים כי זה שם נערות וזה שם הגדלות הילכך צריכין לכתוב כוכב דמתקרי נוג'ים ודמי למה שכתבו הפוסקים שאם יש בעיר אדם ששמו כשם זה יצחק וזה נקרא בשם דנערות יכתבו גם שם דנערות וא"ך גם כאן נאמר כיון דשם באיזמיר אינם מכירין שם ניג'ים אלא נוג'ים אפשר שיכתבו דמתקרי נוג'ים לפי שמכירין בנוג'ים ואין מכירין בניג'ים כך נלע"ד עכל"ה. הרי לך פרשה פתוחה דבמקום דלא ידעינן אם שם סוליק"א נגזר משם סול כמו במקומותינו אלה. דין הוא שיכתוב שם סוליקא דוקא ותו לא מידי בלי שום פקפוק וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יח

להיות שיעקב נשוי עם לאה ולעת עתה נשתטית רח"ל וע"ז בא יעקב קובל ומתרעם על מזלו הגרוע שאפפוהו צרות רבות ורעות מפאת אשה זו ורצה לפרוע דמי כתובתה ביד בדי"ץ וע"ז יהיה פטור ממזונותיה ומכל חיוב כתובה גם לאחר מיתה לא יהיה לשום אחד מהם צד ירושה זע"ז:

הנה מצאנו למר"ן באהע"ז ס"ע ס"ד שכתב ז"ל הנושא אשה ונשתטית חייב לזונה ולרפאותה ע"ך ומצינו למר"ן בסקי"ט ס"ו פסק להפך וזל"ה אם נשתטית ואינה יודעת לשמור את עצמה אינו מוציאה עד שתבריא שלא ינהגו בה מנהג הפקר לפיכך מניחה ונושא אחרת ומאכילה ומשקה משלה דאין מחייבים אותו בשאר וכו' ואינו חייב לרפאותה ע"ך הרי דברי מר"ן סתראי נינהו והנה מור"ם בס"ע ובסקי"ט הקשה דברי מר"ן אלו ולא עשה שום ישוב והוא עצמו גילה דעתו דנקטינן כדברי מר"ן דס"ע דחייב בכל מילי וא"ך נראה לכאורה שיעקב חייב במזונותיה עד שתתרפא כדעת מור"ם:

אלא לפי האמת נראה שיעקב פטיר ועטיר שהרי מצינו להרב"ש בסקי"ט סק"י שעשה ישוב לדברי מר"ן אהדדי דההיא דס"ע איירי בשוטה גמורה שאינה יכולה לשמור אפילו

גיטה דמן התורה אינה מגורשת והואל ומדאורייתא אינו יכול לגרשה א"ך מחויב ועומד הוא אבל ההיא דסקי"ט מיירי ביכולה לשמור גיטה שיכול לגרשה מדאורייתא אלא שחכמים רמו עליו שלא יוכל לגרשה הואל ואינה יכולה לשמור עצמה שלא ינהגו בה מנהג הפקר: וגם הרחל"ם ס"ע סקט"ו עשה ישוב לדברי מר"ן דההיא דס"ע מיירי בשלא רצה ליתן לה כתובתה ובס' קי"ט איירי ברוצה ליתן לה כתובתה ע"ך: אלא דראינו לו להחל"ם ג"ך בסקי"ט ס"ט שכתב שאפילו רוצה ליתן כתובה דפטור דוקא ביודעת לשמור את גיטה דמדאורייתא יכול לגרשה אבל אם אינה יכולה לשמור אפילו גטה אפילו בנותן לה כתובה לא מיפטר איך שיהיה נקטינן מכאן מדברי הרב"ש והרחל"ם דאם יודעת לשמור גטה וגם נותן לה דמי כתובתה אינו חייב לרפאותה ולא לזונה:

והגם שמור"ם ס"ל דדעת מר"ן בס"ע מיירי אפילו ביודעת לשמור את גיטה ואפילו הכי חייב בכל מילי וכבר קיי"ל דהיכא דלא גילה מר"ן דעתו אזלינן בתר מור"ם נגד פוסקים אחרים ודאי בזה לא אזלינן בתר מור"ם ויהיו דברי מר"ן סתראי והצד הנראה טוב וישר הוא לתרץ דבריו אפילו בדרך דוחק מלהניחם בקושייא וכ"ש דבכאן לפי תרוץ הרב"ש והח"מ הרי דברי מר"ן ששים ושמחים ולענד"ן דהמדקדק בדברי מר"ן אלו דסקי"ט יראה חלוקו של הרב"ש נכר לעין כל דהא בס"ע כתב דבריו בסתם ובס' קי"ט כתב מקודם נשתטית ואינה יכולה לשמור עצמה וע"ז סיים ואינו חייב וכו' וא"ך בנדו"ז לא שבקינן דברי הרב"ש והח"מ ועבדינן כסברת מור"ם ואין צריך להביא ראיות לזה כי כבר כתיב בידינו מזה באורך. איך שיהיה עלה בידינו דודאי אשה זאת אם יהיה באופן שיעידו שני עדים שהיא יודעת לשמור גטה ודאי דפטיר ועטיר לסברת הרב"ש מכ"ש הכא שרוצה לפרוע כתובתה ודאי יצא אפילו דעת הרח"מ ואליבא דכ"ע פטור:

והנה בדין שוטה שיודעת לשמור גטה וכו' לא פירש מר"ן הקדוש כיצד היא יודעת לשמור גטה אבל מצינו בדין קטנה שגילה דעתו באהע"ז סקמ"א ס"ו וזל"ה קדשה אביה כשהיא קטנה ומת או שנשאת אם מבחנת בין גטה לדבר אחר דהיינו שנותנין לה צרור וזורקתו אגוז ונוטלתו וי"א כשתגיע לעונת הפעוטות מתגרשת על ידי עצמה ע"ך והנה דין זה דכתב מר"ן אם היא מבחנת וכו' היינו יודעת לשמור את גטה ופירוש מבחנת. היינו יודעת לשמור גטה דדין זה הוא מהש"ס דגטין דס"ד ע"ב וז"ל הגמרא שם, ת"ר קטנה יודעת לשמור גטה מתגרשת ושאינה יודעת לשמור את גטה אינה מתגרשת ואיזהו הקטנה שיודעת לשמור את גטה כל שמשמרת גטה ודבר אחר מאי קאמר אמר ר' יוחנן ה"ק כל שמשמרת דבר אחר מחמת גטה מתקיף לה ר"ה בר מנוח הא שוטה בעלמא היא אלא אמר ר"ה בר מנוח משמיה דרב אחא בר איקא כל שמבחנת בין גטה לד"א

ע"ך וסיים שם בש"ס דס"ה ע"א אמר רבא שלשה מדות בקטן צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים וכנגדם בקטנה מתקדשת למאון. הפעוטות מקחן מקח וממכרם ממכר וכנגדם בקטנה מתגרשת בקדושי אביה. הגיעו לעונת נדרים נדריהם נדר והקדישן הקדש וכנגדם בקטנה חולצת עכ"ל הגמרא:

וכתב מר"ן בב"י באהע"ז שהרי"פ והרשב"א זיע"א מהפכי הגירסא של הגמרא במלתיה דרבא וגרסי במדה הא' וכנגדם בקטנה מתגרשת בקדושי אביה ובמדה הב' גרסי וכנגדם. בקטנה מתקדשת למיאון ע"ך וכתב עוד הב"י שם בס' קמ"א דהרמב"ם נראה דס"ל כגירסת הרי"פ והרשב"א זלה"ה שהרי בפ"ב סתם דבריו וכתב אם מבחנת בין גיטה לד"א ה"ז מגורשת משיגיע הגט לידה ומ"מ נראה שדעתו נוטה להרי"ף ומשו"ה סתם דצרור וזורקו אגוז ונוטלו היינו מבחנת בין גטה לד"א עכ"ל הרי לפניך דלדברי הרי"ף והרמב"ם והרשב"א ס"ל יודעת לשמור את גיטה היינו דנותנים לה צרור וזורקתו אגוז ונוטלתו וכוותיהו פסק מר"ן בס' קמ"א בסתם דבריו וסברת הי"א שהביא מר"ן היא סברת רש"י והתוס' והרא"ש זיע"א איך שיהיה הרי לסתמא דמר"ן יודעת לשמור היינו נותנים לה צרור וזורקתו אגוז ונוטלתו:

והנה הגם שמר"ן הקדוש לא גילה דעתו אלא בדין הקטנה היודעת לשמור כיצד הוא ואמר כל שנותנים לה צרור וכו' אבל בדין שוטה היודעת לשמור לא גילה דעתו מ"מ ודאי כל שיודעת לשמור האמור בשוטה ג"ך היינו נותנים לה צרור וזורקתו וכו' וזה מובן מהגמרא שהבאתי דהא מדקאמר בגמרא אמר ר"י ה"ק כל שמשמרת דבר אחר מחמה גיטה הקשה לו ר"ה הא שוטה בעלמא היא (פירש"י דט' השוטה הוא משום דכתיב ושלחה מביתו יצאה זו שמשלחה וחוזרת) והוצרך לתרץ אלא אמר ר"ה ב"מ משמיה דר"א בר איקא כל שמבחנת בין גיטה לד"א הרי מכאן משמע דכשנאמר יודעת לשמור היינו מבחנת לא מקרייא שוטה ואין זה בכלל משלחה וחוזרת דמעטינן לה מהקרא דכל שמבחנת בין גיטה לד"א יצאת מכלל שוטה לא שנא שוטה ול"ש קטנה דאי יש לחלק ולומר דבקטנה דוקא שמבחנת היא היוצאת מכלל שוטה הואל ועתידה לבוא לכלל דעת אבל בשוטה דלא אתייא לכלל דעת איכא למימר אפילו מבחנת בין גיטה לד"א לא יצאת מכלל שוטה, א"ך מאי מקשה התלמוד מעיקרא הא שוטה בעלמא היא הא יש לנו לחלק ולומר דשינא ושנא בין שוטה לקטנה הואל ואתייא לכלל דעת אלא ודאי דדין אחד להם דכל דמקרייא שוטה לא מהני גם בקטנה וכל שמהני בקטנה דהיינו מבחנת דאמרינן בה יצאתה מכלל שוטה גם בשוטה כל שמבחנת בין גיטה לד"א ודאי לא מקרייא שוטה ויצאתה מכלל משלחה וחוזר דמעטינן לה מהקרא ואדרבא יש לצדד

ולומר דמה דהוצרך בש"ס לומר אלא אמר ר"ה ב"מ כל שמבחנת בין גיטה לד"א היינו דוקא בקטנה הואל ועדיין היא קטנה איכא למימר החמירו בה רבותינו והצריכו עד שתהיה מבחנת בין גיטה לד"א אבל בשוטה איכא למימר דלא החמירו בה כולי האי הואל והיא גדולה איכא למימר בבציר מהכי סגי וכל סוגיית הגמרא יבוא ע"ז על נכון ואי"ל דזוהי כוונת הגמרא מעקרא כשאמר ר"י ה"ק כל שמשמרת ד"א מחמת גיטה הקשה לו ר"ה הא שוטה בעלמא היא ופירש הוא דדל מהכא הקטנות תפוק לך דלא מהני מטעם שוטה לחוד ומכ"ש הכא דאית בה תרתי קטנה ושוטה וכשתרץ לו אלא אמר ר"ה ב"מ כל שמבחנת בין גיטה לד"א אי"ל דלא הוצרך בזה אלא בקטנה ועדיין היא קטנה אבל בשוטה א"ץ דעת כולי האי אלא בבציר מהכי איכא למימר דסגי:

איך שיהיה הרי מסוגייא דגמרא מוכח דלפחות דין השוטה הוא כדין הקטנה וכמו שבקטנה כל שמבחנת בין גיטה לד"א דהיינו שנותנים לה צרור וכו' כדפסק מר"ן בס' קמ"א יכולה לקבל את גיטה גם בשוטה כל שיודעת לשמור גיטה דהיינו מבחנת בין אגוז לצרור ודאי יצאת מכלל שוטה ויכולה לקבל גיטה מדאורייתא דלא מקרייא משלחה וחוזרת:

אחרי כותבי ראיתי הרב ח"מ סקי"ט סקי"ג שהביא משם תשובת מהרש"ל דלדעת רבינו שמח"ה זי"ע דיודעת לשמור גיטה דשיטה לא בעינן דעתא צילתא כולי האי כמו בקטנה המתגרשת דבעינן בה צרור וזורקתו וכו' ודעת רבינו אפרים וראבי"ה דגדולה דאין בה דעת גרועה מקטנה דאתייא לכלל דעת ע"ך והנה לדעת רבינו שמחה ז"ל דמעדיף כח השוטה יותר מהקטנה ודאי נראה דשטתו בסוגיית הגמרא שהבאתי היא כמ"ש אני בעוניי בדרך אדרבא אבל שטת ר"א וראבי"ה דכתבו דקטנה עדיפא מגדולה תקשי להו מאי מקשה התלמוד מעיקרא הא שוטה בעלמא היא אימא שינא ושנא בין שוטה לקטנה דבקטנה הואל ואתייא לכלל דעת אימא דמהני בה כל שמשמרת דבר אחר מחמת גיטה והגם שיש לישב קצת נ"ל דוחק וי"ל:

עכ"פ הרי מדברי הרב רבינו שמחה מוכח דהשוטה היא עדיפא מן הקטנה וא"ך אם יעקב בעל לאה יביא עדים שהשוטה הזאת יודעת לשמור את גיטה דהיינו נותנים לה צרור וכו' ודאי איני מחויב לה בשום דבר וכתרוצו של הרב"ש על דברי מר"ן דס"ע עם דבריו דסקי"ט ויכול לומר קי"ל כהרב"ש ומה גם בנדו"ד שרוצה לפרוע לה דמי כתובתה הרי הוא יוצא י"ח גם לדעת הרח"מ דמחלק בדברי מר"ן בין רוצה לפרוע לה כתובה לשאינו רוצה לפרוע לה א"ך בכאן שרוצה לפרוע ודאי אין עליו שום חיוב כלל אלא מניח דמי כתובתה ביד בדי"ץ והם מאכילים ומרפאים אותה מהם:

גם מה שטען יעקב שאם ימות לא תירש אותו גם בזה נלע"ד דצדקו דבריו שהרי מה שנוטלת האשה מחצה בנכסי בעלה אחר מותו הוא תמורת סכי כתוב' כדמפורש הדבר יוצא בדברי קמאי ובתראי רבותינו חכמי פא"ס הראשונים ומדברי חכמי התקנה:
והואל וקבלה דמי כתוב' ודאי אחרי מות בעלה אין לה ליטול מנכסיו שום דבר כדמצינו דכתב מר"ן באהע"ז סצ"ו ס"א דאין האלמנה גובה כתוב' ר אלא בשבועה וכתב הב"ש סק"א דה"ט הוא דחיישינן שמא התפיסה צררי הרי מוכח דאם פרעה בכתוב' אין לה על היורשים כלום ועדיפא מזה כתב מר"ן סק"ה ס"א בדין המוכרת כתיב' לבעלה דמכרה מכר ואסור להשהותה וכן כתב הרח"מ סק"ס דאם מת הבעל קודם שיכתוב לה כתובה אחרת אין לה כתובה וכ"ך גם כן הרב"ש סק"ג מכ"ש נדו"ד דלא מכרה אלא דהרי הוא פורע אותה במושלם וגם בכתובה דידן דקאסטיילאנוס דינא הכי הוא ודאי דאם פרעה בכתובה אין לה עליו לא היא ולא יורשיה כלים דדין אחד הוא שהרי מפורש בדברי רבותינו בעלי התקנות דגם בכתובה דידן אינה נוטלת חצי הנכסים אלא אחר שבועה הרי כל שלא נשבעה אין לה שום חלק בבעל מטעה דאמרינן שמא פרעה בכתוב' וכל שנפרעה בכתוב' אין לה עליו ועל יורשיו כלום: וא"ך בנדו"ד שרוצה לפרוע לה כתובתה ומה גם רוצה לגרשה אלא מטעמא דאיסורא דרבנן רמי עליה שלא תהיה מופקרת לכל ודאי שאין לה עליו כלום בין מחיים בין לאחר מיתה ומעתה יכולים הבדי"ץ אחר שיביא עדים שהשוטה הזאת מבחנת בין אגוז לצרור יכולים הבדי"ץ לקחת דמי כתובתה מידו ויכתבו לו מעשה בדי"ץ שהוא פטור ועטיר מכל מין חיוב בין מחיים בין לאחר מיתה והגם שיש כמה ראיות לזה מדויקים היטב מדברי מר"ן ונושאי כליו לאפס הפנאי לא רציתי להאריך והי' זה באדר תרמ"ב לפ"ק וצוי"ם וימ"ן פה סאלי יע"ה:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן יט

שו"ת חלק חו"מ הלכות טוען ונטען סימן י"ט:
תשובה לעיר מקנאס יע"ה מעשה בראובן ושמעון שהלכו וקנו מהא"ל נאדי"ר כל הקרקעות שיש להא"ל זאמי"ע במחז"ק בשותפו' ישראל דהיינו שיש לישראל החזקה והגוף לגוי ומכר להם האל נאדיר את הגוף ואחר שנחלט במכר ביד הקונים הנז' עמדו כל בעלי החזקות הנז' לפדות מידם איש את שלו בכח תקנת רבותינו המגורשים נ"ן זלה"ה והלקוחים הנז' מעכבים מכמה סבות הראשונה היא באומרם כיון שקנו הכל בב"א אין זכות לבעלי החזקות לפדות ובפרט באיזה קרקעות מהם שהלקוחים הנז' הם שותפים

בהם עם בעלי החזקה וכיון, שקדמו הם וקנו אין שאר השותפין יכולים לסלקם אפילו מחלקם שנית. עוד אומרים שאף את"ל שעדיין יש שוז"ך לבעלי החזקות לפדות מידם בזה לא ניחא ליהו והרי הם מוכנים להחזיר המכר לבעליו או למכרם לגוי אחר וישארו בעה"ח כמו שהיו מקודם. שלשת. טענו הלוקחים הנז' שמלבד דמי המכר המפורשים בשטרי מכר עוד הוציאו שוחדות אחרות קרוב למחצית בדמי המכר ואם רוצים בעה"ח לפדות מידם כפי התקנה צריכים הם לפרוע גם חלקם בהוצאות הנז' מלבד דמי המכר הלאו הכי לא יסתלקו אלא ישאר בידם של הקונים יומ"ץ זהו הנוסח המובא לידינו מעי"ת מקנאס אב"א:

הן היום האירו אל עבר פנינו הני פסקי דבי רב על השאלה הנז' ראשון בקודש נהדר מעשה החר"ש והמסג"ר הרב המו' סבד"מ מוהר"ר יעקב בחר לו לו יה נר"ו ושניות מד"ס מעשה ידיהם של צדיקים שני צנתרות הזהב שלוחי דרחמנא נינהו הראשון אדם הרב המובהק מר דיינה כמוהר"ר אליהו זכו"ל ואשר על ידו השני הרב מוה"ר אהרן נר"ו. ובאמת הגם שאין בפי מענה כי בזה הזמן רבות אנחותי ונטתה דעתי לאחוז פלך השתיקה אך משום אין מסרבין לגדול הוכרחתי לחוות דעתי הקלה כמות שהיא בראשי פרקי דוקא: הנה השקפנו לטובה על טענת הלוקחים ועל מה שהשיב בראש הרב אביר יעקב נר"ו תחלה וראש דחה דבריהם במה שרצו לזכות הואל וקנו כל נכסי הגוי הדר דינייהו כמ"ש הש"ע בס' קע"ה סל"ו יע"ש והרב הפוסק דחה דבריהם דלא היתה תקנה בזה אלא משום פסידא דמוכר ישראל אבל לא במוכר גוי ומכח זה פסיק ותני דאפילו מצרן אחד יכול לסלקו משלו:

הן אמת לכאורה היה מקום לגמגם בזה ממה שנקט הש"ע בלשונו הטהור ז"ל אין בעל המצר וכו' שהרי היא והאחרת קנה וכו' לשון זה מורה דבאופן זה שרצה המצרן לסלקו מאחת דאין יכול לסלקו לא בעינן משום פסידא דמוכר אלא משום הלוקח עצמו יכול לומר אני לא קניתי אלא בצירוף הכל אבל אלולי הצירוף אין לי לקנות מאומה מאיזה שיהיה וא"ך אינו בדין שנחייבהו לעשות טוב וישר במקום פסידתו וא"ך ע"פ זה לא שאני לן בין יהיה הלקוח מיד ישראל או מיד גוי אין המצרן יכול לסלקו מאחת. כל זה נראה לכאורה. אך אין זה אמת שהרי מה שנקט הש"ע בלשונו שהרי היא והאחרת קנה כאחד לישנא דהרמב"ם נקט כדרכו והוא מה שפסק הר"ם במז"ל בהלכות שכנים הלכ"ו ומצינו להרב המגי"ד שם שכתב ז"ל המוכר כל נכסיו לא' וכו' מפורש שם וכתב הרמב"ן ואפילו אמר המצרן אנא זביננא לכלהו נכסי וכ"ך בעיטור וכן דעת רבינו אשר עכ"ל מדברי דהר"מ אלו שמביא דברי הרמב"ן ז"ל על דברי הרמב"ם נראה דכוונתו לומר דדברי

הרמב"ן יוצדקו על דברי הרמב"ם ולא פליגי וא"ך מוכרח אתה לומר דטעמו דהרמב"ם הוא משום פסידא דמוכר כמפורש בדברי רש"י בגמרא דאולי איידי דביני ביני וכו' דאי טעמו דהרמב"ם משום דהלוקח עצמו יכול לבוא בטענה לומר לא קניתי אלא הכל א"ך לפי זה אם יאמר לו המצרן אני אקח הכל ולא יהיה לך פסידא זכאי המצרן באמירתו וא"ך לא יוצדקו דברי הרמב"ן על דברי הרמב"ם וקשה לזווגם והיאך הרב המגי"ד בא לזווגם יחד דכך מורה לשונו אלא ודאי דגם הרמב"ם אזיל בשטת רש"י בטעמו:

ובר מן דין הרי הדבר מפורש יוצא מדברי הרמב"ם עצמו שפסק הטו"ר ז"ל סכ"ה ופסקו הש"ע סי"ג ז"ל כתב הרמב"ם אחד שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציו שלקח מהאחד אינו יכול לסלקו אלא א"ך מסלקו מכולה ע"ך וכתב הרב"י דתלמידי רשב"א כתבו על דברי הרמב"ם וז"ל והני מילי בשדה אחת שהיתה משותפת בין שני אנשים אבל לקח שתי שדות משני בני אדם מסלק איזה מהם שירצה עכ"ל הרי לך דאפילו קנה שתי שדות בצירוף משני שותפים עכ"ז יכול המצרן לסלקו מאחת שירצה ואין יכול לומר יש לי פסידא כי לא קניתי אלא בצירוף והגם דהתם מיירי שקנה משנים ובכאן קנה מאחד בודאי דאין חלוק ומה לי קנה מחד או משנים בודאי אי הוה מקום לחוש לפסידתו דלוקח בודאי דאין לחלק אלא בודאי דאין לחוש לטענתו זה וטעמא רבא איכא דדוקא חצי שדה הוא דאיכא דעבדי דלא קנו אבל שדה אחת מדי יום יום נמכר ונקנה ופשוט:

איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה הואל והטעם הוא משום פסידא דמוכר בנדו"ד דלא שייך טעם זה נראה דאפילו אחד לבדו מבעלי חזקות יכול הוא להוציא חלקו ונחלתו מיד לוקח זה אפילו אי לא הוה אתי אלא מכח דדב"מ מכ"ש דיש לו דין שותף שהרי יש לו רביע בקרקע ושותף עדיף הוא ממצרן כדקי"ל דבמקום דליכא פסידא דמוכר דין הוא שנאמר דשותף עדיף ולא כמ"ש הרב השד"ר נר"ו בפסקו דאפילו במקום דאיכא פסידא דמוכר שותף עדיף ממצרן ומייתי ראיה ממ"ש כנה"ג דהרב"י ז"ל מייתי לתשובת מהר"ם ומדמייתי לה ש"מ דס"ל כמהר"ם ומזה יצא הכנה"ג לתמוה על הרב"י שמביא דעת מהר"ם בב"י ולמה לא פסקה בקצר דשותף עדיף אלה היו דברי הרב כנה"ג ומזה רצה השד"ר נר"ו לפסוק הלכה דאפילו במקום פסידא דמוכר שותף עדיף הואל והכנה"ג כתב דמר"ן בב"י ס"ל לתשובת מהר"ם כדאמרן זהו תכלית דבריו. ומחילה מכבודו לא ידעתי היכן מצא כתוב בפירוש בתשובת מהר"ם דשותף עדיף אפילו במקום פסידא דמוכר הרי לא נמצא כתוב בב"י אלא כדברים האלה ז"ל מ"ך בתשובת מהרי"ל שפסק מהר"ם דאפע"ג דאשה לית בה דדב"מ דינא דבר שותפ' אית לה דעדיף השותף בגוף

הקרקע עכ"ל מדבר תשובה זו לא מכריעא מילתא ואיכא למימר דלא קאי אלא אדין האשה שקנתה קרקע דליכא פסידא דמוכר וכן אדרבא מורה לשונו שכתב בזה"ל דאפע"ג דאשה לית בה דדב"מ. וכו' הלשון הזה מורה דכוונתו לומר דאשה שאמרו אינה מצווה על ועשית הטוב והישר דדב"מ דין שותף וכו' אבל באשה שמכרה איכא למימר ס"ל למר"ן דרב"י דמהר"ם מודה במודים דרבנן דאחי ושותפי ומצרן שוים וכמ"ש שר הרב כנה"ג משם מהר"ש יונה דהכי מחלק בפשיטות בין מקום שיש בו פסידא דמוכר למקום שיש לו פסידא דלוקח יע"ש והגם שבאמת שהכנה"ג תמה על המחלקים חלוק זה וכתב דמתשובת מהר"ם דכתב בלשונו ז"ל וכן אני אומר דכל הני דאמרן לית בהו דדב"מ דוקא מצרן לא שותף ע"ך ומסיום דבריו אלו של מהר"ם דייק בכנה"ג דכל הני דקאמרן הוא קאי אפילו במקום דאיכא פסידא דמוכר יע"ש עכ"פ סברת החולקים המחלקים לא מדקדקים בדברי מהר"ם כן אלא ס"ל דמה שכתב מהר"ם שאני אומר כל הני דאמרו וכו' לא קאי אלא במקום דליכא פסידא דמוכר וא"ך לדעתם לא נרמז בדברי מהר"ם מקום פסידא דמוכר:

גם יש להביא ראיה דמה שכתב הרב"י משם מהר"ם דבאשה אית בה דינא דשותפי וכו' דמהר"ם מיירי באשה שקנתה דליכא פסידא דמוכר דבר מהר"ם יש להביא ראיה מדברי כנה"ג שתמה על המחלקים בין מקום דאיכא פסידא יכו' יצא לתמוה עליהם ממה שסיים מהר"ם דבריו וכתב ואני אומר וכו' ואי באמת דתשובת מהר"ם היתה על אשה שמכרה דהוא פסידא דמוכר מכאן הו"ל לתמוה עליהם מעקר פסקו ולא הוה צריך לדקדק מסוף דבריו שכתב שאני אומר וכו' אלא ודאי מוכרחין לומר דפסקו דמהר"ם הוא באשה שלקחה דאין כאן כי אם פסידא דלוקח ועל. זה לא מצא עזר כנגדו הרב כנה"ג לתמוה על המחלקים כי אם מדברי מהר"ם האחרונים שסיים וכתב שאני אומר וכו' וא"ך מהוכחת דברי מהר"ם ז"ל שהוכיח הכנה"ג אדרבא יש לנו לומר דהרב"י ס"ל דבמקום דאיכא פסידא דמוכר ליכא דדב"מ אפילו לגבי שותק והראיה מדלא הביא סוף דברי מהר"ם בתשובה שכתב כל מקום שאמרו דליכא דדב"מ איכא דינא דשותק דממנו נשמע לפי דברי כנה"ג דאפילו במקום דאיכא פסידא דמוכר דבר מהר"ם וא"ך הרב"י מדלא הביא דברי מהר"ם האחרונים ולא בחר להביא כי אם דינא דאשה שקנתה מכאן נראה דלא בחר לו לפסוק כמהר"ם אלא בזו דוקא ולא במקום דאיכא פסידא דמוכר ומעתה אין כאן שום ראיה ממה שהביא הרב"י תשובת מהר"ם להוכיח ממנה דס"ל דאפילו במקום דאיכא פסידא דמוכר שותף עדיף חדא שהרי המחלקים חלוק זה לא נעלם תשובת מהר"ם מעיניהם ואפילו הכי ודאי מפרשי לה כמש"ל ודלא כהכנה"ג וגם

הרב"י איכא למימר הכי ס"ל וכדאמרן וא"ך הואל והדבר במחלוקת שנוי הלוקח מוחזק וכמ"ש הטור בס"ד והש"ע ומור"ם סמ"ה יע"ש ומה גם לפי דקדוקו של הכנה"ג בדברי מהר"ם אם כדבריו כן הוא א"ך אדרבא הרב"י מדהביא תשובת מהר"ם ובחר לו להביא ממנה כי אם דין אשה שקנתה ולא הביא סוף דבריו א"ך ש"מ דלא קי"ל כוותיה בהכי: וכל זה כתבנו ללא צורך כי אם לישא וליתן להתלמד לעלמא ובפרט לישא וליתן על דברי הרב השד"ר כי ערבים עלי דברי דוד נר"ו אבל לענין דינא אין אנו צריכים להאריך דכבר הורה זקן הרב מהריב"ו בסקפ"ו דלעולם אזלינן בתר מאי דכיילי לן רבנן הרב"ח בתשובה והרב משפט צדק משם מהרש"י זלה"ה דבמקום פסידא דמוכר ליכא דין דשותף עדיף יע"ש וכן מוכח נמי מדברי הרב תוש"י ח"ב סצ"ז בדף ס"ב ע"א יע"ש:

איך שיהיה תבנא לדיננא בנדו"ד דליכא פסידא דמוכר אפילו אלו באנו לזכות בעל החזקה אתינן עלה מדין מצרן עכ"ז יכול הוא לסלקו אפילו מקרקעי אחד מכ"ש אם יתאספו כל בעלי החזקות ויבואו לרשת נחלתם פשיטא דלית דו"ד וכמו שהביא הרב הפוסק נר"ו משם זכו"ל משם מהרי"ך ז"ל בפשיטות:

הן אמת דלכאורא נראה דההיא דמהרי"ך דפסק דאם יאמרו לו או קח הכל או צא מן הבית נראה שמנגדות לדברינו הנז"ל דאמרן אפילו איש אחד יכול הוא להוציא זכותו מיד הלוקח כד דייקת באמת יש לחלק כמ"ש השד"ר דהתם כל החצר הוי כשדה אחת וכשיקח הבית הוי כאלו אומר לו תן לי חצי שדה אבל נדו"ד הוא כשתי שדות יכול לסלקו מאחת אך בקרקע המשותפת חזקתה בין הלוקח ובין אחר ודאי דזכה הלוקח מטעם אם קדם אחד מן המצרנים או מן השותפים וקנה בזה נראה דצדקו דבריו לפי שטה זו של הלוקח דחשיב זכיות בעל החזקה שמוציא מיד הלוקח הוא מדין מצרנות:

אך באמת לקושטא דמילתא כל מה שכתבנו בענין זה מדין מצרנות אינו אלא טרחה ויגיעת בשר ולא כתבנו אלא להוציא מלב הטועים לכך כתבינן אפילו יהבינן ליהו כל דילייהו דמדין מצרנות נגעו בה עכ"ז אפילו בעל חזקה אחת הוא לבדו יכול להוציא מידו:

אבל לפי האמת לא נגע ולא פגע בחזקות דידן דין מצרנות אלא דזכות יש לו לבעל החזקה בכל גוף הקרקע וכמו שבא כתוב מידי אביר יעקב נר"ו באוריך א"ך לכפול הדברים ובפרט כי פשוטים המה שכל כונת נ"ן בעלי התקנות זיע"א לא היתה כוונתם אלא שלא תסוב נחלה ואיש אל נחלת אבותיו ישוב ולא יופקע זכותו וא"ך מה לי קנה הלוקח כל הקרקעות של המוכר ביחד או קנה קרקע המשותפת חזקתה עם חבירו פשוט דכולם שוים לטובה שלא יופקע כח בעל החזקה ויכול להוציא חלקו מיד השותף וכמ"ש בפשיטות הרבנים הגדולים המלאך ר"ב בח"א סימן שפ"ה ותוש"י ח"ב ז"ך וצ"ז יע"ש

ששניהם נתנבאו בסגנון אחד דרוב חכמי המערב עלתה הסכמתם דהשותף יוציא חלקו מיד השותף נוסף על זה ממה שהעד העד בנו אדוני האר"ש הרב עדות ביעקב נר"ו שגם הוא ראה וידע שבדור דעה שלפניו כך הסכימו הלכה למעשה א"ך שוב אין לפקפק דמעשה רב:

אך באמת הגם דראה ראינו להרבנים הנז"ל שכתבו שכך עלתה הלכה עדיין יש לספוקי בדבריהם דאולי לא דברו אלא בשותף שלא רצה לתת כלל חלק לשותפו בזה הוא דפסקו דמחוייב להחזיר לו זכותו אבל אה"נ אם הקונה יבוא בטענה שנותן הבחירה לשות ויאמר לו קח הכל או לא תקח כלל דבזה לא גילו דעתם כלל וא"ך איכא למימר דבנדו"ז שיתן הבחירה ביד השותף איכא למימר דמודו לדברי מהרי"ך שהביא הרב זכו"ל דבדבר המשותף הוי כחצי שדה והיא היא שדבר בה מהרי"ך כמש"ל וא"ך גם כאן בשותפין בחזקת בית אחת או חצר אחת יש לספוקי דילמא יודו לסברת מהרי"ך ז"ל:

אך לפי האמת והסברה נראה דלא כן היא דהואל ובעל החזקה יש לו זכות בכל גוף הקרקע היאך יכול לדחותו בטעם חלוש כזה דהגע עצמך שנים שהיתה להם שדה בשותפ' וברוב הימים נגזלה מידם והלך אחד וקנאה מהגזלן דאם נאמר אם בא אחד להוציא חלקו מן הלוקח אין יכול להוציאו משום שהלוקח יאמר לו או קח הכל או הוציא מן הבית דזה לא יתכן אלא דין הוא שיטול מה שנגזל ממנו והגם דפסק הש"ע בסי"ג בקונה שדה אחת אין יכול המצרן להוציא ממנו חצי שדה התם דוקא דמשום מצרנות אתי עליה אינו בדין שבמקום הפסד דידיה נחייבהו לקיים מצות ועשית הישר והטוב אבל בכאן שבא להוציא מיד הלוקח משים דהגוף חשוב שלו מה איכפת ליה בין בא להוציא ממנו שדה שלמה או חצי שדה ופשוט. נשאר לנו דברי מהרי"ך שהביא הרב זכו"ל לישבם מוכרחים אנחנו לחלק בין חזקות דידהו לחזקות דידן וכמ"ש הרב השד"ר נר"ו דיש לחלק ביניהם:

ומה גם דאפילו בחזקות שדבר בהם מהרי"ך ז"ל לא דבר אלא באותו נדון שלו שמעולם לא היתה שותפות לקונה עם בעל אותו בית כלל באותו חצר בזה הוא דיכול לומר אין רצוני להיות לי שום שותפות עם שום אדם בחצר לכך אומר או קנה ממני או צא מעלי אבל בנדו"ד שהיו שותפים אין יכול לטעון כן שהרי תשובתו בצדו כמו שהיה נוח לו מקודם בשותפות גם עתה כן הוא דגלוי מילתא בזה מהני וכמו שמצינו סמך למנהג שנהגו במערב לדון כדעת הטו"ז שהשוכר הדר בבית יכול לומר שהוא מצרן ואין יכול בעל הבית לומר שהשני נוח לי משום דאמרינן ליה כי היכי דהוה נוח לך מקודם יהיה

נוח לך גם עתה יע"ש בס' וי"צ בלקוטיו אות שי"ן וא"ך גם כאן הואל והיו שותפים והיו נוחים זל"ז כל אחד בשותפות עם חבירו אפילו מהרי"ך ז"ל יודה שחזר הדבר לקדמותו: והנה ראיתי להרב השד"ר נר"ו שכתב עוד לזכות לבעל החזקה לסלק ללוקח אפילו לא יבואו כל המצרנים לסלקו אלא אפילו אחד לבדו ואפילו שותף עם הקונה יכול לסלק הקונה מחלקו מכח מה שמצא להרה"ג מוהר"ר יעב"ץ ז"ל בס' רי"ז שכתב כמה נדוים וחרמות במשיג גבול בתקנות הללו וקי"ל כל ספק חרם להחמיר כמ"ש כנה"ג הגה"ט סק"ס עכ"ל הטהור לע"ד נראה דנדו"ד לא נכנס בדין ספק חר"ס שהרי שם שם לו הרב החבי"ב סיי"ם בסי"ז ז"ל הא דספק חרם בהסכמות להחמיר היינו כשהספק הוא בהכנת תקנת החזקות אבל כשלא הוזכר הדבר בתקנה לא מקרי ספק להחמיר מהר"א ן' ששון ז"ל עכ"ל ופירוש הדברים הוא דאם הדבר מסופק לנו בהבנת הלשון אם פירושו כך או פירושו כך בזה הוא דאזלינן לחומרא אבל בדבר שלא נזכר בתקנה כעין נדו"ד אלא מסופקים אנחנו אם תקנו גם בזה או לא נכנס בסוג זה ופשוט והן הן הדברים שכתב הרב החבי"ב שם בסיום דבריו סט"ז ז"ל וכתב משפט צדק בח"ב סס"ד שאפילו אם יש בי ספק אם הוא בחרם או לא יש להחמיר אבל אם הוא ספק אם היתה הסכמה על זה יש להקל עכ"ל וא"כ גם כאן הרי הדבר ספק אם היתה הסכמה על אופנים אלו או לא וא"ך אין כאן ספק חרם והעיד על זה האופנים שאנחנו מסופקים בהם לא מקרו ספק חרם דהנה מצאתי ראיתי להרב תוש"י ח"ב ס' צ"ז כתב ז"ל גם מ"ש חכמי תיטוואן בכל שותף בקרקע או בחזקה שקנה חלקו וחלק חבירו מן הגוי שהיה בידו קרקע משנים קדמוניות שיזכה גם בחלק חבירו כיון שיש לו חלק בה ולא חלה עליו תקנת החזקה להיות הבחירה ביד הבעלים לפדות ולא דברו אלא באיש נכרי וכו' וחכמי תיטוואן אלו שכתבו הדברים האלה הן הם בעלי הסברות שהביאו הרה"ג משי"ש סי' שפ"ה והרה"ג מוהר"ר יואל זלה"ה בתוש"י ח"ב סי' ז"ך וצ"ז ודחו אותם בשתי ידים וכתבו הרוב חכמי המערב פסקו דלא כוותיהו כמש"ל. איך שיהיה למאי דאתן עלה הרי לך דבעלי סברא זו הם חכמי תיטוואן יע"א ועיניך תראינה בס' הרב מוהר"ר יעב"ץ ז"ל סרי"ז דתשובתו היתה לחכמי תיטוואן על מאי דנשאל מהם ושם כתב נדוים וחרמות בענין התקנות וא"כ הרי לרבותינו חכמי תיטוואן לפניהם נגלו תעלומות התקנה שהיתה בחרמות וא"ך היאך קמו אחריהם וכתבו דשותף שקנה מן הגוי לא חלה עליו התקנה מן הראוי לומר דחלה עליו התקנה מכח ספק חרם כי ודאי האחרונים ידעו מפסק הרב יעב"ץ זלה"ה שהגיע אליהם בימי רבותיהם אלא ודאי הגם דמידע ידעי שהתקנה בחרם ומן הספק יש להחמיר היינו דוקא בפסקו של מהר"א ן' ששון ז"ל והרב משפט צדק שהספק הוא

בלשון התקנה אבל בספק שאינו מלשין התקנה אלא הספק אם תקנו באופן זה או לא תקנו כל עקר לא נכנס בסוג זה:

ומעתה הבוא נבא למה שטען הלוקח שזולת הסך שכתוב בספר המקנה עוד הוציא שוחדות וכו' והרב הפוסק הגריע כחו בטענה זו ותחלה וראש דקדק מתקנת ב"ן אי"ש ח"י שכתבו בזה"ל שהבחירה לתת ללוקח דמי המכר וכו' מלשון זה דקדק דוקא דמי מכר. באמת אתמיהא למה לא יוכללו כל ההוצאות בכלל דמי מכר למה יגרעו ההוצאות מדמי מכר אלא מעתה במקום שנותנים מכס למלך לערך שנים או שלשה למאה על המכר האם נאמר דגם הם לא יוכללו ובפרט במשל אם היתה שוה מאתים והלך ונתן שוחד חמשים ולקחה במאה דהוי בין דמי המקח והשוחד ק"ן האם יאמרו בעלי התקנה שלא יטול כי אם מה שבשטר מכר ותו לא זהו תשלום גמולו הטוב אתמיהא. דרכיה דרכי נועם כתיב. ובודאי דמי מכר שאמרו הוא כל מה שיוציא יהי' נכלל בכלל דמי מכר שאמרו ודוגמא לזה עיין בחומ"ש סרכ"ז סכ"ח בדין הנושא ונותן באמונה שכתב ז"ל ומעלה על דמי המקח שכר הכתף והפונדק וכוללם בדמי המקח וכו' הרי לך הגם דשם הזכירו כ"כ ריוח על דמי המקח אמרינן דיחשוב גם ההוצאות דגם הם בכלל דמי המקח מקרו ודוגמא אציג גם לכאן מה שאמרו רז"ל דמי המקח כוונתם שהכל יהיה בכלל:

ובזה נחה שקטה גם מתקנה השניה דכוונתם גם כן הואיל ורבו פורצי גדר והולכים וקינים בין על ידי שוחדות בין שלא על ידי שוחדות ביוקר לכן הגריעו כחם מן החומש דהיינו נגרע חומש מכל מה שהוציא זהו הנראה ואין ראיה לדבריו מדברי התקנות האלו ופשוט הוא אם יש ברור כמה הוציא שוחדות וכו' בודאי דאין לנו להגריע דמי הוצאתו מדמי ממכרו ואדרבא צריך להחזיק לו טובה וברכה על זה כי ידוע שאם אדם נותן שוחד על המקח ודאי לוקחו בפחות משוויו:

אך אם אין עדים על זה אם יכול ליטול בשבועה ראיתי להרב הפוסק שמלבד מה שדקדק מדברי התקנות שמהם מוכח דאינו נוטל כי אם מה שבא כתוב בשטר מכר ומשמעות דבריו הוא אפילו יהיו ההוצאות על ידי עדים אח"ך כמדומה לי שחזר מסברא זו וחזר לומר דעכ"פ אם לא יש עדים על ההוצאות נקוט מיהא שלא יטול מצד הדין הואל וכללם כליל בידינו שאין אדם נשבע ונוטל אלא בדיני נחשו"ן הוא שאמרו נשבע ונוטל אבל בשאר תביעות כגון שותף וכו' דין הוא שאינו נשבע ונוטל:

גם לדבר הזה הגם דראה ראינו להרב השד"ר נר"ו השיב על זה. עוד אוסיף לך כהנה לתמוה על הרב הפוסק איך מלאו לבו מעקרא לדמות זה ולומר עליו שזה נקרא נשבע ונוטל הרי מצינו למור"ם בס' רל"ו ס"א שכתב על הבעלים להביא ראיה דקרקע בחזקת

הלקוחות כשנתנו הבעלים הקרקע מעצמן כדי שלא יהרגני וכו'. וא"ך מכ"ש נדו"ד שמעצמן מכרו בלי אונס בודאי בחזקת הלקוחות קאי:
ודוגמא לזה ממש הוא מה שמצינו בדיני המוכר קרקע שלו לחבירו בהטבה דהנה מצינו להרב המבי"ט דפסיק ותני דיכול בע"ח של המוכר שלוה לו אחר המכר וההטבה יכול להוציאה מיד הלוקח וטעמו הוא כמפורש בדבריו משום דמוכר בהטבה מוכר הוא פחות משוויה וא"ך אותו זכות שנשארה לו למוכר בע"ח יכול להוציאה מיד הלוקח הרי דבמוכר בהטבה חשבינן דעדיין יש למוכר זכות בו ועכ"ז מצינו להרב כנה"ג סר"ז הגה"ט אות פ"ג שכתב בדין המוכר קרקעו בהטבה ז"ל נפלה הכחשה בין המוכר ובין הלוקח שהמוכר אומר שכבר החזיר המעות והלוקח אומר שלא החזיר. על המוכר להביא ראיה. הרשב"א בתשובה וכתב רב עמרם גאון שיש להחרים עכ"ל גם מצינו להרב הנז' הגה"ט אות ע"ד שכתב משם הרב המבי"ט ז"ל אם קודם שכתב הקונה למוכר שטר הטבה לוה המוכר מראובן ואח"ך לוה מהקונה ואח"ך עשה שטר ההטבה אין ראובן הב"ח המוקדם יכול להוציא הבית מן הקונה מהר"ם מטראנ"י עכ"ל הרי לך דלא הגריע כוחו של בע"ח המקודם אלא משום שהקונה גם הוא לוה ללוקח אבל אם לא הלואת הלוקח היה מוציא ממנו ועכ"ז פסק דאם קידם שעשה ההטבה לוה מראובן ולוה מלוקח אין יכול ראובן להוציא מן הלוקח הגם דמחשיב לוה. ולוה ואח"ך קנה שהדין הוא שיחלוקו עכ"ז הואל ובחזקת הלוקח היא עומדת הו"ל כאלו קדם וגבה דקיי"ל מה שגבה גבה הרי לך דבחזקת הלוקח היא עומדת דאי אמרת בחזקת מוכר היא מן הראוי שיחלוקו אלא ודאי מכאן מודעה מדברי רשב"א ורע"ג והמבי"ט דהמוכר קרקע בהטבה הגם שנשארה לו זכות כל אותה זכות בחזקת הלוקח שמוכרה גביה היא עומדת ונדו"ד בודאי לא עדיף ממוכר בהטבה אלא אדרבא מיגרע גרע דאפילו המצא ימצא מי שיחלוק בהטבה מכאן יודה מכמה טעמי. חדא דעל הרוב מיום שמוכר אדם קרקעי לגוי הוא אצלו מילתא דלא שכיחא שתחזור לו דעל הרוב כל מי שמוכר לגוי אנן קא חזינן שמוכר ביותר משוויה ולפחות בכדי שוויה כדי שתשאר לו החזקה ריוח וא"ך על הרוב מסתמא מתיאשים אלא שמצד התקנה שלא זזה ממקומה דינין ליה בעמוד והחזר קאי ומכר שלנו שמוכרים לגוים הוא מרצונם הטוב עדיף ממכר דס' רל"ו ועדיף ממכר הטבה והיאך לא יהיה הקרקע בחזקת לוקח ומה גם דינא דהרשב"א והרע"ג והמבי"ט לא הוצרכנו להוכיח מהם דלוקח מקרי מוחזק אלא על נדון דידהו שנפלה הכחשה בין מוכר ולוקח שאומר המוכר שהחזיר לו המעות ועכ"ז פסקו דהלוקח קרוי מוחזק מכ"ש נדו"ד שהמוכר עצמו מודה שעדיין לא החזיר לו המעות ודאי דקרקע בחזקת לוקח קאי שהרי באמת כל זמן

שלא החזיר המעות שלו היא ובחזקתו היא עומדת ואין זה צריך לפנים וא"ך מה מקום כאן לומר דלוקח זה בכלל הנהו שאינם נשבעים ונוטלים אין זה אלא כנשבע על מה שתחת ידו:

ומה שיש לדון בו הוא נחזי אנן כמא שוחדות והוצאות הוציא אם הם כשיעור שיעידו בני אדם באומד הדעת שראיי ליתן כך על מקח כזה ודאי כשיעידו בני אדם שראוי ליתן כו"ך בודאי דנאמן הוא בשבועתו וליטול כשיעור שיאמדוהו ראוי ליתן על מקח כזה דהדר דיניה ממ"ש כמ"ש הש"ע בדיני מצרנות סקע"ה סנ"ד ז"ל אמר הלוקח כן הוא והערמה עשינו ומכירה היא בכו"ך קניתיה נשבע בנק"ח ונוטל כדין השלוחים והוא שיטעון דמים שהם ראוים או יותר מעט אבל אם אמר על שוה מנה מאתיים אינו נאמן עכ"ל ע"ש ובסמ"ע סק"ג וממנו נלמד לנדו"ד דאין שום חלוק:

ואל תשיבני על זה דשאני התם שאין שטר מנגד למה שאומר שקנה בכו"ך אבל בכאן שבשטר כתוב מנה והוא אומר קנה במאתים שהשטר מנגיד דבריו אימא לא:

כבר מלתינו אמורה דמן השטר אין הוכחה דהשוחד לא שייך אפילו לאודועי ביה אינשי אפילו בעל פה ודרכו דרך גבר בעלמ"ה וא"ך הדר דינו כמו שאין בידו שטר של מקנה בכמה קנה דדינו הוא שישבע ויטול כמ"ש הש"ע בס' קע"ה סנ"ד שרמזנו:

והחדוש הוא אפילו יתבע בעה"ח ללוקח לומר הראה לי ברמיזה ובלחישא אשאלא מי קבל מידך השוחד. אינו בדינא שיראה לו כי אולי יתגלו הדברים ויבואו לידי סכנה וסברא זו אינה בדויה מן הלב חלילה אלא הרי ערוכה ושמורה בספרי הפוסקים אך לעת כזאת והיתה העלמ"ה ולא ידענו מבטן מי יצאו הדברים ודבר שעתיד להגלות הוא בקרוב ולא ברחוק בעה"ו. נקטינן מכאן דנאמן לישבע וליטול כל מה שיאמרו ויאמדוהו בני אדם שראוי ליתן: גם מההוא דס' רל"ו ס"ח הוא ראיה גמורה לנדו"ד הן אמת דראינו להרב אביר יעקב נר"ו שדחה אותה ופתר לה דשאני התם משום דהוי מבריח ארי מנכסי חבירו וכו' לא כן כאן אדרבא הוא מרביע ארי וכו' באמת תמיהא גדולה במאי דכתב דהתם נגעו בה משום מבריח ארי וכו' כיצד פה קדוש יאמר דבר זה היכן מבריח ארי מנכסי חבירו מצינו לי דחייב אדרבא קיי"ל מבריח ארי מנכסי חבירו פטור כמ"ש בש"ס בתרא דנ"ג ובנדרים ל"ג ובקמא ח"ן יע"ש ואי כוונתו לומר במלת מבריח ארי היינו מציל מפי אריה הוא. דהכי באמת מצינו להרא"ש פרק הכונס שהביא פסק ר"ג שפסק בדין זה של אנס נכרי שאנס ביתו של ישראל ובא ישראל אחר וקנהו ממנו שלא יחזיר לבעלים בחנם אלא יתן ללוקח מה שההנהו ושמין ב"ד כמה היה רוצה ליתן על הקרקע שתהיה מוחזקת לו וכו' וסיים שם הרא"ש דכך נראה כפסק רבינו גרשום דלא יחזיר בחנם דלא

דמי כלל למבריח ארי מנכסי חבירו אלא הוי כמציל מפי הארי ונוטל מה שההנהו ואין נותן לו כל מה שהוציא כדין הרועה שקידם ברועים ובמקלות וכו' וא"כ יכולים אנו לומר מה שנקט הרב הפוסק מציל מפי ארי נקט. ואשגירת לישנא כתב מבריח. אך על כל פנים אפילו נאמר דכוונתו כך דשני התם הוי כמציל מפי ארי גם על זה תימא רבתי שהרי מר"ן כאן בס' רל"ו לא פסק כאותה תשובה הנז' שהביא רבינו הרא"ש בפרק הכונס משם רבינו גרשום שפסק דאינו נותן לו אלא מה שההנהו ולא כל דמי הבית אלא פסק כמ"ש הרא"ש בכלליו כלל צ"ה שפירש דמה שההנהו הוא עד כדי דמיו אם הוציא כ"ך כמו רועה שקדם ברועים ובמקלות יע"ש בטו"ר ובב"י בס' רל"ו יע"ש [ועיין בס' קצות החשן בס' רל"ו דשם תמה על הרא"ש דפסק בפרק הכונס כפסק רבינו גרשום דנותן לו דוקא מה שההנהו ולא כרועה שקדם ובכלליו פסק דמה שההנהו הוא כרועה שקדם ברועים] איך שיהיה מכל האמור מוכח דמאי דפסק הש"ע בס' רל"ו אינו אלא משום דהוי כרועה שקדם ולא כמציל מפי ארי כמ"ש הרב הפוסק נר"ו וא"ך מאותו פסק לא נזוז. ומשם נסעו ועשו ג"ן רבותינו בעלי התקנות זיע"א סעיד וסמיך לתקנתם לתת הבחירה למוכר לפדות קרקעו במה שיתן דמי מכר ללוקח כמ"ש בתקנת ב"ן אי"ש ח"י שפשטה בישראל והיא היא הבאה בקצור התקנות להרה"ג ר"ב המלאך זלה"ה:

ומ"ש הרב הפוסק דבנדו"ד לא יטול כי אם מה שבא כתוב בשטר דלא דמי נדו"ד להיא דס' רל"ו משום דבכאן ארביע ליה ארי. אחר המחילה לא ידענו מה נתחדש לו כאן יותר ממה שחששו רבותינו בעלי התקנות שהרי בתקנה שנייה שם נמצא כתוב ראה ראינו דהאידנא נפישי רמאי ואלמי וגברי דלא מעלו וכו' והולכים וקונים מן הגוי ביוקר ועיני הבע"ח רואות וכלות כי אין לאל ידם לתת לקונה דמי קנינו תוך שנה כמו שנזכר וממילא יהיה המכר נחלט לצמיתות לקונה אותו ואנן סהדי דאי הוה חזי הגוי דלא קפצי עלה אינשי למזבנה הוה זבנה למוכר וכו' ובשביל זה תקנו עוד להגריע כחו מהחומש וכו' ותקנה של הגרעת חומש ידוע הוא דלא פשטה. ולא פשטה כי אם תקנה ראשונה ולא זזה ממקומה לתת כל דמי המכר וא"ך אין כל חדוש בנדו"ד דכמשתה הראשונים כן משתה האחרונים:

ובפרט דמחזה חזינן דדברי הרב הפוסק אלו מתנגדים עם דברי הרב השד"ר נר"ו בפסקו דהרב השד"ר בפסקו אייתי בידיה דיכול הלוקח לומר ארי אברחת לך ממצרך על פי מה ששאל לבני העיר וענו ואמרו שבזמן הזה הגוים מתעוותים ואינם רוצים לשכלל קרקעות החזקות עד שנאלצים בעל החזקה ומשכללים אותה וכשרואים השכלול אומרים להם תוסיפו שכירות או תצאו מזה. גם בזמן הזה הערלים ממשמשים ובאים לדור בהאל

מלאח וכו' וא"ך היאך כתב הרב הפוסק דאלו נשארה ביד הגוי הוה ניחא ליה לבעה"ח הרי עמא דבר דלא כן הוא:

איך שיהיה מה שנלע"ד הוא דהן מן הדין הן מן התקנה נראה דצריך לשלם לו כל דמי המכר כמ"ש בסרל"ו ואפילו ההוצאות שאין עליהם עדים שוחדות וכיוצא נאמן ליטול בשבועה כל מה שיאמדוהו העדים שראוי לתת שוחדות והוצאות על מקח זה כל מה שיאמדוהו יטול בשבועה אבל אם יאמר שהוציא יותר מהאומד בודאי אינו נאמן וכמו שנתבאר שם בדיני המצרנות בס' קע"ה סנ"ד שכתבנו דאינו נאמן אלא על השווי אשר יאמדוהו בני אדם וגם כאן הכי הוא ועדיפא מזה אפילו בשליח עצמו שהלך בשליחות המשלח פסק מור"ם בס' קפ"ב ס"ב ז"ל מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוציא עליו הוצאות אם יוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק זה אין צריך להחזיר לו וכו' וא"ך מכ"ש שהלך לקנות בלי שליחות בעל החזקה בודאי שלא יטול יותר משעור הראוי להוציא ובפרט בנדו"ד שאין עדים אלא הוא אומר שהוציא סך רב שוחד והוצאות בודאי שלא יטול כי אם מה שראוי להוציא ע"פ אומד העדים:

ואל תשיבני דשאני התם בס' קפ"ב הואל ובא להוציא מחבירו לכך אינו יכול להוציא יותר מן המורגל אבל בנדו"ד שהוא מוחזק בקרקע וברשותיה קאי כמש"ל נימא דיכול להחזיקו בידו וישבע ויטול. זה אינו חדא דהא ההיא דס' קע"ה סנ"ד הגם דגם שם הלוקח הוא דמוחזק לא זכו לו ליטול אפילו בשבועה כי אם מה שיאמדוהו וגם כאן ודאי הכי הוא:

ומה גם ההיא דס' קפ"ב דפסק דאינו יכול להוציא מחבירו יותר מהרגילות הרי מצינו להרב חת"ס דהביא דבריו הרב פת"ש שם דפשוט' אפילו תפס השליח יותר מן הראוי מפקינן והטעם הוא דלא הו"ל להוציא יותר וגם כאן הכי הוא דהגע עצמך בההיא דס' רל"ו אם הוציא יותר מכדי קנייתה בודאי דאין לו כי אם דמי שווי המכר וגם לפי התקנה הכי הוא וא"ך הוא הדין בהוציא שוחדות יותר ממה שרגיל הו"ל כמי שהוציא יותר מדמיה דאינו נוטל אלא מה שראוי מכ"ש במקום דליכא עדים מי יאמין לו לדבר שהוא נגד הדעת והסברה. זה פשוט:

ומעתה הבוא נבוא למה שטוען הלוקח שאם לא יתנו לו כל מה שהוציא ילך ויחזיר הקרקע למריה קמא שהוא הגוי והרב הפוסק אלהי יעקב בעזרו השיב על זה דאינו יכול דמשעה שקנאו מהגוי כבר זכו בו הבעלים והרי הוא כשלוחם וכו' הדין ד"א דהכי הוא דמשעה שקנה זה נעשה כשלוחו ויכול להוציאה מידו כמ"ש בס' רל"ו ס"ח דאין נותנין לו יותר ממה שהוציא אפילו היה הגוי אוהבו של לוקח וזה בעה"ח היה צריך להוציא יותר

עכ"ז אינו אלא כשלוחו ולא יטול אלא מה שהוציא וא"ך משם נמי מוכח דאם הוציא יותר מדמי המכר לא יטול כי אם דמי המכר ואינו יכול לומר אלך ואחזרנה לבעלים דכל מה שהוא יותר הוא כשליח שפשע והוציא הוצאות מרובות וכמו שמפורש שם בסמ"ע סרל"ו סקי"ט בפשיטות שדקדק דכוונת פסק הש"ע לומר דאין להחזיר להלוקח כל הדמים אלא מה שיהיה צריך בעה"ח ליתן יע"ש:

עוד נלמד מקו"ח מההיא דס' קע"ה סנ"ד דשם פסק גם כן דאינו נשבע ונוטל אלא דמים שהם ראוים יע"ש ובודאי פשוט התם דאינו יכול לומר אלך ואחזרנה לבעלים או יש בידי למוכרה לזולת עכ"ז אינו יכול לעשות דבר אלא יטול דמים הראוים והטעם הוא כדין מצרנות דמשעה שקנה זה זכה זה והשתא הדברים קו"ח ומה התם דבאם ידעינן בברור שקנאה ביותר מכדי שוויה צריך המצרן לשלם כל מה שנתן הלוקח גם כן התם קי"ל מתנה לית בה דדב"מ ואין יכול להוציאה ממנו אפילו בדמים כל מה ששויה. בכאן דקי"ל דאינו נותן לו אלא דמים הראוים אפילו בידוע שקנאה ביוקר גם דעדיפא מינה דאם קבלה בחנם יטול אותה בעל החזקה בחנם אינו דין שלא יוכל לומר הלוקח אלך ואמכרנה למי שנותן לי יותר מדמי שוויה זה פשוט: עוד ראינו להרב הפוסק נר"ו שהוסיף עוד לחזק הדבר ולגרוע טענה זו של הלוקח וכתב בלשונו הטהור וגדולה מזה נראה לע"ד שאפילו אין בעה"ח רוצים לפדות מידו אלא שיניחוהו בידו ויהיו שותפים מה"ד שנזכר בתקנה וכו' הדין עמהם דאינו יכול להזיקם בהזק גדול כזה שימכרנו לגוי דכמה הפרש יש בין שותפות ישראל לשותפות הגוי וכבר כתב מר"ן סקע"ה ס"מ וכו' באמת מילתא דתמיהא חזינן הכא שמעלת הרב הפוסק נר"ו בכאן סתר דבריו הראשונים שהרי בדבריו דלעיל כשעמדו לנגדו דברי הש"ע דסרל"ו ס"ח דשם פסק שצריך בעה"ח לשלם דמי שווי המכר שהוציא. יצא לחלק דהתם הוי מבריח ארי ובנדו"ד הוי מרביץ ארי דאלו היתה נשארה ביד הגוי טוב יותר משקנאה ישראל זה. זהו דבריו לעיל וא"ך איך חזר עכשיו לומר דהשותפות עם ישראל הוא טוב מן הגוי ואם ילך להחזירה לבעלים הוי מזיק גדול אתמיהא:

אך אנן בדידן לפי שטתינו לעיל דלעולם שותפות עם הגוי מיגרע גריעה ובפרט לפי מה שהעידו כל יושבי עירם להרב השד"ר לן כמ"ש לעיל בודאי דאינו יכול לילך למוכרה לגוי ומעכבין בדי"ץ על ידו דלא אמרו משמתין עד שיקבל נזק דאתי ליה וכו' אלא בעבר ומכר דוקא וכפשט הלשון דאמר אם עבר ומכרה וכו' ואין צריך להאריך בזה:

אך כל זה אם בעה"ח רוצה לפדות בכדי דמיה דהיינו מה שבא כתוב בשטר וגם ההוצאות שיעור שיאמדוהו העדים להוציא על קנייה זו אזי אינו יכול לילך ולמכור אפילו לישראל

אחר שיתן לו יותר מזה וכדאמרן אבל אם לא ירצה לקחת בעה"ח אפילו בשיעור זה אזי יעשה הלוקח מה שלבו חפץ והוא על ע"פ מ"ש הש"ע בס' קע"ה סמ"א יע"ש וק"ל. זהו משנלע"ד להשיב על זה בסדר זאת חקת התורה בסיון המוכתר בכתר תורה כאן שנ"ה צדיק כתמ"ר יפרח סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כ

תשובה לעיר מקנאס יע"ה שאלה היא על ראובן שקנה משמעון שטר חוב שיש לו על לוי בחצי דמיו ואחר קנייתו היה אומר שלא קנאו לעצמו אלא לזכות הלוה מה דינו. גם מענין מי נקרא מסרב לדין והוצאות הסרבנות וכו' מן התשובה יתבאר הכל בע"ה:
השקפנו לטובה על העדיות הנז"ב ועל כל אשר נגזר עליהם מפי עליון הרב הפוסק למעלה ראש אחד היה אברהם נר"ו שברוחב שכלו ועומק עיונו הוציא לאור כל תעלומה תורה יוצאה בהנומא פתח דבריו יאירו במודים מודים וגזר אומר ע"פ שלשה עדים דאין כאן לא טענת השטאה ולא טענת השבעה מלמד שהלכה כמותו. תחלה וראש מפסק הש"ע ספ"א סכ"ט דפסק שם המודה לחבירו וכו' צדק הוא וצדק דינו דמשם באירה לנדו"ד שאין שייך לא השבעה ולא השטאה כמ"ש הרב הפוסק נר"ו הן אמת דלכאורה היה כאן מקום לדקדק מדברי מר"ן אלו דכתב בזה"ל המודה לחבירו בפני עדים קבלתי ממך וכו' דלכאורה נראה דדוקא באומר כן בפני הלוה אבל הודה שלא בפני הלוה יכול לומר שלא להשביע את עצמי נתכוונתי וחלוק זה לא נפלא ולא רחוק הוא שהרי מצינו להרב"י בס' מ"ז על אותו דין של האומר שטר שבידו אמנה הוא וכו' כתב שבעה"ת כתב שהראב"ד חלק בין אם אמר כן בפני הלוה או שלא בפני הלוה שאם אמר כן בפני הלוה ודאי הודאתו הודאה ואינו יכול לתובעו עוד אבל אם אמר כן שלא בפני הלוה הודאתו לאו הודאה אחר שהוא חב לאחרים דיכול הוא לומר ללוה לאשתמוטי מבע"ח הוא דאמרי או שלא להשביע את עצמי נתכוונתי ע"ך ובודאי במה דהוסיף הראב"ד ז"ל וכתב או שלא להשביע וכו' בודאי דכוונתו לומר דבטענה זו יזכה בה אפי' במקום דלא היתה הודאתו לחוב לאחרים דהואל ויכול לטעון שלא להשביע מה לי במקום דחב לאחרים או במקום דלא חב לאחרים ומה גם היאך יתיישב כל עקר במקום דחב לאחרים יכול לטעון להשביע מה כוונתו לומר דהואל והוא חייב לאחרים העלים שטר זה והודה שאין לו במה לגבות ממנו המלוה א"ך רישא דדבריו שכתב יכול לומר לאשתמוטי מבע"ח וכו' אלא ודאי דהאי או שלא להשביע היא אפילו במקום דלא חב לאחרים ס"ל להראב"ד

כל שהודה על שטר שבידו שהוא פרוע שלא בפני הלוה יכול לטעון שלא להשביע וא"ך נימא דלזה נתכוון בעל התרומות מאריה דהאי דינא דפסק הש"ע המודה לחבירו קבלתי ממך וכו' דדוקא בפני הלוה הוא דליכא השבעה וכשטת הראב"ד דאמרן וא"ך ממנו יוצא לנדו"ד דאין ללמוד מעדות הר"י פאריינטי נר"ו הואל והיתה הודאת כהרי"ע הקונה שלא בפני הלוה:

אך לפי האמת פשוט דלא קי"ל כהראב"ד בחלוק זה חדא דהא הרב"י בס' פ"א כתב המודה לחבירו בפני עדים וכו' הוא נלמד ממ"ש סל"ב דלא שייך טענת השטאה והשבעה בתובע וכו' ומצינו לו שם דפירשה כגון שאחד הלוה לחבירו מאתים ואמרו לו יש לך מאתים ביד פלוני והשיב אין לי בידו אלא ק' וכו' ופשט הלשון שם מורה בפשיטות דלא היה עומד שם הלוה ואפילו הכי הויא הודאתו הודאה יע"ש וכן ג"ך מוכח מדברי הרב"י בס' מ"ז שאחר שהביא דברי הראב"ד הנז' דמחלק בין הודה בפני הלוה לשלא בפני הלוה סיים הרב"י על זה וכתב ז"ל אבל הרמב"ם לא חלק בין בפניו לשלא בפניו עכ"ל הרי הדעת הרב"י בסוף דבריו הביא סברת הרמב"ם דלית ליה שום חלוק משמע דכך ס"ל הואל והביא דבריו באחרונה וכן פסק בש"ע בס' מ"ז בסתם ז"ל מלוה שאמר על שטר שבידו וכו' מדסתם לן סתומי משמע בין תהיה הודאתו בפני הלוה או שלא בפני הלוה שוים הם יע"ש וא"ך מאי דנקט הש"ע בס' פ"א המודה לחבירו קבלתי וכו' ודאי לאו דוקא בעינן הכי אלא דהש"ע לישנא דבעה"ת נקט ובעה"ת אפשר מעשה שהיה לפניו כך היה ולכך נקט הלכה למעשה שהיה בפניו אבל דינא דבעה"ת בין הודה בפני הלוה או שלא בפניו שוים:

ובפרט דעדיפא מזה מצינו להרב בי"ת אברה"ם זלה"ה בס' ל"ב שכתב ז"ל דיש לדקדק דנראה שהראב"ד חולק על דין זה של בעה"ת דהמודה לחבירו וכו' דאין כאן לא השטאה ולא השבעה וכו' דהא הראב"ד כתב דאם אמר המלוה שטר אמנה הוא זה בפני הלוה הודאתו הודאה אבל שלא בפני הלוה לא הויא הודאה ויכול לומר לאשתמוטי מבע"ח הוא דאמר או שלא להשביע את עצמי הרי דהתובע נמי מצי טען השבעה וכ"ך כנה"ג בס' ל"ב בהגהות ב"י א"ו גם הרב גד"ת ז"ל עמד בזה ונראה דהראב"ד לא יחלוק על דין זה והוא כשנדקדק וכו' על כן נראה דדוקא אם שואלים לו אם חייב לו מאתים והוא השיב או מודה מעצמו שאינו חייב לו אלא מאה דאיכא הודאה במקצה אז אמרינן דלא מהני ליה טענת השבעה דאם היתה כוונתו שלא להשביע לא היה לומר שחייב לו מנה אלא הו"ל לומר דאינו חייב לו כלום דאז לא היה משביע עצמו כל עקר ומדאמר שאינו חייב לו אלא מאה דסו"ס משביע את עצמו הו"ל הודאתו נכונה אמנם באומר שאינו חייב לו

כלום נאמן לומר שלא להשביע את עצמי הודיתי אפע"פ שהוא תובע ולא נתבע עכל"ה הרי לך מבורר אפילו לדעת הראב"ד דס"ל דשלא בפני הלוה יכול לטעון שלא להשביע עכ"פ במודה במקצת השטר פרוע מודה לדינא דבעה"ת א"ך נדו"ד הרי הודאתו היא על מקצת וא"ך ליכא דפליג בנדו"ד ופשוט. והגם דכל מה שכתבנו היא משנה שאינה צריכה דבנדו"ד הרי יש כאן תרי מגו תלת דמסהדי שהודה בפני הלוה עכ"פ טוב וישר לייסד הדבר שלא יפול משערת העדות ארצה ובפרט הואל ובא כתוב שעדות הרי"פ היתה ע"פ אחד מבדי"ץ הוזקקנו לכתוב דלא אטרחו ב"ד בכדי:

גם ראיתי להרב הפוסק נר"ו שעשה סמוכות לפסקו דליכא טענת השטאה בנדו"ד מדברי הש"ע ס"ד דכתב דאם התובע תפוס וכו' ומינה דזכו האחים וכו' קושטא קאי דראיה זו מהנייא לענין השטאה דוקא אבל לא יצאנו ידי חובתינו בה לענין טענת השבעה ובודאי לא נקטה הרב הפוסק כי אם לרווחה דמילתא לענין טענת השטאה. הן אמת דראה ראיתי להרב גור אריה הלוי זלה"ה בס' זה שכתב על דברי הש"ע ס"ד שכתב יש מי שאומר וכו' אינו יכול לטעון טענת השטאה כתב הרב ה' בסק"ט ז"ל והוא הדין אינו יכול לטעון שלא להשביע ב"ש ל"ו ועיין בס' ש"י למור"א וגד"ת עכ"ל וא"ך נראה מדבריו דבתפס כמו שאין יכול לטעון השטאה כן איני יכול להשביע וא"ך מסעיף ד' יש סייעתה לנדו"ד בין לטענת השטאה או השבעה: אך באמת יש לדחות ולומר דאפשר הרב ב"ש בעל סברא זו אפשר מפרש להאי דינא דס"ד שאם התובע תופס וכו' היינו שהלך עתה בשעת תביעה ותפס וכמו שפירשה הרב ע"ש שהביא דבריו הסמ"ע סקי"ג וא"ך הואל ומפרש דבתפס באותה שעה איירי סברא הוא דאין לחלק בין טענת השטאה לטענת השבעה דהואל ורואה אותו שהולך ותופס ושתק בודאי לשם הודאה אכוון ולא לשם השטאה או השבעה אבל לפי פירוש המפרשים דהכריעו דאפילו היה תפוס ועומד איירי אדרבא סברא הוא דדוקא הואל ורואה שתובעו לא אמרינן שזה המודה להשטות נתכוון וסמך לומר כמו שהשטית בי השטיתי בך דהואל והוא תפוס בממונו לא הו"ל להודות לו אפילו דרך השטאה אלא ודאי להודאה גמורה נתכוון אבל לענין טענת השבעה עדיין איכא למימר אפילו ממונו בידו סמך לבו שלא יבוא לתבוע ממנו מה שאינו חייב לו כי היה בעיניו בחזקת נאמן ולכך אפילו ממונו בידו לא היה לו פחד לומר שהוא נושה בו וכוונתי היתה שלא להשביע את עצמי וסברא זו ישרה היא. ואי לא מסתפינא אמינא שמזה יש להוכיח שדברי בעה"ת הם דלא כפירוש הע"ש דאי כפירוש הע"ש דבעה"ת איירי בהלך עתה ותפס למה נקט הרב בעה"ת דאינו יכול לטעון טענת השטאה הו"ל להשמיענו חדוש דאפי' טענת השבעה אינו יכול לטעון דודאי הסברא כך מורה דאם בשעת הודאה הלך

זה ותפס בודאי דאינו יכול לטעון שלא להשביע נתכוונתי דהו"ל להתפחד הואיל ורואהו הולך ותופס דאפילו מאן דס"ל דאפילו במודה בפני התובע נאמן לומר שלא להשביע נתכוונתי כמ"ש בש"ע פ"א סי"ד יע"ש בזה שהולך ותופס בשעת התביעה בודאי יודה דאינו יכול לטעון שלא להשביע וא"ך הו"ל בעל התרומות להשמיענו חדוש דאינו יכול לטעון אפילו להשביע מכ"ש להשטות שהיתה הודאתו על ידי תביעת התובע בודאי אינו יכול לטעון במקום שהולך ותופס אלא ודאי מכאן מוכח הרב בעה"ת דבר בשהיה תפוס כבר והילכך טענת השטאה הוא דלא מהניא הואיל וממונו בידו לא הו"ל להודות לו על תביעתו על סמך לומר להשטות נתכוונתי אבל שלא להשביע אפשר אפילו ממונו בידו על אמונתו סמך וא"ך הדרן לנדו"ד שהנתבעים הם תפוסים עדיין איכא למימר הגם דטענת השטאה ליכא טענת השבעה איכא ואין לנו להשען על עדות הרי"ף נר"ו אלא על עדות שמעידים האחרים:

עוד ראייה להרב הפוסק שהאריך להביא סמך דאפילו במקום דתפיס שטרא מהנייא מחילה והוצרך להכריח דהרא"ש ס"ל דמחילה אין צריך קנין ובזה הושוו בעינו של הרב הפוסק דברי הטור דשם בסי"ב אחר שהביא דברי רי"ש כתב עליהם ואדוני אבי ז"ל לא חלק וכו' ופירשה הרב הפוסק דכוונתו לומר דפליג על רי"ש וכוותיה דאביו ז"ל נקטינן וא"ך ע"פ שטה זו אתי שפיר דבריו דסי' פ"א כפשוטן וכמ"ש הרב"ח לא כן לדעת הש"ך אדרבה קשה לדבריו שכתב דמ"ש רבינו הטור בין בשטר בין בע"פ לא קאי אלא אמודה שקבל אבל במוחל ונקיט שטרא לא. לדבריו אלה קשה כצד הטור בסי"ב פסק כאביו ובכאן פסק כרי"ש יכו' אלה היו תמצית הרב הפוסק נר"ו. הן אמת שנכון הדבר שכך מורה הלשון הכתוב בסי"ב שכתב הטור וא"א לא חלק וכו' פשט הדברים מורה שהרא"ש חולק על רבינו ישעיה ז"ל אך ומה נענה להרב בנ"י חי"י בסי"ב הגהות הטור סוס"א שכתב וז"ל וראיתי בספר דרכי נועם למהר"ם הלוי ז"ל בחלק ח"מ ס"ג שכתב ר"ל שהרא"ש זלה"ה אע"פ שלא חלק לא פליג אה"ר ישעיה ורצו להוכיח כן מדברי הסמ"ע שכתבתי ולדעתי נראה דבריהם תמוהים הם ואין הפנאי להאריך עכ"ל ופשט דברי הרב דרכי נועם נראה דכוונתו היא לשלול האי פרושא שכתב הרב הפוסק דכוונת הטור היא דאביו לא חלק ופליג על רי"ש אלא דיכולים לומר דכוונת הטור בא לומר דא"א הרא"ש לא חלק דהיינו לא כתב חלוק זה בפשיטות אלא הניח דבריו סתומים ולא ידענו אם הוא חולק על רי"ש או לא זהו כוונת הרב ד"ן בודאי הגם דלא זכינו לספרו וא"ך על דברי הרב ד"ן אזדא לה הכרעת הרב הפוסק נר"ו מדברי הרא"ש ואזדא לה קושייתו על הש"ך

דקשה ליה דברי הטור דסי"ב עם ספ"א דאיכא למימר דהטור לא ידע כוונת אביו ז"ל אי ס"ל כרי"ש או לא לכך אזיל ומודה לפסוק כרי"ש:

אך באמת לענין הדין פשוט דהכי נקטינן דלא כרי"ש אלא האמת הוא אפילו תפוס שטר א"צ קנין דרבי כמו רבו החולקים על הסמ"ע ז"ל דתפס בסי"ב שטת רי"ש להלכה יע"ש ע"ש בש"ך בסי"ב ולהטו"ז ולהרב דמש"א ולהרמ"ק ולהרב חמ"ח אהע"ז סק"ה ועד אחרון הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ ז"ל בתשובה שפסק כן והכריע דכך ס"ל למרן דספ"א סכ"ג ומההיא דאהע"ז סק"ה דכתב הרב הנז' דמה שכתב מורם בס' רמ"א ס"ב וי"א דאפילו היה לו שטר וכו' לא תתני וי"א דמחזי דמרן לא ס"ל הכי אלא יש לגרוס י"א בלא וא"ו ולא בא לחלוק אלא לפרש יע"ש א"ך מי יבא אחרי המלכים האלה. ובפרט דנראה פשוט דאפילו הסמ"ע דס"ל דהיכא דהמלוה נקיט שטרא צריך קנין היינו דוקא במוחל לו כל השטר לגמרי דאזי הואיל וראינו דמן הראוי להחזיר לו השטר ולא החזיר בזה הוא דיש גלוי דעת דלא מחל אבל בכגון נדו"ד דלא שייך להחזיר השטר דעדיין צריך הוא לגבות שלשה עשר מאות דורוס של הקרן של דמי הקניה אפילו הסמ"ע יודה והראיה לזה הוא ממה שמצינו למרן בס' ע"ג ס"ב דשם פסק וז"ל המלוה את חבירו וקבע לו זמן לפורעו אע"פ שלא קנו מידו אינו יכול לחזור וכו' וכתב הסמ"ע שם סק"ז לכאורה נראה דמיירי בקבע לו זמן בשעת הלואה דאלו אחר זמן ההלואה צריך קנין כמו באומר אל תפרעני אלא בעדים וכו' מיהו יש לחלק דשאני התם דבא המלוה להוציא. משא"כ זה דהלוה בא להחזיק במעות בידו אותו זמן דהוי כמחל לו המלוה לכל אותו זמן וצל"ע עכ"ל והאמת הרואה דברי הסמ"ע אלו לכאורה יתמה דאפילו חשבינן מה שמאריך לו הזמן הוי כמחילה אפילו הכי לא יהנה שהרי הסמ"ע ס"ל דאם המלוה תפוס שטר לא הויא מחילה אלא דמוכרח לחלק כמו שאמרנו דבמקום דלא נשאר לו שום תועלת בשטר ולא החזירו. בזה הוא דלא הויא מחילה ולא היתה כונתו אלא להתיל אבל כגון ההיא דס' ע"ג דעדיין צריך לשטר כדי שיגבה בו אחר אותו זמן שהרויח. בזה אפילו הסמ"ע יודה אלא משום דהדבר ספק בעיניו אי הויא כאל תפרעני בעדים או כמחילה לכך הניח בצ"ע וא"כ בנדו"ד דצריך הוא לו שטר זה לגבות בו דמי הקנייה אפילו הסמ"ע יודה:

ואל תשבני לומר דגם בזה יש לומר דאם באמת הוא דמחל לו כשאר החוב ולא נשאר אצלו אלא בשביל דמי מקנתו א"ך הו"ל לכתוב ע"ג השטר ששטר נמחל ממנו כו"כ. השתא דלא כתב כן נימא דלא מחל. והדרן לדינא דאם נקט שטרא לא הויא מחילה דזה אינו דאם כן הוא במאי מסתפק הסמ"ע בס' ע"ג במרחיב הזמן הרי גם שם נאמר הכי דהוה ליה לכתוב ע"ג השטר שהרחיב לו הזמן עד יום פלוני ומדלא כתב כן נימא דלאו

דעתו להרחיב אלא ודאי הסמ"ע יסבור דלא אמרינן דלא מחל אלא במקום דהו"ל להחזיר כל השטר ולא החזירו אבל במקום דיתלי לומר דמדעתו מחל והעכבה של השטר היתה מאיזה טעם כל מאי דמצינן למתלי תלינן בזה ואמינא דמחילתו מחילה זהו ודאי טעמו של הסמ"ע וממנו יוצא לנדו"ד והכי נימא דודאי למחילה נתכוון ומה שלא החזיר השטר הוא משום דעדין נושה בו סך שלשה עשר מאות דורוס דמי הקניה ותו לא מידי:

נוסף עוד להעדיף זה מההיא דהסמ"ע בס' ע"ג ולומר דבכאן למחילה נתכוון ומה שלא הניח לו ע"ג השטר שלא נשאר בלי פרעון כי אם סך הנז' הוא כדי שיהיו זריזים לגדל פרע הנז' בלי עצלות ודוגמה לזה הוא מ"ש הש"ע בס' נ"ד דאם ירצה יעשה לו שובר וכתב הסמ"ע דלפעמים יהיה ניחא ליה המלוה בהכי כדי שיהיה הלוה זריז על הפרעון יע"ש וא"ך גם כאן נימא להכי נתכוון וא"ך אם באין לכאן לדון מדין מחילה אפילו רבינו ישעיה והסמ"ע דאזיל אליביה יודה בכאן:

שוב אחרי זאת אנה ה' לידי ומצאתי ראיתי להרב משכנות הרועים מערכת מי"ם אות כ"ד שכתב ז"ל אפילו לדעת הרי"ש שכתב הטור סוף סי"ב דהמוחל חוב שבשטר כל שלא החזיר השטר לא מהני בלא קנין נלע"ד דהד"ו במוחל כל החוב כיון דהו"ל לאהדורי שטרא ולא אהדריה ש"מ דלהשטאה אכוון אבל במוחל מקצת החוב דלא מצי למהדר ליה שטרא מודה דמהני עכ"ל והיא היא סברתנו שדקדקנו מדברי הסמ"ע תהלות לאל:

ומעתה הבוא נבוא לעקר הזכייה שהודה כהרי"ע ז"ל שלזכותם קנאו הנה ראיתי להרב הפוסק שהביא דברי רי"ו שהביא הרב"י בס' קפ"ג והביא מה שתמה עליו הרב"י שדברי רי"ו הם הפך דברי הרא"ש והרב הפוסק הגדיל תמיהתו על הרב"י דאדרבא מסוף דברי הרא"ש שם שם לו דעדיין מחוכא דבני מערבא לענין הצבע וכו' וממנו יש ללמוד דנדון רי"ו אמת וישר הוא דצריך דעת מוכר ולבסוף אחר השקלה וטרייא הניח הרב הפוסק דברי הרב"י בתימא. יעויין בדבריו אך לענין הדין ברר לו דרך לומר דהואל ודברי רי"ו ז"ל מבוארים דבעשאו שליח מיירי והכריח כן ממה שהביא תחלת דברי רי"ו דרישא דדבריו מפורש בה דבעשאו שליח מיירי ומזה יצא לו דסיפא דומייא דרישא דגם היא בעשאו שליח מיירי וא"ך נמצא דרי"ו הפך הרמ"ה ומצינו למרן דפסק כסברת הרמ"ה דפסק אם אמר ליה זבין לי אפילו קנה השליח במעותיו קנה משלחו ולא בעינן דעת מוכר וא"ך מכאן מוכח דמר"ן לא ס"ל כרי"ו אלא מר"ן ס"ל כמאן דאוזפיה דמי ולא בעינן דעת מוכר ומזה יצא לו הרב הפוסק הואל ומר"ן ס"ל דלא כרי"ו דבעי דעת מוכר א"כ אין לנו לחלק בין עשאו שליח או לא וא"ך כהרי"ע זה שקנה מדעתו מממון עצמו זכו

בני אחיו והביא הרב הפוסק סמוכות מדברי הד"מ דמר"ן לא ס"ל כדעת רי"ו. חלה היי תוכן דברי הרב הפוסק ע"י:

האמת יורה דרכו דלא נחה דעתינו לסמוך על ראיות אלו כי לע"ד הדברים דחוקים חדא אם האמת הוא כדברי הרב הפוסק דהרב"י מפרש לסיפא דדברי רי"ו דבעשאו שליח אייר דומיא דרישא לא הו"ל להרב"י להביא סוף דברי רי"ו דוקא משום דאיכא למטעי ולומר דדברי רי"ו הם בדלא עשאו שליח בזה הוא דפליג עליה הרב"י אבל אם עשאו שליח גם הרב"י יודה וא"כ הו"ל להרב"י להעתיק רישא אגב סיפא כדי שנדע דאסיפא הם דומיא דרישא ועוד אם באמת הרב"י מפרש דסיפא דרי"ו בדעשאו שליח אייר אתמיה למה הרב"י כשתמה על רי"ו למה בו בפרק לא נסתייע מדברי הרמ"ה וכ"ך הו"ל לכתוב אחר תמיהתו ולומר וכן מפורש בדברי הרמ"ה דכתב ראובן שאמר לשמעון זבין וכו' ועוד מה נענה להרב דרישא שמפרש דברי רי"ו בפשיטות דבלא עשאו שליח מיירי ובזה משוה דעת רי"ו לדעת הרמ"ה דרי"ו מיירי בדלא עשאו שליח והרמ"ה איירי בדעשאו שליח ובזה סתר דברי הר"מ שאומר דרי"ו והרמ"ה פלגן בהדייהו יע"ש כל זה בדרישה וא"ך הרי מן הדרישה מפורש דיש לנו לפרש סיפא דדברי רי"ו ז"ל בדלא עשאו שליח אייר וא"ך נפל פת"א בבירא לפי דעת הדרישה אין כאן ראיה לומר דמדפסק מר"ן לדברי הרמ"ה ודאי דלית ליה לדברי רי"ו ז"ל אלא דאיכא למימר דכוונתו באמת כך היא דיש לחלק בקנה במעות עצמו דהיינו במקום דלא עשאו שליח אלא דלא מצא הדבר מפורש וכו' ואין כוונתו לסתור דברי רי"ו אלא להקשות שלא מצא הדבר מפורש אבל הדין דרי"ו דין אמת:

ואפילו את"ל דכוונתו להקשות עליו ולומר דמן הגמרא מוכח דאין הדין כרי"ו על כל פנים הואל ולא מצינו למר"ן שגילה דעתו בפשיטות דלא כרי"ו הואיל ואיכא למימר דמר"ן מפרש דברי רי"ו בדלא עשאו שליח ורי"ו לא פליג על הרמ"ה ולא בא מר"ן בב"י אלא להקשות על רי"ו מדברי הרא"ש עכ"פ משום קושייא בעלמא אין לנו לסתור דינו של רי"ו משום האי פרכא ובפרט הרי הדרישה מיישב להאי פרכא ומקיים דברי רי"ו:

ומה גם לפי דעת הרב הפוסק שמכריח לפרש דסיפא דדברי רי"ו בדעשאו שליח אייר ומצינו למר"ן ז"ל דפסק בעשאו כהרמ"ה ולא כרי"ו סוף כל סוף לא ידענו מהיכן פסיקא ליה בנדו"ד דלא עשאו שליח דדעת מר"ן גם הוא יסבור דלא בעינן דעת מוכר הרי יש לנו לומר הגם המר"ן הכריע כדעת הרמ"ה ולא כדעת רי"ו היינו דוקא במקום שעשאו שליח אבל במקום דלא עשאו שליח כנדו"ד לא נחלק לא רי"ו ולא הרמ"ה ואליבא דכו"ע לא קנה חבירו: הן אמת דמדברי הר"מ נראה מתשובתו שמשיב על דבריו הדרישה נראה

שהדרישה מבין שהר"מ גם הוא מפרש דסיפא דדברי ריי"ו בדלא עשאו שליח איירי אלא שהר"מ הואל ומן הגמרא מוכח לו דלא בעינן דעת מוכר מזה יצא לו שלא לחלק בין עשאו שליח או לא עשאו הכל דבר אחד ומזה יצא לידון דריי"ו דלא כהרמ"ה ועל זה השיב לו הדרישה דיש לחלק עכ"פ הגם דאיכא למימר דלדעת הר"מ שוים הם עשאו שליח או לא עשאו בתרווייהו לא בעינן דעת מוכר עכ"פ דעת מר"ן הב"י מאן מוכח דהכי ס"ל הרי איכא למימר דשלש מחלוקות בדבר בדברי ריי"ו דהיינו לדעת הר"מ סבר דלדעת ריי"ו בין עשאו שליח בין לא עשאו וקנה במעות עצמו לא קנה חבירו דבענין דעת מוכר וליכא ואזי ריי"ו והרמ"ה פליגי:

ולדעתי הרב"י זי"ל ס"ל דריי"ו לא דבר אלא בעשאו שליח וקנה במעות עצמו ועכ"ז ס"ל לריי"ו דלא קנה הואל וליכא דעת מוכר ועל זה תמה עליו הרב"י דזה דלא כהרא"ש ועל זה סיים והגם שיש לחלק בין עשאו שליח וקנה במעות המשלח לעשאו שליח וקנה במעות השליח עכ"ז לא מצאתי מפורש אבל בדלא עשאו שליח כלל וקנה במעותיו בזה ס"ל להרב"י דלא דבר בזה ריי"ו זלה"ה כלל שדין זה דלא עשאו שליח אליבא דכ"ע דלא קנה והיינו הדין דבעל שקנה בגדי צבע זהו שטת הרב"י לצד שנאמר דהרב"י כדעת הרב הפוסק ס"ל דסיפא דדברי ריי"ו בעשאו שליח איירי:

ודעת הדרישה פליג על הרב"י כדעת ריי"ו וס"ל דסיפא דדברי ריי"ו בדלא עשאו שליח איירי ובזה דבר ריי"ו והוי דינו כבגדי צבע וכו' ותו לא מידי וע"פ הצעה זו יצא לנו הדין דבאם לא עשאו כלל שליח בין לדעת הדרישה בין לדעת הרב"י לא קנה [ואי לא מסתפינא אמינא דדעת הרב"י ודאי דהכי הוא כדעת ריי"ו דבעשאו שליח איירי ובזה סרה מעליו הקושייא שמקשים עליו דמדהוכרח ר' אבא לישב ההיא דערכין אליבא דבני מערבא ש"מ דדברי ריי"ו אמת דלפי דברינו זה אין כאן קושייא דהרב"י יפרש דריי"ו בדעשאו שליח איירי ואזי הוי הפך מדברי הרא"ש ובזה פליג עליה הדרישה וס"ל דריי"ו לא איירי בדעשאו שליח אלא בדלא עשאו שליח ואזי אדרבא דבריו אמתים ע"ך]:

ומעתה הדרן למאי דאתן עלה דממה שתמה הרב"י ריי"ו וממה שפסק כהרמ"ה אין ראיה לנדו"ד וכמו שפירשנו שיכולים לפרש דברי הרב"י ע"פ שני אופנים דהיינו שיכולים לומר דהרב"י מפרש דסיפא דריי"ו זי"ל היא איירי בדלא עשאו שליח וכמו שפירשה הדרישה ותמיהתו היא על ריי"ו זי"ל כי לא מצא הדבר מפורש בין של השליח דהיינו במקום שלא עשאו שליח וכו' זהו עקר כוונת תמיהתו כי לא מצא מפורש ואפילו את"ל תמיהא קא מתמה דס"ל דלא שני לן בין מעות השליח למעות משלח ואפילו במקום דלא עשאו שליח עכ"פ לא מצאנו למר"ן שפסק כן בפשיטות דאפילו לא עשאו שליח קנה

חבירו דממה שפסק לסברת הרמ"ה בשעשאו שליח אייריי אבל בדלא עשאו שליח הגם דאיכא למימר דהרב"י תמה על רי"ו וס"ל דאין חלוק עכ"פ בעקר הדין אפשר לא מלאו לבו לפסוק הפך מרי"ו וא"ך אין לנו לסתור דברי רי"ו מכח קושייא של הרב"י ובפרט הואל ומתורצית היא כמ"ש משם המפרשים: גם אם ננית לפרש דהרב"י מפרש דסיפא דדברי רי"ו היא אייריי בדעשאו שליח והלך וקנה במעותיו ובזה נתיישבה קושייתו על רי"ו דבאמת אופן זה הוא כההיא דמחכו עלה ואנן לא קי"ל הכי כמ"ש הרא"ש וממילא בודאי דהרב"י לא ס"ל כרי"ו הואל והדר פסק כהרמ"ה עכ"פ מאין הרגלים לומר דהרב"י לא שאני ליה בין עשאו שליח ללא עשאו שליח הרי יכולים לומר דבדלא עשאו שליח ולא היו מעות חבירו בידו בודאי לא קנה חבירו והייני ההיא דצבע ובזה ס"ל להרב"י דליכא מאן דפליג. אתייא מביניייא לכל הפירושים מתמיהת הרב"י על רי"ו וממה שפסק לדברי הרמ"ה אין ממנו ראיה שהרמ"ה פסיקא ליה דגם בנדו"ד שלהרי"ע ז"ל לא עשאו שליח וקנה במעותיו שיזכו בני אחיו אין מכאן שום ראיה לזה:

ואדרבא איפכא יכולים לומר דמר"ן בפירוש פסק דהיכא דלא עשאו שליח לא קנה חבירו דהא הש"ע שם ס"ד פסק כהרמ"ה ובסוף דבריו שם כתב ז"ל אבל אי יהיב זוזי למוכר וכו' לא קנה שמעון עד דמודע למוכר ומכווין מוכר לאקנויי ליה עכל"ה ומצינו להרב שלט"י הגבורי"ם בפרק הגוזל שכתב על דברי הרמ"ה אלו וז"ל עד דמודע למוכר ומכוין לאקנויי ליה הא לא מודע לא קנה וזה הוא כבני מערבא דבעי הודעה למוכר ואנן הא קי"ל כר"י ולא בעי כלל הודעת מוכר וצ"ע גם הטו"ז ז"ל תמה גם הוא כתמיהת שלט"י הגבורי"ם ממש והוסיף בדבריו לתמוה גם על מר"ן וכתב זל"ה ולא היה לו לרבינו המחבר להביא דעת הרמ"ה בזה וצ"ע ע"ך והנה קודם כל דבר יש לנו לדעת דעת שלט"י הגבורי"ם והרטו"ז שהקשו על האי סיפא דדברי הרמ"ע היאך פסק כבני מערבא זהו קושייתם יש לנו לחקור לפי דעת הרב הפוסק ומדבריו מוכח דלא שאני ליה בין עשאו שליח או לא עשאו כנדו"ד דס"ל כל אפייא שוין דל בעי דעת מוכר א"ך השלט"י גבור"ם והרטו"ז למה לא הקשו דברי הרמ"ה מרישא לסיפא דברישא פסק דאפילו במעות השליח קנה חבירו ש"מ דלא בעי דעת מוכר ובכאן בסיפא בעי דעת מוכר וקשיין דבריו אהדדי גם קושיא אחרת על הטו"ז דמקשה על המחבר שקבע דברי הרמ"ה להלכה למה לא הוסף עוד לתמוה עליו דהואל והרב"י תמה על רי"ו ש"מ דסבר כהרא"ש דלית ליה דבני מערבא ובכאן פסק כהרמ"ה דפסק צריך דעת מוכר שהיא כבני מערבא:

אלא דצריכים אנו למודעי דמוכרחים לומר דדברי הרמ"ה לא קשיין רישא לסיפא והכי אית לן למימר דרישא הואל ועשאו שליח לא בעינן דעת מוכר וסיפא איכא למימר דהואל

וליכא משום שליחות והמעות אינם שלו לכך בעינן דעת מוכר איך אין כאן שום קושייא מרישא לסיפא גם הטו"ז לא תמה על מר"ן המחבר ממה שתמה בב"י על רי"ו למה שפסק כאן דיכולים לומר דפירוש הרב"י כאחד משני פירושים שכתבנו דמנייהו נפקא דלא נתברר לנו דעתו דהרב"י מה בדעתו לפסיק במקום דלא עשאו שליח וליכא מעות מה דינו ולכך לא קשו דבריו אהדדי ועל זה לא מצי לאקשוי ליה אלא מעקר הדין דכאן פסק כהרמ"ה דסבר כבני מערבא והרי קי"ל כהרא"ש זהו תמיהתם העיקרית:

אתייא מביניייא לפי דעת השלט"י גבורי"ם והטו"ז הרי ס"ל דהרמ"ה והש"ע אדרבא פסיקא להו דבעי דעת מוכר ותמיהא זו לפי חילוקו של הרב הפ"ר והטו"ז ליכא כלל שום תמיהא על הרמ"ה וכמו כן כתב בפשיטות הרב קצו"ת החוש"ן אחר שהביא תמיהת שלט"י הגבורי"ם והטו"ז וכתב וז"ל וע"פ מ"ש מבואר וכו' והיכא דליכא מעות בעי הודעת מוכר וכו' יע"ש הרי בין לפי דעת המקשים דתמהו על הרמ"ה והש"ע הרי ס"ל דבעי הודעת מוכר בין לפי התרצנים הרי ס"ל דהש"ע פסיקא ליה דבמקום דליכא מעות בעי הודעת מוכר ופשוט:

העולה מכל זה דאדרבא מכל מה שכתבנו בהבנת הרב"י ראשון גם שני נראה דאין לנו לומר דמ"ש הרמ"ה זיל וזבין וכו' לאו דוקא ומה גם בין לפי דעת הפרישה והש"ך דמעולם לא הושוו ומה גם לפי תמיהת השלט"י גבורי"ם והטו"ז הרי סברי מרנן דהש"ע אדרבא פסק כבני מערבא דבעו דעת מוכר וגם לפי תרוץ קצו"ת החוש"ן לקושייתם הכי הוא יע"ש:

וראיתי להרב הפוסק נר"ו שאחר שכתב להשוות דעת הרמ"ה דאמר זבין לי הוא הדין אפילו לא אמר זבין וכו' כתב וזל"ה וזה מוכרח דאל"ך לפלוג וליתני בדידה בד"א וכו' אבל אמר ליה זיל זבין אבל קנה במעותיו מעצמו לצורך חבירו עד דמודע וכו' באמת אין כאן הוכחה חדא דאיכא למימר דמילחא דפשיטא כהאי ס"ל להרמ"ה הואל ואין כאן לא מטות ולא שליחות מהיכא תיסק אדעתיה שיזכה. עד שיצטרך להשמיענו ומה גם אפילו יהיה צריך להשמיענו אין זה מקום מנוחתו דהואל ובכאן איירי בדיני שליחות שפלוני עושה לפלוני שליח וזה שרצה מצד עצמו להקנות במעותיו ולזכות חבירו שלא מדעתו אין זה כלל בשם שליח אלא בשם מגביה מציאה לחבירו ושם תהיה מנוחתו:

שוב אחר החפוש מצאתי ראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בס' קפ"ג סק"ט שהביא דברי הטו"ז הנז"ל שהקשה על הש"ע היאך קבע דברי הרמ"ה להלכה דבעי הודעת מוכר וכו' ועל זה כתב וז"ל ולי נראה לתרץ דהא הב"י הקשה מהרא"ש על רבינו ירוחם ומסיק שיש לחלק בין היכא שהמעות של משלח להיכא שאינם של משלח נמצא במעות שאינם של

משלח צריך להודיע למוכר לכן הביא המחבר הדין הזה ע"ך הרי לך מכל דברי הפוסקים דמר"ן במקום שאינו שליח ואין מעות חבירו בידו כנדו"ד ס"ל דמר"ן פסק ותני דבעי דעת מוכר:

אך טוב ממה שרצה הרב הפוסק נר"ו לפסוק הדין מדין מגביה מציאה לחבירו על זה יש לנו להשען כמ"ש הרב הפוסק לדון בזה כדין המגביה מציאה לחבירו הנז' בס' רס"ט והגם שהסמ"ע שם כתב בדין המגביה דצריך לומר בשעה שהוא מגביה הריני מגביה לשם פלוני וכו' אבל אם לא אמר כן לא קנה חבירו משום דהוי דברים שבלב עיין בס' קצו"ה דיהיב טעם זה לדברי הסמ"ע עכ"פ הואל והש"ך חלק עליו וס"ל דלא בעי וכתב דכן משמע מדברי הפוסקים הכי ודאי נקטינן זהו קציר דברי הרב הפוסק נר"ו אמת נכון הדבר דהכי ודאי נקטינן דכן מצינו להרב בע"י חי"י בס' רס"ט הגהו"ט סק"ה אחר שהביא דברי הסמ"ע אלו דס' רס"ט דמצריך לומר לשם פלוני מגביה הוסיף וכתב וז"ל אבל מהרש"ך ח"א סקי"ט כתב דבעשאו שליח יש חלוק בין תנה לי לזכה לי וכו' אבל כשמגביה מעצמו בלי שליחות חבירו הדבר תלוי בהודאת פיו אם הודה שזיכה לחבירו אינו יכול לחזור בו אבל אם לא הודה שזיכה ודאי נאמן כל זמן שבידו לומר לצורך עצמי הגבהתיה אבל משנתנה אם אמר אני זכיתי בה תחלה אינו נאמן וכן פירשה מהרש"ח בבאורו וכן נראה מדברי הפוסקים מהרשד"ם ומהר"ם ן' ששון כתב דפירוש זה מחוור עכ"ל וא"ך כהני חבל נביאים נקטינן. וא"ך בנדו"ד חשבינן ליה כדין מגביה מציאה והגם דלא נעלם ממנו דברי הפרישה בס' קפ"ג ששם אחר שהביא דברי רי"ו וכתב עליהם שהם אמת דבדעת המוכר תליא מילתא הוסיף וכתב ז"ל ואע"פ דקי"ל המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואיך בלי טענת המוכר נמי לקני חבירו ס"ל דשאני התם דזכה מהפקר והכל תלוי בדעת המגביה משא"ך כאן דיש דעת המוכר המקנה ולא ידע ממנו שום דבר שיקנה לו עכ"ל וכן נמי ראינו להרב קצו"ה בס' רס"ט סק"א יע"ש שגם הוא מחלק בהני דההיא דרי"ו דבמקח צריך דעת מוכר יע"ש וא"ך לפי הדברים האלה אין לנו ללמוד מנדו"ד מדין מציאה אך באמת הואל ומצינו להרב"ח שכתב על דיעה דהרמ"ה דלמד אותו מדין מציאה הרי לדעתו אין לחלק בין מציאה למקח וא"ך לדעתו ודאי לדעת מר"ן דפסק כהרמ"ה הרי ס"ל דלא שינה בין מציאה למקח וא"ך כמו דקי"ל אפילו במגביה מציאה מעצמו לחבירו קנה חבירו וכבר כתבנו להקת הפוסקים ס"ל אפילו הגביה סתם אדעתא דחבריה אם הודה אח"ך שלצורך חבירו הגביה קנאה גם בדין מקח הכי נקטינן ואפילו מי שירצה להתעקש ולומר דאדרבא מדברי מר"ן בב"י נראה דגם הוא אזיל בשטת הפרישה והרב קצו"ה שאינם משוים דין מקח לדין מציאה

שהרי מצינו להרב"י בס' קפ"ג שתמה על דינא דרי"ו דלא כהרא"ש וכו' ולמה לא תמה עליו גם מדין מגביה מציאה לחבירו דקנה חבירו אלא דמוכרח לומר דלדעת הרב"י לא תמה עליו מדין מגביה מציאה הואל ואיכא למימר דיש לחלק בין מציאה למקח וא"ך הרי גלוי דעת דמר"ן שאני ליה בין מציאה למקח: אלא דזה אינו דלעולם יכולים לומר לדעת מר"ן לא שאני ליה אלא הואל ויכיל רי"ו להשיב ולומר דיש לחלק לכך לא הקשה לו אלא מדברי הרא"ש דמוכח ממנו דלא כוותיה אבל הדבר התלוי בסברא אין יכול להקשות לו הואל ויכול לומר דרי"ו מחלק לדעתיה בין מציאה למקח אבל לדעת מר"ן עדיין הדבר שקול והואל ומצינו לדעת הרב"ח דס"ל דלדעת הרמ"ה שוים גם אנן נימא הכי ואין יכול להוציא מיד האחים המוחזקים ועדיפא מזה הוא הרי מצינו למורם שגילה דעתו דפסק כראב"ן וראבי"ה דילפי מקח מדין מציאה והוא מה שפסק מור"ם בהג"ה בס' רס"ט ס"א שפסק דאם נתרצה לקנות הוי כאלו זכה לשניהם ע"ך ושם במקור דינו של ראב"ן וראבי"ה מדין מציאה יליף יעו"ש והגם דפסק זה דמור"ם כבר הרעישו עליו העולם מפרשי הש"ע דמור"ם כאן זיכה שטרא לבי תרי דפסק כאן כראב"ן וראבי"ה ובס' קפ"ג פסק כבעל העיטו"ר יע"ש בס' קפ"ג בדברי הסמ"ע שמיישב שניהם לדינא יע"ש ואפילו לדעת הטו"ז שכתב דפלגן בהדייהו עכ"פ הרי הכריע דכפסקו בס' רס"ט נקטינן וא"ך הרי דמור"ם גילה דעתו כהאי פסקי דס' רס"ט דמציאה ומקח שוים הם וא"ך הואל ומורם גילה דעתו כאן כוותיה נקטינן דמקח דינו כמציאה והו"ל כהרי"ע זה ז"ל כאלו הגביה מציאה לבני אחיו ובהודאתו שהודה שלצורך בני אחיו קנה וכו':

ואל תשיבני לומר דסוף סוף נימא דאפילו מאן דמשוה דין מקח למציאה לא משוה להו אלא דוקא במקום דאמר ליה זיל זבין לי שעשאו שליח והוא פסק הרמ"ה וכן ההיא דמור"ם בס' רס"ט בהכי איירי ובזה הוא דכתב הרמ"ה וראב"ן דפסקי מור"ם שוים הם אבל בכגון נדו"ד דלא עשאו כלל שליח נימא דלא נילף ממציאה והטעות הזה יהיה נמשך מדברי הפריש"ה שמשוה סברת רי"ו והרמ"ה דלא פליגי וכתב שדיניהם אמת וכשהוקשה לו על דברי רי"ו מאי שנא מדין מגביה מציאה וכו' תריץ דשאני מציאה ממקח יע"ש בס' קפ"ג הרי הפריש"ה אפילו לדעת הרמ"ה דס"ל זיל זבין קנה חבירו עכ"ז ס"ל כרי"ו דלא קנה במקום שלא שלחו וא"ך גם אנן יש לנו לטעות בזה ונימא דלא ילפינן מדין מציאה אלא במקום דאמר ליה זבין. טעות לומר כן דבשלמא לדעת הפריש"ה שמקיים פסק הרמ"ה משום דין שליחות וכמו שמפורש דבריו שם בס' קפ"ג דטעמו הוא דכאלו אמר ליה לוזפיה ולהוי שלוחיה מטעם זה הוא דכתב דהגם דהרמ"ה פסק כן כדין דרי"ו ס"ל כוותיה דלא קנה וכשהוקשה לו על דין דרי"ו מדין מציאה הוצרך

לחלק דמעולם לא דמו מציאה ומקח דצריך דעת אחרת אהדדי אבל לדעת הרב"ח דכתב דהרמ"ה יליף דינא מדין מציאה וס"ל דמציאה ומקח שוים פשוט לדעתו דודאי הרמ"ה לא ס"ל כרי"ו דהואל ומקח ומציאה שוים הם כמו מגביה מציאה מעצמו קנה חבירו כך לי קנה לזכות חבירו קנה דמה אלו אף אלו הרי כמו שהושואו במציאה מגביה מעצמו למגביה בשליחות כך בקנייה ופשוט דגם דעת ראבי"ה וראב"ן שהביא המרדכי ופוסקים מור"ם בס' רס"ט דאמרן הכי הוא: ומה גם בנדו"ד שהם תפוסים ועומדים בודאי. בודאי לא גרע מאמר ליה תנה לי וכמ"ש הרב הפוסק נר"ו ונדו"ד עדיף טפי דהואל ואין כאן שום חפץ כי אם חוב בעלמא מדין מחילה זכו וכמש"ל והגם שלא מצינו כאן לשון מחילה מבורר שאומר הרי הוא מחול להם עכ"פ סתמו כפירושו דהואל ובפה מלא לא פעם ולא שתים מימר אמר שמעולם לא עלה בדעתו ליטול מהם זולת דמי הקנייה כמ"ש בשלשה עדויות ונוסף לחזק דבריו גם בשבועה כמ"ש בעדות משה וואעקנין נר"ו אין לך מחילה גדולה מזו ולא בעינן עד שיאמר הרי הוא מוחל בפירוש אלא כל שמדבריו נראה שמחל מהני וראיה מדין אשה שלא תבעה כתובתה המובא באהע"ז סק"א דאינה יכולה לתבוע עוד וכן יורשים ששתקו כ"ה שנים אמרינן מסתמא מחלו הרי אפילו במקום דלא שמענו אותם שמחלו בפירוש אלא מדשתקו מובן שגמרו בדעתם למחול הוי מחילה יעו"ש ועיין בחומ"ש ס' רט"ו בהג"ה ס"ב שכתב ז"ל אבל היכא דמוכח דנתן להם מתנה רק אח"ך נפל קטטה ותבע פטור הנתבע יע"ש ומכאן למדו האחרונים לכמה מקומות דכל שלא תבע ומחזי כמוחל הוי מחילה יע"ש מכ"ש נדו"ד שאמר בפירוש גם בשבועה שלא יטול כי אם דמי הקנייה אין לך מחילה יותר מזה:

ועיין להרב בנ"י חי"י סי"ב שכתב ג"ך משם מהרימ"ט דלאו דוקא שיאמר אני מוחל לך אלא אפילו אם יאמר אין עליך שום תביעה או דברים שמוכחים שמחל אינו יכול לחזור וכתב דכן כתב מהר"ם די ביטון יע"ש ועדיפא מזה ראינו להרב זכו"ל ח"ב חמ"ש אות מי"ם שכתב ז"ל מי שמחל בלבו ולא הוציא המחילה בפירוש הוי מחילה ואם תבע אח"ך מחבירו הו"ל גזל הרב ח"ב בסי"ב הגהו"ט אות ט"ז יע"ש א"ך מכל זה נלמד לנדו"ד דליכא שום פוסק שיפקפק בנדו"ד דאין לך מחילה גדולה מזו:

ומעתה משכוני נפשין למ"ש הרב הפוסק נר"ו במה שנגלו לפניו קב"ע שמעידים לזכות כהרי"ע ז"ל ומידן דן ליהו להני עדות דהוי הוכחשו בדרישה ועדותן בטילה וסיים על זה וזוזי היכא דקיימי כדקי"ל בשני כתי עדים המכחישים דזוזי היכא דקיימי תיקום עכ"ל הטהור. אמת נכון הדבר דהכי הוא והגם דהרב הפוסק סתם לן סתומי דזוזי היכא דקיימי ליקום ולא עשה סעד וסמך ליה דלכאורה נראה מההיא דס"ל ס"ב דפסק הש"ע עדותן

בטילה אין מזה כלל ראיה דאדרבא הנראה לדון משם הוא דעדותן בטילה וכאלו אין כאן שום עדות והשטר בתוקפו עומד ועיין שם בסמ"ע בסק"ט: אך מצד הדין דין אמת שהגם שמדברי הסמ"ע בס' ע"א סק"ד נראה דכל היכא ששנים אומרים שהשטר פרוע ושנים אומרים אינו פרוע שקלינן תרי כנגד תרי ונשאר השטר בחזקתו הרי שם בסק"ג הש"ך לא ס"ל הכי וכתב דהרב"י בס' כ"ט כתב כן משם הרשב"א דהשטר לא גבינן ליה ולא קרעינן ליה וכתב דכן נראה מהראב"ד וכו' והוסיף לומר דגם הסמ"ע דאמר כן דרך דחייה אמר כן אבל לדינא גם הוא יסביר דלא גבינן ביה יע"ש וא"ך אפילו דינין לעדים שנגלו לפניו כמוכחשות נינהו הד"א כמ"ש הרב הפוסק נר"ו. זהו מה שנראה לכתוב בענין זה הואל ועדות כת המכחישים להרי"ע ז"ל לא נגלית לנו כיצד היתה עדותם לא ידענו לכוון דבריהם שלא יהיו סותרים זל"ז או אם הם דרך שיחה בעלמא על כן אין הדבר מסור אלא למי שנגלו לפניו תעלומות הדברים וכל מאי דמצי לכווני דבריהם שלא יהיו סותרים הד"א דהכי הוא ולצד דיש להסתפק מי קדם בעדות ויפול הספק בפירעון השטר. בודאי דאין להוציא:

ומעתה הבוא נבא לדין ההוצאות הנה תחלה וראש ראינו להרב הפוסק שפסק בדין ההוצאות שהוציא הרי"ן נר"ו בזמן התפיסה שתפסו כהרי"ט ז"ל על אשר שלא רצה לידון עמו בפני שנים מהבד"ץ שהדין הוא שישבע ויטול דדין מסור יש לו מההיא דס' שפ"ח ס"ז ולא מקרי סרבן מההיא דסי"ד ס"ה דהייני אחר שהביא הרב הפוסק דינא דסי"ד ס"ה סיים עליו הרב הפוסק וכתב זל"ה הרי לך דאפע"ג דקי"ל דכופין את הנתבע ודן בעיר התובע דעבד לוה מכל מקום אם סרב ולא רצה לידון כי אם בעיר אחרת אין לו דין מסרב ופטור מלשלם יציאותיו ומינה לנדו"ד כמכו"ש וכו' עכל"ה באמת לא ידעתי פסיק"א מהיכא ליה להרב הפוסק נר"ו דפסק זה של סי"ד ס"ה הוא במקום דהיה לו לדון בעירו והזקיקו בעל כרחו לדון בעיר אחרת עכ"ז ס"ל דאין משלם לו יציאותיו אדרבא הלשון מורה דדוקא במקום שנתנו חכמים רשות לבעל דין להעלות לבעל דינו לעיר אחרת מיירי וכמו שנראה מלשון הש"ע שכתב וז"ל אע"פ שמזקיקו לדון בעיר אחרת וכו' ופשט מזקיקו היינו מזקיקו ע"פ הדין דהיינו ב"ד שבעירו הזקיקוהו לעלות עמו בזה הוא דאין צריך לשלם לו יציאותיו וכך נמי מדוקדק ממקור הדין שהרי מקור דין זה הוא ממקור ממימרא דפרק זה בורר ששם נאמר אמר ר' יוחנן התוקף את חבירו בדין אחד אומר נדון כאן ואחד אומר נלך למקום הוועד כופין אותו עד שילך למקום הוועד אמר לפניו ר' אלעזר רבי מי שנושה בחבירו מנה יוציא מנה על מנה אלא וכו' מכאן דקדקו הרא"ש והמרדכ"י דאין חייב לשלם לו יציאותיו דאל"כ מה אמר יוציא מנה על

מנה הרי מי שנתחייב בדין הוא משלם לחבירו אלא ודאי אין צריך ע"כ אך דוקא באופן שיהיה הדין עמו שיכול להוציאו לפי דעת ר' יוחנן הוא דמקשה ליה ר' אלעזר דאינו מן הסברא שיוציא מנה על מנה דהואיל ולפי דעת ר' יוחנן הדין הוא שמוציאו בודאי אין סברא לחייב מי שכנגדו על זה הקשה אין מדרך להוציא מנה על מנה דממנו נשמע דאין צריך לשלם יציאותיו אבל במקום שאין כופין אותו להעלות עמו והוא העלהו שלא כדין מאן לימא לן דאינו מתחייב וא"כ איכא למימר דהש"ע לא פסק כן אלא במקום שיכול להוציאו מעירו לעיר אחרת ואין ראיה מסעיף זה:

אך מצד הדין בודאי הד"א דלא מקרי סרבן דהואיל ותבעו לדין לפני שנים דוקא מב"ד הדרן לדינא דפסק הש"ע בסי' ס"ג דפסק שאם יש שני ת"ח בעיר אחת יכול אחד מבעלי דינין לומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה וגו' וגם כאן הואיל וכלם בעיר אחת וליכא טרחא למה יקרא סרבן והגם דפסק מרן הוא בתובעו לפני אחד וא"ך לכאורה נראה דבתבעו לפני אחד הוא דיכול כל אחד לעכב ולומר בפלוני אני רוצה אבל בכאן שתבעו לפני שנים נימא דגדול כחו של המלוה לכופו. זה אינו מכמה טעמי. חדא דקי"ל דין שנים כאחד ואין ב"ד פחות מג' א"ך מה כחו של זה התובע לכופו לדון בפני שנים כל זמן שלא קבלום עליהם והגם שבערי המערב מנהג אבותינו בידינו שכל המתמנה דיין יושב ודן יחידי בבית מדרשו משום דהוי כקבלוהו והמחוהו רבים עליהם שיכול לדון יחידי כמ"ש סי"ג יע"ש עכ"פ בודאי לאו לכל דינא להוי כב"ד של שלש ע"ש בסמ"ע סק"ז ובש"ך סק"ח ופשוט הוא דאפילו לדברי הסמ"ע דמשוה הודאה בפני דיין אחד הודאה בודאי לענין זה שיהיה נקרא סרבן אם לא רצה לידון בפני אחד בודאי לא מקרי סרבן ואין כאן מקום להאריך. והילך מה שראיתי להרב יעב"ץ זלה"ה שכתב ז"ל נהגו שהמודה בפני אחד מב"ד כמודה בפני ב"ד של שלש ואינו יכול לשנות טענותיו ומשום דהכי נהגו שאם התחיל לדין אצל אחד מבדי"ץ אין יכול לומר שיגמור הדין אצל דיין אחר כדי שלא ישנו טענותיהם עכל"ה וכן ראיתי להרב מהר"ם ן' וואליד זלה"ה שפסק כן מכח דברי הרה"ג הנז"ל הרי לך מדברי הרב הנז' דגם שקבלו עליהם שהמודה בפני אחד הוי הודאה עכ"פ לא נגע בה אלא משום מנהג ולא מצד הדין ואין לך אלא חדושו לענין זה ולא יקרא סרבן מי שלא רצה לתבוע לפני זה אלא לפני זה ובפרט הרי הדבר מפורש בסוף דבריו שכתב ז"ל וגם נהגו שאם התחיל לדון בפני אחד אינו יכול להתנתק לפני אחר שלא ישנה טענותיו וכו' משמע דוקא בהתחיל הוא דאינו יכול להתנתק משום שנוי הטענות אבל קודם הטענות הרשות בידו וא"ך בכאן הגם שהם שנים כמו שיכול לומר לא אדון בפני אחד יכול לומר לא אדון בפני שנים אפילו הם קבועים והגם דמימר

אמר עד שיהיו כל הדיינים בבת אחת ובאמת אם יהיו שלשה אינו יכול לעכב ולברר עוד כמ"ש מור"ם בס"ג ח"א דבדיינים קבועים אינו יכול לברור יע"ש עכ"ף הוא צריך הרי"ע לתובעו בפני ג' שאזי הדין עמו ואזי אם לא רצה לתובעו בפני שלשה היה לו דין סרבן אבל הואיל ותובעו בפני שנים שמן הדין אינו יכול לכופו לדון בפניהם והוא לא רצא לתובעו בפניהם למה יקרא סרבן פשוט שאין לו דין סרבנות:

ובפרט אפילו אי הוה תבע ליה כהרי"מ ז"ל בפני שלשה מדייני העיר נלע"ד דיכול הוא לדון בזה בורר כמ"ש הש"ע בס"ג ס"א שאם רוצה לדון בעיר אלא שאינו חפץ בשלשה שברר התובע אז זה בורר וכו' והגם שסיים מור"ם וכתב אם דיינים קבועים לא יוכל לומר לא אדון לפניהם אלא בזה בורר וכו' בודאי מור"ם לא דבר אלא בב"ד הקבוע שיושבים בתלת כחדא וזה אינו רוצה לתובעו בפני ב"ד זה וזה אינו רוצה לתובעו בפני ב"ד זה. בזה הוא דאינו יכול לברור לו ב"ד אחר אבל בדייני מערבא שאינם יושבים בתלת כחדא וכפי הדין צריך לצרפם לדון בכפייה איך מה כחו של כהרי"ע ז"ל לברור לו כל השלשה הואל וזה הנתבע רוצה לדון עמו בעיר. הדר דינו לזה בורר לו אחד וזבל"א א"ך לא ידענו למה יקרא סרבן ובפרט הואל וזה הרי"ץ הנתבע לא נתן כתף סוררת שלא לידון בפני השנים שברר לו כהרי"ע ז"ל אלא גם הוא בחר לו בהם אלא שרצה להוסיף עוד עליהם מאי הוי ובפרט לפי הנראה דטעמו שרצה לידון בפני הרבים כנראה דטעמו הוא משום שיהיה הדבר ברוב עם הדרת מלך זה מלכו של עולם לא כן בפני שנים אדרבה תהיה אימתו והדרתו מוטלת עליהם הואל וכהרי"ע ז"ל היה רישא על כל רשין רבא דעמיה מדברנא דאומתיה אם יהיה הדבר כ"ך בודאי כהרי"ץ נר"ו דינא קא תבע כמ"ש מר"ן בבד"ה בסי"ד משם התשב"ץ באדם שתבעוהו גדולי העיר לידון עמהם והנידון אמר לא אדון בעיר הזאת הואיל ואימתם מוטלת על הדיינים ומסתמין טענותיו וכתב דכך פסקו כמה גדולים והותרו לנתבע שלא ירד בעירו לפני מי שהוא גדול ודבריו נשמעים יעו"ש וא"ך ממנו נדון קו"ח לנדו"ד דהרי התם אפילו לא ירצה לדון עמו בעירו פסקו כך מכ"ש בנדו"ד שרוצה לדון עמו בעירו וגם לפני הדיינים שיעקב בחר לו אלא שרוצה להוסיף עליהם לא ידענו מהיכן כאן ריח סרבנות:

שוב ראיתי להרב נתיבו"ת המשפ"ט בס' י"ג סק"ו שכתב כן בפשיטות ז"ל שם שציין על דברי מור"ם דסי"ג ס"ב וכתב ז"ל שיוסיף ואפילו בב"ד קבוע בעיר שצריך לדון לפניהם יכול לטעון שרצה להוסיף דיינים עכ"ל: ובפרט לפי מה ששמענו שבכמה מקומות שבערי המערב שיש להם דיינים הרבה ומתקשים הבע"ד דרכם הוא לקבץ דייני העיר במעמד אחד ומוציאין הדין לאור וא"ך למה ישתנה דינו של יצחק זה מכל דין בני חלוף

ממה שנהגו העולם ובאמת הד"א כמ"ש הרב הפוסק דאין לו דין סרבנות והואל ונתפס בגופו דינו הוא כמ"ש דיש לו דין מסור דאמר בס' שפ"ח נשבע ונוטל: גם על ההוצאות שהוציא בלכתו לטאנזה וכו' כדי לכופו לירד עמו לדין הד"א כמ"ש הרב הפוסק דאחר שיברר הרי"ץ שסרב ולא רצה לירד עמו לדין צריך לשלם לו הוצאותיו או על בירור או על ידי שומת ב"ד וכמ"ש מור"ם בסי"ד כמ"ש הרב הפוסק דאין לנו אלא דברי מור"ם הואל והש"ך רצה להגיה בדבריו להצריך ברור ושומא ולא הונח לו הואל והדבר מפורש בד"מ דבחדא סגי א"ך אין לנו אלא דברי מור"ם ובפרט לפי מה שראינו להרב פת"ש שמיישב דברי מור"ם וכתב זל"ה בס' י"ד ס"ק ט"ו או הב"ד ישומו. עיין בתשובת וש"ב הכהן בהשמטות סנ"ג שביאר דברי הרמ"ה בטוב טעם ודעת דהא ודאי בין שמברר כמה הוציא ובין אינו מברר לעולם שייך שומא אך החלוק הוא דאם מברר כמה הוציא וצריך שומא אז השומא הוא אם לא הוציא יותר מן הראוי כמ"ש בס' קפ"ב ס"ג אבל אם אינו יכול לברר אז השומא הוא בענין אחר שישומו לו בפחות שבהוצאות וכמ"ש בסימן שע"ה ס"ח וזהו כוונת הרמ"ה דמ"ש צריך לברר כמה הוציא וצריך שישלם לו היינו ג"ך אחר השומא אם לא הוציא יותר מן הראוי ומה שלא באר זה י"ל על מ"ש בס' קפ"ג דודאי לאו כל כמיניה להוציא יותר ממה שהיה צריך להוציא ומ"ש או הב"ד ישומו לו היינו דאם אינו מברר ישומו לו בפחות שבהוצאות ע"ש עכל"ה הרי לך שמיישב דברי מור"ם ומסקנתו היא דבמקום שאינו יכול לברר ישומו לו א"ך הכי נקטינן דעל ידי שומא לחוד סגי הן אמת דעלה על הדעת לומר דמה שכתב הש"ך צריך ברור ושומא היינו כמה הוצאות הוציא ואח"ך שומא ובזה הוא דס"ל למור"ם דאין צריך לברר כמה הוציא ושומא אלא אפילו בשומא לחוד סגי אבל עכ"פ יהיה צריך לברר כמה שלוחים שלח וכמה מסעות נסע ואזי ישומו לו הלאו הכי מאן לימא לן דעשה שום הוצאה כלל אך כד דייקינן לא כן הוא דהא הש"ך דמצריך ברור ושומא הוא ע"פ תשובת הרא"ש ששם נתבאר דין זה ושם בתשובת הרא"ש אין מבורר שם אלא יברר כל דרך שהלך והשלוחים ששלח וב"ד ישומו כמה ראוי להוציא בזה יע"ש וא"ך דברי הש"ך בודאי על סגנון זה אזלי דהיינו ברור הדברים וכו' ואזי ישומו. שוב ראיתי שכן כתב בפשיטות הרב נתיבו"ת המשפ"ט על דברי הש"ך ה' וז"ל ועיין ש"ך ומ"ש שצריך ברור ושומא אמנם אין צריך לברר רק עניני ההוצאות שהוציא כגון כמה שלוחים שלח וכמה נסיעות נסע ואז אפילו אינו מברר כמה מעות שנתן יכול לומר בפחות שבשומות כמ"ש בס' שע"ה ע"ש עכל"ה וא"ך מזה נלמד דלדעת מור"ם דלא מצריך תרתי אלא בשומא לחוד סגי אינו צריך לברר אפילו נסיעות הדרכים אלא ב"ד ישומו לו כמה ראוי לנסוע בדרך וכמה ראוי

ליתן הוצאות השלוחים וגובה הואל והנתבע יצא מחויב בדין וכמ"ש הריב"ש הביא דבריו הסמ"ע בס' י"ד סקכ"ח יע"ש: ומענין שבירת הכלים הנה ראינו להרב הפוסק נר"ו מידן דן להו לחייבו לשלם מכח תשובת הרשב"ץ שפסק מור"ם בס' שפ"ח סט"ו והגם שהש"ך פקפק בה עכ"פ כתב הרב הפוסק דבנדו"ד שהוא ע"י גוים אפילו הש"ך יודה אלה היו תכלית דבריו. באמת האי פסקא דפסק בסכינא חריפא דבגוי כ"ע מודו לאו פסקא הוא דהא אדרבא יכולים לומר דגוי מיגרע גרע אפילו במקום דלאו בר חיובא הוא פטור משלחו הואל וקי"ל דאין שליחות לגוי והגם ששם בתשובת הרשב"ץ שממנו מקור דין זה שם נתבאר כתוב זל"ה דאם הזקין מוחזק חייב וכו' ולא תימא אין שליח לדב"ע דלא מפטר בהאי טעמא אלא בישראל אבל אם הוחזק במלשין ובאנס לאו ישראל הוא עכל"ה וא"ך ע"פ הדברים האלה נראה דכל שאינו ישראל הוי בכלל יש שליח לדב"ע אך מה נענה להרב משכנו"ת הרועי"ם במערכת שי"ן אות רי"ש שהביא לדברי הרשב"ץ אלו וכתב עליהם דמהא לא דינין ליה כגוי לכל מילי דהא בגוי קי"ל אין שליחות לגוי וכו' וכל עקר חדוש הרשב"ץ אינו אלא דהמוסר הרי הוא כגוי ויש שליח לדב"ע אלא דבגוי בלאו הכי איכא טעמא רבא דאין שליחות לגוי ועדיפא מזה ראיתי להרב ער"ך השולח"ן בס' הזכרון אות אל"ף אות ג' שכתב דיש הוכחה מדברי הרשב"א דאפילו בגוי פועל דקי"ל דיד פועל כיד בעל הבית עכ"ז אין שליחות לגוי אפילו אינהו לדידן יעו"ש וא"ך מן הראוי יש לחוש לסברת הפוסקים הנז' ומה גם בנדו"ד דהוא שליח לדב"ע ששולח להזיק ממון חבירי ומצינו מחלוקת דפוסקים הרב שבו"ת יעק"ב שהביאו הרב פת"ש בס' שפ"ח סק"ז כתב דלדעת הרשב"א הובאו דבריו בס' מש"ה אות רי"ש הביא הרב מדבריו דבגוי לא אמרינן אין שליח לדב"ע אלא יש שליח וכן דעת הרב מש"ה זלה"ה דבגוים אמרינן יש שליח לדב"ע:

אך נגד זה מצינו להרב גור אריה זלה"ה שכתב דמהרימ"ט כתב בפשיטות דגם בגוי אמרינן אין שליח לדב"ע וכתב דכן היא סברת הרב ארעא דרבנן וכתב דהרב פרש"ת דרכי"ם כתב דיש חלוק דבשפיכות דמים גלי קרא דיש שליח לד"ע לגוי אך לא בשאר עבירות יע"ש וג"ך מדברי הרב שבו"ת יעק"ב שהביא דברי הרב פת"ש בס' שפ"ח סק"ז מדבריו שם מוכרח דס"ל דגם בגוי אמרינן אין שליח לד"ע שהרי שם כתב בטעם הראשון דחייב המשלח הואל והגוי שנעשה שליח פטור מן הביוש ואזי הדר דינו דאם אין השליח בר חיוב המשלח חייב דון מינה הא אם הוה השליח בר חיובא אפילו הוא גוי המשלח פטור א"ך הרי הדבר במחלוקת שנוי אי אמרינן בגוי יש שליח לדב"ע או לא וא"ך אתאן לנדו"ד לכאורה נראה דפטור המשלח חדא משום דאין שליחות לגוי לפי סברות שכתבנו

לעיל ואפילו אם קי"ל דיש שליחות לגוי הרי במקום שהגוי בר חיובא יש כאן סברת הפוסקים ה' דס"ל אין שליח לדב"ע ובנדו"ד לגבי הגוי עבירה היא בידו להזיק ממון דהא בני נח מוזהרים על הגזל ומי שמזיק ממון חבירו אין לך גוזל יותר מזה וא"ך לסברת מהרימ"ט והרב ארעא דרבנן והרב פרש"ד שבו"י הנז' להוי פטור המשלח כל זה נראה לכאורה אכן מדברי כנה"ג בס' קפ"ב דגה"ט סכ"א שם הביא תשובת הרשב"ץ וכתב דכן פסק במפ"ה ס' שפ"ח ושם מוכח מדבריו דדעת הרשב"ץ היא דהגוי מיגרע גרע מישראל רשע ורגיל למסור ומשם באירה דלדעת הרשב"ץ הרי הוא כגוי וכששלח עם הגוי חייב המשלח יעו"ש ועיין לו שם עוד שחזר וכתב בסעיף כ"ה דמן התשב"ץ ומדברי הטו"ר דבגוי אמרינן יש שליח לד"ע יע"ש וא"ך הואל והרב כנה"ג מפשט פשיטא ליה בפירוש התשב"ץ דכוונתו היא דבגוי יש שליח לד"ע ובישראל מומר הוא כגוי וכוונתו היא דאם שלח עם הגוי חייב המשלח א"ך אין לנו להניח פירוש כנה"ג בדברי התשב"ץ משום פקפוקו של הרב מש"ה שרצה לדחוק בדברי הרב התשב"ץ ובפרט הרב מש"ה בעצמו הרי שם הוקשה לו על הרב התשב"ץ עצמו היאך למד דין מוסר מדין גוי וזל"ה של הרב מש"ה אלא דאכתי איכא למידק בדברי התשב"ץ ז"ל דקא יליף למוסר מדין גוי והרי בגוי לאו משום דדברי השם איננו שומע אלא משום דאין שליחות לגוי כמדובר וכו' הרי לך דהרב מש"ה עצמו אזיל ומודה דהתשב"ץ משוה אותם גוי לישראל מומר א"ך הואל ודעת התשב"ץ זלה"ה מוכחת מינה ובה דישראל מומר וגוי שוים וכן פירשה כנה"ג כדאמרן בודאי הכי הוא פירושו של התשב"ץ והואל ומור"ם דקי"ל כוותיה פסק הכי אין לנו לזוז מדבריו. ובפרט דכן פסקו האחרונים שהביא הרב פת"ש עיין עליו בס' שפ"ח ס"ק ובס' קפ"ב סק"ג דבשולח על ידי גוי המשלח חייב והגם דהתם לפי טעם הראשון משום דהגוי לא הוי בר חיובא ע"ש הרי הוסיפו עוד לחייב מטעם אחר אפילו אם הוה הגוי בר חיובא משים דהגוי מוחזק בכך יעו"ש וא"ך בנדו"ד אין מוחזק ואין זריז יותר מעכו"ם בשומעו שיש לו רשות לאבד ממון ישראל הרי קיים ליהו הרי זה הזריז נשכר ופשוט דחייב ומה גם לפי מה שכתב הרב הפוסק נר"ו שהביא הפועלים גוים ע"פ מאמר השר לנתוץ ולהרוס את הבית דהפועלים היו מוכרחים לעשות ע"פ השר וכו' מצד זה לחוד יהיה חייב דכן הובא בדרשות מהרי"ד זלה"ה סברת הפוס' דהדין כך הוא דבמקום שהשליח הוא בע"ך לעשות השליחות המשלח חייב וילפי לה ממה שנתחי' שאול על הריגת נוב הגם שלא הרגם בידו אלא על ידי שלוחיו עכ"ז הואל והשלוחים מוכרחים לקיים מצות שולחם חייב. נקטינן מזה דהפועלים ששברו הכלים כאלו המשלח בידו שברם וחייב עליהם כמ"ש בס' שפ"ד יעו"ש:

ועל מה שנגנב מן הבית ראיתי להרב הפוסק דפסק דגרמא בנזקין הוי כהרי"ע ז"ל ופטור הנה לכאורא היה נראה לחייב הואל וכהרי"ע נתן רשות למשחית לנתוץ ולהרוס והופקר הבית בפני הנכנסין ויוצאין וכל הבא ליטול יבוא ויטול א"ך הדר דיניה כמ"ש הש"ע בס' שצ"ו ס"ד דפסק שם הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה חייב והוסיף מור"ם וכתב ז"ל י"א דאינו חייב אלא אם הכישה וי"א דאפילו על הבהמה עצמה אם נאבדה חייב ע"ך הנה מפשט הש"ע לא ידענו מהו הדין בבהמה עצמה אם הוזקה או נאבדה אי דינין לה כדין הזיקה אחרים דחייב או לא אך מדברי מור"ם שסיים וכתב וי"א דאפילו על הבהמה עצמה אינו חייב אם נאבדה ע"ך מלשון זה מוכח דלדעות הראשונות שהם דעת השני ודעת י"א קמא דכתב מור"ם מודה שחייב על הבהמה אם נאבדה וא"ך מן הראוי גם כאן הואל ופרץ הבית ובאו שודדים ולקחו מה שבבית חייב וכך נראה ג"ך דעת הרה"ג רב המלאך זלה"ה בספרו משי"ש ח"א ס' ז"ך שפסק במי שחתר וגנב ואח"ך באו אחרים וגנבו דחייב החותר גם על מה שגנבו אחרים יע"ש דדייק לה מפסק זה של הש"ע יעו"ש:

אך באמת כד דייקינן לא כן הוא דהא פסק הש"ע כאן הוא דברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות נזקי ממון הל"ב שכתב כמ"ש הש"ע כאן ושם בס' מגד"ל עו"ז נתבאר מה שהקשו חכמי לוניל להרמב"ם היאך פסק דפורץ ויצאה והזיקה חייב מאי שנא מהא דתנן פרצוה לסטים פטור ופסקה ג"ך הרמב"ם להלכה והוא פסק הש"ע ג"ך בס' שצ"ו ס"ג ועל זה השיב להם הרמב"ם ואמר להם זה פרוקה הפרש גדול יש בין לסטים שפרצו ובין חבירו שפרץ לפני בהמתו שהלסטים כוונתם לגנוב הבהמה לפיכך כל זמן שלא הוציאוה מרשות הבעלים לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם ובעת שיוציאוה נעשית ברשותם ונתחייבו בנזקה אבל אם הניחוה שם הרי לא עשו שום הזיק שנתכוונו לעשות שהוא הגנבה ולפיכך פטורין אבל הפורץ גדר חבירו אין כוונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקה ולפיכך הוא חייב באותו נזק כדין כל מזיק וזה הפרש בין לסטים ובין פורץ בפני בהמת חבירו עכל"ה א"ך מדברי הרמב"ם אלו מוכח דלא יתחייב אלא על הנזקין שנתכוון להם א"ך לדעת הרמב"ם יש לנו לומר דהואל ובפריצתו לא היתה כוונתו על נזק הבהמה עצמה אלא כדי שתלך ותזיק א"ך הואל ולא נתכוון על הזיק הבהמה עצמה פטור הוהדר דינה כדין פרצוה לסטים וא"ך ממנו נבוא לנדו"ד הגם ששלח שלוחים לסתור את הבית הגם שאמר נאמר שהיתה כוונתו שישבר כל מה שבבית עכ"פ לא היתה כוונתו שיבואו ויגנבו וא"ך אין כאן כי אם גרמא בעלמא פטור. הן אמת דעמד לנגדי פסק הרה"ג כמוהרר"ם זלה"ה הנז' דמדבריו מוכח דלדעת

הש"ע דפסק דאם הלכה והזיקה חייב כתב הרב דקו"ח שנתחייב על נזקי הבהמה אם נאבדה יע"ע ולפי טעמו של הרמב"ם לא נראה כן כמש"ל עכ"פ נדו"ד נראה דגם הרב ה' יודה דשאני בהזיק הבהמה הואל וכוונתו היתה, בפריצתו שתלך ותזיק אפשר ס"ל להרב הנז' דאדרבא קרוב הדבר שתאבד יותר משתזיק וא"ך להכי ס"ל להרב דכשחייב הרמב"ם על מה שתזיק מכ"ש שיתחייב אם נאבדה ומזה ילפינן לנדון דידיה דהואל וחתר אדעתא לגנוב וגנב מה שגנב הגם שבאו אחריני וגנבו חייב הואל ובמחשבתו היתה שיאבד ממון בעל הבית על ידי גניבה ועלתה מחשבתו הוי מזיק בידים לא כן נדו"ד הגם שפרץ וסתר מעולם לא עלה על דעתו על הגניבה ובודאי אפילו הרב ר"ב המלאך יודה בזה: שו"ר להטו"ז בס' שצ"ו ס"ד שציין וכתב ז"ל וי"א דאינו חייב וכו' משמע דלדעת הש"ע חייב בנזקי בהמה וקשה שזה סותר למ"ש בס"ג כדי לאבדה פטורים על כן נראה לי דצ"ל י"א בלא וא"ו וכוונתו היא לפרש דברי הש"ע שהם דברי הרמב"ם שאין מבואר כוונתו על מה חייב כמ"ש הרב"י משם הראב"ד בהשגה על זה כתב רמ"א י"א דאינו חייב וכו' ולא לחלוק על הקודם ולהביא פלוגתא חדשה עכ"ל הרי מדברי הטו"ז ברור לו דמס"ג מוכרח לומר דעל נזקי הבהמה פטור לדעת הש"ע דלא חייב כאן אלא על מה שהזיק הרי מבורר כמו שאמרנו דלדעת הש"ע סברת הרמב"ם בעי עד שיתכוון ותצא מחשבתו לפועל וממנו נלמד לנדו"ד דלא נתכוון לשם גניבה ודאי פטור וכן כתב ג"ך הסמ"ע סק"ו דלדעת הש"ע דוקא דאם נאבדה חייב לשלם לבעלים אם הוציאוה בידים אבל בפורץ בפני בהמת חבירו ונאבדה פטור ע"ש וא"ך הד"א דכל מה שנגנב מן הבית לא הוי אלא גרמא ופטור ותו לא מידי זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן כ"ד החותם בע"א לאדר כאן שנה נאד"ר בקד"ש פה סאלי יע"ה הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כא

תשובה לדאר לבידא יע"ה להיות שראובן משכן קרקע שלו ביד שמעון ונתן לו לוי שוכר כדרך הממשכנים והן היום לא רצה לוי השוכר לשלם. חדא משום דהקרקע לא שויא כי אם סך שני דורוס בחודש והוא נתחייב לשלם יותר ביותר מדמי שוויה כפי מה שהתנו בשעת המשכונה הלוה והמלוה ועוד טוען דאפילו כדי שוויה לא יפרע יען כי אין עליו אשמת דבר ולא בא כי אם לשריותא בעלמא יומ"ץ:

תשובה במקום שאמרו לקצר שנו כאן והד"א כמ"ש הרב הפוסק נר"ו שאין עליו לשלם כי אם כפי שווי המדור ככתוב בכתב יושר בתקנה ש"ש שכ"ל טוב ובעקבותיהם הלכו הרב יוא"ל בח"ב ס"ק דפסק ותני כדברי התקנה דלגבי בעלי בתים מפקיעים זכות בעלי

המעות מאותו עודף הפקעה גמורה יעו"ש ובדברי הרב מהריב"ו ז"ל שנה ופירש יותר כמ"ש בדבריו הרב הפוסק נר"ו וא"ך מי יבוא אחרי המלכים האלה:

גם במה שהשיב הרב הפוסק לבטל טענת שמעון דלא לשלם כלל כי לא בא אלא לשריותא. אמת נכון הדבר שאין בדבריו של שמעון כלום כי הגם שהדבר במחלוקת שנוי דלדעת הרב המלאך ר"ב זלה"ה ס"ל דאין עליו שום חיוב על השוכר וכמו שהביא דבריו ה"ח הפוסק ולדעת הרב יוא"ל ז"ל ס"ל דלא כן הוא עכ"פ אנן בדידן הגם שאין ידיעתנו מכרעת עכ"פ נראה דכוותיה דהרב זלה"ה נקטינן מתרי טעמי. חדא הואל והוא תנא דידן מאריה דאתרין עי"ת רבאט יע"ה ומימות עולם דאר לבידא נגררת אחר עי"ת רבאט יע"ה ומה גם שהמלוה והלוה הם מעי"ת רבאט ודאי צריכי לילך אחר בית דינו של: הרב יוא"ל ז"ל וכמ"ש הרב ד"ן הביא דבריו מהריב"ו זלה"ה ח"ב ס' פ"ט וז"ל ובזה עלה לי תרוץ נכון על הכלל שבידינו דלא מצי אדם לומר קי"ל נגד מאריה דאתרא וכלל זה כתבו הרדב"ז ומוהריק"ש עכל"ה א"ך לזה שומעין:

ועוד דמצאנו ראינו להרב יוא"ל זלה"ה דסברתו כבר דשו בה רבנן סבוראי והלא היא כתובה על ספר לאוריין תלתאי הראשון אדם הרב מוהרי"ע זלה"ה במנהגי השכירות ס"ב שכתב משמו ומשם רבו זלה"ה דלא מצא התר למה שדר הלוה בעל המשכונה בקרקע כי אם שיקבל המלוה מיד השליש דהיינו שישעבד השליש עצמו בפירות והוא יתן להמלוה וכו' ובסברא זו ג"ך החזיק הרב מש"ה במערכת מי"ם סק"פ והוסיף עוד לכתוב וז"ל ואם מת השליש אם הממשכן זוכה בשכירות הקרקע או לא זה היה מעשה לפני מי שגדול הרב תנא דידן ומורי גם הוא הרב חו"ק נת"ן הי"ו וכך עלה הסכמתם שאם מת השליש אין לבעל המשכונה שום זכות לגבות שכירות הקרקע לא מיורשי השליש ולא מהלוה כלל מיום שמת השליש וכו' ומעתה הסכמנו הסכמה גמורה בכח ב"ד יפה שלא יוכל ולא יורשה בעל המשכו' בידו לקבל פירות המשכונה אלא מיד שליש דוקא או מיד השוכרים בתי החצרים הממושכנים עכ"ל הרי לפניך דקרי בחיל דכל זמן שלא מת השליש מחויב ועומד הוא לשלם ואדרבא לדעתייהו אין להם שום עסק כלל עם הלוה ואל השלשי לו בא הוא הרב זכו"ת אבו"ת דגם הוא פסק בסכינא חריפא דחייב השוכר לשלם מכיסו וממנו מדין חי"ע במה שאינו חייב חייב יעו"ש בס' ט"ל דכך פשיט ליה כביעתא בכותחא וחשיב לטענת השוכר דברי שטות יעו"ש וא"ך הואל והני חבל נביאים כולם שוים לטובה כשטת הרב יוא"ל זלה"ה ודאי להם שומעין והגם שמוהר"ר ר"ב זלה"ה הביא גם הוא סייעתא לסברתו מדברי הרב הגדול מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה כבר השיב הרב הפוסק בטוטי"ד הרב יוא"ל ז"ל נראה דאותו פסק לאו בר סמכא הוא א"ך

פשוט דדכוותיה דהרב יוא"ל זלה"ה נקטינן: ומה גם לפי מה שנראה הרב הפוסק נר"ו דהשוכר הזה ויכול הוא לגבות מן הלוה הדר בבית יכול המשכיר לכפותו ליפרע ממנו ולזיל הוא ולגבי מהלוה דאל"ך אנחנו לא נדע מאי אהני לן חיובו של השוכר מעקרה הואל ולא נעשה בו צד תועלת כלל אלא ודאי דנקוט מיהא דאהני לאופן זה במקום שהמשכיר נהנה והשוכר אינו חסר והגם שמדברי דייני פאס המובאים שם בס' משי"ש דף צ"ח לא נראה כן דהא כתבו בדבריהם וזל"ה תדע שכן הוא האמת והצדק אלו באו לדון לפנינו השוכר והלוה ותובע השוכר מהלוה לפרוע לו שכירות. אחר שהוא נתחייב למלוה האם יעלה על הדעת לומר להם שהדין עס השוכר. זה ודאי לא תיסק אדעתין וכו' מדברים אלו נראה דשוכר זה אינו אלא כאלה נובלת ואין בו תועלת לזה יש לומר דדייני פאס יע"ה בעלי אותו פסק לא דברו אלא בבא השוכר לתבוע ללוה בלא כפיית המשכיר אלא מצד עצמו רצה לעשות כן בזה הוא דאמרינן ליה הניח לו בינו ובין המלוה הואל ואין המלוה דוחק אותך אבל אם ירצה המלוה להכריח לשוכר איכא למימר דבזה יודו דהמשכיר יכול לכוף לשוכר והשוכר ללוה דאל"ך לא ידענו מה אהני לן חיובו ועל מי ש לנו להשען בהאי שריותא ובאמת כן יש לדקדק מדברי מוהר"ר ר"ב והרב יואל זלה"ה דבזה לא פליגי ולא נחלקו אלא במקום פסידא דשוכר זהו משנלע"ד והגם שהיה מקום כאן להאריך אם היו יהיה שטר שכירות בקוש"ח אם יש לחייבו מצד השבועה אפילו לדעת מוהר"ר ר"ב זלה"ה עכ"פ אין לנו להאריך במה שלא נדרשנו. כלל העולה דמחויב הוא השוכר לשלם מכיסו השכירות בכדי שווי המדור דוקא בלי שום פקפוק והצוי"ם וימ"ן:

אחרי זמן מה שנחתם הפס"ד והיה מה שהיה יצא לאור הדפוס ספר משפט וצב"י להרה"ג מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה וזכינו לאורו ושם שם ראינו שאדרבא מנ"ר הוא מכת המחייבים את השוכר בלי שום פקפוק יע"ש עליו בס' פ"ה ועוין עליו בסימן אחר שם לא נשאר בזכרוני דשם פסק הרב הגדול אריה דבי עלאי כמוהריב"ע זלה"ה דאדרבא אסור לתבוע כלל להמלוה כי אם לשוכר דוקא וששנו בכ"ה וקי"ל:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כב

לעי"ת מאזאגאן יע"ה על ענין אשה אחת שהאמינה לאחיה בשעת מותה שיהיה נאמן על אשר יש לה תחת ידו לומר כי הוא זה והדבר היה בקוש"ח יומ"ץ: תשובה השקפנו לטובה על הנאמנות שהאמינה האשה רחל לכה"ר שלמה אחיה נר"ו ולע"ד נראה

דהנאמנות הנז' לית נגר דיפרקינה דהא עדיפא מזה פסק הש"ע בס' ע"א סכ"א וז"ל מלוה שהאמין ללוה שיהיה נאמן על השטר לומר פרוע מועיל נמי לגבי יורשים שאם מת המלוה ובאים יורשיו לגבות מן הלוה נאמן לומר שהוא פרוע אבל צריך לישבע שהוא פרוע אלא אם כתב לו שיהיה נאמן בלי שבועה וכו' הרי לך דאם האמינו מלוה ללוה אפילו לא כתב לו הנאמנות בפירוש על ב"ך אלא דהאמינו סתם לומר פרוע עכ"ז נאמן נגדו ונגד ב"ך אפילו נגד השטר שבידם עליו קו"ח לנדו"ד דאיכא תרתי למעליותא יותר שאין להאשה שום שטר על אחיה על מה שבידו נוסף על זה שכתבה לו שהוא נאמן עליה ועל ב"ך פשוט וברור דנאמן הוא אחיה על אשר יאמר כי הוא זה:

ולא נצרכה אלא להעדפה בנדו"ד דאין עליו אפילו חר"ס וכמ"ש בשטר הנאמנות שהאמינה אותו שיהיה פטור אפילו מחר"ס. הן אמת דלכאורה היה נראה דמידי חר"ס לא נפיק מהא דפסק הש"ע בס' ע"א ס"ו וז"ל אין הנאמנות מועיל שלא להחרים סתם אפילו פירשו בפירוש וכו' וא"ך לכאורה היה נראה לחייבו בחר"ס מדברי הש"ע אלו והגם דחזה הוית דשטר זה נכתב בו שהאשה רחל האמינה אחיה בכת שבועה חמורה וכו' וראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה בח"ב סוף ס"ג כתב וז"ל והגם שהשט"ח הנז' הוא בש"ך ולש"ך בכת"י של הראשונים שכששט"ח הוא בש"ח אין להחרים וכו' וא"ך הרי העיד העד בנו האיש אדוני האר"ש שבפסקי הראשונים כתוב דהיכא שהנאמנות בש"ח אין להחרים ובכאן כבר אמרנו שהאמינה אותו בקוש"ח עכ"ז לכאורה אין לפוטרו מחר"ס על פי מ"ש הרב הנז' כי דברי מהריב"ו זלה"ה באו בקצר אמי"ץ ולא כתב אלא מה ששייך לענין דידיה אך תהלי"ת דברי הראשונים שכתב הרב שראה אותם בכת"י כבר עלו ובאו על משב"ח הדפוס ונראו בעליל בספר כר"ח ס"א סקס"ה ושם נמצא כתוב פסק אחר של רבותינו הראשונים ובסופו כתוב וזל"ה ה ואף דאיתא בס' ע"א ס"ו דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים חר"ס אפילו פירשו בפירוש התם כשהנאמנות בקנין לבד אבל אם כתוב בקוש"ח וכו' אך אם יעכב מלפרוע עד שיקבל ח"ס נמצא אם ישביעוהו יעבור על שבועתו עכל"ה וחתומים על זה הרבנים הגדולים מוהר"ר יעבי"ץ ומוהרש"ל ומוהר"י גבאי ומוהרי"ט זיע"א וא"ך מדברי הרים הגבוהים האלה נראה דלא פטרו מחר"ס אלא כדי שלא יעבור על השבועה שקבל עליו וכמו שבא הדבר מפורש בדבריהם וז"ל שאם יעבור ולא יפרענו עד שיקבל חר"ס נמצא אם ישביעוהו יעבור על שבועתו ע"ך וא"ך לפי דבריהם אלו נראה דלא תהני שבועה אלא לגבי רחל עצמה במה שהאמינה אותו עליה בחייה אלו היתה עדיין קיימת ותבוא להחרים עליו הוה פסקינן ליה שאינה יכולה כדי שלא תעבור על שבועתה שקבלה עליה הנאמנות בקוש"ח אבל

לגבי היורשים שהם לא נשבעו וגם אין עליהם שום איוב לקיים עליהם שבועת אביהם וכמו דקי"ל שדבר שנשבע עליו האב ומת אין חיוב על הבן לקיים שבועת אביו עיין ביור"ד הלכות נדרים ושבועות ועיין גם בחומ"ש בכמה מקומות וארמוז חד מנייהו עיין בסר"ט ס"ד בדברי מור"ם יעו"ש וא"ך גם כאן הואל ואלו היורשים לא נשבעו ואין עליהם חיוב מצד שבועת מורישתם מן הראוי לומר דיכולים לטעון דחזר הדין לנסי לפסק הש"ע דס' ע"א ס"ו שכתב דאין הנאמנות מועיל לגבי חר"ס וכו': אלא דמצאנו להר"ש הנז' ארוכה ומרפא לפוטרו מחר"ס אפילו אם לא היתה הנאמנות זו בקוש"ח והוא מדברי הסמ"ע בס' ע"א סקט"ז ששם יהיב טעמא ותבלין לדברי הש"ע דלמה אין הנאמנות מועיל לגבי החר"ס וכתב וז"ל דהטעם הוא משום דמ"מ לא הימניה לגוזלו וכו' ומלשון זה מוכת דדוקא בטוען ברי שגזלו הוא דמחרימין כדמוכח מלשון זה שכתב הסמ"ע דלא האמין אותו לגוזלו דמשמע דבטוען ודאי גזלו מיירי והגם דאין צריך להביא ראיה על דקדוק וכוונת דברי הסמ"ע כי לע"ד נראה פשוט ובפרט דתהלי"ת כך נמצא כתוב בפירוש ג"ך בפסקי הראשונים עיין עליהם בספר כר"ח ח"ב סרי"ב בפסקא אחת שם דקאי על ראובן שהאמין את אשתו בשעת מותי וכתוב שם באותה פסקא וז"ל גם חכמי מקנאס כתבו על זה פסק ארוך ונתבלה ונרקב אבל ראה זה מצאתי וזה נוסחו ושאל השואל אם יש צד לפטור האלמנה אפילו מחר"ס וכו' נראה דהאלמנה זו פטורה מחר"ס ומנדר שעם היות שכתבו הפוסקים שאף כשהאמין הלוה וכו' התם היינו טעמא שהלוה טוען בריא וכו' שלא האמינו לגוזלו אבל בנדו"ד וכו' אין היורשים יכולים להחרים על האלמנה כלל וכו' כיון שהאמינה בשעת מיתתו וכו' וחתומים על זה הרבנים הגדולים מוהר"ם טולידאנו ומוהר"א אלב"ו ז"ל עכל"ה נמצינו למדין מדבריהם כמו שדקדקנו מדברי הסמ"ע דבמקום שאין יכול לטעון בריא דין הוא דפטיר ועטיר מחר"ס הואל ופירש שיהיה פטור גם מחר"ס וטענת היורשים פשוט וברור דסתמי כפרושם דלא ידעי במילי המורישם וכל טענותיהם טענת ספק וא"ך אין על שלמה הנז' שו"ש קו"ח וג"ש ואפילו חר"ס וכמו שבא כתוב בשטר הנאמנות ואין להאריך:

ברם נשאר לנו חד ספיקא שלא יטעה בו שום אדם והוא. דהואל וראינו דמה שהאמינה האשה הזאת לאחיה אלא סמוך למיתה דילמא לשם מתנה נתכוונה ועל זה. נתחכמה לעשות אותו נאמן ואזי יהיה כח בידו לומר שאין בידו מנכסי אחותו כי אם דבר מועט ולקחת הכל לעצמו וא"ך הוא הרי כוונתה לשם מתנה היתה וכבר ידוע דכל ערי המערב מיגרר גרר בתר תקנת המגורשים ודבר ידוע דכל מתנת שכ"מ שאינה עשויה ע"פ חבר עיר בהוכחת אעבורי אחסנתא לא הוי מתנה וא"ך בכאן לא נמצא שום הוכחת על זו

הנאמנות וא"ך לכאורה נראה דיש להסתפק בזה שיהיה נכלל גם שטר נאמנות זו בכלל התקנה דאמרן שתקנו שכל צוואת או מתנות שכ"מ שלא תעשינה בפני ח"ע או ע"פ מאמרו על ידי הוכחה לא הוי צוואה וכמו שמבואר הדבר באורך וברוחב בספר התקנות מילתא בטעמא ע"ע והגם דיש כאן מקום לרואה לתמוה על ספק זה דהיאך יחול על שטר נאמנות זו והרי לא היתה תקנת רבותינו זיע"א אלא מתנת וציואת שכ"מ שהדין בה כשיעמוד הנותן או המצווה הצוואה אז המתנה נופלת מאליה בזה הוא דאמרינן דלא היתה כוונתו אלא לאעבורי אחסנתא לכך צריך תוכחת חכם אבל בנותן מתנת ברי מעכשיו בזה לא תקנו והדין הוא שיעשה מה שלבו חפץ בממונו וא"ך גם כאן אפילו נימא דלשם מתנה נתכוון הרי כאן נמצא כתוב שהאמינה את אחיה גם עליה כמ"ש פעמים שלש בשטר הנאמנות שראינו וא"ך הרי הדר דינה כדין מתנת ברי שיכולה לעשות מה שלבה חפץ וא"ץ תוכחת לזה אני אומר דספק זה מיסרך ואתי ממה שמצינו ראינו להרה"ג מוהר"ר ר"ב ז"ל בס' משי"ש ח"ב סקפ"א שפסק שכל מתנה שיתן שכ"מ אפילו שהיה ברי צריכה הוכחת חכם הלאו הכי כמאן דליתא כלל יעו"ש הרי ספר משי"ש מצוי בבתי דינין וא"ך גם כאן הואל ובשעת פטירתה עשתה דילמא כוונתה למצוא יד שלמה אחיה לקחת הכל לעצמו עשתה זאת וא"ך נימא שתהיה נאמנות זו בטילה:

אלא דהאמת ספק זו שבוש וחלילה לנו לבדות סברות וספיקות שלא נראו ולא נגלו בשום ספר ואין לנו אלא מה שתקנו בפירוש דוקא ברואין כוונת המצוה להעביר הנחלה מתכוון הוא שתקנו והבו דלא לוסיף עלה להסתפיק בשאר ענינים כנדו"ד ולומר דדילמא לזה נתכוונה ואין לנו אלא מה שתקנו ולא עוד:

ועדיפא מזה אפילו בתקנה עצמה במקום שנסתפקנו בפירושה ובאופניה הרי קי"ל כל ספק בתקנה העמדהו על ד"ת וכמ"ש מר"ן באעה"ז סקי"ח ס"ו יעו"ש ובדין זה נשתמשו כל האחרונים לדין תקנת המגורשים יעו"ש וא"ך באומרך אפילו היכא שיש ספק בדברי התקנה דין הוא שתעמדהו על ד"ת מכ"ש שאין לנו להסתפק ולומר דדילמא כוונת האשה לזה היתה מה שאין מוכח כלל מלשון השטר ומה שלא נרמז בדברי התקנות זו דבר פשוט ודו"ק ואין לנו לומר דלא היתה כוונתה אלא ליפות כח אחיה שלא יעליל עליו היורשים כי יודעת היא שאין שלמה אחיה חשוד לשום דבר אלא נקי כפים ובר לבב ואדרבא איכא למימר מה שכתבה לו נאמנות ולא כתבה לו הודאה גמורה שאין לה ביד אחיה שום דבר מכאן מודעה דלא נתכוונה כלל לשום מתנה וזה תוכחת מגולה.

ועיין להרב מהר"י ן' וואליד זלה"ה בספרו הבהיר ח"ב סי"ד שפסק באחד שצווה בשעת מותו שפלוני נושה בו ואינו יודע כמה והאמין לאותו פלוני על אשר יאמר כי הוא זה

המעט הוא אם רב ופסק הרב בסכינא חריפא שיפרע אותו פלוני בכל אשר יאמר וכדין הש"ע בחומ"ש סק"ח שפסק בשלשה דרכים מלוה ע"פ נגבית מהיתומים וכו' ולא חשש כלל הרב לשום ספק דלשם מתנה איכוון וכל ספרי האחרונים מלאים מזה ולא כתבתי זה אלא שלא יכנס ספק זה בשום בעל שכל:

ודע וראה דלא הוצרכנו לכתוב ספק זה אלא לפי פסקו של הרב משי"ש כמש"ל ואך דע וראה דדינו של הרב משי"ש שזכרנו לאו מילתא פסיקתא דהן היום נראה בעליל ספר משפט וצדקה ביעקב להגאון הרב יעבי"ץ זיע"א ושם שם בס' ק"ס פסק אחד להרב הגאון מוהר"ר חביב טולידאנו זלה"ה זיע"א מדבריו שם נשמע שגם הרב מהר"ם ן' חמו זיע"א ומוהר"ר מרדכי ז"ל כולהו אוריין תלתאי ס"ל דמתנת בריא אפילו יכתבנה בעודו שכ"מ דבריו קיימים ולא חלה עליהם כלל תקנת המגורשים זיע"א יעו"ש שהרחיב לשונו בדברים קשין כגדין נגד הסוברים דשכ"מ שנתן כדין בריא דצריך הוכחה יעו"ש ואני אומר דודאי אלו ראה הרב משי"ש זלה"ה דברי הרבנים הנז' לא היה פוסק כן ומה גם אפילו נניח שהדבר במחלוקת שנוי יכול שלמה המוחזק לומר קי"ל כתלת סבי דנהרדיעה שזכרנו ובפרט כבר מלתינו אמורה דנדו"ד ריח התקנה לא עדת עליה וקם דינא דהר"ש פטור אפילו מח"ס זהו משנלע"ד בטו"ב לאדר שנת התרנ"ח לפ"ג:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כג

בא לפני שטר שכירות שכתוב בו בקש"מ וכו' מיד פלוני בכח הקוש"ח הנז' השכיר לו החצר לפלוני מיום ר"ח תשרי עד שנתיים ימים הי"ז יום ר"ח אלול ע"ך:

נלע"ד דשטר שכירות זה כמאן דליתיה כמ"ש בס' קצ"ה ס"ה דק"ס שהקנה לו לסוף שלשים יום צריך לכתוב לו מעכשיו וכו' יעו"ש גם כאן היה צריך לומר שמעכשיו הקנה אותה לו מר"ח תשרי הב"ק:

הן אמת דראיתי בספ' כר"ח ס"א ס"ג ששם כתוב וז"ל מצאתי כתוב בכתבי הקדוש רבינו יעבי"ץ זלה"ה וז"ל תיבת מעכשיו שאנו כותבים בתחלת השטר וסופו דהיינו שבתחילה כותבים הע"ע בקש"מ במדל"ב וכו' ובסופו כותבים נ"ה בקש"מ בדל"ב תועיל גם לאיזה פרטים וחלוקות שבאמצע השטר שלא נתבאר בהם מלת מעכשיו דאכולהו קאי מעכשיו וכך הוו דנים הרבנים מוהר"ר וידאל הצרפתי ומוהרמ"ח ומוהריב"ע זיע"א ע"ך וא"ך גם כאן הרי כתוב כאן בקש"מ תחלה והוי כאלו כתוב מעכשיו כסברת הרבנים הנז' והגם שדברי הרבנים הנז' נמצא כתוב שכותבים מתחילה בקש"מ ולבסוף ג"ך כותבים

ונ"ה בקש"מ משמע דוקא אם היה כתוב תחלה וסוף הוא דדרשינן הכי אבל בכאן הגם בתחלת השטר כתוב בו הע"ע בקש"מ וכו' ובסוף השטר לא נמצא כתוב בו כי אם ונ"ה בק"ג וכו' ולא בקש"מ וא"ך הרי אין בקש"מ בסוף עכ"ז מטעם זה היה לנו לקיים השטר דעל דבר זה דלא נמצא בסוף כי אם בק"ג הרי יש שלשה תשובות בדבר חדא דהואל וכתב מלת בק"ג דהכוונה היא בקנין גמור בודאי קנין המועיל דהיינו קש"מ דכעין זה ראיתי בספרי הפוסקים דאם כתב והאמין הלוה למלוה נאמנות גמורה ראיתי להרב צרו"ר החיי"ם שכתב דהוי כאלו כתב עליו ועל יורשיו יעו"ש שכתב כן משם הרא"ש וכתב שכן הסכימו רבני המערב יעו"ש וכן ראיתי למוה"ר יוא"ל סי"א שפסק כן עוד ראיתי להרב גוא"ל בס' ע"א סק"ב משם מוהריב"ל ז"ל דאם כתב לו נאמנות גמורה הוי כאלו האמינו כשני עדים כשרים יעו"ש א"ך גם אני אביא בכאן דודאי קנין גמור הכוונה גמור לכל חלקיו דהיינו אופן המועיל דהיינו בקש"מ:

ומה גם לע"ד נראה דעד כאן לא הצריכו הרבנים הנז' בקש"מ תחלה וסוף אלא על אם בוא יבוא בתוך השטר איזה פרטים הצריכים תיבת מעכשיו ויש להסתפק אם מלת בקש"מ דכתב תחלה קאי גם עליהם או לאי אזי יש להסתפק דדילמא לא קאי בקש"מ הראשונה כי אם אתחלת השטר ולא על מה שבא אחריו לכך הוצרכו להיות כתוב גם בסופו ונ"ה בקש"מ אבל בנדו"ד דכל עקר השטר לא כתוב בו שום דבר זולת בקש"מ שהשכיר לו מר"ח תשרי עד סוף שנתיים ימים ותו לא מידי וא"ך מוכרח לומר דבקש"מ הראשונה לחוד מהני דהרי היה מעכשיו דאם לא על השכירות הוה קאי אמאן קאי הרי לא יש כאן בשטר זה כי אם דבר זה:

גם אין לומר דעד כאן לא אמרו הרבנים הנז' דאם היה כתוב בקש"מ מהני במקום מעכשיו אלא במקום דבא השטר סתום שנתחייב בו פלוני לפלוני באיזה דבר ואותו הדבר היה צריך להטיל בו תנאי מעכשיו אלא שהשטר בא סתום וחתום ולא ידעינן אם היה במעכשיו או לא. בזה הוא דאמרינן דתיבת בקש"מ מהני כאלו נכתב מעכשיו אבל בנדו"ד שכתוב בו בקש"מ שהשכיר לו החצר מר"ח תשרי וכו' הרי מפורש שלא היתה השכירות כי אם מר"ח ולא מהיום ואיך הואל ומן השטר אדרבה מוכרח דלא היתה לו אלא מר"ח תשרי הב"ק מה יתן ומה יוסף תיבת בקש"מ דזה אינו דגם כאן הכי יש לפרש כוונתו בקש"מ מעכשיו וכו' דהיינו שהקנה לו מע' מר"ח תשרי וכו' דהכוונה היא שהקנין הוא מעכשיו יחול על הזמן הבא דהיינו מר"ח תשרי עד סוף שנתיים ימים ובודאי דהכי צריך לפרשו דאל"ך אמאן קאי האי תיבת מעכשיו ודאי גם הרבנים הנז' בהכי דברו דאם אמור נאמר כמו שעלה על דעתינו דהרבנים לא דברו אלא אם בא הדבר

סתום באיזה דבר הצריך מעכשיו ולא ידענו אם היה מעכשיו או לא א"ך אם בזה דברו לא היו צריכים הרבנים הנז' לומר דאם היה כתוב בקש"מ תחלה וסוף אפילו אם לא הוה כתוב אלא בקנין סתם תחלה או סוף הרי זה מהני וכמו שפסק מור"ם בס' קצ"ה ס"ה וז"ל ובסתם אמרינן דהוי כמעכשיו ובאופן המועיל דודאי בכדי לא הוה עביד ע"ך יעו"ש וא"ך הואל ומור"ם פסק דכל סתם קנין הוה מעכשיו לא הוצרכו אלא לכעין נדו"ד דהוה כדינא דמר"ן שם במי שהקנה לו לסוף שלושים יום דמצריך מר"ן ז"ל מעכשיו א"ך מדברי הרבנים הנז' יש לנו לומר דשטר שכירות זה חזק וקיים:

אלא דראיתי דדין זה דדנו הרבנים הנז' במחלוקת הוא שנוי והילך מ"ש הרב משחא דרבותא סימן רמ"ב וז"ל וכיוצא בזה כתב הרב משא"ת מש"ה שאלה ה' דף כ"ב על צוואה שכתוב בה הוו עלי עדים וקנו ממני ק"ג מעכשיו וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח לנכדי הנערים וכו' נדרשנו לבקשתו ויתן יד וקנינו מיניה בקג"מ וכו' וכתב על הצוואה זאת ואין לרפאות שבר זה ממ"ש בשטר צוואה וקנינו מיניה בלשון מעכשיו וכו' בדותא היא דלהאי לישנא דמעכשיו דקאמרי סהדי מה יושיענו לדידיה דנותן עכ"ל הרי לפניך דאפילו אמר ליה כתבו בכל לשון אפילו הכי אם לא אמר בפירוש מעכשיו אינו מועיל ממ"ש הסופרים מדעתם וכן ראיתי להרב בנ"י חי"י סקצ"ה בהגהו"ט סקי"ב שכן כתב בפשיטות וכן ראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה בלקוטיו שכתב בפשיטות דבמקום הצריך מלת מעכשיו מלת בקש"מ לא מהני ע"ע וא"ך ע"פ פסק הרבנים האלה יכול השוכר שבא לחזור משכירותו יכול לומר קי"ל וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כד

נשאלתי שאלה. חכם אחד היה נושא ונותן למצוא טרף לביתו ולכלכל שבתו והיה עשיר אחד מחזיק בידו ומלוה לו סך מה וכותב עליו שטר חוב עד אשר יפרענו לאט לאט והחכם איידי דביני ביני מתעסק באותם מעות כך דרכו כפעם בפעם. עד אשר לבסוף אותו חכם לא הצליח במעשיו וכלה קרנא והוצרך החכם לבטל מעסקו ולחזור על למודו ויהי היום מדי דברו אותו החכם עם חכם אחר היה מתאונן ואומר לא יש לי צער יותר כי אם בשביל פלוני העשיר שהחזיק בידי ולא נשאר מאומה בידי ממה לפרוע לו עברו ימים נודווגו אותו העשיר המחזיק עם אותו החכם שהיה מתאונן לו החכם הנחזק ואזי שאל העשיר את אותו החכם ואמר לו שמעתי שהח' פלוני בטל העסק וחזר על למודו אזי אותו הח' ענה ואמר אמת הדבר אכן יש לו צער גדול הואל ולא נמצא בידו ממה לשלם לך מה שאתה נושה בו וענה העשיר אל יהיה לו צער הרי הוא החוב מחול לו

ובאותה שעה הלך החכם וסיפר לחבירו שאל ידאג על הדבר יותר כי כן דבר העשיר וזה תשובתו ויהי ברבות הימים אותו עשיר הלך לב"ע ואתרמי שבא אותו שטר שהיה כותב העשיר על הח' בא לידו של אדם אחד שאינו מיורשי העשיר וכשבא לידו בא אל הח' ואמר לו. מצאתי בשטרותיו של פלוני שטר אחד שהוא נושה בך סך מה ואזי הח' ספר לו כל האמור לעיל ואז אותו אדם האמין להח' על מה שאמר לו שכבר הוגד ממגידי אמת שהעשיר בפה מלא דבר שהוא מחול ומותר לו ואז תפס אותו אדם השטר וקרעו קרע בדי"ץ ועל זה שאל הח' הנחזק דהואל וזה האדם שקרע אינו יורש של העשיר חשש על עצמו האם יש לסמוך על אותה מחילה וישתוק ואל ידבר בדבר עוד או לא יסמוך על דברי אותו העד שהוא הח' שספר לו שהעשיר מחל לו וחייב לשלם בדין ואת"ל דבדין פטור יש לחקור אם פטור גם מלצאת ידי שמים יומ"ץ:

תשובה לזה. הנה מצאנו בדין המחילה דאפילו מחילה בפה לחוד מהנייה ופסקה מר"ן הקדוש בחומ"ש שי"ב ס"ח וז"ל מחילה אינה צריכה קנין עכ"ל וא"ך אלו לא היתה הלואה זאת בשטר אלא בע"פ לית דין ולית דיין דמחילה הויא אכן הואל והלואה זאת היתה בשטר מצאנו ראינו שיש בזה מחלוקת הפוסקים ומצינו להסמ"ע בסי"ב ס"ק כ"א כתב דמחילה א"ץ קנין דוקא במקום דלא נקיט שטרא הויא מחילה יעו"ש והוא הפך דברי מור"ם ז"ל בס' רמ"א דשם כתב וז"ל וי"א אפילו עדיין המלוה נקיט שטרא מחילתו מחילה יעו"ש והנה לכשאני לעצמי הייתי אומר דהסמ"ע כתב זה אליבא דמר"ן דסתם דבריו אפשר ס"ל כסברת רבינו ישעיה שהביא הטו"ר בפירוש דבמקום דתפיס המלוה עדיין השטר לא מהני מחילה לא כן מור"ם בס' רמ"א שהביא שם סברת י"א פליג על דברי מר"ן ופסק כסברת המרדכ"י ז"ל שהביא שם בהד"מ ומשום הכי כתבה שם בשם י"א לרמוז דפליג על מר"ן:

אלא דראיתי להש"ך בסי"ב סקי"ז דתמה על דברי הסמ"ע אלו שהם הפך מור"ם בס' רמ"א ולפי דברינו זה מאי קא מתמה הרי הסמ"ע נקט דבריו אליבא דמר"ן ומור"ם ז"ל חולק שם כדאמרן אלא ודאי דהש"ך ס"ל דהואל ומר"ן לא גלה דעתו לא בס' זה ולא בסרמ"א פשוט דבשטת מור"ם אזיל ולכך לא חלק בדבריו ומאי דכתב מור"ם דבריו בס' רמ"א בשם י"א לאו לחלוק נתכוון אלא כדבעינן למימר לקמן בס"ד וא"ך לפי זה הרי הרב הש"ך פליג על הסמ"ע וס"ל דדעת מר"ן היא המלוה עדיין שטרו בידו הוי מחילה וכן ראיתי להטו"ז שתמה על הסמ"ע ופסק כסברת מור"ם וכן ראיתי במאמ"ר קדישי"ן יעו"ש וכן ראיתי לה"ר דמש"ק אליעזר שתמה גם הוא על הסמ"ע ופסק כסברת מור"ם ודעדיפא מזה ראיתי הוכחת הרב"ש והרחל"ם באהע"ז סק"ה שהוכיחו מדברי

מר"ן עצמו דאפילו נקיט שטרא בידיה הויא מחילה ממה שפסק בס' הנז' ס"ה יעו"ש בדין המוחלת בכתובתה א"ץ קנין יעו"ש בהרב ב"ש והחל"ם סקי"ב. נקטינן מכל הני חבל נביאים דהסמ"ע בסברה ואת דרבינו ישעיה יחידאה הוא אליבא דמר"ן:

והגם דמור"ם בס' רמ"א לא כתב דבריו אלא בשם י"א משום שנתכוון לחלוק כתב כן. אלא דמור"ם אמרה בשם י"א הואל ואותה סברא יחידאה היא של המרדכי לחוד כתב בשם י"א והגם דמצינו לרבינו הטו"ר בס' זה שכתב סברת רבינו ישעיה דס"ל דאם המלוה עדיין השטר בידו לא מהני מחילה וכו' וסיים על זה וא"א הרא"ש לא חליק וכו' יעו"ש וא"ך משמע דהרא"ש ס"ל כסברת המרדכי ולאו יחידאה היא הרי מצינו להרב בנ"י חי"י ז"ל שכתב משם הרב דרכ"י נוע"ם דמה שכתב הטו"ר א"א ז"ל לא חליק לאו למימרא דהרא"ש פליג על רבינו ישעיה זלה"ה אלא כוונתו לומר לא חלק בדבריו והניחם סתומים יעו"ש וא"ך הואל ודברי רבינו הרא"ש ז"ל יכולים להתפריש דלא לחלוק על דברי רבינו הטו"ר בשם רבינו ישעיה הם אמורים א"ך לא ראה מור"ם ז"ל דין זה מפורש כי אם משם המרדכ"י וכמו שבא הדבר מפורש בד"מ בס' רמ"א דלא הזכיר שם כי אם סברת המרדכ"י ולא כינה אותה בשם הרא"ש ולכך כתבה בשם י"א וכדקי"ל בכל מקום שמר"ן ומור"ם מביאים סברא יחידאה מזכירים אותה בשם י"א עיין בסמ"ע בסי"ו סק"ב ובס' ל"ה סק"ט ובס' מ"ו סק"ד ובס' ת"ך סק"י ובש"ך סמ"ב סק"ך ובס' נ"ה סק"ה ובכמה מקומות וא"ך גם כאן מהאי טעמא נקטה בשם י"א ולא לחלוק נתכוון: שוב האיר ה' עיני וראיתי בס' כר"ח להרב מו"ד נר"ו בס' קי"ז שהביא מתשובת הרב יעבי"ץ שנשאל בנדו"ז וכתב הרב הנז' כדכתיבנא דמחילתו הויא מחילה ונסתייע ממה שהביאנו מאהע"ז ומההיא דס' פ"א דהמודה לחבירו בעדים יעו"ש בס' פ"א סכ"ט וכו' וכתב משם הרב זקינו מוהריב"ץ דמה שכתב מור"ם בס' רמ"א וי"א יש למחוק הוא"ו של וי"א ולהגיה י"א ולא לחלוק בא אלא לפרש דהאי דאמר כדאמרינן דמהני בדברים בלבד דכתב מר"ן י"א דדינא הכי הוא אפילו נקט שטר או משכון והעלה הרב דלהלכה ולמעשה הכי דינינן אלה היו דברי כמוהריב"ץ משם זקינו מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה ובודאי דכוותייהו נקטינן וכן ראיתי להרב אחרון מוהר"א קורייאט זלה"ה בס' ברי"ת אבו"ת בסי"ב שעמד בזה ולבסוף העלה הסמ"ע הוא יחיד בדבר ואינו יכיל לומר קי"ל ועוד דהממון הוא בחזקתו דהלוה יעו"ש: אחרי זאת בא לידי ספר מש"ה שפיר קאמר במערכת מי"ם סס"ו האריך למעניתו בדבר זה ובסוף דבריו כתב דכן ראוי להורות דסברת הסמ"ע יחידאה היא וכתב דכל להקת הפוסקים דלא כהסמ"ע ועד אחורן הגאון מוהר"ר חיד"א בס' ברכ"י יוס"ף

עמד ז"ל וימודד ארץ דלא כסמ"ע וחייב המלוה להחזיר שטרו יעו"ש וא"ך אין להאריך יותר בענין זה ודאי פטור החכם הנז':

אלא דפש גבן לברורי הואל והחכם הנז' לא תבעו שום אדם אלא לצאת ידי שמים מי אמרינן דחייב הוא לחוש לסברת רבינו ישעיה ז"ל ולשלם ליורשים או לא ואמרתי אני דלע"ד דאין להסתפק בזה דהא כל דיני התורה מראש ועד סוף אין לך שום דין שלא נפל בו מחלוקת מיום מיתת הלל ושמאי רבו מחלוקות בישראל והיה קשה לישראל הדבר כיום שנעשה בו העגל ואנן הרי לעולם קי"ל לעולם כבית הלל והגם דבית שמאי לעולם מחמרי. כוותייהו דב"ה קי"ל אפילו במידי דאסור והתר ועדיפא מזה אנן דסמכינן אתכא דמר"ן הקדוש אפילו נגד כמה פוסקים ועל מאי דאמר אסור אסיר ועל מאי דאמר מותר מותר ואכלינן וחדינן ואם האמת הוא דחיישינן לסברת האוסרים היאך נקום ונתיר במקום עשה ספיקא דאורייתא נגד דעת האוסרים אלא כל שנתברר הדבר דהלכתא הכי אנן אמרינן דכך אמרו לנו מן השמים ואין נפתל ועקש כלל כל זה נראה פשוט וא"צ להביא ראיה. אלא דלהעמיד הדבר ולתומכו אמרתי להביא ממה שראיתי להרב מוהרמ"פ בספרו שמ"ו מש"ה דף מי"ם ע"א משם מר"ן החבי"ב וז"ל ואמינא לה ממ"ש להכנה"ג בכלליו שנסתפק דאם מי שזכה בטענת קי"ל בבא לצאת ידי שמים אם חייב להחזיר או לא ופשיטא ליה להרב דאפילו בבא לצאת ידי שמים אינו חייב להחזיר וליכול וליחדי ומן שמייא מיהב יהבו ליה ואייתי בידיה ראיה אלימתא הראויה אליו והיא סוגיא דקמא דף קי"ח ע"א ע"ש דמן הסוגייא ומפרשים ז"ל מבואר דכל מילתא דהוי שמא ושמא אפילו בבא לצאת ידי שמים פטור והכא בטענת שמא ושמא הוא וכ"ש למוהריק"ו דס"ל דבזוכה בטענת קי"ל ברי הוי כ"ש שאינו חייב כלל לצאת ידי שמים ועיין להרב אנג'ל בתשובה סכ"ח ואפע"ג דמדברי מוהרימ"ט ח"ג סקכ"ד דפוס קושטא לכאורה נראה דלא כהרב כנה"ג וכו' הא ליתא דמר"ן החביב ז"ל דינא קאמר דהכי איתא בסוגייא הנז"ל ופסקה הרא"ש ובעל הטורי"ם והכי פסקו כל הפוסקים יעו"ש בדבריהם ובודאי דגם מוהרימ"ט לא פליג על הרב החביב ז"ל אלא דלאו דוקא נקיט בלישניה וכו' עכ"ל הרב המפ"ה והבאתי דבריו ברישׁ מילין כללא דמילתא הצריך לן:

נקטינן מכאן אפילו במקום שאין לו זכייה אלא מכח קי"ל עכ"ז ליכא מאן דפליג וס"ל דחייב לצאת יד"ש מכ"ש נדו"ד דסוגיין דעלמא קמאי ובתראי נקטי דלא כסברת רבינו ישעיה כדאמרן לעיל לית דין ולית דיין והדר דינא כאלו הלכה למשה מסיני ומאן ספין ומאן רקיע להצריכו לי"ש פשוט הוא כמש"ל:

אלא דעדיפא מזה אמינא הכא לסברת רבינו ישעיה שכתב הסמ"ע עכ"ז בכאן יודה במודים דרבנן דמחילה זאת שמחל העשיר הויא מחילה דהא זיל בתר טעמא דרבינו ישעיה דס"ל דלא הויא מחילה משום דמסתמא הואיל והיה לו להחזיר השטר משום ואל תשכן באהליך עולה והוא לא החזירו בודאי לא נתכוון למחול לו והשטאה בעל' הוא זה והאי טעמא מפורש יוצא מדברי הרב בנ"י חי"י סי"ב בהגה"ת הרב"י יעו"ש דמכח זה יצא לחלק בין שטר למשכון וא"ך הואיל וטעמיה דרבינו ישעיה הכי הוא א"ך יוצדק לן במקום הראוי להחזיר השטר וכגון שהיה המלוה והלוה במעמד אחד ומדהוה ליה להכניס ידו לכיסו ולתת השטר ולא עשה כן בודאי דלא נתכוון למחול אבל בכגון נדו"ד שהמחילה לא היתה בפני הלוה אלא שלא בפניו אפילו לא החזיר לו השטר אין ממנו ראיה:

ואל תשיבני דסו"ס היה לו לשלחו לו עם החכם אשר היתה לפניו המחילה או אח"ך אין מזה ראיה דיכול להיות עכבו עד איזה זמן מוכשר שיהיה העשיר והחכם במעמד אחד לתתו בידו פנים בפנים להחזיק לו טובה כי כן עמא דבר וא"ך הואיל ויש טעם לעכבה זאת אין מזה ראיה מה שלא החזירו לו דכל היכא שיש טעם תלינן ביה וכעין זה ממש מצאתי ראיתי להרב בעל משכנו"ת הרועי"ם או"מ סכ"ד שכתב וז"ל אפילו לדעת הרי"ש שכתב הטו"ר סוסי"ב דהמוחל חוב שבשטר כל שלא החזיר השטר לו לא מהני השטר בלא קנין ע"ש נלע"ד דהיינו דוקא במוחל לו כל החוב כיון דהוה ליה שטרא ש"מ דלהשטאה נתכוון אבל במוחל מקצת החוב דלא מצי למהדר ליה שטרא מודה דמהני דליכא למיתלי בהשטאה עכ"ל הרי לפניך משם מוכח דבמקום דמצינן למתלי העכבה תלינן הגם דשם ג"ך יש להקשות הרי אם מחל לו במקצת הוה ליה להניח הסך ע"ג השטר או יכתוב לו שובר וא"ך הואל ולא עשה לו שום דבר נימא נתכוון להשטאה. אפילו הכי דעת הרב ז"ל דכל היכא דאיכא דבר למיתלי ביה טעם העכוב תלינן ולא נעשה פלוגתא דחזקה בין רי"ש והחולקים:

ועדיפא מזה ראיתי להרב מימ"ר קדישי"ן סי"ב סק"ט שכתב על ההיא דהסמ"ע דרי"ש ז"ל דלא קאמר אלא במחילה שהיא על ידי פשרה אבל בדבר שמחלו בו הבעלים בלי שום פשרה אפילו עדיין השטר ביד המלוה הוי מחילה נמצא נדו"ד לא נכנס בסוג מחלוקת לדעת הרב מאמ"ר קדישי"ן כלל:

גם יש עדיפות מזה דכאן נמצא וכאן היה המוחל הוא עשיר והנמחל הוא חכם וא"ך פשוט דהוי מחילה דהא עדיפא מזה היה ראוי לנדו"ד דאפילו אם לא היה כמעשה דידן אלא דהעשיר גמר אומר לתת להחכם הנז' סך מה יכיל החכם לכופו להוציא ממני

מה שנדר לו דהואל והחכם הזה צריך לו ודחיקה ליה שעתא ויושב על למודו קרי כאן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכמו שבא הדבר בדברי הטו"ר חומ"ש סרמ"ג דאפילו בעני סתם קנה:

הן אמת דשם נאמר דבמזכה לחבירו על ידי אחר קנה ואמר בד"א דאמר ליה זכי לפלוני במתנה זה אבל אם אומר לו הולך לפלוני מנה שאני נותן לו לא קנה דלא הוי כזכי ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל ועל זה סיים ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ל וא"ך נימא דעד כאן לא קאמר דבעני קנה אלא היכא שיצא הממון מתחת יד הנותן ובא ליד השליח הוא דקנה אבל היכא שלא יצא עדיין מתחת ידו באמירה בעלמא לא קנה. אלא דזה אינו ומדבריו מוכרע דבאמירה סגי מדסיים באמירתו לגבוה משמע דמדקאמר ליתן לעני נתחייב ופשוט הוא דבלאו הכי הולך כמאן דליתא דמי ומה זכות יש למקבל באמירה זאת ואין זכות למקבל אלא מכח האמירה וא"ך אפילו עדיין לא באו לידי השליח קנה מקבל וכן מוכח ג"ך מדברי הרב"י שם שמקשה על רבינו הטו"ר במאי דאמר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ועל זה הקשה איהו דלא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא במקדיש לבד"ה אבל עניים הדיוטות הם והוצרך הרב"י לסמוך דברי רבינו מההיא דשור שנגח ארבעה וחמשה ומההיא דתקע לחבריה וכו' ומשם מוכח דזכה העני באמירה לחוד:

וכן מוכח ג"ך מתשובת מהר"ם שבמרדכ"י שהביא הד"מ ס"ב יעו"ש דבאמירה לחוד קנה העני יעו"ש ודברי רבינו הטור ותשובת מהר"ם פסקם מר"ן בש"ע חו"מ ס' רמ"ג ס"ב וביור"ד ס' רנ"ח י"ב שכתבן בקיצור וז"ל אמר ליתן לחבירו מתנה אם הוא עני הוי כנודר לצדקה ואסור לחזור בו עכ"ל ועדיפא מזה סיים מור"ם דיש אומרים במי שהרהר בלבו לתת איזה דבר לצדקה חייב לקיים מחשבתו ויש אומרים דאם לא הוציא בשפתיו פטור ואיהו ז"ל הכריע כסברא קמא דחייב לקיים מחשבתו יעו"ש ועיין גם בדברי מר"ן חו"מ סר"ד ס"ט ובס' ריב"ב בטו"ר ובב"י וש"ך ספ"ז סקנ"א יעו"ש ובכמה מקומות דמכולהו מוכח דאפילו נדר לעני חייב לקיים נדרו מכ"ש כאן דנודר לאיש חכם אפילו במחשבתו צריך לקיים את נדרו כמש"ל וקו"ח בן בנו של קו"ח דחכם הזה לא הוציא מידו אלא להיות מה שבידו מחול לו לא יש כאן שום פוסק שיחייבנו כלל עד שנאמר שצריך לצאת ידי שמים:

אך עדיין יש קצת לדקדק לדברינו הראשונים דאמרינן דהח' הנז' פטור דמחילת העשיר הויא מחילה יש לחקור הואל ומחילה זאת לא היתה בפני החכם איכא למימר שאינה מחילה אפילו למאן דס"ל דמחילה א"צ קנין ואפילו עדיין נקיט שטרא נימא דוקא אם

היה הנמחל עומד לפני המוחל אבל במקום שאינו לפניו נימא אפילו מחל לו מלוה ע"פ אינה מחילה: אלא דזה אינו דודאי אפילו שלא בפניו כבפניו דמי דהא קי"ל דזכין לאדם שלא בפניו וכפסק הטוש"ע חומ"ש סרמ"ג ס"א וא"ך קו"ח הוא דאפילו מה שלא הגיע לידו הואל וזכות הוא לו אפילו הגיע ליד חבירו הזוכה לו זכה הוא. בנדו"ד שהוא תפוס במעות ההלואה ומחל לו בהם דהוי זכות לא כ"ש והגם דמה דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו היינו דוקא בדבר שאין בו צד חובה כלל לזוכה אבל במקום דאיכא צד חובה כנדו"ד וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ב כגון שיש בהמתנה עבדים והיה צריך לפרנסם וכמ"ש בס' רמ"ה אי נמי משום דלא ניחא ליה משום ושונא מתנות יחיה וכמ"ש בס' רמ"ט וסקע"א יעו"ש וא"ך גם כאן הרי משום ושונא מתנות יחיה. זה אינו דלא נאמר שם אותו חלוק אלא במקום ששמע ולא רצה לקבל בזה אמרו דבמקום שיש ושונא וכו' יכול לבטל הוא אותו זכייה ולא יזכה לקבל בע"ך אבל כל זמן שלא שמע דינא הוא דהויה זכייה וא"ך כאן הואל וזה החכם שמע ושמח אין לך זכייה גדולה מזה:

ומה גם דעדיפא מזה דמי שנמחל לו הלואתו אין כאן משום ושונא מתנות וכו' והילך מה שכתב הרב מש"ה שפיר קאמר מי"ם א"ט וז"ל האומר בפני עדים מחלתי לראובן מה שהוא חייב לי וראובן לא היה בשעה שמחל לו המלוה פשיטא לע"ד דזכה ראובן ואין המלוה יכול לחזור דזכין לאדם שלא בפניו ומחילת החוב אין בה משום ושונא מתנות וכו' דאינו אלא הפקעת הלואה ובכה"ג לא חשיב מתנה עכל"ה בקיצור א"ך הרי לפניך דמחילה שמחל העשיר שלא בפני הח' הויא מחילה גמורה:

שוב בא לידי ספר מאמ"ר קדישי"ן סי"ב סק"ט שכתב וז"ל כתב מהרש"ל אפילו אמר שבלבו היה לו למוחלו אך עכשיו רוצה להתנקם ממנו מחמת איזה סבה תובעו לא מהני תביעתו דמחילה בלב הויה מחילה אפילו נקיט שטרא בידיה ומוכח כן דאם לא תבעה כתובתה חמש ועשרים שנה הויא מחילה הא לא אמרה בפירוש ע"ך מחילה בלבה הויא מחילה עכ"ל וכן ראיתי להזכו"ל חח"מ אות מי"ם שכתב כן דמחילה בלב הויא מחילה יעו"ש שכ"ך משם הרב כס"א ז"ל ומשם הרב חיד"א ז"ל:

אלא דכל זה יוצדק לנו אם נניח שדברי החכם המעיד אמת אבל אם לא מחזיקינן שאמר אמת נפל פתא בבירא אלא דרואה אנכי דלפנינו אין כאן תביעה בין יורשי העשיר להחכם לפנינו להכניס עצמינו מהו הדין. אלא דספיקא דהאי צורבא מרבנן הוא אם יש להאמין להחכם ולהוי פטור מדיני שמים או לא וכל מגמתו אינו אלא משום לצאת יד"ש ועל זה אמינא דודאי יש לסמוך על דברי הח' המעיד הואל וקי"ל דעד אחד נאמן

באיסורין זהו משנלע"ד לאפס הפנאי ולכשאפנה אשנה בעה"י וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כה

לשד"ר טבריא תוב"ב נשאלתי מהרב המובהק שד"ר מעיה"ק טבריא תוב"ב כמוה"ר בן ציון אלקלעי נר"ו ונמצא בע"ת טאנזא יע"ה וזאת היתה שאלתו אב"א ראובן ושמעון ראובן הלוה לשמעון סך מה ומשכן בידו קרקע אחד ונתחייב שמעון לראובן בסך מה בעד שכירות הקרקע ותנאי מפורש יוצא בשטר הנז' שאם שמעון לא יפרע הסך הנז' מדי חודש בחדשו גם סך קצוב מהקרן בכל חודש ויעברו שלשה חדשים רצופים ולא ישלם כנז"ל אזי הרשות נתונה ביד ראובן למכור הקרקע הנז' בלי שום עכוב כלל והשטר הנז' כשר בנאמנות וכתקנת חז"ל ושמעון ה' נהג בעצמו תנאי השטר ה' זמן מה ואח"ך קצרה יד שמעון הנז' ועברו שלשה חדשים ולא פרע לראובן כנז' וראובן שלח למכיר הקרקע הנז' בכל חוזק ותוקף ואח"ך העלים עינו מהמכירה ה' כי היה טרוד בעסקיו ואדביני ביני נמשך זמן רב ראובן לא מכר ושמעון לא פרע ועתה עמדו לדין ראובן טוען שימכור הקרקע הנז' ויפרע ממנו קרן ופירות עד היום הזה ושמעון משיב לא יפרע כי אם הפירות שעלו מאותו זמן שחדל מלפרוע עד סוף שלשה חדשים ככתוב בשטר כיון שהרשות בידו של ראובן המלוה למכור אחר שלשה חדשים מדוע לא מכר באותו זמן ושתק עד היום הזה עד שעלה על הלוה סך עצם בפירות ואין מן ה' הוא זה שתהיה הרבית אוכלת בו זה כמה שנים. זאת ועוד אחרת טוען שמעון שהקרקע היה שוה באותו זמן יותר מעתה ומה גם שכבר נתעורר ראובן באותו זמן למכור ולמה לא ברך על המוגמר וראובן משיב כי מניעת המכר באותו זמן היתה לטובת שמעון כי אולי ה' יעזור לו ויפרע שטר חובו וישאר יושב על נחלתו ולטובתו נתכוון ושמעון משיב שקילי טיבותך כי טובה דנפיק מנה חורבה שיפרע ממנו פירות כמה שנים עד שנכפל הקרן טובה זו לא בעינא. עוד יד ראובן נטויה בטענה אחרת באומרו כי אינו מחויב להטפיל במכירת הקרקע ושמעון שיודע בעצמו שעיכוב המכר מזיקו עליו מוטל לעמוד ולמכור ולפרוע שטר חובו ושמעון משיב כיון שהרשות נתונה ביד ראובן עליו להטפיל במכירה אבל הוא לא יוכל לראות ברע ועיניו יראו כידו ב"מ והן עתה כת"ר ירבה מחו"ל להשיבני מר בהאי דינא כי כל רז לא אניס ליה נה"ר חוכמ"ה והיה העלמ"ה ותשובתו הרמת"ה מהרה תצמ"ח לעי"ת זברטאל יע"ה סתומה וחתומה רק שיכתוב ע"ג כתב אחר והעליון

ליד הקודש הרב מוהר"ר משה ן' נאיים הי"ו ועם כת"ר הסליחה רבה. אלה היו דברי הרב השואל הי"ו:

וזאת היתה תשובתי אליו ראיתי מה שנסתפק ידידי ותכלית ספיקיה דמר הוא הואל ועברו שלשה חדשים והיתה יד ראובן נטייה למכור הרי כאלו פרוע במעותיו דאיהו הוא הגורם שלא גבה חובו וא"ך אינו מן ה' הוא זה שהמלוה פשע והלוה תהיה הרבית אוכלת בו זהו כוונת כת"ר ואנא בריה קלה לא ירדתי לעומק דברות קודשו והאך יצאו הדברים אלו מפה קדוש חדא דמה מרד ומה מעל עשה המלוה הזה הרי תנאי זה שכתבו בשטר זה שאם עברו שלשה חדשים ולא פרע חל כל החוב והרשות נתונה ביד המלוה וכו' תנאי זה לא נכתב אלא לטובת המלוה ולחובת הלוה וא"ך הואל ולטובתו של מלוה נכתב אם רצה למחול לו מי יאמר לו מה תעשה ומאי זה טעם וריח יש לנו לחייבו מכח שמחל בטובתו זה לא יאמר והגם לע"ד נראה שאין צריך ראיה על זה עכ"ז אמרתי להביא משל גבוה ותחילה אביא מ"ש הרב"י ז"ל באהע"ז בס' קמ"ד בסופו סי"א ז"ל הנותן גט לשליח ליתנו לאשתו ע"מ שאם לא יבוא מאותו יום עד שתי שנים יהיה גט ואם יבוא תוך שתי שנים לא יהיה גט והאשה לא רצתה לקבלו עד עבור ששה חדשים אחר השתי שנים עשה מעשה הר' יאודא בולאנו ז"ל וצוה ליתנו לאשה והתירה מיד וכתב פסק על זה וגם על ידי היה מעשה פה צפ"ת תוב"ב והתרנו בכנופייא עכ"ל וראיתי להרבנים הגדולים אשר מעולם אנשי השם הלא המה כמוהר"ר יעבי"ץ ומהרש"א זלה"ה שכתבו על דברי מר"ן אלו וז"ל ונלע"ד שנפל להם הספק עד שהוצרכו לכנופייא שלהיות שלא רצתה לקבל הגט בהשלמת הזמן הנזכר יראה משם שנתבטל התנאי וכאלו פנים חדשות באו לכאן להצריכה גט אחר אך אומנם בראותם ז"ל שהכל הוא בנוי על יסוד אמיתי שהאשה מתגרשת בע"ך וברצון הבעל תלייא מלתא והואל והוא כוונתו להרחיב זמן לעצמו שבכל עת שיבוא תוך השתי שנים הגט אינו גט ואם תתרצה האשה ג"ך להרחיב לו זמן יותר זהו חפצו ורצונו שאם בוא יבוא ורצונה לשוב אליו עליה תבוא ברכת טוב אמנם לא מפני זה יתבטל הגט וחתום על זה הרב מוהר"ש ן' דאנאן והרבנים הנז' ע"ע בס' כר"ם חמ"ר ח"ב סס"ז יעו"ש הרי לפניך כנדו"ד דהבעל הוא דומה לשמעון הלוה והאשה דמייה לראובן המלוה ועלה מן הישו"ב דכמו דאם האשה אם היתה מרווחת זמן אמרינן זהו נח"ר של הבעל ובודאי הוא אפילו מתחייב מזונות לאשה כך לי נמי אם ירויח ראובן זמן ולא ימכור זהו נח"ר של שמעון זה כוונה היתה אדעתא דטובת ראובן לעשות חפצו ורצונו ודו"ק היטיב דליכא שום חלוק ביניהם:

זאת ועוד אחרת אחר החיפוש מצאתי ממש כעין נדו"ד שנשאל בזה הגאון הרשב"ץ ז"ל ובאה השאלה בס' התשב"ץ ח"ב סקע"ט וז"ל ראובן היה חונק אותו ישמעאל אחד בדין שהיה טוען עליו שעשה לו צמידים מכסף סיגים והיה תובע שוויים בכסף נקי ואמר לשמעון שיכניס ערב בעבורו עד שני חדשים שיביא לו מעותיו וכן עשה והפקיד בידו הצמידים שאם לא יבוא תוך הזמן שיעשה בהם כרצונו לפרוע הישמעאלי והוא ישלם לו מה שיפחות מהסך בשובו ונמשך הזמן ולא בא והוצרך שמעון לפרוע מה שערב לראובן בעד הישמעאלי במצות ערכאותיהם ונשארו הצמידים לידו עד שנכנסה בולשת לעיר ושללו כל העיר וכל אשר לשמעון והצמידים בכלל ועתה שמעון תבע לראובן מה שפרע אל הישמעאלי מחמת ערבנותו וראובן רוצה להשמיט מהפירעון מפני שכבר הניח לו הצמידים ואם אבדו באחריות שמעון אבדו. תשובה הצמידים אבדו באחריות ראובן שאפילו נאמר ששמעון הערב שפרע המעות לישמעאלי לא פרעם אלא על סמך הצמידים שהפקיד ראובן בידו דינו כמלוה על המשכון והמלוה על המשכון הוא שו"ש ואינו פטור מגניבה ואבדה אפילו הכי הואל ואבדו ממנו מפני הבולשת שנכנסה בעיר הרי אבדו בליסטים מזויין ובלסטים מזויין אפילו שו"ש פטור וכיון שאבדו באחריות ראובן חייב הוא לפרוע לשמעון כל מה שפרע אל הישמעאלי מפני הערבות וכן היא שטת הרי"ף ז"ל בפרק האומנים והסכים עמו הרמב"ם ז"ל בפ"י מהל"ש ואף ע"פ שאמר ראובן לשמעון עשה מהצמידים כרצונך לאחר הזמן אינו יכול לטעון עליו למה לא מכרם שכיוון שלא אמר לו שימכור ויפרע מהם לישמעאלי אלא אמר לו שיעשה לו מהם כרצונו אם לא מכרם אחר הזמן אינו פושע בהם אם רצה לעשות טובת הנאה לראובן לפורעם מכיסו ושישארו הצמידים בתורת משכון ומהיות טוב אינו ראוי שיקרא רע עכ"ל הרי לפניך הואל ולא אמר לו בהחליט שלאחר שני חדשים ימכרם ויפרע מהם לישמעאלי אלא תלה לרצונו וכתב לו בזה"ל שיעשה בהם כרצונו לפרוע הגוי דרשינן בו דלטובתו נתכוון והוי ממש כנדו"ד הואל וכתב לו שאם לא יפרע לו וכו' אזי הרשות נתונה ביד ראובן וכו' ופירוש מלת הרשות נתינה וכו' כוונתה היא שהחפיצות בידו שאם ירצה למכור הרשות בידו ואין לו שום פירוש זולת זה וא"ך הואל ולטובתו ולחפצו היה תנאי זה קרי כאן ג"ך מהיות טוב אל יקרא רע ב"מ ולא ידעתי מאיזה טעם יריח לחייב המלוה בטענה רעועה כזה:

ועדיפא מזה לא ידעתי מאיזה טעם יהיה שמעון פטור מן הפירות הרי אין שמעון פורע כי אם שכירות הבית כמו שכתוב בסדר השאלה ששמעון משכן הבית לראובן וראובן חזר והשכירה לו וא"ך כל מה שפרע לראובן הוא שכירות הבית וא"ך אפילו נימא דמן

הראוי היה ראובן חייב למכור הבית עכ"פ השתא דלא מכרה למה שמעון יפטר מן השכירות הואל ושל ראובן היא ומושכרת ביד שמעון מאיזה צד לא ישלם. הגע עצמך מי שהשכיר ביתו לזמן ואחר הזמן לא הוציאו מן הבית האם נאמר הואיל והגיע הזמן שהיה לו להוציאו ולא הוציאו יהיה השוכר פטור מן השכירות זה לא יתכן וא"ך גם כאן הכי היא ומהיכא תיסק אדעתין דהואל והיה ביד ראובן למכור החצר ויהיה פרוע במעותיו השתא דלא מכרה יהיה דר שמעון בחנם:

ויותר מזה קי"ל במי שנתן עסקא לחבירו לזמן דכתב הרב הטו"ז ביור"ד סקע"ז סקי"ד דאפילו עבר הזמן עדיין העסקא קיימת וחייב ליתן הריוח כל זמן שהממון בידו יעו"ש הרי עיניך הרואות דאפילו במעות עסקא דלא קבלה מעקרא אלא לזמן קצוב והיה יכולת ביד המלוה לתובעה עכ"ז אם המלוה לא תבע מעותיו והלוה עדיין מתעסק בהם לא אמרינן שאחר הזמן שקצבו יחזור המעות להיות הלואה ולא יתן לו הריוח אלא כל זמן שמתעסק בהם יהיה הריוח ביניהם מכ"ש נדו"ד שמעקרא משכנה לזמן ארוך אלא משום טובתו של המלוה הטיל אותו תנאי שאם אחר עבור שלשה חדשים לא יפרע לו יכול המלוה למכור וליקח ממונו מושלם והכוונה היא לרצונו של המלוה הוא התנאי דאם ירצה יפרע ואם ירצה ימתין תבוא עליו בר"ט וכדאמרן לעיל נוסף על זה שהדבר ידוע ומבורר שהבית היא של ראובן וברשותו היא קיימת הואל וממושכנת בידו מהיכן תיסק אדעתין לומר שהמע' חזרו להיות הלואה ולא ישלם שכירות הבית הרי כל טענתו של שמעון שאינו רוצה לשלם השכירות הואל והוא בא בטענה שהיה לי לראובן למוכרה הרי אפילו חשבינן ליה מכרה עכ"פ חייב הוא לשלם השכירות למי שקנאה הואל והיא חצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר:

ואם דעת רו"ם בשאלה זאת דכח שמעון הנז' בטענה זאת הואל ומצינו דראובן גלה דעתו שאינו חפץ עוד במשכנתא דא הואל וראובן שלח למכור הקרקע הנז' א"ך הרי גלה דעתו דחפץ הוא במעות הדר דינייהו כדין הלואה גם לזה לא מלבד דיש תשובה. לזה כמו שאמרנו דגם כאן יש להשיב ולומר דסו"ס הואל ועדיין לא מכר והבית ממושכנת בידי ראובן ושמעון דר בה מאיזה טעם יהיה פטור שמעון הגע עצמך ג"ך מי שהיה דר בחצר חבירו בשכירות והגיע זמן השכירות והתרה עליו לצאת ואח"ך שתק המשכיר ולא הוציאו ונשאר השוכר דר שם ימים אח"ך האם נאמר שיהיה פטור. זה לא יתכן:

ועדיפא מזה גם כאן ראיתי להרב הגדול מוהר"ר יעבי"ץ ז"ל שפסק בשותפים שהגיע זמן השותפות ובאו להפריד חבילת השותפות או מקבל עסקא שבא להפריד החבילה ונשאר ביניהם איזה דברים בלי הפריד החבילה ונטרדו ואח"ך לא השלימו הענין ואח"ך

התעסקו כל אחד לבדו עדיין השותפות או העסקא קיימת ודריש סמיכין לדבריו מדברי הרמב"ם פ"ט מהלכות שות' הל"ח וז"ל אבל אם נשאר ביניהם כל שהוא מן הפירות ולא חלקו אותו ולא ידעו משקלו או שנשאר ביניהם צד מהשותפות שלא חלקו ולא ידעו כל אחד מהם כמה עלה לו עדיין השותפ' קיימת ומשביעין זה לזה ופסקה בש"ע ס' צ"ג וממ"ש הרי השותפ' קיימת יראה דלא פסקה מהם השותפ' כלל אף למה שהרויח קודם גמר החלוקה שהכל יהיה לאמצע דמדקאמרן עדיין קיימת משמע אף למה שהרויח וכו' הובא דבריו בס' כר"ח סקנ"ח יעו"ש הרי לפניך הגם השותפים גלו דעתם שאינם רוצים עוד בהשותפות או נותן עסקא גלה דעתו שאינו רוצה עוד בעסקא זאת עכ"ז הואל ועדיין ממון של השותפ' ממון של זה ביד זה ושל זה ביד זה וכן הואל ועדיין מעות של הנותן העסקא ביד המקבל עסקא אינו מן הדין שנאמר דהואל וגלו דעתם נעקרה השותפות או העסקא והדר מה שביד חבירו לדין מלוה וחייב לתת לו הריוח גם פאן הגם שגלה דעתו שרצונו ליפרע במעותיו כל זמן שעדיין שטר משכנתו בידו והבית עדיין ממושכנת ודאי דגלוי דעתיה לא מעלה ולא מורד ואדרבא נדו"ד גם כאן יש לנו לדון בו מכ"ש כמי כל הטעמים שכתבנו במכ"ש קמא וכל זה הוא דבר פשוט:

גם על מה שטען שמעון שהקרקע היה שוה באותו זמן ביותר מעתה ומה גם שנתעורר ראובן באותו זמן למכור והוה ליה לברך על המוגמר ע"ך נראה דכוונתו לומר בזה שראובן הזיקו במה שלא מכר באותו זמן:

גם בטענה זאת דבריו מהבל ימעטו דרואה אנכי דשמעון זה רוצה לחייב ראובן מדין מזיק ודבר זה אין הדעת סובלתו חדא דלא קי"ל כר"מ אלא בדינא דגרמי אבל גרמא בנזקין לכו"ע פטור כמבורר מן הגמרא והפוסקים קמאי ובתראי ומש"ע חומ"ש ס' שפ"ו יעו"ש ובכאן אפילו לדעת שמעון שמחשיב בדעתו שראובן הזיקו עכ"פ לא מקרי מזיק בידים אלא גרמא בנזקין וגרמא בנזקין פטור ודמי נדו"ז למה שכתב הרב מהריט"ץ בס' קל"ה באחד ששלח לשותפו שטר אחד שנושים ביהודה כדי ליפרע ממנו ויהודה הביא המעות לזה השות' שנשתלח אליו השטר ונתרשל השותף ולא קבלם ואיידי דביני ביני העני יאודא ולא השיגה ידו במה לפרוע וכתב הרב ה' דלא מקרי זה השותף הנתרשל כי אם גרמא בנזקין ופטור יעו"ש דבריו בראיות נכוחות וא"ך גם כאן אפילו לדעת שמעון דקרי ליה מזיק גרמא בעלמא הוא: והן אמת דראה ראיתי דדין גרמא בנזקין דפטור דנכנס במחלוקת הפוסקים דלדעת הרב כנה"ג משם הרב מהר"מ פדאווא כתב דגרמא בנזקין חייב בדיני שמים ואם תפס האחר אין מוציאין מידו כנה"ג בס' כ"ה סל"ד בהגה"ט הביא דבריו הרב פח"י אות גרמא והרב הגוא"ל זלה"ה בס' שפ"ו והרש"ך בס' כ"ח סק"ב

הביא משם מהרש"ל והריב"ש ס' שצ"ב דכל גרמא בנזקין הגם שהוא חייב לצאת ידי שמים אפילו הכי אם תפס מה שכנגדו מוציאין מידו יעו"ש וא"ך הואל ושמעון זה תפוס בנכסי ראובן יכול לומר קי"ל כסברת כנה"ג ומהר"ם פדאווא ז"ל. אלא דכל זה הוא לדברי שמעון שמחשיב ראובן זה גורם בנזקין אבל אנן בדידן חלילה לנו לחשוב זה לגרמא בנזקין דלא מקרי גרמא בנזקין אלא במי שעשה ההיזק אלא דלא ברירא מלתא בודאי שיבא ההזיק או שאין ההזיק בא תכף ומיד כגון ההיא דמשסה הכלב והשולח את הבעירה ביד חרש וכו' וכל הנהו דמסדר הש"ך בס' שפ"ו ס"ק כ"ג יעו"ש דבכולהו עבד מעשה אלא דמקרי גרמא בנזקין ופטור ולא מקרו גרמי ודינין להו דחייב הואל וקי"ל כר"מ דדאין דד"ג אלא פטור הוא או משום דלא ברי הזיקה או משום דלא נעשה ההזק מיד וכמ"ש הסמ"ע חלוקים אלו בס' שפ"ו סק"א משם הרא"ש יעו"ש. ואיך אתאן לנדו"ד דלא יש שום רמז כלל דמהיכן ידע זה המלוה שהקרקע הזאת ולא יעבור שיהיה מוכרח למוכרה כדי ליפרע מעותיו הרי אדרבא מחזי דטובה עשה שלא להשחיתה לו ללוה נחלתו והניחה לו על מנת לפדותה ועינינו רואות שחסד גדול הוא גם יש לומר עוד מהיכן תיסק אדעתיה שעתידה ארעא זאת שתזדלזיל ותרד מטה מטה כדי שנאמר לדין מזיק יחשב. זה לא יתכן והילך מ"ש הרב פת"ע בחומ"ש ס' שפ"ו סק"ב משם הרב חוו"ת יאי"ר מעשה בראובן שהיה חייב לשמעון בכת"י סך מה ובשנ"ת תמ"ט פשטו חיל מלכות צרפת באשכנז ושללו ובזזו יינות ותבואה וראובן מלא ספינה ביין שלו להבריחה מרחוק ונודע לשמעון ועקל הספינה על ידי השררה עד שיפרע לו או יעמיד לו ערב ובתוך כך בא גדוד הצרפתים ושרפו העיר ושללו גם הספינה ויהי כאשר תבע ראובן אח"ך את שמעון טען עליו כי גרם לו הזיק וכתב דנראה שאין טע' ראובן כלום ואין לחייב לשמעון מדינא דגרמי דכבר הכריח הש"ך דדינא דגרמי הוא קנס מדרבנן ובשוגג שלא נתכוון להזיק פטור והרי כאן מה שעשה שמעון לא במרד ובמזיד עשה אלא להציל ממונו ובפרט דבנדו"ד לא הוי רק ספק גורם ולא ברי הזיקה דלכו"ע פטור גם אין לומר סברא לחייבו דמאחר שהוא שעת חרום ה"ל מה שעקל כמזיק בידים ודמי לכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה במקום דמטי רוח מצויה דחייב וכמ"ש בש"ע סי' תי"א סי"א דזה אינו דבנדו"ד ודאי לא דמי רק לרוח שאינה מצויה דלא פסיקא שיחיש וימהיר הגדוד לבוא ואין לומר דסו"ס הרי כופף קמתו של חבירו ברוח שאינה מצויה חייב עכ"פ לצאת יד"ש וא"ך הכא דראובן הניזק חייב לשמעון ה"ל כתפס זה אינו דכבר כתב רש"ל בפרק הכונס דלא מהני תפיסה בכל החייבים לצאת ידי שמים וכ"ך הריב"ש בס' שצ"ב ועוד דכאן אפילו בד"ש פטור דדוקא בשאין לו שייכות בדבר השייך לחבירו

משא"ך זה שכווין להצלת חובו אינו חייב להמנע מחשש הזיק חבירו הבלתי רגיל ועוד סברות רבות עכ"ל מדברי הרב הנז' תלמוד מקו"ח לנדו"ד דהרי לפי דעתו של הרב ה' לא נכנס בספק תפיסה הואל וחייב בדיני שמים אלא משום דחשיב לאותו נדון דידיה ככופף קמתו של חבירו לפני רוח שאינה מצויה ואז יהיה חייב לצאת יד"ש משום דהוה ליה לאסוקי אדעתיה שתבוא רוח שאינה מצויה ואפילו הכי פטיר ליה לגמרי ואפילו היה הניזק תפוס מוציאין מידו הואל ולא נתכוון המזיק להזיק מכ"ש דנדו"ד דמעולם לא אסיק אדעתיה שיוזיל הקרקע כלל ואדרבא חזותו מוכחה עליו דלא נתכוון להזיק ואדרבא טובה עשה שהרויח לו עד שיפדה הקרקע דידיה ואפילו אי חשיבת ליה דלא נתכוון לעשות טובה ללוה אלא להנאתו נתכוון סו"ס הרי לא נתכוון לשום הזיק והדר דינו כדין ההיא דהרב פת"ש ובודאי דלא נכנס זה כלל בגדר הספק ופשוט דאין תפיסת הלוה מועלת כלל ועיין בס' שארית יעקב בפר' נצבים משם כנה"ג ח"מ ס' שפ"ג בהגהת הט"ז ועיין בספר ככר לאדן להגאון מוהר"ר חיד"א זלה"ה ומשם באירה דכל שנתכוון לטובתו אפילו בשעת הטובה מזיק לחבירו איני קרוי אפילו גרמא בנזקין יעו"ש ומכ"ש נדו"ד דלא עשה שום הזיק דלא אסיק אדעתיה ואין להאריך עוד בזה:

ולא דמי זה ממש אלא למ"ש הש"ע בחומ"ש סקי"א סי"ב וז"ל הניחו הלקוחות בני חורין ביד הלוה ונתקלקלו בעל חוב טורף מהלקוחות ע"ך ובסעיף י"ד כתב עוד וז"ל אפילו הגיע זמן הפירעון ונתרשל המלוה מלתבוע חובו וליפרע מבני חרי ואחר זמן רב אשתדוף בני חרי גבי ממשעבדי עכ"ל הרי לפניך דאפילו לגבי הלקוחות עצמם אם נתרשל המלוה עכ"ז אינם יכולים לומר אתה פשעת שלא גבית וטורף מהם מכ"ש כאן גבי הלוה עצמו דהיה יכול הוא למכור ולפרוע למלוה שנתרשל מלתבוע מעותיו ושתק גם הוא והניח הדבר כך עד שהוזל הקרקע ועמד על מחצה ודאי דאין על המלוה אשמת דבר בזה כלל דהרי אפילו הוא לא חש על עצמו לפסידא דשמא יזדלזיל הקרקע ולא אסיק אדעתיה והיאך המלוה יחיש עליו ואם נאמר דשמעון זה סמך בדעתו הואל והרשות נתונה ביד ראובן למכור עליו ליטפיל במכירה זאת כמה שבא תשובתו בשאלה על זה אמינא דגם בזה טעה בדמיונו מתרי טעמי דהא מר"ן סימן ק"ג ס"ו פסק וז"ל מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל המלוה לירד לנכסי הלוה ולמכור בלי שומא והורדה אם נהגו שלא לירד ולמכור כי אם בשומא והכרזה אין לירד ולמכור זולתם וכו' וכן פסק ג"ך בס' ס"א ס"ו יעו"ש וברור הדברים הם בדברי מר"ן אליבא דהסמ"ע ז"ל והב"ח והש"ך כך הוא דאפילו בסתם במקום שאין מנהג ידוע אם הם יורדים ע"פ התנאי או לא בדין הוא דלא ירד כדי שלא יעבור על דברי תורה ומכ"ש במקום שאין מנהג לירד ע"פ התנאי זה בודאי לא

מהני ואין יורדין אכן במקום שנהגו שאם התנה וכתב לו שירד בלי רשות ב"ד וכו' ומנהג היא בעירם לירד אזי יכול לירד כל זה מבורר מדברי הפוסקים הנז' בדברי מר"ן יעו"ש ועיין גם להטו"ז דמעקרא גם הוא רצה לדון דבמקום שאין מנהג ידוע אין התנאי מועיל בהסמ"ע והש"ך והב"ח אלא שאח"ך נדחק בלשון המחבר וחזר לדון דדברי המחבר דוקא בשאין מנהג לירד אבל בסתם מהני תנאי יעו"ש דנפקא מינה להרב הטו"ז במקום שהדבר סתום מהני תנאי ולדעת הרבנים הנז' לא מהני בסתום ואנן בדידן לא מלבד דודאי כוותיהו דהסמ"ע והש"ך והב"ח שהם רוב מנין נקטינן ומה גם דהקרקע בחזקת מריה קמא שהוא הלוה קיימא ויכול לומר דקי"ל דלא מהני תנאי אלא דעדיפא מזה אנן בני מערבא מעולם לא ראינו ולא שמענו שיש מנהג בזה ואדרבא אנו שומעין אפילו מתנה כל תנאי שבעולם בהגיע תור זמן הפירעון בדי"ץ הם שגובין למלוה וא"ך תנאי זה אינו מעלה ואינו מורד וא"ך הואל וכלפי הדין לא מהני תנאי זה מה מענה בפיו לומר הואל ונתתי רשות בידו למכור: זאת ועוד אחרת דאפילו אי הוה מנהג ידוע שיש רשות ביד המלוה לירד וכך מנהגם עכ"פ תנאי זה לא נכתב אלא ליפות כחו דמלוה דבמקום שאין הלוה מצוי או איני רוצה לירד לדין יכול המלוה לגבות חובו מכח התנאי אבל אם ירצה הלוה הוא עצמו להטפיל ולמכור ולפרוע עליו תב"ט וא"ך הדרן למאי דאמרן הואל והלוה היה יכול לגדור הפרצה הזאת למכור על ידו ולקיים מצות פריעה ולא חשש על עצמו היאך יש לנו לחייב אחרים זה שטות:

אלא דכל זה איננו שוה לי הואל ומלתא דתמיהה קא חזינן הכא במשכנתא דא דקא שקיל מר עלה דלע"ד מעקרא ובראשונה משכנתא דא אינה עשויה כד"ת דהא במשכנתא רבו הדיעות והמנהגים ואנן בדידן אתכא דמר"ן קא סמיכנא בהתיר המשכנתא ומצאנו למר"ן ביור"ד ס' קע"ב ס"א דכתב בהתיר המשכנתא כדעת הרמב"ם בהלכות מלו"ל פ"ז הל"ח משם הגאונים וז"ל וכן הורו שכל משכונא אפילו בנכוי אסור בין חצר בין שדה ואין להם משכונא מותרת אלא בדרך הזאת כגון שהלוהו מאה דינרים למשכן לו בית או שדה והתנה עמו שאח' עשר שנים תחזור קרקע זאת לבעלים חנם הרי זה מותרת לאכול הפירות כל עשר שנים אפילו היה שוב אלף דינרין בכל שנה שאין זה אלא כמי ששכר בפחות וכן אם התנה בעל השדה עמו כל זמן שיביא לו מעות יחשוב לו עשר בכל שנה ויסלקו ממנה הרי זה מותרת וכן אם התנה הלוה שכל זמן שירצה מחשיב לו מה שדר בו ויחזיר לו שאר הדמים ויסתליק הרי זה מותר שאין זה אלא בשכירות וכל תנאי שבשכירות מותר כמו שבארנו עכ"ל והראב"ד ז"ל בהשגותיו שם כתב וז"ל וכן אם התנה בעל השדה הרי זה מותר א"א טעה בדבריהם ומה בין זה למשכנתא בנכייתא

וכי יש הפרש בין נכייתא רבא לנכייתא זוטא ואותם הגאונים לא התירו אלא הראשון בלבד והיא משכנתא דסורא עכ"ל והרב המגי"ד שם כתב וז"ל דברי רבינו עקר דודאי משכנתא דסורא היא אפילו במקום דמסלקין ומותרת לדברי הכל ואין הטעם בשביל רבוי הנכייתא או מעוטה אלא כל זמן שאין כח ביד המלוה לגבות מחובו כלום ולהחזיר הקרקע ללוה מותר שהרי ע"ך של מלוה אם רצה אינו גובה כלום ואינו אלא שכירות מה שאין כן במשכונתא דנכייתא וכו' יעו"ש עכל"ה וכן כתב שם הרב כס"ף משנ"ה דעקר טעמו דהרמב"ם ז"ל הוא משום שאין המלוה יכול לגבות מחובו כלום ולהחזיר הקרקע ללוה שכירות הוא ואפילו ע"ך ועיין להרב משל"ם דכתב דלפני הראב"ד היתה הגירסא לפניו בהרמב"ם וכן אם התנה המלוה שכל זמן שירצה וכו' ולכך הקשה מה שהקשה על רבינו הרמב"ם אבל ר"ב המגי"ד לא היתה לפניו בבא זאת כלל דוכן וכו' אם התנה המלוה ולכך ישיב דברי הרמב"ם הואל ואין המלוה יכול להתנות לכך מותר דהויה שכיר' וכתב דהרב מהריק"א היתה לפניו הגירסא וכן אם התנה הלוה וכו' יעו"ש מסקנא דמלתא דהרב המגי"ד ומר"ן בכ"מ דעתם הוא דטעמו דהרמב"ם הוא הואל ואין כח ביד המלוה לכפות ללוה לפדות ממנו בשביל זה מותר דהויה כשכירות בעלמא ועל פי שטה זאת פסק בש"ע ביור"ד ס"ק ע"ב ס"א וז"ל וכן אם התנה בעל הקרקע שכל זמן שירצה הלוה לסלקו שיביא לו מעות ויחשוב לו עשר בכל שנה ויסליקו מהבית או מהשדה ויסתליק מותר שמאחר שאין כח ביד המלוה לגבות מחובו כלום ולהחזיר הקרקע ללוה אינו, אלא שכירות ע"ך לשונו נמצינו למידין דלדעת מר"ן דקי"ל כוותיה לא יש התר במשכנתא אלא במקום שאין המלוה יכול לכפות ללוה לפדות ואפילו לדעת מור"ם שהביא סברת רש"י ז"ל והרא"ש בשם יש אומרים וכו' וסברת הרב"י בשם רשב"א בשם י"א וכו' הרי הם במחלוקת שנוים דלדעת הלבו"ש ועט"ז ס"ל דהני י"א שהביא מור"ם גם אליבא דידהו לא יש התר אלא באופן שלא יהיה ג"ך כח למלוה לתבוע מעותיו ולדעת הש"ך שם הוא דפליג וס"ל דלדעת הני י"א ס"ל הואל והמשכנתא בנכייתא אפילו יהיה כח ביד המלוה לתבוע מעותיו מותר יעו"ש בש"ך סק"ז איך שיהיה הואל ולדעת הני י"א הם במחלוקת שנוים ויכול בעל השדה לומר קי"ל ובפרט דאנן אתכא דמר"ן סמכינן דלא יש התר כי אם במקום שאין המלוה יכול לתבוע מעותיו א"ך משכנתא דא באיסור נעשית לפי מה שכתוב בשאלה שהתנה המלוה על הלוה שיפרע לו מדי חדש בחדשו ואם עבר ולא פרע הסך מדי חו"ח גם סך קצוב מהקרן וכו' א"ך הרי כאן התנה המלוה על הלוה שיכופו לפרוע החוב וא"ך אין זה שכירות אלא חוב ויש כאן איסור אבק רבית וא"ך בודאי דאין הלוה הזה משלם השכירות ודינין לה כדין אבק רבית שאם עדיין לא נתן לא יתן ואם כבר

פרע אינה יוצאה ממנו בדיינין: גם יש לי תמיהא אחת במשכנתא דא לפי מה שראיתי כתוב בשאלה ראובן הלוה לשמעון סך מה ומשכן בידו קרקע ונתחייב שמעון לראובן סך מה בעד השכירות ותנאי מפורש שאם לא פרע שמעון וכו' דמלשון זה מוכח דאחר שהשכין הבית שמעון ביד ראובן חזר שמעון ושכרה ממנו שלא על ידי אחר ובדין זה בשכירות המשכונה ראיתי. למר"ן ביור"ד סקס"ד ס"א פסק משהיתה שדה ממושכנת בידו לא יחזור וישכיר אותה לבעל השדה ויש מי שמתיר לעשות כן במשכנתא דסורא ע"ך וסיים רמ"א בהג"ה ובלבד שכבר החזיק בה המלוה בשדה אבל בלאו הכי לכו"ע אסור עכ"ל ובס"ב פסק וז"ל משכנתא דסורא אם בא אחר ושכר אותה מהמלוה מותר לחזור ולהשכיר אותה לבעל השדה עכ"ל והנה הקושיא בפסקי מר"ן אלו נראית לעין דבס"א פסק דיש מי שמתיר אפילו מיד בעל המעות ליד בעל השדה ובס"ב דוקא על ידי העמדת שוכר וראיתי להלבו"ש ז"ל תריץ דבס"א מיירי במשכנתא דסורא שהחזיק בעל המעות ואח"ך השכירה דהואל והחזיק בה הויא כאפסקיה אחר ושרי וכמו שמובן מדברי מור"ם בהג"ה ס"א דסיים עלה ואמר ודוקא אם החזיק בה המלוה ובס"ב דפסק דצריך להעמיד שוכר מיירי דלא החזיק בה בעל המעות דמחזי כרבית והטו"ז תרץ וז"ל דודאי מר"ן כאן בס"ב קאי לדיעה קמא שהתחיל בריש ס"א מי שהיתה שדה ממושכנת וכו' דמשמע אפילו במשכנתא דסורא וכן פסק בב"י להדייא דעל זה אמר כאן דמכל מקום אי אפסקינהו אחר שרי לכו"ע והיינו אחר שהחזיק בה המלוה ע"ך:

עיניך הרואות דלדעת הרב טו"ז לדעת מר"ן לא יש התיר בשכירות המשכונה אלא דוקא בשני אופנים דהיינו בעינן שיחזיק בה המלוה וגם ג"ך בעינן הפסק שוכר ולדעת הרב הלבו"ש ס"ל כדעת מר"ן דבאפסקיה אחר אפילו לא החזיק בה המלוה ואם החזיק בה המלוה היינו מחלוקת דכתב בס"א דלסברא קמא לא מהני חזקה אלא דוקא לא יש התר אלא באפסקיה שוכר וכמ"ש בס"ב ואזי יהיה מותר אפילו לא החזיק ולדעת יש אומרים דבס"א תרוויהו מהני דאם החזיק לבד מהני ואי אפסקיה אחר לבד ג"ך מהני ועל מי יש לנו להשעין בהתיר זה ראיתי להרב בעל מקו"ר מי"ם חיי"ם זלה"ה שכתב וז"ל ובאמת נוראות נפלאתי על מה שנתחבטו בזה הגדולים הלא פשוט כדברי הטו"ז ז"ל ומפורש בדברי המחבר עצמו בס' קע"ב כי נכפל שם סעיף זה וזה דבריו שם בס"ב משכנתא דא אם בא המלוה לחזור ולהשכירה ללוה בדבר קצוב לשנה יש אוסרים ויש מתירים ואם אדם אחר שכרה מהמלוה יכול הוא לשוכרה ממנו הרי הוא מפורש בדברי המחבר דע"ז קאי אם לדעת האוסרים מותר אם אדם אחר שוכרה ממנו כמ"ש הטו"ז כאן דברי הש"ע ויותר נוראות נפלאתי על הלבו"ש דכאן כתב לפרש דקאי אלא החזיק

המלוה ובס' קע"ב ס"ב כתב הלבו"ש ז"ל לפרש הך דיעה על דמה האוסר המשכונא דסורא בחכירי נרשאי אם אדם, אחד שכרה מותר לחזור ולהשכיר אותה בעל השדה וצ"ע עכ"ל וא"ך לכאורה נראה דיש לנו לפסוק כדעת הטו"ז בדברי הש"ע דתרתי בעינן שיחזיק המלוה ובהפסקת שוכר אלא דחזה הוית להש"ך שם בסקס"ד סק"ד שכתב על מה שכתב מר"ן בס"ב משכונא דסורא אם בא אחר ושכר אותה מהמלוה מותר וכו' כתב וז"ל וכן כתב הריטב"א וסיים אפילו לא נחת המלוה לתוך השדה כלל וכן קבלתי ממורי הרב ע"ך כך כתב בבד"ה עכ"ל וא"ך הרי הש"ך גם הוא ס"ל דדברי מר"ן אלו דס"ב דאם שכרה אחר היינו אפילו לא החזיק בה המלוה וכ"ך בס' נקודו"ת הכסף דשם חלק הטו"ז דכתב בעינן תרתי חזקה והפסקה יעו"ש וא"ך הרי הש"ך והלבו"ש תרוויהו ס"ל דדעת מר"ן באפסקיה אחר מותר אפילו בלא חזקה נמצא היכא דאיכא חזקה לחוד הוא דנשאר במחלוקת דלדעת סברא קמא אסור ולדעת יש מי שמתיר וכו' מותר ואנן בדידן לא מלבד דיש לנו לפסוק כדעת הלבו"ש והש"ך דהואל וקי"ל לכ"ע דבמשכנתא דסורא אם שכרה בלי הפסקת שוכר לא הויא רבית קצוצה אלא לדברי האוסרים אין כאן כי אם אבק רבית א"ך הרי קי"ל כסברת הרשב"א ז"ל דבמחלוקת באיסור דרבנן אזלינן בתר המיקל ופסקו מור"ם בחומ"ש סכ"ה ס"ב והש"ך שם במסקנתו יעו"ש וביור"ד ג"כ ס' רמ"ב בקיצור הנהגת איסור והתיר יעו"ש אלא דעדיין לבי מהס"ס בזה דאיכא למימר דעד כאן קי"ל בדרבנן הלך אחר המיקל היינו היכא דנעשה המעשה של הדבר ונכנס בספק מחלוקת אם הוא אסור או מותר אזלינן כדברי המיקל אבל בכגון נדון זה דאדם יכול לשכור המשכונה ללוה אפשר לכתחילה יש לנו לחוש לסברת האוסרים ואומרים דאין התר אלא בדמוחזק המלוה ובאפסקיה אחר ובפרט הרי כאן יש במחלוקת זה עסק ממון ויכול הלוה השוכר לומר קי"ל כמאן דמצריך חזקה והפסקה ואם חסר אחת מהנה אסור אלא נלע"ד דהואל ומר"ן הביא בבד"ה דברי הריטב"א שכתב דאם אפסקיה אחר אפילו לא החזיק כלל שרי א"ך יש לנו לומר דכאן בש"ע בודאי דעתו הכי הוא הואל והביא דברי הריטב"א ומדהביאו בודאי גלוי מלתא הוא דהכי ס"ל ובודאי דפסקו דפסק כאן דאפסקיה אחר שרי ודאי הוא מיירי אפילו בלא החזיק המלוה וכדעת הש"ך והלבו"ש והגם דהרב מקו"ר מי"ם חיי"ם ז"ל כתב הכריע לדברי הטו"ז דמר"ן תרתי בעי חזקה והפסקה מדברי מר"ן עצמו בס"ק ע"ב ס"א לענד"ן דאין שם שום הכרעה כלל כדמוכח למעיין בדברי מר"ן ואי לא מסתפינא אמינא אדרבא מוכרע משם כדעת הש"ך והלבו"ש ודו"ק שם ועל זה אמרתי בדעתי דעל זה סמכו העולם מידי יום יום שאדם ממשכין קרקע

שלו ביד חברו ואח"ך באותו רגע חוזר ומשכירה לו בהפסק שוכר וזה מעשים בכל יום אפילו לא החזיק כלל המלוה:

אלא דאחר החיפוש בס' התקנות בס' רי"ג ראיתי שנשאלה שאלה לתלת סבי דנה"ר דיע"ה ה"ה מוהר"ר יב"ע ומוהר"ר וידאל הצרפתי ומוהר"ר שמואל הצרפתי זיע"א והשיבו על עסק תשובתם ובתוך התשובה שם כתבו וז"ל ואפע"ג דהריטב"א ז"ל שהביא בבד"ה אפסקיה אחר אפילו לא נחית לה מלוה כלל שרי ראינו שהרב טו"ז שהוא אחרון כתב דדוקא כי אחזיק בה מלוה הוא דשרי אכין אחר העיון הדבר ברור דהפוסקים הנז' לא מיירי אלא בהלואה על שדהו ולא קנו ממנו בקניני סודר שהוא ממשכנה לו ומטעמא דאמר בגמרא:

אימת קנייה דהדר אקנייה אבל בנדו"ד שקונים מבעל הקרקע בק"ס שהוא ממשכנה קנייה בקנין סודר שהוא מדרכי הקנאה של קרקע וכו' והו"ל כהחזיק בה וציינו ג"ך לסופרים שיקנו ג"ך מהאפוטר' שנתמשכין אצלו שמשכירה לשוכר בק"ס דהשתא קנייה שוכר נמי בק"ס או יקננה לו בחזקה אם הוא דר בה ויחזור בעל הקרקע ויתחייב לפרוע השכירות לשוכר הראשון עכל"ה וחותמים ע"ז הרבנים הנז' ובראותי זאת חזרתי לאחורי דבטלה דעתי אצל המאורות דחיישי לסברת הטו"ז ז"ל דמצריך חזקה והפסקה:

והשתא הבוא נבוא ג"ך להיכא דנתמשכן הקרקע בידו והחזיק בו לבד אם מותר להשכירו לבעל הקרקע עצמו בזה פשוט הוא דאסור ולא מבעייא לסברת הטו"ז והרב מקו"ר חיי"ם ז"ל דבעו תרתי חזקה והפסקה ודאי דאסור אלא אפילו לסברת הלבו"ש והטו"ז דס"ל דמר"ן בס"א ס"ל דדעת יש מי שמתיר היינו בהחזיק לבד סגי וכן הש"ך וכו' עכ"פ הרי מר"ן כתב מעיקרא סברא קמייתא בסתם דבריו דס"ל דבהחזיק לחוד לא מהני וא"ך הגם דהביא מר"ן אח"ך סברת יש מתירין וכו' אנן כסתמא דמר"ן קי"ל והן אמת דבס' קע"ב ס"ב אדרבא שם הפך מר"ן הדברים וכתב הדברים בשם יש אוסרים ויש מתירין ומאי דכתב כאן בסתם דבריו כתבם שם בשם יש אוסרים בראשונה ואח"ך כתב יש מתירים והיא היא סברת המתירים שבסעיף זה וא"ך הואל וקי"ל וי"א נקטינן כי"א בתרא ושם סברת המתירים היא האחרונה הואל ומצינו לדעת הטו"ז דמפרש דמר"ן כאן בס"ב אזיל בשטת מאי דסתם כאן בס"א דבהחזיק לא מהני ובא לומר דאם אפסקיה אחר מותר ודאי דהכי נקטינן בשטת מר"ן אליבא דהטו"ז הואל ומעקרא בס"א סתם כן וחזר בס"ב ופסק כן וגם שם בס' קע"ב ס"ב הגם דכתב סברת המתירים באפסקיה אחר לחוד שרי באחרונה עכ"פ ודאי דעתו היא לפסוק כדעת האוסרים דהא שם סיים וכתב וז"ל אם אפסקיה אחר שרי ופירש הרב מקו"ר חיי"ם דהטו"ז מפרש דמאי דכתב שם ואם אפסקיה אחר שרי הוא

אליבא דיש אוסרים שכתב בסברה ראשונה דאם החזיק לחוד אסור כתב ואם אפסקיה מותר דהיינו החזיק והפסיק וא"ך הואל ומר"ן שם חזר לכתוב ואם אפסקיה אחר שמע מינה דדעתו לפסוק כסברת האוסרים שם בהחזיק לחוד ולכך כתב צד ההתיר וא"ך הואל ולדעת הטו"ז והרב מקו"ח דלא מצינו למר"ן שום התר בהחזיק בו לחוד דמהני ודאי יש לנו לחוש לסברתם וכדעת הרבנים הנז' דחיישי לסברת הטו"ז ובדרך אגב ראיתי לכתוב מה שראיתי להרב הגדול מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח ס"ן וז"ל מי שמשכין ביתו ופינה דירתו ממנה והיה בעל המעות דר בה או משכירה לאחרים זמן מה אפע"פ שחזר אח"ך בעל הקרקע ודר בבית בלי העמדת שוכר שרי ואפסקיה אחר מקרי וראיה ממ"ש הרמב"ם פ"ה מהמו"ל וז"ל שהרי זה עומד בשדהו כשהיה ונותן לזה שכר משמע דוקא משום שרואין אותו שנשאר עומד במקומו כמו שהיה מקודם ולא יצא ממנו כלל הא אם יצא ממנו זמן מה שאכן נודע שמשכנו אין לך פרסום גדול מזה ע"ך וחתום הרב הנז' והנה בודאי פסק של זה הרב יעב"ץ אין ממנו סתיראי לדברי הרבנים דחיישי לסברת הטו"ז דשאני נדון הרב שדבר בו הואל ודר המלוה בו זמן מה חשיב ליה החזיק ואפסקיה ואלו ואלו דברי אלהים חיים:

ומעתה הדרן למאי דאתן עלה הואל ולא נמצא כתוב בשאלה אלא משכין לו שמעון לראובן וחזר ראובן ושכרה ממנו ונתחייב שמעון בשכירות מחזי דאין כאן הפסקת שוכר כלל אלא שמעון הוא המשכין הוא השוכר וזה דלא כהלכתא כלל ואסור. גם לא יש רמז כלל לומר דהיה הענין דהיינו מעקרא היתה ממושכנית ימים מספר ביד ראובן והיה דר בה זמן מה או משכירה ואזי יכול הוא להשכירה אפילו ללוה וכפסק הרב יעב"ץ זה לא נרמז כלל בשאלה ומן דברי השאלה מובן דבשעת המשכונה עצמה שם שם לו המשכנה ותכיף אח"ך חזר והשכירה לו וא"ך לעד"ן הן מצד ממה שהתנה עליו שיפרע סך מה מהקרן בכחו"ח הן ממה שהשכירה לו בלי הפסקת שיכר מחד מהני טעמי לחוד אסור לקחת מידו דמי השכירות זהו משנלע"ד מה להשיב מעלתך ואם שגיתי את"ם ולכת"ר החיים והשלום מאתי אהובך החותם בסדר חוקת התורה משנת רנ"ת עמך פה סאלי יע"ה הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כו

תשובה לעי"ת טאנזא יע"ה הנה לשעבר כבר עמדו לדת"ש אליהו ן' דו"ח מורשה כהר' שמואל ן' ג"ו תוביע לכמהרמ"א נר"ו ולכהר' עמרם צבע בנו של כמוהר"ר יאודא זלה"ה ופסקתי להם הדין וכתבתי ביד אליהו המורשה הנז' פסקה דדינא מה שנוגיע לדין והן

היום עוד חוזר וניעור אליהו הנז' וחדשות הוא מגיד שהר"ש ן' ג'ו הנז' חזר לטעון שידון עם היורשים הנז' ע"פ פנקס מורישם מוהר"ר יאודא ז"ל ועל זה באתי בשניו"ת מדברי סופרים ואמינא דטענה זאת לא נפלאת ולא רחוקה היא וכבר דשו בה מיום ראשון המורשה והנתבעים והיתה תשובתם שפנקס המוריש הלכו אנה ואנה באותו זמן אשר כאן היה כהה"ר יעקב צירוליא נר"ו והגם שמן הראוי לומר לו שיקבילו חר"ס על זה מההיא דפסק מר"ן בס' ט"ז ס"ד ע"ש ובסמ"ע ובס' פת"ש וכו' אלא דראיתי דאין זה כי אם יגיעת בשר הואל ושלא כדין הוא הואל ואין ממון יוצא ע"פ הפנקס דהנה ידוע פסקי מר"ן בחומ"ש דס' צ"א ס"ה ובס' ק"ז ס"ז דמחזי כסתראי וידוע ישובו של הסמ"ע בסימן צ"א סק"ך ובס' ק"ז ס"ק ז"ך ועקר ישובו הוא דשם בס' ק"ז איירי במקום שיש לו רגלים לדבר שמה שכתב הוא אמת יעו"ש וראיתי להרב גור אריה הלוי ז"ל בס' ק"ז שכתב דתירוץ הסמ"ע נראה בעיניו:

ברם ראינו להש"ך בס' צ"א סקכ"ה ובס' ק"ו סקי"ז דלא ניחא ליה בישובו של הסמ"ע משום דסו"ס אפילו ידעינן דפנקסו הוא הוא אמת חיישינן שמא פרע יעו"ש ומכח זה הוצרך לפרש תשובת הרא"ש דפסק מר"ן בס' צ"א דרגלים לדבר הוא שיהיה החוב תוך הזמן והיה כתוב בו וכו' יעו"ש שהביא כמה פוסקים סייעתיה וזולת זה לא מיקרי רגלים לדבר אפילו מצאנו למור"ם שפסק לתשובת הרא"ש דיכול לישבע בכל דבר על פנקסו שסומך עליו שהוא אמת הרי כתב מר ניהו כסתכ"ד שבס' צ"א דזה לא מהני אלא לענין דהוי כברי לישבע ולהשביע אבל לא להוציא מהיתומים יעו"ש גם ראה ראיתי להר"ב גוא"ל בס' ק"ז שכתב וז"ל בס' צ"א כתב ן' לב דזה מיירי דהודה לפני מותו הלאו הכי לא דלא מכתב ידו דטענין ליתמי שמא פרע אבוהון וכ"ך הרשב"א בתשובה הביאה הב"י סק"ו וכ"ך רשד"ם עכ"ל הרי לך דרגלים לדבר שכתב הסמ"ע רבו כמי רבו עליה החולקים:

ועדיפא מזה פסק מהריט"ץ זלה"ה בסי"ז בענין שהניח אחריו המנוח כתוב בפנקסי איך קנה מראובן משי וכו' וקצת פירעון וכו' ובני ביתו יודעים שקנה מראובן משי ויש עד אחד שנמצא עם שמעון המת במקום אשר מת שם שהיה אומר שמעון כסתה פני כלימה על כי אין יכולתי לשוב מהרה לפרוע החוב אשר עלי לראובן ועם כל זה פטר הרב יתמי שמעון משום דמפרש לתשובת הרא"ש ז"ל כפירושו של הש"ך יעו"ש:

ועדיפא מכולהו מצאנו ראינו לרב אחרון הוא הרב יוא"ל זלה"ה בח"ב סק"י דשם פסק ותני דפירוש תשובת הרא"ש הוא כדברי הש"ך ומפרש דגם הסמ"ע כוונתו היא ככוונת הש"ך ואין לדחוק בדבריו כמ"ש עליו הש"ך בס' ק"ז וז"ל א"ך הלשון אינו מדוקדק ע"ך

דהאמת דגם הוא כך היא כוונתו ויגיד עליה ריעו ע"ש בס' צ"א סק"ה דשם פירשה הסמ"ע לרגלים לדבר הם כמ"ש הטו"ר והר"ש וכו' רגלים שיוצאים מחשש פירעון וכדעת הש"ך אבל ברגלים שהמלוה אמת היתה עדיין איכא למיחש לה לפירעון ע"ש:

ומעתה משפט נבחרה לנו לא מבעייא לסברת הרב יוא"ל זלה"ה דמפרש דהסמ"ע עצמו פירושו הוא כדעת הש"ך הרי לא נשאר לפנינו שום חולק ואליבא דכ"ע בעינן שיהיו רגלים כמו שפירש הש"ך ובכאן לא נמצא כאן לא משכינות ולא פתקאות ולא תוך הזמן ולא צוואה כדעת מהרלב"ח ומהרשד"ם ולא שום אומדנא הדומה ליהו וא"ך על מי יש לנו להשעין להוציא מהיתומים: אלא אפילו נימא דהסמ"ע פירושו הוא כמו שפירש בו הש"ך והרב גור אריה זלה"ה ושאר אחרונים דהסמ"ע איתגורי איתגור עם הרב הש"ך מכ"ז אין לנו להוציא מן היתומים הואל והש"ך ושאר הרבנים חולקים בפירושם עליו:

ומה גם דעדיפא מזה דבנדו"ד ליכא רגלים לדבר אפילו לפי פירושו דהסמ"ע דפליג על הש"ך דהא לדברי הסמ"ע שפירש דידוע שמה שכתב בפנקס הוא אמת בודאי פשוט דעכ"פ בעינן שיהיה לנו ידוע שפנקס זה הוא על הדרך שכתב הש"ך בס' צ"א ס"ק כ"ה משם הרא"ש וז"ל עוד כתב הרא"ש בתשובה דמי שרגיל לכתוב מיד עליו כל עסקיו בפנקס ולא מצא עסק זה בפנקסו יוכל לישבע עליו דהוי כמו ברי כיון שלא מצאו בפנקס ודוקא באדם שכותב עסקיו בפנקס שמונח לפניו אבל אם שוהה בנתים אפשר ששכח ולא כתב ע"ך ובודאי דלדעת הסמ"ע כן צריך לפרש שיהיה הפנקס באופן זה דהיינו תמיד לא זז מחביבו בזה הוא דאמרינן דמוציאים בו מהיתומים דהואל ובו נדבק ודאי אי היה מיפרע פרע הוה כתוב בו פרעונו על גבי דאי לא תימא הכי מה יענה בקושיא בקושיית הש"ך הנרגשית בפי הקורא דדילמא פרע ליה ולא הספיק לכותבה ומת אלא דהסמ"ע ס"ל הואל וידו ממשמשת בו כ"ש מסתמא אם היה איזה פירעון הוה כותב בו אפילו באופן זה לא מהני דדילמא אפילו באותו זמן מועט דילמא מלאך המ"א ולא מלבד דמוכרחים אנו לפרש דברי הסמ"ע כך מדעתינו הרי כן נמצא בפירוש להרב הגדול הוא מהרי"ט בח"ב סקכ"ד דף ק"ל ע"א שגם הוא כוונתו לפרש דלא בעינן שיהיה הרגלים לדבר כדעת הש"ך שתהיה הלואה תוך הזמן וכו' אלא כוונתו כדברי הסמ"ע וכתב וז"ל ואין תשובת הרשב"א מנגדית לתשובת הרא"ש שלא בכל פנקס אמר הרא"ש דאזלינן בתריה אלא דומייא דחנוני שדרכו להקיף ולקבל וכתב הכל בפנקס מה שהוא לוקח ומה שהוא נותן ויש רגלים שכל מה שכותב בו לא יחטא השערה עכל"ה הרי פרשה פתוחה לפניך דפנקס שיש רגלים שכתב הסמ"ע הוא באופן שכתב הש"ך על ההיא דחנוני ודו"ק וא"ך דון מינה ואוקי באתרין דרב יהודא ז"ל שקרוב לשתי שנים או יותר

היה כלא בבית רוב הימים ממיחוש עיניו ופעם באקראי היה מפקיח על עסקיו גם אח"ך נתמנה לרב ומו"ץ בעירו והיתה מלאכתו נעשית על ידי אחרים מי שם פה לאדם לומר דבפנקס כהאי אזלינן בתריה דיכול להיות הגם שנמצא כתוב שיש בידו מפלוני כו"ך דילמא פרעיה ושר של שכחה גבר עליו ברבות הימים ולא כתב פרעונו ע"ג:

והן אמת שמצאנו לכמוה"ר יהודה ז"ל הנז' היה לו שותפות עם חתנו כההרמ"א נר"ו והיו עסקיו נעשים על ידו וא"ך מן הראוי היה לו להצריכו להוציא הפנקס ואזי אם המצא ימצא שיש בפנקס ההוא שיש עדיין בידו מנכסי המלוה הנז' נחייב היורשים ע"פ מ"ש הרב הבאה"ט בס' צ"א סקי"ט וזל"ה מיהו שני שותפים שאחד מהם היה נושא ונותן וכותב החשבון וחבירי סומך עליו כל מה שימצא בפנקס ההוא מהני אפילו לחייב שותפו פליטת בית יאודא סי"ח ועיין מהר"א ן' ששון סקל"ד ע"ך:

אלא דלזה יש תשובה דלא מלבד דאין בידי לא ספר פליטת ב"י ולא ספר מהרא"ש לדעת אם יש חלוק בין אם יהיה השותף חי או אפילו מת יכול להוציא מן היתומים. נדו"ד לא נגע ולא פגע בזה כלל דכבר ר' משה נר"ו חתנו של ר' יהודה ז"ל כבר טען וחזיק טענתו דמעולם לא היה שותפו עם מר חמיו בעסק זה כלל אלא כל מאי דמטי לידיה מעסק זה הוה מגיע לו לידו ועל החכם חמיו ז"ל היה מוטל לעשות בו חפצו ורצונו:

וא"ך בה סלקי ובה נחתי אפילו לדעת הסמ"ע לא דבר בפנקס כזה שאין לו רגלים והם קצוצי ומכ"ש דלא קי"ל כדברי הסמ"ע דכבר כתבתי דנקטינן כדעת הש"ך וכו' וכן אחרי זאת ראיתי להרב המוסמך מוהריב"ו זלה"ה בס' ט"ל שגם מר ניהו רבה פסק כדעת הש"ך ולא הוצרכתי לצאת ידי הסמ"ע אלא להפקת רצון אותו צדיק הוא הרב הגדול בעל משכנו"ת הרועים ז"ל מערכת פ"א סמ"ז שהביא גם הוא ז"ל להקת הפוסקים ולבסוף העלה דטוב וישר בעיני אלהים ואדם לפשר ביניהם לפי ראות עיני הדיין בפנקס יעו"ש על זה הוצרכתי לכתוב דנדו"ד לכל הדעות בפנקס כזה לא ניתן לפשרה ותו לא מידי ועכ"ז ש"ל ביום הראשון כבר פשרתי בפשרה השוה לתרוויהו לפי רצונו של המלוה ואם לא ירצה הדין יא"ה והבוחר יבחר וצוי"ם וימ"ן הלכ"ד הצעיר החותם פה סאלי יע"ה בע"א לאלול התרנ"ב לפ"ק הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן כז

הנה ידוע הדבר לכת"ר דאנן בני מערבא דמנהג כתובות דידן הם עשוים על פי תקנת המגורשים זלה"ה ידוע הוא לשון התקנה דבין מת הבעל או האשה תחלה יתנהגו ע"פ חלוקה אך החלוקה תהיה אחר פריעת החובות וז"ל מהרס"ב שכתב בקיצור התקנות

בס"ו וז"ל כל החלוקות הנז' בין חלוקת האשה עם יורשי הבעל בין חלוקת הבעל עם יורשי האשה תהיינה אחר פריעת כל החובות בין בשטר בין בע"פ ויזכה לגבותו הב"ח על ידי תפיסא שתפס או על הדרך שנתבאר בחו"מ סי' יו"ד עכל"ה אלא דנראה דמה שכתוב בספרים שלפנינו כמ"ש שנתבאר בחו"מ סי' יו"ד נראה לע"ד דצ"ל ס' ק"ח דשם שם הוא דין מלוה ע"פ כיצד נגבית מהיורשים ברם ידוע לכת"ר דהגם דידוע מן התקנה דההלואות גובים תחלה קודם החלוקה לא נעלם דאם מת הבעל תחלה ובא בעל מלוה בשטר לגבות מנכסי המת ואין בנכסי המת סך גדול שבאופן אין המחצה בנכסי המת מספיקים לבע"ח אזי צריך הוא לישבע כדי שיוכל ליפרע ממחצה הנוגיע לאלמנה דאלימו מתקני התקנה כוחה לעשותה כבע"ח מאוחר לענין שאם ירצה איזה בעל חוב ליפרע מחלק הנוגיע לה צריך לישבע כדין בע"ח מוקדם שצריך לישבע למאוחר ומהשתא הבוא נבוא לספיקא דידן אם המת הזה צוה בשעת מיתתו שיהודה נושה בו סך כו"ך בשטר וכו"ך מלוה ע"פ מה דינו אם יכול יאודא לגבות המלוה שבשטר בלי שבועה כנגד האשה גם לרבות שיגבה המלוה ע"פ או דילמא דלא מבעייא מלוה ע"פ דלא יגבינה. הואל ובהודאתו זאת חב לאשה אלא אפילו מלוה שבשטר לא יגבינה כי אם בשבועה:

הנה אם בנו מצד הדין פשוט דאין בהודאתו כלום לחוב לאשה דהגם דעל פה התקנה עשאוה דגביית הכתובה תהיה מחצה בנכסים ועשאוה כבע"ח מאוחר א"ך שטר כתובתה הוא כמי שנתחייב לה במחצה בנכסיו וא"ך בהודאתו זאת הרי הוא חב לה והודאתו במקום שחב לאחרים אינה כלום כמ"ש הפוסקים ומר"ן בס' מ"ז יעו"ש והילך מ"ש הרב"י בס' ר"ן וז"ל כתב הרשב"א בתשובה אפילו הודה שמעון בשעת פטירתו שקבל כך וכך מעות בפיקדון מראובן ואפילו עשה לו שטר הודאה אינו מזיק לאשה דהודאת בעל דבר במקום שחב לאחרים אינה כלום כמו שאמרו בפרק שני דכתובות עכ"ל וכיוצא בזה כתוב בתשובותיו ס' אל"ף ומ"ז וכן מצאתי בתשובת הגאונים על שכיב מרע שצוה פלוני יש לו עלי כו"ך תנו לו מממוני ותנו לו כו"ך שיש לו עלי שגנבתי בנערותי ויש עליו כתובת אשה ובע"ח אין סומכין על הודאת המת להקדים מי שאין בידו ראיה קדומה ומכל מקום כולם נשבעים לבעל הצוואה ולבעל הגניבה עכ"ל הרב"י בחומ"ש ובא"ה ע"ז סימן ק' הביא עוד משם הרשב"א וז"ל וכתב עוד הרשב"א על ראובן שהוצא כתב ידו של שמעון אחיו שהודה שקבל ממנו פיקדון כו"ך מעות ונלב"ע שמעון ואין ספוק בנכסים לכתובה ולפיקדון הדין עם האלמנה ואפילו הודה שמעון בפיקדון בשעת פטירתו אינו מזיק לאשה דהודאת בעל דבר במקום שחב לאחרים אינו כלום

עכ"ל. מתשובות אלה מוכח דהודאתו אינה מעלה ואינה מורדת לגרוע כח האשה כלל ולא מבעיא לגבי מלוה ע"פ שלא תהיה לה גבייה כלל מחלק האשה כמפורש בתשוב' הנז' אלא אפילו מלוה בשטר לא מהניא הודאתו לפוטרו מן השבועה דזה וזה חדא נינהו דאם תועיל הודאתו ויש בה ממש מה לי לגבי מלוה ע"פ מה לי לגבי מלוה בשטר אם דברי השכ"מ אמת יש להאמינו בכל ענין ואם לאו בכל ענין אפילו לפטור משבועה ולא דמי אלא למוקדם ומאוחר שבאו לגבות דצריך המוקדם לישבע תחלה אפילו אם הלוה מודה שהמוקדם נושא בו. וגם כאן כן הוא הדין:

ואל תשיבני מדקדוק דברי הגאונים ז"ל שהבאתי דבריהם לעיל משם הרב"י שכתבו וזלה"ה אין סומכין על הודאת המת להקדים מי שאין בידו ראיה קדומה וכו' יעו"ש דמחזי דמי שיש בידו ראיה קדומה סמכינן אהודאת המת וממילא נשמע דאם הודה המת למקודם יפטירנו משבועה זה אינו דקדוק. דהגאונים ז"ל בתשובתם לא לענין שבועה אתשילו ולא היה עקר דבריהם אלא לענין אם יהיה גבייה למי שהודה לו המת ותפסיד האשה או לא אבל למי שיש בידו שטר מוקדם ויש לו דין גבייה קודם האשה לא דברו בו לענין שבועתו כלל אלא בתשלום דבריהם שללו כך ולא באו על הדיוק לומר דמי שיש לו שטר מוקדם יפטיר משבועה בהודאה זאת וזה פשוט:

שוב בא לידי ספר פתחי תשובה לחומ"ש וראיתי לו שם בסק"ד סקי"א שהביא ספק זה דמי שהודה בשעת מיתה שיש עליו מלוה ע"פ ואחר מותו לא נמצא בעזבונו כדי להספיק לבע"ח שבשטר ולמלוה זאת שהודה בה מי אמרינן דהודאתו הויא הודאה מכח דאין אדם חוטא ולא לו או לא וזה הלכה העלה דאין הודאתו כלום יעו"ש שהביא זה משם הרב פרח מט"א והרחיק להביא ראיותיו מן הגמרא ולא זכר שר תשובות הרשב"א הנז"ל גם אחר החפוש ראיתי בס' משחד"ר בנמוקי מהר"ם שגם הוא מפשט פשיטה ליה כך דאם הודה בשעת מיתה לא מגרע כח אשתו וחיליה דמו"ר הוא מדברי הרשב"א שהביא הרב"י בחומ"ש ויעו"ש שהביא עליהם להקת הפוסקים והאריך קצת ולבסוף העלה כמ"ש אני עני. וששתי':

וכל זה נלע"ד מדינא אלא דעומד לנגדי מה שראיתי כתוב בקיצור התקנה וזל"ה בין חלוקת הבעל עם יורשי האשה בין חלוקת האשה עם יורשי הבעל תהיינה אחר פריעת החובות בין בשטר בין בע"פ ויזכה לגבותו הבע"ח על ידי תפיסה שתפס או עה"ד שנתבאר בחומ"ש סק"ח ע"ך וכתב הרב מוהר"ר המלא"ך ר"ב זלה"ה על זה וז"ל מ"ש ויזכה לגבותו וכו' כתב כן הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה ולאפוקי מי שנסתפק בזה עכ"ל והנה אנן הגם דלא זכינו לראות דברי הרב יעב"ץ במקורן נראה דלזה נתכוון באומרו

מלוה ע"פ תהיה ע"י תפיסה או מה"ד שנתבאר בחומ"ש סק"ח ושם בסק"ח אחד מן הדרכים הוא הודאת המת וא"ך נראה דבהודאת המת מהני לגבות המלוה ע"פ דודאי לא הצריכו תפיסה או הדרכים הנז' אלא אם מת הבעל תחלה ובא לגבות מהאשה ומהיורשים אבל אם מיתה האשה תחילה אין אנו צריכם לכל זה אלא הוא נאמן בשבועתו על אשר יאמר כי הוא זה וה' יזכינו לאור באור פני מלך תשובות מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה לידע מהיכן פסיקה ליה דזה מחזי הפך כל הפוסקים שכתבתי אם לא שנאמר שהרב הנז' הואל והוא קרוב ובקי בתקנת רז"ל חכמי התקנה לפניו נגלו שכך תקינו ועלינו תטוף מילתם:

סימן כח

ישאלוני משפטי צדק. בענין ראובן שנתן לשמעון שבע מאות דורוס וכתב לו שמעון יטרא מסך הנז' לקבל הסך הנז' מימארסיליא מבית לוי ואח"ך כשלקח שמעון האליטרה חזר ומכרה ליאודא וקבל ממנו המעות כדרך הידוע לתגרים שאדם קונה יטרא וחוזר ומוכרה לאחר ואחר לאחר וכו' והן היום כשהולך יהודה האליטרא ליפרע בה מבית לוי ענו הלוים ואמרו שלא יפרעו האליטרא כי אין בידם מנכסי ראובן כלל והוצרך יהודה להחזיר האליטרא בידו בלי פירעון ואיידי דיביני ביני קודם שתגיע האליטרא לבית לוי העני ראובן ובא עד השברי"ם רח"ל והן היום כשהחזיר יהודה בידו האליטרא בלי פירעון עמד ושאל אם דינו הוא עם ראובן דוקא או יוכל הוא לכפות שמעון המוכר לו האליטרא להחזיר לו מעותיו ע"ך:

תשובה תחילה וראש נובין ינדון אם האליטרא יש לה לקנייה בכתו"מ או לא. הנה מצאנו ראינו למר"ן בסס"י ס"ו שכתב וז"ל שטר שעשוי בערכאות של כותים אם הוא עשוי בענין שהוא כשר בדינינו וכן שטר של כת"ב ידו נקנים בכתיבה ומסירה עכ"ל וא"ך מפסק זה יש לנו לדון דהליטרא נקנית בכתו"מ כדין כת"י דלא גרעה מכת"י שנותין אדם לחבירו שהוא נושה בו דפסק כאן דנקנה בכתו"מ:

אלא דכאשר יתבונן הקורא בפסק מר"ן זה יבוא לדרוש מילות יתירות דכתב מר"ן וז"ל וכן שטר של כת"י וכו' דמה הלשון אומרת וכן שטר של כת"י הוה די לומר וכן כתב ידו נקנה בכתיבה ומסירה ומלשון זה נראה דנתכוון מר"ן לומר דלא סגי בכת"י לחוד אלא בעינן כת"י שהוא כשטר לענין שאין הלוה יכול לטעון פרעתי כגון שיש נאמנות אבל כת"י שאינו כשטר לענין גבייה איכא למימר דאינו נקנה בכתו"מ ודקדוק זה יש לו סעיד וסמיך דהא דין זה דפסק מר"ן ציין עליו הרב באה"ג שהוא מדברי הטו"ר ושם בדברי

הטו"ר מפורש הדבר יותר וז"ל בס"ה ושטר העשוי בערכאות של גוים ושטר של כותי נקנים ג"ך בכתו"מ ולא אמרינן דלחשיב כמלוה ע"פ שאינה נקנית אלא במע"ג דשטר העשוי בערכאות אם עשוי כתקנו גובין בו אפילו ממשעבדי וכתב ידו נהי דלא חשיב כשטר לגבות בו מן המשועבדין גובין בו מבני חרי עכ"ל הרי לפניך דלדעת הטו"ר מריה דהאי דינא לא מצא כח בכת"י שתהיה לו קנייה בכתו"מ אלא בשביל שיש לו כח לגבות מבני חרי והגם דאיכא למימר דרבינו הטו"ר הוא מכת הסוברים דאין הלוה יכול לטעון פרעתי כנגד הכת"י כמו"ש בס' ס"ח יעו"ש עכ"פ דון מינה ואוקי באתרין לדידן דקי"ל כשטת מר"ן דיכול לטעון על הכת"י פרעתי א"ך לא עדיף ממלוה ע"פ אם לא שיהיה באופן שיכול לכפות את הלוה ליפרע ממנו מבני חרי והיינו שיהיה תוך זמנו אי אם יש בו נאמנות הלאו הכי כתב יד שאין המלוה יכול ליפרע בו מבני חרי הדר דינו כדין מלוה ע"פ שאין לה קניה כי אם בכתו"מ ובזה יבוא על נכון למה הטו"ר מכנה הכת"י בלשון שטר הואל וס"ל דדינו כדין שטר לגבי בע"ח ומטעם זה נקט מר"ן ג"כ לשון זה כדי לומר לך דבעינן כתב יד שיכול לגבות בו כדין שטר לפחות מבני חרי ואל יקשה בעינך דהוה ליה למר"ן להשמיענו חדוש זה ולפלוג ולתני בדידיה דכתב יד בין שיש בו נאמנות או לא לזה יש להשיב דלא הוצרך להשמיעינו חדוש זה דממלת שטר של כת"י דכתב כאן תדקדק זה וכל שאין לו דין שטר לגבות מבני חרי פשוט דדינו הוא כדין מלוה ע"פ שאין לה קנייה כי אם במע"ג כל זה נראה לענ"ד לדקדק מדברי הטו"ר ומר"ן:

וכעין דקדוק זה מצאתי ראיתי להרב כמוהרי"ע זלה"ה בספרו הבהיר בני יהודה ספ"ט שנשאל בכת"י שהוא כתוב בו וז"ל מא"ע עצמי החו"מ וואיין אנא מלזום נעטי לפלוני סך כו"ך אדי כא יסאל לפלוני וכו' עבד השם פלוני עכ"ל הכת"י והשיב הרב כתב הרמב"ם בהלכות מכירה בפי"א והביאו הש"ע בס"מ דמחייב עצמו וכו' כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה וכו' או שאמר לו בפע"ד הריני חייב לך מנה בשטר עכ"ל והכריח שם הרב מדקאמר הרמב"ם תיבת בשטר נראה דוקא כשיהיה הכת"י בלשון השטר הע"ע ע"ע פלוני ואמר לנו שאני חייב לפלוני מנה אבל אם היה כתב יד בעלמא בלשון המתחייב לא מהני לחייב האדם בדבר שאינו חייב עכ"ל:

הרי לפניך דהרב מוהרי"ע זלה"ה מדקדק מילת בשטר וממנה יצא הדין הנז' וא"ך גם אנן בדידן יכולים לדקדק ולומר דמלת ושטר הכת"י וכו' דכתב מר"ן נימא להכי כתב מילת ושטר כדי לומר דבעינן כת"י שיהיה כשטר שיפרע בו לפחות מב"ח דהיינו שיהיה בו

הנאמנות וא"ך האליטרא הזאת שאין כתוב בה נאמנות נימא דלא הוי עליה שם שטר ולא יהנה בה קנין כלל:

אלא דאחר החיפוש מצאתי להרב אחרון בספרו גור ארי"ה דף רכ"ג שכתב על דברי הרב הנז' דאחר המחילה מכבודו דראיותיו אינם מוכרחים ודחה אותם אחת אל אחת יעו"ש והביא אח"ך הרב גו"א הנז' ראיות חזקות לדבריו מדברי הרשב"א סכ"ו ומדברי הרשב"א המובאים בחומ"ש ס' ס"ו בב"י מחודשים מג' ומדברי מהריק"ש בספרו אהלי יעקב ס' ר"ט יעו"ש דהכריח בראיות ברורות דדקדוקו של הרב מוהרי"ע דדקדק מדברי הרמב"ם מילת בשטר לאו דקדוק יעו"ש וכן ג"כ ראיתי להרב מהרי הלוי זלה"ה בס' ס"ו סק"ט שכתב וז"ל כתב יד ישראל נקנה בכתיבה ומסירה טור מישרי"ם יעו"ש הרי לפניך דלא נקט בלישניה אלא כת"י של ישראל ולא קפד כלל לכתוב מלת שטר כלל שמע מינה דמלת שטר שכתב הטו"ר אין ממנה שום דקדוק כלל וראיתי להרב מש"ה או"ך סימן כ"ו שכתב וז"ל קי"ל דכת"י נקנה בכתו"מ כמו השטר ואע"ג שאין בחוב שכת"י שעבוד קרקע מכל מקום מבני חרי כמ"ש בטוש"ע סס"ו ובכת"י של גוים אי מהני אי לא מהני ביה כתו"מ מלשון בעה"ת שהעתיקו מר"ן בש"ע שם דנקט שטר הנעשה בערכאות של הכותים וכת"י וכו' משמע דבגוי שטר דוקא ובישראל אפילו כת"י או דלמא כי הדדי נינהו וכת"י אעכו"ם קאי או אישראל דוקא קאי הרב מהרא"ש עלה ונסתפק והרב מהרימ"ט ורבינו בצלאל ז"ל פשיטא להו דאף בכת"י של עכו"ם מהנייא מסירה עכל"ה הרי לך דלא נחלקו אלא בכת"י של עכו"ם אבל בשל ישראל כו"ע מודו ומדפליגי בשל עכו"ם ומודו בשל ישראל ממנו נלמד דכת"י של ישראל לאו בשיש בו דוקא נאמנות קא מיירי אלא אפילו בכת"י סתם שיכול לטעון עליו פרעתי דהא בשטרות העכו"ם מעולם לא נראה ולא נשמע לעולם שהם כותבים נאמנות בשטרותיהם ואין מחוק נמוסיהם כלל לכתוב דבר זה ועכ"ז נכנס במחלוקת. דלהרב מהר"א ן' ששון אינו נקרא נקנה בכתו"מ ולדעת רבינו בצלאל ומהרי"ט זלה"ה ס"ל הנקנה בכתו"מ וא"ך בדכותיה כת"י של ישראל שכו"ע מודו בו דנקנה בכתו"מ הוא אפילו אין בו נאמנות מודה ואין לדחות ולומר דאדרבה זוהי סברת החולקים דהיינו מטעם הנאמנות דלדעת הרב מהרא"ש דס"ל דכת"י של גוים שאינו נקנה בכתו"מ הוא משום דמסתמא אין בו נאמנות אבל של ישראל הואל וכתב הנאמנות אם היה בו נאמנות נקנה בכתיבה ומסירה ומטעם שכתבנו הואל ויכול לגבות מב"ח ואינו יכול לטעון פרעתי לא כן מהר"ר בצלאל וגם רבינו מהרי"ט ס"ל דאפילו במקום שאין בו נאמנות עכ"ז נקנה בכת"י וא"ך נימא זוהי טעם מחלוקתם.

ואתיא מבינייא דאם אין בו נאמנות הוא במחלוקת ג"ך שנוי אפילו כת"י של ישראל ויכול המוחזק לומר קי"ל:

אלא דזה לא יתכן דא"ך הוא למה ליהו להני פוסקים לחלוק בין כת"י של ישראל ובין של עכו"ם לא הו"ל אלא לפלוגי בכת"י של ישראל שיש בו נאמנות לשאין בו נאמנות או בכת"י של עכו"ם שיש בו נאמנות לשאין בו אלא דפשוט וברור דחלוק זה אין ממנו לא ריח ולא טעם בספרי הפוסקים כלל והאמת יורה דרכו דכת"י דכתב הטוש"ע בס' ס"ו דנקנה בכתו"מ הוא כת"י סתם אפילו שאין בי נאמנות דיכול הלוה לומר פרעתי ויפטיר עכ"ז נקנה בכתו"מ:

ומה שכבר דקדקנו למה נקט הטו"ר והש"ע לשון שטר כת"י וכו' כבר הוכחנו מדברי הרב מהרט"ץ זלה"ה דאין זה דקדוק יעו"ש גם מה שכתב המר"ן בלשניה וכתב הואל וגובין בו מבני חרי בודאי לא נתכוון אלא להיכא דטען הלוה על כת"י לא היו דברים מעולם דקי"ל דגובה ממנו בע"ך כמ"ש שם בס' ס"ט בטוש"ע יעו"ש ולזה הוא מחשיב כשטר לענין לגבות מבני חרי אפילו אם יטעון פרעתי אין יכול לגבות ממנו עכ"ז מחשיב כשטר לענין להד"מ ולזה נתכוון לכתוב שטר כת"י וחשיב כשטר לענין אם יטעון להד"מ והעידים מעידים שזה כת"י וקם דינא אפילו אין בו נאמנות אלים כח הכת"י להיות לו קנין בכתו"מ:

וכל זה שכתבנו הוא לרווחה דמילתא דלגבי נדו"ד האליטרא אפילו אם הוה מצריכנן בכת"י דלא יהיה לו קנין בכתו"מ אלא אם יהיה בנאמנות עכ"ז האליטרא אלים כחה אפילו אין כתוב בה הנאמנות בפירוש עכ"ז כמאן דכתיבה דמי דהא ידוע ומפורסם ביני אומיי"א ועממיי"א דכל זמן שהאליטרא ביד הקונה אותה אין שום בריה יכולה להפיל אותה ארצה לא מי שמכרה ולקחה ולא מי שנשתלחה אליו לפורעה אין שום אחד מהם נאמן כלל לומר שפרע למי שלקחה ונשארה בידו אלא כל מי שהיא בידו כאלו אוחז חרב בידו ואין אומר ואין דברים וא"ך הואל ודבר זה מנהגה נהוג אין שום אחד יכול לומר פרעתי ודבר זה הרי הוא מפורש בדברי מהר"י אדרב"י זלה"ה בספרו דב"ר ס"ש ס"ב שכתב שאם מנהג הסוחרים שכתב ידם אינו נאמן לומר פרעתי הוי כשטר יעו"ש:

וכן ראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בס' ס"ט סקכ"ו שכתב משם כנה"ג וז"ל כתב חלופים דסוחרים שהדבר פשוט ביניהם שכל עוד שהכתב חלוף ביד הבע"ח אין נאמן לומר פרעתי הולכין אחר המנהג זה ואין נאמן לומר פרעתיך יעו"ש ועיין להרב תוש"י זלה"ה סק"ד שנשאל על אחד שנשתלחה אליו האליטרא לפורעה ויצאה מתחת ידו בלי חתימת המקבל המעות ומקבל המעות כבר מת ופסק שם הרב ואותו המוציאה מתחת ידו אין

בדבריו כלום הואל ואינה חתומה בחתימת יד המקבל שקבל המעות ופסיק ותני לה הואל ומנהגה נהוג בין הסוחרים שאין הפורע נותן דמי האליטרא אלא אחר חתימת המקבל וזה שיצאתה בלי חתימת המקבל פשוט דלא נפרעה. אלא על ידי מעשה באה ליד מי שנשתלחה אליו יעו"ש א"ך מכ"ש לנדו"ד שעודה ביד הקונה אותה: שוב ראיתי בס' מש"ה מערכת ך' אות כ"ג שכתב הדבר בפשיטות וז"ל אליתר"א די קאמבי"ו אפע"ג דקי"ל כמ"ד דבחוב שכת"י הלוה אי טען פרעתי נאמן אבל בליטרא דינה כשטר גמור לפי מנהג הסוחרים מהרשד"ם ח"מ ס' צ"ו ומהר"י אדרב"י ס' ד"ת כנה"ג סנ"א והרב משא"מ יעו"ש:

איך שיהיה מכל דברי הני רבוואתא המובאים יתברר לך דהאליטרא אלים. כחה יותר מכת"י ואפילו במקום דלא הוה כתו"מ בכת"י אלא במקום שאינו יכול לומר פרעתי הרי בהאליטרא כן ובפרט כבר בררנו דאפילו בכה"י שאין בו נאמנות אלים כחו גם להקנות בכתו"מ:

ומעתה חל עלינו חובת הביאור הני ליטראת שדרכם הוא אם היתה מעקרא קנויה בשם ראובן ורוצה למוכרה לשמעון זה דרכם במכירתה לוקח ראובן האליטרא מגבה וכותב בה ליטרא זו יפרע בה שמעון וחותם ראובן שמו ותו לא מידי. אם כתיבה זו נקנית בה האליטרא לשמעון או לא:

הנה דבר ידוע דאותיות אינם נקנים אלא בכתו"מ כמו שבא הדבר מפורש בטוש"ע ס' ס"ו ולא מצינו קנין לשטרות אלא שני קנינים המפורשים בס' הנז' ואחד מהם הוא מ"ש מר"ן בס"א דימסרו לו את השטר ויכתוב לו בו קני לך האי שטרא איהו גופיה וכל שעבודא דאית לי ביה יעו"ש ותיקון השני הוא שכתב מר"ן ג"ך סע"י דאפילו אין השטר בידו שיקניהו לו במסירה יכול להקנות לו אא"ק ואגבן יזכה לו שט"ז בכל מקום שהוא אכן בתנאי שיאמר לו קנה לך האי שטרא איהו גופיה וכל שעבודא וכו' זהו תיקון השני תו לא מידי ואיך לכאורה נראה דכתיבה זאת שכותבים במכירת האליטרא לא מהנייא כלל הואל ואין בה כתיבת קנה לך האי שטרא וכו': אכן לקושטא דמלתא מכירה זאת אלימא וחזקה היא ואין מי יכול לבטל המכירה זאת דכשהלכה רופפת בידך הליך אחר המנהג ומצינו מנהג זה ג"ך ידוע לכל באי עולם דקנין האליטרא הוא בכתיבה זאת ואדרבא אם יהיה כתוב איזה דברים אחרים במכירת האליטרא יותר מזה הדברים שכתבנו שכותב בה המוכר אדרבא על זה נאמר כל המוסף גוריע ומפסיד הענין וא"ך הוא הואל ומנהג ידוע דמכירתה כך הוא חזר דינא לדינא דגמרא בפרק איזהו נשך דף ע"ד אמר רב פפא משמיה דרבא האי סטומת"א קנייה למאי הלכתא למ"ש פר"ע ובאתרא דנהיגי למקני

קני וכו' ופסקוה כל הפוסקים והוסיף על זה רבינו הרא"ש והביאו הטו"ר ופסק מר"ן בס' ר"א ס"ב וז"ל כל דבר שנהגו התגרים לקנות כגון על ידי שנותן לו פרוטה למוכר או על ידי שתוקיע לו כפו או במקום שנוהגים הסוחרים למסור המפתיח וכן כל כיוצא בזה ע"ך הרי נתברר דאפילו בדבר שאינו קנין אם המנהג לקנות בו הוי קנין ודבר זה מפורש בכמה מקומות וממנו נלמד לנדו"ד הואל ומנהג כל באי עולם שקניית האליטרא כך הוא בודאי דכתיבה זאת אלים כחה למשויה קנין גמור:

ושוב ג"כ ראיתי הדבר מפורש ג"כ להרב מ"ק ס' ס"ט סק"ה שכתב וז"ל כתב הממרמו"ת שנהגו בפולוניא שחותם מצד אחד וצד השעבוד מצד השני יש לו דין כת"י גמור בנאמנות בכל יפוים שבעולם והו"ל כל המוצאו יש לו רשות לתובעו ונקנה במסירה בלי כתיבה שכך נהגו ע"פ תקנת כל המדינית והארצות יעו"ש מכאן תלמוד לנדו"ד:

ועדיפא מזה נראה דמצד הדין עצמו בהאליטרא די והותיר במה שכתוב לו המוכר זה האליטרא יפרע בה פלוני ותו לא מידי וטעם כעיקר הוא דהנה ידוע דכשכותב הסוחר האליטרא למי שנתן לו המעות הכי כותבים בה ליד פלוני נחבך תדפע על לוורדין די פלוני כו"ך וכו' וחותם שמו הסוחר שקבל המעות וא"ך בכתיבה זאת שכותב הסוחר הראשון לוורדין די פלוני הדר דינו ממש לדינא של הרב תרומ"ת הדש"ן שהביא הרב"י בס"ז מ"ח סל"א וז"ל כתב בתרומ"ת הדש"ן דשטר שכותב בו שהוא משעבד עצמו למלוה ולכל מי שיתבעינו בשטר ההוא יכול למוכרו לחבירו בחליפין או במסירה בלי כתיבה והביא ראיה לדבריו ואינם ברורים אצלו עכ"ל ופסקם מור"ם לדברי ת"ה הנז' בס' ס"ו ס"א יעו"ש וא"ך גם כאן הואל וכותב בו על לוורדין די פלוני הוי כאלו מחייב עצמו לכל מי שמוציא ליטרא זאת עליו והוי כאלו אומר לחבירו יש למי שמוציא האליטרא הזאת עלי סך כו"ך ותפרענו עלי נמצא דהאליטרא מי שמוכר אותה תחילה כאלו הוא מודה ומחייב עצמו למי שתהיה בידו ומוציאה ובזה במסירה לחוד סגי בלי כתיבת קני לך איהו וכל שעבודיה והגם דהרב"י כתב על דברי הת"ה שאין ראיותיו ברורים אצלו אין לנו לומר דדברים אלו נתכוון לחלוק עליו אלא הוי כמגמגם על ראיותיו אין לנו להניח ודאו של הרב תר"ה מחמת גמגומו של הרב"י ובפרט מור"ם פסקו ודאי דהכי נקטינן ומחויבים אנו לשתות בצמא את דבריו ע"ך נמצא כתוב אצלי ממה שכתבתי בזה והשאר נאבד לי וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא נר"ו:

סימן כט

להיות שלעבר. היו משותפים ה"ח כהר"ש ז"ל עם הר"ד נר"ו והפרידו חבילת השותפות ובעת פרידתם היה יהודי אחד מערי איירופא נושה בהם סך מאתיים דורוס ועדיין לא היה תובע מעותיו ועל זה נתרצו בניהם שכל אחד יניח אצלו מאה דורוס עד עת יום בוא דברו של הנושה לתבוע דמיו מידם וכן עשו ונשארה מאה ביד בהר"ש ומאה ביד הר"ד ועשו הודאה זל"ז על הדבר הזה שביום שיבוא הנושה כל אחד יוצא בולעו מפיו ואחר עבור זמן גדול על זה הענין איתרמי שהלוה כהר"ש הנ"ז להר"ד הנז' סך מה וכתב עליו שטר חוב לזמן ובתוך הזמן נלב"ע כהר"ש הנז' וביום הגיע הזמן של הפירעון תבע אפוטרופוס דיתמי כהר"ש הנז' להכ"ד הנז' לגדל פרע החוב ויען דוד ויאמר אני מוכן לשלם במיטבא אכן בתנאי שהמעות לא ינתנו ביד היתומים אלא ינתנו ביד האפוטרפוס והאפוטרופס יכתוב לי בעידים שלא יצאו מידו הקרן של המעות אלא יהיו מעוקלים בידו המעות עד יום בוא הנושה ולא יתן ליתומים כי אם רווחה דביני ביני של המעות יומ"ץ: תשובה לזה הוא הנה מצאנו לרבינו הטו"ר בחומ"ש בס' נ"ח שכתב וז"ל וכתב ריב"א אבל אם היה הנתבע חולה ואומר שיקבלו עדות בחיי הנתבע שלא בפניו כדי שיחזיקהו בנכסי הנתבע בחייו שאם ימות יצטרך להמתין עד שיגדילו היתומים כי לא ישמעו העדות בעודם קטנים אין שומעין לו לקבל עדות שלא בפניו לחוב ליתומים שלא כדין וכתב הראב"ד אפילו אומר התובע לדיינים הרי לפניכם אלא שאינכם רוצים לקבלם לכל הפחות קחו ממון הקטנים בידכם שלא יאכלוהו אין שומעין לו עכל"ה מבואר מכאן מדברי הטו"ר דבבא לעקל ממון היתומים אינו יכול אלא דנראה פשוט דאדרבא מכאן ראיה לנדו"ד שיכול לעקל דהנה מצאנו ראינו להסמ"ע בס' כ"ח סקנ"ב שהביא דברי הראב"ד ז"ל אלו וסיים עליהם וכתב וז"ל ובפרישא כתבתי הטעם בשם מהרש"ל דדוקא כשאדם ודאי חייב לחבירו ויש לחוש שיכלה ממונו קודם שיגיע זמן הפירעון אמרו דלוקחין הב"ד ממונו מידו וכמ"ש הטור והמחבר לקמן סמ"ג ולא בכה"ג דעדיין לא נתברר דחייבין לו עכ"ל מכאן אתה למד דטעמיה דהראב"ד זלה"ה הוא משום שאין התביעה מבוררת הוא שכתב אינו יכול לעכב ממון היתומים אבל בכגון נדו"ד שהתביעה מבוררת דהמעות הנז' הם מלוה ביד כהר"ש הנז' עד עת בוא המלוה ודוד ה' הוא ערב דהואל והיו שותפים והנושה הנז' יש בידו רשות לתבוע ממי שירצה בודאי דטענת הר"ד ה' טענה אלימתא היא והיינו דינא דסמן ע"ג שהביא הסמ"ע וכתב דדוקא כשאדם חייב ודאי לחבירו ויש לחוש שיכלה ממונו קודם שיגיע זמן הפירעון אמרו דלוקחין הב"ד ממונו בידם וכו' וא"ך הוא הנדון דידן ממש שההלואה מבורר"ת אלא דהוי כאלו עדיין

לא הגיע הזמן הואל והנושה עדיין לא רצה לתבוע מעותיו הוי דוד כאלו ערב בתוך הזמן וכבר יש פסק מר"ן בחומ"ש סקל"א ס"ג דגם הערב שרואה שהלוה מבזבז יכול הוא לעקל כדין המלוה יעו"ש:

וראיתי להטו"ז ב"ס כ"ח ס"ק ט"ז ששם הקשה על מה שכתב הסמ"ע שם משם מהרש"ל דיש חלוק בין חוב ברור לשאינו ברור וכו' ולבסוף כתב איהו מדיליה דההיא ד"ס מ"ג אפילו בחוב שאינו ברור הואל ומן הדין יכול הוא לעקל וריב"א ס"ל דאפילו באדם דעלמא אינו אלא משום התקנה ולא מהד' וביתומים אין לעשות תקנה ועל זה קאי הראב"ד בעל סברא הנז' וס"ל דאין לעשות התקנה ביתומים אפילו לעכב המעות יעו"ש שזהו כוונתו על כל פנים דלא כתב הראב"ד דבריו אלא היכא דאין החוב ברור דהא בפירוש כתב דמדברי הרא"ש שם מבואר דבחוב שאינו ברור קא מיירי ובזה פליג לישנא קמא ס"ל דמן התקנה שם מקבלין עדות וכו' ולהרא"ש מהדי"ן ועל זה כתב ריב"א בעל סברא דאין מקבלין עדות ס"ל כלישנא קמא דמן התקנה הוא דמקבלין וכו' וביתומים לא עשו תקנה ועל דבריו קאי הראב"ד דאפילו לעקל אין מעקלין וכל דבריהם אלו לא נאמרו אלא בנדו"ד שפליגי בו הרא"ש ולישנא קמא דהיינו תביעה שאינה מבוררת אבל בתביעה מבוררת אפילו לישנא קמא ודאי יסבורו דמן הדין מעקלין וכו' וא"ך כולהו שוים בין יתומים בין אדם גדול הואל ותביעת המלוה מבוררת מעקלין ותו לא מידי:

איך שיהיה המורם מן האמור בין לסברת ובין לדעת הטו"ז דברי הראב"ד אינם אמורים אלא דוקא במי שאין לא תביעה מבוררת על היתומים אבל בנדו"ד שהתביעה מבוררת כולהו ס"ל דהרא"ב יודה דאם אמור יאמר המלוה שלא יתנו המעות ביד היתומים לאוכלם הדין עמו:

ושוב ראיתי הדבר מפורש בס' גוא"ל ז"ל בס' ק"ח סק"ז שכתב וז"ל אם הנכסים כדי החוב או יותר ממני אין מניחים היתומים לאכול את הנכסים אלא מניחים אותם ביד האפוט' שיאכיל הפירות ליתומים והקרן יפרעו לבע"ח כשיגדילו המבי"ט ח"ג סרי"ד יעו"ש עכל"ה הרי לפניך מבורר שבמקום שאין יכול הוא המלוה לגבות מהיתומים עכ"פ יש כוח בידו לעקיל המעות ביד האפוט' שלא יאכל אותם הקרן אלא הריוח דוקא ועדיפא מזה ראיתי ג"כ להרב הנז' בס' כ"ח ס"ק מ"ב שכת' משם הרב מהרשד"ם דלא אמר הראב"ד דאין מעקלין מעות היתומים אלא דוקא אם כבר בא הממון ליד היתומים אבל ממון שאינו בידם פשיטא דאין ניתנים אותם בידם ועיין בה' החולקים עליו וש"ה דף ק"ל עכל"ה:

הרי לפניך לדעת מהרשד"ם אפילו במקום שאין תביעה מבוררת דאיירי בה הראב"ד כמש"ל עכ"ז היכא דעדיין לא באו ליד היתומים יכול הוא לעקל מכ"ש בנדו"ד שהם תחת ידו של הר"ד הערב אפילו החולקים על הרשד"ם יודו בזה אלא דכבר בררנו דאין אנו צריכים לזה דכאן בתביעה מבוררת קא מיירי:

וכל זה לא הוצרכנו אלא לברר מה שנוגיע לנו לפי הדין דקי"ל אין גובין מיתומים קטנים כמ"ש הטוש"ע סי' ק"י יעו"ש וגם קי"ל לפום דינא דאין מקבלים עדות על הקטנים כמ"ש ג"ך הטוש"ע סכ"ח יעו"ש אבל אנן בדידן לא זה הדרך שאנו הולכם בה אלא כבר נתפשט בינינו לגבות מיתומים קטנים וגם מקבלים עליהם עדות וכמו שבא הדבר בס' התקנות תקנה של ש"ה הרי ערוכה בס' הישר ויעוין בקיצור התקנות להרב מוהרפב"ר ז"ל יעו"ש בס' כרם חמר ח"א דל"ו יעו"ש וא"ך לגבי נדו"ד אנן ההולכם בעקבות בעלי התקנה והכי דינינן מידי יום יום לגבות מיתומים קטנים ודאי דאין שום חלוק בין יתומים לאדם דעלמא והדר דנייהו כדין אדם גדול דדינו הוא הרי הוא ערוך על השלחן הטהור ס' ע"ג משם הרא"ש וז"ל מי שיש לו שטר על חבירו לזמן ובא תוך הזמן לב"ד ואמר מצאתי מנכסי פלוני ואני ירא שאם יבואו לידו יבריחם ממני ולא אמצא מקום לגבות חובי אם רואה: הדיין שום אמתלא לדבריו שלא יוכל לגבות חובו כשיגיע הזמן מצוה על הדיין לעכב הממון עד שיגיע זמן עכל"ה ודברי מר"ן אלו הם דברי הרא"ש וכבר כתבנו משם הטו"ז ז"ל דאפילו בתביעה שאינה מבוררת והגם שהסמ"ע ס"ל דדוקא בתביעה מבוררת וכמו שנראה בדבריו דס' כ"ח שכתבנו וכן מבורר מדבריו דס' ע"ג סק"ו שכתב דמר"ן דוקא נקט שטר דאז הוא יכול להוציאה מחבירו וכו' יעו"ש וא"ך נראה דדוקא בעינן נדו"ד שתהיה התביעה מבוררת אבל אם אינה מבוררת לא:

אלא הרי כבר הורה זקן הוא הרב יוא"ל בס' תוש"י ס' נ"ט שהכריע בראיות ברורות דדברי מר"ן אפילו בשאינה מבוררת כדעת החולקים על הסמ"ע יעו"ש וכן ראיתי להרב בנ"י חי"י בס' ע"ג בהגהות הטו"ר יעו"ש דס"ל דלא כהסמ"ע יעו"ש א וא"ך נדו"ד הרי מפשט פשיטא לן דיכול לעכב אפילו אם לא היתה התביעה מבוררת הואל וכבר רבו החולקים דדברי מר"ן הם אפילו אינה תביעה מבוררת בשטר אלא אפילו מלוה ע"פ שיש אמתלא הלא המה הטו"ז והרב באה"ג ומהר"ם גאלאנט"י והרב פנ"י מש"ה ז"ל הביא דבריו הבנ"י חי"י ז"ל והרב כנה"ג מסכים הולך כסברת מהר"ם גאלאנט"י דלא כסמ"ע ואחרון הכביד הוא הרב יואל זלה"ה דמצדד אצדודי להכריע דלא כסמ"ע א"ך אפילו אם לא היתה כאן תביעה מבוררת יכול לעקל כסברת הני חבל נביאים ובפרט שהר"ד תפוס יכול לומר קי"ל אלא דאין אנו צריכים לכך דכבר מילתנו אמורה דתביעת

דוד הנז' מבוררת היא ויש חששה גדולה שעדיין היתומים קטנים ומזונות וכסות משכי ביהו כמעט ב"מ בקרוב יכול להיות כלה קרנא הואל ואין ממון כל כך הלכך בדין הוא שיכול הר"ד לעכב על האפו' ולכתוב עליו שלא יצאו המעות מידו עד אשר בוא יבוא הנושה לקחת מעותיו או ירחם ה' באופן אחר ותו לא מידי:

שוב בחופשי באמתחתי מצאתי לרבינו מהריק"ש ז"ל בספר הקוד"ש אהל"י יעק"ב סל"ה שנשאל כזה וזה הלכה העלה מהפוסקים הראשונים דיכול לעכב ועדיפה מזה כתב דדין זה דוקא דעכוב היינו אם היו המעות ביד היתומים אבל אם היו ביד אדם אחר אפילו הוצאה יכול להוציאם מידו ולגבות. דלא אמרו אין נזקקין לגבות מיתומים קטנים אלא דוקא אם היו המעות ביד היתומים יעו"ש וא"ך מכ"ש כאן שהם ביד הערב דוד עצמו ורוצה לעקלם לי"ת דו"ד אחרי זאת ג"ך אינה ה' לידי וראיתי בס' מש"ה מערכת יו"ד סכ"ד שנשאל בזה ג"ך והעלה להלכה כמו דברינו אלה. תלי"ת:

ועדיפא מזה ראיתי לו שהביא משם הרדב"ז דאפילו ב"ד עצמם מוטל עליהם לעקל דמצוה יש בדבר שלא יאבדו מעות בני אדם יעו"ש והגם דנדו"ד אין דוד מלוה גמור לכהר"ש הנז' אלא ערב על חלקו אין חלוק בניהם כלל דבמקום שהמלוה יכול לעקל כמו כן הערב וכמו שפסק בש"ע סקל"א ס"ג ערב או קבלן שרואים שהלוה מבזבז נכסיו יכולים לתובעו שיוציאם מהערבות אפע"פ שהוא תוך הזמן ע"ך הרי לך כמו דפסק מר"ן בס' ע"ג דהמלוה יכול לעקל כך הערב ומסעיף זה ראיה ברורה לנדו"ד שיכול לעקל דהא דעדיפא מזה יכול הוא דוד ה' לתבוע היתומים לפרוע חלקם כדי להוציאו מן הערבות וכמו שיש להוכיח מס"ד שאחר זה דיכול הערב לכפות ללוה להוציאו מן הערבות כמ"ש מור"ם והגם שבאותו סעיף יש בו דו"ד הרי ברירה לן מילתא דנקטינן כסברת החולקים נגד הרמב"ן ויכול הערב לכפות למלוה וללוה כמו שכתוב אצלינו הדבר באורך וברוחב באר הטב:

אלא דבנדו"ד אין אנו צריכים לכל זה דהואל שיש חשש שהיתומים יכלו הממון ולא ימצא המלוה ממה לגבות הדרן לדינא דסעיף זה דס"ג דערב או קבלן שרואים שהלוה מבזבז יכולים לתובעו וא"ך גם כאן הואל והיתומים אם יאחזו המעות בידם בודאי דיכלו הקרן א"ך אין לך בזבוז יותר מזה ויכול אפילו לכפותם לשלם עתה חלק אביהם למלוה ויפטיר איהו מחלק אביהם מכ"ש שהדין עמו שיכול לעכבם ביד האפוט' שלא יהיו נזונים כי אם מן הריוח דוקא והקרן יהיה שמור עד בוא יום פקודה ועיין בסמ"ע סקל"א סק"ט מה שהביא משם הד"מ ודוק בו כי יש להוכיח ממנו ג"ך לנדו"ד יעו"ש זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ל

באו לדת"ש הר' יאודא תובע למשרתו שעובד עמו במלאכת פאסייאגת ותבע האומן ה' למשרתו על אודות גוי אחד שהיה יושב עם יאודא הנז' בחנותו בשביל איזה עסק של המלאכה ואח"ך כשקם הגוי ורצה לילך לדרכו היה מונח לו אצלו שם בחנות כיס אחד מלא מטביעות כסף ושכחם והלך לו ולא ראה אותם יאודה בעל החנות ומצאם המשרת ולקחם לו. אח"ך הגוי פשפש ולא מצא הכיס ונזכר שהיה יושב בחנות האומן ואמר שמא שכחם שם ובא לתבוע ליהודה בערכאותיהם והזקיקהו לישבע שלא לקח ואיידי דביני ביני הוגד ליהודה שהמשרת מצאם ועל זה בא יהודה לתבוע למשרתו להוציאם מידו ולהחזירם לגוי ע"ך:

תשובה נחזי אנן מעקרא הואל והגוי שכח הכיס בחנות האומן מי הוא הזוכה אם האומן או המשרת. פשוט הוא דזכה המשרת דהגם דהלכתא גמירי ופסקה מר"ן בס' רס"ח דחצרו של אדם קונה לו אפילו שלא מדעתו יעו"ש בס"ג וכתב הסמ"ע דאפילו אינו עומד בצדו והוסיף הש"ך לומר אפילו אינו בעיר יעו"ש סק"ד ומכ"ש כאן שהיה האומן יושב בחנותו חצר המשמרת עכ"ז הרי הטילו בה תנאי וכדמסיים שם וז"ל ואין חצרו קונה לו אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתיה אבל בדבר שאינו רגיל לבוא אין חצרו קונה לו אפע"פ שבאה מציאה לשם ובא אחר ונטלה זכה הואל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני וע"ל סרל"ב סי"ח עכ"ל וכתב שם הסמ"ע סק"ז וז"ל כבר נתבאר ברי"ש סר"ס דמה"ט במטמון ישן הנמצא בכותל דאיכא למיתלי של אמוריים הוה הוא של מוצאו ולא אמרינן דביתו וחצירו של אדם קונה לו המטמון וכתב המרדכי ג"ך דאם אבד הכותי מעות בבית ישראל דלא קנתה לו חצירו כיון דאינו רגיל להיות ולא ידע מזה עכ"ל הרי לפניך דדינינו זה מפורש יוציא מדברי מור"ם והסמ"ע דזכה המשרת ועדיפא מזה סיים שם מור"ם ואמר ועיין שם בס' רל"ב סי"ח וכוונתו בזה דאפילו הגיעה המציאה לידו ולא ידע ממנה לא זכו לו ידיו כמ"ש בס' רל"ב סי"ח דהיינו סרסור קנה חפץ מגוי בחזקת נחושת ומכרו ג"ך לישראל בחזקת נחושת זכה בו ישראל השני ואינו חייב להחזירו לסרסור מהאי טעמא הואל ולא ידע מזה לא קנה יעו"ש והן הם מה שאמר הש"ך בס' רס"ח סק"ו יעו"ש ואין זה צריך לפנים:

ועל מה שתבע הגוי ליהודה הנז' והזקיקו לשבועה ודאי דאין יכול יהודה הנז' להציל עצמו בממון חבירו ועדיפא מזה ראיתי להרב פח"ד יצח"ק לאמפרונ"ט זלה"ה או"ת

אבי"ד"ת גו"י שכתב וז"ל גוי שהניח כלים אצל ראובן ושכחם אצלו וסבר שהניחם אצל שמעון ולקח משמעון דבר בחוזקה ושמעון תבע מראובן שיתן לו הכלים דשכח הגוי אצלו הרי זה פטור ראובן ע"ך יעו"ש הרי אפילו במקום שאלו היתה פסידת ממון לשמעון עכ"ז זכה חבירו במה שזכה בכאן דלא יש פסידה על יהודה ואין עליו כי אם שבועה בעלמא פשוט דזכה המשרת במה שזיכו לו מן השמים ועיין בס' מ"ב בחומ"ש מסעיף ל"ו ואל"ך יעיין בתשובותי לעיל ספ"ב וסימן צ"ב ששם כתבתי באורך וברוחב דהואל וזכה הישראל מי שילך ויגיד לגוי הרי זה מוסר גמור וחייב לשלם יעו"ש וא"צ לכפול הדברים עי"ע שם:

הצעיר ע"ה ב"ה רפאל אנקאווה ס"ט:

סימן לא

תשובה לעי"ת פאס יע"א השקפנו לטובה על האי פ..קא... הבנוי על דינא דאומדנא והן אמת דבנדו"ז שרבו כמו רבו אומדנות המוכחות כמו שפרות ורבות סדורות ובאות מיד הרב הפוסק היושב בסד"ר עליון למעלה ראש הכל בכתב יושר עליו השכל ומן הראוי לומר כל מן דין וכל מן דין סמוכו לנא כי לא מלבד שרבו סברות הפוסקים דבמקום אומדנות מרובות דנין אפילו להוציא יעו"ע הלא המה בספרתם ולא ע"ט האסף ודי והותר בדברי מר"ן מלכא דהגם דבסי' ט"ו ס"ד כתב דהאידנא משרבו וכו' הרי הוא עצמו בס' ס"ה סי"ז חור ופסק דבמקום שיש כמה אומדנות וכו' דנין ומוציאן יעו"ע ועל מי יש לנו להשען יותר משלחן גבוהו:

ועיין להרה"ג חד מקמאי הוא מהר"י ן' סאמון זלה"ה בספרו עדו"ת ביהוס"ף בסנ"ט שהאריך הרחיב כמדתו לכל רוח בחכמה ובדעת שלא לדון כלל ע"פ האומדנא כמ"ש מר"ן בסט"ו ובסוף דבריו העלה וז"ל מסקנא דמילתא היא דלדעת מר"ן בסט"ו ולדעת הסמ"ע נמי ובאה"ג שם בשם מהרי"ק והרשב"א אין דנין בזמן הזה ע"פ האומדנא אפי' היא אומדנא דמוכח ואפי' בנתבע רמאי והדיין מומחה ויחיד בדורו מיהו היכא שיש אומדנות מריבית והוכחות גדולות דמוכחי טובא אפילו בזמן הזה סומכין עליהם וכגון דא פסק מר"ן ז"ל שם בס' ס"ה סי"ז דאפילו בזמן הזה גומרין הדין ע"פ זה עכל"ה בקצר אמיץ הרי לך דדברי הש"ע דסי' ס"ה ממנו לא נזוז וא"ך מן הראוי לומר בנדו"ד שהרב הפוסק הרבה לעש"ר אומדנות שכל הכתוב לחיים בסדר טענותיו הבל המה, ואין בם מועיל אליו שומעין:

אך קושטא קאי דראוי לנו אנן להרחיק מדין אומדנא זו הרחק כמטחוי קשת מתרי טעמי חדא כי אין הדבר מסור כי אם לרבנן מארי אתרא דידעי בטיב האיש ומשאו ומתנו בשמו ובמעשיו ויודעי בינה לעתים ולרגעים יבחנינו מה הנער ומעשהו ולהם הדבר מסור בעיניהם הפקוחות לידע אומדנות המרובות ומוכחות לדון משפט זה לאשורו ואנחנו לא נדע מזה ואין אומרים למי שלא ראה וכו':

שנייה לזה הוא הגם שבכאן רבו האומדנות הואיל וכבר עבר ונשבע לאמת דבריו וטענותיו א"ך אם באנו לדון ע"פ אומדנא זו ששקר ענה בטענותיו א"ך מוכרחים לומר דלשקר היתה שבועתו וא"ך יש לדונו שהוא פסול לעדות ולשבועה כמ"ש בס' ל"ד ובס' צ"ב יע"ש ובאמת הדבר קשה שעפ"י האומדנא יהיה נפסל שהרי קי"ל דאין אדם נפסל עד שיבואו עליו עדים שעבר עבירה כמ"ש בש"ע סצ"ה ס"ה ובס' ל"ד סכ"ה יע"ש שהוסיף מור"ם וכתב ז"ל דאין אדם נפסל על ידי קול דחשד בעלמא כגון מי שרגיל להתיחד עם הערויות והקול יוצא כשר חוץ מעדות עריות ע"ך. וכתב שם הסמ"ע ס"ק ס"א משם המישרי"ם והרא"ש דאפילו בקלא דלא פסיק כשר לעדות ודלא כהרשב"א הביאו הרב"י עכל"ה ומצינו להרב כנה"ג אות י"ד שכתב ז"ל וכתוב בס' מ"ב סנ"א דכדאים הם הרא"ש ורבינו ירוחם לסמוך עליהם שהם רבני ובתראי מהרשב"א ז"ל ע"ך הרי לך דבחשוד אפילו בקלא דלא פסק שהדין הוא שהאשה יוצאה בו כמ"ש בטור אהע"ז יע"ש עכ"ז קי"ל דלא נפסל בו וא"ך איך יתכן להיות נפסל ע"פ האומדנא דלא שייך לומר בנדו"ד שע"פ האומדנא זו יתחייב לשלם ממון ולא יפסל לשבועה ולעדות דזה לא יתכן דממ"ן אם אין אתה מחזיקי שנשבע לשקר א"ך לא ישלם ע"פ האומדנא ואם. אתה מצריכו לשלם הרי לא הזקקת אותו לשלם אלא משום שהחזקת אותו נשבע לשקר אלא פשוט לכשנצרך אותו לשלם ודאי יש לנו להחזיקו דלשקר נשבע ויפסל לעדות ולשבועה ובאמת הדבר קשה לאומרו כמו שאמרן:

ועוד יש ראיה שהרי מצינו שפסק הש"ע בס' ל"ד סי"ב ז"ל אם העידו על אדם שמוחזק בכשרות שהלוה ברבית לא נפסל שתולין לומר בדרך שאין בו איסור הלוה או שהיה טועה וסובר שאין איסור בדרך ההוא עכ"ל הרי לך דאפילו במקום שהעידים מעידים שראו האיסור של הרבית עכ"ז כל מאי דמצינן למתלי תלינן אפילו בדרך רחוקה לומר דלא עביד הכי תלינן מכ"ש במקום שבועה החמורה בודאי כל מאי דמצינן לקיים דבריו אפילו בדרך רחוקה נגד האומדנא הכי נאה ויאה ועיין בס' פת"ש סי' צ"ב סקי"א שכתב משם עבוד"ת הגרשונ"י על אדם שהוא מוחזק לרמאי ועד אחד מעיד עליו שפעם אחת נשבע לשקר ואח"ך בא זה הרמאי להתדיין עם ראובן שהיה נושה בו והרמאי כופר אם

יש להפך השבועה או לא על זה כתב הרב הנז' נראה שאין להפסיד לרמאי שבועתו לא משום שעד"א מעיד שנשבע לשקר ולא משום שהוא מוחזק לרמאי אמנם נלע"ד אם יש לדיין אומדנות מוכחות שזה שמוחזק רמאי משקר ומכחיש ודאי יש בידו להפך השבועה על שכנגדו אפע"פ שהגאונים אחזו לנו השער כמ"ש הרא"ש וכו' עיין לעיל סט"ו סכ"ה מ"מ נראה דדוקא לענין לומר קי"ל בגוויה להפך השבועה או לאודועי שטרא אבל על ידי אומדנות מוכחות ודאי יש לנו רשות לדון גם בזה"ז וכן מצינו בתשובת הרא"ש ושאר אחרונים כללא דמילתא בנדו"ד אם יש אומדנא דמוכח שהרמאי משקר ומכחיש יש כח ביד הדיין להפך השבועה אבל אם אין כאן אומדנא רק משום עד"א מעיד שנשבע לשקר ומשום שהוא מוחזק לכ"ע אין כח ביד הדיין להפך ולהוציא ממון עכל"ה מפשט דברי הרב הנז' מוכח דדוקא התם הואיל והיו מתדיינים אהנו אומדנות המוכחות להפך הא אם כבר. עבר הרמאי ונשבע נפטר וזה מדוקדק מדכתב יכול הדיין להפך דפשוטו שהדיין במקום שיאמר הרמאי נשבע ונפטר יכול להפך הדין ולומר שכנגדו נשבע ונוטל הא אם נשבע כבר אין כאן דין הפוך אלא נפטר דאי לא תימא הכי אלא אפילו עבר ונשבע יחזור התובע לישבע ויטול לא הו"ל לישתוק מלהשמיענו חדוש כזה ולא הו"ל למימר שהדין הוא שיהפך אלא הול"ל הדין שישבע ויטול דאזי נשמע מזה דהואל ודינו הוא לישבע וליטול אזי ודאי אפילו עבר הנתבע ונשבע אין שבועתו כלום אלא ודאי דלא אהנו כל אותם אומדנות אלא להפך דוקא אבל במקום שנשבע ונפטר אין אומר ואין דברים וא"ך גם בנדו"ד הואל וכבר נשבע הגם דאיכא אומדנות און לגרוע שבועתו וכל מאי דמצינן למימר דלאמת נשבע אפילו על ידי הדחק הכי אמרינן דחלילה לומר על סתם אדם שנשבע לשקר ולאחזוקיה ברשעי אלא אדרבא אמרינן לעולם אדם מדקדק בשבועתו ועיין בחומ"ש סימן פ"א סכ"ה ובס' קס"ג ג"ך ובש"ך שם דמדבריו יתברר לך דאפילו במקום דאיכא למיחש דילמא טעה משום חומר השבועה לא אמרינן טעה אלא אמרינן ודאי דקדק כהוגן וא"ך גם כאן הכי אמרינן ולא אמרינן לשקר נשבע עפ"י האומדנות: ועיין בטוש"ע סי' צ"ב ס"ד שפסק התובע לחבירו מה שהלוהו וכפר אעפ"י שמביא עדים להכחישו אפילו הכי לא נפסל כל זמן שלא נשבע ע"ך ובסמ"ע ובפריש"ה יהיב טעמא משום דאחזוקי אינשי ברשעי בחשודין לא מחזקינן כל זמן שנוכל לתרץ עניניהם והוסיף עוד בפרישה להגדיל אמריו וכתב וז"ל דכל זמן שמצאנו לו התנצלות לא מפקינן ליה מחזקת כשרות והכא נמי אע"ג דאיכא עדים דבשטר שתבעו ההלואה היתה עדיין בידו דומיא דפקדון מ"מ כיון דלהוציא הלוהו לו מתחילה י"ל דהוא עדיין צריך למעות ולאו דעתיה למגליה אלא לאשתמוטי עביד עכל"ה הרי לך

מפורש אפילו יש עדים בדבר שהוא כחשן והמעות בידו דאין לומר אשתמוטי ואומדנות המוכחות דלמגליה מכוין עם כל זה משום דלא דלאחזוקי ליה ברשעי שהוא כפרן עושים התנצלות בדרך דדחיק ואתי מרחק ולומר דעדיין הוא צריך לאותה הלואה וכו' מכ"ש נדו"ד דהוסיף עוד לישבע על טענותיו ועל אמריו היאך נחזקינהו שנשבע לשקר על פי האומדנות ובודאי שערי תשובה לא ננעלו אפילו בדרך רחוקה ותו לא מדי:

שוב אחרי זאת ראיתי להרב דעת קדושים אות אומדנא שכתב ז"ל משום אומדנא לא פסילנא לגברא רבא וכן הסכימו הפוסקים ז"ל ותו דאחזוקי אינשי ברשעי לא מחזקינן ע"ך הרדב"ז כת"י סי' תקי"ח עכ"ל הרי לך דאין לפסול ע"פ האומדנא וכללא כייל בין אומדנא מועטת או מרובה לעולם אין לפסול ע"פ האומדנא הן אמת דבתחילת דברי הרב כתב לא פסילנא לגברא וכו' וא"ך לכאורה נראה דדוקא למי שהוא גברא רבא אבל לאדם לעלמא לא הכי מסוף דבריו דסיים וכתב ותו דאחזוקי אינשי ברשעי לא מחזקינן וכו' ממשמעות דבריו נראה דחזר לומר דלאו דוקא בגברא רבא אלא אין לנו לפסול שום אדם משום אחזוקי ברשעי לא מחזקינן ופשוט:

עוד ראיתי להכנה"ג סל"ד הגהו"ט אות ס"ג שכתב ז"ל כל שיש הוכחה לדבר אדם משים עצמו רשע הר"ם מלמד בח"ג ס' ס"ד עכ"ל הרי לך הוכחה דלא מהני הוכחה ואומדנא אלא במקום שמשים עצמו רשע אזי ההוכחה תוכיח כדבריו להיות רשע אבל הוכחה לחוד במקום שאין משים עצמו רשע אינה מעלה ואינה מורדת:

כלל העולה אפילו אי הוה מן הדין להוציא ממנו ממון ע"פ האומדנות הואל ונשבע אין להוציא ואל תשיבני על זה מפסק הש"ע בס' ס"ה סי"ז דשם פסק דמחויבים הב"ד לכתוב מעב"ד ולקיים השטר כבתחילה ולכופו לפרוע ע"ך ופשט הדבר דמוכרחים לומר שם דהואל וחשבינן השטר קיים ודאי אפילו נשבע עכ"ז אמרינן ליה זיל שלים וא"ך הרי במקום דיש אומדנא ומוציאין ממנו נראה דלא מהני אפילו במקום שעבר ונשבע לזה יש להשיב דאין הנדון של שם דומה לנדו"ד ולא קרב זה אל זה כלל דהתם הטעם דמוצאין ממנו הוא משום דחשבינן כאלו השטר עדיין קיים וא"ך מאי אהני שבועתו וכי מי שיש לו שט"ח על חבירו וקם הנתבע ונשבע שהוא פרוע האם נאמר שחייב המלוה לקרוע את שטרו אלא יש לומר דהגם ששבועתו אמת עכ"ז אינו נאמן נגד השטר ויש לנו לומר לאמת נשבע ועכ"ז חייב לשלם אבל בנדו"ד לצד שישבע הלוה שהפסד הדין הוא שינכה חלק המלוה המגיעו בהפסד וא"ך אם באנו לומר שאחר שבועתו עכ"ז ע"פ האומדנות חייב לשלם א"ך מכח מאי. אתה בא לחייבו מוכרח אתה לומר שלשקר נשבע דאם שבועתו אמת היה פטור אלא ודאי צריך להחזיקו דלשקר נשבע וזה לא יתכן

לפוסלו מכח אומדנא כדאמרן: כלל העולה דלגבי דינא דאומדנא ידינו מסולקות מזה אך במה שפסק הרב הפוסק לחייב המתעסק להפסד מכיסו כל פסידא דמטייא ליה מכח מה ששינה לאצו"ר אצ"ר של תבואה וקטנית שהחליף את הזמנים לקנות בזמן המכר ולמכור בזמן האצי"ר בשנת תרנ"ד ותרנ"ז אמת אמת תפסיה להרב הפוסק כוותיה ומטעמיה דלשינוי גמור יחשב כי מעולם לא נהיה כדבר הזה ואין לך שינוי גדול מזה והדרן לדינא דהרמב"ם דפסק הש"ע בסקע"ו ס"י וכמ"ש הרב הפוסק והן אמת דפסק זה של הרמב"ם יש מרבותינו שכתבו שהוא חולק עם פסק הרא"ש שפסק ג"ך שם בסקע"ו סט"ל משום דמצינו להרא"ש ז"ל שם יהיב טעמא משום דדבר שנראה לשותף שהוא לתועלת השותף לא הוי שינוי ומשום זה הוכרחו לומר דפלגאי נינהו פסקו דהרמב"ם עם פסקו דהרא"ש יעו"ע אך לדעת מר"ן דמזכי שטרא לבי תרי דבסעיף י"ד פסק לדברי הרמב"ם ובס' ט"ל לדברי הרא"ש מה נענה הרי מצינו להכנה"ג אות כ"ט שמביא סברות רבותינו המיישבים דעת הרמב"ם ודעת הרא"ש דעל דעת אחת יסמכו יע"ש והואל וכבר ראינו להרב הפוסק מהרש"א נר"ו העתיק לעיל כל דברי המיישבים כאשר המה בספר כנה"ג אות כ"ט על כן אין צריך לכפול הדברים והאמת הוא כמ"ש הרב הנז' נר"ו דלכל אותם התרוצים לא יוצדק כלל לומר שיהיה פטור בשינוי זה וזה דבר ברור:

ובפרט דעדיפא מזה הוא דרואים אנחנו מדברי כנה"ג הנז' שמביא הדעות שמשוים דעת דהרמב"ם לדעת הרא"ש לא הוקשה להם אלא מה שפסק הרמב"ם דלא ישתתף עם אחרים עם מה שפסק הרא"ש אם לקח שמעון מאחר להכניס בשותפ' וכו' דמחזי כסתראי והכוונה היא דהרמב"ם חשיב למן דאזיל ומשתתף עם אחרים הוי שינוי והרא"ש חשיב ליה דלא הוי שינוי ועל זה צדקו כל אותם התירוצים דהרמב"ם מיירי דלא הניח השותף שם המעות וכו' גם התירוץ הב' והשלישי והרביעי יעו"ע אבל לא עלה על דעתם לומר דגם מה שכתב הרמב"ם המשתתף עם חבירו לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה הוא הפך דברי הרא"ש שכתב בטעמו דיש לו כח לעשות כל מה שנראה לו תועלת השותפות דמזה לא הזכירו כלל לומר דהרא"ש הוא הפך הרמב"ם גם בזה דהואל ולהרא"ש ס"ל דבמקום תועלת השותפ' יעשה מה שלבו חפץ לעשות שותף אחר הוה הדין יכול לשנות גם בסחורה ממנהג המדינה ואם באנו לומר דכוונתם היתה לומר גם על זה דהרא"ש הוא הפך גם מזה דהואל והרא"ש טעמו הוא משום תועלת השותפות הוא הדין שיכול לשנות והוא הדין דגם מזה היו יכולים לדקדק דנראה דהרמב"ם דפסק לא ישנה הוא הפך דברי הרא"ש דאמר כל שנראה לו לתועלת לא הוי שינוי והא דלא נקטו זה ולא נקטו כי אם מה שכתב הרמב"ם ולא ישתתף עם אחרים וכו' הוא משום

דדין זה עצמו כתב עליו הרא"ש דלא הוי שינוי וניחה ליה להקשות דומה בדומה דהיינו שותף עם השותף אבל אה"ן גם בדין שינוי הסחורה שפסק הרמב"ם לא ישנה איכא למימר דגם הם הפך דברי הרא"ש:

זה אינו דהא הוצרכו לישב דברי מר"ן דפסק לתרווייהו לסברת הרמב"ם והרא"ש ובעינך תראה שכל הארבעה ישובים הראשונים לא יוצדקו כלל לישב בהם בין מה שפסק הרמב"ם לא ישנה ממנהג הסחורה למאי דפסק הרא"ש דכל שהוא לתועלת השותפ' לא הוי שינוי ובמאי ניחא להו זה אלא דמוכרחים אנחנו לומר דממה שפסק הרמב"ם דאל ישנה ממנהג הסחורה וכו' לא קשה להו עם דברי הרא"ש ומילתא בטעמא דיכולים לומר דהמשנה בסחורה אפי' הרא"ש מודה דהוי שינוי והטעם הוא דהואל ודבר זה אין מדרך המדינה לעשותו והוא עשאהו בודאי שינוי הוי דהגם שנראה לו שיש בו תועלת הרי בטלה דעתו אצל כל אדם ופשוט דלכו"ע הוי שינוי אך במה שהלך ונשתתף עם אחר ס"ל להרא"ש דאין כאן שום שינוי ולא בטלה דעתו כלל דמדרך העולם להשתתף כל אחד עם חבירו ולזה הוקשה להם דעת הרמב"ם דחשיב שינוי עם דעת הרא"ש דלא חשיב שינוי היאך מר"ן פסקם יחד. לזה הוכרחו לתרץ אותם תירוצים דלא יוצדקו לחלק אלא בין מה שפסק הרמב"ם דלא ישתתף וכו' עם מה שפסק הרא"ש דהמשתתף לא הוי שינוי לזה הוצדקו לתרץ דהשני דינים דעת הרמב"ם והרא"ש צדקו יחדיו אבל על מה שלא ישנה בסחורה לא יוצדק שום אחד מהתירוצים גם תרוץ החמישי שכתב הכנה"ג משם מהרשד"ם לא יוצדק שהרי מוקי דהרא"ש מיירי בנשתתף עם אחר לתועלת השותפו' והרמב"ם מיירי לתועלת עצמו וכו' וא"ך היאך יוצדק תירוץ זה לתרץ בו ג"ך דמאי דפסק הרמב"ם לא ישנה ממנהג המדינה בסחורה הוא במשנה לצורך עצמו היאך יוצדק דבר זה הרי כל עסק הסחורות הוא לתועלת השותפ' אלא דהאמת יורה דרכו לכל הני להקת הפוסקים דמחלקן בהני חלוקים להשוות דעת הרמב"ם, והרא"ש ודאי לא היתה קשה בעיניהם אלא מה שפסק הרמב"ם אל ישתתף דוקא עם מה שפסק הרא"ש אבל בדין שינוי הסחורה אפי' הרא"ש מודה דהמשנה ידו על התחתונה וזה דרך מרווח לדעת כל הפוסקים נדו"ד לא נכנס בגדר ספק כלל של מחלוקת הרא"ש והרמב"ם ותו לא מדי:

אך באמת עמד לנגדינו דברי הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בספרו מוצ"ב סמ"ב דבאמת נראה פשוט מדבריו דמשוה הוא משנה בסחורה לדינא דהרא"ש ופסק בסכינא חריפא דכל שיש תועלת לשותף לא הוי שינוי וא"ך נראה דגם כן לפי דעת הרב נראה לכאורה דיכול לטעון לתועלת היתה כוונתו אך מה שיש להשיב על זה הוא דלפי האמת נראה דהרה"ג זלה"ה נעלמו ממנו דברי הפוסקים ה' דמדבריהם פשוט דלא קרב זה אל זה

כמש"ל ואי הוה הרה"ג רואה דברי הפוסקים הנז' וישובם להשוות דעת הרמב"ם עם דע"ת הרא"ש דממנו מוכח דלא עלה בדעתם משנה בסחורה יהיה שוה לדינא דהרא"ש כמש"ל אפשר הרב גם הוא לא היה משום אותם אלא משום דודאי נעלמו מעיניו כמו שמוכח מדבריו שכתב בס' ה' בפסקת ודעדיפא וכו' זל"ה מ"מ הדברים מוכחים דס"ל למר"ן ולב"ח דהיכא דלא שייך ידע ומחיל סגי בטעמא דלתועלת השותפות נתכוון כפי גירסת השאלתות ותשובות וכו' עכל"ה דבריו אלה הם הפך דברי כנה"ג בס' קט"ו הגהו"ט אות כ"ט דשם כתב וז"ל ונ"ל לפי גירסת בעל הטורים ומהרי"ק ז"ל שגורסין וראובן ידע בזה שאף שמעון היה לו מעות בשותפות לא קשיא ולא מדי שלעולם הרא"ש אינו חולק עם הרמב"ם ז"ל דאם נשתתף עם אחרים הריוח לאמצע והני מלי בשלא ידע השותף האחר משותפות השלישי עד שעת חלוקה אבל אם ידע אח"ך ושתק ודאי נתפייס והיינו נדון דהרא"ש ואע"ג דהרא"ש נתן טעם מפני שהיה לתועלת השותפות ולפי האמו"ר הו"ל לתלות הטעם בשתק ונתפייס קושיא זו יש לה פתר כמ"ש בס"ד בהגהות ב"י אות רי"ד שאף לגירסת רבינו ב"י ז"ל דגריס וראובן לא ידע כי היכי דלא לפלוג אהרמב"ם ז"ל יש לפרש שלא ידע בשעת השותפ' אבל אח"ך ידע דהוי כעבר ונשתתף והודיעו והסכים למעשיו דפטור עכ"ל הרי לך מבורר לדעת הרב כנה"ג אדרבא דעת מר"ן מצריך לומר דדוקא בידע ובזה עולה התרוץ לדעת הרב"י בין הרמב"ם והרא"ש וזה הוא הפך דברי מהר"ר יעב"ץ זלה"ה מכאן מוכח דלא שלטו עיניו הפקוחות בדברי הכנה"ג הנז' במה שאסף איש טהור דברי חבל נביאים הנז' שמהם מוכח דהמשנה בסחורה ממנהג המדינה לא נכנס בסלע המחלוקת אלא אפי' הרא"ש בודאי יסבור דפושע הוי ואפשר אלו ראה רבינו יעב"ץ ז"ל דבריהם הוה הדר ביה: ומה גם דבנדו"ד אפילו הרה"ג יודה דהוי פושע דהא הרב ה' בפסקו הנז' אין כוונתו לומר דהרא"ש והרמב"ם פלגאי נינהו אלא כוונתו לומר דפסק הרמב"ם הוא איירי במשנה בסחורה ממנהג המדינה דהיינו כגון נדו"ד שאין מדרך העולם לאצור שום תבואה וקטנית בסוף יומי החורף וכן כמה וכמה יש מזה במיני המסחר שרוב העולם נמנעים מזה משום שעל הרוב הדעת נוטה שלא יעלה ממנו רויח והלך זה ועשאו ועלה ממנו הפסד אין לך שינוי יותר מזה משום דאמרינן דהשותף האחר ודאי לא ניחא ליה בעסק זה להכניס עצמו בספק סכנת הפסד ממון וא"ך כל מה שעשה שותף זה הוי שינוי דאדעתא דהכי ודאי לא נשתתפו אבל הרא"ש מיירי ששותף המשנה צפה והביט וראה בריוח כגון שהיה ברור לו שיש ריוח וכגון ההוא ענין שדבר בו הרה"ג זלה"ה שקנה כרמים של זתים שהיה נראה בהם ריוח לעין כל אלא שאח"ך אתרע מזלייהו למה יקרא משנה דדוקא בדבר

שהולך ומסתחרר בו מן הספק הוא דבעינן שלא ישנה ממנהג המדינה אבל אם יראה איזה דבר של סחורה שיש בו ריוח ניכר פורח ועולה נגדו והלך ועשאו מה שינוי עשה הרי כל עיקר השותפות לא עשאוה אלא לתועלת הריוח וכשראה סחורה שאין דרך בני אדם להסתחרר בה והוא ראה וידע שיש בה ריוח למה לא יקנה אותה ומה שינוי יש בזה בודאי אין כאן שום שינוי ובאופן זה הם דברי. הרא"ש ז"ל לדעת הרה"ג יעבי"ץ ז"ל וזה מדוקדק מסוף דבריו שכתב זל"ה והכא בנדו"ד אם יראה בעיני דוד שקניית גנות ימשך מהם תועלת השותפ' במדת תשלומי כפל מרובה ואח"ך גרם החטא והפסיד וכו' הרי לך דלא דבר הרב אלא במקום תועלת הניכר לעין דזה ודאי לא היי שינוי אבל בנדו"ד שאין תועלתו ניכרת ולא קנה אלא מספק אולי ואולי יהיה בו תועלת בזה ודאי הדין כמ"ש הרמב"ם דאין יכול להסתחרר אלא במה שנהגו וקם דינא בנדו"ד דאין לך משנה יותר מזה דהלך לאצור בזמן שבני אדם מוכרים מה שלא היה לעולמים אדרבא מזיק יתקרי: גם במה שבנה החצר והפסיד במכירתה אין זו צריכה לפנים דמעולם לא נכנס הבנין בשום עסק מסחר דידוע לכל באי עולם דמי שבונה ומוכר לפחות ינכה רביע מהוצאותיו והבונה ומשכיר אינו מרויח מן השכירות אפילו מחצה ממה שמרויח האדם בנותן מעות בהכשר ופשוט וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן לב

תשובה לעי"ת מקאנאס יע"א להרב המופלא מוהר"ר יעקב בירדוגו הי"ו השאלה היתה על ענין יבם שהגבה ליבמתו הקרקע שהניח המנו"ח בעלה הראשון בכתובתה קודם היבום ואח"ך התנה עמה שתכניסם לו בתורת נכ"מ ואח"ך יבם אותה מהו הדין אם אותה גבייה שהגבה לה קודם היבום מהנייא או לאו ע"ך:

הן היום כל טוב ראתה עינינו מ"ש חו"ר מקנאס יע"א בענין מה שזיכה היבם ליבמתו קודם היבום ורבנן מארי אתרא אנשי שם שם אתגורי אתגור הללו מיימינים והללו משמיאלים ונדרשנו אנן בשפלינו זכר לנו ושדר מר ברישא הרב המ' ר"מ ור"מ יעקב בחיר שבאבות אב"ד הצידק י"ץ לחוות דעתינו הקלה כמות שהיא ולפי חוסר ידיעתינו הכרנו בערכינו פחות שבערכין ועלה בדעתינו לאחוז פלך השתיקה ומה לנו להכניס עצמנו בסלע המחלוקת ומה גם שידיעתינו אינה מכרעת ודין גרמא דעצירא"ה ועכב היתה עד היום הזה אך הואל והרב אביר יעקב הפציר בנו בכתבי ידה"ק עלה שניות מדברי סופרים מוכרחים לקיים אין מסרבין לגדול ובפרט דמיוסד מן הגמרא ומן הפוסקים קמאי ובתראי דחובה עלינו להפך בזכות ת"ח על כן מוכרחים לעשות רצון

צדיק ולחוות דעתינו כפי מה שהורונו מן השמים במה שהשיגה ידינו יד כהה במהרה ולא להרבות הבאת דברי הפוסקים אך הואל וראינו שדין זה יסודו בנוי ע"פ פסק הש"ע אהע"ז סקס"ח ס"ג ועל מ"ש עליו הרב"ש בדברים הצ"ע הן במ"ש בדבריו וז"ל וא"ל שם הטעם משום דאין בידו למכור דעדין לא זכה בהם וכו' דדבריו אלו קשים ההבנה גם במ"ש א"ך קשה וכו' וכשמחלק קודם היבום אפשר דיש תקנה דהא יכול לכתוב כתובה ע"ן וכו' גם כאן קשה לפי דבריו גם כאן הרי עדיין לא זכה ומה הועיל התיקון סו"ס הואל ולא יבם עדיין לא זכה ומה תקן ודו"ק גם מ"ש ומיהו בש"ע וכו' מיחזי דאין לה שחר דהואל ונסתר דין זה מהש"ס כיצד יתקיימו דברי הש"ע הואל ולפי דבריו מהש"ס לא משמע כן ואם כוונתו לומר ומיהו מהש"ע לא משמע כן ודברי הש"ע מוסתרים הם הואל והם הפך הש"ס א"ך היינו דבריו הראשונים ומה חזר עוד לכפול הדברים. גם לפי פירוש זה לא אתי שפיר מה שסיים וכן משמע מהרמב"ם וכו' דלשון זה מורה שבא אדרבא ליסד דברי הש"ע דכן משמע מהרמב"ם כל זה נראה לע"ד לדקדק בדברי הרב והגם שעלה בדעתי לפרשו בדרכים שוים כל הדרכים עלו בחזקת סכנה גם לרבות מה שפירש בו הרה"ג המלאך רב גובריה זיע"א לא מלבד דפירושו נראה דחוק ואינו עולה יפה לפי דקדוק דברי הרב"ש שכתב וז"ל לפי מ"ש בסמוך דאינו יכול למכור קודם היבום היינו דוקא כשאינו רוצה לכתוב לה כתובה ע"ן וכו' משמע לפי דברי הרב"ש דברוצה לכתוב יכול למכור קודם היבום ואם באנו לפרשו כפי פירושו דפירש בו דס"ל דבכתב קודם היבום יכול למכור אח"ך אחר היבום צריכים להגיה הלשון או לעשות בו פירושים דחוקים ומה גם דהר"ב זלה"ה עצמו הנה דרכו נסתרה והוקשה לו פירוש דבריו והניחו בתימה על כן בדעתינו בעיני אלהים אם יישר. ובעיני רבנן אם יכשר. לפרשו כפי מה שנלע"ד והגם אם יראה בעיני הקורא שהוא דוחק מאיזה טעם שיהיה עכ"פ כי טוב הוא לפרשו מלהניח דברי הגאון ז"ל בתימה אך כדי לברר הדין בנדו"ד ע"פ הש"ס בלי שום פקפוק ויבואו דברי הרב"ש ג"ך מוסכמים עם דברי הש"ע לענין הדין בנדו"ד מיהת שמכר שמכר היבם הזה בטל הוא כמו שהוא מוסכם מהש"ס מוכרחים אנחנו לבוא במאריך טרח"א קצת וכדי להרחיב הדברים צריכים להביא מאי דאתמר בגמרה ולדקדק בה איזה דקדוקים ובזה אם יראה בעיני רבנן נבוא לכוונת דברי הרב"ש וגם יעלה דבנדו"ד לא פלגן בהדייהו הרב"ש עם הש"ע על כן אל יאשמנו כל קורא מקרא וישקינו ממי הסלו"ח על מה שטרחנו להביא כל מ"ש על הלוח:

איתא בכתובות דפ"א ההוא גברא דנפלה ליה יבמה בפומבדיתא בעי אחוה למפסלה בגיטא א"ל מאי דעתיך משום נכסי אנא בנכסי פליגנא לך אמר רב יוסף כיון דאמור

רבנן לא ליזבין אפע"ג דזבין לא הוי זביניה זביני דתני' וכו' ובדף פ"ב נמי איתא ההוא גברא דנפלה ליה יבמה במתא מחסייא בעא אחוה למפסלה א"ל מאי דעתיך משום נכסי אנא בנכסי פליגנא לך וכו' אמר מר בר רב אשי אע"ג דכי אתא רב דימי אמר רב יוחנן האומר לחבירו לך משוך פרה זו ולא תהיה קנויה לך אלא לאתר שלשים יום קנה. התם בידו הכא לאו בידו בעו מניה דעולא יבם ואח"ך חילק מהו. לא עשה ולא כלום חילק ואח"ך יבם מהו. לא עשה ולא כלום מתקיף לה רב ששת יבם ואח"ך חילק לא עשה ולא כלום חילק ואח"ך יבם מבעיא שני מעשים הוו כי אתא רבין אמר ר"ל בין יבם ואח"ך חילק בין חילק ואח"ך יבם לא עשה ולא כלום והלכתא לא עשה ולא כלום ע"ך כל דברי הגמרא הצריך וכתב רש"י בד"ה הכא לאו בידו לחלקם לו מעכשיו ולהקנותם לו אם ירצה הלכך כי אמר ליה לכשאכנום זכי מעכשיו לאו מידי הוא דקי"ל כרב יוסף כדקבעינן הלכתא כוותיה לקמן בשמעתין ואפילו אית לן יבם ואח"ך חלק מה שעשה עשוי השתא מיהא לאו בידו מ"ך ולכאורה יש לפרש בכוונת רש"י דכוונתו לומר דכאן לא מיקרי בידו חדא משום דקי"ל כרב יוסף דלאו זביניה זביני הואל ותקנת חכמים היא שיהיו אחראין לכתובת' ועור הוסיף לומר ואפילר אית לן וכו' כוונתו לומר ואפילו אי לא הוה קי"ל כרב יוסף אלא כאביי דפליג עליה לעיל וכמו באמת דמספיקא ליה לתלמודא אח"ך בבעו מניה דעולא יבם ואח"ך חילק מהו וכו' דודאי מוכרחים לומר דהמבאי מספיקא ליה הלכה כמאן אי כרב יוסף או כאביי דאי הוה קי"ל כרב יוסף לא הוה מבעיא ליה אפילו יבם ואח"ך חילק אלא ודאי בהאי ס"ד לא ידע אי הלכה כר"י או לא לכך רש"י כוון לפרש כאן מאי דאמר מר בר רב אשי הכא אין בידו הוא מוסכם באמת דאין בידו הן מצד דקי"ל כרב יוסף ואפילו את"ל דלא קי"ל כרב יוסף עכ"פ בכאן אין בידו הוא הואל ועדיין לא כנס זהו הנראה לכאורה בכוונת רש"י:

אלא דעפ"י פירוש זה מצאה הקפידה לנוח דלמה ליה לרש"י להרכיב הדבר אתרי רכשי דלאו בידו הוא משום דרב יוסף או משום אפילו אית לן יבם וכו' הוה די ליה לפרש דלאו בידו משום דמדיין לא כנס כדפירש בסוף דבריו ומה גם היאך יוצדק לפרש דכיונת התלמוד לומר לאו בידו משום דרב יוסף והרי תלמודא קרי בחיל דלא דמי למשיך וקני וכו' הואל והוא בידו ש"מ מה דאמר כאן אין בידו הוא משום דעדין לא כנס לא זכה. זאת ועוד אחרת הואיל וקא חזינן בבעו מניה דעולא יבם ואח"ך וכו' מיכרחים לומר דאותם מבעים לא ידעו אי הלכה כרב יוסף או לא כדאמרן ובעייא זו הביאה תלמודא אחר מימרת מר בר רב אשי מי הביאו לרש"י לפרש במאי דאמר מר בר רב אשי הכא אין בידו היינו הואל וקבעינן הלכה כרב יוסף הרי יכולים לומר דגם מר בר רב אשי מספיקא

ליה. אכן פשיטה ליה בנדון דמתא מחסייא דלא מהני הואל ועדיין לא זכה קרוי אין בידו זהו מה שנראה לדקדק על פירוש זה בדברי רש"י:

ואחר החיפוש ראיתי אור יקרות להרב פח"ד יצח"ק לימברוזו זלה"ה שבמתק דבריו פירש לדברי רש"י ז"ל וז"ל בחידושיו רש"י בד"ה הכא לאו בידו וכו' ואפילו אית לן יבם וכו' עכ"ל הוקשה לו דלמה לי טעמא דלאו בידו דר"ל לאו בידו השתא ת"ל דאפילו יבם ואח"ך חילק אסיקנא דלא עשה ולא כלום לכך כתב דה"ק דאפילו יבם וכו' משום דמספיקא ליה דדילמא דוקא בחילק ואח"ך יבם הוא דלא פשה ולא כלים אבל ביבם ואח"ך חילק לא ואפפ"ג דכבר כתב רש"י דקי"ל כרב יוסף כדקבעינן הלכה כוותיה לקמן וכו' וא"ך כיון דאסיק אדעתיה מסקנא דלקמן אכתי קשה למה הוצרך לטעמא דלאו בידו לא קשה מידי דמ"ש רש"י כדאסיקנא לקמן לסימנא בעלמא נקטיה אבל מר בר רב אשי לא אסיק אדעתיה מאי דמסיק לקמן עכ"ל וא"ך נחה דעתינו בדברי רש"י:

אידך שיהיה עכשיו שנתחוורו כשמלה דברי תלמודא ורש"י נבוא אל המכוון העולה מן התלמוד הוא דקי"ל כרב יוסף דאפילו יבם ואח"ך חילק לא עשה ולא כלים אבל בחילק ואח"ך יבם אפילו אי לא הוה קי"ל כרב יוסף ודאי לא מהני אפילו אי הוה כתיב ליה מעכשיו ולכשאכנוס הואל ואין בידו וכדאמר מר בר רב אשי:

אצא דלפי אוקמתא זו נבוא לקושיא המורגשה לעיל דפ"א דשם הביא ההיא דפומבדיתא והביא עלה אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא יבין וכו' ואביי פליג עליו שם יש להקשות דלמה לא מצא התלמוד לומר שם דאותו מעשה דפומבדיתא בסל הוא כי אם מטעם דאמר רב יוסף לא הוה וביניה וכו' הרי תפוק לך דבטל הוא מכח מה שנתן לאחיו דבר שאינו בידו דעדיין לא יבם ולא זכה עדיין וגם מיחזי שם דאביי דפליג על רב יוסף יפליג גם על מעשה דפומבדי' ולפי האמת זה לא יתכן הואל ועדיין לא זכה הוי מוכר דשאב"ר דלא עשה ולא עשה כלום וכמו שמיסכם הדבר סמ"ש מר בר רב אשי על ההוא עובדא דמתא מחסייא וההוא עובדא דמתא מחסייא הוא עדיף מעובדא דפומבדיתא שהרי בעובדא דמתא מחסייא תקן שם מעשיו לכתוב מעכשיו ועכ"ז אמר מר בר"א לא עשה ולא כלום מכ"ש במעשה דפומב':

ארא דקושייא זו אינה מן החדש והיא מה שנרגש הר"ן על דברי רש"י שפירש דמעשה דפומב' הוי כמכר יעו"ש והוצרך הר"ן לפרש דההיא דפומבדיתא שני אחים מיירי ומה שחילק איש לאחיו היינו סלוק ולא מכר יעו"ש אבל מכר לא יתכן הואל והוא דבר שאב"ר אין מעשיו כלום יעו"ש:

ומעתה נעמוד על הבאר לפרש בעיית התלמוד דבעי יבם ואח"ך חילק חילק ואח"ך יבם מהו דלנו יש לב לדעת כיצד היא כוונת המבעי דבעי בסתמא דבשלמא במאי דבעי יבם ואח"ך חילק לא איכפת לן ודאי בכל מין יבם קא מיירי בין יבם המרובה באחין או אין מלבדו בין בין תבעי לך דהואל וכבר ובם הוא הזוכה לפמוד במקום אחיו וזכה בנכסים למכור ולסתור אך בעייתו היא הואל ורבותינו פשו תקנה שנכסי בעלה אחראין וכו' אם כבר יבם וחילק מהו הדין אי אמרינן הלכה כר"י או כאביי אך במה שבעי אח"ך חילק ואח"ך יבם מהו כיצד מוקודנן לה אם כוונתו למבעי בחילק ואח"ך יבם היא אפילו יבם שיש לו אחים קא בעי הרי תקשה לך בלאו דרב יוסף אין חלוקו חלוק הואל ויש לו אחים מצד הדין ענשו לא עשה ולא כלום הואל ועדיין לא וכה דהוי דבר שאב"ר ואל תשבני דמאי דבעי רבא חילק ואח"ך וכו' פירושה הוא כמו שפירש הר"ן להיא דפומבדיתא דהיינו סלק וכו' דזה הוא דוחק לומר דלא בפי הכא אלא חילק דהיינו סלק ולא מכר והאמת לפי פשט הלשון נראה דמאי דאמר חילק ואח"ך יבם הוא מיירי בין סלק כמ"ש הר"ן בין מכר דמלת חלק משמשת בין על המכר בין על הסלוק הסלוק והר"ן לא פירש בהיא דפליגנא לך דפומבדיתא דבסילוק איירי אלא משום קושייא דוקא והעיד על זה דהא במעשה דמתא מחסייא דכתב שם פליגנא לך אפילו הר"ן מוכרח לפרשה דבמכר איירי כמי סגנון התלמוד דאמר מר בר רב אשי דלא דמי לשדה זו לכשאקחנה וכו' א"ך גם כאן ודאי מאי דבעי כאן חילק ואח"ך יבם מהו כוונתו היא בין סילק בין מכר וכדי שתהיה בעייא זו במכר דומייא דיבם ואח"ך חילק דהתם ביבם ואח"ך חילק מוכרח אתה לפרשה דחילק דהיינו מכר או נתן דלא שייך שם לומר דבא לסלק מהירושה כדפירשה הר"ן דהואל וכבר יבם מה פחד נשאר לו מהאחין והיאך יוצדק לשון סלוק דהואל וכבר זכה יתן להם מה שירצה אלא ודאי מאי דאמר יבם ואח"ך חילק פירושה הוא מכר או נתן וא"ך דומייא דידה גם חילק ואח"ך יבם היינו מכר או נתן וא"ך אם כוונת התלמוד למבעי בחילק ואח"ך יבם אפילו במקום אחים הרי תקשה כדאמרן דתיפוק לך מצד הדין דמוכר דשאב"ר לא עשה ולא כלום אלא מוכרחים לומר דכוונת המבעי דבעי בחילק ואח"ך יבם היא בין בשני יבמין וסלק זה לזה כפירוש הר"ן או ביבם אחד שאין לו לא אב ולא אח דמצד הדין זכה בירושתו אחיו ויכול הוא למכור אפילו קודם היבום וכמו שאבאר לקמן בס"ד בזה בעי מהו ועל זה השיבו השתא ומה יבם כבר וכו' כוונתו לומר דודאי יבם כבר הוא עדיף מאח אחד שעדיין לא יבם שזה שכבר יבם זכה בנכסים ולא חל עליו השתא פירעון הכתובה אלא עד שיגרשנה או עד שתמות אבל זה שעדיין לא יבם עדיין תלוי ועומד שאם יחלוץ חל עליו השתא פירעון הכתובה והגם דשלו הם עכ"פ משועבדים הם

מתקנת חז"ל לפירעון הכתובה ואולי לא יהיה לו ממה לפרוע ומוכרח להשתלם מהם הכתובה א"ך לפי שעה גרע מיבם כבר שלא חל עליו השתא פירעון הכתובה ומכ"ש דביבם כבר הוא עדיף ממי שיש לו אח וסלק עצמו דעדיין מצד הדין עצמו לא זכה למכור כי אם לסלק דוקא וא"ך באומרך דיבם כבר דמצד הדין זכה והווין ברשותו אפילו למכור אך מצד התקנה רמי עליו שלא יוכל למכור ופשיטנא דאפילו עבר ומכר לא הוי זביניה זביני כרב יוסף מכ"ש חילק ואח"ך יבם ודאי לא עשה ולא כלום והכל יבוא על נכון:

ומהשתא הדרן למאי דאתן עלה העולה למסקנא מתלמודא דידן במקום דאיכא שני יבמין אין שום אחד אפילו הבכור יכול למכור אפילו לאחיו דהואל ועדיין לא יבם עדיין לא זכה והוי מוכר דבר שאב"ר דלא עשה ולא כלום וכדאמר מר בר רב אשי ומצד עצמו יכול הוא לבטל המכר אך אם ירצה לסלק זל"ז כדפירש הר"ן דנחלה הבאה וכו' בזה אם באנו מצד הדין תורה יכול לסלק דלגבי סלוק חשיב ברשותו הואל ושייכי בנחלה כמ"ש יעו"ע אך מצד דנכסי בעלה משועבדין לכתובה וקי"ל כרב יוסף דאם עבר ומכר או סליק לא עשה ולא כלום אפילו הסלוק לא מהני ואם היו שני אחים וכבר יבם אם באנו מצד הדין ג"ך הרי זה זכה ועמד במקום אחיו למכור אך מצד מה שאמרו רבותינו שתהיה כתובה על נכסי וכו' וקי"ל כרב יוסף א"ך אפילו עבר ומכר לא עשה ולא כלום ואם לא היה כאן כי אם יבם אחד גם אב ואח אין לו ולו לו משפט הירושה גם בזה ודאי דינו הוא דאפילו עדיין לא יבם זכה בנכסים מצד הדין דהואל ואחיו נעדר והוא לבדו נשאר וראוי לירושה משעת מיתת אחיו קמו נכסי אחיו ברשותו לעשות בהם חו"ר וכמו שאחיו אפילו היה עליו חוב הכתובה היה יכול למכור במשועבדין וכשתבוא לגבות אה"ן תהיה טורפת אם אין לבעל ממה להגבותה גם יבם זה אפילו קודם היבום היה דינו כך ומכרו קיים והן הם דברי הרמב"ם בפרק נ"ב מהלכות אישות דפסק הש"ע בס' קס"ח ס"ח ז"ל יבמה שלא היה לה כתובה או שמחלה כתובתה זכה בנכסי אחיו ומוכר ונותן כחפצו וכשיכניסנה יכתוב לה כתובה מנה וכו' הרי דמשמע דיכול למכור אפילו קודם היבום וכדמפורש בלישניה שכתב ימכור כחפצו וכשיכניסנה וכו' משמע דיכול למכור קודם היבום ודבר פשוט הוא דמי מעכב על ידו ומר"ן לא הוצרך לכתוב דינו אלא ביבמה שאין לה כתובה אלא משום התקנה דקי"ל דאין יכול למכור משום דנכסי בעל משועבדים וכו' אבל אלולי התקנה היה מן הדין שהיבם יכול למכור בנכסי אחיו אפילו קודם היבום היכא שאחיו נעדר והוא לבדו דר אפילו תהיה כתובה לאשה וכדאמרן דכמו שאחיו היה יכול למכור איהו במקום אחיו יקום אך מצד התקנה דאמרו רז"ל שיהיו כל נכסיו אחראין וקי"ל כרב יוסף אפילו עבר ומכר לא עשה ולא כלום:

ומעתה הבוא נבוא לדברי הש"ע דס"ג דהוא בנוי על פסק דרב יוסף ממעשה דפומבדיתא ומהנהו בעיות דעולא וכוונתו דמר"ן היא לדבר ביבמין שיש להם זכייה מצד הדין ולא נגרע כחם אלא מצד תקנת חז"ל שאמרו אינו יכול למכור וכו' וזה כוונתו יבמה כתובתה ע"ן בעלה הראשון לפיכך אין היבם רשאי למכור מכל נכסי אחיו [וטעמו הוא כמו שמפורש בברייתא דאמרו אפילו הניח מאה מנה לא ימכור ואם מכר או נתן או חילק עם אחיו בין קודם היבום וכו' היינו בין יבם שאין לו אב ולא אח דמצד הדין זכה כדאמרן בין בשיש לו אח וחילק דהיינו סלק כדפירש הר"ן דמן הדין יכול הוא לסלק והוא מעשה דפומבדיתא בין ביבם שכבר יבם וזכה כבר בנכסים בכלהו לא עשה ולא כלים הואל וקי"ל כרב יוסף דאין זביניה זביני זהו כוונת מר"ן ולא דבר כי אם ביבמין שיש להם כח מן הדין למכור או לחלוק ושלשה המה מטיבי סעד דהיינו בדיבם כבר הוא דאיירי בכל ענין אפילו במוחזק באחין ובמה שאמר קודם היבום לא דבר אלא בשאין לו אח ומכר או ביש לו אח וסלק דוקא שכולם אלו לא היתה תקנת חז"ל היו מעשיהם קיימים ותקנת חז"ל הגריעו כחם מדין יבמין שאפילו מצד הדין לא היו מעשיהם כלום כגון יבם שיש לו אחים ומכר קודם היבום בזה לא דבר דוה אין אנו צריכים להגריע מעשיו ולבטל מכרו מצד מה שאמרו נכסי הבעל משועבדים דאיירי ביה כאן דבלאו הכי תפיק לך שאין במעשיו כלום משום מוכר דבר שאב"ר ואין זה מקומו ובחומ"ש סר"ט שם שם מקום מנוחתו:

ומשכוני נפשין לפרש דברי הרב"ש שכתב אם מתחילה אימר אי אפשי בתקחז"ל אינה יכולה לעכב ויכול הוא למכור אפילו קודם היבום דשלו הם הואל ואין עוד מלבדו וכדאמרן דמר"ן בהכי דבר ועל זה סיים דלפי זה מה שסיים מר"ן דאין יכול קודם ודאי בדאינו רוצה לכתוב לה כתובה איירי ועל זה סיים מיהו מהש"ס לא משמע כן מההוא דבעו למפסלה וכו' ואמרו דלא מהנו מעשיו ולא חלקו וכו' נתכוון בזה על ההוא מעשה דפומבדיתא דאמר עלה דלא עשה ולא כלום וכדתני בברייתא וכו' ולא משום שום חלוק ש"מ לא שנא ועל זה סיים ואין לומר שם הטעם משום דעדיין לא זכה בהם דאין בידו למכור דהתם במעשה דפומבדיתא דהוא בשני אחין איירי הגם שיכול לסלק עצמו כמ"ש הר"ן עכ"פ אין יכול למכור אפילו כתב לה כתובה דסוף סוף עדיין לא זכה למכור דהואל ושני אחים הם הוי דבר שאב"ר על זה לא חילק הואל וחלוק זה לאו מילתא פסיקתה היא לכל חלקיו ואין מדרך התלמוד לעשות החילוק אלא כד תהיה המילתא פסיקתא כגון אי הוה מחלק ואומר דאם כתב לה יהנה בין לסלוק בין למכר הוה מחלק אבל עכשיו דלא הוה חלוק זה מהני בההוא עובדא אלא לענין סלוק הוא דמהני ולענין מכר לא מהני לכך

לא חלק ודו"ק ובזה אתי שפיר מדוקדק דברי הרב שכתב וז"ל וא"ל הטעם שם משום דאין בידו למכור דעדיין. לא זכה ע"ך דיש לדקדק האי מלת למכור דכתב מיחזי חלילה כשפת יתר דהא בלמכור אייריכך הו"ל למימר וא"ל הטעם שם משום דאין בידו דעדיין לא זכה ואתי שפיר הלשון מתוקן אך על פירושינו זה אתי שפיר דכוונתו לומר דשם הטעם דלא חילק משום דאין בידו למכור וכו' דהגם דיש בידו לחלוק כמ"ש הר"ן למכור אין בידו ודו"ק וא"ך כוונתו לומר דהואל והחילוק שם לא יוצדק לכך אין סתירה מהש"ס משום דלא חילק ועל זה סיים א"ך קשה במאי דאמר השתא וכו' כוונתו בזה דבאותה בעייא דבעו מעולא חילק ואח"ך יבם הרי אייריביבם שיש לו אח ורצה לסלק לאחיו או באין לו אח כלל ומכר קודם היבום דתרוייהו זכו מן הדין לסלק ולמכור דהוי דבר שיש ברשותו אך מצד תקנת רז"ל דנכסי בעלה משועבדים. הוא שאינם יכולים לסלק או למכור וכדכתבנו וא"ך לפי זה מאי מקשה על מאי דבעי חילק ואח"ך השתא וכו' הרי יש רבותא בחילק ואח"ך יבם דיכול לכפותה לכתוב לה ולהיות הכל מתוקן אם הם שנים יסלק ואם הוא לבדו ימכור אלא ודאי מהש"ס לא משמע ליהוי חלוקה כלל ועל זה חזר לסיים ומיהו מהש"ע י"ל מ"ש בסמוך ואם מכר קודם היבום לא עשה ולא כלום היינו מטעם זה וכו' כוונתו לומר הגם דלפי דעתו מיחזי דמן הש"ס לא משמע האי חלוקה עכ"פ מדברי הש"ע דתלי טעמא מראש ועד סוף משום שעבוד כתובה אך במקום דליכא שעבוד יכול למכור כגון אם כתב לה על נכסיו וא"ך הגם דבכבר כנס אין יכול לכתוב כמש"ל עכ"פ במה שכתב ואם מכר קודם היבום לא עשה ולא כלום היינו מטעם זה דלא רצה לכתוב כדאמרן והגם דלדעת הרב"ש תקשה למר"ן מאי מקשה תלמודא השתא וכו' כמו דקשיתיה לדידיה כוונתו דהרב"ש לומר דהש"ע י"ל דס"ל קודם היבום מהני אם כתב והך קושייא אפשר אינה עומדת נגד עיניו דאיכא למימר דעתיה רחבה ויכול הוא להשיב בטוטו"ד ועל זה אין לסתור דין הש"ע והדיוק שלו משום קושייא כידוע דמשום תיובתא בעלמא אין לסתור הדין כמ"ש בעלי הכללים ועל זה סיים וכן משמע מהרמב"ם וכו' באמת כן נראה מדברי הרמב"ם מדכתב וז"ל שומרת יבם כתובתה על נכסי בעלה לפיכך אין היבם יכול למכור וכו' והדר סיים וכתב ואם מכר או נתן לא עשה ולא כלום שכבר נתחייבו נכסים אלו לאלמנה לגבות מהן כתובתה ע"ך ופשט הלשון מורה למי שלא ירצה לעקים הדרך דדוקא במקום דלא נתחייבו אלא הני דוקא היינו דאינו יכול למכור אבל אי הות גבייה ממקום אחר כגון כתב לה קודם יכול למכור זהו הנראה לע"ד לפרש בדברי הרב"ש ז"ל ומה שנדחקים בדברי הש"ע במאי דכתב בין קודם היבום בין לאחר היבום וכו' דמחזי דהאי בין קודם היבום כיתור דמי הואל וכבר אמר

אפילו אחר היבום לא מהני לע"ד אין כאן ריח קושיא כלל ולאלפים יש בדברי הש"ע מזה דוק ותשכח ומה שרשום עתה בזכרוני הוא מ"ש בחומ"ש סע"ב המלוה על המשכון הוי ש"ש בין משכנו בשעת הלואה בין משכנו שלא בשעת הלואה וכו' ומשכנו שלא בשעת הלואתו הוא דבר פשוט יעו"ש ודוק וא"ך גם כאן אין ריח קושיא ולשון זה של מר"ן הוא ג"ך לשון הרמב"ם דפרק כ"ב מהלכות אישות הלכה י"א יעו"ש ומקורו הוא מאותה גמרא דכתובות דשם נאמר כי אתא רבין אמר ר"ל בין יבם ואח"ך חילק בין חילק ואח"ך יבם לא עשה ולא כלום והלכתא לא עשה ולא כלום ע"ך והרמב"ם הזכיר שניהם כמו שהזכיר הש"ס שניהן וגם מר"ן הזכירם שניהן כמו שהזכירם הש"ס דמשם מקורו כמ"ש הרב באה"ג יעו"ש ולא ידעתי מאי קשיא ליהו ובפרט לפי דין הש"ע חלוקים הם דמה שכתב בין מכר קודם היבום הוא בדלא כתב דוקא ובין מכר אחר היבום הוא אפי' בכתב אחר היבום ודו"ק: נמצינו למדין לפי אוקמתא זו בדברי הש"ע והרב"ש דבמקום דליכא אח כלל וכתב לה כתובה קודם היבום לדברי הש"ע יכול למכור אפילו קודם היבום וכן אם יש לו אח וכתב לה יכול לסלק לאחיו קודם היבום לדברי הש"ע אכן לדעת הרב"ש מסופק הוא בזה הואל ועומדת לנגדו קושית השתא דאמר תלמודא כדאמרן אבל במקום דיש אח אליבא דכ"ע אפילו כתב לה קודם היבום אינו יכול למכור דהואל ועדיין לא יבם יש יד אחים באמצע והוי דבר שאב"ר דמיוסד מדברי מר בר רב אשי דלא עשה ולא כלום ואין אומר ואין דברים וא"ך אתאן לנדו"ד שהיבם הזה פרי עץ הד"ר בין אחים יפרה פשוט דהגם שכתב לה אין במכירתו כלום אפילו אי הוה מוכר לה מהיום ולכשאכנוס הואל ויש ברכת אחים הי"ו הדר דינו כההיא דמתה מחסייא דאמר מר בר רב אשי עלה לא עשה ולא כלום מכ"ש במה שמכר לה לחלוטין קודם היבום פשוט דלית מאן דס"ל דיש ריח מכר כלל:

ואין להשתבש ולומר דהואל והיה ליבמה זו שעבוד על הקרקע זו נימא שיהיה עדיף כחה להיות מכירת היבם הזה מכירה זו אין הדעת סובלתה דהואל ומכירתו אין בה כח על מה יחול המכר מה לי מכר לאיש זר או מכר למי שיש לו שעבוד על קרקע זו כל מעשיו מהבל ימעטו וקם דינא מדינא דגמרא אליבא דכ"ע דאין מכירתו כלום:

ולע"ד נראה דכל מה שטרחנו לייסד הדין מן הגמרא ומן הפוסקים לא באנו אלא כיאוד"א ועוד דהואל וכבר הורה הרה"ג התנא הרובץ בתוך יאוריו רב המלאך השר רפאל זלה"ה אשר עי"ת מקנאס נשענים עליו זיע"א וגילה דעתו כמ"ש הרב אביר יעקב נר"ו משמו דכתב דקודם היבום לא שייך מכירה כלל א"ך על מי ועל מה יש לנו להשען יותר משר צבא ישראל ובפרט בני עירו מחויבים לשתות בצמא את דבריו כי כן מיוסד מן הגמרא

בכל אתר ואתר לעביד כמר באתריה והילך מ"ש הרב דרכי נועם בתוך דבריו הביאם הרב מהריב"ו זלה"ה ח"ב ספ"ט וז"ל ובזה עלה לי תרוץ נכון על הכלל שבידינו דלא מצי אדם לומר קי"ל נגד מאריה דאתרא והרמב"ם ז"ל מאריה דאתרא הדין הוא וכלל זה כתבו הרדב"ז ומהריק"ש זלה"ה עכל"ה הרי לפניך דצריכים בני מקנאס להיות נגררים אחר מלכיהם ושריהם ועליהם תטוף מלתו:

ומעתה נשאר לנו לברר דהגם שהיבם הזה מכר דבר שאב"ר וקי"ל אין אדם מקנה דשב"ר עכ"פ הרי קי"ל דאם קדם ללוקח ותפס אין מוצאין מידו כמ"ש הש"ע בס' ר"ט ס"ד וא"ך גם כאן הואל ולא בא לחזור אלא עד אחר שבא לידו דהיינו אחר שיבם והקרקע היא בחזקתה מיום היבום עד יום המכר א"ך מאי אהני חזקתו ואל תשביני מה תפיסה שייכא בקרקע דקי"ל קרקע בחזקת בעליה עומדת וכדקאי קאי ומה תפיסה שייכא בה זה אינו דהא מצינו ראינו להרב כנה"ג בסר"ט הגהו"ט אות נ"ב שכתב וז"ל כתבתי בתשובה חלק חומ"ש סק"ט דאפע"ג דתפיסה בקרקע לא הוי תפיסה היינו דוקא לענין שלא יקרא הקונה או המקבל מוחזק בכל דבר שיפול בו הספק אבל לענין תפיסה דמהני בדשב"ל או בדבר שאינו ברשותו אין חלוק בין קרקע למטלטלי דכל היכא שהקונה או המקבל נכנס בבית ודר בו תפס מקרי עכ"ל וא"ך גם כאן הואל ולתפיסה לדבר שאב"ר קא אתינן נימא דקרינן ביה קדמה ותפסה לאחר שבא לרשותו מקרי:

אלא דזה אינו דאפילו הפוסקים דס"ל יש חזקה בקרקע והמקבל מתנה או הלוקח קרוי מוחזק דוקא אם הלוקח היה דר בו או לפחות משכירו ולוקח השכירות וכמ"ש הרב זכו"ל חלק חומ"ש אות קי"ל משם הפוסקים וז"ל עיין בדבר משה חאה"ע סמ"א במוכר וקונה שהקונה שהוא בתוך הבית הוא המוחזק דשב ואל"ת עדיף ולא עוד אלא אפילו לא יהיה דר בבית אלא משכירה על ידו ואוכל פירותיו הוא מקרי מוחזק ושכ"ך בכרם שלמה וכו' יעו"ש אבל בכגון נדו"ד שהכניסה לו הקרקע מיום הא' בתורת נכסי מלוג והבעל משכיר ואוכל פירות ומיום ביאת הקרקע לרשותי הוא משתמש בה היכן יצאה מרשותו הגם דאיכא למימר דמה שמשתמש בה הוא מכחה קא אתי מכח נכסי מלוג של, אשתו והוי כאלו מושכרת היא בידו ממנה עכ"פ לא מוכחא מילתא דהוי החזיקה האשה דהואל והוא האוכל הפירות יכול לומר מכח שהיה הקרקע שלי הייתי אוכל ולאו מכחה ומעולם לא תפסה ולא זכתה בקרקע הנז' ואנן בעינן תפיסה הניכרת לעין דממנה ידעינן שמחל לה וכמ"ש הש"ך בס' ר"ט סק"ה משם הפוסקים הראשונים אשר בית ישראל נשענים עליהם ע"ש וא"ך ודאי לא מקרי תפיסה:

אך נשאר לנו באמת לברר מה שפסק מור"ם משם תרומ"ת הדש"ן דאפילו לא תפס אלא כתב ליה שטר וכו' הן אמת דראה ראינו לאו"ע רם ונעלה רב חיליה ורב שופריה דיעקב נר"ו שנרגש בזה וכווין פתיחן ליה ומצא ארוכה ומרפא ממה שתרגימה הסמ"ע דמיירי במסר השטר ליד הלוקח אחר שבאו הפירות לעולם ודריש סמוכין לדברי הסמ"ע מדברי הרב הגדול רמ"ס ר"ב המלאך זלה"ה ומזה עשה כסא וסמוכות שלו לבטל המכר הזה ואנן בדידן הגם דראה ראינו סברת הסמ"ע לאו יחידאה היא דכן הסכים גם הרב באה"ג אזיל ומודה לפירוש הסמ"ע וכן פסיק ותני כדברי הסמ"ע הרב נתיבות המשפט יעו"ע אך ומה נענה בסברת הטו"ז דלא נופלת היא וכבר קלסה הרב קצו"ת החוש"ן ודחה סברת הסמ"ע בשתי ידים יעו"ע ומה גם לפי מה שראיתי להרב החביב בס' כנה"ג בס' ר"ט בהגהו"ט א"ן שפירש לדברי הסמ"ע באופן אחר וז"ל באורך אי כתב ליה שטרא ומסר ליה כמאן דתפיס דמי הר"א הכהן ז"ל הובאו דבריו במהרש"ך ז"ל ח"ב סז"ך בשם הגה"ם וספ"ר המפ"ה וכתב הסמ"ע דמסר השטר לאחר שבא לעולם וכתב שכן הוא בהגהות בהדיא ולכאורה נראה שכתב הרב כן לאפוקי דלא מהני מסירת השטר קודם שבא לעולם אפילו נמצא השטר ביד המקבל או הלוקח בשעה שבא לעולם לא קנה דכיון דכבר היה תפוס אין כאן מסירה בשעה שבא לעולם ולא קנה אלא צריך שימסור לו השטר אחר שבאי לעולם דוקא ובאמת שאם כוונתו היתה זאת מלבד שהדבר זר דלמה יגרע נמצא בידו בשעה שבא לעולם מתפס לאחר שבא לעולם ובדברי הגהו"ת אין שם הוכחה על זה כלום אדרבא מדבריהם יש לדון דכל שמסר השטר לידו בין מסרו קודם שבאו לעולם בין לאחר שבאו לעולם מהני ולכן כתבתי בתשובה חלק ח"מ סר"ט שלא בא הסמ"ע אלא לאפוקי אם לא נמצא השטר בידו אחר שבאו לעולם אפע"פ שמסרו לידו קודם שבאו לעולם לא מהני ומשכחת לה כשמסרו בשעה שהקנה לו ועדיין לא באו לעולם ומשנודע להם שלא קנו הדרי שטרא למריהו ואח"ך באו לעולם דלא מהני אבל אם בשעה שבאו לעולם נמצא השטר ביד הקונה או המקבל אע"פ שמסרו לו קודם שבאו לעולם פשיטא דמהני עכ"ל וא"ך על פירוש זה של הרב כנה"ג נפל פיתא בבירא דאפילו לדברי הסמ"ע עצמו זכתה האשה על ידי שטר שבידה:

אלא דגם לזה יש ארוכה ומרפא דהואל וחזינן להטו"ז דדעתו בפירוש הסמ"ע דלא כדברי הכה"ג אלה כפשטיה דהסמ"ע דאחר שבא לעולם נכתב ונמסר השטר וגם הרב נתיבו"ת המשפ"ט כך דעתו בפירוש הסמ"ע ומסכים לדינא ואחרון הכביד הוא ר"ב הגדול זלה"ה א"ך על פי הדברים האמורים לעיל דאין האשה קרויה מוחזקת והקרקע בחזקת יבם היורש את מר אחיו ז"ל קאי אך יכול לומר קי"ל דפירוש הסמ"ע הוא כמי שפירשוהו הני

אוריין תלתא הטו"ז ונתיבו"ת המשפ"ט ומוהררפ"ב זלה"ה דיכול אדם להרבות בספיקות ולומר קי"ל והילך לשון הרב זכו"ל חלק חו"מ אות ק' לענין הלכה קי"ל דכל המרבה בספיקות וספיקי ספיקות אין להוציא מיד המוחזק וכמ"ש הרב כנה"ג אות פ"א והרב ח"ש ומט"ש וכ"ך הרב ברב"י סכ"ה דכן פשטה הוראה עכ"ל וכן בא לידי בנדו"ד בס' בע"י חיי סמ"ז ששם כתב וז"ל וגם יכול לומר קי"ל כהרמב"ם וכפירוש הרב בעה"ת והרב בעל הטורים כמ"ש מוהריב"ל ח"ב וכו' וגם הר"י באנק"י ז"ל בפסקו נראה ג"ך שסובר שיכול המוחזק לומר קי"ל כפוסק פלוני כפי פירוש פלוני אפע"פ שיש פירוש אחר באותו פוסק עכל"ה וא"ך יכול לומר קי"ל בהאי פירושא בסמ"ע וקי"ל כהסמ"ע וסיעת מרחמוהי באה"ג ונתיבו"ת המשפ"ט ומוהרר"ב ז"ל דבעינן שיהיה נמסר השטר אחר שבא לעולם וזה שנמסר בשעת המקח כמאן דליתיה דמי:

עוד נוסף טעם אחר הראוי לסמוך עליו הואל ומחזה חזינן תנא הרוב"ץ בתוך יאוריו ר"ב חיליה ורב גובריה כך דעתו וכך קבלו עליהם וכך ראוי לבני מקנאסה יע"א למעבד כמר באתריה כמו שמיוסד מן הגמרא למעבד ככל מר באתריה ועיין בכללי כנה"ג המובאים בספרי המגנים הנדפסים מחדש מה שאספו המחברים ז"ל יעו"ש בכללי הכנה"ג כלל צ"ב ודו"ק:

ומעתה משכוני נפשין עוד להשיב מאי דעמד לנגדינו והוא דמצאנו ראינו למור"ם בס' ר"ט דשם סיים על מה שכתב הש"ע אין אדם מקנה דבר שאב"ר סיים איהו וז"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח כדי דליקום בהימנותיה וכו' וא"ך גם כאן הואל ומחזה קא חזינן שנשתדל איהו מכל אחיו ליבם ולא לחלוץ נימא כההיא דטרח המוכר:

אלא דרב המרחק בניהם דבשלמא במוכר דבר שאינו שלו וחזינן דמחזר אח"ך לקנותו אמרינן כדי דליקום בהמנותיה אבל בנדו"ד הגם דמחזה חזינן דיבם ולא חלץ אפשר כוונתו לשם מצוה לקדום הוא לאחיו משום והיה הבכור דממנו נלמד מצוה בגדול, וא"ך נימא לשם מצוה נתכוון דמצות יבום קודמת גם יכולין לומר דכוונתו להקנות אשה נתכוון ובדרך אגב קם במקום אחיו לזכות גם בממונו ומאן לימא לן דכדי דליקום בהימנותיה נתכוון למצוה זו ועיין בס' שע"ד יעו"ש:

גם דעדיפא מזה הוא דלא אמרינן כדי דליקום בהמנותיה אלא במוכר דבר שאינו שלו והלוקח לא ידע וכמו שמדוקדק לשון ליקום בהמנותיה נתכוון וכן פירשה הטו"ז והרב נתיבו"ת המשפ"ט וכן מוכח מדברי מר"ן עצמו בס' שע"ד יעו"ש אבל באם הלוקח ידע דלאו דידיה לא שייך ליקום בהמנותיה ועיין בטו"ז א"ך נדון דידן דמידע ידעה דבא

להגבותה כתובה אחיו ולאו דידיה מאי ליקום בהמנותיה שייך אפילו אי לא הוה מיבם איהו אלא אחיו אין עליו שום תרעומת דמידע ידעה דלא כתב אלא אדעתא שייבם ותו לא מידי:

ועוד אם כדי ליקום בהמנותיה נתכוון למה הטריח עצמו לייבם הוה די לו בחליצה ותטול איתה בכתובתה ואם מצד שהיה חולץ היה זוכה מר אביו נר"ו בירושתו והיה מגבי לה מעות ולא קרקע הרי כבר הרב מר אביו ברישא סלק כחו ורשותו ונראה דכך ניחא ליה להגבותה וא"ך היה לו ליבם לחלוץ ותזכה בו אם כוונתו משום כדי ליקום אלא ודאי אין ראיה ממה שייבם משום כדי ליקום ולא נגע ולא פגע כאן דינא דליקום בהמנותיה:

נשאר לנו ג"ך לברר קוץ אחד דמחזי לכאורה דיש זכות לאשה זו והוא דמצאנו לסברת הפוסקים הרבה דס"ל אפע"פ שאין אדם מקנה דבשב"ל יכול להתנות עליו עיין להרב בני חיי שאסף איש טהור סברת הפוסקים דסברי כך ומכללם הרי מור"ם העלה במפ"ה בס' ר"ט ס"ח וז"ל דאפע"ג דאין אדם מקנה דבשב"ל יכול להתנות על דבשב"ל יעו"ש ומצאנו כאן בשטר שעשו בניהם היבם והיבמה שם נמצא כתוב בשיפולי השטר וז"ל גם הואל שבעת שיכנוס היבם את היבמה הנז' לא תכנוס לו בשומא מחצית הבית עם החפצים כדין נצ"ב אלא ישארו בידה בתורת נכסי מלוג ואם הותירו הותירו וכו' נמצא דכאן התנו בניהם להכניסם לו בתורת נכ"מ דוקא נמצא שיהיו שלה וא"ך צריך לקיים התנאי:

אלא נראה דגם לזה יש לחלק דבשלמא אלו היה הקנין של האשה תלוי בתנאי ומכח התנאי באה לזכות וכגון אם היה תנאי בניהם בזה האופן דהיינו שהתנו בניהם שלא תכניס ליבום אלא אדעתא שתטול לה כתובתה מהקרקע וכו' ויחזור ויכתוב וכו' אזי היינו אומרים דלא הקנית עצמה לו אלא אדעתא דהכי ומחוייב הוא לקיים תנאו אבל בנדו"ד לא באה אשה זו להקנות הקרקע מכח התנאי אלא מכח הקנין שהקנה לה אלא לבסוף כתבו דאותה קרקע שהקנה לה לא תכניסנה לו. נמצא מה שרוצה לזכות לא מכח התנאי אלא מכח הקנין שהקנה לה בעודו אינו ברשותו ובנפול היסוד שאין הקנין כלום יפול הבנין ודמי זה למ"ש מר"ן ס"י יעו"ש וא"ך גם כאן הואל והקפידו להקנות בקנין ועליו סמכו הואל והקנין כמאן דליתיה דמי לא נשאר תנאי ועיין בחומ"ש ס"ר ס"ד ודו"ק זהו מה שנלע"ד ולי"ה עינינו יצילנו משגיאות. הי"ז יום ז"ך לאב רחמן ש' ששו"ן לפ"ק פה סאל"י יע"א:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לג

ראובן באו לו מערי אדום מטליות ודרכם לעולם לבוא מערי אדום ששים מטליות בכל כרך וכרך ועתה הפעם ראובן זה חבירו שבערי אדום שלח לו מטליות זה שבעים בכל כרך וכרך וראובן זה בעת שהוציאם מבית המכס לא ידע מזה ולחושבו שבאו ששים בכל כרך כנהוג ודין גרמא שמכר לשמעון כמה כריכות לערך ולחשבון ששים בכל כרך ולאחר זמן נתוודע הדבר לראובן ובא לחזור על שמעון ושמעון טוען שאין עליו שום חיוב יען כי גם הוא דרכו הוא למכור הכריכות כמות שקנאם ואין דרכו לפורטן וא"ך אין עליו אשמת דבר יען שמכר כמו שקנה יומ"ץ:

תשובה לזה לענין פטור שמעון ודאי פטור כפי טענתו ויתברר לך זה מדברי הש"ע בס' רל"ב סי"ח יע"ש בלוקח שבא לתבוע סרסור שמכר לו יע"ש ואפילו לדעת מור"ם שם יודה בנדון דידן ששמעון פטור יע"ש ודו"ק גם יש לפוטרו מפסק הש"ע בס' רצ"א ס"ד יע"ש ומכ"ש לכאן יע"ש ג"ך ודו"ק:

אלא דעדיפא מזה יש להסתפק אם נתעכבו ונשתהו בלי מכירה ביד שמעון ואח"ך נתוודע הדבר מהו הדין אם מחויב שמעון להחזירם לראובן אם היו עדיין בידו או נימא דמסתמא כבר נתייאש ראובן מהם וזכה בהם שמעון אם היו עדיין בידו או מי שקנאם ממנו על זה יש לעיין בש"ע חו"מ סי' רס"ב סי"ז וממנו יש לדון לכאן הואיל והדבר נחוץ באתי בקצר אמיץ ובריש מלין וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לד

הדין דין אמת דאף שטוען המתעסק שהפסד ממון רב יותר מסך דמי העיסקא שבענין מגיע לבעל המעות בחלקו ברביע בהפסד יותר מסך העיסקא עכ"ז אינו מנכה לו כי אם רביע מן הקרן של העיסקא שנתן לו דרך משל אם העיסקא מאה יפסיד בעל המעות חמשה ועשרים דוקא והגם שכתוב בשט"ע שנשתתף עמו במעות אלו ובזולתן עכ"ז מצינו להרב יוא"ל זלה"ה בתוש"י ס"ע שפסק כהרב רבינו יעב"ץ זלה"ה שפסק כן דלא ינכה לו כי אם חלק רביעי מממון העיסקא יעו"ש ונראה לע"ד פשוט דעקר יסודו דפסק כן לפי טעמו המוזכר שם בתוש"י ס"ע נלע"ד דעיקר יסודו הוא בנוי על פסק הרמב"ם דפסק מרן בסי' ס"ג דאין השותף מהנשבעים ונוטלים וכו' ולכך הואיל וחשיב הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה לפלגא מלוה כשטר בפני עצמו איני נשבע הלוה ומנכה יעו"ש. הן אמת דלפי הספר החדש אשר האיר אל עבר פנינו בהאי שתא טבתא להוי הלא הוא

ספר משפטי"ם ישרים להרב הגדול מוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בס'... נראה דדעתו הוא הפך ויכול לגלגל כל ההפסדים דאתו ממעות אחריני יעו"ע לא מלבד דמדבריו שם נראה דיש חולקים עליו ומחזי דסברתו יחידאה היא לא מלבד זה אלא אנן בדידן אין לנו לזוז מפסק הרב הקדוש מהר"ר יעב"ץ זלה"ה הואיל ותנא דידן מארה דארעא מוהר"ר יוא"ל זלה"ה כך פסיקא ליה ובתריה אנחנו נגררים בפסק זה משנים קדמוניות וכך ראינו רבותינו שלפנינו היו דנין מדי יום יום ובעקבותיהם אנחנו הולכים וכל הנותן עסקא לחבירו אדעתא דפסק זה הידוע הוא נותן על כן ודאי ממנו אין לזוז:

ומעתה זכינו לדין הואיל וכמלוה בשטר חשבינן ליה לחלק המלוה א"ך אם יש למתעסק עד אחד שמעיד לו שכל מה שאומר הפסיד. הוא אמת הדר דינו כדין אם יש לו עד א' שהוא פרוע דהדין הוא שצריך המלוה לישבע על שטרו הלאו הכי אינו גובה כמ"ש בס' פ"ד והגם דשטר זה כתוב בו שהאמין הלוה למלוה כב' עדים כשרים וא"ך הדרן לדינא דכתב מרן בס' ע"א דאם האמינו כשע"ך אפילו יכחישו אותו מאה עדים בדבריהם מהבל ימעטו הרי מצינו להרב מוהריב"ו זלה"ה ס"ד שכתב היינו דוקא אם המלוה חי וטוען ברי אבל אם היורשים טוענים נגד הלוה מקיימינן דברי העדים הואיל ואינם מכחישין אותם וא"ך גם כאן הואיל ויעקב אינו יודע ממה שמעיד העד דדברי המתעסק אמת הו"ל כאומר שטרך פרוע הוא והרי העד מעיד והגם דדברי הלוה אינם מעלים ואינם מורידים הואיל ואינו נאמן ליטול אפילו בשבועה עכ"פ הדר דינו כאלו טוענו ע"פ העד לבדו דקי"ל בס' ע"ה דצריך לישבע נגד העד הלאו הכי הו"ל משוילי"ם מכ"ש כאן שלא בא ליטול ממנו אלא להחזיק מה שבידו של הלוה:

ואל תשיבני היאך יוצדק כאן לומר דטוענו ע"פ העד שהוא פרוע הרי עדות עד זה הוא מעיד שיודע הלוה שהפסיד כ"כ ממון אבל אינו יודע אם הרויח ממקום אחר נגד זה או לאו וא"ך היאך יוצדק לומר דהוי מעיד שיש למתעסק ביד בעל המעות כ"כ דבענין הוי כאלו מעיד ששטר שיש לבעל המעות שהוא פרוע:

זה אינו דהרי מצינו להרב פת"ש בס' צ"ג שכתב משם הרדב"ז דהגם דקי"ל אין השותף מהנשבעים ונוטלים עכ"פ אם המלוה יודע באיזה הפסד או אם יש עדים שהפסיד איזה ממון חייב השותף לשלם והגם שאינם יודעים אם הרויח ממקום אחר או לא הואל ועל הריוח הוא נאמן בשבועה יכול ליטול חלק השותף ע"פ העדים וא"ך גם כאן הואל והוא נשבע ועל הריוח הדר דינו שמחוייב לשלם לו אם יהיו שני עדים ועכשיו שאין כאן שנים הרי כאלו טוענו ע"פ עד"א דקי"ל כל מקום ששנים מחייבים אותו ממון אחד מחייבו שבועה ובמקום שאינו יכול לישבע משלם:

הן אמת דזה עומד לנגד עיני דעד כאן לא אמרינן בעד"א משי"לם אלא דוקא במקום ששנים מחייבים אותו ממון בלי שבועה וכמו שמבואר בס' ע"ה ובס"ק ובס' צ"ט יעו"ש וא"ך גם כאן הואל וזה המתעסק מחויב הוא לישבע שבועת השות' לא אמרינן בעד זה משלם:

אלא נלע"ד דיש לחלק דבשלמא כל אותם המקומות שזכרנו היא במתחייב שבועה על אותו ממון עצמו שמעידים העדים כגון ההיא דנגזל וכו' אבל בכאן שבועתו שנשבע המתעסק לא על ממון זה שהפסיד היא באה שהרי אינו מהנשבעין ונוטלים אלא הוא נשבע שלא הרויח והדר דינו כאלו זה המקבל טוען מנה לי בידך ע"פ העיד והלה משיבו אולי יש לי בידך כנגדי ממקום אחר דשמא הרווחת ממקום אחר כדי למלאת חסרון זה וא"ך הרי אין מחויב שבועה על אותו ממון עצמו אלא אותו ממון חייב בו ע"פ העדים ושבועתו היא על ממון אחר וזה יש לי לדקדקו מדברי הרדב"ז הנז' דפסק דאם העידו העדים מחויב לשלם והרי יש להקשות דסו"ס הואל ואינו מחויב אלא ע"פ שבועתו ואם לא נשבע לא ישלם א"ך הדרינן לומר השבועה היא העקר ובה נטל ממון והרי אין השותף מהנשבעין ונוטלים אלא מוכרחין לומר דזה מתחייב בו ע"פ עדים לחוד והשותף משלם ע"פ העדים וצריך לי עוד להתיישב בדבר:

אלא דלפי האמת עדיין צל"ע הואל וקי"ל דלא אמרינן משויל"ם אלא במקום דלא דהוה ליה לידע ואפילו לפי סברת הפוסקים דס"ל דאפילו במקום דלא הוה ליה למידע חייב עכ"פ אלבא דכו"ע מודו היכא דידעינן ביה דלא ידע אלבא דכו"ע לא אמרינן משויל"ם יעו"ש בס' ע"ב ובש"ך שם ובס' תוש"י סק"ה וא"ך גם כאן הואל ולפי דברי הלוה והעד אומרים שאין המלוה יודע נראה דלא נכנס זה בסוג משויל"ם ועדיין צל"ע כי הדבר נחוץ ולא כתבתי כל זה בריש מילין כי לזכירה בעלמא וציו"ם וימ"ן ועיין להרב פת"ש סרנ"ג: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לה

ראובן ושמעון בחצר אחת ולכל אחד יש לו בית מיוחד ומשותפים הם באמצע החצר ובשאר התשמשין והחצר היא בעי"ת סאל"י יע"א שמנהגם הוא לדון דינא דגאו"א אלא שהשותפים הנז' אחד מהם אינו מתושבי העיר סאלי יע"א אלא מעיר רבאט יע"א שמנהגם הוא שלא לדון דינא דגאו"א ועל זה כשתבע השותף שמאנשי סאלי לעשות עמו גאו"א טען השותף שהוא מאנשי עי"ת רבאט שלא יעשה עמו גאו"א הואל והוא מהאנשים שאין בניהם דין זה גם קרקע דידיה תהיה נגררת בתר מרה ולא יעבור דגאו"א

ע"ך הגיעו דבריו: לדעתי פשוט דאין בדברי השותף שמאנשי רבאט כלום ודנין בה דגוא"א וראיה לזה מההיא דחומ"ש סי"ד שאם נתעקלו נכסי הנתבע בעיר התובע הדין שילך הנתבע אצל התובע אלמא אדרבא הוא יהיה נגרר אחר קרקעו ע"ש בב"י ובש"ע ומור"ם ומשחד"ר סימן הנז' גם יש ראיה מדיני המס שאם הוא על הקרקע שצריך לשלם עליו אפילו בעליו הם בעיר אחרת עיין בדיני המס ס': ועיין בס' מש"ה או"ך סל"ג דמשם יש ראיה לכאן ונוסף דאפילו יהיו שניהם ממדינת רבאט והקרקע בסאלי ינהגו בו מנהג סאלי יעויין זה ממ"ש אם היה הכת"י נעשה בעיר פראנקי"א וכו' יעו"ש דיש ראיה מכמה מקומות ועיין בתוש"י ח"ב ס"י מי שנשא אשה במקום אשר מנהגם כפי התקנה ואח"ך הלך לדור במקום אחר ע"ש גם יש בזה ממנהג השותפ' ואדעתא דהכי נשת' עיין בסקע"ז ועיין בס' ויאמר יצחק ס"ך ועיין כר"ח ח"א בחלק אהע"ז ספ"ג יעו"ש:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לו

ראובן שיש עליו חובות ואין לו במה לפרוע ועל זה רצה לילך למדינת הים לעבוד ולשרת במקום אשר ימצא מנוח להרויח ממה לשלם ועל זה באו קרוביו ומיודעיו ופייסו אותו לקבל מידם ולפרוע מהם חובותיו ולא יצטרך לצאת חוץ לעיר והוא לא רצה כי אמר אינו רוצה במתנות משום ושונא מתנ' וכו' ועל זה באו בעלי חובות לתובעו שיקבל כדי לפורעם מהו הדין ע"ך: לדעתי נראה דאין יכולים לכופו וקו"ח מן הדין שכתב מר"ן בחומ"ש סימן רע"ח ס"י בדין הבכור דיצא על אביהם שט"ח דיכול הבכור לומר איני רוצה ליטול פש"ן ולא לפרוע פש"ן דהדין עמו וכתב מר"ן ונפקא מינה וכו' וכתב הסמ"ע שם בס' קז"ך דדוקא בחלק הבכורה יכיל לומר כן משום דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטו לידו לא הוי שלו משא"ך בחלק הפשיטות אינו יכול לסלק עצמו ע"ש ובס' קכ"ח כתב דחוץ מן הנפקותא דכתב מר"ן עוד יש נפקותא אחרת וז"ל עוד נפקא מינה בשם ר"ת והוא שאם יש לבכור חוב שחייב הוא בעצמו ולא מחמת אביו כשמסלק עצמו מחלק הבכור אז אינו נפרע החוב משאר האחין וצ"ע עכ"ל הרי לפניך דאפילו בחלק הבכורה הואל והיא קרויה בשם מתנה הגם דלא שייך בה ושונא מת' וכו' עכ"ז אין יכול לכופו לקבלה ולפרוע מכ"ש בשאר מתנה דעלמא דשייך בה משום ושונא וכו' ודאי אין כופין אותו וצוי"ם:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לז

לעי"ת מקנא"ס יע"א על אודות שטר שהוציאו היורשים על הלוה והלוה הביא עדים שנים שאביהם המלוה הודה ששטר זה פרוע הוא מיד הלוה:

ראינו העדאת העדים גם את הראשון גם את השני ואת אשר נגזר עליהם מאת הרב הפוסק אברהם בראש נר"ו ומה מאוד הוקשה עלינו בפרש מי הם בעלי הריב כי הגם שכמוה"ר שלם נר"ו לא ידענוהו אהבת עולם אהבנוהו כי שלם רב לאוהבי שמו עכ"פ האמת אהוב יותר ממנו ומוכרחים אנחנו לחוות דעתינו הקלה המעט היא:

והנה אמת נכון הדבר דהגם דקי"ל דמאי דאמרו טענין ליתמי היינו להחזיק מה שבידם ולא להוציא עכ"פ נדו"ד שיש שטר גמור לא מקרי אלא להחזיק דאם לא כן בטלה דינא דטענא סטראי שיכול המלוה לטעון בתורת מיגו דלהד"מ דפסק הש"ע בס' נ"ח ודינא דפסק בס' פ"ג ס"ג דהא קי"ל מיגו להוציא לא אמרינן וכמ"ש מור"ם בס' פ"ב סי"ב ע"ש אלא דהדבר ברור דכל שיש שטר לא מקרי להוציא כמו שמוכח מדינים הנז' ועיין בכללי המיגו להש"ך בס' פ"ב ס"א ע"ש וכמו שבא הדבר מפורש ג"ך בדברי הר"י הלוי ז"ל שהביא הרב"י בסו"ס נ"ח משם בעל התרומו"ת ומשם הרא"ש ז"ל דלאו להוציא הוא הואל והני סהדי לאו אגופיה דשטר קא מסהדי אלא השטר במקומו עומד ואדמי בעלמא דיהיב באפייהו קא מסהדי ע"ש:

אלא דהאמת יורה דרכו דבנדו"ד לא מצאנו מענה מה להשיב נגד הני סהדי הואל ועדי הודאה נינהו וכמ"ש החכם הפוסק דאפי' במקום שהאמינו כבי תרי עדי הודאה מהנו וכמ"ש הש"ע בס' ע"א ס"ג יעו"ש:

והן אמת דמחזה חזינן להסמ"ע בס' ע"א סקכ"א שהקשה דברי הטו"ר שכתב אלא א"ך האמינו כשני עדים דאזי משמע דלא מהני כת"י עם ההיא דכתב הטו"ר והמחבר בש"ע בסע"א ס"ד דהמדקדקים עושים שובר מכת"י של מלוה ותו ליכא למיחש למידי וכו' והוכרח לתרץ דההיא דהמדקדקים וכו' איירי דוקא אם כתוב בהדייא דעל שבידו על הלוה מסך פלוני ועדיו פלוני ופלוני וכו' ומצינו הטעם דמהני כתיבת ידו יותר מהעדאת עדים משום דכת"י אין לך הודאה יותר ממנו כמו שמבורר מכל דברי הפוסקים וא"ך לפי דברי הסמ"ע אלו גם בעדי הודאה אם בא להודות בפניהם על איזה שטר שהוא תחת ידו והוא פרוע צריך שיעידו שהודה בפניהם על שטר שסכומו כו"ך ועדיו פלוני ופלוני וא"ך בנדו"ד דלא בא כתוב בהעדאת העדים שהודה כמהר"ש ז"ל אלא על סכומות שבשטרות ולא הזכיר העדים הרי הודאה זאת כמאן דליתא והיה יכול לטעון סטראי. דהיינו על שטרות אחרים הודיתי: אלא דהאמת יורה דרכו דלאו בדיוק כתב הסמ"ע

דבעינן שני תנאים להזכיר הסכום והמעות ולא כתב כן אלא לרווחה דמילתא דבכת"י של המדקדקים מיירי בכותבים על סכום פלוני ועידיו ומיהו אפילו בחדא מהני דהיינו הזכרת הסכום וזה מדוקדק מלשון הסמ"ע סקכ"א שסיים מדבריו וכתב בזה"ל משא"ך הכא דלא נכתב בכת"י שעל חיב פלוני קבלו ע"ך משמע דלא הורע כאן כח הכת"י אלא משום שלא נכתב על חוב פלוני דהיינו סכום המעות אפילו לא יהיה נזכר מאן נינהו עידיו אלא די בהזכרת החוב ואין להתעקש לכלול במלת החוב פלוני דהיינו חוב שסכומו כו"ך ועדיו פלוני ופלוני דאין זה פשט הלשון גם מדברי הסמ"ע ס"ק י"א לא הזכיר תנאי שיזכיר עדיו אלא כתב ז"ל ודוקא בשובר שהוא על שטר שסכומי כו"ך יעו"ש משמע דבזה די והגם שסיים עלה כמ"ש בסמוך סעי"ט ס"ק כ"א לאו כוונתו לומר כמ"ש סקכ"א דצריך להזכיר גם העדים אלא כוונתו לומר דצריך לומר סכומו כו"ך וכמו שתירצתי בסמוך סקכ"א וא"ך לפי שטה זאת בדברי הסמ"ע הרי גם כאן הודאת מוהר"ש ז"ל היתה על שני השטרות שסכומם כו"ך ומהנייא הודאה זאת אפילו לדברי הסמ"ע ומה גם אפילו אמור נאמר דהסמ"ע בעי שיזכירו עדי הודאה סכום ועדים הרי מצינו גדולים ועצומים פליגי על הסמ"ע וס"ל דבכת"י לא בעינן להזכיר אפילו הסכום וכמ"ש הש"ך בס' נ"ח סק"ט ובס' ע"א סקכ"ד יעו"ש וכ"ך הב"ח וכ"ך הרב גד"ת וכך הלכה העלה הרב פמ"א ח"ב סי"ב גם הוא הביאו הש"ך והילך לשון הטו"ז ג"ך בס' ע"א ס"ט דלא מהני סטראי נגד עדים הן נגד כת"י והטור בשם הרא"ש סיים אלא א"כ האמינו עליו כשני עדים ולא נתכוון בזה דאלו האמינו כב' עדים דאין מועיל כת"י דודאי מועיל כמשמעות ס"ז ס"ד אלא דהרא"ש נתכוון בזה להוכיח שלא נאמר דאין כח בהודאה לסתור הנאמנות ע"ך כתב דאינו מועיל נגד עדים אלא א"ך פירש כבי תרי ובהודאה אפילו מסתמא נקרא הודאה ואין כח בשום נאמנות לסתור ההודאה וכ"ך מו"ח ז"ל ודלא כהסמ"ע שכתב לחלק בין כת"י זה לכת"י דס"ד בחלוק דחוק עכ"ל וא"כ הואיל ומצאנו כל הני חבל נביאים נתנבאו בסגנון אחד דבת"י דהודאת המלוה מהנייא בכל ענין כוותייהו נקטינן ואין להוציא מיד הלוה במכו"ש בנדו"ד שההודאה היתה מפורשת על שטרות שסכומם כך וכך פשוט הדבר ולית דין ולית דיין: ועדיפא מזה כתב הרב מוהריב"ו זלה"ה דאפילו הסמ"ע עצמו לא הוצרך בכת"י לומר שיהיה כתוב על שטר שסכומו כו"ך דוקא דלאו הכי יכול לטעון סטראי דוקא אם יטעון כך המלוה דוקא אבל אם כבר גוע המלוה אנן לא טענינן ליתמי כך. וראיה לזה דהא מצינו להכנה"ג הגה"ט אוט"ו שכתב שאף לדברי רבינו ישעיה ז"ל שהביא רבינו הטו"ר דכשכתב נאמנות בשטר אפילו עדי הודאה הם פסולים ונאמן לומר לא הודיתי היינו דוקא כשטוען כך אבל אם מת לכו"ע לא טענין להו

ליורשים יעו"ש מלתא בטעמא ומזה למד הרב מוהר"י ן' וואליד זלה"ה וכתב וז"ל ולפי"ז אף אנן נמי נימא דע"ך לא אמר הסמ"ע דכשלא כתב בכת"י שעל שטר פלוני קבלם נאמן לומר סטראי אלא דוקא בשטוען המלוה כך בפירוש אבל לטעון כך ליורשים לא טענין להו מהטעם שכתב הכנה"ג עכ"ל א"ך נמצינו למידין דעדי ההודאה לית נגר ובר נגר שיגרע כחם:

הן אמת דעדיין יש כאן מקום לפקפק לפי שטרי דידן אנן בני מערבא דמנהגינו לכתוב והאמינו עכ"ע שטר זה ופרעונו וכו' דבזה מצינו למהרשד"ם ח"מ סנ"ג דפסק דגם עדי הודאה לא מהנו נגד המלוה ע"ע וכן ראינו בפסק אחד הובא בספר הבהיר כרם חמר סקפ"ט ושם כתוב בתוך הפסק וז"ל ומה גם דאפילו אי הוה כתיב עכ"ע שט"ז קו"ר ותו לא אפילו הכי שמעינן תרתי דלשון זה הוא כללא דכולהו טענות בכל אופן שיהיו בעולם בין על פירעון קו"ר ומחילה או הודאה עכל"ה. ובא על החיתום הרב כמוהר"ש אבן צור משם מר זקנו הרשב"ץ יעו"ש וגם אנן בדידן נלע"ד לדקדק כן מדברי מר"ן עצמו דהא מצינו למר"ן בס' ט"א ס"ג שכתב וכן אם העידו שמחל לו החוב נאמנים ע"ך וכתב הש"ך סק"א דבזה אפילו רבינו ישעייה והרמב"ן מודו בזה עיין שם וכוונתו לומר דאפילו הני רבוותא דפליגי בהודאה כמו שמפורש בטו"ר במחילה מודו נמצא דס"ל דעדי מחילה עדיפי מעידי הודאה ומצינו למר"ן בס' פ"ב סי"א שכתב והמדקדקים כותבים והאמנתיו לומר שלא נפרעתי ובכל עניני חוב זה וכו' ופירשו הסמ"ע שם סקל"ז דכוונתו לומר דעל זה כותבים המדקדקים וכו' כדי שיהיו נאמנים על טענת מחילה יעו"ש וא"ך זכינו באומרך מלת עכ"ע שט"ז כוללת טענת מחילה וא"ך כאן שהאמינו כבי תרי עכ"ע שט"ז ופירעונו הרי האמינו לגבי עדים אפילו על טענת מחילה ולא מהני עדות העדים מכ"ש דמהני לגבי טענת הודאה כדאמרן דטענת מחילה היא עדיפא מהודאת פירעון וא"ך היה מקים כאן לומר אלו היה המוריש קיים היה יכול לומר להד"מ או על שטר אחר הודיתי במיגו דלהד"מ וגם אנן נטעון ליורשים כן:

אלא דגם לזה מצאנו ארוכה ומרפא מדברי הרב מוהר"י ן' וואליד זלה"ה בילקוטיו או"ן שכתב דדבר זה במחלוקת הוא שנוי ונחלקו בו הרבנים שלפניהם יעו"ש וא"ך הרי ג"ך הדבר במחלוקת הוא שנוי ויכול הלוה לומר קי"ל ועדיפא מזה כתב הרב הנז' בפסקיו ס"ג וז"ל והרב מהר"ש אסבא"ג ז"ל כתב שאף שכתב בשטר שהאמינו עכ"ע שט"ז וכו' עדי הודאה נאמנים כמ"ש הסמ"ע שם ושכן היו דנין הראשונים הלכה למעשה מטעמא דלא משמע ליהו לאינשי דגם ההודאה בכלל עכל"ה וגם אנן בדידן כך אנחנו נוהגים וכך ראינו מימות עולם שכל מי שאבד שטרו כותב שטר הודאה לחבירו שהוא פרוע והולך

בטח נמצא שכך עמא דבר וכך מנהגה נהוג וא"ך קם דינא אפילו יהיה המוריש חי על האדמה מהנייא לגבי העדאת העדים שהודה והדרן לכללין כל מאי דלא מצי אבוהון למטען אנן לא טענין ליהו:

ועדיפא מזה אף אנן נמי נימא דאפילו לסברת הפוסקים דס"ל דאם היה כתוב עכ"ע שט"ז לא מהנו עדי הודאה הוא דוקא אם יהיה המלוה חי ויטעון כך אבל ליתמי לא טענינן כן ודבר זה נלמד מדברי כנה"ג האמורים לעיל וכמו שלמד הרב מוהריב"ו זלה"ה לטענת סטראי לנדו"ד כך אנחנו נלמוד לנדו"ד לענין עדי הודאה לאם כתוב עכ"ע שט"ז ודוק ופשוט הוא:

ומעתה נתנה ראש למה שנסתפק הרב הפוסק אם יבררו היורשים שהיה לכמוהר"ש ז"ל מלוה אחרת משטר מסך מאתיים ושל חמש אם היה יכול לטעון לא על שטרות אלו היוצאים עתה הודיתי אלא על מה שהחזרתי והביא הרב הפוסק מ"ש הסמ"ע בס"ל ס"ח ומשל"ם בפי"ד מהל"מ והטריח עצמו להכריח מדברי מר"ן דדעתו כסמ"ע במקום דלא היה צריך הואל והסמ"ע והכנה"ג כך ס"ל ומה גם דהמש"ל עצמו לא החליט הדין והניח בצ"ע ודאי כוותיהו דהסמ"ע והכנה"ג נקטינן זהו מ"ש להשיב בדבריו:

אלא דתמיהא מילתא שדימה נדו"ד והכניסו במחלוקת הסמ"ע והמש"ל דאנן אמינא דעד כאן לא נחלקו הסמ"ע והמש"ל אלא דוקא בעידי פירעון דלאו אגוף השטר קא מסהדי אלא אדמי בעלמא הוא דקא מסהדי ושטר בתוקפו עומד וכמו שכתבנו לעיל דמשום הכי יכילנא לטעון סטראי וכמ"ש הרב"י משם מהר"י הלוי אבל בנדו"ד שזה העדים קא מסהדי על גוף השטר שיש תחת יד כמוהר"ש זלה"ה שטר של מאתיים פרוע ושל חמש מאות ודאי אפילו יברר שהיה לו הלואה אחרת ואין אנו יודעים אם עליו הודה או על מי שכבר החזיר. בזה ודאי אפילו הרב מש"ל יודה בזה דאין יכול להוציא דהמע"ה ודוגמא לזה מצינו מדברי הפוס' שהרילר"ח ור"ת הביאו דבריהם התוספות בפרק שבועות הדיינים דמ"א ובכתובות דף פ"ה דמפרשי מימרא דאמר רב נחמן דאיקרע שטרא היינו דצריך בעל השטר שבועה שלא נפרע וגובה בו ע"ש וכתב הרב פחד יצחק או' סטראי משם הפוסקים וז"ל הודה שנפרע משטר שסכומו כו"ך ואח"ך הוציא שטר מאותו סך אפילו לר"ח ור"ת לא מהני ואינו גובה בו עכ"ל הרי לפניך לדעת ר"ח ור"ת במקום דלא מהנייא טענת סטראי טענת הודאה מהנייא ומילתא בטעמא כדאמרן הואל והוראתו על גוף השטר אף אנן נמי נימא לדעת המש"ל במברר דוקא לא נחלק אלא בעדי פירעון ואין יודעים מאיזה שטר אם ממה שהוחזר או מזה שאינם מעידים אלא אדמי ולא אגוף השטר אבל בכגון דא שמעידים על שטר פרוע ממאתיים יודה המש"ל:

שוב מצאנו לדין זה ממש שפסקו הרב הגדול מוה"ר רפאל בירדוגו זלה"ה בס' משי"ש סק"ל שפסק בראובן שהוציא שטר נגד שמעון מסך עשרה ושמעון הוציא כת"י ראובן שנפרע ממנו שלשה ונמ"ך על גבי השובר פירעון שלשה ופליגי. המלוה אומר הן הם השלשה שבת"י הן הם שע"ג השטר ושמעון טוען הני אחריני נינהו יעו"ש שפסק דיד בעל השטר על התחתונה מ"ש והרי לפניך דשם המלוה כשמוצא השטר מעשרה והלה מוצא הכת"י של שלשה הרי ממש המלוה מברר שהיה לו השטר נגד השלשה שהרי זה השטר של עשרה חשוב כחלוק לשתיים דהיינו היה לו שטר של שלשה והרי הוא פרוע ושטר של שבעה ועדיין בלי פירעון ומסופקים אנחנו בכת"י של השלשה אם הם משטר של השלשה המוברריים לפנינו שהיה נושא בו ונפרעו או מן השבעה ופסק דיד בעל השטר על התחתונה ותמיהא איך לא זכר שר להביא ראיה מדברי תנא דידהו ונדו"ד הוא עדיף יותר כדאמרן הואל ועל הגוף קא מסהדי איך שיהיה מכל מאי דכתיבנא הדין ד"א כמ"ש הרב הפוסק נר"ו אך למודעי אני צריך לבאר דברי המש"ל שכתב בפי"ד מהמלו"ל הל"ט שמתחילה כתב נראה דאם לא זכרו וכו' מיהו מספיקא לי אם יברר המלוה וכו' ומסתברא דבכי האי אוקי שטרא בחזקת שלא נפרע וגובה בו ודוק עכ"ל ואחר זה הביא דינים אחרים ואחר שהביא דינים אחרים שאינם מענין זה חזר והביא דברי הסמ"ע דס"ל דאם יברר שהיתה לו מלוה אחרת וכו' וכתב איהו על דברי הסמ"ע דלדעתו נראה דתלוי במחלוקת שהביא הטו"ר בספ"ג ולסוף הצ"ע לדינא ע"ש ולכאורה קשיין דבריו אהדדי דמתחילה הפסיק הדין במברר דלא איתרע שטרא ואח"ך כשהביא דין של הסמ"ע כתב דצ"ע. עוד יש לדקדק למה לא הביא דברי הסמ"ע אחר דבריו הראשונים ובפרט דדבריו הראשונים אך למותר שהיה די במה שהביא דברי הסמ"ע ובמה שכתב איהו עליו:

אלא דהדבר פשוט הוא דתרי מילי נינהו ודברי המש"ל הראשונים הם קאי על תחלת דבריו הראשונים שכתב דהרמב"ם בהל"ט איירי אפילו לא זכרו זמן הפירעון דבענין יש לספוקי אם השובר קדם ושטר זה נכתב אחריו או על שטר זה נכתב. בזה הוא שהחליט הדין דבאם ברר שהיתה לו מלוה אחרת השטר בתוקפו עומד ודברי הסמ"ע קאי על דינא דמר"ן דס"ל ס"ח דשם איירי דהיתה העדאתם על הפרעון אחר זמן השטר כמבואר. כזה נפלה מחלוקת בין הסמ"ע והמש"ל אם ברר שהיתה לו מלוה אחרת ותו לא מידי אתייא מבינייא דאם לא הזכרו עדי ההודאה אימת היתה אם קידם שטר זה שיצא או אח"ך בזה מצאנו להמש"ל דס"ל אם יברר המלוה שהיתה לו מלוה אחרת השטר בתוקפו עומד וגם הסמ"ע יודה בזה על כן חל עלינו חובת הביאור בדברי העדים אימת היתה הודאת

כמוהר"ש ז"ל אם קודם שטר זה או אח"ך במקום שיתברר שהיתה לו מלוה אחרת זהו מה שעלה במצודתינו לע"ע:

ומעתה יש לנו להשיב במה שפסק הרב הפוסק בסכינא חריפא שישבע הלוה ויפטר בלי טעם וראיה דלע"ד נראה דהואיל ואין ליורשים עליו כי אם טענת ספק די במה שנזקיקיהו לחר"ס כדין כל טענות ספק והן אמת שעלה על דעתינו לומר דלא גרע ספק זה אם על שטר זה היתה הודאתו או על אחר מדין שכתב הש"ע בס' ע"ה סכ"ב וז"ל אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כת"י של אבא יש מי שאומר שמשביעין אותו הס"ת ע"ש וא"ך ג"ך הואל ומצאנו השטר מונח באוצרותיו של המורישׁ הוי כמצאתי בכת"י של אבא וזה עלה על הדעת דמזה חייבו הרב הפוסק הס"ת: אך ומה נעשה לחד מקמאי הלא הוא הרב הגדול אך מוהריב"ו זלה"ה בסו' סימן מ"ד שפירש לדברי הש"ע אלו דמיירי דוקא באומר להד"מ ומעולם לא לוה לי אביך מה טוען מכח כתיבת אביו דזה הוי כטוען ברי הואל ומכחיש הוא בעיקר ההלואה אבל אם אומר הלוה פרעתי לא הוי טענת ברי ואינו חייב כי אם תר"ס כדין כל טענת ספק ע"ש ואנן מוסיפנא על דברי הרב נופ"ך שפי"ר וסיוע לדבריו מדקדוק דברי מר"ן עצמו שכתב דצריך היורש לומר וברור לי שהוא כת"י של אבא דמשמע בלוה מכחיש עיקר ההלואה קא מיירי דאי בשאינו מכחיש למה ליה ליורש לומר וברור לי וכו' הכי בלאו הכי מודה הלוה שאמת הדבר שהיה לאביו עליו הלואה אלא שפירעו. אלא ודאי כמ"ש הרב מהריב"ו זלה"ה דבמכחישו בעיקר ההלואה קא מיירי וא"ך גם כאן הואל ועל פי העדאת העידים השטר נגרע כחו לא נשאר כי אם טענת ספק במה שנשאר מונח ואין להם על דוד הנז' כי אם חר"ס ותו לא מדי זהו מה שנל"ע בעת הזאת וצוי"ם וימין הלכ"ד החותם פה סאלי יע"א משנתינו זאת אלול התרנ"ג לפ"ק הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לח

ראובן שנתן לשמעון ליטרא לקחת כו"ך מלוי ושמעון הוליך האליטרא ללוי ולוי כתב לו על גבה שביום פלוני יפרע אותה ואח"ך נמצא עליה הודאה מיד שמעון שכבר נפרע בה אלא דלעת עתה האליטרא יוצאה מיד שמעון ובא להחזירה לראובן באמור לו שהגם שכתב לו עליה שפרע בטח בו במה שאמר לו ביום הזמן שיפרע לו על זה סמך וכתב ומסר לו ואח"ך לא רצה לפרוע והחזירה לי ולוי אומר שכבר פרע ושובר האליטרא בצדה יומ"ץ:

תשובה הנה בדין אם נשתעבד לוי לשלם כשכתב שהוא מוכן לשלם או לא עיין בזה מה שנחלקו שני צנתרות הזהב הרב גושפנקא דמלכא בספרו והרב מהר"ם דרמון זלה"ה סוף ספרו הבהיר גור אריה יעו"ע דפלגן בהדייהו בזה אין להעתיק הדברים:
ובענין אם יכול שמעון לחזור על ראובן ויטול מראובן או לא. נראה דדין זה הוא דינא דחנוני ופועלים דס' צ"א והגם דכאן יש לדון מדין המנהג דהא אין לך אדם שכותב על האליטרא שכבר גבאה קודם שיגבה ועיין דוגמת זה בס' תוש"י ח"ב ס' עכ"ז יש לחלק דבנדו"ד הרי ג"ך אין דרך האליטרא אחר פרעונה שתמצא ביד שמעון המוליכה וצל"ע:
שוב בא לידי ספר פתחי תשובה זלה"ה בס' צ"א סק"ב דשם נשאל בכעין זה ממש ועיין שם מה שהעלה לדינא דדעתו הוא דנשבע שמעון ונוטל כדין הפועלים ובדין לוי אם יהיה פטור מראובן במה שאומר כבר פרע נראה לדמותה למי ששלחה ביד חבירו לפרוע לו חובו האמור בס' נ"ח ורמז לו שיקח השטר וגם כאן מילתא ידועה דהפורע לוקח האליטרא בידו ומה לו להניחה ביד שמעון זה שעל ידי זה מצא כח לחזור ולתבוע בה ואיהו הוא דפשע זהו מה שנלע"ד ועיין גם בזה להרב פתחי תשובה בחומ"ש סק"ח מה שהעלה לדינא ולאפס הפנאי קצרתי ושלום מאתי הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן לט

ראובן מכר לשמעון סחורה בהאלמאלטורנ"א והן היום הלך לוי ולקח ממנו קצת סחורה ורצה לעכבה בחוב שהוא נושה בשמעון מהו הדין:
תשובה לכאורה נראה דזה נכנס במחלוקת הרב"ח והפוסקים החולקים עמו במי שמכר סחורה לחבירו ועדין היא בעין אם יכולים שאר בעלי חובות ליפרע ממנה כידוע מחלוקתם ע"ע ועיין בחדושי על הש"ע סצ"ז ששם קבצתי כל הדיעות ע"ע:
אלא דאחר העיון יש לחלק דכאן אפי' החולקים על הב"ח וס"ל דכל הבע"ח יכולים לגבות בכאן יודו הואל וזאת הסחורה לא יצאה מרשות מוכר לגמרי יעו"ש ולא דמי זה אלא לדינא דסרסור האמור בס' צ"ג יעו"ש וגם כאן הכי הוא יעו"ש:
ואל תשיבני דשאני דין זה מדין סר"ס הואל ובכאן משעה שמשכה אפילו עדיין לא נמכרה קמא ברשותיה לענין אונסין והוי כאלו דידיה וכו' יעו"ש דסו"ס לאו דידיה הוא וכו' יעו"ש בדין הסרסור ופשוט לדעתי דאליבא דכו"ע אין בע"ח יכולים לגבות ממנה.
אחרי מופלג מצאתי הדבר מפורש בס' כרם חמר בס' פ"ו משם מהר"י אדרבי זלה"ה ע"ש ונהניתי תהלי"ת ודו"ק כי קצרתי וא"ש:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן מ

מי שקבל עסקה והלך ועשה הקפות ברשות או שלא ברשות חייב לעמוד על ההגבאות ולהביאם לשותף מההיא דמור"ם דסי' רצ"ד ס"ו והגם דמדברי הרב"י ז"ל שהביא הש"ך שם נראה דחולק על הת"ה שפסק מור"ם כדבריו יעו"ש עי' לה' מוהריב"ו זלה"ה בח"ב סכ"ב וסקמ"ז שכך פסק בדברי מור"ם אלו והגם שהרב הנז' מחלק דדוקא אם הממציא הוא עדיין יושב במדינה אבל אם רוצה הוא לילך למדינה אחרת אינו בדין לאסור אותו כדי לגבות חובות אחרים ע"ש. בנדו"ד ודאי יודה דהדין הוא שאפילו רוצה לילך למדינה אחרת אינו יכול לילך עד שיקבץ כל הגבאו"ת דשאני הממציא חוב לחבירו וכו' דמור"ם דסי' רצ"ד התם יכיל הוא בעל החוב לתבוע חובו אלא משום הטירחא שאינו רוצה לטרוח רמו עליו על הממציא לטרוח ובזה הוא דמחלק הרב מהריב"ו זלה"ה ברוצה לילך למדינה אחרת אבל בכגון נדו"ד דהמקבל עסקא הוא דעשה ההקפות ואם לא יגבה אותם הוא בידו ילכו לאבוד ודאי דאפילו ירצה ללכת למדינה אחרת אוסרין אותו לעמוד על ההג'באות: ומכ"ש אם המקבל עסקא נשאר חייב לבעל המעות ואין לו במה לפרוע שמחויב הוא לילך לקבץ על הג'באות לשלם חובו דהרי עדיפא מזה מצינו בסוף סימן רע"ח בדין הבכור שאינו יכול לסלק נפשו מחלק הפשיטות ולומר אי אפשי לירש ולשלם פי שנים אפילו לגבי חוב אביו מכ"ש לגבי חוב דידיה ע"ש ועיין בסמ"ע סקכ"ח ע"ש וכבר ראיתי שכך פסקו גדולי עולם אלא שאין עתה על זכרוני מבטן מי יצאו הדברים ברוך זוכר הנשכחות שוב נזכרתי שעדיפא מזה כתב הרב מאמ"ר קדישי"ן בסק"ז סק"ג משם מהר"ם לובלין ז"ל וז"ל ראובן שמת והניח חובות על הגוים והוא חייב לשמעון ויורשים אומרים שאין רוצים לירש אביהן ולסלק חובו רק ששמעון יגבה החובות מן העכו"ם ובערכאות שלהם אין יכול להוציא אלא על ידי היורשים הדין הוא שמחוייבים היורשים להוציא החוב כדי לשלם החוב של אביהם ע"ש וכן פסק בס' תור"ת חס"ד סקנ"ג יעו"ש וק"ל:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן מא

על מאי דנשאלנא מקמי טבותיה על ראובן שהיה שמעון נושה בו חוב או עסקא ורצה ראובן לברוח למד"ה והיה מטמין מעות שמעון שבידו ביד לוי עד יום שברח באותו יום מסרם לוי בידו והלך לו לארץ מרחקים ועל זה בא שמעון לתבוע ללוי על מה שמסר ביד ראובן ממעותיו הואיל ומידע ידע לוי דמעות אלו של שמעון הם ע"ך:

מה שנלע"ד הוא דהגם דדין זה לא דמי למה שפסק הש"ע ריש סקכ"ה במי שמסר חובו או פקדונו ביד ראובן להוליכם לשמעון וכו' דאם החזירם ללוה וכו' והעני הלוה דחייב השליח. הכא שאני דשאני התם הואל ומסרם בידו לתתם למלוה זכה לו אבל בכאן לא מסרם ראובן ללוי לזכות בהם לשמעון ואין משם ראיה לחייב ללוי אך נלע"ד דיש לחייבו ללוי דלא גרע זה מדין הגנב דפסק הש"ע בס' שמ"ח ס"ז וז"ל ראובן שנכנס לבית לוי וגנב חפץ ובא אותו חפץ ליד ראובן והחזירו לשמעון אין לוי יכול להוציא ממנו בדין ע"ך וסיים עלה מור"ם וז"ל ודוקא ששמעון יש לו שום טענה נגד לוי אבל אם אין לו טענה עליהם רק גנבם וזה יודע ראובן. אם החזירם לשמעון הגנב חייב הוא לשלם ללוי דה"ל להשיב האבידה לבעליה ע"ך וגם כאן הואיל ולוי זה לפניו נגלו שזה הממון שביד ראובן הוא של שמעון ורצה לברוח בו אין לך גנב יותר מזה והואיל ובא לידו והחזיר המעות לראובן הוי ממש כמי שהחזיר הגניבה ליד הגנב וחייב המחזיר:

ואם יטעון לוי זה המחזיר שמא אח"ך פרעו ראובן לשמעון הרי דינו מפורש בהד"מ סי' שמ"ח ס"ב וז"ל וכתב מהרי"ו ס"א בפסקיו שבסוף תשובותיו שם דבעלים אין נשבעים שלא החזיר להם הגנב אם הגנב מודה להם עכ"ל וא"ך גם כאן הכי הוא יעו"ש ועיין בסי' ש' ס"ב בדברי מור"ם שם דמשם ג"ך יש להסתייע לנדו"ד וק"ל:

אהובך רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן מב

להיות שיצחק מתה אשתו והניחה לו בנים והניחה לו קרקע אחת שהיה לו ליצחק בחיי האשה ואחר עבור ימים ושנים עמד יצחק ומשכן הקרקע הנז' ביד הזולת וכשבאו בניו מן השדה תבעוהו לדין על מי ועל מה משכן כל הקרקע כי להם משפט הירושה לקחת מחצה בקרקע מכח כתובת אמם כידוע למנהג כתובת המגורשים ואביהם מודה שבעת מיתת אמם לא היו עליו חובות וראוים ליטול מחצה בקרקע מהו הדין אם יכולים להוציא מחצה בקרקע מיד מי שנתמשכן בידו ע"ך:

תשובה לכאורה נראה שהדין עמהם ממה שראיתי להרבנים מוהריב"ע ומוהריב"ץ זלה"ה הובאו דבריהם בס' כר"ח סקפ"ח כעין נדו"ז ממש וז"ל יעקב היה נשוי עם רחל למנהג קאסטילייא ומתה בחייו בניסן והי"ל חצר ואחר מותה לוה משמעון בסיון ואח"ך באלול כתב שטר חלוקה לבניו מסך מה ובעד אותו הסך משכן כל החצר האם יש זכות לשמעון לגבות שטרו מן החצר או לא הדין עם שמעון לפי ששטרו קדם לשטר הבנים ויגבה חובו מחצי החצר הנוגע לאב ואע"פ ששטר כתובת אמם קודם לשטר שמעון

לא יועיל זה לבנים אלא לגבי חצי החצר שהוא בעין וזכו בה מיד בשעת פטירת אמם אמנם לגבי חלקם בשאר נכסים לא חשיב כמלוה בשטר שהרי עדיין לא נתברר כמה הוא חלקם והוי כשטר שלא נזכר בו סך הדמים דלאו כלום ואינו אלא כמלוה ע"פ כל עוד שלא כתוב שטר חלוקה כבר קודם שטרו של שמעון ע"ך דברי הרבנים הנז' הרי מדבריהם נראה דיש לדון בנדו"ד כדבריהם ויכולים להוציא חצי הקרקע מיד המלוה:

אלא דמצאנו ראינו פסק אחד להרבנים הראשונים רבני סאלי יע"א הביא דבריהם הרב הגדול כמוה"ר יוא"ל זלה"ה בתוש"י ח"א סט"ל וז"ל ועוד מצאתי כתוב בכתבי הראשונים וז"ל שטר כתובה למנהג המגורשים אינו שטר גמור אלא לגבי האשה אם תתגרש שיפרע לה וכו' אבל לגבי יורשים אין עליו שום חוב אלא רמז בעלמא וכו' לענין שכל הנכסים הנמצאים לו ולה יפרעו תחילה בע"ח והשאר יחלוקו וא"ך אין כאן חוב ברור שאם יאמר הבעל שיש לו חובות ישבע שבועת אלמון ויפטר ומינה דשטר אין כאן ואפע"פ שהאב מודה לבנו שהוא חייב לו חלוקת אמו לאו כל כמיניה לחוב לאחרים דילמא קנוניא וכו' ולכן אם בא היורש לטרוף שום חזקה או קרקע שמכר אביו מכת כתיבת אמו לאו כלום הוא כ"ך חכמי סאלי וחכמי מקנאס הלא המה הרבנים הגדולים מוהר"י צבע ומוהר"י ביבאס ומהר"ם טולידאנו ומהר"ח אחיו זלה"ה ע"ך נמצא כתוב וכתב הרב יוא"ל זלה"ה אחר דבריהם אלו וז"ל והדברים ברורים שהרבנים דברו בקרקע שהניחה לו אשתו שחולקים בו כפי התקנה ואעפ"ך פסקו שאינו יכול לטרוף וזכורני שפעם אחת בא לידי גוף הפסק מידו של ה"ה מהר"ח טולידאנו זלה"ה שמבואר בו שהנדון שנשאלו עליו הוא בקרקע שחולקים בו היורשים עם אביהם שקדם האב ומכרו לזולת ואף עפ"ך פסקו הרבנים הנז' שאין היורש יכול לטרוף חלקו והדין נותן כדבריהם שהרי עקר זכייתם אינו אלא מפאת הכתובה לא פחות ולא יותר אבל עיקרה אינו אלא חיב ולכן הבעל יכול למכור וליקח בנכסים כפי רצונו ואין להם לבנים עליו אלא דמים עכל"ה של הרב תוש"י ז"ל ובחלק שני סק"ז ג"ך סמך פסקו שם על פסק הנז' של רבני סאלי ומקנאס יע"ה וא"ך הרי הדבר שנוי במחלוקת דלפי פסק מוהריב"ע ומוהריב"ץ יכולים היורשים להוציא מהמלוה ולדעת רבני סאלי ומקנאס אין להוציא אפילו האב מודה לבנים:

ולעד"ן דודאי כוותיהו נקטינן מכמה טעמי חדא הואל ורבני סאלי כך ס"ל והם רבנן מארי אתרין ודאי עליהם יש לנו להשען דמסתמא כך קבלו הוראותם ופוק חזי בגמר' ובפוסקים קמאי ובתראי דכללא כיילי דכל מר באתריה עבדינן כוותיה ועד האידנא

אחר פסק מר"ן באתריה דהרמב"ם לא זזו מלחבבו ואין צריך ראיה לזה דדברי הפוסקים מלא מזה:

שנית מאן חתים עליה ופסיק כוותיהו דרבני סאלי ומקנאס הוא רב אחרון חביב הוא הרב יוא"ל זלה"ה ובודאי כוותיהו דבתראי עבדינן וכמ"ש הש"ע בס' כ"ה יעו"ש:

ועוד הואל ויתומים אלו באו מכח כתובת אמם בירושת הת"ק ובע"ח זה בא מכח האב שהוא בעל הקרקע האמתי ודאי דלבע"ח שומעין ואין להוציא הקרקע מחזקתו והגם שהוא מודה אינו נאמן לחוב בהודאתו וכמ"ש הרבנים כולם בין לרבני פאס בין לרבני סאלי ומקנאס כלהו שוים לטובה דהודאתו מגן שויא:

ועדיפא מזה הוא נלע"ד דיש לנו להשוות דעת רבני סאלי לדעת רבני פאס יע"א ולא פליגי דאיכא למימר דנדון של הרב מוהריב"ץ ומוהריב"ע זלה"ה איירי בדהוה ידוע שלא היה על הבעל שום חוב כלל בעת מיתת האשה וכגון שהודה לפני עדים שלא היה עליו שום חוב אך לא ברר כמה מטי ליורשים בחלקם בזה הוא דפסקו דהיורשים מוציאים חצי הקרקע והחצי אינם מוציאים אותו מטעם הנזכר בדבריהם יעו"ש ורבני סאלי ומקנאס יע"א איירי בדלא נתברר אם היו על הבעל איזה חובות או לא בזה הוא שדנו דאין היורשים מוציאים חצי הקרקע מבע"ח ומלוקח דאנן טענין דאפשר שהיו עליו חובות נגד קרקע זה:

גם יש לחלק בין נדון מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל הם איירי בדלא מכר הקרקע ולא משכנה אלא לוה מאיזה אדם סתם ולא כתב לו הקרקע בתורת משכונה וכו' בזה הוא דיכול להיות שאפשר שדבריו אמת שבעת מיתתה לא היו עליו חובות ואח"ך עמד ולוה לצורכו לכך מאמינים לדבריו למה שהודה לבניו בחלוקת אמם ומהנייא הודאתו להוציא חצי הקרקע אבל בנדון רבני סאלי ומקנאס הם איירי שעמד ושעבד הקרקע בזה יש לנו לומר הואל ואחזוקי אינשי ברשעי לא מחזקינן וכמ"ש הסמ"ע בסע"ב סקי"ט משם המרדכי ז"ל בדין הממשכן בגדי אשתו שכתב וז"ל ואפע"ג דאין אדם יכול למכור או למשכן בגדי אשתו מ"מ אחזוקי אינשי ברשעי לא מחזקינן למכור או למשכן דבר שאינו שלו ומסתמא בר ברשותה משכנם וכו' ע"ש ועיין להרב מוהררי"ע זלה"ה בב"י חא"ה ע"ז ס"ז שכך העלה הלכה למעשה אפילו אם הבעל מודה לדברי האשה שמשכנם שלא ברשותה אינו נאמן מכח החזקה הנז' וא"ך גם אנן הכי נימא הואל ועמד ומשכן הקרקע שהיה לו בשעת מיתת אשתו לא מחזקינן ליה ברשעי למשכן דבר שאינו שלו דהשתא מיהא בשעת מיתת האשה זכו תכף היורשים ודידהו הוא ואדרבא הוא עדיף מבגדי האשה שהם ברשותו ויכול להיות שתמות האשה ויזכה הוא בנכסיה עכ"ז פסק המרדכי דחזקה

גמורה היא דלא ישלח בהם יד מכ"ש בקרקע זה דאם האמת שזכו בו הבנים שוב אין תקוה לאב שישוב לידו ומשעת מיתת האשה יצא יצא מרשותו ודאי דודאי חזקה גמורה היא שלא ימכור ולא ימשכן ומדמשכן ודאי דידיה משכן והיו עליו חובות והשתא הוא שרוצה לעשות קנוניא:

וכן ראיתי להרה"ג מוהר"ר יצחק ן' וואליד זלה"ה שפסק כן בכמה מקומות וחדא מנייהו הוא בס' וי"ץ ח"א סקמ"ה יעו"ש שסמך ופסק כרבני סאלי ומקנאס יע"א ובס' ק"ן ג"ך נשאל על בעל שמתה אשתו ובאו בע"ח לגבות כל הקרקע שהיה לבעל בחיי אשתו ונשאל אם צריכים לישבע כנגד חלק היורשים שראוים ליטול מחצה בנכסים מפאת האשה ופסק שם בסכינא חריפא דהואל והשטר אית ביה נאמנות גובה על הקרקע בלי שבועה דיורשי האשה אין להם חלק בקרקע אלא תביעתם כמלוה ע"פ וסמך פסקו ג"ך על פסק רבני סאלי ומקנאס יע"א ועלה עמו בהסכמה הרב מהר"א ישראל זלה"ה יעו"ש שהסכים על ידו בכל מה שפסק והוסיף בדבריו וכתב וז"ל ומ"ש כת"ר אם יש בידי שום פסק מב"ד שלפנינו על זה הן אמת שאין בידי פסק על ענין זה של השבועה אבל יש בידי פס"ד ממו"ר מהרי"ל זלה"ה על אלמון שמכר קרקע הידוע לו בחיי אשתו ובאו יורשיה לערער על הלוקח מכח ירושת אמם שעדיין לא חלק עמהם ופסק שלא זכו בדינם וכו' וחיליה מכח שאין ביד יורשיה שום שטר נגדו כי אם תביעה בע"פ והאריך הרב בראיות ברורות והסכימו לדינו הרבנים מוהר"ר אפרים מונסונינו ז"ל ומוהר"י קוריאט זלה"ה עוד יש בידי פסקי דינים מכמה חכמי המערב שהיו בזמנינו וכו' ולהיות שהפסקי דינים ארוכים הרבה ואין לי סופר להעתיקם לא שלחתי טופסם לכת"ר עם היות שמתוך דבריהם יש סיוע לפס"ד עכל"ה ועיין עוד שם בס' וי"ץ בס' קס"ט ובס' קפ"ז דמשם בארה דפסק רבני סאלי ומקנאס עליהם סמכו בית ישראל הוראותם והם יתד בל תמוט ובפרט לפי ע"ד שכתבתי דלא פלגן בהדייהו:

שוב ראיתי אחרי רואי להרב הנז' בס' קפ"ח שנשאל מהרב כמה"ר מרדכי ן' ג'ו נר"ו על ענין כזה ורצה מהר"ם נר"ו לפסוק דהדין הוא עם היורשים שהגם שהרב יוא"ל ז"ל בח"א דעתו נטתה לפסוק כרבני סאלי ומקנאס יע"א הרי בח"ב ס"א חזר בו לפסוק כאשר כתבו לו חכמי מקנאס שהיו בדורו יעו"ש אלה היו דברי מהר"ם ן' ג'ו נר"ו והרב הגדול מהריב"ו ז"ל השיב לו על זה דאין מפסק דח"ב ס"א שום הוכחה דחזר בו כלל אלא כמסתפק והן ולאו ואין מאותה פסק שום סתירה יעו"ש ואח"ך הרבה הרב מהריב"ו זלה"ה באותו פסק להביא להקת הפוסקים דהאמת הוא כרבני סאלי ומקנאס יע"א יעו"ש:

ואני ההדיוט אמינא דמה שכתב דמפסק הרב יוא"ל ז"ל בח"ב ס"א אין ממנו הוכחה שחזר בו על זה אמינא במחילה מכת"ר שהרי בספרו ח"ב סקי"ח כתב הרב יוא"ל זלה"ה עצמו וז"ל אך לפי דעת הראשונים החלוקים שנוהגים לדון כן בזמנינו דס"ל שיכולים הבנים לטרוף חלקם ממה שמכר אביהם לאחר פטירת אמם לפי זה וכו' יעו"ש דמשם בארה דהרב יוא"ל ז"ל חזר בו יעו"ש:

אך בעיקר הדין נראה לי דאין לנו לזוז מכל הנהו פסקי של הרב מהריב"ו זלה"ה שכתבנו ובפרט בפסק דס' קפ"ח שבו הביא פסקים של ראשונים ואחרונים הרבה מאד שיד יורשי האשה על התחתונה יעו"ש ובודאי כהנהו פוסקים נקטינן הואל ורבו כמו רבו ובפרט שכך העיד על המנהג הרב הגדול מוהר"ר פתחיה בירדוגו זלה"ה וכתב שכך הסכימו רבני רבאט וספרו ומקנאס יע"א ואחריהם קמו בתי דינים שאחריהם של ערי טיטוואן יע"א ואשרו את דבריהם הלא המה מוהר"ם נהון ומהר"ם הלוי אבן צור זלה"ה ובעקבותיהם יצא לידון הרב מהריב"ו זלה"ה לפסוק כוותייהו הגם דודאי לא נעלם ממנו פסק הרב יואל זלה"ה בח"ב בסקי"ח דהרב יוא"ל זלה"ה שגור כל ספריו בפי הרב מהריב"ו זלה"ה כאשר ידוע למי שהוא בקי בס' ויאמר יצחק זלה"ה ועכ"ז פסק כרבני סאלי ומקנאס ודאי כוותיה נקטינן ולפניו נגלו כל תעלומות ובפרט אפילו מצד דהדבר הוא במחלוקת ודאי אין להוציא מיד הלוקח או הממשכן כדאמרן לעיל והואל והנכסים הם בחזקת הבעל והיורשים אינם אלא מן התקנה זהו משנלע"ד וליה עינינו יצילנו מכל שגיאה אמן: שוב דקדקתי וראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בח"א סקנ"ו ושם ראיתי לו שכתב בפירוש דוקא אם מכר האב הוא דאין הבנים יכולים להוציא מיד המוכר אבל אם משכן הקרקע יכולים הבנים לזכות בחציים ולהוציאו מיד הממשכן יעו"ש ובודאי טעמא דמילתא דהואל ולא מכרו אלא משכנו אין לנו לומר דאם לא היו שלו ואין לבנים חלק בו לא היה ממשכנו דהואל ולא מכרו יש לנו לומר דנתכוון למשכן גם חלקם איידי דביני ביני ואח"ך יפדהו וכל אחד על מקומו יבוא בשלם ואתייא מכללא שמה שחלקתי לעיל בין מכר להלואה הכל על נכון ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מג

ראיתי להרה"ג ר"ב זלה"ה בספרו משי"ש ח"א סרנ"ג שנשאל בראובן שנתפס ביד הגוים לפרוע סך מה ובהיותו תפוס אמר להם שהוא נושה בשמעון סך מה בשטר והראה להם השטר לגוים ונתפס שמעון לפרוע ושוב עמדו ראובן ושמעון לדין על השטר ההוא ונמצא

שהוא פרוע והגוים עדיין תופסים לשמעון כפי השטר וכפי המונח הראשון שראובן נושה בשמעון ולא שמעו לקול דין ישראל ששמעון פטור והשיב על זה לכאורה נראה דיש להסתפק אם יתחייב מחמת אמירתו שאמר לגוים שנושה בשמעון אך כד מעיינין שפיר נראה שגם מזה פטור דהא כתב הרב"י בס' שפ"ו משם הרשב"א רואה אני לפטור שמעון אם עבר והחזיר השטר לגוי לפי שאין כאן דינא דגרמי ולא עוד אפילו היה ביד שמעין שטר פרוע של ראובן ונתנו שמעון למלוה נ"ל שהוא פטור מדיני אדם מטעם זה שאמרתי עכ"ל ואף שכתב הרב"י והביאו הג"ה שפ"ח דאם מסר שטר פרוע לגוים חייב התם בברי הזיקא כמו שמדוקדק וידוע שיכוף וכו' יעו"ש כך מוכרח לישב אם לא נאמר דפליגי ומעתה נראה דנדון דידן דאמירת ראובן לגוים שיש לו שטר על שמעון היא גרמא בנזקין ופטור הוא עליה והו"ל שמעון נתפס על חבירו ואין חבירו חייב לשלם כן נלע"ד אלה היו דברי המלאך ר"ב זלה"ה:

ולי ההדיוט לא נחה דעתי בפסק זה דהן אמת דראה ראיתי להרב הש"ך בסו"ס שפ"ח כתב דדברי הרשב"ץ דפסק מור"ם בס' שפ"ח מיפלג פליגי עם סברת הרשב"א דפסק בס' נ"ד ס"א ובס' שפ"ו ס"ג ומזה יצא לתמוה על מור"ם כיצד מזכה לבי תרי יעו"ש מכל מקום הרי מצינו להרב שדה הארץ שיישב דברי מור"ם וכתב וז"ל אמנם לענין הלכה נלע"ד כי כבר הסכימו הפוסקים בסברא דרשב"ץ שהביא מור"ם בהג"ה והביאה הרב פנ"י מש"ה ח"ב סמ"ט ועיין במ"ש הרב בני חיי שם סק"ב והביא ס' משא"ת בנימי"ן בס' פ"ה ומוהרש"ך סקל"ט ודברי מוהרש"ך שהובאו דבריו בתוך תשובת מוהר"ש הלוי ח"מ וכל הפוסקים הללו ס"ל דאי ברי הזיקא והפסידו מן הקרן דחייב וא"ך כפי זה שפיר פסק שם מור"ם בהג"ה ס' שפ"ט דבברי הזיקא מחייב וכדעת היש אומרים שהביא בס' שפ"ו וכדכתיבנא דכן עיקר וכד מעיינת בה נוכל לפרש ולומר דאפילו הרשב"א יודה בענין זה הדין שכתב מור"ם בס' שפ"ח בשם מוהרשב"ץ דכיון דברי הזיקא ובודאי יבוא לו הנזק דכן כתב וכן אם מסר שטר לגוי וידוע שימסרו לשר וכו' וע"ש שהאריך עוד וכן היתה מסקנתו דלא פליג הרשב"א והרשב"ץ אלא יש חלוק בין ברי הזיקא ללא ברי הזיקא ובברי אפילו גורם דגורם חייב כגון ההיא דמסר לכותי והכותי ימסור לשר וכו' עכ"ז חייב ע"ש א"ך הואל ולדעת הרב שד"ה האר"ץ לא פלגן בהדייהו ודאי כך נאה ויאה לקיים דברי מור"ם ולא להוו פסקיו סתראי ונקטינן דכל בברי הזיקא חייב וממנו נלמד לנדו"ד דהואל והגוים הם נושים בראובן ומסתמא לא ימחלו בממונם דהא עדיפא מזה מצינו לפסק הש"ע בס' קכ"ח ס"א שפסק בדין הפורע חובו של חבירו דפטור הלוה דיאמר ליה הוה מפייסנא ליה ומחיל לי ועל זה סיים מור"ם שם וז"ל וי"א דוקא כשפורע

לישראל אבל אם יפרע לכותי חייב לכולי עלמא יעו"ש והגם שמור"ם כתב דבריו בשם י"א כבר כתוב אצלינו באורך וברוחב דמור"ם לא פליג על מר"ן דגם בביתו הנאמן כך ס"ל והדבר בא באורך ועד אחרן מצינו פסק הרב הגדיל מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שכך פסק בשנים ושלשה מקומות וא"ך הרי אפילו במקום דלא מצינו הגוי המלוה ניגש לישראל הלוה עכ"ז אם זה הלך ופרע בעדו לא אמרינן שיכול הלוה לטעון הוה מפייסנא ליה הואל וגוים לאו בני מחילה מכ"ש בנדו"ד שהיו הגוים נוגשים לישראל הלוה וזה מסר שטר שבידו על שמעון ועל ידי זה פטרוהו פשוט דאין לך היזק מבורר יותר מזה והדרן לדינא דמור"ם דסי' שפ"ח דהתם אפילו גורם דגורם הוה עכ"ז חייב:

ואל תשיבני על ראיה זו ותאמר דא"ך השתא דאמרת דגוים לאו בני מחילה נינהו והוי היזק מבורר א"ך האיך יוצדק פסק הרשב"א דפסק מור"ם בס' נ"ה ובס' שפ"ו דבמוסר שטר פרוע ליד המלוה דלא היי אלא גרמא ופטור והתם משמע בין מסר ליד המלוה בין אם יהיה ישראל או גוי עכ"ז פטור. דשאני התם הגם שמסרו ליד הגוי לא ברירא מלתא דיכול להיות הואל והגוי פרוע אפשר יתבייש ולא יתבע מה שפרוע כבר או אפשר לא יהיה גזלן ומחמת הספק משמתינן ליה ופטור יעו"ש בדברי הסמ"ע בס' נ"ה סק"ה דלא ברירא מילתא אבל אם יהיה הגוי בבירור שנושה בלוה ודאי דלאו בר מחילה וכמ"ש בס' קכ"ח בדין פורע וכו' וממנו לנדו"ד דנושה בראובן וראובן נתן לגוים שטר זה בעד חובו ודאי לא ישקטו ולא ינוחו עד שיבואו לידי פרעון ואין לך ברירא יותר מזה ודו"ק:

עוד דעדיפא מזה לא ידעתי למה לא יתחייב מכח דבורו שאמר שהוא נושה בשמעון דשאני הדין דהרשב"א התם מיירי דמסר השטר לגוי ולא ידע אם הגוי יבוא לידי פרעון או לא וכדאמרן אבל בנדו"ד שהגוי תובעו וזה מסר השטר של שמעין ביד הגוי ומקיים ליה בדבורו שאומר שהוא נושה בו וילך הגוי ויקח המעות מיד שמעון למה לא יתחייב מצד דבורו שאומר שהוא נושה בו ובזה גורם שיפרע ממנו הגוי למה יגרע מהא דפסק הש"ע בס' כ"ח ס"ג וז"ל אם הגוי תובע לישראל ויש ישראל יודע עדות לכותי נגד ישראל ואין עד אלא הוא והכותי תבעו שיעיד לו במקום שדיני הכותי לחייב ממון ע"פ עד אחד אסור להעיד לו ואם העיד משמתין אותו וסיים מור"ם אבל אינו חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי אבל אם יש לברר ששקר העיד חייב לשלם יעו"ש וכן פסק מר"ן בס' מ"ו סל"ז בעדים שאמרו שקר העדנו דחייבים יעו"ע וא"ך ג"ך הואל וע"פ דבורו מוציאים ממון למה לא יתחייב לא ידעתי לחלק למה שם לא פטרוהו מכח גרמא ובכאן נימא דיהיה פטור: שוב ראיתי להרב יוא"ל זלה"ה בסק"ו שנשאל באחד שאמר לערל אחד שנגנבה לו גניבה שראובן הוא שגנבה ותפס הערל את ראובן ופסק שם הרב דזה

האומר חייב משום מוסר ועל זה הוקשה לו למה לא יהיה פטור זה מכח דיוכל לומר אמת אמרתי כההיא דיודע עדות לגוי דס' כ"ח דפטור מתשלומין משום שיכול לומר אמת העדתי ועל זה הוצרך לחלק דבמסירות החמירו הואל ומדרכם לעשות על הנמסר עלילות ולהפסידו ולא כן בהלואה דאין מדרכם להתעולל להפסידו יותר ויותר יעו"ש משם נשמע דדוקא ביכול לטעון אמת העדתי הוא דמחלקינן בין דין העיד לדין מוסר אבל במקום שאין יכול לטעון אמת העדתי וחייב ודאי דהטעם הוא מדין מסור וא"ך גם כאן אין לך מסור יותר מזה וכדסלקא דעתיה דהרב המלא"ך זלה"ה בתחילת דבריו שכתב וז"ל דיש להסתפק אם יתחייב מחמת אמירתו וכו' ולענ"ד נראה דכך הוא האמת ובפרט נדו"ד בצירוף שניהם אמירתו שהוא נעשה בפלוני ומסירת השטר נוסף נלע"ד דגם הש"ך יודה דיודה הרשב"א להרשב"ץ זהו משנלע"ד וציו"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מד

ראובן מכר ביתו לגוי ונשארה לו חזקה והלך שמעון והשכיר הבית מן הגוי הלוקח ודר בה ימים ושנים ואח"ז בא ראובן לתבוע משמעון שכירות החזקה ושמעון השוכר טוען כי פרע כל שכירות לגוי מה דינו:

תחלה אציגה נא לפניך מה שראיתי להרה"ג מוהר"ר ר"ב זלה"ה בספר היקר משי"ש ח"ב סימן ן' ששם פסק וז"ל ראובן היה שוכר מן הגוי בית שיש לו בו חזקה לשמעון ודר בה כמה שנים עמד שמעון ואמר לו תן לי שכירות החזקה נראה דיכול ראובן לטעון בחלקי אני משתמש דהיינו בחלק שהייתי שוכר מן הגוי הייתי משתמש וגם מזה נראה דאם בית של שמעין ולוי והשכיר חלקו ליהודה בפירוש דיכול לומר בחלקי הייתי משתמש וגם שמעון יאמר חלקי הייתי שוכר עכ"ל ודע לך דהגם דפסק הר"ב ז"ל סתום וחתום ובאו דבריו בקצרה צריך לומר דודאי לא דבר הר"ב אלא בבית שהיה יכול להשתמש בו בעל החזקה עם בעל הבית אי בבית שיכולים להשתמש בו שני השותפים בזה הוא דיכול לטעון בחלקי אני משתמש דהא דין זה דיכול לטעון בחלקי אני משתמש מקורו הוא מדברי הרשב"א זלה"ה ופסקו מור"ם בס' קע"א ס"א יעו"ש ומצינו לרבותינו שחלקו בדבר וכתבו דדוקא אם היה חלקו של זה הדר היה מספיק לו בזה הוא דיכול לומר בחלקי אני משתמש הלאו הכי לא עיין בתשב"ץ ח"ג סרי"ו ועיין בס' משכנו"ת הרועי"ם מערכת שי"ן או"ץ ועיין להרב זרע יעקב דף ז"ך ועד אחרן עיין בס' כר"ם חמ"ר בפסק אחד של הרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה וכך היה הלכה נוהגת וא"ך צריך לומר דגם

הפסק הנז' של הרב ודאי הכי הוא דיכול לומר בחלקי אני משתמש דקאמר איירי במקום שטענה זאת צודקת דהיינו שיכולים שניהם להשתמש דוקא:
וזה נמי מוכרע ממקומו ומדבריו דסיים וכתב שם וז"ל וגם מזה נראה דאם בית של שמעון ולוי והשכיר חלקו בפירוש ליהודא דיכול לומר בחלקי הייתי משתמש ע"ך הנה דין זה דבית של שני שותפים והשכיר אחד חלקו דוקא ליהודא לא היה צריך הרב לכתוב דין זה בשם חדוש חדש דהא דין זה פסקו בית יוסף משם הרשב"א ופסקו ג"ך מור"ם בסוף סימן שס"ג וז"ל שני שותפין בבית והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעת שותפו צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו אבל אם לא שכר כל הבית רק חלק השותף שהשכיר לו א"צ ליתן לשני כלום ע"ך וכתב הסמ"ע ס"ק כ"ה וז"ל אין צריך ליתן לשני כלים ואין לדמות זה למ"ש הטור והמחבר לעיל בסו"ס קכ"ה בשני שותפים שהיה להם חוב אצל אחד והוציא השותף אחד חצי החוב דמצי השותף השני לומר ליה מן פליג לך וצריך לחלוק עמו דשאני התם דהלוו או הקיפו לו יחד משא"ך בבית שדרים בו יחד או עומד להשכיר שכשהשכירו האחד יכול לומר לשני דור עם זה שהשכירתהו לו או השכיר ג"ך חלקך לאחר עכל"ה הרי לך דהסמ"ע מפרש לאותו דין דהשכיר אחד מן השותפים חלקו דוקא איירי במקום שיכולים שניהם לדור בו יחד הלאו הכי ודאי דאפילו השכיר מחבירו חלקו דוקא ודאי דחייב לשלם גם חלק השותף השני' אם הוא חצר דקיימא לאגרא כמ"ש שם בסי' שס"ג ס"ו יעו"ש אלא ודאי דפסק הרב המלאך רפאל זלה"ה לא איירי אלא במקום שיכולים להשתמש בשניהם יחד ותו לא מידי וקצת ראיה ג"ך ממה שראיתי בפסק אחד של רבני מקנאס הובא בס' כר"ח ח"א ספ"ו ששם נשאל ופסק דחזקת ישוב אינה אלא כטלטול בעלמא ואם דר בה שלא מדעתו אין חייב להעלות לו שכר ושכן פסקו כמוהריב"ע וכמוהר"ר יעב"ץ זלה"ה יעו"ש ואי אמרת דאפילו במקום דלא שייך שישתמשו שניהם יכול לטעון המשכיר בחלקי אני משתמש למה הוצרכו שם לפטור הדר בחזקת חבירו משום דחזקת ישוב דינה כטלטול בלאו הכי אפילו בחזקת קרקע הרי הוא פטור מכח בחלקי אני משתמש אלא ודאי דבמקום שאין שניהם יכולים להשתמש טענה זאת ליתא כמ"ש משם הפוסקים הראשונים למעלה ולכך שם בפסק הרבנים מוהריב"ע והרב יעב"ץ זלה"ה הוצרכו למיהב טעמא משום חזקת ישוב הוי כטלטול ופשוט וא"ך קם בנדו"ד הואל ובית זה ששכר שמעון מגוי זה הלואי תספיק כולה לשמושו חייב להעלות לו שכירות החזקה והגם ששמעון זה טוען כי הוא היה משלם כל דמי שכירות הבית לגוי וגם דמי החזקה בכלל. דבריו אלו מהבל ימעטו דדבר ידוע דהמוכר הזה משעה שמכרה נשארה לו החזקה והוא רביע הבית וכבר נתנו רבותינו

בעלי התקנה הקצבה שכל מה שנוטל בעל הבית הוא שיווי שלשה חלקים וחלק רביעי הוא לבעל החזקה וצריך לשלם לו שליש ממה שנוטל הגוי בעל החזקה כגון אם הגוי נוטל מהשוכר שלשה אוקיות בעל החזקה יטיל אוקיא וא"ך צריך לשלם אוקיא אחת לחודש כל ימי שדר בה השוכר הזה ואם לפי האמת עינינו רואות על פי השומא דבית זה קרקע וחזקה דמי שוויה כולה הוא השיעור שהיה נוטל הגוי כולו ושוכר זה מעולם לא עלה על דעתו שיש לישראל זה בו חזקה ולכך היה משלם כל דמי שוויה ביד הגוי עכ"ז עכשיו שתבעו בעל החזקה לא מהני ליה מה שהיה משלם גם חלק החזקה ביד הגוי וכמו שמצינו שפסק מר"ן בסמן שע"ג ס"ב בדין לוקח מן הגזלן דפסק שם וז"ל הפירות שאכל הלוקח בעוד שהיתה בידו צריך לשלם אותם לנגזל ודינו בהם עם הגזלן יעו"ש וגם כאן הכי הוא והכי מטין נמי דברי מור"ם דס' שס"ג ס"י דכתב שני שותפין בבית והשכיר אחד מן השותפין כל הבית שלא מדעתו של שותפו צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו וכו' משמע דצריך לשלם חלק השני ביד השותף השני בין פרע ביד הראשון או לא פרע. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הי"ז בימי קציר חטים ש"ש תרנ"ה לפ"ק:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מה

להיות שחכם אחד ז"ל היתה לו בה"ך הי"ג קרקע ושררה ובחיים חייתו עמד ומשכנה כדין משכנתא דסוריא ביד אדם אחד ואח"ך חיל"ש אותו החכם ז"ל ובאי לחלוק עזבונו אשתו ובניו וידוע לפי התקנה שאין האשה נוטלת בשררה של בה"ך הואל והוא דבר ראוי ואינו מוחזק על זה אך בחלקות תשית למו שהבנים אומרים שיטילו החוב של המשכונה מן המצוי ומוחזק ויפדו המשכונה ואח"ך יחלקו והאשה טוענת לא כי אלא המוחזק נחלוק בשוה וחוב המשכונה יהיה רמי על קרקע הבה"ך ועל המשכונה דמעקרא כך נתמשכנו בידו ראוי ושאינו ראוי על כן יהיה פרעונו מתרוייהו יוטל חלק על גוף הקרקע וחלק על גוף השררה:
הנה ראיתי כעין זה בספר הבהיר כר"ח ח"א סל"ב שהביא פסק אחד משם הרב המופלא כמוה"ר דוד צבאח זלה"ה שנשאל במי שמת והניח בכור ופשוט והניח עליו חוב אחד שנושה בו אחד מבניו הפשוטים והוא ג"ך נושה באחרים הלוואות ועל זה נפל מחלוקת בין הבכור והפשוטים דהבכור אומר שיפרעו הלואת אביהם מההלואות שנושה באחרים והפשוטים טוענים לא כי אלא יפרעו מהמצוי ואזי הראוי יתחלק חלק כחלק ועל זה השיב הרב כמוהרד"ץ זלה"ה דהדין עם הפשוטים ועיקר ראייתו ממ"ש מר"ן ספ"ג דאם

הלוה מודה בשתי הלואות ונתן לו מנה סתם והמלוה חשבה ממלוה שאין לו עליה. ערב שומעין לו ואפילו אם יאמר הלוה איני נותנם אלא מהלואה פלונית שומעין למלוה דעבד לוה לאיש מלוה וכו' וה"ן כיון שזה הפשוט הוא המלוה אומר אין רצוני ליפרע אלא מזה המצוי הדין עמו יעו"ש ששבח לראיה זו וכתב עליה שש אנכי על אמרתי והרב מו"ר דודי זלה"ה שם בספרו חלק עליו ודחה ראיותיו יעו"ש ולבסוף כתב ועיין תשובת זי"ע שנשאל על נדון כעין זה והעלה כמ"ש יעו"ש ואני הפעוט חפשתי בספרי הקודש אשר לפני ומצאתי ראיתי להרב פח"ד יצח"ק אות בכור שהביא משם ספר פרי הארץ למהר"ם מזרחי ח"מ סי"א ולהרב פנ"י יהוש"ע חומ"ש ס"א דס"ל כסברת הרב דוד צבאח ז"ל דבטלה דעת הבכור והדין עם הפשוט יעו"ש והגם דמצינו למור"ם באהע"ז סקי"ג ס"ב בהג"ה שכתב וז"ל ואם היו כאן בעלי חובות והבנים אומרים לסלק אותם בקרקעות והבנות אומרות לסלק אותם במטלטלין כדי שישארו להם הקרקעות ליתומים ויטלו מהם עשור נכסי הדין עם הבנים ונראה לי דהוא הדין לענין שטר חצי זכר הנהוג בינינו שאין הבנות נוטלות בקרקע אם היי כאן בעלי חובות הרשות ביד הבנים לסלק אותן במטלטלין כדי שישארו להם הקרקעות ולא יהיה לבנות חלק ע"ש. מזה אין להסתייע ממנו לפסק הרבנים הנז' דהדין עם הפשוטים לסלק הב"ח ממה שירצו ויפסידו לבכור דאין משם ראיה דכבר דחה ראיה זאת בס' הרב פח"י משם הרב השואל דשאני התם הואל ועשור נכסי ושטר חצי זכר הוא מדרבנן לא כן חלק הבכורה הוא מדאורייתא יעו"ש עכ"פ לבסוף העלה לדינא דהדין עם הפשוטים ועיין להרב מאמ"ר קדישי"ן ג"ך בס' ק"ז סק"ד ששם כתב שיש מי שרצה ללמוד משם דאין יכול הבכור לדחות לבע"ח ליפרע מהראוי כדי שיהיה המצוי שפוי ליטול בו פ"ש והוא ז"ל כתב דאין משם ראיה יעו"ע וראיתי ג"ך להרב מש"ה מערכת רי"ש אית זיי"ן ששם הביא דברי הרב בעל פר"י האר"ץ דהדין עם הפשוטים ואח"ך כתב וז"ל ועיין בתשובת הרב רחומאי זי"ע סנ"ב עלה ונסתפק באשה בכתובתה דאין האשה גובה בראוי כבמוחזק וזו הלכה העלה דשומעין ליורשים ואייתי בידיה מ"ש מור"ם באהע"ז סקי"ג לענין עשור נכסי ע"ש עכ"ל:

א"1 הרי חבל נביאים כלם נתנבאו בסגנון אחד הלא המה הרב פר"י האר"ץ והרב פנ"י יהוש"ע והרב מש"ה ועד אחרון הרב ד"ץ זלה"ה שכולם שוים לטובה דאין דוחין הב"ח אצל ראוי אלא יפרע תחלה מהמצוי וא"ך ג"ך בנדו"ד מן הראוי לומר דיכולים הבנים לומר דהבע"ח יגבה מהמטלטלין או מגוף הקרקע שהוא מצוי כל החוב וישאר להם לבדם השררה ומכ"ש הוא לנדו"ד הואל וירושת אשה זאת בבעלה אינה אלא מן התקנה שתקנו לה רבותינו במקום כתובתה וכתובה עצמה אינה אלא מדרבנן בודאי דיכולים

לומר שלא יפרע הב"ח כי אם מהמצוי דזה הוא הדין עצמו שכתב מור"ם באהע"ז סקי"ג בדין עשור נכסי דרבנן שיכולים היורשים לדחות הבע"ח שיפרע מן הקרקע ולא יהיה לבנות חלק ונחלה יעו"ש וממנו למד הרב זי"ע זלה"ה לדין כתובת אשה שיכולים הבנים לתת הקרקע לב"ח ולא ישאר בידם כי אם הראוי ולא תטול בו כלל יעו"ש:

אלא דיש לחלק ביניהם דנדו"ד מעקרא ובראשונה הבע"ח הזה בתחלת ההלואה ניתן בידו הקרקע והשררה לגבייה ואדעתא דהכי ירד לגבות משניהם ולא ממקום אחר דהגע עצמך אם לא ירצו לפורעו האם יכולים לתובעם והגע עצמך אם נפל גוף הקרקע לא יגבה מן השררה ואם נאבדה השררה ולא נשאר כי אם גוף הקרקע לא יגבה בו ממנו הרי עיקר תלייתו ובגבייתו על שניהם רמייא והוי כאלו לוה על זה ועל זה אלא דצריך לדעת ונחזה אנן אם היה שיווי הקרקע כשיווי השררה במשל הקרקע לבדו שוויו מנה והשררה מנה אזי רמינן החוב מחצה על זה ומחצה על זה דהוי כאלו לוה מחצה על זה ומחצה על זה ואם אין שווים שוה הסברא נותנת דמחלקים החוב לפי הממון דכך הדעת נותנת דזה לוה עליו לפי ערכו וזה לפי ערכו זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן מו

ראובן שחלה ונטה למות וסמוך הלך אצלו סופר אחד ובידו תכריך של שטרות שהיה ראובן זה מזומן בהם עד. ועד שלא הספיק לחתום שמו בהם אנסיה ליה עידניה ואינו יכול לחתום כי רפו ידיו מהו תיקין הדבר. והשבתי בזה שיזמינו לפני ראובן זה שלשה עדים ויקראו כל השטרות לפניו אות באות תב"ת ואם יאמר אמת הוא הדבר שהוא עד בזה אזי בכל שטר ושטר יכתבו עליו במותב תלתא וכו' כד אסהד קודמנא פלוני שהיה עד בכל מה שכתוב לעיל ואזי הוי כאלו חתם הוא עצמו ותו לא מידי וחילי היה ממ"ש מר"ן בס"ל ס"י וז"ל וכן עד"א בכתב ועד"א בע"פ מצטרפין ואם אמר זה שלא כתב עדותו אני קניתי מידו על דבר זה וכו' שניהם מצטרפין לעשות המלוה בשטר וכו' וא"ך מכ"ש כאן שהוזמן הוא וחבירו בשעה אחת ודאי תספיק עדותו כאלו בא לפנינו חתום בשנים והגם דשם איירי במעיד גם את הראשון גם את השני לפני הב"ד שהם דנים על השטר ובכאן אינו מעיד לפני הב"ד שדנים על השטר גם זה אינו מעכב מהא דפסק מר"ן ג"ך בס"ל סי"א וז"ל העיד הא' בב"ד זה והעיד השני בב"ד אחר יבוא ב"ד אצל ב"ד ויצטרפו עדותן וסיים שם מור"ם אבל אחרים ששמעו הענין אינם יכולים להצטרף דהוי עד מפי עד ע"ך וכתב הסמ"ע על זה בסקל"ה וז"ל אבל אחרים וכו' פירוש אפילו ששמעו ששני העדים העידו בב"ד הא' ושנחקרה עדותן באותו ב"ד מ"מ לא יעידו בפני ב"ד אחר לדון

ע"פ עדותן וכה"ג בב"ד שקבלו עדות של שנים יכולים להעיד לפני ב"ד אחר על עדותם שקבלו ע"ך הרי לך אפילו הא' העיד בפני ב"ד ואינם רוצים לדון אותו אלא שיעידו בפני ב"ד שרוצים לדונו יכולים לדון ע"פ מה שקבלו העדות אותו ב"ד הראשון ופשוט וק"ל וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מז

להיות שה"ר יצחק אביחצירא י"ץ היה נושה בה"ר דוד כהן שט"ע מסך אלף דורוס סתם ולא נתפרש בשטר אם מן הדורוס פראנציץ ששומתו יקרה או מדורוס ספאניול. דמן הדין יכול לסלקו בספאניול הואל ושם אחד להם ושניהם מטבעות העוברים בין הסוחרים בין במדינה שנכתב בה השטר בין בכל מקום עיין סי' מ"ב סי"ג יעו"ש אלא דשטר זה נמצא כתוב אחר החיתום זמן מה נמצא כתוב שנכנס שלמה סיריזו נר"ו ונתחייב להיות ערב קבלן בסך האלף דורוס פראנציץ הנז"ל הן יוקרו הן יוזלו והכל מתוקן כד"ת והן היום דוד המתעסק הנז' רוצה לפרוע בדורוס ספאניול כדאמרן מהו הדין אם שלמה הערב מחוייב לגדל פרע ההשואה שבין האלפראנציץ להאספניול מאי דביני או לא יומ"ץ:

נ"ל פשוט דחייב דאין זה נכנס בסוג דין הבא בס' מ"ט ס"י דבמקום שלא נשתעבד הלוה לא נשתעבד הערב יעו"ש דשאני התם הואל והערב נתחייב סתם שהוא ערב במה שנתחייב הלוה אזי דין הוא לא היה ערב אלא במקום ובסך שיתחייב הלוה ובמקום דליכא חיוב על הלוה לא ישתעבד הערב אבל בכאן הרי פירש בפירוש שהוא ערב לשלם בהאלפראנציץ מה שאין כתוב על הלוה ודאי אפילו לא נתחייב דוד נתחייב שלמה דלא דמי זה אלא למ"ש מור"ם בס' קכ"ט ס"ח וז"ל מי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזרנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כו"ך והעמיד ערב בעד הדמים אפע"פ שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור. הערב חייב יעו"ש וכתב שם הסמ"ע דיש חילוק בין דין זה דמור"ם לדינא דכתב מר"ן בסי' מ"ט דהתם דכל דהלוה מתחייב אין נפרעין מן הערב אבל זה הרי חייב עצמו במה שלא היה השואל חייב יעו"ש וג"ך גם נדו"ד הרי חייב עצמו שלמה במה שלא נתחייב דוד ותו לא מידי:

שוב בא לידי ספר כנה"ג וראיתי לו בס' מ"ב הגהו"ט ס"ס שכתב וז"ל אם נכתב בבבל נותן מטבע של בבל וכו' נ"ב אפילו נתערב שמעון בשביל ראובן ובמקום הערב המטבע ביוקר אין הערב חייב לשלם למלוה ההפסד הנמשך מפירעון מקום הלוה דאין לחייב לערב אלא כפי חיוב שחייב הלוה הרש"ך ע"ך מכאן אתה מדקדק דאין לחייב אלא כפי

חיוב הלוה. הכוונה דאין אתה מחייבו לומר שנתחייב ביותר אלא אמרינן סברא הוא דמה שנתחייב זה נכנס זה ערב דון מינה אם פירש ודאי חייב וכדאמרן ודו"ק וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מח

שאלה ראובן ושמעון שותפים נינהו ולקחו סחורה מלוי בהקפה ולעת עתה בא לוי לתבוע דמי הפרעון וראובן אומר שפרעו ביום פלוני וע"ז הוא בא לתבוע לשמעון כי לא היה שמעון בחנות בשעה שאמר ראובן פרעו וע"ז משיב שמעון דראובן כבר אמר פרעו ואם יש לו איזה שבועה הרי ראובן מוכן לישבע בעד שניהם כי הוא לא ידע ע"ך:

תשובה לזה הגם דלכאורה היה נראה לומר דאין ראובן נאמן לומר דפרע בעד חלק שמעון מהא דפסק מר"ן בסי' ע"ז ס"א דשנים שלוו נעשו ערבנים זל"ז אע"פ שלא פירשו ואם אין נכסים לאחד מהם גובה מחבירו הכל אבל אם יש לו נכסים לא יתבע הערב תחי' וגובה מכל אחד חלקו המוטל עליו עכל"ה וא"ך הואל ואין המלוה יכול לתבוע לשמעון אלא עד אחר שיברור שאין לראובן במה לפרוע א"ך היי דמי לחוב שיש לו זמן דקימ"ל חזקה אין אדם פורע חובו בתוך זמנו ואיך לא ליהוי ראובן נאמן מכח חזקה זו: ומה גם לסברת הש"ך סק"א דתמה על המחבר דפסק דאם פרע בעד חבירו חלקו חוזר וגובה ואיהו תמה עליו ואית ליה דגם דין זה נכלל במחלוקת הרמב"ם והראב"ד דהביא מר"ן לקמן סק"ל ס"ב דלרמב"ם בעינן שיאמר לו ערבני ושלם אבל אם לא אמר לו כן ופרעו הוי בכלל פורע חובו של חבירו ולהראב"ד לא בעי וכו' וא"כ ס"ל להרב ש"ך דגם בשנים שלוו אם לא אמר ליה חד לחבריה פרע בעבורי הוי בכלל פורע ויכול חבירו לומר לו קים לי כהרמב"ם וא"ך על מי סמך כי בטח ראובן לפרוע ללוי שלא מדעת שמעין וא"ך מכח סברות אלו איכא למימר אין ראובן נאמן:

אלא דכד דייקת שפיר תראה דנאמן ראובן לטעון שפרע ללוי אי בעית אימא סברא אי בעית אימא גמרא אי בעית אימא סברא דהא מנהג ידוע לכל הסוחרים דאפי' אם אחד מן השותפים קונה איזה סחורה ומביאה לחנות בהקפה אם יום הזמן יבוא אותו בעל הסחורה לתבוע מעותיו אפי' לא מצא השותף שקנה ממנו שם אלא חבירו עכ"ז כופין אותו לשלם הכל מכ"ש בכגון דא דקנו בב"א ודאי אם יבוא בעל הסחורה יכול לכוף לכל מי שירצה ומנהג מבטל הלכה כמ"ש הפוסקים קמאי ובתראי:

ובפרט דאיכא למימר דלאו משום מנהגא נגעו בה אלא מדינא שהרי כתב רבינו הטו"ר דדעת הרמב"ם הוא דבשני שותפי' שלוו או לקחו מכח אחד יכול לגבות ממי שירצה ואין

שום אחד מהם יכול לדחותו אצל חבירו על המחצה שלו והגם שמר"ן בב"י שם כתב דנוסחת הרמב"ם אינה כן והעלה דהרמב"ם כסברת העיטו"ר ס"ל וכוותייהו פסק לדינא יעו"ש עכ"ז אי"ל סוגיין דעלמא כוותיה דהרא"ש ס"ל בזה וכנגד פסק הרב"י:

וא"ך הואל וסוגיין דעלמא הוא כך הן מצד דינא דהרא"ש הן מצד מנהגא א"ך איכא למימר דלוי כופהו לראובן עד שישלם לו כל חובו ומאן נימא לן דעדיין לא נפרע בכל:

ובודאי דהואל וסוגיין דעלמא כך הוא א"ך בודאי דהשותפין מחשבי כמעיקרא כשלוחים זל"ז ודעת המלוה מעקרא כך היא דכל אחד שליח דחבירו לפרוע בעד חבירו ובדין שלוחים מצינו למר"ן סקכ"א ס"ג פסק דאם הרשהו המלוה ללוה לשלוח לו מעותיו והשליח אימר שנתנם לו ישבע השליח שנתן ויקבל חרם הלוה יעו"ש וא"ך בנדו"ד דדעת המלוה הוא שיפרע ממי שירצה הוי כהרשה לכל אחד שיהיה שליח דידיה לקבל לו מחבירו וא"ך ג"ך בודאי דשמעון יהיה פטור מהמעות ע"י שבועת ראובן דהוא שליח דידיה ודמלוה ואפי' החרם יכולים לפטור ממנו את שמעון הואל ולוי המלוה יודע שמעות שמעון ביד ראובן דהא כיס אחד להם וכל אחד משתמש בחנות השותפות בשלו ובשל חבירו ודו"ק:

ודמי הדין זה ג"ך למ"ש מר"ן בסי' רצ"א סכ"א וז"ל כל המפקיד אצל בעה"ב בין כלים בין ממון על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד יעו"ש וכתב בספ"ג בההוא מעשה דנפקד אחד שהפקיד ביד אמו פקדון שהיה בידו ונגנב מיד האם והעלה שם דתשבע האם ויפטר הבן בשבועתה יעו"ש וא"ך גם כאן הואל ודרך כל אחד מן השותפים לפרוע בעד חבירו אדעתא דהכי נכנס ובשבועת ראובן יפטר גם שמעון:

ואב"א גמרא הוא דהא מצינו למר"ן בסי' זה פסק דאם פרע בעדו ובעד חבירו יכול לחזור ולתבוע חלק השותף האחר וא"ך הואל ויכול לחזור ולתבוע נימא דע"ז סמך ובטח לפרוע בעד שניהם ולא מיקרי פורע חובו של חבירו והגם דאין המלוה יכול לתובעו אם יש לשני ממה לפרוע בנדון זה הואל ויש בידו מעות השותפות מניה הוא פורע ואינו פורע מכיסו כלל ואפי' הש"ך דתמה על המחבר כדכתבנו. בזה בודאי לית דינא ולית דיינא דעד כאן לא פליג אלא בבא להוציא אבל אם יש תחת ידו מעות השותף אין זה מיקרי פורע וכמ"ש הטור ופסקו מר"ן בקציר סו"ס ק"ה והוסיף הש"ך לומר דגם הגהות אשיר"י ואו"ר זרו"ע מחלקים בין פורע חובו של חבירו ובין אם היה תפוס דמוטל עליה שעבודא דרבי נתן וכן פסק מור"ם סברא זו בשם יש מי שאומר בסי' קכ"ח ס"א והיא סברת מהרי"ו זלה"ה וא"ך הואל ודינא הכי א"ך יכיל ראובן לומר פרעתיך על חלק שמעון ממעותיו שהם בידי ובזה בודאי מהימן ואין עליו אלא היסת דוקא:

ועדיפא מזה מצאנו למור"ם בדרכי משה ס"ו שהביא תשובת מיימוני דסו"ס משפטים וז"ל אם הלוה טוען למלוה פרעתי ביד הערב ליתן לך פטור הלוה דהא המלוה הימניה טפי מדידיה הלכך משתבע הלוה שנתן לערב ויפטר במיגו דאמר פרעתי לך ועוד דערב לא גרע משליח שעשאו בעדים עכ"ל הד"מ הצריך: וא"ך גם כאן דכל אחד ערב בעד חבירו וכל אחד יש בידו ממון חבירו א"ך בודאי דיכול לומר לו הרי אתה יודע שממוני ביד הערב והערב אומר שפרע לך והגם דטעם הראשון שנקט בדבריו הרב ד"מ זלה"ה הוא משום דהא הימניה ללוה טפי מדידיה וא"ך בנדו"ד דלא יוצדק לנו טעם דהא אתרויהו סמך וכל אחד מהם נימא דלא הימניה אלא לגבי עצמו זה אינו דהא בודאי הד"מ לא נקט טעם זה אלא לרבותא וה"ה אם יהיה באופן זה דשניהם לוו בב"א בודאי יסבור כן דהא אין זה עיקר טעמו אלא עיקר טעמו הראשון הוא משום מיגו וגם כאן יש כאן מיגו ועוד נראה דאפילו במקום דליכא מיגו ולא הימניה טפי מניה עכ"ז מהני דהא הד"מ סיים שם טעם השני דלא גרע ערב משליח שעשאו בעדים א"ך אפי' בלא מיגו הואל ועשה לו שליח יכול לומר פרע ביד השליח והגם דדין זה פסקו מור"ם בקצר בסקכ"ט סי"ב בהג"ה ולא הביא טעם השני אלא טעם הראשון דנאמן במיגו דהא הימניה יעו"ש אין לומר דדוקא היכא דיש טעם המיגו והימניה הוא דמהני ותו לא דהא דין זה תשובת מיימוני והוא עצמו בעל הטעמים ולא יתכן לומר דפוסק כוותיה אם יהיה שייך הטעם השני ותו לא דזה דוחק גמור דאדרבא נראה דטעם השני לדעת תשו' מימו"ן נראה עיקר מדנקטיה בסיפא דדבריו:

ובודאי לזה נתכוונו הר"ב הסמ"ע סקל"ה והש"ך סק"ל דכתבו וו"ל שם בתשובת מימו"ן כתב עוד טעם אחר וז"ל ועוד דלא גרע משליח שעשאו בעדים עכ"ל, דבודאי לזה כוונו הסמ"ע והש"ך לומר דבמקום דלא שייך טעם זה דמיגו ושייך טעם אחר מהני:

והגם דהרב ע"ש ז"ל תמה על מור"ם בדין זה והסכים עליו הש"ך שם סק"ל הסכים על ידו והוסיף מדיליה דגם מהרש"ל פסק הפך מתשו' מימו"ן הואל ותשובת מיימיני ומור"ם והסמ"ע מסכימים לדעת אחת יכול הלוה לומר קי"ל ומה גם דאין אנו צריכים לדינא דקי"ל דהא כתב מור"ם אנן גרירי אפי' נגד מאה פוסקים היכא דלא גילה מר"ן דעתו:

וא"ך מכל הני מעלייתא דכתיבנא הן מצד דהוו שלוחים דהדדי נינהו כמ"ש או משום דיניה דהרא"ש או משום מנהג או משום ערבנות דהוי פרע ביד הערב פוטר הלוה א"ך קם דינא דבשבועת ראובן נפטר שמעון:

ואשוב ע"ד אנופף ידי לחזק דברי השותפין מחשבי כשלוחים זל"ז מהא דפסק מר"ן בסי' קע"ו סי"ד באחד מן השותפין שמכר דבר בידיעת חבירו ונתייקר אח"ך אין לחבירו עליו

אח"ך כלום אבל אם מכרה קודם זמנה הוי פשיעה בבעלים וחייב לשלם לחבירו חלקו ע"ך הרי מדברי מר"ן אלו מוכח דהשותף הוא דחייב בפשיעה זה אבל אין השותף יכול לחזור על הלוקח ובודאי דטעמא הוא משום דהוי מעיקרא שלוחו וכן בא הדבר מפורש בבאה"ט באה"ע ספ"ו סקי"ג יעו"ש וכן מוכח מכמה סעיפים ומדברי מור"ם השותף כמו שעושה בשלו עושה בשל חבירו]:

והגם דיש להקשות על דין דכתב מור"ם סי"ד באם עבר ומכר פושע הוי הנה דין זה הוא מביאו הרב"י משם רבינ"ו ירוח"ם שמדקדק כן מדברי רש"י יעו"ש ומדכתב פושע הוי בבודאי דדינו הוא עם השותף ולא עם הלוקח וכמ"ש הבאה"ט בסי' פ"ו וא"ך יש להקשות ממה נפשך אם השותף הוא שליח בין לתקן בין לעוות א"ך אפי' הוא לא ישלם דהא ברשות עבד הואל והוי כמו שלית בין לתקן בין לעוות ואי חשבינן ליה דהוי שליח לתקן ולא לעוות דוקא וכמו שמובן מדברי מר"ן ס"ו ומדברי סעי' זה ומכמה מקומות א"ך קשה על הבאה"ט דכתב דלגבי הלוקח לית עמיה לא דינא ולא דיינא וכן משמע מדקדוק דברי הג"ה עצמה דכתבה פושע הוי משמע דאיהו הוא דחייב לשלם וא"ך קשה הרי בדין השליח מצינו למר"ן בסי' קפ"ב ס"ב כתב וז"ל עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום ודוקא שהודיע שהיא שליח של פלוני לפיכך אע"פ שמשך או המשך אם נמצא שעבר על דעת משלחו בטל המקח ומחזיר אבל אם לא הודיע שהוא שלוחו של פלוני נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו ע"ך הרי לפניך דבהודיעו שהוא שליח של פלוני המקח אינו קיים וחוזר וא"ך גם כאן הואיל והלוקח הזה יודע שהוא שותף עם פלוני הו"ל כאלו הודיעו וא"ך אמאי המקח קיים הואל והשותפים הוו כשלוחים לתקן דוקא ולא לעוות ואין לחלק ולומר דההיא דסי' קע"ו מיירי בשותף שאינו ידוע דלא הוי כאלו הודיעו דזה דוחק גדול:

ואולי יש לישב ולומר דאפי' שותפים מחשבי שלוחים זל"ז לתקן ולא לעוות עם כל זה איכא למימר דהוי דין השותף עם השותף דוקא משום דבשעת מכירה מכר לו בסתם ולא אמ"ל שום דבר לאפוקי התם בשלוחין מצינו דאין יכול המשלח לבטל המקח אלא עד שיאמר לו שליחו של פלוני אני וכמ"ש מר"ן בדבריו וז"ל ודוקא שהודיע שהוא שלוחו של פלוני לאפוקי כאן בשותפים הגם דכו"ע ידעי דהוא שותף פלוני עכ"ז הואל ובשעת המכירה מכר בשתיקה איכא למימר דמדעת שותפו מוכר וכעין חלוק זה ראיתי להר"ב הש"ך בסי' קפ"ה סק"ז שהקשה על דברי מר"ן דכתב שם ס"ה בדין הסרסור כתב ביה מר"ן וז"ל ואם ידע זה הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזור החפץ לבעליו יעו"ש וכתב הש"ך סק"ז דהרב"י תמה על דין זה דכתב הרמב"ם דצריך

להודיעו שהוא סרסור של פלוני למה צ"ל שהוא של פלוני. סגי כשידע שאינו של סרסור והוצרך לתרץ כדי שלא יאמר לו שמא אין בעל החפץ לפני כדי שנחרים עליו:
והנה לפי תרוץ זה של הרב"י אדרבא תגדל התימא כאן בשותפים דהואל ולוקח זה יודע במוכר זה שהוא שותף עם פלוני וגם יודע שהסחורה זאת שקנה הוי מן השותפות דכל דבר השותפות בחזקת שניהם הוי כמ"ש בסימן הנז' א"ך כאן בשותפים אפי' לא הודיעו כהודיעו דמי דהא עיקר ההודעה הוא כדי שידע על מאן מחרים וכאן הרי הוא יודע דהא דברי מר"ן בסתם מיירי אפי' בשותף הידוע:
אכן לדברי הש"ך שם שהקשה על תירוצו של הב"י והוצרך הוא לתרץ דצריך דוקא לידע דהוא סרסור פלוני וטעמא דמילתא כיון שהוא מכיר המשלח צריך להחזיר דהי"ל שהמשלוח יקפיד אבל אם אינו מכיר המשלח אפע"פ שהוא מודיע שהוא שליח י"ל סבור הייתי כיון שאתה אינך מפרש מי הוא המשלח בודאי אין קפידא בכך שלא יקפיד המשלח ויקיים מעשך וכו' יעו"ש: א"ך גם אנן נימא כאן בשותפים הואל ושתק בשעת המכירה איכא למימר דגם מדעת חבירו מכר הגם דכאן הלוקח יודע שפלוני זה המוכר הוא שותף בסחורה זה עם פלוני עכ"ז הואל ושתק איכא למימר מדעת חבירו עשה דהא בסרסור ובשליח כתב הש"ך דאפי' הודיעו שהוא שליח עכ"ז בעי' שיאמ"ל של פלוני הם הלא"ה איכא למימר דהודעה סתם לא מהני והוי כאלו לא הודיעו וסתמו הוא קבל עליו אחריות דחבריה מכ"ש כאן דלא דיבר כלל מוכר זה הוי בודאי מדעת חבריה מכר:
גם יש להשיב ולומר דבשותפין הגם דהשותף מתחייב בפשיעה זכה הלוקח במה שקנה מיד השותף ואין המקח בטל וטעמא הוא משום דיכול הלוקח הזה לומר שמא תנאי היה בינך ובין חברך דבין לתקון ובין לעוות רצוי ומקובל עליך והמוציא מחבירו עלה"ר וסברא זו כתבה מר"ן בסי' קפ"ב בדין שליחות שם ס"ג וז"ל יש מי שאומר שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם יכול המוכר לומר שהתנה עמו בין לתקון בין לעוות והמוציא מחבירו עלה"ר ע"ך א"ך גם אנן בדידן נימא הכי דאין עדים שנשתתפו בסתם והלוקח יכול לטעון כן:
והגם דסברא זה הביאה מר"ן בשם יש מי שאומר וא"ך מיחזי כחולק על סברתו קמייתא דסתם בה דבריו זה אינו. דהא סברת י"מ שאומר היא סברת הרמב"ם זלה"ה ומצינו לרבינו הטו"ר שהביא סברא זו אחר דברי הרמב"ם שהיא סברא הראשונה שהביא כאן מר"ן בסתם ומצאנו שהביא אותה הטו"ר בלי שום חולק ומסכמת היא לסברא קמיתא:

והגם שמר"ן כתבה בלשון י"מ שאומר אין מזה סתירה דאיכא למימר הואיל והיא יחידאה כתבה בלשון ימ"ש וכמ"ש הסמ"ע בסי' ת"ך סקמ"ט דכך הוא דרכו של מר"ן ומור"ם להביא סברא יחידאה בלשון ימ"ש:

ואל תשיבני ממ"ש מר"ן בדיני הסרסור בסי' קפ"ה ס"ה בסתם דאם אמ"ל שהוא שליח של פלוני בטל המקח דמשמע דאפי' לא הביא המשלח עדים שעשאו שליח סתם אפי"ה בטל המקח דכבר נרגש הסמ"ע בזה בסי' קפ"ב סק"ח ותירץ מילתא בטעמא דבסרסור הואיל ומקבל שכר על השליחות אפי' לא הביא עדים הוי סתמו הוא לתקון ולא לעוות אבל השליח דחנם קטרח בודאי כל זמן שלא ברר המשלח איכא למימר דלתקון ולעוות שלחו ושותף בודאי מסתמא כשליח הוי הואיל וגם הוא אינו מקבל שכר על מה שטרח בשביל חבירו א"ך סתמו הוא בין לתקון בין לעוות איכא למימר והמוציא מחבירו עליו הראיה: אלא דכל זה איננו שוה לי בין לתירוץ הראשון בין לתירוץ השני דלפי תירוץ הא' א"ך יצא לנו הדין במי שלקח משותף אחד ובשעת המקח אמר זה המוכר לקונה דע שאני שותפי של פלוני א"ך בודאי דצריך לבטל המקח כדין השלוחין דסי' קפ"ב וכדין הסרסור דזה קשה בעיני דלא אישתמיט למימרא מר"ן בסי' קע"ו כמ"ש בסי' קפ"ב בדין שלוחין וגם בסי' קפ"ה בדין סרסור הו"ל לכותבו ג"ך בסיקע"ו:

גם לתירוץ השני א"ך יצא לנו הדין אם השותף מביא עדים שנשתתפו בסתם ומכ"ש אם הביא עדים שנשתתפו לתקון ולא לעוות א"ך יהיה הדין דחייב להחזיר המקח וגם זה לא נזכר בשום פוסק בדיני השיתוף:

ואחרי כותבי ראיתי להרב ש"ך בסי' ע"ז סקי"ט דכתב בפשיטות דשאני דין שותפים מדין שלוחים דבשלוחים יש חלוק ובשותפים בודאי דעשאו שליח בין לתקון בין לעוות והגם דהוקשה לו ההיא דמהר"ם דכתב דסתם אינו יכול למחול והוי כעין קושיא דידי דקשה לי לצד דהוי בין לתקון בין לעוות למה צריך השותף לשלם ההפסד מדידיה והוא ישב שם דאיכא למימר דכך הוא סתמא דשותפים כאלו התנו ביניהם דלגבי הלוקח או הנמחל יהיה הדבר קיים ולגבי עצמו בינו לבינו חייב לשלם לחבירו דאי אמרת יהיה המקח בטל וכדומה לא תמצא לשותפים שום תיקון דאין שום שותף יכול להתעסק עם שום אדם שכ"ע יהיה להם פחד שמא יבוא השותף ויבטל המקח ודברי טעם הם וא"ך בזה נחה שקטה קושייתינו:

ואחרי כותבי חיפוש מחיפוש בספרים ומצאתי אילן גדול והוא רבינו מהריק"ס זלה"ה בספר אהלי יעקב שאל' ע"ב שנשאל ע"ז ממש ופשטה ביד חזקה מההיא דמהר"ם דהביא הרב"י בסי' קע"ו בשלשה שבקש עכו"ם להלוות מהם ברבית וקדם אחד ונתן לעכו"ם

מחלקו דבעד כלם נתן וכו' יעו"ש ומשם הוכח דשותפין שלוחין נינהו והואל ושלוחין נינהו כל אחד אדעתא דחבריה עבד גם כתב דדרך השותף לפרוע בעד חבירו וכו' יעו"ש וששתי כמוצא שלל רב שנתכוונתי לדעת עליון ויצא דיני לאור. הי"ז יום שנים עשר לחודש טבת דהאי שתא תרמ"ד פה סאלי יע"א וצוי"ם וימ"ן כי"ר חירגא דיומא הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן מט

שאלה להיות שכה"ר אליהו עאטייה שלח ממון מאהלי קדר לה"ר משה ן' סיסן לקנות לו בהם סחורות וכן עשה משה הנז' קנה בהם סחורות ונתנם לכתף להביאם לעיר סלא יע"א וה"ר שלמה חאיות ג"ך קנה מאותם סחורות ג"ך ונתנם לאותו כתף להביאם לעיר סלא יע"א ג"ך ויהי כאשר בא הכתף לעיר סלא יע"א תבע ה"ר דוד הכהן לאותו כתף לדי"ת שתת' באמור לו שיהיו הסחורות ששלח ה"ר משה לאליהו עאטייה מעוקלים בידו כי הוא נושה שט"ח אחד באליהו הנז' מסך מה וכן פסק לו חבר עיר נר"ו שיהיו הסחורות מעוקלים כדי"ת עד שנראה מה ישיב אליהו הנז' על השט"ח ויהי כאשר שמע ה"ר משה הנז' שהסחורות ששלח הוא לאליהו עקלם ה"ר דוד הנז' הלך הוא לבית הכתף ונטל משם הסחורות שנתן לי באמור כי הוא ג"ך נושה באליהו כאשר בידו שט"ח אחד על אליהו הנז' ותפס אותם סחורות והוליכם לביתו מה עשה דוד הנז' כאשר שמע דבר זה הלך הוא ג"ך לבית אותו כתף ונטל כמה סחורות מאותם סחורות שהביא לה"ר שלמה חאיות כי היו עדיין ביד הכתף והוליכם ה"ר דוד לביתו לזכות בהם מפאת אליהו הנז' ובא שלמה חאיות לתבוע לדוד הנז' באמור לו כי הסחורות שנטלת הם שלי לפי שה"ר משה הנז' כבר תפס הסחורות ששלח לאליהו הנז' ולמה אתה תופס הסחורות שלי בשביל אדם אחר וה"ר ידוד הנז' טוען ואומר כי הסחורות הנז' של ה"ר שלמה הנז' וה"ר משה הגם שהם סחורה אחת ואין ביניהם שום שינוי ותמורה עכ"ז הואל והם בידו מעורבים מאן לימא לן דה... שתפס ה"ר משה הם שלו דילמא אותם שתפס הם ש? וזה שבידו הם של משה הנז' וזכיתי בהם מפאת אליהו ועוד טוען ואומר על ה"ר משה הנז' דהואיל ונתעקלו כבר למה תפס אותם ה"ר משה ויחזיר אותם ליד הכתף ויהיו מעוקלים כמקדם וכבתחילה עכ"ד:

תשובה הנה בעיקר התפיסה שתפס הר' משה הנז' בודאי כדין תפס ומן השמים זכו לו מפאת שטרו והגם שעקלו אותם הבית דין כל הקודם זכה וכמ"ש מר"ן בסי' ק"ד ס"ד וז"ל אבל אם הבית דין סגרו חנותו של לוה בעד ב"ח מאוחר אין זה גבייה ובע"ח המוקדם

גובה מאותם מטלטלים ע"ך ופי' הסמ"ע סקי"ב דהכוונה לומר דיד שניהם שוה דהעיקול לא מקרי גבייה וכאלו עדיין ביד הלוה דקי"ל שניהם חולקים א"ך הרי מכאן מבורר דמה שנתעקלה הסחורה ביד הכתף לזכות ה"ר דוד הנז' לא מיקרי זכייה כלל דהואל ותפסה ה"ר משה זכה בה ואין להשיב ע"ז ולומר דדוקא בעקול של חנות דהיינו סגירת החנות הוא דלא מיקרי גבייה לשום צד הואל והסחורה היא עדיין מונחת בחצר הלוה גם אין כאן מי שיזכה למלוה אבל בנדו"ד הואל והסחורה היא ביד הכתף א"ך יהיה הכתף זוכה לה"ר דוד הנז' הואל וב"ד עקלו בידו א"ך להוי כאלו הב"ח עצמו נתן ביד הכתף להוליך מעות למלוה דידיה דזכה ואין שאר ב"ח יכול ליקח מאותו דבר דכבר זכה זה שנשתלח אליו הדבר משום שקבלם השליח וכמ"ש מר"ן בסי' ק"ה ס"ב דאם שלח למלוה דידיה שום חפץ זכה בו המקבל ואין בעל חובו גובה ממנו:

זה אינו דשאני דין שליחות מדין הב"ד חדא דאיכא למימר דהבע"ח דוקא הוא שיכול לזכות להבע"ח דידיה ואלים כחו למנות שליח לזכות למלוה אבל הב"ד מה כחם שימנו השליח על ממון אחרים לזכות אותו לאדם אחר. זאת ועוד אחרת דשנא ושנא דין העיקול מדין השליחות דהתם בדין השליחות משעה שנתנו ביד השליח הרי הוא מזכהו למקבל באומרו לשליח תן או הולך וכו' חפץ זה לפלוני אבל כאן בדין עיקול אפי' אי חשבינן כח דב"ד ככח דבע"ח עכ"ז הרי בשעת העיקול לא זיכו הדבר למי שנתעקלו בשבילו ובנדו"ד אלה דמעיקרא יהיה מונח ביד השליש עד שיתברר הדבר מי יזכה בו בדבר וה וא"ך במאי יזכה מלוה זה שנתעקל הדבר בשבילו וכ"ז הוא לרווחא דמילתא שהרי הדבר מפורש יוצא דבעדיפא מזה כתב מר"ן בסי' הנז' בריש ס"ד וז"ל לא מיקרי גבייה אא"ך שמו הב"ד מטלטלים ונתנו בידי ע"ך הרי הדבר מפורש דהעקול אפי' יהיה ביד שליש אין בו שום זכות למי שנתעקלו בשבילו ולא מבעיא לדעת הסמ"ע סקי"א דס"ל שמו לאו דוקא עכ"ז בעינן נתנו בידו כמ"ש מר"ן איך שיהיה הרי הדבר מפורש דמשה זכה בתפיסתו: אלא דגם על מה שטען הר' דוד ואמר שהסחורה שלקח ה"ר משה לא היתה מבוררת ויכול להיות שמשה לקח של שלמה חאיות והוא לקח של משה והרי היא בביתו וזכה בה. זה אינו דהואל והסחורה הנז' היא כלה שוה ואין שום היכר בין זה לזה והראיה שהרי נותנים אותה מעורבת ביד הכתף בלי שום סימן א"ך הדר דינו להיות כשותף שחולק במעות בלי ידיעת חבירו כדכתב מר"ן בסי' קע"ה י"א הגם דהתם כתב מר"ן אלא בפני שנים לראיה ג דלמא הני מילי התם דבעי ראיה על התביעות שביניהם אבל בנדו"ד דחשבינן באלו הסוחרים ששלחו הסחורה ביד כתף זה בתערובת כדין שותפים עכ"ז יכול כל אחד ליטול חלקו בלי ידיעת חבירו שלא בפני שום עד דהא אין

כאן שום דבר להצטרך לעדות העדים ולא דמי דבר זה אלא כמו נפקד שהפקיד לראובן ושמעון זה שלא בפני זה מנה לזה ומנה לזה ולקח המעות וערבם בב"א הואל והם מטבע אחד בודאי הדין הוא בשעה שיבוא כל אחד ליטול מעותיו הרי הוא מונה לו מן הכיס מאמצע הגם שיכול להיות זה לקח מעות זה וזה לקח מעות זה בודאי אין קפידה בכך כך לי הדבר בנדו"ד הואל והסחורה שוה בכל ענין ואפי' הם מעיקרא לא קפדי ונתנו אותה ביד הכתף אדעתא שיערב בודאי דעתייהו הוא כל מי שיבוא ליטול מן האמצע יבוא ויטול ובר מן דין כך הוא המנהג כידוע לכל סוחרי העיר וא"ך מכ"ז נראה פשוט וברור דמאי דתפס הר' משה הנז' אמרינן דידיה תפס ואין להוציא מידו כלל ומה שנשאר בודאי דשלמה חאיות ואאחריות דידיה נשאר ואין כח ביד הר"ד הנז' לתפוס בסחורה של אחרים ובעמוד והחזיר קאי זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן כי"ר והי"ז ביום שנים עשר לאב רחמן משנתינו זאת תרמ"ג לפ"ק פה סאלי יע"א:

הצב"י רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נ

עמדו לפני לדי"ת שת' יצחק לקאייס ואשתו של מסעוד אביקציץ נר"ו דהיינו אשתו של מסעוד אביקציץ נתנה כלי אחד בתורת שאילה לאשה אחרת כדי למשכנו ביד הרי"ע אלקאייס נר"ו והן היום עמדה האשה השואלת ופדאתו לכלי השאול והן עדיין הוא ביד הרי"ע אלקאייס שעדיין לא נתנו להאשה הממשכנה אותו ובא יצחק הנז' לעקלו ולומר שהוא נושה בהאשה הממשכנת אותו ויקח אותו בחובו הואל ובעלת הכלי שעבדה אותי להלואת אשה זאת ע"ך:

תשובה מה שנראה פשוט הוא דאין בדברי יצחק הנז' כלים ואין בדבריו על מה יחולו כלל דהא כלי זה הגם דהאשה הנז' נתנה אותו לשעבדו הואל ופרעה אותו א"ך קם הכלי ברשות הבעלים הראשונים ומה כחו ליקח כלי של ראובן בשביל הלואת שמעון והגע עצמך דעדיפא מינה מצינו בכאן אפי' אם לאחר שפדאתו האשה הממשכנת מיד הריע"א חזרה ומשכנה אותו ביד הריע"א ג"ך ודאי דהיתה בעלת הכלי מוציאתו מידו מהא דכתב הש"ך בסי' קכ"ט סק"ו וז"ל עוד באם שלוה פרע פעם שוב גם הערב פטור מהערבנות ואינו משועבד להלואה שניה שלוה ממנו ע"ש והוא פשוט ועיין בתשו' מהר"א ן' ששון ועיין עוד תשו' מהראנ"ח ודו"ק עכ"ל ומשכנו זה בודאי דומה בדומה הוא וכמו בערב שנסתלק ע"י פרעון הלואה ראשונה ה"ה לא יוכל אח"ך להשתעבד בהלואה שנית משכון זה גם מדין תקלת השוק דכתב מר"ן בסי' שנ"ו ס"ז בדין גנב ומשכן דחייבים הבעלים

לפרוע מדין תקנת השוק דסיים מור"ם שם דה"ה באומן וכו' וכתב הרב זכו"ל האומן לאו דוקא אלא כל דבר שביד הנפקד אם משכנו חייבים הבעלים לפדותו מכח תקנת השוק וא"ך איכא למימר דגם כאן אם היתה חוזרת וממשכנת איתו ביד הריע"א הנז' תהיה האשה בעלת הכלי חייבת לפדותו מכח תקנת השוק ז"א דהרי הריע"א הנז' כבר ידע דהכלי הוא של האשה המשאלת ולא שיעבדה אותו אלא להלואה הראשונה ומי הכריחו ללוות לה עוד עליו פעם אחרת ואין זה אלא הניח מעותיו על קרן הצבי וכן בא הדבר מפורש במור"ם סי' קכ"ב ס"ו דשם מפורש דכל שידע שהכלי הוא של שמעין ובא ראובן למשכנו אין בו משום תקנת השוק ע"ך א"ך הרי מבורר לך דאפי' אם היתה חוזרת וממשכנתו ביד הריע"א המלוה הראשון עכ"ז לא חל עליו שעבוד דידיה מכ"ש שאין יכול יצחק הנז' לגבות חובו ממנו ועדיפא מזה מצאנו כאן גבי יצחק ה' דאפי' אם לא היה הכלי הזה ידוע שהוא מושאל והוה מעמדינן ליה בחזקת האשה הלוה הנז' ולקחו יצחק ה' בחובו עכ"ז כשתבוא אשה המשאלת ותביא עדים שהוא שלה חייב יצחק ה' להחזירו לה ואין בזה משום תקנת השוק דלא עשו תקנ' השו' אלא בהלך ומשכנו דהיתה עיקר ההלואה לא הלוה לו אלא על המשכון בזה הוא דעשו תקנ' השו' אבל אם יהיה כה"ג דיצחק ה' כבר היה נושה בה ורצה לגבות מכלי זה בודאי לא עשו בזה תקנ' השו' דהא מעיקרא לאו על משכון זה סמך וכמ"ש מר"ן בסי' שנ"ו ס"ו וז"ל גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו אין בזה תקנ' השו' יעו"ש וכתב הסמ"ע סקי"ז דלא תקנו אלא היכא שנתן לו עתה בשעה שבא לידו דמים בעדו משא"ך זה דאמרי' כמו שהאמינו כבר יאמינו גם עתה עכ"ל הרי לפניך דאפי' אינו ידוע ונתנו ביד יצחק חייב להחזירו וכן בא הדבר מפורש בס' משח"א דרבות"א בסי' שנ"ו במי שהיה בידו פקדון ופרע בו בעל חובו דאין בו תקנ' השו' יעו"ס וא"ך מכ"ש נדו"ד דבא ליפרע ממנו לכתחילה אין בדבריו על מה יחולו כלל והצור יצילני משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות כי"ר ע"ה הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נא

ראובן תבע לשמעון מנה לי בידך ושמעון טוען יודע אני שהלויתני אבל איני יודע אם פרעתיך אבל ים לו עד אחד שמעיד שפרעו:

תשובה הנה מצינו בדין האומר איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם מדין ברי ושמא וכמ"ש מר"ן בס' ע"ה ס"ט ואין על המלוה אפי' הסת אלא דבנדו"ד הואיל ויש עד שמעיד שפרעו חייב לישבע המלוה כנגד העד ונוטל וכעין זה כתב הסמ"ע בס' ע"ב סקמ"ה

והסכים על ידו הש"ך שם בסקס"א דכל היכא דהוה חייב לשלם משים שהוא משואיל"ם והביא עד אחד אין אותו העד פוטר למי שאינו יכיל לישבע אלא נשבע מי שכנגדו ונוטל וא"ך ג"ך כאן הואיל ושמעון זה הוה מחויב לשלם משום דטענתו טענת ספק היא הואל ועד א' מעיד שפרעו הגם שאינו פוטרו מן הממון יחייב שבועה מיהת לראובן ואין להשיב ולומר דשאני התם בדינא דסי' ע"ב דכתבו הסמ"ע והרש"ך דאהני אותו העד לחייב למי שכנגדו דוקא אבל אינו יכיל לפטור למי שאינו יכול לישבע מן הממון היינו דוקא במשואיל"ם דוקא הואל ומחויב הוא שבועה מדאוריתא אבל בנדו"ד דאין עליו שבועה דאוריתא נימא דהעד יפטור אותו מן הממון עצמו. זה אינו דהרי ממש כעין זה כתב הסמ"ע בס' קכ"א סקכ"ג במי ששלח מעות הלואתו ביד שליח והמלוה אומר לא קבלם דנוטל המלוה בלי שבועה הואל והלוה ברור לו בהלואה ואין ברור לו הפירעון וכתב הסמ"ע דאם היה השליח נאמן הוה צריך המלוה לישבע וכן נראה סברת הש"ך בסקכ"א סקמ"ו במ"ש לסברת מהרש"ל דהוי ראובן צריך לישבע כנגד שמעון הואל ושמעון פטור מן השבועה הרי כנדו"ד ממש שהרי לדברי הנפקד שם הוי כאומר איני יודע א"ף וחייב הש"ך לסברת מהרש"ל לראובן שישבע כנגד שמעון הואל ושמעון היה פטור יעו"ש ועיין במור"ם בס' של"ה בדין מלמד ששכרו אותו על מנת לנסותו ודקדק ותמצא כמ"ש יעו"ש והצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן נב

נשאלתי בראובן שמת ונמצא בין שטרותיו שטר אחד שנתחייב לבנו הקטן בסך מאה דורוס מפאת ירושת אמו שהיתה כתובתה כמנהג הקאסטילייאנוס והן היום עמד הבן ורוצה ליקח השטר ליפרע בו מנכסי אביו ושאר יורשים טוענים ששט"ז הואיל ונמצא בין שטרי המת עדיין לא זכה בו הבן ואינו אמת אלא מורכב על אבני התוהו גם אשתו השנייה ובע"ח כך טוענים ע"ז השטר. מהו הדין:

תשובה משנלע"ד הוא ששט"ז בטל ומבוטל מהא דכתב הטו"ר בסי' נ"ו ופסקו מר"ן בס' הנז' ס"ה וז"ל מי שחי"ע בשטר בקנין לחבירו והפקידו החייב ביד אחר בסתם ומת המפקיד ה"ז לא יתננו למלוה וגם לא יחזירו ליורשי הלוה ע"ך וכתב הסמ"ע בסקכ"ב הט' משם רבינו הטו"ר דלא יתננו למלוה שמא פרעו והחזירו לו המלוה ללוה והלוה הפקידו או שמא לא לוה לו בזה השטר מעולם והתנה עם העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה ולא זכה בו המלוה לענין שיעידו בו העדים עד שיצא מתחת יד המתחייב גם לא יחזירנו ליד יורשי הלוה וכו' ע"ך הרי מכאן מוכח דאין ממש בשט"ז

לזכות בו הבן שהרי אי"ל ג"ך השני טעמים שכתב הסמ"ע ז"ל דגם בכאן איכא למימר שמא פרע לבן והוחזר השטר לידו ואדרבא עדיפא מזה דיש הוכחה בשט"ז שהוא פרוע שהרי היה זה הבן סמוך על שולחן אביו מיום כתיבת השטר עד יום מותו ובודאי איכא למימר דפרוע ועומד הוא מפאת מזונותיו והגם שפסק מר"ן באה"ע סי' ע"א ס"א דאפי' אחר שש שנים חייב אדם לזון בניו ובנותיו מתקנת חכמים עד שיגדלו ע"ך וא"ך נימא שהבן הזה פטור מדמי מזונותיו שהרי היה מחויב אביו לזונו מתקנת חכמים:

אפי"ה אין לפטור הבן הזה מדמי מזונותיו שהרי כתב הרב ב"ש בסי' ע"א סק"ב דהיינו אם אין לבנים ממון אבל אם יש לבנים ממון כגון שנפלה להם ירושה מבית אבי אמם האב פטיר וכ"ך הב"ח ז"ל והביא דבריהם הבאה"ט סק"ב וא"ך איכא למימר שאביו לא נתכוין שיזון אותו מתקנת חכמים ולא היתה כוונתו כי אם לגבות לו דמי המזונות בחוב זה וא"ך הרי הוא פרוע ועומד שהלואי ואולי יספיקו המאה דורוס לחצי השנים שהיה סמוך על שולחנו:

ואפילו לא גילה אביו דעתו שהוא זן אותו מפאת החוב שחייב לו אפי"ה יכול לומר מפאת החיב זן אותו וכמ"ש הרב"י בסי' קכ"ח ס"ב על מה שהביא שאלת הרי"ף שנשאל במי שפרנס יתום בתוך ביתו וכשהגדיל היתום תבע מה שהוציא עליו כי אמר שבתורת הלואה הוציא והיתום טוען לא כן אלא בתורת מתנה והשיב הרי"ף שאין לו על היתום כלום פי שלא אמר אוציא עליך בתו' הלואה וכיון שלא א"ל כן לא נתן לו אלא בג"ח וע"ז הרב"י ז"ל וכתב ז"ל ומשמע שאין דברי הרי"ף אמורים אלא בשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתבעו אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרינן בכה"ג דלג"ח פרנסו ונראה שאם היתום היה קטן אפילו לא היה לו משלו כל חייב לשלם לו דלא שייך למימר הו"ל אוציא עליך משלי בתורת הלואה כיון דקטן היה ומיהו ה"מ מי שהיו לו נכסים באותה שעה אבל אם לא היו לו אין לו עליו כלום ע"ך הרי מכאן מוכח דהבן הזה יכול האב לנכות לו דמי חובו מפאת מזונותיו מתרי טעמי שכתב הב"י חדא שהיו נכסיו ביד אביו וא"ך אינו צריך האב לגלות דעתו שזן אותו בשביל החוב ועוד שהרי בתחילת סמיכת הבן על האב בשעה שנכתב שט"ז היה עדיין הבן קטן כבר שית כבר שבע וא"ך למי יאמר אוציא עליך בתורת חוב וא"ך אפי' לא היו נכסים אלו ביד האב אלא ביד אדם אחר היה האב יכול לומר דלאו מתקנת חכמים זן אותו שהרי הואל ויש לבן נכסים אין על האב שום תקנה כמ"ש משם הב"ש והב"ח והבאה"ט מכ"ש נדו"ז שהוא סמוך על שולחן אביו והנכסים ביד אביו בודאי דכוונתו היתה לזון אותו מפאת חובו וכן ג"ך מצינו להרב"י בחומ"ש סי' ר"ץ שהביא משם הרשב"א בדין יתום שסמך

אצל בעה"ב ופסקו בש"ע סי' ר"ץ סכ"ה ודוגמא לזה פסק מור"ם באהע"ז ס"ע ס"ח על מי שפרנס אשת חבירו דכתב מר"ן איבד מעותיו וסיים מור"ם בהג"ה שאם זה שפרנס היה חייב לבעל ופרנס אשתי ה"ז מנכין לו מחובו א"ך קו"ח הדברים לנדו"ד שהרי מי שפרנס אשת חבירו שאפי' אם יהיה הבעל עשיר דדינא הוא דאיבד מעותיו אפי"ה פסק מור"ם שאם היה המפרנס חייב לבעל ה"ז לא איבד מעותיי מכ"ש נדו"ד שאם היה היתום יש לו נכסים ביד אדם אחר אפי' הכי אמרי' ביה דמי שפרנס אותו בסתם יכול לומר דבתורת הלואה פרנסו א"ך מכ"ש אם יהיו נכסי היתום ביד מי שפרנסו ודאי דיכול לומר דמפאת החוב פרנסו:

ואין לומר דשאני דין יתום שכתבנו ודין אשת חבירו ג"ך מנדו"ד שפרנס האב את הבן דאיכא למימר בנדו"ד הואל והיה חייב האב הזה לזון את הבן הזה בתו' חיוב עד בן שש ואפי' אם יהיו לו נכסים וכמ"ש מר"ן באה"ע סי"ע ס"א וא"ך איכא למימר הואל והאב הזה היה זן את בנו מיום לידתו עד בן שש וא"ך איכא למימר הואל ותחי' מזונותיו היו בתורת חיוב וצדק' א"ך איכא למימר גם לאחר שש פרנסו בתורת צדקה ואפי' אית ליה נכסים. איכא למימר דהו"ל לגלויי דעתיה דבשלמא ההיא דיתום ואשת חבירו איכא למימר הואל ולא הוה עליו שום חיוב איכא למימר דלא הוה צריך לגלויי דעתיה דהואל ומעיקרא היו בידו מעות הבעל או היתום איכא למימר ודאי דלאו בתורת ג"ח פרנסו לא כן בנדו"ד שהיה מעיקרא מפרנסו בתורת חיוב איכא למימר גם לבסוף כך היתה כוונתו והו"ל לגלויי דעתיה:

אין זה אמת חדא שהרי האב מוחזק ויכול לומר דכך היתה כוונתו שפרנס אותו אדעתא שינכה לו מחובו הואיל ואינו מחוייב אפי' מתקנת חכמים הואיל ויש לו נכסים א"ך ודאי שהוא נאמן הואיל והוא מוחזק בשטר דאי בעי קלייה וכל מאי דמצי אבוהון למיטען אנן טענינן ויכולים אנו לומר דלא פרנסו אביו לבסוף אלא מפאת חובו:

ועדיפא מזה מצאנו להד"מ שהביא משם תה"ד בסי' רמ"ו ס"ד וז"ל ראובן שאכל עם חמיו ב' שנים יותר על קצבתו שהיה לו לאכול עמו ואח"ך תבעו חמיו לשלם לו חייב לשלם לו ע"כ ופסקו מור"ם בהג"ה סו"ס רמ"ו הרי מכאן הוכחה גמורה שהרי אפי' במקום שהיה חמיו מחויב לו כ"א בתורת חסד עכ"ז אמרי' שמחויב החתן לשלם לו אותם שנים שאכל עמו יותר מהקצבה ולא אמרי' הו"ל לגלויי דעתיה דלאו בתורת חסד מפרנס אותו אפי' היה תחי' מדין חסד קל וחומר לנדו"ד שמעולם לא פרנס אותו מתורת חסד אלא דתחילת פרנסתו לא היתה אלא מצד החיוב כמ"ש מרן באה"ע סע"א סעי' א' א"ך ודאי אפי' לא גילה האב דעתו אמרי' ביה דלא היתה כוונתו לפרנס אותו אלא בתו' הלואה

ומכ"ש נדו"ד שהנכסים ביד האב ודאי שלא היתה דעתו אלא עליהם וגם מטעם זה עדיף נדו"ד מההיא דחתן וחמיו:

והגם שסיים מור"ם בהג"ה בסו"ס רמ"ו וכתב ודוקא דליכא הוכחה דנתן לו לשם מתנה אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה רק אח"ך נפלה קטטה ביניהם לכן תבעו פטור ע"כ וא"כ איכא למי' דלגבי הבן עם האב יש הוכחה שנתן לו לשם מתנה אין זה אמת שהרי דברי מור"ם אמורים בבא להוציא מחתנו ע"ז אמרו דאם יש צד הוכחה אין להוציא ממנו אבל בנדו"ד שאדרבא הבן רוצה להוציא מן האב ודאי אפי' יהיה צד הוכחה אין להוציא מהאב: ומה גם שהרי מ"ש מור"ם אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה היינו דוקא כמ"ש בדבריו בד"מ וז"ל מיהו אם חמיו של ראובן הוא איש עשיר ואומדנא הוא דאילו לא היה לו מריבה עם חתנו שלא היה תובע ממנו מזונות אלא שהמריבה גרמה לו התביעה פטור ע"ך:

הרי מדברי הד"מ שממנו חוצבה הגה' זאת דסו"ס רמ"ו מוכח דההוכחה היא אם יהיה המפרנס עשיר א"כ בנדו"ד שהיה האב קרוב לעניות אין כאן שום הוכחה ובודאי דלא נתכוון לפרנסו אלא מפאת חובו ובודאי אפי' מטעם זה לחוד איכא למימר ששט"ז פרוע וע"ז הוא מונח בין שטרי האב ובטעם הראשון שכתבנו שהביא הסמ"ע משם רבינו הטו"ר זלה"ה:

וגם טעם הב' שהביא הסמ"ע משם הטו"ר יוצדק כאן דאיכא למימר מעולם לא היה האב חייב לבן בממון זה הגם דאין נדו"ד דומה לשאר לווים דעלמא דאיכא למימר בהו כתב ללוות ולא לוה אבל נדו"ז דהוא מודה לו בחיוב זה מפאת ירושת אמו א"כ איכא למימר בדין נתחייב לו אין זה אמת שגם בנדו"ד איכא למימר לא נתכוין האב להתחייב לבנו אלא הואיל ורצה האב לישא אשה שניה איכא למי' עשה הברחה על נכסיו וכמה טעמים יש בדבר הרי גם טעם השני של הסמ"ע יוצדק כאן אפי' אין אנו צריכין לתרי טעמי אלא בחד טעמא סגי לבטל השטר כמו שיראה המעיין בדברי הטו"ר ובהסמ"ע שהרי במ"ש מרן וגם לא יחזירנו ליורשי הלוה סגי ליה בחד טעמא א"כ גם במ"ש מרן לא יתננו למלוה ודאי בחד טעמא סגי ולא כתב הט"ור והסמ"ע תרי טעמי אלא לרווחא דמילתא וכ"מ בס' תוקפו ש"י ח"ב סי' ל"ה דמחד טעמא סגי לבטל השטר שלא יתנוהו ליד המלוה:

ואין לומר דשאני נדו"ד שנמצא השטר ביד האב להההיא דסי' נ"ו שכתב שנמצא השטר ביד שליש דאיכא למימר בנדו"ז שנמצא השטר ביד האב כאילו נמצא ביד הבן וכמ"ש מור"ם בחומ"ש סי' ס"ה ס"א דשטרות הנמצאים ביד האב כאילו נמצאו ביד הבן ופי'

הש"ך סק"ה דהטעם הוא משום שהם כאפיטרופוס זל"ז כל א' מוחזק בנכסי חבירו ע"כ וא"כ איכא למימר מכ"ש נדו"ז שהבן היה קטן בימי כתי' השטר והיה סמוך על שולחנו עד יום מותו איך יעלה על הדעת לומר דשט"ז בתוקפו עומד והגם שכתב הסמ"ע שם דבעי' שיטעון האב שהלוה חייב לו דאל"ך אפי' בנמצא תחת ידי עצמו אינו גובה בו ע"ך וא"ך נימא בנדו"ז שאין יודע אם שט"ז פרוע או לאו או אביו חייב לו או לא איכא למימר שאינו גובה. ז"א דהא דבעי' שיטעון עדיין הלוה חייב לו היינו היכא שהלוה מכחישו אבל אם אין הלוה מכחישו ודאי דגובה בו אפי' אם המלוה מסופק וכמ"ש מר"ן בסי' פ"ב ס"ב דאם בשניהם מסופקים הרי השטר בחזקתו עומד וגובה בו ע"ך והגם שיש להשיב ע"ז ולומר דשאני הכא בנדו"ד שהיורשים יטענו דאם אביהם היה חי היה טוען על שט"ז שהוא פרוע נגד מלוה שהוא מסופק והדרן לדינא דסי' נ"ט דכתב מר"ן דאינו גובה בו אם המלוה מסופק והלוה טוען ברי וכדמחלק הש"ך בסי' נ"ט סק"א משם מהרשד"ם וכן חלק ג"כ הסמ"ע סי' פ"ב סקי"ד וא"ך איכ"ל דאינו גובה זה הבן בשט"ז. ז"א דדוקא במקום דהו"ל למלוה ולא ידע. הוא דאמרי' הכי אבל במקום דלא הו"ל למלוה לידע כנדו"ז שהיה היתום עדיין רך בשנים בזמן החיוב ולא היה השטר תחת ידו עד היום הזה ודאי לא אמרי' בזה כמו בשאר מלוים דעלמא ואפילו מספק יכול לגבות בו ודמי דבר זה ליורשים שהוציאו שטר על היורשים דקי"ל שגובים בו שאע"פ שיורשי המלוה אינם יודעים ומסתמא טוענים ספק אפי"ה גובים בשטר שהניח להם אביהם ואפי' נגד הלוה אם הוא חי וטוען על שט"ז פרוע גובים בו היורשים ולא אמרינן דהו"ל כאלו המלוה טוען ספק והלוה טוען ברי אלא הואל והיורשים אינם יודעים במילי דאבוהון לא מיקרי ספק לגבייהו: וא"ך הדרן למאי דאתן עלה דהואל ושט"ז הוא של הבן ומונח ביד האב א"ך האב הוי אפוטרופוס של הבן וא"ך נימא ששט"ז בתוקפו עומד כמ"ש מור"ם בהג"ה שכתב:

אלא דז"א דלא כתב מור"ם אלא בראובן שיש לו שטר על אדם אחר ומונח השטר ביד יעקב אביו של ראובן הוא דאמרי' הכי אבל אם השטר עצמו של ראובן הוא על האב עצמו ומונח ביד האב ודאי שאין ממשות בשט"ז מכח תרי טעמי שכתב הסמ"ע:

והרי הדבר ג"ך מפורש יוציא במר"ן סכ"ה וז"ל וכן מי שכתב שט"ח על עצמו בשם אחר או בשם א' מבניו ונתן השט' ע"י שליש ואמ"ל שיהיה זה אצלך ולא פי' לו כלום או שאמ"ל הנח וכו' ומת אינו כלום ע"ך הרי אפי' כתב השטר בשם א' מבניו אפי"ה אמרי' ביה כאלו כתבו בשם אדם אחר דלא זכה בו עד שיגיע ליד המלוה הלא"ה לא דחיישינן כמ"ש הסמ"ע שם ס"ק ע"ב דחיישי' שמא כתב ללוות ולא לוה ע"ך ואין לומר דשם בשטר

בלא קנין קמיירי שהרי מדברי הש"ך שם סקכ"ב דבשטר קנין קמיירי והגם שהש"ך פליג אדברי הסמ"ע והע"ש והב"ח ז"ל דכתבו הטעם הוא שמא כתב ללות וכו' עכ"ז הרי לדינא מודה וטעמא אחרינא אית ליה כדכתב הוא דחיישינן לפריעה כדכתבנו וכמ"ש ג"ך הש"ך בסי' נ"ו סקז"ך באריכות וכבר כתבנו דגם טעם הפריעה יוצדק לנו בנדו"ד וממילא שטר זה בטל ומבוטל לדעת כל הפוסקים: אלא דעדיפא מזה איכא בנדו"ד שאפי' כתב מר"ן בסי' נ"ו דשטר הנמצא ביד שליש לא יחזיר לא למלוה ולא ליורשי הלוה איכ"ל דוקא בנמצא ביד שליש אבל בנדו"ז שנמצא תחת יד הלוה עצמו ודאי אפי' אם יהיה עכשיו ביד ב"ד ודאי מהדרינן ליה ליורשי הלוה שהרי דלטעם הסמ"ע הוא שמא העדים טעו ומסרוהו ללוה אבל בנדו"ז ליכא שים טעות הואל והיתום היה עדיין קטן ודאי בשעת הקנין היה בתנאי שיתנו אותו בידו שהוא הלוה ואם היה תנאי זה לא קנה הבן וכדכתב הסמ"ע בט' השני ובפרט לפי טעם הא' של הסמ"ע דאיכ"ל פרוע ועומד הוא כדכתבנו: איך שיהיה מה שטלה בידינו הוא דאין הבן הזה יכול לזכות בו כלל בשט"ז ליפרע בו ועי' בס' תוקפו ש"י זלה"ה ח"ב סי' ל"ה שכך דעתו בנדו"ז היכא דיצא השטר מתחת יד הלוה דבטל היא והגם שבסוף דבריו שם שזיכה המתנה לבת מכח טעמים אחרים דלא שכיחי הכא. בכלל דבריו כתב ז"ל ומה גם שבנדו"ד שהיתה קטנה וזיכה לה ע"י דודה אין ראיה ממה שהוא מחזיק במתנה וגם ממה שלא הגיע השטר לידה דכיון שהיא קטנה מוכרח אביה שיהיה מחזיק במה שנתן לה ולא היא שאינה יודעת להתעסק ולגבות הפירות ויד אביה כידה וכו' ע"ך אפי"ה אין מדברים האלו סתירה לנדו"ד לקיים השטר בשביל שהיה הבן קטן בזמן הכתיבה שהרי המעיין בדבריו שם יראה דאין עיקר טעמו של הרב ז"ל שזיכה המתנה מכח זה ולא נקט האי טעמא אלא לסניף בעלמא ואין כחו מזה כמו שיראה המעיין בדבריו ובפר' דשאני התם מהכא דהתם בשטר מתנה אין שם כ"א טעם אחד שהוא טעם ב' של הסמ"ע דהיינו שמא כתב ואמר לעדים שיכתבו ויתנו בידו וע"ז כתב הרב ז"ל דאיכ"ל הואל ואביה מיטפל בה יכול להיות שדעתו לזכות לה ולא יש לנו טעם אחר לגרוע המתנה אבל נדו"ז אפי' נניח שהלוה המת נתכוון לזכות חוב זה לבנו והרי הוא טמון בצפוניו בשביל בנו עכ"ז איכא טעמא אחרינא לגרוע שט"ז והיינו טעם הא' שהביא הסמ"ע דשמא פרעו ובחד טעמא לחוד מהני לגרוע כח השטר שהרי הש"ך איני מבטל השטר אלא מכח טעם א' וכ"ך הרב תוקפו ש"י בתשובה הנז' דבחד טעמא סגי זהו הנלע"ד לבטל שט"ז בין לגבי היורשים בין לגבי בע"ח בין לגבי האלמנה:

ולא כסברת מי שרצה לבטל שט"ז לגבי בע"ח והאלמנה מטעמא אחרינא וטעמא טעים בשביל שהוא כתיב בסוף השטר שחיב זה נתהוה מפאת ירושת אמי של הבן וע"ז רצה

לבטל ולגרוע כח הבן שלא יפרע הבן בשט"ז עד שיפרעו בע"ח והאשה בכתובתה לפי שירושת הבן באמו שתקנו חכמי התקנה אתיא מכח כתובת בנין דכרין ואנן קימ"ל בכתו' בניד"כ אינה נגבית מהמשועבדים כמ"ש באה"ע סי' קי"א וע"ז רצה לגרוע כח הבן במקום שנכסי האב משועבדים:

ואני לפע"ד הייתי מחלק ואומר דהואל ולפי התקנה דידן דיש לבנים גבייה בחיי האב א"ך עשו אותה חכמי התקנה כחוב גמור וממילא יד היורש ויד בע"ח שוים וכל מי שקדם זמנו הוא קודם לענין אם לוה הבעל או מכר בנכסים אחר מיתת אשתו ועוד היה בדעתי לומר שלא נגעו בתקנה זו מפאת כתובת בנין דכרין שהרי אם יש בנית בתולות גם הם נוטלות חלק באמם כזכרים ובמקום שאין בן הבנות נוטלות מחצה בנכסים ואביהם מחצה ע"כ נלפע"ד:

והן היום מצאתי און לי ששטר הנז' חשוב חוב גמור והוא קידם בפריעתו לבע"ח המאוחרים לו והילך פסק הראשונים שמצאתי בס' כרם חמר סי' קפ"ח וז"ל יעקב היה נשוי עם רחל למנהג קאסטילייא ומתה בחייו בניסן והיה לו חצר ואחר מותה לוה משמעון בסיון ואח"ך באלול כתב שטר חלוקה לבניו מסך מה ובעד אותו הסך משכן בידם כל החצר האם יש לשמעון זכות לגבות שטרו מהחצר:

תשובה הדין עם שמעון לפי ששטרו קדם לשטר הבנים ויגבה חובו מחצי החצר הנוגע לאב ואע"פ ששטר כתובת אמם קידם לשטר שמעון לא יועיל זה לבנים אלא לגבי חצי החצר שהוא בעין וזכו בה מיד בעת פטירת אמם אמנם לגבי חלקם בשאר נכסים לא חשיב כמלוה בשטר שהרי עדיין לא נתברר כמה הוא חלקם והוי כשטר שלא נזכר בי סך הדמים דלאו כלום ואינו אלא כמלוה ע"פ כל עוד שלא כתב שטר חלוקה כבר קודם שטרו של שמעון שו"ת הרבנים מוהריב"ץ ומוהריב"ע ומוהר"ש אבן צור עכ"ל הרי מכאן מוכח שאם זקף עליו מלוה סך החלוקה גובה אפי' במקום משועבדים וכ"מ הדבר מפורש לתנא דידן מוהר"ר יוא"ל בתוקפו ש"י ח"ב סק"ז בפסק אחד שמכלל ראיותיו כתב פסקא א' ותחילתה היא וכמו כן ראיתי מפסקי הראשונים וכו' יעו"ש שכן הסכימה דעתו דעת עליון שאם הבן זקף על האב מלוה מפאת ירושת אמו בשטר קלא אית ליה ושטרו קודם לבע"ח שלוו לאביו אחר מיתת אמו וכן ראיתי להרב אחרון חביב כמוהריב"ו בס' ויאמר יצחק ח"ב סי' קמ"ד שהביא פס"ד אחד מארבעה רבנים וכן הסכימה דעתו דעת עליון שאם נתברר חוב הבן על האב ונזקף על האב חלק הבן בירושת אמו בשטר הבן גובה ממשועבדים שמכר אביו אח"ך ואין להאריך עוד בזה שהרי יש בידינו כמה פסקי ראשונים שמשכימי"ם והולכים ואין שום חולק בדבר ולזכרון דברים

כתבתי כל זה וזהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן כ"ד החותם בסדר ותצא דינ"ה דהאי שתא תרמ"ג לפ"ק פה סאלי יע"א הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן נג

עמדו לדי"ת הר' מרדכי אלקאייס ומאיר אזולאי מורשה של האשה אשת נסים אזולאי וטען מרדכי הנז' ואמר שהיה בידו מקול"ז עסקא מאת האשה הנז' וזה כמו ח"י הפרידו השותפות ובשעת פרידת השותפות הלך מורשה של האשה ולקח סוס אחד שהיה להם בעסק השותפות ועשה לו שומה שלא בדעתו בסך עשרים דורוס ולקחו מדמי העסקא והן היום טען הרמ"ר הנז' שהסוס הנז' לא החלטתי אותו בידה אלא היא לקחה אותו שלא מרצוני ומאותו יום הייתי אומר לה שדמי שווייו הוא חמשה ועשרים דורוס וא"ך צריכים לתת הסוס ותקח ממני דמי השומה או תתן לי חמשה דורוס שהם יתרים בדמי הסוס על השומה שעשו אותי השמאים וע"ז השיב המורשה הנז' ששקר דבר ולהד"מ דכבר אחר שהאשה שמו לה השמאים הסוס הנז' בסך הנז' עשתה חשבון עמו על שאר העסקא והחליט הסוס בידה בסך עשרים ונתן לה מה שנשאר בידו מדמי העסק ונשארה לה בידו סך חמשה עשר דורוס שלא מצאה ממה לגבות ממנו וזקפה אותם עליו שט"ח בשע"ך ובנאמנות גמורה וע"ז טען מורשה הנז' שאם כדבריו כן הוא לא הו"ל להתחייב בסך דחמשה עשר דורוס אלא הו"ל לנכות הסך חמשה דורוס ממה שנשאר בידו ולא יתחייב כ"א בעשרה עוד השיב מרדכי ע"ז אמת הדבר שנתחייב לה וכן דעתו היתה שאחר שיתחייב לה יתבע אותה אח"ך שתכתוב לו ע"ג השטר נפרע מזה חמשה דורוס יתרון שומת הסוס עד כאן הגיעו דברי שניהם:

תשובה תשובה לזה הוא קיוהא קא חזינא הכא בדברי מרדכי הנז' במה שטען שנתחייב לה ואח"ך יתבע אותה להניח לו פירעון ע"ג השטר דבר זה אין הדעת סובלת דחזקה דאין אדם עושה דבר זה ובודאי שקר דבר ולזה אני אומר דפטורה האשה הנז' אפי' משבועה דודאי מרצונו הטוב החליט בידה הסוס הנז' בסך הנז' כדברי המורשה מכח טענת אם איתא שאני חייב לך לא היית מתחייב לי כמ"ש בסי' פ"ה יעו"ש ועדיפא מזה מצאני ראינו למור"ם בסו"ס ע"ט שכתב וז"ל מי שקבל עליו בפני ב"ד לפרוע לחבירו ואח"ך בא ואמר כבר היה חייב לי איני נאמן דודאי אלו היה כך לא יקבל עליו בב"ד לפרוע ואע"ג דיש לו מיגו. הרי עיניך הרואות דגם בנדו"ד הואל וכתב עליו השטר לומר הוי כאלו קבל עליו לפרוע דכתב מור"ם וא"ך תו אינו נאמן לומר שהיתה לו מקול"ז איזה תביעה על אותה אשה כלל ואדרבא נדו"ד עדיף טפי דהא בההיא דקבל עליו בפני הב"ד

הו"ל מיגו דפרעתיך, ועכ"ז לא אמרו דחייב לשלם אלא משום חזקה א"ך מכ"ש נדו"ד דאין לה שום מיגו דפרעתיך כלל דהא נתחייב לה בשטר ובפרט בנאג"מ א"ך פשיטא דאינו נאמן ומה שיש לישב בין הגה"ת מור"ם דסו"ס ע"ט עם הגה"ת מור"ם דסי' פ"ה סוס"ג הוא דבר קל ודו"ק:

ואין לומר דדינא דמור"ם דכתב אינו נאמן לומר כבר היית חייב לי אבל עכ"ף איכא למימר דצריך לישבע המלוה ויטול. דזה אינו דבמקום דאיכא חזקה בודאי שיטול בלא שבועה וראיה מהא דכתב מר"ן בסי' ע"ח באומר פרעתיך בתוך הזמן דאינו נאמן וגובה המלוה אפי' מיתומים קטנים בלא שבועה וכו' יעו"ש הרי לפניך דבמקום חזקה דין הוא שיטול בלא שבועה ואל תשיבני ע"ז ולומר ערבך ערבא צריך דהתם בקובע זמן לחבירו עצמו לא כתב מר"ן דנוטל בלא שבועה אלא בבא ליפרע מהיתומים הואל ואין מי שטוען ברי כנגד חזקה זה אבל אם הלוה עדיין חי נימא דצריך שבועה הואל וטוען ברי ומ"ש מר"ן מלת אפי' בבא ליפרע מיתומים לאו לרבותא מכ"ש בבא ליפרע מלוה עצמו נקטה אלא נקטה לרבותא דאפי' היה מלוה ע"פ גובים אותה מהיתומים ואפי' קטנים ובלא שבועה וכ"ז הוא מיתומים אבל בלוה אימא דצריך שבועה. זה לא יוצדק לך דסברא זה כבר הביאה רבינ"ו הטו"ר במחלוקת דלסברת הר"י ן' מיגאש זלה"ה דגם אם טען הלוה פרעתיך נוטל ממנו בלא שבועה ולסברת הרא"ש דוקא מהיתומים נוטל בלא שבועה ומהלוה עצמו צריך שבועה כחילוק שכתבנו וכתב שם הרב"י דסברת הרי"ף והרמב"ם כסברת הר"י ן' מיגאש זלה"ה וכוותיהו פסק הרב"י וא"ך בודאי כוותיה נקטינן גם יש הוכחות רבות ע"ז אלא דאין צריך להאריך איך שיהיה הרי מכאן למדנו קו"ח בן בנו של קו"ח הרי אפי' במקום חזקה דאינו נאמן עליה אלא במקום דליכא מיגו דהיינו חזקה דאין אדם פורע חובו בתוך זמנו דאינו נאמן עליה אלא במקום דלית ליה מיגו דפרעתיך כסברת מר"ן עכ"ז המלוה נוטל בלא שבועה מכ"ש במקום חזקה אלימתא כנדו"ד שהוא ממש כאותה הג"ה דסו"ס ע"ט דכתב מור"ם הואל והיא חזקה אלימתא אפי' במקום מיגו אינו נאמן בודאי דנוטל בלא שבועה וא"ך ממנה אתי קו"ח בן בנו שקו"ח לנדו"ד שאין כאן מיגו דכבר זקפה עליו החמשה עשר דורוס בשטר ואדרבא הוא בא לתבוע אותה לית דין ולית דיין דפטורה האשה משבועה שלא הוצרכנו לכל אותם הסברות דבעינן במקום דליכא מיגו דוקא כגון בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ובמקום דאיכא מיגו בעינן חזקה אלימתא כגון ההיא דסו"ס ע"ט אלא בבא ליטול אבל ליפטר כגון נדו"ד שהוא תובע את האשה לנכות לו ה' דורוס וכו' בודאי אפי' לא היתה חזקה אלימתא כדכתבנו ואפי' לא

היה לה מיגו אלא תהיה כאותה חזקה דוקא דאין אדם פורע וכו' בודאי דאפי' הרא"ש שחולק שם ומצריך שבועה למלוה בכאן יודה דאין צריכה האשה שים שבועה ליפטר: ועדיפא מזה מצינו אפי' לא היה מרדכי ה' טוען שהיה ברור לו שהסוס שיוויו הוא חמשה ועשרים דורוס אלא היה הדבר אצלו ספק אם הוא שוה יותר עכ"ז אינו נאמן לומר שנתחייב לה מספק במה שנשאר בידו ואח"ך ליהדר עלה לראות אם יש איזה יתרון בשיווי הסוס יקח אותו מידה גם אם היה טוען כן אינו נאמן דגם בזה חזקה הוא שאין אדם נותן מעות מספק אם הוא מחויב ליתן לו או לא וכעין זה מצאנו ראינו למר"ן בסו"ס שע"ה שכתב וז"ל כל ששמין ונוטל שטען בעל השדה ואמר נתתי והיורד אומר לא נטלתי היורד נאמן ונשבע שלא נטל כלום ונוטל שהרי אומרים לבעל השדה עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן היאך נתת וכו': הרי לפניך דחזקה היא אפי' מספק אין אדם נותן ממון שלו הואיל ויכיל להיות שלא יתחייב בו והגם דכתב מר"ן דנשבע ונוטל משמע דחזקה זאת לא מהני בלא שבועה כבר מלתינו אמירה דכ"ז הוא דוקא בבא ליטול אבל בנדו"ד דאדרבא האשה היא התובעת מיד מרדכי הנז' דכבר הוא נתחייב לה בשטר בנאג"מ וכגבוי דמי ואדרבא הוא בא להוציא ממנה דמי היתרון אינה צריכה שו"ש:

וכעין זה ממש מצאתי מפורש דהא הסמ"ע בסי' שע"ה סקכ"א כתב דדין זה דהיורד לתוך שדה חבירו וכו' שכתבנו הוא נלע"ד ממ"ש מר"ן בסי' קנ"ז סי"א ושם מצינו למר"ן סי"א שכתב וז"ל ואם זה שבנה הכותל גבוה בא לתבוע לחבירו שיפרע לו חלקו בהוצאת שאר הגובה שהוסיף על ד' אמות מפני שסמך לי בצדו או כנגדו ואמר נתתי נשבע בנק"ח שלא נתן לו כלום ונוטל ממנו עכל"ה וכתב הסמ"ע סקל"א ז"ל נשבע בנק"ח הטו"ר כתב על דברי הרמב"ם שהרמ"א חולק וס"ל שנוטל בלא שבועה דטפי הוא בחזקת שלא נתן מהקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך דנוטל בלא שבועה עכ"ל ואפשר דכיון שזה בא להוציא מחבירו משו"ה פסק בעל הש"ע כדברי הרמב"ם עכ"ל הסמ"ע הרי מדברי הסמ"ע מוכח ומפורש דלא הצריכו שביעה במקום חזקה אלא בבא ליטול אבל בבא ליפטר כגון נדו"ד שמרדכי תובע לאשה בודאי אינו נאמן לומר שנתחייב לה מספק ולחזור להוציא ממנה ובודאי פטורה האשה ואין עליה שום שבועה כלל זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן נד

שאלה ראובן היה הולך לעיר אחרת לקנות סחורה וכששמע שמעון הדבר הלך אצלו ואמ"ל אם רצונך שתקנה לי גם אני מעט סחורה ואני אעלה לך דורו' אחד לשכר טורחך ועמלך וכן עשו ונתן שמעון לראובן סך ששה דורוס וכתב עליו שטר הודאה שקבל ממנו ראובן משמעון סך ששה דורוס כדי שיקח מהם ראובן דורו' אחד לשט"ו והחמשה הנשארים יקנה לו בהם הסחורה הנז' ואם נשאר לו איזה סך מהחמשה יחזיר אותו לשמעון ואם הוצרך להוסיף על החמשה יוסיף לו ג"ך שמעון לראובן וכתב ראובן לשמעון ששמעון יהיה נאמן גמור על הפירעון לומר עדיין לא נפרע מזה כולו אומ"ק ע"ך. והן היום בא ראובן ואמר שקנה לו הסחורה והוצרך להוסיף בדמיה סך מה ותבעו להוסיף לו מה שהוסיף ושמעון הביא עד אחד שקנה אותה בסך ארבעה דורוס מ"מ ואדרבא ראובן צריך להחזיר לו דורו' אחד ע"ך דברי שמעון מהו הדין:

תשובה לע"ד נראה דדין זה הוא נחלק לשלשה אופנים דהא נדו"ז ממש דומה למ"ש מור"ם סי' צ"א ס"ג בהג"ה וז"ל מי שהוציא הוצאות על נכסי חבירו ברשות חבירו ותובע ההוצאות והנתבע אינו יודע נשבע התובע ויטול וה"ה כל מילי דהאי ידע והאי לא ידע נשבע האי דידע ונוטל ע"ך וא"ך בנדו"ד ג"ך הואל ושמעון הרשה את ראובן לקנות לו הרי ממש כמי שהוציא הוצאות דדינו הוא נשבע ונוטל:

אלא דבעיקר הדין דהאי סברא דמור"ם מעיקרא צריך ישוב דהא נראה דדברי הג"ה זו סותרת דברי מר"ן דהא האי דלא ידע מיחזי כאומר ק' לי בידך והלה אומר ן' ידענא וחמשים לא ידענא דכתב מר"ן בסי' ע"ה ס"ג דהו"ל מחייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וא"ך בכאן שהנתבע אימר איני יודע כמה הוצאות עלי הו"ל לפרוע בלי שבועת התובע ולמה מזקיקים התובע לישבע ולזה מצאתי ישוב בס' ברי"ת אבו"ת להרב כמוהר"א קורייאט זלה"ה בסי' קכ"ו וכתב דבודאי כך היא הדין בהאי דינא דמור"ם דהואל ואין הנתבע יודע דין הוא שישלם בלי שבועת הנתבע אלא דהואל והתובע עצמו יודע בבירור שהנתבע לא ידע ע"ז רמו שבועה על התובע כדי להפיס דעתו של הנתבע לא כן באומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא שאין התובע ברור לו שהנתבע לא ידע וגם על הנתבע הו"ל למרמי אנפשיה לידע ואיהו פשע בנפשיה דלא ידע לא כן במי שהוציא הוצאות דאין הנתבע יכול לידע וכמ"ש מור"ם בלשונו הטהור כל מילי דהאי ידע והאי שא לא ידע וכו': א"ך לפי דברי הרב הנז' הרי מפורש יוצא דדין המוציא הוצאות דיני הוא כאומר ק' לי בידך והלה משיב חמשים ידענא וחמשים לא ידענא מתוך שאיני

יכול לישבע משלם ואינו נשבע התובע אלא להפיס דעת הנתבע א"ך זכינו לדין בנדו"ד בשלשה אופנים:

האופן הראשון הוא אם הסחורה שהביא ראובן לשמעון כבר נתן אותה לשמעון בודאי דשמעון פטור מהתביעה שתובעו ראובן הואל וזה העד מעיד שלקח אותה בפחות מזה דאע"ג דאמרן דנדו"ד הוא דינו כאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא ה"מ היכא שהיה התובע תובע כל דמי ההוצאה שהוציא עליו הואל וברור לו דודאי הוציא מעות וע"ז אמרינן מחויב שבועה הוא הואל ומידה מקצת ואינו יכול לישבע ומשלם אבל בנדו"ד שכבר נתן בידו החמשה דורוס א"ך יש להסתפק ולומר אפי' החמשה עצמם לא פרע בעד הסחורה ומכ"ש דאיכ"ל על תביעת ראובן שתובע יותר מחמשה דורוס ובודאי דהוי כאומר מנה לי בידך והלה אומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא והילך דפטור על השאר בשבועת איני יודע כמ"ש מר"ן בסי' ע"ה בדיני הילך דאע"ג דדינא דמר"ן הוא באומר ק' לי בידך והלה אימר אין לך בידי אלא חמשים וע"ז כתב מר"ן אם אמ"ל הילך פטור ודאי גם באומר חמשים ידענא והילך ודאי דפטור משבועת התורה דטעם אחד הוא דהואל ונתן לו מה שהוא מודה הו"ל על השאר ק' לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום דפטור בשבועת איני יודע וכן הוא מפורש בדברי רש"י ז"ל במציעא דף צ"ח ע"א ד"ה קא משכחת וכו' דמשם משמע דבאומר חמשין ידענא והילך פטור יעו"ש וכן משמע נמי מדברי מור"ם בסי' רצ"ח דהתם באומר נגנב לי והנפקד אימר איני יודע הוי ממש ק' לי והנפקד אומר חמשים ידענא והילך האי דבידי ואפי' אם יהיה עדיין ביד הנפקד כל היכא דאיתיה לפיקדון ברשותא דמרה איתיה וכ"ך ג"ך הש"ך בסי' שד"ם סק"א יעו"ש וא"ך בנדו"ד הואל וכבר נתן לו החמשה דורוס הוי כהילך שכתבנו ואין שמעון מחויב כי אם שבועה שאינו יודע והואל ויש כאן עד הפוטרו ומעיד לו שאין נושה בו א"ך בודאי שמעון פטור. אפי' מחרם איכ"ל דפטור הגם שכתב הש"ך בסי' פ"ז סקי"ד דעד שפוטרו מהסית אינו פוטרו מהחרם וכ"ך כמה פוסקים כמ"ש הרב זכו"ל באות שי"ן אפי"ה בנדו"ד הואיל והתובע עצמו ברור לו שאין הנתבע יודע וגם יש לו עד המסייעו איכ"ל דס"ל דאינו צריך אפי' חר"ס וכסברת הרב שארי"ת יוס"ף זלה"ה שהביא הש"ך בסי' ע"ה סקל"ה וסברת הרב בעל ג"ת זלה"ה שהביא הש"ך שם סקל"ו דהיכא דעד מסייע פוטרו אפי' מחר"ס ואע"ג שהש"ך פליג עליהם איכ"ל בנדו"ז שהתובע עצמו מודה שאין הנתבע יודע כלל איכא למימר דמודה שעד זה פוטרו אפי' מחרם סתם:

איך שיהיה מה שנראה באופן זה הוא דראובן ישבע בנקיטת חפץ דקנה זה הסחורה בסך ה' דורוס אי בעית אימא משום דינא דכתב מר"ן סי' צ"ג ס"ד דאם מכר או קנה

דבר לחבירו ה"ז נשבע בנקי' חפץ משום דמורה התירא לעצמו איבעית אימא הואל ועד זה מכחישו ואומר דלא קנה אותם בסך ה' דורוס שהרי אפי' אין ברור לתובע יכול להשביעו ע"פ העד כמ"ש בסי' ע"ה סכ"ד אלא דלצד שנאמר שמחויב לישבע מכח הכחשת העד הדר דינו להיות מחוייב שבועה מן התורה כנגד העד [לענין חמשה שהן ארבעה] ושמעון הנז' יהיה פטור מכח עדות העד כדכתבנו לעי' ואין להקשות ע"ז ולומר דא"ך הואל ומתחייב ראובן שבועה ע"פ עד זה א"ך לא יוכל לפטור הנתבע משבועה שהרי כתב הש"ך בסי' צ"ב סק"ט דעד שחייב את החשוד שבועה אינו יכיל לפטור את שכנגד החשוד ליטול בלא שבועה יעו"ש וא"ך גם בכאן שמחויב שבועה לראובן אינו יכול לפטור את שמעון:

זה אינו דרב המרחק ביניהם ולא ראי זה כראי זה דבשלמא התם אותה שבועה שמחייב לחשוד היא עצמה הוא דרצה לומר יהיה פטור ממנה אותו שנהפכה עליו שהוא אותו שכנגד החשוד ע"ז אמרי' אינו יכול לפוטרו דא"ך הדר דינו שיוציא ממון ע"פ עד אחד מה שאיך בנדו"ז דשבועה שמחייב לראובן הוא על ממון שתובע שמעון שאומר שקנה אותם פחות מהחמשה דורוס ועל שבועה שפוטר ממנה את שמעין היא על ממון היתר מחמשה דורוס שתובע ראובן לשמעון א"ך הוי תרי עדויות שפוטר לזה בעדות אחת ומחייב לזה בעדות אחרת ועוד דאפי' חשבינן דמעיד עדות אחת לא אמרה הש"ך אלא לחייב החשוד ויטול שכנגדו ממון אבל זה שחייב ראובן ובעדותו ג"ך פטר שמעון ואינו נוטל שום ממון שמעון התובע בודאי דיכול לפטור ולחייב שבועה ועיין ש"ך ספ"ז סק"ל:

והאופן השני בדין זה הוא אם היה שמעון עדיין לא נתן הדמים לראובן וכבר נתן לו ראובן לשמעון סחורתו בזה אמרי' ודאי דראובן היה רמי עליו שבועה מדינא דאמרן דסברת מור"ם בהג"ה דמי שהוציא הוצאות על חבירו שישבע ויטול דהא אין כאן שום הילך ואפי' יש עד מכחישו לראובן דהא כבר בירר נו באופן הא' דנדו"ד דינו הוא כאומר ק' לי בידך והלה אומר ן' ידענא ן' לא ידענא הואל ועדיין לא נתן לו שום קצת מהדמים א"ך הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואין העד המסייעו פוטרו כדכתב הסמ"ע בסי' ע"ב סקמ"ה בפי' דברי מר"ן סט"ו דמר"ן ס"ל דהיכא דהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אין עד המסייעו פוטרו וכן מסכים לדינא הש"ך שם סקס"א ובסי' פ"ז סקט"ז א"ך גם בנדו"ד אם יהיה בזה האופן שכתבנו בודאי דהאי רמי על ראובן שבועה כנגד העד ויטול כל מה שאמר:

והאופן השלישי בדין זה הוא אפי' במקום דהקדים לו קצת דמים כנדו"ד שנתן לו החמשה דורוס אם יהיה הסחורה עדיין ביד ראובן גם בזה אמרי' דישבע ראובן כנגד

העד ויטול ולא אמרי' דדיני הוא כמ"ש באופן הא' דיהיה פטור מכח דחשיב כאומר ק' לי בידך והלה אומר איני יודע הואל וכבר נתן לו החמשה דורוס ויש לו עד שמסייעו בזה האופן הג' לא אמרי' כן הואל והסחורה עדיין ביד ראובן שאפי' אין לו מיגו דפרעתיך הואל וכתוב עליו השטר שהאמין ראובן לשמעון לומר עדיין לא נפרע שמעון מסך שנתן לו עכ"ז עדיין יש בידו תרי מיגו חדא שהסחורה הזאת שהביא ראובן לשמעון הרי היא שוויא על חד פלגא מהשומא שאמר ראובן שנתן בה לשומא שהיא שוויא עכשיו בשער המדינה דידן וע"ז ודאי יהיה ראובן נאמן לומר בכו"ך קניתיה מיגו שיאמר לעצמי קניתיה והרי היא שלו כמ"ש מר"ן בסי' קפ"ג שהשליח יכול לומר לעצמי קניתי וא"ך יהא נאמן הואל ויכיל לומר כן ויטול הריוח לעצמו הואל ויש בה ריוח יותר מן הסך שאומר העד שהוסיף על דמיה והגם שאיסור אחד הוא דבין יאמר קניתיה בכו"ך והוסיף איזה סך על דמיה עובר בלאו דלא תגזול ובין יאמר מעולם לא קניתי אותה אדעתא דידך אלא לעצמי קניתיה דג"ך עובר בלאו דלא תגזול דהא אם יהיה שקנה זה הסחורה לזכות המשלח ודאי דידיה חשיבא ומאותה שעה קמה ליה ברשותיה דמשלח וכמ"ש בסי' קפ"ג ס"א וס"ד וא"ך בודאי שאם יחזיק אותה השליח לעצמו עובר ג"ך בלאו דל"ת הואל ויש בה ריוח לפי השער של עכשיו אפי"ה ודאי אי בעי לשקר היה טוען שלעצמו קנה אותה הואל ויש ריוח בטענה זו יותר ממה שמוסיף בדמיה לפי דברי העד ואפי' לא יהיה בה יותר ממה שמוסיף ע"פ העד ודאי דהוה ניחא ליה לטעון לעצמי קניתיה הגם שיקרא רמאי כמ"ש בסי' קפ"ג ס"ב עכ"ז הוא יותר טוב משהיה מוחזק גזלן ומעיז פניו בפני זה העד ומכח מיגו זה ודאי נאמן בטענתיה לומר בכו"ך קניתיה וישבע ויטיל כנגד העד:

גם יש לו מיגו אחר אפי' אינו נאמן לטעון פרעתי הואל והאמינו כדאמרן עכ"ז נאמן לומר נאנסה הסחורה בדרך או במקום שיכול לטעון נאנסה מכח מיגו זה ג"ך יהיה נאמן לישבע וליטול:

זה הוא משנלע"ד באופנים אלו אלא שבאופן הראשון עדיין לבי נוקפי דלפי מ"ש א"ך בטלת דין מי שהוציא הוצאות על חבירו דדינו הוא שישבע ויטול א"ך כל אחד ישער בשכלו ההוצאה ויאמר לו הילך ויהיה פטור מן השאר בשבועת איני יודע ועל זה לבי נוקפי ולא כתבתי האופן הראשון אלא להלכה ולא למעשה ולכשאפנה אשנה זהו משנלע"ד והצוי"ם וימ"ן הי"ז יום ששי בשבת ששה ועשרים יום לחודש טבת דהאי שתא תרמ"ג לפ"ק פה סאלי יע"א הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נה

ראיתי בספר צרו"ר החיי"ם למוהר"ח קצבי ז"ל דף נ"א וז"ל ראובן נתן לשמעון רשות למשכן ביתו ביד הזולת ויטול שמעון לעצמו המעות והתנה עמו שאחר שנה יפדה וכ"ז שלא יפדנה חייב בשכירות הבית. יראה דשרי דהא אינו מלוה ולוה רק שנותן לו רשות להלוות מאחרים על ביתו מידי דהוה למ"ש מר"ן ביור"ד סי' ק"ס סט"ו וז"ל מותר לומר לחבירו הילך זוז ואמור לאחרים שילווני והכא עדיף דהרי כאלו השכיר ביתו בסך מה והוא ממשכנה לאחרים בניכוי איסר שהוא ג"ך השכירות עכ"ל הרב המשבי"ר זלה"ה:
ואני הדל אמרתי בעוניי הגם שאין משיבין את הא'רי עכ"ז לא באתי לחלוק על דברי רא"ש המסברי"ם אלא שתורה היא וללמוד אני צריך ולענ"ד נראה דראייה זה אין בה כדי שביע"ה דהא עדיין יש לחלק ולומר דשאני התם באומר לחבירו הילך זוז ואמור לו שילוני דס' ק"ס איכא למימר דהתירו הוא משום דהוי כאלו שכיר בעלמא וכשכלה הדיבור מפיו למלוה שוב לא נשאר לו שום עסק לא עם הלוה ולא עם המלוה אבל בנדו"ו שנותן לו קרקע דידיה למשכנתה הרי כאלו מכורה היא ביד המלוה ויום מחר או מחרתו אם ירצה ראובן בעל הקרקע לדור בביתו או למוכרה והיא משועבדת ביד הזולת מיד שמעון א"ך צריך ראובן דליזיל לישתעי דינא בהדי דינא ודיינא עם שמעון שילך ויפדה לו קרקעו מיד הזולת או יתן בידו המעות שילך הוא ויפדה אותה א"ך הרי מיחזי כאלו הוי מלוה דידיה הוא ע"ך נלע"ד דאין מההיא דסי' ק"ס ראיה:
אכן דינו של הרב דין אמת הוא והרי הוא מפורש הדבר בדברי הרא"ש כלל ס"ג וס"ד והביאו מור"ם סו"ס קכ"ו וז"ל מי שנדר שכר לחבירו שיערב בעדו אם קבל קנין ליתן לו שכר חייב כפי מה שקצב ואם לא קבל קנין אין צריך ליתן לו שכר באמירה בעלמא עכ"ל א"ך הרי לפניך דאפי' הערב דלפעמים צריך לשלם מכיסו וחוזר וגובה מהלוה והוי מלוה דידיה ממש עכ"ז הואל ומעיקרא לא היה עליו שום מלוה אפילו הכי מותר מכ"ש נדו"ד דאפילו יצטרך לפעמים לדון עמו אינו לוקח המעות לעצמו אלא מצריכו לפדות לו קרקעו דוקא מיד הזולת בודאי דלא יקרא לו שם מלוה בשום פנים ופשוט דמותר זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נו

תשובת שאלה לעי"ת טאנכיר יע"ה על מאי דפסק הרב המופלא שד"ר טבת"ו כמוה"ר אליהו ילוז נר"ו מעשה באשה אחת ז"ש עיסה בת כמוהר"י אפרייאט ז"ל שנשאת לקוחים שניים להר"א אללב נר"ו ובשעת כניסתה לחופה הכניסה ממון וחפצים ומכלל

סך ממין שלקחה מממון בעלה הראשון בכתובתה שהיו מונחים בהאלבאנק"ו מימות בעלה על יד אביה וכשנתאלמנה ייחדו לה כתובתה ליפרע מהממון שיש ביד אביה בהאלבאנק"ו אך תנאי היה בינה ובין הבעל הזה השני שלא יהיה לא לה ולא לבעלה שום רשות להשתמש בהממון הנז' שום תשמיש זולת דוקא לאכול הפירות והקרן יהיה שמור לבניהם אשר יולדו להם ועל זה באותה שעה עצמה הקנו הממון שיש להם בהאלבאנק"ו להבנים שיולדו להם בתורת קנייה מהיום. כך היה המעשה. וזה כמו תשעה שנים נפלה קטטה בין הבעל הנז' ואשתו ומרדה בו ויש כתב ביד הבעל שהיא מורדת והן היום מתה האשה הנז' ובעת פטירתה הקדישה כל אשר לה לשמים מחצה לירושלים ומחצה לעניי עירה מוגאדו"ר יע"ה ועל זה קם הבעל ורצה לבטל צוואתה ולירש הכל כי הוא היורש לפי שהיתה ביניהם כד"ת של תורה ושם בעי"ת מוגאדור היה השד"ר הנז' נר"ו ולא רצה להיות נטפל בדין הצוואה אם היא קיימת או לא אך נטפל לדעת מהו דין המעות שיש להם בהאלבאנק"ו אם יקראו מוחזק וראוי הבעל לירש אותם או לראוי יקראו ואין לו בהם נחלה ועל זה השיב השד"ר הנז' דאין לבעל בהם זכות ירושה ונשאל מינן לחוות דעתינו בזה:

קושטא קאי כמ"ש הרב הפוסק נר"ו דאין לנו לדון אלא באשר הוא שם כמו שכתוב ביד הבעל כתב הבדי"ץ שהיא מורדת דב"ד בתר ב"ד לא דייקי והד"א ד"א כמ"ש הרב הפוסק מההיא דפסק הש"ע סע"ז ומור"ם ס"ץ המורדת בעלה יורשה ולא שאני לן בזה בין מורדת דבעינא ליה וכו' למורדת דמאיס וכו' ואפילו לאחר יב"ח שלא נשאר עליו חוב כתובה עכ"ז בעלה יורשה וכפשטא דלשון הרמב"ם דפסק הש"ע בס' ע"ז דכתב בזה"ל ואם מתה קודם הגט בעלה יורשה וכו' דפשט הלשון הוא דבגט תליא מילתא כמו שמבואר הדבר בהרב"י בס' ע"ז יעו"ש:

ועדיפא מזה כתב הרב וי"ץ בח"א קמ"ח בדין איש ואשה שנתרצו לגרש מתוך קטטה ונתפשרו שהיא תטול מלבושיה וכו' ומחלה לו בכתובתה בקש"מ והבעל נקש"מ לכתוב לה גט כריתות וכו' ועד שלא הספיק לגרש מתה האשה פסק שם שהבעל יורשה יעו"ש שאחר השקלא וטריא כתב ז"ל אחר זה מצאנו בס' זכו"ת אבו"ת בפס"ד אחד שהובא שם שכתבו הרבנים שאף שנתבטלה הכתובה ותנאיה כל עוד שלא נתן הגט הבעל יורשה יעו"ש מילתא בטעמא הרי לך דאפילו במי שהיה מזומן לתת גט וכבר נתרצו ונתבטלה הכתובה בקש"מ עכ"ז הבעל יורש אותה ובודאי הטעם הוא כמו שמפורש בדברי הש"ע בס"ץ משם רבינו הרא"ש דאין הירושה נפקעת אלא בגרושין גמורים וא"ך פשוט דהבעל הזה זכה בירושתה הן בנכסי צאן ברזל הן בנכ"מ כמ"ש הדבר בהרב"י סע"ז יעו"ש: אך

באמת במעות שיש לה בהאלבאנק"ו נראה דאין לו זכות לירש אותם והנה ראינו להרב הפוסק נר"ו שהביא דברי' הרב גו"ר דכתב דמעות האלבאנק"ו לראוי יחשבו וסיים על זה הרב הפוסק נר"ו וכתב ז"ל והגם דהרב חיים שאל הביא תשובה החולקת דס"ל דמעות האלבאנק"ו למוחזק יקראו והרב חיים שאל תמה על בעל התשובה איך נעלם ממנו דברי הרב גו"ר והניח הדבר דצריך להתיישב עכ"ז יורשי האשה קרוים מוחזקים ויכולים לומר קי"ל כדעת הרב גו"ר וכו' אלה היו תכלית דברי הרב הפוסק נר"ו ואנא אמינא דאפילו מצד הדין כך צריך לפסוק בלי טעם קי"ל דהא מצינו להרב זכת"ל במהדורא תנינא אות ריש שם העתיק דברי הרב חיי"ם שא"ל שכתב וז"ל הרב חיי"ם שא"ל סמ"ד ראיתי תשובה כ"י לאחד מרבני הדור שכתב דמעות שבבאנק"ו הוי מוחזק ונעלם ממנו תשובת גו"ר והסכים עמו מהר"י הלוי וכן פסק בתשובת יעבי"ץ ומהר"י חאגי"ז בשו"ת שת"י הלח"ם מחלק בענין הבאנקו"ס יעו"ש עכ"ל מסגנון הדברים האלה נראה פשוט דאזלינן בתר מאן דס"ל דמעות הבאנק"ו לראוי מקרו חדא דאין לנו להניח הני חבל נביאים שהם הגו"ר ומהר"י הלוי והרב יעבי"ץ נוסף על זה מהר"י חאגי"ז דמחלק במעות האלבאנק"ו הגם דלא זכינו לאור ספר שת"י הלח"ם לדעת מה המה אלה ומה מהותם ענין האלבאנקו"ס שמחלק בהם מסתמא האלבאנקו"ס שבזמנינו זה שמהותם הוא שמניחים הממון בהאלבאנק"ו של איזה מלכות בתורת הלואה ברבית ולוקחים הרבית מדי שנה בשנה ולכשירצה בעל המעות לקחת מעותיו מוכרח הוא למכור שטרו לאדם אחר על יד איזה נכוי וכו' וכו' מסתמא בודאי יסבור בהם מהר"י חאגי"ז ז"ל דאין בהם עדיפות משאר הלואות דקרוים ראוי ובודאי הני באנקו"ס המצוי בזה"ז ודאי הם מהאלבאנקו"ס דחשיב ליהו הרב ראוי:

וא"ך אין לנו להניח הני חבל נביאים ולתפוס כאותה תשובה יחידאה ומה גם לפי שכתב ותמה הרב חיד"א זלה"ה שמדבריו מוכח דבעל אותה תשובה נעלם ממנו דברי הרבנים הנז' איכא למימר אלו ראה לדבריהם לא הוה אותו גדול פוסק כן:

והגם דקי"ל דמאביי ואילך הלכה כבתראי וראיתי להרב פת"ש בחומ"ש סכ"ה סק"ח שהביא משם כנה"ג דהלכה כבתראי אפילו יחיד נגד רבים יעו"ש עכ"ז אין לנו לפסוק כאותה תשובה לפי מ"ש הרב חיי"ם שא"ל דבעל אותה תשובה נעלמו ממנו דברי הרבנים הנז' וא"ך הוא אין לילך אחריה שהרי פסק מור"ם שם בחומ"ש סכ"ה ס"ב לתשובת מהרי"ק שכתב ז"ל כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם כמו שלפעמים חולקים הפוסקים על הגאונים הולכים אחר האחרונים דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך אבל אם נמצא לפעמים

תשובת גאון ולא עלתה זכרונה על ספר ונמצאו אחרים חולקים עליו אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים שאפשר שלא ידעו דברי הגאון ואפשר אי הוי שמיע להו הוו הדרי בהו ע"ך הרי לך דאפילו הבתראי החולקים רבים הם בעינן דוקא ראו דברי הראשונים וחלקו עליהם הלאו הכי לא אזלינן בתרייהו וא"ך מזה נקח לנדו"ד דלא נמצאת כי אם תשובת יחיד דס"ל דמעות האלבאנק"ו קרוי מוחזק ולא ראה דברי הרבנים שקדמוהו כמ"ש הרב חיים שאל בודאי אין לפסוק כוותיה ואדרבא אמרי' אותו גדול אלו ראה דברי הרבנים הקודמים מיהדר הוה הדר ביה:

גם מטעמה אחריני יש לנו לומר דבנדו"ד יש לומר אפילו אותו גדול בעל אותה תשובה יודה כאן דלראוי מקרי דהא מצאנו בכלל הפוסקים כל מאי דמצינן לאשווי דעתייהו ולא לימא חולקים הכי עדיף דאפושי בפלוגתא לא מפשינן וא"ך יש לאשווי דעת אותו גדול מודה בנדו"ד דהוי ראוי והוא ע"פ מה שכתב מוהרי"ע ז"ל במנהגי עסקית יע"ש ס"ב שכתב דלמאן דס"ל הבכור נוטל פ"ש בעסקה אפילו בפלגא מלוה דוקא אם המתעסק היא בעיר הוא דמחשיב מוחזק אבל אם הוא חוץ לעיר בין בים בין ביבשה חשיבא ראוי אפילו בפלגא פיקדון יעו"ש וא"ך עפ"י סברא זו יש לנו לקרב דעת הגדול הנז"ל בתשו' הנז"ל דסברא דמעות האלבאנק"ו מקרי מוחזק היינו דוקא אם מעות האלבאנק"ו עמו בעיר אבל אם יהיה כנדו"ד בעיר אחרת אפילו אותו גדול יודה לשאר רבנים דזה מקרי ראוי והגם שבאמת בעסקה יש סברות הפוסקים דס"ל דלא שאני לן בין עמו בעיר או בעיר אחרת הפך סברת הרב מוהרי"ע משם רבו הנז"ל עכ"ז במעות האלבאנק"ו דמצאנו רוב מנין ורוב בנין ס"ל דמעות האלבאנק"ו לראוי מקרו ומיגרע גריעי מהעסקה איכא למימר בהו אפילו מאן דס"ל דהוי מעות האלבאנק"ו מוחזק עכ"ז איכא למימר דוקא לא אמר כן אלא אם הם עמו בעיר אבל כל שאינם עמו בעיר מודה לסברת הפוסקים הנז' דלראוי יקראו הואיל וכללא כייל לן דאפושי פלוגתא לא מפשינן וא"ך מינה יוצא לנדו"ד דבעלי המעות במוגאדור ורב המרחק בינם ובין האלבאנק"ו אפילו אותו גדול יודה דראוי יקראו ואין שם מוחזק עליהם ואין לזה הבעל שום זכות בהם:

גם ראיתי להרב הפוסק ששנה ופירש טעם לשבח דהואל ובשעת קניית נייר האלבאנק"ו באותה שעה הוו המעות בחזקת היתומה קיימי א"ך אין לה על היתומה עד כען כי אם מלוה בעלמא דוקא וכו' אמת נכון הדבר והדבר פשוט מצד עצמו דהואל והמעות הם של היתומה שירשה מאביה שהיה נושה בבעלי האלבנק"א הגם שהאלמנה נתפשרה עם היתומה ואמרה היתומה לאלמנה מעות האלבאנק"ו יהיו לך לבדך בפירעון כתובתך

לא קנתה אותם האלמנה והו"ל להיתומה לעשות לה כתיבה ומסירה על השטרות שיש לה על האלבאנק"ו והואיל ולא עשתה כתו"מ לא נקנו לה:

אך במה שראיתי להרב הפוסק נר"ו על פי דרך זו דלמלוה תחשב יצא לידון בדבר חדש דהיינו כל מה שלקחה האלמנה הנז' ובעלה שנשאת אח"ך מהרבית העולה לה מהאלבאנק"ו מחויבים הם להחזיר הואיל ומה שנתנו הוא בטעות ולעולם חוזר כמ"ש בסוף סכ"ה ובפרט גבי רבית דאפילו מתנה מדעתו אסור עיין בס' קס"ט סט"ו בישראל שאמר לזה לחבירו טול מעות וכו' דמשם יתברר דכל שהוא חייב באחריות יש בו משום אסור רבית וא"ך גם כאן הואיל ולא קנתה ניר האלבאנק"ו הדר דינה דהנך זוזי להיות חייבים באחריותם להסמ"ע כש"ש ולהש"ך כשואל וכיון דחייב באחריותן אפע"ג דרביתיהו מגוי עכ"ז אסור אלה היו דברי הרב הפוסק נר"ו ולע"ד אומר אני דאחר המח"ר לעד"ן דאין עליהם חיוב חזרה כלל דאם באנו מדין רבית הרי לכו"ע פשוט דאין כאן רבית קצוצה והלואי שתהיה אבק רבית שאינה יוצאה ואפילו תפס הלוה מפקינן מניה כמ"ש הש"ע בס' קס"א ס"ג יעו"ש:

ואם באנו מכח מה שנתנו הוא בטעות דהוי נדמה להם דזכתה האלמנה בנייר האלבאנק"ו והשתא שנודע ליהו דלא זכתה הוי כאלו טעו במה שנתנו גם בזה לא ידעתי מי גילה דעתם לנו דבאמת בטעות היו נותנים חדא דיש להשיב על זה מפשט דברי הש"ע דסו"ס כ"ה שמשם הרב הפוסק אייתי ראייתו יש להשיב על זה הרי שם סיים מור"ם וכתב ז"ל ודוקא שגילה דעתו וכו' וא"ך כאן מה גלוי דעת היה בשעת נתינה מיד היורשים הרבית ליד האלמנה ובעלה הן אמת דלכאורה נראה דדברי מור"ם אלו נראה דסותרים הם למ"ש מר"ן בסי"ב סי"ד ז"ל הכופר בפקדון ונתפשר עמו ומחל לי ואח"ך מצא עדים יכול לחזור בו וכו' הנה מסתמיות דברי מר"ן אלו וממה שלא הגיה מור"ם כאן כלום משמע דאפילו לא גילה דעתו יכול לחזור וא"ך נראה דהוי כסתראי אלא דכבר עמד על זה הרב כמוהר"ר יוא"ל ז"ל בתוש"י ס"י וסק"א והורה זקן לחלק דבמקום שיש אומדנא דמוכח לא בעינן גלוי דעתא והיכא דליכא אומדנא דמוכח בעינן גלוי דעתא יע"ש וא"ך כל שיש אומדנא שטעה לא בעינן גלוי אך עכ"פ בנדו"ד ליכא אומדנא כלל חדא דכ"ע ידעי דאין קנין לשטרות אלא בכתו"מ ומהיכן באה להם הטעות ועדיפא מזה עיין בסו"ס כ"ה בס' פת"ש שכתב דלא מצאנו להפוסקים שיבטלו הפשרה בטעות רק בטעות גמור בעיקר המעשה או כגון שחייבוהו הב"ד שבועה ומתוך כך הוצרך לפשר ונודע שטעו הב"ד וכו' אבל לא משום שהוא עצמו טועה בדינו ואין הב"ד מטעין אותו

וכו' יעו"ש וא"ך בנדו"ד ליכא שום אומדנא ולא הכר במה לתלות ומהיכן יש לנו לומר דטועים היו לכך נראה דאין על האלמנה והבעל שום חיוב להחזיר כלל הרבית שלקחו: ואדרבא לעד"ן דדבר זה נכנס במחלוקת ולסברת הסמ"ע אפילו רבית שלא לקחו עדיין יכולים לתבוע אותי לקחתו דלע"ד נראה דדין זה הוא כמו שפסק מור"ם בחומ"ש סרצ"ב ס"ו ז"ל אם בא בעל הפיקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח לעצמי והלה מעכב בידו חייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא אבל אם אומר הוצאתי אותם בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד הדין עם הנפקד ע"ך וכתב שם הסמ"ע בסקכ"ב דכיון שהוציאם ברשות יכול לומר השתתף עמי גם בהפסד אם תרצה בשכר עכ"ל וא"ך משם נביא לנדו"ד אפילו נניח דהמעות הם בחזקת היורשת הרי האלמנה תבעה כתובתה לעשות בהם סגולה דודאי פשוט וברור הכי הוא וא"ך הואל ולא נמצא לה מעות ממה להגבותה כי אם דמי האלבאנק"ו אינו בדין שתעכב אותם לעצמה היורשת להרויח בהם והאלמנה תשב רועה רוח ורודפת קדים אלא מחויבת לתת לה חלק בריוח שאינו בדין שתהיה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא הואל ונתפשרו האלמנה עם היורשת וייחדא לה שתגבה מעוף האלבאנק"ו בכתיבתה דהיינו שתטול מהאלבאנק"ו חלקה כפי ממונה הרי הוא ממש כדינא דדברי מור"ם שם בס' רצ"ב הנז' דסיים שם וכתב ז"ל אבל אם אמר הוצאת אותם בעסק אם תרצה קבל עליך וכו' וגם כאן הרי קבלה עליה האלמנה אחריות האלבאנק"ו בין תרויח או תפסיד ותו לא מידי. ואל תשיבני שאני התם דלא דבר מור"ם אלא בדין פקדון הוא דשייכי הני דינים אבל בדין מלוה איכא למימר לא. זה אינו דהא מצינו למר"ן בסו"ס פ"א שכתב ז"ל ראובן תבע לשמעון ריוח החוב שהיה עליו ואומר שהתנה עמו לתת לו ריוח ושמעון אומר שלא התנה עמו. שמעון פטור משבועה שאף לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשטה שנתחייב שמעון ואף אם אומר שמעון אח"ך אני אתן לך ריוח דברים בעלמא הם ויכול לחזור עכ"ל ושם הסמ"ע סקס"ח הקשה דברי מר"ן אלו עם ההג"ה דס' רצ"ב הנז' וז"ל עיין לקמ' סרצ"ב ס"ז בהגה"ת מור"ם דאם תבע ראובן משמעון מעותיו והוא מעכבן בידו שחייב לו הריוח מכאן ולהלאה וצריך לומר דכאן איירי כשלא הגיע זמן הפירעון אי נמי לא תבע מעותיו עכ"ל הרי לך דהסמ"ע מקשן אהדדי והוצרך לתרץ ש"מ דדין מלוה ופקדון שוה:

הן אמת דראיתי להש"ך שם בס' פ"א שהביא לדברי הסמ"ע מראש וע"ס והוסיף מדידיה וכתב ז"ל עי"ל דהתם מיירי בפקדון וכאן בהלואה וכו' וא"ך מדברי הש"ך אלו נראה דמחלק הוא בין דין המלוה לדין פקדון דודאי הש"ך בתירוץ זה לחלוק על הסמ"ע נתכוון וכמו שבאמת כן כתב הרב ברי"ת אבו"ת דהש"ך חולק על הסמ"ע יעו"ש. לזה יש כמה

תשובות חדא עכ"פ הרי לדעת הסמ"ע לא שאני ליה בין הלואה לפקדון שנית לענד"ן דיש לדקדק מדברי מור"ם גם הוא דלא שאני בין הלואה לפקדון כדעת הסמ"ע דהא מצינו למור"ם בסק"ך כתב ז"ל ראובן שהיה חייב לשמעון וכשהגיע זמן הפירעון אמר ליה שמעון שיתעסק בהם למחצית שכר ונאנסו אח"ך ביד הלוה חייב בכל האונסין כבתחילה מאחר שהיו בתחילה באחריותו ולא נשתנה מכח דבור בעלמא עכ"ל והנה יש להעיר בדברי הג"ה זו דנראה לכאורא דכמו דהמעות קיימי באחריות הלוה להיות נשאר חייב באונסין כדמעקרא דלא נשתנו בדבור כך הדעת דלא יתן מן הריוח כלום כדי דלא להוי המלוה קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד וא"ך לפי שטה זו היאך יוצדקו דברי מור"ם אלו עם דברי מור"ם דס' רצ"ב שכתבנו לעיל דפסק דמחויב הנפקד לתת הריוח וא"ך לדברי הסמ"ע הנז"ל דלא מחלק בין הלואה לפקדון וס"ל דגם במלוה אם אמר שיתן לו ריוח מחויב לתת לו א"ך קשיין דברי מור"ם אלו דס' ק"ך דמדכתב שהמעות ישארו באחריות הלוה כדמעקרא א"ך היאך יוצדק לתת לו הריוח הרי יש כאן איסור רבית ואין לומר דדברי מור"ם אלו איירי במקום דלא נתחייב הלוה לתת ריוח וכדמתרץ שם הסמ"ע בס' פ"א על אותו דין דמר"ן דסו"ס פ"א דאיירי בדלא הגיע הזמן עדיין או בדלא תבעו וגם כאן נימא דבזה דבר מור"ם ז"ל. זה אינו שהרי דברי מור"ם שם בס' ק"ך הכי הוא ז"ל ראובן שהיה חייב לשמעון וכשהגיע זמן הפירעון אמר לו שמעון שיתעסק בהם וכו' הרי לך מלשון זה דבהגיע הזמן ותבעו איירי וא"ך קשיין דברי מור"ם אהדדי היאך כתב דישאר הלוה חייב באונסין הואל ובס' רצ"ב מחייב ללוה לתת הריוח אלא דלתרוץ זה הרי מצאנו תרופה מן התורה מדברי הרב נתיבו"ת המשפ"ט בס' קע"ו ששם הוכפלה הג"ה זאת דס' ק"ך יעו"ש וכתב שם עלה הרב נתיבו"ת המשפ"ט דהיינו דוקא אם נאנסו המעות בידו קודם שנעשה בהם העסק אבל אם כבר קנה סחורות לשם שותפות האחריות של הסחורה הוא לשותפות יע"ש וא"ך בזה נחה שקטה קושייתינו על דברי מור"ם דאיכא למימר כדברי הסמ"ע דלעולם לא שאני בין הלואה לפקדון ולעולם אם הגיע זמן הפירעון ותבעו מחוייב לתת לו הריוח כמ"ש בס' רצ"ב אך על כל פנים כל זמן שלא קנה סחורה מחוייב הוא הלוה באחריות והוא פסק דס' ק"ך והוכפל בס' קט"ו וכמש"ל הרב נתיבו"ת המשפ"ט: ומעתה הדרן למאי דאתן עלה דאמרן דמדברי מור"ם מוכח כדברי הסמ"ע דלא שאני בין מלוה לפקדון הנה יש לנו לדקדק זה מדברי מור"ם עצמו דאפילו במלוה אם בהגיע הזמן אמר לו שיתעסק בהם שהדין הוא שיהיה חייב לתת לו הריוח יש לדקדק זה מדכתב זל"ה דבאונסין עדיין חייב בהם כמו בתחילה ע"ך מלשון זה שאומר עדיין חייב כבתחילה מה הלשין אומר כבתחילה לדעת הש"ך דס"ל

דאפילו הגיע הזמן ותבעו לא חל עליו חיוב לתת ריוח כלל וכמו שהיו מלוה מעיקרא כך ישארו א"ך מה הלשון כבתחילה דאמרי הרי לא שאני לן בין מעקרא קודם שיאמר לי יתעסק בהם לעתה שתבעו ואמר לו שיתעסק מעולם לא נשתעבד לו להיותם בידו בתורת עסקה וא"ך מה לשון כבתחילה. אלא מוכרח לומר דדעת מור"ם היא היכא דהגיע הזמן ותבעו ואמר לו יהיו בידך למחצית שכר דין הוא שנשתעבד לו אך עכ"פ קודם שיקנה הסחורה דין הוא שעדיין הם באחריותו כבתחילה הגם דעתה משעה דהתרה בו הדר דינם לדין שותפות עכ"פ דוקא אחר שיקנה הסחורה אזי תהיה לאחריות שניהם אבל כל זמן שעדיין לא קנה בהם הסחורה הרי הם נדונים כבתחילה והכל יבוא על נכון הרי לך מדברי מור"ם מוכח כדברי הסמ"ע דלא שאני לן בין הלואה לפקדון וידוע דבמקום דלא גילה מר"ן דעתו קי"ל כמור"ם וא"ך עלה בידינו דלא מבעייא הרבית שאכלו הבעל ואשתו מהאלבאנק"ו פשיטא דזכו בו אלא אפילו מה שעדיין לא קבלו מהאלבאנק"ו יכולים לתבוע: מכ"ש מה שכבר אכלו אפילו לדעת הש"ך דמחלק בין דין מלוה לפקדון עכ"פ מה שכבר קבל לית דין ולית דיינא דמותר דהא דברי הש"ך דמחלק בין מלוה לפקדון לא חלק ביניהם אלא אם היה פקדון ואמר לו יהיו בידך להתעסק בהם נשתעבד אבל בהלואה לא נשתעבד אבל אם הלוה נתן לו הריוח מצד עצמו פשוט דמותר לקבלו ואין בו שום איסור שכך מדוקדק לשון מר"ן דסו"ס שכתב ז"ל ראובן תבע לשמעון וכו' דברים בעלמא הם בלא קנין ויכול לחזור ע"ך הרי לך דמצד האיסור אין כאן שום איסור אלא דמצד הקנין לא נשתעבד ויכול לחזור ואם לא רצה לחזור הרשות בידו וכן בא הדבר בספר גוא"ל זלה"ה בסו"ס ק"ך בחומ"ש וכן בא הדבר בדברי הש"ך עצמו ביור"ד קע"ז ס"ק מ"ט משם הרב"ח דאפע"ג דאין לגבות הריוח ממנו בע"ך מ"מ אם רוצה המקבל לקיים התנאי שהתנה בע"פ יכול לקבל ממנו ופשוט:

וא"ך הדרן למאי דאתן עלה לנדו"ד הואל ובמות הבעל תבעה האלמנה דמי כתובתה ומעות הנלב"ע היו נתונים בהאלבאנק"ו לעשות בהם סגולה וכשהגיע זמן פירעון כתובת האלמנה תבעה אותם ליורשים להגבותה וייחדום לה בהאלבאנק"ו וקבלה אחריותם בין לשכר בין להפסד פשוט דבדבור בעלמא מעות אלו הדר דינם כדין עסקא ונסתלק שם הלואה מהם אפילו כבר היה עשוי העסק עכ"ז חלה עליו השותפות ביניהם וכמ"ש בס' רצ"ב כאמור ואין כאן שום ריח רבית כלל למה שקבל אליבא דכ"ע ולדעת הסמ"ע ולדעתי דגם מור"ם הכי ס"ל דאפילו מה שעדיין לא גבו יכול לתבוע:

אך צריכין אנחנו למודע"י לדעת לפי האי שטה דהשתא דחשבינן לזה המעות של האלבאנק"ו כאלו הם היו הלואה מעקרא דמי כתובה ביד היורשים ומשעה שתבעתם

ליורשים לפרוע לה וייחדו לה כנגדם מדמי האלבאנקו"ס הדר דינם כאלו הם עסקא ביד היורשים כההיא דס' רצ"ב א"ך צריכים אנחנו לדעת מה דינם אם הם קרוים ראוי או מוחזק הנה לדעת הש"ך הנז"ל דס"ל דמעו' הלואה אינם נקנים בדבור ולא חל עליהם שם עסקא בודאי לא תבעי לן דודאי אין כאן שום מוחזק אלא ראוי יקראו ולא תבעי לן אלא אליבא דהסמ"ע דס"ל דאפילו בהלואה לאחר הזמן אם תבעם ואמר לו יהיו בידך בעסקא נעקר מהם שם הלואה והדר דינם לדון כעסקא לזה יש לנו לדעת בכאן אם קרוי שם הלואה עדיין עליהם אפילו הדרו כדין עסקא לתת מהם ריוח או לא:

והנה בדין עסקא גופה אם מת והניח עסקא לבניו ביד אחרים מצאנו מערכה לקראת מערכה יש כת הסוברים דעסקא קרוי מוחזק אפילו לגבי חלק המלוה ויש כת הסוברים דחלק הפקדון קרוי מוחזק וחלק המלוה קרוי ראוי ויש כת הסוברים דאפילו חלק הפקדון קרוי ראוי עיין עליהם הלא המה בספרתם ומצינו דמור"ם דקי"ל הלכתה כוותיה פסק בס' רמ"ח בדין הבכור ז"ל היו לו שותפות ביד אחרים מקרי מוחזק עכ"ל הן אמת דסברא זו של מהרי"ק שפסק מור"ם דמי שיש לו שותפות ביד אחרים מקרי מוחזק מצאנו ראינו להרב חוט המשולש שפירשה דדוקא כשהיתה הסחורה בעיין דאזי חשבינן ליה שזהו מה שהניח אביו בעיין אבל בנותן מעות בתו"ע אפילו חלק הפקדון קרוי ראוי הואל ויכול לסלקו באיזה שירצה יע"ש בפת"ש רע"ח סק"ד וסק"ו יעו"ש אך נגד זה יש כת החולקים עליהם עיין שם וא"ך נראה דבנדו"ד דמוכרחים להכריח עצמנו להכניס בסלע המחלוקת א"ך נראה דצריך לבוא לדין קי"ל ולהכניס עצמינו בסלע המחלוקת מי קרוי מוחזק:

אך באמת לענ"ד נראה פשוט דבנדו"ד כו"ע יודו דעסק זה אין שם מוחזק עליו דהא מאן דס"ל דעסקא קרוי מוחזק טעמו הוא משום דאמרו חכמים למה קרו ליה עסקא משום דאין לו רשות לעשות בעסק זו שום דבר אפילו למשתי ביה שכרא מכח זה חשבינן מה שנתן לו בעסקא כאלו מונח בתורת פקדון וכל היכא דאיתיה ברשותא דמרא איתיה אבל בכעין נדו"ד דלא נהנה האלמנה שום דבר מידה אלא חכמים חייבו את היורשים לתת ריוח לאלמנה הואל והגיע זמן הפירעון דידה ותבעה חובה והם יחדו לה לגבות מהאלבאנק"ו ודנים אנו בזה דהוי כאלו חזר החוב עסקא כההיא דס' רצ"ב ובזה יהיה מותר לתת לה ריוח וגם אפילו תורת חיוב איכא עכ"פ עד גדר לחשוב מחשבות דחשבינן לה דהוי מוחזק למי דקרי לעסקא מוחזק זה לא תיסק אדעתין דהא טעמו מפורש דחשבינן כאלו מעות העסקא בעין ביד הנותן דחשבינן כאלו פקדון ביד המקבל וכל היכא דאיתיה ברשותא דמרא איתיה אבל זו האשה מה מעות נתנה מידה למחשב

להו כאלו הם עדיין ברשותה וזו בודאי סברא שלא ימצאו עליה חולקים דלכו"ע נדו"ד מצד שהיתה הלואה ביד היורשים ושם ראוי עליה הגם שחזרה לקחת ריוח האלבאנק"ו דחשבינן כאלו הדרו לדין עסקא עכ"פ ראוי מקרו ופשוט:

ואך קם דינא מהני תרי טעמי הן מצד דמעות האלבאנק"ו רוב מנין ורוב בנין סברי דראוי מקרו. הכי יש לנו לדון הן מצד דכבר בררנו דאין לדון כסברת אותו גדול בעל אותה תשובה הואל ונעלמו ממנו דברי הרבנים שקדמוהו כמש"ל הן מצד דסברא מוסברת וחובה עלינו לאשווי דעת הפוסקים ולא לאפושי במחלוקת יש לנו לומר דגם אותו גדול לא אמר דמעות האלבאנק"ו קרוי מוחזק אלא באם היו יהיו עמו בעיר אבל בכגון נדו"ד דרב המרחק סברא הוא לומר דבזה לא פליג וכמש"ל:

ואת רבע זו טעם האחרון דעדיין אין לאלמנה זו כי אם שם הלואה הואל ומכח הלואה של כתובה היא באה באמת הגם שזכתה בפירות מטעם דאמרן עכ"פ לא נקנו לה לגמרי להקרותם מוחזקים בידה:

ומעתה הבוא נבוא למאי דסליק במחשבה בתחלת ההשקפה והוא מה שנרגש הפוסק ג"ך על נדו"ד שהכניסה לו מעות האלבאנק"ו בשעת הקידושין מה דינייהו אי חשבינן להו כשאר הלואות דלא ירית להו או נימא כאן שאדעתה דהכי עמדו וקדשו שאני ועל זה ראיתי להרב הפוסק נר"ו הביא מחלוקת הפוסקים במכנסת לי מלוה בתורת נצ"ב ומנ"ר הוכיח במישור דבנדו"ד לנכסי מלוג יחשבו וכתב דבנכסי מלוג פלטי לן מפלוגתא ואליבא דכו"ע ראוי מקרי אלה תוכן דב"ק:

קושטא קאי כוותיה ומטעמיה דדין נדו"ד דין נכסי מלוג יקראו אך במה דפסיק ותני דבנכסי מלוג פלטי לן מפלוגתא לא כן נראה מדברי הרב דרכ"י נוע"ם ס"ס גם מדברי מהריט"ץ סרע"ט מבואר כן דגם בנכסי מלוג שהכניסה לו מחלוקת יעו"ש וא"ך הרי הדבר דדין נדו"ד במחלוקת הוא שנוי הואל ובשעת קידושין הכניסתם אם יזכה הבעל לירש אותם או דינם כשאר הלואות וא"ך עתה הפעם מוכרחים אנן להכניס עצמינו בסלע המחלוקת כאן מי קרוי מוחזק אם הבעל או היורשים ומה שיש להשיב זה הנה כבר נודע דדבר זה הרי הוא שנוי במחלוקת רבותינו הללו מימינים והללו משמאלים והרוצה לעמוד עליהם הלא המה בספרתם כי לא עת האס"ף והרוצה לעמוד על דבריהם יראה בעין השכל דרוב הנכר לעין ויותר המה הסוברים דהיורשים הם הקרוים מוחזקים עיין עליהם ותמצא דהכי הוא וא"ך הואל ורוב הפוסקים ס"ל דהיורשים קרוים הם מוחזקים כוותייהו נקטינן דהכי מצאנו ראינו להרה"ג מוהררי"ט אלנקאווא זלה"ה בספרו שבית"ת יו"ם טו"ב סימן ה' בדף מ"ב ע"ב ששם כתב בתוך פסקה אחת ז"ל והוא

משום דקי"ל דהיכא דפליגי הפוסקים מי הוא המוחזק אזלינן בתר רוב הפוסקים לומר קי"ל עכל"ה א"ך מזה נדון ונובין לנדו"ד דרובה דמינכר כולהו סברי מרנן דהמוחזקים הם היורשים והם קרוים מוחזקים כוותיהו נקטינן והיורשים אמור יאמרו דקי"ל כהפוסקים דסברי מכנסת הלואה לבעלה בשעת קידושין ראוי מקרי: נוסף עוד לא מלבד דמצינו להרב שבית"ת יו"ט דאזלינן בתר רוב הפוסקים במקום דאיכא מחלוקת מי קרוי מוחזק נוסף על זה הרי מצינו להרב אחרון שהכריע למנקט כדעת הפוסקים דס"ל היכא דאיכא מחלוקת בין הבעל והיורשים היורשים הם מוחזקים והילך מה שראיתי להרב ערך השולחן בחלק אהע"ז בס"ק אות וא"ו שנסתפק באשה שהכניסה לבעלה בכלל הנדוניא שטר משכונא בתורת נ"מ ומעיקרא נסתפק אם שטרא משכונא ראוי מקרי או מוחזק ואחר שפסק ספק זה חזר וכתב ז"ל ועוד יש להסתפק בנ"ד דאיכא למימר בעל יורש אותה משום דבנשואין הכניסה לו השטר דאפילו בתורת נ"מ הוי כלוקח וכהאי גוונא קי"ל בחומ"ש סס"ו סי"ב דבמכנסת שטר לבעלה אינה צריכה כתיבה ומסירה ואפילו היו נ"מ ע"ש וכן ראיתי להרב ד"ן ס"ס שכ"ד והביא דבריו הרב יד אהרן בהגב"י אות וא"ו ע"ש אבל ראיתי להרב חו"י שדחה דבריו וס"ל דאפילו הכניסה לו בנדוניא דהוה נכסי צ"ב אין הבעל יורשה והרב שבו"י ח"ב דחה דבריו והסכים דבנכסי צ"ב הוי כלוקח אותה אבל בנ"מ שאינן באחריותו אינו יורש והביאה הרב יד אהרן ומ"מ מדי ספיקא לא נפקה ועוד דלא פסק מר"ן כמהר"י ן' מיגש אלא בבכור דכל ספק שיש בין בכור לפשוט כתב הכנה"ג בתשובה ח"א סר"ה דאם המחלוקת בין הפשוט לבכור אם יש לו לבכור בנכסים או לא הפשוט הוא המוחזק והבכור הבא להוציא מידו עליו להביא ראיה שיש בנכסים די בכורה ע"ש ונראה דה"ה בכל ספק שיש בין הבעל ליורשי האשה אם יש לו לבעל בנכסים שהם ראוי יורשי האשה הם מוחזקים וכן ראיתי להרב פר"ח מט"ה אהר"ן ח"ב סקי"ד שכתב כיון דירושת יורשי האשה ודאי וירושת הבעל ספק אין ספק מוציא ודאי וכ"ך הרב משפט צדק ע"ש עכ"ל א"ך מטעם זה לחוד הוה די לומר דיורשי האשה הם המוחזקים לומר דבמכנסת לו נ"מ בשעת קידושין לראוי יחשבו דהואל והרב אחרון ער"ך השולח"ן לפניו נגלו מחלוקת הפוסקים והרב הכריע דיורשי האשה הם קרוים מוחזקים כוותיה נקטינן וכמ"ש לעיל משם מור"ם דפסק בס' כ"ה דמאביי ואילך פסקינן כבתראי וכן נמי כתב שם בריש הסעיף דבמחלוקת הפוסקים אל יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת אלא אם הוא חכם ויודע להכריע בראיות הרשות בידו וכו' יע"ש וא"ך בנדו"ד הואל וחזינן לרב אחרון שדעתו נטתה בהכרעתו כדעת הסוברים דנ"מ שהכניסה לו ראוי מקרו הכי נקטינן: ועדיפא מזה מצאתי ראיתי לרבותינו

רבני המערב סבוראי ובתראי הלא המה הראשון אדם אבי התעודה תנא דאורייתא רב אד"א בר אהבה זיע"א בספר בא"ר מי"ם חיי"ם דהרבה להשיב ולחזק במסמרות נטועים דאין לנו לתפוס אלא כשטת הרמב"ם דסוגיין דעלמא אזלא כוותיה דפסק ירושת הבעל אינה אלא מדרבנן יעו"ש בספר הנז' מדף ק"י עד סוף דף קי"ד דמשם דיורשי האשה הם קרוים מוחזקים לגבי הבעל יעו"ש:

נוסף על זה ראיתי להרה"ג אחרון חביב מוהר"ר יוא"ל זלה"ה בחלק שני ס"ב בדף ה' ע"ב שכתב ז"ל וגם הטעם שכתבו החכמים הפוסקים יצ"ו דמשום ששטרי המשכונות הללו הכניסה אותם האשה לבעלה מכלל הנדוניא ונתחייב בהם בכתובה זכה בהם מאותה שעה מכלל נכסי צ"ב שאחריותם עליו וירית להו בעל אפילו מקרו ראוי הוא טעם נכון ומסתבר וראוי לשמוע דהא ודאי כיון שאחריותם עליו שאם פחתו פחתו ליה וכו' כיון שנזקף עליו בכתובה מכלל נצ"ב הוו ודין צ"ב אית להו וכו' וכו' יע"ש באורך דמשם באירה בין לדעת הרה"ג יוא"ל ובין הרבנים בני דורו הנז' שם כולהו סברי מרנן דבנכסי מלוג אפילו הכניסתם לו בשעת נשואין לא ירית להו בעל ע"ש באורך הרי דהרב אחרון אחרין ורבני דורו כולהו עלו בהסכמה דיד הבעל על התחתונה והיורשים הם המוחזקים וא"ך מי יבוא אחרי המלכים האלה רבנן דבני מערבא שאנחנו תמיד שותים בצמא את דבריהם על כן המפקפק בזה אינו אלא מהמתמיהין ותו לא מידי:

ומעתה הבוא נבוא למה שראיתי שהרב הפוסק נר"ו שהוסיף להפך בזכות יורשי האשה מכח התנאי שהתנו ביניהם שאין להם בנכסים וכו' דחשיב הבעל סלק עצמו מירושתה דפסק הש"ע בס' צ"ב ס"ז וכו' וראיתי לו שעלה ונסתפ"ק דאולי שטר זה היה אחר הנשואין או קודם ארוסין דלא מהני והגם שכתוב בשטר חי"ע הארוס והארוסה דילמא לאו ספרא דווקנא הוא ויד בעה"ש על התחתונה והוצרך למצוא תרופה ממ"ש הש"ע דבמילתא דמתבטל השטר לא אמרינן יד בעה"ש על"ה ועוד הואל וכתוב דלא כאס' וקי"ל דבמקום דכתבי כאס' אין אומרים יד בעה"ש על"ה וכו' לענד"ן דבנדו"ד לא היה צריך לזה כלל דנדו"ד לא נכנס בספק זה דלא אמרו אלא בלשון המסופק בשטר עצמו שמתפריש לתרי אנפין בזה הוא דאמרו יד בעל השטר על"ה וכמ"ש הרב כנה"ג בס' מ"ב סכ"ב ובהגהות הרב"י סי"ט יע"ש אבל בכגון נדו"ד שאין הספק יוציא מלשון השטר עצמו שהרי קרי בחיל ארוס וארוסה מהיכא תיתי להסתפק:

ואם באנו להסתפק דילמא לאו דווקנא הוא וקרי לשדוכין ארוסין הרי ספק זה אינו יוצא מכח השטר עצמו אלא מצד עצמו נקיט ואתי ולספק זה הרי פשוט ועוד הוא מדברי הש"ע סו"ס ס"א ז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין עליו על פי אותו דקדוק ולא אמרינן

האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין כך ומפני זה כתב אותו לשון ע"ך הרי אפילו לענין דקדוק דנין ע"פ הדקדוקים ולא אמרינן לא גמיר מכ"ש שאין לומר דלא ידע בין ארום למשודך ופשוט:

אך יש לפקפק בעקר הדין דחשיב ליה סלק עצמו מהירושה הואל והתנה שאין לו בנכסים וכו' והפקפוק הוא מה שנרגש הרב הפוסק עצמו גם הוא שכתב ז"ל ואם יאמר האומר דהכא לא סלק מהירושה לגמרי רק קבל שאם יהיו לו בנים ירשו וכו' באמת לע"ד נראה דלאו פקפוק בעלמא הוא דהכי נראה פשוט באמת דאין כאן סלוק וכוונת הדברים כך מורה דבמקום שלא הניחו בנים הדר דינא למי שראוי לירש הוא ירש והבעל יורש את אשתו ואי משום דסלק את עצמו וכתב שאין לארוס שום שליטה בנכסי האלבאנק"ו לא למכור וכו' הרי שוברו בצדו דלא סלק אלא כדי שירשו אותו בניו ולא זיכו אלא לבנים אבל אם לא יהיו להם בנים הדר ממונא למריה שהיא האשה והבעל יורש את אשתו:

ועוד לפי דעת הרב הפוסק נר"ו דס"ל דהואל וסלק עצמו מגוף הנכסים בתנאי שלא למכור הוי כאלו סלק עצמו מהירושה אתמיהא שהרי כמו שכתב איהו שסלק עצמו גם היא כתבה וסליקה עצמה וזיכו הכל לנולדים מהם והאם נאמר שגם היא סליקה עצמה מהירושה של זה המעות ולא נשאר לה בהם שום זכות בין יהיה להם זרע או לא יהיה א"ך מאן אכיל להו. אלא מוכרח דמעות אלו הכניסה אותם לו בתורת מלוג והקרן ישאר לבניו ואם לא יהיו בנים הדר דינהו לדין מלוג שהבעל הוא היורש:

ומה שהביא הרב הפוסק מדברי הראשונים זלה"ה שהובאו דבריהם בס' כר"ח סק"ה אדרבא משם נראה סייעתא לדידן דאפילו רבני פאס לא דברו אלא בדלא היה לו זכות לא בחייו ולא במותו בהתם דאפילו פירות לא היו לו וכמו שנראה מפורש מדבריהם שכתבו בתחילת דבריהם ז"ל שאני הכא דקנו מידו ונסתלק מהגוף ומהפירות והירושה וכו' ובסוף דבריהם חזרו וכתבי וכיון דקני מידו ונסתלק מגוף הקרקע ומהפירות והירושה מועיל וכו' הרי לך דשנו ופירשו בתחילת דבריהם ובסוף דבריהם דלא פסקו כך אלא משום דלא היה לו שום זכית אפילו של פירות וא"ך אדרבא משם נלמד לנדו"ד שהפירות היו של הבעל מזה מוכח דבתורת מלוג הכניסתם אלא שהטילה תנאי שלא ירשם הבעל.

וקצת ראיה לזה מדברי הרב תור"ת חס"ד ספ"ג ששם נשאל בראובן שנשא רחל והכניסה לו הנדוניא מחצה מבית אביה ומחצה מבית שרה אמה וכתיב בכתובת רחל הנז' בדף התנאים תנאי ההשבון בזה האופן שיחזור ליורשי הכלה ממשפחת בית אביה מחצית מה שהכניסה לו בלבד שתקח אמה מחצית מה שנתנה לה ונפטרה שרה אמה של רחל תחילה ואח"ך נפטרה רחל בלי זש"ק ובאים יורשי שרה ותובעים מראובן הנז' שיחזור

להם מחצית מה שנתנה שרה לבתה כיון שהם יורשי שרה והוא אומר שהוא לא נתחייב אלא לשרה אמה וכיון שמתה שרה פקע חיובא יעו"ש דפסק ותני משם מהריב"ל וקצת גדולים ואף לדידיה פשיטא ליה דאין ליורשים זכות אלא לבעל משום דאמרינן לגבי אמה נתחייב וסלק זכותו מההשבון ולא ליורשיה וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד דלא סלק עצמו אלא לגבי בניו ולא לשאר יורשי האשה ותו לא מידי:

ודעדיפא מזה מה שראוי לדקדק בענין זה במה שנתחייבו בשעת הארוסין שלא נשאר להארוס ולארוסה שום זכות בגוף הקרן של המעות שבבאנק"ו זולת הריוח שיעלה בהרבית וגוף הקרן של הממון הקנו אותו להבנים אשר יולדו להם בזה יש לפקפק באמת ממה דקי"ל אין אדם מקנה לדבר שלא בל"ע ואפילו לבניו כל זמן שלא היתה אשתו מעוברת ע"ש בחומ"ש סר"י ועדיפא מזה הוא נדו"ד שהזכוי בא מצד האם שהממון שלה הוא והיא המזכה לאשר יולדו להם והרי מצינו להרב המבי"ט הביא הרב בנ"י חי"י דבאם לא אמרינן קרובה דעתה אצל בנה ואפילו זיכתה לעובר בידה לא קנה יעו"ש א"ך פשוט בנדו"ד דלא זכו הבנים ומעשה קוף בעלמא עשו הבעל ואשתו:

הן אמת דעלה על הדעת גם כאן לומר דהואל ובשעת הקידושין היה תנאי זה גם זה נכנס במילתיה דרב גידל דפרק הנישא דק"ב דקי"ל כוותיה הן הן דברים הנקנים באמירה וא"ך איכא למימר דגם לדבר הזה מהני אך ומה נענה למרן דאתרא דאדידיה קא סמכינן דפסק בס' נ"א כהרמב"ם שכתב דבעינן שיהיו הדברים מצוים ברשותם משום דקי"ל שאין אדם מקנה דבר שלבל"ע וכו' יע"ש וא"ך מכ"ש למקנה למי שלבל"ע דהא שם בבתרא מבואר דאפילו למאן דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע הני מילי לדבר שישנו בעולם אבל למי שאינו בעולם לא יעו"ש וא"ך הואל ומר"ן פסק דאפילו להקנות ביניהם דבר שאינו מצוי אינו נקנה באמירה מכ"ש להקנות לנולדים שאינם בעולם ודאי שאין קנינם קנין:

והן אמת לכאורה יש לחלק כמ"ש הרב הפוסק נר"ו דשאני תנאי זה שהתנו ביניהם שהנולדים יזכו בירושת האלבאנק"ו לאו מדין זכייה נגעי בה אלא כאלו הבעל סלק עצמו ויכול להתנות ולסלק עצמו בין מדבר שלבל"ע הן למי שאינו בעולם וא"ך יכולים לומר דהגם דפסק הש"ע דאינם יכולים להתנות על דברים שאינם מצוים היינו משום דיש צד קנין ואין אדם מקנה דבשלבל"ע אבל בכגון נדו"ד שמתנים שהנולדים הם ירשו לא הוי לגבי הבעל אלא סלוק מירושתו ויכול הוא לסלק וכמו שכן באמת ראיתי להרב מהרשד"ם בחאהע"ז סק"ו שנשאל במי שהתנית עם בעלה בשעת הנשואין שהבן הנולד מהם ירש כתובתה יע"ש שאחר שפקפק ממאי דקי"ל דאין יכול אדם להקנות למי שלבל"ע לסוף כתב דהאמת הוא דתנאם קיים משום דאין כאן קנייה אלא מטעם סלוק

שסלק עצמו מירושתה יע"ש וכן ג"ך ראיתי להרב תור"ת חס"ד ספ"ג שגם הוא פסק בסכינא חריפא דהתנאי שמתנים שהנולדים ירשו הוא תנאי קיים יע"ש וא"ך גם כאן נימא הכי אלא דרואה אנכי דנדו"ד לא דמי לנדון שדבר בו מהרשד"ם ותור"ת חס"ד דהם דברו במי שעמדו ונשאו והתנו שהנולדים הם ירשום ואזי קיימו תנאם מהטעמים הנז"ל אבל בנדו"ד שבא כתוב בשאלה בזה"ל וגם שטר אחר ענינו שאין להארוס והארוסה הנז"ל שום שליטה בנכסי האלבאנק"ו לא למכור ולא וכו' כי אם הפירות דוקא כל ימי חייהם והקרן ליורשים אחריהם עכ"ל מלשון זה דכתבו דאין להם שליטה נראה דנתכוונו מעתה לזכות להם הקרן וא"ך נראה דזכייה זו כמאן דליתה הן מצד דאין אדם מקנה למי שלא בל"ע כדאמרן הן מצד דמעות אין להם קנין אפילו בק"ס וא"ך מחזי דקנייה זו מעקרא כמאן דליתה שהקנה לנולדים:

ואל תשיבני דסו"ס אפילו נימא דלגבי הקנייה מעקרא נתבטלה עכ"פ הרי לגבי תנאי הבעל מיהת נימא יהיה תנאי קיים שלא ירש מעות אלו אלא יהיו לבניו אחריו וקי"ל דתנאי זה מהני מדין סלוק כמש"ל משם מהרשד"ם והרב תור"ת חס"ד. זה אינו דהואל ובשעת נשואין התנו ביניהם כך שהיא זיכתה להם לבנים הקרן ואדעתא דהכי קבל עליו שלא ירש הוא אלא הבנים איך זה תלוי בזה דלא קבל עליו אלא משום שזיכתה לבנים ואדעתא דהכי מחל וסלק עצמו אבל עכשיו שנעקרה המתנה גם תנאו שהתנה שלא ירש בטל וזה א"צ לפנים ודבר פשוט הוא ועדיפא מזה עיין בס' מהרשד"ם סקי"ט וא"ך נראה דלא דינין בזה דין הבעל שסלק עצמו מהירושה. ולא ידעתי איך ולמה הרב הפוסק לא שת לבו לזה לדקדק בזה דמלשון השאלה נראה דנתכוונה לזכות לנולדים מהשתא והיאך יקנו ועיין למהרשד"ם דפסיק ותני דמה שכתב דתנאי שמתנים שהנולדים ירשו מהני היינו לירש נדוניית האשה אמו של הנולד משום דהוי כאלו הבעל סלק עצמו מהירושה אבל התוספת שמוסיף הבעל מדידיה לאשה לא מהני תנאי זה לירש אותו הנולדים דהואל וממונו הוא הוי כאלו מקנה דידיה לנולדים ואין אדם מקנה למי שלבל"ע יעו"ש והביא דבריו הרב החבי"ב בס' צ"ב הגה"ט ס"ח יעו"ש וא"ך מכ"ש נדו"ד פשוט דלא קנה ואפילו המצא ימצא דשטר זה שכתבו האשה ובעלה שהבנים הם יזכו בקרן היה בתורת חיוב כמו שבאמת כך כותבים כל שטרי בני מערבא שבכל שטר כותבים אותו בלשון חיוב עכ"ז לא מהני שהגם דקי"ל אדם מחייב עצמו בדבר שלבל"ע כמ"ש בס"ס ס"ו יעו"ש עכ"ז מי שנתחייב למי שלבל"ע אין חיובי חיוב וכמו שמבואר מדברי הש"ע ס' ס"א ס"ד דבעי שיהיה ילוד בשעת הלואה יע"ש והטעם הוא משום דאין אדם משתעבד למי שלבל"ע והגם דבנדו"ד מיירי במתחייב להנולדים בניו אין זה מעלה ולא

מוריד דכל שאין העובר במעי אמו לא שאני לן בין בניו לאדם דעלמא כמ"ש מר"ן בסר"י דדוקא היתה האשה מעוברת וא"ך גם לענין חיוב ודאי אפילו לבניו לא מהני חיוב משום דאין אדם משתעבד למי שלבל"ע וכמ"ש הש"ע בס' ס"א ס"ד הנז"ל ועיין למוהרשד"ם הביא דבריו הרב ער"ך השלח"ן דס"ל דאין אדם משתעבד למי שלבל"ע וכ"ש להקנות למי שלבל"ע יעו"ש דמדבריו באירה דאפי' לנולדים בניו יעו"ש:

מעתה תבנא לדיננא לענין הדין דאתינן עליה הד"א שהמעות האלבנק"ו לראוי יקראו מהטעמים הנז"ל חדא דהואיל ורוב הפוסקים ס"ל דלראוי יקראו זולת אותו גדול שהביא הרב חיד"א זלה"ה וא"ך פשוט דכסברת רוב הפוסקים נקטינן. שנית הואל והרב חיד"א זלה"ה מדבריו מוכח דאותו גדול לא ראה תשובת הפוסקים שקדמוהו דסברי מרנן דלראוי מקרו א"ך דין הוא לומר דכוותיהו נקטינן דאלו ראה דברי הגדולים שקדמוהו לא הוה פוסק כן וכמ"ש לעיל מילתא בטעמא. שלישית הואל ומעות האלבאנק"ו הם חוץ לעיר סברא הוא לומר דלא מפשינן מחלוקת בין אותו גדול להפוסקים שקדמוהו וכמ"ש ג"ך לעיל. ואת רבע הואל והמעות האלו לא היו של האלמנה אלא של היתומה וזיכתה אותם להאלמנה בעד חוב כתובתה לא נקנו מעקרא כלל להאשה ואין זה כי אם כשאר חוב בעלמא וכמ"ש לעיל וא"ך נראה פשוט מכל הני טעמי דדבר זה מוסכם אליבא דכ"ע דאין לבעל שום זכות במעות האלבאנק"ו ואפילו נניח שהדבר במחלוקת שנוי עכ"ז כבר בררנו דהבעל הוא הקרוי מוחזק הן מצד ע"ש הרב שבית"ת יו"ם טו"ב דבמקום דאיכא מחלוקת הפוסקים מי קרוי מוחזק אזלינן בתר רוב הפוסקים ובנדו"ד כמעט רובם ככלם הם הסוברים דיורשי האשה הם קרוים מוחזקים הן מצד דכבר הכריע הרב אחרון הוא ער"ך השלח"ן דתפסינן כשטת הפוסקים דסברי היורשים מוחזקים הם לגבי הבעל הן מצד דרבנן רבני מערבא סבוראי ובתראי אשר אנחנו שותים בצמא את דבריהם הכי ס"ל מדבריהם לא נזוז כלל זהו הנלע"ד כה דברי החותם ר"ח חשון דהאי שתא התרס"ב לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נז

לעי"ת מוגאדור ג"ך יע"ה על אודות הצוואה הנז"ל אחר שעמדו בדין ע"פ הפסקים שביד שני הכתות נגמר הדין ע"פ פסקינו הנז"ל וזכו ההקדשות והוגרע כח הבעל אך שאל שאל הבעל לתת בידו העתקה מהפסקים שביד מורשה ההקדשות לילך לשוטט בארבע רוחות העולם אולי ימצא רבנים אחרים שיסתרו זכות ההקדשות ועל זה נשאלתי מידידי

הרב המופלא מדייני דנה"ר דיע"ה זקן שקנה חכמה כמוהר"ר יאודא מוייאל נר"ו לחוות דעתי הקלה מהו הדין אם יכול הבעל לכפות למורשה ההקדשות ליתן ההעתקה ע"ך:
תשובה לזה הנה לכאורא מחזי דמילתא דתמיהא קא תבע זה הבעל כי מה לו ולהעתקת הפסקים שהרי די ליה לסדר הענין והמעשה מראש וע"ס כשולחן הערוך לפני שולחנן של מלכים והמה יביטו יראו בו בעיני שכלם הזך והישר וידונו בו מה יעשה ישראל ולענין מאי העתקת הפסקים וכי מהני פסקי דידן תצא תורה הלא תורה יוצאה בהנומא הלא היא כתובה על ספר הישר ספרי רבנן קדמאי אשר עיני כל ישראל עליהם ועיין משם מור"ם בש"ע סי"ד ס"ד דשם נתבאר דבשואל לכתוב מאיזה טעם דנוהו אין צריך לכתוב הטעמים והראיות רק כותב הטענות לבד יעו"ש והגם שבזמנינו זה נהגו לכתוב הטעמים והראיות ביד דורשן לא מצד החיוב הוא זה אלא הכל מרצון הכותב כל אחד טעמו ונמוקו עמו וא"ך לכאורא נראה דמילתא דתמיהא קא תבע זה הבעל:
אך באמת לא היא דהואל ובענין זה כמה רבנן אתגרו הללו מימינים והללו משמאלים ומוכרחים אנחנו בזה לדון אחרי רבים להטות פשוט וברור דלא שייך להיות גמר הדין כי אם על ידי העתקת הפסקים דהגע עצמך אם לא תהיה העתקה ביד הבעל להראותה לחכמי הדור היתכן בעולם לומר שיבוא הדבר לידי גמר דין. זה אי אפשר דלא מבעייא אם זה הבעל המצא ימצא בידו ויעלה בידו איזה רבנים שיחתמו לזכותו ולא ימצא בידו כי אם מנין מועט מאותו מנין שביד מורשה ההקדשות פשיטא דלא הועיל כלום אלא אפילו ירבו המזכים לבעל יותר מהמנין שביד המורשים עכ"ז לא הועילו חכמים בתקנתם דעדיין מורשים של ההקדשות יאמרו דלא נזיל בתר רובא אלא יאמר קי"ל כהחכמים המזכים להקדש החתומים עמדי דהא לא אזלינן בתר רובא אלא כשהדיינים ראו זה את זה כמ"ש כנה"ג בס' כ"ה בכללי הקי"ל אות כ"ב ז"ל כי אמרינן קי"ל כספרי הפוסקים או כפוסקים מתוך כתבם דוקא אם לא ראו זה את זה אבל חכמים ודיינים נקבצים יחד ושם הם מתוכחים לא אמרינן קי"ל אלא המיעוט כמי שאינו וכו' מהר"א ן' ששון עכ"ל א"ך הואל ולא אזלינן בתר הרוב אלא ברואין זא"ז א"ך מה יועיל לזה הבעל לערוך דינו לפני חכמי ישראל בסדור המעשה דוקא דילמא יכתבו לו זכות מאיזה סברות אחרות ומאיזה טעמים ופוסקים אחרים וכשיביא זכיותיו עדיין המורשים שבידם פסקי דינים יכולים לומר קי"ל כהני פסקים שבידי דהאמת הוא כהני פסקים שבידי וא"ך אין תקון לזה להוציא הדין לאמתו אלא עד שניתן העתקה מן הפוסקים ביד הבעל ואזי יעלו ויראו דברי הפסקים לזכות ההקדש לפני יושבי כסאות למשפט ואזי אם יסכימו עליהם מה טוב כי נעים ואם יש מה להשיב ולסתור אותם אזי המה יכתבו דבריהם וסתירתם

ואזי יהיו נדונים בחזרה לפני הפוסקים הראשונים אם יש להם מה להשיב ולקיים את דבריהם אזי מה טוב ואם לאו מודים דרבנן היינו שבחייהו ואם ישאר הדבר במחלוקת אזי אמרינן אחרי רבים להטות ואין מי שיש בידו המעט יכול לומר קי"ל דהגם דכתבנו משם הרב החבי"ב משם מהר"א ן' ששון דלא אמרינן אזלינן בתר הרוב אלא ברואין זא"ז אבל כל שאין רואין יכול לומר קי"ל. המדקדק בלשון מהר"א ן' ששון זלה"ה שכתב בזה"ל כי אמרינן קי"ל ה"מ בספרי הפוסקים או בפוסקים מתוך כתבם אם לא ראו זא"ז ולא דברו זה את זה וכו' מלשון זה מורה דהכוונה היא דהואל ולא ראו זא"ז ולא דברו ולא נתווכחו זע"ז סברא הוא דאין לומר אחרי רבים להטות דיכולים לומר אלו ראו המרובין את דברי המעוטים היו המרובים חוזרים בהם לכך אין חשיבות מצד הרוב אלא כשראו ושמעו דברי חכמים ולא חזרו בהם אזי הדר דינה דדברי המועטים בטלו אבל כשלא ראו זה את זה ולא נתווכחו יכול לומר קי"ל. אתאן לנדו"ד שבפסקים כתוב כל אחד טעמו ונמוקו עמו וזה המבקש טובתו מוליכן בידו לפני חכמי ישראל ומעיינים בהם בעינא דשפיר חזי ומשיבים עליהם וחוזרים בעלי הפסקים הראשונים וסותרים דברי החולקים עליהם ומקיימים את דבריהם מה לי רואים זא"ז ומדברים פה אל פה מה לי כותבים אדרבא על ידי הכתב והמכתב מדקדק אדם בעצמו לכווין דבריו אל האמת יותר ממה שמוציא מפיו ואינו מעלה אותו בכתב. והרי לך אילן גדול לסמוך עליו סברא זאת שכן ראיתי בפסק אחד של הרה"ג מוהר"ר וידא"ל ישראל זלה"ה שכתב בפסק אחד ז"ל ומסתברא ודאי דהוא הדין והיא הטעם כשהם מתווכחים בכתב וראי אלו את דברי אלו וראו הכת האחת את דברי הכת השנייה דשפיר חשיב כאלו הם נקבצים יחד דמאי שנא ויכוח בכתב לויכוח בעל פה ואדרבא עינינו הרואות דסתם ת"ח כשמדבר בפיו הוא מרבה טענות ומלין שאין בהם ממש אבל כשהוא מגיע לכתוב על הספר ובדיו הוא מדקדק מאוד בדבריו כדי שלא יפול משערות ראשו ארצה וקרוב לודאי אצלי כי בקרב ימים ראיתי סברא זאת בספר אחד מספרי האחרונים ולא נשאר רשים בזכרוני מבטן מי יצאו הדברים ולא ע"ט האסיף איך שיהיה עדותי זו כי כך ראיתי בספר אחד מספרי האחרונים שכך הוא ויכוח בכתב כמו בע"פ כשהם נקבצים עכ"ל הרב צד"ק ויש"ר היא זלה"ה:

ובלאו הכי נלע"ד דאין הדברים צריכין חזוק להביא עליהן ראיה דודאי האמת כך הוא דהא מנהגא נהוג בכל תפוצות ישראל כשיש מחלוקת באיזה דין כותבים פסקים ומריצים פסקיהם לבתי דינין וכל אחד חופש ומפשפש אחר זכיותיו ואם אמרת דגם במריצים פסקיהם מבית דין זה לבית דין זה כמתווכחים זע"ז יכול לומר קי"ל הואיל

ואינם רואים זא"ז א"ך מה תועלת בתקון זה שזה מאסף החתימות לזכותו הרי מי שהוא תפוס ויש בידו שני חתימות די ליה לומר קי"ל אלא ודאי דדברי הרב אמת דנתווכחו בכתב כמו בפה אל פה:

וא"ך השתא דבררנו דאין אנו יכולים לפסוק הדין על ידי הרוב אלא כשיראו חכמי ישראל אלו דברי אלו ויתווכחו ביניהם דלאו הכי לא. א"ך נחזי אנן אם יכול הבעל הזה לתבוע למורשים של הקדשות לתת לו הטפסה מפסקיהם שהם כתבי זכיותם כדי לסתור דבריהם או לא:

הנה בדין הטפסת השטר ראה ראינו מ"ש הטו"ר בסוף ס"ס ומה שהביא עליו שם הרב"י שהביא לתשובת הרא"ש שהשיב להרב השואל ששאל לו על שהיה דן לתת הטפסה והראו לו לתשובת הרשב"א דמחזי שהיא סותרת ומה שהשיבו הרא"ש יע"ש ופירשה שם הרב"י דנקטינן כדברי הרמב"ם וכהכרעת הרא"ש דבטוען מזויף מחויב לתת הטפסה ובמקום דליכא טענת מזויף אינו חייב לתת הטפסה יע"ש דהואל ומודה שהדבר אמת ואין בו זיוף לא הוי אלא כמבקש עצה ותחבולה לנתוץ ולהרוס זכות חבירו בערמה ותחבולה וכן היא דעת הד"מ שם בש"ס יעו"ש וכן כתב הרב"ח בס' ט"ז דכהבנת הרב"י כן הוא עיקר והוסיף עוד וכתב ותו דלא יהיה אלא ספיקא הרי הרשב"א פסק שלא יתנו הטפסה. ודברי הרא"ש והרמב"ם אפילו קי"ל דהלכתא כוותיהו איכא למימר דוקא בטוען מזויף הלכך כל שאין טוען מזויף לא עכל"ה הרי לך אפילו אלו לא היה בידינו הכרעת מר"ן בש"ע דינא הוא דבמקום דלא טען מזויף אין כופין אותי ליתן הטפסה מכ"ש שמצינו למר"ן שפסק כן על פי שטתו בבי' כנז"ל כך פסק בש"ע סט"ז ס"ה דדוקא בטוען שטר שיש בידך יש בו זיוף הוא דצריך הטפסה הלאו הכי לא יעו"ש ובסמ"ע שם וא"ך לכאורה נראה דשלא במקום טענת זיוף אינו מחויב כלל לתת הטפסה וממנו נבוא לנדו"ד:

אך באמת זה אינו. דבאמת חלוק זה לא הצריכו אותו אלא נגד שטר פשוט שדינו פשיט לפני כל יודעי דת ודין דאזי אם לא תהיה טענתו טענת מזויף ודאי תואנה הוא מבקש להתעולל עלילות ברשע אבל בכגון נדו"ד דצריך לפני ולפנים ומה גם דכבר רבנן אתגורי אתגור הללי מימינים והללו משמאלים הרי מבורר דאין כאן שום תואנה חלילה אלא כוונתו לברר האמת אולי ימצאו לו חכמים אחרים צד זכות בודאי דלית דין ולית דיין דיכול לתבוע הטפסה ולא מבעייא לסברת החולקים על הרב"י וס"ל דדעת הרא"ש והכרעתו היא דבכל ענין חייב ליתן הטפסה פשיטא דמחויבים הגזברים לתת לבעל הזה הטפסה אלא אפילו לדעת הש"ע יודה בזה כדאמרן דהא עדיפא מזה ראיתי להרב החביב

בספרו בע"י חי"י סכ"ט שכתב ז"ל ועוד אני אומר שלא נחלקו הרשב"א וסייעתו ז"ל אלא דוקא בשטרי מלוה שכל שאינו טוען מזויף הרי הוא כמודה במלוה ומה שתובע הטופס אינו אלא לבקש תחבולות אבל בשטר מתנה וכיוצא בו שהדין תלוי בכמה פרטים לבעל המתנה פשוט לע"ד שאף הרשב"א וסייעתו מודים שיתן לו הטפסת השטר אולי ימצא לבטל המתנה ואם לאו בר הכי הוא יראוהו למי שירצה אולי ימצא לו זכות. דאפשר דלא מפשינן במחלוקת ובשאינם שטרי מלוה נמי פליג הרשב"א עכל"ה הרי לך מדברי הרב החביב דכל שטר שיש להסתפק בדינו לא נכנס בסלע המחלוקת הן אמת דראה ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בלקוטיו שאסף איש טהור בסיף הספר אשר שם שם לו באות טופס כתב ז"ל ועיין ער"ך השולח"ן סהנ"ז שהביא מתשובת הרשב"א הפך דברי כנה"ג דגם בשטר מתנה אין נותנים לו טופס יע"ש עכ"ז אין לנו אלא דברי הרב החביב שהרי מצאנו ראינו להרב מש"ה שפיר קאמר במערכת טי"ת אות וא"ו שכך העלה הלכה למעשה דדוקא בשטר שאין בו דינא ודיינא כגון שטר הלואה הוא דאין נותנים הטפסה אבל במתנות ומודעות שיש בהם פרטי דינים אפילו בלי טענת מזויף יהבינן ליה למידק בהו או למשאל עליהו וכתב דכך דרך שהיה דן הרב מור אביו זלה"ה והרב חו"ק נת"ן וסייעת מרחמוהי זיע"א א"ך פש גבן דאין לנו לתפוס אלא כסברת המלכים האדירים האלה הני חבל נביאים הרב כנה"ג והרב משכנו"ת הרועי"ם והרב מו"ר אביו והרב מו"ר רבו ובית דינו זיע"א ודאי אין לנו להניח הני חבל נביאים מקמי מלתיה דהרב ערך השולח"ן וא"ך מהם נקח דבמקום דיש להסתפק בלשון השטר כגון שטר מתנה דעשוי להיות נופל ונהרס כמה פעמים מכח לישני ריעי המצוים בשטרי מתנות הדין הוא ליתן הטפסה מכ"ש לנדו"ד דכבר רבנן אתגורי אתגור בהאי דינא הללו מימינים והללו משמאלים וכבר בררנו לעיל דלא שייך להיות רפאות תעלה לבעל אפילו ימצא בידו כמה רבנים שיכתבו לזכותו על ידי שאלתו אם לא בהראות דברי הפוסקים שביד הגזברים כמש"ל מילתא בטעמא. ודאי פשוט דלית דין ולית דיין דצריך לתת בידו הטפסה מדברי הפוסקים ולדעתי דעת הדיוט נראה דאף הרב ער"ך השולחן יודה דהרשב"א יודה בזה: שוב אחר החיפוש ראיתי להרב בנ"י חי"י סכ"ה שהביא הדבר מפורש יעו"ש שהביא דברי כנה"ג משם מהר"א ן' ששון ז"ל שכתבנו לעיל דכל שלא היו נקבצים יכול לומר קי"ל ועל זה סיים מיהו כתב הרב שע"ר אפרי"ם סקכ"ז שאע"פ שנתן השאלה וסוף הפסק. צריך ליתן ג"ך העתקה מהפסקים עם כל הראיות ע"ש והטעם נלע"ד דאפע"ג דהמוחזק אומר קי"ל כמ"ש כנה"ג משם מהר"א ן' ששון מ"מ אפשר שאותם פוסקים טעו בדבר משנה או בשקול הדעת וחוזר הדין עכל"ה:

שוב ראיתי בס' פית"ש סי"ד סק"ט שכתב וז"ל וכתב בספר ברכי יוסף וז"ל כת אחת שהביאה פסקים מרבני הדור ואינם רוצים להראות לשכנגדו רק השאלה וסוף הפסקים והבע"ד טוען שיראה כל הפסקים בשלימות לרב העיר הדין עמו ומחויבים להראות כל הפסקים בשלימות. תשובת שע"ר אפרי"ם וכן הסכים הרב עדות ביהוסף ח"ב ס"א עכ"ל והנה הגם שכתב הרב בלשונו דצריך ליתן לרב העיר וכו' לא תטעי לומר דלא חייבו הרב שע"ר אפרי"ם אלא לתת לרב העיר לראות ותו לא דזה אינו. דהא כבר כתבנו דברי הרב בנ"י חי"י שהביא דברי הרב שע"ר אפרי"ם ומשם הוכיח הרב בנ"י חי"י דצריך לתת העתקה א"ך מהם מוכח דזהו ג"ך כוונתו במה שכתב דחייב להראות לרב העיר דהיינו כדי שרב העיר אם נראה לו מה כדי לסתור הפסק יסתיר הרי מוכח דמחייבים אותו לתת ולהראות דברי הפסק כדי לדקדק בדברי הפוסקים ולסתיר דבריהם א"ך קם דינא דמחוייבים הגזברים לתת העתקה ביד הבעל ותו לא מידי וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נח

שאלה מעי"ת רבאט יע"ה על אודות שטר שנמצא כתוב ז"ן הע"ע בקש"מ וכו' הר' יאודא צבע נר"ו ובקש"מ הוה"ג וחי"ע חו"ג לתו"ל ביד האשה מזל טוב סך מאה וחמשים דורוס בעין כשילך לעיר ליזבואה ויבוא לכאן וכשיבוא לכאן לחטו"ל באותה שעה חל עליו חובת הפירעון מיד ולאלתר בלי שואו"ך וכו' ועל גבי השטר נמ"ך נפרע על יד נסים אזאגורי נר"ו סך חמשים דורוס והנה דעת יורשי הר"י צבע דעתם היא הואיל ולא זכה אביהם לבוא מעיר ליזבואה לא חל עליו חובת הפירעון ולקוצ"ד נראה אם יסכים מנ"ר נראה דחייבים היורשים לשלם יען דרהטת לשון השטר נראה דהר"י צבע חי"ע מאותה שעה בסך הנז' אלא שתלה זמן וחובת הפירעון כשיבוא לכאן ותנאי זה כוונתו היא דוקא כשהוא בחיים אינה יכולה לתובעו עד שיבוא לכאן אבל אם מת דליכא לקיומי תנאי לא נתכוון שיהיו היורשים פטורים דא"ך אישתכח דנעקר השטר לגמרי כל זה קיימתי מסברא. אחר זה ראיתי להרב פתח"י תשוב"ה סע"ג סק"ד שכתב וז"ל ועיין בתשובת עמודי אור באחד שהיה חייב לחבירו וכו' והרואה יראה כנדו"ד ממש אלא שלא זכינו לדברי הרב במקורן ולכן הוצרכתי לרצות הדברים לפני וכו' אלה היו דברי הרב המובה"ק מור"ץ בעי"ת רבאט יע"ה וזאת היתה תשובתי אליו:

לדעתי הקלה לבבי לא כן ידמה. ודעתי נוטה לומר דהיורשים פטורים וחילי הוא ממ"ש הש"ע בס' ס"א סט"ו ז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין ע"פ אותו דקדוק ולא אמרינן האי

גברא לא גמיר וכו' ומפני כך כתב אותו לשון ע"ך וא"ך מזה יש לנו לדון בנוסח שטר זה שכתוב בו בזה"ל שנתחייב לתו"ל ביד מזל טוב כשילך לעיר ליזבואה ויבוא לכאן וכו' לשון זה מורה באצבע שהוא מורדף וקאי אדלעיל דהייני על עקר החיוב וכוונתו לומר שנתחייב לתו"ל לכשילך ויבוא לכאן אזי נתחייב אבל אם לא יבוא לא חל עליו שום חיוב דאי אמרת דלא תלה עקר החיוב בביאתו לכאן אלא כמו שרצה כתר לפרש דעיקר החיוב מאותה שעה נתחייב אלא שתלה זמן הפירעון בביאתו לכאן לא הו"ל לזה הסופר לשנות מלשון הנהוג לכתוב מדי יום יום בשטרות דהיינו הו"ל לכתוב נתחייב פלוני וכו' בסך מאה וחמשים ופרעונם לכשילך לעיר ליזבואה ויבוא ומה לו לסופר הזה שנשתנו עליו סדרי בראשית בשטר זה והלך מדרך פשוטה לדרך עקלקלתון אלא בודאי דלא נתכוון אלא לומר דעקר החיוב תלוי ועומד דוקא אם ילך ויבוא הלאו הכי אין כאן שום חיוב כלל: גם יש לאמת עוד בראיה מוכחת דהכי הוא ממה שהוסיף הסופר וסיים בזה"ל וכשיבוא לכאן לחטו"ל באותה שעה חל עליו חיבת הפירעון מיד ולאלתר וכו' מלשון זה יתברר לך דלא כמ"ש כת"ר לפרש דמה שכתב מילת כשילך לעיר ליזבואה ולבוא הם קאי על זמן הפירעון ולא על עיקר החיוב דאי אמרת דמה שכתוב כשיבוא זה לעיר ליזבואה וכו' ויבוא הם על זמן הפירעון קאי וא"ך קשה למה חזר הסופר לכפול הדברים עוד ולומר וכשיבוא לכאן לחטו"ל באותה שעה חל עליו וכו' הרי כבר כתב דזמן הפירעון הוא לכשילך ויבוא מעיר ליזבואה ולמה חזר עוד לכפול במאריך טרחא ולומר וכשיבוא לכאן וכו' ואי משום לחדש ולכתוב דתכף ומיד סמוך לביאתו יגדל פרע אי משום זה לא הו"ל לכתוב אלא בלשון זה דהיינו נתחייב וכו' לכשילך לעיר ליובואה ויבוא לכאן באותה שעה חל עליו וכו' ולמה חזר עוד למתני וכשיבוא בכאן וכו' כאלו בא להשמעינו ענין אחר זולת ענין הראשון ולפי דברי כת"ר הרי בענין זה אנן קיימי דהפירעון יהיה אחר ביאתו ולא הי"ל להוסיף אלא חל עליו חובת הפירעון מיד ולאלתר. אלא ודאי דמה שכתב נתחייב לתו"ל וכו' כשילך ויבוא לא קאי אלא אעקר החיוב וכוונתו לומר שנתחייב מו"מ אם יזכה לילך ולבוא הלאו הכי החיוב בטל ועל פי זה אתי נכון מה שהוצרך לסיים ולכתוב וכשיבוא לכאן וכו' דבא בכאן לכתוב אם יזכה ויבוא דחל החיוב אימתי יהיה הפירעון. על זה כתב וכשיבוא לכאן שנתקים החיוב יהיה הפירעון מיד ולאלתר ובזה עלו ובאו דברי השט' כמין חומר בלי תוספת ובלי מגרעת ואין אנו צריכין בכאן לדחוק עצמינו ולהכניס בדין לישנה יתירה וכו' או בלשון המסופק בשטר וכו' אלא בכאן הכל עולה כהוגן אין חסר ואין יתר וא"ך קם דינא הן מצד אשגירת הלשון המורה דפשט הלשון מורדף הוא וקאי על עקר החיוב כמו שכתבנו הן מצד היתור שכתב אח"ך

בסופה של השטר היה מורה על הרישא דעל עקר החיוב דבר כשילך ויבוא וכו' מזה פשוט דהיורשים פטורים:

ומעתה הבוא נבוא לחלק בין נדו"ד לההיא דהרב עמודי אור דהתם שאני דאדרבא שם הלשון מורה דלא תלה עקר החיוב בהרחבת גבולו אלא הפירעון הוא שתלה בהרחבת גבולי דהא שם נמצא כתוב בזה"ל מודה אני הח"מ שמגיע ממני למוכ"ז סך מאה רו"כ כאשר ירחיב ה' את גבולי אסלק לו וכו' לשון זה מורה דמה שכתב כאשר ירחיב הוא על הפירעון קאי דאי אמרת כל עקר החיוב הוא לא נתחייב אלא לכשירחיב ה' גבולו דוקא א"ך הכי הול"ל מודה אני שמגיע ממני וכו' כאשר ירחיב ה' את גבולי ותו לא מידי ומאי שייטה דמילת אסלק לו וכו' דכתוב כאן הרי אין לה הבנה דהואיל ומילת לכשירחיב ה' גבולי הם קאי אדלעיל א"ך הרי הוא פירושו דהנה מודה שמגיע ממני לפלוני כו"ך לכשירחיב ה' גבולי דהוי כוונתו לכשירחיב יחול עקר החיוב וא"ך על פי פירוש זה תהוי מילת אסלק לו וכו' אין לה הבנה כלל הואיל ואין לה המשך עם מילות הקודמות ולא עם מה שלאחריה אלא מוכרח לומר דכוונתו הוא לומר מוד"א שמגיע ממני לפלוני מאה רו"כ בלי שום תלייה בעקר החיוב ועל זה סיים בענין אחר ואמר ולכשירחיב ה' גבולי אסלק לו דהיינו כשירחיב לו ה' יהיה חל זמן הפירעון זהו כוונתו פשוט א"ך הרי אדרבא לשון השטר מורה שאותו החיוב אין בו תלייה בעקר החיוב אלא בהרחבת זמן וגבה טורא בין נדו"ד להתם על כן נלע"ד דהר"י צבע זה הואיל ולא זכה לשוב לעיר מולדתו לא חל עליו עקר החיוב ויורשיו פטורים:

הן אמת שלכאורה עמד לנגדי מה שנמצא כתוב ע"ג השטר סך חמשים דורוס ואם באמת לפי שטתינו זאת דכל זמן שלא חזר לעירו לא חל עליו עקר החיוב כלל א"ך מי הביאהו עד הלום בעודו שם להקדים לפורענו"ת הסך של החמשים דורוס:

אך באמת הוכחה זאת כמאן דליתא שהרי גם אם נפרש כדעת כת"ר דמחויב ועומד הוא אלא תלו זמן הפירעון בעודו חי בהלכתו ובחזרתו סוף כל סוף תקשה מאן חייביה לגדל פרע החמשים הן בעודנו חי קידם בואי הרי עדיין לא חל עליו הפירעון אלא מוכרח לומר דדעתו היתה שרצונו לבוא לעירו ולכך הקדים לפורענו"ת על דרך ואוהבו נפרע ממנו מעט מעט כי טוב הוא לי מלגדל פרע בבת אחת וא"ך גם אם אמור נאמר דעיקר החיוב הוא תלוי ועומד בביאתו יש לומר ג"ך דהכי היה המעשה שהיה ברצונו לבוא לעירו ומידע ידע שבעת בואו חל חיובו מיד ולאלתר ולכך הקדים לפרוע על יד על יד ותו לא מדי זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן נט

שאלה מעי"ת רבאט יע"ה שאלה בראובן שהיה מוחזק לכל בני עירנו שסך מאתים דורוס של הקדש הם בידו ובכל ערב פסח היו שולחים אליו הגבאים והיה נותן הפירות שעלו בכל שנה והיה נותנם באין אומר ואין דברים וג"ך בערב פסח שהיה מוטל על ערש דוי רח"ל שמאותו חולי מת לאחר הפסח. היה דואג ומיצר שמא יבואו עליו לגבות הפירות ואין ידו משגת ויש עדים ע"ז ואחר שנלב"ע ראובן הנז' התחלנו לחקור על הענין הנז' ויורשי ראובן ה' אומרים שסך המאתים הנז' מעולם לא היו בידו אלא ביד שמעון אחיו של ראובן ומחמת כן כשבא שמעון אחי ראובן לדקדק חשבונו עם יורשי ראובן גילו שהמאתים דורוס היא של הקדש אלא שבשעה שבא להתחייב בסך אחד עשר מאות דורוס שנושה ראובן בשמעון הם אמרו לו שיתחייב במאתים לזכות הקדש הענים והוא לא רצה לזקוף עליו בשם הקדש הענים ועשו לו רצונו וזקפו עליו כל השלש עשר מאית בשם יורשי ראובן וכבר זה כמה שגבה האפוטרופס שלהם סך שלש מאות דורוס מסך השטר של שלשה עשר מאות דורוס שבו זקוף גם המאתים של הקדש כנז' והנה בעתה קמו קצת מיחידי קהלתנו וערערו על זה ואמרו שאין אנו יודעים בהקדש הנז' כ"א ליורשי ראובן יען שמעולם כך אנו יודעים וכך היא ידיעתינו שהמעות הם אצל ראובן בהכשר וא"ך מה לנו אצל שמעון אם נתמוטט או לא וע"ך עמדתי אני וחקרתי היטב על הדבר ושאלתי לאברהם אחי ראובן ושמעון כי הוא הגדול לומר גופא דעובדא וההוא אמר שמתחילה היה אביו ז"ל גזבר על ההקדש שמינה אותו המקדיש המעות ואחר זמן הוצרכו הקהל למעות ולקחו אותם מיד אביו ז"ל ואחרי מיתת אביו ז"ל רצו הקהל להחזיר מעות ההקדש למקומם ועל זה הוצרכו הרב הגדול ח"ע זלה"ה וגדולי הקהל לרצות להר' אברהם הנז' למלאת יד אביו ז"ל וכן היה קבלם מידם והוא הוא שנתנם לשמעון בהכשר באופן שלדברי הר"א הנז' אין לנו שום דו"ד עם יורשי ראובן אלא שלדעתי עדות זו של אברהם הואיל ואין ידוע שהוא גזבר אלא מפיו אנו חיים אינו נאמן בדבריו לפטור את בני ראובן אחיו וכו' עוד יש להסתפק במה שגבה האפוטרופוס של יורשי ראובן סך שלש מאות דורוס משמעון לפי מה שכתב הרב מ"ל ז"ל הביא דבריו הרב מהריב"ו סמ"א דכשכתוב השטר ע"ש אחד אף שלא היו שותפים ואף היכא דאיכא פסידא אינו יכול לומר לעצמי אני מציל וא"ך גם כאן שנכתבו המעות של הקדש על שם יורשי ראובן צריכים לתת חלק להקדש ממה שגבו כפי ערך המעות שהם. שהנושים הרבים יטלו הרבה וההקדש נוטל לפי ערך מעותיו דזה לא דמי לסי' ק"ד ועיין בס' קע"ו סע"ז שכתב ויתן לו כפי חלקו שיש לו באותו חיב אלא שיש להסתפק שהרי כל עקר

טעמו של הרב מ"ל ז"ל הוא מטעמא דאנן סהדי כיון שנכתב השטר מעיקרא ע"ש האחד לבדו כוונתו היתה להיות שליח לגבות גם חלק האשה שלא נכתב ע"ש וא"ך בנדו"ד יוצדק טעם זה לגבי האשה אלמנת הר"ש ה' אבל לגבי יורשים קטנים דלא שייך האי טעמא לא מפקינן מנייהו וא"ך אין לגבות כ"א ממחצית העולה לאלמנה תתן ג"ך מחצית ממה שעולה להקדש כפי ערך המעות זהו מה שיש להסתפק אך מה שנראה לע"ד פשוט שחייבים יורשי ראובן לשלם אחר שהיה מוחזק לכל יחידי הקהל שהסך של הקדש הם אצלו וממה שהיה משלם כל שנה הפירות שעלו עליו בלי שום דחיה זו הודאה ברורה שהסך של הקדש הם אצלי ואין נאמנים יורשיו אפילו לטעון בודאי החזירם לפי מה שכתב כנה"ג סק"ח ז"ל מי שיש בידו נכסי יתומים ומת לא טענינן ליורשים שמא פרע אביהם שקרוב הדבר לומר שאפילו אם היה הוא בחיים והיה טוען כן שמא לא היה נאמן בלא ראיה דצריך שיושיב ב"ד על כך שיתן חשבון לפניהם ואפילו תימא דהוא עצמו אם היה כן נאמן מ"מ לא טענינן כן ליורשים וא"ך ברור דחייבים יורשי ראובן לפרוע המאתים דורוס דלא מצאנו במה לפוטרם אלא בעדות הר' אברהם דודם ובודאי לאו כל כמיניה לומר אני הייתי גבאי ובהיות כן אני נאמן כדין גבאי המוזכר ביור"ד סרנ"ז דאעקרא דמילתא צריך ראיה שהיה גבאי ותו לא מידי והאדון יגלה לנו דעתו הרחבה מה יעשה ישראל ושכמ"ה:

תשובה לזה הנה רואה אנכי מדלא אצטריך מר להכניס עצמו להסתפק אם עדות הקהל שמעדים על פי חזקת ידיעתם מהנייא או לא בודאי מפשט פשיטא ליה למר שמנהגא נהוג וידוע הוא שמקבלין עדות בני העיר מזה על זה וכמ"ש בס' ל"ו סכ"ב ע"ש ועיין להרב מוהרי"ע זלה"ה בבי"ת יאוד"א סי"ג מ"ש שם משם רבו זלה"ה ועיין בס' פת"ש שם בס' ל"ז ולהרב מהריב"ו זל"ה מה שאסף איש טהור סברות הפוסקים בזה יע"ע שמדברי ספרי הקודש הנז' כולהו עולה דסברי מרנן דצריך שיהיה הדבר גלוי וידוע וקבוע שכך קבלי בני העיר עליהם לקבל עדות מזה על זה יעו"ש:

אלא דבנדו"ד רואה אנכי מדברות קדשו היקרות והבנתי שאין בעדות זה של הקהל ידיעה מבוררת בידיעה גמורה שבאו ליד ראובן וקבלם בתורת הכשר כדין כל מקבל עסקא ונתאמת לי זה מדמצריך כת"ר לאמת הדבר מדהוה מגדל פרע מדי שנה בשנה מזה נתאמת לו דודאי היו בידו וברשותו וא"ך הוא שעדות אלו הקהל אינה ברורה דהיינו לא ראו הדבר כיצד באו המעות ליד ראובן נ"ע ואם כן הוא אם באנו מתורת עדות עדותם מגן שויא דקרא מלא דבר והוא עד או ראה כתוב ועיין במור"ם בסל"א סי"א דשם פסק אפילו מי שהיה עומד בפני ב"ד בשעה שקבלו עדות מהעדים וחקרו עדותם עכ"ז אותם שהיו

שם עומדים ושומעים מה שקבלו הב"ד בפניהם אינם יכולים לילך ולהעיד ע"פ אותה עדות יעו"ש דהוי עד מפי עד וא"ך אין כאן תורת עדות: ואי משום דידיעת הקהל שאני הואיל והדבר קול לו קול אליו א"ך נימא הוי כעדות. גם זה אינו מעלה ארוכה כלל ואין משגחין בבת קול והגם שבאמת בדיני חזקה מצינו בש"ע סק"ן ס"ה שם פסק ז"ל ואם אין ידוע שירד בתורת משכונה אלא שיצא עליה קול בכך אם יצא הקול קודם שהחזיק אינו נאמן לטעון לקוחה היא בידי וכו' לא תלמד משם הקול יש בו ממש דלהוי כעדות אלא דהתם טעמו ונמוקו עמו דאמרינן דהואל והקול יצא קודם שהחזיק הו"ל לאזדהורי בשטר קנייתו והואיל ואין בידו שטר קנייתו חזקתו אינה חזקה וכמו שמפורש טעם זה ברבינו הטו"ר בס' קמ"ט יעו"ש אבל בנדו"ד מאיזה טעם וריח נלך אחר הקול:

ומה גם שם לא אהני אלא להעמיד קרקע בחזקת בעליה הראשונים הידועה להם אבל להוציא מאחרים ומכ"ש מהיתומים זה לא שמענו וא"ך בודאי בכאן כל הקולות אינם עולים ולא מעלים ארוכה כלל:

ואם באנו מדין צרוף דהיינו לצרף הבת קול זה הידוע לקהל מפי השמועה או מהסברא עם מה שהיה משלם מדי שנה בשנה בהלולים הפירות בלי שום עכוב כלל גם על זה אין לסמוך דאם באנו מדין זה א"ך הדרן לדינא דאומדנא וכבר ידוע למעכ"ת דאין להוציא מהיתומים ואפילו מכל אדם אלא בראיה ברורה כמ"ש בסט"ו ולא נעלם כמה רבו כמו רבו הדיעות דאין לדון בדינא דאומדנא להוציא כלל זולת מקצת פוסקים ומר"ן אף עמהם סברי מרנן דבמקום דאיכא כמה אומדנות רבות נכוחות ומוכחות אזי מוצאין אפילו מיתומים ובכאן רואה אנכי שאין כאן אפילו שנים או שלשה אומדנות לצרפם וללבנם יחד כי אם אומדנא זו שהיה משלם הפירות דוקא ואם באני לומר דצרוף הקהל התקוע בדעת הקהל עם אומדנא זו לבד תהני כאלו יש כאן אומדנות מרובות דבר זה אין הדעת סובלתו והולמתו דלא מלבד דין צירוף זה לא מצאנו לו סעד וסמך מדברי שום פוסק כלל אלא דרואה אנכי דנדו"ד בודאי דאין לו שום צירוף כלל דבשלמא אלו הוה הקול מאיזה סבה דיכול להיות מאותה סבה יעלה על הדעת באומדנא לומר דבתורת עסקא באו לידו וגם יהיה בדינו אומדנא זו שהיה משלם הפירות מדי שנה בשנה אזי הוה מקים קצת לומר דיש לנו להסתפק אם יצטרפו להוציא ממון על פיהם או לאו אבל בנדו"ד רואה אנכי דאין כאן שם של שני דברים לומר עליהם שם צרוף משום דיכול להיות הקול זה אשר בפי הקהל לא נתהווה אלא ממה שהיו רואים העולם שראובן זה מדי שנה בשנה מעלה הפירות ביד הגזבר באין אומר ודברים מזה חשבו שמעות הקדש אלו בתורת עסקא הם בידו ומזה יצא הקול וא"ך אין כאן שני דברים מה לצרף אלא אב אחד לכולם ודא

ודא אחת היא שמאומדנה של פרעון חוצב הקול וא"ך אין כאן אלא אומדנא אחת של פרעון לבד וא"ך הואיל ולא נמצא כאן על מה להשען כי אם על אומדנא זאת לבד בודאי אין להוציא ממון על פיה כי על רגל אחת לא יסמכו דפוק חזי מה שהאריך והרחיב הרב עדות ביהוסיף בתשובותיו סנ"ט בדיני אומדנא ומסקנתו היא זאת ז"ל מסקנא דמילתא דלדעת מר"ן בסט"ו ס"ה ולדעת הסמ"ע ובאה"ג נמי והרשב"א אלף קע"ו אין דנין בזמן הזה על פי האומדנא לגמור הדין על פיה ואפילו היה אומדנא דמוכח ואפילו בנתבע רמאי והדיין מומחה וכו' מיהו היכא שיש בדבר אומדנות מרובות והוכחות גדולות במוכחי טובא אז אפילו בזמן הזה סמכינן עליהם כמו חכמי הגמרא וגומרין על פיהם כשהנשבע רמאי כדין הגמרא שכתב מר"ן בסט"ו ס"ד וכו' יע"ש וכדבריו אלה הם דברי מר"ן ד"ס ס"ה סי"ז דפסק מי שהוציא שטר תוב על חבירו ותבעו בב"ד ואח"ך נאבד ממני ויש כמה אומדנות דמוכחי טובה שנאבד מחויבים ב"ד לכתוב מעשה ב"ד ולקיים השטר כבתחילה ע"ך א"ך בנדו"ד היאך נקום ולסמוך על אומדנת פירעון שהיה פורע אפילו נחשוב דאומדנא זו חזקה ואלימתא היא:

מכ"ש דלע"ד נראה דהאי חזקה חלושה היא עד מאד ולאו בת סמכא היא דמאן מוכח לן דמדהוה מגדל פרע השכירות נתקע יד התקועה דברשותי בתו"ע הוו קיימי דילמא הוו בידו בתורת גזברות דהואיל ואביו ז"ל של ראובן זה היה גזבר על מעות אלו של זה ההקדש ואח"ך כשהוצרכו הקהל למעות אלו לקחום מידו ואחר כך כשהרחיב ה' גבול הקהל ירצו להחזיר מעות ההקדש למקומם ובאותו זמן כבר נלב"ע אביו של ראובן ז"ל ועמד הרב מאריה דאתרא זלה"ה וגדול הקול ורצו להחזיר עטרה ליושנה יחזרו על האחין גדול שבכולן אברהם בראש ולא רצה למלאת יד אביו ז"ל דילמא בגדול החל זה אברהם ובקטן כלה כי כולם אנשים אנשי שם ודילמא קבלם מידם זה ראובן הקטן בתורת גזבר ומדי שנה בשנה היה מוסר ביד פרנס הקהל מאי דאתי לידיה בתורת פירעון שקבל מיד אחרים ומעולם לא היו בידו בעצמו בתורת עסקה:

ומה גם לפי מה שקדמה ידיעה משותפיו של ראובן שמידע ידיע להו שראובן זה היה דרכו לפרוע בעד אחיו נר"ו דמי ההכשרים שהיו עולות עליו מנכסי הזולת שבידו ואח"ך היה מקבלם מאחיו משום כבודו של אחיו היה עושה זה וא"ך הואיל וזה דרכו דרך ישרה מה מקום יש לאומדנא זאת לומר דמדהוה פרע בלי אומר ודברים ברשותו הוו קיימי. פשוט דאין מכאן שום הוכחה כלל ועקר וכלל:

גם ממה שהיה מיצר ודואג בפסח האחרון שלא מצא בידו במה לגדל פרע כנהוג בודאי אין מזה אומדנא דדילמא הואיל ולא מצא ממה לגמול חסד כמנהגו הטוב עם אחיו וגם

משום רווחה דקופת העניים על זה היה דואג ומיצר. קנצי למלין נראה דאומדנא זו של פרעון חלושה וקלושה היא: ולא עוד אלא אדרבא יש אומדנות לאידך גיסא לומר קרוב הדבר דבתורת גזבר באו לידו חדא כדאמרן דהואל וביד אביו ז"ל היו בתורת גזברות דסברא נותנת דגם ביד בנו ראובן זה לא באו אלא כמו שהיו ביד אביו ותחת אבותיך יהיו בניך ובאמת נראה דהכי מוכחא מילתא דאם אמור נאמר דהרב שהיה באותו זמן ואתו עמו פרנסי הקהל היה חפצם ורצונם לתתם בידו בהכשר כיצד אתרמי להו דוקא ראובן זה שהיה אביו ז"ל גזבר דוקא ולא נזדמן לידיהו אדם אחר וכי בשביל שהיה אביו גזבר מקדם קדמתא יבחרו בו לתתם בידו בתורת הכשר חלא הסברא נותנת דלא באו לידו אלא בתורת גזבר והכהן המשיח תחתיו מבניו וכו' ופשוט:

זאת ועוד אחרת שפרנסי הדור שהיו באותו זמן נתנו אותם בידו בתו"ע להתעסק בהם א"ך פשוט הוא דהוו צריכי למכתב עליה שט"ע כדרך העולם וא"ך אנה הלך שט"ע זה שכתבו עליו מן הראוי להיות נמצא באמתחת אחד מפרנסי הדור ואין לנו לתלות ולומר דדילמא נפל השטר מיד הפרנס ונאבד דמה לנו לתלות בנפילה שהיא מילתא דלא שכיחה כדאמרן בגמרא בכמה מקומות וחד מנייהו שעלה בזכרון טוב הוא מה דקי"ל ופסק הש"ע בס' מ"ט דשני יוסף ן' שמעון הדרים בעיר אחת הגם שאין שום אחד יכול להוציא שטר עליהם ולא אחד מהם על חבירו עכ"פ כל אחד יכול להוציא שטר על אדם דעלמא ואין זה שכנגדו יכול לומר לא נתחייבתי לך אלא ליוסף ן' שמעון האחר וטעמא מפורש לזה בגמרא משום דלנפילה לא חיישינן שהיא מילתא דלא שכיחה וא"ך היאך נקום אנן להסתבך בקירות עכביש לומר דבתו"ע באו לידו ושט"ע נפל חלילה לנו אלא אדרבא הואיל ולא נמצא שום שטר ביד פרנסי הקהל בודאי מעולם לא נכתב עליו שום שטר עסקא ולא באו לידו כי אם בתורת גזבר דוקא ועכשיו שנאבדו נאבדו להקדש:

ואל תשביני על זה לומר דגם לדידי מי ניחא דגם כשנאמר דבתורת גזברות באו לידו היה לנו למצוא באמתחת הפרנסים שטר שמוש דהא פסק מר"ן בסי' ר"ץ ס"ג כשמינו אותו ב"ד צריכין לכתוב וכו' וכותבים שני שטרות אות באות. אחד ביד האפוט' ואחד ביד ב"ד בשביל היתומים ע"ך וא"ך תקשה לי הרי אדרבא במקום שהיה צריך למצוא שני שטרות אחד בבית ראובן זה ואחד בבית פרנסי הקהל ולא מצינו עתה אפילו אחד מהם אדרבא לאבידת תרי הוא דלא חיישינן כלל וא"ך הדבר אדרבא מורה דלא היה גזבר ובתורת עסקא באו לידו:

זה אינה פרכה כלל חדא דשטרי שמוש אלו דפסק הש"ע דכותבים שנים לא הצריכו אותם אלא בנכסי יתומים שעל ידם יתבעו היתומים ויתנו חשבון מה שנכנס בידם

וכמ"ש הש"ע שם מילתא בטעמא אבל בנכסי הקדש הואיל והגזבר בדבורו הקל נאמן ולא יחשבו האנשים כתיב מה מקום לשטרות אלו: ולא מלבד זה אלא דעדיפא מצאנו ראינו בדורותינו שקדמו לפנינו ובדורינו זה נהגו למסור נכסי היתומים ביד האפוטרו' ומעולם לא ראינו כתבו שטר שמוש כלל שום אפוטרו' וא"ך הדרן לומר דאין שום ראיה ולא הוכחה ממה שלא נמצא שום שטר שמוש דדבר זה בל יזכר ובל יפקד אפילו לגבי האפוטרופוס' מכ"ש לגבי הגזברים:

אבל ממה שלא נמצא שום שטר עסקא שהוא דבר הכרחי בודאי זו אומדנא דמוכח דבתורת גזברות באו לידו וליכא למיתלי ולומר דדילמא בתורת עסקא באו לידו ולימא דשמא נאבד שט"ע כי מה לנו לתלות במילתא דלא שכיחה: גם יש כאן אומדנא אחרת ממה שנמצא אחר מיתת ראובן ז"ל שטר המאתים דורוס כתובים על שמעון אחיו לזכות ההקדש וכשנתפשרו ביניהם בכלל הפשר היה לזווג יחד המאתים הנז' עם האחד עשר מאות דורוס של ראובן שנושא בשמעון ואם באמת שהיו המאתים דורוס נתונים נתונים המה ביד הר"א בתוע"ו וברשותו קיימי א"ך מהיכן נראו ונודעו שהמאתים ביחידות היא של הקדש הרי הקדש דינו עם ראובן וראובן דינו עם שמעון אחיו ומה הפרש והכר היה בין מה שהיה נושא ראובן בשמעון משאר ממינו למאתים אלו שהוזקק לכותבם בשם ההקדש האם נאמר דהמאתים אלו הואיל והיו ביד ראובן מנכסי ההקדש בדין קרוב לשכר דוקא גם הוא יותר לו לכותבם בתורת קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד חלילה. קנצי למלין דלא מלבד שאין כאן שום אומדנא המוכחת דבתורת עסקא הם ביד ראובן וברשותו קיימי אלא אדרבא נמצאו כאן אומדנות המוכחות דבתורת גזברות באו לידו ואין להקל על היורשים לשלם מממונם כלום ואין להם אלא להשתלם משמעון אחי ראובן שנכסי ההקדש הם זקופים עליו בהלואה בכלל מה שנושא ראובן בשמעון אחיו ותו לא מידי:

ומעתה הבוא נבואו לענין דין ההוצאה מהיתומים הן לצד שיתברר לפני רום שהיו בידו בתורת הכשר דאזי יהיה מוטל על היורשים לשלם מכיסם הן לצד שיהיה הדבר ספק דילמא בתורת גזבר באו לידו עדיין אנו צריכים למודעי כיצד נוציא מהיתומים דדילמא אפילו אחר הודאתו שהודה בפסח האחרון דילמא פרע. הן אמת דראיתי לידידי שסמך בזה להוציא מן היתומים על פסק הכנה"ג בס' ק"ח דכתב ז"ל מי שיש בידו נכסי יתומים ומת לא טענינן ליורשים פרע אביהם וכו' שצריך שיושב הב"ד שיתן ליתת חשבון וכו' בזה תמהתי על ידידי במה שהביא ראיה לדבריו לפי שטתו דמחייב ליורשים משום דדעתו הרחבה נטתה דודאי בתורת עסקא באו לידו להתעסק בהם א"ך כיצד הביא ראיתו

מדברי כנה"ג אלו הרי דברי כנה"ג הם איירי במי שהיה בידו נכסי היתומים בתורת אפוטרו' וכמו שמדוקדק מדבריו שכתב שצריך שיושב בדי"ץ לתת לפניהם חשבון ולתת לו פטורים אבל אם היו עליו בתורת עסקא מה כתב ב"ד ומה חשבון בינו לבניהם וכי מדי יום יום אין אנו רואים שמקבלים עסקא מהיתומים ומחזירים שטר העסקא ותו לא מידי ומה חדוש יש כאן בנדו"ד:

ומה גם פסק דין זה של כנה"ג לאו הלכתה פסיקתא הוא דהגם שבכאן בס' ק"ח כתב כן הרי מצאנו לו במהדורה תנינא בס' ק"ח הגה"ט אות ש' כתב ז"ל כתבתי בנדפס אות ל"ו בשם הרב ז"ל במי שיש בידו מעות מנכסי יתומים לא טענינן ליורשים שמא החזיר אביהם ועיין בתשובת הרשב"א אכתבנה בס"ד בס' ר"ץ דמשם מוכח בבירור דטענינן ליורשים שמא החזיר אביהם עכ"ל וא"ך אם באנו להוציא מהיתומים על סמך דברי כנה"ג אלו אפילו אי הוה מידע ידיע דבתורת גזברות באו לידו עכ"ז אין מוציאין הואיל ותשובת הרשב"א הנז' מנגדת למ"ש הרב עצמו בס' ק"ח ופשוט: אך באמת יש לנו להשען על ידיעת הקהל דמידע ידעי בבירור שמעות ההקדש הם בידו ומידע ידעי דעדיין לא הוחזרו הואיל והדבר ברור להם בעדותם זו די ובפרט הרי בסמוך למיתתו הוה מתאונן ודואג על מה שלא נמצא בידו ממה לפרוע זו עדות גמורה שעדיין הם בידו דכו"ע ידעי שלא היה בידו ממה לפרוע כידוע לכל גם נוסף דקרוביו ומיודעיו מידע ידעי זה ועדיפא מכולהו מה שנמצא אצלו מוכתב שהוא נושא בשמעון אחיו סך מאתים של הקדש אין אומר ואין דברים:

ומה גם היאך יש להסתפק שהחזיר המעות בין אותו פסח להיות דואג שאין בידו ממה לגדל פרע הריוח ליום מיתתו היאך יש להסתפק בזה דצרכינן לדעת אם באמת החזירם. אם לא ביד מאריה דאתרא רב העיר נר"ו או ביד פרנס הקהל והכי ידוע ומבורר דלא באו לידם מאומה כידוע הדבר לקרוביו ומיודעיו של ראובן פוק חזי מה עמא דבר וא"ך בדין הוא בלא שום ספק דעדיין מעות ההקדש לא יצאו מידו אך נימא דבתורת גזברות דוקא הם בידו:

ולענין הגבייה כיצד תהיה לעת עתה שנזקף הכל בשטר אחד מסך שלשה עשר מאות דורוס בודאי הדין הוא כמ"ש כת"ר דאין לדמות זה לסי' ק"ד והאמת הוא שמה שקבלו יתחלק לפי הממון הואיל ובשטר אחד נזקפו ושעבוד אחד לכולם בודאי דכל אחד יטול לפי מעותיו וכדמשמע ג"ך מס' קע"ו סמ"ז יעו"ש:

ובמה שנסתפק כתר אם אמור נאמר דזה יוצדק לגבי חלק האלמנה דוקא ולא לחלק היתומים הואיל וטעמו של הרמ"ל זלה"ה הוא משום דאמרינן מסתמא הואיל ונכתב

השטר ע"ש אחד קבל עליו להיות שליח במה שקבל בעד שניהם וא"ך כאן ביתומים דלא שייך לומר הכי איכא למימר לא אמת נכון הדבר שכן הוא טעם הרמ"ל זלה"ה וכמו שהביא דבריו הרב מוהריב"ו זלה"ה בס' מ"א וכן ג"ך דעת מהריט"ץ הובאו דבריו ג"ך שם שם להרב הנז' ועליהם סמך הרב מוהריב"ו זלה"ה שם יע"ש אך לא הוצרכו הרבנים להאי טעמא אלא בשותף שנכתב השטר ע"ש בסתם ובשעת פירעון רצה לומר דלא יהיה שליח יותר ורצה לקחת חלקו דוקא הוא דאמרינן מסתמא קבל עליו להיות שליח והואיל וקבל עליו להיות שליח אינו יכול לומר לעצמי אני מציל להזיק את חבירו אבל שותף שנכתב השטר ע"ש והלך וגבה ולא עלה על דעתו כלל לומר לעצמו הוא מציל עד אשר גבה באופן זה בודאי אפילו לא אמרינן מעקרא נעשו שליח זל"ז עכ"פ הואיל ומעקרא הלך לתבוע כל דמי השטר ואלו היה מוציא ממה לגבות היה גובה הכל בודאי דצריך לשלם לחבירו חלקו שהרי באמת הלך לקבל ולתבוע הכל ואלו היה מוצא היה לוקח הכל הרי אגלאי מילתא דהלך בשליחות על כל מה שבשטר וא"ך מה שקבל בשתיקה דין הוא שיתחלק לפי הממון כמ"ש בס' קע"ו סמ"ז יעו"ש ואין לחלק בין חלק האלמנה לחלק היתומים אלא משפט אחד יהיה לכולנה זהו הנעל"ד וצוי"ם וימ"ן כ"ד הצעיר החותם בסדר ואברכה ואגדלה שמך כאן שנה זמירו"ת היו לי חוקיך לפ"ק פה סאלי יע"ה הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ס

שאלה מעי"ת רבאט יע"ה למנ"ר וכו' הוצרכתי לכתוב למעכ"ת יען שיום אתמול טען יצחק אביקצץ המורשה שהרמ"ע הלוה צריך לקבל חרם שאין לו מעות בעין ואח"כ יסדר נכסיו וישבע ואני בעוניי אמרתי לו מאחר שצריך לישבע אחר הסדור מה טיבו של זה החרם והוא השיב בתמיה ואמ"ל שבמח"ק זה פשוט למעשים בכל יום ועל זה הוצרכתי לשאול אם צדקו דברי המורשה כי לפי קוצ"ד מ"ש מר"ן ס"ק ס"א דמחרימין על מי שיש לו מעות קאי אמ"ש בתחילת הסעיף שאמר הנתבע קבעו לי זמן אבל בזה שאמר שאין לו לשלם כלל ורוצה לסדר נכסיו ולישבע מה טיבו של חרם זה:

גם מחלה אני פ"א לחיות לי דעתו דעת עליון במעשה שבא לפני. ראובן ושמעון שותפים בבית אחת ושמעון משכן חלקו שבאותו בית ביד ראובן ואחר זמן בא ראובן לעשות גוא"א עם שמעון ודנתי שהדין עם ראובן כיון שאין בה דין חלוקה אלא שאח"ך ראיתי תשובה להרה"ג משי"י ח"ג ס"ק ע"ו כנדו"ד ופסק מאחר שהיא ממושכנת בידו ולא יש לו הזק ראיה ולא שום צער אין יכול לבוא בטענת גוא"א והביא שכך כתב הרשב"ש שאפילו

שכורה בידו אין יכול לכופו לגוא"א ומזה נמשך להרב לומר שבכל אדם דעלמא שבא לעשות עם חבירו גוא"א ולכופו על כך יכול חבירו לומר לו נשכיר אותה לך בשומתה ואל תצריכני לגוא"א יעו"ש בדב"ק ואני בעוניי מה שנמשך להרב לומר שבבוא אדם לעשות גוא"א יכול חבירו לומר נשכיר חלקי לך בשומתו והוא בעיני פלא דבקל נוכל לדחות דינא דגוא"א וכל כי הא לא הוו שתקי הפוסקים ובלאו הכי זה נגד השכל מתרי טעמי חדא דיאמר התובע אין רצוני לתת שכירות של כל חו"ח שנית דיכול התובע לומר עתה מצויים בידי המעות לעשות גוא"א ולזמן אחר אפשר לא ומזה שגבו דברי הרב ממני והיותר תימה הואיל וראיתי להרב ה' ח"א שי"ג שכתב בסוף התשובה וז"ל ועדיין צריך לידע באם היה בהפך ששמעון תבע וכו' הרי שבזאת התשובה פשיטה ליה להרב דאף שהיה משכונה בידו והיא עדיין בתוך הזמן שאינו יכול לפדות אפילו הכי יכול לתבוע גוא"א וזה פלא שהוא הפך אותה תשובה והגם שאין תלמיד כמוני מכריע מ"מ אם יראה בעיני אדוני לענין דינא שלא כאותם שתי תשובות והעיקר הוא דאם היא שכורה בידו לזמן בזה הסברה נותנת דאין יכול לתבוע גוא"א שהרי זה מעקרא במשכנה לזמן גילה דעתו דניחא ליה בשכירות וג"ך בזה אינו יכול לומר לו איידי דביני ביני יצאו המעות מידי ותבוא להוציאני שהרי היא שכורה בידו לזמן ויכול להיות דהרשב"ש שהביא הרב בזה מיירי בשכורה לזמן אבל בשכורה סתם או שאינה שכורה אלא שהנתבע אומר נשכרנה לך לזמן. הדין עם התובע לכופו לגוא"א דמימלא ימשך לנו בנדו"ד שעבר זמן שאינו יכול לסלקו הו"ל כאלו שכורה לזמן ועבר זמן כיון שיכול לפדות זהו מה שנלע"ד אם יסכים עמי מני"ר בדעתו הרחבה:

עוד מחלה אני פני או"ע אחי וראש לחוות לי דעתו הרחבה במה שבא לפנינו מעשים בכל יום בראובן ושמעון שיש להם בשותפ' בית אחת ועומדת לשכירות יען שאינה ראויה לדירה לשום אחד מהם ומחמת שלפעמים היא בטילה משכירות עמד אחד מהשותפים ואמר לחבירו גוא"א בשכירות בשיוויה וחבירו משיב נמתין עד שיבוא שוכר ונחלוק השכירות ואינו רוצה לעשות גוא"א ובזה אנו דנים ע"פ מה שהביא הרב מהריב"ו בלקוטים שלו משם כנה"ג שכתב משם מהרש"ך דלית דינא דגוא"א אלא כשרוצה אותה לעצמו לדור בה אבל להשכירה לאחרים לא אלא שעתה ראיתי שאותה סברא שכתב הרב מהריב"ו משם כנה"ג ומהרש"ך היא סברת מור"ם ס"ו שהיא סברת הרא"ש שהביא הטו"ר סכ"ח אבל מר"ן פסק כסברת הרמב"ם יכו' וא"ך תמיהני איך מהריב"ו ז"ל הביא לסברת הרש"ך להלכה סתומה. על הכל יודיעני דעתו הרמה ונשגבה וכו' מאתי אהובך. החותם על זה הרב המופלה מר דיינא כמוהר"ר חיים יקותיאל בירדוגו נר"ו:

תשובה השקפתי לטוב על כל מ"ש כתר והנה באתי להשיב על הראשין ראשון תחילה ראיתי מאי דתמה מר על מה שטען יצחק המורשה שהרמ"ע יקבל חרם קודם הסדור וכתר תמה על חרם זה מה טיבו הואל ועתיד לישבע כתקנת הגאונים וכו' האמת אגיד שכך מורגל בעירינו מבתי דינין שלפנינו ונלע"ד שנתייסד להם חרם זה הואל ומצינו למר"ן בס"ק שפסק שנותנים ללוה זמן שלשים יום והוסיף מור"ם וכתב דהוא הדין אם נראה להם לפחות פוחתין ובודאי הכוונה היא אם יראה לבדי"ן דסגי בשלשה או ארבעה ימים די ומצינו שם למר"ן שסיים וכתב דאם ירצה המלוה יחרים על הלוה אם יש לו מעות ודברי מר"ן הם ודאי בין על זמן שלשים או פחות אם ירצה יחרים וא"ך הואיל ומצינו שיכול להחרים בין על זמן מרובה או מועט א"ך ממנו נלמ"ד ג"ך בטוען שאין לו במה לשלם וצריך לסדר נכסיו הגם שאחר הסדור צריך לישבע כתקנת הגאונים עכ"פ הרי יש המשך זמן ביני ביני שצריך בטול זמן לפנקיס נכסיו ואח"ך דוחה השבועה עד יום הכניסה ראשון וא"ך חיישינן דילמא לזה יש לו במה לשלם במעות בעין אלא מתכוון לדחות המלוה אולי יבואו בפושרי"ן ולא יבואו לידי שבועה אבל אם לא יבואו לידי פשרה ויהיה צריך לישבע יודה ועל זה חששו לרמאות והטילו עליו חרם ואין זו מן התימא:

כל זה אני כותב להעמיד דברי רבותי זלה"ה שכך היו דנים ומרגילא בפומייהו דאנשי הלכה למעשה אך ידידי דע וראה שמעולם לא הזקקתי לשום לוה הבא לסדר נכסיו לקבל חרם שאין לו מעות יען כל מי שבא לפני וצריך לסדר נכסיו קרוב היה בעיני שאין בידו מאומה ועל מי ועל מה נקום להחרים עליו וסמכתי על זה יען שכך ראיתי להרב דברי ריבות סצ"ג שכתב דדוקא בטענת שמא חשוב מחרמין אבל בטענת שמא גרוע לא מחרמין ע"ש הן אמת דראיתי להרב זכו"ל שכתב דהכנה"ג כתב דנראה מהרשד"ם הפך מהר"י אדרב"י וכתב כנה"ג דמנהגו להטיל חר"ס וכו' עכ"ז במקום שצריך הלוה אח"ך לישבע שבועת הגאונים סמכתי על הרב דברי רבות הואיל והשמא גרוע: אלא דנוסף על זה חוכך הייתי שלא להזקיק חרם ללוה אפילו במקום דיש להסתפק שיש לו מעות ואינו עתיד לישבע שבועת הגאונים כגון לוה שאמר אין לו מעות במה לפרוע ומזקיקין אותו לסדר נכסיו ויכול להיות שנכסיו שיש לו יספיקו לגדל פרע החוב על זה הייתי חוכך שלא להזקיקו לקבל חרם הואיל ויכולין המטל' להספיק לפירעון והגם דהש"ע בסק"א כתב בא לפרוע אם יש לו מעות אינו יכול לדחותו אצל מקרקעי או מטלטלין וכו' ואם אין ידוע שיש לו מעות אין משביעין איתו ואפי' חזינן שיש לו מעות והוא אומר אינם שלי אין משביעין אבל מחרמין וכו' ודברי מר"ן אלו פשוטים המה דהיכא דיש לו

מעות ואומר אינם שלו גם אם רוצה לפורעו במטל' ולא מזה המעות צריך לקבל חרם וכתב שם הסמ"ע סק"ב ז"ל גם אם לא ראו בידו המעות מחרמין כמ"ש הטו"ר והמחבר ס"י וכו' ופשט דברי הסמ"ע מורה דמאי דאמר הש"ע אם נראו מקבל חר"ס בא הוא לומר דאין צריך נראו לו ובודאי כוונת דבריו דכמו דדברי הסמ"ע הם איירי דבנראו לו מעות צריך לקבל חרם אפילו בבא לפורעו במטלטלין עלה ג"ך קאי הסמ"ע דאמר אפילו לא נראו לו צריך לקבל חרם היינו אפילו במקום שבא לפורעו במטל' ואני לפי קוצ"ד חוכך הייתי בדברי הסמ"ע אלו דמנ"ל לומר דאפילו לא נראו לו המעות צריך לקבל חרם במקום שבא לפורעו במטל' דילמא לדעת מר"ן לא הזקיקו לחרם אלא בנראו לו מעות ותלה אותם באחר אבל היכא דלא נראו לו ובא לפורעו טלטול נימא דאין צריך חרם. ומאי דמייתי הסמ"ע ממ"ש הטו"ר והש"ע סיו"ד לא ידעתי היכן רמיזה הרי שם הכי הוא לשון הש"ע ז"ל ואם לא הספיקו המטל' מגבים לו קרקע אחר שיחרימו על כל מי שיש לו מטלטל' וכו' וא"ך נימא דדוקא בבא לגבותו קרקע הוא דהצריכו חרם אבל בבא להגבותו מטלטלין נימא דלא צריך:

ולא מלבד זה אלא גם הסמ"ע עצמי נראה מדבריו בס' צ"ט דדעתו הוא בבא לפורעו בטלטול אין צריך לקבל חרם אם יש לו מעות דהא מצינו לו בס' צ"ט סק"א שכתב ז"ל ואם אמר שאין לו מעות או מטלט' ורוצה לפרוע בקרקע מחרמין אמי שיש לו מעות או מטל' ואינו רוצה לפרוע מהן כי אם בקרקע וכו' דברי הסמ"ע אלו פשיטים לפניהם ולאחריהם דדוקא בבא לפורעו קרקע הוא דמצריך חרם ואין להתעקש לפרש בו שום פירוש אחר כי לא יוצדק וא"ך באמת צריך להתיישב כיצד יוצדקו דבריו אלה דס' צ"ט עם דבריו הנו' דסק"א סק"ב דמשם משמע דגם בבא לפורעו מטלטלין משמע צריך לקבל חרם שאין לו מעות ועל זה מוכרחים אנחנו לפרש ולומר דגם דברי הסמ"ע דס' ק"א ודאי הכי הוא ולא קאי התם ג"ך אלא בבא לפורעו בקרקע ועל זה הוא דאמר צריך לקבל חרם אפילו לא ראו בידו המעות וכוונתו הכי הוא גם אם לא ראו בידו מחרמין כמ"ש הטו"ר והמחבר בסמוך ס"י וכו' פירושו הוא אם לא ראו נמי מחרמין אם בא לפורעו קרקע שהוא דין הסמוך לקמן סיו"ד אבל בבא להגבותו מטלטל' הסמ"ע יסבור דאין צריך לחרם מדברי הסמ"ע אלו לבד הייתי חוכך ומה גם אחרי ראותי הדבר מפורש בס' ויאמר יצחק בסוף הספר בדינים הנפרדים שאסף איש טהור ששם בס"ח כתב משם כנה"ג משם מהר"ש הלוי דהא דכתב הש"ע סק"א אין משבעין אבל מחרמין היינו דוקא כשבא לפורעו קרקע אבל אם בא לפורעו מטלט' אפילו חרם אין צריך יע"ש גם נוסף על זה ראיתי להרב זכו"ל ח"א אות זיי"ן שהביא משם הרב החביב דנקטינן כסברת הר"ש הלוי

הנז' והוסיף עוד וכתב דב"מ כתב ז"ל הא דקי"ל דבע"ח גובה מטלטלין אחר שיחרימו אם אין לו מעות היינו דוקא במלוה סתם שחייב לו ולא פירש מה יפרע לו אבל בשטרות שלנו שכתוב בהם נתחייב פלוני לפלוני לפרוע לו מעות ולא יוכל לדחותו אצל מטלטלין אלא נותנים לו זמן למכור ולפרוע יע"ש עכ"ל דב"ר מש"ה הצריך. והרב זכו"ל תמה עליו במ"ש בדבריו כמ"ש בחומ"ש סק"א וכו' דאדרבא מדברי מר"ן פשוט דאינו מקבל חרם בבא לפורעו מטלט' יעו"ש שהרבה להביא כמה פוסקים דס"ל דא"ץ לקבל חרם אם בא לפרוע מטלטלים וכתב דכך הלכה העלה והוסיף עוד וכתב לבסוף דאחר ימים שרטט למ"ד רבו זלה"ה על דינא פתגם והשב לו על זה דכך הוא דן דאם השטר סתום שאין בו תנאי שיפרע מעות בעין אינו מחרים עליו כיון שיכול להגבותו מטלטלים וכו' ואם מפורש בשטר מעות בעין ג"ך אינו מחרים כך אני אומר שהוא חייב ליתן לו מעות דוקא עכ"ל. המורם מכל האמור דבין לדעת הסמ"ע בין לדעת מהר"ש הלוי בין לדעת רבו של זכו"ל והרבה פוסקים זלה"ה שהביא הרב זכו"ל כולם שוים לטובה דאין מחרמין ולא מצאנו למי שאמר סברא זו דמחרמין בבא לפורעו במטלטלים אלא הרב דב"מ ועל זה גדלה תמיהתי היאך הראשונים נעלמו מעניהם סברת חבל נביאים הפוטרים וקבעו הלכה כדעת הרב דב"ר מש"ה ולא נחה דעתי באמת עד שמצאתי וראיתי בס' התקנות סל"ה פס"ד אחד שכתוב בו בענין אשה שתבעה כתובתה והיה כתוב במעות מוטבע והבעל היה טוען שאין לו כי אם קרקע ומטלט' ועל זה כתבו זל"ה אחר שנשאנו וכתבנו בענין זה הטיב גזרנו שיחרימו ח"ס לפני הבעל אם יש לו מעות מוטבע כסף או זהב או כלי כסף או כלי זהב שיתננו לפירעון האשה ואחר שיברר כל מה שיש לו מעות וזהב יתנהו לפירעון כתובה ומה שיחסר לפירעון כתובתה יפרענו בטלטול כפי מה ששוה מיד ואם לא יספק הטלטול לפירעון כתובתה יפרע לה קרקע וכו' והגם שכתוב בכתובתה שנתחייב לפרוע במעות המוטבעי' לא כתב רק לענין אם יוסיפו עליו או יגרעו ממנו וכו' אמנם לענין הפירעון הואיל וכפי הדין כתובתה של אשה בזבורית אפע"פ שכתוב בה בפירוש במנה ומאתים דאינון מזוזי כספא אינו מועיל תנאי המטבע אלא זולת לענין הנז' דלא עדיפא אשה מבע"ח וכמו שהדין בב"ח שאם לא כתב לו בפירוש שיפרע במעות בעין רשאי לפרוע שוה כסף כן בפירעון כתובה הואיל ולא כתב לה שיפרע במעות ולא בדבר אחר רשאי לפרוע שוה כסף לכן הסכמנו אנחנו החתומים שדין פירעון כתובה ובע"ח בזמנינו שוה. וחתומים על זה שבעה קני מנורה רבנן סבוראי וקמאי משנת שכ"ל טוב יעו"ש נקטינן מדבריהם דהשוו דינה של אשה לדין בע"ח שלא היה כתוב שטרו בדורוס בעין דכמו דבבע"ח יכול לסלקו בטלטול גם האשה הכי הוא. ומצינו לו שהצריך

לבעל לקבל חרם שאין לו מעות בעין ממה לפרוע הרי לך דבמקום שצריך הבע"ח לקבל הטלטול אינו מקבלו אלא אחר שיחרם על הלוה שאין לו מעות בעין והואיל ומצינו לרבנן קמאי דבני מערבא הכי ס"ל בודאי בעקבותייהו הלכו קדמנינו:

אך באמת עדיין לגבי שט"ח שכתוב בהם בדורוס בעין ואינו יכול לסלקו בטלטול הרי מצאנו להרב דב"מ ולרבו של הרב זכו"ל זלה"ה שכתבו בפשיטות דאין צריך לקבל חרם וא"ך על מה סמכו להצריך חרם הואיל ולא נמצא מפורש בשום פוסק שצריך לקבל חרם ואולי באמת סמיכותם הוא על מה שכתבנו בריש אמר דמסימן קו"פ מוכח דבשביל עכבת הממון אפילו בשביל זמן קטן מחרמין וג"ך כאן יכיל לטעון אולי יש לו מעות ואינו רוצה להיות נדחה למכירת המטלטלים ודלא כהרבנים הנז' דלא מצריכי להחרים:

ומעתה הבוא נבוא על פתגם דינא שבא לפני מור בשמעון שמשכן חלקו ביד ראובן ואח"ז בא ראובן לעשות גוא"א עם שמעון וכו' והידיד דן מדעתו הרחבה שהדין עם ראובן אלא שעמדה לנגדו תשובת הרה"ג מש"י ח"ב סקע"ז שהביא לתשובת הרשב"ש וממנה נמשך לו להרב שכל הבא לתבוע גוא"א אם חבירו יאמר לו נשכרנה לך בשוויה אין חבירו יכיל לכופו לגוא"א וכו' ועל זה ידידי יצא לתמוה בתמיהא רבתי שאין הדעת סובלת כמש"ל בדברות קדשו ונוסף על זה שעמדה לנגדי תשובת הרב הנז' דחלק ראשון סימן שי"ב דמנגדת לדבריו דס' קע"ו הנז' וסתראי נינהו ועל זה ידידי נטתה דעתו דלא לסמוך על שני תשובות אלו אלא הדין הוא דבתוך יומי דמשכנתה והשכירות לא יוכל לכופו לגוא"א הואיל והיא שכורה לזמן מעיקרא כשהשכירה גילה דעתי דניחא ליה בשכירות ואפשר דהרשב"ש בהכי דבר אבל בשכירות סתם או שאינה שכורה בידו אלא שהנתבע אומר לו הנח לה בידך בשכירות ולא תכופיני לגוא"א הדין עם התובע וממילא ימשך בנדו"ד שעבר זמן אין יכול לסלקו והו"ל כאינה שכורה לזמן כיון שיכול לפדות ויכול התובע לעשות גוא"א זהו תכלית דברי כת"ר. דע ידידי שבאמת גם אני בעוניי בראותי בתשובה דח"ב סקע"ו בדברי הרב במה שנמשך לו מדברי הרשב"ש באמת תמהתי על המראה שבאמת דין מחודש היאך לא בא אפילו ברמז בשום פוסק מקמאי ובתראי. נוסף על זה והוא טעם כעיקר דהואיל ורבותינו זיכו לו לתבוע גוא"א היאך זה יוכל לדחותו ולומר לו נשכרינה לך הרי זה יוכל לומר לו אין רצוני להפסד השכירות:

איך שיהיה עכ"פ הגם שהרב כתב כן האי פסקה לאו סברא הוא בודאי דהא כל עקר דינו כאן בסקע"ו לא נמשך לו אלא מדברי הרשב"ש ז"ל שהביא בדבריו דהואיל וטעם כעיקר דגוא"א הוא משום הז"ר מזה נמשך לו דבמקום שיאמר לו הריני משכירה לך ואין כאן הזק ראיה הדין עמו כל זה נמשך לו להרב מעיקרא כשהיה מליץ יושר לקיים

דברי הרשב"ש מילתא בטעמא דמשום הז"ר אבל באמת הרי עינינו רואות דבתשובה שבח"א שי"ג חזר בו מדברי הרשב"ש ויצא לידון דאפילו בזמן השכירות יכול לכופו לגוא"א ובודאי דהאי פסקה הוא אחר אותו פסק דסקע"ו וכמו שנראה מדבריו שכתב בס' שי"ג ז"ל ושוב מצאתי בשו"ת הרשב"ש דאינו יכול לעשות גוא"א והעתקתי למעלה יעו"ש מה שכתבתי עליו והוסיף עוד וכתב ואחר העיון נראה וכו' ועיינתי בכל הספר הנז' ולא ראיתי לו בשום מקום שרמז לדברי הרשב"ש כי אם בח"ב סקע"ו והגם שכתב בדבריו והעתקתי למעלה דבריו וכו' אפשר דלפני הרב היו כותבים דבריו דמודפסים בס' קע"ו הם הראשונים ואין מוקדם ומאוחר בדפוס גם באמת הרואה דבריו דבסימן קע"ו בחוש הראות יראה דדבריו אינם אלא לשקלא וטרייא בעלמא אבל דבריו דבח"א שי"ג נראים הדברים דדינא יתיב כמו שנראה מדבריו שכתב ז"ל ואחר העיון וכו' וירד לחלק בכל האופנים ולבסוף כתב ופשוט ע"ך הדברים פשיטין דכאן לדינא נתכוון וא"ך בודאי דלא אזלינן בתר הא פסקא דס' קע"ו הן מצד דדבריו נראה דלאו להלכה כתבם הן מצד דדבריו דס' שי"ג בהם חזר וסתר למ"ש שם בס' קע"ו על כן פשיט דאין לסמוך על מ"ש בס' קע"ו:

ומעתה הבוא נבוא לענין דינא אם יש לנו לסמוך על פסקו של הרב ה' דסימן שי"ג הנז' או לא סמכינן גם על זה. על כן אמרתי תחילה מוכרחני להביא דברי הרשב"ש במתכונתם שמהם תצא תורה בין לדעת אם יש לסמוך על פסק הרה"ג מש"י דס' שי"ג או לא. גם ממני נבוא לנדון כתר שממנו יסתור כתר מה שדן מדעתו הרחבה דאלו ידידי ראה דברי הרשב"ש היה חוזר מסברתו. והילך מה שראיתי להרב חוט המשולש ח"ד ס"ט שנשאל בראובן ושמעון שיש להם חצר בשותפ' ומשכן שמעון חלקו ביד ראובן לזמן קצוב וראובן הנז' השכיר בית אחד לשמעון כל ימי משך המשכונה ועתה בתוך הזמן נפלה מחלוקת ביניהם וראובן אימר עתה לשמעון גוד או אגוד. תשובה מה שנלע"ד הוא שאלו ראובן לא השכיר לשמעון הבית הנז' בחצר רק שמעון משכן חצי החצר ויצא מן החצר חוצה לית דין ולית דיין שלא יכופו לגוא"א מאחר שאין שמעון דר עמו בחצר ואין לו טענת הז"ר וכן פסק מורינו הרשב"ש סכ"א ז"ל לפני עמדו לדין ראובן ושמעון ותבע ראובן משמעון גוא"א בחצר המשותפת ביניהם ודנתי שכיון שראובן שכר חלקו של שמעון אינו יכול לכופו בטענת גוא"א שעיקר דינו של גוא"א הוא משום הז"ר וכיון שראובן הנז' שכר חלקו של שמעון ה' בטלה טענת הז"ר תוך זמן השכירות אבל אחר שעבר זמן השכירות יש להם טענת גוא"א עכ"ל הנך רואה שכתב הרב בפירוש מאחר ששמעון השכיר חלקו ויצא מן הבית חוצה כמ"ש הרב בטלה טענת הזק ראיה שזה מורה ששמעון יצא מן

הבית חוצה ועל זה פסק הרב ז"ל שאינו יכול לכופו. הא אלו היה שמעון עדיין שרוי בחצר היה ראובן יכיל לכופו בטענת גוא"א שלא מצא הרב מענה במה שלא יוכל לכופו אלא מפני שהוא חוצה ואין שם הז"ר עכל"ה של הרב חוט המשל"ש וכדבריהם אלו ראיתי לרבנן סבוראי ובתראי העלו דברי הרבנים הנז' להלכה זוגא דרבנן קשישי בעלי ספר ד"י השי"ב סי"ף ס"ל יע"ש הדרן לדינא הואיל וסברת הגאון הרשב"ש חתים עלה רב טביומי בעל חו"ט המשול"ש ואת אחרונים הכביד שהעלו אותה על שולחן רבנן בתראי טובים השנים וא"ך פשוט דאין לנו להניח סברת קמאי ובתראי וליזיל בתר הרב מש"י יחד בהודאתו וא"ך הדין הוא כדבריהם דכל זמן של השכירות אין שום אחד מהם יכול לכוף לחבירו לגוא"א במקום דליכא הז"ר כגון אם אין הנתבע דר עמו בחצר:

אך נשאר לנו לברר לפי זה דנקטינן כסברת הרשב"ש דהטעם הוא משום הזק ראיה א"ך לכאורה יש לנו לומר ביש לנו לפסוק דבמקום שאומר הנתבע לתובע שישכרנה לו ויעלה לו שכירות בשומת השמאים נימא דאין התובע יכול לכופו לגוא"א וכמ"ש הרב מש"י בס' קע"ו דלפי סברת הרשב"ש יהיה נמשך ממנו דין זה יע"ש:

זה אינו מתרי טעמי. חדא דהא לפי דברי הרה"ג מש"י בס' שי"ג הרי שם דחה דברי הרשב"ש כדמייתינן לעיל וא"ך הואיל ולפי דברי הרב הנז' ס"ל דראוי לדחות דברי הרשב"ש א"ך אנן בדידן הגם שכתבנו שיש לנו לפסוק כדברי הרשב"ש בודאי דדי לן לפסוק דוקא במה שנתפרש בדבריו ואין לך בו אלא חדושו והבו דלא לוסיף עלה ודוגמא לזה הוא מאי דאיתא בשבועות סוף פרק הנשבעין דאיתא התם איקלע רב נחמן לסורא על לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרו ליה נעקריה להא דרב ושמואל אמר ליה אכפל ואתאי כל הני פרסי למעקרה להא דרב ושמואל אלא הבו דלא לוסיף עלה כגון הפוגם שטרו ומת יורשין נשבעין ונוטלין ע"ך הרי לך דמילתא שראוי לפקפק בה דינא הוא לצד שנרצה לקיים אותה מילתא ולא לסותרה עכ"ף הבו דלא לוסיף עלה וא"ך לדעת הרה"ג מש"י הואיל ודברי הרשב"ש ראוי לפקפק בהם דין הוא דלא לוסיף עליהם מה שנמשך מהם:

ומה גם דאין אנו צריכי לכל זה דהא מדברי הרשב"ש עצמו שם מפורש יוצא דאין יכול לומר אשכירנה לך ולא נעשה גוא"א דהא הרשב"ש כתב וז"ל אך אחר עבור זמן השכירות יש להם טענת גוא"א עכ"ל ויש להקשות על יתור דבריו אלו מה אתא לאשמועינן בודאי אחר ימי השכירות יש להם גוא"א אלא בודאי נתכוון לומר דלאחר ימי השכירות אפילו יהיה מינח ניחא ליה לבעל הקרקע להניחה אצלו בתורת שכירות עכ"ז יכול לתבוע חבירו לגוא"א הרי לך מדברי הרב דאחר יומי השכירות אפילו באם היתה מושכרת אצלו

כבר עכ"ז יכול לכפותו לגוא"א ואם כדברי הרב מש"י הרי אפילו לא היתה שכורה בידו ס"ל דיכול זה לומר לו אשכרינה לך ולבטל טענת גוא"א בדהיתה שכורה כבר לא כ"ש אלא בודאי דלדעת הרב הרשב"ש לא ס"ל הכי אלא יש לנו לומר דדוקא במקום שהיתה מושכרת לזמן בזה הוא דאזיל הרב בתר הזק ראיה דהיינו אם היה הז"ר כגון אם עדיין דרים בחצר אחת בזה הוא דמחלק הרב בתוך הזמן להיכא דאיכא הזק ראיה להיכא דליכא אבל לאחר יומי השכירות אפילו היכא דליכא טענת הז"ר עכ"ז יכול לתבוע גוא"א אפילו ברוצה הנתבע להניחה בידו בשכירות יען כי אמור יאמר התובע דרצוני לאגוד ולא להפסיד השכירות:

ומעתה הואיל וכבר הבאתי לפני רום דברי הרשב"ש באורך שמהם תלמד דקפידתו דהרשב"ש דפסק דתוך ימי השכירות לאו משום דמעיקרא היתה בדעתו להניחה בידו כל ימי השכירות אלא מיירי בכבר יצא לחוץ ואין הז"ר. ממנו נלמד לנדו"ד דמשכנה בידו ובא מי שממושכנת בידו לעשות גוא"א נחזי אנן אי המעשה הוא שנשאר זה הממשכן דר עמו בחצר כגון יש לו מקום אחר בזה החצר א"ך הרי יכול לכפות זל"ז לגוא"א אפילו תוך ימי המשכונה כמ"ש החו"ט המשול"ש משמו ומשם הרשב"ש ואי אייריי ביצא הממשכן לחוץ דאין כאן הזק ראיה א"ך לא אכפת לן אפילו עברו יומי קצבת המשכונה שיכול הממשכן לפדות עכ"ז אין זה יכול לכפותו לטעון גוא"א שהרי הממשכן היא בחוץ ואין כאן הזק ראיה. והגם שעלה על דעתי לכאורה כמ"ש כת"ר דהואיל והגיע עת שיכול לפדות הוי כאלו עברו זמן השכירות דכתב הרשב"ש דלכאורה נראה דאין לחלק דמה לי עבר זמן השכירות מה לי עבר זמן קצבת המשכונה ויכול לפדות ולהוציאו נראה דאין לחלק והגם דראיתי להרב המרבי"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח ס' ק"ך שכתב ז"ל היורד לקרקע חבירו בתורת מש' דקי"ל אין לו חזקה. אם אחר ששלמו יומי המשכונה יש לו חזקה זה תלוי בפלוגתא דרבוותה והרב המרבי"ץ כתב על זה נלע"ד פשוט דאין בכלל זה המשכונה שעושים לזמן ובתוך הזמן לא ולאח"ך כל זמן שלא יפדה תמשך בנכוי דאינו נקרא שלמו ימי המשכונה עד שיכלה הקרן דשוב אין לו פירות ע"ך הרי מדברי הרב כל זמן שלא כלה הקרן עדיין לא נשלם ימי המשכונה מקרי וא"כ היאך תיסק אדעתין לומר דלאחר זמן קצבת ופדייה נחשוב אותה כלו ימי המשכונה כדין כלו ימי השכירות כל זה נראה לכאורה אך לפי האמת הדעת נוטה דשוים ועד כאן לא אמר הרב המרבי"ץ דאפילו לאחר ימי הקצבה דינה כדין תוך ימי הקצבה אלא לענין שלא תעלה לו חזקת המחזיק הוא דאמרה דהואיל וירד לה בתורת משכונה הגם שהגיע זמן לפדות דילמא לא פדה ויש לנו לתלות דעדיין בידו בתורת משכונה אבל לענין דין זה שלא

יכפהו לגוא"א אין טעם וריח לזה אלא דיש לנו לומר הואיל ויכול הממשכן לפדותה בכל עת שירצה דין הוא שיכול זה לכפותו לגוא"א ונילף זה מדין שלמו ימי השכירות דפסק הרשב"ש דהואיל ושלמו ימי השכירות וכו' יש בהם גוא"א אף אנן נימא הכי אחר ימי קצבת זמן הפדייה:

אכן כד דייקינן באמת לא ילפינן שלמו זמן קצבת הפדייה לשלמו ימי המשכנתא דלא דמיין להדדי דבשלמא התם בשכירות הואיל ועברו ימי השכירות מירתת רתת משכיר זה דילמא בזה החודש או חודש אחר יבא להוציאו הואיל ואין לו מי שיעכב על ידו כלל ולכך להוי זה כופהו לגוא"א אבל בכגון דא שממושכנת בידו וצריך מעות לא אמרינן הואיל ואי להוי ליה זוזי יבוא לפדות הדר דינו כדין שלמו ימי השכירות דהואיל ומחוסר ממון לא אמרינן הואיל וכמו שמצינו מתניתין בפסחים ופסקה הש"ע באו"ח סי' תמ"א ז"ל נכרי שהלוה לישראל על חמצו ומשכנו בידו ואמר לו יהיה שלך אם לא אפרע לך לזמן פלוני והגיע הזמן ולא פרעו מותר אפילו הגיע הזמן אחר הפסח ע"ך ומצינו להר"ן שהקשה על דין זה הביא דבריו המג"א שם בס' תמ"א סק"ג ז"ל וקשה ונימא הואיל ובידו לפדותו בפסח עובר עליו כדאמרינן גבי חלה הואיל ואי בעי מתשיל עלה וי"ל דהכא כיון דמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל עכ"ל הרי לך אפילו במקום דאיכא איסור לאו דלא יראה ועשה דתשביתו עכ"ז במקום דמחוסר ממון לא אמרינן הואיל מכ"ש לענין דינא דגוא"א בודאי דאין לנו לומר הואיל במקום חסרון ממון:

ואין להכניס זה במחלוקת אי ילפינן ממונא מאיסורא או לאו דבכעין זה הדעת נוטה דילפינן ובפרט הרי מצאתי ראיתי בס' ילקו"ט הרועי"ם דף י"ח שכתב ז"ל שטת הר"ן הוא דבמחוסר ממון לא אמרינן הואיל ובשו"ת גו"ר ארי"ה יהודה כתב דתלייא בפלוגתא דאביי ורבא אי למפרע גובה או מכאן ולהבא הוא גובה דלרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה דאי בעי מסלק ליה בזוזי ס"ל דאף במחוסר ממון אמרינן. ולאביי לא אמרינן הואיל במחוסר ממין עכ"ל וכוונת הרב פשוטה דכוונתו לומר דלדעת הר"ן פסיקא ליה דהואיל במחוסר ממון הלכתא פסיקתא דלא אמרינן הואיל לעולם אבל הרב גו"א יהודה הכניס דבר זה במחלוקת אביי ורבא ואם אמור נאמר דלא אמרה הר"ן אלא דוקא באיסורא ולא בממונא א"ך היאך הרב מלאו לבו לומר דדבר זה נכנס במחלוקת הר"ן והרב גור אריה יהודה הרי הר"ן לא אמר למלתיה אלא באיסורא ולא בממונא ומחלוקת אביי ורבא היא בממון וא"ך נימא דגם הר"ן הכי ס"ל דבאיסורא לא אמרינן הואיל ובממונא הוא מחלוקת אביי ורבא אלא ודאי פשוט דלדעת הר"ן הוא מילתא פסיקתא דבכל מקום לא אמרינן הואיל במקום חסרון ממון וא"ך הואיל והש"ע מצינו לו בס' תמ"א פסק כשטת הר"ן

דאפילו הגיע הזמן אחר הפסח אינו עובר בודאי דאזיל בשטת הר"ן דלא אמרינן הואיל במחוסר ממונא ואתכא דמר"ן סמכינן וא"ך הרי לך בנדו"ד הגם שעברו ימי המשכונה שלא היה יכול לפדות והגיעו הימים שיש בידו רשות עכ"ז לא אמרינן הואיל ובידו לפדות יכול הממשכן לומר דילמא יום מחר או מחרתו תבוא להוציאני דהואיל ומחוסר ממון לפדייה לא אמרינן הואיל לא כן בשלמו ימי השכירות דאין מי שיעכב בידו דין הוא דתיכף אחרי ימי השלמתן יכול לטעון גוא"א ופשוט:

עוד יש לחלק בין שלמו ימי השכירות לשלמו ימי קצבת זמן שאינו יכול לפדות דבשלמא שלמו ימי השכירות הגם שבעל הקרקע אומר לו הניחה מושכרת בידך עכ"ז יכול הלה לומר גוא"א כי אין ברצוני לגדל פרע שכירות ורצוני הוא לקחתה מידך ולא אפסיד השכירות אבל במשכונה הגם שנשלם הקץ שלא היה יכול לפדות עכ"ז בעל הקרקע יכול לומר למה לך לתבוע גוא"א הרי הקרקע בידך ואין לך הזק ראיה ממני שאני עומד בחוץ ואי משום שכירות הרי היא משכונה בידך ואין אתה משלם שכירות ואכ"ן לעת שנרצה לפדות הרשות בידך לתבוע גוא"א ופשוט:

ומעתה הנה באתי למה שבא לפני כת"ר בראובן ושמעון שיש להם בית בשותפות ועומדת לשכירות יען שאינה ראויה לדירה לשום אחד משניהם ומחמת שיש להם בה בטלה לפעמים שאין מוצאים להשכירה על זה עמד אחד משותפים ואמר לחבירו גוא"א ובזה ידידי רצה לסמוך על מ"ש מהריב"ו זלה"ה בלקוטים משם מהרש"ך דלית גוא"א אלא ברוצה אותה לעצמו ולא להשכירה לאחרים אך ידידי ראה והתבונן דדעת מהרש"ך זאת היא סברת מור"ם דס"ק ע"ח ס"ו ופשט דברי מור"ם הוא חולק על הש"ע דפסק כהרמב"ם וא"ך הדר דינא לדעת הש"ע אפילו ברוצה לאוגדה יותר משוויה ולהשכירה לאחר כדין גוא"א דקי"ל יכול לאוגדה יותר משוויה עכ"ז יכול לאוגדה אדעתא למוכרה לאחריני ועל זה ידידי הוקשה לו היאך מהריב"ו זלה"ה כתב לדברי מהרש"ך סתמא כהלכה פסוקה ודבריו הם נגד הש"ע ומזה הידיד סליק בתימא באמת תמהתי על המראה שרצה לקרב המרוחקים בזרוע דלעד"ן דלא קרב זה אל זה דדברי הרמב"ם והרא"ש דפסקו הש"ע ומור"ם הם איירי בעני הבא למכור בשביל שהוא צריך למעות בזה היא דלהרמב"ם והש"ע יכול העני לכוף לעשיר לקנות או למכור אדעתא למכור לאחריני ולהרמב"ם ומור"ם דפסק כוותיה ס"ל דאפילו בעני הצריך למכור אפילו הכי אינו יכול לומר גוא"א כדי למכור לאחרים אבל מהרש"ך לא בזה דבר אלא במי שאינו צריך למעות אלא אדרבא רצונו הוא לאוגדו כדי להשכירו לאחרים שהרי הכי הוא דברי מהרש"ך דלא אמרינן גוא"א אלא כשרוצה אותה לעצמו לדור בה אבל להשכירה לאחרים לא

עכ"ל הרי לא דבר אלא במי שרוצה לאגוד ולשכור ולא לאגוד ולמכור דלאגוד ולמכור מי הביאהו למהרש"ך להכניס עצמו במחלוקת הרמב"ם והרא"ש אלא מהרש"ך איירי או בראובן ושמעון הדרים בחצר אחת ואחד מהם אימר לחבירו גוא"א וכוונתו היא להוציא חבירו ולהשכיר אותו מקים לשוכר אחר בזה דבר מהרש"ך דאינו יכול דהואיל וסוף סוף יביא שוכר אחר ויהיה לו הז"ר ממני א"ך מה לי זה השותף הדר עמו עתה או אחר עיין במור"ם סקנ"ד סט"ז דמשם באירה דמה לי הז"ר מזה או מזה בקיצור באופן זה דבר מהרש"ך שאינו יכול לאוגדה אדעתא להשכירה לאחרים ומכ"ש בראובן ושמעון השותפים בחצר ולא היו שניהם דרים בחצר ובא אחד לאגוד כדי שישכירה ולהרויח השכירות בזה האופנים הוא שדבר מהרש"ך וזה מוסכם אפילו לדעת הרמב"ם והלכה ומורין כן אליבא דכו"ע:

ומעתה נחזי אנן הנדון שבא לפני כת"ר בראובן ושמעון זה שיש להם בית בשותפות ואינה ראויה לדירת שום אחד מהם אלא לשכירות עומדת בודאי דלא יוכל שום אחד לומר גוא"א דממה נפשך אם ראובן ושמעון זה הם דרים בחצר אחת וכל אחד יש לו בית דירתו וזה הבית המשותפת אינה ראויה לדירה כי אם לשכירות א"ך הרי אינם רוצים עתה לעשות גוא"א כי אם בהאי ביתא ולישאר שניהם דרים בחצר אחת וא"ך לא נסתלק מהם הז"ר וא"ך הרי לדעת הרשב"ש בררנו דבמקום שאין הז"ר אינו כופהו לגוא"א וגם דעת מהרש"ך דכתב דגוא"א להשכירה לאחרים ליכא ודאי טעמו הוא ג"ך כהרשב"ש דלא אמרו גוא"א אלא במקום הז"ר אבל זה שרוצה להשכירה לאחרינו ולא נמלט מהז"ר אין בו גוא"א:

ואם ראובן ושמעון זה אינם דרים בחצר בשניהם או אחד דר ואחד אינו דר וזה תובע גוא"א להשכירה להאי ביתא לאחרינו פשוט ג"ך דבין לדעת הרשב"ש בין לדעת מהרש"ך ליכא גוא"א אפילו דתובע גוא"א הוא הדר בחצר הואיל ורצוני היא להשכירה לאחרים ולא לדור בה א"ך מה הזק ראיה יש לנו לביא בטענת גוא"א מכ"ש השותף שאינו דר בחצר פשוט שלא יכול לכפות לשותף הדר בחצר שיש בה אותה בית הנשכרת לאחרים שאינו יכול לכוף לשותף הדר באותה חצר לומר גוא"א ופשוט ולית דין ולית דיין: אלא דבדרך אגב אודיעה נא לידידי מאי דתמיהא בהאי עובדא היאך איתרע שראובן ושמעון הם שותפים בהאי ביתא ואינה ראויה לדור בה שום אחד אלא משכירים אותה היאך איתרע שאחד תובע גוא"א ואחד מעכב היתכן ענין זה דמאי דעתיה דהאי דבעי לאוגדה בשוויה ויחזור להשכירה ולפעמים יפסיד יומי דבטלה:

גם מאי דעתיה דהאי דמעכב עליה הרי בית זה אינה עומדת אלא לשכירות ומה לי ישכירה לאחר או לשותפו זה בשוויה גם אעקרא דדינא קשייא הואיל וזה השותף רוצה הוא לשוכרה קודם לכל אדם אתמיהא. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן סא

שאלה מהרב המופלא מוהר"ר יהודה מויאל נר"ו הרב של מוגאדור יע"ה ידיד ה' ואוהבו הרב המופלא וכבוד ה' מלא דיינא דלע"ד מוהר"ר אנקאווא הי"ו שלם לך וכו' אמרתי להודיעך שנשאלתי בשני אחים שהיו שותפים ומת אחד מהם והניח בן קטן וזה האח הנשאר הביא פנקס השותפ' שבינו ובין אחיו הנעדר ועוד אומר שיש עדיין בידו איזה רווחים מעסק השותפ' ועל זה נסתפקתי אם מחשיב למשיב אבידה ויפטר מהשותפות או לא:

גם נשאלתי אם יכול זה השותף הנשאר לטעון שלא ישבע עד שיגדל היתום ויתבענו אולי ימחול לו כשיגדל. שוב אחר כן ראיתי בס' נתיבות המשפט שכתב שהרב התומים נסתפק בנדון הזה שהודה השותף בסך אחד שהוא תחת ידו משל שותפות אם נדמה זה לנדון סלעין דינרים סתם וסיים הרב פ"ת דבתשובת ח"ץ פשיטא ליה דבכל אופן חייב להשבע ע"פ וא"ך לא שבקינן פשיטותיה דהרב ח"ץ משום ספיקו דהרב התומים על כל פנים יודעני מעכ"ת אם נמצא איזה חולק על הח"ץ גם יודעני דעתו הרחבה ממה שטען שלא ישבע עתה אילי יגדל היתום וימחול לו:

גם יודעני כת"ר מה היא סברתך במעשה שבא לידי באשה אחת מתקוטטת עם בעלה ועקר הקטטה היא בשביל שתמכור נכסי מלוג שלה ותתן לו מעותיהם ונוסף על זה שזה דרכו לשתות מים שרופים הרבה עד גדר על כתף יסבלוהו להביאו אל ביתו. עתה הפעם הזאת קבלה על עצמה למרוד בו ויכתבו ויתנו ביד בעלה שהיא מורדת עליו וילך לקחת לו אשה אחרת וכאשר שמע הבעל שזה האשה רצונה למרוד בו כדי שתקדיש נכסיה מעתה ולשעה אחת קודם פטירתה ותמכור לצורך מזונותיה אזי הבעל לא רצה לתובעה במה שמרדה בו והמתין לה אולי תחזור ממרדה ונסתפקתי אם נקבל טענת האשה שאמרה שעתה שאין בעלה רוצה לשלוח סיבדי"ץ להתרות בה לכן מרצונה הטוב בשמחה רצתה שהב"ד יכתבו עליה דין מורדת ותשבע בתפלין שלא תחזור בה אבקשה מכת"ר על כל פרט ופרט תשובתו מהרה תצמ"ח ושלם וכו' עה' יאודא מויאל סי"ט: הנה ראיתי מה שנסתפק מנ"ר בשותף זה הואיל ויש בידו ריוח מהשותפ' אם יחשיב למשיב

אבידה להפטר משבועה. ועיננו הפקוחות המה ראו מה שנסתפק הרב התומים ומה שסיים עליו הפת"ש משם הרב ח"ץ דמפשט פשיטא ליה דבכל ענין נשבע אך הרב מנ"ר אריה נעשה שו"אל אם יש איזה פוסק שסובר דיחשב למשיב אבידה ויפטר משבועה ע"ך האמת ודאי אם המצא ימצא איזה פוסק שיפטור בזה כוותיה נקטינן דיכול לומר קי"ל ליפטר מן השבועה וכמ"ש הש"ך בס' פ"ז סק"י משם הראשונים עו"ע גם מדין קי"ל ידיע דהגם דלא טען איהי אנן טענינן ליה ועל זה הואיל ודעת מ"ר למצדד אצדודי לזכות לשותף זה להחשיבו משיב אבידה על זה חפשתי בספרי הקודש אשר לפני בס' כנה"ג ושאר בעלי אסופות ולא מצאתי מזה ובודאי כוותיה דמור מסתברא שאין לנו להניח פשיטותיה דהרב ח"ץ וצריך לישבע:

ומה גם אפילו להרב התומים נראה בנדו"ד גם הוא יודה דצריך לישבע הואיל והשותפ' היתה ידועה דהא הרב התומים לא כתב דינו אלא על דין דגדול שהודה לקטן שהיה שותפו שכתב מר"ן בס' צ"ו דחייב לישבע משום מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אלבא דהרמב"ם על זה הרב התומים ז"ל כתב ז"ל ואם הודה שיש לו עדיין ממון השותפו' צ"ע אם ישבע דאף דמיגו לאפטירי משבועה לא אמרינן מ"מ הא הוי כמשיב אבידה בהודה לקטן ותקנת חכמים משיב אבידה לא ישבע וכמ"ש בס' פ"ח לכן צ"ע עכ"ל עיניך תחזינה משרים דלא נסתפק אלא בהודה לקטן שהיה שותפו הוא דנסתפק אם הודה לו שיש לו עדיין ממון השותפות אבל בדינא דהודה לגדול שהיה שותפו האמור בס' צ"ג שם לא נפל לו ספק זה:

ומוכרח לחלק ולומר דלא נסתפק אלא בתביעת קטן דוקא דהואיל והיה יכול לטעון מעולם לא הייתי שותפך ולא הוי מעיז עכ"פ הגם שאנו אומרים חייב לישבע משום מיגו לאפטירי משבועה לא אמרינן עכ"פ יהנה לן מיגו זה היכא דאמור עדיין יש בידו מממון השותפות דהוי משיב אבידה דאי בעי הוה אמר לא הוי שותף מעולם. אבל בגדול דהוי מעיז לא דדוקא בקטן הוא דליכא גביה העזה כמ"ש הסמ"ע בס' צ"ו אבל בגדול דהוי העזה לגביה לומר דלא היה שותפו מעולם וכו' וכמ"ש הסמ"ע בס' צ"ג סק"ט והגם דשם נאמר דמיגו דהעזה הוי מיגו טוב לפוטרו משבועת השותפ' הואיל והיא תקנת חכמים ובשביל זה הוצרכו לומר דטעמא דלא מפטר הוא משום מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן יעו"ש בס' צ"ג סק"ט ובש"ך שם עכ"פ לדעת הרב התומים ס"ל דוקא בקטן הוא שיש להסתפק הואיל ולאו בר העזה הוא לגביה מחשיב משיב אבידה אבל בגדול לא נסתפק וא"ך משמע דבהודה לשותף שהיה שותפו ועדיין מהריוח תחת ידו לא חשיב ליה הרב למשיב אבידה כ"ש בהיה ידוע כנדו"ד דחשיב ליה מור כאלו יש עדים שהם

שותפים הואיל והדבר קלא אית ליה ודאי אפילו מודה שיש בידו מעט ריוח לא מחשיב משיב אבידה אפילו לדעת התומים וא"ך הרי אלבא דכ"ע לא מבעייא לדעת הרב נתיבות המשפט דדחה ספיקו של דעת התומים ולדעת הרב ח"ק שהביא כת"ר פשיטא דחייב לישבע אלא דנדו"ד אפילו התומים יודה דלא נסתפק אלא בהודה לקטן וכמש"ל:

ועל מה שנסתפק כת"ר אם יכול לטעון לא אשבע עתה שמא יגדל וימחול לי לכאורה היה נראה שיש כאן מקום להסתפק והוא ממה שמצינו לרבינו הטו"ר אהע"ז ס' צ"ו שכתב ז"ל אם היורשים קטנים והאפוטרו' רוצים להשביעה והיא אומרת שאינה רוצה לישבע מד שיגדלו בניה כי שמא ימחלו לה כתב אדוני אבי הרא"ש שאין שומעין לה אלא לא תטול כלום עד שתשבע ע"ך מזה נראה שיש לצדד לכאן ולכאן דיכולים לומר דדוקא בבאה ליטול הוא דאין שומעין לה אבל במקום שלא באה ליטול וכגון נדו"ד איכא למימר דיכול לומר לא אשבע עתה דילמא יגדל וימחול:

אך יש לדחות ולומר דלא הוצרך ברא"ש לתת טעם דאינה יכולה ליטול אלא עד שתשבע דמשמע דוקא בבאה ליטול הוא דאינה יכולה לומר שמא ימחלו לי ודייקינן מינה דבמקום שאינה באה ליטול דינין ליה דיכולה לומר לא אשבע עד שיגדלו שמא ימחלו. דוקא באם לגבי בניה דילמא הואל ומחויבים בכבודה הוי טענתה טענה שלא תשבע עתה הואל והבן מחייב בכבוד אב ואם דלמא כשיגדל ימחול. אבל בכגון נדו"ד איכא למימר אפילו להשביע להפטר תבעינן ליה להשבע. גם יש לומר דילמא דינא דהרא"ש מעשה שהיה כך היה ולעולם הרא"ש ס"ל דגם בבא האפטר' לתבוע לנתבע להשבע אפילו להשבע ולהפטר אין יכול לטעון לא אשבע דילמא יגדלו ומחלו לי. איך שיהיה מדברי רבינו הרא"ש אלו שפסק הטוש"ע ס' צ"ו אין ראיה לשום צד: אך באמת הרי הדבר מפורש יוצא מדברי המרדכי סוף פרק הנזקין והיא הגהה ערוכה בס' ר"ק סט"ז דבמקום שיש לקטנים תביעה על אדם אחד הב"ד מעמידין אפוטרו' ליתומים ומשביעין אותו יעו"ש ובזה נחה שקטה: אלא הואל וראיתי אור יקרות שדעתו להפוכי בזכות שותף זה שלא לישבע הרי מצאנו לו ארוכה ומרפא מצד זה דהיינו דהגם דכתבנו לדעת הרב נתיבו"ת המשפ"ט וח"ק ס"ל דאפילו במודה שיש בידו מקצת ריוח צריך לישבע. עכ"פ הרי דבריהם הם אמורים על ספיקו של התומים וספיקו של התומים בקטן שתבע לגדול שהיה שותפו וכו' דהוי עכ"פ היתה תביעה לקטן על הגדול דהיינו שהיה הקטן תובעו שהיה שותפו והגם דתביעת קטן לא הוי תביעה בנדון שהיה תובעו שהיה שותפו הוי תביעה להתחייב שבועה מצד השותפ' בזה הוא דפסקו אפילו בהודה שיש בידו מקצת ריוח נשבע. אבל בנדו"ד שאין שטר ולא עדים כלל הוי כאלו בא מעצמו ואמר פלוני

היה שותפי ויש לו בידי כו"ך בודאי דהוי חשיב משיב אבידה ומה שהאדון רצה לדון בזה דהוי השותפ' כאלו יש עליה עדים הואל ויש קול מפורסם בעיר שהם שותפים וגם יושבים במקום המסחר פעם זה ופעם זה. לא כן נראה מדברי הפוסקים דהא מצאתי ראיתי להכנה"ג צ"ג הגה"ט אות זיי"ן שכתב זל"ה ולענין מחלוקת הרמב"ם והרא"ש אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לא. פסק הב"ח כהרא"ש. ומהר"א ן' ששון כתב דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל וכ"ך הראד"ב וכתב דאפילו יצא הקול שהיו שותפין ואינו מעיז פניו לומר שלא היה שותף יכול לאמר חלקנו עכל"ה. הרי לך דאפילו במקום שהי' קול גדול ששותפים הם ואינו יכול להעיז לא הוי מקרי שותף בודאי וכאלו יש עדים בדבר. אלא יכול לטעון שכבר חלקנו. וא"ך ממנו נבוא לדעת הרמב"ם דקי"ל כוותיה הגם דלית ליה מיגו דלא הייתי שותפך עכ"פ בעינן שיהיה תובעו ואומר לא היית שותפי אבל במקום שאינו תובעו אלא הוא אומר שהיה שותפו ולא נשאר לו כלום לא מחייבינן ליה לישבע מכ"ש באומר אני הייתי שותף המת ונשאר לו ריוח בידי ודאי דלמשיב אבידה מקרי ואין משביעין אותו ונדו"ד ג"ך הכי הוא דאפילו היה קול בעיר שהיו שותפים הרי יכול לומר חלקנו וא"ך הדר כאלו אין אנו יודעים שהיו שותפים וא"ך מה שבא מצד עצמו ואמר שהיו שותפים ונשאר לו ספק ריוח בידו מפיו אנו חיים קרינן כאן ועל כל מה שהודה תבוא ברכת טוב וכ"ע יודו בזה דאין לך משיב אבידה יותר מזה: ומאי דנסתפק כת"ר בדין דמורדת אם יכול לכתוב לה אגרת מרד נגד רצון בעלה הנה רואה אנכי דנדון כת"ר הוא מורדת דבעינא ומצערנא דצריכה הכרזה וכו' וכמ"ש כת"ר עצמו דהואל ועקר המרד הוא בשביל שרצונו לתת לו מה שקבלה מדודתה א"ך הדר דינו למ"ש כנה"ג משם מהרש"ל ז"ל אם אמרה לא בעינא ליה כי הוא מכלה את ממוני נראה כדעת הרב מתתיה שאינה יכולה למרוד בו ואם עכבה פסקינן עלה דינא דמורדת ממש כמורדת דבעינא ליה עכ"ל וא"ך גם כאן טענת בעינא ומצערנא אית ליה. והגם דכאן נוסף שהוא שכור על כתף יסבלוהו עכ"ז לפי דברי מר נראה דעקר מרדה הוא בשביל שרצונו לקחת ממונה והואל ועקר הטעם בשביל ממונה אלא שזה נוסף בודאי דין בעינא ומצערנא אית לה:

ומה גם הרי מצינו בתשובת רש"ל הביאה כנה"ג שם אות ל"ו ז"ל אמרה שהוא מאוס עליה מחמת מעשיו הרעים ששותה יין שרף תמיד בבית משתיהם ובא שכור לביתו וגם עבר על בריתו שנשבע שלא לצחוק ומגזם לסכן ולשרוף ולאבד ולמכור אין לך מאוס יותר מזה יע"ש הרי לך דבטענת שכור לבד לא הוי ליה דין מאוס עלי כי אם בצרוף

כל הני רעותות א"ך בכאן דאין כאן כי אם רעותה דשכרות ומה גם דעקר הקטטה היא לקחת ממונה ודאי למורדת דבעינא ומצערנא מחשיבא:

והואל ומורדת זה דינה בכפייה דהכרזה כדי שתתבייש ותחזור בה לא ידעתי היאך מנ"ר בעי לכתוב עלה אגרת מרד הרי הבעל יום מחר או מחרתו יכול לומר אלו הכרזתם עליה היתה חוזרת בה והואל ולא עבדינן לה כתקנת רז"ל אותו מרד לא מעלה ולא מוריד:

גם דעדיפא מזה הואל והבעל מחל במרדו אשר מרדה בו לפי שעה ואין רוצה לכפותה כדי שתבוא אצלו מי ישמע לטענתה שטוענת כתבו לי כדי שתהיה רשאה ושלטאה לעשות בשלה מה שתרצה אפילו מורדת דמאיס עלי מה כפייה יש לה על הבעל בזמן שאינו תובעה דהגם דלהרמב"ם מורדת דמאיס כופין אותו לגרש הרי כל הפוסקים עליו וכוותיהו קי"ל ומה גם הואל ועקר מרדה הוא להיות לה רשות לשלוט בעצמה לתת ממונה במתנה הרי מצינו לרבינו הטור שכתב ז"ל והדין תקנתא ליתא אלא היכא דאמרדה איתתא בבעלה ובעיא למיפק מניה משום דלא בעיא ליה אבל אם חלתה או שהיה חשש מיתה ורוצה להפקיע את עצמה מתחת בעלה כדי שלא ירשנה ליתא להאי תקנתא וכי האי מילתא אמרינן היכא דמעקרא נחלה דאורייתא לא תקון רבנן עכ"ל והוא הוא נדון דידן וא"ך מכל צד ומכל פינה נראה דאין כאן תקון לזה. כל זה כתבתי בהשקפה בלי עיון כ"ך בספרים יען הואל וכת"ר הזהרני להשיבו תכף על כן באתי בעטיו של נח"ץ לקחת מן המוכן וצוי"ם שמנה הנחמות התרס"ג לפ"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן סב

על ראובן שתבע לשמעון ואמר לו קניתי ממך עפיון ושלחתיו למדינה אחרת לימכר והן היום נמצא כולו מלא עפרורית ואתה הבטחתני שהוא טוב והן קויתי טוב ויבא רע. מהו הדין. הנה על אופן זה נשאל ידיד האור כי טוב הרב מורה צדק שבעי"ת רבאט יע"א והשיב על זה. וזה מה שכתבתי בענין זה להרב הנז' הי"ו:

אורו עיני במ"ש בענין האלעפיון הנז' ואמת אמת תפיסה במה דפתח דבריו יאירו דאם האלעפיון הוא דבר השכיח להיות בו תערובות ודרכם של בני אדם לנסותו דאין יכול לבוא הלוקח בטענת מק"ט. והגם דסברא זאת רבו בה המיימנים והמשמאלים בה עכ"פ המוחזק בודאי יכול לומר קי"ל ועיין להרב חכמת שלמה בס' רל"ב שהביא ראיה מן הש"ס על זה יעו"ש:

אך למודעני אני צריך דלאו כל אפייא שוין בנסיון דדוקא בדבר הנסיון שהוא על ידי מעשה הוא דכתב הרב המגי"ד הואל ולא הקפיד מחל אבל בדבר שנסיונו הוא על ידי ראיה והבטה יכול להיות ראה בשעת ראיה ונסתכל ולא הבחין ומאן לימא לן דלא הקפיד וחלוק זה הביאו הרב כנה"ג הגב"י אות י"א ז"ל כתבתי בתשובה דמתוך דקדק יש מי שכתב שהביא הרב"י נ"ל דלא אמרי דבדבר שיכול להבחינו ולא הקפיד לעשות כן אינו חוזר אלא דוקא בבחינה התלויה בנסיון או טעימא אבל בבחינה התלויה בראיה לא וקצת טעם יש בדבר דבשלמא בבחינה התלויה בנסיון או בטעימא איכא למימר הואל ולא הקפיד לעשות כן מחל אבל בחינה התלויה בראיה שאין צריך מעשה מאן לימא לן שלא הקפיד לראותו ולא הביט יפה ודקדקתי כן מלשון שכתב דאם היה דבר שהלוקח היה יכול להבחינו לאלתר כגון לנסותו ולטעמו וכו' ולמה לו להאריך הוה דיי לומר בדבר שיכול להבחינו לאלתר ותו לא מידי ומדהאריך ודאי שדעתו היא דדוקא בדבר התלוי בנסיון וטעימא ולא בנסיון התלוי בראיה עכל"ה וא"ך גם כאן צריך להיות עפיון זה נסיונו על ידי טעימא ואזי אמרינן מדלא בדק על ידי מעשה מחל:

אך בנדו"ד הואל וטען שהמוכר השביח דעתו בכי טוב הוא ועל זה סמך ובטח ולא בדק טענה הנשמעת היא דכן מצאנו ראינו להרב החבי"ב בס' ל"ב הגב"י אות זיי"ן שכתב ז"ל כתבתי בתשובה דאפילו לדעת הרב המגי"ד דבדבר שיכול לנסותו ולא נסהו אינו חוזר היינו דוקא במוכר להם בסתם אבל במפרש שמכר לו דבר טוב אפילו יש מי שכתב מודה מפני שיאמר חזי דעליה דידך קא סמיכנא ולפיכך לא הקפדתי לנסותו ושוב מצאתי כן במשפ"ט צד"ק ובה"ר רדב"ז ח"א יע"ש. ועיין בס' זי"ע סכ"א יע"ש. וא"ך הדין הוא דאם יודה לו המוכר שזה העפיון הוא שמכר לו והוא הבטיחו כי טוב הוא הדין הוא שישבע הלוקח שמעולם לא הרגיש ומחל במום זה וחוזר במקח טעות וכמ"ש כת"ר שבאמת כן כתב הרב כנה"ג הגה"ט סרל"ב סכ"א ז"ל כשהדין נותן להחזיר המכר מפני מום שבו צריך לישבע שלא הרגיש במום זה עד עתה יעו"ש עליו מילתא בטעמא והגם דבאמת מדבריו אלו מוכח דאזיל בשטת הפוסקים דס"ל דנשתמש דכתב הרמב"ם בלשונו וכן פסק בש"ע דאם נשתמש מחל לפי האי סברא דסברי שצריך לישבע שלא הרגיש במום. מזה משמע דסברי כסברת הפוסקים דסברי דנשתמש לאו דוקא אלא משהרגיש ושתק מחל והיא סברת המגי"ד שכתבנו לעיל שהביא הרב"י בס' רל"ב כמש"ל ובאמת הרי ראינו דסברא זו במחלוקת היא שנויה וכמו שמצאנו שם להכנה"ג הגב"י אות כ"ח כתב ז"ל מצאתי לגדול אחד שכתב בתשובה כתיבת יד למהר"א גאליקו ז"ל סל"א דכתב דכל שלא נשתמש אפילו הרגיש במום חוזר ע"ך וכן כתב באות י"א דדעת מהרשד"ם יע"ש

דהכי הוא ועיין סק"ה ובס' זי"ע סכ"א יע"ש עכ"ז פשוט דהמוכר יכול לומר קי"ל כמ"ש כת"ר וכן הורה זקן הלכה למעשה הרב מהריב"ו זלה"ה ח"ב סקט"ו יעו"ש הן אמת דהמדקדק שם בדברי מהריב"ו ז"ל בתשובה הנז' יראה דיש מקום להתעקש בדבריו ששם כתב ז"ל אבל אם נשתמש בה אחר שידע במום הרי זה כמחל כמ"ש הש"ע וכו' מדבריו אלה נראה דבא לפסוק כפשט דברי הש"ע דדוקא בנשתמש הוא דקם ברשותיה ולא הרגיש לחוד כמ"ש הסמ"ע משם הרב המגי"ד עכ"פ הרי מסיום דברי הרב שסיים בזה"ל ואם הלוקח טוען שלא ידע במום עד עתה צריך לישבע שכדבריו כן הוא וכו' הרי חזר ופירש דבריו דמה שנקט בתחלה אבל אם נשתמש וכו' הוא לאו דוקא אלא הוא הדין ידע והרגיש דיי ומאי דנקט בתחלת דבריו לשון הש"ע נקט אבל באמת דאפילו בהרגיש לחוד מחל וכמו שנראה מסוף דבריו ותפיס לשון אחרון עקר והכי נקטינן:

ומה שעלה בדעת ידיד להכריע דמר"ן הוא מכת הסוברים דדוקא בנשתמש הוא דקם ליה ברשותיה והכרעת ידידי היתה ממה שפסק הש"ע סכ"ב שכתב בריש הסעיף דאם נגנב או נאבד הוי ברשות מוכר ופירשה הסמ"ע לבבא זו דאיירי אפילו ביש לו שהות להחזירו ועכ"ז הש"ע פסק דוקא נגנב או נאבד הלאו הכי אפילו נשאר מונח אחר שנודע הוי ברשות מוכר והרי תפוק הואל וידע קם ליה ברשות לוקח ועל זה הוצרך ידידי לדחיות רחוקות ולדידי לא הונח לי במה שרצה לישב יען דלא תקין מה נענה לדעת הסמ"ע דשם בדינא דהסמ"ע ס"ג דכתב מר"ן אבל אם נשתמש וכו' כתב עליו הסמ"ע דברי הרב המגי"ד דנשתמש לאו דוקא א"ך מזה מוכח דרצונו להשוות דעת מר"ן לדעת הרב המגי"ד דמר"ן גם הוא ס"ל דאפילו בהרגיש לחוד קם ליה ברשותיה וא"ך היאך כאן בס' כ"ב בא לפריש דהש"ע דכתב נגנב או נאבד הוא אפילו בהיה לו שהות קא מיירי דמשמע מזה דאלולי גניבה ואבידה אפילו היה לו שהות לא קם ברשותיה וא"ך קשיין דברי הסמ"ע אהדדי:

על כן נראה דאין שום הכרעה כלל מדברי מר"ן דסכ"ב דאיכא למימר דשם בס' כ"ב איירי באופן שהיה יכול אפילו הרגיש במום וידע יכול לחזור והיינו בשעה שידע גילה דעתו בפירוש שלא מחל בשתיקתי דזה מהם גלוי דעתה בין אם תבע אונאתי בכדי שיראה לתגר בין במקח אחר שידע המום ובזה נחה שקטה דליכא הכרעה מס' כ"ב וקי"ל:

ומעתה הבוא נבוא לעקר דינא דידן הן אמת לא ידעתי עקר המעשה כאן היאך הוא אם זה הלוקח בא לב"ד והביא מקחו בידו או בא לטעון על פי מי שנשתלחו אליו לעיר אחרת והוא הוא ששלח לומר לזה הלוקח שהמקח הזה אינו טוב בזה חלוק דאם באמת הכי היא הלוקח זה בא בטענה מכח מה ששלח לו לאמר כזה הרי דינו ערוך על ספר הישר

זכו"ל אות אונאה ז"ל ראובן קנה סחורה משמעון ושלחה ללוי לעיר אחרת ובא כתב מלוי קיבל ומתרעים שהסחורה מזויפת ועדיין לא פרע ראובן המעות לשמעון ורוצה לפחות לו מהערך באומרו שהוא האמינו לשמעון שאמר לו שהיא הסחורה שתבע ממני ראובן. חייב כל מעותיו לשמעון ואם ירצה ראובן יחרם חר"ס. ידיו של משה. עכ"ל וא"ך גם כאן אם זה הלוקח בא בטענת חבירו אין בדבריו כלים: אך אם זה הלוקח בא ומקחו בידו ואומר הרי המקח שלקחתי ממך יש בו מום לא מבעיא אם זה המוכר אומר שאין זה מקח שמכר לו פשוט דנשבע ונפטר דאין לך כפירה יותר מזה. אלא אפילו אם היו יהיה טענת זה המוכר כגון אם אומר איני יודע אם זה הוא האלעפיון שמכרתי לך או לא עכ"ז בשבועה שישבע שאינו יודע שזהו מקחו יהיה פטור:

ודע וראה דהגם דמצאנו ראינו מחלוקת גדולה בדעת הפוסקים בדין מי שפרע לחבירו במה שהיה נושה ואחר זה חזר ואמר לו מעות שנתת לי מצאתי אותם מזויפים בזה רבתה המחלוקת בין האחרונים יש מכת הסוברים דס"ל דהוי דינו כדין יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך וחייב לחזור ולפורעו פעם אחרת ואין עליו על מקבל המעות כי אם חר"ס ויש כת הסוברים דס"ל דלא הוי דין זה אלא כדין איני יודע. אם הלויתני דהואל ופרעו נסתלק ממני ולא הוי אלא כאומר איני יודע אם הלויתני וישבע ויפטר יעו"ש בספרתם. ואנן בדידן לא מלבד מה שהכרענו במקום אחר כדעת רובא דרובא דהכי ס"ל דהוי דינו כאומר איני יודע אם הלויתני: אלא דבנדו"ז אפילו לדעת הסוברים דבפרעון ההלואה הוי כאומר יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך וחייב. בכאן לא כן היא דהא מצאנו להש"ך בס' רל"ב סקט"ו שהביא לסברת מהרשד"ם דס"ל בדין המחזיר מטבע מזויפת והלה טוען איני יודע דצריך לשלם ואין עליו אלא חר"ס יע"ש ועל זה מצאתי ראיתי להרב חכמת שלמה שתמה על הש"ך היאך פסק כרשד"ם והניח לסברת מור"ם הרי מדברי מור"ם נראה דלא ס"ל הכי דהא מור"ם כאן בס' רל"ב סי"ח פסק בסרסור שמכר טבעות ושברו הלוקח ומצא בו אבן ובא לתובעו הדין הוא שישבע הסרסור ויפטר יע"ש והרי הסרסור הזה באו לידו מעות הלוקח וא"ך הואל ואומר איני יודע אם היתה בדיל בטבעת או לא הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך ולמה נשבע ונפטר אלא מוכרח לומר דס"ל במחזיר מטבע ואומר שמצאה מזויפת הוי דינו כאומר איני יודע אם הלויתני ופטור וא"ך קשה על הש"ך דפסק כרשד"ם והניח סברת מור"ם. גם הוסיף הרב חכמת שלמה להקשות גם לדעת החולקים על רשד"ם וסיעת מרחמוהי וס"ל דהוי דינו כאומר איני יודע אם הלויתני למה לא נסתייעו מדברי מור"ם אלו דסרל"ב סי"ח ועל זה הוצרך הרב לתרץ שני תרוצים ותרוץ שני דידיה הכי הוא ז"ל ואפשר לחלק

בין בא לידו בתורת חיוב שמחייב את עצמו ובין בא לידו שלא בתורת חיוב אלא בתורת פירעון אף דהוי ספק אם יצא ידי חובת שכנגדו מ"מ כל שלא קבלה בתורת חיוב לא הוי איני יודע אם פרעתיך וצ"ע עכ"ל הרי לך דנדון זה דבמכר איירי אפילו רשד"ם וסיעת מרחמוהי יודו דנשבע ונפטר דכאן הוי כאומר איני יודע אם הלויתני אליבא דכו"ע וא"ך דין הוא שישבע ויפטר:

אך ראיתי לידידי שבכאן רפוף בידך דילמא בנדו"ד אפילו שבועה לא יתחייב וידידי טעמא טעים הואל וזה המוכר טוען שאינו זהו האלעפיון שמכר לו או ספוקי מספיקא ליה עכ"ז לא ישבע הואל ועומד וטוען שבשעת קנייה מעולם לא אמר לו כי טוב היא וא"ך הוה ליה לנסותו ומדלא ניסהו מחל ועל זה ידידי נסתפק היאך נשביעהו שאינו יודע שעפיון זה אינו שלו הרי קי"ל כל טענה שאין מתחייב ממון בהודאתה אין משביעין עליה וא"ך גם כאן אפילו יודה שעפיון זה הוא שמכר לו אינו מתחייב ממון בהודאה זו יען כי טוען שמעולם לא אמר לו כי טוב הוא או אפשר לומר דמאי דקי"ל דבטענה שאף אם מודה אינו חייב כי אם שבועה לא משבעינן ליה היינו דוקא כגון הך דשותפין שטענו שותפי היית וכו' וחבירו טוען מעולם לא הייתי שותפך שאף לדברי התובע אינו חייב לו ממון כי אם שבועת השותפין אבל בנדו"ד לפי דברי התובע שאומר זה העפיון שמכר לו ואמר לו כי טוב הוא הוי כטוענו טענה שאם יודה לו יתחייב ממון זהו צדדי הספק של כת"ר:

על זה נראה לע"ד דהכי הוא דהואל וטוענו זה העפיון שלך הוא ואתה אמרת לי כי טוב הוא והיום מצאתיו רע הוי כטוענו מנה לי בידך וזה אומר אין לך בידי דכחד טענה חשיבה טענת זה הלוקח דהנה מצינו למר"ן בס' פ"ז סכ"ה כתב ז"ל כל הטוען לחבירו טענה שאפילו יודה לא יתחייב ממון אע"פ שכפר אין מחייבין אותו הסת כיצד אמרת ליתן לי מנה אין משביעין איתו הסת וכו' וכתב הסמ"ע שם סקע"ד אמרת ליתן לי מנה דהיא דבור בעלמא ויכול לחזור בו והא דלא כתב אפילו באומר הודית לי א"ץ לישבע ואפילו היתה הודאה ע"י תביעה דהא אף אם יאמר אמת שהודיתי על ידי תביעה נפטר בשביל שכוונתו להשטות ואין משביעין אותו אלא א"ך נתחייב בהודאתו ממין ולא שבועה משום דבהני אם יאמר לו מה לי להשטאתך וכו' מדברי הסמ"ע אלו מבורר דחשיב האומר לחבירו הודית לי מנה דהוי טענה שאין מתחייב ממין בהודאתה הואל דאפילו יודה לו יכול לומר הודאתי להשטות נתכוונתי וא"ך היאך יוצדק פסק הש"ע בס' ע"ה סי"ז דשם פסק דהאומר הודית לי באתם עדיי חייב לישבע יע"ש ובש"ך ספ"א סקל"ח יעו"ש והרי יש להקשות היאך יתחייב שבועה שם שלא הודה לו הרי אפילו יודה

יטעון להשטות והוי עקר הטענה שאומר לו הודה טענה שאין מתחייב ממון בהודאתה אלא מוכרח לומר הואל לו הודית באתם עדיי הוי כאומר מנה לי בידך בודאי דחייב באיזה אופן שיטעון אותו וא"ך הוא נדון דידן ממש דהוי כאלו זה הלוקח טוען ברור לי שמנה לי בידך מצד שמכרת לי האלעפיון ואמרת לי כי טוב וא"ך זה שמכחישו הוי כאומר להד"מ ובודאי משביעין ליה ואין כאן מקום להסתפק:

וראיתי לידידי שדעתו היא במקום שטוען על חבירו טענה שאין מתחייב ממון בהודאתה הגם שאין משביעין עליה מחרימין. אחר המחילה עיין להסמ"ע ספ"ז סקע"ג דכתב גם חרם אין מטילין ובודאי דהסמ"ע קאי גם על אופן שאף שאין מתחייב ממון מתחייב שבועה וכמ"ש בסקע"ב שם הכי נמי אין מחרימין יעו"ש דודאי דבריו דסקע"ג הם קאי על דבריו דסקע"ב יעו"ש וכן נראה מדברי מהריב"ו זלה"ה בלקוטיו אות חר"ס דסתם משם מהריק"ש כל טענה שאין משביעין אין מחרימין יע"ש ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן סג

ראובן שלח סחורה עם גוי אחר להוליכה לו לאהלי קדר למקום שהזמין עצמו ראובן הנז' לילך שם להסתחרר באהלי קדר והגוי הנז' הלך לשם למקום השוק מקום שנדמה לו שם יזדמין ראובן למסור לו סחורתו ואזי כשלא מצא שם ראובן רצה ללכת לאהלו מקום חנייתו ויולך הסחורה עמו עד יבוא ראובן למוסרה בידו כי כן דרך החמרים אך מזל שעה גורם שם באותו השוק נמצא שמעון וכשראה שהגוי לא מצא לראובן נענה הוא ואמר לגוי תן בידי סחורות ראובן ואני אטפל למוסרם לידו ונתרצה לו הגוי אחר שקבל ערב ממנו על זה יען כי הגוי אינו יודע את שמעון מה טיבו ומה טוב טעמו ועל זה הוצרך לקבל ערב ולמוסרה לידו ושמעון טעמא טעים שנזקק לזה יען כי לדעתו לחסד גדול נתכוון כי באותו זמן היה בלבול בדרכים וחשב בדעתו אולי הגוי יום מחר ומחרתו יבוא לומר שהסחורה נאבדה מידו מכח בלבול הנמצא באותו זמן על כן אמר שלחסד רב יחשב לו להצילו מיד הגוי להביא ליד ראובן אך דא עקא יען כשקבל שמעון הסחורות מיד הגוי לא הניחם בידו עד בוא ראובן אצלו אלא הלך והפקידם אצל אחיו שיש לו שם אוהל אחד עם אהלי קדר במקום חנייתם במחנה שר הפלך ויען אחר עבור יום או יומים משעה שהניחם שם שמעון והלך לו נתאספו המון רב מפלשתים וכו' והלכו והרסו ונתצו חצר השר ושללו כל אשר היה חונה שם ובכללם גם הבית של אחי שמעון הנז' והן היום כשבא ראובן לתבוע לשמעון לתת לו סחורתו שקבל מן החמר שלו יצא לטעון טעון כי

הוא לטובה נתכוון ונתקיים בו לטוב קויתי ויבוא רע והואל ובאונס נשללה מה בידו לעשות אנוס רחמנא פטריה ע"כ:

תחילה וראש צריך לדעת הואל וראובן זה מסר סחורתו ביד הגוי ולא ביד שמעון אם יכול שמעון זה לומר לראובן לאו בעל דברים דידי את: זה תלוי במה שנברר מה דינו של שמעון זה אם יתבענו הגוי עצמו מה דינו עמו הנה נראה פשיט דאם יבוא הגוי לתבוע לשמעון בודאי דיש לחייבו דהא שמעון זה אומר שהסחורה שקבל מיד הגוי לא הניחה תחת ידו אלא הלך והפקידה אצל אחיו במקום אשר הוא חונה שם הרי אתינן לדינא דפסק הרמב"ם והש"ע סי' רצ"א סכ"ו שומר שמסר לשומר חייב אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר דאומר את מהימנת לי היאך לא מהימן לי אפילו אם ידוע שהשני טוב וכשר יותר מראשון יע"ש וא"כ הואל ושמעון זה הלך ומסר הפקדון לאחר הדר דינו לדין שומר שמסר לשומר ה' דחייב והגם דהגוי לאו בר שמירה הוא כמ"ש בש"ע ס' ש"א ס"א שהגוי נתמעט מדין שמירה ואפילו פשע הישראל פטור יעו"ש עכ"פ גוי זה מסר לשמעון פקדון של ראובן למוסרו לראובן ונתחייב שמעון זה בשמירת סחורה זו מכח ממין ראובן והואל ומכח ממון ראובן בא לתבוע בודאי שמעון חייב מדין שומר שמסר לשומר כמ"ש מפסק הש"ע הנז':

ואין לפטור לשמעון הואל וזה דרכו להניח פקדונותיו אצל אחיו א"כ נימא דיהיה פטור ממ"ש הש"ע בס' רצ"א סכ"א כל המפקיד אצל בעה"ב בין כלים בין מעות על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד יעו"ש ומצינו למהר"ם אלשי"ך ס"כ שכתב משם המרדכי דלאו דוקא אשתו ובניו אלא הוא הדין שכירו ושותפו וכל מי שדרך להניח בידם שלהם יעו"ש ופסק מהר"ם אלשי"ך ה' הובא בס' תוש"י ח"א ס"ט יעו"ש:

זה אינו מכמה טעמי חדא דהא מצינו למהריט"ץ זלה"ה שכתב בס' רל"ד דהא דקי"ל כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דוקא כשהוא בעיר אבל לא אמרו שיניח אשתו ובניו ויצא מהעיר לפי כשהוא בעיר עינו עליהם אבל לא כשיצא מהעיר יע"ש וא"כ גם כאן הואל והניח הסחורות אצל אחיו והלך לו לעסקיו כמעט כרחוק מעיר לעיר בודאי לא אמרינן בזה דינא דכל המפקיד ע"ד אשתו וכו'. זאת ועוד אחרת דבנדו"ד לא אייריי כאן בדין מפקיד דהא הגוי הזה לא מסר אותם ביד שמעון בתורת פקדון אלא מסר אותם לידו להוליכם לראובן בתורת שליחות וראיתי להרב ק"פ אות פ' סל"ו כתב משם מהרשד"ם דהא דקי"ל כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דוקא מפקיד אבל שליח לא אמרו בו הכי יע"ש וסברת מהרשד"ם זאת מוסכמת היא יען כי מתובלת ומוטעמת היא דהואל ולא נתנה בידו אלא להוליכה לבעלים ולא הניחם זמן זמנם מהיכן תיסק

אדעתין לומר שמסרה לו אדעתא שאם ירצה להניחה ביד אשתו ובניו תהיה מונחת זה לא שייך לומר כן:

גם מעקרא ובראשונה נדו"ד לא נכנס בסוג ספק זה דהא גוי זה אפילו לשמעון זה לא ידע מה טיבו ומה טוב טעמו למוסרה בידו ולא מסרה בידו אלא על ידי ערב וא"כ היאך יוצדק לומר שמסר לידו אדעתא דאשתו וכו' וא"כ מכל הני טעמי פשוט דאין לשמעון התנצלות מדינא דשומר שמסר לשומר וחייב הוא לשלם לגוי אלו היה בא לתובעו:

וא"כ הואל ושמעון זה הוא בר חיובא אלו היה בא לתובעו הגוי פשוט דראובן זה יכול לתבוע ממנו סחורתו ואינו יכול לדחותו ולומר ליה לא בעד"ד את וכמו שמצאנו להש"ך בס' רצ"א סקמ"א שכתב ז"ל ומ"מ אם פשע השני רצה גובה מהשני ואיני יכול לומר לאו בעד"ד את דומייא דגזל ונתייאשו הבעלים וכו' ע"כ ועיין בס' כר"ח ח"א סצ"ט שכתב דראובן שהפקיד חפץ ביד שמעון ושמעון הפקידו ביד לוי וכו' דשניהם משועבדים למפקיד רצה מזה גובה רצה מזה גובה יעי"ש שכתב כן משם מוהריבו"ן והמשבי"ר זלה"ה ומזה נלמוד דאין שמעון זה יכול לביא בטענת לאו בעד"ד את ומה גם דנדו"ד אין אנו צריכים לכל זה דהא מעקרא ובראשונה מסרם הגוי לשמעון ושמעון סלק הגוי משמירתם ונעשה הוא שליח במקום הגוי וא"כ פשוט דאין לשמעון זה מפלט ומנוס לומר לאו בעד"ד את וחייב לשלם לראובן:

אך מה שעדיין כאן מקום להסתפק הוא הואל ושמעון זה עקר טענתו היא כי הוא לטובה נתכוון להציל סחורה מיד הגוי ולהחזירה לראובן ובשביל זה עשה מה שעשה. האם יש צד לפוטרו מכח טענה זו. ולעד"נ דגם בטענה זו אין לו מפלט ומנוס דאפילו יהבינן ליה כל דליה דאם היתה סחורה זו ביד הגוי היתה נאבדת ומעשיו גרמו להצילה מיד הגוי עכ"ז אין לו פטור דלפי דבריו ג"כ הרי הדר דינו להיות כדין שומר אבידה דדינו הוא כפסק הש"ע ס' רס"ז סט"ו דדינו הוא דהוי שומר שכר יעו"ש והכי קי"ל וא"כ הואל ודין שומר הוא לו א"כ הדרן לחייבו מדין שומר שמסר לשומר דחייב וכדאמרן מילתא בטעמא וגם בדין זה אין לפקפק ולומר לפטור אותו מדין שומר שמסר לשומר הואל ושמעון זה ידעי ליה אינשי שמפקיד סחורותיו אצל אחיו וא"כ להוי פטור מדין כל המפקיד ע"ד אשתי וכו' הוא מפקיד: זה אינו. דהא לאו כולי עלמא ידעי ליה שדרכו להניח פקדונותיו אצל אחיו ומה גם דעדיפא והוא טעם כעקר הוא דלא נאמר דין זה דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד אלא במי שהפקיד ביד חבירו בזה הוא דאמרו מסתמא משעה שמסרו לידו אדעתא דהכי מסרו אבל בנדו"ד דלא מסר לי כלל אלא

מצדו קבלו מיד הגוי ונעשה עליו שומר מצד עצמו מאין יש לנו לומר הואל ודרכו להניח ביד אחיו להוי פטור הרי יכיל זה לומר אין אני מאמין לאחיך כלל:
ואין להשיב ולומר דהואל ולדין שומר אבידה יחשב האיך נחייב אותו מדין שומר שמסר לשומר הרי עקר טעמא דשומר שמסר לשומר דחייב הוא משום דיכול זה לומר לי את מהימנת לי האיך לא מהימן לי וא"כ התינח במקום שהמפקיד מסר ביד הנפקד יכול המפקיד לבוא בטענה זו אבל בשומר אבידה שמעצמו נעשה שומר א"כ הרי יכול שמעון זה לומר מה אלו אף אלי מה לי אני מה לי אחי כולנו נעשינו שומרי אבידה:
זה אינו דכבר בא הדבר מפורש בס' חוכמ"ת שלמ"ה ס' רצ"א ששם נסתפק באיזה ספיקות ומכלל ספיקותיו כתב ז"ל וכן אני מסופק בשומר אבידה דיש לי דין שומר ולא נעשה מן המפקיד שומר אם זה מסרו לאחר אם יש לו דין שומר שמסר לשומר או לא כיין דעקר הטעם בזה מכח דאנת מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן בשבועה ובזה הרי גם לראשון לא מסר לו מדעתי רק התורה עשאתו שומר ומה לי זה או זה וכו'. הנה בכל הני דינים נ"ל כיון דעקר חיובם הוה משים דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. א"ך הכא נמי בכל הני דינים כיון שאינו ידוע לנפקד שהדבר ברור בלב המפקיד שנאבד כיון שאין ידוע זה בעדים וגם אינו ידוע אם היה מאמין לשני או לא וכל שאין ידוע להנפקד שהמפקיד עצמו יודע שנאבד חייב היא לישבע והוא איני יכול לישבע כיון דלא ידע הוי משוי"ם ולכן גם עתה הן נגד היורשים היינו אם מת המפקיד קודם שעמד בדין או שומר אבידה או זה שמסר לו רגיל להפקיד אצל השני אם בעליו האמתיים של החפץ אינם רגילים להפקיד אצלי חייב הוא לשלם כיון שאינו יכול לישבע עכל"ה הרי מבואר יוצא מדברי הרב דגם שומר אבידה שייך בו דין שומר שמסר לשומר דחייב:
נשאר לנו לברר עוד מה להשיב על מה שטען עוד שמעון זה ואמר כי הסחורה הזאת אפילו אם לא היה תופסה איהו מיד הגוי היתה נאבדת יען כי הגוי הזה שהסחורה היתה אצלו אחר איזה ימים שנשללו האהלים שבשכונת שר הפלך ששם היתה בית של אחיו שוב אח"כ איזה ימים הלכו האנשים האנסים גם למקום אשר הוא חונה שם החמר של הסחורה הנז' ושללו אותו וכל אשר יש לו א"כ נמצא אפילו אי לא תפסה מידו היתה ראויה לילך לאבוד וכאבודה ועומדת דמייא. אלה היו דברי שמעון:
ועל זה אמינא דגם זה הבל מכמה טעמי חדא דמאן לימא לן דאם היתה נשארת ביד הגוי היה מוליכה לאהלו שנשלל. אפשר היה מוליכה למקום שלא נשלל: גם מאן לימא לן דהגוי לא היה מציל אותה אפשר היה רמי נפשיה ומציל: גם לא יהיה אלא כך אפילו אם היתה נשללת מיד הגוי יתחייב הגוי בדיניהם לשלם:

גם קשה הדבר לאומרו יען שאפילו לפי דברי שמעון זה הרי הוא אומר שהגוי החמר לא נשלל ביום שנשללה הסחורה זאת מבית אחיו אלא אחר עבור מ"מ שמונה ימים וא"כ הרי היה לראובן שהות לילך שם להביא סחורתו קידם יומי השלל ושמעון זה קרב מיתתה להאי סחורה שהביאה לבית אחיו המוקדמת לפורענות וא"כ מה מענה בזה לפטור עצמו בזה:

וטעם אחרון הכבד וכשר מכולם הוא אפילו יהבינן ליה כל דליה עכ"ז שמעון זה חייב יען כי כבר כתבנו דשומר שמסר לשומר טעם חיובו הוא הואל ואינו יכול לישבע משלם וא"כ מאן ספין ומאן רקיע לפוטרו מכח טענה זו שהרי אפשר שסחורה זו לא נאבדה כלל אלא אחי שמעון גנבה וקמה ליה ברשותיה ואיך יהיה לשמעון זה פטור הרי אינו יכול לישבע שנאבדה ומתוך שיל"מ ופשוט. והיה מקום עוד וצדי צדדין לחיוב אלא שבזה דיי והותר לחייבו ממה שכתבנו. זהו הנלע"ד וצו"ם וימ"ן שבט התרס"ד לפ"ק: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן סד

שאלה מעיר דאר לבידא יע"ה מעשה שהיה כך היה בראובן שמתה אשתו הראשונה ורצה לקחת לו אשה אחרת. ולעת מצא זו אשה. עמד ונתן במ"ב חצי חצר הידועה לו בתורת מתנה לשלשת בניו הי"ו ואח"כ נשא אשה אחרת ומת והן היום עמדו הבנים למכור הקרקע הנז' וביען ששנים מן הבנים הנז' עדיין לא הגיעו לכלל עשרים על זה נשאל הרב ח"ע כמוהרי"ם נר"ו אם יכולים למכור. ופסק להם דיכולים למכור הואל וזה הקרקע הוא בידם בתורת מתנה ולא בתורת ירושה. אלה היו דברי הרב הפוסק נר"ו. וכשבא לידי הוספתי נופך שפי'ר ואלה היו דברי בקצור:

ראיתי מה שפסק או"ע הרב פחד יצחק יהיה בעזרו האמת אגיד דהואל ובתורת מתנה באה קרקע זו לידם ודאי דיכולים למכור ואפילו לדעת הרמב"ם דס"ל דמה שאמרו פחות מבן עשרים שאינו יכיל למכור הוא דוקא ביורש בנכסי אביו משום דהוי מילתא דשכיחא אבל ביורש בשאר קרובים יכול למכור משום מילתא דלא שכיחא יעו"ש עכ"ז במתנת בריא שנתן האב להבן אין דינה כירושה שירש מן האב אלא הרי ס"ל בפשיטות דמתנה אפילו מאב לבן הוי מילתא דלא שכיחא ולא גזרו בה ועיין בב"י סרל"ה ששם באו דברי הרמב"ם מפורשים יע"ש וא"כ פשוט דאפילו שני הבנים אלו עדיין לא באו לכלל עשרים יכולים למכור מתנה זו:

אך מה שיש להסתפק בזה הוא הואל וחזינן דמתנת האב הנז' לשלשת בניו לא היתה אלא אחר מיתת אמם סמוך לקחת לו אשה שניה א"כ השכל והדעת נוטה לומר דלא נתן להם אלא בשביל ירושת אמם בשביל זה סלקם בקרקע זו נגד מה שהיה ראוי להם ליטול מאביהם מפאת ירושת אמם וא"כ הואל ומפאת ירושת אמם זכו א"כ הדר דינא למאי דקי"ל כל הקרקע הבאה בירושה הן מצד אביו הן מצד שאר קרובים פחות מבן עשרים אין מכירתו מכירה כמ"ש בס' רל"ה ס"ט יעו"ש:

הן אמת שלכאורה יעלה על הדעת לטעות ולומר בנדו"ד אפילו המצא ימצא כתוב בשטר מתנה זו שנתנה להם אביהם מפאת ירושת אמם היה מקום לומר דאפילו פחות מבן עשרים יכול למכור יען דהואל וירושת הבנים אלו אינה ירושה גמורה אלא מפאת חוב כתובת אמם זכו א"כ הוי כאלו גבו אותה בחוב שהניחה להם אמם כתוב על אביהם. וכמו שראיתי להרב תוש"י ח"ב סק"ז שנשאל על פחות מבן עשרים שסלק ידו לאביו מפאת ירושת אמו יעו"ש שכתב הרב דהוי סלוקו סלוק ויהב שם הרב טעמא ותבלין לזה ובכלל הטעם כתב ז"ל עוד יש לאלוה מילין לקיים הסלוק והזכייה דהבן שאפילו נחשוב הסלוק כמכר מאחר שעקר הירושה שיורש הבן באמו אינה אלא מפאת כתובת אמי שאינה אלא חוב בעלמא על אביו שאין לי זכייה בגוף הנכסים וכו' שאפע"פ שאינו יכול לסלקו לכתחילה בדמים אלא בחצי גוף הנכסים מחמת התקנה מ"מ אם ברצוני נתרצה וסלק עצמו בדמים סלוקו סלוק ולא חשיב מוכר קרקע פחות מבן עשרים כיון דמה"ד ואף מן התקנה לא ירש אלא חוב הכתובה שהוא דמים ודומה לזה ראיתי בכתבי הראשונים וכו' ע"ש עכל"ה וא"כ לפי זה היה מקום כאן לומר דבנים אלו לא נקראו יורשים אלא כאלו קנאו קרקע מאביהם מפאת הכתובה שנושים מאביהם וא"כ הוא הדר דינא שיהיה מקחן מקח הואל והם יודעים בטיב משא ומתן וכמ"ש בס' רל"ה ס"ח יעו"ש ובס"ט ובסמ"ע שם שקרקע שקנאה בעצמו יכול למוכרה פחות מבן עשרים וא"כ גם כאן הוי כאלו קנאוה בנים אלו מאביהם ויכולים למכור: אלא דראיתי להרב מוהרי"ע זלה"ה בס' בי"ת יאוד"א סל"ד שכתב ז"ל מוריש שהניח שט"ח ועמד בנו היורש ותבעו בפני ב"ד והגבוהו קרקע הלוה נפל הספק אם הוא פחות מבן עשרים אם יכול למכור כמו שרשאי למכור גוף השטר בכתו"מ ההוא אמר שהוא רשאי ודינו כמטלטלין ונלע"ד שאינו רשאי לפי הטעם שאמרו משום דמקרבא דעתיה אזוזי דהא לא שללו אלא קרקע שלו שקנאו או שינתן לו במתנה כדאיתא בס' רל"ה עכ"ל. הרי לפניך דאפילו חשבינן ליה כאלו גבה קרקע זו מאביו בחוב עכ"ז ס"ל להרב מוהרי"ע ז"ל לא מהני ואפילו לדעת החולקים שם נלע"ד דכאן יודו דדוקא התם בשט"ח שסכומו ידוע כמה נושים בלוה ויודעים בכמה

קבלו קרקע זו הוא דסברי יכולים למכור אבל בכגון נדו"ד שקבלוה מפאת ירושת אמם ולא ידעו כמה הוא שוויה המעט הוא אם רב זה פשוט דאפילו החולקים שם יודו כאן דאינם יכולים למכור הואל ומפורש בשטר דמפאת אמם זיכה להם:

אך אם באמת שטר מתנה זו אין בו גלוי מילתא שהוא מפאת ירושת אמם הגם דקרוב לדעת לומר דלא נתן מתנה זו אלא הואל ומחויב הוא להם בירושת אמם עכ"ז אין לדון על שטר זה אלא באשר הוא שם והואל ובשטר כתוב מתנת בריא סתם מי הביאנו לומר דילמא מפאת ירושת אמם כתב להם מתנה זו הרי איפכא איכא למימר דלמה לא נתפרש בשטר שנתן להם קרקע מפאת ירושה ולמה הוצרך לכתוב להם בתורת מתנת בריא אדרבא מן הראוי היה להם לכתוב שזיכה להם מפאת ירושת אמם אלא ודאי דלא נתן אותה להם אלא במתנת חנם ומה שנתן אותה להם אחר מיתת אמם אפשר הואל ורצה לישא אשה על אמם רצה להפיס דעתם במתנה זו הגם שלא היה חייב להם בשום דבר דאפשר סמוך למיתת אמם לא היה שום דבר מה לחלוק עמהם ולא נתן כי אם בתורת מתנה. ואפילו אם תרצה לומר דהדבר ספק אם מתנת חנם היא או מפאת ירושת אמם עכ"פ הואל ושטר מתנה סתום לפנינו אין לדון אלא באשר הוא שם וכמו שבא הדבר בדברי הש"ע בס' ס"א סט"ו שכתב שם מדקדקין השטר ודנין עליו יעו"ש בש"ע ונושאי כליו וא"כ מי הביאנו להסתפק במה שאין כתיב לפנינו בודאי דאין לדין כי אם למתנא אכוון אביהם יהוי מכר מכר אפילו הם פחות מבן עשרים ופשוט:

אך אם נמצא מפורש שהמתנה היא מצד ירושת אמם בזה ודאי דאין במכירתם כלום. ברם גם בזה הרי שערי התקונים לא ננעלו שלשה המה מטיבי סעד והגם שעל שנים מהם יצאו עליהם עוררין כידוע אך הרי תקון שלישי כי טיב היא הביאו הרב זכו"ל ז"ל וז"ל מצאתי להרב מהרי"ך איש איזמיר שהאידנא נהוג עלמא שיתחייב הקטן בקנס סך מה כתחז"ל בתנאי כשיגדל ויקיים המכר ביד הלוקח יב"ך יהיה פטור וכמ"ש מר"ן בס' ר"ז סי"ג עכ"ל ונלע"ד להוסיף על זה שישעבד הקטן כל נכסיו כתחז"ל לפירעון הקנס כדי שאם ימות לא יערערו היורשים וכו עכ"ל ותקון זה ג"ך ראיתי להרב צרו"ר החיי"ם ד"ק שכתב תקון זה משם חכמי צפ"ת תוב"ב יעו"ש וא"ך הרי לך דרך ישר לעשות תקון זה ואזי יהיה הלוקח יושב שאנן:

ועדיפא מזה היא נלע"ד דבנדו"ד אין צריך שום תקון דהואל ובכאן נמצאו שלשה בנים שכולם רוצים למכור ואחד מהם גדול שכבר עברו עליו עשרים שנה אין בזה שים חשש דהא עקר הטעם למה אמרו פחות מבן עשרים אינו יכיל למכיר הוא משום דמיקרבא דעתיה אצל זוזי ובכאן הואל ויש כאן אחד גדול דלא שייך ביה טעם זה ורוצה גם הוא

למכור הרי בוטל טעם חששא זו דדעתיה מיקרבא אצל זוזי אפילו לגבי האחרים וכמו שבא הדבר מפורש בס' תוש"י ח"ב סמ"ו יעו"ש שכתב בפשיטות דבמקום שמכרה האשה אפילו היתה פחותה מבן עשרים הואל ובהסכמת בעלה גדול מכרה הואל והיה שם גדיל אזלא לה חששת מיקרבא דעתיה אצל זוזי הגם דהתם מדין אפוטרו' נגע בה ממנו תלמד לנדו"ד ואפשר במכ"ש היא שהרי בכאן זה האח הגדיל היא מוכר חלקו שלו ובודאי לא ירד למכור אלא בכדי שוויה אחר חקירות ודרישות והואל ובדידיה היא מתעסק למכור בודאי טרח ויגע יותר מהאפוטרופוס שימכור בנכסי אחריני ואפילו מהבעל המוכר בנכסי אשתו וא"ך באומרך דהאשה שמכרה היא ובעלה או היתום עם האפוטרופוס מהני מכ"ש האחים האלי שאחד מהם גדול ורצה למכור בודאי דמהני יותר יעו"ש בס' תוש"י שהביא סברות חזקות לזה מדברי כנה"ג משם המבי"ט ומשם מהר"ש צרו"ר זלה"ה ע"ש:

המורם מהאמור דאם השטר כתיב מתנה סתם א"ץ לשום דבר ואם מפורש דהמתנה משום הירושה אזי אם גם האח הגדיל רוצה למכור גם בזה לא צריך שום תקון כמו שאמרן ואם אין האח הגדול רוצה למכיר הרי יש תקון לחייבי בקנס כמש"ל ואזי ישב שאנן. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן אכי"ר: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן סה

זה מה שכתבתי על פסק שבא לידי מע"ת ראבט יע"ה. ראיתי להידיד הרב הפוסק למערא"ש שפסק בשותפין שחלקו השותפין ונשאר הקרן של אחד מהם ביד שותפו שאכל הקרן שלו ושל חבירו וכשבא לתובעו להוציא בילעו מפיו טען שאין לו במה לגדל פרע במזומנים ורצה להורידו לקרקע על ידי שומא והידיד הר הפוסק החליט הדין שצריך לפורעו במזומנים ולא להורידו לשומא וחיליה דמ"ר הוא מדברי הלבו"ש שהביא הסמ"ע בחומ"ש סק"א סק"י שכתב דבשטר הלואה שכתיב בי שנתן לו מאה זהובים למחצית שכר כיון שהנותן היה כוונתו להרויח צריך לשלם לו במעות כשמגיע הזמן ע"ך ועל זה ידידי סמך ידיו רב לו דנדו"ד כוותיה ומטעמיה שאינו יכיל להורידו לשומא דודאי לא ירד אדעתא דהכי להשתלם בקרקע והגם שעמד להידיד סברת הרב בנ"י חי"י שהביא הרב וי"ץ אות מי"ם שנראה שהיא חולקת על סברת הלבו"ש הנז' עכ"ז הרב הפוסק תקע יתד לפסוק כסברת הלביש יען כי הרב בנ"י חי"י יחיד הוא לגבי הלביש והסמ"ע והכנה"ג שמביאים דבריו בשתיקה בודאי להלכה נתכוונו וא"ך הרב בנ"י חי"י יחיד הוא לגבייהו וכו' עכ"ל הרב הפוסק נר"ו וברור לי שהרב הפוסק נר"ו לא שלטו

עיניו הפקוחות בס' הרב בנ"י חי"י עצמו אלא בספר ויאמר יצחק שרמז דבריו דאלו ראה הדברים במקורן בס' בנ"י חי"י לא היה צריך לכל זה ששם מבורר שהרב הנז' כוונתי לחלוק על הריטב"א עצמו בדין המוכר סחורה לחבירו וכו' ומסקנתו היא דבין בהלואה בין במוכר סחורה גובה קרקע אי סובין אם אין לי מעות יכתב דכן נראה סתימת דברי הפוסקים שסתמו דבריהם יעו"ש וא"ך הואל והרב בנ"י חי"י בא לחלוק על הריטב"א עצמי בדין המוכר סחורה וכו' א"ך אין לנו שום סתירה מדבריו לסתור דברי הלבו"ש יען דהואל ומר"ן דאתכא דידיה סמכינן מצינו לו שפסק לדינא דהריטב"א דהמוכר סחורה וכו' אין מורידו לשומא ומדבריו אלה יצא לו הדין להלבו"ש כדין השטר שכתוב בי למחצית שכר וכו' ידא ודא אחת הם לדעת הלבו"ש ורוח אחת להם דברייי אלה עם דברי הריטב"א א"ך פשיט כמו דקי"ל דברי הריטב"א הלכה ומורין כן הואל ופסקם הש"ע כן נראה לפסיק כדעת הלבו"ש הואל יכתב הלבוש דדמיין אהדדי נינהו ושקולים הם ויבואו שניהם וא"כ מדברי הר"ב בנ"י חי"י בודאי אין לנו לסתור דברי הלבו"ש הנז':

אך באמת מה שעומד לנגדי הוא מה שכתב הריא"ז והביא סברתו הש"ך בס' רצ"א סק"ב ז"ל בש"ס בב"ק משמע להדייא דארבע שומרין חייבין לשלם מעדית כמזיק וכ"פ הרי"פ והרא"ש וכו' ובעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון במקום שהוצרך לגבות ממנו גובה חצי מעדית וחצי מבינונית כ"כ בש"ג בשם ריא"ז עכ"ל א"כ דברי ריא"ז אלו נראה שהם הפך דברי הלבו"ש דלדעת הלבו"ש מי הביאהו לקבל העדית והבינונית הרי דיני היא במזומנים וא"כ אפילו נניח שהמלוה רצונו לקבל קרקע הרי יכול לכפותו לתת לו הכל בעדית הואל ידינו במזומנים דאין לך עדית יותר מהם:

ואין לומר דהריא"ז בעל סברא זו הוא חולק על הריטב"א דסבר דהמוכר סחורה אינו מורידו לשומא וכו' וא"כ לצד שנאמר דפלגאי נינהו ומצינו למר"ן דפסק כוותיה דהריטב"א דין הוא דגם דיני דהלבו"ש נזיל בתריה הואל ודברי הלבו"ש והריטב"א בסקירה אחת נסקרין הואל וטעמן שוה: זה אינו. דא"כ הוא האיך הש"ך כאן בס' רצ"א הביא דברי הריא"ז להלכה והם הפך הש"ע דפסק כהריטב"א ולפחות הו"ל להעיר מזה לומר דהם הפך דברי הש"ע דפסק כהריטב"א בס' ק"א אלא ודאי דיש צד לומר דהריא"ז לא יחלוק על הריטב"א דבמוכר סחורה הוא דאיני מורידו לשומא דאין מדרך האדם למכור סחורה ולקבל סחורה אחרת מכ"ש לקבל קרקע אבל מי שנתן עסקא לא כן הוא דדינו הוא כשאר הלואה ודלא כלבו"ש וא"כ איכא למימר הדבר ברור דהריא"ז והש"ך שהביא דבריו לא ס"ל כהלבו"ש וגם כנה"ג בס' ק"ב הגהו"ט ראיתי לו שהביא גם הוא

סברת הריא"ז הנז' גם ספרי אחרונים כולם העלו דברי הריא"ז על שלחנם הלא המה בספרתם וא"כ נראה דיש להשען על דברי ריא"ז אלו והם נראים הפך דברי הלבו"ש:
זאת ועוד אחרת הנה ראיתי להרב קצו"ת החוש"ן סק"א סק"ד שכתב ז"ל עיין הסמ"ע שכתב בשם הלבו"ש שהוליד מזה בשטר הלואה שכתוב בו במחצית שכר כיון שהנותן כוונתו להנאתו צריך ליתן מעות דוקא עיין שם ולא ידענא מנ"ל לחלק בין להנאתי או לא דהא עקר הטעם בהריטב"א משום דמוכר סחורה הוי כאלו התנו מעות דוקא והיינו משום דאין מוכר סחורה שיקח בעדה סחורה ושומא אחרת ודעתו לזוזי אבל מעות אדרבא על סחורה נתנו וגבי מוכר לחבירו ונמצא מקח טעות הוי דינו כבע"ח וכמבואר בתוספת דפרק המוכר פירות והתם להנאתו נתכוון להקנות ולא לגמילות חסדים אפילו הכי דינא דבע"ח אית ליה וכ"כ הרמ"א סו"ס רל"ב ואין לומר כיון דעכשיו נהגו להתפשר הלוה עם המלוה בעד העסקא ליתן כו"כ ריוח לשבוע הו"ל מוכר סחורה ממש דא"כ לא הוי מוכר סחורה אלא בפלגא דעסקא דהיא חלק הפקדון ולא במחצית ההלואה אמנם גם בפלגא דפקדון נראה דלא הוי כמוכר סחורה כיון דמעקרא אינו אלא לאפקועי אסור דרבית ולא למוכר סחורה נתכוון וא"כ דינו כשאר בעל חוב וגם במוכר סחורה גופיה הטו"ז מפקפק בה וא"כ הוי דלא להוסיף עלה עכ"ל הרי לך דהרב קצו"ת החוש"ן חולק הוא בפשיטות על זו הסברא של הלבו"ש שהביא הסמ"ע. והוצרכתי להביא לך כל לשון הרב קצו"ת החוש"ן שממנו יתבאר לך שיש חלוק בין מוכר סחורה שכתב ריטב"א דטעמי הוא דאין מדרך בני האדם למכור סחורה כדי לקבל בשומתה אחרת לא כן בנותן עסקא לא שייך טעם זה וע"פ דבריו אלו כך יש לנו לומר דהריא"ז ג"כ יסבור לדהריטב"א דינא דמוכר סחורה ועכ"ז סבירא ליה בנותן עסקא יכול להורידו לשומא חלק הלואה בבינונית יחלק הפקדון בעדית דס"ל יש חלוק בין מוכר סחורה לנותן עסקא כמו שחלק הרב קצו"ת החוש"ן ודלא כלבו"ש. אך מכל האמור נראה דדברי הלבו"ש בחלקות תשית למו ודינא דידן הגם שכל חלק שותף שיש ביד חבירי הוי כפקדון עכ"ז לדעת הריא"ז ולהפוסקים שהביאו דבריו גם לדעת הרב קצו"ת החוש"ן נראה פשוט דיכולים להורידו לשומא וא"כ יכול השותף הזה לומר קי"ל: אלא דעכ"ז מה שהדעת נוטה הוא שאין לזוז מדברי הלבו"ש הואל ומצינו שדין זה ממש נשאל עליו הרה"ג מוה"ר יעבי"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח סקי"ג שכתב שנשאל הרה"ג הנז' בראובן שהיה לו עסקא נגד שמעון ולבסוף תבעו והשיב שאין לו במה לפרוע כי אם חצר הידועה לו ורצה להורידו לשומא להגבות החצר ע"י השמאים וראובן השיב שאין רצונו להפרע אלא במזומנים והוא כנדון דידן ופסק שם בסכינא חריפא דשמעון יטפל ויביא מזומנים לראובן וחיליה

דמנ"ר הוא מדינא דמהר"ם יפ"ה שהביא הסמ"ע הנז' וכמו שנתכוון הרב הפוסק נר"ו ודברי הרה"ג מוהר"ר יעבי"ץ העתיקם הרב הג' מו"ד דין אב"א למלכה זלה"ה מפסקי הרה"ג מוהר"ש אבן צור זלה"ה שהם מועתקים אצלו ממו"ז הרב יעבי"ץ זלה"ה והואל והרב מוהר"ש הנז' והרב מוהר"ד אב"א זלה"ה העלו פסק הרב יעבי"ץ על שולחנם הלא המה בספרתם הלכה למעשה ודאי גם המה סברו וקבלו סברת רבינו יעבי"ץ זלה"ה וא"כ הרי לך שלשה המה מטיבי סעד רבנן בתראי וסבוראי שכולם עלו בהסכמה לדון כסברת הלבו"ש ובודאי לא נעלם מהם דברי הריא"ז והש"ך הנז' ועכ"ז פסקו כסברת הלבו"ש ודאי מדבריהם לא נזוז כמו דקי"ל כדקי"ל שמימות רבינא ואלך הלכה כבתראי וכמ"ש בחומ"ש סכ"ה ע"ש. זהו הנלקו"ד לכתוב בעטיו של נח"ץ לדרישת השואל וצוי"ם וימ"ץ:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן סו

לראבט יע"ה שאלה מעי"ת ראבט על אודות יורשי כמהרי"ל ז"ל שהוציאו שט"ח על יורשי הראב"ש נ"ע שמהרי"ל אביהם נושה בהר"א אביהם ליפרע מה ויורשי הלוה טענו שלא הניח אביהם כלום זולת חזקת חנות וחצרות והם אמרו שהוציאו על אביהם צורכי קבורה ופקידות ושמן למאור מכיסם ורוצים הם להחזיק בחזקות הנז' בעד מה שהוציאו.
מהו הדין:
הנה השקפתי לטובה וראיתי מה שפירש הש"ך להגהת אשר"י שפסק מור"ם בס' ק"ז ס"ב שמפירושו יוצא דיכול בע"ח לעכב קבורת הלוה ועיין גם להרב פחד יצחק מער' למ"ד ששם הביא משם הרב בני אהרן דכך הדין שהבע"ח יכול לעכב קבורתו זולת אם הוא קרובו והוא כדעת הש"ך בדברי מור"ם גם הביא משם הריקאנטי שכתב כן יעו"ש גם הרב נתיבו"ת המשפ"ט סק"ג מסכים הולך לפירוש הש"ך גם הרב או"ת והרב מעדנ"י מל"ך כולם שוים לטובה שפירוש הש"ך הוא עקר גם הרב חל"מ באהע"ז סקי"ח פירש גם הוא כהש"ך ופירש דמה שכתב הש"ע אלמנה שגבתה הוא לאו דוקא הרי כולם שוים לטובה דפירוש הגהות אשיר"י דפסק מור"ם בס' ק"ז הוא דיכול המלוה לעקל קבורת הלוה וגם דהסמ"ע עצמו והגאון ח"ץ הביא דבריו הרב פת"ש לא פירשו דברי מור"ם כמו שפירשוהו כל הנך חבל פוסקים. עכ"פ לענין הדין עצמו אם יכול המלוה לעקל קבורת הלוה לא מצינו שחלקו בפירוש ואיכא למימר דמודו לדינא וא"ך הואל וכל הני חבל נביאים פסקו הכי מן הראוי לפסוק כוותיהו:

אלא דנגד זה מצינו לדעת הרדב"ז ומהריק"ש גם הוא דלא ס"ל הכי וא"ך יכולים היורשים לומר קי"ל אלא דאין לנו אלא מה שפירשו בדברי הגהות אשר"י כל הנך חבל פוסקים יען דראינו להרב מהרש"א בס' משחד"ר בסקי"ח ששם הביא תשובת הריב"ש שכתב בזה"ל אמת הוא שאם קדמה האשה ותפסה מטלטלין כדי כתובתה שאין מוציאין מידה לקוברו והכי איתא בתוספתא מי שמת והניח נכסים ומטלטלין ויצאתה עליו כתובה ובע"ח כל הקודם זכה והוא נקבר מן הצדקה ע"ך וכן דעת הרשב"א אבל אם היורשים קדמו והוציאוהו וקברוהו ממה שבידם מנכסי המת שישלמו הם לאלמנה לתשלום כתובתה זה לא שמענו עכ"ל הריב"ש ועל זה סיים הרב משחד"ר ז"ל ודבריו אלה קשים בעיני מהבין דלאו רישיה סיפיה דמרישא משמע דוקא קדמה האשה ותפסה אין מוציאין מידה הא לא קדמה ותפסה קוברים אותו מאותם מטלטלים ומסיפא משמע דוקא קדמו וקברוהו מנכסי המת שבידם אין משלמין וא"ך קשייא רישא לסיפא והנה מדברי מר"ן בש"ע בס' קי"ח שכתב אלמנה שגבתה וכו' משמע דוקא שגבתה הא לאו הכי קוברין אותו מנכסיו אך מדברי מור"ם שסיים ואפילו אין כאן רק כדי כתובתה היא גובה כתובתה והוא נקבר מקופה ש"ץ משמע דלכתחילה נמי כתובתה קודמת ובזה אתי מאי דמסיים התם אבל אם תפסו היתומים מטלטלי וקברו אותו א"ץ לשלם עכ"ל הרי לך דכוונתו של הרב משחד"ר רצויה דרצונו לומר דלשון הריב"ש באמת קשה רישיה לסיפיה הואל ונקט הריב"ש בלשונו אם קדמה ותפסה וכו' אבל דברי הש"ע עם דברי מור"ם שמוסיף והולך על דברי הש"ע לא קשיין אהדדי היאך יוצדק מה שכתב הש"ע קדמה וגבתה דמשמע קדמה דוקא עם מה שהביא מור"ם לבסוף דדברי הריב"ש אם קדמו היורשים וכו' דלכאורה נראה שיש להקשות דברי הש"ע עם סיפא בדברי מור"ם כמו מאי דהוה קשה ליה רישא לסיפא דדברי הריב"ש. על זה כתב הרב דהואל ומור"ם סיים על דברי הש"ע וכתב ואפילו אין כאן רק כתובתה היא גובה כתובתה דלכתחילה היא קודמת בזה נחה שקטה מה שסיים מור"ם אם קדמו היורשים ותפסו וכו' זהו תכלית דברי הרב משחד"ר הרי לך פרשה פתוחה לפניך דבהכרח מוכרח לפרש דברי הש"ע דנקט גבתה הם לאו דוקא אלא מוכרח לומר דהכי הוא כדי שלא תקשי רישא לסיפא דדברי הש"ע עם סיפא דמור"ם דלא נחלקו אלא מא"ח ומא"ח ולא פליגי וגם הרב חל"ם שכתב גם הוא רישא דמר"ן לאו דוקא אפשר דגם הוא סומך גם על זה גם הריב"ש פירש דדברי מור"ם פירושם הוא דלכתחילה גובה כתובתה וא"כ הואל ומר"ן ומור"ם הכי פסקי מה לנו לשאר פוסקים הרי קי"ל דכוותיהו נקטינן אפילו נגד אלה פוסקים ובפרט אדרבא

כל להקת הפוסקים הכי קי"ל וכמש"ל זולת תרי מגו תלת הוא דלא קי"ל הכי וכמ"ש לקמן בס"ד וא"כ קם דינא שיכול המלוה לעקל קבורת הלוה:

אתאן לנדו"ד שיורשי הלוה הוציאו מכיסן כבר ורצו להחזיק לעצמן החזקות ואנן בשטרי דידן כתבינן שעבוד מטלטלין בזה לכ"ע פשוט דאינם יכולים להחזיקם היורשים לעצמם בעד הוצאותם אפילו אי הוה חשבינן דין החזקות כטלטול בעלמא עכ"ז יכולים בני המלוה להוציאם מידם דהגם שמצאנו למור"ם שם בהג"ה סיים וכתב אבל אם תפסו היתומים מטלטלין וקברו אותי אין צריכים לשלם ע"כ הרי מסקנת החל"ם שם היא דאפילו במקום דלא כתבי שטרא בשעבוד מטל' אג"ק לא מהני תפיסא אלא דוקא אם לקחו מטלטלי המת ומכרום והוציאו אותם לצורך קבורה אבל אם הוציאו מכיסם ורוצים לתפוס מוציאין מידם והוא כנדו"ד שאחר שהוציאו רצו לגבות מהחזקות וכסברת החל"ם הנז' כן היא דעת הרב"ד זלה"ה הביא דבריו הרב משחד"ר דפירוש מאי דפסק מור"ם אם תפסו היינו תפסו ומכרו והוציאו אבל הוציאו ואח"כ תפסו לא וכן הובא בס' תורת חסד סצ"ב פסק רב אחד יעו"ש הרי לדעת הני אריוותא אפילו אם לא היה כתוב בשטר שעבוד דמטלטלין לא הוה מהני מה שהוציאו ואח"כ תפסו אלא אפילו לדעת הריב"ש שהעלה לדינא דבטלטול ולא כתב לו אג"ק לא מהני תפיסת האשה אלא אם תפסה מחיים. הרי העלה דאם כתב לו שעבוד לא מהני תפיסת היורשים וקם דינא דהאשה מוציאה מהם ואם הוא קרקע יכולה לטרוף וכו' ומכ"ש אם הוציאו מכיסם ורוצים לתפוס מוציאים מהם יעו"ש וכדעת הריב"ש כן היא דעת הרב תורת חסד יעו"ש וא"כ בנדו"ד שכאן נמצא וכאן היה שעבוד מטלטלין נוסף שהוציאו ואח"כ רצו לתפוס דבריהם מהבל ימעטו בזה ליכא מאן דפליג אפילו אי הוה לחזקות אלו דין טלטול מכ"ש דלקרקע יחשבו וכמ"ש הרב הפוסק נר"ו דלקרקע חשיבי לענין טרפא פשוט אפילו אי הוה מעקרא מכרו אותם ואח"כ הוציאו הוה המלוה הזה יכול לטרוף מהלקוחות וזה מוסכם אלבא דכ"ע ולא מצינו חולק בזה:

והנה ראיתי להידיד הרב הפוסק שכתב זה לשונו אמת שמדברי הרב"ח שהעתיק דבריו הרב ב"ש שכתב וז"ל אבל אם לא תפסה אפילו אם גם היורשים ג"כ לא תפסו חל חיוב הקבורה על הנכסים קודם שחל גביית הכתובה וכו'. מלשון זה נראה דס"ל להרב ב"ח דאף בהניח קרקע או מטלטלי וכתב לב"ח מאג"ם אפילו קבורה קודמת עכ"ל הטהור. לקצ"ד נראה דמלשון זה לא מוכח ממנו כלום דהרב"ח איירי אפילו בקרקע או במקום דכתב מאג"ם דבר והראיה לזה דהא מצאתי ראיתי להרב מש"ה במערכת ב' אות ל"ג ששם הביא לתשובת הרדב"ז שכתב בחדשות של"ח שנשאל באחד שמת ואביו הוציא

עליו הוצאות ורצה אח"כ למכור עזבונו להפרע מה שהוציא ופסק הר' הרדב"ז שאין האשה חייבת בקבורתו וסיים שהראשונים פסקו כן אלה היו תשובות הרדב"ז בחדשות ואח"כ סיים הרב מש"ה וכתב ז"ל ותבט עיני להרב ד"ן חא"ה סמ"א שגם הוא נשאל על זה והביא מתשובה אחת של הרדב"ז דפסיק ותני קוברים אותו תחילה ממה שהניח והשאר נוטלים האשה ובע"ח כיון שעל דעת כן נשאת לו ודלא כהריב"ש שחלק בין קדמה ותפסה וכו'. וכתב הרב ד"ן שמוהריק"ש כתב שכן עמא דבר כהרדב"ז יע"ש ולעת עתה נראה דברי הרדב"ז סתראי ועיין להרב כרם שלמה וגם הרב כנה"ג כתב משם הרדב"ז שאם קברו את המת במלבושיו חייבים לשלם מדין מזיק שעבודו של חבירו ע"ש ומהכא מוכח דמנהג עירו כותבים בכתובה מטלטלים אגמ"ק מדקרי ליה מזיק שעבודו של חבירו ואלו הרדב"ז בתשובה האחרת שהביא הרב ד"ן קרי בחיל דעל דעת כן נשאת לו ולכתחילה קוברין אותו מנכסיו עכל"ה של הרב מש"ה וכן ראיתי להרב כנה"ג סקי"ח בהגב"י אות כ"ח ששם כתב הרדב"ז שכתב דאם קברו אותו משלמין לאלמנה נראה דבזמנו כבר נתפשט המנהג לכתוב מטלטלי אגמ"ק עכ"ל הרי לך דהרדב"ז הגם שמצד הדין ס"ל דאם כתב לה מטלטלי אגמ"ק אפילו אם קברו אותו מנכסיו בבגדיו עכ"ז האשה מוציאה מידם וחייבים לשלם לה עכ"ז בתשובה האחרת שהביא הרד"ן כתב קוברין אותו תחלה וכו' וכתב מהריק"ש דכך עמא דבר ומוכרחים לומר דמנהג עירו הוא. הוא קודם שנתפשט לכתוב מטלטלי אגמ"ק אבל אחר שנתפשט הדר הדין לסיני שאפילו קברו אותו בבגדיו חייבים היורשים לשלם או יש לומר דהרדב"ז באותה תשובה שכתב בה דאם קברוהו בבגדיו חייבים לשלם לה שם איירי מצד הדין ובאותה תשובה שהביא לנו הרד"ן איירי מצד המנהג ומזה נבוא ג"כ לדברי הרב"ח הגם שכתב ז"ל חל הקבורה על הנכסים קודם שחל חיוב הכתובה והוסיף עוד שכן עמא דבר אפשר לומר דמדין מנהג נגעו בה. הן אמת דעלה על דעתי לומר דיכולין לומר דמאי דכתב הרב"ח דחל חיוב הקבורה על הנכסים אפשר לא אמרה אלא במקום דלא כתבי מטאגמ"ק ויוצדק לומר חל באופן זה הואל ולא נשתעבדו לה. אך מדברי הריב"ש מסוף דבריו שבסקי"ט נראה דהרב"ח אפילו במקום ששעבד מטלטלי דבר דהא הריב"ש שם אחר שהביא סברת הפוסקים הוסיף וכתב ז"ל עולה מזה דמקרקעי או מטלטלי וכתב לה אגב לא מהני תפיסת היורשין ומטלטלין ולא כתב לה אגב לא מהני לה תפיסה אלא א"כ תפסה מחיים וכו'. ומ"ש הב"ח וכן עמא דבר דנקבר מנכסי המת אין ראיה וכו' עכל"ה ואם אמור נאמר דהרב"ח לא דבר כי אם במקום דלא שעבד לה מטלטלי זה לא יתכן דהא גם הריב"ש עצמו הכי היא מסקנתו דאם לא כתב אג"ק לא מהני תפיסה אלא א"כ תפסה מחיים

וא"כ מה מחלוקת בינו ובין הרב"ח בזה אלא ודאי דדברי הב"ח הם אפילו בכתב לה מטלטלי אג"ק ובזה חלוק עליו הרב"ש כנז':

אך עדיין יש לנו לומר כדאמרן ברישא דיכולין לומר דהרב"ח הם אפילו במקום שכתב לה מטלטלי אג"ק אך לא מצד הדין אלא מצד מנהג שכן מורה פשט הלשון שכן עמא דבר ועל פי זה יצא לנו הדין במקום שאין מנהג ידוע כנדו"ד במקומינו אפילו הרב"ח יודה וליכא מאן דפליג מצד הדין וא"כ לא נמצא שום סותר מצד הדין:

גם מה שכתב הרב הפוסק דיכולים לומר דכאן בנדו"ד שהיא בע"ח אפילו הרב"ח יודה ולא פסק דיני הרב"ח אלא באשה דיקא משום בזיון בעלה וכו' שפתים ישק על סברתי הישרה הן אמת דמתשובת הרדב"ז שהביאנו לעיל שכתב בה בזה"ל קוברים אותו תחלה והשאר נוטלים אותו האשה ובע"ח שעל דעת כן נשאת עכ"ל. הרי מדבריו אלה משמע דאשה ובע"ח שקולים הם הרי מצאתי ראיתי להרב משחד"ר שהביא דברי תשובת הרדב"ז שהביא לנו הרב ד"ן שכתיב בה בזה"ל שקוברים אותו ממה שהניח ואח"כ ניטלים האשה ובע"ח כיון שעל דעת כן נשאת לי עכ"ל הרדב"ז. והרב משחד"ר כתב על זה ז"ל וס"ל כי היכי דאמרינן גבי אשה על דעת כן נשאת הכי נמי גבי בע"ח אמרינן על דעת כן הלוהו ובאמת דלכאורה נראה דרב המרחק ביניהם דגבי אשה היא חוששת לכבודו וכשם שהוא מיטפל בה בקבורתה כך היא מטפלת בו וגם דבזוי היא לה שיהיה בעלה מוטל ע"ג קרקע כדי שתהיה גובה כתובתה וגם שתהיה שיחה בפי הבריות ושפיר אמרינן ע"ד כן נשאת לו אבל בע"ח מאי איכפת ליה עד שנאמר על דעת כן הלוהו וצריך לעיין בתשובת הרדב"ז עכ"ל הרב משחד"ר. כשאני לעצמי אמינא דדברי הרדב"ז אמת וחלוקו של משחד"ר אמת דהיינו הרדב"ז לא דבר מצד הדין אלא לפי מנהג עירו שהיה רואה איתם שמעולם לא עמדו בע"ח לעקל ולעכב קבורת המת לא האשה בשביל הכתובה ולא בע"ח בשביל חובו א"כ הואל ומנהגא נהוג כן אזי אם בוא יבוא אחד מעיר לעכב אמרינן ליה הואל ומעולם לא נהיה כדבר הזה ודאי אמרינן אדעתא דהכי נשאת ואדעתא דהכי הלוהו וממני נבוא לדברי הרב"ח דלא דבר אלא שאין האשה יכולה לעכב אנן בדידן אין לנו לומר דלדעתו דהרב"ח אשה ובע"ח שוים הן אם אמור נאמר דהרב"ח מצד הדין דבר דנכסי המת משועבדים לקבורה קודם כתיבת האשה על זה אנו נאמר מסברא דלא אמרה הרב"ח אלא לגבי האשה ולא לגבי הבע"ח דרב המרחק ביניהם כמ"ש הרב משחד"ר מכ"ש אם אמור נאמר דהרב"ח מצד מנהג דבר הואל ולא דבר אלא באשה פשוט דלא אמר אלא באשה מהטעמים שהזכיר הרב משחד"ר אבל בע"ח מאי איכפת ליה ופשוט. מסקנא דמילתא דהרב"ח דאין מדברי הרב"ח שום סתירה למה

שהעלינו לסברת הפוסקים דלעיל וגם הוא יודה דבקרקע ובמטלטלי שכתב מטאג"ק שהאשה מוציאה או טורפת מיד הלקוחות נוסף על זה הטעם השני הנוסף כאן שכתב הרב הפוסק דבכאן שהוציאו גם השמן למאור וסעודות והשחתות בזה לא דבר שום אדם גם סברא זו הרי היא מדברי סופרים הלא היא בכתובים בספר בית דוד הביא דבריו הרב משחד"ר ז"ל בקצור אבל לצורך אכילה שרגילים לעשות ולצורך השמן להדלקה חייבים היורשים לשלם עכ"ל:

כל מה שטרחנו הוא להתלמד לעת הצורך דכבר כתבנו דמור"ן ומר"ן דעתם שמוציאן מיד היורשים נוסף על זה חבל פוסקים כמש"ל ולא היינו צריכים להאריך כי אם לרוחה לבסומי כתבנו כל זה. והמורם מכל האמור הדין הוא שיורשי מהרי"ל גובים שטרם מהחזקות שהניח אחריו הראב"ש נ"ע ותו לא מדי. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן. כ"ד הצעיר החותם בשבט תרס"ה לפ"ק פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן סז

תשובה לעי"ת מקנאס יע"ה כשנלב"ע כה"ר מרדכי לובאטון נ"ע עמדו יורשיו והזמינו לדין לאחיהם הגדול כה"ר יצחק נר"ו הם אמרו כי יש תחת יד הרי"ץ אחיהם הנז' מעות וחפצים ושטרות וצריך היא להכניסם לתפיסת הבית וגם טענו שגם כל מה שיש אתי בבית המיוחדת לו לדור בה איש וביתו הכל הוא בחזקת מורישם כי מעולם לא יצאה מחזקת מורישם אלא היה גומל חסד עם מהרי"ץ בני לדור בו כי תמיד היה סמוך על שולחן אביו וחזקה כל מה שיש אתו בבית הוא של אביי שהוא מאריה דהאי ביתא וכהרי"ץ השיב שכל מהי שתחת ידו מנכסי אביו הוא תופסו מפאת מה שחייב לזולת סך גדול בעיסקא שהיה נוטל לצורך אביו הנז' ובשליחותי ולא מבעייא מה שתפס בחיי אביו דזכה בתפיסתו אלא אפילו לגבי מה שתפס אחרי מות אביו הרי הוא מוכן לישבע כמה היא נושה באביו על כל מה שתפס גם על המטלטלים והחפצים אשר אתו בבית המיוחדת לו השב ישב כי כל מה שבבית הוא בחזקתו יען שאף הבית המיוחדת לו אינה שכורה בידו אלא שייחדה לי לדירה בתורת חסד עכ"ז הרי היא בחזקתו כיון שהוא עייל ונפיק ומניח שם נכסיו ומה לי שכורה ומה לי נתונה ואף שאביו היה מתרווח אתו עמו להניח בבית הנז' דברים הטפלים עכ"ז אין לאביו שום חזקה שעקר נכסי אביו ודירתו הם בבית אחרת המיוחדת לאביו ובנו הנז' מניח חפציו ועסקיו בביתו הרי כל מה שבבית הם בחזקתו זולת הדברים הידועים לאביו. אלה היו טענת היורשים וכהרי"ץ

אחיהם ועתה יומ"ץ ויען שהרב מאריה דאתרא כתב ומסר בידם פס"ד על זה נדרשנו לחוות דעתנו וצוי"ם:

האיר וזרח אל עבר פנינו פסקא דדינא אשר כוננו ידי צדק רב לו הרב המ"ו כמוהר"ש ברדוגו נר"ו ותחלת דבר המלך שלטון הניף ידו על מה שסגל הרי"ץ הן בעודינו סמוך על שולחן אביו אם יש ליורשים זכייה בהם ובגדולה תשובה השיב ממ"ש הטו"ר חומ"ש ע"ר ופסקו מור"ם שם ס"ב יעו"ש והגם שעמדו לנגדו דברי מר"ן בבד"ה עכ"ז דינא יתיב כמור"ם הואל וסרכין תלתא הראשון מהריק"ש כתב שאין להניח דברי הגדולים שהוא דברי בעהע"ט גם הרב מוהר"ב והרב המבי"ן בנו ז"ל כך דעתו הואל והני אוריין תלתאי מסכימים לזה הכי נקטינן. אלה היו תוכן דברי הרב הפוסק הי"ו: הגם שהד"א ואין כאן מקום להאריך עכ"פ אמרתי אעלה בתמ"ר גרגיר אחד או שנים מן השטין להביא מן החדש תחלה וראש על מה שנטתה דעת הרב הפוסק מעקרא להסתפק בדין דפסק מור"ם הואל ולפי דעת מר"ן בבד"ה הוא הפך מה שפסק מור"ם במפ"ה על זה נראה מילתא דתמיהא לפי מה שקדמה לנו ידיעה דקבלת דברי מר"ן אינה אלא על מה שבביתו הנאמן ועל מה שעלה על שולחן המלך דוקא וכמו שראינו הדבר שנוי ומשולש בדברי האחרונים ע"ז ופוק חזי מה בא כתוב בלקוטי ספר הישר ויאמר יצחק ח"ב זל"ה כתוב בכתבי הרב מוהרר"פ ברדוגו זלה"ה וכן ראיתי למוהרשב"א זלה"ה ששאל למוהריב"ע ז"ל והשיב לו לכו אל יוסף אף בהכרעתו בב"י וכן ראיתי למוהריבע"ץ ז"ל ומסיים דוקא בב"י ובש"ע דקבלת הראשונים לא היתה אלא על שניהם ולא על בד"ה שעדיין לא נתגלה להם שעת הקבלה ואם נמצא חולק עליו אזי המורה יכריע ע"פ הרוב אי ע"פ ראיותיו עכ"ל וא"כ מה מקום נשאר להסתפק בפסק מור"ם דקי"ל כוותיה במקום דלא גילה מר"ן דעתו בב"י או בש"ע ובכאן הואל ובב"י סו"ס קע"ז העלה על פיו דברי בעל הע"ט ואסף אותם הביתה ובכאן בש"ע דבריו סתומים ומור"ם פירש מפתו על השולחן והביא עליהם דברי הגהות המרדכי שהם כדברי בעהע"ט דאם מת אינו מוריש מלאכת בן זה לשאר יורשים כמוסיף על דברי הש"ע ודאי דהכי נקטינן והגם דהרב הפוסק הביא לנו דברי הרה"ג מוהרר"ב זלה"ה שכתב בהגהותיי ז"ל ואף שבד"ה פירש בהפך נראה שאין כונתו לחלוק על בעהע"ט שהיא תנא לגבי הרב"י ולהלכה אמרה ולא למעשה עכל"ה. מדבריו אלה נראה שעמד לנגדו דברי בד"ה נגד פסק מור"ם עד שהוצרך לומר לא לחלוק בא ודאי לא כתב כן הרב אלא לרוחה דמילתא דוקא וכדי להכריח דפירוש בעה"ט בירושלמי הוא אמת כדי שלא תקשה על הירושלמי מה אתא לאשמועינן לכך כתב דגם בד"ה אינו חולק אבל אה"ן לצד שימצא חילק האמת הוא כדעת מור"ם נקטינן ולא כבד"ה: ועדיפא

מזה ראיתי להרב משחד"ר בנמוקי"ם מהרמ"א סקמ"ט ששם כתב דדעת הרב בד"ה גם הוא מודה לדברי בעה"ט דס"ל דאם מת אינו מוריש לבניו וזל"ה בקיצור ז"ל. אכן קשה לי לדעת הרב"י שכתב בבד"ה ז"ל ויש לגמגם על זה וכו'. ואפשר לומר דהכא מיירי שהיה מפורסם בחיי אביו שהיה לו מעות ומדשתק מחל ומ"מ לשון שנראה חלוק איני נוח לי. ויותר נראה לומר שהיה חלוק בעיסתו אבל אם לא היה חלוק לא מחל עכ"ל. מכאן נראה דלפי הרב"י אם לא היה חלוק לא מחל ומוריש לשאר יורשיו ועל זה קשה לי כיון שבבד"ה ס"ל הכי איך כתב בב"י סע"ר ז"ל בן התובע מאביו שיתן לו כל מה שמרויח בעודו סמוך על שולחנו בהגהות המרדכי ריש מציעא עכ"ל משמע מזה דס"ל כהגהת המרדכי ובהגהת מרדכי שם כתוב דכי היכי דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו הכי נמי אינו מוריש זכות לוי לשמעון יעו"ש וא"כ איך הרב"י סותר דבריו שכתב בבד"ה בפירוש הירושלמי ודוחק לומר דחזר בו בדבריו ועוד דא"כ הוי פסק הלכה דלא כרמ"א אלא כדברי מר"ן בבד"ה [דברי הרב משחד"ר הם דלא כמסור בידינו אנן בני מערב כנז"ל דלא קבלנו אלא על הרב"י והש"ע ואנן אין לנו דברי רבני מערב וקבלתם כנז"ל] ולא ראיתי שום אחד מן האחרונים שהשיג על דברי רמ"א ואשר אני אחזה דהכי פירוש דברי בד"ה דמעקרא קא פריך על פירוש בעל העטו"ר דאמר דמדלא תבעו מחל דילמא המעות שהרויח הם לאביו ולא הרויח לעצמו ממעותיו וא"כ צריך להביא ראיה שהם מעותיו ואת"ל שהם מעותיו דילמא לא הוה ידע בזה אבוה ואי הוה ידע ביה הוה תבע ליה ולזה תרץ דאיירי כשהיה דבר מפורסם שהיה לו מעות וא"כ אם הם שלו או אף אם הם של הבן ורוצה לקחת אותם אמאי לא תבע ליה אלא ודאי מחל וכתב על זה לשון חלוק לא משמע כן דמשמע חלוק בעיסתו כדפרק חזקת. לכן פירש דאיירי בחלוק על שולחן אביו אבל אם אינו חלוק לא אמרינן דהמעות של הבן דצריך שיביא ראיה דהמעות הם שלו הלאו הכי דילמא של אביו וליכא למימר דמחל דצריך שיביא עדים שמחל לו אבל אי איכא עדים שהיה מסגל מעות לעצמו אף דלא מחל אינו מוריש לשאר בניו עכ"ל הרב משחד"ר. והוצרכתי להביאו אולי ספר זה אינו בנמצא. הרי לך מדברי הרב דאפילו הרב בד"ה כל שידעינן בבן שהיה מסגל ומרויח מעות לעצמו מודה הוא דאינו מוריש ואין כאן שום מחלוקת בין סברת בד"ה לסברת מור"ם וממנו לא נזוז:

ועיין להרב הנז' בס' קע"ט שכתב וז"ל ודע דהא דכתב מר"ן בס' ע"ד ס"ב וז"ל מציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפע"פ שהם גדולים הרי אלו שלו וה"ה אם הרוויחו בסחורה או במלאכה וכו' היינו אם בנו אין לו במה להתפרנס ואם לא יתן לו המציאה או הריוח יגרשנו מעל שולחנו ולא ימצא מי שיפרנסנו וזהו שאמרו בגמרא תקינו רבנן

משום איבה אבל אם הבן יש לו מלאכה המספקת לפרנסתו או שהוא בקי במשא ומתן באופן דלא יהיה צריך לשולחן אביו המציאה והריוח של הבן וזה דבר פשוט הרי לך דבנדו"ד אפילו אביו הן בעודינו חיי על חיי לא הייתה לו זכות בנכסי כהרי"ץ בנו הואל וזה הרי"ץ ידיו רב לו ורב סחורה הרי זה אין זכייה לאביו אפילו בעודו סמוך עש"א:

והגם שראיתי בנמוקים מהרש"א זלה"ה שפקפק בזה וכתב ז"ל ואין לחלק ולומר דאם הבן מרויח שעור מזונותיו הכל לעצמו דזה דוחק הואל ולא מצינו שום פוסק או מחבר שהזכיר זה החלוק אבל נראה כיון דנשא אשה אינה קרויה סמיכה אף שהיא סמוך ומנא אמינא לה מהא דכתבו הגהות אשר"י וכ"כ הכלבו בשם ר"פ ז"ל דאי סמוך על שולחן אביו והוא נשוי אינה סמיכה וכ"כ כנה"ג בשם מהר"י הלוי ומהר"א גאליקו זלה"ה ונראה לי הטעם דאם היה נשוי לא חיישינן שלא יפרנסני ויהיה מוטל ברעב שכיון שלקח אשה ודאי ידע לפרנס את עצמו כדכתיב הכן בחוץ מלאכתך וכו'. שאין אביו תמיד חיי וקיים ועוד מעשה ידיה לבעלה ונמצאת פרנסתו אינה תלויה עוד ביד אביו ומה שסגל סגל לעצמו וא"כ בנדו"ד ודאי ע"פ זה אף אם היה אביו תובעו על מה שהרויח אחר שנשא בעודו סמוך אין לו עליו כלום דמה שהרויח הוא לעצמי ואם תובעו על מוקדם שהיה בחור ודאי מחל לו שהרי בשעה שנשא אשה למה לא תבעו עכל"ה. הרי לך אפילו לדעת מהרש"א שפקפק בחלוקו של מהרמ"א הנז' עכ"פ הרי אפילו לדעת מהרש"א הרי מיוסד מדרבנן קמאי דבנשוי אין בי דין סמוך על שולחן אביו וכל מה שהרויח הוא לעצמו ולא לאביו ולא נצרכה אלא אפילו יבוא אח"כ לתובעו על מה שהרויח בעודו בחור אמרינן הואל ולא תבעו בשעת נשואין ודאי מחל הרי נתברר לנו שאפילו אלו היה עדיין חי אביו של כהרי"ץ נר"ו לא היתה לו זכיה במעשה ידיו מכ"ש עכשיו לאחר מיתתו דברי אחיו מהבל ימעטו: והגם דראיתי להרה"ג מוהרר"ב זלה"ה בס' משי"ש ח"ב סקכ"ד שמדבריו שם נראה ברור דבן הסמוך על שולחן אביו אפילו בנשוי מעשה ידיו לאביו המה יעו"ש ודאי דהרב לא ראה דברי הרבנים הנז' חבל נביאים שזכרנו לעיל מהרמ"א ומהרש"א והגהות אשר"י והכולבו וכנה"ג ומהר"י הלוי ומהר"א גאליקו זלה"ה שכולם עלו בהסכמה שבן הנשוי אין מעשה ידיו לאביו ואלו ראה דבריהם היה פוסק כוותיהו ואפילו מי שירצה להתעקש הרי פתוח פתח קי"ל לומר קי"ל כחבל נביאים ופשוט:

ומעתה הבוא נבוא מהו הדין על מה שנמצא בבית כהרי"ץ נר"ו או בחזקת אביו ז"ל ויכנס לכלל חלוקה. הנה ראיתי להרב הפוסק שמעמיד כל הנמצא בבית בחזקת הרי"ץ וטעמא טעים הואל ואביו ז"ל ייחד לו הבית לדור בו הגם שגם לאביו היה לו תשמיש שם לרוחא דמילתא עכ"ז הואל והבן היה דר שם הוא ואשתו וכו' מעמידין הבית בחזקת

הבן ומייתי ראיה מתשובת הריב"ש שהביא הרב"י בס' קל"ח ופסקה מור"ם שם וכתב ומיהו אם הבית של אחד מהם ולקח חבירו אצלו וכו'. ומניה לנדו"ד שהבית מיוחדת לבן לקבוע בה מטה ושולחן. אלה היו דברות קודשו:

באמת לכאורה נראה דאין משם ראיה דעד כאן לא דיבר הריב"ש ופסקו מור"ם אלא בשוכר את הבית ודר בה ואייתי עמו אחר שלא בשכירות אזי דין הוא איתו ששכורה בידו קרויה ביתו ובחזקתו היא לכך זה הדר עמו שלא בשכירות הוי טפל לו אבל בכגון נדו"ד דאדרבא האב הוא בעל הבית והוא דמשתמש בה מאז ועד עתה שהשיא בה בנו עדיין משתמש בה לרוחה דביתא אדרבא האב הוא העיקר להיות הבית בחזקתו מצד הקרקע שלו ועדיין יש לו בה קצת תשמיש:

גם מה שהביא ראי' מההיא דאהע"ז סנ"ט בייחד לו בית וכלי בית שקנה כלי הבית ופתר לה מר דבחלוקים על כלי בית עסקינן שהאב אומר לא ייחדתי והבן אומר ייחדת ועל זה אמרו שהבן זכה מכח שהואל והבית הוא בחזקתו הואל ומיוחדת לו לכך זכה ומזה הרב הפוסק שהביא ראיתו לא ידענו מהיכן שמיע ליה דהכי הוא והוא גמרא ערוכה אמר ר"ח המשיא לבנו גדול בבית קנאו מתיבי ייחד לו אביו בית וכלי בית כלי בית קנה בית לא קנה אמר ר' ירמי' כגון שעשה ביתו אוצר ע"כ ופירוש גמרא זו היא דכוונת התלמוד להקשות הרי מצינו בייחד לו בית וכלי בית דהיינו בידוע שייחד לו עכ"ז לא קנה הבית והיאך אמר ר"ח דהמשיא בנו בבית קנאו ועל זה תרץ דהכא מיירי שעשאו אוצר ובזה הוי גלוי מילתא דלא נתכוון להקנות לו הבית לא כן כלי הבית הואל וייחדם לו ודאי מסתמא דעתם להקנותם לו דהואל ובני הגדול הוא ודאי קנאם לו זהו כוונת הגמרא וא"כ הואל ובידוע שייחדם לו מיירי. מה מקום להביא ראיה לנדו"ד לזכות לו המטלטל' שחלוקים עליהם לקוצ"ד לא קרב זה אל זה וא"ך נראה שהראיות אשר בנה יסודו עליהם אין בהם כדי שביעה:

אך לפי האמת לכשתדקדק בדבר נראה כמ"ש שהד"א כמ"ש הרב הפוסק נר"ו דהואל והאב ייחד לי הבית לדירה לעשות בה חפצו ורצונו לפתוח ולסגור בכל עת שירצה ולא עבר זר בתוכו ודאי האמת הוא דכל מה שימצא בבית בחזקתו קאי דהגם שהבית דר בה בלי שכירות עכ"ז הואל ואביו השאילה לו בחזקתו קיימה וביתו קנייה לו ומה לי תהיה הבית שכורה או שאולה בידו שקולים הם וכמו שבא הדבר מפורש בפוסקים דהא מצינו להש"ע ס' קס"ח ס"ה שכתב ז"ל השוכר המקום שהמטלטל' הנמכרים מונחים בו באחד מדרכי השכירות קנה המטלטל' שבו ואין שום אחד יכול לחזור בו ע"כ. וכתב שם הש"ך סק"ו דהוא הדין השואל את המקום קנה המטלטל' יע"ש וכן הוסיף עוד

להביא הש"ך בס' ר"ב מדברי התוספ' ומדברי הרא"ש ומביאם הרב"י דשאילה לא גרעה משכירות יע"ש והוסיף עוד הש"ך בס' קצ"ח וכתב מהריטב"א כתב דחצר שאין לאדם בה אלא דריסת הרגל ללכת בה לביתו שיש לו במקום אחר שאינה כחצירו לקנות לו ומי שהשאיל לחבירו חצירו לכך לאו כחצר שאולה היא לקנות לו דאין חצר שאולה קונה אלא כשהיא שאולה להשתמש בו אבל ללכת בה לחוד אין לו בה אלא הליכה ע"כ והוסיף הש"ך על דברי הריטב"א אלו וכתב ז"ל ונראה דהוא הדין בשכירות דינא הכי עכ"ל יעו"ש. ובדברי רבותינו האחרונים מפרשי הש"ע שכולם מסכימים לזה דאין לחלק כלל בין שאילה לשכירות וא"כ הואל ושאילה ושכירות שוים הם אתאן לנדו"ד הואל ואביו השאילה לו לדור ולהשתמש ולעשות כחפצו ורצונו לכל דבר כאיש העושה בשלו למה יגרע מלומר שאין הבית בחזקתו להחזיק כל מה שיש בה הוא שלו ואי משום דגם אביו היה משתמש עמו לפרקים להניח איזה חפץ לרוחא דמילתא ודאי דלא בשביל זה נוציא הבית מחזקת הבן בשביל תשמיש עראי שהיה אביו משתמש אלא האמת הוא הואל ואביו השאילה וייחדה לו הדר דינו להיא דס' קל"ח שהביא הרב הפוסק שהיא מתשובת הריב"ש שהואל ושאילה ושכירות שוים נינהו ואביו ייחדה לו הוי שאלה לו כמו שכרה לו ואביו שהיה מניח שם לפרקים הוי טפל לו ומקרי לעת עתה הבית בחזקת הבן להחזיק מה שיש בה הוא שלו דהדר דינו כמ"ש מור"ם דאם הבית הוא של אחד ולקח את חבירו אצלו הרי הם בחזקת המחזיק בבית וגם כאן הכי הוא: והגם שיש לפקפק דשם בס' קל"ח איירי שאותו מחזיק בבית לקח עמו איש נכרי שאין לו נגיעה בבית ובכל עת ורגע שירצה בעל הבית לדחותו מן הבית יכול לדחותו ולכך מחזקינן כל אשר בבית בחזקת המחזיק אבל נדו"ד שאביו הוא בעל הבית וגם משתמש שם עמו לפרקים ואין כח ביד הבן לדחותו אימא דלא מעמדינן כל אשר בבית בחזקת הבן אלא לפחות הואל ונתיחדה לו להשתמש נשאלה לו הגם שנחשב שאילה ושכירות הם שווים עכ"פ להוי דינם שוה הואל והבן משתמש מחמת שאלה והאב ג"כ היא שלו ומשתמש שם להוי בחזקת שניהם וכמו שבא בתשובת הריב"ש דאם שניהם שוכרים הבית ואין אחד מהם עקר בחזקת הבית יותר מהאחר נימא נכסים שאין ידועים לאחד מהם להוי בחזקת שניהם וחולקים יע"ש וכההיא דפסק הש"ע בס' ר"ם ס"ד יעו"ש: אלא דהאמת נראה דאין להעמידה בחזקת שניהם דעד כאן לא אמר הריב"ש דאם היו שוכרים שניהם אלא דוקא במקום שדרים שניהם דמאי אולמיה דהאי מהאי וכן ההיא דהש"ע בס' ר"ם מיירי בדרים שניהם לכך הוי בחזקת שניהם אבל בנדו"ד שהבן לבדו דר ואביו נעדר זולת לפרקים ולעתות הצריכים לרוחה בעלמא מניח איזה חפץ כמו שדרך השכנים להשתמש

זה בשל זה וכמ"ש הר' הפוסק נר"ו נראה פשוט דאין להוציא מה שבבית בחזקת הבן הדר ומשתשמש בה לדעתו יומם ולילה והואל ועקר התשמיש בבית הוא לבן ואין לאב כי אם דבר מועט ולפרקים כמו דרך השכנים גומלי חסד בעלמא פשוט דבטל תשמיש של האב לגבי תשמיש הבן העיקרי יומם ולילה לא ישבותו ובחזקתו קיימא: ואל תשיבני ממה שמצינו שתשמיש מועט מבטל חזקת המחזיק והוא מה שפסק מור"ם בס' ק"ם סי"ג שכתב שם ז"ל י"א שאם היה ידוע שהמערער היה דר בחדר הפנימי מן הבית והיה טוען שהיה עובר דרך הבית החיצון ולכך לא מיחה במחזיק בבית החיצון אפע"פ שיש לחדר הפנימי עוד דרך מצד אחר ולא ידעינן אם עבר דרך הראשון אפילו הכי טענתו טענה וצריך המחזיק להביא ראיה שלא עבר דרך החיצון וי"א דזה לא מבטל החזקה וכו' הרי מדברי מור"ם בי"א קמא מפורש יוצא דתשמיש קטן מבטל חזקת המחזיק והגם דדברי מור"ם אלו נראה דהש"ע לא ס"ל הכי שהרי דין זה הוא לפי שטת רשב"ם לפי פירושי בגמרא יעו"ש ומצינו להש"ע שהשמיט פירושו דרשב"ם ונקט כפירוש הרי"פ והרמב"ם דפירשו שכונא גואי בענין אחר וכמ"ש כל זה הסמ"ע סקי"ח א"כ נראה דלא קי"ל כהאי הג"ה:

ומה גם אפילו למי שירצה לומר דכאן קרינן מר"ן לא גילה דעתו דהגם דמצאנו לו בס' קמ"ו סי"א שם מר"ן פסק כפירוש הרי"פ והרמב"ם לא תימא דמדפסק שם כדעת הרי"פ והרמב"ם לא ס"ל לפירוש רשב"ם לדינא אלא האמת הוא יכולים לומר דס"ל למר"ן כפרשב"ם לדינא והעד על זה שהרי מור"ם סבר לשני הפירושים וכמ"ש הסמ"ע וא"כ איכא למימר דמר"ן גם הוא יכול לסבור כוותיהו אלא דלא גילה דעתו כאן וא"כ הדרינן למאי דקי"ל כל מקום שלא גילה מר"ן דעתו ומור"ם גילה דעתו קי"ל כמור"ם. וא"כ אפילו נניח בהצעה זו ואזלינן כדעת מור"ם עכ"פ סוף כל סוף הדרן לדינא לפסוק כי"א בתרא דכתב מור"ם לפי הכלל המסור בידיני דכי"א בתרא נקטינן: אלא דמצאנו ראינו למהר"ם אלשי"ך דפסק כי"א קמא ז"ל בס' צ"ד יעוד שעד כאן לא אמרו שהמשתמש בחצר חבירו יכיל לומר אתה מכרתו לי או נתתו לי אלא היכא שיש מקום מיוחד בחצר חבירו שאין חבירו משתמש בו אלא זה דמשום הכי יכול לטעון אתה מכרתו וכו' וכדדיק הרמב"ם דכתב מקום מסוים דמשמע דוקא מקום מסוים אבל פעם כאן ופעם כאן אין כאן חזקה כיון דבכל החצר הי' משתמש בעה"ב עמו וכו' אלה היו דברי מהר"ם אלשי"ך זלה"ה. ומצינו להרה"ג מוהרמ"פ זלה"ה בס' שמ"ו מש"ה שכתב על דברי הרב מהר"ם אלשי"ך וז"ל לפי דבריו א"כ כיון שמר"ן ג"כ כתב בס' קמ"ו סט"ו ז"ל היה מעמיד בהמה בחצר חבירו במקום מסוים וכו' וטוען הרי זה חזקה ע"כ הרי בהדיא שהעתיק לשון

הרמב"ם ומה שפירש מהר"ם אלשי"ך בדברי הרמב"ם כן נפרש דברי מר"ן א"כ נראה דזכה עכ"ל ויעו"ש עוד בס' שמ"ו מש"ה שהביא כמה פוסקים מערכה לקראת מערכה דכמה פוסקים סברי מרנן לסברת רשב"ם וכמה פוסקים מפלג פליגי ולית ליהו לסברת רשב"ם והוא סמך על מהר"ם אלשי"ך ופסק כוותיה הן מצד דבעל הקרקע גם הוא משתמש והקרקע בחזקת מרא קמא הן מצד דמהר"ם אלשי"ך דייק כן מדברי הרמב"ם והש"ע פסק כהרמב"ם בדקדוק הלשון וא"כ הואל ורב אחרון רב חליה ורב גובריה הורה זקן והכריע כן אין לזוז מדבריו לפסוק כי"א קמא:

ומה גם לדידן דקי"ל כמור"ם אלא דהפסק שלנו אי פסקינן כי"א בתרא בכל מקום ודאי דיש לנו לפסוק כי"א קמא בכאן הן מצד דרוב הפוסקים דסברי לפירוש רשב"ם סברי כי"א קמא ומה גם דדברי מר"ן בסט"ו שהם דברי הרמב"ם מורין כן כמ"ש מהר"ם אלשי"ך זלה"ה הכי נקטינן גם הרב תורת חסד הכרעתו היא כי"א קמא. הדרן למאי דאתן עלה הואל וי"א קמא הלכה ומורין כן דאפילו תשמיש מועט דרך העברה בעלמא מבטל חזקת המחזיק א"כ גם כאן הכי נימא הגם דעיקר תשמיש הבית הוא לכהרי"ץ תשמיש מועט של אביו יבטל חזקתו דלא תהוי הבית בחזקתו:

אין זה אמת דשאני התם בדינא דמור"ם דהתם עקר מחלקותם הוא על הבית עצמה שזה המחזיק בא להוציאה מחזקת מרא קמא בחזקתו זאת על כן אפילו בתשמיש מועט שהיה משתמש בה בעל הבית עצמו אין להוציאו מחזקתו דקי"ל כר"ן דקרקע בחזקת מרא קיימא אבל בנדו"ד דהמחלוקת היא על המטלטלים שבבית של מי הם בודאי דאין להוציאם מחזקת זה המשתמש בבית תשמיש גמור לכל דבר והואל והוא העיקר בודאי דאין להוציא מחזקתו כאמור ולא קרב זה אל זה והאמת הוא בחזקת המחזיק בבית לדירה קיימי:

גם אין סתירה לנדו"ד ממה שהביא הרב פת"ש בס' קל"ח משם הרב עבודת הגרשוני שכתב ז"ל בענין אלמנה אחת שסילקוה ב"ד בכתובתה והתפשרו עמה שתחזיק אצלה היתומים בניה ותדור בבית בעלה ותתעסק בנכסי בניה בתורת אפוטרופס אח"כ נשאת לאיש שמו שמעון והתנית עמו שיהיה מחויב לפרנס הבנים ויתנו לו דבר ידוע מדי שנה בשנה וגם ידור עם האשה ובניה בחנם בבית הנז' ששייך ליתומים ואחר זה הלכה האשה לבית עולמה ונפלו הכחשות בין האפטרו' של היתומים ובין שמעון על מה שבבית וטענת האפטרו' היתה הואל וכל עזבון היתומים היה הכל תחת יד אמם ובהיות שגוף הבית היה שייך ליתומים רק שמעון דר שם בשכירות ומה שנותנין להם בשכירות הוא מה שנותנין להם במזונות על כן הם מוחזקים בכל מה שנמצא בבית. ושמעון השיב

שאדרבא הוא עקר הבית והם טפלים לו ונגררים לו ומקרי מוחזק בכל אשר בבית וכו' והשיב הרב שהדין עם היתומים יעו"ש אין להאריך להעתיק עוד דבריו:

אין מזה סתירה כלל לנדו"ד דהתם לא זיכה הרב ליתומים אלא הואל והיה הקרקע של היתומים וגם היו דרים בו וידוע ששם שם מונח עזבון אביהם על כן דין הוא שחשבינן זה הבעל הבא לדור עמהם טפל הוא להם הואל ומעולם לא יצאו מהבית ואזי הוי דינייהו כמ"ש מור"ם אם הבית של אחד ולקח את חבירו אצלו וכו' אבל נדו"ד שהבית נתייחדה לבן לכל דבר ולא נשאר לאב כי אם זכות איזה תשמיש עראי ודאי אין להוציא הבית מחזקת הבן כאמור לעיל:

ברם נשאר לנו מה נענה בדין הש"ע דס' שי"ג ס"ג דהזבל שבחצר וכו' דמשם באירה אפילו בית השכורה הוי בחזקת המשכיר וא"כ מה נענה בנדו"ד דכאן נוסף עוד דהגם דהאב ייחדה לבן עכ"פ השאיר לו בה תשמיש עראי והגם דבס' ר"ם פסק הש"ע הפך מזה עכ"ז הרי הש"ך בס' ר"ס ושי"ג הכרעתו היא לפסוק כס' שי"ג גם הסמ"ע הניח פסקי הש"ע בתימא יעו"ש וא"כ מן הראוי לתפוס כמשנה בתרייתא לפסק דבס' שי"ג:

אך אין זה אמת מכמה טעמי חדא דהא מצאנו להרב פת"ש בס' שי"ג דהרב אחרון פקפק על דינו של הש"ך שהכריע כהרמב"ם דהוי חצירו של משכיר ודעתו היא לפסוק כהרא"ש והטו"ר יעו"ש:

ועדיפא מזה הואל ולפי דעת הריטב"א יתובי מיתבינן פסקי הש"ע וכמ"ש הרב הפוסק הכי עדיף טפי מלהניח פסקי הש"ע סתראי וכמוזכר וידוע כלל זה בפוסקים דכל מאי דמצינן לתריץ ולהניח שני הדינים אמת הכי נקטינן מלהניח בקושיא אפילו יהיה התרוץ קצת דחוק מכ"ש במקום תרוץ מרווח כהאי ודאי הכי נקטינן לחלק ולהורות הלכה למעשה:

עוד לקצו"ד נראה דאין משם סתירה לנדו"ד כלל דעד כאן לא פסק הש"ע שם בס' שי"ג כן דחצירו קונה לו אלא באותו דין דזבל הבא מעלמא דהוי הפקר בזה הוא דאמרו חצירו קונה הואל ואתי מעלמא ואין דעת שניהם עליהם מעמידין להו בחזקת בעל החצר אבל בכגון נדו"ד אין לנו להעמיד כלי הבית בחזקת בעל הקרקע והגם שהדבר מוסבר מאליו ואין צריך סעד וסמך עכ"ז אחר החיפוש מצאנו סמך מן התורה והוא ממה שמצאנו להסמ"ע בס' שי"ג שהקשה על דברי מור"ם יעו"ש ועל קושייתו שם תרץ הטו"ז ז"ל נראה דאין זו קושייה דשאני אפר תנור דדבר ברור שיהיה דהא להכי קאי התנור משום הכי סמכא דעתא דשוכר על זה בשעה ששכר החצר משא"כ בזבל הבהמות דלאו הכריח שיבואו שם הבהמות ואת"ל שיבואו מי יימר שיפילו שם גללים ועל פי זה ניחא קושיית

הסמ"ע על המחבר בס' ק"ד מסימן ר"ס גבי מציאה דדוקא בזבל קני בעל החצר כיון דלא סמכא דעת השוכר על זה משא"כ בצבי שבור שרגיל להיות טפי בשדה וסמכא דעתיה על זה כנ"ל דעת המחבר עכ"ל הרי לך לדעת הטו"ז מחלק חלוק גמור דלא פסק הרמב"ם בס' שי"ג אלא בדינא דזבל דלא אסיק אדעתיה דשוכר אבל בצבי שבור דאסיק אדעתיה דשוכר מעמידין החצר בחזקת השוכר וא"כ מבורר הדבר דהבית בחזקת השוכר קיימא אפילו לענין מציאה דאסיק אדעתיה ולא הויא בחזקת המשכיר אלא לדבר דלא אסיק אדעתיה דשוכר כגון זבל דאתי מעלמא הוא דלא הויא הבית בחזקת השוכר הואל וזה לא אסיק אדעתיה הויא לענין זה כאלו אינה שכורה גביה לדבר זה ובחזקת המשכיר קיימא וא"כ הואל והבית בחזקת שוכר קיימא ודאי דהמטלטלין בחזקת השוכר קיימי ובודאי דהכי הוא אפילו מן הסברא דהיתכן לומר שהבית השכורה תהיה בחזקת המשכיר לענין מטלטלין הבית א"כ לא שבקת מידי לכל שוכר שכל משכיר יאמר לשוכר כל מה שבבית הוא שלי בדבר שאינו ידוע של מי הוא וזה דבר שאין האוזן יכולה לשמוע אפילו אלו לא מצאנו דבר זה מפורש בדבר רז"ל מכ"ש שהדבר מפורש מדברי הטו"ז דדעת מר היא דאין הבית בחזקת המשכיר אלא לדבר דלא אסיק אדעתיה דשוכר ובזה נתיישבו פסקי הש"ע דלא להוו סתראי לזה שומעין וא"כ הדר דינא למאי דאמרן הואל והבן נתייחדה לו הבית והוא העקר שדר בה ומונע את אביו מהשתמש בעת שירצה לנטול דין הוא הגם שאותו האב היה לו קצת תשמיש טפל הוא וכמי שאמרן הדבר לא פעם ולא שתים ולא הויא הבית אלא בחזקת הבן הקבוע בה לילה ויומם:

והילך מ"ש הגאון מוהרע"א זלה"ה הביא דבריו הרב כת"ש ס' שי"ג שכתב על דברי התוס' שכתבו דאם בית של המשכיר פתוח לחצר הזבל של משכיר על זה כתב הגאון הנז' דדוקא לענין דבר המונח בחצר מהני דהמשכיר ביתו פתוח לחצר דכיון שהמשכיר יוצא ונכנס בו ויכול לשום שמירתו עליו מקרי עומד בצד שדהו אבל לענין דבר המונח בחדר המושכר לו מהני מה דהמשכיר דר ג"כ באותו בית חדר נגד חדר המושכרת כיון דרשות ביד השוכר לסגור הדלת ולמנוע להמשכיר דריסת הרגל בו עכל"ה. הרי לך דמי שיש בידו לסגור הדלת ולמנוע דריסת הרגל לחבירו בחזקתו מעמדינן הבית וגם אנן הואל והרי"ץ הוא דר דירת קבע ופותח ונועל ומונע לאביו דריסת הרגל בעת שירצה הבן לסגור א"כ בודאי הבן הוא העיקר למודה על האמת:

ומעתה הבוא נבוא למה שתפס הרי"ץ השטרות הנה ראיתי להרב הפוסק נר"ו שמתחילה הביא לדבריו דברי מור"ם דסק"ד ס"ג דפסק דתפיסת שטרות לא הויא תפיסה אלא דאח"כ עמד לנגדו פסק הש"ע דס' ס"ד דפסק מר"ן ס"א ז"ל וכל זה לדינא אבל למאי

דתקון רבנן שגובין מטלטלין דיתמי גובין משטרותיהם אפילו לא תפס מחיים ע"כ ועל זה הוקשה להרב הפוסק דסתמיות דברי הש"ע ומור"ם בס' ק"ד וס"ד נראה דלא פליגי וכו' ועל זה הוקשה לו היאך יכולים לזווג ביחד פסק מור"ם דפסק אין תפיסה בשטרות עם פסק הש"ע בס' ס"ד דמהנייא תפיסה כנ"ל זהו תמיהת הרב הפוסק נר"ו ובאמת תמהתי על המראה מה ענין זל"ז הרי דברי הש"ע בס' ס"ד איירי לענין התופס שטרות ואומר שהמוריש חייב לו אזי הוי דינו אפילו לאחר מיתה לגבות מהם דהוי כאלו ממושכנים אצלו ויכול לטעון נגד היתומים לגבות מהם אבל לא הוי בתפיסתו כאלו גבוי ועומד דאין החוב נקנה אלא על ידי כתיבה ומסירה אבל לתפוס השטר למשכון בעלמא לא לגבות מהלוים וכמ"ש הש"ך שם בסק"א אלא לטעון שיש לו חוב מהני אבל מור"ם דבר במי שתפס השטר בחובו שהדין היא אי חשבינן בתפיסתו כאלו גבה כבר אזי הפסו"ד זכה מי שזכה על כן כתב דלא כגבוי ויד בעלי חובות שוה בו ומה ענין זל"ז וכמו שחלקתי כן הוא מפורש במקור הדין שממנו חוצבה הג"ה זאת דס' ק"ד ומקור הדברים הובאו בס' ערך השולחן סק"ד אות י"ח שכתב ז"ל כתב מור"ם וכו' אם תפס שטרות וכו' כ"כ רי"ו בשם רבו מהר"א ן' ישמעאל ע"ש ומצאתי תשובת הר"א ן' ישמעאל בתשובת מהר"י ן' הרא"ש שכתב ז"ל ושטרות שתפסה האלמנה ומשכנתם לצורך מזונותיה מהנייא תפיסתה ואין הבנות מוציאות בתורת חוב כיון דלא כתיב ביה מטלט' אג"ק ויש להביא ראיה מדאמרינן בפרק הכותב דההיא אתתא דאפקידו בידה מלוגמא דשטרי וכו' ש"מ דתפיסת שטרות מחיים מהני שלא יעשה החוב מטלטל' אצל בניי ודכוותה הכא מהנייא תפיסת האלמנה בשטרות כאלו גבתה החוב ואין הבנות מוציאות ממנה בכח החוב ויש לבעל דין לחלוק דנהי דמהנייא תפיסת השטרות שלא יעשה החוב מטלטלים אצל בניו אבל הכא לא מהנייא תפיסת האלמנה בשטרות כאלו גבתה החוב דלא מהנייא תפיסה זו טפי ממי שנמסר לו שט"ח במכירה או במתנה במסירה לבד שלא קנה גוף החוב וטעמא דמהנייא תפיסת השטר הוא שלא יעשה החוב מטלטלים אצל בנו משום דההוא חוב כבר היה משועבד לההיא אתתא דתפסה מלוגמא דשטרי מחיים דאב מדר"ן אלא דאמרו רבנן כי מיית האב נעשה החוב מטלטלים ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח בדינא דגמרא וכיון שכבר היה אותו החוב משועבד בחיי האב ותפסה השטר בחייו אהני שלא יעשה מטלטלים אצל היתומים אבל אין תפיסת השטר תפיסת החוב ויחלוקו החוב והאלמנה והבנות מכח חובן לפי שאין בחוב דין קדימה וכו' וכן מבואר יוצא מדברי הרב"י בס' ס"ד יעו"ש שאחר שהביא לתשובת הרשב"א שכתב דמקום עדים ושטר הויא תפיסה דהביא אחר זה דברי רי"ו שפסק מור"ם ומשם באירה דלדעת הרב"י

כולהו סלקי להלכה דלא ראי זה כראי זה וטובים השנים פסק הש"ע ומור"ם הם אמת ודבריהם אמת:

מעתה משכוני נפשין לעקר הדין הנה ראיתי להרב הפוסק אחר שדקדק מלשונות הש"ע ומור"ם דס' ס"ד דפשט לשון הש"ע ומור"ם מורין דמהנייא תפיסת השטרות אפילו אין לתופס עדים ושטר עכ"ז לא הונח לו הואל ולדעת הרב"ח החזיק במעוז תשובת הרשב"א דאייתי מר"ן בב"י דס"ל דאין מועלת תפיסה לתופס אלא אם יש לו עדים או שטר ויישב הרב"ח כל דברי הפוסקים בשטתו של הרשב"א אפילו דעת מר"ן גם הרב הסמ"ע בדרישה"ה ובהגהו"ת ובסמ"ע סקי"א העלה דכו"ע כהרשב"א וגם הש"ך דעתו ג"ך הכי הוא הואל והני רבוותה סברי מרנן דמר"ן אזיל גם היא בשטת הרשב"א מזה לא הונח לו עד שמצא תרופה מן התורה הואל וכנגד זה מצא כת קדישי עליונים הלא המה כנה"ג דפסק דלא כהרשב"א אלא כדעת מורם במפה גם הרטו"ז יישב דברי מור"ם דסליק שפיר להלכה גם הרב פת"ש יישב דברי מור"ם וכו' ועל הרב הפוסק עשה סמוכין דרבנן דהואל והרב כנה"ג וטו"ז ופת"ש פסק מור"ם עולה שפיר לדעת התוספ' והרא"ש ומר"ן א"ך הוי ספיקא ומצי התופס לומר קי"ל כוותיהו זהו עקר פסקו בזה:

ואני לקוצ"ד מוסיפנא תוספ' שפיר דגם הרב קצו"ת החוש"ן והרב נתיבו"ת המשפ"ט גם הרב בית אברהם כולם יישבו דברי מור"ם דסלק להלכה אלבא דכו"ע ע"ע בספרתם:

אך זה קשה בעיני הלא ישובם שעשו לדברי מור"ם הוא דמור"ם איירי בדלא היו עדי פקדון אלא דברי מור"ם הם קאי על מ"ש הש"ע אם יש עדים שתבעם ממנו מחיים ומירי שיש ערים שהפקידם וגם יש עדים שראום עתה בידו על זה קאי מור"ם הטע'ם למה צריך שניהם עדי פקדון וראיה דאל"ך דאי ליכא עדי פקדון ואין לו אלא עדי ראיה הגם דאין יכול לטעון לא היו דברים מעולם וגם אינו יכול לטעון לקוחין הואל ואין לו כתו"ם עכ"ז אם תפסם מחיים יכול לומר למשכון תפסם זהו כוונתם במור"ם וא"ך אתייא מביניא אפילו לדעת הפוסקים המיישבים דעת מור"ם להלכה הכי פירשו דברי מור"ם דאינו נאמן אלא באומר למשכון תפסתים מחיים ואזי יהיה נאמן אבל בנדו"ד דלא היתה תפיסתו אלא לאחר מיתה היאך יוצדק כאן לומר דתפסם למשכון הרי מפורש יוצא בדברי קצו"ת החוש"ן עיין עליו דבאומר בתורת משכון בא לידו מעקרא הוא דמהני תפיסתו דאזי חשבינן ליה הואל ובא לידו בתורת שעבוד כאלו טען לקוחים הם בידי יעו"ש בדברי נתיבו"ת המשפ"ט ובס' קצו"ת החוש"ן דמשם באירה דהכי מוכח דדוקא באומר באו מעיקרא לידו בתורת משכון:

גם הרב בית אברהם בישובו שעשה לדברי מור"ם הכי הוא זל"ה הכא איירי שהיורשים טוענים אבינו הפקידם בידך וזה טוען אמת שהפקידם בידי אבל בחיי אביכם תפסתם למשכון בשביל חוב שחייב לי ואית לי סהדי דתפסתים מחיים והעידו כן העדים אפע"ג דאין לו מיגו דלוקח אנן סהדי שהחוב הוא אמת דלא ידעינן אי חייב לו או לא דמאחר דאיכא סהדי דתפס מחיים אי איתא הו"ל לאביהם לתובעו בדינא ודייני ולברר שאין חייב לו כלום עכל"ה הרי הדבר מבורר אפילו להפוסקים דמצדדי לדעת מור"ם דהלכה ומורין כן היינו דוקא באופן זה דהיינו בתפס מחיים ותבע ולא רצה להחזיר בזה הוא דפסק מור"ם דנאמן במיגו דלמשכון תפסם אבל במקום דליכא שום מיגו כלל לא אמרה אדם מעולם שתהיה תפיסתו תפיסה: וכן מוכח מדברי מור"ם שכתב ואפע"פ שאין לו מיגו מ"מ אם תפסם מחיים יכול לומר למשכון תפסם וכו' ופירש הסמ"ע סק"ו דמור"ם קאי על מ"ש הש"ע אם יש עדים שתבעם ממנו וכו' מזה מפורש יוצא דלא זיכה מור"ם אלא בתפס מחיים ותבעם ולא החזיר לו דאזי מילתא דמוכחא היא דלמשכון תפסם וכמו דיהיב טעמא הרב בית אברהם הנז' אבל בנדו"ד דלאחר שמת האב הלך הבן ותפס ויצא לטעון טעון שהוא נישא באביו זה לא שמענו הואל ואין לו מיגו שקבלם בתורת משכון בא לידו:

אלא דנראה דהגם שהרב הפוסק נר"ו סתם כאן דבריו ולא פירש היאך היתה תפיסתו בשטרות אלו נראה פשוט דאיירי בדליכא עדי ראיה דאזי אם לא היתה תפיסתו בעדים אזי יש לו מיגו וזה מוסכם אלבא דכו"ע אפילו לדעת הסמ"ע הואל ואין כאן עדי ראיה אלבא דכו"ע הוי מיגו טוב ויכול לתפוס אפילו במקום שאין החוב ברור כמו שיראה המעיין בדבריהם א"ך אם נאמר באמת דנדו"ד הכי הוא לא היה לו להרב הפוסק להכניס הדבר במחלוקת בתפס אם יכול לומר קי"ל דבאופן זה אין כאן חולק אלא האמת דכאן הגם שיש כאן עדי ראיה מיירי אלא שאין כאן עדים שתפס מיד הסופר דאזי דינו הוא שיכול לטעון יש לי חוב עליו מיגו שיכול להכחיש את הסופר ולומר להד"מ שלא קבלם מידו אלא למשכון תפסם מחיי אביו והגם דהתוספ' וכו' בפרק חזקת הבתים שם בקשו על דין נסכא דאמר אין חטפי. ודידי חטפי דהוי משוי"ל הקשו דלהוי נאמן במיגו שהיה יכול להכחיש את העד ותרצו דאין זה מיגו הואל והיה צריך לישבע יעו"ש בש"ך ע"ה סקע"ג שהביא דבריהם עכ"ז בנדו"ד הרי אין כאן שבועה דאורייתא כדקי"ל דאין נשבעים מן התורה על השטרות והואל ואין כאן שבועה נגד העד אמרינן מיגו וכמו שבא הדבר בכלל המיגו להש"ך אות ז"ך ולהרב נתיבות המשפט אות כ"א שכתב דבמקום שאינו מחויב שבועה דאורייתא אמרינן מיגו נגד העד יעו"ש וא"כ בכאן אם לא היתה התפיסה

בעדים הרי יש כאן מיגו ואפילו אי הוה התפיסה בעדים הגם דמיגו דלהד"מ אין כאן עכ"פ הרי יש כאן מיגו דהחזרתי דהיינו נתתי ביד היורשים הואל וגדולים הם או במיגו דנאנסו ובודאי דבאופן זה דאיכא מיגו הוה עובדא ועל זה סמך הרב הפוסק לזכות לתופס הואל ויש כאן מיגו אבל אי ליכא מיגו ודאי אין תפיסתו כלום: הדרן לדינא הואל והני חבל נביאים כולם עלו בהסכמה דדינא דמור"ם יתיב שפיר אלבא דכ"ע זה התופס יכול לומר קי"ל לית דין ולית דיין: וראיתי להרב הפוסק שעלה ונסתפק בזה אם יכול לומר קי"ל הוא ויש כאן מחלוקת בתפיסה דלדעת הרשב"א וסייעתיה סייעתא דשמייא סברי דלא מקרייא תפיסה וגם על זה צדד בדעתו הרמה דיכול לומר קי"ל והד"א. וכדי שלא להאריך עוד בזה אמרתי להביא מן החדש תוספת טובה שפיר שיש בו כדי שביעה והוא מ"ש הרה"ג בעל תורת חסד סקצ"ה ז"ל וראיתי להרב מהרש"ח שכתב דכיון דהאי מילתא היי פלוגתא דרבוותא אי מהני תפיסה או לא מהני ליכא למידן אלא אחר הרוב וכמ"ש הרב מהריב"ל זלה"ה. ולי נראה לחלק דוקא בקרקע דלא שייך ביה צד תפיסה למטלטלין דסו"ס יש בהם תפיסה וכן כתב הרה"ג מוהריב"ל בח"ב סנ"ה וכן נמי דעת מהרש"ך ח"א סק"ן ובזה אין מקום למה שתפס הרב כנה"ג על דבריהם בס' כ"ה לביאור דברי הטור אות ע' אח"כ ראיתי מ"ש הרב כנה"ג בסוף הספר וחזר בו ממ"ש בתחילה. ונקטינן דהפסק המחוור הוא דמהנייא תפיסה על הספק בין תפס בעדים או שלא בעדים ואפע"פ שיש מן האחרונים נמי מי שנטה דעתו להחמיר לא אזלינן אלא בתר מוהריב"ל בח"ב סנ"ה ומהרש"ך ומהר"ש שהסכימו לזה עכ"ל וכן ראיתי לרב אחרון חביב הרב משה"ר שאסף איש טהור כמה פוסקים דסברי מרנן דיכול לומר קי"ל במחלוקת בתפיסה יעו"ש ואחר ראותינו כל זה לא נשאר מקום לפקפק:

ומעתה נתנה ראש למה שנסתפק הרב, הפוסק על מה שהתופס הוא יורש אי הויא תפיסה או יכלי שאר יורשים לומר טול מה שתפסת בחלקך ונולד ספק זה מכח מה שראה להרב זל"א שנסתפק בזה וכתב בסוף דבריו וצל"ע בדב"מ שציין ואין לי פנאי כעת עכ"ל והרב הפוסק כתב דספר זה לא נראה לו בעליל והוצרך להביא לחמו מאהע"ז וכו' הגם דהיה כאן מקום לעמוד על ראיה זו ועיין להרב מהריב"ו בחומ"ש סמ"ב יעו"ש: אלא דאנחנו אלה פה עינינו ראו לספר דב"מ ששם שם בס' ק"ה היתה השאלה בראובן שמת והניח בנות נשואות ושתי בנות עדיין בתולות והוציאו הבנות הבתולות שטר כתב שנתחייב ראובן לכל אחת מבנותיו סך מה לעת נשואיה ושם נפל הספק אם יזכו הבנות הואל ולא הגיע השטר לידן יעו"ש הספיקות ועל מבוכה זה ישבו גאוני עולם והגאון מהר"י רוזאניס ורבנים אחרים אי אמרינן הואל והבנות הבתולות יש להם חלק

מצד הירושה אמרינן הואל והוו מוחזקין במקצת נכסים מצד הירושה חשבינן להו דהוו מוחזקין גם לענין החוב ואמרינן הואל והם מוחזקות לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה יעו"ש שהאריכו והרחיבו הרבה מאוד והגם שלמסקנא דדינא נראה פשוט דלא קרינן להו מוחזקין אף לגבי החוב עכ"פ ממנו נלמוד לנדו"ד דהא ספיקא דידהו הוא אפילו לא היו הבנות תופסות שום דבר עכ"ז הואל ויש להם חלק בירושה בעו לומר דקרינן בהו כאלו תפוסים נמצא דאפילו רק מצד שהבנות יש להם חלק בירושה בעו לומר דחשבינן להו כאלו תפוסים מצד החוב נמי מה שאין הדין כן באדם דעלמא דאם יש לו איזה שטר דנין ביה יד בעהש"ט על"ה הואל ואין לו שום תפיסה נמצא יורש שיש לו חיב על האב הוא עדיף מאדם דעלמא שיש לו חוב על מורישם או מאן דהו הואל ואין לו תפיסה וא"כ מזה נלמוד קו"ח ליורש שתפס מנכסי מורישו דתפיסתו תפיסה דהא אפילו אדם דעלמא שאין לו זכות בנכסי חבירו כלל עכ"ז אם תפס חשבינן תפיסתו תפיסה ודינין ליה על שטרו יד בעל השטר על העליונה דמהנייא ליה תפיסתו יורש התופס מנכסי אביו מצד החוב לכ"ש ודאי דתפיסתו של יורש אדרבא היא עדיפא מתפיסת אדם דעלמא וכמו אדם דעלמא אם תפס שטרות מהנייא תפיסתו הוא הדין היורש:

והרב זל"א לא נסתפק בתפיסת היורש אלא קודם ראותו דברי הרב דב"מ וכמו שכתב איהו עצמו דלענין זה הוא צריך לראות ספר דב"מ ולא מצא פנאי לראות אלה היו דבריו ועל זה אמינא דדבר פשוט אלו שלטו מאורות עיניו בס' דב"מ לא נשאר לו ספק והיה דן בקו"ח דמהני תפיסת היורש ומה גם דמדברי הרב עצמו מפורש כך ע"ע בדף קי"ח ע"ג בריש הפסקה אשר שם יעו"ש:

ועל מה שנסתפק על מה שתפס מיד הסופר האם נחייבו להחזיר ואייתי הרב הפוסק תשובת הרא"ש סק"ו שהובאה בב"י ס"ק פ"ה וגם הסמ"ע הביאה בס' ע"ב סקס"א יעו"ש ועל זה יצא הרב הפוסק לחלק דהכא שאני הואל וזה התופס יורש הרי מה שנתן הנפקד בידו הוי ברשות ומייתי ראיה דהוי ברשות מפסק מור"ם סע"ז ס"ט זהו ראייתו. ראיה זו לא נהירא דמהיכן שמיע ליה ששטר המופקד שיכול ליתנו ביד אחד מן הבנים אין מכאן שום ראיה דהגם דיש לו חלק בו וצריך הוא לשטר לתבוע חלקו אפשר דאינו רשאי למוסרו בידו לתבוע בו חלקו אלא באופן דלא למטי פסידא לשאר יורשים על כן אין מדברי מור"ם אלו ראיה הואל ולדעת מור"ם אין היורש רשאי ליטול חלק אחיו כי אם חלקו דלא כמו שמפורש בתשובת הרשב"א בב"י דאחד מן היורשים יכול ליטול הכל בין אחיו במדינה או לא וא"כ הואל ואין היורש יכול ליטול כי אם חלקו גם השטר

אפשר שאין רשות לנפקד ליתנו ביד אחד מן היורשים כי אם באופן דלא למטי פסידא לשאר יורשים ולעת כזאת צל"ע לדין זה:

אבל לענין הדין בנדו"ד שאירע כבר שמסר הסופר השטר ביד הרי"ץ נר"ו האמת הוא שאין צריך התופס להחזירו יען כי המעיין בתשובת הרא"ש זלה"ה שחייב התופס להחזיר הוא מטעם דהוי הנפקד שומר שמסר לשומר יחייב והואל והשומר חייב לשלם אינו בדין שזה התופס יגרום לו פסידא זהו טעמו:

הן אמת דהיה מקום כאן להאריך והדברים סובלים אריכות גדול למעיין בס' נ"ח במחלוקות המשולשות שהביא מור"ם שם ס"א דמשם תראה דלפי סברת הי"ח שנייה שהביא שם וגם לפי סברת הריטב"א שהיא סברא שלשית שהביא שם נראה דאין צריך כאן להחזיר כמו שתראה בטעמם שם אלא דהאמת יורה דרכי למעיין שם בישוב הדעת בסמ"ע ובטו"ז וש"ך שם באורך עיניו יחזו דמסקנא דדינא היא כי"א קמא שכתב שם דאזיל בשטת מר"ן יעו"ש וטעמו הוא משום שאינו יכול לגרום פסידא דנפקד ראשון וכטעמא דתשובת הרא"ש הנז'. עכ"פ אתאן לדינא לא מבעייא לסברת י"ח שנייה שמוזכרת שם ולסברת הריטב"א ודאי דאין צריך כאן התופס להחזיר אלא אפילו לסברא קמא שכתב שם מור"ם דבמקום דמטייא ליה פסידא לנפקד חייב התופס להחזיר בנדו"ד שתפס שטרות אין צריך להחזיר דידוע הוא דהשטרות אתמעטו מדין שמירה כמ"ש הטוש"ע סי' ס"א יעו"ש דאפילו מפשיעה פטור:

והגם שמצאנו להרב"י בסו"ס ס"ו שהביא דברי הרא"ש בכלליו שכתב ז"ל דאפילו לדברי הרי"פ זלה"ה שפוטר בפשיעה דוקא פשע ונגנבו או אבדו אבל השליכם בנהר לא ומפני זה פסק על סופר שכתב שטר לשמעון ונתנו לאביו דהוי כמשליכו לנהר לאבוד בידים אלא א"כ בא האב לסופר בתורת שליחות הבן וידוע שהבן מאמין את האב ומשליטו בנכסיו אז לא פשע הסופר ע"כ ופשוט דהרב"י שהביא דברים אלו בשתיקה הויא הודאה לדינא וכן פסק מור"ם בס' ס"ו ובס' ש"א הביא מור"ם ג"כ דין זה בסברא קמייתא והגם דשם סיים עליהם וי"ח עכ"פ ודאי אנן בדידן לא קי"ל אלא כסתמיות דבריו דס' ס"ו דלא הביא שם כי אם סברא זו ולא הביא עליה סברת החולקים ובס' ש"א ג"כ הביא סברא זו בסתם בודאי הכי נקטינן והגם שהש"ך הרבה תמיהותיו על פסק זה יעו"ע בס' ש"א ובס' ס"ו עכ"פ אנו אין לנו אלא דברי הרב"י וסתימת מור"ם יעו"ע וא"כ נראה דסופר זה כמאבד שטר: על זה אמינא בפה מלא דבנדו"ד הואל ויש לתופס זה חלק וזכות לתבוע חלקו בשטרות אלו ודאי אפילו נימא דמעקרא לא היה ראוי למוסרם ביד אחר מן היורשים וזה לא מקרי פושע לחייבו דעד כאן לא חייבו במוסר לאביו אלא משום

שומר שמסר לשומר אבל כגון נדו"ז שמסרו ליורש לגבות חלקו לא מבעייא לסברת החולקים דס"ל דאפילו במוסר לאב לא הוי פושע ודאי דאין צריך להחזיר אלא אפילו לסברא שזכרנו דחייבו במוסר לאב הכא יודו הואל ומסירתו היתה לגבות חלקו. ואפושי בפלוגתא לא מפשינן. ויש לאל ידי להביא ראיות לזה אך אין כאן מקום להאריך יותר וא"ך הואל והחכם הסופר שמסר השטרות לא מקרי פושע ולא מחייבינן ליה על מה שמסר אזי מטעם זה אין חייב הרי"ץ התופס להחזיר הואל ואין גרמת הפסד לסופר:
המורם מהאמור שהד"א כמ"ש הרב הפוסק נר"ו. זהו מה שהשיגה דעתינו לעת כזאת בלי חפוש הרבה בספרים. וצוי"ם וימ"ן. החותם פה סאלי סיון התרס"ה לפ"ג:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן סח

שאלה מעיר דאר לבידא יע"ה להיות שאשה אחד יש לה שט"ח על ראובן והן היום באה לטרוף משמעון קרקע שקנה מראובן יורינו מו"ץ במה תהיה שבועתה. נוסף על זה העידו שלשה או יותר מיחידי הקהל שמעולם לא ראו שום אשה נשבעה בס"ת להתובע שכנגדה על כן יורינו מורינו מה יעשה ישראל ושכמ"ה אלה היו דברי השואל. תשובה הנה בעקר הדין באיזה חפץ תשבע האשה פשוט הוא דבס"ת משביעין לה. דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה וכן נראה לדקדק מדברי מר"ן דס' ס"א ס"ג שכתב אשה שנתחייבה שבועה והיא מסרבית מנדין אותה עד דצייתה כמו שעושין לאיש דאשה הושואה לכל עונשין שבתורה וא"ך הואל ושוים הם ודאי דגם לענין חפץ שנשבעת בו שוים הם וכן נראה מדברי הטו"ז סו"ס צ"ו שכתב דהערוך ערך ס"ת כתב דאשה שנשבעה בשביל מעות משביעין אותה לפי כבודה ולא דמי לסוטה ע"ך ונראה דלא נתכוון אלא שלא לבזותה כסוטה אבל מכל מקום לא נגרע דינה מאיש דהא איתא בפרק הכותב האי איתתא דאתחייבת בבי דינא דרבא ואמר בע"ד תיתי ותשבע כי הכי דתכסיף עכ"ל מכאן משמע דשוה היא לאיש גם לס"ת ולאנקוטי חפצא:
ועיין להרב מש"ה מערכת אלפ"י ס' צ"ב שכתב דלעקר הדין דהאשה נשבעת בס"ת ואין חלוק בין נשים יקרות לשאר נשים דעלמא אלא להזמנה לדין דוקא וכו' יעו"ש ועיין בספר הישר ספר התקנות סרכ"ה שכתב הרב יעבי"ץ זלה"ה דדוקא בשבועת אלמנה כשנשבעת ליורשים נשבעת בתפילין דשבועת אלמנה הקילו בה וכו' אבל בשאר תביעות מי שנהג להשביעה בתפלין טעות היא בידם והביא ראיה מס' ס"א ס"ג ומס' צ"ו ס"ו וכמ"ש אני עני יעו"ש והוסיף עוד הרה"ג הנז' וכתב ז"ל ואי איישר חילי אבטליניה

למה שנהגו להשביע את האלמנה בתפלין יעו"ש מכל זה ראה תראה לענין נדו"ד שבאה האשה לטרוף קרקע צריכה היא לישבע בנקיטת ס"ת כדין איש הטורף ופשוט:
ועל מה שנסתפק כת"ר במה שהעידו יחידי הקהל שמעולם לא השביעו לאשה כי אם בתפלין או במזוזה באמת דיני המנהג והתקנות הם מקצוע גדול ואם באנו לכתוב מענין זה תקצר היריעה מהכיל אך הנה אנכי בא בריש אמיר: תחלה וראש רואה אנכי דעדים אלו לא באו להעיד בברור שיש מנהג קבוע שלא תשבע האשה בס"ת אלא לא ראו אשה שנשבעה בס"ת ובאמת אין זו עדות על המנהג כדקי"ל כל עדות לא ראינו אינה ראיה וגם כאן מה שלא ראו הנשים נשבעו בס"ת הוא משום דהני נשים דידן מעולם אינם נזקקים לשום שבועה כי אם לשבועת אלמנה דהקילו הראשונים ולא בשאר תביעות והיכן אלו העדים ראו אשה מתעסקת ובעלת דו"ד שהיה לה עסק שבועה ואין חכמה ועסק לאשה כי אם בפלך ודין גרמה שלא ראו אשה נשבעת בס"ת ואפילו את"ל איזה פעם המה ראו איזו אשה הוצרכה לישבע על איזה עסק ונשבעה במזוזה או בתפלין אפשר כך אתרמי שנתרצו ביניהם אבל לא מצד הדין והיו צריכים עדים אלו שיעידו שיש מנהג ידוע וקבוע כשהאשה נזקקת לשבועה על איזה עסק אין כח ביד בעל דינה להזקיקה לישבע בס"ת אלו היתה עדותם באופן זה היתה נחשבת עדות אלו העדים מעידין על מנהג ברור אבל מה שמעידין שמעולם לא ראו ולא שמעו הרי קי"ל עדות לא ראינו אינה ראיה: והגם דבדבר של מנהג מצינו למור"ם בחומ"ש סל"ו סכ"ה כתב דבעדות המנהג לא אמרינן ביה עדות לא ראינו לא הוי ראיה אלא הוי ראיה יעו"ש הרי נגד זה ראינו להרב"י ביור"ד ס"א שכתב משם האגו"ר שכתב ז"ל אפע"ג שדעת הפוסקים הכל שוחטין אפילו נשים המנהג בכל גלילות ישראל שלא ישחטו ומעולם לא ראיתי נהוג לשחוט לכן אין להניחם לשחוט כי מנהג מבטל הלכה ע"כ ועל זה סיים הרב"י וכתב ז"ל ואני אומר שאם היה אומר שהיו רוצות לשחוט ולא הניחום היה אפשר לומר שהיה ראיה אך ראית לא ראינו אינה ראיה עכ"ל ועל זה סמך ופסק שם בש"ע יור"ד ס"א הכל שוחטין לכתחילה אפילו נשים עכ"ל הרי לך אפילו במקום שכתב האגו"ר שמעולם לא נהגו הנשים לשחוט חשיב לה הרב עדות לא ראינו מכ"ש בנדו"ד שדבריהם הם שלא ראו נשבעה בס"ת ודאי הוי עדות לא ראינו בודאי וכל מי שיש מוח בקדקדו לא יחוש לדבריהם אלו כלל דודאי מה שלא ראו ולא שמעו הוא כדאמרן שמעולם האשה אינה בת עסק שבועה זולת האלמנה ואת"ל אתרמי וראו בברור שהבעל דין תבעה והיא עכבה על ידו לומר לא אשבע כי אם במזוזה או בתפלין ונענו כך מה"ד היה מקום לומר קצת דילמא מנהג ברור אבל הואל

ואינם מעידין כך אפשר אתרמי ונתרצו לישבע במזוזה או בתפלין ולא עמדו על הדין על כן אין בעדות זו ממש לקובעה למנהג:

ומה גם אפילו אי הוו מעידים שהמה ראו הנשים נתחייבו שבועה. על עסקי ממון ופסק להם הדיין לישבע במזוזה או בתפלין דוקא עכ"ז עדות זו לא חשבינן לומר דזה מנהג קבוע. והילך מ"ש מהריט"ץ בס' ק"ט והובאו דבריו בס' התקנות סר"י ז"ל כתב מהריט"ץ תקנה שתיקנו גדולי הדור אין לדון עליה אפע"פ שהיו דנים עליה אלא א"כ היו מתקבצים כל חכמי העיר ומתקני תקנה וכותבים אותה בס' התקנות למען תעמוד ימים רבים אבל משום מנהג שנהגו כן אפע"פ ששמעו שהיו דנים עליו אינו אלא הוראת שעה ולא התקינו לדורות אלא אם תכתב בספר ומי שאינו דן כן לא הגיע אפילו לחצי הוראה עכל"ה:

גם עיין להגאון מוה"ר יעבי"ץ בספרו מוצ"ב ס' ש"ב שנשאל בקומיסריוס שטענו שהמנהג ידוע בתיטוואן שאין הקומסאריו נשבע אלא הוא נאמן. על זה דחה דברי הטוען כך וכתב דאין זה מנהג דלאו רב טביומי חתים עלה ע"ש עיין עוד בס' הנד"מ ליצח"ק רי"ח מי"ם ס"ה שכתב ז"ל אין כח במנהג לכוף את היחיד ולהוציא ממנו ממון כי אם במנהג פשוט וברור דאו לאו מכח המנהג בא לו החיוב כי אם משום דאנן סהדי דאדעתא דמנהג עשו מה שעשו והו"ל כאלו התנו בפירוש אבל אי לא הוה מנהג ברור ופשוט לכל בני מתא אמרינן דילמא מעיקרא לא שמיע ליה ההוא מנהג וכו' וז"ל הרא"ש שכתב בפירוש דאפילו היה באותו הדור דיין שדן לקיים הדבר ועל זה פשוט זה המנהג וגם דיין אחר דן כפי המנהג שפסק אותו הדיין הראשון אין זה מנהג שראוי לסמוך עליו ולהוציא ממון מידו הילכך אפילו נהגו בדור אחר דור י"ל שע"פ הראשונים פשוט טעות המנהג בזה וסיים וכתב דאפילו בדבר הרשות שאין בו סתירת דין תורה כנ"ד בענין המתנות צריך מנהג פשוט וברור לכל בני מתא שע"א ח"א י"ד משם הרא"ם עכ"ל הרי לך מדברי רבנן קמאי ובתראי סבוראי כולם ס"ל שכל שאין מעידין על המנהג פשוט וברור וקבוע ונוסף על זה כשהיה כתוב בספר הלאו הכי לא הוי מנהג כלל והרבה פוסקים דברו מזה ולא עת יען כי הדבר בא בעטיו של נח"ץ וא"כ מבורר לכו"ע שאין להחזיק שום מנהג ע"פ מדות אלו האנשים ומה גם אפילו אלו הוה מצינו איזה פוסקים שיסברו חלילה דבעדות הני אנשי חשוב מנהג קבוע עכ"ז אין לילך אחריהם וכמו שמצינו להרב כנה"ג בס' ר"א בהגב"י אחר שאסף איש טהור מערכה לקראת מערכה הרבה כתב הסוברים ס"ל דכל מנהג שאינו מיוסד ע"פ התורה לא הוי מנהג וכנגדם כת הסוברים דהוי מנהג גם נחלקו הרב ס"ל דבעי מנהג שיהיה מנהג ותקון ויש כת נגד זה נמי. אחר שאסף כל הדעות

מסקנתו שם בס"ה ז"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי בעי מנהג ותיקון או לא בממונא מידי ספיקא לא נפקא והולכין אחר המוחזק ובפרט כשבאין להוציא מן היתומים או מן הלוקוחות הרא"ם עכ"ל וא"כ גם כאן הואל ומצאנו רבנן קשישי ס"ל כל תקנה שלא נתבררה ולא נכתבה לא הויא תקנה כוותיהו נקטינן ואין אשה זו יכולה לטרוף כי אם בשבועה שחייבת מן הדין. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן החותם בניסן התרס"ה לפ"ג: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן סט

אל עיר דאר לבידה יע"ה על אודות איש אחד מעיר דאר לבידה שמו מסעוד אזעו"ק שהיה נשוי עם אשתו הראשונה ואח"ך הלך ונשא אשה אחרת והן היום מת מסעוד הנז' ובאה האשה הראשונה לקחת חלקה המגיע לה בבעלה ויורשי מסעוד הנז' הוציאו קב"ע כתו"ח בשע"ך שהן בעודנו חי מסעוד הנז' שמעו יום אחד היו לפני מסעוד הנז' ובאתה אשתו הראשונה הנז' והיתה צועקת ואומרת לו שאינו זנה ומפרנסה (וקאלתלו עטינ"י סך תלאתין רייאל נסמחלך פלכתוב"ה דייאלי קאלהא נעטיך עסריין. וקבלת ועטאהא עסרין וקאלתלו קדאם לעדים סמחתלך פלכתובה דייאלי ומא בקא ביני ובינך לא טאלעא ולא האבטא ומסאת פחאלהא) עד כאן העדות שהוציאו היורשים וכנגד זה הלכה האשה הראשונה וכתבה שני עדים שהיו שומעים אותה צועקת בפני בעלה ואומרת לו כסיני אווכלני ומה כאנת תציב מעאה חק ע"ך ועל זה באה לטעון כי אנוסה היתה במחילתה והחכם חעי"ץ של דאר לבידה נטתה דעתו לדון דאנוסה היא במחילה זו ורצה לגרוע מחילה זו מטעם אחר ועל זה נשאלתי לחוות דעתי הקלה וצוי"ם:

תשובה לזה הוא ראיתי מ"ש הרב הפוסק נר"ו לגרוע כח המחילה שמחלה האשה הנז' ותחלות דברות קודשו כתב ז"ל וקודם כל דבר חל חובת הביאור החלוק שבין מכר למתנה ומחילה כדי לבטל המעשה ה' וקא חשיב הרב הפוסק נר"ו לנדו"ד דהוי מחילה באונס ובטילה. באמת לא ידענו מה אונס נכר כאן במעשה זה דהגם שהעדים העידו שהיתה אומרת בסחאל מן נובא כללסני פכתבתי אוו אוכלני וכסיני ומא כאנת תציב מעאה חק לא ידענו היכן נכר אונס בדברים אלו אפשר היה לו לבעל מה לטעון נגד דבריה כגון לברר שהיה מאכילה ומפרנסה כמו שעינינו רואות שכך דרך הנשים שיש להם צרותיהם לעולם אין הבעל מוצא קורת רוח מהם ולעולם הם צועקות חמס וריב בעיר על חנם וא"ך לא מפיה אנו חיים אלא צריך העדים יעידו על האונס כמו דקי"ל הלכתה שצריך העדים להכיר באונס עיין סר"ה ס"ו דמשם באירה דלא מקרי אונס אלא

אונס שאפשר לעשות הזק הגוף או ממון ויהיה ידוע אבל אשה זו מה אונם מטי לה מזה למקרייה אנוסה:

ואם הרב הפוסק נר"ו סמך על דברי העדים שאמרו שבכל עת היתה צועקת ומה כאנת תציב מעאה חק גם מדבריהם אלו אין נכר מהם שום אונס כמו שאמרנו דלא מפיהם אנו חיים שאפשר היה בפיו מענה להכחיש טענותיה ומה גם הרי רבנן יתבי על מדין ואם באמת איתא היה לה להביאו לב"ד לעשות לו משפט כתוב לפרנסה ולכלכלה ואם יתעקש מלקבל הדין הרי הערכאו"ת עומדים להעמיד משפטי הדת ומה גם בכל משפטי אומייה ועממייא אין לך דין שעומדים עליו בכל עוז ותעצומות מעלבון האשה וא"ך היה לה להביאו לדין ואזי אם לא יקבל הדין תקרא אנוסה אבל כל זמן שלא הביאתו לדין אין כאן ריח אונס והואל ואין כאן עדי אונס על מחילה זו כי אם מפיה אנו חיין על כן אין כאן מקום להאריך להביא פסק הש"ע אהע"ה סקי"ח סי"ז ופסק מור"ם שם סק"ה ס"ה ג"ך ומה שיש לחלק בין הכא להתם הואל ומעקרא אין כאן עדי אונס דכל זמן שלא הביאתו לדין ולא רצה לקבל לא מקרייה אנוסה וכמו שבא הדבר מפורש בס' ער"ך השולח"ן משם הרדב"ז יעו"ש שכתב על דברי מור"ם שכתב באהע"ז סק"ה אנסה למחול מחילה בטילה וכו' כתב הרדב"ז בתשובה ח"ג סתר"ל על אשה שהלך בעלה למדינת הים וכתב לה משם שאם לאת פחות לו כו"ך מסך כתובתה או תפטור אותו מתנאי פלוני שכתוב עליו בכתובתה לא ישוב לביתו וכו' ומסרה מודעה וכתבה לו מה שרצה בפני עדים וכו' מסתברא דאונס גמור הוא כיון שזה מפחידה שלא ישוב ונמצאת מפסדת מזונותיה וכתובתה וכסותה וכ"ש צערא דגופה דעונתה אין לך אונם גדול מזה ואם תאמר תלך היא אחריו או תמנה שליח לשם ויכופו אותו בדין י"ל דבשלמא כשהוא עמה בעיר אם לא תלך לב"ד אין זה אונס אבל ללכת לעיר אחרת או למנות שליח אין לך אונס גדול מזה עכל"ה הרי לך יהיה במונח שהבעל היה כופה אותה למחול לו כתובתה אפילו אלו היה הדבר ידוע בעדים היתה צריכה להביאו לדין הלאו הכי לא מקרי אונס מכ"ש נדו"ד שאפילו עדים שיעידו שהיה מתקוטט עמה אין כאן כי אם מה שהיתה צועקת אוכלני וסררבני וכו' וכבר מלתינו אמורה דאפשר דאין האמת אתה ואפילו את"ל היה האמת עמה היה לה להביאו לב"ד כמו שפסק הרדב"ז וא"ך אדרבא מזה מוכח דלא דברה נכונה אלא סרכי נשים נקטא ואזלא אשר זה דרכם על הרוב שרובן צועקות חמס כדרך אשה שמתקנאת מירך חבירתה. וא"ך מעקרא נראה דלא נכנס זה בסוג מחלה מחמת אונס:

ומה גם לפי מה שפסק הש"ע בס' ר"ה סי"ב אם לא אנסוהו למכור אלא ליתן מעות ומחמת שלא היו לו מעות הוצרך למכור לא הוי אונסה וזביניה זביני ע"ך א"ך גם כאן

אפילו נניח שהיתה אנוסה הרי האונס שהיה לה הוא שלא היה מאכילה ומשקה ולא שתמחול לו הכתובה וא"ך הוי האונס על המזונות ולא על המחילה הדר דינה כדין היה לו אונס על המעות ועמד ומכר דפסק כאן הש"ע לא הוי אונס והגם דדין זה פסקו הש"ע בדין מוכר מחמת אונס שהוא חמור דצריך מודעה בהכרת אונס אבל במחילה דבחד מנייהו סגי נימא דגם לענין זה דאם נאנס למעות ועמד ומחל בקרקע או נתן יקרא אונס וא"ך נדו"ד דחשיב ליה הרב הפוסק מחילה מחמת אונס לא הוי מחילה כבר הורה זקן הרה"ג בעל ער"ך השולח"ן דדין זה שויה בו מתנה ומחילה למכר עיין עליו סר"ה סי"ס יעו"ש:

והגם דמצינו להרב הש"ך שם בס' ר"ה סקי"א שכתב ז"ל עיין בספרי שכתבתי דנ"ל דוקא כשמכרו לאחרים אבל כשמכרו לגזלן עצמו לא מהני כשמסר מודעה ע"ך וא"ך גם כאן הגם שהאונס היה לה שלא היה מפרנסה ועמדה היא ומחלה לו הואל ואונס הפרנסה אתי לה מן הבעל עצמו יהנה לה האונס שלא היה מפרנסה זה אינו דהא הש"ך לא כתב דין חלוק זה בתורת החלט אלא כתב בספרי כתבתי נ"ל וכו' דלשון זה מורה דלאו מילתא פסיקתא אמר אלא בתורת נ"ל ונגד זה הרי מצינו להרב כנה"ג סר"ה הגה"ט אות מ"ד משם רבינו בצלאל זלה"ה דאפשר דדין זה הוא אפילו מכר לגזלן עצמו יעו"ש וא"ך מכח ספיקו של הרש"ך אין להוציא מן היתומים:

עוד דעדיפא מכולהו מצאנו ראינו בלקוטי ספר ליצח"ק רי"ח מערכת מי"ם שכתב ז"ל טענת אונס אם לא ערער זמן רב בטלה טענת אונס כך פסק הרב מערכ"י ל"ב ח"א והרב אור"ח משפ"ט סר"ה הגה"ט ע"ך וא"ך אפילו נניח כדעת הרב הפוסק דחשיב כאן אונס מהטעמים הנז' לא מקרי אונס הן מצד האונס במזונות והמחילה בכתובה הן מצד שמעולם לא ערערה לומר אנוסה הייתי עד מות בעלה ומה גם דאין כאן שום אונס כלל כשמ"ל:

ומה שרצה הרב הפוסק נר"ו לגרוע מחילה זו כי מתוך כעס מחלה ואייתי לן סמך וסעיד מדברי הרב ד"ן ס"ג:

הגם שהיה כאן מקום להאריך קצת להביא סברת הפוסקים בענין זה יען כי דינא דהרב ד"ן רבו בו הדעות הלא המה בספרתם עיין במהריט"ץ ובס' מש"ה ועיין להרב הגוא"ל ובס' בנ"י חי"י יעו"ש דהדבר במחלוקת שנוי אך לא רצינו להאריך הואל ולפי האמת מצאנו למור"ם דקי"ל הלכתה כוותיה הכי פסיקא ליה דמחילה מתוך כעם לא הויא מחילה יעו"ש בחומ"ש סו"ס של"ג דפסק כן יעו"ש:

אך דע נא וראה דעקר מילתיה דהרב ד"ן דפסק מחילה מתוך כעס לא הויא מחילה יסודה בנוי על המשכיר לחבירו קרקע לזמן ובתוך הזמן אמר המשכיר לשוכר מתוך כעס אם תרצה תריק לי הבית הרשות בידו דהוי מחילה מתוך כעס לא הויא מחילה יעו"ש. ומצאנו להרב המשביר זלה"ה שכתב ז"ל ונ"ל דאם הלך השוכר ע"פ דבור המשכיר והשכיר בית אחר דהויא מחילה הואל והלך ועשה מעשה ע"פ מאמרו עכל"ה וכן ראיתי בס' צרו"ר החיי"ם בלקוטיו שכתב כן משם הראשונים זלה"ה וא"ך משם נבוא לנדו"ד בקו"ח דהואל ומחלה לו ועמד איהו ועשה מעשה שנתן המעות והיא הסכימה דעתה ולקחה המעות וחזרה ואמרה לו מחול לך מא בקאת ביני ובינך לא טאלעא ולא האבטא אפילו נניח שמעקרא בכעס אמרה לו הואל ולבסוף עשתה מעשה ודאי בטילה הכעס ומתוך רצוי ונחת רוח עשתה מה שעשתה:

גם לענין זה דעדיפא מצינו בלקוטי ספר ליצחק ריח במערכת מ"ם אשר שם הביא סברת הרב מהר"י ן' מיגאס זלה"ה דסבר מחילה מתוך כעס הוי מחילה ובסוף דבריו כתב מה שפסק איש ירושלים הגאון חק"ל תפוחין דפסק וכתב דאפילו לדעת החולקים דסברי מחילה מתוך כעס לא הוי מחילה לא אמרו אלא היכא דמחל פ"א דרך כעס ותו לא מדי אך אם גמר במחילתו חודש ימים ושתק ודאי דגמר ומחל יעו"ש וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד אפילו נניח כדעת הרב הפוסק נר"ו דדין זה למחילה יחשב הואל ושתקה זמן גדול הגם שהיתה המחילה מתוך כעס הויא מחילה:

גם מה שראינו להרב הפוסק דאייתי לן דברי הרב בנ"י חי"י שהביא הרב משפט"י שמוא"ל דכתב דמחילה בלא קנין היינו באומר לו מחול לך או לשון המועיל אבל מה שאומר אם תתן לי זה אמחול לך הוי כתנאי ויכול לחזור ומשם יצא לדון לנדו"ד שאמרה לו (תעטיני תלאתין רייאל ונסמחלך) הוי תנאי והיתה צריכה קנין אלה היו דברות קודשו: מה שיש להשיב על זה הוא הגם שגם כאן היה מקום להאריך על דינא דהרב משפט"י שמוא"ל כי צריך להתיישב בו לפי מה שכתב הרב רע"ם והתוי"ט על משנת סנהדרין פרק שלישי מ"ב יעו"ש דמשם נראה דלא ס"ל הכי וכתב הרב תוי"ט דכך הסכימו רז"ל האחרונים יעו"ש ומה גם שצריך להתיישב בדינא דמר שמוא"ל עם פסק הש"ע דפסק מחילה באסמכתא קנייה כמ"ש הש"ע בס' ר"ז סכ"א יעו"ש ובס' וי"ץ סקכ"ט יעו"ש:

אך אין אנו צריכים להאריך ללא צורך יען כי האמת אתמיהא על הרב הפוסק שרצה להכניס דין זה בדינא דמר שמוא"ל ולהגריע המחילה הואל ובתנאי היתה הרי טעמו של הרב משפטי שמוא"ל הוא הואל והטיל תנאי במחילה הוי אסמכתא ואסמכתא לא קנייה כי לא סמכא דעתיה אולי לא יקיים תנאו וא"ך מה דמות תערכו להאי נדו"ד שבאמת

מעקרא אין כאן ריח תנאי וכך הוא דרכם של כל אדם לומר אם תתן לי כך השאר מחול לך ואין כאן שום הטלת תנאי ועוד אפילו נימא דדברים אלו לתנאי יחשבו א"ך אח"ך כשנותן לה המעות ולקחה אותם בר"ן ובהש"ד הרי נתרצית למחילה ומחלה והלכה ואין זו צריכה לפנים:

ועיין להרב מוהריב"ו שנשאל במלוה שכתב בכתב ידי ונתן ביד הלוה וזהו מה שכתב שאם ימסור החוב הנז' לשאב"ב שיאבד חובו אם מהנייא מחילה זו יעו"ש שאחר שהאריך למעניתו לקיים המחילה ואחר סיום דבריו הוסיף וכתב ז"ל ובר מן דין הכא בנדו"ד אין כאן אסמכתא כלל ע"פ מה שכתב מר"ן בב"י סר"ז דלא הויא אסמכתא אלא בביטול המעשה אבל בקיום המעשה לאו אסמכתא היא כלל וכן פסק הרב מוהר"ר יהודא הלוי ז"ל אסמכתא לא הויא אלא בביטול המעשה כגון המשליש שטרו וכיוצא שאם לא יפרע לו יתן השטר והשאר מחול אבל בקיום המעשה שאם אעשה דבר זה אתן לך שדה זו לא הוי אסמכתא שהרי הוא בידו לימנע וכשלא מנע גמר ומקנה עכ"ל הרי לך מבואר דבקיום מעשה אף בלשון אתן לא הוי אסמכתא וקנה כיון שהיה בידו למנוע ולא מנע עכ"ל הרב הנז' אשר ממנו נלמד ג"ך בקו"ח לנדו"ד שאמרה לו אם תתן לי כו"ך והשאר מחול לך ועמד זה ונתן בידה והוא עצמה קבלה ונתרצית אין לך מחילה גדולה מזו. קנצי למלין דחפשנו בכל הצדדין ולא מצאנו ביטול למחילה זו לא משום אונס יען כי אין כאן שום אונס נכר בעדים כלל ומה גם ששתקה אחר המחילה זמן רב גם אין כאן בטול לא משום כעס ולא משום תנאי וכמו שכתבנו דבענין זה מצד כל הנהו טעמי אין למחילה זו שום בטול:

אך מצד הטעם האחרון שכתב הרב הפוסק נר"ו דיש לבטל מחילה זו הואל ולא נעשית ע"פ חעי"ץ כמו שתקנו רבותינו בעלי התקנות זיע"א. מצד זה צריכה רבה דמטעם זה נראה דיש לבטל מחילה זו:

אלא דמה שעומד לנגדי הוא לפי קוצ"ד נראה דבנדו"ד לא נכנס בסוג מחילה אלא בסוג מכר דהיינו שהאשה הזאת מכרה לבעלה כתובתה בעד מה שנטלה ממנו וטעמא דידי הוא לפי מאי דאית לן הלכה רווחת בישראל דכתובה אינה נגבית מחיים וא"ך מה טיבו של ממון זה שנטלה אשה זו מבעלה בעד כתובתה אם מצד מזונות שעברו הרי לא היה שום חיוב ברור כמו שאמרנו שאפשר היה זן ומפרנס אותה או אפשר מעשה ידיה הוה מספיק לה ואם מצד מזונות העתיד הרי אינו מחוייב לשלם במוקדם ואין עליו חיוב כי אם לאט לאט מדי יום יום ואם מצד עקר חיוב הכתובה הרי אינה נגבית מחיים וא"ך מי חייבו בממון זה שנתן בידה אין זה כי אם דין מכר שגמרה למכור לו כתובתה:

והגם דדין קניית השטרות דינייהו בכתיבה ומסירה ובכאן לא כתבה לו זה אינו דלא הוצרכנו כתו"ם אלא בבאה למכור לאיש זר כדי שיהיה שעבוד הכתובה קנוי לו ויהיה לו כח לגבות אבל במוכרת לבעלה הרי כוונת קנייה זו לבעל היא כדי שיהיה מחולה לו הכתובה וא"ך למאי צריך כתיבה ומסירה בנדו"ד ולא מקרייא מחילה זו אלא קנייה:

וא"ך הואל ולדין מכר יחשב אופן זה לא מלבד דכבר בררנו דנדו"ד לא נכר בו ריח אונם אלא אפילו ננים כדעת הרב הפוסק דאשה זו אנוסה היא הרי היתה צריכה מסירת מודעה עם האונס כדקי"ל דבמכר צריך מודעה והכרת אונס:

וע"פ דרכנו זה דמחילה זו דין מכר יש לה א"ך לא נכנס דבר זה בדין התקנה דהוצרכו רבותינו שכל מחילה שתודה האשה לבעלה צריכה להיות ע"פ חעי"ץ דלא היתה תקנתם אלא בבאה למחול לבעלה באופן המגרע כח יורשיה אבל בכגון נדו"ד דלא באה למחול אלא כוונתה לקחת ממון מבעלה מה שלא היה מחויב לתת לה לעת עתה מה הוכחת חכם שייכא כאן ומעשים בכל יום כל אשה קשת רוח מבעלה מהפשרת עמו בכתובה והולכת לה וגם אשה זו לעת עתה נתפשרה עם בעלה בכתובה ובודאי סמכא דעתיה שבאיזה זמן שתרצה לקחת גטה מידו תכפהו לגרש ומה לי קבלה עתה גטה או עדיין לא קבלה גטה לעת עתה העקר הוא חיוב הכתובה שהי' עליו הרי מחלה לו והרי היא בטלה ומבוטלת ותו לא מדי:

ותמיהא על הרב הפוסק אשר עיניו שלטו בספר מוצ"ב ס' קי"ד אשר שם כתוב העתקה משטר שעשתה אשה אחת לבעלה שנתפשר עמה בכתוב' ומחלה לו בכתובה ולא נשאר לה עליו כלום ומחמת שלא היה כבודה לקבל גט נשארה אגידא ביה אך נתנה לו רשות לקחת לו אשה וכו' ועל זה כתב הרה"ג מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה ז"ל בנות האשה אין להם חלק ונחלה לא באביהם ולא באמם שהרי כתובת אמם שמכחה הם זוכות לירש כזכר כבר נקרעה ע"ך והרואה יראה שאותה מחילה שעשתה האשה הנז' לא נזכר ולא נפקד שהיה שום הוכחת חכם כלל ועכ"ז קיים הרב מחילת האשה הגם שלא קבלה גטה:

ואל תשיבני לומר דהתם הגם שלא קבלה גטה עכ"פ נקרעה הכתובה וכמו שהזכיר הרב בדבריו שכתב ז"ל כבר נקרעה. זה אינו דהרב לא נקט כך אלא משום שהיה המעשה שכבר נקרעה אבל באמת מצד הדין הואל ונמחלה אפילו לא נקרעה כנקרעה דמייא כדקי"ל שטר שנמחל שעבודו אין יכול לחזור בו ללות בו אפילו בו ביום כמ"ש הש"ע בס' מ"ח ובאהע"ז סק"ה בדין המוחלת או מוכרת כתובתה אסור לישב עמה שעה אחת עד שיחדש לה כתובה אחרת אפילו תהיה הראשונה עדיין מונחת תחת ידה הואל ונמחל שעבודה מגן שויא וא"ך לאו בקריעה תליא מילתא וכמו שאביא ג"ך לקמן בס"ד מדברי

הרב מוהריב"ו זלה"ה דלאו בקריעת הכתובה תליא מילתא. גם מה שטרח הרב הפוסק להעתיק נוסח השטר שכתבה האשה לבעלה אשר דן עליו הרה"ג מוצ"ב זלה"ה דאין לבת בירושה כלל וממנו יצא ללמוד לנדו"ד שלא כתבה כך מגרע גרע מחילה זו לא ידעתי מה ראיה מביא מכאן וכי הואל ומצא שטר כתוב שעשו האיש והאשה כתוב באורך באר הטב דרך שופרי דשטרי האם נאמר דאם נגרע מאותו לשון לא הוי מחילה אתמיהא ואדרבא היה לו להרב הפוסק נר"ו לדקדק מדברי הרב שכתב בקיצור ז"ל שאין לבת בירושת אמה שום זכות שהרי הכתובה שמכחה הבנות זוכות כבר נקרעה ע"ך הרי לא תלה משום שהיה שטר מחילה באורך באר הטב ולא בשביל שעמדו לגרש אלא תלה הדבר הואל ולא נשאר כח בשטר הכתובה נפל הכל ובנדו"ד נמי הרי הוכחנו דבמחילתה הוגרע כח הכתובה ואפילו עדיין לא נקרעה כקרועה דמי:

ועיין להרב מוהריב"ו זלה"ה שגם הוא נשאל באיש ואשה שנתקוטטו ונתפשרו בכתובה ומחלה לו בשאר ועמדה על פרק המגרש ועד שלא הספיק לגרש מתה האשה וכתב עליו ז"ל מה שנראה בזה הוא דכיון שהאשה מחלה לבעלה בכל סכי הכתובה ונתחייב לתת לה גטה א"ך הרי נפרדה חבילתה שהרי אם נשארה האשה בחיים והיו עושים שלום ביניהם היה צריך לחדש לה כתובה אחרת אחר שכבר נתבטלה כתובה הראשונה וכיון שנתבטלה הכתובה ומתה אח"ך הבן יורש הכל דעד כאן לא תקינו רבנן שיחלוקו בנכסים אלא דוקא בעוד הכתובה קיימת שכ"כ בשטר הכתובה והכל כפי המנהג והתקנה אבל בנדו"ד שמחלה לו הכתובה נתבטלה היא ותנאיה והיו עומדים על פרק המגרש אף שלא הספיק לתת לה גט עד שמתה עכ"ז כיון שהכתובה ותנאיה בטלו והבעל והאשה לא נשאר ביניהם אגד בכתובה אין לזה על זה כלום עכ"ל עיניך הרואות דכל כחו הוא דתלי טעמא מראש וע"ס בביטול הכתובה ואפילו עדיין לא נקרעה והגם שבתוך דבריו ג"ך מזכיר בזה"ל שעמדו על פרק המגרש לא נקט כן אלא לרווחא דסו"ס הרי לא נתגרשה ולא בטל הדבר וסמך פסקו אלא הואל ונתבטלה הכתובה ואם היו באים לעשות שלים היו צריכים לעשות כתובה חדשה ובשביל זה חשיב ליהו כמופרדין כמ"ש הרב בדבריו וא"ך גם אנן בדידן הואל ומחלה לו ואלו בא לעשות שלום היה צריך לחדש לה כתובה אחרת וכפסק הש"ע באהע"ז סק"ה שרמזנו לעיל א"כ פשוט דכמופרדין דמו ואין לאשה זו חלק ונחלה בנכסי בעלה:

וכן יש להביא ראיה לדברינו מדין שבועת אלמנה שנהגו להשביעה אפילו לפי כתובת התקנה וסמכו על פסק הש"ע אהע"ז סקי"ח ס"ו יעו"ש: והנה ידוע נוסח שבועת אלמנה הוא שלא התפיסה צררי ושלא תפסה ושלא מחלה ולא מכרה לו כתובתה וכמ"ש כל זה

באהע"ז סצ"ו יעו"ש. מזה מוכח דאם מחלה או מכרה לו אין לה עוד בנכסי בעלה חלק ונחלה דאם אמור נאמר דאפילו במחלה לו דוקא אם קרעה הכתובה הויא מחילה אבל כל היכא דלא נקרעה חשיבא עדיין אשתו הואל ולא גרשה א"כ מאי אהני לו טענת דלמא מכרה ומחלה הרי הואל והכתובה קיימת ולא גרשה עדיין היא אשתו ותרשנו. אלא ודאי פשוט הוא דלצד שיתברר שמכרה או מחלה לו הגם שלא גרשה ועדיין הכתובה קיימת אין לה על היורשים כלום. זהו מה שעמד לנגדי לומר דהואל ואשה זו לקחה ממון שלא היה חייב לה הבעל ובשביל זה מחלה דין זה לדין מכר יחשב ולא נכנס בסוג התקנה ואפילו היתה עשייתה שעשתה שלא ע"פ חעי"ץ מעשיה קימים:

אך הואל וסברא זו צריכה צרוף חברים על כן כל מה שכתבתי הוא להלכה דוקא. ולמעשה עד שיסכימו עמי רבנן שמורי"ם הם לבית ישראל דמחילה זו דין מכר יש לה אזי על משמרתי אעמודה:

ואם נראה לב"ד של עירם לפשר בין האלמנה והיורשים גם אנכי ברגלם אעבורה. זהו מה שנלע"ד טו"ב לאב הנחמות כאן שנה לא תסו"ר מכל הדברים וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ע

לדאר לבידא יע"ה ראובן היה באחת מערי בראג'יל מסתחרר שם אח"כ נתן בדעתו לשוב לעירו והוצרך ללקוט חובותיו ולמכור סחורותיו אך סמוך לנסיעתו נשארה לו איזה סחורה שלא מצא לה קונים בעת ובעונה הזאת והוצרך למוכרה בהקפה לשמעון לזמן ולכלות הזמן ישלח לו דמיה לכאן לערי המערב ונתעכב זמן גדול ולא גדל פרע שעל ראשו והן היום גם שמעון בא לכאן לעירו ואזי הלך ראובן ותבע חובו ענה שמעון ואמר אמת שאתה נושה בי כו"ך אך דע וראה שזה זמן הפסדתי בעסקא סך מה והוצרכתי לבוא לבית השברי'ם ועשיתי משפט העיר כידוע בערכאותיהם ויצא דיני לבוא בפושרי'ן לשלם עשרה למאה ומכללם הזכרתיך שם שאתה נושה בי והופרש לך חלקך לערך עשרה למאה והרי הוא בכי יותן בבית הערכאות עד דורשך אותם. ועל זה נתפלא אותו ראובן הלוה ואמר מה לי ולך בדין הערכאות ומי יביאני עד הלום ליקר פליליהם ולהניח דתינו הקדושה אין לנו כי אם דת משה וישראל יומ"ץ:

הנה דין זה שורשו פתוח עלי מים במחלוקת גדולי עולם הראשון אדם הנה מצינו להריב"ש ז"ל שנשאל בשטר צוואה שנעשה בעיר מיורקא שצוה אדם אחד שממונו תטלנו בתו ואחריה אשתו ועל זה נשאל אי אמרינן הואל ושטר צוואה זו נעשה במיורקא

שכך נהגו מעולם לדון בדיני עכו"ם על צוואה זו אי אמרינן הואל ובד"ת ירושה אין לה הפסק הצוואה בטילה ועל זה השיב הריב"ש ז"ל הואל והיה להם לדון בדיני כותים כי כן נהגו קהל מיורקא א"כ איך ילך ויסע ממקומו אחד משתי, הכתות וילך לארץ מרחקים שידונו לו בדיני ישראל אלא במיורקא ידונו לפני הדיין שלהם ומי שיזכה ויחזיקהו הנז' בנכסי המוריש הוא היורש זהו מה שפסק הריב"ש ז"ל: והצד שכנגדו הוא הרשב"ץ זלה"ה שדחה לדברי הריב"ש זלה"ה מן הסברא ומן הגמרא וכתב ז"ל ומ"ש כי כן נהגו מעולם קהל מיורקא גם אם יהיה הדבר כן אין מביאין ראיה מן המנהג של איסור ועוד שאין ספק שלדון בדיני עכו"ם אינו אלא משום דד"ד ושמא היתה שם המלכות מפקדת שידונו היהודים בדיני גוים ולא בדיני ישראל וכיון שמפני זה היה המנהג ההוא יש לומר בנדון הזה שאין למסור ממון זה לדיניהם לפי שאין המלכות מפקדת אלא על נכסים שהם באותה מלכות אבל נכסים שהם במלכות אחרת אינה מפקדת עכל"ה וכדיעה זו של הרשב"ץ כן היא סברת הרשב"א זלה"ה בתשובה הובאה בס' הרב"י סו"ס ר"ו יעו"ש שנשאל הרשב"א על אחד שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות עכו"ם שיחזיר לו הנדונייא שאפע"פ שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו כיון שהכל יודעין שהם הולכים בדיני הכותים הרי כל הנושא אשה שם כאלו התנה כן וכו' וכתב הרשב"א באורך לבטל דיעה זו ומסיק ישתקע הדבר ולא יאמר אלא דנין בדיני ישראל. הרי לך דגדולי עולם נחלקו בזה: ואנן בדידן אין לנו אלא דברי רבנן הרשב"ץ והרשב"א יען דמצאנו ראינו להרב החבי"ב בחומ"ש סכ"ו הגב"י ס"ב שאחר שהביא דברי הרשב"א הנז' כתב ז"ל נ"ב הריב"ש חולק ע"ש וכן נראה דעת המחבר כדעת הרשב"א שלא הביא דברי הריב"ש כאן ולא בס' רמ"ח ששייך שם דין הריב"ש וראיתי בתשובה למהר"ש ן' וליסיד זלה"ה פסק כדעת הריב"ש ואני נשאלתי על השאלה שנשאל עליה הרב הנז' וכתבתי באותה תשובה שאין נראה בעיני לפסוק כהריב"ש ז"ל במקום שהרשב"ץ ז"ל חלוק עליו בנדון ההוא והרשב"א ז"ל סבר לה כוותיה גם רבינו הרב"י תפס להלכה דברי הרשב"א זלה"ה והשמיט דברי הריב"ש ולא הזכירם וכן פסק מוהרשד"ם ומוהרב"י אדרב"י ובעל משפט צדק וכו' עכל"ה ובמהדורא שנית מצאנו עוד להרב החבי"ב בסימן, רמ"ח שחזר עוד שם והביא דברי הריב"ש והרשב"ץ והרשב"א והאריך למעניתו ולבסוף כתב ז"ל לכן לענין דינא נקטינן להלכה כהרשב"א והרשב"ץ ז"ל דרבים נינהו לגבי הריב"ש ומגדולי האחרונים. הכי ס"ל כמ"ש בטו"ר זה בס' כ"ו בהגהות הרב"י יעו"ש גם מורי האריך הרבה לסתור פסק בעל המפ"ה שתפס כהריב"ש וסיים שאפילו נהגו כך אין במנהגם מנהג כלום עכל"ה א"כ ע"פ דברי הרב החבי"ב אלו מדברי הרשב"א והרשב"ץ לא נזוז

הן מצד הכרעתו איהו מנ"ר ז"ל הן מצד שכתב גדולי האחרונים כך פסקו ואחרון הכביד במה שכתב במאמר דברות קדשו דמר"ן הקדוש בכוונה השמיט מלהביא דברי הריב"ש בביתו הנאמן והביא דוקא לדברי הרשב"א דהכריע כמותו להלכה וא"כ על מי יש לנו להשען בעדו כי אין עוד מלבדו יען אנחנו ואבותינו קבלנו הוראותיו כאשר הנחילנו וכמו שבא הדבר מפורש בס' שד"ה האר"ץ ובס' ישמח לב יעו"ש שהביא מגאוני ארץ ישראל המעידים בגודלן שקבלו עליהם הוראות מר"ן גם על הכרעתו בב"י והגם שבספר משכנות הרועים מער' למ"ד הביא מערכה אחרת שכתבו דלא קבלו הוראת מר"ן אלא על מה שפסק בש"ע ולא על מ"ש בב"י עכ"פ אנן בני מערבא אין לנו אלא מ"ש מר"ן אפי' בב"י יען שכך השרישונו רבני מערבא וכמו שבא הדבר בלקוטי ספר וי"ץ אות ל"ז שאלת אם קבלת קדמונינו דברי מר"ן ז"ל היתה אף על דברי מר"ן שהכריע בו בביתו הנאמן ב"י אפע"פ שלא ערכו על השולחן הטהור תשובה כן הוא וכן ראיתי למוהרשב"א ז"ל ע"כ ששאל להרב מוהריב"ע והשיבו לכו אל יוסף אף בהכרעתו בב"י לבד וכן ראיתי למוהריב"ץ זלה"ה ע"כ וא"כ הואל והעד העיד האיש אדוני האר"ש מר"ן החבי"ב דמר"ן בב"י בכוונה השמיט לתשובת הריב"ש ולא הביא כי אם תשובת רשב"א להלכה א"כ הרי מר"ן בביתו הנאמן גילה והכריע כהרשב"א דקיים בשיטת רשב"ץ א"כ פשוט דכוותיה דרשב"ץ והרשב"א יש לנו לפסוק:

אך פש גבן לברורי דעת מור"ם בש"ע יען דמצאנו לו בחומ"ש סרמ"ח פסק לתשובת הריב"ש וז"ל ואם השטר צוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עכו"ם ובאו אח"כ למקום אחר לדון בדיני ישראל לא אמרינן ירושה אין לה הפסק ע"כ וא"כ נראה דמור"ם פסיק ותני להלכה כדברי הריב"ש הן אמת דלפי מה שכתבנו דמשורש בידינו דאזלינן בתר הכרעת מר"ן אף על מה שגילה דעתו בביתו הנאמן א"כ אפילו מצאנו למור"ם דפסק כהריב"ש עכ"ז אין לנו אלא דברי מר"ן דלא קי"ל כמור"ם אלא במקום דלא גילה מר"ן דעתו אף בב"י דאין לומר דלא היתה קבלת רבותינו דהלכה כהרב"י אלא נגד שאר פוסקים אבל במקום שגילה מור"ם דעתו בש"ע לא קי"ל כהרב"י זה אינו דהא כך נמצא כתוב בס' לקוטי וי"ץ הנז' בזה"ל וכן ראיתי למוהריבע"ץ ז"ל ומסיים דדוקא על הב"י והש"ע היתה קבלת הקדמונים ולא על ספר בד"ה שלא נתגלה בימיהם וכו' עכל"ה. הרי לך דקבלתם על שניהם יחד היתה בהדרגה אחת וא"כ כמו דקי"ל היכא דגלה מר"ן בש"ע לא קי"ל כמור"ם ודאי גם אם גילה דעתו בב"י ודאי הכי הוא דכוותיה נקטינן ולא כמור"ם: אלא דעדיפא מזה הוא אפילו מצינו למור"ם שפסק בס' רמ"ח כסברת הריב"ש הרי עוד מצאנו לו בס' שס"ט שחזר ופסק כסברת הרשב"א יעו"ש בסי"א שכתב ז"ל

הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיו לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ולדון בדיני עכו"ם דאם מתה יורשה בעלה ע"כ. וא"כ הואל ומצינו למור"ם בסו"ס שס"ט שחזר ופסק כהרשב"א מן הראוי לומר לפי הכלל המסור בידינו דכמשנה בתרא נקטינן:

אלא דאין אנו צריכים לזה דהא מצינו להסמ"ע שהקשה פסקי מור"ם הנז' אהדדי ותריץ ז"ל וי"ל דשאני התם דכיון שהמצוה מת באותו מקום שדנין בדיני העכו"ם ועשה צוואה סתם ואחריו לפלוני אמרינן דודאי בדעתו היה כמו שמורגל בפי הבריות דמפרשי ואחריו לפלוני כפשוטו אפילו אם הראשון ראוי ליורשו משום הכי פסק שדנין בדיני עכו"ם משא"כ כאן בהנושא אשה דבשעה שנשאו זא"ז לא היתה שעת הירושה עכל"ה א"כ לפי חלוקו זה של הסמ"ע א"ך גם בנדון דידן יודה מור"ם דאין לילך אחר דיני עכו"ם דהא נדון זה הוא ממש כדין הכתובה דגם כאן שעת הלואה לא היתה שעת הפירעון ואין כאן שום גלוי מילתא שדעתו לדון על הלואה זו בדיני העכו"ם: והגם דראיתי להרב אמר"י ברו"ך בהגהותיו סרמ"ח שכתב וז"ל ואם עשה הצוואה במקום וכו' נ"ב ז"ל הריב"ש וגם בסהדותם היא לדון בדיני הגוים כי כך נהגו מעולם קהל מיורקא מרצונם וא"כ איך ילך ויסע ממקומו וילך לארץ מרחקים שידונו לו בדיני ישראל יעו"ש ולשון זה יש לכאורה סתירה לדברי הסמ"ע בסו"ס שס"ט וכו' ומה שהקשה לדברי מור"ם כאן סותרים למ"ש שם י"ל דלפי דברי הריב"ש אינו אלא היכי שהקהל קבלו מנהג זה מרצונם ויעוי' בס' כנה"ג ומ"ש בתשב"ץ ח"א ס' ס"א שחולק על הריב"ש ומדבריו שם בסתירת דברי הריב"ש נראה שטעמו של הריב"ש הוא כמו שכתבתי ולא מטעם שכתב הסמ"ע בס' שס"ט וכן מבואר מדברי מהרי"ט חלק ח"מ שכונת הריב"ש כנ"ל אבל הוא חלק עליו והסכים לדברי הרשב"ץ עכ"ל. מכל זה תראה הגם שהרב הנז' חלק על טעמו וחלוקו של הסמ"ע עכ"פ גם לפי חלוקו נמי של הרב יצא לנו בנדון דידן דאין לדון כי אם בדיני ישראל שהרי הוא מחלק ומפרש דפסק הריב"ש יען שכך קבלו עליהם מרצונם לא כן בנדון הרשב"א זלה"ה הגם שהיו דנים בדיני הכותים לא מרצונם היתה זאת דודאי זהו פירושו של הרב אמר"י ברו"ך המחלק בין ריב"ש לרשב"א. וא"כ מזה נבוא לנדו"ד דמעקרא ערי בראג'יל לא הוקבע להם שום קהלה לומר כך קבלו עליהם נוסף על זה אפילו למקום שיש בהם קהלות קבועות צריך שיהיה הדבר ידוע שכך קבלו עליהם מרצונם לדון בדיני עכו"ם לא כן בערי בראג'יל לא מלבד שאין להם קביעות אלא מדי שנה בשנה ומדי חו"ח זה הולך וזה בא גם אינם יושבים בקביעות בשום מקום אלא כרוכלים המחזירים בעיירות ואינם הולכים לשם להשתקע אלא להרוויח ולחזור למקומם לא נכלל זה בדיני הקהילות

לומר עליהם כך קבלו עליהם או לא קבלו ולא מלבד זה אלא אדרבא נהפוך הוא כי אדרבא יש לנו גלוי מילתא דכל דעתם על מנהגי המערב הולכים אחרי תורת משה. ושם אלהים אחרים דהיינו משפט פליליהם בל יזכר ובל יפקד עליהם יען כי עינינו ראו כי כל מעשיהם נכתבים בסופרי ישראל יש מהם שכותב על חבירו שט"ע בסופרי ישראל ויש שעושה שותפות בסופרי ישראל והרבה ממשכנים קרקעותיהם בסופרי ישראל כל אלה עינינו ראו וא"כ מכאן מודעה דעל דעת המקום ברוך הוא לעשות משפט כתוב בדיני ישראל הם עושים דאם דעתם על הערכאות מה יועילו להם שטרי ישראל וא"כ אפילו נניח כדעת אמר"י ברו"ך שדחה דברי הסמ"ע בחלוקו עכ"פ גם לפי חלוקו של הרב יודה דמור"ם בנדו"ד יודה דאין להם כי אם דיני ישראל:

גם הרב נתיבו"ת המשפ"ט ראיתי לו בס' רמ"ח שמיישב דברי מור"ם באופן זה וז"ל ועקר הטעם דהריב"ש דכיון שנהגו כן הוי כאלו פירש שנתן לשם מתנה ולא לשם ירושה עכ"ל ודבריו אלה של הרב נתיבו"ת המשפ"ט הם דברי הרה"ג מהרי"ט בח' חומ"ש ס"ו שנשאל בכעין זה ופסק בסכינא חריפא דישתקע הדבר ולא יאמר להניח דין תורה ולעשות משפט הערכאות ובסוף דבריו הביא דברי הריב"ש הנז' וסיים עליהם וכתב ז"ל ומהר"ם איסרלאס ז"ל קבע בהגהותיו לסברת הריב"ש וכתב אם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בעש"ג ובא אח"כ למקום אחר לדון בדיני ישראל לא אמרינן דירושה אין לה הפסק ע"כ ונ"ל דהלכה זו מקופחת היא שהיאך יתכן שיעזבו מקור מים חיים את ה' ולילך לערכאות בשביל שנהגו והרי הרשב"א בתשובה הביאו הרב"י סכ"ו על מי שמתה בתו ותבע את חתנו וכו' ועוד בסוף סימן שס"ט כתב נראה מדברי הרשב"א וכו' וכו' ואפשר לומר על דעתו של מהר"ם איסרלאן דטעמו של הריב"ש הוא משום דהך דינא דלשון מתנה ליורש ירושה הוא עקר טעמא דלא עקרה מתורת ירושה לגמרי ואוקמה אדין דמתנה דאי עביד הכי מהני אלא רוצה הוא להפסיק נחלה מיורשיו ורחמנא אמר שאין לה הפסק דאל"ך הו"ל לשוויה בתורת מתנה גמורה הלכך אותם העומדים במקום עכו"ם ואי אפשר להם לזוז מעסקם כי אפסקיה למתנה אמרינן בתורת מתנה הוא דיהיב וכי תימא נעקריה בהדייה ונשווינה מתנה הא לא מצי דבנמוסיהם נקט ואזיל וכן אותם בני מיורקא שנהגו מעולם ברצונם לדון בדיני עכו"ם דכל מילי דתלוי ברצונם דמצינן למימר דאדעתא דהכי נחית מעקרא בכל דבר שאפשר להתקיים בדינינו אפע"ג דלא פירש כמאן דפירש דמי דסתמו כפירושו זהו מה שנראה לפרש על פי דרכו של מהר"ם איסרלא"ס ז"ל בדברי הריב"ש אגב שטפיה וכו' עכל"ה הרי לך לפי ישובו של הרב מהרי"ט והן הם הדברים שהביא הרב נתיבות המשפט הרי לא פסק מור"ם בס' רמ"ח

כדעת הריב"ש אלא משום דדעתו למתנה איכוון והואל ולפי דינינו ג"ך אי הוה עביד הכי בלשון המועיל שלכך נתכוון הוה מהני לכך פסק כהריב"ש וזולת זה חלילה לנו ליל‍ך מנגד תורתינו הקדושה ובזה נתקיימו דבריו דס' רמ"ח עם ס' שס"ט שפסק שם לתשובת הרשב"א ולדעת מור"ם אלו ואלו דברי אלהים חיים וא"ך גם לפי חלוק זה יצא הדין בנדו"ד דאפילו נעשית ההלואה בעיר פארא אין לדון עליהם כי אם בדין תורה ואפילו יהיה המנהג שלהם לדון בערכאות מנהג איסור אינו מנהג כלל כמו שצעקו בכרוכיא הרשב"א והרשב"ץ וכל גדולי עולם הבאים אחריהם כמו שסדרם הרב החבי"ב הלא המה בספרתם מהרשד"ם ומהר"י אדרב"י ומשפ"ט צד"ק ומהרי"ט נוסף עליהם מהר"ם אלשיך יעו"ש דפסק כהרשב"ץ ועיין גם להטו"ז בסו"ף ס' שס"ט שם שאחר שהביא ישובו של הסמ"ע שיישב לדברי מור"ם דס' רמ"ח עם ס' שס"ט והקשה עליו סיים וכתב והעקר הוא דדברי הריב"ן הם כמו שהעתקתי בס' רמ"ח ודלא כמור"ם ומצינו לו בס' רמ"ח שתמה על דברי מור"ם דלא היתה כוונת הריב"ש כמ"ש מור"ם אלא ס"ל דאפילו ריב"ש יודה אם באו לדון בדיני ישראל לא אמרינן הואל ונעשה העסק במקום שדנים בדיני עכו"ם ילך וידונו שם חלילה אלא ידונו בדיני ישראל יעו"ש והגם שלא פירש הטו"ז אם לדעתו ההלכה כריב"ש או כהרשב"ץ ולא נתכוון אלא לפרש דברי הריב"ש ולהקשות על מור"ם במה שפסק משם ריב"ש עכ"פ נקוט מיהא לפי פירושו דבמקום שאחד מן הכתות בא לפני ד"ת לא אמרינן להו לזיל לדון במקום שנעשה בו העסק אפילו לדעת הריב"ש דלא פסק הריב"ש אלא במעשה של מיורקא ששם היו התובע והנתבע ולא הצריכו אותם לילך למרחקים. ממנו ייצא לנדו"ד שכאן נמצאו התובע והנתבע במקום די"ת אפילו הריב"ש יודה דצריכים לדון בדי"ת:

ועיין להרב פת"ש סרמ"ח סק"ב שכתב וז"ל ועיין בתשובת חת"ם סופ"ר סקמ"ב שהביא ג"ך הא דמור"ם והתשב"ץ וכתב דפשוט אלו ראה מור"ם דברי התשב"ץ לא היה חולק על דבריו כי דבריו נראין. ויותר נראה לי דהריב"ש נמי לא אמרה אלא בעובדא דיליה דהרי משמעות לשון מתנה איננו לשון ירושה אלא בלשון התורה במי שראוי ליורשו הוי לשון מתנה ג"ך ירושה אבל אי הוי ברור לנו שאין כוונת השכ"מ ללשון התורה הרי גם דין תורה הוא שמתנה היא ולא ירושה ויש לה הפסק וכיון שבלשון ובכוונה תליא מילתא ואלו האנשים לא הכירו לשון התורה כי כל הנהגתם בערכאות א"ך גם דין תורה שמתנה הוא ולא ירושה אבל חלילה לעלות על הדעת לעקור חקי ומשפטי התורה אפילו כחוט השערה וקרוב לזה כוונת הסמ"ע בס' שס"ט ע"ש עכ"ל עיניך תראינה דהרב אחרון חביב אשר אליו שומעין הוזקק לפרש כוונת הריב"ש והיא גם היא בפירוש הרב מהרי"ט ז"ל

שממנו יוצא ישוב לפסקי מור"ם וממנו יוצא דנדו"ד אפילו הריב"ש יודה דצריכים הם לדון בד"ת ואפילו לפי פירושו זה בדברי הריב"ש הרי כתב דאלו ראה מור"ם לדברי הרשב"ץ לא היה פוסק כהריב"ש ז"ל דכן נראה פשוט מדקדוק דבריו ופשוט:

מעתה ע"פ המקובץ נראה פשוט בנדו"ד שאין הנתבע הזה יכול לפטור עצמו בטענת הואל ונעשית ההלואה בעיר פארא לא ידונו כי אם בדינה של פארא אין בפיו נכונה מכמה טעמי. חדא דהא כל גדולי הפוסקים קמאי ובתראי כולם פה אחד ענו ואמרו ישתקע הדבר חלילה וכמו שהאריכו בספרתם בקול מר ותרועה למי שטוען כך הלא המה בספרתם מהר"י אדרב"י ומהרשד"ם ומשפ"ט צד"ק ומהרי"ט ומהר"ם וכנה"ג חתם סופר והרב אמר"י ברו"ך ושאר אחרונים כולם פנו פה אחד בל יזכר ובל יפקד זה:

שנית עדיפא לן יקר סהדותא דהרב החבי"ב שכתב דמר"ן בב"י בכוונה השמיט לתשו' הריב"ש ולא אספה אל ביתו כי לא ס"ל כוותיה ודעתי היא כדעת כרשב"א אשר אסף אל הביתה וא"ך הואל ומר"ן דעתו כן היא כדעת הרשב"א ולא כהריב"ש ודאי אליו שומעין:

שלשי בתרומה אפילו לדעת מור"ם שמצאנו לו שהעלה סברת הריב"ש על המפ"ה בסרמ"ח הרי מצאנו לו שחזר. ופסק לסברת הרשב"א בס' שס"ט יעו"ש וכדי דלא להוו פסקיו סתראי יצאו הרבנים מפרשי הש"ע זלה"ה ליישב דבריו בתלת מלי דמוטב הראשון בקודש נהדר ישובו של הסמ"ע שני בקודש ישובי של הרב אמר"י ברו"ך וכל בשלישי ישובו של מהרי"ץ והרב נתיבו"ת המשפ"ט והרב ח"ס וכמש"ל ומדברי כולם נלמד לנדו"ד דהריב"ש ומור"ם יודו בנדו"ד דאין לדין כי אם בדי"ת וכמו שחלקנו לעיל:

נוסף על זה בתוספ' מרובה מה שהעיד הרב אחרין חבי"ב חת"ם סופ"ר דלא פסק מור"ם לדעת הריב"ש אלא משום שלא ראה דברי רשב"ץ ואלו ראה דברי רשב"ץ לא היה פוסק כהריב"ש וא"ך קם דינא בנדו"ד אלבא דכו"ע דאין הנתבע יכול לפטור עצמו כלל:

אלא דפש גבן לברורי מה שראינו לספרי האחרונים בלקוטי דינים אשר עשו כולם והעלו על משבח הדפוס סברת מהרש"ך ח"ב סרכ"ח ורכ"ט ז"ל אם נעשה העסק במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם השותפין לד"ת אלא בערכאות הרי זה מנהגם מנהג ואפילו הלכו למקום אחר חייבים ללכת שם לאותו מקום מהרש"ך זלה"ה וסברתו זאת הביאה הרב מש"ה אל משכנותיו מערכת שי"ן אות פ"ג גם הרב ויאמר יצחק אספה במאמרו בלקוטיו אות מי"ם יעו"ש ואני בעוניי אמרתי דודאי הני רבנן בתראי לא הביאו אותה סברא אלא משום דהיא הלכה ומורין כן אך היה קשה לי היאך יעלה זה על הדעת לפסוק כהאי סברא והיא היא כמו ממש סברת הריב"ש שקמאי ובתראי צווחי עלה ואפילו הריב"ש עצמו הוצרכו לפרשו באופן דלא הוי הפך התורה וכמש"ל משם אוריין תלתאי המבי"ט

ונתיבו"ת המשפ"ט והרח"ס וא"ך היאך תיסק אדעתין לפסוק סברת מהרש"ך שפשטה מורה דיש לדון כמנהג שלא כד"ת:

ואמרתי אני בחופזי דאולי הרב מהרש"ך גם הוא מחלק בין נדון הריב"ש לנדון הרשב"א כמו חלוקו של הרב אמר"י ברו"ך שהביאנו לעיל דמחלק ואומר דהריב"ש איירי שקבלו עליהם בפשיטות מדעתם ומרצונם לא כן הרשב"א לא מיירי אלא שנשא אשה במקום שדנו בדיני גוים ולא קבלו זה הדרים שם מדעתם ומרצונם אלא מנהג העיר מוכרחים הם לדון שם בדיני עכו"ם וכמו שחלק הרב אמר"י ברו"ך יעו"ע בהגהותיו סרמ"ח יעו"ש ומזה יצא לו למהרש"ך דבין דברי הרשב"א ובין דברי הריב"ש אלו ואלו דברי אלהים. חיים. זהו מה שעלה לקוצ"ד לפרש בסברת מהרש"ך אשר לא זכינו לאורו וע"פ דברינו זה אין שום סתירה מדברי הרב מהרש"ך למה שפסקנו שאין בדברי הנתבע בנדו"ד כלום חדא דכבר הוכחנו מכמה טעמי דלא כהריב"ש אלא אפילו לסברת הרב אמר"י ברו"ך אשר כוותה באנו עתה לפרש סברת מהרש"ך עכ"ז הרי בררנו לעיל דגם לשטת הרב אמר"י ברו"ך יודה דהריב"ש ז"ל יודה בנדו"ד דלא דנין ליה בדין הערכאות יען כי לא פסק הריב"ש כן אלא בקבלו עליהם בפשיטות מדעתם ומרצונם ומעולם נהגו כך אבל בנדו"ד היכן מצאנו שקבלו כך מדעתם ומרצונם בפשיטות ונהגו כך מעולם זה לא נודע ולא נשמע ואדרבא איפכא מצינו שבאו לידינו מעיר פארא וסביבותיה כמה שטרי עסקות והלואות ומשכונות העשויות בדיני ישראל ואם לא היה דעת בני המקום על דעת דיני התורה אלא עפד"ע הערכאות מה אהני להו בהני שטרי שכותבים בסופרי בני ישראל הרי במקום הערכאות מגן שוויא הם ותנאיהם הכתובים בהם אלא ודאי דכולם דעתם על דעת המקום ברוך הוא לדון בדיני התורה דבלאו הכי כל מי שהלך שם אין דעתו לגור שם ולהשתקע אלא על דעת להסתחרר ולשוב למקומו ומה גם אין להם קבע וישוב באחת מהערים האלה אלא פעם בחוץ פעם ברחובות מהר להר ומעיר לעיר כרוכלים המחזרים בעיירות ואין כאן ישוב וקהלות להכניסם בחוקי המנהגים והתקנות ובודאי דבכל דיניהם אין לזוז מד"ת הקדושה: והגם שלפעמים כשאיזה אחד מהם בא אל השברים עושה משפט הערכאות דהיינו מסדר חשבינו כפי נמוסיהם וע"פ משפטם יהיו כל בעלי חובות מוכרחים להתפשר במה שיגזרו בדיניהם המעט הוא אם רב לפי ראות עיניהם וגם בעלי חובות ישראלים שנושים בהנשבר אשר הוא יהודי הולך בעקבותיהם וגם עליו יעבור כסא דפושרין לאו משום שהדבר נעשה ברצון שניהם מצד קבלתם או מצד מנהגם אין זה אלא מדינא דמגיזתא שבעה"ר מקום שאין דין מה יעשה העלוב אשר הוא נושה בנשבר והוא במקום שאין דין מוכרח לקבל מן הרע מעוטו לקחת סך מה

יותר טוב משלא לקבל כלום כי אין יראת אלהים במקום זהו טעמם דוקא ולא מרצונם. והעד על זה הוא ביתו של אותו צדיק האריי"ה המת זלה"ה אשר באו לידי מדה זו של שברים ותרועה והיה בידו ממון יהודי אחד מערי המערב ממון רב וקבל לפנינו היהודי הנז' וכתבנו לו לתוגר הנז' אשר בא לבית השברים כדי לגדל פרע ע"פ דין תורה וקבל את הדין וגדל פרע אשר על ראשו עספ"א ולא הלך אחרי הפושרין כאשר יצא בדינו שם ע"פ הערכאות. ואם באמת יש להם מנהג מקובל וידוע דמי שבא אל בית השברים יהיו מוכרחים המלוה לבוא בפושרין כפי דינם לפחות היה לו לטעון כך הואל ויש מן הפוסקים דסברי כך לא ימנע שיהיה לו ידיעה מזה הואיל ומנהגא נהוג ביניהם אלא ודאי האמת הוא כמו שאמרנו שהעיר פארא לא נכנסה בסוג זה כנ"ל הן מצד דלאו קהלה קבועה היא ועוד שאין מנהג זה מקובל ביניהם ואינם מקבלים כך אלא בע"ך כמו שאמרנו. כל זה נראה לי ליישב פסקינו אפילו לדעת מהרש"ך דשריר ובריר הוא דגם מהרש"ך יודה בנדו"ד דחייבים הם לדון בדת"ש ותו לא מידי:

והן היום אחר החפוש תהלי"ת נחה דעתי במה שראיתי להרב החבי"ב בספרו בע"י חי"י ח"ב סקנ"ח שנשאל בהפרש דררא דממונא שנפל בין ראובן ושמעון תושבי עיר אזמיר ובין לוי ויהודא מתושבי ליוורנו ואנשי ליוורנו יע"ה רצו לעמוד למשפט לפני הקונסול וכו' ושם שם הביא דברי מהרש"ך הנז' ובאגב אמרתי להעתיק קצת מדבריו ואגבן נביא דברי מהרש"ך ז"ל וזל"ה שיש לחקור אם במקום אחד נהגו במנהג להתדיין ע"פ הערכאות אי אמרינן מנהג מבטל הלכה או דילמא אין הולכין אחריו ונראה לע"ד דאפילו למ"ד מנהג בממון מבטל הלכה אפילו אין לו ראיה מתורה בנ"ד אין הולכין אחר מנהג זה משום דהוי מילתא דאיסורא דאסור להניח דיני התורה ולילך לדון בערכאות משום דלפניהם ולא לפני ארמים אמר רחמנא וכבר ידעת שהסכימו רוב הפוסקים וכמעט כולם דמנהג נגד האיסור לא יועילו אפילו שהוא מנהג פשוט והונהג ע"פ הוותיקין אם יש בו בטול מן התורה כ"ע יודו דלא אזלינן בתריה וכו' ואפילו שניהם רוצים לדון לפני הערכאות אסור לדון לפניהם כמ"ש הרמב"ן והביאו הרב"י סכ"ו א"ך מה יועיל מנהג זה דלא יהיה אלא שהתנו כן בפירוש להתדיין לפני הערכאות לא מהני וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה שהביא רבינו בע"ל הטורי"ם בחומ"ש סכ"ו דנהי דאדם שליט לאפקורי ממוניה למי שירצה אבל האיסור דלפניהם ולא לפני עכו"ם מאן מחיל ומאן שביק למעבד איסורא כו' וראיתי אני למהרש"ך ז"ל בח"ב סרכ"ט כתב בלשון זה א"ך מאחר שראובן נשא ונתן עם שמעון במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם לדון בדיני התורה שהיה להם מן הנמנעות וכו' ולכאורה נראה הפך מכל מה שכתבנו וליתא. דלא התיר מהרש"ך

ללכת לדון לפני הערכאות חלילה לפי קדוש יאמר דבר זה אלא מ"ש הרב הוא ענין אחר שהיה מנהג אותו מקום שלא לדון בעסקא משא ומתן כפי דין התורה שאם היו דנים ע"פ התורה לא היה קיום והעמדה כלל להם אלא היו דנים ע"פ מנהג הסוחרים כפי נמוסיהם וכפי תקנותיהם וכל זה היו דנים אותם אפילו בדיני ישראל ע"פ המנהג ועל זה כתב אפע"פ שהלכו למקום אחר חייבים להתנהג ע"פ המנהג של המקום שנעשה שם העסק אבל שילכו להתדיין לפני הערכאות לא התיר הרב ז"ל דאפילו דנין כדינינו אסור כ"ש אם אינם דנים כפי דין התורה וזה פשוט למתבנן בדבריו ז"ל שלא הוזכר בדבריו באותה תשובה ערכאות אלא לדון בדיני הסוחרים וזהו מה שהתיר הרב ז"ל וההקפדה היא אלא לדון בפני הערכאות אבל אם קבלו לדון כדין ערכאות לפני דייני ישראל אין כאן איסור כל שבעלי דינין מרוצים בכך או התנו או נהגו כך אבל מדברי הרשב"א בתשובה הביאה הרב"י סכ"ו מוכח דאפילו להתנהג בדיני עכו"ם אפע"פ שאינו הולך לפניהם אסור וסיים באותה תשובה ז"ל אבל ללמוד מזה ללכת בדרכי העכו"ם ומשפטיהם חלילה וחס לעם קדוש לנהוג ככה ואימר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר הרי זה בכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחדשו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני העכו"ם ויביאו להם במות טלואות בבית מדרשי העכו"ם חלילה לא היתה כזאת בישראל שמא תחגור התורה שק עליהם ע"ך. הנה תשובה זו קוראה בגרון שאפילו לא ילכו לפני הערכאות אלא להתדיין לפני ישראל כדין הגוים אסור גמור הוא ועלי דידן נהדר ליישב תשובת הרשב"א זאת לדעת מהרש"ך שהוא ז"ל סובר שכל שאינו הולך לפניהם אין כאן אסור ואלו לתשובת הרשב"א מוכח דאפילו לדון כדיניהם בדייני ישראל אסור נ"ל דמשא ומתן שאני דיש מקומות שאם יתנהגו ע"פ התורה דהיינו דין התורה גמור לא יהיה להם קיום והעמדה ויתבטל המשא ומתן ולכך כל שאינם דנין לפני הערכאות אלא לנהוג שיתנהגו הם בעצמם כנמוסי העכו"ם כדי שיתקיים המשא ומתן מנהגם נהוג מפני ישובה של עיר אבל בדיני ירושות דלא שייך דינא דמשא ומתן אפילו להתנהג כמשפט העכו"ם בלתי עמוד לפניהם אסור. נמצאת למד שלוש מדות בדין זה. ללכת לדון לפניהם אסור אפילו עסק דמשא ומתן ואפילו בדין שדין שלהם כדינינו ואפילו שניהם רוצים אסור. אבל בלתי עמוד לפניהם במו"מ מותר. ובשאר דברים שאינם מו"מ כירושות ומתנות וכדומה אפילו לנהוג בנימוסיהם בלתי עמוד לפניהם אסור יזה מיושב לדעת הרשב"א זלה"ה עכל"ה. ובראותינו זאת נחה שקטה המהומה אשר עמדה לנגד עינינו דבנדו"ד רבו התשובות דלא מלבד מה שכתבנו והוא אמת שערי פארא לא נכנסו בסוג התקנות והמנהגים כלל כמו שאמרנו מילתא

בטעמא אלא נוסף על זה לפי ישובו של הרב בע"י חי"י דאפילו למקומות שהם קהלות גמורות ומנהגם מנהג הרי כתב דוקא במו"מ הוא דיכולים לנהוג כך ודוקא לדון לפני ישראל אבל לפני ערכאות אפילו ידונו כדינינו אסור ובירושות ומתנות וכדומה אפילו יבואו לפני דייני ישראל לדונם כדיני הערכאות אסור וא"כ אתאן לנדו"ד דאין כאן כי אם הלואה בעלמא שמכר לו סחורה וזקפה עליו במלוה ואין זה כדרך עסקי משא ומתן שמתחררים זה עם זה בתדירות אלא מכר לו סחורה הואל ורצונו היה של זה המוכר לבוא לביתו מכרה לו אדעתא לשלוח לו מעותיו לכאן לערי המערב ועכבם זה הלוה זמן זמנם זמניהם ודאי לא מקרי זה מיסודי המשא ומתן כמו דיהיב טעמא הרב בע"י חי"י דעקר טעמא למה בעסק מו"מ יכולים להתנהג כך וכו' משום שעל ידי זה יהיה קיום מו"מ אבל נדו"ז לא נכלל בכלל קיום מו"מ ולא גרע זה מדיני ירושות ומתנות וכדומה וכו' דכתב הרב זלה"ה ולקוצ"ד דאפילו אלו היה בא להתדיין בפני דייני ישראל היה צריך לדון בדינינו אלא בדת הערכאות:

נוסף על זה אפילו למי שירצה להתעקש לומר דדין זה לדין מו"מ יחשב הרי צריך לדון לפני דייני ישראל ולא לפני הערכאות וא"כ אין לדון אלא בדיני ישראל דוקא וא"כ קם דינא אפילו לדעת מהרש"ך זלה"ה שאין בפה הלוה הזה מענה אפילו אי חשבינן לדין זה מו"מ הוא יען כי אינו בדין לדון בפני ערכאות ומה גם דאין זה עסק מו"מ ומה גם דערי בראג'יל לא נכנסו בסוג מנהג ותקנה כלל כמו שהרחבנו הדברים לעיל:

ומעתה לא נשאר לנו לברר אלא חדא מילתא והיא אם אמור נאמר אפילו לא פסקינן כאן כדעת הריב"ש וגם לא נכנס זה בדינא דמהרש"ך וכו' וכמ"ש עדיין יש לנו לברר אם נימא יש כאן משום דינא דמלכותא דקי"ל דד"ד ומדין המלכות הם דנים בעיר פארא נימא דמחויב התובע הזה לקבל עליו הדין במה שהוא שם או לא יעל זה אמינא הגם דהאי דינא דד"ד הוא מקצוע גדול ורבי בו החולקים עכ"פ מה שנראה פשוט בקיצור הוא דלא נכנס דין זה בדינא דמלכותא דהא נדו"ד שהם חלוקים איזה משפט יעבור עליהם אי משפט הערכאות או משפט דת"ש כבר בררנו דמצד הדין לא ידונו אלא בד"ת כמו שפסק הרשב"ץ והרשב"א שהביא הרב"י כמש"ל דהכי אוקימנא הלכתא כוותיה והנה מצינו להרשב"א באותה תשובה אחר שהאריך בקול צוחה לבטל דעת האומר ידונו בדיני הערכאות ע"פ מקום שנהגו הוסיף בסוף התשובה וכתב ז"ל אומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום ד"ד טועה וגזלן הוא ואפילו גזילה ישיב רשע מקרי ובכלל עוקר כל דיני התורה הוא וכו' עכ"ל ואחר דבריו אלו הוסיף הרב"י וכתב עוד כתב הרשב"א בתשובה לענין דינא דמלכותא דינא דע לך שלא אמרה אלא במאי דאיכא הורמנא דמלכא

ובדברים שהם מדיני המלכות כי כמו שיש לנו משפטי המלוכה כמי שאמר שמואל לישראל כך בשאר האומות דינים ידועים יש למלכות ועליהם אמרו שדיניהם דין אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנים לפי מה שמצאו בספר הערכי שאם אתה אומר כן בטלה דיני התורה ח"ו ע"כ נמצינו למדין דכל מה שדנין בבית ערכאותיהם לא מקרי עלייהו דינא דמלכותא והחדוש הזה אפילו יהיה גזרת המלך היא לאמר שלא ידונו כי אם בערכאות עכ"ז לא מקרי דינא דמלכותא וכמו שבא הדבר סו"ס שס"ט בסמ"ע סקכ"א ששם פסק מור"ם לתשובת הרשב"א הנז' דכתב דליכא בזה משום ד"ד וסיים עלה מור"ם ג"כ לתשובת מהרי"ק ז"ל דלא אמרינן ד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני העיר אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דא"כ בטל כל דיני ישראל ע"כ ועל זה כתב הסמ"ע ז"ל נראה דר"ל אפילו אם גזר המלך בהדייא לילך בתר דיני הערכאות דאין על דייני ישראל לקיים זה מכח זה דעלינו לקיים מן הדין ד"ד דעל זה לא אמרו אלא על דברים מחוקים המלוכה נמצינו למדין דלענין זה לכתוב לעשות עמו משפט העיר אפילו יהיה מגזרת המלך לדון שם לא מקרי ד"ד:

ועדיפא מזה הוא הנה מצינו להד"מ שכתב בסו"ס שס"ט ז"ל וכתב הר"ר יונה שאם יכול ישראל לכוף חבירו בדין ישראל ואין המלך מקפיד לכוף בדינן שלו נמצא שלא פקע זכותו של ישראל מחמת אותו ד"ד אלא א"כ הולך לדון בערכאות של עכו"ם כגון שלא קבע המלך הדינים ההם אלא בערכאות שלהם עכ"ל ול"נ כן מדברי המרדכי פרק חזקת וכו' מיהו אפשר דרבינו יונה לא קאמר אלא בדבר שאיני מדין המלוכה אלא שהמלך חקק בערכאות כיצד ידונו ולכן אין צריכים לילך אחר אותו משפט וכדברי הרשב"א דלעיל ע"כ הרי לך דאפילו במקום שהערכאות דנים ע"פ מה שחקק המלך לשפוט לא מקרי ד"ד ויכול המלוה הזה לעכב שלא יעשה עמו משפט הערכאות אפילו אלו היה שם כי המלך אינו מקפיד על זה הואל ואין לו הנאה מאי איכפת ליה אם ידונו בערכאות או יתפשרו או ישתוק המלוה עד עת מציא זמן מוכשר לכוף ללוה ע"פ ד"ת ודאי אפילו אלו היה בשעת שהיה נדון עם אחרים אין עליו חיוב לקבל אותו דין כמו"ש מכ"ש שלא היה שם כלל ומעולם לא נדון ולדעת כזאת הן הם בערי המשור ארץ מולדתם שנהגו ע"פ ד"ת משה אין פוצה ואין מצפצף דצריך לבוא עמו בדיני ודיינא:

ומה גם לפי מה שהעידו לנו כל באי אותו שער אותם עיירות שזה דרכם של כל מי שרוצה לרדוף אחר השברים שמטמינים כל מה שתחת ידם ועושים פנקס של זיוף מראש ועד סוף והולכים לערכאות עכו"ם ודנים להם ע"פ מאמרם הכתוב בספר יען כי במקום המשפט שמה הרשע מקבלת השוחדות ומשוא פנים היתכן בית משפט כזה יאמרו עליו

שיהיה לו מקום משפט לכוף ישראל חבירו לדון שם חלילה עיין בטוש"ע חומ"ש ס' ס"ח מדיני שטרי העכו"ם ועיין בס' מאמ"ר המל"ך ששם היה מונה והולך כמה ארצות גוים שבדוק להם שאינם מקבלים שוחד ועד אחורן כתב דארצות עכו"ם ע"פ הנשמע להם דמקבלי שוחד ודיניהם אינו דין כלל יע"ש ומדבריו נלמד לנדו"ד דלא נכנס דין העיירות הנז' בכלל זה מעקרא ואין להאריך יותר:

יען כי עד שלא נגמרה נתברר לנו שזה המלוה לא יש לו על הלואה זו לא שטר ולא כתב יד אלא מלוה ע"פ והעידו לנו כל באי שער אותה העיר דזה דבר ידוע דכל מלוה שאינה בכתב יד וחתום עליה האלסיו"ו של מלכות אין הערכאות דנים עליה כלל מכ"ש מלוה ע"פ וכשבאים בעלי מלוה ע"פ או אפילו בכת"י שאין עליו האלסיו"ו לפני הערכאות לתבוע חלקם בכלל בעלי חובות אין דבריהם נשמעים כלל אפילו יהיה הלוה מודה ואפילו יש עדים על ההלואה מגן שויא וא"כ מזה תלמד לנדו"ד דמעקרא ובראשונה בשעה שהלוהו ולא חשש לקחת ממנו כת"י באופן המועיל בדיניהם לגבות בו זה גלוי דעתא דהוי כאלו התנו ביניהם שהלואה זו ידונו לה בד"ת דוקא ומכ"ש בכאן שנוסף עוד שבאותו זמן שרצה המלוה לבוא לעירו הוא שמכר לו אדעתא שישלח לו מעותיו לערי המערב כי זה המלוה עקר דירתו לבוא הרי גלוי מילתא יותר שלא עלה על דעתו לבוא בדיניהם כלל וזה פשוט ואלו היה ידיעתנו מעקרא דהכי הוא לא היינו צריכים לבוא במאריך טרח'א כי טעם זה האחרון יש בו כדי שביעה להזקיק ללוה לשלם למלוה זה ולא יפטר מכח דיני הערכאות של פארא. זהו משנלע"ד הי"ז בין כסה לעשור דהאי שתא מזכר"ת אהבה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עא

לרבאט יע"ה לכמהר"ש ן' ישעייא נר"ו השקפתי לטובה על מה שנסתפק כת"ר בפירושה דהאי מילתא שמצא כתוב בספר לקוטי דינים ששם נמצא כתוב בזה"ל לצורך שעה מבטלין התקנה אשר תקינו ב"ד הגדול ממנו בחוכמה ובמנין ע"כ וכת"ר ספוקי מספיקא ליה אם פירושה הוא דכשיהיה צורך שעה יכולים ב"ד האחרון לבטל דברי ב"ד הקודמים אפילו יהיו הקודמים גדולים מן האחרונים עכ"ז הואל ויש צורך שעה יכולים לבטל או דלמא פירושה הוא דמה שאמרו אין ב"ד יכולים לבטל דברי הקודמים להם אלא עד שיהיו הב"ד השנייה גדולים מן הראשונים וגם יהיה צורך שעה והגם שאין הלשון מורה בפירוש זה אולי טעות סופר נפל בספר וחסרון תיבות נפל כאן וצריך להוסיף

שאין מבטלין ב"ד השני את תקנת ב"ד אלא א"כ לצורך ובעינן שיהיה גדול מן הראשון בחכמה ובמנין:
ואל השליש לו בא ספק שלשי דלכל הפירושים יש להסתפק אם בכלל הבטול יש לבשל ב"ד האחרון גם תקנת ישוב הואל ויש ליתא דגזל זהו תכלית דברות קודשו:
דע לך דלגבי מה שנסתפקת בפירושה דמילתא לאו ספק כלל כי הואל ולשון חכמים מרפא אור מצוחצח הוא ומתפרש כפשוטו דכוונתו לומר דהגם דקי"ל אין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"ך גדול ממנו וכו' עכ"ז אם יש צורך שעה יכולים לבטל אפילו אינו גדול ממנו וא"ך הואל ולשונם לשון הזהב ופירושו מזהיר מי הביאנו לבית הספק לומר דילמא טעות נפל ולבדות דברים מלבינו חלילה:
עיניך הפקוחות ישגיחו בפסק הש"ע בחומ"ש סוף סס"א ששם פסק מדקדקין לשון השטר ודנין עליו ע"פ אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי ומפני כך כתב אותו לשון ע"ך:
ועדיפא מזה כתב כנה"ג בכללים נפרדים אות י"ג ז"ל כל היכא שאנו מבינים כוונת השטר אפע"פ שהוא כתוב בדרך אחרת אין לתלותו מט"ס מהרד"ך בית ב' ח"ו ע"ך הרי לפניך דאפילו במקום שיש לתלות בטעות סופר אין לנו לתלות אלא מדקדקין הלשון ודנין עליו מכ"ש במקום שהאותיות והתבות פורחות ומזהירות הן ופירושיהן כהאי נדו"ד מי הוא זה ואיזה הוא שיכול לשבש הספרים חלילה. ולא תיסק אדעתין לחלק כלל ולומר דעד כאן לא דברו מר"ן ומהרד"ך ז"ל אלא בשטרות אבל בספרים או בכתיבות אימא לא זה אינו דכבר ידוע מה שפסקו הפוסקים דילפינן ממה שימצא כתוב בכתיבות הראשונים ולמדין אפילו מאגרותיהם ללמוד מהם אפילו לכתיבת גטין כמו שמצינו למהרש"ל ז"ל בתשובה נדפסה בתשובות מהר"ם איסרלאס ז"ל שבא הרבה להוכיח את מהר"ם על שכתב במכתבו שם משולם מלא וא"ו ובנחמיה כתב משלם חסר והביא שם תשובות קדמוניות אשר בהם כתוב כשתסתפק באיזה שם מן השמות איך תכתוב בגט תוכל לסמוך על כתבי החכמים אפילו באגרת שלומים דאוקמינן להו אחזקתייהו שדקדקו אחר האמת עכ"ד דברי מהרש"ל ותשובתו זו הביאה הרה"ג בס' מוצ"ב ס' טו"ב להלכה ולמעשה יע"ש הרי לך דכל הנמצא בכתב ידי החכמים אפילו דרך אגרת לא אמרינן בטעות נכתב או בלי השגחה אלא בדיוק עצום מכ"ש נדו"ד שהכתב הלוה הוא כתב חכם שהיה מלקט הדינים הלכות פסוקות מאין ולאין לומר דבטעות נכתב אין לנו אלא מה שכתוב על הספר ותו לא מדי:

ועל הספק השלשי שנסתפק כת"ר אם גם בחזקה ישוב שהדבר יש בו ליתא דגזל אם ב"ד יכולין לבטל או לא וכוונת כת"ר רצויה דלא אמרו יכולים לבטל אלא במקום דליכא דררא דממונא אבל במקום דאיכא דררא דממונא אין שום ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו אפילו יהיה האחרון גדול מהראשון: דע לך דמן הגמרא מוכח דאין שום חלוק כלל בין ממונא לאיסורא דידוע הוא דכלל זה דאין ב"ד יכולים לבטל וכו' תחילתו נזכר בעדיות מ"ה יע"ש ובמס' מגילה ד"ב ובמו"ק ד"ב ובכמה מקומות ובכללם גטין דל"ו ע"ב שם איבעייא להו כי התקין הלל פרוזבול לדריה הוא דתקין או דילמא לדרי עלמא נמי תקין למאי נפקא מינה לבטוליה אי אמרת לדריה הוא דתקין מבטלין ליה ואי אמרת לדרי עלמא נמי תקין הא אין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין מאי ת"ש וכו' וכתבו שם התוספ' ז"ל אלא א"כ גדול וכו' וא"ת היכי דמי אי דפשט איסורו ברוב ישראל אפילו גדול ממני איני יכול לבטל כדאמרינן בפרק אין מעמידין גבי י"ח דבר שאפילו יבוא אליהו וב"ד אין יכולין לבטל ואי לא פשט איסורו ברוב ישראל אפילו קטן יכול לבטל כדאמרינן גבי שמן דר"י נשיאה וב"ד נמנו עליו והתרוהו משום דלא פשט ברוב ישראל וי"ל דדוקא בי"ח דבר אפילו גדול אין יכול לבטל מטעם דאשכחן בירושלמי מפני שעמדו עליהם בנפשותם כדאיתא התם דתלמידי ב"ש היו הורגים בתלמידי ב"ה והיכא דלא פשט כגון שמן אפילו עמדו בנפשותיהם אפילו קטן יכול לבטל עכל"ה העולה מדברי התוספ' הללו דכל שעמדו עליהם בנפשותם ונתפשט אין לו שום בטול בעולם וכל שלא נתפשט אפילו עמדו עליו בנפשותם אפילו קטן יכול לבטלו. אך דבר שלא עמדו עליו בנפשותם אך נתפשט בעולם בזה הוא דאמרו אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"ך גדול ממנו בחכמה ובמנין וכן בא בפסקי התוספ' שם וכן נרמז במג"א ריש סי' תס"ח יעו"ש וא"ך מדברי הגמרא זו ומדברי התוספ' הנז' יתברר לך שני הספיקות יתברר לך דאותו ספק שרצה כת"ר לומר דמאי דאמרו חכמים אין ב"ד יכיל לבטל דברי ב"ד חבירו אלא דוקא לצורך שעה דליתא להא פירושה כלל דהא מדברי הגמרא והתוספ' וכו' לא נזכר כלל שיהיה צריך הדבר להיות דוקא לצורך שעה אלא במקום שיכולים לבטל אפילו בלי שים צורך כלל דהיינו אם יבוא ב"ד שגדול מחבירו וירצה לבטל דברי ב"ד חבירו הדין שיכול לבטל אפילו בלי שום צורך כלל ובמקום שאין יכולים לבטל דהיינו היכא דנתפשט דבר שעמדו עליו בנפשותם אפילו ב"ד הגדול מחבירו אין יכולים לבטל כלל אפילו לצורך וא"כ מה שכתבו בלשונם בזה"ל דמה שאמר במקום שאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"ך גדול ממנו בחכמה ובמנין ואם אינו גדיל אין יכול לבטל על זה כתבו האחרונים דלצורך שעה מבטלין:

ויתברר לך ג"ך מן הגמרא הנז' דאין חלוק בין ממונא לאיסורא וכלל אחד הוא דבמקום דיכול לבטל בין באיסור בין בממון ובמקום דאין יכול לבטל בין באיסור בין בממון ושקולים הם:

א אלא דראיתי להרב מג"א בסו"ס תר"ץ שכתב ז"ל ואין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד אלא א"ך וכו' ובתוספו' ביצה וביבמות כתבו דבדבר שבממון יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו משום הפקר ב"ד הפקר ולכאורה לא משמע כן בגטין דף ל"ו גבי פרוזבול מיהו י"ל דהתם הוי מילתא דאיסורא שמא על ידי כן יהיו נמנעים מלהלוות ע"ך מלשון זה יתברר לך דדוקא התם בגטין בדין פרוזבול הגם שהוא ממון עכ"ז משום שהדבר יש בו איסור שיהיו נמנעים מלהלוות משום הכי אמרינן אין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו אבל שאר ממון יכולים לבטל משום הפקר ב"ד הפקר אפילו לממון שטרחו ויגעו בו בעליו מכ"ש חזקת ישוב שעקר יסודה זוכה בה מדין תקנה שיסדו רבני שאלונקי מימות הגאון מוהר"י ן' חביב זלה"ה משום דנכסי עכו"ם הרי הם כמדבר ומשם ואילך נתפשטה תקנה זו בכל תפוצות ישראל דכל הדר בקרקע עכו"ם יהיה זוכה בחזקת ישוב ודאי אם יעמדו ב"ד אחר גדול או אם היא צורך שעה יכולים לבטל. כל זה אני כותב בריש מלין להפקת רצונך יען כי מעולם חלילה לא נשמע כדבר הזה שעמדו באיזה זמן לבטל חלילה דמאן ספין ומאן רקיע לבטל תקנת גאוני עולם זיע"א וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עב

תשו' לרבאט לכמוהר"ש בן ישעייא נר"ו שאלה ראובן ושמעון שותפין בחצר אחת ועמדו שניהם ומשכנוה בב"א בשטר אחד ביד יהודא משכונה דסורא ואחר שמשכנוה בידו חזר אח"ך ושכר לראובן המחצה שלו על ידי העמדת שוכר ושכר ג"ך לשמעון המחצה שלו וכתב על זה שטר שכירות לבדי ועל זה לבדו מהו הדין אי אמרינן הואל וכתב שטר שכירות טל כל אחד לבדו אי אמרינן הואל וגילה דעתו שלזה יפרע ממנו מחצה ולזה מחצה בשכירות אמרינן ג"ך גם המשכונה תהיה נפדית לחצאין או לא יומ"ץ:

תשובה לזה הוא הנה במה שרצה כת"ר לומר הואל ושכר לכל אחד מחצה מזה נאמר גם עקרה של משכנתא תהיה נפדית לחצאין לא ידעתי במאי דמיין וכי בשביל ששכר לזה מחצה ולזה מחצה תהיה נפדית לחצאין בלאו הכי רוב הקרקעות הכי היא שכירותם אדם יש לו חצר אחת על הרוב שוכרה לשנים או שלשה בעלי בתים ומה שנוי בזו המשכונה ואי משום ששכרה לבעליה לחצאין מחצה לזה ומחצה לזה מאי שנא שכרה

לאחרים או לבעלים אפשר שכר כל אחד חלקו שלא יהיה ערב לחבירו בשכירות אלא כל אחד יהיה נטפל לשלם חלקו ואדרבא אדדייקת מדעשה שטר שכירות על כל אחד לבדו אדרבא נזיל בתר מעקרא הואל וכל אחד יש לו מחצה מי הביאהו לצרף עצמו עם חבירו לעשות שניהם משכונה בשטר אחד הוה ליה למשכן כל אחד חלקו בשטר לבדו וא"ך אדרבא מדעשו שטר אחד מכאן הוכחה דנתכוונו שתהיה הפדיה בבת אחת ולא לחצאין אבל ממה שכתבו שטר כל אחד בשכירות החצי מזה אין הוכחה כלל דבודאי נתכוונו שלא יהיו ערבים זה לזה בשכירות וא"ך אין כאן מקום לומר מכח זה שתהיה משכנתא זו נפדית לחצאין:

אך בעקר הדין הנה דין זה הרי הוא נפתח הנה מצינו להרה"ג מוהריב"ו זלה"ה בספרו היקר ויאמר יצחק ח"ב סס"ז שנשאל בשני שותפים בחצר אחת שמשכנו שניהם יחד בית אחת ביד ראובן ובמשלם הזמן בא אחד מן השותפים לפדות חצי הבית ופסק שם הרב שאין משכונה נפדית לחצאין ולא שנא משכן אחד או משכנו שנים יעו"ש:

אך נגד זה ראיתי להרה"ג כמוהרר"ב זלה"ה בספר משי"ש ח"ב סקנ"ט שכתב ז"ל אם הממשכנים שנים או שלשה אם יכיל כל אחד מהם לפדות חלקו. תשובה אף דקי"ל אינה נגבית לחצאין אם הממשכנים שנים או שלשה כל אחד יכול לפדות חלקו דאדעתא דהכי נחית כיון שהם חלוקים כל אחד יכול לפדות חלקו אך צריך שיפדה כל חלקו אבל אם ירשו מאביהם לא יפדו אלא כולם ע"כ הנה לשין זה של הרב שכתב דיכול לפדות כל אחד חלקו דאדעתא דהכי נחית כיון שהם חלוקים ע"ך עלה בדעתי לפרש דמאי דכתב כיון שהם חלוקים וכו' היינו חלוקים בחצר דהיינו כל אחד מבורר חלקו והואל וכל אחד חלקו מבורר הגם ששניהם משכנוה בב"א הואל ומבורר לכל אחד חלקו יכול לפדותו לא כן אם אין כל אחד חלקו מבורר וזה הממשכן אינו יידע חלק זה של מי הוא וחלק זה של מי הוא ודאי לא ירד אלא אדעתא שלא תהיה נפדית לחצאין וזהו טעמא של יורשין שאין כל אחד יכול לפדות חלקי הואל ומעקרא היתה כולה של אביהן הגם שאח"ך נפלה לאחים אינם יכולים לפדות כל אחד חלקו:

והגם שהיה קשיא לי אם כונת הרב דהכי פי' דחלוקים דאמר היינו חלוקים בקרקע וממנה נדון דאם הממשכנים לא הי' כל א' חלקו מבורר אין כל א' יכול לפדות חלקו א"ך אדתני בסוף דבריו אבל אם ירשו וכו' הו"ל לפלוג וליתני בשותפים גופיה אבל שותפים גופייהו שלא היו חלוקים בשעת משכונה אינם יכולים לפדות כל אחד חלקו אפילו חלקו וברורו חלק כל אחד תוך ימי המשכונה. הגם שהיה קשה לי קושייא עכ"ז הייתי אומר אולי הרב נקט דינו ביורשים אולי משום דאורחייהו דיורשים לחלוק אחר מות

אביהם ומשום הכי תני אבל יורשים כלומר אפילו חלקו אחר מות אביהם אין כל אחד יכול לפדות חלקו והוא הדין לשני שותפים שלא היו חלוקים בשעת המשכונה ועמדו ומשכנו בב"א אפילו אחר שמשכנו עמדו וברורו כל אחד חלקו עכ"ז אין כל אחד יכול לפדות חלקו זהו בדעתי לפרש בדוחק בדברי הרב זלה"ה חדא משום דנראה לי דוחק לפרש מלת חלוקים שכתב הרב שהם על הגופות קאי דהכי הו"ל להרב לומר כיון שהם גופות שנים ומאי לשון חלוקים על הגופות בשלמא אם נאמר חלוקים על הקרקע קאי הוי כלשון חכמים שאמרו השותפין או אחין שהם חלוקים בעיסתם וכו' וכן יש מזה הרבה חבל לומר כיון שהם חלוקים קאי על הגופות לשון זה קשה קצת: שנית והיא עקר הייתי מצדד לפרש כך לחלק ולומר דדיניה דהרב היינו בחלוקים בקרקע קאמר כדי שלא יהיה דינו חלוק מפסקו של הרב מוהריב"ו זלה"ה לזה הייתי מצדד דהרב משי"ש זלה"ה דבר בדהיו חלוקים בקרקע והרב מוהריב"ו זלה"ה איירי בדלא היו חלוקים כמו שתראה שם בדבריו שני שותפים בחצר משכנו בית אחת ובבית אחת לא שייך שיהיה כל אחד מבורר חלקו זהו מה שעלה בדעתי לקיים שני פסקי הגאונים האלה מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי:

אך האמת יורה דרכו שאין פירוש זה אמת אלא האמת הוא מ"ש הרב כיון שהם חלוקים פירושו הוא כיון שהם גופות חלוקים בודאי דהכי ירד אדעתא שכל מי שיבוא לפדות חלקו יכול לפדות. ומה שהכרחני לזה הוא שבאמת קשה כמש"ל דאם כוונתי היא דחלוקים הוא אקרקע קאי א"ך הוה ליה למימר לפלוג ולתני אבל אם לא היו חלוקים בשעת המשכונה אין אחד יכול לפדות ולמה יצא לידון בירושלמי הי"ל לפלוג ולתני בממשכנים עצמם והגם שיישבתי לעיל משום אורחא נלע"ד דוחק:

גם באמת אין סברא לחלק בין חלוקים בקרקע לשאינם חלוקים ואדרבא נראה כלפי ראיהו הואל והם חלוקים וחלק כל אחד מבורר באו למשכן בב"א אדרבא לא באו אלא אדעתא שיהיה הכל ממושכן ולא יפדה לחצאין ועוד המדקדק בדברי הרב שכתב בלשון זה דאדעתא דהכי ירד כיון שהם חלוקים וכו' בשלמא אי אמרינן כיון שהם חלוקים על הגופים קאי שייך לומר כיון שהם דפי כיון שהוא ידוע שגופם חלוק אבל אי אמרינן פירוש כיון שהם חלוקים על הקרקע היאך יוצדק לשון זה של כיון שהם חלוקים וכו' דפירושו הוא הואל והקרקע ידוע שהוא חלוק הרי בשאלתו של הרב הדברים סתומים ולא נזכר שם שהיה הקרקע חלוק והואל ולא נזכר שהיה הקרקע חלוק היאך יוצדק לומר עליו לשון כיון וכו' והיה צריך לומר אם היו חלוקים אדעתא דהכי ירד ולא בלשון שלילה כיון וכו' דפירושו הואל והדבר ידוע על כן מכל זה נראה פשוט דמה שפסק

הרב וכתב דבשנים או שלשה כל אחד יכיל לפדות כיון שהם חלוקים פירושו הואל והממשכנים גופם חלוק ומזה לא מצא במה לסיים בסוף דבריו כי אם ביורשים שאביהם גוף אחד משכן הגם שמת אביהם ונפל הקרקע קמי יתמי דהוו ב' אי שלשה גופות אין יכול אחד לפדות חלקו. נקטינן מזה דודאי אך בחלקות תשת למו הרב מוהריב"ו זלה"ה עם דברי הרה"ג מוהרר"ב זלה"ה ולענין דינא הגם דלכאורה היה נראה לדון בזה שיכול בעל הקרקע לומר קי"ל כסברת הרב מוהרר"ב זלה"ה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכמו שיתברר לך הדין לזה מסימן שי"ז ס"ב יעי"ש עכ"ז נראה לעד"ן לפסוק כפסקו של הרב מהריב"ו זלה"ה חדא דאפילו אלו לא מצאנו להרב מוהריב"ו זלה"ה שפסק הפך דברי הרב הגדול מוהר"ר ר"ב זלה"ה עכ"ז היה מקום לתמוה על פסק זה של הר"ב זלה"ה יען דדבריו שכתב דשני שותפים שמשכנו כל אחד יכול לפדות כי אדעתא דהכי ירד אדרבא לעין כל נראה דזה הפך הסברא דאם באמת אדעתא לפדות כל אחד חלקו ירדו על מי ועל מה הכניסו עצמם בעובי הקורה לצרף עצמם במשכונה הו"ל מעקרא למשכן כל אחד חלקי ולא יצטרכו לבוא בדינא ודיינא אלא בודאי אדרבא מכאן מודעה דאדעתא למשכן כל הקרקע ירד ולא תהיה נפדית לחצאין וראיה לזה מדין שנים שלוו בשטר אחד הגם שמעקרא הלכו ללות זה מנה וזה מנה לעצמו הואל וצרפו עצמם וכתב עליהם שליו ממנו בשטר אחד מאתים נעשו ערבנים זל"ז יעו"ש בס' ע"ז בש"ע ובב"י וממנו נלמד לנדו"ד דודאי לא צרפו עצמם בשטר אחד אלא להיות קשורים זב"ז וא"ך מכח זה לחוד היה נראה לקוצר דעתי דפסק הרב זלה"ה הוי נגד הסברא אך הואל ואין משיבין את הארי אמרו אלו היה מצד סברתינו זו בטלה דעתינו מפני דעתו אך הואל ומצאנו אילן גדול לסמוך עליו הוא הרב מהריב"ו זלה"ה נחה דעתינו לסמוך עליו הן מצד שהסברא נותנת כן הן מצד דהרב מהריב"ו זלה"ה אחרון אחרון חביב וקי"ל כבתרא כדקי"ל דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואלך כמ"ש בש"ע חומ"ש סכ"ה יעי"ש ובודאי דברי הרב הגדול מוהרר"ב זלה"ה לא נעלמו מעיני הרב מוהריב"ו זלה"ה וא"ך יש לנו לפסוק כדעתו דשותפין שמשכנו לא יוכל א' מהם לפדות חלקו זהו המסקנה ותו לא מדי הגם שהי' כדי להוסיף לך כהנה וכהנה הזמן גרם לצאת מן העיר מקול פחדים שנשמע מה שנעשה במתא דאר לבידא הי"ן נקמתם על כן אין הזמן מסכים להאריך עוד. הי"ז בש"א לאב תרס"ז לפ"ק וצוי"ם וימ"ן פה סאלי יע"ה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עג

ראיתי מ"ש הרב הפוסק למעלה ראש הי"ו לפטור אבי הנערה מהקנס וטעמא טעים דהואל ומור"ם סיים וכתב ומיהו קנין בעי ובכאן דלא היה שום קנין כמ"ש הרב הפוסק נר"ו דיש בידו כתב עדות שלא היה שם שום קנין בודאי דפטור דכוותיה דמר"ן קי"ל:
והגם שהוא כתב וחתם בחת"י שהיה הדבר בקנין וש"ח ומצינו למור"ם בסי' ר"ז סט"ז שכתב וז"ל ואם צוה לכתוב בשטר שקנו מידו בבד"ח אע"ג דלא קנו מיניה מהני וכו' וכן בסי"ט לענין אם כתב בשטר שיקבל עלי בח"ח ובש"ד וכו' יעו"ש:
פשוט וברור הוא דדיקא במקום שהיה הקנין יש לו על מי יחול אלא דמכח הקנין לחוד יש בו חשש אסמכתא ואסמכתא לא קנייה דכל דאי לא גמר ומקני בזה הוא דאמרינן כשאמר כתבו קנין זה דהוי בבד"ח אזי אמרינן בודאי דגמר ומקנה באותו קנין ונסתלקה האסמכתא וחשבינן ליה כאלו היה באמיתות בבד"ח אבל אי אמור יאמר הריני קינה בקנין סודר ולא נטל הסודר בידו במה יתקיים הקנין ועדיפא מזה מצינו דבעינן שיתפוס בידו שלש אצבעות או שיעור שיכול לנתקו ולהביאו אצלי הלאו הכי לא מיקרייא אותה תפיסה כלל ולא קנה יעי"ש בסי' קצ"ה ס"ד ומכ"ש בדבור בעלמא בודאי דלא קנה ולא דמייה ממש אלא להההיא דסו"ס קי"ג דנמצא לא היה לו קרקע כלל דלא קנה הואל ואין לקנייה זאת על מי יחול:
ואין לחלק ולומר דשאני ההיא דשלא הי"ל קרקע דסו"ס קי"ג הואל ועיקר הקנין הוא בנתינת אא"ק ואם נמצא אין לו קרקע לא היה שום קנין אבל בכאן לפי סברת הרא"ש וסיעתיה דכתב מר"ן בשם י"א דנגעו בקנס זה לחייב השדכנים מטעם בושת א"כ נימא כשאמר הריני קבלתי הקנין בפועל הוה דיי ובאמירת זאת חיזק חיוב הבושת והדר דינו כההיא דסמ"ז שכתבנו בקבל הקנין ואמ"ל כתבו דהוי בד"ח וא"כ גם כאן הואל ועיקר החוב הוא משום בושת תיהוי האי חתימה שחתם ואמר כאלו הוה הקנין ויחזיק חייב הבושת: אלא דרב המרחק ביניהם דבשלמא הקנין אילי האסמכתא הוי קנין כמו"ש ולסלק האסמכתא בעינן בד"ח אבל כבר הביא הרב הפוסק דברי הלבוש דמשני הטעמים מצריך מור"ם כאן הקנין ותרוייהו דאלולי הקנין ליכא בושת כלל נמצא דעיקר הבושת שמצדו מתחייבים המשודכים היא הקנין ובנפול היסוד שהוא הקנין לא ישאר שום בושת כלל ולא יתחייב בשום דבר כלל אפילו בשיעור דמי בושת:
ודבר זה דלא יתחייב החוזר אפילו בדמי הבושת ראיתי להרב הפוסק למעלה ראש נר"ו שהכריח כן מסתימות דברי מור"ם דקאי על דברי מר"ן שכתב כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את חבירו ועלה קאי מור"ם דבעי קנין משום

הבושת יכו' ואני עני נלע"ד אדרבא מכאן לדקדק איפכא ונימא דלא הצריך מור"ם קנין אלא משום היתרון שהיה ראוי לשלם בדמי הבושת ודבר זה יש לדקדקו מדברי מר"ן שכתב כי כדאי הוא שיתחייב משום בושת שביש את חבירו אלא דכוונת מר"ן לומר דקנס אפילו יהיה סך גדול לא הוי אסמכתא כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בקנס גדיל וליחשב אותו קנס כולו דמי בושת פירוש דהגם דדמי הבושת הוא מנה דוקא וזה עשה קנס מאתים אפי"ה הואל ויש בושת באמצע כדי לומר שחייב לשלם כל מה ששערו ביניהם והוי כאלו התנו וגילו דמי הבושת יש בו כו"ך ואדעתא דהכי נכנס ובזה אתו מדוקדקים הטב דברי מר"ן ועליהם קאי דברי מור"ם ומיהו קנין צריך הכוונה למה ששערו דמי הבושת יותר ממה שראו בענין קנין אבל לשיעור הראוי איכא למימר לא צריך קנין:

ובזה ג"כ נסתלק ההכרח שעשה הרב הפוסק מדברי הש"ך דהש"ך ס"ל דהואל והבושת באמצע כל מאי דמשערי ביניהם בדמי הבושת לא מיחשיב אסמכתא ולא בעי קנין וכו': אבל יש לדקדק בדברי הרב הפוסק נר"ו דפטור אפילו מדמי הבושת מכח דברי הרב הלבו"ש שכתב דטעמו דמור"ם דמצריך קנין הוא משום דאלולי הקנין אין כאן שום בושת כלל וא"כ באומרך אין בושת כלל א"כ מה משלם בודאי דלא משלם שים דבר לא שיעור דמי הבושת ולא יותר וגם הרב מהריב"ו זלה"ה הוכיח במישור דמדברי הלבוש מוכח דבמקום דליכא קנין ליכא ביוש כלל ופטור מכל וכל והגם דאיהו שם אחר שהביא דברי הלבו"ש עכ"ז פסיק ותני דחייב בדמי הבושת הרי שם טעמו בצדו דאיהו דיק מדברי הלבו"ש דהיכא שיש קנין הוא משום בייש וא"כ ממנו נשמע דאם היה הדבר בפירסום דיש ביוש חייב בדמי הבושת לגבי החתן אם חזר בו דוקא יעו"ש וא"כ לגבי נדו"ד דלא היה לא קנין ולא פרסום בשעת השידוכין בודאי דליכא שום ביוש ואין על החוזר שום חיוב ביוש כלל והגם שאפשר שאח"כ נתפרסמו השידוכין כבר הוכיח הרב הפוסק נר"י דבעינן בשעת השידוכין הוא דמהני הפירסום יעויין בדבריו משם הרב מט"ש ז"ל:

ומה שכתב הרב מהריב"ו זלה"ה בדבריו וז"ל יצא לנו מזה דאם נתפרסם הדבר דשייך בושת חייב בדמי הבושת וכו' לאו כוונתו לומר דאם נתפרסם היינו אפילו לא היה שעת השידוך בפירוש ונתפרסם אח"כ אלא הכוונה דאם נתפרסם הדבר דקאמר היינו בשעת השידוך כדי דלא ניהוו דבריו סתראי למ"ש הרב משם מט"ש שכתבנו אבל בנדו"ד דלא היה הפירסום בשעת השידוכין פשוט דליכא שום חיוב דדמי בושת גם נוסף ע"ז הטעם שכתב הרב הפוסק דבחזרה שבכאן אין בה שום ביוש כלל הואל וחזרה זאת היתה ע"י הטעמים המובאים בשאלה וגם בזה צדקו דברי הרב הפוסק והן הם הדברים שכתב הרב

מהריב"ו זלה"ה משם הרב בנו של משד"ר שכתב וז"ל וגם מדין בושת לא יתחייב כלל כיון שלא נתכוון לבייש אלא שחזר בו מחמת שהבת עדיין קטנה וחלומות ביעתותי מבעיתי ליה וכיון שאין מכווין לביישו פטור כדכתב הרב בחומ"ש ס' תר"א וכו' וא"כ בנדו"ד אינו מתחייב כל זה עכ"ל דברי הרב בנו של משד"ר ובזה גם הרב מהריב"ו אזיל ומודה וא"כ נדו"ד עדיף מהנהו טעמי שפוטר מהם הרב בנו של משד"ר כמו שמוכח מתוך השאלה: ועדיפא מזה אמינא אנא אפילו אם היו תהיה חזרת הבת הזאת בלי שום טעם אלא במתכוונת לבייש עכ"ז אביה פטור דהגם דקי"ל דאם היו תהיה העכבה מצד הבה עכ"ז אביה חייב קנס כמו שמתנים בשטר וגם כאן הרי כתוב אפילו אם תהיה העכבה מצד הבת אביה חייב היינו דוקא במקום שהיה הדבר כתקנו בקושח"ך ואזי מחייבין ליה וכו' אבל בנדו"ד שלא היה החייב לא מצד הקנין ולא מצד הש"ח אלא מטעם ביוש דוקא דהוי כמבייש את חבירו דחייב בבושת הייני דוקא אם היתה החזרה מצד האב דהואל ונתכוון לבייש חייב אבל בכאן דלא חזר בו כלל אלא הבת ואמה מכחם באה החזרה אפילו אם נתכוונו הם לבייש איהו פטור דאין מתחייב אלא על מעשה עצמו דוקא ולא על מעשה אנשי ביתו:

ובדרך אגב ראיתי לתרץ מה שתמה הרב הפוסק נר"ו על הרב מהריב"ו דמחלק בין הביוש של החתן לביוש הכלה ומ"ר ניהו רב"א תמה עליו דמעולם לא ראה וכו' אמת נכון הדבר דאפשר דאפילו מעולם היינו במקום שיש קנין בודאי אין חלוק דבמקום דמהני מהני לתרוייהו להשתלם כל הקנס ובמקום דלא מהני לא מהני לתרוייהו וכמו שאין זה ניטל כל הקנס כך צד שכנגדו אינו נוטל כל הקנס אבל נדו"ד של הרב לא נכנס בדיני קנס כלל אלא מדין בושת והאשה הואל וכל כבודה בת מלך פנימה גזר אומר שיש בושת דיאמרו בעלת מום וכו' ובאיש דלא שייך טעם זה ליכא בושת זהו מה שנראה להשיב על דברי הרב אלא דלענ"ד נשארה לי תמיהא על דבריו דמחייב בבושת דהאיך מחייב בבושת הרי בזמנינו זה אין דנין דיני בושה דאין דנין דיני בושת בבבל וכמ"ש מר"ן בחומ"ש ס"ב יעו"ש ובשלמא לשאר פוסקים דמפרשי דדברי מור"ם הם קאי איותר מדמי בושת הוא דמצרכי קנין אבל על דמי הבושת לא מצרכי קנין וכן על הרב המשביר שמביא דבריו בסוף הפסק הרב דמחייב לבת בוגרת ששידכה אחיה דמי הבושת וכו' יעו"ש ליכא עליה שום קושייה כלל דנימא דהגם דקי"ל אין דנין דיני קנסות בבבל עכ"פ אם התנו וקבלו עליהם לית קנס זל"ז מהני ומשתלמי זה מזה אבל לדברי הרב הנז' שהיה מחייב באותו ענין שהיה דן עליו ולא היה שם אפילו שום תנאי בפה ולא שום דברים ומחייב דמי הבושת זה קשה בעיני הרי אין דנים דיני קנסות בבבל ואחר הדוחק אמרתי אני לתרץ

דכוונת הרב ז"ל לא לגבות ממש קאמר אלא לענין דמנדינן ליה עד שיתן דמי הבושת או אם תפס אבי הכלה וכמו שפסק מר"ן בחומ"ש סי"א ס"ה יעו"ש:
איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה דהואל ולא היה קנין ולא היה שידוכין בפירסום נוסף ע"ז החזרה היתה ע"י ארוסה וגם נוסף שלא היתה ע"י האב אלא ע"י בתו פשוט דאין כאן שום ביוש ופטור מכל וכל אבי הכלה הנז': ודע דכל דברינו זה לא הוצרכנו לפטור אבי הכלה מהקנס משום דלא היה הקנין בעולם ולא הוצרכנו לזה אלא לפי טעם השני של הלבוש שנתן בדברי מור"ם דכשיש קנין גמרי ומקני אהדדי ואיכא בושת אבל לפי דברי הלבוש הראשונים דהקנין מהני להוציא הקול דעדי הקנין מפקי לקלא וגם לפי דברי הרב מט"ש שכתב הרב הפוסק דס"ל להרב מט"ש דעל ידי עדים מפקי לקלא א"ך אין אנו צריכים לכ"ז והוה אמינא דאפילו אם הוה כת"י זה בקנין אפי"ה פטור אבי הכלה וחילי הוא ממ"ש הסמ"ע בסט"ל סק"ב וז"ל ועי' בהגהד"מ שם כתבתי והוכרחתי דדוקא כשהעדים לפנינו וזוכרין זמן הקנין דאל"ך אע"פ שהלוה מודה לו שקנה ממנו מזמן זה וגם יש עדים אחרים שראו הקנין מ"מ הן לא מפקי לקלא אלא עדי הקנין עצמם שהוזמנו וכו' עכל"ה הרי לפניך דלא מפקי לקלא אלא דוקא עדים שהוזמנו לקנין דוקא אבל מי שלא הוזמן אפילו ראה וידע מהקנין לא מפיק לקלא וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד דאפילו אם אבי הכלה יקבל קנין מיד אחר פטור דדוקא אם היה הקנין לפני עדים שהזמינם אבל זה שכתב כת"י ימסרו ביד החתן א"ך לא סמכו על עדות העדים כלל ולא יחדום לכך ועל חת"י סמכו דוקא וא"ך אותו פלוני שקבל הקנין לא היה לשם עד אלא המתפיס לו הסודר להקנותו דוקא ולא משום שנתייחד לעדות ולא סמכו על שני עדים אלא על כת"י דוקא וא"ך הוי אותם העדים שקבלו ממנו כעדים דמלוה שראו הקנין ולא נתייחדו לשם כך דכתב הסמ"ע דלא מפקי לקלא וא"ך גם כאן הואל ולא נתייחדו לא מפקי לקלא כלל וכעין זה ממש ראיתי להרב פחד יצחק זלה"ה אות בי"ת שכתב וז"ל כתב יד בעדים אם יש בי קנין אע"פ שהעדים חתמו מעצמם דין שטר גמור יש לו לגבות ממשעבדי עכל"ה והוא מדברי הרב בע"י חי"י שמסיק כן להלכה ולמעשה בסי' נ"א יעו"ש ופשט דבריו שכתב כת"י בעדים אם יש בי קנין מורים אפילו היה הקנין ע"י אותם עצמם החתומים ואפילו מצריך דוקא אם היו חתומים אלא אפילו חתמו מעצמם דון מינה אם לא חתמי עצמם אפילו היו מזומנים לעדות הקנין עכ"ז הואל ולא החתימום בכת"י שעשו ביניהם לא מפקי לקלא דהואל ורואים דלא על עדותם לבד הם סומכים אלא על כת"י שעשו ביניהם א"ך תו לא מפקי לקלא ואם כן אפילו אם הוה הדבר בקנין הוי יכולים לומר דה"ר מימון אבי הכלה פטור דיכול לומר דקי"ל כטעם הלבוש הראשון דהעיקר הוא

מטעם קלא וכטעם הרב מט"ש דכשיש קנין חייב משום דעדים מפקי לקלא וא"ך בנדו"ד דהעדים לא מפקי לקלא אין כאן שום בושת ופטור כלל:

ומעתה חל עלינו חובת הביאור אם הר' מימון אבי הכלה יש לחייבו מכח השבועה שחתם בכת"י שהיה הדבר בקוש"ח מיד אחרים ומצינו להרב מהרשד"ם ס"ד סקי"ג כתב אע"פ שלא ביטה בשפתיו הורה להחמיר וכן ראיתי להרב נחלת עזריאל בחידושיו לשבועות דף כ"ו שכתב וז"ל וקצת משמע מתשו' רמ"א סנ"א ונ"ב דהוי שבועה בכתב ושם בסק"ח מבואר להדייא דהוי ספק ויש לחוש יעו"ש וא"ך גם כאן הואל וחתם בחת"י שהוא קבל בקוש"ח נמצא לפי סברת הפוסקים הנז' הוי כאלו נשבע בפה וא"ך יש לחייבו מכח השבועה וכמ"ש בס' כ"ז סי"ט ובס' ר"ט ס"ד יעו"ש הרי מצאנו להרב צו"ד בחיור"ד סט"ו שכתב וז"ל הנה בס' ברכ"י או"ח סתפ"ט הביא סברות הרבה שמסכימים בנשבע ע"י כתב ולא ביטה בשפתיו שאינו חייב לקיים שבועתו ובפרט מר"ן בתשו' ב"י וגם מהרשד"ם שהורה להחמיר רבו עליו חביריו והורו מעשה להקל ותשובת מהר"י הלוי דבדיני אדם אין לחייבו דבר כיון שלא הוציא השבועה מפיו והרב שבות יעקב ביו"ד סמ"ט זה הלכה העלה דכתיבה אינה כדבור עכ"ל וא"ך הרי לפניך דהחולקים על סברת מהרשד"ם רבו כמו רבו ואין לחוש לזה כלל:

ועדיפא מזה יש בנדו"ד אפילו לסברת מהרשד"ם ותשו' רמ"א שהביאנו לעיל דחתימה בכת"י הוי כמבטא בפיו וחייב עכ"ז בכאן כו"ע יודו דאין כאן שבועה ולא יתחייב דאתה קורא דע וראה אופן השבועה שיתחייב בה האדם הוא כמ"ש מר"ן ביו"ד סרל"ב ס"א יעו"ש דצריך שיאמר הריני נשבע או שישביעהו אדם אחר והוא יענה אמן ע"ך וא"ך מאן דס"ל דאם כתב בכת"י הוי כמבטא עכ"פ בעינן שיכתוב הריני נשבע בש"ח ואזי אפילו לא ביטה בשפתיו ס"ל להנהו פוסקים דמהני אבל בכגון נדו"ד שאינו כתוב בו הריני נשבע אלא כתוב בו הריני מודה שקבלתי ושנשבעתי מיד אחרים בזה לא יתחייב כלל הואל ועכשיו בשעת החתימה אינו מוציא שום שבועה חדשה מפיו אלא אומר הריני מתחייב מכח מה שנשבעתי מיד אחרים והואל והאמת לא נשבע אין עליו שום חיוב והן הם הדברים שמצאנו להרב חוו"ת יאי"ר זלה"ה הובאו דבריו בחידושיו של הרב ביור"ד סרל"ב על ההיא דכתב מור"ם שם ס"ב בדין אם כתב עליו שטר והודה בז שנשבע לפלוני אם האמת הוא שלא נשבע אין עליו שם איסור שבועה כלל וכתב הרב חוו"ת יאי"ר שם וז"ל ודוקא אם הודה שנשבע ולא נשבע אבל אם כתב הריני נשבע וכו' בזה חייב יעו"ש והחלוק מובן מאליו כאשר כתבתי והרב חוו"ת יאי"ר בסברא זאת צ"ל דס"ל כסברת הפוסקים דס"ל דכתיבה כדבור ועכ"ז ס"ל דבעי לכתוב הריני נשבע אבל אם הודה בכת"י

שהודה שנשבע בזה אינו מעלה ואינו מוריד וא"ך נדו"ד הוא ממש כאותה של מור"ם דסרל"ב דהא ג"ך כל הכת"י הכי הוא כולו בלשון הודאה הריני מודה ע"ע בכהקוש"ח שקבלתי מיד אחרים וכו' ומסיים בכל דבר בכהקוש"ח הנז' דהיינו שקיבל מיד אחרים וא"ך הואל ולא נמצא כאן שקבל מיד אחרים אין כאן במה לחייבו כלל ומכח טעם זה נמי יש לפטור בנדו"ד אפילו אם המצא ימצא שאבי הכלה הזאת בשעה שבא לחתום בכת"י קרא אותו והוציא המלות בפיו מלה במלה עכ"ז הואל ולא נשבע עתה כלל אלא היה אומר בכהקוש"ח מיד וכו' א"ך הרי לא הוציא מפיו שום שבועה ולא הוציא מפיו כי אם שהוא מתחייב מכח שבועה שהשביעוהו אחרים וכיון דכפי האמת לא השביעוהו אחרים אין כאן חיוב כלל והן הם הדברים ג"ך שכתב מור"ם בסרל"ב ס"ב בתחילת דבריו שכתב מי שהודה בפני רבים ואמר שנשבע וכו' צריך אתה לדעת דההודאה כך היא דעו לכם ואתם עדי שאני נשבעתי לפלוני וכו' ועכ"ז אפילו בוטה בשפתיו דברים אלו עכ"ז הואל ולפי האמת לא נשבע הודאה זאת כמאן דליתא דמי וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד אפילו קרא ושנה והוציא כל מלה בפיו אין כאן שום שבועה לחול עליה שום חיוב כלל. המורם מן התורה מכל הני מעלייתא ומדברי הרב הפוסק רב יוסף סיני יצא לנו הדין דה"ר מימון אבי הכלה פטיר ועטיר מכל וכל וליה עינינו יצילנו משגיאה. ויראנו מתורתו פליאה. בסדר אלה החוקים אשר צוה ה' את משה בהאי שתא אמרו"ת טהורות לפ"ק פה סאלי יע"ה הצעיר ומואס כל תאוה ע"ה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עד

עמדו לדי"ת שתת' מאיר תובע לאברהם וטען מאיר שזה כמה גנב איהו איזה חפצים למשה שהיה מאיר הנז' מושכר עמו וכשגנבם מאיר הנז' מכרן לאברהם הנז' ועדיין דמיהם בידו שעדיין לא פרעו ועכשיו העמיד מאיר הנז' בצדו אלמנת משה הנז' שנגנבו ממנו החפצים היא ויתומיו ואומר דעו כל מה שמכרתי מאותם חפצים הם של משה בעל האלמנה הנז' ואבי היתומים וידי מסולקות מאותם מעות דשל האלמנה והיתומים הם ולהם משפט הירושה ואברהם הנז' השיב אמריו שלא יתן כלום דמיום שמכר לו מאיר הנז' עד היום כבר עברה עליו שמיטה ואם יש בידו פרוזבול יוציא אותו ותכף מאיר השיב אמריו מה טיבו של פרוזבול ולא ידע אפילו שמו של פרוזבול מהו יומ"ץ: תשובה נחזי אנן אם בהניח ננית שהמעות האלו שיווי החפצים אם משעה שמכר מאיר הנז' החפצים ונתחייב בדמיהם אברהם הנז' חשבינן ליה למשה בעל החפצים נתחייב ולא למאיר ונעשה משעה ראשונה משה הוא המלוה ואברהם הוא הלוה דידיה ואם כך

הוא בודאי דטענת אברהם הנז' דרוצה לזכות מכח שמיטה שעברה אין בטענתו כלום הואל והלואה זאת חשיב משה הנז' הוא המלוה וא"ך אפילו לא יהיה ביד האלמנה והיורשים שום פרוזבול יכולים הם לגבות החוב מכח דילמא מורישם היה לו פרוזבול ונאבד וכמ"ש מר"ן בסס"ז סכ"ט וז"ל יתומים גדולים טענינן ליהו שמא היה לאביהם פרוזבול או שמא התנה שלא ישמטנו בשביעית ע"ך וא"ך גם כאן הכא הגם שלא יוצדק טענת שמא התנה עכ"פ יוצדק דילמא משה אביהם היה לו פרוזבול ואבד ואפילו אם תעבור שמיטה אחר מיתת משה הנז' עכ"ז אינם משמיטם דלגבי חלק היתומים בהלואה זה בלא"ה א"ץ פרוזבול וכמ"ש בסכ"ח דיתומים קטנים א"ץ פרוזבול וכתב הסמ"ע בסק"ן דלא שנא מה שהלוו משלהן ל"ש מה שהלוו משל מורישן דהב"ד הם אביהם של היתומים ושטרותיהן וכל אשר להם כמסורין לב"ד יעו"ש אלא דאפילו חלק היתומים הגדולים וגם חלק האלמנה שהוא מחצה בנכסים דבעינן פרוזבול דלגבי חלק הגדולים הרי הוא מבורר מדברי מר"ן סכ"ח דכתב דקטנים א"ץ פרוזביל אבל גדולים פשיטא דצריך וכן מפורש בב"י יעו"ש וגבי חלק האלמנה נמי בודאי דצריכה לכתוב פרוזבול על הלואתה דלזה הושוואו איש לאשה דלא תעבור על לא יגוש וכן פסק מר"ן ג"ך בסי"ז דמשם באירה דאשה משמטת והגם דחוב זה יש בו שותפות ליתומים קטנים וגדולים והאלמנה בודאי דלא נימא דכמו דהקטנים אינם צריכים לגבי חלקם גם הגדולים עם האלמנה לא יצטרכו דהא כתב מר"ן ג"ך בס' ז"ך וז"ל חמשה שהלוו לאחד כל אחד ואחד צריך פרוזבול ע"ך אלא כדדייקינן נראה דגם חלק האלמנה והיורשים הגדולים לא אבדו חלקם דהא מצאתי ראיתי להרדב"ז ז"ל הובא דבריו בס' כר"ח ס' צ"ה דהלואה שנעשית עליה פרוזבול אפילו עברו עליה כמה שמיטות ולא עשה שום פרוזבול אינו משמט יעו"ש וא"ך גם כאן נימא דשמא אביהם בשמיטה ראשונה עשה פרוזבול ותו לא צריכה הלואה זאת שום פרוזבול וא"ך אפילו תהיה הלואה זאת באופן שעברו עליה שני שמיטות אחת מימות משה ואחת אחר מיתתו לא אבדו היתומים הגדולים והאלמנה חלקם וכס' הרדב"ז וכן מדוקדק אצלי דמר"ן עצמו פסיק ותני כס' הרדב"ז יעויין בלקוטי דידי הש"ע בסי' ס"ו סכ"ט מה שדקדקתי דמר"ן כהרדב"ז ס"ל יעוש"ב גם דעדיפא מזה מצאנו בכאן דהא האלמנה והיורשים לא ידעו מהלואה זאת עד היום הזה וא"ך אם המצא ימצא דאביהם המת מעולם לא עשה פרוזבול לא הוא ולא יורשיו אחריו לא אבדו הלואתם דעכשיו הוא שנתודע להם ההלואה ולא גרע זה ממ"ש מר"ן בס"ו במי שכפר לחבירו ונשבע לו ועברה שמיטה ואח"ך הודה דחייב לשלם וטעמא טעים הסמ"ע דהואל ולא היתה לו תביעה עליו בשעת השמיטה אח"ך הויא כהלואה חדשה וא"ך יכולים

ללמוד זה במכ"ש כמו שהדעת נותן לבעלי מדע וא"ך פשוט אילו היה מה שלא היה כדאמרן היה אברהם מחויב לשלם לאשה ולבנים אבל לפי האמת כ"ז מאריך טרחא דמה לו לאברהם הנז' עם יורשי משה הנז' ומאן לימא לן דכדברי מאיר כן הוא דחפצים אלו היו של משה ואפילו יהיו דידיה נינהו לאו בע"ד דידיה נינהו האשה והיתומים דגבי אלו היו החפצים קיימים היה מחייב אברהם הנז' להחזירם להם אחר שיתנו לו דמי הקנייה כדין גנב שאינו מפורסם שעשו בו תקנת השוק וכמ"ש הטוש"ע עכ"פ עכשיו שהחפצים כבר כלו ונאבדו מן העולם מה להם אצלו הלא דינם עם מאיר הנז' הואל ויש לו ממה לשלם ומאיר דינו עם אברהם וא"ך הואל ומאיר הנז' תחילת דברי פיהו סכלות ופיו הכשיל אשר לא ידע אפילו שם פרוזבול בודאי דפטיר אברהם הנז' מאותה הלואה וכתבתי זה להוציא מדעת אחרים ופשוט הוא וצוי"ם וימ"ן. כ"ד החו"פ סאלי יע"ה:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עה

להיות שאליהו השכין ביתו בתורת משכונה דסורייא ביד יצחק ואחר זמן מהתוך יומי המשכונה עמד יצחק והוציא דלתות הבית חוצה דהיינו הדלתות היו קודם קבועים בגלגל ומאסקופת הבית ולפנים ועמד יצחק והוציאם וקבעם מאסקופת הבית ולחוץ דבענין חזרו להיות נדונים באש ובמים דהיינו שולט בהם השמש ויורד עליהם המטר ומזה הדלתות נתקלקלו וביום זה כשבא אליהו הנז' לפדות המשכונה תבע ליצחק הנז' לשלם לו ההפסד שכבר נעשה בדלתות וגם ההוצאה שצריך לתת לאומן כדי להחזיר העטרה ליושנה כמו שהיו הדלתות בתוך הבית וטען אליהו שכבר ביום הראות בו את יצחק הוציא הדלתות חוצה מיחה בו מהו הדין:
תשובה מה שנלע"ד היא אפילו אם לא היה מוחה בו ביום ראותו שהוצא הדלתות יכול זה הנושה לתבוע ממני הפסידו דהא מצאתי למר"ן בש"ע סי' ש"ף ס"א שכתב וז"ל האומר לחבירו קרע כסותי שבר את כדי על מנת שאתה פטור הרי זה פטור ואם לא אמר לו על מנת שאתה פטור הרי זה חייב אפע"פ שהרשהו להשחית בד"א כשבאו הכלים לידו בתורת שמירה כגון שהיו הכלים שאולים ומופקדים אצלו אבל אם לא היו בידו בתורת שמירה כיון שאמר לי קח כלי זה ושברו הרי זה פטור עכ"ל וכתב שם הסמ"ע דאם בא לידו בתורת שמירה דאמרינן חייב הגם דאמר ליה קרע או שבר הכוונה קרע ושלם קאמר ליה יעו"ש סי' קי"ג וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד דבא הבית לידי יצחק בתורת משכונה ועליו מוטל לשומרו אפילו אי הוה אמר ליה הוציא דלתות הבית חוצה אם לא היה אומר

לו על מנת שלא תשלם ההפסד הוה מחייבינן ליצחק לשלם ההפסד שיארע בדלתות מכח היציאה דהוה אמרינן הוצא ושלם קאמר ליה כמ"ש הסמ"ע במכל שכן נדו"ד דלא אמר לו כלום ואדרבה לפי דברי אליהו שאמר שמיחה בו למה יעשה כדבר הזה פשוט דחייב יצחק לשלם לו ההפסד ושכר האומן של החזרה שיחזיר הדלתות למקומם:

ועדיפא מזה ראיתי בפסק של הרב המשבי"ר המועתק אצלי מספר אחד של כמוהרי"ב י"ץ הוא הוא מועתק בלקוטי סי' תתק"ד וז"ל אשה ששטחה בגדים על החבל מקום שמשתמרים שם הבגדים ובאה חבירתה ונטלתם משם מאמצע החצר ושטחתם בקצה החבל מקום שיכול שומר של הגג ליטלם וראתה בעלת הבגדים ושתקה ונגנבו משם יראה לכאורה דחייבת דלא גרע מהאומר קרע כסותי דחייב וכ"ש שתקה אך לא דמי דהתם דהוה שהוא היזיק בידים מסתמא לא מחל אלא ושלם קאמר ליה אבל בהזיק שאינו נכר יברור ודאי כיין ששתקה מחלה דומייה דפותח חלון לחצר חבירו דאם שתק מחל ומסתמא בא לו ההזיק מחמת החלון עכ"ל הרי לפניך דהרב הנז' דעתו העליונה לפסוק כמ"ש אני עני ולא מצא צד פטור בנדון דידיה אלא הואל ואין הזיק ברור א"ך דון מיניה בנדו"ד שההזיק ידוע וברור ומוכן ומזומן לבוא מדי רגע ורגע כידוע לכל שהדלתות מתקלקלים בהוצאתם חוצה ואפילו איזה אדם רוצה לעשות דבר זה לתענוג חד או תרי בדרא הרי אינם עושים כי אם בשלהם ורשאי אדם לחבול וכו' ובפרט כל מי שעושה דבר זה עושה לו תיקון והתיקון הוא עושים כיפה של עץ תקועה בכותלי הבית למעלה מדלתות כדי להגין על הדלתות בל יכם שרב ושמש והוא הנקרא בלשון ערבי מכ"ב וזה לא עשה כלום אין לך מזיק יותר מזה וחייב לשלם כמ"ש וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן עו

בא לפני ראובן תפס מעות לוי באמור לו כי סבת תפיסתו הוא משום שהוא נושה בשמעון והרי שט"ח שיש לי על שמעון בידי וידענא דשמעון נושה בלוי סך מה בשטר ותפסתי וזכיתי מכח דר"ן ולוי טוען אינו בדין שתתפוס ממוני ושטר חובי יהיה נשאר ביד שממון הואל ואינו עתה במדינה שיחזיר לי שטרי מהו הדין יומ"ץ:

תשובה לזה מעקרא בררתי דראובן הנז' יכול לגבות ממה שימצא ממעות שמעון הואל והלואתו מבוררת בשטר מקוים באמנות וכו' ואין צריך הודעה לשמעון אם יש בידו שובר מראובן כי רב הדרך ביניהם יותר משלשים יום וכמ"ש כל זה בטוש"ע סק"ו יעו"ש:

אלא במאי דטען לוי אם בדין הוא שיפרע את השטר הואל ואין שמעון המלוה לפניו שיחזור לו שטרו בזה נסתפקתי במ"ש מר"ן בש"ע בסנ"ד ס"ג משם הטור משם בעל התרומות שאם אמר המלוה עתה אין שטרי בידי כי הוא בעיר אחרת ואכתוב לך שובר שאין שומעין לו כיון שהוא בעולם לא יפרע לו עד שיחזיר לו שטרו ע"ך א"ך גם כאן הכי או נימא הואל וכבר תפס לא מפקינן מידו ודעתי היתה נוטה הואל וכבר תפס לא מפקינן מיניה ולא נחה דעתי עד שהזמין ה' לידי ספר הגדול להרב מהריט"ץ זלה"ה וראיתי שם בסמ"ט שנשאל בשמעון שהיה חייב לראובן וראובן חייב ללוי וראובן גברא אלמא הוא ועתה בא לוי להוציא משמעון המנה שחייב לראובן באומר שראובן חייב לו מדר"ן וטען שמעון אם אתה רוצה שאתן לך מה שאני חייב לראובן צריך שתחזיר לי השטר שיש לראובן עלי כי גברא אלמא הוא וירא אנכי לתובענו ואם תמצא לומר שבדי"ץ יכתבו לי שובר זה גברא אלמא הוא ולא ישמע והשיב הרב וז"ל על מה שטוען שראובן גברא אלמא הוא לית לן ביה ואין לנו אלא לכתוב לו אנחנו ב"ד שובר ולגזור עליו שלא ישכין באהלו עולה שטר פרוע ואם הוא אלם אין אנחנו אחראים לרמאים ולאלמותי עכל"ה ובזה נחה דעתי. הן אמת דראיתי להרב בעל פתח"י תשוב"ה ס"ם פ"ו שכתב משם הרב שע"ר המשפ"ט על ההיא דמהריט"ץ ז"ל וז"ל אך מכל מקום בהאי דינא דמהריט"ץ שיש שטר ביד המלוה השני ואינו רוצה להחזיר לו השטר להלוה יש לדון בו טובא וכו' והאריך בזה וכתב דהך דמהריט"ץ צ"ע לדינא ע"ש עכ"ל הרב פתח"י תשוב"ה. עכ"פ אנן בדידן אין לנו להניח ודאי של מהריט"ץ ולתפוס בצ"ע דהרב שע"ר המשפ"ט ובפרט דראובן זה כבר תפס מעות ליי ודאי שאין להוציא מידו ובפרט אפשר דהרב שע"ר המשפ"ט לא פקפק אלא באותו דין דמהריט"ץ שהיה המלוה גברא אלמא אבל בנדו"ד יודה למהריט"ץ ומחד טעמא מהני בנדו"ד אין להוציא מיד ראובן מכ"ש כאן דכבר תפס ושמעון לאו גברא אלמא בודאי דזכה ראובן אלא שבדי"ץ יכתבו ללוי דשטר ראובן היה בדין שיגבה בו מממון שמעון והוצאנו הממון מלוי הלוה דשמעון ופרענו לראובן ומעתה שטר שיש לשמעון על לוי הרי הוא בטל ומבוטל כי פרוע הוא ותו לא מדי. זהו משנע"ל ע"ד וצוי"ם וימי"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עז

שאלה ראובן אמר לשמעון מנה לי בידך ואמר שמעון לא היו דברים מעולם והי"ז בפני הדיין ובא עד"א והכחיש לשמעון בפני הדיין ואמר לו בפני נתנם לך ראובן ובפני נתתה

אותם בהמלבוש שלך וחזר שמעון ואמר כן נתנם לי ואח"ך החזרתי אותם לו וראובן אומר שלא החזיר אותם לו עד כאן הגיעו דברי השואל מעיר דאר לבידא אות באות:
תשובה לזה לכאורה נראה דיש לדקדק בדברי השאלה הנז' דבאו סתומים וחתומים דיש לפרש דברי שמעון בשני אופנים במה שחזר ואמר כן נתת אותם לי ואח"כ חזרתי אותם לך דיכולים אנו לומר דמה שאמר החזרתי אותם לך כוונתו לומר דמה שאמרתי לא היו דברים מעולם הכוונה היא שתכף לנטילה החזרתי אותם לך וא"ך מעולם לא הייתה שום הלואה הואל ותכף לנטילה חזרה לאו הלואה מקריה כלל או דילמא פירוש דבריו שאמר החזרתי אותם לך לאו כוונתו לומר דתכף לנטילה חזרה דהוי כאלו אין כאן הלואה אלא הכוונה חזר בו ממה שהיה אומר מעקרא לא היו דברים מעולם וחזר לטעון אמת הוא שהיתה ההלואה אלא פרעתיך אח"ך אחר עבור יום או יומים: והנפקותא שיש בין אלו האופנים דלצד שנאמר דטענת שמעון החזרתי אותם לך היינו חזר להודות דהלואה היו אלא חזר לומר פרעתי בזה יש מחלוקת הרמב"ם והרשב"א הביאה הרב"י בסי' ע"ה דלדעת הרמב"ם הוי דינו בזה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ולדעת הרשב"א ז"ל לא כן הוא אלא האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר להד"מ והביא המלוה עד"א שלוה וחזר ואמר לויתי ופרעתיך אינו חייב אלא הסית יעו"ש בס' ע"ה בהרב"י ובסמ"ע סע"ט סק"כ אלא שבנדו"ד להרשב"א צריך הוא לישבע בנק"ח שבועה דאורייתא הואל והעד מעיד שלא החזיר לו המעות ועדיין הוא נושה בו וכגון שאומר משעה שאומר לוה לו עד שעה שאומר החזיר לו לא זזה ידו מתוך ידו דבזה בודאי דצריך הוא לישבע שבועה דאורייתא ולא הסית אליבא דהרשב"א ולדעת הרמב"ם כבר אמרנו דס"ל דהאומר לא היו דב"מ ועד"א הכחישו וחזר לומר פרעתיך דהוי משוי"ם וא"כ גם כאן הואל ומעקרא אמר לא היו דב"מ ובא העד והכחישו ואח"ך חזר לטעון פרעתיך הוי משוי"ם יעקר ההלכה כאן כמאן נקטינן אם כסברת הרמב"ם או כהרשב"א כבר הורה זקן הורה מר"ן הקדוש בש"ע סי"ג ששם בחר לו דרך כסברת הרמב"ם ז"ל וז"ל וכן אם טען תחלה לא היו דברים מעולם ואח"ך הוציא עליו עד"א וחזר ואמר לויתי ופרעתי הוי משוי"ם עכ"ל:
ואין לומר דבנדו"ד דגם הרמב"ם עצמו יודה דלא קרינן כאן משוי"ם הואל והעד חוזר ומכחיש ללוה בדבריו האחרונים שחוזר ואומר אמת לויתי וחזרתי ופרעתיך והעד מכחישו שמעולם לא החזיר לו א"ך הרי הלוה מכחיש את העד וא"ך נימא דאפילו הלוה אינו מכחישו בעקר ההלואה הואל וחזר והודה לו עכ"פ הרי מתקיימת ההכחשה במה שטען אח"ך הלוה החזרתי ופרעתיך והעד אומר עדיין לא פרעו וא"ך נימא דגם הרמב"ם יודה בנדו"ד דישבע ויפטר הואל ונשבע עתה שבועה דאורייתא:

אלא דלע"ד נראה דזה אינו דהואל ומעקרא כשהיה אומר לא היו דב"מ ובא העד והכחישו וחזר לומר פרעתיך מאותה טענה נתחייב ממון דהוי משוי"ם ומאי לן תו אם העד ישתוק ולא יוסף עוד להעיד שעדיין לא פרעו או לומר שעדיין לא פרעו כבר מאותה שעה שבא העד והכחישו וחזר איהו לטעון פרעתיך נתחייב לשלם וכדיהיב טעמא הראב"ד בהשגות בפרק י"ד מהלכות מלוה הלכה י"א דמשעה שאמר לא לויתי כאלו הודה שלא פרע מעולם וכו' יעו"ש והסמ"ע סע"ה סקל"ב שם וכן משמע מדברי הסמ"ע שם בס' ע"ה סקל"א שכתב וז"ל וכן כפרן שבא עליו עד"א וטען שפרע או החזרתי לך הפיקדון הוה ליה משוי"ם ושם מיירי אפילו בלא אמר העד שעדיין חייב לו הואל וכפר מתחילה ע"ש עכל"ה הרי לפניך מלשון הסמ"ע שכתב מלת אפילו בלא אמר וכו' שמע מינה דאדרבה מכ"ש אם העד מכחישו במה שאמר להד"מ מוסיף עוד להכחישו גם במה שחזר לומר פרעתיך דמחייבינן ליה ממונא מכח טענתו הראשונה שאמר להד"מ והוכחש בה ודמייא האי מילתא למ"ש הש"ך בס' ע"ב ס"ק ס"א וז"ל וא"כ מוכח מזה דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע שיש לו עד אחד מסייעו אפילו הכי אינו פוטרו וחייב לשלם וכו' יעו"ש וטעמא דמלתא משום דמעקרא שנתחייב לישבע ולא יכול הרי נתחייב ממון ולכך עד"א אינו פוטרו וא"כ גם כאן הואל ומעקרא נתחייב ממון ע"פ מה שכפר וכשבא העד חזר והודה שוב לא נפטרו מכח מה שחזר והוסיף העד והכחיש את הלוה זהו משנלע"ד פשוט:

כל זה יוצדק לנו דמאי דאמר החזרתי לך הייני פרעתיך אח"כ הוי דיני משוי"ם אלא דיש לנו לפרש דבריו באופן אחר כמו שאמרנו בתחילה דמה שאמר לו החזרתי לך היינו תכף לנטילה חזרה ומעולם לא נקראת הלואה א"כ הרי עמד בדבורו הראשון שאומר להד"מ וישבע כנגדו ויפטר שהרי דבריו הראשונים הם דבריו האחרונים שעכשיו הוא מפרש דבריו ואומר מה שאמרתי להד"מ הוא מכח שהחזרתי אותם לך תכף לנטילה כל זה נראה. לכאורה בפירוש השני. אכן לפי האמת זה אינו דהואל והגיעו לידו הרי כבר באו בהלואה ומה שהחזירה לו פירעון מקרי ולא יוצדק על זה לא היו דברים מעולם ולא מפרשינן בדבריו פירוש דחוק כהאי ודוגמא לזה מצינו להסמ"ע בס' פ"ב סקי"ט שכתב לתרץ על פסק מר"ן שם ס"ד דמחזי דכיתור דמי על זה כתב איהו לתרץ וז"ל ומ"מ חזרו וכתבו דין זה הוא ללמדנו שלא תאמר דוקא כשטענו מתחילה ע"פ וטענו להד"ם הדין כן אבל כשטענו מתחילה בשטר ואמר להד"מ הוה אמינא דיכול לומר מה שאמרתי להד"מ היינו שלא עשיתים עדים לכתוב עלי שטר אבל לא כפרתי בעקר ההלואה קמ"ל ועפ"ר עכ"ל הרי לפניך מדברי הסמ"ע אלו מוכח דכשיאמר להד"מ אזלינן בתר פשט

דבריו ונאמר דמה שאמר להד"מ הוא כפשוטו וכן נראה מפסק מר"ן בס' ע"ט ס"ו דשם כתב וז"ל וכן אם הוציא עליו כתב ידו שהיא חייב לו ואמר להד"מ וזה אינו כתב ידו אם הוחזק הכת"י בב"ד או שראו עדים כת"י הוחזק כפרן ומשלם ע"כ ומצינו למור"ם בס' פ"ב ס"א שכתב וז"ל אמר תחלה מזוייף השטר ואחר שהביא עדים לקיימו אמר הלוה פרוע י"א דהוחזק כפרן ואינו נאמן דמאחר שאמר מזוייף כאלו אמר לא לויתי וי"ח ואומרים דנאמן הוא דהא לא כפר בהלואה רק שאמר שהשטר מזוייף ורצה לומר שיקיימנו ואח"כ ידון עמו ע"כ. וראיתי להרב דמשק אליעזר בס' ע"ט שכתב דמחלוקת מור"ם היא דוקא באומר מזוייף אבל באומר לא היו דברים מעולם ליכא מחלוקת ומזה מוכרח לפרש דמ"ש מר"ן בס' ע"ט ס"ז להד"מ לאו היינו מזוייף יעו"ש. זהו תמצית דבריו ברוחב א"כ הרי לפניך דבטענת להד"מ אליבא דכו"ע אין לעשות בה שום פירוש דחוק וכן מדוקדק ג"כ מדברי מר"ן סע"ט ס"י יעו"ש:

איך שיהיה בין לפי פירוש הראשון בין לפי פירוש השני בדברי שמעון נראה דדינו הוא משוי"ם כפסק מר"ן בסע"ה סי"ג שכתבנו דמי משוי"ם משום כפירתו הראשונה שהודה בו אח"כ לדברי העד וחייב לשלם בלי שום שבועה לראובן אלא צריך לפרוע לו תחלה ואם אח"כ ירצה לתבוע לראובן שישבע לו שלא נטל ממני כלום שלא כדין יכול להשביעו הסית וכמ"ש הש"ך סק"מ משם גדול"י תרומ"ה ז"ל דכל היכא דהוי משוי"ם יכול להשביעו אחר הפירעון יעו"ש בס' ע"ה סק"ט. וכן ראיתי להרב מ"ק סע"ה סקל"א דכתב שכ"כ כנה"ג יעו"ש ולא מלבד זה דיכול להשביעו אחר הפירעון אלא נוסף על זה דגם קודם הפירעון יכול להחרים עליו ולאחר הפירעון ישביענו דהגם דלא מצינו להש"ך שכתב אלא ישביענו לאחר הפירעון ולא הזכיר בדבריו שום חר"ס הרי מצינו להש"ך עצמו במקום אחר שכ"כ ומשם נלמד שהרי מצינו בס' ע"ט ס"ח שכתב מר"ן וז"ל כל מי שהוחזק כפרן שכנגדו נוטל בלי שבועה ואם ירצה יחרים סתם על מי שנוטל ממונו שלא כדין עכ"ל וכתב שם הש"ך בס' קי"ט וז"ל נוטל בלי שבועה היינו קודם הפירעון ויכול להחרים אף קודם הפירעון אבל לאחר הפירעון יכול להשביעו הסית שלא נפרע ממנו שני פעמים עכל"ה הרי לפניך דהש"ך מפרש דברי מר"ן דאמר יחרים היינו קודם הפירעון אבל אח"כ יכול להשביעו הרי אפילו היכא דהחרים עליו קידם הפירעון יכיל להשביעו אחר כך והגם שיש להתעקש בפירוש הש"ך ונימא דלא כך כוונתו אלא הכוונה היא דבא לפרש אמרו אמר מר"ן ז"ל יחרים היינו אם זה הלוה קודם הפירעון אינו רוצה ליתן בידו עד שישביעו אזי יכול להחרים קודם הפירעון ותו לא אבל אם לא ירצה להחרים עליו קודם אלא ירצה להשביעו הסית אחר כך הרשות בידו אבל

להחרימו קודם ולהשביעו אח"ך אימא לא יכוה בשת"י אשו"ת זה אינו דלא מלבד שאין זה סברה לומר כן דמאי הוי אם ירצה מעקרא לקלל למי שרצה ליטול שלא כדין ואח"ך ישביענו בודאי דיכיל לעשות כן:

אלא דמלבד הסברה הרי מצינו ממש כעין זה כתב הסמ"ע בס' שי"ז טל מה שכתב מר"ן שם וז"ל או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו שלא כדין או יטעון עליו בדמים שנתן תחילה וכו' וכתב שם הסמ"ע סק"ג דהאי או לאו דוקא דהא מצי למעבד תרוויהו דהיינו קידם שיתן לו יחרים ואח"ך יתבענו מה שנתן לו וישביענו וכו' יעי"ש א"ך מדברי הסמ"ע מוכח דיכול להחרים ולהשביע וא"ך גם כונת הש"ך בודאי כן הוא דיכול להחרים ולהשביע:

אלא דכל זה נראה לכאורה אבל כד דייקינן נראה דאין לדון הנדו"ד בדינא דמשוי"ם דהא מצינו למור"ם שם בס' ע"ה סי"ג שכתב וז"ל שיכול לומר החזרתי ופרעתי לא אמרינן הו"ל משוי"ם וכן הסכימו האחרונים עכ"ל וכן מצינו למר"ן עצמו בס' ע"ב סכ"ג דהכי פסק ותני משום תשובת הרמב"ן דמשוי"ם במקום מיגו לא אמרינן יעו"ש ובסמ"ע סקמ"א והגם דהש"ך שם סק"ט מפקפק אנן בתר פסק מר"ן ומור"ם אזלינן וכן ראיתי להרב צרור החיים דף צ"ח דפסק להלכה לכלל זה דבמקום מיגו לא אמרינן משוי"ם יעי"ש שכ"ך משם הרב של"ט זלה"ה אלא דהלוה נשבע הסית ונפטר יעו"ש ובכאן הרי מצינו שיש לו מיגו דאי בעי הוה עומד בטענתיה הראשונה שהיה אומר להד"מ ונשבע כנגד העד ונפטר דהא מצינו רבותינו בעלי התוספות בפרק חז"ה דל"ד הקשו שם משם ר"י על ענין הנסכא יכו' דאמאי לא יהיה בה נאמן במיגו דלהד"מ ולמה אמרו דהוי משוי"ם ותרץ משום שהיה צריך להכחיש את העד ולישבע נגדו והגם דהתוספות הקשו שם על פירוש ר"י הרי כתב הש"ך בס' ע"ה ס"ק מ"א דדברי ר"י שרירים וקיימים והתוספות עצמם חזרו במקום אחר כדברי ר"י בלי שום פקפוק יעו"ש בהש"ך מה שתרץ על קושייתם יעו"ש עכ"פ נקטינן דטעמא דנסכא למה לא אמרינן יהיה נאמן לומר דידי חטפי במיגו דלא חטפתי משום שאינו רוצה להכחיש העד ולהשביע א"ך יצא לנו לנדו"ד דטענתו הראשונה וגם בשנייה מכחיש את העד א"ך פשוט דיכולין להאמין דהיה עומד בטענתו הראשונה דהיה אומר להד"מ ובפרט שוב עיינתי וראיתי שוב עיינתי בדברי הש"ך הפך ממה שכתבתי דמי שטען תחלה פרעתי דהוי משוי"ם אם אח"ך יבוא העד ויאמר פרעתי עכ"ז הוי משוי"ם דמשעה הראשו' נתחייב וכו' כמש"ל דהאמת הוא דהואל ולבסוף מכחישו אף בפירעון ישבע להכחישו ופטור דכן נראה פשוט מדברי הש"ך סנ"א סק"א דשם מיישב קושיית הסמ"ע על דברי הרמב"ם דכתב להאי דינא דאם עד"א בשטר ועד"א בע"פ ואומר אני קניתי מידו על דבר זה ולא בא המלוה ולא שאל

ממני לכתוב שניהם מצטרפים לעשות המלוה בשטר ואינו יכול לומר פרעתיך ע"ך ועל זה הקשה הסמ"ע שהרי הרמב"ם ס"ל דאפילו בלי צרוף עד"א בע"פ אינו יכול לומר פרעתי וכמ"ש מר"ן שם בס' נ"א ס"ב וא"ך למה הוצרך לצרוף עד"א יעו"ש יעל זה כתב הש"ך וז"ל ומה שהקשה הסמ"ע דא"ך עד שני דעל פה למה לי וכו' לפע"ד לא קשה מידי דהא נפקא מינה אפילו אם יבוא אותו שבכתב ויכחישו שלא פרע או שכתב בפרוש שידוע לו שלא פרע דאז היה נשבע להכחיש את העד והשתא שאותו עד שבע"פ אומר אני קניתי שניהם מצטרפים לעשות מלוה בשטר ואינו יכול לומר פרעתי עכל"ה:

הרי לפניך מדברי הש"ך שאומר בפירוש דמי שיצא עליו שטר בעד"א הגם דדינו הוא דאם אומר פרעתי הו"ל משוי"ם עכ"ז אם יבוא אח"כ אותו עד שבשטר ויכחישנו נפטר על ידי שבועה שמכחיש בה העד וטעמא דמלתא הואל והעד מעיד בו צריך הוא להכח' והואל ונתקיימה ההכחשה לבסוף הרי זה נשבע ונפטר וא"ך גם כאן ממש הואל ולבסוף ההכחשה מתקיימת הגם דמעקרא הודה לדברי העד הוי כמו שם דמתחילה מודה לדברי העד שחתום בשטר ואח"ך כשבא והכחישו נשבע ונפטר גם כאן ותו לא מדי כדין מי שנשבע להכחיש את העד דפסק מר"ן בס' ע"ה ס"ח ובכמה דוכתי. זהו מה שנלע"ד כעת ולכשאפנה אשנה בעה"ו בסדר ל"א תש"א א"ת ה' לשו"א דהאי שתא תרח"ם ציון לפ"ק וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עח

ראיתי להרב הגדול בעל משכנו"ת הרועי"ם אות אלף סי' כ"ה שכתב וז"ל קי"ל דמראה דינר לשולחני ואמר לו טבא הוא ונמצא רע שהשולחני חייב על פי מה שנתבאר בטוש"ע ס' ש"ו ע"ש נסתפקתי בראובן שגבה חובו דינר והראה לאומן ואמר לו טוב הוא ואח"ך נמצא רע וכשחזר אצל הלוה אמר לו איני יודע אם זה הוא הדינר שפרעתי לך דדינא הוא דהוי כאומר לחבירו הלויתיך מנה והלוה אומר כן אבל איני יודע אם פרעתיך הדין הוא דמישתבע ושקיל כמ"ש בטוש"ע סע"ה ס"ט וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל בחומ"ש ש"ף ועיין מה שהארכתי בזה לקמן במערכת אות מי"ם מדין משביע בס"ד ע"ש והמלוה לא רצה לישבע ואמר לשולחני זיל שלים מדינא והשולחני אומר מה אפסדתך זיל אשתבע וגבה מהלוה והלה אומר איני רוצה לישבע כיון דמינך אגבה בלי שום שבועה ועמ"ש הטור סקע"ז עכ"ל הרב מש"ה הצריך: ואני בעוניי יש לי קצת תמיהא על הרב בעיקר הדין איך סמוך לבו לפסוק ולתני כסברת מהרשד"ם דוקא ולא זכר שר דדבר זה נחלקו בו אשלי רברבי ורבו החולקים על מהרשד"ם הרי אספתי כמה דעות בחדושי על הש"ע

בחומ"ש סרל"ב דשם הבאתי כמה דעות דס"ל דהדין הוא כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם הלויתני הלא המה הלא בראשי הרב טו"ז בסו"ס ע"ה כתב דין זה נחלקו בו הדיינים ומו"ר ניהו רבה הכריע דהוי כאומר איני יודע אם הלויתני וכו' וסמך דבריו מדברי מור"ם דס' רל"ב סי"ח יעו"ש והביא ג"ך דבריו להלכה הרב באה"ט יעו"ש סו"ס ע"ה ובהגהות הגאון מ"ע זלה"ה בס' רל"ב שם פסיק ותני דלא כהרשד"ם וכתב דהאלוף הגדול מוהר"ר מתתיה כהן בצירוף שאר הדיינים פסקו שדין זה דומה לאיני יודע אם הלויתני וישבע הסית שאינו יודע וכו' יעו"ש וגם הרב הש"ך הגם דבס' ל"ב הביא דעת מהרשד"ם בסתם ולא חלק עליו על כל פנים הרי מצינו דאיהו לא ס"ל הכי שהרי מצינו בס' קכ"ו ס"ק ס"ט שכתב על מה שכתב מר"ן אם המקבל מודה שטעה בחשבון דהנותן ישבע ויפטר כתב איהו שם ס"ק ס"ט דאפילו אמר לו הנותן אשתלין חושבנא מיפטר דהוה ליה כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ולא דמי למנה הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהכא הא אמר ליה ודאי פרעתיך אלא את הוא דאמרת דמשתכח טענותא ולא ידענה ומיהו משתבע דלא ידע ומפטר עכ"ל הרשב"א בחדושיו עכ"ל הש"ך הרי לפניך ואדרבא שם בס' קכ"ו נחית לפרישׁ דברי מר"ן כדעת הרשב"א וזה סותר לסברת מהרשד"ם ובודאי לא הביא דברי הרב מהרשד"ם בס' רל"ב כדי לקבוע אותם להלכה וכן ראיתי להגאון מוה"ר מ"ע ז"ל בס' רל"ב ג"ך שכתב דאדרבא נראה הפך מהרשד"ם מכח דברי הש"ך אלו דס' קכ"ו יעו"ש הן אמת דחזה הוית להרב כמוהר"י ן' נאיים ז"ל בספרו הבהיר זי"ע בס' ל"ב דפסיק ותני כסברת מהרשד"ם גם הוא וכתב דכן היא סברת מהרשד"ך ג"ך וכמו שהביא הש"ך בס' רל"ב יעו"ש על כל פנים גם עליו יש לתמוה היאך גם הוא הניח סברת כמה שרים וגדולים שמזכים המוחזק ופסק איהו כסברת מהרשד"ם להוציא מן המוחזק:

ועל זה באתי לומר דהרב משכנו"ת הרועי"ם הואל ופסיק כסברת מהרשד"ם מצא ספיקו מקום לנוח אבל לסברת הפוסקים הפך מהרשד"ם בודאי אין להסתפק בהפך כגון אם הלוה קידם שיקח אותם מאדם הלך אצל השולחני והראה אותם לו אמר לו כי טובים המה ואח"ך הלך ונתנם ביד המלוה הזה ועתה הפעם כשבא המלוה להחזירם דאמרינן דדין הוא שישבע הלוה ויפטר האם נאמר שיכול הלוה הזה לומר לשולחני למה לי לישבע הרי אתה הוא שאמרת לי טובים המה וא"ך צריך אתה לשלם ואין אני נשבע דזה לא יתכן דהיאך ישלם השולחני והלוה עצמו מסופק אם הם המעות שנתן למלוה או לא הרי הדר דין הלוה עם השולחני כאומר הלוה לשולחני כמדומה לי שמנה לי בידך דודאי פטור השולחני והחדוש הוא אפילו אם אמיר יאמר הלוה שהמלוה נאמן

הוא בעינו ובודאי אמת דבר וצריך הוא לפרוע להמלוה עכ"ז השולחני יכול לומר לו אם בעינך הוא נאמן בעיני אינו נאמן כדין שומר שמסר לשומר ודין זה ממש כתבו ג"ך מהרשד"ם ואין חולק עליו והביא דבריו הרב בנ"י חי"י סרל"ג והרב זי"ע סל"ב כתב ג"ך וז"ל ודע שכתב מהרשד"ם לשם שאם המקבל נתנם לאחר ואח"ך החזירם לו לומר שהם נחושת ובא המקבל להחזירם ללוה מצי אמר את מהימן והיאך לא מהימן כדאמרינן גבי שומר שמסר לשומר עכ"ל:

ועוד יש פטור לשולחני דממה נפשך אם השולחני מודה ללוה דזהו המטע שהראה לו א"ך חייב לשלם ואם הוא מסופק ואינו יודע א"ך הדר דינו כדין הלוה עם המלוה שאומר הלוה איני יודע דנכנס במחלוקת והמע"ה אלא אדרבה בכאן כו"ע דאין על השולחני כי אם חר"ס דזיל בתר טעמא למה מהרשד"ם וסיעת מרחמוהי סוברים דיקבל חר"ס המלוה ונוטל הוא משום דהלוה מידע ידע ובודאי היו מעות המלוה בהלואה בידו א"ך הדר דינו כאומר איני יודע אם פרעתיך דהוי ברי בחיובה וספק בחזרה אבל זה לא יתכן לומר עליו כאומר איני יודע אם פרעתיך דמעולם לא היה שום חיוב ללוה על השולחני ולדעת השולחני מעולם כי טוב הוא ומעולם לא נתחייב לו ודינו הוא שישבע שאינו יודע ופטור וקי"ל:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן עט

להיות שמימון שכר בית ומכזן אחד מאת הר"ן בר צמח למשך שנה אחת והושוואו ביניהם בדמי השכירות דהיינו הבית היו בה אחד עשר קורות מקורי הבית רעועים וצריכים לחדש אותם הם והתקרה שעליהם והמעזיבה והתנה עמו שישכירה לו אדעתה שיחדש בה את אחד עשר הקורות הנז' ומאי דצריך להם וכן הושוואו ביניהם ואח"ך גם בעידן השכירות התנה עליו שלא יכניס שם לאמצעה של חצר פרותיו לחלוב איתם שם ולא ישחוט שם שום בהמה כי מימון הנז' כך אורחיה לחלוב ולשחוט ויהי אחר השנה בא הר"ן לביתו הנז' וראה שלא תקן בבית הנז' כי אם ששה קורות דוקא יען כי כך אמרו האומנים שאין צריך כי אם הששה קורות ותו לא וגם כן מצא הר"ן הנז' עדים שהעידו לו שעבר מימון על תנאו והכניס הפרות וחלב ושחט בתוך החצר ועל זה תבע שכירות על זה יומ"ץ:

תשובה לזה הוא הנה בדין הקורות שהושוואו לחדש בבית אחד עשר והוא לא תקון כי אם ששה בזה פשוט דצריך מימון לשלם להר"ן מה שהיה צריך להוציא בחדוש החמשה

קורות שלא נמצא צריכים תקון דברי מעקרא גלה דעתו הר"ן שלא השכירה לו אלא בדמי שווי תקון אחד עשר ועכשיו שנמצאו שאינה צריכה תקון אלא ששה בודאי דאיידי דביני ביני להר"ן דהגע עצמך אלו ידעו מעקרא דאינה צריכה אלא תקון ששה בודאי דלא היה משכירה לו בכך ובפרט הרי הם בשניהם גילו דעתם והושוואו דדמי שכירות הבית הוא כדי שווי תקון אחד עשר קורות וא"ך הוי כאלו הר"ן נתן המעות ביד מימון לתקן לו את ביתו האם נאמר שאם הותירו המעות יהיו למימון השליח זה לא יתכן ובודאי דחייב מימון לגדל פרע ביד הר"ן דמי מה שהיה ראוי לו בתקון חמשה קורות דהיינו יעריכו בני אדם כמה ראוי להוציא בבנין אחד עשר קורות ואח"ך יעריכו כמה ראוי להוציא בששה קורות לבד ולנכות מה שיעלה בתקון הששה מתוך מה שיעריכו להאחד עשר או ישבע כמה הוציא בתקון הששה והשאר יתנו אותו להר"ן הנז' והגם דדבר זה הוא פשוט מן הסברא אביא לך סייעתא לדבר מדאורייתא דחזה הוית להרב תנא הוא בעל משכנות הרועים במערכת מים אות שלשה ועשרים שכתב וז"ל ראובן השכיר ביתו לשמעון בעד חמש שנים והתנו שכל הוצאות שיהיו בבתים עד ת"ק זהובים לשנה מחל בהם השוכר למשכיר מעשה בא לפני ודנתי דלא זכה משום דהוי דבר שב"ל כנה"ג סר"ט אות כ"ה בהגהו"ת הטו"ר ונלע"ד דצריך שומת הבקיאים בשיווי הבתים דמצי אמר משכיר כי לא השכיר בסכום ההוא אלא בצירוף במחילת ההוצאות וכיון דמדינא המחילה בטלה שומה הדרא עכל"ה וא"ך ממנו נלמד במכ"ש שמעקרא גילו דעתם דשכירות הבית הוא בתקון אחד עשר קורות והוא לא תקין כי אם ששה דוקא בודאי דצריך לשלם מימון להר"ן הנז' על פי ערך הנז"ל:

אכן במה שתבע אותו על שהכניס לשם הפרות לחלוב ולשחוט הן אמת דלכאורה יעלה על הדעת לדמות דין זה למ"ש בס' שס"ג ס"ו בדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא דחייב ליתן לו כל שכרו ואם לא אמר לו צא אם חצר אינה עשויה לשכר אין צריך להעלות לו שכר וסיים מר"ן ואמר ואם החצר עשויה לשכר אפע"פ שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון עכ"ל וא"ך הרי לפניך דדברי הראשונים בחצר דלא קיימה לאגרא קא מיירי ועדיפא מזה כתב הסמ"ע דרישא דדברי מר"ן איירי אפילו בגברא דלא עביד למיגר יעו"ש סקי"ד ועכ"ז אם אמר לו צא חייב ליתן לו שכר החצר וא"ך מן הראוי גם כאן הגם דאמצעה של חצר לא שייך למימר דהוה קיימה לאגרא להר"ן הנז' שאין לך אדם בעולם שמשכיר אמצעה של חצר לבד אלא היא נגררת אחר הבתים עכ"ז נימא אפילו הכי מן הראוי לומר הואל והתנה עליו הוה ליה כאלו אומר לחבירו צא מן הבית בחצר דלא קיימה לאגרא שהדין הוא דחייב להעלות שכר:

אלא כד דייקת רב המרחק ביניהם דשאני חצר דלא קיימא לאגרא למה אמרו אם אמר לו צא חייב להעלות שכר הטעם הוא כמ"ש הסמ"ע שם בסקי"ד דאמרינן אפילו מקודם לזה היתה אצלו לא קיימה לאגרא עכ"פ עכשיו שאומר לו צא ולא תדור בה גילה על דעתו דאין רצונו עוד להניחה כך ומה לו אצלו אם הוא רוצה להרויח ולהשכירו אבל בנדו"ד מעולם לא נראה ולא נשמע שאמצעה של חצר עומדת היא לבדה לשכירות כדי שנאמר בה דגילה דעתו שהרי אפילו לא היה מימון מכניס הבהמות שם לא מטי ליה רוחה כלל דשום שכירות להר"ן הנז' וא"ך לא שייך למימר דגלה דעתו וא"ך הואל ועבר מימון והכניס שם פרותיו בודאי דפטיר ועטיר:

גם מטעם אחר לא שייך לומר דהר"ן גלה דעתו שרוצה ליהנות משכירותה של אמצע החצר דהא הבתים שיש בחצר מושכרים הם אצל מימון והזולת ואמצע החצר הוא נגרר אחר הבתים ואין בידו כח לעשות בה שום דבר ואדרבה לפי זה מן הראוי לנו לומר דהואל והר"ן כבר השכיר הבתים שבחצר ולא נשאר שום זכות להר"ן באמצע החצר מן הראוי לומר דאדרבא כופין את הר"ן על מדת סדום להניח מימון להכניס שם הפרות דהא מור"ם בס' שס"ג סיים על אותה דפסק מר"ן הדר בחצר דלא קיימה לאגרא דאין צריך להעלות לו שכר סיים שם מור"ם ודוקא שכבר דר בה אבל לא יוכל לכוף לכתחילה שיניחנו לדור בו אפע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר הני מילי בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות אבל בכהאי גוונא דאי בעל החצר ירצה ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו היה יכול אלא שאין רוצה אין כופין אותו לעשות בחנם ע"ך וא"ך בכאן דהר"ן לית ליה האי טעמא דאי בעי בעל החצר ליהנות דהא כבר מלתינו אמורה דלא שייך להיות לו ממנה ריוח הן מצד שלעולם אין אמצעה של חצר לבדו נשכר ובפרט דשכורה היא אצל מימון וזולתו אם כן מן הראוי לומר דכופין אותו:

אלא נראה דנדו"ד ממש לא דמי אלא למ"ש מר"ן סקנ"ד ס"ב וז"ל וכן המשכיר ביתו לבעל הבית אחר ואח"ך הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית הרי המשכיר מעכב עליו ואם הם סמוכים על שולחנו אינו יכיל לעכב עליו עכ"ל וא"ך גם כאן אפילו מימון הנז' כך דרכו לשחוט ולחלוב דהוה ליה כאלו הם קרוביו ומיודעיו הסמוכים על שולחנו אפילו הכי התינח אם שכר לו בסתם יש לדרוש ולחקור אם יכול להכניס אותם שם או לא אבל בכאן שבתחלת השכירות התנה עליו שלא יכניסם לשם פשוט דלא יכניס אותם שהרי גלה דעתו דאין רוצה להשכיר קרקעו למי שדרכו לעשות כך דניחה ליה שלא יתקלקל חצירו:

ומעתה חל עלינו חובת הביאור מה דינו של זה שהתנה עליו שלא ירבה בדיורין ועבר והרבה אם חייב להעלות לו שכר או לא הנה מצינו למור"ם בס' שס"ג ס"י שכתב וז"ל השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחר ביותר ממה ששכרו אם היה רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שי"ו המותר הוא שלו ואם לא היה רשות המותר לבעלים עכ"ל ושם בס' שי"ו מצאנו למר"ן ס"א שכתב וז"ל המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר משכיר עד סוף זמנו והוא שלא יהיו מנין בני ביתו דהאחר יותר מבני ביתו עכל"ה הרי לפניך דאין לו רשות להשכיר למי שבני ביתו מרובים וא"כ בזה הוא דכתב מור"ם דבמקום שאין לו רשות להשכיר הוי שאר השכירות לבעל הבית. אלא דראיתי להרב זכו"ל ב"ח ח"מ ח"א א"ש שכתב וז"ל עוד כתב הרב מהרא"ע ז"ל דאם עבר השוכר והרבה דיורין ולא הרגיש המשכיר דאינו חייב לשלם לו השכירות שנטל והוא שם בס' נ"ח כתב דזהו מחלוקת והמע"ה וכו' יעו"ש ואנן בדידן אפילו הדבר הוא במחלוקת אין לנו אלא דברי הנמק"י דפסק מור"ם בס' שס"ג דהמותר הוא לבע"ה אלא כדי דלא לאפושי פלוגתא נימא דעד כאן לא פליגי הנמק"י והחולקים עליו אלא דוקא במי שהשכיר הקרקע לדיורים מרובים ונטל השכירות דאזי אמרינן כיצד הלזה עושה סחורה בפרתו של חבירו בזה הוא דס"ל להנמק"י דהמותר לבעל הבית והחולקים ס"ל דאפילו בזה הוא לשוכר וכמ"ש הרב זכו"ל מהרא"ע ז"ל שהביא דמיירי בנוטל מאחרים השכירות אבל בכגון נדו"ד דלא נטל מאחרים אלא איהו עצמו הרבה בדיורין פשוט דגם הנמק"י יסבור דלא ישלם לבעל הבית. שוב ראיתי הדברים במקורן בנמק"י וטעמו הוא משום כיצד הלזה עושה סחורה בפרתו של חבירו וא"כ בזה דלא נטל משום אדם כלום פשוט דפטור דאי לא תימא הכי הוה ליה להנמק"י ז"ל להשמיענו חדוש אפילו הרבה בדיורין דידיה צריך לשלם השכירות על הדיורין הנוספים ומכ"ש היכא דנטל מאחרים אלא בודאי דטעמו דהנמק"י הוא דלא אמר למילתיה אלא במקום שיש טעם דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ותו לא מדי. וא"כ יצא לנו הדין בנדו"ד אם מימון זה לא עשה שום היזק כלל בהכנסתו פרותיו בחצר בודאי דפטיר ואם עשה שום היזק משלם מה שהזיק ותו לא מדי דאין נדו"ד דומה למ"ש מר"ן ומור"ם בסי' שס"ג ס"ז יעו"ש אלא דנדו"ד לא דמי לשם דנדו"ד לא הוי אלא מזיק בעלמא וחייב הוא לשלם הזיקו המעט הוא אם רב ותו לא מדי. זהו משנלע"ד וצוויי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן פ

נסתפקתי בראובן שלקח מקח משמעון ונתן ראובן לשמעון דמי המקח והניחם לפניו בחנותו ואחר זמן בא לחשוב אותם דמים ומצא בהם יתרון ונדמה לו שראובן טעה בחשבון ונתנם לו יתירים והלך אצלו והחזירם לו ואחר שהחזירם לו נזכר שאיהו הוא שהניח אותו סך היתר שם עם אותם המעות שלקח מראובן מהו הדין אם יחזירם ראובן או לא:

הנה בכאן הגם דראובן זה אומר איני יידע אם היו יתירים או לא אלא שעתה הוא רוצה לזכות בהם הואל ושמעון אמר לו שמצא יתירים לכאורה נראה דדין זה הוא מ"ש הש"ע בס' ע"ה ס"ט מנה לי בידך שהלויתיך או שהפקדתיך והלה אומר איני יודע אם הלויתני או אם הפקדת בידי ישבע הסית וכו' וא"כ גם כאן הואל ואומר איני יודע אם מה שהחזרתי טעות הם בידי שלי הם אי שלך הם אינו יכול להוציא ממנו אלא ישבע הסית ויפטר אלא דרב המרחק ביניהם דבשלמא התם אותו נתבע שאומר איני יודע יכול להיות שהאמת אתו שמעולם לא ידע שהתובע הזה נושה והוי ספק בחיובא אבל בנדו"ד שבבירור באו לידו המעות אלא שאינו יודע אם שלו הם או של חבירו אדרבא איכא למימר דהוי ברי בחיובא וספק בפירעון וגם אין לדמותה ג"כ ליודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דפסק הש"ע בס' ע"ה באותו ס"ט דהאומר מנה לך בידי ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם וכו' יעו"ש דיש לחלק ג"כ ביניהם דבשלמא התם היה ברור בודאי דהיה חייב לו שיודע הוא שהלוהו אלא שמסופק הוא אם החזירו או לא לא כן כאן הגם שהוא יודע בודאי שבאו המעות לידו מיד שמעון אינו יודע בודאי שבאו לידו בתורת חוב אלא דאיכא למימר דשלו החזיר לו ולא נתחייב לו כלל וא"כ לא דמי כלל לא לזה ולא לזה. ואמרתי אני ללבי דדבר זה דמי הוא למחלוקת הפוסקים שנחלקו במי שפרע לחבירו וחזר אח"כ אותו המלוה שקבל המעות ואמר לו דינר זה מצאתי אותה מזוייפת במעות שנתת לי והלוה שנתנה לו אומר איני יודע בזה נחלקו לדעת מהרשד"ם הביאו הש"ך בס' רל"ב דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם לו פעם אחרת וכן היא סברת מהרש"ך הביאו ג"כ הש"ך שם וכן פסק הרב זי"ע ן' נאיים ז"ל כסברת מהרשד"ם ולדעת שני גדולים לא כן הוא הלא בראשי הרב טו"ז בחומ"ש סו"ס ע"ה והרב באה"ט הביא דבריו להלכה יעו"ש ובהגהות הגאון מוהרר"ע זלה"ה בס' רל"ב דפסיק ותני דלא כמהרשד"ם וגמר אומר דכך פסק האלוף מתתיהו בצירוף כמה דיינים זיע"א וגם הרב ש"ך כך דעתו יעו"ש בס' קכ"ו סקס"ט דכולהו ס"ל דלא כמהרשד"ם אלא דהוי דינו כאומר איני יודע אם הלותני וישבע הלוה ויפטר ולא יחליף לו הדינר יעו"ש והכי נקטינן

דהמע"ה והנה הרי אתה רואה בעיניך דתכלית מחלוקתם כך היא דלדעת מהרשד"ם וסיעת מרחמוהי דעתם היא הואל והיה יודע שהחוב אצלו היה ברור שנתחייב לו הגם שהוא יודע שנתן בידו ג"כ המעות בתורת פירעון הואל והוא מסופק באותה נתינה אם היתה נתינה ראויה דהיינו מטבע חשוב או לא חשבינן לאותה נתינה כמאן דליתה ואין ספק מוציא מידי ודאי וא"כ גם כאן הואל ויודע בודאי דהמעות באו לידו בתורת ודאי אלא שמסופק הוא אם שלו הם או לא אותו ספק כמאן דליתיה דהשתא אפילו במקום שנתן המעות אלא שמסופק הוא באותה נתינה חשבינן לה כמאן דליתיה לגבי הודאי כל שכן כאן דהנתינה לידו ברור לו שבאו לידו המעות אלא שמסופק היא אם אותה קבלה הווין שלו או לא בודאי דאין הספק דידיה מוציא מידי קבלה הגם שודאי זה אינו בודאי שהוא חייב אלא בודאי שבאו לידו עכ"ז ספיקו בודאי כל זה לסברת מהרשד"ם וא"כ חייב הוא לשלם וכן לסברת הטו"ז והחולקים דמדמו ההיא דדינר זהב לאומר איני יודע הגם דאותה נתינה היא ספק אם נתן לו ממון הפירעון או לאו כ"ז הואל ויש נתינה בעולם הדר הפירעון בודאי וההלואה ספק וא"כ גם כאן שבאו ליד ראובן המעות הגם שאותה קבלה היא בספק הויה כבודאי נתינה והויה כהלואה בודאי יספק בחזרה ומוציאין מידו המעות אחר ששמעון יקבל חר"ס שכדבריו כן הוא ועדיין לבי מהסס שוב ראיתי להרב מש"ה א"ט סי"ז וז"ל ראובן שנתן מעות לשמעון בחושבו שהם שלו ואח"כ טען ואמר שטעה בחשבונו והם שלו ושמעון אינו יודע בבירור אם הם שלו ישבע ראובן שטעה אפע"פ שאין שמעון טוענו ברי הרדב"ז ח"א סי"ד כנה"ג ס' צ"ג אות ה' בהגה"ט יעו"ש. וכן ראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן סי' צ"ג סקכ"ג שהביא גם הוא דברי כנה"ג הנז' יעו"ש וששתי שנתכוונתי לדינא לדעת המלכים האדירים האלה אלא דלדעתי הייתי דן שאין על שמעון וכו' כמו דעת מהרשד"ם ז"ל בדינא כמש"ל אבל לדעת הרבנים הנז' אמרו שחייב לישבע ולא ידעתי למה הואל ואין טענת ודאי נגדו כי אם ספק דמכחו זכה ליטול דבשביל זה ס"ל למהרשד"ם דאין עליו כי אם חר"ס ויטול כדין ברי בחיובא וספק בחזרה כמ"ש מר"ן בס' ע"ה סי"ח יעו"ש ואולי הואל ובעצמו החזירו יש צד לומר דאפשר נתברר לו שהם של אותו האיש ואפשר עכשיו הוא שבא לחזור בו לכך הצריכוהו שבועה ודו"ק וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן פא

אליהו ויעקב עשו שותפות במכירת הטובאק והתנו ביניהם שהלוקח שיבוא לקנות אם בוא יבוא לקנות מליטרא ולמטה ימכור אותה יעקב מהטובאק שלו שלא הכניסה בשותפות ומי שיבוא לקנות יותר מליטרא ימכרו אותה משל שותפות ועל זה טען יעקב שגם בבוא איזה לוקח לקנות יותר מליטרא יתן הוא משלו ליטרא אחת למוכרה ומה שלמעלה מהאליטרא ימכרו אותה משל שותפות ואליהו טוען דהואל ובא לקנות יותר מליטרא לא ימכרו הכל אלא משל שותפות יומ"ץ:

תשובה פשוט הוא כדברי אליהו הוא האמת וראיה לזה מדיני אונאה דקי"ל פחות משתות הויא מחילה ובשתות מחזיר אונאה והרי תקשה לן הרי פחות משתות כבר מחל וא"ך למה משלם כל השתות מן הראוי לא ישלם אלא פרוטה שבה משלים השתות דשתות פחות פרוטה מחילה הוי אלא בודאי כל שהגיע לשתות מגלגלים עליו הכל ומשלם הכל:

ועדיפא מזה מפורש בדברי מר"ן בס' רי"ח ס"ח דאם אמר לו בית כור עפר בין חסר בין יתר אם פחת אחד מכ"ד שהוא רובע לכל סאה הגיעו יתר על כן יחשוב עמו על כל הרבעים שחסרו או הותירו וכו' וכתב שם הסמ"ע סק"ל על כל הרבעים פירוש אף הרביעית עצמה ינכה לו דכיון שבא לכלל חזרה צריך לנכות או לשלם הכל יעו"ש וכענין זה ג"ך כתב מר"ן בס' שנ"ח ס"ח בדין הכובס נוטל שלשה חוטין והם שלו וכו' ויעו"ש בסמ"ע סקי"א יעו"ש שוב ראיתי להרב גוא"ץ זלה"ה בחדושיו למציעא ד"ן מ"ש משם הרדב"ז ח"א סי' תל"ח ומשם ג"ך ראיה לנדו"ד יעו"ש ודו"ק וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן פב

ראובן תבע לשמעון שהוא חייב לו ק' ושמעון אין בידו כלום וראובן טען עליו שהרי יש בידו בית אחת שהניח לו אביו וע"ז השיב שמעון שאין לו בבית ה' כי אם מחצה ומחצה הוא לאמו שראוי לה כפי התקנה שהאשה נוטלת מחצה בנכסי הבעל ועל זה השיב אמריו ראובן ואמר דצריכה אמו לישבע כדין כל האלמנות הלאו הכי הרי כל הבית בחזקת שמעון ויטלנה איהו בחובו ושמעון אומר שאינו רוצה להשביע את אמו ומחול ימחילנה לשבועה שיש לו עליה וא"ך לא ישאר לו כי אם חצי הבית וזה לא יספיק לתשלום חובו של ראובן מהו הדין יומ"ץ:

תשובה דבר פשוט הוא דדברי שמעון מהבל ימעטו דהא מבואר יוצא בטור ובב"י ובש"ע אהע"ז סי' צ"ו דכל זמן שלא נשבעה האלמנה לא זכתה לא היא ולא יורשיה יעו"ש וא"ך הואל וכל זמן שלא נשבעה אין לה זכות בקרקע הרי זה הבית בחזקת שמעון הוא ויכול לגבות ממנו חובו:

והגם דדברי מר"ן המה בכתובה דאורייתא דוקא דיש בה חשש פירעון או התפסת צררי לא כן אנן בדידן דאין האשה גובה הכתובה לאחר מות הבעל אלא חולקת עם היורשים מה שהניח המת הן רב או מעט וא"ך לא שייך חששת פירעון עכ"ז הרי מצינו להרב מוהריב"ץ זלה"ה הובאו דבריו בספר התקנות ושנוי ומשולש כמה וכמה פעמים בפסק הראשונים ואחרונים דגם בכתובות דידן שהם כמנהג המגורשים עכ"ז דייניגן בהו דאם לא נשבעה אין לה כלום יעו"ש והדרן למאי דאמרן דאמו של שמעון כ"ז שלא נשבעה אין לה זכייה: ואל תשיבני דנהי דמן הדין צריכה האשה לישבע הא לאי הכי לא זכתה התינח אם יאמר היורש שאינו רוצה למחול בשבועתו אבל בכגון דא שרוצה למחול בשבועתו נימא דאינה צריכה לישבע אלא דזה לא יתכן דהואל ובמחילתו זאת מזיק הוא לבעל חובו אינו יכול למחול ודמי זה לפסק מר"ן בחו"מ סי' רע"ח ס"ב וז"ל מי שמת והניח בנים ואלמנה ומתה האל' קודם שנשבעה על כתובתה כל הנכסים בחזקת היורשים ונוטל בהם הבכור פי שנים עכ"ל הרי לפניך דאין היורש יכול למחול בשבועת האלמנה כדי לאזוקי לבכור וה"ה כאן אינו יכול למחול כדי לאזוקי לבע"ח:

ואל תשיבני דשאני ההיא דסי' רע"ח למה אינו יכול למחול להאלמנה משום דהקרקע בחזקת היורש הבכור קאי ובמחילתו אינו יכול להוציאו מחזקתו שהוא היורש ובחזקתו קאי לא כן כאן דהקרקע הזאת לאו בחזקת ראובן הוא וזה בא להוציא מידו וא"ך נימא דיכול שמעון למחול לאמו זה אינו דהא ג"ך קרקע זאת בחזקת שמעון היורש קאי והואל ובחזקתו הוה קאי הרי הוא משועבד ועומד לראובן המלוה ובמחילתו זאת ג"ך הרי הוא בא להוציאו מידו כדי לאפסודי לראובן זה ואינו יכול לאזוקי שעבודו של חבירו ודמי זה למ"ש בחו"מ סי' מ"ז ס"א דמי שחייב לחבירו ויש בידו שט"ח שהוא נושה באחרים אינו יכול למחול שט"ח שיש לו על אחרים וכו' יעו"ש ובסי' צ"ט ס"א כתב וז"ל אם נראה לו ממון או שהיו שט"ח כתובים על שמו ואמר של אחרים הוא או עסק הוא בידי אין שומעין לו יעו"ש הרי מבורר דאינו נאמן לומר על הדבר שהוא בחזקתו שהוא של אחרים כדי לחוב לאחרים וא"ך גם כאן הגם דאם אמו תשבע יופקע כחו מכח חצי קרקע זאת עכ"ז הואל וכ"ז שלא נשבעה אין לה שום זכייה כלל דלא חשבינן לאשה שהיא יורשת לבעל אלא כבע"ח שזוכה במחצית הנכסים מכח שטר כתיבה א"ך כל זמן

שלא נשבעה נכסי היורש מיקרו ובחזקתו הם עומדים להפרע מהם הבע"ח דידיה וא"ך הואל ובמחילתו זאת הוא בא לאפוקי כח בע"ח דידיה לא כל כמיניה למחול בשבועה וברשותו הוא קאי לפרוע פרעות ממנו הבע"ח:

והגם דראיתי להרב ב"ש באהע"ז סיצ"ו סק"ד שכתב משם הרב ש"י ז"ל וז"ל כתב הרש"י כשיש בע"ח על אביהם י"ל היורשים לא ניחא לן השבועה של אמנו כי השבועה תקנו חז"ל לטובת היורשים וי"ל לא ניחא לן בתקנת חז"ל ואז יורשים הכתובה וא"צ לשלם ממעות הכתובה לבע"ח עכ"ל וא"ך לכאורה נראה מדברי הרש"י ז"ל דיכולים היורשים למחול אפילו במקום שיש פסידא דאחרים וזה היפך מ"ש אלא כד דייקת תראה דאדרבא משם ראיה לנדו"ד דהא לא כתב הרב ה' דיניה אלא דוקא התם דהבע"ח בא מכח אביהם וכבר מתה האלמנה דבזה הב"ח לית ליה זכייה משום שהאלמ' לא נשבעה על כתובתה שהוא מוקדם ונימא דאין אדם מוריש לבניו ממון שלא היה יכול לזכות בו אלא ע"י שבועה אלא דלא קי"ל וכבר אמרו הבו דלא לוסוף עלה וכפסק מר"ן בחומ"ש סיק"ח סי"ד דבני ב"ח המוקדם שמת יכולים לטרוף מהלקוחות הגם דאילו היה אביהם קיים היה צריך לישבע מדין קדימה עכ"ז יכולים הבנים לגבות אחרי מות אביהם אפילו לא נשבע ואיך גם כאן היורשים שירשו כתובת אמם שהיא מוקדמת יכולים לגבות אפילו לא נשבעה אמם וידחה שט"ח של הבע"ח המאוחר וא"ך אותו בע"ח של אביהם לא נשארה לו שום זכייה מכח שבועתו שהיתה האלמ' צריכה לישבע לו אלו היתה עדיין בחיים וא"ך מכח מאי בא עתה לזכות בנכסי אביהם הוא מכח מה שלא נשבעה לזכות היתומים בזה הוא דכתב הרב דיכולים היורשים לו' מחלנו לאמנו ויחזיקו הם בקרקע שהניח אביהם מכח כתובת אמם ואדרבא במחילתם זאת מחזיקים הם ממון אביהם בידם בזה הוא דכתב הרב דיכולים לומר מחלנו לאמנו אבל בנדו"ד דעדיין אמם בחיים חייתה ובא בע"ח של הבן לגבות בודאי דלית דין ולית דיין דצריכה האשה אמו לישבע שעדיין לא זכתה דהא בע"ח זה של הבן הועמד במקומי וא"ך כמו שאם היה הבן אומר לאמו שלא יהיה לה שום זכות. עד אשר תשבע כמו כן בע"ח של זה הבן ואין כח ביד הבן כלל למחול לאמו להפסיד אחרים ולא דמי זה אלא לשני בע"ח הבאים לגבות מקרקע הלוה ויש לפנינו מוקדם ומאוחר דצריך המוקדם לישבע וכ"ז שלא נשבע זכה המאוחר גם כאן דנין דכתובת אמו היא המוקדמת דהיא קדמה שכבר בא חוב דידה מיום מיתת אביו דדינא הוא עשו לה רבותינו בעלי התקנות כדין שט"ח שזמנו מיום המיתה ופרעונו הוא שזכתה בחצי הנכסים. וחוב שנכתב אח"ך על בנה הוא בע"ח מאוחר ואפילו חוב דידה נתהווה מפאת אביו וחוב דבע"ח זה הוא מפאת הבן לא איכפת לן ולא מידי דסו"ס

תשלום דידה הוא מקרקע זה ל היורש שהניח אביו ותשלום בע"ח זה גם כן דינו מזה הקרקע ואין זכות לאשה אלא מכח קדימה וא"ך אין כח ביד הבן למחול לאזוקי אחרים דאפילו אם היתה נאמנות למוקדם כתובה בשטרו על הלוה וב"ך ופסק בחו"מ סי' פ"ב ס"א וסקי"א ס"ז יעו"ש דלא מהני לגבי הלקוחות ולגבי המוקדם מכ"ש בכאן דלא הי"ל נאמנות ולא בא הבן עכשיו למחול אלא בכוונת המכוון לאפסודי לבע"ח זה אין במחילתו כלום וקם דינא דידן דיד הבע"ח הנז' נטויה לגבות מכל הבית אם לא נשבעה אמו של הבן:

אחרי מופלג אינה ה' לידי ספר הבהיר משד"ר ושם בפסקי הרב מהרש"א זלה"ה בח' אהע"ז סיצ"ו ראיתי דהרב ה' נשאל שאלה אחת כעין נדון הרב שבו"י ממש וראיתי להרב ה' שלא הועתקה כל תשובתו על השאלה ולא נכתב ממנה אלא מעט וסוף דבריו לא הובאו בספר הנז' כי בודאי נאבדו דשם בסוף הדברים כתוב ע"ך מצאתי. איך שיהיה ממשמעות הדברים שהובאו ונמצאו כתובים מהם משמע דאיהו היפך דברי הרב שבו"י ואדרבא ס"ל דאפילו בנדון הרב שבו"י דכבר מתה האלמנה עכ"ז אינם יכולים היורשים למחול והנני מעתיק לך הדברים הנמצאים לפני בשאלה ותשו' בקיצור וז"ל ראובן שמתה אמו ולא נשבעה שבועת אלמנה ויש על אביו שט"ח שחייב לשמעון אחיו ועכשיו בא שמעון לגבות חובו הקרקע שהניח יעקב אביו אע"פ שהוא מאוחר לכתובת אמו ומשום שלא נשבעה וקי"ל דאין אדם מוריש שבועה לבניו מהו הדין תשובה לכאורה נראה דמצי ראובן למימר כיון דהאי שבועה דאלמנה אינה אלא תקנתה דרבנן לזכות היתומים מצו היתומים לומר אי אפשי בתקנה זו דקי"ל בס' פ"ז אע"פ שהנשבעים וכו' ולא דמי למ"ש הרא"ש ופסקו מר"ן בס' רמ"ח ס"ב וז"ל מתה האל' קודם שנשבעה כל הנכסים בחזקת היורשים ונוטל בהם הבכור פ"ש דשאני התם דתרוויהו הם יורשים וכי אמר הפשוט אי אפשי נמצא הוא גובה כתובת אמו מחלק הבכור ולאו כל כמיניה לומר אי אפשי וכו' ע"ך מצאתי עכ"ל המועתק מספר הנז' ותשלום התשובה לא נמצא כתוב וא"ך מתחילת דברי, הרב ה' המובא בשאלה מורה דדעת הרב ה' לפסוק היפך דברי הרשבו"י דהא לא כתב הדברים אלא בתורת לכאורה כמ"ש בתחילת דבריו לכאורה נראה וכו' משמע אבל בסוף הדברים לא סלקא הלכתא הכי ופשוט לדעתי דהרב ה' לא שלט מאור עיניו בספר שבו"י או אפשר דבסוף דבריו הביאו ודחה דבריו מאיזה טעם או באיזה אופן ועכ"פ אנן בדידן נדון שלפנינו אפילו להרב שבו"י אין היורש יכול למחול מכ"ש לדעת הרב מהרש"א זלה"ה האמורים:

שוב ראיתי להרה"ג מוהרי"ע בס' בית יהודה סי"ד שנשאל במעשה שבא לפניהם בעיר ארג'יל בבע"ח שרצה לגבות מנכסי המת ויורשי האלמנה שכבר מתה רצו הם לקחת מה שהניח המת מכח הכתובה והכתובה ה' היתה בנא"ג ונחלקו שם באותו דין דלדעת הרב מוהרר"א יאפיל פסק דהואל והאלמנה היתא צריכה לישבע נגד הבע"ח שבא אחריה ולא נשבעה ה"ז בכלל אין אדם מוריש שבועה לבניו וידחו היורשים והרב ה' וב"ד חלקו עליו מכח המנהג וכתבו דהואל והיתה הכתובה בנא"ג הגם דלא מהנייה לגבי דידה לגבות לגבי הבע"ח כי אם בשבועה עכ"פ הואל וכבר מתה יכולים היורשים לגבות ולא אמרו בזה אין אדם מוריש שבועה וכו' והבו דלא לוסיף עלה שוב עיינתי וראיתי להרב משכנות הרועים אות מי"ם סי"ד וכו' ע"ש ודו"ק וצוויי"ם וימ"ן אדר תרח"ם ציון לפ"ק פה סאלי יע"ה. אחרי זאת מצאתי ראיתי להרב"י סו"ס רמ"ח שכתב וז"ל קרקע שניתן ליתומים מאת זקנתם שלא יהיה משועבד לכתובת אמם והזקנה לא נשבעה על כתובתה אמנם היתומים הוציאו שטר שאביהם מחל לה השבועה והאלמנה טוענת מיד שמת חמי נשתעבדו הנכסים לכתובתי ולאו כל כמיניה דבעלי למחול השבועה עיין תשוב' מימוניות דספר משפטים ס"ז ע"ך ועיינתי שם ומצאתי תשובה לזה וז"ל לפי דבריה שטוענת דמיד כשמת חמיה ירש אותם בעלה ונשתעבדו לה זה אינו דה"מ מקרקעי אבל מטלטלי יכיל למכור וליתן ולא תגבה מהם כתובתה מדלא כתבינן בכתובה מקרקעי אגב מטלטלי וכו' יעו"ש וזה עלה כמו שפסקנו תהלי"ת ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן פג

קורות הזמן אשר לפעמים מזדמן לאיזה ישראל דו"ד עם העכו"ם והערכי השופט אומר לו להישראל להוציא שטר החוב או שטר קנייה הכתוב אצלו בסופרי ישראל ועליו יהיה המשפט ואנן קא חזינן דבדין תורתינו הקדושה אין שום חיוב כלל על הישראל ע"פ אותו השטר הכתוב אצלו אבל אם יוציא אותו שטר בדיניהם יהיה זכות לעכו"ם וחובה לישראל היפך תורתינו הקדושה ועל זה מנהג אבותינו בידינו לצוות לסופרי ישראל לכתוב לו שטר אחר באיזה אופן שיזכה הישראל אפילו בדיניהם כדי להציל עשוק מיד עושקו הואל ועל פי דתינו הקדושה הישראל זך וישר פעלו ומצווים לסופרים שיקחו בידם השטר הראשון ונותנים לו שטר המזוייף עד שיעבור זעם ויזכה הישראל בדינו אזי יקרעו המזוייף ויחזירו לו שטרו האמיתי: ראיתי שיש סמך ודת ודין לזה ממ"ש הרב"י בחומ"ש סי' כ"ו שכתב וז"ל וז"ל רבינו שרירא גאון במה שכתב בזה מי שחייבוהו בחוב

או בפיקדון ואינם יכולים להוציא ממנו ויש ביניהם מקום בי דוא"ר של עכו"ם שאינו לוקח שוחד ומקבל עדות מישראל על חברו יש רשות לזקנים ותלמידים שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה ומצוה לעשות כן עכל"ה הנה מלשון זה מוכח דאפילו מי שאינו יודע שיש לו זכות עכ"ז מותר לו לילך להעיד שזה חייב לזה מדקאמר ילכו הזקנים והתלמידים דאם הדבר מוטל על הדיינים דוקא שיודעים הדין שהוא חייב דאז לא הוי עדות שקר א"ך הו"ל למימר מצוה על הדיינים לילך ולומר שזה חייב לוה למה כלל הזקנים עם התלמידים אלא לומר לך שמצוה על כל בר ישראל לקנאות קנאת האל אפילו מי שאינו יודע שהוא חייב עכ"פ כשיגידו לו הב"ד שזה נתחייב לזה ע"פ הדין אזי מצוה על שאר הזקנים והתלמידים לילך ולהעיד שזה חייב לזה להציל עשוק מיד עושקו: הן אמת דסו"ס יש להקשות למה נקטו הזקנים והתלמידים הואל ולכשיתברר הדבר מפי הדיינים שהוא חייב הותר אפילו למי שאינו יודע הדין להעיד א"ך הו"ל למימר הותר לכל אדם להעיד ולמה כנה דבר זה לזקנים ותלמידים דוקא ראיתי להרב פתח"י תשוב"ה חומ"ש סכ"ו סק"ב שעמד בזה שכתב וז"ל וראיתי להרב מקו"ר ברו"ך ולהרב מהר"א חסון שכתבו דמה שהוצרך הגאון לומר שילכו החכמים והזקנים ולא שאר עמא דארעא מפני תקין העולם שאם נתיר להם להעיד ילמדו גם הם ויבואו לפניהם על כל דיניהם אפילו בלי רשות בדי"ץ ועוד האריך בזה בסי' מ"ב דדוקא לחכמים ותלמידים הותר ודימה זה למה שכתב הרמב"ם בחלול שבת לחולה שיהיה על ידי גדולי ישראל וחכמים וכו'. ולי נראה דמ"ש רב שרירא זקנים ותלמידים הוא רבותא דאפילו להם הותר דבר זה לעשותו וכו' עכ"ל:

איך שיהיה מדברי הרב"י הנז' מבורר דמותר לילך להעיד במקום שהוא חייב ע"פ דיני התורה א"כ גם כאן הואל ועל פי תורתינו הדין הוא שאין שום זכות לעכו"ם על פי שטר זה א"כ מותר לכתוב לו שטר שיהיה לו זכות גם בדיניהם ואין להתעקש ולומר דלא התיר רב שרירא גאון לחכמים ותלמידים אלא להעיד דבר של אמת דוקא כגון אם נתחייב על פי הדין ולא רצה לקבל והלך אצל הערכאות אזי הותר למאן דהו לילך להעיד שזה חייב אפילו מי שלא ראה את החודש יבוא ויעיד הואל והדבר עכ"פ אמת הוא על פי דת מרע"ה שזה חייב לזה אבל בכגון זה שכותבים עדות שקר מה שלא היה לעולם מאן לימא לן דמותר אלא דזה אינו דודאי זה וזה אחת הן דמה לי אם יעיד מה שלא ראה הואל והעדות אמת מה לי יעיד מה שלא ראה הואל ועל פי הדין לא יש אשמת דבר בדינינו על הישראל אלא שהעכו"ם בא עליו בעקפין מכח דיניהם בודאי דטעם אחד להם כמו התם שהתירו להעיד הוא להציל עשוק מיד עושקו גם כאן מטעם זה מותר:

ובפרט דכך נמצא בפירוש בס' זכו"ל ח"א חח"מ אות עיין שכתב וז"ל מי שחייבוהו בחוב או פקדון ואין יכולים להציל יש לזקנים ותלמידים רשות שילכו לפני השופט ויעידו שזה חייב לזה ומצוה לעשות כן ואם לא יתפייס השופט במה שיאמרו העדים דרך כלל יכולים לשקר בדבריהם בדרך המביאם לתכלית המכוון כיון שהתכלית הוא אמת ויציב שהוא חייב באותו החוב ואם ישביעם על מה שיאמרו אינם יכולים לישבע לשקר אפע"פ שהוא אמת שחייב מן הדין כנה"ג שם הגב"י א"ט בשם ר"ש גאון ומוהריב"ל ח"ג והרב גדול"י תרומ"ה חולק על זה וכתב דיכולים לחשוב איזה דבר ולישבע עליו ותמה הרב ח"ש בהגב"י אות י"א דמה יוכלו לחשוב כשמפרש להם השופט שישבעו אם בפניהם הודה זה שחייב לו עכל"ה ויעוין שם טעם האוסרים לישבע ומאי נפקא מהטעמים יעו"ש איך שיהיה עכ"פ נקטינן דכל שיש לישראל זכות ואין יכול להוציא מיד חבירו הותר לעדים להעיד לפני השופט תכלית המכוון בדרך המועיל שיזכה בדינו אפילו יעידו שקר הואל ולפי האמת יש לו זכות:

וכעין זה ג"כ ראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בסכ"ו סק"ו שכתב וז"ל כתב מהר"א די ביטין דמי שטוען שאין לו ובקש לישבע על זה אם הוליכו הבע"ח לערכאות בלי רשות ב"ד אזי הב"ד ישביעוהו כדינו ויתנו לו עדים שיעידו שפרע עכ"ל ודין זה הביאו ג"כ הרב גוא"ל חומ"ש סכ"ו סקי"א משם פוסקים אחרים יעו"ש:

וכעין זה ג"כ ועדיפא מזה ראיתי להרב גוא"ל ז"ל בסו"ס ט"ו דשם כתב וז"ל מי שנגנב ממנו כסף וזהב וראו איש מקולקל בדבריו שהיה בידו זהב והוא רוצה להתיכו בחנות אומנים שונים ואומדנות אחרות והורה רשד"ם למסור אותו לערכאות בשביל חיב קרוב לשווי הכסף עד שיודה עכ"ל מכל מאי דכתיבנא יתברר לך דמותר להעיד עדות שקר להציל עשוק מיד עושקו: ואין להשיב על זה ולומר דשאני כל הני ענינים דכתיבנא הם איירי בישראל שיש לו דין עם חבירו דמוטל עליהם לדון בדינינו וא"כ הואל ובדינינו יש לו זכות עליו מוטל לקיים ועלינו מוטל להציל עשוק מיד עושקו אבל בכגון זה דדינו הוא עם העכו"ם והעכו"ם כופה אותו לדין בדיניהם ועל פי דיניהם לא יש לישראל זכות בשטר שבידו מנ"ל דמותר להעיד לו שקר נימא דעכו"ם וישראל בתר דיניהם אזלינן אלא דגם לזה מצאנו ארוכה ומרפא דאיתא במס' קמא דף קי"ג ע"א וז"ל הגמרא תניא ישראל וכותי שבאו לדין אם אתה יכול לזכותו בדין ישראל זכהו ואמיר לו כך דינינו בדיני אומות העולם זכהו ואמור לו כך דיניכם ואם לאו באים עליו בעקפין דברי ר' ישמעאל ר' עקיבא אומר אין באים עליו בעקפין מפני קדוש ה' ור' עקיבא טעמא דאיכא קדוש ה' הא ליכא קדוש השם באין וגזל עכו"ם מי שרי והתניא וכו' אלא אמר רבא לא קשיא כאן בגזילו

וכאן בהפקעת הלואתו עכ"ל ודינים העולים מגמרא זאת לענין אם בא לפנינו דיניין ליה במאי דניחא ליה ופסקה הרמב"ם פרק עשירי מהלכות מלכים הלי"ב והגם דלא ראיתי בש"ע פסק זה בודאי דנשמט מהדפוס לסבת סכנה כידוע שכמה דבריהם נשמטו מהש"ס והפוסקים בחשש סכנה ועל כל פנים ראיתי לכמה רבנים אחרונים משתמשים בהלכה זאת עיין להרב תוש"י ח"ב סי' צ"ז ולהרב גושפנקא דמלכא דף מ"א וכן מורה פסק הש"ע סי' קנ"ד סי"ח דשם פסק דלא אמרינן הבא מכח עכו"ם הרי הוא כמוהו אלא לגרעותא יעו"ש הרי לפניך דהעכו"ם עצמי דינו הוא לגרעותא דפסק הרמב"ם והגם דמצינו בכמה מקומות כפסק הש"ע דדנין כדין העכו"ם בין לזכות בין לחובה וכמו שבא הדבר מפורש בס' מ"ה סי"ז בדין ישראל שקנה שטר מעכו"ם והיו עדיו מרוחקין ובסי' ס"ו סכ"ה בדין עכו"ם שמכר שטר שיש לו על ישראל וחזר ומחלו שאינו מחול ובס' ס"ז סי"ז בדין ישראל שקנה מעכו"ם שטר שיש לו על ישראל אחר דאין השביעית משמיטתו וכן פסק מור"ם בפשיטות דדנין ליה כדין הכותים יעו"ש בסו"ס שס"ט בהגה יעו"ש קושיא זאת כבר נתעוררו בה מפרשי הש"ע והסמ"ע בס' מ"ה תרץ בשני אופנים דשאני בשטרות דנין כדיניהם הואל ומשפט המלך כן הוא והוי דינא דמלכותא דינא ובתרוץ שני תרץ דשאני בשטרות הואל ולא מטי הזיקה ללוה לכך דנין ליה כדיניהם לא כן בההיא דס' קנ"ד דמטי הזיקה לא דנין כדיניהם יעו"ש והטו"ז בס' קנ"ד סי"ח תרץ באופן אחר דהיינו במקום שישראל מחייב עצמו נגד כותי לא מפקע חוב דידיה בכל מילי שהיה לו אף אם בא ליד ישראל משא"כ ההיא דס' קנ"ח סי"ח דלא נשתעבד הישראל כלל לכותי לשום דבר והכל ניחא ע"כ ועיין ש"ך בס' מ"ה סק"י:

א"כ בין לדברי הסמ"ע ראשונים ואחרונים בין לדברי הטו"ז נשמע דמאי דפסק מר"ן בסי' קנ"ח סי"ח דהבא מכח עכו"ם הרי הוא כמוהו לגריעותא ממנו נלמד דגם לנדון דידן יש לדון לעכו"ם לגריעותא דדבר זה יש הזיק לישראל בו וממילא יש לנו לפסוק דין העכו"ם לגריעותא וכדעת הסמ"ע בתרוץ שני ומכ"ש לפי תרוצו של הטו"ז דס"ל דכל שלא נשתעבד הישראל נגד העכו"ם כההיא דסי' קנ"ד יש לנו לפסוק דין העכו"ם לגריעותא אלא אפילו לדעת הסמ"ע בתרוץ ראשין דמחלק בין הנהו פסקי פסקי דיני של שטרות הואל והם דינא דמלכותא להההיא דסי' קנ"ד הרי גם בנדו"ד מוכח דדנין ליה לגריעותא דהא לא חליק הסמ"ע ואמר דדנין ליה מדין דינא דמלכותא אלא בדינא דשטרות הואל והמלך קפיד שיגבו בשטרות וכדומה אבל בההיא דסי' קנ"ד דאינו מדין המלך אלא מדין השופט שלהם פסק בו דדנין ליה לגריעותא וגם נדו"ד שאינו ממשפט המלך אלא על פי משפט הדת שלהם בודאי דעכו"ם והבא מכחו להוי דינם לגריעותא והגם דגם

שופטיהם הם על פי המלך עכ"פ לאו משפט המלך וגזירותיו הם דנים אלא המלך מתקין להם שופטים שישפטו אותם והשופטים מתהלכים על פי נמוסיהם וחכמיהם וא"ז נקרא דינא דמלכותא ועיין למור"ם בסו"ס שס"ט דשם פסק דמי שנשא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם לא יוכל לומר כל הנושא אשה על דעת המקום הוא נושאה אלא יתנהגו ע"פ תורתינו הקדושה ושם סיים וליכא בזה משום דינא דמל' דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש לו הנאה למלך וכו' יעו"ש א"ך נלמד לנדו"ד דאין שום הנאה דבר זה לא נכנס בדין דד"ד:

נקטינן מכל האמור דבמקום דליכא דינא ד"ד יש לנו לדון כפסק הרמב"ם דישראל ועכו"ם הבא לפנינו דינין ליה במאי דניחא ליה לישראל וא"ך גם כאן הואל ובדינינו הישראל הזה זכאי הוא בדינו על פי השטר שבידו ובדיניהם לא יזכה בו יש לנו לעשות כל טצדקי עד שיצא הישראל זכאי בדינו. הן אמת דעדיין יש יד הדוחה לדחות דלא אמר בגמרא דישראל ועכו"ם שבא לפנינו דינין ליה במאי דניחא ליה לישראל אלא דוקא אם באו לפני דייני ישראל לדון. עלינו לחפש בזכותם. אבל אם העכו"ם לעולם אינו רוצה לבוא לפני דייני ישראל ורצונו הוא לילך לפני ערכאותיהם מנא לן דמותר להעיד לו שקר כדי שיזכה בדיניהם כמו שיש לו זכות בדינינו נימא הואל והעכו"ם רוצה לילך לערכאות הדין עמו ועל ישראל לקיים אשר יאמר לו הערכ"י:

אלא דזה לא יתכן דהואל ומשפטיהם להבל דמה בודאי אם המצא ימצא הישראל איזה צד באופן שינצל ממשפטיהם בודאי עליו תבוא בר"ט שהצל יציל ממונו ומאי דאמר בגמרא שבאו לפניך לדין לאו דוקא עד שיבואו הוא שמוטל עלינו לעשות כן בודאי בכל אופן דמצינן להציל ממון ישראל להשבת אבידה מחשיב ולא נקט בגמרא שם שבאו לדין אלא משום אורחא דמילתא הואל ובעה"ר ידם נטויה לכפות הישראל לדון בערכאותיהם על כן נקט באו. הכוונה אם יזדמן דבר זה ויביאו לפניך עשה כך אבל אה"ן אם יש איזה אופן שיוכל הישראל להנצל אפילו לא יבואו לפנינו בודאי דמותר הישראל לעשות כמה טצדקי להצילו ובפרט למצוה יחשב לו:

ועדיפא מזה סיים שם בגמרא דקמא דאמר ואם לאו באים עליו בעקיפין דברי ר' ישמעאל ר' עקיבא אמר אין באים עליו בעקיפין ואוקי שם בגמרא דאפילו ר' עקיבא לא אמר אין באים עליו אלא במקום שיש חלול ה' אבל במקום דליכא חלול ה' מותר להפקיע אפילו הלואתו ופסק זה פסקו מור"ם בש"ע חומ"ש ס' שמ"ח בהגה יעו"ש וא"ך באומרך דאפילו הלואתו הותר לו ללוה לבוא עליו בעקיפים במקום דליכא חלול ה' מכ"ש היכא דהעכו"ם אדרבא בא בעקיפים לקחת ממון הישראל בודאי דעלינו רמייא חיובא לעשות

כל טצדקי להצילו מרעתו באיזה אופן שיהיה ולית דין ולית דיין ועל זה בודאי סמכו קמאי וקמאי דקמאי. זהו משנלע"ד וצוויי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן פד

עמדו לפני ד"ת שת' שני עכו"ם ובידם שט"ח אחד כתוב וחתום בסופרי ישראל כראוי שנושה אביהם של העכו"ם הנז' סך מאתים ושנים ועשרים דורוס בהמו"ן אליהו סריזו י"ץ ואליהו הנז' טען שכבר פרע ביד אביהם עספ"א והואל והשטר אין בו נאמנות לא אשגח לתבוע בו אבוהן הואל ואמר לו שכבר נאבד מהו הדין. עוד אליהו טען ואמר הרי יש לו עד"א שיודע שהשט"ז פרוע עד כאן הגיע דבריו יומ"ץ:
תשובה לזה הנה דין יתומים שהוציאו שטר על הלוה הרי דינו ערוך בש"ע ספ"ב ס"ח ובס' ק"ח ס"ח דהדין הוא שהיורשים ישבעו שבועת היורשים שלא פקדנו וכו' וגובים אלא דהכא קא חזינא דהמלוה הזה מקרא מלא דבר בו אשר פיהם דבר שוא וכו' וא"ך הדר דינייהו כדין מי שהוא חשוד על השבועה שהוציא שט"ח על חבירו ובדין חשוד שהוציא שט"ח על חבירו מצינו למר"ן בס' פ"ב ס"ח שכתב וז"ל היה המלוה חשוד י"א שהנתבע נשבע הס"ת ונפטר וי"א שהמלוה נוטל בלי שבועה והכי מסתברא עכ"ל ובס' צ"ב ס"ט כתב וז"ל וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי הרי הנתבע נשבע הסית ויפטר מהשטר וי"א שכיון ששטר מקוים בידו גובה בלי שבועה ע"ך וכתב הסמ"ע בש' פ"ב סקכ"ו דהכי נקטינן כסברת הרמ"ה דס"ל דהמלוה נוטל בלי שבועה וכמו שכתב מר"ן דהכי מסתברא והגם דבס' צ"ב לא הכריע ולא כתב דהכי מסתברא כמ"ש כאן עכ"פ גם שם הביא סברת הרמ"ה דפסק דיטול בלי שבועה באחרונה והואל והביא הרמ"ה באחרונה בודאי כותיה רוצה לפסיק:
וגם הש"ך בס' צ"ב סקי"ד שם הוכיח כסברת הסמ"ע דהאמת הוא כדעת הרמ"ה ס"ל למר"ן לפסוק דינא וכן ראיתי להרב מאמר קדישין בס' צ"ב סקכ"ג שכתב וז"ל ועיין לעיל בס' פ"ב שהוכחתי דכן הלכה כי"א וכפירוש הסמ"ע וכ"ך הש"ך ודלא כמהרש"ך שכתב שיכול המוחזק לומר קי"ל כסברא הראשונה עכ"ל נמצינו למידין לדעת הסמ"ע והש"ך והרב מאמר קדישין דנקטינן דמר"ן דעתו לפסוק כמ"ש בס' פ"ב דהכי מסתברא ואפילו בס' צ"ב הביא סברת הרמב"ם בסתם ואח"ך הביא סברת הרמ"ה בשם י"א ואנן קי"ל כסתמא דמר"ן על כל פנים הואל ומצינו בס' פ"ב הכריע כסברת הרמ"ה בודאי לא אזלינן בתר אותה סתמה דס' צ"ב הואל ומצינו בפירוש שכתב דלא נקטינן כאותו סתם

ובפרט הרי הסמ"ע כתב דמר"ן גם בס' צ"ב דעתו לפסוק כי"א אחרונה הואל והביאה באחרונה הן אמת דלגבי הכלל המסור בידינו לא כן הוא דלעולם אזלינן בתר סתמה דמר"ן ולא כדעת החולקים שמביא אח"ך עכ"פ אפילו בלא דברי הסמ"ע והש"ך ומאמר קדישין יש לנו לפסוק כדעת הרמ"ה הואל וכתב דכוותיה מסתברא ולא כהרמב"ם א"ך נקטינן להלכה בנדו"ד שהעכו"ם המלוה סתמו הוא לאו בר שבועה דשבועתו כמאן דליתא דמזה הדר דיני כדין החשוד המוצא שטר שדינו הוא נוטל בלי שבועה וגם בניו אחריו גם הם חשודים לישבע שבועת היורשים ונוטלים בלי שבועה כלל:

אלא דכאן מצאנו לאליהו הנז' תרופה במה שאמר יש לו עד"א שהוא פרוע הן אמת דלפי דברי הסמ"ע והש"ך לא יש שום חלוק כלל בין יש לו עד"א מעיד שהוא פריע או לא דהא בס' צ"ב ס"ט שם נאמר וכן הפוגם שטרו וכל כיוצא בזה וכו' ופירש שם הסמ"ע דפוגם שטרו שדינו שצריך לישבע וליטול הידוע וכל כיוצא בזה אתא לרבות הטוען על מי שאינו פוגם שהוא פרוע שישבע לו וכו' יעו"ש בס' צ"ב ס"ק כ"ה ובכולהו ס"ל להסמ"ע דמר"ן ס"ל כהכרעתו בס' פ"ב ס"ח דהדין היא כהרמ"ה דיטול בלי שבועה וגם הש"ך הכי ס"ל וכבר כתבנו דהרב מאמר קדישין דכסמ"ע והש"ך כן הוא כמש"ל וא"ך מן הראוי גם אם יביא אליהו עד"א שמעיד שהוא פרוע העכו"ם הנז' לפי דברי הפוסקים הנז' יש לנו לומר דעדיין הדין הוא דנוטל בלי שבועה דהא עד"א מעידו שהוא פרוע דינו שוה לדין פוגם שטרו דבחד מחתא מחתינהו תנא דמתניתין בפרק הכותב הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה. עד"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה וכו' יפסקינהו הפוסקים ומר"ן בס' פ"ד יעו"ש בס"א ובס"ד וכן בס' ק"ח סי"ד לענין דלאו לכל מילי אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו תני שם דפוגם ועד"א מעידו דין אחד להם יעו"ש. שוב ראיתי להש"ך בס' צ"ב סקי"ד שכ"כ באמצע דבריו וז"ל לשון הסמ"ע ס"ק כ"ה דפוגם שטרו אי שיש בידו שט"ח והלוה אומר ישבע לי שלא פרעתיו קאי ע"כ וכן בעד"א שהוא פרוע והנפרע שלא בפניו וממשועבדים וכן הוא בדברי הרמ"ה והרמ"ך עכ"ל הש"ך וא"כ בכאן דס"ל למר"ן דבפוגם והיא חשוד נוטל בלי שבועה הוא הדין בעד"א מעידו שהוא פרוע נוטל בלי שבועה: אלא דראיתי להרב הטו"ז דלא ס"ל כסברת הסמ"ע והש"ך אלא שמחלק הוא בדברי מר"ן וס"ל דמאי דהכריע מר"ן בס' פ"ב ס"ח כסברת הרמ"ה היינו דוקא בטוען הלוה על החשוד שהוא פרוע ואין החשוד פוגם אלא אומר שלא נפרע כלום בזה היא דהכריע מר"ן כהרמ"ה הואל ושבועה זאת קלה היא דהא אי לא טען הלוה אשתבע לי אנן לא טענין בזה הוא דפסק מר"ן כהרמ"ה דיטול החשוד בלי שבועה אבל בס' צ"ב דהביא מר"ן סברת הרמב"ם והרמ"ה ולא הכריע ואדרבה הביא סברת הרמב"ם

בסתם התם מיירי בפוגם דהואל ומוטל עלינו לטעון לו שצריך לישבע ויטול אפילו לא טען הלוה בזה מר"ן לא הכריע ויש לנו לפסיק כהרמב"ם יעו"ש בדברי הטו"ז בס' פ"ב ס"ח ודו"ק וא"כ יצא לנו הדין בזה הואל ויש עד"א שמעיד שהוא פרויע נקטינן כסברת הרמב"ם דס"ל דבפוגם שטרו והוא חשוד ישבע הלוה ויפטר: אלא דעדיפא מזה בנדו"ד דאפילו שבועה אין צריך אליהו הנז' דאותו עד שמביא להעיד לו שהוא פרוע הוא פוטרו. הן אמת דראיתי להש"ך בס' צ"ב סק"ט שכתב דעד"א שחייב את החשוד שבועה אינו יכול לפטור את שכנגדו החשוד ליטול בלי שבועה וא"כ גם כאן שמחייב שבועה לחשוד אינו יכול לפטור את אליהו הנז':

זה אינו ורב המרחק ביניהם ובשלמא התם אותה שבועה שמחייב לחשוד היא עצמה הוא דרצה לומר יהיה פטור אותו שנהפכה עליו על זה אמרינן אינו יכול לפוטרו דא"כ הדר דינו שיצא ממון על פי עד"א אבל בנדו"ד הואל וכח העד הזה לא בא אלא לחייב את התובע שישבע ויטול ועכשיו שהוא חשוד ואינו יכול לישבע והדר דינו לפי סברת הטו"ז דישבע הלוה הסית בודאי שאותו עד יכול לפוטרו דזיל בתר טעמא שם בס' צ"ב סק"ט דכתב הש"ך דאין העד פוטר משום שהממון יצא על פי עד"א אבל בנדו"ד היא להחזיק הממון דוקא על ידי שיפטיר השבועה בודאי מהני ולא מלבד הסברא דכן הוא אלא דראיתי להש"ך בס' פ"ז סק"ל שכתב כן בפשיטות וז"ל ועוד נפקא מינה בין דעת רש"י ותוס' וסיעתם לדעת הרמב"ם והטו"ר לענין אם יש ללוה עד"א על השטר שהוא פרוע דצריך בעל השטר לישבע דלדעת רש"י ותוספ' יוכל להפך אותה שבועה עצמה שנתחייב מכח העד דשוב לא יועיל העד להיות עד מסייע אבל לדעת הרמב"ם והטו"ר דלא יוכל להפך אותה שבועה עצמה רק שיוכל לומר אי אפשי בתקנת חכמים והריני כשאר תובעים בע"פ א"כ כשנתחייב שבועה מכח העד לא יוכל לומר כן דאם יאמר כן ויהיה דינו כאלו תובעו בע"פ בלא שטר א"כ יפטר הנתבע לגמרי דהא יהיה לו עד מסייע שפוטר משבועה עכל"ה וכן כתב ג"כ במקומות אחרים הרבה וא"כ בנדו"ד שמביא העד ומכחיש את החשוד דכתב בו מר"ן אלבא דהטו"ז דס"ל דבפוגם ס"ל למר"ן דישבע הסית ויפטר ומינה גם בעד"א מכחישו נמי והוא חשוד דשוים הם והוי דינו ישבע הסית הלוה ויפטור בודאי דהאי עד"א שמביא פוטרו מן השבועה ואין עליו כי אם חר"ס דאין לומר שהעד פוטרו גם מחר"ס וכמ"ש הש"ך בס' פ"ז סקי"ד יעו"ש:

א"כ קם דינא דיכול אליהו הנז' לומר קי"ל כהטו"ז דס"ל דמר"ן לא פסיק ותני כהרמ"ה אלא דוקא במקום שאין המלוה חייב שבועה אלא שהלוה טוען שישבע לו אבל בפוגם ועד"א דהדין הוא אפילו לא טען הלוה אנן טענין ליה דהדין הוא שישבע הלוה ויפטור:

אחרי זאת בא לידי ספר הרב פתח"י תשוב"ה וראיתי שם בסוף סי' צ"ב בחו"מ שכתב וז"ל עיין בתשובת בית אפרים ס"מ ס"ו בדין עובד ככבים שמוציא שטר על היתומים והאריך בזה ומסיק ולדינא כבר כתבתי דמשמע מהש"ס וכן מבואר מתשובות המכונות להרמ"ך ס' כ"ב דלא דנין דין חשוד בע"א הבא לגבות בשטר שבידו ונראה שטעמו משום דלע"א ודאי לא פרע ולא מתפיס ליה צררא עד שיקבל השטר כיין שידע שהע"א יכול לבוא עליו בעקיפין לגבות ממנו בלי שביעה כלל עכ"ל א"כ לפי זה נראה דאפילו יש לאליהו עד"א העכו"ם יטול בלי שבועה כלל הואל ולא דנין דינא דחשוד אלא שנשאר הדבר אצלי בצ"ע הואל ולא ראיתי הדברים במקורן בס' בית אפרים דאיכא למימר דזיל בתר טעמא דהרב בית אפרים הואל והעכו"ם יכול להתעולל על הישראל ולגבות ממנו בלי שבועה משום הכי אמרינן מן הסברא בודאי אין הישראל פורע עד שיקח השטר כל זה יוצדק במקום השייך שהעכו"ם יעולל עלילות ברשע בודאי הישראל לא פרע אבל במקומותינו אלו דידוע ופשוט דשטרי דידן אינן חשובים לכלום וחספא בעלמא נינהו לפני ערכאותיהם בעה"ר וכל עכו"ם שיש בידו שטר על ישראל והוא חתום בעדי ישראל מוכרח הוא לדון לפני דייני ישראל בודאי הדר לעכו"ם כדין חשוד ואדרבה מדברי הרב הנז' נראה סייעתא לדברי הראשונים דהא לא העדיף כח העכו"ם דלא דנין ליה דין חשוד אלא במקום שהעכו"ם יכול להעליל דון מינה במקום דלא שייך עלילות כגון בנדו"ד בודאי יש לדון בו דין חשוד גמור והנלע"ד כתבתי וקם דינא אם אליהו לא הביא שום עד סייעתא דידיה ישבע הסית ויפטור ואם הביא עד"א אין עליו כי אם חרם סתם ואם יביא שני עדים בודאי פטור מכל וכל. והי"ז אלול תמט"ר וצוויי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן פה

להיות שזה כמה שנים השכיר הר"ר יצחק הכהן ליצחק ן' דו"ח בית אחת שדר בה מעלה מטה חמש שנים ופרעו בדמי השכירות חזר וחדש לו שכירות אחרת על שתי שנים וזה כמו חודש ימים שהיא יום סוף השתי שנים תבעי הרי"כ להר"י ן' דו"ח להריק לו הבית כי נשלם הזמן וגם תבעו לשלם לו שכירות שני חדשים שנשאר נושה בו משתי שנים האחרונים ופשר עמו להוסיף לו חודש אחד למצוא מנוח אשר יטב לו ועליו לשלם במטבא שכירות שלשה חדשים דהיינו שכירות השני חדשים שנשארו משתי השנים ושכירות חודש הנוסף והן היום הגיעו עת סוף החודש השלשי וקיים דבריו יצחק ן' דו"ח והוריק לו הבית ונתן לו מפתח הבית והרי"ך תבעו לשלם שכירות השלשה חדשים ויצא

יצחק ן' דו"ח לטעון טעון כי הוא ראה שוכר אחד שהיתה בית של אדם אחר שכורה גביה וביום בא לפרוע לו השכירות נכה לו מדמי השכירות מה שהיה טח הגג של הבית בסיד הנקרא לקטרא וגם הוא עתה רוצה לנכות להרי"ך שיעור מה שהוציא מכיסו בהאלקטרא שעשה לבית זה שבעה שנים כי הוא לא ידע שהמנהג הוא שהמשכיר מתקן אותה והרי"ך טוען כל זה שקר ודבר כזב כי ביום שכירות הראשונה התנה עליו שהוא יעשה האלקטרא מכיסו ולא יחשוב עליו מאומה:

תשובה לזה הנה אם באנו מצד הדין על מי מוטל לתקן טיחת הגג והוא הנקרא לקטרא מצאנו ראינו למר"ן בחומ"ש ס' שי"ד ס"ב שכתב וז"ל השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה ולתקן מקום המזוזה משלו וכן אם רצה לעשות סולם או מרזב או להטיח הגג הרי זה עושה משל עצמו עכ"ל וסיים שם מור"ם והוא הדין כל דבר שאינו מעשה ידי אומן ובכל אלו הענינים הולכים אחר המנהג עכ"ל וא"ך אם באנו לפי הדין הרי מר"ן כתב דטיחת הגג הוא על השוכר וגם האלקטרא דידן הוא טיחת הגג ואינו מעשה אומן כלל אלא אשת בעל הבית נוהגת לתקן אותה מדי שנה בשנה כלאחר יד: אלא אפילו לפי מנהג הנהוג בינינו במדינה זאת שהמשכיר מתקן משלו האלקטרא ויש לנו לילך אחר מאי דנהוג כמ"ש מור"ם עכ"ז אין בדברי יצחק ן' דו"ח כלום דהא מנהג זה ידוע ומפורסם לכל הוא וא"ך הואל ודבר ידוע הוא מסתמא יצחק בדו"ח מידע ידע ואינו נאמן לומר דלא ידע מנהג זה וכמו שיש לדקדק מדברי מר"ן בחומ"ש סס"א ס"ה שכתב כל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות הן כתבוה בשוקא וכו' כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש שיכתבו כל לישנא שפירי דאית בה ע"ך ובס' מ"ב סט"ו ג"ך כתב וז"ל לשון שרגילים לכתוב בשטרות אפע"פ שאיני מתקון חכמים אלא לשון הדיוטות שנהגו לכתוב במקום ההוא הולכים אחריו ואפילו לא נכתב דנין ליה כאלו נכתב עכ"ל והנה יש להקשות על פסקי דינים אלו דסו"ס אפילו נוהגים לכתוב אותם כל המדינה סוף סוף שמא האי לא ידע מזה ולא קבל עליה אלא ודאי הואל וכל המדינה מנהגם כך אמרינן מסתמא בודאי ידע ואפילו יבוא לטעון טעון דלא ידע מזה אינו נאמן ולכך נתנה רשות לכתוב משום דאמרינן בודאי מידע ידע ואדעתא דהכי נחית וזה מדוקדק ממה שהקשה הרב"י בס' ע"א סכ"ה דברי הטור אהדדי דבס' ע"א פסק דאם העדים לפנינו ואמרו דלא כתבו הנאמנות בצווי הלוה לשופרא דשטרא כמו שכותבים בשטרות אין סומכים על הנאמנות ובס' ס"א פסק כתשובת הרא"ש בלי שום חולק שכתב כל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות וכו' כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו, כמנהג המדינה ואין צריך לפרשו וקשיין אהדדי ועל זה תרץ שם

שלשה תרוצים ותרוץ קמא הוא ז"ל ואפשר לומר דבעל התרומות מיירי כשאין מנהג פשוט במדינה לכתוב כן בכל השטרות ואפע"פ שבקצתן כותבים כן והרא"ש שהביא הטור בס' ס"א מיירי כשהוא מנהג פשוט בכל המדינה ע"ך ועל תרוץ זה סמך בשולחנו הטהור ופסק בס' ע"א סי"ד וז"ל שטר שיש בו נאמנות ומנהג המקום שהרבה כותבים נאמנית בלי המלכת הבעלים לשופרא דשטרא והלוה טוען כי לא ברשותו נכתב אם העדים כאן ואומרים שלא כתבוהו אלא משום שהיו רואים שבשאר שטרות כתוב כך אין סומכים על הנאמנות כיון שאינו מנהג פשוט לכתוב כך בכל השטרות עכל"ה הרי לפניך דמר"ן מחלק בין מנהג ידוע שבכל השטרות כותבים לאם אינם כותבים בכל השטרות ומוכרח לומר דהואל וידוע שבכל השטרות כותבים תרתי איתנהו דודאי מידע ידע במנהג ובודאי אדעתא דהכי נחית אבל היכא שאין הכל כותבים יכול להיות דלא ידע בזה זה הלוה ואם ידע אפשר הואל וכולי עלמא לא כתבי הכי אלא מקצת ומקצת לא אפשר דלא אדעתא דהכי נחית ודעתו הוא דלא יכתבו אלא כאותן שטרות דלא כתבי בהו הואל ולא נמלכו בו א"ך מוכרח מדברי מר"ן דבמנהג ידוע מחזיקינן ליה דידע:

ואפילו לדעת הש"ך בס' מ"ב שכתב בס' קל"ז וז"ל ואפילו לא נכתב דנין אותי כאלו נכתב פירוש דמסתמא היה דעתו שיכתוב כן. נלפ"ז משמע בפשיטות דהיינו דוקא שידוע שידע מזה אבל אם לא ידע מזה אפע"פ שנוהגים ההדיוטות כן אין דנין אותו כאלו נכתב עכל"ה וא"ך מדברי הש"ך אלו משמע דלא אמ' כותבים אלא בידוע שהלוה יודע מזה אבל אם אינו ידוע לא וא"ך משמע דיכול לומר דלא ידע ממנהג זה עכ"ז הרי מדבריו האחרונים מוכח דלא בעינן עד שידע בבירור גמור אלא כל שהוא ידוע לכל אמרינן מסתמא ידע שהרי סיים בדבריו שם וכתב וז"ל ובזה מיושבים דברי הרמב"ם וכו' ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דודאי אלו לא היו כותבים בשטרות בין קרקעי בין מטלטלים פשיטא שלא היה ספק בדבר שהרי מעשים בכל יום שגובין המטלטלים וא"ך אינו יכול לומר דלא ידע שהרי מסתמא ידע או ראה איזה פעם שגבו המטלטלים וא"ך הי"ל להעלות על הדעת שהוא משום תקנה דאם לא כן היאך גבו מהמטלטלים אלא ודאי ידע מתקנת הגאונים וכו' עכל"ה הרי לפניך דהש"ך עצמו לא מצריך עד דידעינן בבירור אלא כל שהוא ידוע אמרינן מסתמא ראה או ידע איזה פעם וקרינן ביה ידע ממנהגא יעו"ש:

וכן ראיתי להרב פתח"י תשוב"ה בס' ס"א סק"ג שכתב משם הרב חוו"ת יאי"ר וז"ל וכתב עוד דמה שמקצתם כותבים לפסול כל שובר אם לא שיהיה נכתב על גוף השטר עצמו ממש ואינם מודיעים זה ללוה כלל הוא שלא כדת של תורה ואם אירע שנכתב כן והלוה מוציא שובר כת"י המלוה וטוען שלא ידע התנאי טענתי טענה שאינו דבר הרגיל עכל"ה

הרי לפניך דאין מאמינים אותו לומר דלא ידע אלא בדבר שאינו רגיל אבל בדבר הרגיל אינו נאמן וא"ך הרי לפניך דבדבר הרגיל אלבא דכו"ע איני נאמן לומר דלא ידע. והנה הוכרחתי לחטט אחר ראיות אלו לפי שעה הואל ושר של שכחה גבר בעת ובעונה הזאת לא יוסיף עוד יה"ר כי ידעתי נאמנה שראיתי למי מהאחרונים שכתבו סברא זאת דאין אדם נאמן לומר דלא ידע מן המנהג ולעת עתה לא ידעתי מבטין מי יצאו הדברים וה' יחזיר אבידה אמן:

שוב עיינתי בס' בע"י חי"י בס' ע"ץ הד"ר ס' ר"ב ושם נשאל בדין בכור שוותר במקצת הנכסים דק"ל וותר בכל כסברת רב פפי משמיה דרבא המובא בבתרא דף קכ"ו וכוותיה פסק הרמב"ם והטוש"ע ס' רע"ח ס"ח יעו"ש והרב הנז' נסתפק בבכור שוותר במקצת נכסים ואחר זמן כשבאו לחלוק השאר יצא לי לטעון כי בטעות וותר ולא ידע שהבכור נוטל פי שנים ועכשיו שידע מזה תובע מה שזיכתה לו התורה והרב הנז' פלפל באורך וברוחב בעקר הדין ולבסוף כתב ומיהו אפשר דלא אמרינן וותר אפילו בשאר נכסים אלא כשהוא מודה דכוונתו היה לוותר באותם נכסים ולא בשאר בזה אמרינן כיון דויתר ויתר בכל אבל אם מעקרא הוה מכחיש שאפילו באותם שחלק אין דעתי לוותר בכורתו ומחילה בטעות היתה כנדו"ד שאומר שמפני שחשב שאין הבכור נוטל פי שנים נטל חלק כפשוט אבל עכשיו רצה לחזור אף בזה לא צדק אמרתי דבדבר פשוט כזה לא עביד אינש דטעי ואינו נאמן לומר טעיתי וכו' ובכאן האריך הרב הנז' להביא להקת הפוסקים אם נאמן לומר לא ידעתי אם הדין כך אי לא יעו"ש אלא דלבסוף העלה וכתב וז"ל מכל מה שכתבתי יתבאר לך שאינו נאמן לומר שטעה בדין שלא היה יודע שהבכור נוטל פי שנים דקטן בן יומו אינו טועה ואפילו הנשים דכתב הרשד"ם דנשי לאו דינא גמירי בדין זה אינם טועים אפילו הנשים ומדברי מוהריב"ל איכא למשמע דאפילו אם היה טוען שלא ידע דהבכור שנטל חלק כפשוט יותר בכל הנכסים וותר יעו"ש ושוב מצאתי בח"א ס"ו קפ"א כתב כלשון הזה והיינו ההיא דבכור דהוי מדאו' וכו"ע ידעי שיש לבכור פ"ש א"ך כל שחולק בסתם ודאי מחל אמנם כתובת בנין דכרין לאו כו"ע דינא גמירי ובפרט האידנא דאיכא פליגתא דרבוותא אפע"ג דחלקו בסתם מצי למימר מחלתי בטענה דלא היה ידע להך דינא דכתובת ב"ד. כלל הדברים בנדון שלפנינו שחלקו האחים בדיטא"ס ובנכסים שבארגז ונוטל הבכור חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים ואין לו חלק בהם אלא כפשוט עכ"ל הטהור א"ך ממני נלמד לנדו"ד במכ"ש דהא מה שהשוכר משלם האלקטרא לאו מדינא אלא ממנהגא נהוג ומנהג זה מידע ידעי ביה מקטן ועד גדול ופוק חזי מה עמא דבר וזה עדיף מדין דבכור דמנהג זה אין לך בר ישראל שלא

ידע מזה דהא אין לך מי שאין לו בית דירה ומי שהיא שוכר מידע ידע מנהג השוכרים ומי שיש לו קרקע ומשכירו לאחרים הרי גם היא ידע מזה וא"ך הדר דינא בנדו"ד כאלו מידע ידע:

הדרן למאי דאתן הואל וברנו דאינו נאמן לומר דלא ידע מן המנהג אלא אמרינן דודאי מידע ידע א"ך פשוט לגבי החמשה שנים ראשונים שכבר פרע דמי שכירותם ולא נכה לו מה שהוציא בהאלקטרא של כל שנה שעשה בודאי דזה עדות ברורה דתנאי היה ביניהם כששכר לא שלא יחשוב עליו מה שיוציא בהאלקטרא דאם איתא דבסתם השכיר לו היה לו לנכות דין האלקטרא שהיציא. ודין זה הוא הוא מה שכתב מור"ם בס' פ"ה ס"ג וז"ל ראובן שתובע משמעון לשלם לו והשיב שמעון הלא אתה פרעת לי זה השבוע ולמה לא עכבת חובך וראובן אומר האמנתיך נאמן במיגו דיכול לאמר לא פרעתי או עדיין לא הגיע זמני אז שתפריעני עכל"ה הרי לפניך דלא האמינו לראובן אלא משום מיגו אבל במקום דליכא מיגו בודאי חזקה הוא דאמרינן לא היה לו לפורעו ולחזור ולתבוע עוד וא"ך כאן לגבי השנים הראשונים שפרע עליהם מה מיגו יש לו עליהם שכבר פרע מה שהיה נושה בו עליהם ולא שייך לומר שום מיגו ואפילו יתפוס תתת ידו ממון המשכיר לא מהנייא תפיסתו הואל ואנן סהדי דמידע ידע במנהגא ופרע בודאי דמעקרא ידע ומחל ואדעתה דהכי נחית ותנאי היה ביניהם דהואל ופרע זהו עדות שתנאי היה ביניהם שהשוכר ישלם האלקטרא ואפי' יתפוס מוציאן מידו וכמו שכתב הרב כנה"ג דאפילו בשאר נכסים ויתר ולא יטול בהם אלא כפשוט הגם שהם בחזקתו עכ"ז אמר הואל ובודאי ידע וותר אין אנו מאמינים לומר דלא ידע ואפילו במה שלא חלקו לא יטול אלא כפשוט הגם שהם בחזקתו לא מהנייא ליה אותה חזקה וכן ראיתי להרב הקדוש מוהר"ר יוא"ל זלה"ה בס' תוש"י סל"ג שכתב בדין שלשה שותפין שהיה תנאי ביניהם שאחד יטול מחצה ושנים מחצה ובעת חלוקה חלקו על שלשה חלקים חלק לכל אחד ואחר זמן מה תפס אותו שותף שהיה ראוי ליטול מחצה ונטל שליש תפס דבר מה משל שותפות ויצא לטעון טעין כי הוא שותפיו חייבים לו מפאת פרידת השותפות שמן הראוי היה לו ליטול מחצה ולא נתנו לו כי אם שליש ועל זה היה מקוה מתי יבוא ממונם לידו ויפרע ממנו ושותפיו טוענים להד"מ אלא שחלקו בדין כי בימי שותפות נתרצו לחלוק חלק כחלק וכו' ועל זה השיב הרב וז"ל תשובה אחר כל שמוע טענותיהם פסקתי להם שחייב אברהם להחזיר מה שתפס דמאחר שחלקו על הנזכר וכו' ולא ערער ולא מיחה על החלוקה ודאי אמרינן ויתר ומחל בתביעתו שהיה אומר שהתנאי היה שיטול הוא מחצה בריוח ואפילו אם תמצא לומר שהאמת כדבריו אין לך מחילה גדולה מזה וכמ"ש מר"ן בס' רע"ח ס"ח

וס"ט בדין של הבכור שחלק במקצת נכסים ונטל חלק כפשוט דוותר בכל הנכסים ולא יטול בהם אלא כפשוט כיון דעבד מעשה חלוקה ולא מיחה יעו"ש וקו"ח בנכסים עצמם שחלק בהם כפי דברי השותפים כנדו"ד דודאי אין לך מחילה גדולה מזו ולפי שאברהם הודה למימון שלא מיחה בשעתו של חלוקה ולא הזכיר לו ענין זה לכן לא הוזקקתי למימון להביא עידי חלוקה להעיד כדבריו כי על פי הודאתו שהודה שלא מיחה בשעת חלוקה לבד נתחייב וכו' עכל"ה א"ך משם יש ללמוד קו"ח דהשתא ימה אפילו בנדו"ד של הרב הנז' שלא היה הממון ביד אברהם הנז' ואיכא למימר דהאמת אתו דמעקרא שתק אדעתה עד שיזדמן לידו ממון שלהם ויתפוס אותו עכ"ז הואל ולא ערער ולא מחה בשעת חלוקה זהו עדות גמורה שדבריו שקר וכדכתב בד"ב וז"ל דמאחר שחלקו על האופן הנזכר ולא ערער ולא מיחה על החלוקה ודאי אמרינן ויתר ומחל בתביעתו שהיה אומר שהתנאי היה שיטול מחצה בריוח ע"ך הרי לפניך מדבריו אלו דמכח ששתק אמרינן בודאי שקר בדבריו שאמר לא וותר על המחצה אלא האמת הוא שודאי כדברי השותפים שאומרים כבר ויתר והדרי להיות אדעתה דחלק כחלק יאכלו וא"ך מכ"ש לנדו"ד דהיה תפוס בטענת השכירות ובשעת פירעון נתנם בשתיקה ולא דבר מאומה פשוט וברור ששקר דבר דלא היה תנאי ביניהם אלא ודאי שהאמת כן הוא כדברי הרי"ך שאמר שתנאי היה שהוא ישלם השכירות של האלקטרא ואם מצד טענתו שאומר שלא ידע ממנהג זה כבר בררני דסתמו כפירושו ובודאי מידע ידע ולא מפיו אנו חיין וא"ך קם דינא לגבי החמשה שנים הראשונים שכבר פרע שכירותם עד גמירא הדין הוא דמה שפרע פרע ודבריו מהבל ימעטו:

ומעתה הבוא נבוא לשתי שנים האחרונים שעדיין יש בידו שכירות שלשה חדשים בודאי דגם בהו דבריו מהבל ימעטו דהואל וברנו דהואל ופרע בשכירות החמשה שנים זהו עדות גמורה דכדברי הרי"ך שאמר שהתנה עמו הם אמת א"ך גם בשתי שנים האחרונים אפילו ננית שבזמן שחדשו השכירות של שתי שנים לא חזר והתנה עליו עכ"ז אמרינן בהו בודאי אדעתה דשכירות הראשונים נכנסו וכמ"ש מור"ם ס' של"ג ס"ח וז"ל ש"ץ שהשכיר עצמו עם מנהיגי הקהל לשנה בתנאי ואח"ך השכיר עצמו עם מנהיגים שניים ולא התנו בודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו עכ"ל והנה מה שכתב מור"ם עם מנהיגים שניים לרבותא נקטה מכ"ש עם הראשונים וא"ך בכאן שחזר עם המשכיר הראשון עצמו פשוט דאדעתה דשכירות הראשונה נחתי שהשוכר יעשה האלקטרא דכמ"ש הסמ"ע שם סקל"א דמכ"ש הוא וכן בא בזכרוני לאחד מן הראשונים שהורה גבר בדין זה מכח דברי מר"ן דאהע"ז דהמחזיר אשתו וכ' אדעתה דהכתובה הראשונה

החזירה ומכח דברי מר"ן אלו דס' של"ג שכתבתי וא"ך קם דינא על פי תשלום ששלם החמש שנים הם ידיעה נאמנה דבתחילת השכירות הם אדעתה שיצחק ישלם האלקטרא וצדקו דברי הרי"ך ושכירות השנייה דאפילו ננח שהיתה בסתם בודאי אדעתה דשכירות הראשונה נחתי ולא יוכל לנכות לו באלקטרא כלל. זהו משנלע"ד בצירוף כמה אומדנות דמוכח מהם ששקר היה יצחק ן' דו"ח מדבר וכאשר נתברר לי מכח טענותיו וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן פו

על ענין הבגדי שבת ומועד שעושה אדם לבניו מה דינם אחר מיתת אביהם אם יכנסו לכלל חלוקה בין האשה והבנים או נימא הואל ועשאם להם אביהם בחיים חייתו לא יכנסו לכלל חלוקה דלא מצינו בלשון התקנה אלא כל מה שימצא לו יחלוקו היורשים עם האשה וממנה יש ללמוד לבגדי הבנים דלא יכנסו לכלל חלוקה דלא מקרו אשר ימצא לו הואל והקנה אותם לבניו או דלמא הואל ומצינו למר"ן בש"ע ס' צ"ז סכ"ו פסק כסברת הרמב"ם זלה"ה שהביא הטור דמחלק בין בגדי שבת לבגדי חול וס"ל דבבגדי שבת בע"ח גובה מהם ויהיב טעמא הרב המגיד והביאו הרב"י והסמ"ע סקס"א דהואל והם בגדים יקרים מסתמא אינו מקנה להם אלא על דעת אם יצטרך להם ימכרם וא"ך הואל ויש לו זכות כשיצטרך להם הוו כשל האב ייכנסו לכלל החלוקה יעו"ש ואני בדעתי דעת הדיוט מפשט פשיטא לי דלא יכנסו בכלל חלוקה דלא יהיה אלא עדיין יש לו זכות לאב כשיצטרך א"ך משם מוכח דכל זמן שלא נצטרך להם דהבן נינהו וא"ך הואל ומת האב ומעולם לא נצטרך להם האב ולא הוציאם מרשות הבן בודאי אין זכות ליורשים בהם כלל:

ואמרתי אני לכאורה דיש להביא ראיה ג"ך לדברי מדברי מור"ם ס' רפ"ו ס"ג דשם כתב וז"ל מי ששדך בנו וקצב ליתן נדוניה ומת קודם שנכנס לחופה אין נוטל הנדוניה אלא מחלקו שהרי לא זכה בחיי האב ע"ך א"ך מכאן משמע דוקא הנדוניה דעשאה לו אדעתה דנשואין וקודם הנשואין לא זכה כלל הוא דנכנס לכלל חלוקה דון מינה אבל בגדי שבת ומועד שעשה לו ללבוש וזכה אותם לו בחייו אפילו יש זמן שחוזרים לאב כשיצטרך עכ"פ הואל ובחייו לא הוציאם ממנו האב עדיין הבן בזכייתו ואין היורשים מוציאים אותם ממנו אלא דיש לדחות ראיה זאת ונימא דאדרבא זיל לאידך ניסא דמור"ם בא להשמיענו חדוש דאפילו נדוניא דעשאה האב אדעתה לזכותה לו זכייה גמורה

ולכשיזכה בה לא נשאר בה שום זכייה לאב עכ"ז בא לומר דהזמנה לאו מילתא היא אלא כל זמן דלא זכה הבן עדיין דאב הוא אבל בגדי שבת יש לומר הואל וקי"ל דאפילו לאחר זכייה עדיין יש רשות לאב כשיצטרך להוציאם מרשותו לא הוצרך להשמיענו הואל ואין בזה שום חדוש ולכך נראה דמדברי מור"ם לא מכרעה מילתא והגם דלדעתי דצד הראשון הוא העיקר ויש מזה ראיה עכ"פ הרוצה להתעקש יכול לדחות והדוחה דוחה בקש: גם ראיתי מה שפסק הש"ע בס' רפ"ח בדין האחים שחלקו ששמין בגדי שבת שעל בניהם אבל לא בגדי חול ולכאורה ג"ך היה נראה לדמות נדו"ד ג"ך וכמו שהאחים כשיבואו לחלוק שמין בגדי שבת שעל בניהם כן האחים שבאו לחלוק בנכסי אביהם הדין כן אלא אחר העיון יש לחלק ביניהם ולא מבעייא לדעת הסמ"ע שם בס' רפ"ח סק"א דכתב דיש חלוק בין האחים שחלקי לבעל חוב דבבעל חיב למה אינו מוציא מן הבנים בגדי חול הואל והאב עשאם להם קנוים להם בידם ואינו יכול להוציאם. ובבגדי שבת שהם קנוים על תנאי. כשיצטרך יוציאם. אבל באחים הרי הם כשותפין וש"ש בהדדי ואין רשות לשותף ליתן דבר מהשותפ' ואם נתן מוציאים מידו ולכך בבגדי שבת שמין אבל בגדי חול מסתמא מחלי אהדדי יעו"ש וא"ך הרי יש חלוק בין מה שעשה האב לבנים הרי הוא קנוי בידם אבל באחים אינו קנוי ולכך שמין וא"ך מה שעשה האב לבן הרי הוא קנוי ואין שמין אלא אפילו לדעת מר"ן דכתב הטעם שם שאין שמין בגדי חול היא מפני שכבר זכו בהם לעצמן א"ך דון מינה דבגדי שבת לא זכו עכ"פ יש לחלק דאיכא למימר דבבגדי שבת האחים לא נתכוונו כלל לזכות זל"ז ואפשר כדעת הסמ"ע דס"ל דדבר כזה אין רשות לשותף ליתן ולכך מוציאים גם יש לומר דהואל והאחים עצמם באו לחלוק יכולים לומר דיותר אינם רוצים ליתן להם והרי נצטרכו להם אבל כשהאב עצמו עשה הבגדים לבניו ומת הואל והוא עצמי לא גילה דעתו שרוצה ליקח אותם מהבן מאן לימא לן דאין רוצה לזכותם עוד להבן כדי שיזכו בי היורשים ואין משם סתירה:

ויש ראיה מפורשת לדברי ממה שפסק הש"ע בס' ע"ר ס"ב וז"ל מציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפע"פ שהם גדולים וכו' הרי אלו שלו וסיים מור"ם והוא הדין אם הרויחו בסחורה או במלאכה אבל אם מת אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשים עכ"ל וכתב הסמ"ע סק"ה וז"ל אינו מוריש מלאכת פירוש אם מת האב אף שכבר הרויחו בסחורה או שכבר נעשה המלאכה מ"מ הואל ועדיין בידו והוא מת איני מוריש וכיוצא בזה כתב ב"י סו"ס קע"ז דאף המציאה שמצאו בחיי אביו ולא תבעו אביו בחייו כשמת אביו המציאה לעצמי ע"ך:

והנה הגם דמדברי מור"ם אלי אין הוכחה לדברינו דטעם דברי הרי הוא מבואר בדברי הגהו"ת מרדכי דהטעם הוא דכמי שאין אדם מוריש זכות בתו לבנו הכי נמי לא יוריש יגיעת שמעון לראובן ומטעם זה אפילו תפס כבר האב מן הבן מה שהרויח עכ"ז הואל והם עדיין ביד האב לא יורשים אבל בנדו"ד שהבגדים מעשה האב נינהו איכא למימר זכו היורשים עכ"פ ממה שהביא הסמ"ע דברי הרב"י סו"ס קע"ז דאף המציאה שמצא בחיי האב ולא תבעו אביו בחייו כשמת אביו המציאה לעצמו ע"ך משם יש ראיה לנדו"ד דהתם הטעם הוא דמדשתק האב ולא תבע אמרינן דמחל וזכה הבן לבדו מכ"ש דאדרבה חזינן דהאב זכה לבן בחיים חייתו ומעולם לא תבע האב הבן לקחת הבגדים מידו בודאי דדעתו עדיין לזכות בהם הבן ואין לשאר אחיו כלום ועיין להרב משחד"ר שתמה ע"ד הסמ"ע שמביא דברי הרב"י ע"ד רמ"א דרב המרחק ביניהם דדברי רמ"א הם משום שאין האב יכול לזכות יגיעת בן זה לבן אחר ולכך אפי' הם בידו של האב ודברי הרב"י הם דוקא בדעדיין ביד הבן ומטעם הואל ושתק האב בודאי מחל ולא דמו זל"ז יעי"ש שתמה כן על הסמ"ע ועל כנה"ג שגם הוא כתב כן יעו"ש ועכ"פ אנן בדידן יש לנו ראיה מוכחת מדברי הרב"י הנז' דשתיקה דאב מועלת לזכות הבן לבדו ולדעתי נראה דגם במתנות שנתנו לבן ועדיין האב לא לקחם מיד הבן הגם דפסק מור"ם בסימן ע"ר ס"ד דהם דאב היכא דשתק האב ולא לקחם אמרינן בהו בודאי מחל בהם ואין לשאר יורשים שום זכות כלל. זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן פז

עמדו לפני לדת"ש להיות שהר' שלמה סריזו טען שהשט"ח שכתב עליו הרד"ך נר"ו כך נתהווה דהיינו דוד הנז' היה לו בידו פנקס של חובות שנושה אברהם רביבו בגוים שמחוץ לעיר ולקח דוד הנז' הפנקס מידו כדי לגבות מהם בעד החוב שנושה הרד"ך הנז' באברהם הנז' ונתפשר הר' דוד הנז' עם שלמה הנז' להקיף לו סחורות לילך בהם להסתחרר מחוץ לעיר ומכלל הסחורות נתן הפנקס הנז' שקבל הרד"ך מאת אברהם של החובות מסך מאה וחמשים דורוס שבפנקס החובות עד שבצירוף הכל סחורות ופנקס עלה לסך מה והכל זקפו הרד"ך על שלמה בחוב בשטר חוב וכן העיד החכם כהר"י אביקציץ הסופר בפני הרד"ך שכך היה המעשה שדוד קבל החובות מאברהם וחזר אח"ך ומכרן לשלמה וזקפם עליו בחוב ולא קבלם שלמה מיד אברהם שהיה אברהם הוא המוכר לשלמה אלא אברהם נתנם בחובי לדוד ודוד מכרם לשלמה והן היום טען

שלמה שלא באו לידו גובייאנה מהסך הנז' כי אם תשעים דורוס וסך ששים לא באו לידי גובייאנה מכמה טעמי ועל זה טען שיהיו הששים דורוס נדונים בחזרה לדוד ולנכות אותם ממה שנושה בו:

והיתה תשובתי אם כנים הדברים ויודה דוד הנז' עליהם הדין הוא דבעמוד והחזיר קאי וחילי הוא הואל ומלוה ע"פ אין לה קנייה אפילו תהיה אג"ק כמו שמבואר מדברי מור"ם בסס"ו סכ"ו ומן הסימנים שציין הסמ"ע והש"ך יעו"ש דלא מהני קנין כי אם מעמד שלשתן יעו"ש מכ"ש נדו"ד אפילו קנין לא היה ולא עשו שום תיקון כי אם חשיב עליו סך ההקפות וזקפם עליו בחוב על זה אני אומר דבעמוד והחזיר קאי ודאי והגם דשלמה נתחייב לו בשטר בעד סך החובות בודאי אין לנו לומר דחיובו דשלמה יהיו לו החובות דמה יתן ומה יוסיף דאפילו אם היו יהיו שפרע לו שלמה הנז' דמי החובות ובא לחזור יכול להחזיר דמעות אינם קונות ובמאי נקנו לו החובות אלו ועיין בש"ע סו"ס ט"ל בדין לוה שבא בשט"ח שבידו לכפות את המלוה וכו' דמשם באירה דבחיובו של לוה לא נקנו לו המעות ואין כאן קנייה ויכול המלוה לחזור אף כאן בחיובו של שלמה לא נעשה שים קנין ויכול שלמה לחזור בו בהסך שעדיין לא גבה ואין לדחות ולומר דעד כאן לא קאמר הרשב"א דמר"ן פסק כוותיה בס' ט"ל דאין חיוב הלוה מחייב המלוה להלות לו אלא דוקא לגבי המלוה הוא דיכול לחזור אבל גבי הלוה שנתחייב אינו יכול לחזור דזו אינה סברה דהואל ואין כאן שום קנין על מי יחול מאי שנא לוה או מלוה בודאי שניהם יכולים לחזור ועיין בס' תוש"י ח"ב סס"ז שכתב משם כנה"ג וז"ל ובס' רי"ו בדין מוכר שאינו ברשותו כתב בשם מוהריב"ל שאין לחלק בין מוכר ללוקח דלא מצינו בשום מקום שימכור המוכר ולא יקנה הלוקח או יקנה הלוקח ולא ימכור המוכר עכ"ל הרי לך בהדיא דאין חלוק ביניהם עכ"ל הרב תוש"י ואין לומר דאה"נ דזהו הנותנת כמ"ש הרב כנה"ג דלעולם במקום שהוטל על אחד מהם למכור גם חבירו חייב לקיים דהיינו אם נתחייב המוכר למכור הוטל גם על הלוקח ליקח ובמקום שהוטל מצד הלוקח ליקח הוטל גם על המוכר למכור וא"כ גם כאן נימא דשלמה זה הוטל עליו מצד דחוב עצמו בשטר והוי כאלו חי"ע במה שאינו חייב דחייב נימא דאה"נ גם דוד חייב אבל לומר דשלמה יכול לחזור מנ"ל הא דזה אינו דלא מלבד הסברא דאמרן דודאי שלמה יכול הואל ואפילו חשבינן לשלמה כאלו נתן מעות יכול לחזור דמעות אינם קונות וא"כ פשוט דבחיובו יכול הוא לחזור לא מלבד זה הסברא הרי הדבר מוכרע מפסק מר"ן דס' ט"ל הנז' דפסק לסברת הרשב"א דאם נתחייב הלוה בשטר המלוה יכול לחזור וכו' ואם האמת הוא דהלוה אינו יכול לחזור לפי דברינו זה א"כ גם המלוה לא יוכל לחזור הואל מכח

אותו כלל דכלל הרב כנה"ג משם מוהריב"ל דלא מצינו דיקנה הלוקח ולא ימכור המוכר וכו' אלא ודאי דצריך אתה לומר דבחיובו של לוה לא נשתעבד ומכח זה גם המלוה יכול לחזור בו וזה פשוט לע"ד. מכל זה מוכח דיכול שלמה ה' להחזיר הפנקס הששים דורוס לדוד הנז' ויהיה פטור מהם וכל זה הוא לצד שיודה דוד ה' לדברי העד אבל אם יכחיש אותו את העד באיזה אופן בודאי דשלמה מחויב לפרוע השט"ח ואח"כ לישתעי דינא בהדיה ויזקיקו לישבע להכחיש את העד. זהו משנלע"ד ותו לא מדי וצוי"ם וימ"ן:

אחרי זמן רב בא לפני שאלה מעי"ת רבאט יע"ה בענין שלם עמאל נר"ו ששכר חצר אחת מאת הר' מסעוד ן' יתאח י"ץ ונתחייב שלם הנז' בשטר השכירות בסך דמי השכירות לפורעם למסעוד הנז' ועד שלא החזיק שלם הנז' בקרקע הנז' ולא עשה שום קנין המועיל רצה לחזור בו מן השכירות כי לא נכתב שטר שכירות ששכר מסעוד לשלם כהוגין ועל זה באו לשאול את פי והיתה תשובתי דיכול שלם הנז' לבטל השכירות והגם דכבר ידעתי שכבר נתחייב בשטר נגד דמי השכירות למס' הנז' סמכתי על פי הדברים האלה הנז"ל דאין חיובו של שלם יחייבו להיות הקנין חל וכמש"ל ועל זה שרטט וכתב אלי או"ע הרב הכולל הדה"מ מאריה דאתרה עי"ת רבאט כמוהר"ר יקותיאל בירדוגו הי"ו כי הוא חייבו בדין לקיים השכירות מכח מה שמצא כתוב בפסקי הרב מוהר"ר רפאל בירדוגו זלה"ה והעתיק לי פסק הרב ה' אב"א וז"ל שאלה ראובן מכר לשמעון סחורה ונגמר הענין ונתחייב שמעון לראובן בשטר בסך דמי המקח ואח"כ חזר שמעון מהמקח יכול לחזור או לא תשובה לכאורה נראה דלא עדיף חיוב מאלו נתן דמים ואם נתן דמים ולא משך יכול לחזור בו במי שפרע ויצטרך להחזיר מעותיו והכא נמי יכול לחזור ויחזיר לו שטרו אך כד דייקינן שפיר נראה דלא דמי דהנותן דמים כיון שלא משך ודאי נתן אדעתה שימשוך והו"ל כנותן על תנאי כיון שאין חיוב על גוף האדם אבל המחייב עצמו בשטר בלי שום תנאי חייב לגמרי שהוא כאומר לו אני מחייב עצמי מעכשיו כשתביא לי הסחורה פלונית וכיון שהביא לו חל החיוב ולא יאמר הדרי בי וראיה קצת מהא דאיתא בסס"ו דאפע"ג דאין אדם מקנה דשב"ל אדם מתחייב בדשב"ל וכי היכי דמתחייב בדשב"ל ה"נ י"ל דמתחייב בעד דבר שלא משך ויש להביא ראיה לזה מהא דקי"ל בבכור בס' ש"ה ס"ד כתב לכהן שהוא חייב לו חמש סלעים בשביל פדיון בני חייב ליתנם לו ובנו אינו פדוי ע"כ ובגמרא דמד"ת בנו פדוי לכשיתן ומ"ט אמרו דאינו פדוי שמא יאמרו פודין בשטרות ע"כ. וקשה סו"ס למה חייב ליתנם לו דיל"ל שיחזיר לו השטר ובנו אינו פדוי דהא לא נתחייב בשטר אלא בשביל הפדיון ולמה נשאר החיוב ומוכרח לומר דעכ"פ כיון שחייב עצמו וגופו כבר הוא מחויב ומד"ת מחויב ליתן ובנו פדוי לכשיתן

ולא מצי לחזור בו ולומר לא אפדה ממך ולא מכהן אחר כיון שכבר נתחייב לזה שיוכל הכהן לומר אנא הא קאמינא תן מעות שנתחייבת לי ואני אפדה בנך ואם לא תרצה לפדות ממני מה אעשה לך אלא שמדרבנן החיוב לא יכלו להפקיע כיון שהוא מחויב אך הפדייה אמרו שאינו פדוי מטעם שלא יאמרו ומשם יש ללמוד לנדו"ד דכיון שנתחייב בשטר בעד איזה דבר אף שאותו יכול לחזור מ"מ המתחייב אינו יכול לחזור אח"כ מצאתי להרב המבי"ט שנשאל בכיוצא בזה בראובן שקנה צמר משמעון ונתחייב לו בעד סך מה דמי הצמר ואח"כ חזר שמעון בעל הצמר ופסק הרב דאיני יכול לחזור וכתב שם שקצת מחכמי דורו חולקים עליו והרב ה' השיב על דבריהם בטוטו"ד ועוד נראה דאפילו החולקים היינו שיכול בעל הצמר לחזור בו ולהחזיר לו שטרו אבל המתחייב אינו יכול לחזור וכמ"ש עכ"ל הרב מוהר"ר רפאל זלה"ה ומזה הרב יקותיאל נר"ו רצה לסמוך לחייב שלם הנז' לקיים השכירות והיתה תשובתי אליו הן אמת דסברא זו של הרב מוהרר"ב זלה"ה ראוי לנו לקבל דבריו בס"פ הגם דבכל דבריו יש לשדות נרגא כמו שנראה למדקדק עכ"פ אין משיבין את הארי צמרו אבל עכ"פ מה נענה בהאי כללא דכלל הכנה"ג דכל מקים שנתחייב הלוקח לקיים המכר נתחייב גם המוכר וא"כ הוא דחיוב השטר משוה קנין לענין הלוקח א"כ גם בההיא דלוה שכתב השטר יש לנו לומר דלגבי הלוה אין יכול לחזור משום דהוי חי"ע במה שאינו חייב וא"כ גם על המלוה יעבור כוס להתחייב להלות לי ולמה פסק מר"ן דחיוב הלוה שנתחייב בשטר לא יחייבנו למלוה להלות אלא ודאי דחיוב הלוה לא משוי קנין אפילו ללוה אי ללוקח הן אמת דכבר קדמה לי ידיעה ממה שכתב רב אחרון מרבני ווהראן יע"ה ז"ש מוהר"ח קצב"י ז"ל בס' צרור החיים דצ"ד ששם כתב בהאי דינא דאם נתחייב הלוה בשטר יכול המלוה לחזור שלא להלות לו כתב הרב ה' ז"ל בנדון הרשב"א אם נתחייב המלוה בקנין ללות שהוא דומה למוכר לא מצי הדר וזכה הלוה בהלואה ולא פליג הרשב"א על מוהר"י מיגאס והרמב"ן אלא בלוה שנתחייב בקנין דמלוה מצי הדר אבל לא במוכר וכו' ולפ"ז מה שכתב הכנה"ג בשם מוהריב"ל דלא מצינו בשום מקום שימכור המוכר ולא יקנה הלוקח הוא מילתא אלבא דכו"ע וליכא מאן דפליג ואפילו הרשב"א יודה וכמ"ש מר"ן במקומות ה' אבל מאי דסיים או יקנה הלוקח ולא ימכור המוכר שפירושו כיון שנתחייב בקנין הלוקח המוכר לא מצי הדר אינה אלא להרמב"ן ומהר"י מיגאס זלה"ה אבל להרשב"א מצי הדר וכוותיה נקטינן וכהכרעת מר"ן דעליה סמכינן ונהי דלוקח בקנין לא מצי הדר משום דחייב עצמו במה שאינו חייב מ"מ מוכר מצי הדר לדעת הרשב"א אבל אם מכר בקנין אלבא דכו"ע דלוקח לא מצי הדר עכל"ה וא"ך מדברי הרב הנז' נראה כסברתו של מוהרר"ב זלה"ה

ומאי דהוקשה לן מההוא כללא דכנה"ג כדכתבנו דמחזי דבריהם לפי אותו כלל שהם הפך דברי מר"ן דס"ל דחיובו של הלוה לא יחייב למלוה ללות לפי דבריו ג"ך נתיישב דהא איהו כתב דלפי דברי הרשב"א ליכא האי כללא ומר"ן פסק כהרשב"א דהגם דאין הלוה יכול לחזור המלוה יכול לחזור וא"ך נראה דיש לנו לפסוק כדעת הרבנים הנז':

אלא דעדיין במקומי אני עומד דלעד"ן דברי מוהר"ח קצבי ז"ל שכתב דכללא דכנה"ג הרשב"א לא ס"ל כך דבריו לא נהירין כלל דמי הביאהו עד הלום לפרש כך והו"ל להניח דברי כנה"ג אלבא דכו"ע כמו שמובן מדברינו שכתבנו בדבריו וז"ל ולא מצינו בשום מקום שימכור המוכר וכו' מדבריו אלה מוכח דליכא בשום מקום שום חלוק בין מוכר ללוקח אלבא דכו"ע ומנ"ל איהו לומר הרשב"א לא ס"ל ולא ידעתי מי הכריחו לפרש כן הו"ל להניח הדבר כפשוטו דהחיוב של הלוקח או הלוה לא יחייב למוכר ולמלוה ולא ללוקח וללוה ואתי שפיר פסק הרשב"א כפשוטיה דפסק מר"ן דחיוב הלוה לא יחייב למלוה משום דגם לגבי לוה עצמו יכול לחזור בו אפילו כתב עליו השטר ותו לא מדי ולענ"ד אי לא מסתפינא אמינה דהרב מוהרר"ב בודאי לא ראה כלל זה של הרב כנה"ג דאלו ראה אותי לא היה פוסק כן:

הן אמת דלדידי קשה הכלל של הכנה"ג כיצד יתקיים מאי דכתב או יקנה הלוקח ולא ימכור המוכר וכו' דפירושו הוא כל מקום שאין הלוקח יכול לחזור גם המוכר אינו יכול לחזור דמשמע דהקנין בא מצד הלוקח ומצד מעשיו נתקיים המקח הגם דמצד המוכר לא היה שום מעשה שתתקיים בו המכירה ולא ידעתי כיצד יהיו מעשה הלוקח שמצדם יתחייב המוכר לקיים דבשלמא לפי דברי הרבנים הנז' איכא למימר על ידי החיוב שנתחייב בשטר אבל לפי דברי אלה דחיוב הלוה או הלוקח לא משוה קנין היאך מצינן לפרש דברי הכנה"ג ואולי יש לפרש כגון אם מכר לו בדברים ועדיין לא משך ונשבע הלוקח בשבועה שיקיים המקח ולא יחזור בו:

איך שיהיה הדרן למאי דאמרן דאין לנו להוציא דברי הכלל של כנה"ג מפשוטו ולפרושו דהרשב"א דלא ס"ל האי כללא אלא יש לנו לפרשו כמו שכתבנו דהוא מוסכם והחיוב שבשטר לא משוה חיוב אפילו ללוה או ללוקח עצמו וכולהו יכולים לחזור ומוהר"ר ר"ב זלה"ה לקוצר דעתי אלו ראה דברי כנה"ג לא הוה פוסק כן ותהלי"ת לא סמכתי על סברתי זאת עד שראיתי פסק של הרב המשבי"ר זלה"ה הובאו דבריו בס' צרו"ר החיי"ם הנז' ז"ל ראובן קנה סחורה משמעון ליתנה לו לזמן ידוע לשלחה בספינה ונתחייב לו בשטר וראובן נתחייב לו בממון בכתב ידו וקצת מן המעות נתן לו ועבר הזמן שתבע וביני ביני הוזלה הסחורה ורצה ראובן לחזור בו ויטול מעותיו הדין עמו דאין חיוב שמעון

מחייבו לראובן לקנות ואפילו נגד מה שנתן כבר עיין ש"ך סט"ל סי"ז המשבי"ר זלה"ה עכ"ל מפסק זה מוכח ומבורר דאין חיוב הלוה או הלוקח משום קנין כלל דהא גם בנדו"ד הלוקח נתן קצת מעות והשאר חייב עצמו בהם בכת"י וא"ך לפי דברי הרב מוהר"ב ומהרח"ק זלה"ה הוה ליה לרב המשבי"ר ז"ל לקיים המקח ואין הלוקח יכול לחזור מצד חיובו שחייב עצמו בכת"י כדין מי שחייב עצמו במה שאינו חייב אלא ודאי לא ס"ל האי דינא ואין חיובו דהלוה או הלוקח משוה קנין ועל האלן הזה סמכתי ופסקתי דהשכירות בטלה הן אמת דעקר דינו של המשבי"ר צל"ע במאי דכתב דאין חיובו דשמעון המוכר מחייבו לראובן לקנות וכו' דצ"ע כיצד היה חיוב המוכר דלא מהני דזה צ"ע כמו שתמה עליו רב המחז"ק זלה"ה בספרו על דבריו אלה יעו"ש מכל מקום מצד חיוב הלוקח עצמו לא נגע ולא פגע בשום ספק והרב עצמו לא נרגש מזה כלל לחייב לראובן לקיים המקח מצד חיובו שנתחייב בכת"י שלו ועל זה סמך לבי:

שוב ראיתי להרב פתח"י תשוב"ה בחומ"ש ס"מ סק"ג שכתב וז"ל עיין בתשובת שבות יעקב ח"ג סקמ"ה שכתב אודות ראובן שתובע לשמעון עם כת"י שיש בו נאמנות שחייב לו סך כו"ך ושמעון משיב שמעולם לא לוה ממנו רק שערב לו בעד לוי לאחר מתן מעות וכיון שלא עשה קנין לא חל הערבות הנה אם ראובן מודה לו אפע"ג דלכאורה נראה דמשתעבד כמבואר בחו"מ ס"מ דאם כתב לו בשטר חייב אני לך מנה מתחייב אפילו בלא קנין מדין ערב אפע"ג שלא קבל מעות כי אלימא מילתא דשטרי מכ"ש היכא שעשה כן בשביל ערבות ברם ראיתי בתשובת רמ"א סע"ב ובתשובת חוות יאיר סקל"ז שפסקו להפך היכא דידעינן שחיוב זה בשביל ערבות לאחר מתן מעות בלא קנין אינו כלים לכך אין להוציא מידו כלל עכ"ד וכן פסק נמי הרב"י עייאס זלה"ה ספ"ט והרב חו"ט המשול"ש להר"ן סכ"ה יעו"ש א"ך מכל זה מוכח דלא כהרב מהר"ב זלה"ה ודברי עמדו ונצבו וצוויי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן פח

להיות שעכו"ם אחד נושה בראובן מנה בכת"י וראובן נלב"ע ובא העכו"ם לפני עדי ישראל שיקיימו לו הכת"י של ראובן כדי לתבוע בו יורשיו מהו הדין אם יכולים העדי ישראל להעיד לו על קיום החתימה של ראובן או לא ע"ך:

תשובה הנה בדין הכת"י אפסיקא הלכתא בש"ע סס"ט דכמלוה ע"פ דמי ויכול לומר פרעתי ומכח זה פסק שם הש"ע בסק"י וז"ל הוציא כת"י על היורשים אפע"פ שמודים

שהוא כת"י אביהם אנו טוענים להם שהוא פרוע ופטורים אפילו משבועת היורשים וכו' יעו"ש וא"ך הואל ואנן ובדין תורתינו אינו יכול לגבות בכת"י זה א"ך פשוט דכל מגמתו בקיום הוא כדי שילך העכו"ם לתבוע בו היורשים לפני הערכאות של ערלים אשר הם דנים כת"י כשטר גמור וכמו שגילה דעתו העכו"ם ואמר דדעתו היא שיתבע אותם לפני הקונסול ספאניול:

וא"ך פשוט הוא דאינם יכולים להעיד לו והדרן לדינא דגמרא המובא בסוף בבא קמא דקי"ג מכריז רבא ואיתימא רב הונא דסלקין לעילא ונחתין לתתא האי בר ישראל דידע סהדותא לנכרי וכו' ואזיל ומסהיד ליה משמתינן ליה וכו' ופסקו מר"ן בס' כ"ח ס"ג וז"ל אם הכותי תובע לישראל ויש ישראל שיודע עדות לעכו"ם נגד ישראל ואין עד אלא הוא במקום שדיני הכותי לחייב ממון ע"פ עד אחד אסור להעיד לו ואם העיד משמתין אותו ע"ך וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד דהגם דבנדו"ד יש הרבה עדים שיודעים שזה כת"י של ראובן על כל פנים הואל ובדינינו על פי עדות הקיום לא יתחייבו היורשים לשלם וע"פ דתם של ערלים יקומו וישלימו עספ"א ודאי דאסור להעיד להם ואדרבא יש לומר דקו"ח הוא מהתם שהרי התם אמרו בגמרא האי בר ישראל דידע בסהדותא לעכו"ם וכו' והכוונה כמ"ש כל הפוסקים דהיינו אפילו הוא יודע בבירור שהוא חייב לעכו"ם עכ"ז אסור להעיד הואל ואינו יכול להוציא ממנו בדיננו ע"פ עדותו מכ"ש שם שברור שבדיני הערלים יוציא ממון מהיורשים והעדים אינם יודעים מאומה אם עדיין זה העכו"ם נושה בראובן או לא דהגם שהם יודעים שזה כת"י של ראובן עכ"פ אינם יודעים אם הוא עדיין חייב או לא או דלמא שטר אמנה הוא וכדומה וא"ך היאך יקומו ויעידו על הקיום ויגרימו בעדותם זאת הפסד ליורשים ודאי דאסור:

אלא דמה יש לספוקי הוא אם יעברו העדים ויעשו לו הקיום ויגרימו הפסד ליורשים אם יש לדונם בשמתא דוקא או יש לחייבם ממון שהפסידו היורשים וספיקא דידי משום דמצינו למור"ם שכתב שם על סיום דברי מר"ן הנז' סיים איהו וכתב וז"ל אבל אינו חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי אבל אם יש לברר ששקר העיד חייב לשלם ע"ך וא"ך הואל ומור"ם יהיב טעמא לפטור התשלומין משום שיכול לומר אמת העדתי א"ך יש לומר דדוקא במקום שיכול לומר אמת העדתי שאני יודע בו שהוא נושה בך ולא הפסדתיך כלום הוא דפטור אבל בכגון דא דאיהו לא ידע אם ראובן עדיין חייב לעכו"ם או לא נימא דחייב לשלם אלא מה שנלע"ד דגם בזה פטורים מתשלומין דסוף סוף היאך יתחייבו העדים על פי עדותם דהגם שאינם יודעים ודאי שהוא חייב לו עכ"פ מאן לימא לן שאינו נושה בראובן ולא מבעיא אם היורשים אינם יודעים אם כת"י זה הוא פרוע או

לא בודאי דפטורים דהוה ליה כאומר לחבירו כמדומה לי שמנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפסק הש"ע בס' ע"ה דפטור אפילו מלצאת ידי שמים אלא אפילו אם יטענו היורשים שהם יודעים במילי דאבוהון דפרוע הוא הוה ליה ג"ך כאומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור וא"ך פשוט הוא דפטורים מן התשלומין והגם שכתב מור"ם בלשונו אבל אינו חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי וכו' לא תידוק מינה דדוקא אם אמר אמת העדתי ולא הפסדתיך הוא דפטור דודאי מור"ם דברי המרדכי שבאו דבריו על דברי הגמרא דכתב מר"ן כאן בישראל שהיה יודע עדות לעכו"ם וכו' וא"ך הואל וביודע לו עדות בבירור קא מיירי לכך אתי סיום דבריו שיכול לומר אמת העדתי וכו' אבל אם יהיה בכגון נדו"ד נמי הגם שאינו יכול לטעון אמת ודאי דלא הפסדתיך הואל ואינו יודע אם הוא נושה בי עדיין או לאו עכ"פ יש לנו לפוטרו מדין האמור לעיל דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע:

שוב ראיתי להד"מ בס' כ"ח ס"ה על מה שכתב הרב"י משם המרדכ"י דעד אחד שהעיד על ישראל בערכאו"ת דמשמתין ליה דוקא ואינו משלם כתב איהו וז"ל וכן כתב שם דף מ"ח ע"ב דאין עד חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי אבל אם יש לברר בעדים ששקר העיד או אם יש לו עדים שכבר פרע לעכו"ם העד חייב עכל"ה והנה לכאורה יש לתמוה על דברי מור"ם אלו מה הם תרי בבות אלו שכתב בראשונה אבל אם יש לברר בעדים ששקר העיד והדר כתב או יש לו עדים שכבר פרע וכו' אם הכוונה היא שהעכו"ם לא היה מעולם נושה בו וזה הלך והעיד שהוא נושה בו והשנית היא שהיה העכו"ם פרוע וזה הלך והעיד שאינו פרוע ועדיין נושה בו א"ך היינו הך והך היינו וכולהו איתנהו בבבא הראשונה ששקר העיד ולמה הוסיף עוד לכתוב או יש לו עדים שכבר פרע אלא נראה דהד"מ תרי מילי קאמר דהייני או יש לו עדים ששקר העיד דהיינו דמעולם לא ידע שהעכו"ם נושה בו ואזיל איהו והעיד בו או שהיה נושה בו ופרעו ואזל איהו והעיד שאינו פרוע וזה ג"ך נכלל בבבא הראשונה שהעידו עליו ששקר העיד ומה שהוסיף אח"ך הד"מ לומר או יש עדים שהוא פרוע נתכוון לומר דהיינו העד הזה הוא ידע שהעכו"ם נושה בראובן וראובן זה היה אומר שאינו נושה בו ודעתו היתה משום שכבר פרעו ואזל העד הזה והעיד שהוא יודע שהוא נושה בו יעל ידי כן נתחייב ע"פ דתם אח"ך אם יברר ראובן בעדים שכבר פרע חייב העד לשלם א"ך הרי לפניך דאם היה יודע שהוא נושה בו הגם דלא ידע מהפירעון ואיכא למימר פרעו וא"ך מן הראוי היה לנו לחייבו אפילו שלא במקום עדים דהגם שהעד אומר שהיא יודע שנושה בו עכ"פ יכול להיות שמא פרעו עכ"ז מכח ספק לא חייבנו אותו משום דהעד הנז' אמור יאמר שמא עדיין נושה בך

הואל ובעקר עדותו לא היתה שקר דאמת הוא שהיה נושה בו ולא מחייבינן ליה אלא במקום דאיכא עדים דאזי בעדותם יתברר בודאי דבעדותו גרם הפסד ברור וא"ך גם כאן הואל והעדות שמעידים הם עדות אמת שכת"י ראובן הוא זה ויכול להיות דלא גרם שום הפסד ויכול להיות שעדיין ראובן חייב לעכו"ם ודאי דפטורים מן התשלומין ומשמתין ליה דיקא כמ"ש מר"ן בדינא דעד"א יעו"ש בס' כ"ח ס"ג:

אלא דמה שיש לספוקי בכאן הוא אם העדים אלו הם עדים חשובים ואיכא חלול ה' בדבר אם לא יעידו דלפי דברי הסמ"ע שם סקכ"ה בגירסת הרא"ש יכולים להעיד או אם יחדום מעיקרא לעדי הקיום דאם לא יעידו יהיה חלול ה' וכמ"ש מר"ן שם ס"ד דיכולים להעיד יעו"ש יש להסתפק בנדו"ד דכת"י אם יקיימוהו או לא. דיכולים לומר דעד כאן לא אמרו שם דיכול להעיד אלא שם דוקא דהעד מידע ידע שישראל חבירו חייב ודאי להעכו"ם אלא משום דבדינינו עדותו כמאן דליתא לא יעיד לו גם בדיניהם אלא דוקא במקום שיש חלול ה' אבל בכגון דא שהגם שהם יודעים שכת"י זה של ראובן הוא עכ"פ אינם יודעים אם עדיין ראובן זה חייב או לא וא"ך יכולים לומר אפילו במקום שיש חלול ה' לא יעידו הואל וע"פ עדותם גומרים הזיק לישראל. עד כאן מצאתי כתוב אצלי ועדיין לא נשלם הענין וצוויי"ם וימ"ן ע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן פט

על מה שמכר הר"י ועתה רצונו לבוא בחזר'ת הואל והיה טועה בדין והרב הפוסק נר"ו פסק דטעותו הויא טעות ויכול לחזור מכח דברי הרב כנה"ג שהעתיק מס' ע"ט באורך ובסוף דבריו נר"ו פסק דדוקא לא אהני ליה טעותיה לחזור אלא לענין דמי המקח אבל לא לבטל המקח לגמרי וחיליה ממ"ש מר"ן סי' ק"ץ סי"ח וכו' באמת לא ירדתי לסוף דעתו בזה במה שמקרב את הרחוקים די"ל דשאני התם בס' ק"ץ במכר לרצונו הטוב לא כן בנדו"ד דהוכרח למכור בע"ך לשלם דמי החוב לפי טעותו שהיה חייב וכשיתברר דלא היה חייב ונתבטל הסבה יתבטל המסובב גם אין לדמות נדו"ד למוכר קרקעותיו כדי שילך למקום אחר המוזכר בס' ר"ז ס"ג דפסק שם בס"ד אפע"פ שהיה בלבו שמפני כו"ך מכר וכו' כיון דבשעת המכירה לא אמר אינו חוזר יעו"ש וא"ך גם כאן הואל ולא גילה דעתו דלא הוכרח למכור אלא כדי לשלם החוב נימא דהגם דהטעות של המעות חוזר. המקח אינו חוזר זה אינו דנדו"ד הואל ובע"ך הוכרח למכור בשביל החוב ולא קבל מעות הדרן למאי דאמרן בנפול היסוד יפול הבנין ומ"ן לנו בנדו"ז להכניס עצמינו בדין

זה במוכר מחמת אונם בדינא דס' ר"ה והגם דלא מסר מודעה כאן עכ"פ הואל ולא קבל מעות לא גמר ומקנה ומן הראוי לחפש ולתור מאותם הדינים דס' ר"ה. שוב נדפס ספר מוצ"ב ושם עיינתיה בס' רמ"א וששתי אכן מנעתי עטי דהואל ומדברי השאלה נראה דאסיק אדעתיה הר"י נר"ו שיש לו זכות שהרי כבר היו מתדיינים עם יעקב וידעו מפי הדיינים שיש להם זכות אלא שלא עמדו על הדין והלך ומכר אין לך מחילה יותר מזה ואין כאן שום טעות ועיין בפ"ת סוף סכ"ה יעו"ש ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צ

נסתפקתי אם העדים החותמים על הנפק יכולים להיות קרובים לעדי השטר או אינם יכולים להיות קרובים לעדי השטר מדי דהוה שאין יכולים עדי הקיום להיות קרובים לדייני הקיים דכתב מר"ן סמ"ו סי"ח ולענד"ן דעדים החותמים על הנפק ודאי יכולים להיות קרובים לעדי השטר דשאני עדי הקיום למה אין יכולים להיות קרובים לדייני הקיום הוא מטעם משום דבעינן עדות שיכול להזימה ודייני הקיום אינם יכולים לקבל הזמה. על קרוביהם כדכתב הסמ"ע סקמ"ח ואפילו לסברת הש"ך סקמ"ט שכתב דטעמו של הר"ן הוא משום גזירת הכתוב דלא יומתו אבות על בנים בודאי בדייני הקיום הקרובים לעדי השטר לא שייך בהו האי טעמא דהא הממון יוצא ע"פ עדי הקיום עם דייני הקיום ולזה אין קורבה זע"ז ועדיפא מזה מצינו שהרי הבן נאמן להעיד על חתימת אביו ואחיו ולא שייך בזה לא יומתו אבות על בנים שהרי עקר הממון ע"פ הבנים לבד הוא יוצא שאם אין עדות הבנים עדות העדות שבשטר אינה מעלה ואינה מורדת. וגם מדברי מר"ן עצמו מכל הסעיפים נראה דלא חש לזה כלל ולא הזכיר שום פסלות בזה ואדרבא מדברי מר"ן יש להוכיח בבירור שיכולים להיות דייני הקיום קרובים לעדי השטר מהא דכתב מר"ן בס"ך וז"ל דיינים החותמים על השטר חותמים אע"פ שלא קראוהו ודוקא מה שיש בגוף השטר אין צריכים לקרות אבל מ"מ צריכים הם לראות מי הוא המלוה והלוה כדי שלא יהיו קרובים לדייני השטר ולא לעדים המעמידים בפניהם ע"ך ואם נאמר דגם דייני הקיום אינם יכולים להיות קרובים לעדי השטר א"ך הו"ל למר"ן ג"ך לכתוב שצריכין לקרות שם עדי השטר כמו שצריכים לקרות שם המלוה והלוה דשמא יהיו קרובים לדייני הקיום ואל תשיבני ע"ז ולומר דזה לא הוצרך מר"ן לכותבו דהואל ועקר העדות הוא על חתימת העדים א"ך בודאי קראוהו ז"א דהא כתב מר"ן סל"א דהקיום יכול להיות מאחורי השטר וע"ז סיים מור"ם וכתב דאם הנייר קצר

יכול לכתוב הקיום מאחורי השטר ע"ך ובודאי היכא דבא הקיום מאחורי השטר בודאי דאינם צריכים לראות מי הם עדי השטר אלא שהעדים יעידו ויאמרו לפני דייני הקיום זה השטר שהוא באחורי הדף בפנינו חתמו עדיו וע"ז ג"ך בודאי לא הצריך מר"ן אלא לקרות שם המלוה והלוה דוקא וא"ך הרי מר"ן לא הצריך לדייני הקיום לקרות שם העדים ש"מ דאין צריכים דלא נפקה מינה ולא מדי בין אם יהיו קרובים לעדי הקיום או לדייני הקיום כשרים גם יש הוכחה מדברי מר"ן דכתב דנאמן אדם להעיד על חתימת אביו והנה כבר כתב מר"ן שהקיום יש לו ה' דרכים ואחד מדרכי הקיום הוא שיכולים העדים עצמם שהעידו על החתימות יחתמו בשלשתן או שנים מהם ובודאי גם אם הבן הוא מעיד על אביו יכול הוא עצמו לחתום על הקיום א"ך הרי מוכרח אפילו יניח אותו עד עם השנים עכ"ז סו"ס הרי השנים עצמם צריכים לחתום ואפי' לא ירצה לחתום בשלשתם אלא שנים ע"י שיכתבו וחד ליתוהי עכ"ז הרי מוכרח שיחתום אחד מיהא וא"ך הרי הוא קרוב דיין זה שמקיים השטר קרוב לעד השטר אלא בודאי דדבר ברור הוא שדיין הקיום יכול להיות קרוב לעד השטר ואחרי כותבי ראיתי להרב זכו"ל חו"מ אות ק' בענין קיום שכתב דמהריק"ש כתב בפשיטות דדייני קיום יכולים להיות קרובים לעדי השטר שוב ראיתי להרב ש"ך סימ"ו סקמ"א שכתב דלכתחילה לא יקיימו אבל אם עברו הדיינים וקיימו יד קרוביהם סגי בדעבד יעו"ש והמדקדק בדבריו אדרבה יראה דלגבי דדן אנן דגרירי בתר מר"ן משם ילמוד דאפילו לכתחילה מקיימין את השטר בדיינים הקרובים לעדי השטר דהא מצינו לרבינו הטור שכתב וז"ל עד ודיין אין מצטרפין לקיום השטר פירוש אם אין מכירין לא חתימת העדים ולא חתימת דייני הקיום ואחד מעדי השטר מעיד על חתימת ידו ואחד מהדיינים מעיד על חתימת ידו אינו מועיל דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי וכו' ע"ך ופירש שם הד"מ סק"ה דמ"ש הטור קרובים לעדי הקיום היינו דייני הקיום יעו"ש וכדברי הטור כן הוא דברי רבינו הרא"ש הביאו הרב"י וז"ל הלכך כיון שאין השטר מתקיים על פי עד ועדיין אין אנו חוששין אם הדיינים קרובים לעדים יעו"ש וא"ך הרי מוכח מדברי הטור והרא"ש והרב"י דמאן דס"ל דעד ודיין אין מצטרפין דתרי עדיות נינהו ס"ל דדייני קיום יכולים להיות קרובים לעדי השטר וא"ך הואל ומר"ן בש"ע מצינו דפסיק ותני בסעיף י"ד כוותיהו דהטו"ר והרא"ש דעד ודיין מצטרפי בודאי יסבור דדייני קיום יכולים להיות קרובים וחותמין אפילו לכתחילה והגם דהש"ך כתב דלכתחילה לא יחתומו לא כתב כן אלא לסברתו דאזיל בשטת מהר"ם מרוטבו"ק והריטב"א והרא"ש והר"ן דס"ל דדיין ועד מצטרפים דעדות אחת היא לכך לכתחילה לא יחתימו דיינים

הקרובים לעדים אבל אנן בדידן דגררי בתר מר"ן בודאי אפילו לכתחילה יכול לחתום בקיום דיין הקרוב לעד ק וצוויי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צא

להיות שאהרן מעיר פאס נתן ביד שלמה להביא כסות אחת מהתם מעיר פאס להכא לסאלי יע"ה לשלחה לעיר אזמור ויהי בבוא שלמה ה' להכא ראה חיים בידו את הכסות ונפשו חשקה בה ויאמר לו של מי הכסות הזה ענה שלמה ואמר של יהודי פאסי שנתנה בידי למוכרה ואמ"ל חיים הנז' בכמה הוא קנאה ואמ"ל בי"ד דורוס ואמ"ל אם תמכרנה לי אני אתן לך שני דורוס אחרים ריוח ונתרצה שלמה הנז' ומכרה לו ויהי היום בא יוסף הנז' מעיר אזמור ותבע לשלמה הנז' שיתן לו הכסות בעיניה כמו שצווהו המשליח ושלמה השיב אמת הדבר שלא צווני למוכרה אלא אנכי מריתי בדבר אכן ביני לבין אהרן המשליח כי הוא בעל דברים דידי ואתה מה לך פה ויוסף טוען אדרבה אני הוא בע"ד דידך הואל ואתה בעצמך מודה דאהרן קנאה לי ללובשה ושלחה לי עמך מה לך עוד עם אהרן גם באמ"ץ נודע הדבר שהכסות הנז' לא היתה קנויה מעיר אלא בסך י"ב דורוס וע"ז בא חיים ותבע לשלמה הנז' באמור לו שיחזיר לו השני דורוס שהוסיף עליו בשווייה כי הוא לא קנה כי אם בשני דורוס ריוח ושילם לו י"ד דורוס על הקרן ושנים של הריוח ועכשיו שנמצא הדבר שקר ולא נתן בה כי אם שנים עשר צריך הוא להחזיר לו שני דורוס על הכל יומ"ץ:

תשובה לזה הוא דפשוט אם הפקדון היה עדיין מונח בעין ומעכבו בידו שלמה הנז' ולא ירצה לתתו בידו פשוט דמחויב לתתו בידו ולא יכול לטעון עליו לאו בע"ד דידי את דהרי איהו מודה שהוא שלו ולו נתנו אהרן לתתו וא"כ אם עכבו בידו גזלן יתקרי ומחויב הוא להוציא בולעו מפיו ואין זה צריכה לפנים ולא אביא אלא סייעתא חדא דאתי נדו"ד במכ"ש והוא מה שפסק מר"ן בסו"ס קע"ו סמ"ט וז"ל סוס שהיה ממושכן לראובן ושמעון והפקידוהו לכותי אחד לשומרו ואמר שמעון לכותי שישאלהו ללוי והלוהו ללוי ונגזל ממנו אם רצה ראובן גובה משמעון ואם רצה מלוי עכ"ל. וא"כ משם יש ללמוד לקו"ח לנדו"ד דהשתא ומה התם דראובן שותף עם שמעון ויכול לוי לומר דאני לא שאלתי ממך אלא משותפך ולאו בע"ד דידי את עכ"ז הואל והסוס הוא ברור של השותפות עכ"ז יכול שמעון לתבוע ממנו חלקו. בנדו"ד ששלו גמור הוא ולו הביאו פשוט דאפי' ירצה לעכבו בידו כדי להחזירו לאהרן אינו יכול דכבר זכה בו ושלו הוא ועוד דעדיף נדו"ד מפסק מר"ן הנז' דהתם הסוס כבר נאבד ולא הי"ל לשמעון כי אם תביעת ממון דוקא וא"כ יכול

לוי לומר לשמעון דמ"ל אם תתבע אותי או לראובן וא"כ נלך אצל ראובן עכ"ז אינו יכול לדחותו הואל וממונו בידו מכ"ש נדו"ד אם היו יהיה הכסות עדיין בעין לא יוצדק לומר כלך אצל אהרן דהא אין לאהרן כסות אחרת ליתן ופשוט:

אכן מה שיש להתיישב בדבר הוא השתא דכבר נמכרה הכסות וקבל בה שלמה הנז' סך ט"ז דורוס יותר ממה שמכרה אי אמרינן דיכול שלמה הנז' לומר ליוסף ה' אין בעל דברים דידי את דשמא אהרן המשליח לא יקבל ממני כי אם הסך י"ב דורוס שלקחה בהם וימחול לי השאר ואת תתבע את אהרן ותעשה עמו משהד"ן או לא ומי הביאנו לבית הספק ממה שראיתי להרב"י זלה"ה בסי' קכ"א מחוס"א שכתב וז"ל היה חייב ראובן לשמעון זקוק ושלחו לו ע"י שלוחו ונאבד אין שמעון יכול להשביע השליח עד שיבוא ראובן עכ"ל וראיתי להרב הש"ך בסי' הנז' סקל"ו שהביא דברי הרב"י הנז' וסיים על דבריו וז"ל ומשמע שהטעם הוא שהשליח יכול לומר דילמא המשליח לא ירצה להשביעני וישלם לך ויאמין לי שנאבד ולפ"ז אם מת הלוה או הלך למדה"י מחויב לישבע שבועת השומרים מיד נגד המלוה ע"כ וא"כ גם כאן נימא דשלמה הנז' יכול לומר דהקרן שהוא י"ב דורוס שקנה בהם הכסות מחויב אני לתתם בידך הואל ושלח בידי לתת לך הכסות ואני הוא דפשעתי בה ומכרתיה מחויב אני לתת בידך דמי שווייה כמו שהייתי חייב לתתה בידך דמה לי הן או דמיהן אכן במה שאני מחויב לשלם בדין יותר מדמי שווייה לא אדון עמך ע"ז דשמא אהרן הנז' ימחול לי במה שאתחייב יותר: אלא דכד דייקת זה אינו דרב המרחק ביניהם דכל דינו של הרב"י הנז' אינו אלא במי שאין עליו חיוב ממון אלא חיוב שבועה דוקא בזה הוא דיכול לומר דשמא ימחול לי בשבועה דשמא יאמין אותי וכמו שנתן הטעם הש"ך כמש"ל אבל אם יהיה עליו חיוב ממון כנדו"ד כמו שאכתוב לקמן בעה"ו פשוט דאינו יכול לעכב בדבר דהואל ומחויב הוא בדין לשלם יותר מי"ב דורוס פשוט הוא דמחויב לשלם בידו ואינו יכול לעכב עליו המעות דממה נפשך דאי הוא בענין שאם ימחול אהרן לשלמה לא יוכל יוסף לתבוע מאהרן המותר שהיה שוה אח"כ הכסות יותר מדמי המקח וא"כ במחילתו זאת מזיק ליוסף. זה לא יתכן דהיאך יכול אהרן למחול דבר שאינו שלו שהרי הכסות של יוסף היא והיאך יכול אהרן למחול ולהזיק חבירו פשוט דאין במחילתו מחילה כלל ואם כוונת שלמה לומר דאהרן ימחול לי ומה שהיה ראוי לפרוע לך הוא יפרע לך בעדי גם זה אין בדבריו כלום דזהו דינו דמר"ן דסו' סקע"ו שכתבנו שהרשות בידו של שמעון לפרוע מאיזה שירצה או מראובן או מלוי ואין לוי יכול לומר לשמעון שהוא יתבע לראובן דשמא ראובן ימחול לו אלא הואל ולוי מחויב הוא לשלם הרשות נתונה ביד שמעון לתבוע ממי שירצה וא"כ

גם כאן הואל וחייב ממון ברור הוא על שלמה ה' אפילו אם היו יהיה אהרן הנז' עמנו במדינה היה בדין הרשות נתונה ביד יוסף לתבוע ממי שירצה מאהרן או משלמה והיינו הוא דינו דמר"ן דסו"ס קע"ו מכ"ש בנדו"ד שאהרן אין לפנינו מהיכא תיתי שיניח יוסף הנז' לשלמה הנז' וילך לרדוף רוח ולרעות קדים לתבוע מאהרן הנז' זה לא יתכן כלל סוף דבר משה"ן הוא דמחויב שלמה הנז' לירד לדין עם הר' יוסף הנז':

ומהשתא הבוא נבוא מה יהיה משפט הכסות הנז' ומה שיש להשיב הוא נחזי אנן אם הלוקח הזה נתאמת לו הענין או יש עדים בדבר שהכסות הזה היא של יוסף הנז' ושלמה שלח בה יד פשוט דחייב להחזיר הכסות לבעלים הנז' ולא נקנית בידו והיינו דפסק מר"ן בסי' שכ"ו ס"ב הגונב ומכר ולא נתייאשו הבעלים ואח"כ הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכר פלוני הוא גנבה בפנינו חוזר החפץ לבעליו והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב עכל"ה. וא"כ גם כאן מחויב להחזיר החפץ לבעליו ומה שנתן יטול מיוסף ויוסף יתבע משלמה הנז':

ואפילו ראו ראינו עתה שהכסות הנז' היא מלבוש ארוך והלוקח הנז' קצרו במעט מתחתיו עכ"ז לא נקנה בידו דהגם דקי"ל שאם נשתנית הגניבה שנוי שאינו חוזר לברייתו קנה הלוקח וכמ"ש פסק מר"ן בס' שנ"ג ס"א ובס' ש"ס ס"ה מכאן והלאה נתבאר יותר ושם כתוב בס"ה נשתנית הגניבה אפע"פ שלא נתייאשו הבעלים אין צריך להחזיר אלא דמיה כמו שהיתה שוה בש' הגזילה והוא שלא יהיה שנוי החוזר לברייתו וכו' ע"כ ואם כן גם כאן הואל והוא שנוי שאינו חוזר לברייתו דהואל והיה ארוך וקצרו היתכן לחזור להיות ארוך זה לא יתכן א"כ הוי שנוי שאינו חוזר לברייתו אלא דכד דייקינן בנדו"ד הגם שאין השנוי חוזר לברייתו עכ"ז לא קנה דהגם דפסק מר"ן בס' ש"ס ס"ה דשנוי שאינו חוזר לברייתו קנה היינו דוקא אם על ידי אותו שנוי נשתנה שם הדבר וכגון ההיא דפסק בסי' שנ"ג ס"א כגון טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור וכו' דהוי שנוי השם ושנוי שאינו חוזר הוא דקנה אבל שנוי שאינו חוזר ועדיין שם הדבר עליו כדמעקרא שהיה נקרא קסוט וטכשיו נקרא קסוט לא קנה בשנוי זה אפילו אינו חוזר הואל ועדיין שמו עליו ודין זה ממש הוא פסק מר"ן בסי' ש"ס ס"ט גזל קורות גדולות ועשאן קטנות לא קנה קצצן לוחות עד שנשתנה שמם קנה דהוי שינוי השם ושינוי שאינו חוזר לברייתו אבל בנדו"ד שעדיין שמו עליו לא קנה:

ועדיפא מזה הוא מה שאמר רב פפא בפרק הגוזל עצים דיקלא ועביד גובי לא קני השתא מיהת גובי דדיקלא מיקרי ע"כ והוא מה שפסק מר"ן ג"כ בסי' ש"ס ס"ח וא"כ מכ"ש נדו"ד פשוט דלא קנה הלוקח בזה השנוי:

ואל תשיבני דלא אמרינן דבעינן שינוי השם עם שנוי שאינו חוזר לברייתו אלא דוקא אם היתה הגזילה עדיין ביד הגנב או הגזלן אבל בנדו"ד שכבר יצאתה והוייא ברשות לוקח אם כן הוי שינוי רשות עם שנוי שאינו חוזר ונימא דקנה אין זה אמת דהא כל עיקר למה שינוי שאינו חוזר בענין אם לא יהיה עמו שינוי השם לא קנה הוא משום דכל זמן שלא נשתנה שם הדבר כאלו לא נשתנה הדבר כלל הואל ועדיין שמו עליו ודבר זה הוא מפורש יוצא מדברי הלח"ם ז"ל דמצינו להרמב"ם בפ"ב מהלכות גזילה ואבידה הלי"ד שכתב שם הנהו דינים דרב פפא בפרק הגוזל עצים דאם גזל עלין ועשאן חופייא דקנה וכו' ופסק ג"כ דינא דגזל דקל וקצצו שלא קנה וכו' יעו"ש וכתב שם הרב המגיד וז"ל וטעם לולב שהפריד העלין שקנה ודקל מחובר וקצצו שלא קנה ואלו שניהם אינם חוזרים לברייתם מפני שדקל שמו עליו אף אחר שנפחת מה שאין כאן בלולב והכי מפורש שם ע"כ וכתב עליו הרב לח"ם כתב ה"ה דטעם הדקל משום דהוי שינוי שמו עליו משמע דתרתי בעינן שנוי מעשה ושנוי השם וזה תימא דשנוי מעשה לחוד קני ועוד בגנב טלה ונעשה איל ליכא שנוי השם כדאמרו בגמרא וניקנינהו בשנוי השם וכו' ותירצו דשור בן יומו קרוי שור וכו' לכך נראה דכוונת הרב המגיד לומר דלא חשיב שנוי כלל כיון דשמו עליו ולא דמי לטלה ונעשה איל שנשתנה הגוף אבל דקל אין בו שנוי הגוף כלל אלא שמעקרא היה מחובר והשתא נעקר היה מחובר והשתא נעקר וכיון דשמו עליו לא הוי שנוי עכ"ל הרי נמצינו למדין מדברי הלח"ם דכוונת הרב המגיד לומר דכל שלא נשתנה שמו אפילו נעשה בו שנוי שאינו חוזר לברייתו לא הוי שנוי:

הן אמת דלע"ד דברי הלח"ם זלה"ה דדחוקים הרבה הם דהא איהו יהיב טעם לשבח לפרש בדברי המגיד דכל שלא נשתנה שמו לא הוי שנוי וסיים בדבריו ולא דמי לטלה ונעשה איל שנשתנה הגוף אבל בדקל אין בו שינוי הגוף כלל אלא שמעקרא היה מחובר והשתא נעקר וכיון דשמו עליו לא הוי שנוי עכ"ל והרואה דבריו אלו יתמה היאך יאמר על הדקל שאין כאן שנוי הגוף אלא שהיה מחובר ועקרו הרי בגמרא בדברי רב פפא מפורש הכי גזל ועביד גובי קנה וכו' וגובי היינו חתיכות חתיכות וכמו שפסק הרמב"ם גזל דקל מחובר וקצצו ואפילו כרתו חוליות חוליות וכו' ועליו קאי הרב המגיד לומר דהטעם שאפילו נשתנה שנוי שאינו חוזר הואל ועדיין שמו עליו לא קנה יעו"ש וא"כ איך יוצדק לומר הרב הלח"ם דהדקל לא נעשה שינוי בגופו אלא היה מחובר ונעקר והרי אין לך שינוי המעשה בגוף הדבר יותר מזה שהיה אלן גדול וחזר חתיכות חתיכות:

אלא דמוכרחים אנו לומר דהואל ושמו עדיין עליו אפילו נעשה בגופו מה שנעשה הוי כאלו לא נעשה כלל וזהו כוונתו טלה ונעשה איל נשתנה הגוף שהיה קטן וחזר להיות

גדול ונשתנה שמו לא כן כאן הגוף כדהוה קאי קאי כדמותו ומהותו אלא שהיה מחובר וחזר להיות מחותך הואל ועדיין שמו עליו השתא כדמעי'. חשבינן להאי חתוכי כאלו אינם וכאלו לא נשתנה: איך שיהיה נקטינן מכל האמור דמדברי הרב לח"ם מוכח דאפילו בשינוי הדקל לא מקרי שינוי הואל ועדיין שמו עליו וא"כ קו"ח לנדו"ד דלא מקרי שנוי כלל דהשתא ומה התם שהיה דקל גדול וחתכו חוליות ומעקרא הוה קרוי דקל והשתא הדר לקרותו גובי דדקלי כמו שמפורש בגמרא זה הטעם עכ"ז לא הוי שנוי בנדו"ד דלא נגע ולא פגע בו אלא קצר ממנו מעט ומעקרא היה שמו קסוט ועדיין נקרא קסוט לא כ"ש דלא הוי שנוי. פשוט וברור דלא מקרי שנוי כלל:

וא"כ הואל ולא היי שנוי פשוט דאפילו הלוקח הוא שעשה לו דבר זה שקצרו בודאי דלא קנה דלא מצינו קנין בגזילה אלא בשלשה אופנים דוקא או בשינוי שאינו חוזר ונשתנה שמו ואז אפילו הוא עדיין ברשות הגזלן והגנב קנה וכמ"ש בסי' שנ"ג בדין הגנב ובסי' ש"ס ס"ה בדין הגזלן ואופן השני הוא יאוש ושנוי השם גרוע ואז אפי' הוא עדיין ג"כ ברשות גנב וגזלן נמי קנה וכמ"ש בס' שס"א ס"ב ואופן השלישי היא אם נתייאש הנגזל ויצאה אותה גניבה או גזילה מרשות הגנב או הגזלן כגון אם מכרה ללוקח וכו' ג"כ קנה ביאוש ושינוי רשות לכל מר כדאית ליה יעו"ש בסי' שנ"ג מס"ב והלאה וזולת קנינים אלו ליכא שום קנין ומחויב הוא הלוקח להחזיר הכל לבעלים אחר שיטול מעותיו וכמש"ל: אלא דכ"ז הוא דוקא אם בעל הכלי ירצה ליקח הכלי שלו אבל אם לא ירצה לקחתו הואל ועתה אינו שוה לו שהיה אריך כמלוא קומתו והדר להיות קצר קומה בודאי אם לא ירצה לקחתו מידו הרשות בידו:

אכן פש גבן לברורי עדיין אם זה הכסות היתה שוה בשעת קנייתה דרך משל עשרים ונמכרה בששה עשר אם מחויב הלוקח הזה לשלם הארבעה דורוס ביד יוסף הנז' שהוא הסך הפחות מדמי שווייה על מה שקנאה או נימא דאם יוסף הנז' לא ירצה לקבלה לא יהיה לו דין עם הלוקח הזה אלא ליזל ולישתעי דינא עם שלמה המוכר:

הנה מצינו לרבינו הטו"ר בסי' שנ"ה שכתב וז"ל כתב הרמב"ם נתייאשו הבעלים מהגניבה קנאה הלוקח בשינוי רשות ויאוש ואינו מחזיר הגניבה עצמה לבעלים אלא נותן להם דמיה ומנכה מהן דמיו מפני תקנת השוק עכ"ל והנה בלשון זה נחלקו בו הרב"י והד"מ דלס' רבינו ב"י כתב דטעות נפל בדפוס וע"פ גרסתו שם נפקא מינה לדינא דאם נתייאשו הבעלים קנה הלוקח ואפילו קנה שוה עשרים בעשרה אין הלוקח מחזיר כלל והרד"ם הניח הגרסה כמות שהיא וישבה יעו"ש ולדידיה נפקא מינה שאם הלוקח שי קנה בזול מחויב הוא לשלם הזול ביד הבעלים יעו"ש ומצינו למר"ן בקצר בסי' שנ"ג

ס"ג שכתב וז"ל ואם לא היה גנב מפורסם אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים ע"ך ובסי' שכ"ו ס"ג כתב נמי אינו ניתן כלל לא חפץ ולא דמים יעו"ש וכתב הסמ"ע סקי"א דמר"ן אזיל לשטתו שבב"י שמשבש הגירסא ולכך פסיק ותני שאינו נותן כלל הרי לך מדברי הסמ"ע הגם דאיהו פליג שם על מר"ן שמשבש הגירסא ואזיל בשטת הד"מ עכ"ז אזיל ומודה דמר"ן בקצר אזיל ומודה לסברתו שבב"י דלא יתן כלל מכ"ש לדברי הש"ך דתמה על הד"מ והסמ"ע יעו"ש בס' שנ"ג סק"ה דכתב דבחנם השיגו על הרב"י והאמת אתו במה ששיבש הגירסא הרי דהסמ"ע והש"ך מפרשי דדברי מר"ן הם שאינו ונותן כלל הוא אפילו שיעור הפחת שהפחית בדמי קנייתו:

אלא דמצינו למור"ם שם בהג"ה בסי' שנ"ו ס"ג שאחר שכתב מר"ן אם לקח מגנב שאיני מפורסם אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים סיים מור"ם וכתב פירוש דהרי הבעלים צריכים ליתן דמי המקח משום תקנת השוק ולכן המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זאת וכו' יעו"ש ודברי מור"ם אלו אם כפשטן שלא בא לחלוק על דברי מר"ן אלא לפרשם ולסיים עליהם וכ"כ הסמ"ע בפשיטות בסקי"א וזל"ה וע"פ אותו נוסחה כתב ג"ך המחבר כאן סתם דבקונה מגנב שאינו מפורסם אינו מחזיר כלל ולא הזכיר דעליו ליתן להגנב המותר ממה שנתן בעדו אלא שמור"ם מאהבת הקיצור כתב סברתו על דברי המחבר מאחר דס"ל דגם הב"י ומחבר מודים לזה לדינא אלא שהם מיירי בלוקח שלא קנה אותו בזול בפחות משויו עכל"ה א"כ נמצא לפי סברת מור"ם שהוא ס"ל דמר"ן בב"י ובכאן ס"ל דההמותר יחזיר הלוקח לבעלים וא"ך מן הראוי הדר להיות כדינא דמור"ם דמחזיר המותר דהגם דהסמ"ע והש"ך ס"ל דדברי מר"ן הם אינו מחזיר המותר עכ"ז הואל ומור"ם פי' דברי מר"ן בב"י ובכאן שהם כשיטתו בודאי דכוותיה נקטינן לפי הכלל המסור בידינו דהיכא דמר"ן לא גילה אזלינן בתר מור"ם וא"ך גם כאן הגם דפליגי עליו הש"ך והסמ"ע וסברי מרנן דמר"ן גילה דעתיה בב"י ובכאן הואל ומור"ם כתב דדברי מר"ן קיימי כוותיה גם בזה נימא דכוותיה דמור"ם נקטינן גם באופן זה והגם שהדבר צל"ע עכ"ז בנדו"ד הוא אלבא דכו"ע דהלוקח מחויב הוא להחזיר המותר דהא לא נכנס בסלע המחלוקת אם מר"ן מחייב הוא להחזיר המותר או לא כדאמרן אלא דוקא במקום שיש קנין ממש ללוקח כגון שם בסשנ"ג ושנ"ה ביאוש ושנוי רשות בזה הוא דאמרן קנה לגמרי ואינו מחזיר כלל לפי סברת הסמ"ע והש"ך בדברי מר"ן אבל בנדו"ד דלא קנה לגמרי כדאמרן ואם ירצה יוסף לקחת כסותו מידו מחויב הוא הלוקח להחזירה אלא דמשום שקצרו אינו רוצה לקבלו יותר לדעתי נראה דמחויב הוא להחזיר המותר אליבא דכו"ע וליהדר איהו לישתעי דינא עם המוכר:

ובדין המוכר עם הלוקח מה יהיה דינו אם יכול לחזור ולתבוע את המוכר לשלם לו מה שנטל ממנו יוסף הנז' או יאמר לו המוכר או קחנו כמו שנתת בו בידי וביד הבעלים או החזירהו או נימא דאינו יכול אלא יחזיר לו מה שנתן והמקח ישאר בידו או נימא דלא קנה ויכול המוכר לומר לו תן הכסות ונחזיר לך מה שנתת בו עד כאן נמצא אצלי והשאר נאבד ואין הפנאי מסכים לחדש פעם אחרת. וצוויי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צב

ראובן שכר את שמעון לילך אצל עכו"ם אחד שנושה בו לתת בידו ק' שנושה בו להוליכו וכה אמ"ל ראובן לשמעון אתן לך שכירות כו"ך ותקח ק' זה לתתו לעכו"ם שהוא נושה בי בשטר וכן עשה שמעון הוליך הק' לעכו"ם ולא לקח השטר והניחו בידו ואח"ך כפר העכו"ם והוציא השטר לגבות בו וע"ז תבע ראובן לשמעון כי פושע הוא על שלא תפס לו השטר מיד העכו"ם יומ"ץ: תשובה לזה הנה רבינו הטור בסנ"ח כתב וז"ל אם הלוה לא נתן בידו המעות למלוה אלא שלחם לו ביד השליח חייב השליח לפרוע למשלח בד"א שאמר לו בפירוש ליקח השטר מיד המלוה אבל אם לא הזכיר לו השטר וגם לא אמר לו שיתן בפני עדים פטור השליח ע"ך הנה מדברי הטור אלו יש לן להסתפק בדין זה דהטור לאו סיפיה רישיה ולאו רישיה סיפיה דמתחלת דבריו שכתב וז"ל בד"א שאמ"ל בפירוש ליקח השטר א"ך הרי מכאן מוכח דבעינן דוקא שיאמר לו שיקח את השטר אבל אם אמר לו בסתם שיש לעכו"ם עליו שטר כנדו"ד נראה דפטור השליח אכן מדבריו האחרונים של רבינו נראה דדי במה שהודיעו שיש למלוה עליו שטר מדכתב בסוף דבריו וז"ל אבל אם לא הזכיר לו השטר וכו' א"ך ש"מ דבהודעה בעלמא סגי וראיתי להרב הש"ך בסנ"ח סק"ה דמביא מה שפי' הב"ח בדברי הטור וז"ל ודברי הב"ח בפירוש דברי הטור אינם מוכרחים ובפרט מ"ש דבריו דאם לא אמר בפירוש ליקח השטר רק שהודיעהו שהוא בשטר פטור אם נתנם לו בפני עדים וכו' דהרי מדברי בעה"ת משמע דבזה אפילו נתנם לו בלא עדים פטור וקרוב אצלי דתיבת שיקח חסר בטור בסיפא וצ"ל כמ"ש המחבר כאן עכ"ל הגם דספר הב"ח אינו בידי הרי מדברי הש"ך אלו דהב"ח מפרש כדברי הטור דאם לא אמ"ל שיקח השטר אלא אמ"ל סתם שיש בידו שטר אם נתנם לו בפני עדים פטור אבל אם לא נתנם לו בפני עדים אפילו לא אמ"ל קח השטר חייב ולדעת הש"ך משם בעה"ת אפילו לא נתנם פטור ומפרש דכן הוא דעת הטור ומגיה בו יעו"ש כ"ז לדעת הב"ח והש"ך בדברי רבינו הטור:

ואנן אתכא דמר"ן סמכינן ומצינו למר"ן דדעתו כמ"ש הש"ך שהרי הוא ז"ל כתב בין שאמ"ל קח השטר ותן המעות בין שאמר תן המעות וקח השטר חייב לפרוע למשליח ע"ך הרי דמר"ן הקדוש גם הוא גמר קיחה קיחה בדברי הטור וכהגהת הש"ך ז"ל וא"ך פשוט בנדו"ד דלא הזכיר לו קיחת השטר בודאי פטור:

אלא דעדיין יש להשיב ולומר דהא טעם הפטור למה פטור אם לא אמ"ל קח השטר אפילו הזכיר לו שיש לו שטר עליו פירשהו הסמ"ע סק"ט והש"ך סק"ה וז"ל אבל אם לא אמ"ל ליקח השטר אע"פ שהודיעהו שחיוב בשטר עליו פטור דמצי אמר סבור הייתי שהיית סומך על אמונתו וכ"ך הרב"י משם בעה"ת יעו"ש אבל בעכו"ם דלאו בני אמונה נינהו ומקרא מלא דיבר הכתוב אשר פיהם דבר שוא צריכים לבאר מהו הדין וראיתי להרב הש"ך בס' הנז' סק"י שכתב האי דינא ממש וז"ל בתשו' מבי"ט ח"ב סרל"ב פסק שאם השליח הוא בשכר והמלוה הוא עכו"ם דחייב אע"פ שלא אמר לו קח השטר משני טעמים חדא כיון שהוא בשכר הו"ל להטריח עצמו לשלם בעדים הב' כיון שהוא עכו"ם ואין דבריו מוכרחים וצ"ע עכ"ל וא"ך מדברי הש"כ אלו נראה דנדו"ד הוא ממש תשו' המבי"ט בדקדוק עצום וא"ך הרי הדבר מפורש שהוא מחלוקת המבי"ט והש"ך אלא דראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בסכ"ח סק"י שהביא גם הוא דברי המבי"ט הנזכרים וכתב וז"ל אם לא הזכיר לו שיקח השטר וכתב המבי"ט אם היה השליח בשכר אפשר אפילו לא אמר לו שיתן בפני עדים חייב וכתב עוד אם המלוה כותי ולא נתנו לו בפני עדים אע"פ שהוא שליח בחנם אפשר דחייב והרשד"ם בס' קכ"ו פשיטא ליה דחייב יעו"ש א"ך לכאורה נראה דדברי הש"ך ומאמר קדישין סתראי נינהו דלמאמר קדישין משמע או זה או זה קאמר דהיינו או שליח לעכו"ם אפילו בחנם או אפילו לישראל אם הוא בשכר אבל מדברי הש"ך משמע דלא חייב המבי"ט אלא בצירוף דהיינו שליח להוליך לעכו"ם ובשכר וספר המבי"ט אינו בידי לראות עיקר הדברים במקורן אלא כד דייקינן חלילה לומר שיש שום סתירה ומדברי הרב מאמר קדישין מבואר שהרב מאמר קדישין כתב וז"ל דברי המבי"ט בדרך אפשר והכוונה היא דאם היה שליח לעכו"ם אפילו בחנם אפשר דחייב או לישראל בשכר אפשר דחייב דהיינו אי זה או זה בדרך אפשר דון מינה דאם נקבצו ובאו בשניהם דהיינו לעכו"ם ובשכר בודאי דחייב והן הם דברי הש"ך ויכול להיות שהמבי"ט עצמו כתבה בפירוש כדברי הש"ך:

א"ך נבין ונדון דהכי לדיינו דייני ואני לענד"ן דנדו"ד יש לדון בו דחייב השליח דהא לס' המבי"ט פסיק ותני דחייב ומכ"ש לס' מהרשד"ם שהביא הרב מאמר קדישין כמש"ל דאפילו שלח לעכו"ם בחנם עכ"ז מחייב מכ"ש כאן דבשכר ולא נשאר בזה אלא גמגומו

של הש"ך דלא פסיקא ליה בזה אלא גמגם בדבר וכתב לבסוף וצ"ע לדינא ואנן בדידן בודאי אין לנו להניח פשיטותייהו של שני צנתרות הזהב הנז' שהם המבי"ט והרשד"ם ולתבוע ספיקו של הש"ך והגם דחזי הוית להרב המפורסם כמוהריב"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' פר"ח סי' קכ"ח שנשאל בראובן ששלח עם שמעון אונה אחת להוליכה לרב החובל של הספינה לתתה לו להוליכה לו לעיר אחרת ושמעון כן עשה נתנה לספן ולא כתב עליו פולסייא והשיב הרב שם דחייב שמעון ובתוך התשובה כתב וז"ל ועוד התם מיירי בישראל דשייך להאמינו ברם הכא אשר פיהם דבר שוא כתיב ואף דחלוק זה בין ישראל לעכו"ם אינו מוסכם עיין בש"ך סי' נ"ח סקיו"ד מ"מ הכא דאית ליה טעמא אחרינא יש לעשות לה גם זה ספק עכל"ה א"ך מדברי הרב נראה דמניח דברי המבי"ט והרשד"ם ותפס ספיקו של הש"ך אפי"ה אין מזה התירה דמעקרא צריכים אנו לדקדק היאך הרב פסק ותני כספקו של הש"ך ומניח פשיטותם של שני הרבנים זה אינה תורה: אלא דמוכרחים אנו לומר דלא כתב הרב כן אלא לגבי נדו"ד שהיה שמעון שליח בחנם ובזה לא מצינו דס"ל חייב השליח כי אם מוהרשד"ם אבל המבי"ט לא כתב בזה אלא אפשר דחייב ולא פסיק ותני דחייב אלא היכא דתרתי איתנהו שליח לעכו"ם ובשכר וא"ך הש"ך דמגמגם גם בזה דיש תרתי לטיבותא דהיינו שליח ליתן לעכו"ם והנה שכרו אתו ועכ"ז ס"ל הש"ך דצ"ע בודאי דבמקום דליכא אלא חדא דהיינו או לעכו"ם בחנם או לישראל בשכר בזה חות דרגא וס"ל דבודאי פטור וזהו נדונו של הרב רבינו מוהרב"ץ זלה"ה שהיה לפניו דהיינו היה שליח בחנם לתת ביד העכו"ם בזה הוא דסמך הרב על הש"ך וכתב דחילוק זה אינו מוסכם עיין בש"ך בסינ"ח וכו' כוונתו לומר בזה דחילוק זה אינו מוסכם היכא דהיה שליח לעכו"ם בחנם ומ"ש עיין בש"ך בסינ"ח לאו כוונתו לומר דאפילו דברי המבי"ט עצמו שהוא שליח לעכו"ם ובשכר אינו מוסכם דזה אינו כמש"ל אלא הכוונה לומר דהש"ך רצה לגמגם אפילו בדברי המבי"ט א"ך ממנו תשמע היכא דלא היה בתרתי דהיינו שליח לעכו"ם ובשכר אלא חדא מנייהו בזה בודאי הש"ך פליג וס"ל דפטור השליח וגם המבי"ט עצמו לא החליט דינו דחייב השליח אלא בתרתי לטיבותא אבל בחדא ספוקי מספיקא ליה זהו כוונת הרב שכתב בזה אין הסברא מוסכמת אבל היכא דאיכא תרתי לטיבותא בודאי דהרב מוהריב"ץ זלה"ה לא יניח סברת המבי"ט ומוהרשד"ם ויפסוק כס' הש"ך ובודאי דהלכה ומורין כס' המבי"ט ומוהרשד"ם ותו לא מדי וקם דינא דהשליח חייב. זהו משנלע"ד וצוויי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן צג

עמדו לפני לדי"ת שתת' יאודא תובע לשמעון על אודות שיאודא הנז' נתן טסקא למשה ובשעה שרצה לתת לו מעות העסקא להתעסק בהם היה ברצון יאודא הנז' לצאת לדרך פעמיו ומחשש שמא משה מקבל העסקא כשילך להתעסק ויבוא למדינה לא יהיה היא בעיר כדי לקבל דמי עסקתו מידו אזי הלך יאודא הנז' וצוה לשמעון ואמר דע שאני הולך חוץ לעיר ושמא כשיבוא המתעסק מן השדה לא אהיה אני מצוי בעיר בבקשה ממך שתקבל דמי העסקא מידו ותניחם בידך עד יום בואי לשלום ולא תוסיף לתתם בידו עוד כי אין רצוני להתעסק עמו עוד זולת זה הפעם וכן היה כשבא משה המתעסק מן השדה לא נמצא יאודא בעיר ואזי שמעון קיים צוואת יאודא וקבל מידו כל סכי העסקא אלא לאח"ך יום או יומים הלך משה אצל שמעון ואמר לו תחזיר לי דמי העסקא של יאודא כי רצוני לילך עוד להסתחרר כאן בקרוב ולבוא ואזי שמעון שמע אליו והחזיר לו הדמים והן היום איידי דביני ביני העני משה הנז' וע"ז תבע יאודא לשמעון לשלם לו מכיסו הסך של העסקא הנז' באמור לו למה תתן את ממוני בידו הואיל וכבר צויתך ע"ך:

תשובה לענד"ן דחייב שמעון הנז' מהא דפסק מר"ן בסיקכ"ה ס"א וז"ל ראובן שהיה חייב ק' לשמעון או שהיה לו פיקדון ואמר ללוי הילך ק' זה לשמעון אם בא לחזור וליטלו ממנו אינו יכול וכו' ואם החזיר לוי המנה והעני ראובן ולא הי"ל ממה לגבות בענין שהפסיד שמעון שלו לוי חייב עכל"ה וא"ך מכאן יש לחייב לשמעון הנז' ולא מיבעייא לסברת הש"ך סק"ז דה"ל דהעני דכתב הטו' לאו דוקא אלא אפילו לא העני הרשות ביד שמעון לתבוע מראובן או מלוי אלא אפילו לסברת הסמ"ע ולהכרעת הב"ח שהביא הרש"ך בסק"ז דס"ל דאין שמעון יכול לתבוע ללוי אלא א"ך העני ראובן הרי גם כאן משה הלוי איש עני הוא וא"ך אליבא דכ"ע דיכול לתובעו על שפשע והחזיר את המעות למשה:

והגם דיש לפקפק ולומר דמעות אלו שנתן משה ביד שמעון לאו מעות הלואה ניהו דבתורת עסקא הוו גביה וא"ך הדר דיני להיות כדין הפיקדון דהגם דסתם עיסקא פלגא מלוה ופלגא פיקדון עכ"פ לגבי דבר זה דהיינו אם דיינים ליהו כדין הלואה או כדין פיקדון לענין לחלק ביה החילוקים שבין אם אמ"ל הולך ק' זה לפ' וה' החולקים שבין אם הק' הוא מלוה אי פיקדון בודאי דלדין פיקדון חשבינן ליה דודאי כל עסקא הוא הנאה לנותן ג"ך דמעקרא בשביל הנאת עצמו הוא נותן לו העסקא ודינה כדין הפיקדון וכמו דיהיב טעמא הסמ"ע בס' הנז' סקי"ב וא"ך הואל ולדין פיקדון דיינין ליה הרי מצינו למר"ן עצמו בס"ב שמחלק וז"ל הא דבפיקדון אינו יכול לחזור וליטול מיד לוי דוקא כשהוחזק הנפקד כפרן דאז זכות למפקיד שתצא מת"י אבל לא הוחזק כפרן יכול הוא

לחזור וליטלו וא"ך גם כאן הואל וזה משה האיש לא הורע כחו מיום נתן העסקא עד היום אלא ככחו מעקרא כך כחו עתה דבחזקתו עומד וא"ך יכולים אנו לומר דלא פשע שמעון בהחזרתו את הדמים למשה הנז':

אלא דזה אינו דכבר מפורש בטענות יודא דכשרצה לחת העסקא צוה שמעון שביום בוא משה האוהלה יקח את דמיו מידו כי אין ברצונו להתעסק עמו יותר וא"ך הוא הדבר שסיים מר"ן בס"ב הנז' בדין הפיקדון עצמו וז"ל ואי שווייה מריה דפיקדון שליח להביא לו כיון דגלי דעתיה דניחא ליה דלותביה ליה אם בא לחזור אינו חוזר וכו' עכל"ה וא"ך גם כאן הואל וגלי דעתיה דלא ניחא ליה להתעסק עמו יותר וכבר באו לידו של שמעון בודאי פושע הוא בחזרתו וחייב הוא לשלם. אלא דאין כח ביד יהודה להוציא פש"ן מיד שמעון אלא עד שיתבע יהודה למשה הנז' ולסדר לו נכסיו וישבע בנק"ח דאין בידו כלום וכמו שמדקדק מר"ן שכתב ואם החזיר לו הק' והעני ראובן ולא הי"ל ממה לפרוע בענין שהפסיד שמעון שלו לוי חייב ע"ך משמע מלשון זה דאין לוי מתחייב אלא עד שיברר המלוה שאין ביד הלוה או הנפקד כלום ע"י שיסדר נכסיו וישביעהו כדין הבא ליפרע מן המשועבדים כמ"ש בסיקי"ד יעו"ש:

גם צריך יהודה הנז' לישבע בנק"ח שלא נפרע אם היא עסקא זאת בשטר ואם היא מלוה ע"פ צריך משה הנז' כשישבע שאין בידו ממה לפרוע צריך ג"ך לכלול בשבועתו שעדיין יהודא הנז' נושה בו הסך הנז' וכמ"ש מר"ן בסי' קכ"ט ס"ט בדיני ערב וז"ל חזר אחר הלוה ולא מצא כלום צריך לישבע בתקנת הגאונים שאין לו כלום קודם שיפרע מהערב וצריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו חוב זה שלא יעשו קנונייה על נכסי הערב ע"כ ועיין בסמ"ע סקכ"ח וא"ך ממנו יוצא לנדו"ד נמי דאם העסקא הזאת היא בע"פ צריך לכלול בשבועתו שלא נפרע יאודא ממנו ויפרע לו שמעון הנז' וראיתי להרב הבאה"ט בסי' קכ"ט שכ' משם הרב מהר"ש יונה זלה"ה וז"ל אם הדבר ברור שאין ללוה נכסים עכשיו שאין לו במה לשלם והערב מודה אלא שחושש שמא פרעו אין משביעין אותו על כך כיון שאין משביעין שבועה זו אלא על ידי גלגול דמשום חשש קנונייא בעלמא הוא נשבע עכ"ל א"ך גם כאן נחזי אנן אם שמעון זה מודה ואומר שאין למשה ממה לגבות החוב הנז' כלל אזי חל החוב על שמעון לשלם בלי שום שבועה כלל אבל אם אינו מודה בזה אזי צריך יודא לתבוע למשה שיסדר נכסיו כבתקנת הגאונים או ישבע וכשיביא ראיות אלו אזי מחויב שמעון לפרוע ליודא וליהדר שמעון הוא המלוה של משה:

והגם שראיתי להרב בנ"י חי"י בחח"מ סיר"ץ שנשאל על ראובן שהיה שולח סחורות לשמעון למוכרם לו ואמ"ל שהם של יתומים וכו' ולבסוף שלח שמעון איזה סחורה

לראובן הנז' ורצה שמעון לעכב סחורות היתומים בעד סך שנושה בראובן ואפטרופוס היתומים מונעם ממנו שאינו בדין שיעכב סחורות היתומים בעד חוב ראובן והעלה דחייב שמעון לתת ליתומים סחורותיהם בלי שום דו"ד כלל ומשם מוכח דאין צריך ראובן לא לסדר נכסי ולא לשום דבר אלא תחילה היתומים נוטלים מעותיהם יעו"ש וכן ראיתי ג"ך להרב מו"ד בס' כר"ח שמצא בכת"י מו"ז הרב הקדוש המלאך רפאל ביבאס זלה"ה כתוב אצלו משם מהרי"ח זלה"ה בראובן שהיה שולח סחורות לשמעון למוכרם בקומסיון ואמ"ל דע כי סחורות הללו הם של לוי וכן עשה ואח"ך שלח ראובן אגרת לשמעון ואמר לו קח מהסחורות או מדמיהם כו"ך ותן אותם ליודא שבמקומך כי הוא נושה בי הסך הנז' והן היום בא לוי ותבע את שמעון לתת דין וחשבון על הסחורות אשר שלח אליו ע"י ראובן והראה לו שמעון בחשבונו הסך אשר פרע ליודא במאמר ראובן ולוי השיב מכיון שהודיעך ראובן שהסחורה שלי היא בשותפות שנינו והוא אינו אלא שליח בעלמא ששלחתי לך על ידו לא היה לך לשמוע לו לתת לבע"ח. נראה לי שהדין עם לוי וראיה מההיא דסי' ע"ב סל"ג בראובן שתובע ללוי ספרים וכו' עכ"ל א"ך מדברי הרב בנ"י חי"י ומדברי מוהרי"ט זלה"ה הנאמרים פשוט דאין שום צורך ללוי לילך לתבוע לראובן מעיקרא אלא צריך שמעון לגדל פרע ביד לוי וא"ך היאך יוצדק לנו לומר דדינו של יודא לילך אחר משה תחילה וכשלא ימצא בידו יחזור לשמעון הרי מדברי הרבנים שהבאנו נראה שאינו צריך לתבוע למשה כלל אלא לשמעון:

אלא דרב המרחק ביניהם דהא דיננו זה הוא דינא דמר"ן דסי' קכ"ה שכתבנו והיאך יתקיימו הני פסקי דינים דסי' קכ"ה הנ"ז עם ההיא דסי' ע"ב סל"ג שממנה הביא מהרי"ט הנז' ראיתו אלא דמוכרח לחלק כמבואר בדברי מהרי"ט הנז' דהואל וראובן האמצעי הנז' לא היו סחורות ברשותו כלל ולא היה כי אם שליח בעלמא א"ך הו"ל לשמעון הנז' כאלו נטל ממון של לוי ונתנו לבע"ח דראובן ובזה הוא שחייב הרב מוהרי"ט והוא ממש כההיא דסי' ע"ב דידע שהספרים אינם של אותו שנתנם לו וא"ך פושע הוא שעשה מה שאמר לו ללמוד בהם דהואל ויודע הוא שהם דאדם אחר לא הו"ל ללמוד בהם וכן ההיא דבנ"י חי"י זלה"ה אבל בנותן חוב שיש בידו לאדם אחר שיתנם למלוה דידיה כנדו"ד פשוט הוא דהואל ומעקרא הוו ברשותיה ואיהו הוא שבא להוציאם מרשותו ולתתם ביד שמעון בלי שום הכרח כי אם מרצונו הטוב של משה פשוט דלא יתחייב השליח אלא אחר שיסדר הלוה נכסיו:

וחילוק זה ברור הוא ומפורש יוצא מדברי הש"ך בסי' קכ"ה סק"ז אשר שם דחה דברי הסמ"ע והכרעת הב"ח שכתבנו וכתב איהו וז"ל ואיני רואה טעם להכרעתו דאדרבא

איפכה מיסתברא כיון שזה זכה לו ואלו היה הלוה רוצה לחזור לא היה יכול נמצא שהוא ממש מעות של שמעון א"ך זה שהחזירו הרי כאלו נתן מעות של שמעון לראובן ושמעון יכול לחזור על איזה שירצה עכל"ה הרי לפניך דלא בא לחלוק הש"ך על הכרעת הב"ח והסמ"ע אלא דוקא משום דחשיב כאלו נטל ממון זה ונתן לזה א"ך ממני יוצא דהסמ"ע והב"ח בודאי דלא פליגי על סברא זאת אלא דס"ל דלא מיחשב כאלו נטל ממון של זה ונתנו לזה אלא דהואיל ומעיקרא הלואה זאת היתה ברשות הלוה עליה ליהדר וכשלא ימצא אתו ממה לפרוע אזי חל על השליח לפרוע ופשוט זה הנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צד

מעשה בא לידי בראובן שמת והניח מטלטלין ומכרו אותם היורשים ואכלו דמיהם והן היום בא שמעון לתבוע אותם בשט"ח שיש לו על אביהם בשיעבוד מטלטלי אג"ק ורוצה ליפרע מהם ממעות שתפסו מן המטלטלי שהניח להם אביהם ופסקתי שהדין הוא שחייבים הם לשלם מה שתפסו בדמי המטלטלין והגם שראיתי למר"ן בקצר בחומ"ש בסי' ק"ו ס"ד וז"ל יורש שמכר כל נכסי אביו ואין ב"ח יכול לטרוף כגון שמכרם לכותי וכיוצא בזה יש מי שאומר שגובה מן הדמים שביד היתומים וי"א שאינו גובה ע"ך וכתב הסמ"ע ע"ז בסק"ט עי' בטור שכתב שנראה דבמכר מטלטלי לכ"ע אין הבע"ח גובה מהדמים שקבלו בעדם משום שאין המטלטלין של היורשים משועבדים להמלוה מן הדין ואף לבתר תקנת הגאונים לא תקנו אלא בעודם ביד היורשים אבל אם קדמו ומכרו אותם אוקמה אדין תורה עכל"ה וא"ך מלשון זה נראה דאין שום חיוב על היורשים לשלם מה שקבלו במטלטלין עכ"ז בנדו"ד שאני דעד כאן לא כתב הסמ"ע כן אלא למאי דקי"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח אלא מתקנת הגאונים אבל בשט"ז שיצא על היתומים אלו שכתוב בו ששיעבד לו מטלטלי אג"ק פשוט הוא דהדר דיניינהו במטלטלין אלו להיות כדין קרקע ומן הדין משועבדים הם אפי' בלא תקנת הגאונים והילך דברי רבינו הטו"ר שכתב בסי' זה ס"ז וז"ל ואם אין בע"ח יכול לטרוף מהלקוחות כגון שמכר לגוי או מלוה ע"פ או מלוה בשטר ולא שיעבד לו מטלטלים אג"ק לדברי רב האי גאון שפי' בההיא דיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו דבתר דתיקנו מזוני ממטלטלי דיתמי חייב לזונם הכא נמי כיון דבע"ח גבי ממטלטלי דיתמי גבי נמי מן הדמים וא"א הרא"ש ז"ל תמה על דברי רב האי כיון דהני זוזי לא נשתעבדו אבנות אלא שעבודייהו אנכסי אבוהון וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו

מזונותיהם למה הדבר דומה למלוה ע"פ שיצא על היתומים ומכרו הנכסים שאין בע"ח גובה מן המעות שבידם ולאו הני שבק אבוהון ע"כ נמצא לפי דבריו אין בע"ח גובה ממעות שבידם עכ"ל הטו"ר הצריך הרי לפניך דלא נחלקו אלא במטלטלים שנשתעבדו מתקנת הגאונים לחוד דלרב האי ס"ל אפי' במי שאין עליו כ"א שעבוד תיקון הגאונים אפי"ה אם ימכרו אותם היורשים גובה בע"ח מהדמים והרא"ש ס"ל לא יגבו והן הם הדברים שכת' הסמ"ע בסקט"ו והגם דרב האי גאון כתב שגובה מהיורשים והרא"ש הוא דפליג והסמ"ע כתב דבמטלטלי כו"ע מודים וכו' כבר תמה עליו הש"ך בסק"ח ע"ש א"ך הרי לפניך דדבר זה נכנס בסלע המחלוקת ומצינו להרב הש"ך בסק"ח דפסק ותני כרב האי גאון דגובה מדמי המטלטלין אלא דבנדו"ד אפי' נניח דהאמת הוא כסברת הסמ"ע והב"ח דס"ל כהרא"ש דאינו גובה אמטלטלי שמכר וכמו שנראה ג"ך מדקדוק דברי מר"ן ז"ל דלא נקט אלא דין יתומים שמכרו קרקע וכמו שמובן מסעיף ג' וס"ד ולא חש להזכיר דין דמטלטלי ש"מ כהרא"ש ודאי נקטינן עכ"ז הרי לא מצינו נחלקו הרא"ש ורב האי גאון אלא במטלטלי דלא נשתעבדו מדין מטלטלי אנ"ק וכמו שכתב הטו"ר בפי' כגון שמכר לכותי או מלוה בשטר ולא שעבד לו מטלט' אג"ק לדברי רב האי גאון וכו' הרי דלא נכנס במחלוקת אלא היכא דלא כתב לו אבל היכא דכתב לו לית דין ולית דיין דהדר דינם כדין מקרקעי המשועבדים מן הדין דגובה מן היתומים וכן בא הדבר מפורש בב"י סי' י"ג משם הר"ב המגי"ד וז"ל וכ' הרב המגי"ד שאלו היו כותבים מטלטל' אג"ק היו גובים אף מהלקוחות עכל"ה הרי לפניך דהדר דינם כדין מקרקעי וכמו דבקרקע גובה ממעות שתפסו אף כאן במטלטלי כן ועדיפא מזה כתב הש"ך בסק"ח דלפי מ"ש הרא"ש ורשב"ם דהאידנא עיקר סמיכתם על המטלטלי כמו המקרקעי א"ך פשיטא דלמ"ש הטור דאם מכרו קרקע חייבים ה"ה מכרו מטלטלין חייבים וצ"ע לדינא:

הרי לפניך דאפי' בלא שעבוד מטלטלי אג"ק השוה הרב הש"ך דיניהם הואל ועיקר סמיכתם עליהם מכ"ש היכא דכתב לו בפירוש בשטר כן וגילה דעתו דסומך עליהם לית דין ולית דיין והגם דהיכא דלא כתב לו בשטר דעיקר סמיכתו עליהם כתב הש"ך וצ"ע ל' לדינא עם כ"ז היכא דכתב לו כן בשטר פשוט הוא דכמקרקעי דמי זהו משנלע"ד בלי שום פקפוק וצוי"מ וימ"ן. כ"ז היה כתוב אצלי מקדם קדמיתא זה כמו שתי שנים והן היום האיר ה' עיני וראיתי בס' כר"ח להרב מו"ד נר"ו שהביא בח"א שאלה בכעין זה שמכרו היתומים מטלטלין והיו עדיין בידם המעות ופסק שם כמהר"ב ז"ל דזכו היתומים במעות כסברת הרא"ש שהביא הסמ"ע ותמה עליו מורינו הרב יעב"ץ ופסק הרב דחייבים היורשים לשלם מכח מה ששעבד אבוהון מטלטלי אג"ק ולא נאמר האי

דינא אלא לתקנת הגאונים לבד אבל אנן דכתבי שעבד לו מטלטלי ואגבן מקרקעי בשכ"ן עליו ועי"א פשוט הוא דגובה מן המעות שבידם עכ"ל הרב יעב"ץ וכותיה פסק הרב כמה"ר רח"ט זיע"א יעו"ש וששתי ושמחתי ועלצתי שהנחני ה' בדרך אמת ונתחוור הדין אצלי כי ידוע דפסקי הרב מורינו יעב"ץ זלה"ה הם חשובים ומוסכמים בידינו כפסקי מר"ן בקצר והגם שהשאילה הייתה שם בשהיו עדיין ביד היתומים המעות שקבלו בעין מדמי היורשים עכ"ז לא נפקא ולא מידי דדין אחד הוא דכמו דאם בעין חייבים לשלם ה"ה בנתאכלו חייבים לשלם דזיל בתר טעמא דהא היכא דלא שעבד מטלטלי אג"ק דכתב הרא"ש דאין חייבים לשלם ממה שתפסו בדמי המטלטלין הם משום דלאו הני זוזים הניח אבוהון וממילא אפי' יהיו הדמים שקבלו בעין עכ"ז פטורים א"ך הרי אין עדיפות במה שהן בעין וכאלו דמים אחרים הם וא"ך בצד דמחייבי לשלם כגון נדו"ד דחייבים מדין השעבוד פשוט הוא דבין היו בעין או לא היו בעין חייבים ודינא דקרקע יוכיח דאין חלוק אף המטלטלין המשועבדים דשוו לקרקע כן ולא נקטו התם השואל דהדמים היו בעין אלא משום מעשה שהיה כך היה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צה

להיות שראובן ושמעון היו שותפים והיה להם חוב אחד על עכו"ם אחד שהיו משותפים בו השותפים הנז' עם לוי והיה השטר כתוב בערכאות של עכו"ם שהעכו"ם נתחייב לראובן שהוא אחד מן השותפים וללוי ואח"ך מכר לוי חלקו שבשטר זה לשותפים הנז' ולא כתב להם ע"ג שהוא מכר להם זכותו כי לא היו צריכים לכך הואל והוא היה כתיב בשם אחד מן השותפים היה יכול להוציאו ולהפרע בו מן העכו"ם והן היום ראובן נלב"ע וחל"ש והלך שמעון השותף להפרע מן העכו"ם והעכו"ם טוען עליו דלאו בע"ד דידי את כי השטר הוא של ראובן ולוי וע"ז בא שמעון לתבוע ללוי שהוא עדיין חי שיכתוב לו בערכאות של עכו"ם שהוא מכר לו השטר כדי שיוכל להפרע מן העכו"ם ולוי עכב ולא רצה לכתוב כלל כי נתן עיניו בממון שע"י העיכוב יתפשר עמו באיזה סך ואחר כך יכתוב לו מה ששמעון רוצה ע"ך:

תשובה מה שנלע"ד פשוט דלוי חייב לכתוב לו ואין אומר ואין דברים הואל ואין לו שום דררא ואין בזה אלא מדת סדום ובכלל מחזיר אבידה יתקרי וצא ולמד ממ"ש הטו"ר בסי' רע"ד בשם הרא"ש בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית של יין וזה בכד של דבש ונסדק הכד של דבש ואמר בעל הדבש לבעל החבית של יין שישפוך היין ויציל דבשו

ויתן לו דמי היין דחייב בעל היין לשפוך יינו ולהציל דבשו של חבירו זוהי סברת הרא"ש וכוותיה פסק מור"ם בסי' רס"ד ס"ה בסתם דבריו והגם דהרי"ף פליגו ס"ל דאינו מחויב להציל עכ"פ אנן כהרא"ש נקטינן הן מצד דהטו"ר הביא דברי הרא"ש באחרונה בודאי בשביל דכך היא ההלכה הן מצד דמור"ם סתם כוותיה דהרא"ש והביא סברת הרי"ף בשם ויש חולקין ומה גם בנדו"ז אפי' הרי"ף יודה דזיל בתר טעמא דהרי"ף דאינו מחייב שם להחזיר משום דאית ליה פסידא דיאמר בעל היין ניחא לי ביניי אבל בנדו"ד בודאי יודה דזהו החזרת אבידה ממש:

גם דבר זה נכלל במ"ש מר"ן בסי' ט"ל ס"א כל מי שיודע עדות לחבירו וכו' חייב להעיד לו והגם ששם פסק דאם לא העיד לו פטור מדיני אדם וחייב בדי"ש היינו טעמא משום דאין אנו יודעים שיש לו עדות עליו לפיכך דינו מסור לשמים אבל בכגון דא דידעינן ביה שיש לו עדות אלא דהיינו שיעיד לו בערכאות ששטר זה שלו הוא אלא שמכרו לו ומעכב עליו שלא לכתוב לו א"ך בודאי דראוי להחרימו על דבר זה ודמיא האי מילתא למ"ש מר"ן בס"ג וז"ל אם כותי תובע לישראל ויש לישראל עדות לכותי נגד ישראל דאסור להעיד לו ואם העיד לו משמתין אותו ע"ך הרי הואל וע"פ עדותו שמפסיד לחבירו הגם דאיכ"ל דאמת העיד מטעם זה פטרינן ליה כמ"ש מור"ם שם אבל אינו חייב לשלם דיכול לומר אמת העדתי עכ"ז הואל ובדינינו היה אותו ישראל פטור ואין תועלת בזה העדות משמתינן ליה וא"ך מכ"ש נדו"ז דבודאי ע"י כבישת עדותו הפסיד לישראל חבירו פשוט דראוי לשמתו ואין לומר דשאני התם דמשמתינן ליה מטעם שהלך ועשה מעשה דהיינו הלך בקום עשה ונתן העדות לעכו"ם גם בכלל זה בא ההפסד לחבירו שע"י עמד ישראל חבירו ונתן המעות בשביל זה נתחייב שמתא לא כן בנדו"ד דתרתי לריעותא יש כאן חדא דלא עשה שום מעשה כהתם דקם ונתן העדות אלא כאן סתם פיו וכבש עדותו גם בכאן לא נתן חברו מעות על ידו אלא גרם לו שלא יפרע מן העכו"ם א"ך נימא דלא יתחייב אפי' שמתא זה אינו דלא יש חילוק זה אלא לענין התשלומין הוא דיש לפלוגי בין גרמא בניזקין לדינא דגרמי אבל לענין עונש בודאי דאין לחלק וחזרנו לקו"ח דידן שיש בבירור פסידא לשמעון בכבישת עדותו של לוי בודאי דחייב שמתא:

ויש ראיה מפורסמת לזה ממ"ש בס"ב וז"ל אדם רשאי להחרים בבה"ך על כל מי שיודע עדות שיבוא ויעיד הרי עיניך הרואות דכל מי שיש לו עדות ואינו רוצה להעיד הוי מוחרם ב"מ לשמים ולבריות ועדיף הוא זה מדין דכתב מר"ן ס"ג על מי שהעיד על חברו בערכאות דמשמתין ליה דהא התם כתב הש"כ סק"ד דשיעור השמתא ל' יום אבל בנדון מי שיודע עדות ולא רצה להעיד נשאר בחרמי עד שיעיד והש"ך דכתב שם ל' יום טעמו

הוא דהתם לא היה כלל בו נידוי אלא עונש מענישין ליה דלא הי"ל להעיד הגם שהאמת אתו אבל במקום דיש לו עדות ואינו רוצה להעיד פשוט דישאר בחרמו עד שיעיד:
גם יש קצת דמוי לנדו"ד למ"ש בסי' שנ"ו ס"א וז"ל וכן אסור לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב ע"ך וכתב הסמ"ע שם סק"ג וז"ל רומז למ"ש הריב"ש סק"ח דכתב וז"ל אותו נפח שעשה לאשת ראובן שני מפתחות במסתר בעלה ונתנה לי שכר הרבה עבורם ראוי להענישו על בלי הגיד לו לבעלה שכבר היה לו להבין שלא על חנם רבתה במחיר שני המפתחות ע"ך הרי לפניך אפי' במקום ספק נתנו עונש דאין שם בירור שידע שאשת חבירו רוצה לגנוב אלא מרבוי המחיר אמרינן הו"ל להבין ומכ"ש בכאן דברור דרוצה לשתוק מעדותו לאבד ממון חבירו בודאי דראוי להענישו ואין אומר ואין דברים ועי' ג"ך בסי' י"ו ס"ד בתובע לחבירו שיש לו זכות בידו דדימו אותה ממש לתביעת ממון ועיין גו"ר ארי"ה סק"ה:
גם יש ראיה לזה מהא דאיתא בכתובות פרק מי שהיה נשוי הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף חד הוה כתיב בחמשה בניסן וחד בניסן סתמא אוקמיה רב יוסף להההוא גברא דהוה כתיב בחמשה בניסן בנכסי א"ל אידך ואנא אפסיד א"ל את ידך על התחתונה אימור בר עשרין ותשעה את איל ונכתוב לי מור טרפא מאייר ואילך מצי אמר לך את בר חד בניסן והנחתי לך מקום לגבות ממנו מאי תקנתיה ליכתבו הרשאה זה לזה עכ"ל הש"ס ופסקו מר"ן בחו"מ סי' מ"ג סכ"ג הרי עיניך הרואות דבמקום תקנה עשו רבנן תקנה שיכתבו הרשאה זל"ז אפי' כדי להציל ישראל זה מיד ישראל חבירו ואפי' במקום ספק דאיכ"ל דזה שכתוב בו בניסן סתמא איכ"ל באחד בניסן היה וממילא אין זה הקונה באייר מחוייב לו עכ"ז אמרינן דזה שכתוב בו בחמשה בניסן הרי יש בידו כח להוציאו מידו ואמרינן ליה שיתן כחו בידו להוציא ממנו ולא יהיה זה נפסד מכ"ש הכא להציל ישראל מיד עכו"ם ובודאי דהגוי משועבד לו אלא דבעקיפין בא עליו בודאי דחייב להצילו מידו ע"י שיכתוב לו האליחאל'א לחבירו והגם דהתם בכתובות בפרק מי. שהיה נשוי כתב הריא"ז דאין יכול לכוף את חבירו שיכתוב לו הרשאה אם לא ירצה יש לחלק ולו' דשאני התם הואל ובהרשאה שנותן זל"ז מגיע קצת נזק לאחד מהם דרך משל שאם יתן ההרשאה בעל ניסן סתם לבעל חמשה בניסן אזי בעל חמשה בניסן יכול לעכב ולומר אין רצוני לעמוד בדינא ודייני עם הלוקח ואם יאמר בעל ניסן סתם לבעל ה' בניסן תן לי את ההרשאה יכול ג"ך לומר לו אין רצוני לתת כחי והרשאתי בידך מאיזה טעם אבל בנדו"ד שאין שום הפסד למוכר זה בודאי כפינן ליה משום מדת סדום:

גם יש ראיה מההיא דסי' ס' ס"ט דכתב שאם ראובן כתב שטרו בשם שמעון אם יכול לכפות אותו לכתוב לו שטר מכר וכתב הסמ"ע סקכ"ה וז"ל לשון הטור דאומר לו לא יקרא דידך בעינא ולא זילותא דידך בעינא עכ"ל ורצונו לומר שיש לו זילותא בזה דנראה כאלו צריך למכור משטרותיו עכ"ל ויש שמדקדק מכאן דאפי' אינו יכול לכופו לכתוב לו שטר מכר עכ"פ יכול לכופו לכתוב לו שטר הרשאה הואל ואין בה שום זילותא דכופין על מדת סדום וא"ך ממנו יש ללמוד לנדו"ד דלא שייך בו אותו טעם דלא ליקרא דידך בעינא וכו' שהרי בכאן באמת מכר לו את השטר א"ך ודאי כייפינן ליה גם דהאליחאל'א שתובע ממנו לכתוב לו אינה מכר כ"א הרשאה בעלמא ובהרשאה אין בה שום זילותא ואדרבא כבוד הוא לו:

גם ראיתי בא הדבר מפורש בספר התקנות תקנה שתיקנו שכל המוכר לחבירו קרקע או משכנו בידו וכתבו שטר בסופר ישראל אף אם לא היה תנאי ביניהם שיעשה לו כמוה בערכאות של עכו"ם עכ"ז מחויב הוא מכח התקנה שיודה לו משכונה או מכירה אחרת כמיה בעש"ג וטעמא שם מפורש דחששו שמא ילך המוכר וימכור אותה לעכו"ם אחר ולא יועיל שטר הישראלים בערכאות שלהם מכח חשש הרמאים חששו ותיקנו שצריך לכתוב לו אפי' במקום דלא הוה תנאי וא"ך מכ"ש כאן דהפסידא מבוררת בודאי דצריך להעיד לו ולעשות ליחאל"א שכותבים העכו"ם והגם שלא היתה התקנה אלא על שטר מכר קרקע או משכונה אבל שטר כזה לא הוזכר כלל בודאי אין לחלק דלא היתה עיקר כונתם אלא שלא יהיה הפסד ללוקח ומה לי בשטר קרקע ומה לי בשטר חוב ובודאי ממנו יש ללמוד לכל הענינים דאית בהו הפסד לבר ישראל ואדרבא שם לא הוצרכו לתקנה אלא במקום דלא היה חייב כיון דכבר כתב לו שטר בסופרי ישראל והוצרכו לתקנה משום חשש אבל במילתא כדנה לא היו צריכים לתקנה דכבר ביררנו דמן הדין חייב ולא הוצרכתי להביא אותה תקנה אלא ללמוד ממנה ממאי דסיימו בסופה וז"ל ואם לא ירצה המוכר או הממשכן להודות עק"ד בעש"ג יאסר בבית הסוהר ולא יצא משם לילה ויום ולא בשבתות וי"ט עד שיודה הלעק"ד זהו שתקינו נוחי נפש ושם סיימו ג"ך בדורות שבאו אחריהם וגם אנחנו זה כמה שנים הלכנו בעקבותיהם וראינו להוסיף על התקנה וכו' וכו' וג"ך אם יהיו שותפים אחים או שאר אנשים בקרקע אחד ויאמר אחד לחבירו שיודה בשטר הודאה בעש"ג על הדרך הנז' עכ"ל בקיצור הרי מוסכם לפניך דבכל מקום פסידא ראוי להעניש ולייסר עד שיוסר ההפסד מהישראל ועיין בסי' שפ"ו ס"ג במור"ם ובסמ"ע. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צו

להיות שכה"ר יעקב ן' דו"ח נלב"ע זה כמה שנים בעיר סאלי יע"א והניח אלמנתו עאלייא ת"ם ובת אחת דוקא שיש לו ממנה ואחר שנלב"ע כהרי"ע הנז' הלכה אלמנתו הנז' עם הבת הנז' לעה"ק ירושלים תוב"ב ואחר זמן מה מתה הבת הנז' ונשאר כל חלק עזבונה שראויה לירש באביה ביד אמה יען כי לא חלקו האם עם בתה הנז' מה שהניח כהרי"ע הנז' והן היום שלחה האשה מהתם להכא מכנק"א דזוה"ר ונאצייי"א להחכם כה"ר אליהו בן מוייאל נר"ו למכור אותם ולשלוח לה המעות וע"ז עמד הבחור יצחק בן אחיו של כהרי"ע הנז' שהוא היורש הקרוב ולו משפט הירושה של הבת הנז' וטען שזה החפצים הניח אותם דודו כהרי"ע הנז' וראוי ליטול בהם מחצה מפאת בת דודו גם המחצה השני טוען שלא תטול ממנו שום דבר עד שתשבע כדי"ת הלא"ה לו משפט הירושה והוא יטול הכל וע"ז בא לעקל החפצים הנז' ביד כה"ר אלב"ם הנז' עד שיראה מה יהיה תשובת האלמנה הנז' וע"ז לשאול הגיעו אם הדין הוא שיהיו החפצים מעוקלים או לא ע"ך:

תשובה הנה מר"ן בחומש סס"ב כתב וז"ל אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות מקניית הקרקע כתובים על שמה והיא אומרת שלי הם עליה להביא ראיה בעדים שהוא כדבריה שהיה לה ממון מיוחד וה"ה אם נמצאו לה מטלטלים ברשותה עליה להביא ראיה בעדים עכ"ל וסיים מור"ם שם בהג"ה ואפי' אלמנה ואפי' היו השטרות בידה ע"ך א"ך הרי מוכח מכאן שחפצים אלו שהוציאה האלמנה הנז' למכור ודאי מעמדינן להו בחזקת היורש' עד שתביא ראיה לדבריה:

והגם שכתב מר"ן בדבריו האשה שנושאת ונותנת ב"ה דמשמע הואל ונושונו"ה ב"ה הוא דמעמידי' הכל בחזקת הבעל הלאו הכי לא:

הרי כתב מור"ם שם בהג"ה שסתם אשה נושאת ונותנת ע"ך וכתב הסמ"ע סק"ו דנושונו"ת לאו דוקא בפרקמטיא אלא כל שבעלה מאמינה ומפקיד את אשר לו בידה וכ"ך הטו"ר בהדיא באהע"ז סו"ס פ"ו ע"ך:

א"ך מכ"ש אלמנה זו שנשאר בידה כל נכסי בעלה אחר מותו גם קודם מותו כל אשר יש לו נתן בידה ודאי שאין לה חזקה בשום דבר עד שתביא ראיה בעדים לדבריה ולא מיבעיא לסברת ההג"ה והש"ך סק"א שכתבו שאפי' מוחזקת האשה בשטרות ומטלטלים תחת ידה דאית לה מיגו דלהד"ם או החזרתי ואפי"ה אינה נאמנת אלא אפי' לסברת החולקים שהביא הש"ך דס"ל דהיכא דמוחזקת האשה לא מעמידי' מטלטלים בחזקת הבעל והיורשים אפי"ה בכאן מודו שהרי חפצים אלו ביד שלוחה ואין כאן שום מיגו:

ועדיפא מזה סיים וכתב מר"ן שם בסס"ב וז"ל וכן אחד מן האחים שהוא נושא ונותן בתוך הבית ואומר שלי הם וכו'. עליו להביא ראיה בעדים ואם מת על האחים להביא ראיה ע"ך וכתב הסמ"ע וז"ל כתב הד"מ בשם הרשב"ה דדוקא לגבי שטרות הוא דאמרי' על האחים להר"א אבל אם מת והניח מטלטלים לא אמרינן בהו על האחים להביא ראיה ע"ך עי' שם מילתא בטעמא א"ך הרי מפורש יוצא דאפי' אם מתה האשה אמרי' בה שהמטלטלים הם של מורישם ובחזקת היורשים קיימי:

ואל תשיבני ממ"ש הרמב"ם פכ"ב מהלכות אישות וז"ל הרי שנמצאו מעות או מטלטלים ביד האשה היא אומרת במתנה ניתנו לי והו"א ממעשה ידיך הם שהם שלי נאמנת ע"ך ופסקו הטו"ר ומר"ן באהע"ז ספ"ב סי"ב וכתב הבאה"ט סקי"ז משם מהר"י ן' חביב ז"ל כ"ש אלמנה נגד היורשים דודאי נאמנת דאין להם עליה כי אם טענת ספק לבד וכ"ך ג"ך הש"ך בחומ"ש סס"ב סק"ה משם הרב הנז':

שהרי סיים שם מור"ם בהג"ה ודוקא בשאינה נושונ"ו בת"ה וכתב הרב ב"ש סקכ"ח דקאי דברי מור"ם גם אירשא דהיינו אדין זה דאומרת במתנה ניתנו לי וכו' אבל אם נושונ"ו אינה נאמנת ובזה לא סתרי דברי מר"ן אלו דאהע"ז אדברי מר"ן דחומ"ש סס"ב וכן תירץ הש"ך בחומ"ש סס"ב סק"ה דההיא דאהע"ז בשאינה נושונ"ו ועשה הכרח גמור לדבריו מדקדוק לשון הרמב"ם ומר"ן ע"ש מילתא בטעמא:

גם אל תשיבני ממ"ש בב"י באהע"ז סצ"ו ס"ד משם תשובת הרשב"א זלה"ה וז"ל אלמנה שתפסה מטלטלים ואמרה שבעלה נתנם לה במתנה דנאמנת היכא דאית לה מיגו דלא היו דברים מעולם או החזרתי ע"ך וכתב הש"ך דלא שייך לומר דשם איירי באינה נושונ"ו ב"ה ע"ש בש"ך סס"ב סק"ה הכריח לזה: ואין מזה סתירה כלל חדא הרי כתב הש"ך סס"ב סק"ה דלסברת המ"מ זלה"ה שהביא הש"ך ס"ל דהמ"מ ס"ל דלדעת הרמב"ם לית ליה האי דינא דהרשב"א זלה"ה ובודאי ס"ל להרמב"ם דאלמנ' שתפסה מטלטלים אינה נאמנת נגד היורשים וכן כעין זה כתב הרב ב"ש באהע"ז ספ"ה סקכ"ט דהרשב"א הוא חולק על הרמב"ם ואפעפ"ך הביא הב"י תשו' הרשב"א ולא נתכוון לפסוק אותה להלכה שהרי מנגדת למש"פ בשולחנו הטהור משם הרמב"ם וא"ך אף אנן נימא הכי ומה שיש ליישב תשובת הרשב"א דסתרי אהדדי עיין באהע"ז בב"ש סקט"ז ע"ש:

אלא אפי' לדברי הש"ך בחומ"ש סס"ב סק"א שעשה חלוק בין אומרת אחרים נתנו לי ובין אומרת בעלי נתנם לי אפי"ה בנדו"ז שהחפצים הם ביד שליש מיגרע גרע טענתה שהרי אין לה שום מיגו לא מיגו דהחזרתי ולא מיגו דלהד"מ ואפי' הרשב"א ודאי מודה:

גם אל תשיבני ממ"ש מר"ן באהע"ז סצ"ו ס"ד וז"ל אלמנה שאומרת מנה ניתן לי במתנה שלא יכנס בכתובתי אם היא מוחזקת במנה ויכולה לטעון אין בידי משל בעלי כלום נאמנת במיגו ע"ך וגם די"ז לית לן לפרושי דבשאינה נושונ"ו קמיירי משום דהו"ל למר"ן לפרש דבריו כדכתב הש"ך בחומ"ש סצ"ו סק"א על ההיא דהרשב"א דאלמנה שתפסה מטלטלי' וכו' דכתב עליה הש"ך דבין נושונ"ו בין אינה נושונ"ו א"ך גם בדי"ז בודאי כך יסבור הש"ך דבין בין קמיירי:

אלא דגם דין זה אין ממנו שום סתירה לדברי מר"ן דחומ"ש דההיא דאהע"ז מיירי באומרת בעלי נתנם לי דמהימנא במיגו דאין כאן מיגו נגד החזקה לא כן ההיא דחומ"ש סס"ב דאומרת מממון שלה או אחרים נתנו לה דלא אמרי' בה מיגו משום דהוי נגד החזקה דכל מה שיש ביד האשה הוא של בעלה וכ"פ הש"ך בסס"ב סק"א דדי"ז דאהע"ז סצ"ו טעמה דנאמנת האשה הוא משום שאומ' בעלי נתנם לי דאין מיגו נגד החזקה ואדרבא מלשון זה דחה סברת המ"מ דפכ"ב מהלכות אישות שכתב על ההיא דפסק הרמב"ם וז"ל אמרה אתה נתתי לי במתנה נשבעת הסית שנתנם לה הבעל ואינו אוכל פירותיהם ע"ך ופי' הרה"מ דדעת רבינו הוא דאע"פ שאינה נאמנת לומר אחר נתנם לי כשטוענת ברי אתה נתתם לי נאמנת לפי שאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה בכל דבר שהוא יודע האמת כמוה ע"ך וכתב הש"ך דמלשון זה דהרה"מ מוכח דאם טוענת כן נגד היתומים כגון אלמנה שתפסה מטלטלים דכתב הרשב"א דנאמנת במיגו נגד היתומים לסברת הרמב"ם דכתב המ"מ דטעמא הוא משום דאין האשה מעיזה פניה א"ך גבי היתומים דאין כאן העזה ודאי אינה נאמנת א"ך קשיין דברי מר"ן אהדדי דבאהע"ז ספ"ה סי"ב פסק. כההיא דהרמב"ם דפ' כ"ב מהלכות אישות ובסי' צ"ו ס"ד פסק דין האלמנה שאמרה מנה נתנו לי שלא יכנס בכתובתי אם היא מוחזקת בו נאמנת במיגו ומזה הכריע הש"ך דודאי טעמו דהרמב"ם דכתב דבאומרת אתה נתתם לי הוא משום דאין מיגו שלה מהני נגד החזקה לא כן באומרת אחר נתנם לי או שאר טענות דלא אמרי' נאמנת במיגו דהוי מיגו במקום חזקה: איך שיהיה אפי' למאי דאמרי' דאם טוענת בעלי נתנם לי נאמנת אפי' לגבי היורשים ה"מ אם היו בידה החפצים אבל בנדו"ד שהחפצים הם ביד שליש דאין כאן מיגו ודאי דאינה נאמנת ומעמדינן להו בחזקת היורשים וראוי להחליט מחצה בנכסים אלו ליורש גם המחצה הב' ראוי לתת בידו מעתה ומעכשיו שהיורש הוא המוחזק שהרי יצחק הנז' היורש הוא יורש דאורייתא אבל האשה אין לה אלא חוב כתו' שאפי' נוטלת מחצה אין לה דין יורש שהרי פסקו רבותינו הראשונים מהרי"ב וסיעת מרחמוהי שהאלמנה היא כבע"ח שזיכו לה מתקני התקנה מחצית הנכסים תמורת סכי

כתובתה וא"ך דין בע"ח יש לאלמנה זו וכל זמן שלא נשבעה אין לה חלק ביעקב כפסק מר"ן באהע"ז סצ"ו ואין זה צריך לפנים:

אלא הואל ויש ספק בדבר שמא אלמנה זו כבר נשבעה וכבר חלקה עם בתה ונפלו חפצים אלו בחלק האל' או שמא יכולה לברר בעדים שחפצים אלו ניתנו לה מבעלה בחיים חייתו ע"מ שלא יכנסו בכלל חלוקה שהרי כתוב בספ"ר היש"ר ספר התקנות תקנה ש"ש הש"ה ערוכה ושמורה שכ"מ שנתן לאשה בחיים חייתו של הבעל יהיה נכלל בכלל חלוקה זולת מתנות שיתן הבעל לאשה שלא יכנסו לכלל חלוקה גם איכא לספוקי שמא אלמ' זו נפלו לה נכסים בירושה לאחר מות בעלה או נתנו לה במתנה או מצאה אותם מציאה אחרי מות בעלה וזולת חלוקות אלו אין לאשה בחפצים אלו שום זכות אפי' אם תברר שאחרי אלמנותה הרויחה ועשתה חפצים אלו ממעשה ידיה יבואו לכלל חלוקה שהרי כ"ז שלא חלקו היא ניזונית מתפיסת הבית כא' מהיורשים כמבואר בפסקי הראשונים נ"ן עי' בספר התקנות וטעמא הוי מפני שעשאוה רבותינו כא' מהיורשים וביורשים קיימ"ל כ"ז שלא חלקו מה שאכלו אכלו לאמצע כל עוד שלא מיחו כמ"ש מר"ן בחומ"ש בסי' רפ"ו ס"א בסברא קמייתא שהביא מר"ן בסתם יעו"ש הן באלמ' שעשאוה רבנן יורשת בחצי הנכסים תמורת סכי כתובתה כל עוד שלא חלקו ניזונית מתפיסת הבית ככל היורשים ואם האלמ' זו עדיין לא חלקה והיתה אוכלת מה שהניח לה בעלה גם מעשה ידיה יבוא לכלל החלוקה כ"ך הרב מהריב"ו זלה"ה סק"ב משם הרב זכות אבות סק"ע:

איך שיהיה הואל ויש כמה ספיקות שמכחם יכול להיות שתזכה אלמנה זו בחפצים אלו ע"ך אין בידינו יכולת לזכות היורש בחפצים אלו דשמא יש לאשה ראיות שתזכה בהם בחפצים אלו ואטרוחי בכדי לא מטריחינן ובפרט שכ"ז נ"ל להלכה ולא למעשה עד שיסכימו עמי חכמי ההוראה ישצ"ו אבל לענין עיקול נלע"ד שיהיו החפצים אלו מעוקלים ביד כהרא"ם הנז' עד שישלח לאלמנה להודיעה ואף היא תשיב אמריה לו:

והגם שכתב מור"ם בהג"ה בחומ"ש סע"ג ס"י וזל"ה אבל אם נראה לב"ד שהנתבע ציית לדינא ולאו גברא אלמא הוא לא יעכבו מעותיו אע"פ שהם בעיר התובע אלא ילך התובע אחר הנתבע ע"ך וא"ך איכא למימר גם אלמנה זו מסתמא צייתה לדינא ומן הראוי ילך התובע למקומה וידון עמה ואין לעקל שום דבר אפי"ה אין משם ראיה לנדו"ד דשאני התם שהמעות הם בחזקת הנתבע עד שיתברר לנו שתביעת התובע אמת דמלשון מור"ם כן מוכח דכתב שילך הנתבע או ילך התובע וידונו שניהם משמע אין התביעה מבוררת

בשטר וכן מצאתי להרב תוקפו ש"י זלה"ה סי' נ"ט שכתב דהג"ה זו לאו בתביעה מבוררת קמיירי מדקדוק דברי מור"ם דעל כרחך יש לצדד לכאן ולכאן אי ציית ואי לא ציית:
אבל נדו"ד שהתביעה מבוררת ואדרבא הנכסים בחזקת היורש קיימי כמבואר באהע"ז ובכמה מקומות שאפי' המטלט' בחזקת היורש קיימי והאשה הזאת היא התובעת להוציא מחזקת היורש וכבר כתבנו דמן הראוי ראוי ליתן בידו החפצים אלא משום דאיכא לספוקי ספיקות הנז' על כן אמרנו שב ואל תעשה עדיף אבל בודאי ראוי לעקל ודין זה הוא עדיף ממלוה בשטר דכתב מר"ן סע"ג סעיף יו"ד דאפי' בתוך הזמן יכול לעקל וכו' וכתב הסמ"ע דוקא מלוה בשטר שהמלוה מבוררת ואם יטעון הלוה פרעתי ישבע המלוה ויטול אבל במלוה ע"פ שישבע הלוה ויפטר לא מעקלינן ע"ד:
הרי דשטר זה שמעקלין עליו המעות אפי' אין בו נאמנות דדין הוא שאם יוציא עליו עדים שפרעו יפטר וא"ל יוציא עדים צריך המלוה לישבע ואח"ך יזכה בפירעון השטר:
מכ"ש נדו"ד דהמעות בחזקת היורש. וא"ל תוציא האשה עדים באיזה אופן שיהנו לה יזכה היורש בחפצים אלו בלי שום שבועה והגם שלגבי חצי הנכסים אלו יכולה האשה לישבע שזה הוא מה שהניח לה בעלה ותטול מחצה הרי כבר מלתינו אמורה שכל הנכסים הם בחזקת היורש עד שתשבע האשה ותטול חצי הנכסים ואפי' אם היו עדיין חפצים אלו בידה ותופסת אותם מכח כתובתה היינו מוציאים אותם מידה:
ואע"פ שכתב מר"ן באהע"ז סי' צ"ו סעיף י"א וזל"ה אלמנה שקדמה ותפסה מעות ואינה רוצה לישבע לא מפקינן מינה ע"ך הרי כתב הב"ש ס"ק כ"ו והרב חלקת מחוקק סקכ"ח דוקא אם תפסה מעות אבל מטלטלים כיון דגופייהו לא מקנין לה מוציאים אותם מידה מכ"ש נדו"ד שהחפצים הם ביד שליש א"ך ודאי מטלטלים אלו בחזקת היורשים קיימי ויש להם דין עיקול מכח הדין: ועדיפא מזה מצינו בכאן שיש אומדנא גדולה שמטלטלין אלו הם בודאי של כהרי"ע הנז' מורישם שהרי כלים אלו הם מלבוש חו"ל ואינם מלבוש א"י ובודאי הוליכה אותם האל' הנז' בידה מהכא להתם ובודאי בעלה הניחם לה שאין דרך האשה אחרי מות בעלה לקנות חפצים כאלו ובודאי חפצים אלו בעלה הניחם לה וא"ך ראוי להחזיק ליורש לפחות החצי בהם מעתה ומעכשיו כפסק מר"ן בחומ"ש סט"ו ס"ח דכתב דיש לדון ע"פ אומדנא להוציא מזה וליתן לזה שהרי דין זה שהביא מר"ן הוא מפסק רבינו הטו"ר סט"ו ס"ד משם הרמב"ם ושם נאמר יש לדיין לדון בדיני ממונות ע"פ אומדנא כיצד וכו' וכגון מי שטען יש לי פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה וניתן בו סי' מובהק ולא היה הטוען רגיל ליכנס לבית זה של מת אם יודע הדיין שזה החייב אינו אמוד להיות בזה וסמכא דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מיד היורשים ונותנו לזה

שנתן בו סי' וכן כל כיוצא בזה ע"ך א"ך גם ע"פ אומדנא זו ראוי להחזיק היורש לפחות בחצי הנכסים: אלא שאין כח בידינו מכח ספיקי הנז"ל וגם אין אנו ראוים לדון ע"פ האומדנא כדפסק הטו"ר שם והביאו מר"ן ג"ך בחומ"ש בסט"ו דהאידנא שרבו בתי דינין שאינם הגונים ובעלי בינה אין להוציא אלא בראיה ברורה: אבל עכ"פ לענין עקול ראוי לעקל אפי' ע"פ אומדנא זאת לבד כמו שסיים מר"ן בסי' הנז', וז"ל ואעפ"ך שאם העד אדם שהוא נאמן בדבר מכל הדברים ונטתה דעת הדיין שאמת הוא אומר ממתין בדין ואינו דוחה עדותו וידרוש ויחקור עד שיודו לדברי העד ע"ך והגם שנקט מר"ן בדבריו שאם העד דמשמע עד אחד הוא שראוי להמתין הדבר הלא"ה לא אין משם ראיה לדי"ז שהרי במ"ש אם העיד ונטתה דעת הדיין משמע שאין לדיין שום אומדנא דמוכח אלא מכח העדות של העד דעהו נוטה קצת ואם תהיה האומדנא ודאי עדיפא מהעדאת עדים שהרי ב"ד מומחין מצינו שכ' מר"ן דיש להם לדון ע"פ אומד' אלולי משום שרבו בת"ד שאינם הגונים אבל לגבי עדות עד אחד אינה מעלה ואינה מורדת ומקרא מלא הוא וזה מפורש יוצא בדברי הסמ"ע סט"ו סקט"ו ממ"ש מהרי"ך שורש ק"ח שהאומדנא היא עדיפא מעדות שהם מכחישות האמת ע"ש:

גם יש לעקול זה סמך מדברי הרב באה"ג סע"ג סיו"ד שכתב מר"ן מי שיש לו שט"ח על חבירו ובא לעקל וכתב הרב באה"ג זלה"ה וז"ל וה"ה חוב בע"פ כשהלוה מודה או ידוע ונתברר לב"ד ע"ך א"ך גם כאן שהדבר ידוע הן מצד הדין הן מצד האומדנא זאת ודאי ראוי לעקל נכסים אלו עד שנראה תשובת האשה ומה גם לדברי הש"ך סע"ג סקל"ד שכתב שדינים אלו של עקול הם לפי ראות עיני הדיין דודאי ראוי והגון לעקל חפצים אלו כדי להציל עשוק מיד עושקו שאם נניח הדבר בלי עקול א"ך אבדה נחלתו של היורש דלא שייך שילך היורש הנז' לתבוע האשה הזאת על דבר קל כזה לעיה"ק ירושלים תוב"ב דחזקה אין אדם מוציא מנה על מנה מכ"ש מנה על פחות מפרס: ועיין להרב החסיד מהר"י אלמאליח זלה"ה בס' תוקפו ש"י ח"ב סי' נ"ט על ההיא דכתב הסמ"ע סע"ג סקלמ"ד על ההיא דכתב מר"ן אם הוציא שטר וכו' וכתב הסמ"ע דוקא בשטר מעקלין ולא בע"פ כתב הרב הנז' דוקא התם דמשום חשש הברחה ומבזבז מעקלין בתוך הזמן הוא דאין לחוש אלא בחוב ברור אבל אם לא יהיה התביעה בתוך הזמן אפי' בתביעה ע"פ דיש לה קצת ידים יש לנו לעשות תיקון לתובע כדי שיוכל די"ת להצילו מיד עושקו ונסתייע לדבריו מההיא דסי' פ"ו ס"ה דעדיפא מינה הביא משם כנה"ג שהביא משם מהר"ם גאלאנטי שחולק על דברי הסמ"ע וס"ל דאין חלוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ איך שיהיה מה שעלה בידינו דלפי שעה אין לנו להעמיד הדבר על חזקתו אלא החפצים

יהיו מעוקלים ביד כהרא"ם עד שיתברר תשובת האשה ולאפס הפנאי אין להאריך יותר וצוי"מ וימ"ן. כ"ד הצעיר החותם בסדר ואל"ה המשפטים דהאי שתא להאי"ר ע"ל האר"ץ סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צז

ראובן הוציא שט"ח על יורש של שמעון שנושה בשמעון סך מה והיורש טען שלא ירש מאביו כלום ונשבע או קבל חרם כמשה"ן ואחר שנפטר היורש בשבועתו חזר הוא לתבוע לראובן שיחזיר לו את השטר וראובן רוצה להניח שטרו בידו אולי יום מחר או מחרתו ימצא איזה עדים שיעידו לו שירש היורש מאביו איזה דבר:

לעד"ן דדבר פשוט הוא דיכול לעכב שטרו בידו ולא דמייא האי מילתא למ"ש מר"ן בסנ"ט שאם אמר המלוה על שטר חברו שאינו יודע אם הוא פרעו אינו גובה בו וכתב שם הש"ך סק"ב דאם הלוה תובע את השטר מן המלוה דצריך המלוה להחזירו ואין לו עליו כי אם חר"ס דהתם הרי סיים מילתא בטעמא דשמא ימות המלוה ויגבו בו היורשים ממנו אבל בנדו"ד אין כאן חששא שמא ימות ויגבו בו דלעולם לא אתי לידי גבייה אם לא יוציא עדים שירש בשמעון אביו גם לא דמיא למ"ש הש"ך בסי' ע"א סקכ"ו על מאי דכתב מר"ן בשטר היוצא מתחת ידי שליש וכו' כתב הוא ז"ל דאם המלוה אומר ללוה השבע לי וקח את השטר או הלוה אומר השבע וטול ולא ישאר שטרו מונח דהדין עם מי שטוען כן וא"ך הרי אם הלוה טען כן אמרי' דהדין עמו ויטול שטרו וא"ך גם כאן הואל וכבר נשבע יטול את השטר אין משם סתירה דהתם נמי יוצדק לך טעם הנז' דלפעמים יכול להיות שיבוא השטר לידי פירעון דחיישינן שמא יפול מיד הנפקד וימצא אותו המלוה או שמא יגנוב אותו המלוה מבית הנפקד אבל נדו"ד כבר מלתינו אמורה דמעולם לא ליתי לידי פרעון ולא דמייא האי מילתא אלא למה שפסק הטו"ז דבריו הבאה"ט סו"ס ע"ב בראובן שהוציא שטר על שמעון ולא נתקיים השטר ומבקש ראובן המלוה להשביע את שמעון ושמעון טוען שלא ישבע עד שיבטל השטר או יקרענו והמלוה אומר דאפשר שימצא עוד עדים שיוכל לקיימו ופסק דהדין עם המלוה וכו' יעו"ש וגם הש"ך ספ"ב כתב כן משם הב"ח דבטוען מזויף ישבע הלוה וישאר השטר ביד המלוה והש"ך מוסיף אפילו בטוען אמנה וכו' יעו"ש ועיין מה שחלק בין ההיא לדסי' נ"ח שהביא הב"י מ"ש הר"ן יעו"ש וא"ך גם נדו"ד הוי דומה בדומה דהגם שנתבע יכול להיות שאח"ך ימצא מי

שיעיד לו שירש ודו"ק ועיין במר"ן סי' ס"א סי"ד דממנו יש ללמוד דאין חייב להחזיר במקום שאין חשש ודו"ק:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן צח

הנה בדין מי שנתחייב שבועה והפכה על שכנגדו פסק מר"ן סי' י"ב ס"ג דאם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שישבע יעו"ש ומזה ק"ל על פסק מר"ן בסי' פ"ז ז"ל דפסק דאפי' נשבע הנתבע ונפטר אם אח"ך תפס התובע משלו בלא עדים וטוען שתופס על אותה תביעה שנשבע לו עליה שלא באמת הדין עם התופס ונשבע היסת ונפטר יעו"ש וא"ך גם כאן אפי' כבר נשבע מי שנתהפכה עליו השבועה הרי יכול לומר אח"ך דלא ישלם. דשבועתו לשוא היתה ולמה מחייבין אותו כאן לשלם ודוחק לחלק ולומר דהכא בסי' כ"ב איירי שהעדים היו עומדים דלית ליה מיגו דנתתי לך לא כן שם בסי' פ"ז איירי בדאית ליה מיגו וכמ"ש שם זה דוחק דהא דברי מר"ן כאן בסי' פ"ב סתמא קמיירי בין במקום דאית מיגו או דלית מיגו:
והנלע"ד לחלק ולומר דלא כתב מר"ן בסי' פ"ו אותו דין אלא בתובע דוקא דלא היה התובע יכול להוציא ממנו ממון כי אם שבועה לכן אם תפס ממנו אח"ך יכול לומר אינו נאמן בשבועתו וכו' אבל אם תהיה השבועה מעיקרא על הנתבע ויאמר הנתבע אני אין רצוני לישבע אלא השבע וטול בודאי דאחר שבועת התובע אין הנתבע יכול לתפוס דהא מעיקרא ידע ביה דרוצה לישבע לשקר ואפי"ה נתכוון לתת לו ממון אחר שבועתו אפילו ביודעו ומכירו דלשקר הוא נשבע ומכ"ש אם כבר פרע ודאי דשוב אינו יכול לתפוס דהוי כאלו מתנה נתן לו ושוב אינו יכול לחזור בו ועוד דחזקה דלא שדי איניש זוזי בכדי ובודאי דלא הוציא מידו המעות כי אם בשביל שידע בעצמו שהוא מדבר שקר וחבירו מדבר האמת אבל אם היה מדבר הוא האמת ודאי דהיה נשבע ונפטר ועדיפא מזה ראיתי להר' גו"א בסי' פ"ז סקי"ח שהביא מחלוקת הפוסקים בתבע לחבירו ונתחייב לו שבועה והדר מחל התובע לנתבע באותה שבועה אם יכול אח"ך לתפוס משלו די"מ דס"ל דיכיל לתפוס ויש מי שס"ל דאינו יכיל לתפוס יעו"ש וממנו יש ללמוד לנדו"ד שהיו בידו המעות והיה בידו לישבע וליפטר והוא מנדבת רוחו רצה להשביע לתובע ולתת לו המעות בודאי דאין לך מחילה ומתנה יותר מזו ואפי' מאן דפליג באותה מחילה מודה הכא ולדעתי פשוט דבר זה. אחרי כותבי ראיתי להרב בנ"י חי"י בסיפ"ו ס"ו שכתב משם הרב מקו"ר ברו"ך דאם היפך השבועה על ראובן ולאחר זמן תבע ראובן לשמעון לשלם

לו הדמים שנשבע לו עליהם יכול שמעון לומר לו דמיתי בדעתי שלא תשבע לי ונאמן במיגו דפרעתיך יעו"ש ואם כן נראה שזה הוא הפך מה שכתבתי ועכ"פ דלא אמר הרב בנ"י חי"י אלא דוקא אם היו עדיין המעות ביד המהפך אבל אם כבר פרעו בודאי דאינו יכול לחזור ולתפוס וכן ראיתי להרב מאמ"ר קדישין בסי' פ"ז סקמ"ו שפסק כן בפשיטות ומטעם שכתבתי אני וששתי. שוב בא לידי ספר משכנו"ת הרועי"ם וראיתי שכתב באות שי"ן וז"ל קי"ל תובע שתפס אחר שנשבע הנתבע מהנייא תפיסתו ונראה דדוקא אם השבועה היתה רמיא על הנתבע מדינא אבל אם היתה רמיא לכשנגדו והפכה עליו תו לא מהנייא תפיסה דהו"ל כמו דאמר ליה אישתבע ומחילנא לך וקיימתיה מסברא ומצאתי כן להרב אי"ך סי' ז' שש אנכי עכ"ל וגם אני שמחתי בדבריו שנתכוונתי לדעתו דעת עליון ודו"ק וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן צט

ידי"ן ואו"ע האי מאן דתני ומתני כשמואל בדיני הרב המופלא וכבוד ה' מלא סוה"ר כמוהר"ר יוסף בירדוגו נר"ו כסאו יגדל לעד:

אותיותי אלה אז תבאנה לפני מ"ר הי"ו שיברר לי האי ספיקי דעלו ואתו קמאי ומבקש אני ממעכ"ת שיגלה לי דעתו הרחבה בזה:

וספיקא קמא הוא במי שהיה בידו פקדון של חברו ומסרו בתורת פקדון ביד חברו בסתם ויצא הנפקד השני לטעון טעון כי פקדון זה הוא של פלוני החייב לו:

ספק השני הוא אם מסרו לידו ואמ"ל שפלוני אמ"ל שאם ירצה להפקידם יפקידם ביד פלוני וע"ז טוען התופס הזה שהואל וברשות הבעלים באו לידו לא יחזירם ואפי' הנפקד הראשון מכחיש שלא אמר לי כן בשעת הפקדון וספק זה הוא לכשתפשוט דבאומר שנתן לו בסתם חייב להחזיר:

ספק השלישי הוא אם תפס מיד הנפקד הראשון ולא בא לידו בתורת פקדון אם יכול זה התופס לתופסו בעד החוב שאומר שנושה בבעליו אי נימא חייב להחזירו ע"ך:

ולענ"ד נראה לי לברר כל הני ספיקי מדברי מור"ם בסינ"ח ס"א בהג"ה ומתחילה אציעה נא לפניך כוונת מור"ם ז"ל אליבא דהסמ"ע והש"ך וכו' וממנו יתבררו ספיקי דידן והביאור הוא דהי"א קמא שהביא מור"ם שהיא סברת ר"י שהביא המרדכי בפ' הכותב ס"ל דאחר שהשליח חייב לשלם אין בתפיסה כלום והטעם הוא הואל והשליח חייב עו לשלם א"ך אותה תפיסה אינה תפיסה וכמו שמוזכר שם הטעם בסמ"ע סק"ו ובש"ך

יעו"ש אבל בטוען התופס דאדעתה דהכי נתנם לו אפי' יגיע לו נזק דחייב לשלם אפי"ה תפיסתו תפיסה וסברת הי"א ס"ל דאפי' במקום שמגיע היזק לשליח עכ"ז יכול לתפוס דהיינו אפי' אינו טוען דאדעתה דהכי נתנם לו אלא כחו הוא הואל ובעל המעות חייב לו יכול לתופסם והשליח חייב לשלם והיא סברא הנכתבת במרדכי בפרק הכותב בלשון תימא ותירץ הואל והוא חייב לו יעו"ש:

ומה שהוסיף מור"ם וכן מי שהפקיד שהיא סברת הריב"ש. זה נכנס במחלוקת ולפי דברי הסמ"ע דהאי וכן היא אזלא לסברת היש חולקים דס"ל כל שנתן לו בשם פלוני אפי' לא אמר שהשליח אמ"ל לשם אותו שטר וממילא מודה שהשליח מפסיד ע"י תפיסתו עכ"ז הויא תפיסתו תפיסה בשיטתם אזלא האי וכן שאומר התופס שבשליחות אותו פלוני וכו' דהוי תפיסתו תפיסה אפי' לא טען שבשליחות אותו פלוני נתן לי הפקדון על חובי אבל לסברת הי"א קמא לא מהני באומר בשליחות אותו פלוני אלא באומר בשליחותו נתתם לי על חובי זוהי שיטת הסמ"ע:

אבל הש"ך ס"ל אדרבא לא אזלא אלא בשיטת הי"א קמא דהא הי"א קמא דכל שהוא מפסיד השליח לא הוי תפיס' אבל במקום דאין השליח יכול להפסיד כגון שהמקבל טוען שבשליחות אותו פלוני נתנם לו ולפי טענת התופס אין השליח חייב והוייא תפיסתו תפיסה שהרי בטענתו נתחייב ולא בטענת התופס דאם היה טוען השליח כטענת התופס הוה פטור א"ך האי וכן קאי אלבייהו דהי"א קמא דהואל וטוען שבשליחו' אותו פלוני נתנם לו לפקדון א"ך אי הוה השליח מודה לדברי התופס הוה פטור ואיהו דאפסיד אנפשיה: אבל לסברת הי"א דלא חיישי להפסד השליח א"ך תיפוק לך אפי' לא יאמר התופס שבשליחות הבעלים נתנם לו פטור דהא טעמא דהי"א הוא היכא דיכול לטעון התופס דעכ"ף בעל הפיקדון חייב לי וזה ממון דידיה לא חיישינן להפסד השליח זהו תוכן סברת הש"ך:

אתאן לי"א בתרא שהיא סברת הריטב"א שהביא הרב"י בסיפ"ג והביא טעמו בצדו דהריטב"א ס"ל דבעי השבה מעלייא ולפיכך אין בתפיסה כלום וממילא אם תפסו מידו דלא בעי השבה הואל ולא בא לידו בתורת פקדון הרי זה תפיסתו תפיסה דהי"א זה שהיא סברת הריטב"א לסברת הש"ך היא נחלקת לשתי מחלוקות דתחילת הדין שכתב הריטב"א דאם בא ליד הנפקד בתורת פקדון דחייב להחזיר די"ז מוסכם להי"א קמא דס"ל דחייב להחזיר והגם דטעם הי"א קמא הוא משום דאין יכול להזיק השליח בתפיסתו אבל לסברת הריטב"א מטעם דבעי השבה עכ"ז לענין הדין שוים נינהו אבל דין זה דהריטב"א הוא פליג על סברת הי"א דס"ל דאפי' תפס מיד המפקיד בסתם כל שהוא ממון הבעלים

יכול לתופסו לאפוקי לסברת הריטב"א לא מהני הואל ובעי השבה מעלייא אבל סוף דינא דהריטב"א שכתב אבל אם תפסו זה בודאי פליג על סברת הי"א קמא דלסברא קמא אפי' תפס מידו דלא בעי השבה עכ"ז חייב להחזיר מטעם דאין יכול להזיק המפקיד הואל ומחויב הוא לשלם לבעל הפקדון מכח פשיעתו שפשע אבל לסברת היש חולקין בודאי דמודו ובדעדיפא מזה דהיינו אפילו בא לידו בתורת פקדון זהו שיטת הש"ך בסברא זאת: אבל סברת הע"ש דס"ל דבתפס מודו דזכה וחייב המפקיד לשלם משום דפושע הוא במה שטוען דלא מידו בע"ך תפסו אלא באומר הנפקד תפסתיו מידו בע"ך והלה טוען לא כי אלא בפקדון בא לידך בזה הוא דחייב המפקיד וזכה התופס א"ך יצא לנו הדין באומר התופס שבפקדון בא לידו אפי' אם יאמר שברשות פלוני בא לידו עכ"ז חייב להחזיר הואל ובעי השבה מעלייא דאי לת"ה ותאמר דלסברת הע"ש דהאי י"א ס"ל דבאומר התופס שברשות נתנו לידו זכה שהיא טענה הפוטרת את המפקיד לפי דברי התופס ואם היה טוען המפקיד כן היה פטור א"ך במקום דיצא הריטב"א לחלק באם תפס מיד הנפקד הו"ל ליפלוג. וליתני בהפקידו בידו הנפקד עצמו ויצא לטעון התופס שבסתם בא לידו ובאם טוען שבשליחות הבעלים באו לידו אלא בודאי דהאי טעמא דהשבה בעי ס"ל להע"ש דשייך בין טוען הנפקד בסתם הופקדו בידו או ברשות הבעלים חייב הנפקד להחזיר דבעי השבה מעלייא וא"ך זה הדין דהיינו תחילת דינו דהריטב"א הוי אדרבא פליג על הי"א קמא דס"ל דבטוען שברשות נתן לו תפיסתו תפיסה ולדעת הריטב"א לא הוייא תפיסה ומכ"ש דפליג על סברת הי"ח וסוף דינא דהריטב"א הוי אדרבא מוסכם אפילו לסברת הי"א קמא דהואל וס"ל דהריטב"א מיירי שהתופס טען שבע"ך של מפקיד תפס א"ך הוי פוטר את המפקיד בטענתו והוי דודאי תפיסתו תפיסה וכ"ז נראה לסברת הע"ש מדברי הרב ש"ך יעו"ש:

אכן פש גבן לברורי ג"ך לסברת הסמ"ע דס"ל דהי"א קמא ס"ל דבעי שיאמר התופס שנתנו על חוב זה ולהי"ח ס"ל דסגי במה שיאמר דנתנם לידו בשם הבעלים א"ך האי י"א שהביא י"ל מוסכמת היא אליבא דכ"ע דכולהו ס"ל בנתן לו בסתם אפי' החולקים על סברא קמא מודו דלא מהני וחייב להשיב ולא באה סברת הריטב"א אלא על צד דאם תפס דלסברא קמייתא לא מהני הואל וחבירו בא לו היזק ע"י אבל האי סברת הריטב"א לא חיישי כי אם להשבה: וראיתי להטו"ז דפסיק ותני דהאי וכן מי שהפקיד נמי ס"ל דקאי לסברת הי"א קמא וכמ"ש הש"ך והגם שהי"א קמא וכו' הצריכה התופס לומר דעל חוב זה נתנם לי אבל האי וכן מי שהפקיד וכו' לא הצריכה לומר דברשות המשלח וכמו שהרגיש הסמ"ע ובשביל זה הוצרך לומר דהאי וכן וכו' קאי בשיטת הי"ח אין זה

דקדוק וכמ"ש הטו"ז מילתא בטעמא דהתם צריך לומר לו על חוב נתת לי דאומר התופס שהשליח לא שינה שליחותו ובזה יהיה פטור אבל בפקדון כשיאמר התופס דברשות המשלח בא לידו דיו בכך והרי המשלח לא שינה והוי פטור הגם שאינו אומר דבשביל החוב נתת בידי הפקדון יעו"ש בטו"ז וכן דעת הב"ח נמי כדעת הטו"ז והש"ך יעו"ש:
איך לפ"ז באנו לספקי דידן במי שנתן פקדון ביד המלוה אם התופס הזה טוען שבסתם נתן לו והוא רוצה לתופסו מפאת חוב שנושה בבעליו לדעת הסמ"ע דין זה לא נכנס במחלוקת כלל ובין לסברא קמא דמור"ם ובין לסברת החולקים דס"ל להסמ"ע ב"ג וה ת לומר דברשות באו לידו כמ"ש ובין לסברת הריטב"א אליבא דכ"ע דצריך להחזיר ואין אומר. ואין דברים:
ולסברת הש"ך די"ז נכנס במחלוקת דלסברת הי"א קמא ולסברת הריטב"א א"ך הרי חייב להחזיר אבל לסברת הי"ח שניה שהביא מור"ם הוא דאינו צריך להחזיר דהואל וממונו הוא יכול לתופסו אלא דעכ"ז הדין הוא אסברא קמא הן מצד דסברת הריטב"א קיימא בשיטתייהו והביאה מור"ם באחרונה הן מצד דעמודי עולם רוב מנין ורוב בנין סמכו עליה ומה גם דס"ל להש"ך דסברא דהי"ח סברא דאיזה תלמיד טועה ולאו רבינו המרדכי חתם עליה א"ך קם דינא אליבא דהש"ך דחייב להחזיר וכמ"ש הוא בפירוש דהדין הוא כי"א קמא וכן היא סברת הטו"ז והב"ח ומכ"ש סברת הע"ש לפי מאי דפירשה הש"ך:
ואם טוען הנפקד שהמפקיד נתנה בידו ואמ"ל שברשות הבעלים הפקידו בידו בזה נכנסו במחלוקת דלסברת הסמ"ע דלסברת הי"א חייב להחזיר אבל לסברת הי"ח אינו צריך להחזיר ולסברת הריטב"א האחרונה ג"ך נראה דאזלא בשיטת הי"א קמא דבעיא השבה מעלייא וממילא אפי' יאמר שפלוני נתנם לו לפקדון אפי"ה חייב להחזיר א"ך לדברי הסמ"ע הרי לסברא קמייתא ולסברת הריטב"א חייב להחזיר ולסברת החולקים הוא דאינו חייב להחזיר וממילא לפי"ז חייב להחזיר הואל וסברת הריטב"א מסכמת לדינא לסברא קמייתא והביא ג"ך סברת הריטב"א באחרונה א"ך נראה בודאי דחייב להחזיר:
אבל לסברת הש"ך נראה דאינו חייב להחזיר דהא לדידיה סברת הריטב"א לא אזלא אלא לשיטת הי"ח דאמרי אפילו תפס בסתם הוי תפיסה אית ליה להריטב"א דהואל והפקידו בסתם צריך להחזיר אבל אם לא הפקידו בסתם אלא אמ"ל שברשות פלוני הפקידם בידו בודאי דלא בעי השבה ואין צריך להחזיר א"ך באומר ברשות פלוני נתתם בידי בפקדון לא נכנס זה במחלוקת ואליבא דכו"ע אין חייב להחזיר וסברת הב"ח והטו"ז בודאי דהכי הוא:

אלא דלסברת הע"ש צריך ג"ך לברורי דהא פירש הש"ך דהע"ש ס"ל דסברת הריטב"א פליגא על הי"א קמא וס"ל דאפי' בטוען טענה שפוטר בה המפקיד אפי"ה בעי השבה מעלייא א"ך הרי יש כאן החולקים וס"ל דצריך להחזיר אפי"ה בודאי נקטינן כסברא קמייתא הואל וסברת הריטב"א יחידאה היא לא כן סברת הי"א קמא דרוב הפוסקים הכי ס"ל ומכ"ש סברת הי"ח בודאי דמודה בזה ובפרט דהש"ך כתב דההלכה היא כי"א קמא בודאי הכי נקטינן מכל הנהו טעמי שכתב:

והגם דהסמ"ע ס"ל דסברא קמייתא בעיא למימר נתתם לי בחובי וא"ך דוגמא דידיה נבעי עד שיאמר בפקדון וכו' הרי כבר בררתי דהש"ך והב"ח והטו"ז פליגי עליו וגם הע"ש כך צריך לפרשו לפי סברת הש"ך א"ך בודאי דכוותייהו נקטינן והוא יחיד בפירוש זה ומה גם שהש"ך והטו"ז כתבו עליו דלא דק בפירוש זה:

ובתופס מיד אחרים לסברת הסמ"ע הרי זה נכנס במחלוקת דלסברא קמייתא לא מהני משום דמזיק חבירו אבל לסברת הי"ח דלא חיישי להזיק חבירו וגם לסברת הריטב"א דאין צריך השבה א"ך אינו צריך להחזיר ולסברת הש"ך ג"ך כך היא סברת הי"ח וסברת הריטב"א שוים בזה דאינו חייב להחזיר ופליגי על הי"א קמא א"ך לכאורה דיש לנו לפסוק דאינו חייב להחזיר אך ומה אעשה דכבר ביררנו דנקטינן סברת הי"א קמא מכל הני טעמי דכתב הש"ך לכך בודאי דכוותיה נקטינן וחייב להחזיר ומה גם לסברת הע"ש לפי מה שפירש דהטעם שאינו חייב להחזיר הוא משום דאומר התופס דבע"ך דנפקד תפסה וגם מדברי הסמ"ע בסי' ע"ב סקס"א נראה דמסכים לדינא כסברת הי"א קמא יעו"ש:

העולה מהמקובץ הוא דאם התופס אומר שהופקד בידו סתם חייב להחזיר ואם אומר שברשות הבעלים הופקד אתו אינו חייב להחזיר ואם תפסו בע"ך יש חילוק דבאומר דלאו בע"ך דנפקד תפסו חייב להחזיר ואם אומר דבע"ך דנפקד תפסו אזי אינו חייב להחזיר. זהו מה שעלה במצודתי מדברי הג"ה זאת ולפי שאין בידי ספר כנה"ג לעמוד על כללי דיני התפיסה ולא רציתי לעמוד על דעתי בספיקי אינון הוצרכתי להטריח כת"ר שיברר לי הספיקות בלי שום עיכוב בעה"ו:

סימן ק

גם יורינו המורה י"ץ בענין ראובן שהפקיד חפץ ביד שמעון והלך שמעון ומסרו ביד לוי בשביל מלוה ע"פ שנושה לוי בראובן והן היום כשתבעו ראובן להחזיר פקדונו טען ואמר פרעתי לך חובך שנושה בך לוי שיודע אני בו שהוא נושה בך ולכך החזקתי אותו בידו

דלעד"ן שאין על שמעון כי אם שבועת היסת ויפטר דהא אם היה הדבר ברור בעדים שראובן חייב ללוי והלך שמעון והתפיס ללוי ודאי דאין עליו אשמת דבר וכמ"ש בסי' ק"ה ס"ו א"ך גם נדו"ד הואל והדבר בי ברור לשמעון שלוי נושה בו ויש לו מיגו לשמעון בודאי דהוי נאמן ופטור מדמי הפקדון שמסר והגם דיש לפקפק ולו' דנדו"ד הוי מזיק בידים לראובן במסירתו דהא אם לא מסר היה ראובן פטור מלוי או בשבועת היסת או למרבה בשבועה כנגד העד שהוא שמעון אבל עכשיו במסירתו חייבו ממון אפי"ה אין קפידא בזה וראיה מדין התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא זכה ואפי"ה אם כבר מסרו למלוה זכה מי לא עסקינן אפי' מסרו למי שנושה מלוה ע"פ ושאר החובות הם בשטר דאם היה נשאר מונח היו הבע"ח זוכים בו והבעל מלוה ע"פ אינו נוטל כלום וכן מי שהקדים ונתן אפי' לבעל מלוה בשטר דזכה בכולו ואם היה מניחו היו זוכים גם חביריו עמו ועכ"ז הואל ומסרו זה זכה בו המקבל אפי' עכשיו אלו הבע"ח מפסידים א"ך הרי לפניך כל מי שמוסר ביד המלוה אפי' מגיע היזק לחבירו לא איכפת והגם דאיכ"ל התם בחוב מבורר איירי שמודה בו הלוה לא כן דאין הלוה מודה והוי מזיקו אפי"ה לגבי דידיה דשמעון הרי טוען ואומר שלא הזיקו ונאמן הוא במיגו:

והגם שמור"ם סיים בסי' ק"ה סוף ס"ו דה"ה אם היה מחזירו למפקיד היה צריך לשלם למלוה עכ"ל א"ך איכ"ל דוקא במקום שהיה מחוייב לשלם אבל כגון דא דלא היה עליו כי אם שבועה נימא דחייב שמעון לשלם דמי הפיקדון אין משם סתירה דהתם איכ"ל דהוצרך לטעם זה הואל ואין הנפקד יודע במלוה אבל אם יהיה הדבר ידוע לנפקד שהלוה חייב ודאי דפטור שהרי לדעתו לא הפסידו כלל:

ועדיפא מזה כתב הש"ך בסי' ע"ה סקפ"ג משם מהרש"ל דאבי החתן נשבע וכו' וממני למד הש"ך לשאר הענינים כהאי דנתן המשכון לחבירו וכו' והגם שכתב שם הש"ך דיש לדחות דהמלוה על המשכון וכו' הרי לא דחה אותה בפשיטות אלא בדרך אפשר ובפרט דלא כתב אותה דחייבה אלא לפי מאי דבעינן שיתן הרשאה לקרובו כדי שישבע ויזכה המלוה בחוב שיש לו על המשכון וא"ך הרי"ז נשבע להוציא מהלוה אבל בנדו"ד דכבר זכה התופס במה שתפס דהא אדעתא דהכי נתנו לו הנפקד כדי ליפרע ממנו א"ך לא בעי תו המפקיד אלא ליפרע מן הנפקד וא"ך אדרבא המפקיד הוא המוציא ובזה איכ"ל אפי' הרשאה לא בעי מן המלוה דהא בשביל עצמו הוא בא יעו"ש:

ועדיפא מכלהו מצאנו בתשו' הרא"ש שהביא הרב"י בסי' נ"ו ופסקה בקצר דממנה יש ללמוד דאפי' אם יהיה יודע שמעון זה הנפקד שראובן רצונו להכחיש את לוי בהלואתו והוא יודע שראובן חייב לו יש ללמוד משם דחיובא רמייא עליו דשמעון שיתן הפקדון

ביד לוי כדי להציל ראובן ממכשול גזל ולקיים מצות השבה יעו"ש בב"י סי' נ"ו ובקצר סעי' ז' אלא דלפ"ז נראה שיהיה שמעון נאמן בלא שבועה כמ"ש שם בדין האפוטרופוס והאלמנה יעו"ש בב"י בתשו' הרא"ש גם נראה שיהיה נאמן כדין השליש שהרי הטעם שהשליש נאמן מכח שעשאו אותו נאמן ולא חשו שמא יקרענו או ישרפנו וכמ"ש הסמ"ע בסי' נ"ו סקי"א יעו"ש א"ך כל הנהו טעמי יוצדקו בכאן ויהיה פטור אפי' בלא שבועה ובפרט דאין אדם חוטא ולא לו. בזה יורינו המורה ושלא להטריח כת"ר באתי בריש מילין ותשובתך הרמתה מהרה תצמיח:

סימן קא

גם יורינו המורה מהו הדין בהני חנויות דידן שבהאלמללא"ח דדבר פשוט הוא דלגבי י"ב חודש אינם צריכים הואל ולא שייך בהו טעם ההקפה הן מצד דאין להם הקפה כו"ך הן מצד שהאלמללא"ח הוא קטן ובכל יום ויום עוברים כל בני האלמללא"ח על כל החנויות ויודעים שפלוני נסע מחנות זה לחנות זה וכמ"ש מר"ן בבדק הבית דבזמן הזה אפי' חנות של נחתום ושל צבעים אינם צריכים להמתין יותר מי"ב חודש דהא חזינן דבהכי סגי א"ך ממנו יש ללמוד בנדו"ד דאפי' יצא מן החנות אינו מפסיד הקיפו פשוט הוא דאין צריך יב"ח:

אלא דספיקא דידי הוא אם יכול להוציא בימות הגשמים או לא דלדידי נראה דיכול להוציא דהא הסמ"ע בסי' שי"ב סק"ז יהיב טעמא למ"ש מר"ן דאין יכיל להוציא בימות הגשמים כתב וז"ל והטעם דבימי הגשמים קשה על האדם לטלטל נפשו מבית לבית ודרך בני אדם לשכור דירה אחת בכל ימות הגשמים ומשו"ה אין דירה מצויה לשכור באמצע ימות הגשמים עכ"ל א"ך ממנה יש ללמוד לחנויות דידן דאין בהם מנהג קבוע לפניו הדירה ובכל עת פונה מחנות לחנות א"ך אין אנו צריכים ליתן לו זמן כל ימות הגשמים דלא יוצדק בהו טעם הסמ"ע ואי לא מסתפינא הייתי מפרש מ"ש הסמ"ע דקשה על האדם לטלטל נפשו מבית לבית הוא כמו שדרך בני אדם לו' דכשהאדם לן בבית זה ולמחר לן בבית אחרת הוא קשה לגוף וזה איני מזיק כי אם בימי הקור אבל בימות החמה אין כאן היזק וזה מדוקדק קצת מדכתב הסמ"ע לטלטל נפשו במקום דהי"ל לכתוב לטלטל כליו או לפחות לטלטל עצמו מאי מלת נפשו דנקט למחזי דלהיזק הגוף חייש וממילא בחנויות לא שייך בעולם לו' שיהיה דינם שוה לבתים. ומבקש אני מכת"ר שישיבני מהרה על כל הני ספיקי דידן דבר דבור על אופניו ולכת"ר החו"ש. נאם החותם

בסדר לכו אל יוסף אשר יאמר לכם תעשו דהאי שתה רמת"ה לפ"ק וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט וזה היתה תשובתו:

אחדש"ו מא"ר כראוי ידיע ליהוי להידיד שמיום שקבלתי כתב ידך הטהור לא היה לי פנאי כלל להשתעשע בדברות קודשו מפני שאני טרוד בלימוד הישיבה עם בני הי"ו ושאר היום אני רואה מה שצריך להוראת שעה ואגב עסקי נאמני עד יום הצום של עשרה בטבת קראתיו על נכון והתבוננתי בכל מ"ש ולאפס הפנאי אשיבך מלין בקצר אמי"ץ בס"ד:

מה שהבנת בדברי הש"ך ובדברי הע"ש שהביא יפה כוונת לפי שהרש"ך מהפך סדר ההג"ה יס"ל דהי"ח קאי על הדין דוכן מי שהפקיד בחלוקה בתרייתא ועל סברת הי"א קמא וס"ל דאפי' הפקיד בידו בסתם ולא אמ"ל שהוא של פלוני ושבשליחותו נתנו לו אפי"ה אם יש לו מיגו יכול לתופסן אע"ג שיגיע היזק לשליח:

גם מ"ש בדברי הע"ש הכי מוכח בדברי הרש"ך סק"ט דכיון דהע"ש השמיט סברת הי"ח וס"ל דהאי י"א בתרא פליגא אסברת י"א קמא בתרי דיני דהיינו על מ"ש בסברת י"א קמא דאם טוען שבשליחות אותו פלוני נתנו בידו יכול לתפוס על זה חולקין הי"א בתרא וס"ל דאע"ף שטוען כן ילפי טענתו פטור המפקיד אפי"ה אינו יכול לתפוס דבעי למעבד השבה מעלייא והדין השני הוא שאם תפסו מידו בכח יכול לתפוס אף שאין המפקיד מודה וחייב איהו דאפסיד זהו תוכן כוונת הרש"ך והע"ש לפי דבריו והם פשוטים וברורים: אך מה שהבין בדברי הרטו"ז אחר המחילה רבא כי לקוצ"ד נראה שאין כוונתו לו' שהחילוק הוא בין עשה השליח שליחותו או לא אלא כוונתו רצויה. לתרץ הג"ה זו דוכן מי שהפקיד דתיקו גם אליבא דהי"א קמא ומשום דקשייא ליה דהרי הי"א קמא ס"ל אפי' נתנם לו בשם המשלח אפי"ה אינו יכול לתופסן ולגרום היזק לשליח והרי זו הפך מדברי הג"ה זו דוכן מי שהפקיד שס"ל שאם טוען שבשליחות אותו פלוני נתנם לו יכול לתפוס וזהו מה שהוקשה להסמ"ע עד שהוצרך להעמידה כשיטת הי"ח וע"ז מתרץ הרטו"ז דבדין הא' שאינו יכול לתפוס לסברת הי"א הטעם משום שהתופס רוצה לשנות מדברי השליח שהשליח נתנם לו על חוב אחר והוא רוצה לתופסן בשביל חוב של סטראי ולכך אינו יכול לתופסי ולגרום היזק לשליח וכל כנדון ההג"ה הזו כל שטוען שהשליח נתנם לו בשם המשלח הרי הנפקד שהוא התופס אינו משנה כלום מדברי השליח ולכן יכול לתפוס וזה פשוט ומבורר בדבריו: הנה מדברי הטו"ז מבואר דס"ל דהג"ה זו אתייא שפיר כס' הי"ח ולא הוצרך ליישבה אלא לסברת הי"א קמא מ"ש דפשיטא ליה כטעם הסמ"ע דהי"ח לא קאמרי דיכול לתפוס אלא משים שנתנם לו בשם

המשלח והוי שפיר כדברי הג"ה זו וא"ך בין לסברת הטו"ז ובין לסברת הסמ"ע הג"ה זו דוכן מי שהפקיד הלכה ומורין כן דלא מיבעייא לסברת הטו"ז דאתייא ככ"ע אלא אפי' לסברת הסמ"ע דס"ל דלא אתייא אלא לסברת הי"ח מ"מ הכי נקטינן דלשיטת הסמ"ע סברת הי"ח ס"ל כשיטת מר"ן בש"ע אזיל כשיטת הרטו"ז דהאי וכן מי שהפקיד אתייא אפי' לסברת הי"א בתרא הגם דקשה לי על דבריו דאיהו קא יהיב טעמא לסברת הי"ח לחלק בין נדון דדן ביה מר"ן לנדון סוף דינא של ההג"ה דוכן מי שהפקיד שנתנו לו בסתם שאינו יכול לתפוס דשאני נדון דמר"ן דאמרינן ביה משום שנתנו לו בסתם ולא פירש לו שהוא על החוב שבשטר והא ליתא דפשיטא דמר"ן איירי אפי' שפירש לי השליח שהוא נותנם לו מפאת החוב שבשטר אפי"ה יכול לתופסם כמ"ש הסמ"ע סק"א מ"מ נקטינן מיהא מדבריו שגם הוא סובר דהג"ה דוכן מי שהפקיד קאי שפיר לשיטת הי"ח ואנן בדידן יש לנו דרך מרווח שהוא דרך הסמ"ע והטו"ז דסוף דינא דוכן מי שהפקיד שנתנו לו בסתם שאינו יכול לתפוס הוא משום שלא הזכיר לו שהוא נותנו לו בשליחות פלוני משא"ך נדון דמר"ן שנתנם לו בשם המשלח משו"ה ס"ל דיכול לתפוס וא"ך כל דברי הג"ה זו דוכן מי שהפקיד הלכתא נינהו שנית שגם הרש"ך שחולק אסברת הי"ח ומעמיד הג"ה זו אליבא דהי"א קמא הא ס"ל דהלכה כהי"א קמא וא"ך אליבא דכו"ע הג"ה זו הלכה ומורין כן שאם טוען שבשליחות אותו פלוני נתנם בידי אף שהמפקיד מכחישו נאמן התופס במיגו ואם מודה התופס שבסתם נתנם לו אינו יכול לתפוס ולגרום נזק לשליח משא"ך כשטוען שבשליחות אותו פלוני נתנם לו שאם יודה לדברי התופס ולו' למי ששלחו שברשותו הפקידו א"ך לא היה מתחייב ועכשיו שלא הודה לדברי התופס איהו דאפסיד אנפשיה בהכחשתו לדברי התופס משא"ך בנדון מר"ן דאיירינן ביה לא גרס שום היזק לעצמו ולכך ס"ל להני י"א דלא יוכל לתפוס זהו מה שמיישב הרש"ך הג"ה זו כפי סברת הי"א קמא. נמצינו למדין דאליבא דכל הנך פוסקים הסמ"ע והרטו"ז וה' או"ת וגם להרש"ך הג"ה זו דוכן מי שהפקיד כולה הלכתא ומורין כן: ובענין התופס מחבירו שלא באונס כ"ך בענין שהתופס מתחייב בשביל שלא שמע כראוי אפי"ה יכיל לתפוס וזכה בתפיסתו כפי פשט דברי הריטב"א וכמי שהבינם הסמ"ע וכל הפוסקים דדיקא כשבא לידו בתורת פיקדון בעינן שיתנם לי בשליחות הבעלים אזי יכול לתפוס אבל בסתם איני יכול וכל התופס מיד הנתפס שלא מדעתו שלא מרצונו יכיל לתפוס אע"פ שגורם היזק לשליח לא איכפת לן בזה שכל זה מבואר בתשו' הריטב"א שהביא מר"ן בב"י שכתב וז"ל ולא דמי לעובדא דאבימי דהתם ברשות בעל דבר באו לידו וכו' ומיהו אם לא הפקידו בידי אלא שתפסו מיד שמעון שלא מדעתי תפיסתו תפיסה ואידך

חייב לשלם וכן פירשה או"ת ה' בפשיטות ודחה דברי הרש"ך שרצה לומר שדין זה דלא כסברת הי"א קמא דליתא אלא שיכול להיות שכל הפוסקים מודים בזה לדינו של הריטב"א ולכן העלה או"ת ה' שגם סברה זו של הריטב"א הלכה היא והכי נקטינן וכפ' שהביאה מר"ן בב"י כסתם משנה פשי' דהכי נקטינן:

אחר שכתבתי כל זה ראיתי על מ"ש הרש"ך בסק"ז וז"ל וגם לענין דינא נראה עיקר כס' הא' ודלא כהיש חולקים וכן נראה מדברי הב"ח וכן נראה מדברי הע"ש שהשמיט הי"א והי"ח ולא כתב וכן מי שהפקיד וכו' ועוד כתבתי לקמן בסק"ח שכן נראה סברת הע"ש וכו'. הנה מ"ש שכן נראה מדברי הע"ש מדהשמיט סברת הי"א והי"ח משמע דס"ל כסברת הי"א קמא וכו'. פליאה נשגבה לידידי על דבריו ז"ל דאדרבא איפכא מסתברא דמדכתב וכן מי שהפקיד על סבר' מר"ן דפסק דיכול המלוה לתפוס ומסיק וקתני עלה וכן מי שהפקיד וכו' שאם טוען שבשליחות אותו פלוני נתנם לו יכול לתפוס וכו' ואם נתנם לו בסתם אינו יכול לתפוס וכו' מבואר הדבר לעין כל רואה השמש שכן כונתו במאי דקאמר וכן כלומר כי היכי דפסק מר"ן דיכול לתפוס משים שנתנם לו בשם המשליח ה"ן בנדו"ז שנתנם לו בשם הבעלים יכול לתופסן וכל בסתם אינו יכול לתופסן וכו' והיינו ממש כשיטת היש חולקין וכדמפרש לה הסמ"ע:

גם מ"ש שכן נראה גם מדבריו שכתבתי לקמן סק"ח דס"ל כסברת הי"א קמא וכו' הנה הוא ז"ל סובר דלשיטת הי"א קמא אפילו תפסו מיד הנתפס שלא ברצונו איני יכול לתפוס ולגרום היזק לנתפס כמ"ש הוא ז"ל בסק"ח ומשו"ה כשהוקשה לו על הע"ש דלמה דחק לפרש פשיעת הנתפס היא שלא הפקידו בעדים והי"ל לפרש כפשוטה שלא שמרו כראוי עד שתפס התופס מידו ומשו"ה תרץ יתיב בכוונת הע"ש דס"ל להע"ש דקושטא דמילתא דגם הריטב"א אזיל ומודה שאם תפסו מידו שלא לרצונו שיתחייב הנתפס בשביל שלא שמרו כראוי אינו זוכה התופס כדי לגרום היזק לנתפס ואינו זוכה התופס אלא כשטוען שתפסו מידו בע"ך באונס והמפקיד אומר שלא תפסו מידו אלא שהפקידו אצלו שלא בעדים וע"ך יכול לתפוס שאו' לו התופס אם היית מודה לדברי שבאונס תפסתיהו מידך בע"ך יכיל לתפוס והנפקד מתחייב לפי דבריו שאומר שהפקידו שלא בעדים שפשע בכך והרואה יראה כמה פירושו זה זר מאד בדברי הג"ה שלפ"ז בדין זה האחרון שאומר לו התופס שאני תפסתי ממך באונס ואם תודה לדברי תפטר שיכול לתפוס גם הי"א קמא דוכן מי שהפקיד מודים בו דאינהו נמי הכי קאמרי שאם טוען התופס שבשליחות אותו פלוני נתנם לו יכול לתפוס מט' שאי' לו אם תודה לדברי תפטר ונמצא א"ך שאינם חולקים אלא בדין שהפקיד ביד התופס בתורת פיקדון בשם הבעלים

דלסברא קמייתא יכול לתפוס ולס' הריטב"א כיון שבתו' פקדון נתנם לו אע"פ שהוא הגורם היזק לעצמו במה שאינו מודה לתופס אפי"ה כיון שבתורת פקדון נתנם לו בעי למיעבד השבה מעלייא מה שאין נראה כן מדברי ההג"ה כלל דמלשון מור"ם קרי בחיל דדוקא אם הפקידו בידו בתו' פקדון מודו לס' קמייתא אבל בתופס יכול לתפוס דמ"ל זה מבואר דאדרבא עיקר מחלוקתם בתופס ולא במפקיד בתו' פקדון ועוד אכתי קשה למה הוצרך הע"ש לפרש דהנתפס טוען שלא תפסו ממנו אלא שהפקידו אצלו שלא בעדים והתופס טוען שתפסו ממנו באונס גמור ונמצאו טענותיהם מרוחקות מן הקצה אל הקצה והו"ל לקרב הטענות שהתפוס אימר שתפסו ממנו באונס והנתפס אימר שלא באונס תפסו מידו אלא שלא מרצונו ועכ"פ זיכה התופס מהטעם שאו' לנתפס אם היית מודה לדברי שבאונס תפסתיהו מידך תפטר ולכך זיכה התופס והנתפס חייב מאחר שמודה שתפסו מידו שלא באונס:

עוד אני חוזר וצווח על דברי הרש"ך על פירושו זה בדברי הע"ש דס"ל בכוונת הע"ש דהי"א הללו שהיא סברת הריטב"א ס"ל דאפי' יטעון התופס ששליחות אותו פלוני נתנם לו ואפי' יודה לו הנתפס שבשליח' איתי פלוני הפקידם בידו דאז הוא פטור אפי"ה חייב התופס להחזירם דבעי למיעבד השבה מעלייא והוא תימה שהרי בתשו' הריטב"א שהביא מר"ן ב"י והבאתי לשונו לעיל בקצרה מבואר הוא דכל שבאו לידו של התופס ברשות הבעלים הא יכול לתופסו וז"ל נר' דלא דמייא להההיא דאבימי דהכא כיון שבתו' שאלה באו לידו משמעון נתחייב השבה גמורה ולא דמי לעובדא דאבימי דהתם ברשות בעל דבר הגיעו לידו ומיהו אם לא הפקידו אלא תפסו וכו' תפיסתו תפיסה עכל"ה הרי מבואר נגלה דהריטב"א אזיל ומודה לס' ההג"ה דוכן מי שהפקיד שאם טוען שבשליחות איתי פלוני נתנו בידו יכול לתופסן כיון שלדבריו לא יפסיד השליח. סוף דבר שדברי הרש"ך בכוונת הע"ש אינם מכוונים כלל אחר המחילה מכ"ת ומכלל דברי אלו תראה שגם הידיד לא דקדק יפה בדברי הש"ך בכוונת הע"ש וגם נעלם ממנו תשו' הריטב"א ה' במקורה:

העולה מדברינו אלה שגם להע"ש הג"ה זו דוכן מי שהפקיד הלכתא היא בשני פרטיה וכשיטת הסמ"ע דמוקי לה לפי סברת מר"ן דס"ל שיכול לתפוס כיון שנתנם לו בשם המשלח ואם נתנם לו בסתם אינו יכול לתופסם וגם סברת הריטב"א הלכה ומורין כן דאם תפסו ממנו אפי' שלא באונס יכול לתפוס דליכא בהא טעמא דלבעי השבה מעלייא ומה שהוצרך הע"ש לפרש דטעמא דחיוב שמעון הוא משום שלא הפקידו בעדים לאו משום דס"ל דאם יודה שתפסו ממנו אינו יכול לתופסו דודאי הכי נמי דיכול לתפוס דליכא

טעמא דהשבה אלא רבותא קמ"ל הע"ש דאפי' יאמר הנתפס שהפקידו בידו וסד"א דאינו יכול לתפוס אפי"ה יכול לתפוס כיון שהוא טוען שלא מדעתו תפס והנפקד חייב שפשע שהפקיד אצלו שלא בעדים ונשארו כל דברי הג"ה מראש וע"ס בצביונן כפשטם על בוריים ועל מכונן ותו לא מדי:

ומעתה נבוא לספק השני בראובן שהפקיד חפץ ביד שמעון והלך שמעון ומסרו ללוי באומרו שהוא יודע שראובן חייב ללוי מלוה ע"פ והנה לברר ספק זה בס"ד צריכים אנו לברר היכא שעדיין החפץ המופקד ביד שמעון וטוען שהוא תופסו בשביל לוי ב"ח של ראובן המפקיד באומרו שהוא יודע שראובן חייב ללוי מע"פ וגם לוי ב"ח עומד ותובע ליפרע מזה החפץ המופקד ביד שמעון ואומר ששמעון הנפקד הוא עד בדבר ושמעון יש לו מיגו דלהד"ם או החזרתי נגד ראובן מהו הדין מי אמרינן שיהיה שמעון נאמן כמו אם היה טוען שראובן חייב לו שהוא נאמן במיגו הנז' או דילמא דוקא לעצמו אם היה טוען שחייב לו ראובן הוא דמהני ליה מיגו אבל לא בעבור לוי או דילמא ל"ש ולכאורה היה נראה לו' דגם בזה נאמן לומר שהוא חייב ללוי ונאמן לישבע וליטול חובו של לוי מהמשכון במיגו שהיה אומ' שראובן חייב לו לשמעון והיה נאמן במיגו הנז' השתא נמי נאמן וראיה לזה ממה שפסק מור"ם בסי' ע"ב סי"ח בהג"ה וז"ל והא דאדם יכול לטעון לקוח או הלויתי עליו היינו דוקא שהחפץ תחת ידו אבל ראובן שהפקיד חפץ אצל שמעון ולוי הביא עדים שהוא שלו ושמעון טוען שראובן חייב לו עליו אין ראובן נאמן לומר שלקחו מלוי אבל אם שמעון אומר שהוא יודע שראובן לקחו מלוי נאמן במיגו שהיה אומר שהוא לקחו מלוי ואז היה נאמן הואיל וליכא כיצד בא לידו או שלא ראו בידו עכל"ה וכיוצא בזה פסק מר"ן סיקמ"ו סי"ד וז"ל או שא"ל בפני לקחה ממך נאמן שאילו רצה היה טוען ואומר ממך לקחתיה ע"ש וא"ך הכי נמי בנדו"ד דון מינה ואוקי באתרין דמיגו שהיה אומר אתה חייב לי ואני תופסו בחובי שהיה נאמן במיגו דלהד"ם ה"ן השתא נאמן לומר שאני יודע שראובן נושה בך ואני תופסו בשבילו. זה היה נראה לכאורה:

איברא דכד דייקינן שפיר נראה דליתא להא מילתא אלא כיון שבתו' פקדון בא לידו ואינו תופסו בשביל עצמו לאו כ"ך לתפוס בשביל אחר וחייב להחזיר הפקדון לבעליו ולמעבד השבה מעלייא, ואם יש ללוי זכות ותביעה נגד ראובן ידונו ביניהם וראיה לזה מתשו' הריטב"א הנז"ל בשמעון שהפקיד אצל לוי הדבר הנפקד בידו מראובן ולוי רוצה לתופסן בשביל שראובן חייב לו והשיב הריטב"א וז"ל נראה דכיון דבתו' שאלה קבלו משמעון נתחייב השבה גמורה ולא דמי לעובדא דאבימי דהתם ברשות בעל דבר הגיעו

לידו וכו' עכל"ה הנה מתשו' זו יש ללמוד לנדו"ז דכי היכי דהתם שמאחר שאין שמעון המפקיד חייב לו שום דבר בעי למיעבד השבה מעלייא ולהחזירו למי שהפקידו אצלו ה"נ בנדו"ז כיון שזה הנפקד אינו נושה בראובן אינו יכול לתופסו בשביל ב"ח אחר ובעי למיעבד השבה מעלייא להחזיר הפקדון למי שהפקידו אצלו ואם יש לאחרים זכות בו הדין ביניהם:

והכי נמי יש ללמוד מתשובת הרמב"ן הביאה מר"ן ב"י סק"ה וז"ל מיהו לאו לעכובי פקדון בידיה בהך טענה אלא אם תפס ובא בע"ח לב"ד זכה לו אבל אם אין בע"ח כאן לאו כל כמיניה לומר לפלוני אתה חייב ואני תופס לו ואע"ג דאיכא מיגו שהדין נותן בכל פקדון להחזירו למי שהפקידו לו ואם יש לאחרים זכות בו הדין ביניהם עכ"ל. הנה ממ"ש לאו כ"ך לומר לפלוני אתה חייב ואני תופס לו ואע"ג דאיכא מיגו מבואר הדבר שהוא טוען שהוא יודע שהמפקיד חייב ללוי ואית ליה נמי מיגו ואפי"ה לאו כ"ך לתפוס. ואין לדחות ולו' דשאני התם בתשו' הרמב"ן משום שאין המלוה בכאן לאו כ"ך של זה לתפוס אע"ג דאית ליה מיגו משום דדילמא אם היה המלוה בכאן היה מודה להלוה שאינו חייב לו משא"ך כשישנו בכאן אפשר לומר דיועיל זה המיגו של התופס להמלוה שטוען שחייב לו ע"ך דהא ליתה דמה שהצריך שיהיה המלוה בכאן הוא כדי שיהיה בידו שטרו מקויים כמ"ש מר"ן בסעי' ו' ודוקא דנקיט בע"ח שטר מקוים בידיה או דיכול השתא לקיומיה אבל אם המלוה בכאן ותובע מלוה ע"פ בלא ראיה כמאן דליתיה דמי והתופס אע"ג דאית ליה מיגו לאו כ"כ לתפוס אלא שהדין הוא שיחזיר הפקדון למי שהפקידו אצלו ואם יש לאחרים זכות בו הדין ביניהם:

ולפ"ז צריך לו' דהך הג"ה דסי' ע"ב שהביאנו דנאמן לו' שהוא יודע שלקחו ראובן במיגו שיאמר שהוא לקחו כנז' היינו משום שבטענתו זאת מעמיד הפקדון ביד ורשות מי שהפקידו אצלו שהיא ראובן ובטענתו זאת מעמידו בחזקתו ומשום הכי נאמן ולאו כ"כ לעכב הפקדון שהפקידו בידו בשביל אחר אלא יחזור הפקדון לבעליו כי היכי דליעביד השבה מעלייא ואם יש לאחרים זכות הדין ביניהם:

ומעתה ע"ך למשכוני נפשין וליישב מה שהביא הרש"ך בסי' ע"ה בשם מהרש"ל, שאם אבי החתן היה מוחזק בלא עדים וזה בא להוציא ממנו שישבע שכך פסק לבנו ויפטר שהרי זה הפך מה שלמדנו מתשו' הריטב"א והרמב"ן דאע"ג דאית ליה מיגו לאו כל כמיניה לתפוס וצריך לדחוק ולו' דההיא דמהרש"ל מיירי שלא בא לידו בתו' פקדון אלא שהיה חייב לו האב מצד אחר כגון שהיה לו בידו הלואה ולכך כיון דאית ליה מיגו וכתב לו בנו הרשאה יכול לתופסן אלא שכבר הרב אורי"ם ותומי"ם דחה דין זה וחלק

בפשיטות דכיון דכשלא כתב לו הרשאה אינו יכול לתפוס משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כיון שאבי הבת כופר א"ך אפי' כתב לו הרשאה מאי מהני הא קי"ל דהתופס לב"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה שאפי' כתב לו הרשאה לא קנה כדאיתא סי' ק"ה ס"א ע"ש ולכן העלה דמהרש"ל אזיל לשיטתיה דס"ל דהמורשה הו"ל כעד ופסיל לעדות ולכך הו"ל כיד בעלים אבל לדידן דקי"ל דכשר לעדות א"ך הו"ל כאדם דעלמא שאינו יכול לתפוס ופשיטא דהכי נקטינן:

וגם הדין השני שהוליד הרש"ך מזה דמי שהלוה על המשכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע כמה הלוה כותב הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל הוא תמוה שזה הפך ממש ממה שפסק מר"ן בסי' ע"ב סט"ל וז"ל ראובן היו לו בידו משכונות שמעון ומת שמעון וירשיו תובעים המשכונות וראובן טוען אותם המשכונות אני תופס בשביל שאמ"ל לוי שותפו ששמעון חייב לו מדמי השותפות ורוצה לישבע לוי על משכונות אלו אין בדברי לוי כלום מאחר שאינם בידו ולפי דברי הרש"ך כיון שראובן איני יודע ולוי שותפו הו"ל למימר שישבע לוי ויטול חובו מאותם המשכונות דכיון שהוא שותף א"ך הרשאה אלא ודאי דכיון דליתנהו למשכונות ביד לוי אין לו מיגו כמ"ש הסמ"ע שם ס"ק קי"ג והכי נמי בנדו"ז ממש דכוותה והדבר ברור דליתיה לדין זה וגם הרש"ך דחאו בדרך אפשר וספיקות שלנו לגבי דידן הם ודאות שדין זה דחוי הוא לא נראה ולא יראה:

ואינו ענין כלל להההיא דפסק מר"ן בסי' נ"ו גבי אשה הנושאת ונותנת שאם יודעים הנכסים של מי הם חייבים להחזיר לכל א' מהם שלו ואם לא החזירו ובאו לב"ד מהימני במיגו שאם היתה רוצה מיד אחר מות בעלה היתה מחזרת לכל א' שלו דלא מיבעייא לשיטת הרש"ך והכנה"ג דמפרשי לה משום דיש לה דין שליש אלא אפי' לשיטת הסמ"ע והרב ב"ש והרב או"ת דמפרשי לה מטע' מיגו לבד אפי"ה שאני התם שהיא אומרת שגוף אותם הנכסים הם של פלוני ולכך חייבת להחזיר הנכסים לבעליהם לקיים מצות השבה ואם לא החזירו ובאו לב"ד כיון שיש לה מיגו טוב שהיתה מחזרת אותם הנכסים ולא היו יודעים בהם היורשים כלל גם עתה נאמנת בלא שבועה וכההיא דפסק מר"ן סי' רנ"ה ס"ח וז"ל בא א' ואמר ראיתי אביך שהטמין מעות ואמר של פלו' הם או של הקדש הם אם טמונים במקום שהמגיד היה יכול ליטלן נאמן וכתב הסמ"ע בס"ק ה' וז"ל דנאמן במיגו דאלו רצה היה נוטלו ונותנו לאותו פלוני עכ"ל משא"ך הכא שהתופס עצמו מודה שגוף החפץ הוא של המפקיד ואין לבע"ח עליו אלא שעבוד בעלמא א"ך אדרבא מהתם נמי נילף שהוא צריך לקיים מצית השבה לבעלים ואם יש לב"ח זכות הרי הדין ביניהם: ומעתה שביררנו בס"ד שאם היה עדיין ביד התופס ורוצה לתופסו בשביל הב"ח ויש לו

נמי מיגו דלאו כל כמיניה לתופסו מעתה אסורה נא ואראה אם עבר ומסרו לב"ח שהוא אומר מהו הדין ונראה דל"מ אם מסרו לו לפני עדים וגם איכא עדי ראיה דל"ל לבע"ח מיגו דפשיטא דלא זכה הבע"ח בתפיסתו החפץ מיד הנפקד דע"ך לא קאמר הרשד"ם והביאו הכנה"ג דאם קדם התופס ומסר ליד הב"ח דזכה אלא בחוב ברור שהיה דינו ליטול חלקו עם שאר ב"ח ולכך אם מסר לו התופס זכה כאלו תפס הוא בעצמו שזכה בתפיסתו כדקי"ל בס' ק"ד ס"ה וס"ו שכל היכא שיד ב"ח כולם שוים ויחלוקו אם קדם אחד וגבה זכה אבל מלוה ע"פ במקום בעלי השטר שאין דינו ליטול כלל כמ"ש הכנה"ג בס' ק"ד הגה"ט איתן' וז"ל ודוקא שבעלי השטרות מודים למע"פ דאי לאו הכי יש לחוש לקנונייא ואע"ג דלא טעני הכי פתח פיך לאלם הוא עכל"ה וא"ך כיון שדין דינו ליטול עם הב"ח פשיטא שאפי' קדם ותפס לא זכה כמ"ש הכנה"ג סי' ק"ה הג"ה ט' אות ו' ואות י' ע"ש וא"ך הכי נמי כיון שהלוה כופר אפי' תפס לא מהני אם הוא בעדים דל"ל מיגו אלא אפי' אם הוא בענין דאית ליה מיגו דהחזרתי וכיוצא אפי"ה אינו יכיל לתפוס דכיון ששניהם מודים שהנפקד שהיה בידו לא מסרם לזה הב"ח בשליחות המפקיד שהוא הלוה אלא מאליו ומעצמו כיון לקיים מצות הרימו מכשול מדרך עמי ומעצמו רצה לפרוע חוב שעל ראובן מנכסיו של ראובן ללוי ב"ח וכיוין ששניהם מודים הנפקד והב"ח שנמסרו לו שלא בשליחות המפקיד נמסרו בידו א"ך הדין עצמו שפסק מור"ם בהג"ה הנז"ל שאם הנפקד אומר שהמפקיד לא אמ"ל שבשליחות אותו פלוני נתנם בידו לא יוכל לעכבן הואל ולא יכול לברר שאו' פ' חייב לכל השיטות לשיטת הסמ"ע כיון שלא נתנם לו בשם המשלח ולשיטת הש"ך כיון שעיקר תפיסתו רוצה לגרום היזק לשליח לכך אינו יכול לעכבן ולתופסן וא"ך הוא הנדון שלנו בעצמו ממש שכיון שלא מסרם לו בשליחות הבעלים אלא מאליו ומעצמו נתנם לו ליפרע בחוב שיש לו על ראובן לא יוכל לתופסן הואל והלוה כיפר והב"ח לא יוכל לברר שהבעלים חייבים לו. זהו הדין בדין זה השני בס"ד ותול"מ:

ואבואה לפרש השלישי בראובן שיצא עליו שט"ח ובא המלוה לגבות מהקרקע שהניח לו אביו והאל' רוצה לזכות בחצי הנכסים כפי התקנה כתב כת"ר שצריכה האל' לישבע וא"ל נשבעה יגבה הב"ח כל הקרקע זהו פשוט ואין צריך לפנים שאם לא נשבעה לא זכתה ויגבה הב"ח כל הקרקע ואין חלוק בין אם היא עדיין בחיים או אם מתה שכיון שלא נשבעה לא זכתה בנכסים ואפי' יצרה למחול מדעתו מ"מ הרי היא יורש שלה ויכול הב"ח ליפרע מכל הקרקע: ועל רבעים אשיבה ידי על אודות החנויות שבהאלמללא"ח ידיע לך אחי שהנדון זה עצמו בא לפני בזמן שהיה בכאן הרב כמוהר"ר ישכר אצראף

נר"ו יאי"ר ודנתי אני בכאן להצריך שלשה חדשים בין בימות החמה בין בימות הגשמים וכתבתי זה ביד הנידון והוליכו לפניו והסכים על ידי וזו הלכה העלינו ומאז ועד עכשיו כן אנו דנים ומ"מ עכשיו בזמן הזה רגיל אני כשבא נדון כזה לפני לו' להם להביא פנקס החובות ורואה אנכי אותו ופוסק להם לפי ראות עיני כי אין לדיין אלא מה שעיניו רואות ואין חילוק בין ימות החמה לימות הגשמים:

חזרתי לבאר מה שיש לפקפק במה שהעליתי לעיל דזה הב"ח שמסרם לו הנפקד שלא בשליחות הבעלים המפקידים אינו יכול לעכבן בעד חובו כיון שלא יוכל לברר שהמפקיד הנז' חייב לו וכמ"ש מור"ם בסוף פסקא דוכן מי שהפקיד שאם לא נתנם לו בשליחות ראובן אינו יכול לעכבן כיון שאינו יכול לברר שראובן חייב לו. שיש לפקפק בזה ממ"ש מור"ם ס' הריטב"א דדוקא כשהפקידו בידו בתורת פקדון הוא דבעי השבה מעלייא אבל אם תפסו אע"פ שע"י תפיסתו של זה מפסיד הנפקד לא איכפת לן בזה וא"כ הכי נמי בנדו"ד הרי לא נתנו לידו בתו' פקדון דליבעי השבה מעלייא אלא שנתנו לו בתו' פירעון על חובו וא"ך אם הוא טעה בדין שמסרו לו שלא כדין ועי"ך יתחייב לשלם מ"מ הב"ח שתפסו ויש לו מיגו יכול לתופסו שפיר וא"ך לפי מש"ל לפסיק כסברת הריטב"א שכן נר' מדברי מר"ן ב"י וכן העלה הרב או"ת לפסוק כוותיה א"ך ה"ן בנדו"ד הב"ח אם יש לו עכשיו מיגו יזכה בתפיסתו והנפקד שמסרו לו שלא כדין חייב לשלם לבעלים שפשע בשמירתו ולדידי נר' דנדו"ז אפי' אם יש חולקים על הריטב"א הכא יודו דיכול הב"ח לתפוס כיון שמסרו לו אדעתא שהוא של ראובן וכיון שיש לו מיגו יכול לעכבו בעד חובו והנפקד חייב לשלם שפשע בו. זהו הנלע"ד ברור כשמש בגבורתו בכל הדינים הללו בס"ד בסדר וה' הולך לפניהם לנחותם הדרך בעמוד אש להאיר להם דהאי שתא תרמ"ז לפ"ק החו"פ ארבא"ט יע"א וצוי"ם וימ"ן ע"ה יוסף בירדוגו סי"ט:

סימן קב

וזאת היתה תשובתי אליו:

חזרתי על המקר"א והנה אמת נכון הדבר דכוונת הטו"ז כמ"ש כת"ר ולא הביאני לפרש בדבריו כמ"ש אני בעוניי אלא משום שספר הטו"ז אשר לפני כולו מלא קרעים ודבוקים ואהא כמלקט אחרי הקוצרים מילי מילי וכשבא לפני כתב כת"ר חפשתי אחר ספר הטו"ז אחר וראיתי שכוונתי רצויה כמ"ש כת"ר ואתייא מבינייא דלפי פירושינו בדברי הטו"ז נתיישב לנו לומר דהאי וכן קאי אסברת הי"א ולא כסמ"ע שכתב דלא קאי אסברא הראשונה וכו':

אבל לענין הדין לא היתה כונתי לפסוק כסברת הש"ך אלא משום שהיה בדעתי שהסמ"ע בפירושו בהאי וכן מי שהפקיד וכו' יחידאה הוא אבל כשכתב לי כת"ר דסברת הטו"ז והאו"ת אזלי כפירוש הסמ"ע חזרתי לו' דהאמת הוא דנקטינן כסברת האי וכן מי שהפקיד וכן ראוי להורות:

ומה שהקשה כת"ר על הש"ך שכתב על הע"ש שמדבריו נראה דפסק כי"א קמא הנה בשמים עדי שבהשקפה ראשונה עמדה קושייא זאת לנגד עיני דהיאך יש לומר כן כמ"ש כת"ר ובשביל זה הוצרכתי לדחוק ולו' דסברת מר"ן ז"ל בש"ע שהיא עובדא דאבימי מר"ן ז"ל כתב דינא דגמרא ולא פירש דבריו אלא כמ"ש הרי"ף והרמב"ם והני י"א ויש חולקין לא באו לחלוק על דברי מר"ן אלא לפרש דברי מר"ן דסברת הי"א קמא ס"ל דמר"ן דכתב דחייב השליח ופטור התופס היינו במקום דלא מטי פסידא לשליח והיינו בטוען התופס שאדעתא דמלוה אחרת נתנה לו והיה השליח יכול ליפטר בטענה זאת והי"ח ס"ל דאפי' בסתם הואל וממונו הוא של לוה יכול לתפוס ואפי' יגיע פסידא לשליח הואל שממונו של מלוה הוא זהו מה שהיה בדעתי ליישב דלפי זה נחה שקטה קושיית כת"ר על הש"ך דודאי הע"ש הואל ולא הביא סברת הי"א והי"ח ולא הביא כ"א סברת וכן מי שהפקיד וכו' על דברי מר"ן וכו' דהנה בהובאה זאת יש להקשות על דברי הע"ש דהא מדברי האי וכן בהכרח צ"ל דבמקום פסידא דשליח אינו יכול לתפוס ובשביל זה אם לא סתם דמטי פסידא לשליח אינו יכול לתפוס ובמקום דליכא פסידא לשליח דהיינו באומר שנתנם לו בשם פלוני דאם יטעון השליח כן היה פטור אזי יכול לתפוס וא"ך מדברי האי וכן נראה דבמקום פסידא אינו יכול לתפוס וא"ך קשה היאך הביא הע"ש האי וכן אדברי מר"ן בש"ע דממנו משמע דכל שנתנם לו בשם פלוני על חובו סתם דתפיסתו הויא תפיסה אפי' במקום דמטי פסידא לשליח א"ך היאך הביא עליה האי וכן דחיישא לפסידא דשליח אלא דצ"ל דדברי מר"ן איירי באומר התופס שהשליח נתנם לו על חיב אחר דליכא פסידא לשליח אם יטעון כן והוא כסברת הי"א קמא וכל דברי הש"ך אלו לסברתו אזיל דס"ל דדברי הסמ"ע בפירוש הי"ח דחויים דסברת הי"ח לא אזלי לטעם הואל ונתנם לו בשם פלוני אלא הש"ך ס"ל דכל שתפס משם הלוה אפילו נתנם לו בסתם אפי"ה תפיסתו תפיסה דהם לא חיישי לטעם הפסידא של השליח זהו תוכן הרב הש"ך והגם דהע"ש דבריו סתומים ויכולים לפרשו כמ"ש הסמ"ע כמ"ש כת"ר עכ"פ הש"ך הואל ואית ליה דדברי הסמ"ע דחוקים הם פשיט ליה דגם הע"ש יפרש כדבריו:

גם בדרך אגב לפי פירוש זה דהני י"א וי"ח תרוייהו פליגי בדברי מר"ן בש"ע נחה לדעתי דעת הדיוט. מאי דק"ל על דברי הסמ"ע דלפי מאי דמפרש סברת הי"ח דס"ל דכל שיאמר

ליה בשם פלוני אפי' יגיע היזק לשליח אפי"ה יכול לתפוס א"ך היינו סברת מר"ן ומה בא לחדש מור"ם בסברת האי וי"ח אלא בודאי דהני שני סברות די"א וי"ח לא באו אלא לפרש דברי מר"ן שהם ש"ס ערוך והגם דקשה בעיני פירוש זה במ"ש מור"ם וי"א וכו' דמלשון זה משמע שבא לחלוק על דברי מר"ן דאם הם לפרש הו"ל להביא סברת הי"א קמא בדרך פירוש וכמו שאומר בכל מקום הני מילי וכו' וי"א וכו' אפי"ה אין דוחק כל כך וטוב לפרש אותה כך מלהניח אותה בקושי:

עוד אני מוסיף לומר דודאי הני י"א וי"ח לא נחלקו אלא בפירוש דינא דמר"ן דאלת"ה אלא דסברת הי"א באה לחלוק על דברי מר"ן א"ך לסברת הש"ך דס"ל דסברת הי"ח ס"ל אפי' נתן לו בסתם ולא אמר לו בשם פלוני יכול לתפוס א"ך לפ"ז הרי שלשה מחלוקות בדבר דלסברת מר"ן בעינן שיאמר בשם פלוני כההיא עובדא דאבימי ולסברת הי"א לא סגי בשם פלוני אלא עד שיאמר בשם פלוני ועל חוב פלוני ולסברת הי"א אפי' נתנו בידו בסתם כגון אם הפקידו בידי לבד יכול לתפוס הואיל וטעמייהו הוא הואל וממונו דליה הוא וא"ך לפ"ז יש להקשות דמנין נבראו בעולם הני שלשה מחלוקיות הרי לא מצאנו כי אם שני מחלוקיות ותרויהו הביאם רבינו המרדכי ז"ל דפליג בפירוש ההיא דאבימי אלא בודאי דהני י"א וי"ח לא באו אלא לחלוק בדינא דמר"ן. ואין להקשות דלפי סברא זאת לסברת הש"ך דאית ליה דהי"א ס"ל אפי' בנותן בידו בסתם יכול לעכב א"ך היאך נימא דסברא זאת קיימא אליבא דמר"ן בש"ע הרי מר"ן מיירי באומ"ל פלוני נתנה לי שאתן לך הני זוזי וא"ך משמע מיהת דבעי שיאמר לו בשם המשלח. מיהת זה אינו דמה יעלה ומה יוריד מה שאומר לו בשם המשלח סו"ס הרי השליח מפסיד אלא בודאי דטעם העיקרי הוא הואל וממון הלוה הוא אין אנו חוששים להפסד השליח וא"ך מה לי אמ"ל בשם פלוני או נתן ליד התופס בסתם דהיינו בפקדון בודאי כל שהוא ממון הלוה יכול המלוה לתפוס. זהו משנלע"ד להליץ בדרך דחיק ורחיק:

גם מה שהקשה כת"ר וכתב דאכתי הע"ש למה כתב שהנפקד טוען שהפקיד והתופס טוען שתפס בע"ך והו"ל לקצר מחלוקת ולימא דהנפקד וכו' לענ"ד נראה לומר דהע"ש רצה למינקט טענה אחת בין על מה שאומר התופס דבפקדון באו לידו וחייב להחזיר דהוא תחילת דינו דהריטב"א בין על מה שטוען שתפס באונס דהני שני טענות הם של התופס וקיימי על מה שטוען הנפקד שהוא המפקיד ומה גם דכת"ר ישבה בטוב ש טעם דלרבותא נקטה:

אכן מה שכתב כת"ר דדברי הע"ש לפי דברי הש"ך דמפרסם דפליגי על הי"א קמא וס"ל להע"ש דהריטב"א ס"ל דאפי' אמ"ל בשם פלוני הפקידם אצלו חייב להחזיר וכתב

כת"ר דמדברי הריטב"א מבורר דאם נתנם לו בשם פלוני אינו חייב להחזיר אם יראה בעיני כת"ר אמינא ולא מסתפינא דמ"ש הריטב"א דאם נתנם לו בשם פלוני אינו חייב להחזיר הוא באומר הנפקד לתופס פלוני אמ"ל שאתנם בידך סתם אבל אם יאמר לו פלוני אמ"ל דבשעה שארצה להפקידם אפקידם בידך עד שאבוא אני ואטלם ונחזירם לבעלים הראשון בזה בודאי דיודה הריטב"א דחייב להחזיר הואל והשבה בעי והויא הפקידם אדעתא שיטלם וא"ך בדי"ז בודאי הריטב"א חולק על סברת הי"א קמא דהא להי"א קמא אם יהיה בכהאי גוונא בודאי דאינו חייב להחזיר דהא ליכא פסידא לשלוח דהא ברשותי הפקידם בידו ומה בידו לעשות אם תפסם המלוה ויצא לטעון טעון שבעל הפקדון חייב לו והגם שדברי הריטב"א אינם סובלים פירוש זה הרי כבר הש"ך כתב בס"ק דדברי הריטב"א לא משמע הכי ואפי"ה כך נראה אליו לפלפל בדברי הע"ש:

ומעתה נתנה ראש ונשובה למשפט השני בדין נפקד שמסר פקדון ביד ב"ח של מפקיד וטוען הנפקד שהוא יודע ודאי שנושה בו הב"ח ופסקתי אני עני דישבע הנפקד ויפטר ויזכה הב"ח אחר שישבע גם הוא והבאתי ראיות ע"ז וכת"ר האריך בסתירת ראיותי ולבסוף העלה הפך דברי והעלה בידו דאין רשות ביד הנפקד למסור ביד בע"ח והמפקיד מוציא מיד הב"ח וכו' וע"ז אני בא לומר דהגם דיש בידי תשובות זר נצחיות להעמיד דברי הרא"ש מראיות הנז' אכן לא רציתי להאריך בסתירת הסתירות. אכן באתי בקיצור ה' נמרץ להקריב לפני כת"ר ראיות נכחיות שמהם יועמד הדין כמ"ש אני עני:

ותחלה אביא לפניך מ"ש מר"ן בחו"מ סי' צ"ג סי"ג וז"ל טען שמעון שיש ללוי עליו חיב מזה לו השותפות מה אם היה בידו כדי החוב והיה יכול ליתנו ללוי נאמן ונותנם החוב ואח"ך מחשבין וכו' עכל"ה הרי לפניך דשותף אחד יכול לטעון על מה שתחת ידו שפלוני נושה בו וישלם לו הגם שמפסיד לשותף בחצי שלו עכ"ז הרי זה נאמן הואל והוא תחת ידו ומכ"ש אם כבר מסרם לב"ח כנדו"ד:

והגם שיש לדחות ולו' דשאני התם איכ"ל דשמעון הוא מלוה מלוי ומחויב הוא לפרוע וממילא הוי כאלו הוא עצמו נושה בשותפות ואם לא יטול ממה שתחת ידו יכול להיות שיהיה לו הפסד מזה אבל בנדו"ד דלא היה הפסד לנפקד זה שמסר הפקדון ביד הב"ח נימא דאין במסירתו כלום עכ"פ הרי יש להשיב ולומר דאותו דין נאמר אפי' לעכב בידו לכתחילה לפרוע להב"ח אבל בנדו"ד דלא היה לו פסידא חות מיהא חד דרגא דהגם דלכתחילה לא יהיה לו רשות לעכב הפקדון בידו כדי למסור אותו ביד בעל חובו עכ"פ בנדו"ד שמסר אותו כבר ביד המלוה והעמד זה הנפקד במקומו לטעון טעון שפלוני נושה בו לא גרע מדין מורשה וכאלו הוא המלוה וזה הוא מן הסברא: שנית זכיתי אחר החיפוש

וראיתי להרב תוש"י למוהר"ר יואל זלה"ה ח"ב קכ"ב שנשאל באלמנה שהתפיסה לחתנה מטלטלין מנכסי בעלה ויצאת לטעון טעון כי חתנה נושה בבעלה מפאת הנדונייא ורצה הרב הנז' מעיקרא להאמין את האשה מכח ההיא דסי' נ"ו ס"ז שממנה הבאתי ראייתי אני עני ואחר שקלא וטריא דידיה העלה ממנה דהואל והאשה כבר נתנה ביד חתנה ויש לה מיגו ליכא מאן דפליג דאין על האשה כי אם שבועה שהחתן נושה בבעלה ופטורה מן התרעומת וששתי ונהניתי שנתכוונתי לדעת עליון:

גם עדיפא מזה ראיתי להרב הנז' שהביא לראייתו מ"ש הרב כנה"ג וז"ל וכן מוכח מהרב כנה"ג סי' קע"ו בהגהת ב"י אות רל"א ראובן ושמעון שותפים ונושאין ונותנים בממון של עצמן ובממון של אחרים ומשא ומתן ביד ראובן ופנקס החשבונות ביד שמעון ומצא ראובן מעות יתירים ונתברר אצלו שאינם מן הריוח אלא מיהודא שהיו נושאים ונותנים עמו ונתנם לו ושמעון אומר של השותפות הם וכו' הדין עם ראובן הרדב"ז ח"א סי' י"ד הרי דאפי' שמעון טוען ברי שהם מהשותפות נאמן ראובן במה שהחזיר ליודא אפי' יודא אינו טוען ברי שהם שלו כדמשמע התם עכ"ל הרב יוא"ל זלה"ה הצריך: הרי לפניך דהרב כנה"ג פסיק ותני דנאמן לטעון דפלוני נושה ומפסיד לשותף השני אפי' במקום דלא הוה מטי ליה פסידא כלל לעצמו אם לא היה מוסרם לו שהרי התם בראובן שמסר ליהודא כתב הרב יוא"ל זלה"ה שמדברי הרב כנה"ג מוכח שלא היה יודע יהודא שיש לו איזה מעות ביד שמעון אלא ראובן מצד עצמו הלך ומסר ליהודא והפסיד לחבירו השותף ועכ"ז פטרו הרב הנז' ליהודא ומעתה קמה גם נצבה הנך ראיות שהבאתי מסי' צ"ג סי"ג דלפי דברי הכנה"ג משמע דאפי' בשותף שאין לו פסידא אם עבר ומסר נאמן: גם יש ראיה לדברי בפירוש ממ"ש מר"ן בסס"ו סי"א וז"ל מי שהוציא שטר וטוען שחבירו מכרו לו בכתיבה ומסירה ונאבד ממנו שטר המכר אינו צריך עדים לענין קנייתו אבל צריך עדים לענין תביעתו עכל"ה וכתב הש"ך סקכ"ט וז"ל אינו צריך עדים לענין קנייתו והרבה חולקים בזה והכי קי"ל דצריך עדים גם לענין קנייתו וכדלקמן והילכך אם פרע הלוה ללוקח בלי ידיעת המוכר חוזר וגובה ממנו וכמו שיתבאר לקמן סעיף י"ז וכ"ך הב"ח מיהו אם הלוה טוען ברור לי שהיה לו שטר כתיבה ואבד נשבע היסת ונפטר עכ"ל הרי ממש כדברי דהלוה שם הוא הנפקד דידן וכמו דמן הראוי לא היה ללוה למסור ביד הלוקח לסברת החולקים דס"ל דלא מהני גם לענין קנייתו ואם עבר ופרע הלוה ביד הלוקח בעמוד והחזיר קאי למלוה דידיה ועכ"ז אם מסר ויצא לטעון שברור לו שהיה בידו שטר מקח פטור:

גם בנדו"ד אם כבר נתן למלוה של מפקיד ויצא הנפקד לטעון שודאי לו שהיה המלוה נושה במפקיד לית דין ולית דיין שישבע הנפקד היסת ויפטר. זהו משנלע"ד להלכה ולמעשה ותו לא מדי וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קג

עמדו לדי"ת יצחק תובע למכלוף על אודות טבעת של זהב שנתן יצחק למכלוף שילך וימשכנה בסך מה ביד הזולת ומכלוף השיב אמת הדבר שהוא הלך ומשכנה ביד שמואל וכשתבע מכלוף לשמואל שיחזיר לו הטבעת שמשכן בידו ענה שמואל ואמר אמת הנחת טבעת של זהב משכון בידי אבל אמרת לי שאם יבוא יצחק הנז' או שמעון וניתן לך מה שאתה נושה עליה תנה בידו וכבר בא שמעון ונתן לי מה שאני נושה עליה ונתתיה בידו ומכלוף הנז' מפוסק בדברים אלו אם אמרם לשמואל הנז' ואח"ך חזר מכלוף הנז' ותבע לשמעון ואמ"ל תן לי הטבעת שפדית מיד שמואל כדי לתתה ליצחק בעלה וענה שמעין ואמר כבר נתתיה אני ביד יצחק בעלה ונתן לי דמי פדיונה וכולם עמדו לדין מה יהיה משפט כל אחד ואחד יומ"ץ:
תשובה לזה הנה בתביעת מכלוף לשמואל הואל ומסופק מכלוף הנז' אם אמת הדברים שאמר שהוא אמ"ל שיתנה ביד יצחק אי ביד שמעון א"ך אין בתביעת מכלוף על שמואל הנז' כי אם תביעת ספק ודינו הוא כדין כל תביעת ספק שפסק מר"ן בסי' ע"ב סי"ז דאין על התובע כי אם חר"ס וממנה גם כן יצא דינו של שמואל הנז' שיקבל חר"ס שמכלוף הנז' אמ"ל שיתנה ביד שמעון ויפטר:
ודינו של מכלוף עם יצחק דינו הוא שחייב לשלם דהואל ונתן בידו הטבעת כדי למשכנה והוא הלך ונתן רשות למי שממושכנת בידו שיתנה ביד שמעין הרי זה פושע גמיר שהוא לא שלחו אלא למשכנה ביד שמואל ולמה הלך ונתן רשות לשמואל ליתנה ביד שמעון וא"ך הוי דינו כדין שומר שמסר לשומר דחייב דיכול יצחק לומר שמואל מהימן לי ושמעון לא מהימן וכפסק מר"ן ג"ך בסי' רצ"א סכ"ו:
ואין להשיב על זה ולומר דשאני נדון דידן מההיא דשומר שמסר לשומר דהתם הרי עינינו רואות שהשומר הראשון פושע גמור שהלך ומסר ביד הזולת אבל בנדו"ד אין עינינו רואות בפשיטות שום פשיעה דיכול להיות שלא אמר מכלוף הנז' לשמואל שיתנה ביד שמעון ויכול להיות ששמואל הוא שפשע שמסרה ביד שמעון ולעולם איכא למימר דמכלוף הנז' לא פשע עכ"ז פשוט וברור דחייב מכלוף הנז' לשלם דהא מכלוף הנז'

מודה שהפקדון בא מידו ליד יצחק אלא מסופק הוא אם הוא אמר לשמואל שיתן אותה ביד שמעון והוי פושע או לא אמר לשמואל וממילא לא פשע ופטור והוי דינו שישבע שלא אמר לשמואל ופטור וא"ך הואל ומסופק הוא הוי ברי בחיובא וספק בחזרה דדינו הוא כמ"ש ג"ך מר"ן בסי' ע"ה ס"ט דכל האומר הלויתני או הפקדת בידי ואיני יודע אם פרעתיך או החזרתי לך חייב לשלם וכתב שם הסמ"ע סקכ"א והש"ך סקכ"ז דדינו הוא שיטול בלי שבועה וא"ך גם כאן דינו הוא שיטול בלי שבועה דכ"ש הוא מן האומר איני יודע אם פרעתיך דמסופק הוא אם פרעו אם לאו אבל נדו"ד אין הספק הוא אם החזירו לו אם לאו אלא מסופק אם אמר כדברים האלה לשמואל והוי חייב או לא אמר וממילא פטור בזה לית דין ולית דיין דאין כאן שום ריח שבועה ואפי' חר"ם אין על יצחק הנז':

אלא דכד דייקת שפיר פשוט הוא דלא ישלם מכלוף הנז' ליצחק הנז' עד אחר שישבע יצחק הנז' שבועה בנק"ח בפני שמעון הנז' וגם על שמעון הנז' חיוב היסת שנתן הטבעת ביד יצחק בעלה והגם שאין למכלוף הנז' על שמעון הנז' ועל יצחק הנז' כי אם טענת ספק דיכול להיות שהאמת עם שמעון שנתנה או עם יצחק שלא קבלה ממנו וא"ך לא הו"ל עליהם כי אם טענת ספק דהוי כאומר לשנים יודע אני שמנה לי, ביד אחד מכם ואיני יודע איזהו מכם דאין לו עליהם כי אם חר"ס וכמו שפסק הרב מהריב"ו זלה"ה בח"ב סי' מ"ו וא"ך גם כאן מן הראוי שלא יקבלו כי אם חר"ס דוקא עכ"ז חייב לישבע שמעון היסת ויצחק בנק"ח דשאני נדו"ד מנדונו של האומר מנה לי ביד אחד מכם דבנדו"ד הגם שאין לו על כל אחד כי אם מי תביעת ספק עכ"ז הואל ויש לו עד המסייעו דהיינו כשהוא טוען על יצחק שמא נתן לך הגם שאין לו עליו כי אם טענת ספק חייב לישבע הואל ושמעון מכחיש אותו בפניו וכן שמעון הרי יצחק מכחיש אותו שלא נתן לו בשביל זה רמו חיובא דשבועה על כל אחד דנדו"ד ממש הוא כעין פסק מר"ן בסי' קכ"א ס"ט במי שנתן ביד השליח להוליך החוב דידיה למלוה והשליח אומר שנתן למלוה והמלוה אומר שלא קבל ופסק שם דהגם דהלוה אין לו על שניהם כי אם טע"ס עכ"ז חייבים שניהם לישבע כל אחד בפני חבירו יעו"ש מילתא בטעמא וא"ך גם כאן הואל וזה מכחיש זה שניהם נשבעים היסת כמ"ש שם:

ומלבד זה לגבי יצחק אפי' לא היה לפניו עד זה עכ"ז יש לנו לחייב ליצחק הנז' בשבועה בנק"ח מטעמא אחרינא דהא טבעת זה שהם חלוקים עליה אינם מודים בדמי שווייה אלא שיצחק אומר כו"ך הוא דמי שווייה ומכלוף הנז' אומר איני יודע כמה היא שוה דע"ז צריך יצחק הנז' לישבע בשבועה חמורה ששוה כו"ך כדי ליטול:

והגם דהשומע יתמה היאך מחייבין ליצחק התובע לישבע על דבר הרי מכלוף הנז' מודה שהטבעת שוה מעט דמים אלא שאינו יודע כמה וא"ך הו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכמ"ש מר"ן בסי' ץ' ס"י ובסי' רצ"ח יעו"ש עכ"ז אין מכאן סתירה לנדו"ד דהא בנדו"ד גם התובע עצמו מודה שאין מכלוף הנז' יודע כמה היא שוה פשוט הוא דחייב יצחק לישבע שבועה חמורה ויטול וכמ"ש הש"ך בסי' ץ' סקנ"ח דהיכא דהתובע מודה שאין הנתבע יודע כמה היא שוה כו"ע מודו דצריך התובע לישבע יעו"ש. וא"ך הואל וצריך לישבע בשבועה חמורה על דמי שווייה צריך לישבע ג"ך בתורת גלגול שלא קבלה מיד שמעון הנז':

ומטעם זה ג"ך דצריך לישבע על דמי שווייה כמה היתה שוה פשוט הוא דצריך שמעון לישבע תחילה דהגם דמצינו להרב הש"ך בסי' קכ"א סקמ"ז דהיכא דצריך המלוה לישבע בנק"ח המלוה נשבע תחילה משום שהשליח יאמר שמא לא ישבע המלוה ולא תתחייב לו ממון ואם כן גם שמעון זה יכול לטעון כן עכ"ז מטעם שמא עדיין הטבעת ביד שמעון ואם ישבע יצחק תחילה שהיתה שוה כו"ך שמא אח"ך יוציאנה שמעון הנז' ולא תהיה שוה הסך שנשבע עליו ויש חלול ה' בדבר ודין זה פסקו מר"ן בסי' ע"ב סט"ו וז"ל אבל בזמן שהלוה נשבע כמה היא שוה כדי ליטול או ליפטר אז לא ינצל המלוה לעולם מלישבע שאינו ברשותו ואפי' אם מאמין הלוה למלוה אפי' אם ירצה לשלם והוא דבר המצוי לקנות דחיישינן שמא יוציא את המשכון אחר שבועת הלוה ונמצא ש"ש מתחלל ע"ך:

ואיך גם כאן אפי' אם יאמין מכלוף לשמעון שנתן הטבעת ביד יצחק עכ"ז לא נפטר שמעון משבועה ולא ישבע יצחק עד שישבע שמעון תחילה שנתן הטבעת ביד יצחק ואח"ך ישבע יצחק שדמי הטבעת הם כו"ך ובכלל שלא נתנה לו שמעון כלל ואז ישלם לו מכלוף הנז'. זהו מה שנלע"ד בזה האי שתא קרנו תרו"ם בכבוד לפ"ק פה סאלי יע"א:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קד

נשאלתי בראובן שמת והניח שט"ח אחריו שנושה בשמעון ויש בו נאמנות גמורה שהאמין הר"ש לראובן הוא וב"ך לו ולב"ך אפי' מחר"ס והן היום עמדו בני ראובן ואשתו לגבות משמעון ושמעון טוען שיקבלו היורשים חר"ס כמו דקי"ל דאין הנאמנות מועיל לגבי החר"ס ואפי' פירשה כמ"ש בסי' ע"ב ס"ו וגם טוען על האשה שתשבע הואל ואינה נכללת בכלל היורשים מ"ך: תשובה לזה הוא על מה שטען שיקבלו היורשים חר"ס

הן אמת דכך פסק מר"ן בסי' ע"א ס"ו דאין הנאמנות מועיל אפי' פירשו בפירוש לא לקבל חר"ס אלא דראיתי להסמ"ע שכתב סקט"ו הטעם משום דמ"מ לא הימניה שיגזול אותו יעו"ש הרי לפניך דהטעם הוא הואל והוא יודע בו שגזלו בזה הוא דאין סברה לומר דהימניה שיגזול אותו אבל אם יהיה הדבר בספק אצלו אם גזלו או לא גזלו בודאי דמהני נאמנותו שהאמינו וסברה זאת תהלות לאל יתברך דמיתיה ומצאתיה בס' התקנות סי' רב"י שכתוב וז"ל ושאל השואל אם יש לפטור האלמנה מן חר"ס הואל והאמינה בעלה וכו' יראה שהאלמנה זאת פטורה מחרם ומנדר שעם היות שפסקו הפוסקים שאף כשהאמין הלוה למלוה וכו' התם היינו טעמא שהלוה טוען ברי שגזלו וכו' ולא האמינו לגוזלו וכו' אבל בנדו"ד וכו' אין היורשים יכולים להחרים על האלמנה כיון שהאמינה בשעת מיתתו וכו' וחתום כמוהר"ם טולידאנו ומהר"א אלבאז זלה"ה ע"כ מצאתי בפסק אחד של רבני פאס יעו"ע וא"כ ממנו יוצא לנדו"ד נמי שאין צריכים שום חרם הואל ולוה זה אינו יודע ודאי שאביהם צוה לפני מותו ששט"ז פרוע:

גם יש לפטור היורשים האלו מחרם מטעמא אחרינא שהרי בשט"ז היה כתוב בו הנאמנות בכח ש"ח כראוי ומטעם זה לבד ג"ך די והותר שהרי ראיתי למורינו יעב"ץ זלה"ה וכמה רבנים אחרים הובאו דבריהם בספר כר"ם חמ"ר סי' קס"ה וז"ל ואין צריך ראובן לא שבועה ולא חרם ואף דאיתה בסי' ע"א ס"ו שאין הנאמנות מועיל שלא להחרים חרם התם מיירי כשהנאמנות בקנין לבד אבל אם כתוב בקוש"ח כנדו"ד אין עליהם שום חרם וכו' עכל"ה וכן ראיתי שפסק ג"ך הרב כמוהר"ר יצחק ן' וואליד זלה"ה בספרו וי"ץ ח"ב שאלה משם הרב החבי"ב יעו"ש וא"ך פשוט הוא דאין על היורשים שום חרם הן מצד דספק הוא לגבי לוה אם אביהם צוה אותם הן מצד שהנאמנות בש"ח: ועל אודות האשה אם צריכה לישבע. לענד"ן דהגם דרבותינו הראשונים לא אחשבוה ליורש אלא כדין ב"ח כמו דקי"ל שאם בא ב"ח לגבות מחלק האל' צריך לישבע ואפילו יש בשטרו נאמנות דעשאוה רבנן כבע"ח מאוחר וא"ך נימא דגם אם באה היא לגבות תהא צריכה לישבע דהיא לא נכללה בכלל היורשים כדי שתהא נאמנת כיורשים עכ"ז לדעתי נראה דלדבר הזה כדין יורש חשבינן לה דהא כפי האמת נוטלת מחצה בכל הנכסים ואין היורשים יכולים לסלקה במעות בעד חלקה וכדין יורש שאין אחיו יכולים לסלקו וא"ך פשוט דחשיבה כיורש ולא עשאוה כב"ח אלא דוקא לטובתה כדי להצריך שבועה למי שבא ליפרע מחלקה הואל ומדין תורה צריכה היא ליפרע קודם לו ורבותינו מתקני התקנה אמרו דלא תטול שום דבר עד אחר פריעת ב"ח א"ך לפחות נימא דצריך לישבע אבל לכגון דא בודאי דליורשת תחשב הואל וסו"ס נוטלת חלק בו כיורשים:

ובר מן דין הרי מצינו בשט"ז כתוב והאמינו לו ולב"ך ומצינו לרבינו הטור בסי' ע"א ס"ל שכתב וז"ל כתב רב אלפס זלה"ה בתשו' מי שהאמין בשטר הוא וכל ב"ך היורשים נמי נאמנים כי הם באים מכחו ומקבלי מתנה נמי בכלל ב"ך הם ולא אימעיטו אלא ממילת יורשיו הוא דלא נכללו גם הם וא"ך אשה זאת אפי' לא חשבת לה ליורש עכ"פ בודאי לא גרע כחה מלוקח ומקבל מתנה וקרוב הדבר לומר דהואל ואחשבוה לבע"ח ובעד חובה זכתה בחצי הנכסים ובחצי השטרות א"כ הוי כאלו לקחתם בחובם מן היורשים וכמו דלוקח דיורש הוא נאמן גם זה תהיה נאמנת:

ועדיפא מזה אנא אמינא דאשה עדיף כחה מן הלוקח דהא הלוה בשעת חיובו למלוה אינו ברור לו שהמלוה ילך וימכור שטרו לאחר ומן הראוי איכ"ל דלא אסיק אדעתיה להאמין ללוקח ועכ"ז אמרי' הואל וכתב לו לו ולב"ך גם לוקח בכלל כ"ש אשתו של אדם שידוע לכל שיש לה שליטה בנכסיו בין בחייו בין במותו. בחייו כמו שפסק מהריט"ץ בסי' ק"פ ברין אשה שהלך בעלה למדינת הים דפסק הרב הנז' דאחר ג' חדשים יכולה היא לתבוע ללוים של בעלה שיש לו עליהם שטרות ואינה צריכה הרשאה יעו"ש. ובמותו כדאמרן דיש לה מחצה בנכסים כשאר היורשים וא"ך פשוט הוא דהלוה מעיקרא אסיק אדעתיה ששט"ז עתיד לבוא ליד האשה יותר מדאסיק אדעתיה לבוא ליד הלוקח וא"ך פשוט הוא לדעתי דלא גרעה מלוקח ודמייא האי מילתא למאי דקי"ל כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד ויהבי בה טעמא הואל ואשתו שרויה עמו בודאי אדעתא דהכי הפקיד בידו והוי מי שהפקיד ביד הבעל כאלו הפקיד ביד האשה ותהא האשה נאמנת לומ' ננגב או נאבד או נאנס כל חד כדיניה ויפטר הבעל יעו"ש בסי' רצ"א הרי לפניך דמאי דאסיק אדעתיה של אדם להיות אמרי' בודאי דאדעתא דהכי נחית וא"ך גם כאן הואל ושטרי המלוה רובם ככולם באים ליד האשה ע"י מיתת הבעל בודאי מאי דנתחייב מעיקרא לו ולב"ך בודאי דהאשה היתה בכלל כל אלו ולית דין ולית דיין ופשט הדברים כך שמתחייב למי שיבוא מכחו ובודאי גם היא מכחו אתייא: אחרי זאת ראיתי להר"ב מוהרא"ב קורייאט זלה"ה בספרו הבהיר ברית אבות בחלק אבן העזר שאלה צ"ב שהביא שאלה אחת ותשובה של חכמי מראק"ס ובתוך דבריהם כתוב וז"ל תשובה הא ודאי מילתא דפשיטא שאם באה האלמנה לגבות חלקה דין הוא שאינה נוטלת כי אם בשבועה וכמ"ש בפס"ד של חכמי המערב זלה"ה שאם ב"ח בא לגבות חובו מחלק האלמנה אף שהאמינו המלוה עליו ועל ב"ך האלמ' אינה בכלל ב"ך אבל מחלקי היורשים יכול לגבות בלא שבועה שגם שהגריעו חכמי התקנה כח האשה. היינו בענין קדימה דוקא שבע"ח קודם לגבות יותר אבל לענין השבועה צריך שבועה עכ"ד

והכא בנדו"ד כשתבוא האל' לגבות מהלוה שאין לה נאמנות עליו מאחר שאינה בכלל ב"ך ג"ך צריכה שבועה עכ"ל של חכמי מראק"ס והרב הנז' כמהרא"ב קורייאט תמה עליהם מאי שטייה לשבועה זאת ותוכן דבריו הוא דהגם שנניח דאשה זאת כדין ב"ח היא הרי לא זכתה אלא מכחם שהגבו אותם בשט"ז והוי כאלו היורשים הם שהוציאוהו והם יש להם נאמנות עליו דהרי היורשים הם שזכו בו ועליהם היא השבועה ולא האשה דאין לה זכות אלא בעלת חוב ומכחם קאתייא ולבסוף העלה דאינה צריכה שים שבועה ע"ך תוכן דבריו ואשר אני אחזה הגם שתלי"ת נתכונתי לדינא כפסקו של הרב מהרא"ב קורייאט ז"ל עכ"פ מאד צר לי איך לא זכר שר ממה שכתבתי אני ענף לעיל דיש לחלק דהגם דלגבי ב"ח אמרו שצריך לישבע לגבי דידה אין ללמוד משם הואל וסו"ס עתידה ליטול חלק בו ואין יכולים לסלקה במעות הוי דינה כיורש ולא אמרו שם דצריך הבע"ח לישבע אלא לטובת האשה וגם ביותר מזה דהיאך יגרע כח האשה מכח לוקח דעלמא דקי"ל דלוקח בכלל ב"ך כמ"ש ואדרבא כתבתי דאשה עדיפא. ואפשר דהרב הנז' דלא חלק עליהם מהני טעמי שכתבתי משום דדעתו של הרב הנז' לעקר הדבר משורשו ולומ' דלא מיקרייא האשה היא מוצאת השטר על הלוה אלא היורשים הם שהוציאוהו והיא לא זכתה אלא מכחם וכמ"ש בדבריו:

ואחרי מופלג ראיתי להרב הנז' שכתב בדף קנ"ז ע"א וז"ל מ"כ לחכמי מראק"ס זלה"ה בתשו' שאלה וז"ל ולענין שאלה השנית מנהגינו מימי רבותינו הקודמים שאין הנאמנות מועיל לגבי הלוקח שט"ח ומעשים בכל יום שמזקיקין אותו הלוקח שבועה שלא נפרע כדין שטר בלי נאמנות עכ"ד ובסו"ד כתב וז"ל ורבני מקנאס"ה הראשונים זלה"ה הפך מזה וז"ל אם יש בשטר נאמנות עליו ועל ב"ך ויחרם על השליח ויפרע המלוה שטרו שהרי שלוחו בכלל ב"ך והרי השליח טוען ברי עכ"ל הרי לפניך דרבני מקנא"ס סבירא להו דגם השליח הבא בהרשאה הוי בכלל ב"ך אפי' אם יטעון עליו שפרעו בידו נגד סברת חכמי מראק"ס כ"ש לענין אם יאמר לו שישבע שלא צוהו המלוה שנפרע בודאי דלוקח עצמו פטור וכפסק הטור שכתבנו וגם בשליח גם הוא בודאי מודו חכמי מראק"ס לחכמי מקנאס"א לענין זה: איך שיהיה למאי דאתן עלה הוא הרי ביררתי לך דגם השליח הוי בכלל ב"ך א"כ אשה זאת למה יגרע כחה מן הראוי הויא כיורש לדבר זה ולפחות לוקח או שליח והיא עדיפא משליח שהרי אינה צריכה הרשאה סוף דבר לדעתי פשוט דפטורה ואפי' מי שירצה להתעקש בדבר זה בראותו פסקי מראק"ס שהבאתי לעיל הרי שוברו בצדו שהרב מהרא"ב קורייאט ז"ל חלק עליהם בטוט"ד וא"ך הוי מחלוקת בשבועה ואנן קי"ל דכל היכא דאיכא מחלוקת אי חייב שבועה לא עבדינן עובדא לחייב

שבועה יעו"ש בש"ך סי' פ"ז סק"י וכן ראיתי להרב מהריב"ו דפסק האי דינא בספרו וא"ך גם אפי' נניח הדבר זה במחלוקת שנוי לא עבדינן עובדא לחייב שבועה:
ואין לומר דלא אמרו דמחלוקת דרבוותא בשבועתא לא מחייבינן שבועה אלא דוקא היכא דהוה תפוס ולכך פטור משום דיכול לומר קי"ל אבל היכא דבא להוציא כגון נדו"ד דבאתה האשה להפרע מן הלוה ומצינו שחכמי מראק"ס חייבו שבועה לאשה והרב מהרא"ב קורייאט ז"ל פוטר וגם ב"ד של מקנאס"א כך נראה מפסקיהם וא"ך יכול הלוה לומר קי"ל כחכמי מראק"ס דמחייבי שבועה לאשה. לזה אמינא דלאו מילתא היא דהא מילתא זאת הביאנו אותה משם הש"ך ומצינו להש"ך בסי' פ"ז סק"י דהביא לסברה זאת משם הרא"ש שהביא דבריו רבינו הטו"ר באהע"ז סי' צ"ז שכתב שם רבינו הטור דהמושיב אשתו חנונית מחלוקת הפוסקים אם יכול להשביעה קודם שתתבע כתובתה וכתב שם הרא"ש כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייב שבועה ע"ך והכי פסק מר"ן בקצר בסי' צ"ז ס"ב יעו"ש דאינו יכול להשביע את האשה והתם בבאה האשה ליטול ממון מן הבעל קמיירי כדמצינו להרב מהרי"ט זלה"ה דפירשה בבאה האשה ליטול מן הבעל ועכ"ז לא חייבו האשה לישבע מכח שהבעל מוחזק בממון והיא באה ליטול עכ"ז לא יוכל להשביעה: והילך פסק הרב רבינו מהרי"ט זלה"ה בח"א סי' קנ"א וז"ל ולענין פסק הלכה הנה החכם המורה וכו' אבל היכא שהתובע מוחזק כנדו"ד שהמפקיד תפוס בנכסי הנפקד ואומר השבע לי וטול בזה צריך ללומדה ממקום אחר ומנא אמינא לה מההיא דסוף פרק הכותב דאמר ר"ש כל זמן שהיא תובעת כתובתה יורשים משביעים אותה והרי"ף פסק כת"ק ורבינו חננאל ורבינו תם פסקו כר"ש וכתב הרא"ש ז"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן עובדא לחייבו שבועה אע"ף שהאשה באה להוציא לא מחייבינן לה שבועה מספק עכ"ל הרי לפניך דההיא דהמושיב אשתו חנונית אפי' בבאה ליטול מן הבעל או מן היורשים קמפרשה מהרי"ט ז"ל ועכ"ז פסקי' לה דתטול בלא שבועה ושבועת בן בית דרמייא עלה לא תשבע אלא עד עת בא גביית כתובתה ואזי תטול בשבועה וכן משמע מפסק ר"ת שהביא הטור שם באהע"ז בסי' צ"ז באותה אשה דמשמע בבאה ליטול ג"ך קמיירי איך שיהיה הרי בירורנו מדברי מהרי"ט דאפי' בבא ליטול עכ"ז יכול לומר התובע קי"ל ויטול בלי שבועה וא"ך גם כאן באשה זאת הבאה ליטול מן הלוה של בעלה אדרבא היא יכולה לומ' קי"ל כסברת הרב מהרא"ב קורייאט וכחכמי מקנא"ס דפטרי בשליח ומכ"ש באשה ותטול בלי שבועה:
והגם שראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בסי' פ"ז סקט"ז שכתב וז"ל כתב הש"ך היכא דאיכא שני דעות אי חייב שבועה יכול לו' קי"ל כמאן דפוטר וכתב המש"ה דוקא אם

הוא מהנשבעין ונפטרים דהוא מוחזק יכול לו' קי"ל עכל"ה וא"ך איכ"ל הואל והרב ז' מאמר קדישין ס"ל דדוקא במוחזק קמיירי אבל היכא ד שאינו מוחזק אדרבא המוחזק שהוא הלוה יכול לומ' ת קי"ל כחכמי מראקי"ס דמחייבי שבועה:

עכ"ז הסברה נותנת לפסוק כסברת מהרי"ט דאפי' ליטול קמיירי דהא הש"ך כתב וז"ל ועיין בתשו' מהרי"ט סי' קנ"א באריכות דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אם חייב שבועה פטור דמצי למימר קי"ל כמאן דפוטר וכן הוא בתשו' אב"ן ל"ב זלה"ה ומהרשד"ם ומהר"י לבית לוי ומהרי"ק זלה"ה וכמה פוסקים הרי לפניך דכבר בירורתי לך דמהרי"ט ס"ל דאפי' בבאה האשה ליטול קמיירי וכתב הש"ך דהרבה פוסקים כמהרי"ט א"ך ש"מ דכמו דמהרי"ט פסיק ליה אפי' בבאה ליטול ה"ה גם שאר פוסקים הכי ס"ל וא"ך לא שבקינן הני חבל נביאים דפטרי משבועה וניקום אנן וליחייבו שבועה כאותה סברה שהביא הרב מאמ"ר קדישי"ן דיחידאה היא:

ומה גם דבנדו"ד לא שייך לומ' קי"ל דהא חכמי מראקי"ס שכתבו דהאשה נשבעת ומהרא"ב קורייאט חלק עליהם בטו"ט וסברה נכונה ותמיהה גדולה כמו שתראה בס' הרב הנז' בחלק אבן העזר שאלה צ"ב והואל וחלק עליהם והוכיחם על פניהם בתמיהותיו ולא באה תשובתם על דבריו כמו מנהגו בספרו שמביא תשובת החולקים ומשיב עליהם א"ך איכ"ל דחזרו בהם ומאן לימא לן דלא חזרו בהם הואל והוכיחם בדברים נכוחים ותן לחכם ויחכם עוד וא"ך בודאי אין לנו לפסוק כמותם הואל ואחד מיוחד בדורו השיבם על פניהם בסברה נכונה בודאי דכוותיה נקטינן דהא מצינו להרב כנה"ג והביא דבריו ג"ך הרב גו"ר ארי"ה בסי' כ"ה בקצת דינים מחודשים של הקי"ל שכתב וז"ל אין לומ' קי"ל אלא כשהפוסקים לא ראו זה את זה אבל חכמים הנקבצים ונפל מחלוקת ביניהם אין אומרים קי"ל אלא אזלינן בתר רובא מהר"א ן' ששון הרי לפניך דדוקא בחכמים שאינם רואים זא"ז הוא דאמרינן קי"ל ומילתא בטעמא דהואל ואינם רואים אנן אמרינן אי הוו רואים זא"ז בודאי דחד מינייהו הוה מודה לחבריה אבל ברואים הואל וכל אחד סידר ראיותיו ולא נראו לפני הרוב אזלי' בתר רובא וא"ך גם כאן הואל והם רואים זא"ז והם פסקו שחייבת שבועה והוכיח אותם בתמיהה עצומה וכו' ולא מצאנו להם מענה ע"ז בודאי דאין סברתם סברה:

ואל תשיבני דגם נדו"ד דמחלקתו של הרב מהרא"ב קורייאט עם חכמי מראקי"ס לא היתה ברואין זא"ז דהא הם כתבו פסקם ובא ליד הרב הנז' לעיר מוגאדו"ר יע"א וכתב עליהם מה שכתב א"ך ש"מ דלא היו בעיר אחת אין זה דקדוק והרי מצאתי ארוכה ומרפא. והילך דברי הרב צדי"ק וישי"ר הוא זלה"ה שכתב בפסקו הבהיר וז"ל ומסתברה

ודאי דה"ה והוא הטעם כשהם מתווכחים בכתב וראו אלו את דברי אלו וראו הכת האחת דברי הכת השנית דשפיר חשיב כאלו הם נקבצים יחד דמאי שנא ויכוח בכתב לויכוח בעל פה ואדרבא עינינו הרואות דסתם ת"ח כשהוא מדבר בפיו הוא מרבה טענות ומילין שאין בהם ממש אבל כשהוא מגיע לכתוב על הספר ובידיו הוא מדקדק מאד בדבריו כדי שלא יפול משערות ראשו ארצה וקרוב לודאי אצלי כי בקרב ימים ראיתי סברה זו בספר אחד מספרי האחרונים ולא נשאר רשום בזכרוני מבטן מי יצאו הדברים ולא ע"ט האס"ף ואיך שיהיה עדותי זו כי כך ראיתי בספר אחד מספרי האחרונים שכך הוא ויכוח בכתב כמו בע"ף כשהם נקבצים עכ"ל הרב הנז':

עלה בידינו מהמקובץ דהואל ומהרא"ב קורייאט הנז' השיבם על פניהם בכתב ודחויה קרי לה לאותה סברה ובודאי פשוט דתשובתו הלכה אליהם כי קרובים הם מוגאדו"ר ומראקי"ס ובפרט כך היא דרכם של בעלי דינים כשכותבים להם ב"ד הפסק לחייבם הולכים ומבקשים אם יש להם שום זכות בב"ד אחר וכשהם מוצאים שום זכות כותבים ומביאים לב"ד שחייבו אותם וא"ך גם כאן שכתבו הם הפסק והוא חלק עליהם ודאי מן הראוי אם היתה אליהם שום תשובה היו משיבים אותו ואף הוא ישיב אמריו אליהם ופשוט הוא דלא מצאו אנשי חיל ידיהם להשיב על דבריו דאם היה להם שום תשובה היה הרב הנז' מעלה אותה על ספרו וסותר אותה כדרכו של הרב הנז' שמביא בספרו מה שמושיבים על תשובותיו וסותר דבריהם ואפי' אם המשיבין ממקומות רחוקים כמו שתראה בספרו כמה מקומות וא"ך מכ"ש שחכמי מראקי"ס הם קרובים אליו יום או יומים בודאי דאם היתה להם שום תשובה היתה מגעת אליו והיה מעלה אותה על ספר ומדראינו דלא עלתה שום תשובה דידהו על ספר בודאי לא מצאנו מענה וא"ך קם דינא כדברי מהרא"ב קורייאט הנז'. זהו משנלע"ד כי בדעתי פשוט הוא וצוויי"ם וימ"ן סאלי יע"א הצעיר החותם בסדר כה' ת'א'מ'ר מ"ר לב"ית יעקב' ש"ש התרמ"ה לפ"ג הצב"י:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קה

מי שנתחייב שבועה בנק"ח דפסק מר"ן בסי' פ"ז דמאיימין עליו קודם שישביעוהו וכו' נ"ל דאם השביעוהו בלי איום א"ץ לחזור ולישבע וראיה לזה ממה דקי"ל דאם קפץ ונשבע א"ץ לחזור ולישבע וכמ"ש מר"ן שם בסט"ו וז"ל ואם לא אחז בידו אלא תפלין א"ץ לחזור ולישבע וכו' והתם דוקא בדיעבד קמיירי וכמ"ש שם הסמ"ע סק"מ והיאך מצינן למימר נשבע בדיעבד. היינו בשקפץ ונשבע מעצמו קמיירי ובודאי דלא איימו עליו

וכמו שמשמע מפשט הלשון דנשבע בתפלין דמיירי בדיעבד דמשמע דמצד עצמו קפץ ונשבע בלי דעת הב"ד או העדים המשביעים קפץ ונשבע בתפלין ועכ"ז קתני א"ץ לחזור ש"מ דהאיום אינו אלא לכתחילה ובדיעבד אם לא איימו א"ץ לחזור גם יש להביא ראיה מהא דפסק מר"ן בסכ"ב דבשבועת היסת א"ץ איום יעו"ש ומצינו למור"ם בסי"ג שכתב וז"ל ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נק"ח בלי חפץ הרי טעות משנה וחוזר ע"ך הרי דוקא אם השביעוהו היסית במקום נק"ח הוא דחוזר ואי אמרת אם השביעוהו בנק"ח בלי איום צריך לחזור ולישבע למה נקטו דאם השביעוהו בהיסת צריך לחזור ולישבע דאית בה תרתי דאין בה איום ואין בה נק"ח ת"ל דאם אפי' השביעוהו בנק"ח בלי איום צריך לחזור, ולישבע אלא בודאי דאם לא איימו בנק"ח אין צריך לחזור ולישבע: וכן יש להביא ראיה מפורשת ממאי דאיתא בנדרים דף כ"ה ההוא דאתא לקמיה דרבא דהוה מסיק בחבריה אמ"ל רבא ללוה זיל פרעיה א"ל פרעתיה א"ל רבא א"כ זיל אישתבע ליה דפרעתיה אזל אייתי קניא ויהיב זוזי בגווה והוה מסתמיך בה ואזיל לבי דינא א"ל למלוה נקוט האי קניא בידך נסיב ס"ת ואשתבע דפרעיה כל מה דהו"ל בידיה ההוא מלוה רגז ותבר לקנייא ואשתפיך הני זוזי לארעא ואשתכח דבקושטא אשתבע עכ"ל הגמ' הצריך ושם הקשו התוס' ז"ל למה הוצרך למינקט ס"ת בידיה הא שבועת היסת לא צריכא למינקט חפצה בידיה ותירצו דמודה במקצת הוא יעו"ש ובמס' שבועות דף כ"ט הקשו התוס' ג"ך על רבא ממאי דתנן התם בברייתא כשמשביעין אותו אומרים לו הוי יודע שלא על דעתך אנו משביעים אותך אלא על דעתינו ועל דעה המקום וא"ך רבא בודאי ידע מברייתא והיאך לא א"ל שלא על דעתך וכו' ותירצו דהתם בקפץ ונשבע ולא הספיק רבא לומ' לו שלא על דעתך וכו' עד שנשבע כו' יעו"ש ומצינו כאן למר"ן דתני האי מילת שלא על דעתך אנו משביעים אותך תני לה בכלל האיום והרי בדברי התוס' מוכח דבקפץ ונשבע הויא שבועתו שבועה ואין לומ' דאין ראיה מאותו מעשה דרבא ראיה דאיכ"ל דאם לא נמצאו מעות בקניא הוה מהדר ומשביעו הואל ולא איים עליו ולא אמ"ל שלא על דעתך וכו' דזה לא יתכן דא"ך כשנשבע מעיקרא ע"י קפיצה למה רגז אותו מלוה ותבר לקניא הרי רבא באותה שעה שנשבע אם היה צריך להחזירו לישבע מחמת שלא איימו ובודאי דרבא היה אומר לו דאותה שבועה אינה כלום וא"ך אותו מלוה למה הקדים הרוגז הואל ועדיין קצת תוחלת שמא לא ישבע ע"י האיום אלא בודאי דרבא פטרו ולכך רגז אותו מלוה. ועוד דאי אמרת דהיה צריך לישבע פעם אחרת א"ך בודאי דלוה זה שהקדים ונשבע בודאי דעם הארץ היה ולא ידע בדיני השבועה אם צריך לחזור מחמת שלא אמרו לו וכו' ובשביל זה נדמה לו שיפטר בשבועה זאת וא"ך

אי אמרת דבעם הארץ עסקינן א"ך מאי מקשו שם התוס' בנדרים דלמה הוצרך לישבע בנק"ח הואל והוא כופר בכל ותירצו התוס' בדוחק דבמודה מקצת קמיירי למה הוצרכו לזה הרי היו יכולים לומר דהואל וקפץ ונשבע מצד עצמו לא ידע אם צריך נקיטת חפץ או לא אלא בודאי דלאו בשופטני עסקינן אלא בגברא דידע בדיני התורה ועכ"ז קפץ ונשבע ונפטר אפי' בלי איום א"ך ש"מ דהאיום אינו אלא לכתחילה. אחרי זאת ראיתי להרב גו"א בסי' פ"ז סקט"ו שכתב וז"ל מחוייב שבועה שקפץ ונשבע חוזר ונשבע ע"ד ב"ד עיין אלשיך קצ"ט עכ"ל ואין בידי ספר מהר"ם אלשי"ך ז"ל לעמוד על דבריו דלדעתי נראה דמראיות שכתבתי דא"ץ לחזור ודו"ק: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קו

בעל חוב שיש עליו חובות הרבה ומקצתם אינם לפנינו ולא בא עתה לתבוע אלא אחד מהו הדין אם צריך להניח לאחרים חלקם או מגבינן למאי דקמן: דין זה במחלוקת הוא שנוי לדעת הגהות מיימוניות ולדעת הב"ח הביא דבריו הש"ך סי' ק"ד גם הרב זכו"ל באות ג' הביא משם ספר צ"ץ דמפרישין חלק למי שאינו לפנינו אכן הרב"י כתב בסי' ק"ד אחר שהביא מ"ש בתשו' הגהות מיימוני דאין הדיין יכול לכוף לפרוע לאחד המטלטלין וכו' כתב הוא וז"ל ותמיהני על דבריו שאם אחד מבע"ח במדינת הים יפסידו האחרים ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבוא האחר ולקתה מדת הדין. ועוד דא"ך לא לישתמיט חד מהפוסקים לכתוב כן הילכך נראה דליתא להההיא תשובה אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין אותו לפורעו עכ"ל וא"ך הואל ומצינו להרב"י חולק על אותה תשובה דס' משפטים וכתב עליה דלא מסתבר כן בודאי דכוותיה נקטינן וכמו דקי"ל דאזלי' בתר מר"ן ב"י אפי' בפסקיו בב"י וכמו שבא הדבר מפורש בס' שד"ה האר"ץ בחומ"ש שכתב וז"ל ואני אומר כי אנו בני א"י דגרירי בתר פסקי מר"ן הכי נקטינן כסברת הב"י יעו"ש דהכי נקטינן והכי מפורש נמי בכתבי הרב פתחיה בירדוגו זלה"ה הובאו הדברים בס' יי"ץ בסוף ליקוטיו יעו"ש וא"ך בודאי דכוותיה דמר"ן הב"י נקטינן: ואין להשתבש ולומ' דעד כאן לא אמר הרב"י דמגבינן למאי דקמן אלא אם יהיו בע"ח שאינם לפנינו במדינת הים וכדומה וכמו שנראה לכאורה מדבריו שכתב וז"ל ותמיהני על דבריו שאם א' מבע"ח במ"ה יפסידו כולם וכו' עכל"ה זה שיבוש דהא מר"ן הב"י בא לחלוק על תשו' דס' משפטים ושם אינו מפורש אם היו בע"ח במ"ה או קרובים לפנינו אלא דפסק ותני סתם דאם מקצתם אינם לפנינו אין מגבים לזה שלפנינו הכל וע"ז בא לחלוק עליו ולאלם סברתו כתב כן דלפעמים אם יהיה א' מבע"ח במ"ה האם נאמר שזה שלפנינו

יפסיד הלואתו ולקתה מדה"ד אבל לעולם הוא פליג אפי' אם יהיו כולם בעיר אחת ולא בא לתבוע אלא אחד מגבינן להו וכמו שנראה מדבריו שכתב לבסוף וז"ל אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין אותו לפורעו יעו"ש שלא עשה שים חילוק ש"מ דבתרווייהו פסק ותני בין אם יהיו קרובים או רחוקים מגבינן למי שהוא לפנינו:

ועוד דאי אמרת דמר"ן הב"י עצמו אית ליה חילוק בין השאר בע"ח לפנינו או שהם במ"ה א"ך יש להקשות על מר"ן הב"י שתמה תמיהה גדולה על התשו' הנז' והוצרך לחלוק עליה הלא יכול לקיים דברי התשו' דס' משפטים בבע"ח שאינו במ"ה או בדרך רחוקה אלא הוא לפנינו על כן יש לנו להמתין עד שיבוא או מפרישין לו חלקו אבל אם הוא במ"ה נימא דגם תשובת מיימו' מודו לזה אלא בודאי דהרב"י לא ס"ל א לחלק ביניהם שום חילוק ולעולם ס"ל דמי שבא ראשון גובה ואין לנו לעכבו בלי פירעון בשביל בע"ח שאינם לפנינו:

גם יש לדקדק זה ממ"ש מור"ם בסי' ק"ד ס"א בשם תשו' רשב"א וז"ל מאוחר שבא לגבות קרקע גובים לו וכשיבוא זמן ראשון לגבות יטרוף ממנו ודוקא כשבא לגבות מקרקע אבל כשבא לגבות מטלטלין יוכל בע"ח ראשון לטעון שלא להגבותם פן יבריחום או יפסידום ועוד דאם יגבם המאוחר לא יוכל המוקדם להוציא ממנו אבל אם הלוה עצמו נותנם לו י"א דאין בע"ח המוקדם יכול לגבות עכל"ה הרי לפניך דדוקא בעומד מלוה הראשון וצווח הוא דחיישינן ליה הא אם אינו לפנינו או עומד ושותק לא משגיחינן ביה הגם דזה גובה המטלטלין ואינו יכול להוציא מידו:

ואל תשיבני דשאני התם דחלקנו בין עומד וצווח לשאינו צווח כגון שאינו לפנינו או הרי הוא לפנינו ועומד ושותק דוקא אם עדיין לא הגיע זמנו אבל היכא דהגיע זמנו ובר פירעון נימא דאית ליה למור"ם דמודה ואזיל לסברת תשו' דס' משפטים זה אינה סברא דהא אפי' בתוך הזמן עצמו במקום שעומד וצווח שלא יגבה המאוחר פן יפסידם פסק דהדין עמו וא"ך הדר דינו להיות כלאחר הזמן וא"ך לאחר הזמן שמוטל עלינו לחוש לפסידא דידיה ולברר לו חלק בראש א"ך גם בתוך הזמן עצמו יש לנו לחוש אלא בודאי דלא משגיחינן ביה כל זמן שאינו לפנינו עומד וצווח בין בתוך הזמן בין לאחר הזמן. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן אכי"ר:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קז

ראובן היה נושה בשמעון סך מה וכשתבעו לא מצא בידו ממה לגבות ולא נמצא בידו כי אם שטר אחד שיש לו על לוי ועמד שמעון וכתב לו לראובן עליו כתיבה ומסירה ותפס השטר ראובן ועדיין לא גבה בו ממנו כי ראובן ג"ך הוא מחוייב בשטר אחד ללוי וע"ז עדיין הדבר תלוי ועומד והן היום באו בע"ח של שמעון מוקדמים ומאוחרים לראובן ותובעים לראובן שיחלוק עמהם השטר כי השטרות אין בהם תפיסה ע"ך:

תשובה לזה אמת נכון הדבר דתפיסת השטרות לא מהנייא אפי' למוקדם שתפס וכמ"ש מור"ם בסי' ק"ד ס"ג וז"ל מיהו אם תפס שטרות אפי' המוקדם לא הוי כתופס ממון ויחלוקו עכ"ל אלא דבנדו"ד מצאנו משען ומשענה לראובן זה לזכות הוא לבדו בשט"ז ואין לזרים אתו דהא מצאנו למר"ן בב"י שהביא תשובת הרשב"א בשאלה תתקי"ד דממנה מוכח דאם הלוה כתב ומסר לב"ח אפי' מאוחר זכה בתפיסתו יעו"ש והרב ש"ך בסק"ח הביא סברת הרשב"א זאת וכתב וז"ל מיהו אם תפס השטרות וכו' ואם נתן לו הלוה כתיבה ומסירה עיין בתשו' הרשב"א עכ"ל הרי לפניך דכוונת הש"ך לומ' דדינא דמור"ם איירי בדלא כתב לו מסירה אבל בכתו"ם דינו הוא בהרשב"א וכבר כתבנו דלהרשב"א מהני כתו"ם אפילו למאוחר וא"ך גם כאן הואל ויש כתיבה ומסירה ודאי זכה וכן ראיתי ג"ך להרב כנה"ג שכתב משם מהרימ"ט דאם הקנה לו בכתו"מ קנה הובאו דבריו בס' כר"ח סי' פ' יעו"ש:

זאת ועו"א דהא אפי' כתב מור"ם דתפיסה בשטרות לא שמה תפיסה דוקא אם עדיין לא גבה התופס מהלוה אבל אם גבה כבר ודאי דהדר דינו כמו שתפס מעות דזכה בהם המאוחר דכן מבואר מדברי רי"ו שממנו חוצבה הג"ה זאת הביא דבריו הרב"י בסו"ס ס"ד ומשם יתברר לך דרבינו ירוחם איירי בתפס בלי שום קנייה מן הלוה דידיה ובשביל דלא נקנה לו השטר בקנייה גמורה לכך לא זכה אבל במקום דנקנה לו מה שבשטר כגון אם גבה בודאי דזכה ואין להוציא מידו ומעיקרא רציתי לברר כן מדברי הסמ"ע דסי' ק"ד סק"י דיהיב טעמא לדברי מור"ם אלו דכתב דאין בשטרות תפיסה וכתב איהו וז"ל דלא מיקרי קדם וגבה דהא עדיין נשאר גוף השעבוד אצל הלוה וגם אם ירצה המלוה למחול מצי מחיל ע"ך א"ך מדברי הסמ"ע אלו מוכח דטעם התפיסה בשטרות דלא מהנייא אלא במקום דיכול למחול דון מינה כגון אם קדם וגבה דלא נשאר לו מה למחול ולא שום שעבוד עליו בודאי דזכה:

אלא דראיתי דדברי הסמ"ע אלו יש בהם פקפוק חדא דבמה שכתב הואיל ויכול למוחלו וכו' הרי הש"ך השיגו בסק"ח וכתב עליו דדבריו אינם בדקדוק דהאמת הוא דאינו יכול

למחול הואל ונשתעבד מדר"ן וא"ך מדברי הש"ך יש לנו לומ' דאפי' במקום שאינו יכול למחול ונסתלק שעבודו דלוה עכ"ז לא קנה התופס את השטר וא"ך יכולים אנו לומ' דאפי' בכהאי גונא שקדם וגבה ולא נשאר שום זכות ושעבוד ללוה זה על הלוה דידיה עכ"ז לא זכה התופס אפי' תפס המעות:

אלא דבלא דברי הסמ"ע הרי מדברי מר"ן עצמו מפורשת סברא זאת דהא כתב מר"ן בסי' ס"ו סי"ז דאם מכר השטר במסירה ולא כתב לו קני לך וכו' דבענין זה לא נקנה השטר ללוקח עכ"ז אם כבר פרע הלוה ללוקח זכה הלוקח ע"ך הרי לפניך אפי' במקום דלא קנה השטר עכ"ז אם כבר גבה זכה במה שבידו ואפי' למאי דמחלק שם מור"ם דבעינן לומ' בע"פ קני לך הלא"ה אפי' תפס לא קנה הלוקח והמוכר מוציא מעותיו מיד הלוה. לא אמר חלוק זה אלא בלוקח ומוכר דעלמא דלא היה ללוקח שום זכות בשטר זה אבל כגון דא דהיה הלוה משועבד לתופס זה מדר"ן ודאי דלא צריך:

ועדיפא מזה סיים מור"ם שם וכתב ואם הלוה יכול לשלם אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח כלום הואל ותפס יעו"ש וא"כ מכ"ש נדו"ז שהיה מקודם משועבד לו לוה זה מדר"ן ונוסף גם הוא תפס מעות ואין ללוה בזה לשלם פשוט דמעות זה נקנו קנין גמור אהדר דיני כדין מה שגבה גבה: וכן ראיתי שבא הדבר מפורש בפשיטות בס' כנה"ג הגהות ב"י סו"ס ס"ד משם מהרימ"ט דאם כבר נפרע מי שבידו השטר זכה יעו"ש בס' כר"ח ס' פ' ששם הובאו דבריו יעו"ש איך שיהיה נקטינן מכאן דאם כבר גבה התופס את השטר גבייתו גבייה ובנדו"ד הגם דעדיין לא גבה ראובן זה התופס עכ"ז כאלו גבוי ועומד הואל ולוה זה שכתוב עליו השטר נושה בו א"ך חשיב כאלו פרוע ודבר זה בא מפורש בדברי הש"ך בסי' ס"ו סקע"ד וז"ל כתב בתשו' מהר"א ן' חיים ז"ל בנתן שט"ח ללאה ולאה חייבת ללוה דכה"ג לא מהנייא מחילה דהא ודאי במוכר שט"ח גובה מקבל השטר עד שלא מחלו הנותן דמחילה דבתר הכי לא מהנייא והכא כיון שלאה היתה חייבת לו הרי מתנה שנתנו לה השטרות חשיבא כגבוי ועומד וכמו שנתבאר מסוגיית שנים שהוציאו וכו' ומדברי הריב"ש דסי' תצ"ו וכו' עכל"ה הרי לפניך דמהראנ"ח ז"ל ס"ל דהואל ויש ביד הלוקח או מקבל מתנה משל הלוה הוי כגבוי ולא מהנייא ביה מחילה א"ך ג"ך הואל וראובן זה יש בידו משל לוי הלוה הוי כגבוי וזכה ואין לזרים אתי: והגם דהש"ך שם דחה סברת מהראנ"ח בשתי ידים כמו שתראה שם בסוף דבריו עכ"ז אין לנו אלא דברי מהראנ"ח ז"ל שהרי מצאתי ראיתי בס' כר"ח סי' קצ"ח פסק של רבני פא"ס יע"א דפסקו בראובן שהיה חייב לשמעון בשטר ואח"ך לוה לוי מראובן בשטר וראובן מכר השטר שיש לו על לוי ליהודא ואחר זה מכר שמעון השטר שהיה לו על ראובן

ללוי הנז' וכשבא יהודא ליקח שטר של לוי לגבות הימנו טען לו כבר פרעתי לראובן שהרי ראובן חייב לשמעון ואני לקחתי השטר משמעון הדין עמו עיין מהר"י אדרב"י זלה"ה וכך היא דעת מהרשד"ם ועי' בטור סו"ס פ"ו ובכנה"ג סי' קי"א ע"ך וא"כ הואל והני להקת הפוסקים סברי מרנן כלהו כסברת מהראנ"ח ודאי כויתיה נקטינן ובפרט שהוא תפוס יכול לומ' קי"ל וכן ראיתי להרב משכנו"ת הרועי"ם דפסיק ותני כסברת מהראנ"ח נקטינן הואל והלוקח יש בידו משל לוה הואל ותפוס יכול לומ' קי"ל וא"ך קם דינא דראובן זה כגבוי דמי ואין להוציא מידו ותול"מ. זהו משנלע"ד פשוט וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קח

נסתפקתי בראובן שהניח פקדון ביד שמעון וכתב עליו שטר דכתב מר"ן בסירצ"ו ס"ב דנאמן הנפקד לומ' החזרתי במיגו שהיה יכול לומ' נגנב אם הוא ש"ח וכו' יעו"ש והנה ידוע דאם הנפקד האמין למפקיד לומ' עדיין לא החזיר לו הפקדון דינא הוא דהגם דיכול לטעון נגנב או נאנס וכו' עם כ"ז טענת החזרתי אינו יכול לטעון הואל והאמינו וע"ז ספיקא דידי מסרך ואתי בנפקד שהאמין למפקיד לומר לא החזיר לו הפיקדון ולא כתוב הנאמנות אלא שהאמין הנפקד למפקיד ולא כתב בשטר שהאמינו גם על יורשי הנפקד דקי"ל דאינו נאמן כי אם על הנפקד דוקא וכמ"ש בסיע"א סי"ז דכתב שם מר"ן בד"א דמהני נאמנות סתם לפוטרו משבועה בעוד שהלוה חי ובא לגבות ממנו אבל אם מת ובא לגבות מיורשיו לא מהני אלא איך פי' שפוטרו ממנו ומיורשיו שאז גובה בלי שבועה עכל"ה וא"כ גם כאן ספיקא דידן הוא במת הנפקד ובא המפקיד ליטול פקדונו מיד בני הנפקד אם טענינן ליתמי דילמא אבוהון החזיר הפיקדון הואל ואין למפקיד זה נאמנות על בני הנפקד או דילמא הואל ואבוהון לא מצי למיטען החזרתי גם לדידהו לא טענינן ליהו והגם דקי"ל דטענינן ליתמי כל מה דהוה מצי אבוהון למיטען במיגו וכמו שבא הדבר מפורש בסיק"ח ס"ד שכתב שם דשטר עיסקא היוצא על היתומים חלק הפקדון איני נוטלו אפי' בשבועה שכיון שאלו היה אביהם קיים היה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו וטענינן להו עכ"ל הרי לפניך דאפי' טענה דלא הוה מצי אבוהון למיטען לה אלא מכח מיגו עכ"ז טענינן להו וכן כתב ג"ך והוכיח הש"ך בסיס"ט סקכ"ו דטענינן ליתמי אפי מאו דלא הוה מצי אבוהון למיטען אלא מכח מיגו ע"ך יעו"ש עכ"ז בנדו"ד אבוהון עצמו לא היה יכול לטעון החזרתי הואל והאמין למפקיד עליו א"ך יכולני לומר דגם בניו אינם יכולים לטעון אפי' לית ליה למפקיד נאמנות עליהם מטעמא דלא עדיפי היתומים

מאבוהון והגם דכתב הסמ"ע בסיע"א סקל"א על מאי דכתב מר"ן בסי"ז דאם לא כתב לו שיהיה נאמן עליו ועל יורשיו דאם מת ובא לגבות מיורשיו לא מהני וע"ז כתב הסמ"ע בסקל"א והט' דאע"ג דאבוהון לא מצי למטען פרעתי מ"מ אנן טענינן להיורשים שאביהם פרע ואם היה הלוה חי לא היה המלוה מעיז פניו כנגדו לומר שלא נפרע ושמשום הכי המנוהו הלוה נגדו ולא המניה נגד יורשיו שירא שיעיז נגדו לכפור הפירעון שפרעהו הלוה ע"ך וא"ך גם כאן איכא למיטעי ולומר דבני הנפקד יהיו נאמנים לומר אבינו החזיר והגם דלגבי אביהן היה נאמן נימא דאביהן דהאמינו הואל ואינו יכול להעיז אבל לגבי היתומים נימא יכולים לטעון אבינו החזיר:

אלא דכד דייקת בעיני השכל רב המרחק ביניהם דהתם איכ"ל דלא אמרינן דיכולים היתומים לומר פרע אבינו אלא מכח דאותה טענה עצמה היה יכול אביהם לטעון אותה אלולי הנאמנות אזי אמרינן דאלימא אותה טענה לטעון אותה ליתומים אפילו בזמן שאין אביהם יכול לטעון אותה מכח הנאמנות אבל טענת החזרתי בפקדון דאפי' בלא הנאמנות שהאמין הנפקד למפקיד לא היה נפקד זה נאמן לומר החזרתי אלא מכח מיגו דנאנסו נימא השתא דאזלא לה טענת החזרתי לאבוהון מכח הנאמנות שהאמין למפקיד נימא דגם לבניו אחריו לא טענינן להו ועוד דע"כ לא כתב כן מר"ן בסיע"א אלא כדי להצריכו שבועה למלוה על השטר ולא לאבד לו השטר לגמרי ולבטלו אבל בנדו"ד דאם טוענין ליתמי שמא אבוהון החזיר אזי בטל השטר בזה איכ"ל דכמו דאבוהון לא מצי טעין החזרתי ומבטל השטר גם בניו אחריו לא טענינן להו:

ואמרתי אני ללבי לפשוט ספיקא דידן מזמנינו זה דאם איזה אדם מוציא שטר עיסקא על היתומים אם יש בו נאמ"ג עוי"א אזי גובה בעל המעות חלק המלוה וחלק הפקדון מן האמצע קודם חלוקה כדין בעלי חובות כולם דדינם הכי אלא דאם לפעמים לא יניח המנו"ח בעזבונו סך ממון דבענין לא יספיק חצי העיזבון לב"ח ואזי מוכרחים הב"ח ליטול יותר ממחצה במה שהניח הנלב"ע אזי הדין הוא שיצטרכו לישבע הב"ח וכבר זה בא שנוי ומשולש בדברי האחרונים רבותינו רבני פאס יע"א יעויין בס' וי"ץ סינ"א וסיקנ"ב ויהבי טעמא למילתייהו דכל זמן שיש בחצי העיזבון שיעור המספיק לב"ח אזי בע"ח יאמרו אנו לא באנו ליפרע אלא מחלק היורשים והרי כתוב בידינו נאמנות עליהם אבל אם לא יספיק חצי העיזבון לב"ח אזי צריכים הם להשלים חובם מחלק שני המגיע לאשה וא"ך הצריכוהו שבועה דחלק האשה אינה נוטלתו מכח ירושה אלא מכח חוב כתובתה שיש לה על המת וא"כ אין לב"ח עליה שום נאמנות דאין הנאמנות מועיל לגבי בעלי חובות וא"כ הגם דכתבו מתקני התקנה דבע"ח גובים חובם קודם האשה טעמא

הוא משים דעשאו לאשה כבע"ח מאוחר אבל לענין השבועה בודאי כל מי שבא לנגוע בנחלתה צריך לישבע כדין בע"ח מוקדם זהו טעמם. והנה ידוע לנו דכל שטר עיסקא היוצא בזמנינו זה אפי' נוטל יותר ממחצה בנכסים שהניח המת עכ"ז ה"ה גובה אלא דצריך לישבע הואל ונוגע בחלק האשה ואם באמת היינו אומרים דהיתומים יכולים לומר שמא אבינו החזיר היכא דליכא נאמנות על היורשים א"כ תיקשי כאן היאך בעל העיסקא יגבה שטרו אפי' בזמן שנוגע בחלק האשה הרי לגבי האשה לית ליה נאמנות וא"ך יכולה היא לטעון שמא בעלי החזיר לך במיגו דנאנסו אפי' הוא לא היה יכול לטעון החזרתי אלא בודאי דהואל והבעל דידה לא היה יכול לטעון החזרתי גם אשתו זאת אינה יכולה לטעון שמא החזיר וזו תשובה נצחת:

אלא דבכ"ז לא נחה דעתי דהא מצאתי ראיתי להרב כמוהריב"ו זלה"ה בספר וי"ץ בסיקנ"ב שכתב וז"ל שוב מצינו בפסקי הראשונים כדברי הרב הקדוש מהר"י בירדוגו זלה"ה שכתב וז"ל מצאתי כתוב שיכול לטעון הב"ח אם הנכסים מרובים אני איני תובע כי אם מחלק היורשים שיש לי נאמנות נגדם ולא אשבע ואיני נשבע אלא אם הנכסים מועטים שנוטל גם חלק האלמנה אבל אם חלק היורשים מספיק לחובו יטלנו בלי שבועה והם לישתעו דינא בהדי אלמנה עכ"ל יראה מדבריו שחוזרים היורשים וגובים מהאלמנה שאחר שנפרע הב"ח ויתחלק השאר בין האלמנה והיורשים מחצה למחצה עכל"ה למדנו מכאן דבמקום דאין לו כח לגבות מחלק האלמנה יכול לומר מחלק היתומים אני בא ליפרע וא"ך גם כאן בעל העיסקא הבא ליפרע אם היה חלק היתומים מגיע לחלק המלוה ופקדון א"ך יכול לומר מחלק היתומים אני בא ליפרע ונוטל הכל בלי שבועה ואם אינו מגיע חלק היתומים אלא למחצה בשהע"ס יכול ג"ך לומר חלק הפקדון אני בא ליטול מחלק היתומים וחלק המלוה אני נוטל מחלק האשה ע"י שבועה וא"ך אין משט' עיס' הנפרעים מן האשה והיורשים שום ראיה ולא תוכל למצוא ראיה מהם כי אם בהמצא ימצא שטע"ס שיוציא על האשה והיורשים ויהיה בו שני אופנים דהיינו שיהיה חלק האשה מרובה בירושה מחלק היורשים כגון אם היורשים הם יורשים שאינם מתאבלים דאזי האשה נוטלת שני חלקים והיורשים חלק אחד ויהיה שטר עיסקא יש בו במשל מאה דינרים והעיזבון יש בו ק' או ק"ך דינרים דאזי חלק היורשים עולה בו מ' וחלק הפקדון שבשע"ס שבידו יש בו חמשים דינרים וא"ך צריך הוא לגבות מחלק האשה גם תשלם חלק הפקדון שבשע"ס וזה לא מצינו מפורש בדברי הראשונים אם יכול לגבות חלק הפקדון מן האשה או לא ובזה עדיין הדבר צריך אצלי תלמוד:

שוב ראיתי לשני מלאכי האלדי"ם ה"ה הרבנים הרב כמוהר"ש יעקב גדליה זלה"ה וכמוהר"ר כליפא מלכא זלה"ה חו"ר אג'אדיר יע"א שהובאו דבריהם בס' התקנות כת"י דף ק"א ע"ב שכתבו על פס"ד של שטר עיסקא שיצא על האשה והיורשים וזל"ה אבל מ"מ נראה דכיון דכחובת אשה היא כב"ח וכמו שנתעורר מזה כמהר"י נהון זלה"ה א"ך לגבי דידה המניה ולפ"ז הגם דנשבעת מן הדין ונוטלת כמ"ש הח' הנז' היינו לענין פלגא מלוה אבל לחלק הפקדון כיון דלא המניה לגבי אשתו שהיא כב"ח א"ך אינה נוטלת אותו אפי' בשבועה דטענינן שמא החזיר במיגו דנאנסו דלגבי דידה לא המניה דיכולה לטעון שמא החזיר במיגו דנאנסו זהו משנלע"ד כפי ההקדמה הנז' עכ"ל א"ך לפי דברי הרבנים האלה נר' דמיפשט פשיטא להו דאפי' הבעל לא היה יכול לטעון החזרתי הואל והוא האמין לבעל הפיסקא עכ"ז אשתו נאמנת לו' החזיר במיגו דנאנסו והגם דהבעל עצמו לא היה יכול לטעון החזרתי אפי' אם לא היתה נאמנות בשטר אלא מכח מיגו דנאנסו וא"ך נימא השתא שאין לו נאמנות לומ' החזרתי גם האשה אינה יכולה לטעון שמא החזיר הואל וטענה זו גרועה היא הואל והבעל עצמו לא היה יכול לטעון אותה אלא מכח מיגו א"כ השתא דלית ליה לא טענינן לה להאשה אלא ודאי פשוט דס"ל דטענת החזרתי ליורשים אפי' בכהאי גוונא הפך ממש"ל והגם שיש לדקדק בדברי הרבנים האלה דאפי' נניח דאין בעל העיסקא גובה חלק הפקדון מן האשה עכ"ז יש להקשות הרי בעל העיסקא יכול לומר חלק הפקדון אני נוטל מחלק היורשים ואח"ך תחזור ואגבה חלק המלוה בשבועה מן האשה וכמש"ל אלא נראה דהרבנים הנז' לא סברי לה מעיקרא להאי דינא דכתב מהריב"ו זלה"ה משם הרב הקדוש כמהר"י בירדוגו זלה"ה שהביאנו לעיל דהיכא שחלק היתומים יספיק לכל החוב אינו צריך שבועה דיכול בע"ח לומ' מחלק היורשים וכו' ומדבריהם מוכח כן מסוף ההוא פסקא דהא סיימו וכתבו איברא דיש לנו מקום ספק אעיקרא דדינא דנר' מתוך דברי החכמים הפוסקים יש"ץ דכתובה זאת כמנהג קאסטילייה דלפי המנהג ההוא בע"ח אפי' המאוחרים קודמים לכתובת אשה מדפסק מהר"י נהון נר"ו דגובה בשבועה מן הדין דלגבי המלוה ואם היא כתובה כדת אם כן לא מיתוקמא דבריו אלא בלא הניח החוב של שניהם וזה לא נזכר בדבריו א"ך מיירי בכתובה שהיא כמנהג הקהל הנז' וכיון דלפי התקנה הנז' הכל תלוי בהודאת הבעל שכל החובות שמודה בהם הבעל בין בשטר בין בע"פ הם גובים תחילה בלא שבועה ואח"ך יחלקו האשה והיורשים ולא חיישינן לקנונייא כמו שחוששין אם היתה כתובה כדת שאפי' אם הודה הבעל בשעת מיתה על שטר מוקדם שהוא אמת אפי"ה אם בא לגבות קודם לכתו' אשה אינו גובה אלא בשבועה משא"ך לתקנת הקהל הנז' שהכל תלוי בהודאת הבעל

אפי' לגבי כתו' אשתו אם כן גם בדבר הזה בנדו"ד כיון שחייב עצמו בנאמנות שהוא עצמו אילו היה חי אינו יכול לחזור בו הו"ל כאלו הודה הבעל וגם אשתו אינה יכולה להשביעו שהכל תלוי בהודאת הבעל והרי הודה בשטר העיסקא שהוא בנאמנות ואע"פ שחזר אח"ך אין בדבריו כלום לגבי עצמו וגם לגבי אשתו ויורשיו לפ"ז גם בדבר הזה יש חילוק בין כתובה שהיא כמנהג הקהלות הנז' שאינה כב"ח לכתובה שהיא כדת שהיא כב"ח נמצא שבעל הקרן גובה מן האשה והבנים בלי שבועה עכל"ה הרי מדברי הרבנים הנז' מוכח דחלוקים הם על סברת כמהר"י נהון זלה"ה ועל שאר הרבנים שהסכימו עמו דאם בא לגבות מחלק האשה דצריך ליתבע ואם כן אין מדבריו סתירה לדברינו הראשונים דאיהו שכתב דבע"ח אין גובה חלק הפקדון מכח דהאשה יכולה לומ' דהחזיר לך במיגו דנאנסו אינהו כתבו כן לפי שיטתם דמעיקרא דאותו נדון היתה כתובה כדת וע"ז הוו אמרי דאינו גובה כלל חלק הפקדון דהוה ס"ד דהתם הוא הענין שבעל העיסקא וכתובת אשה הוי דייני מי יגבה ראשין ולסוף כשביררו מדברי כמהרי"ן זלה"ה דהתם כתובת קאסטילייא היתה חזרו לומר דגובה הכל בלא שבועה כלל דחשבי' לה כיורש גמור וכמש"ל וא"ך אין מדבריו סתירה לדידן אנן דאזלינן בעקבותייהו דרבותינו רבני פאס וכו' ומצרכינן שבועה לב"ח הבא ליטול מחלק האשה וכו' שלא נגע בחלק האשה יכול הוא לומ' דמחלק היורשים אני בא לגבות א"כ גם אנן נימא דהיכא. דהיה שטר עיסקא כנגד כל העיזבון אזי יכול בעלי העסקא לומ' דחלק הפקדון אני בא ליטול אותו מחלק היורשים וחלק המלוה אני נוטלו מחלק האשה בשבועה ותו לא מדי אכן אם באופן יהיה שחלק הפקדון לא יספיק לו לגבותו מחלק היורשים וכמש"ל שאם יהיו היורשים אינם מתאבלים ושטר עיסקא כנגד כל העזבון וא"ך אזי מוכרח הוא ליטול כל חלק המלוה מחלק האשה וגם תשלום הפקדון יהיה מחלק האשה אזי יש לנו לדון כסברת הרבנים כמוהרר"י גדליה וכמוהר"ך מלכא זלה"ה דחלק המלוה נוטלו בשבועה ותשלום חלק הפקדון אינו נוטלו כלל דיכולה האשה לומר החזיר לך במיגו דנאנסו ומדין זה תלמוד לכל נפקד שהחזיר למפקיד עליו ולא על יורשיו דאזי היורשים טוענין להו שמא אביהם החזיר במיגו דנאנסו:

אלא דכ"ז איננו שוה לי דאין הדעת סובלת סברה זאת של הרבנים הנז' לומ' הטענה שאין האב יכול לטוענה כגון נדו"ד טענת החזרתי שהאמין אביהם עליו את המפקיד ניקום אנן נטעון אותה לבניו דלא עדיפי אינהו מאביהם דאתו מחמתו וכעין זה ממש ראיתי סברת הפוסקים הביאה הרב כמוהר"ר מו"ד נר"ו בספרו כר"ח בחח"מ סי"ב וז"ל ומוהריב"ל ז"ל ח"א סי' צ"ד כתב משם מהר"ם גאלאנטי ז"ל סי' ק"ל ומר"ן סי' ע"ד ומהרי"ט סי' ע"ד

ומהרי"ט סי' קכ"ט ומהרש"ך ח"א סי' צ"ז שכתבו בענין הבא משום ירושה א"ץ טענה דוקא אם היה מורישו יכול לטעון מכרתו או נתתו לי אבל אם מורישו אינו יכול לטעון לא טענינן ליה הרי לא מצינו דיכולים לטעון ליורשים אלא טענה דמהנייא לאבוהון אי טעין לה אבל אי לא מהני לאבוהון לא טענינן לה יעו"ש וע"ע למוהריב"ל ח"ג סקל"ט דלא טענינן ליורשים וללקוחות היכא שהמוריש או המוכר היה צריך להביא עדים יעו"ש עכל"ה הרי לפניך דדבר שאין אביהם יכול לטעון לא טענינן ליורשים. זה מה שנראה לעניות דעתי וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קט

מענין כת"י שהחתים בו עדים אחר חתימתו מצינו למר"ן שפסק בסי' מ' ס"ב שכתב וז"ל לוה שכתב כתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה הרי זה שטר כשר ע"ך ופירש הסמ"ע סק"ה דהיינו אפילו לגבות בו ממשעבדי יעו"ש אלא דצריכין אנו למודעי דמ"ש והעיד בו עדים הוי שטר גמור לאו כל חתימת עדים משוייא ליה בכל ענין שטר כשר אלא בעינן חתימת עדים שבאה לקיים הענין כמ"ש חלוק זה מר"ן בעצמו בסי' ס"ט ס"ג וז"ל כת"י שהחתים בו עדים אחר חתימתו לא לקיים חתימתו אלא לקיים העניין אינו נאמן לומר פרעתי עכ"ל הרי דיש חלוק בין חתימת העדים וכן פירש הש"ך לשין מר"ן זה דסי' מ' דהוא בחתימת העדים קמיירי יעו"ש בש"ך תק"ח: אלא דהן עתה ראיתי לברר ולומר דבלשון קיום הענין הוא נראה דצריכים העדים לכתוב בלשון זה בפנינו כו"ח פלוני הנז' החוב הנז' ואח"ך יחתמו דבזה ודאי לקיים הענין באו ומעידים שבפניהם נתחייב ואילו לשון קיום החתימה איני כן אלא אם יכתבו אנחנו החו"מ מעידים שזוהי חתי' ידו של פלוני הנז' דבאו להעיד על החתימה ולא באו להעיד על הענין בזה הוא דלא מהני:

והן היום בא לידי ספר גו"א ושם ראיתי בסי' מ"ה [ש סק"ח דאם חתם הלוה על כת"י ואח"ך חתמו העדים אחריו בסתם דהיא במחלוקת שנויה אי מיקרי לקיום הענין באו וטורף ממשעבדי או לא מיקרי אלא לקיום החתימה ושם נסתפק אי מיקרי מוחזק או לוקח או מלוה וסיים בדבריו וז"ל וכ"ז שחתמו סתם אבל פירשו שחתמו על החתימה הו"ל כת"י ואם פירשו שחתמו על הענין הו"ל שטר גמור עכל"ה הרי לפניך דלא מיקרי לקיים החתימה באו אלא פירשו בפירוש שחתמו על החתי' אבל אם יכתבו בלשון זה בפנינו כתב וחתם ומסר אם אין בו קנין ומכ"ש אם יכתבו בלשון זה בפנינו נתחייב

וכו"ח ומסר בודאי דאין לך מעיד על הענין יותר מזה וכן בא הדבר מבואר בטו"ר סו"ס ס"ט והסמ"ע סקכ"א הביאו יעו"ש וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קי

ראיתי מ"ש הרבנים עליונים למעלה ראש במחייב שבועה בנק"ח שעבר ונשבע בב"ד אין לנו להאריך בזה דכבר דשו בו קמאי הרבנים הראשונים. ומה שנסתפק הרב מו"ד יצ"ו אם דוקא דינא דמור"ם הוא אמור בספרים הכתובים ביד ועשויים בגלילה לא כן בספרים דידן שהם מודפסים בדפוס אם יש עליהם תורת קדושה לומ' דמי שנשבע בהם היתה שבועתו שבועה וצידד לו' דגם בזה היתה שבועתו שבועה גם דבר זה כבר בא באריכות וברוחב בספר רבינו מש"ה מערכת שי"ן אות מ"א ששם הובאו כל דברי האחרונים קטון וגדול שם הוא ולבסוף העלה דכספרי הקדש ומי שנשנבע בהם עלתה לו שבועתו יעוש"ב:
אכן עדיין לא אפרוק מחולשא דהא הרב הנז' עלה ונסתפק בספרים הכתובים ע"י עכו"ם ולבסוף כתב וז"ל ולענין דינא נלע"ד דאין להשביע בספרים הנדפסים ע"י עכו"ם דלדעת רוב הפוסקים דאין בהם קדושה כ"ך לישבע וכמו שהעיד הרב המגיה בטו"ז ושכך היה הוא ז"ל נוהג ע"ע והגם איכא למימר דהגם דהרב הנז' ז"ל צידד כסברת רוב הפוסקים דס"ל דאין להשביע בספ' שכתבו עכו"ם עכ"ז הרי יש יד לדוחה לדחות ולומ' דבלא פסק הרב הנז' אלא בבא לישבע אם משביעים אותו בספרים הנדפסים ע"י עכו"ם הוא דפסיק ותני כך אבל אם עבר ונשבע כנדו"ד איכא למי' דיכול לו' קי"ל כסברת מהר"י ן' פורנא זלה"ה דמלמד זכות ואומר דספר שכתבו גוי יש בו קדושה יעו"ש ובפרט הא כבר ידוע דהיכא דאיכא מחלוקת הפוסקים אם חייב שבועה אם לאו אין להשביע וכמו שכתב הש"ך בס' ס"ז סק"י יעו"ש וא"ך גם כאן הואל ויש סברת הפוסקים דס"ל דיש בהם קדושה ונפטר משבועתו לא משביעינן ליה:
אלא דעכ"ז בספרי הכ"ד המצויים בזמנינו פשוט בעיני דלית מאן דפליג ואפי' מהר"י ן' פורנא ז"ל יודה דאין בהם שום קדושה דהא סברת מהר"י ן' פורנא ז"ל דמלמד זכות הביא טעמו הרב מש"ה הואל והגוים שבזמנינו אינם עע"ז לא כן בספרי הכ"ד המצויים בזמנינו שמדפיסי' אותם הנוצרים והאפיקורוסים פשוט דאין בהם קדושה:
והילך מה שראיתי לרב אחרון בספרו הנק' צו"ד בחיו"ד סל"ו וז"ל נסתפקתי בחומשים המדפיסים הנוצרים כת האלפרוסיסטון ומוכרים לישראל אם מותר לקנות מהם לפי

שהם מאמינים בשילוש וא"ך כוונתם בשם הוי"ה לכוונת השילוש וראיתי בס' קובץ על יד החזקה להגאון נחום טוביטס שהוא בסוף הרמב"ם המודפס בעיר וומאן שכתב על דברי הרמב"ם בהל' יסודי התורה פרק"ו הל"ח וז"ל ועיי' בזה בס' בני חייא חיור"ד דף ס"ג שתמה על רבינו דדבריו מ"ש כאן סותר למ"ש בפרק"י מהל' ס"ת נמצאת שני דברים שכל אחד מהם ס"ת וכו' ומלמדין בו התינוקות וכו' והמעיין בהל' תשובה פרק"ג הל"ח והלי"ד דיש שמקבלים אותם בתשובה א"ך בהלכות ס"ת מיירי בהנך שמקבלים אותם ואין קורין בהם בצבור אבל עכ"פ מותרים התינוקות ללמוד בהם דבהנך לא קפדינן לאבד זכרם עכ"ל לפי"ז מה שהם מדפיסים לפי כוונתם ועמים רבים המה א"א בלא"ה לחזור בתשובה א"כ צריך לשורפן אפי' לס"ת עצמן ובנ"ד שתמיד הם מדפיסים למכור לישראל ודאי שאסור לקנות מהם כדי לאבד זכרם וזה אם היה שאלו המדפיסים כותבים השם שלא לשמו ולא נתקדש השם ומצוה לשורפו כדי שלא להניח שם לאפיקורוס וכמ"ש הרמב"ם זה הטעם בהלכות יסודי התורה אבל בנדו"ד שהם כותבים השם לשם השילוש הרי השם של הוי"ה זאת הוא שם ע"ז ומצוה לשורפו ומכ"ש שאין לקנותו עכ"ל הרב צו"ד א"ך הרי לפניך דספרים המצוים בזה הזמן של הכ"ד שמביאים האפיקורוס הנקראים פרוסיסטאניס מגרע גריעי מספר שכתבו עכו"ם דקי"ל יגנזו אלא דזה טעון שריפה ואין בו שום קדושה כלל והנשבע בו כאלו נשבע בספרי הדתות שלהם ולכן ראוי לשאול לסובדי"ץ שהשביעוהו לראות באיזה ספר השביעוהו אם הוא מספרי המינים או לא:

ועל מאי דחקר ידידינו הרב הפוסק אור יוסף עינינו אם מהנייא ליה שבועתו הואל ונשבע קודם הפסק של הבדי"ץ וצידד בדבריו הראשונים והאחרונים לקיים שבועתו הן אמת שראיתי לאו"ע הרב כמוה"ר מו"ד י"ץ שהשיגו בדבריו האחרונים וקושטא קאי דהאמת כך הוא דלא הביא הרב"י דברי המ"ך אלא לדינא וכן ראיתי להרב גו"א בסי' פ"ז סקט"ו שכתב דמהר"ם אלשיך פסק דאם קפץ ונשבע צריך לחזור ולישבע ע"פ יעו"ש וא"ך פשוט דהכי נקטינן אבל עכ"פ האמת יהגה חכי דצדקו דבריו הראשונים ומהם די והותר לקיים שבועתו הואל והיתה כתנאי השבועות והגם שראיתי להרב מו"ד י"ץ שכתב על דבריו דפסק רבינו יעב"ץ זלה"ה עומד לנגד מ"ש הרב יוסף סיני נר"ו הן אמת שכך פסק הרב רבינו יעב"ץ זלה"ה הובא בס' התקנות סקפ"ב עכ"פ לדעתי נראה דלא קרב אותו נדון לנדון הרב יעב"ץ דהא לשון הרב יעב"ץ שבאותו פסק הנוגע לנו הכי הוא דהודה לו הרב כמוהריב"ע זלה"ה דאם קפץ ונשבע כנדו"ד כדמשמע מלשון השאלה דמעצמו עמד ונשבע דלא נשבע ע"פ בדי"ץ וקרינא ביה ולקח בעליו דא"ל אישתבע לי

אבל הנשבע מאליו ליכא אימתה דשבועה עליה ואינו אלא כנדרי זירוזין כדי שיאמינהו חבירו עכל"ה וא"ך מלשון זה יתברר לך דשבועה דלשם היתה באופן דלא הוה אימתה דשבועה עליה כלל אבל כגון בנדו"ד שהיתה השבועה ככל תוקף השבועות בלי שום מרמה ותחבולה היאך ח"ו חשדינן לומר דלא לישבע באמת נתכוון פשוט הוא דדברי הרב שלשם אינם אלא בדלא היתה השבועה כתקנה וכמ"ש שם דאינה אלא כנדרי זירוזין כדי שיאמינהו חבירו דמסתמא דלשם הואל ועמד ונשבע מצד עצמו בודאי דקדק בשבועתו כהוגן ואין אימתה דשבועה עליה:

ואי לא מסתפינא אענה ואומר דע"כ לא קאמרו דמי שנתחייב שבועה דקפץ ונשבע שלא ע"פ בדי"ץ דחוזר ונשבע אלא במי שהיה חייב שבועה בס"ת ונשבע בס"ת דאזי אמרינן דמה היתה כוונתו בקפיצה ומה הנאה יש לו אלא בודאי דלא נתכוין אלא למרמה ותחבולה ולחשוב מחשבות אבל בכגון דא דידעינן כחו וכוונתו זאת דלא היתה בשבועה זאת בכ"ד מפני שהיה ירא פן יתרה עליו לישבע בס"ת ואזי יש לו בושת וכלימה כידוע שבני אדם בושים ונכלמים לישבע בס"ת לכן הוא נחבא אל הסופרים לישבע בכ"ד ומאין לנו לומר דמשום מרמה ותחבולה הלך לישבע בס' הכ"ד פשוט דלא מהני לישבע בספר הכ"ד אלא משום הבושה:

שוב ראיתי בס' התקנות כת"י דף ט"ל ע"ב שכתוב משם רבני פאס וז"ל הן אמת שהפוסקים כתבו שישבע הלוה להבא אך לא נתנו שיעור וקצבה אלא שיזון ויתפרנס הוא לבדו וכו' והן אמת בימי בתי דינין שעברו זלה"ה לא היו נוהגים לעשות שבועה להבא אלא לשעבר דוקא וכו' אך בימי בת"ד שלפנינו נשתרבב הענין ע"י איזה מעורכי הדיינין והיו משביעין להבא וכשהיה מגיע הדבר לב"ד לא היו מוחין בהם כיון שהדין כך וכו' עכל"ה הרי לפניך הגם שהיתה להם קפידא בב"ד ולא היו משביעים להבא עכ"ז כשהיו נשבעים מעצמם בלי רשות הב"ד היו מקבלים אותה שבועה והרי תקשי לך הואל ואינה ברשות ב"ד לית לה איום אלא דמוכרחים לומר דמיירי בשהיו המשביעים מאיימין עליו בשבועתו ואזי היו הב"ד מקבלים הרי לך דאין הב"ד מעלין ולא מורידין אלא העיקר הוא האיום אפי' אם יהיה אלה ע"י עדים לבד בלא הב"ד זהו הנלע"ד פ"ה סאלי יע"א וצוויי"ם וימ"ן כי"ר:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קיא

עמדו לפני לדי"ת שתת' יהודי אחד מעיר אחרת תובע ליוסף עמאר נר"ו באמור לו שהוא נושה בו סך מה מפאת האלמרג'אן שמכר לו ויוסף הנז' משיב שאינו יכול ליתן בידו כי האיש הזה לא הוא לבדו מכר לו אלא היה איש אחר עמו ושניהם מכרו לו ולא יפרע לזה אלא עד שיהיו שניהם יחד כיום המכירה ע"כ הגיעו טענותיהם יורינו המו"ץ:

בירור הדברים באחד שלוה משנים ובא אחד לתבוע דין זה הובא מקורו בסיע"ז ס"ט דשם פסק מר"ן דאם אחד בא לתבוע חלקו נחזי אנן אם חבירו בעיר וזה בא לתבוע יכול לדון עמו על הכל ולהוציא ממנו הכל ואם יטעון הנתבע לא אתן בידך כי אם חלקך וחלק חבירך יהיה מונח ביד ב"ד עד שיבוא שותפך ויטול אותו הדין עמו אכן אם הוא בעיר וידעינן דלא שמע הדר דינו כמי שאין חבירו בעיר כ"ך הסמ"ע סקכ"ב והש"ך סקכ"ג הוסיף עליו וכתב דזה פשוט הוא דאם ידעינן דלא שמע דינו כמי שלא היה בעיר אלא הרבותא היא דאפילו אם הדבר בספק אם הוא בעיר או אינו בעיר דיינינן ליה כמי שאינו בעיר ואינו יכול ליטול הכל אבל לענין הדין אפי' הדבר מסופק אם חבירו שמע או לא שמע יכול לדון עמו על הכל מספק דאין לו הפסד בזה כ"ך הש"ך ג"ך בסקנ"ב סקט"ל יעו"ש זהו הדין דאם היו שניהם בעיר:

ואם אחד אינו בעיר ואחד בא לתבוע כתב מר"ן בסיע"ו ס"ט דאפי' בא ליטול חלקו אין שומעין לו וכתב הסמ"ע סקכ"א דדוקא ליטול חלקו הוא דאין שומעין לו אבל אם צריך לדון עמו על חלקו וכו' ובזה מיישב פסקי מר"ן אהדדי דבסיע"ז ס"ט פסק דבא אחד ליטול חלקו אין שומעין לו וסיקכ"ב ס"ט משמע דאם חבירו אינו בעיר אינו יכול לעכב כי אם על חלק חבירו אבל על חלקו אינו יכול לעכב אלא דיש לחלק דהתם הוא לענין תביעה דוקא והכא לענין ליטול הממון אבל גם כאן מר"ן דעתו דיכול לתבוע אותו לדון עמו על חלקו אפי' אין חבירו בעיר יעו"ש בסמ"ע סקכ"א:

אכן מדברי הש"ך בסיע"ה סקכ"ה יצא לנו חלוק חדש דהא מור"ם כתב כאן בסיע"ז בסיום סעיף זה דאם מת המפקיד ובאו בני הנפקד ליטול הפקדון כל אחד נותנים לו חלקו וע"ז הקשה הש"ך בסיקכ"ה דמאי שנא בני המפקיד מן השותפים ותירץ דבבני המפקיד ברור לנו דכל אחד מבני המפקיד יש לו חלק בו אבל בשנים שלוו לאחד אין אנו יודעים הממון של מי הוא וא"ך יצא לנו הדין דאם אחד מן השותפים בא לתבוע אפי' אין חבירו בעיר יכול לדון וליטול חלקו הואל וידעינן דכל אחד יש לו חלק בזה הממון ובזה מתרץ הש"ך פסקי מר"ן הנז' דסיע"ז עם סיקכ"ב דהיינו דכאן בסיע"ז מיירי בשאינם ידועים שהם שותפים ולא ידעינן הממון של מי הוא ולכך דקדק מר"ן וכתב

שם שהלוו לאחד ולא כתב שותפים שהלוו ולכך הדין הוא דדוקא יכול לתבוע חלקו בדין ולא ליטול אותו והתם בסיקכ"ב מיירי דהוו שותפים דהממון של שניהם וכלשונו שנקט שני שותפים ולכך דינו הוא שיטול גם הממון כל זה מדברי הש"ך סקכ"ה והביא ראיות גדולות לדבריו מדברי הטו"ז סיקכ"ב וממקומות אחרים יעו"ש וכתב עוד דגם הרב בעל ג"ת פסיק ותני כדבריו וכן ראיתי להרב מאמ'ר קדישי'ן בסיע"ז דפסוק גם הוא כסברת הש"ך וא"ך לעד"ן דכוותיה דהש"ך נקטינן דאם הממון ידוע שהוא של שניהם אפי' אין חבירו בעיר חייב ליתן לו חלקו ועל חלק שותפו אינו יכול אפי' לתובעו בדין והגם דמדברי הסמ"ע והע"ש נראה דלא ס"ל הכי הואל ולא ירדו לחלק בהכי בין ההיא דסוע"ז לדסיקכ"ב והשוו דברי מר"ן דהתם לענין תביעה קאמר ולא ליטול וכו' עכ"ז אין לנו להניח ודאו של הש"ך ולתפוס ספיקו של הסמ"ע ולו' דמדלא מחלק ש"מ דלא ס"ל הכי אלא יש לנו לתבוע ודאו של הש"ך דעדיף טפי ובפרט דדברי הסמ"ע והע"ש גמגם עליהם הש"ך והקשה הש"ך עליהם לא כן דברי הש"ך שפתותיו ברור מללו וראיותיו חזקים וגם אינה סברה יחידית דהא גם הרב ג"ת הכי הוא וגם הרב מאמר קדישין וגם הבה"ט בסיע"ז אחר שהביא דברי הסמ"ע הביא תמיהות הש"ך וחילוקו שחלק ש"מ דדעתו נוטה אחר דברי הש"ך יעו"ש:

אחרי כותבי ראיתי להסמ"ע בסירצ"ט דלא שאני ליה בין שותפים בין שאינן שותפין אכן בעיקר הדין נראה לענ"ד כהש"ך הואל והוא אחרון והוא רוב מנין כמש"ל:

כללא דמילתא דאחד שלוה משנים ובא אחד לתבוע אם שניהם בעיר יכול לדון עמו על חלקו ועל חלק חבירו. שנית גם ליטול הממון כולו יכול ליטלו אבל אם יאמר חלק חברך אניח בב"ד הדין עמו. שלישית דוקא בידוע שחברו שמע ולא בא הוא דיכול ליטול כל הממון ולדון עמו על הכל אבל בספיקא הממון אינו נוטל אפי' חלקו אבל הדין ידון עמו על הכל טמ"ן כמו שכתב הש"ך סיקכ"ב. רביעית אם ברור דלא שמע גם הדין א"ץ לדון עמו על חלק חברו ודינו הוא כמי שאין חברו בעיר כמובן מדברי הש"ך בסיקכ"ב באחד שלוה משנים שאינם שותפים:

ובלוה משנים שהם שותפים והממון הוא של שניהם אזי אם שניהם בעיר הדין הוא כמי שלוה משנים שאינם שותפים כנז"ל ואם אינם בעיר אזי מחוייב הלוה לדון עמו על חלקו ולתת לו חלקו בממון זהו החילוק שביניהם דוקא וכסברת הש"ך כנז"ל:

ואם הלוה טוען יבוא חברך וידין גם הוא עמי שאני יודע שחברך לא יכחיש בי עיי' להש"ך בסו"ס קכ"ב שהעלה לדינא דלסברת הרמב"ם ומר"ן אין בדבריו כלום יעו"ש ואם חברו בעיר ובא אחד מהם והוצרך לדון עמו על הכל עה"ד הנז"ל ואח"ך בא חברו ואמר

יש לי מה לטעון יותר וחזינן דיש לו טענות אחרות בזה יש בין הסמ"ע והש"ך דלדעת הסמ"ע וכו' זר ולדעת הש"ך ס"ל דלסברת הרמב"ם וכו' היא דאפי' יש לו טענות אחרות טענותיו בטלים יעו"ש בסו"ס קכ"ב וכ"ז בבא אחד מהם לתבוע אם הם תובעים אבל אם הם נתבעים לא יתחייב האחד בטענות חברו אפי' אם הם בעיר ועיי' בסמ"ע סקכ"ב סקי"ח יעו"ש:

וכ"ז הוא בלוה משנים ולא נכתב השטר עליו אבל אם נכתב השטר עליו אזי דינו הוא כמ"ש בסיע"ז ס"ו וז"ל לוה משנים וכתב השטר בשם אחד מהם אם תבעו אותו שלא נכתב השטר על שמו יכול לדחותו ויאמר לא נתחייבתי לך כלום ע"ך וסיים מור"ם וצריך הרשאה מן השני אבל זה שכתוב בשטר יכול לגבותו כולו בלא הרשאה וה"ה אם שניהם כתובים בשטר כל אחד יכול לגבות כולו ע"ך מכאן יתברר לך דאם נכתב בשם אחד מהם הגם שהיו שניהם בשעת הלואה אותו שנכתב על שמו יכול לגבות הכל ואותו שלא נכתב על שמו אפי' הוא שותף אינו יכול לגבות אפי' חלקו אם לא בהרשאה:

ואם היה השטר כתוב בשם שניהם הגם שכתב מור"ם וה"ה אם שניהם כתובים בשטר כל אחד יכול לגבות וכו' לדעתי נראה דדעת מר"ן לא כן היא דהא כתב מר"ן בסיקע"ו סל"ד וז"ל אחד שלוה משנים בשטר אחד ובא אחד מהם ותבע החוב כולו חייב לשלם לו על הדרך שנתבאר בסו"ס ע"ז ואם נכתב השטר בשם אחד ובא זה שנכתב על שמו ותבע הכל חייב לפורעו אבל אם אותו שלא נכתב על שמו תובע אפי' מקצת אין שומעין לו ע"ך ומדברי מר"ן אלו נראה פשוט דס"ל דאם היה כתוב השטר בשם שניהם דינו הוא הוציאו אחד לא יגבה בו אלא עה"ד שביארנו בדין הלואה בלא שטר דיש חלוק בין אם היה שותף בעיר וכו' כמש"ל דהא בפירוש כתב דאינו חייב אלא עה"ד שנתבאר בסיע"ז ולא פסק דאחד גובה אותו אלא אם היה השטר כתוב על שמו לבד וכמו שפסק גם כן בסיע"ז:

והגם דמדברי מור"ם שכתבנו מלשונו שכתב וה"ה אם היה כתוב בשם שניהם וכו' ולשון ה"ה נראה דלא בא לחלוק אלא מסכים ומוסיף על דברי מר"ן ולא בלשון מחלוקת צריך אתה לפרש דה"ה דלחלוק בא ובהרבה מקומות מצינו דכתב כי האי לישנא ודעתו לחלוק הוא ועיי' להרב מהר"י ן' וואלית זלה"ה בסו"ס וי"ץ ח"ב בכלל הפוסקים שכתב בשם הרב ממ"ס זלה"ה דלפעמים אע"ג שחולק מור"ם על מר"ן אינו כותב בלשון וי"א יעו"ש וגם כאן צריך לפרש כן דלחלוק בא דהא כאן מצאנו בפי' דמר"ן לא ס"ל הכי ודו"ק ומסי' ע"ז ג"ך נראה דמר"ן הכי ס"ל ולא כסברת מור"ם והעד ע"ו דהא אותה פסקא שפסק מר"ן בסיע"ז ובכאן בסימן זה דאם היה השטר כתוב ע"ש אחד יכול לגבות כולו ואותו

דין ג"ך דפסק מור"ם דאפי' כתוב בשם שניהם יכול אחד לגבות דינים אלו הם תשובות הרשב"א חדא היא תשובת תתרפ"ו והיא שפסק מר"ן בסיע"ז ובכאן והשנית היא מה שפסק מור"ם בסיע"ז ושניהם הביאם מר"ן בביתו הנאמן בסיע"ז בזה אחר זה התחיל בההיא דפסק מור"ם ששניהם נכתבו בשטר אחד וכו' וסיים באחרת דאלף פ"ו דפסק בשולחנו הטהור וע"ז יש לתמוה דאם מר ס"ל כתרווייהו לא הו"ל לפסוק האחרונה ולהניח הראשונה שהביאה ג"ך בב"י שהביאה בתחילת דבריו ומה גם דלא הו"ל לפסוק אלא ההיא דתתרפ"ב דפסק בה דאפי' היו כתובים שניהם בשטר והוציאו אחד גובה הכל מכ"ש אם היה נכתב על שמו לבד וממנה ג"ך תשמע דדוקא אם היו שניהם כתובים ואם לא היו שניהם כתובים אלא אחד אותו שאינו כתוב לא יגבה אלא בודאי מדברינו אלה מוכח דמר"ן הגם דכתב אותה סברא דהרשב"א בב"י חזר בי ולא ערכו בשולחנו הטהור ומ"ש מור"ם בסיע"ז בודאי דכוונתו לחלוק על מר"ן. כל זה כתבתי לפענ"ד אבל לדינא לא כן הוא הואל וראיתי בס' כר"ח סי' קצ"ג דרבותינו האחרונים פסקו כמ"ש מור"ם בסיע"ז וצפורנם עבה ממתנינו וכן נראה דעת הש"ך בסי' ס"ו סקי"ח דמר"ן ס"ל כמור"ם דאם נכתב בשם שניהם כל אחד יכול לגבות וכן ראיתי לרב אחרון הוא מוהריב"ו זלה"ה בס' וי"ץ סקנ"ו וא"ך בודאי דעל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע ולזכרון דברים בעלמא כתבתי משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קיב

נשאלתי ביורשי ראובן שהוציאו כת"י של שמעון שראובן נושה בו כו"ך וחתימתו נכרת לכל וטען שמעון שכבר פרע ובשביל שהאמין לראובן לקורעו לא חש מלהניחו בידו כי סמך עליו שיקיים בו מצות קריעה:

והיתה תשובתי דאין על שמעון כי אם חיוב שיקבל חר"ס כשאר טענות ספק דהגם דכת"י ביד היורשים. הרי קי"ל כל כת"י שאין בו נאמנות כמלוה ע"פ חשיב כמ"ש מר"ן בפשיטות בסס"ט ס"ב וז"ל דאפי' אם נתקיים בב"ד שהוא כת"י אין לו אלא דין מלוה ע"פ בעדים ואינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות אלא ממנו אם הודה שלא פרע אבל אם טען פרעתי נאמן ונשבע הסית ונפטר ואינו יכול לומר שטרך בידי מאי בעי שאינו חושש מלהניחו בידו כיון שאינו שטר גמור ע"ך הרי ברור לדעת מר"ן דקי"ל דכוותיה פסיק ותני דכת"י כמלוה ע"פ בעדים ואינו חייב אלא הסית וא"ך דון מינה ואוקי באתרין דאפי' כתב שם מר"ן דנשבע הסית התם דוקא משום דהמלוה טוען ברי וע"ז מחוייב לישבע הסית כדין כל טענת ברי אבל בכאן שאין המלוה עומד אלא שהיורשים טוענים

בספק דשמא עדיין שמעון לא פרע הואל ונמצא כת"י עדיין מונח ביד אביהם אין כאן כי אם טענת ספק דהא אפילו הנחה שמונח עדיין אין ממנה ראיה כמ"ש בלשונו ואינו יכול לטעון ולו' שטרך בידי מאי בעי שאינו חושש מלהניחו וכו':

ואל תשיבני מפסק מר"ן בסי' ע"ה סכ"ב שפסק וז"ל אמר מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כת"י של אבא יש מי שאומר שמשביעין אותו הסית וא"ך ג"ך כת"י זה שמצא מונח ביד אביו לא גרע מאם מצא כת"י אביו בפנקס וא"ך הואל וברור שזה כת"י של שמעון ליהוי חייב הסית דדמיין אהדדי נינהו דמ"ל אם תהיה הכתיבה בפנקס ביד הלוה או ביד המלוה כל שמצינו הכתיבה וידעינן לה בבירור הוי רגלים לדבר וכטענת בודאי חשבינן ליה ויתחייב שמעון הסית:

אלא דגם לזה מצאתי ארוכה ומרפא מדברי הרב המוסמך כמוהריב"ו זלה"ה בס' וי"ץ ח"ב סי' מ"ד שכתב דהאי דינא שכתב מר"ן דאם טען מצאתי כתוב בפנקסו של אבא וכו' ישבע הסית מיירי דוקא באומר הלוה מעולם אביך לא לוה וזה טוען מכח כתיבת אביו דאזי הוי כטוענו ברי הואל ומכחישו הוא בעיקר ההלואה אבל אם אמר הלוה אמת היה נושה ופרעתיו לא הוי טענת הלוה טענת ברי ע"ך וא"ך ממנו נלמד לנדו"ד שכך טוען שמעון שאמת שאביהם היה נושה בו ופרעו ודאי דחזרנו לטענת ספק כמ"ש מהריב"ו זלה"ה ואין עליו כי אם חר"ס דוקא ותול"מ:

והן אמת שזה ימים כתוב אצלי דהגם דדברי הרב יוצדקו ואוסיף עליהם נופ'ך שפי'ר וסיוע לדבריו מדקדוק דברי מר"ן עצמו שכתב דצריך היורש לו' וברור לי שהוא כת"י של אבא דמשמע דבלוה מכחיש קמיירי דאי בשאינו מכחיש ל"ל ליורש לו' וברור לי שהוא כת"י של אבא הרי בלאו הכי הלוה מודה שכת"י המלוה אביו של היורש אלא שאומר פרע לו אלא בודאי נראה דבלוה מכחיש עיקר ההלואה קמיירי כל זה נראה לסיוע דברי הרב: אלא דהמדקדק יראה דלא יוצדק דין זה דהא הסמ"ע בסי' קנ"ה כתב וז"ל משביעין איתו הסית בכופר הכל וממילא במודה מקצת חייב שבועה דאורייתא עכל"ה הרי לפניך דאם אינו מכחיש עיקר ההלואה אלא מודה בה שפרע מקצת דדוחק לומר דהסמ"ע אייירי במודה מקצת היינו באומר חמשים הלוה לי אביך וחמשים מעולם לא הלוה דזה דוחק בדברי הסמ"ע ולא הו"ל להסמ"ע לסתום אלא לפרש אלא בודאי דבין בין קמיירי ואמר חייב לישבע הגם דתביעת היורש לפי זה אינה ודאית דיכול להיות הגם שהוא כת"י אביו עכ"ז יכול להיות פרעו אפי' חשבינן ליה הואל וכת"י אומרת שפלוני חייב לו הו"ל כאלו אמרה לו אביו בפירוש ויכול להשביע את הנתבע אפי' אומר אמת הפנקס אבל פרעתי ומה שהוצרך מר"ן לסיים וברור לי שהוא כת"י של אבא הוא כדי שיהיה

טענתו כאומר אמ"ל אבא וכו' דאם אינו מכיר שהוא כת"י אביו לא מיקרי כלל טענתו טענת ודאי אפילו אם יודה הלוה שהוא כת"י אביו הואל ואינו יודע מצד עצמו ועי' בש"ך סי' צ"א סקכ"ד דכתב דהאי דינא דכתב מר"ן כאן דיכול להשביע ע"פ פנקס אביו אפי' שאינו יודע אם חשבון אביו מדוקדק אפי"ה יכול הלוה וכו' וא"ך מלשון זה שכתב אפי' אינו יודע אם חשבון אביו מדוקדק משמע דמיירי בלוה שמודה בעיקר ההלואה אלא שמוכחשים בחשבון כגון זה אומר מנה לאביך והלה אומר פרעתיו כולו או מקצתו ע"ז בא לומר אפי' אין חשבון אביו מדוקדק יכול אביו להשביעו יעו"ש וא"כ הרי מדברי הסמ"ע והש"ך נראה דלא כדקדוקו של הרב מוהריב"ו זלה"ה עכ"ז הגם שפקפוקים אלו כתובים אצלי על הרב מהריב"ו זלה"ה עכ"ז לענין הדין אין אני כדאי לחלוק עליו וכבר הורה זקן דכל שטוען אמת הכתיבה אבל פרעתי אין עליו כי אם חר"ס ותו לא לא מדי:

וראיתי אחרי רואי להרב תוש"י זלה"ה בח"ב סי' ק"ד שכתב משם כנדו"ד וז"ל בפסקא אחת בדף ס"ז ע"ב וז"ל ומה שמביא ראיה החכם המשיב מתשובת דברי ריבות מכת"י של ראובן שנתחייב לשמעון ושלחו שמעון לסוחר אחד לפרוע מראובן והחזיר לו הסוחר הכת"י לשמעון לפי שלא פרע לו ראובן וראובן טוען שפרע לסוחר כמצותו וכת"י שהיה בידו ושמעון טוען אם איתא דפרעיה למה לא לקח הכת"י מידו שהשיב הרב הדין עם ראובן וכיון שאין כאן אלא כת"י נאמן לומר פרעתי נגד כת"י ובעלמא צריך שבועה ובנדו"ד שאין ראובן יכול לטעון ברי אין לו על שמעון אלא חר"ס ע"ך דברי הרב דברי ריבות שהביא הרב הנז' אלא שהחכם המשיב היה בדעתו לדמות אותו שאלה שנשאל עליה דהיינו מי ששלח יטר"א ביד השליח לראובן ויצתה הליטרא מתחת יד ראובן ואומר שפרע ביד השליח ויתמי המשלח הליטרא טוענים דאם איתא דפרע ביד השליח הו"ל לשליח לחתום כדרך הליטראות שחותמים בהם המקבלים והחכם המשיב רצה לפטור ראובן זול יקבל חר"ס דוקא והרב תוש"י יחלק שם בין דינא דכת"י שדיבר בי הרב דברי ריבות מענין הליטרא דלעולם אינם נותנים הליטרא עד שחותם בה המקבל וכו' יעו"ש מילתא בטעמא איך שיהיה בנדו"ד דברי הרב דברי ריבות מאירים ומזהירים דאין עליו זולת חר"ס אפי' המוציאים הם יתומים עכ"ז לא נחמיר בדינם יותר וכמו שמבואר משאלת הרב תוש"י שהיו התובעים יתומים שבאו מכח הליטרא ששלח אביהם לראובן ועכ"ז דנו בו שאין על ראובן זולת חר"ס ואפי' לדברי הרב תוש"י לא חייב שם אלא מטעם דרך הליטרא וכו' יעו"ש וא"ך קם דינא בבירור שאין על ר' אליהו בעל הכת"י כי אם חר"ס ותול"מ וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר ומואס כל תאוה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קיג

להיות שהאשה סטריי"א היא אפוטר' על בניה ונתנה עיסקא למאיר ונכתב השטר שהוא מממון האשה ובניה ואח"ך הלכה האשה אצל תגר אחד ונתנה לו רשות להקיף סחורות למאיר ונתחייבה לו היא ומאיר ער"ק והן היום גדלו היתומים בני סטרייא ה' ורצו לקחת חלקם המגיע להם בשטר העיסקא ביד מאיר ולא מצאו בידו כי אם דבר מה ורוצים לגבות ממנו ויצא התגר הנז' לטעון שהוא עדיין נושה במאיר הנז' סך מה וצריך הוא לקדום ולגבות דהא אפילו יקדמו היורשים ויגבו יכול הוא להוציא מהם הואל והשטר שנושים הם במאיר הוא כתוב בשם אמם של יתמי והרי היא מחוייבת ג"ך עם מאיר בשטר והיתומים טענו דאה"ן מה שיגיע לאמם יכול לטורפו אבל מה שנוגע ליתומים אינו יכול להוציא מידם ע"ך הגיעו טענותיהם:

תשובה ודאי מה שנתחייבה האשה לתגר בהיקף הסחורות למאיר בודאי דלא רמי שום חיוב בזה על היתומים לפרעו מממונם דהגם שהיא אפוטר' דידהו עכ"ף בהיקף זה אין להאשה שום שייכות בזה להיתומים ואפי' אם תמצי לומר שהיא נתכוונה לטובתם לתת ליתומים ממונם בתו"ע ולהרויח להם הכיס מההקף ואם כן נמצא כאלו הלוית לצורך יתמי זה לא יאמר דהא אשה זאת מעיקרא פושעת גמורה היא שנתנה מעות היתומים ביד איש עני כזה מכ"ש להביא לו ממון אחרים ופשוט דאין פשיעה גסה יותר מזה דאין מעות היתומים ניתנים אלא על הדרך המפורש בס' ר"ץ יעו"ש וא"ך הואל והיקף התגר אין היתומים חייבים בו א"ך צדקו דבריהם במה שרצונם לקדום לגבות ממאיר ממה שנמצא בידו והילך מה שראיתי למוהרי"ע ז"ל בס' בית יאודא סע"ז וז"ל עוד בשטר חוב על ראובן וכתוב השטר בשם שני אחים שהם מלוים ועמדו שני האחים האחרים לטרוף קרקע מיד לקוחות של ראובן ובאותו שטר מכר של קרקע הנז' מסולקת יד שני האחים המלוים הנזכרים בשטר חוב וטוענים עכשיו שנים האחרים שאותו ממון הוא של האמצע השותפ' שהיתה בין אביהם ובין אותם שני האחים ועכשיו שנלב"ע האב והם יורשים יטרפו חלק הנוגע להם מחמת אביהם ולא דברו נכונה בזה שאף אם היה ברור שאותו החוב לכשיגבה יתחלק בכלל נכסי אביהן מכל מקום אין זה אלא לגבי אחים אלו עם אלו הואל ומודים דיש להם ולאביהם בו שותפות אבל לגבי לקוחות לאו כל כמינייהו לחוב לאחרים דאנן טענין להי אין לאביהם שיתוף באותו חיב ואת"ל דיש עדים דאביהם שותף מאן לימא לן דלא פייסו לאביהם ומחל להם ונשאר לזכותם לבדם ובר מן דין הואל והאב לא נזכר שמו בש"ח הוי דינו כמלוה ע"פ שאינו טורף מהלקוחות ע"ך לשונו א"ך משם יש לדון ולאוקמי באתרין דנזכר שם היתומים בשטר דהוי מחצה

ליתומים ומחצה לאמם בודאי דיכולים הם לגבות בחלקם מה שיגיע להם ואין התגר יכול להוציא מהם מכח חוב אמם דלא הוי נדו"ד אלא כאלו שטר של שני שותפים דאם אחד מהם נתחייב לאחר אין אותו אחר יכול לגבות אלא חלק זה שנתחייב לו ולא כל השטר כלו דהואל ומבורר וכתוב בשטר שם שני המלוים א"ך הרי זה מבורר דאין לכל אחד אלא מחצה דוקא ותו לא ולא יכול המלוה של אחד מהם לגבות כל השטר אלא חלק מה שחייב לו דוקא ותול"מ. זהו משנלע"ד וצור יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אמן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קיד

נשאלתי בראובן שהיה שולח סחורות לשמעון לעי"ת מקנאס ושמעון שולח לו מעות ממקנא"ס לרבאט יע"א והן היום באו חשבון ראובן עם שמעון וטען שמעון שבזמן פלוני שלח לו עם עכו"ם פלוני סך מאה דורוס ושלח לו כתב עם המעות הנז' וראובן אמר שלא שלח לו כי אם חמשים דוקא וטען שמעון הרי כתב ששלחתי אליך תחת ידיך הוצא אותי ומשם תראה שמאה שלחתי אליך וראובן טוען שנאבד ממנו הכתב מהו הדין:

תשובה בדין זה הוא נחזי אנן אם זה השליח ששלח עמו שמעון המעות הוא שרגיל שמעון לשלוח עמו או אפי' אינו רגיל לשלוח עמו אלא הוא שליח באופן שהמשלח פטור על פי הדרך שפסק מר"ן בחומ"ש סקכ"א סע"א יעו"ש בדברי מר"ן ומור"ם וכל נושאי כליהם יעו"ש אזי נחזי אנן אם ההלואה והסחורה שרגיל ראובן לשלוח לשמעון הם באופן שיכול לכפור או לטעון פרעתי אזי הדין הוא שישבע שמעון ופטור וכמ"ש פסק מר"ן בסימן קכ"א ס"ד וכדברי הסמ"ע שם סק"י והש"ך סקי"ט וכן ראיתי פסק אחד ממש בס' כר"ח סי' קע"א שכך פסקו הרבנים מוהר"ר יעב"ץ משם מהרד"ך זלה"ה יעו"ש ותמצא סייעתא לדברינו זה ואם היה באופן שאין שמעון יכול לכפור או לטעון פרעתי אזי יש לחלק דאם ראובן טוען ברי שהגיע לידו כתב שמעון וברי לו שכתב שמעון הוא ואין בו כי אם חמשים אזי הדין הוא שישבע ראובן שלא שלח לו בכתבי כי אם חמשים דוקא ושמעון חייב לפרוע דדמי זה למ"ש מר"ן סקכ"א ס"ב שכתב ואם היא מלוה בשטר וכו' ואם אין ראובן מכיר כתב יד שמעון אזי הדין נותן הואל ושמעון יש לו רשות לשלוח המעות עם המורשה הזה הדין הוא שיקבל שמעון חר"ס שמאה שלח עם השליח דהואל ואינו יודע כתב שמעון אזי יש לנו לחוש שמא האמת כדברי שמעון ששלח מאה עם השליח והשליח תפס לעצמו האגרת השלוח אליו וכתב אגרת זיוף

שלא שלח אלא חמשים וא"ך הדר דינו כאומר המלוה איני יודע אם פרעתני והדין הוא כמ"ש מר"ן ג"ך שם בס"ח והתם אפילו במלוה בשטר איירי וכמ"ש הש"ך שם סקי"א ועכ"ז פטור הלוה הואל וברשות נתן והגם דפסק שם מר"ן דהלוה צריך לישבע התם דוקא הואל והשליח מכחישו ומטעם שכתב הסמ"ע שם סקכ"א והש"ך סקמ"ו יעו"ש אבל בנדו"ד שאין השליח לפנינו שיכחיש לשמעון הדין הוא שאין על שמעון כי אם חר"ס וכמ"ש מר"ן בסנ"ט יעו"ש ומור"ם בסע"ב סי"ד יעו"ש ועיי' בש"ך סקכ"א סקל"א יעו"ש וא"ך אין על שמעון כי אם חר"ס:

ואם שליח זה ששלח עמו שמעון המעות אינו ברשות ראובן אלא ששמעון הוא מצד עצמו עשאו שליח להוליך לראובן מעותיו אזי היה הדין נותן בין אם יהיה שמעון נאמן לומר להד"מ או פרעתי או אינו נאמן הדין הוא שראובן יקבל תר"ס שלא הגיע לידו כי אם חמשים דוקא ויפרע לו שמעון דהדר הדין להיות כאומ' יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם דיכול להיות דהשליח ג"ך זייף באגרת ששלח שמעון לראובן וכתב אגרת בת חמשים לכך המלוה שהוא ראובן יקבל חר"ס דוקא ושמעון ישלם וכמ"ש ג"ך בסקכ"א ס"ט יעו"ש והגם דשם נאמר דישבע המלוה או המפקיד בנק"ח וכו' התם הוה ג"ך כמו שאמרנו הואל והשליח מכחיש המלוה או המפקיד וכמ"ש הטעם הסמ"ע והש"ך שם יעו"ש אבל בכאן שאין השליח לפנינו נראה דאין עליו כי אם חר"ס וכפסק מר"ן אלא דהואל ובנדו"ד טוען שמעון שבאגרת השלוח ליד ראובן שם כתב לו שיגיע לו מאה דורוס וראובן טוען שנאבד האגרת ראיתי להרב החבי"ב הביא דבריו מאמ'ר קדישי'ן סקכ"א סקט"ו שכת' וז"ל ראובן היה חייב לשמעון סך ידוע בשטר ושלח לו לומר ע"פ כתבו תן ללוי חמשים זוז וכשבאו לחשבון אמר ראובן שנתן ללוי ע"פ כתבו ששים זוז ושמעון טוען כמדומה לי שלא כתבתי לך אלא חמשים ואם הוא כדבריו יראה לי הכתב וראובן משיב שנאבד הכתב נשבע ראובן שנתן ללוי ששים זוז ונפטר עכ"ל וכתב הרב הנז' דהרב עט"ץ ז"ל תמה על הרב כנה"ג דלמה צריך לישבע הואל והמלוה טוען שמא והרב מאמ"ר קדישי"ן ישב שם דעת כנה"ג שריר וקיים הוא דהואל ואמר שנאבדה לו האגרת ואין מדרך אגרות אלו לאבדם א"ך רגלים לדבר שהלוה הזה משקר ולכך רמו עליו שבועה יעו"ש א"ך ממנו נלמד לנדו"ד במכ"ש דאפי' הרב עט"ץ יודה כאן דצריך לישבע הואל ושמעון טוען בריא שמאה שלח אליו הגם דאיכא לספוקי דשמא השליח זייף אגרת בת מאה באגרת בת חמשים עכ"ז בודאי בזה מידה הרב עט"ץ זלה"ה לסברת כנה"ג דבזה יש רגלים לדבר ונוסף על זה דראובן בא ליטול בודאי יודה דחייב

ראובן לישבע. זהו משנלע"ד במהרה לא באריכות כי לדעתי אין כאן מקום להאריך וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קטו

נשאלתי בראובן שהיה נושה מנה בשמעון בתוע"י ולוי ערב. אח"ך נתפשרו ראובן ושמעון והוסיף ראובן לשמעון מנה אחר וזקף עליו המנה שבשטר הראשון שלוי ערב בו ומנה השני וכתב עליו שטר עיס' מסך מאתים והניח בידו שטר הראשון שבו ערב לוי והן היום תבע לוי לראובן שיחזיר לו שטרו הואל וזקף עליו הכל בשטר השני הרי מחלו בערבנות וא"ך יחזיר לו השטר יומ"ץ:
תשובה לזה הן אמת ראיתי להרב זכו"ל בחח"מ ח"ב אות שי"ן שכתב וז"ל עיין עוד להרב ח"ש שם שהביא מז"ב ב"ח בתשובה דכתב דשטר שפרעו ויש בו ערב וחזר ולוה בו דפטור הערב יעו"ש א"ך מכאן יש ללמוד דהואל ונפרע המלוה פעם אחת שוב אינו יכול להלות על אמונת הערב ומאותה שעה נסתלק הערב וכן גם כן ראיתי להש"ך בסיקע"ז סק"ו משם מהרשד"ם וז"ל וע"ש עוד באם שלוה פעם אחרת שוב גם הערב פטור מהערבות ואינו משתעבד להלואה שנייה שלוה ממנו והוא פשוט ועיין בתשו' מהר"א ששון ומהראנ"ח עכ"ל מכאן למדנו דהערב אינו משתעבד בפעם השניה אלא הואל ונפרע מלוה הראשונה בטל שעבוד הערב:
אלא דצריך לידע בכגון דא שלא נפרע אלא שנזקפה עליו במלוה בשטר אחר אי חשבינן לשטר הראשון כאלו פרעו שמעון או לא. הנה מצינו למר"ן בסימ"ח דפסק דשטר שנכתב על הלואה אתת ופרע אינו יכול לחזור וללות בו ואפי' אם הכל ביום אחד שאינו מוקדם שכון שנמחל שעבודו אינו חוזר ולוה בו ואם פרע מקצת אינו חוזר ולוה בו אותו המקצת יעו"ש ודין זה נמי איכא למימר הואל ושטר זה כחו חלוש ואין עליו עיקר סמיכתו וסמיכתו הוא על השטר השני הו"ל כאלו פרע והדר דינו למ"ש משמיה דמהרשד"ם וזכו"ל כי הערב אינו משתעבד בהלואה שנייה:
אלא דיש לחלק ולומר דהואל ולא נתן המעות בפירעון אלא זקפם עליו במלוה לאו שטר פריעה יתקרי דמעולם לא נמחל שעבודו והגם דכתב עליו שטר אחר וא"ך מן הדין הוא דצריך להחזירו לבעליו ואסור להניחו בביתו ובחומותיו וכמ"ש מר"ן בסינ"ז וז"ל אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו וה"ה שטר שנמחל שעבודו וכו' וא"ך הואל וכתב עליו שטר אחר הדר דינו להיות באיסור אל תשכן באוהליך עולה ומחויב להחזירו וא"ך בטל

ומבוטל הוא. אין מזה סתירה דהן אמת דהגם דהמלוה עובר משום אל תשכן הני מילי אם בא הלוה לתבוע שטרו אבל בכגון זה ששמעון נתרצה לזקוף עליו אחר ורצה להניח שט"ז תחת יד ראובן כדי שיגבה בי מן הערב אם יצטרך וא"ך שוב אינו עובר הואל והלוה ידע ומחל שוב אין איסור על המלוה דדמי הדבר לשטר אמנה שמניח הלוה ביד המלוה וגם זה כן נימא דהואל ונתרצה הלוה להניחו ביד המלוה יכול לתבוע בו את הערב דהגם דנמחל שעבודו לגבי הלוה לגבי הערב לא נמחל דהגע עצמך כלום לא פטרו לעיל מהרשד"ם והרב זכו"ל אלא אם נפרעה ההלואה אבל בכגון דא דלא נפרע אלא זקפם עליו בשטר אחר במאי נפטר ערב זה אפי' חשבינן לשטר זה נקרע או נאבד וכי משום אבידת השטר יפטר הערב דכמו שאין הלוה נפטר היכא דנאבד שטר הלוה כך נמי הערב אינו נפטר ובמאי יוגרע כחו ששט"ז כלל:

ואין לדמות ענין זה למחלוקת הסמ"ע והש"ך במאי דכתב שם מר"ן וסיים מור"ם וה"ה בשטר שנמחל שעבודו וכתב הסמ"ע דנמחל שעבודו היינו מחל לי שעבוד הקרקעות ועדיין הוא נושה ההלואה בלוה עכ"ז עובר משום אל תשכן באוהליך עולה יעו"ש והש"ך פליג שם וס"ל דבכעין זה הואל והיה עומד לגבות בו מלוה אין בו משום אל תשכן יעו"ש וא"ך הגם דלדברי הש"ך נדו"ד ניחא עכ"ז הרי לסברת הסמ"ע איכא לאו דאל תשכן לגבי הלקוחות הגם דלגבי הלוה ידע ומחיל והו"ל כאלו חייב עצמו במה שאיני חייב דרשאי אדם לחבול בעצמו עכ"פ הואיל ולגבי הלקוחות נמחל שעבודו וכתב עליו שטר אחר הוייה לפי סברת הסמ"ע שט"ז כמי שאינו ובעמוד והחזיר קאי אפי' ימחול הלוה הואל ומגיע נזק ללקוחות:

דכבר מילתינו אמירה דאפי' אי חשבינן לשט"ז כאלו קרוע ונאבד הוא במאי יפטר הערב מאותה הלואה לא חשבינן לה אלא כאלו אבד שטרו וחזרה להיות מלוה בע"פ מי לא חייב עד כען הערב ומעולם לא נסתלק ערב זה מחוב זה כלל וגם לגבי לקוחות עצמם אין בשט"ז שום גריעותא דמיום כתיבת השטר עד היום הזה לא נשתחררו הקרקעות דידיה ולא מיבעייא לגבי שעבוד הקרקעית שעדיין לא נמכרו ובאים ב"ח לגבות פשיטא דגובה הוא תחלה מזמן שטר ראשון קודם לשטרות שנכתבו אחריו דאפי' אי חשבינן לשטר ראשון כאלו אינו אפי"ה הואל ויש עדים או ששאר בע"ח מודים שמלוה השנית נתהוית משטר הראשון אפי' חשבינן שטר הראשון כמי שאיני בעולם והוויא מלוה ע"פ הרי פסק מר"ן לפניך בסיק"ד סי"ג דפסק דמלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת דמלוה ע"פ קודמת לגבות מבני חרי יעי"ש אלא לעד"ן אפי' לגבי הלקוחות עצמם הואל והניח

שט"ז בידו אדעתא דהכי כדי ליפרע מזמן המוקדם וגובה בו מזמן שטר ראשון וא"ך גם כאן הגם שכתב שטר שני הניח זה לראיה לזמן הגבייה ועדיין צריך קצת ישוב לזה:
אבל עכ"פ בנדו"ד לגבי הערב אפי' חשבינן לשט"ז כמאן דליתיה עכ"ף לא נפטר הערב וא"ך אינו יכול לכפות להוציא השטר מיד המלוה זהו משנלע"ד: ואחר החיפוש זכיתי וראיתי לרבינו מהריט"ץ זלה"ה בסי' צ"ד שנשאל בכעין זה בראובן שהיה חייב לשמעון ולוי ערב בעד החוב והלך המלוה והלוה למדינת הים ופרע לו מקצת החוב והיה הנשאר כתב לו שטר אחר לפרוע לו בזמן פלוני ומת והניח אחריו יתומים קטנים ועכשיו בא לגבות מהערב אין שומעין לו יעו"ש וביטל הרב הנז' השטר מכמה טעמים ובכלל הטעמים כתב וז"ל גם אנו נאמר דלאו ברשיעי עסיקינן שרשע ופשע הוא לכתוב שני שטרות חוב על אדם אחד ואפי' העתקה לא התירו אלא במקום הכרח כמ"ש הפוסקים ואם לא כתבו הסיבה של ההכרח אין גובין בו נמצא שעון גדול הוא לכתוב שני שטרו' על אדם אחד אלא ודאי כדי שלא לעשות רשע הבע"ד והסופר והעדים נאמר שבטל השטר הראשון ובטל זמן שעביד א' ובטל ערבות הערב ונסמך על שבועה לאלדי"ם אשר נשבע בעל חובו ויש לו לטעון בפירוש בטל השטר הראשון ונתנו ביד הלוה ונפל ממנו ומצא זה ובא לתבוע מן הערב עכל"ה וכראותי זאת שמחתי ועלצתי דהגם דמדברי רבינו בטל ומבוטל השטר הראשון לאו מטעמא הואל ונמחל שעבודו והוי כפרוע אלא הרי טעמא טעים וטעמו ונימוקי עמי הואל ולאו ברשיעי עסקינן ומסתמא בודאי מחל גם לערב ובפרט דבשטר שני היתה שם שבועה מה שלא היתה בשטר ראשון לזה אמרינן פשוט דמחל וסמך אשטר שני ומחל כל אותי שטר אבל בכגון זה דביום כתיבת השטר השני גילה דעתו לפני העדים שהוא מחזיקו בידו לראיה שלוי ערב בסך מה שבשט"ז ויש עדים ע"ז פשוט דיכול לגבות מן הערב:
גם ראיתי להרב מש"ה מערכת עיי"ן אות צ"ה וז"ל ראובן שנתערב לשמעון בעד לוי ולוי עשה שותפות עם שמעון ושם השטר ההוא לבטחון הרי הודה שמעון שראובן אינו חייב לו כלום יעו"ש וא"ך לכאורה נראה דגם שהוסיף לו בעיסקא נימא דלהוי כאותו ענין וממילא כאלו הודה. זה אינו דלא מלבד שהתם מעיקרא היה חוב והדר נשתתפו לא כן בכאן דמעיקרא היה עיסקא ולבסוף עיסקא אלא אפי' בהתם דהיתה מעיקרא הלואה ולבסוף שות' עכ"ז הרי כתב הרב בלשונו ונתן טעם ואמר הרי הודה שמעון שראובן אינו חייב לו כלום יעו"ש:
שוב ראיתי להרב מ"ק בסקכ"ט סק"י שכתב משם כנה"ג וז"ל ראובן שנתערב לשמעון בעד לוי ואח"ך הלך שמעון אצל יהודה ופייסו שיתערב בעד לוי ג"ך ועשה לו שטר

ערבנות ואח"ך מת לוי המתחייב ובא שמעון להתפרע מיהודא ולא היו לו מעות ונתפשר עם שמעין שיקבל עליו החוב לזמן וזקף עליו החוב מלוה בשטר ואח"ך הלך אצל ראובן ותבע ממנו מצד ערבנות וענה ראובן שכבר נפטר שזקף על יהודה במלוה הדין עם שמעון עכ"ל יעו"ש שוב אחר זמן רב זכיתי ובא לידי ספר התשב"ץ וראיתי שם בחלק שלישי סי' ר"ה דיש ראיה מפורשת לדברי דהא כתב שם אם היה לו על חבירו שטר משכונה קודם כתובת אשה חזר וחדש שטר משכונה אחר והמלוה הניח בידו גם שטר הראשון לא הפסיד הקדימה יעו"ש ונתתי שמחה בלבי תהלי"ת. דון מינה היכא דגילה דעתו בעדים כנדו"ד דלא מחל השעבוד בודאי דשעבוד הערב במקומו עומד. והנלע"ד כתבתי וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קטז

מה שלפעמים בא הלוה וטוען על המלוה שנתן לו העיסקא שלפעמים הוא מפקיד סחורות אצל בני ביתו של המלוה ורוצה להשביע למלוה ולבני ביתו ראיתי להרב פתח"י תשוב"ה בסי' צ"ג סקי"א שכתב וז"ל עיין בישו"ש פ"ח דב"ק סכ"ח דאם אשת השותף היא ג"ך נושאת ונותנת בשותפ' אף היא צריכה לישבע ע"ש והובא דבריו באו"ת ובקצו"ת החוש"ן ובנתיבו"ת המשפ"ט וכתב עוד באו"ת ואפשר אפי' נתן פטורים לשותף על השבועה מ"מ יוכל להשביע את אשתו אם לא זכרה בפירוש וכו' ט"ש עכ"ל והנה לדעתי בודאי במעשים שבאים לפנינו כמה פעמים ואומרים אני מתעסק של פלוני וכשאני בא לעיר אני מניח הסחורה בבית ראובן בעל המעות ועתה אני חושדו כמו שהוא חשד אותי ונשבע בין שנינו וגם אשת המלוה צריכה לישבע הואל והייתי מפקיד בידם הסחורות בודאי דלגבי ראובן דינא קא תבע וישבע ראובן שבועת השות' כמ"ש מר"ן ס"ו אבל לגבי אשתו אין עליו שבועה דהא דין השותף שאיני מתעסק אלא מניחים אצלו הסחורה דהצריכוהו לישבע הגם דלא שייך ביה מורה התירה כמו ששייך באותו שמתעסק עכ"ף ראיתי למהרי"ט ז"ל בח"ב סק"ה דכתב דהטעם הוא משום דבשותפים לא הצריכו אותו לישבע משום מורה התירה בשביל הטרחה אלא משום דאי לא אמרינן שהשותף ישבע חיישינן שמא אותו שנתן לי המעות יבוא לחשוד שהמתעסק לוקח ממון מן השותפי' ויבוא גם הוא ליקח על זה אמרו דישבע כדי שיהיה כל אחד לבי נוקפו על חבירו יעו"ש: וא"ך יש לנו ללמוד דדוקא בבעל המעות שנותן עיסקא יש לחושדו שמא גנב ממון השותפ' מחשש שמא האחר לקח ויבוא גם הוא ליקח אבל אשתו של בעל המעות מאין

יבוא לה ההתר לגנוב מן ממון השותפ' אפי' נימא שהוא חושבו למתעסק שגונב מן ממון השותפ' עכ"פ איהי מה הפסד עשה לה ומה הזיקה הרי הממון של בעלה הוא וזה מדוקדק מדברי הישׁ"ש ז"ל שכתבנו לעיל דכתב אם אשת השותף מתעסקת נשבעת דוקא אם נו"ן בשותפ' אבל אם אינה נושאת ונותנת בודאי אין להשביעה אפי' מפקידים אצלה ופשוט אכן מידי חר"ס לא נפקה אפי' אם יהיה בעלה נא"ג שהאמינו השותף האחר וכמ"ש הרב אורי"ם ותומי"ם שהביאנו דבריו לעיל וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קיז

להיות שיעקב בר יודא ן' לחסן היה נושה בו כההר"י אביקציץ נר"ו סך מה ותבעו לשלם לו ולא נמצא בידו ממה לשלם ומטעם איזה חששות נכנס אביו במקומו וזקף כההר"י הנז' החוב על יודא אביו של יעקב בשט"ח ועד שלא פרע יהודא הנז' החוב ה' פשט יד ורגל וצר"ה דעניותא רדיף אבתריה ועל זה חזר הר"י הנז' לתבוע אל יעקב באמור לו אביו לא פרע והרי הוא שחיובו עומד ויעקב טען הואל וזקפן על אביו כבר הוא נפטר:

תשובה לזה הוא דין זה ממש כבר נשאל בו הרב מוהרח"א ז"ל ובאה השאלה בספרו בנ"י חי"י בסי' קכ"ו והיתה תשובתו בצדו דהבן חייב וחיליה הוא מדין מעמד שלוש' שכתב מר"ן בס' הנז' ס"ט דאם לוי הנמחה יכול לחזור על ראובן הממחה או לא וז"ל נלע"ד שאע"פ שאביו של ראובן זקפם עליו במלוה לא בשביל זה נסתלק שמעון מהחוב וראיה לזה ממה שכ' הטו"ר סקכ"ו סי"ב בשם בעל העיטו"ר והרא"ש דבהמחאה לא נסתלק הלוה אם לא שפיטרו בפירוש וכ"ך הר"ן סוף פ"ק דקדושין בשם רבינו האי גאו"ן ובשם ר"ת הביא דבריו בב"י באם במ"ג שהלוה חייב ובשביל חובו קבל עליו לשלם למלוה אפי"ה כל שלא סלקו וכו' בפירוש ואביו של ראובן אינו אלא כקבלן בעלמא ואפשר דאף לסברת הרי"פ שהביא הטור שם שיכול לומר ראובן משעה שנתרצית ליפרע מלוי נפטרתי ממך התם שאני שכיון שלוי היה חייב משמעון השתא שהעמיד ראובן לשמעון אצל לוי נסתלק ראובן לפי שכבר עשה מעשה פירעון בחוב שהיה חייב לוי לשמעון וכו' שיכול לומר הלוה למלוה גברא יהבי לך בחרקאי דהוא חייב לי ומיד זכית בחובי שהיה לי אצלו ומיד נסתלקתי עכ"ל וא"ך בנדו"ד שלא היה לראובן חוב אצל אביו לא שייך האי טעמא גברא יהבי לך ומיד זכית שהרי לא היה חוב אצל אביו והביא עוד שם הרב ראיה אחרת וכתב דאחר שקיים הענין מסברא דנפשיה אח"ך מצא הדבר מפורש בס' מוהרשד"ם זלה"ה יעו"ע הרי מוכח לפניך דאפילו לגבי אנן דסמיכי אתכא דמר"ן

ומור"ם פסק בס' קכ"ו ס"ט בסתם דבריו כפסק הרי"ף דאפילו לא פטרו בפירוש עכ"ז אין יכול הנמחה על הממחה עכ"ז הואל ובנדו"ד לא היה לבן אצל האב כלום בעינן עד שיפטרנו בפירוש ואם לא פטרו לא הוי יהודא אבי יעקב כי אם כקבלן בעלמא:

אלא דכאן היה הבן טוען שבשעה שזקף החוב על אביו פטרו בפירוש הואל וסמך על אביו וא"ך הואל ופטרו הרי הרב ס"ל דאפילו לסברת בעל העיטו"ר והרא"ש ורבינו האי גאון ורבינו ת"ם מהני הפטור כמ"ש בדבריו כל שכן לפי סברת הרי"ף אלא דראיתי דמר"ן בס' קכ"ו ס"ב שכתב וז"ל בד"א כשהיה לראובן מנה ביד שמעון אבל אם לא היה לו בידו לא קנה אחד משלשתן יכול לחזור בו וסיים מור"ם אח"ז ואפי' מחל המלוה ללוה ויכול לחזור בו כל זמן שלא קנה בקנין והוסיף מר"ן וכתב ואפי' פרע שמעון מקצת ללוי מן החוב ומכל מקום אם נתנו לו חוזר וגובה מראובן מאחר שע"פ נתן והוסיף עוד מור"ם אח"ז וכתב וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי צריך זה שהמעות בידו ליתנם למקבל יעו"ש ע"ך ושם בסמ"ע סקי"א הקשה דברי מור"ם אהדדי דברישא כתב ואפי' מחל המלוה ללוה יכול לחזור ואח"ך כתב דאם המקבל פטר לנותן אינו יכול לחזור ותירץ דבסיפא איירי בקנין ולכך אינו יכול לחזור ובמאי דכתב ברישא אפי' מחל היינו באמירה בעלמא בלי קנין יעו"ש והש"ך שם סקט"ו תירץ דברישא דאם מחל לו לא מהנייא מחילה היינו בדלא פטרו לגמרי אלא דאמר לו אני מוחל לך ואסמוך על אותו פלוני ובסיפא איירי בדאמר לו אני פוטרך לגמרי אפי' לא יתן ואין צריך קנין וכתב דכן כתב הב"ח יעו"ש וא"ך זכינו לדון בנדו"ד אם היה הפטור בקנין פשיטא דמהני אפילו אליבא דהסמ"ע אלא אם לא היה בקנין נחזי אם יעקב הנז' טוען שפטרו ואמר לו הרי אתה פטור ואסמוך על אביך בזה אפי' לסברת הש"ך עצמו יודה דחייב הבן לשלם ואין פטור כהר"י הנז' פטור ואם היה הפטור בלשון זה דהיינו שאמר כההר"י ליעקב הרי אתה פטור בין אם יפרע אביך או לא יפרע אם כההר"י הנז' מודה שאמר כן יכול יעקב ה' לומר קי"ל כהש"ך דזה מיקרי פטור ופטור ואם יש הכחשה ביניהם כיצד היה לשון הפטור בענין דיעקב אומר שכך אמר לו כההר"י ה' הרי אתה פטור בין אם יתן או לא יתן והר"י טוען שלא היה פטור כלל או לא היה בלשון זה דהייני הרי את פטור ואסמוך על אביך בזה יש לדון דאם היה ידוע בעדים דשטר זה שנתחייב יאודא לכהר"י הוא מפאת החוב שהיה חייב יעקב לכהר"י הדין הוא שישבע כהר"י שלא פטרו או שלא היה לשון הפטור כמו שאמר יעקב דהוי דין זה כטוען על השטר מחלת לי האמור בס' פ"ב סכ"ב יעו"ש ואם לא היה עדים בדבר אזי נאמן יעקב הנז' בשבועת הסית שכך היתה המחילה בלשון המועיל אליבא דהש"ך במיגו שהיה יכול לטעון דמעולם לא היה נושה בו או

היה נושה בו ופרעו ושטר זה לא מפאת הלואתו נתהוה אלא שהיה נושה באביו ולא לו ואזי ליפטר דזה ממש דומה לתשובת הרא"ש שהביא הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ז"ך דשם נשאל בראובן שהמחהו לשמעון אצל אמו ואח"ך אמו של ראובן לא רצתה ליתן הואל ולא היה בידה משל בנה וחזר שמעון לתבוע ראובן וראובן השיב שם טענת שבפניו אמו פרעה קצת מעות ביד שמעון ושמעון השיב כי אותם מעות שפרעה אמו בידו היה נושה בה ממון אחר ופסק רבינו הרא"ש דישבע ראובן כמה פרעה אמו ביד שמעון ויפטר ממה שפרעה יעו"ש וכתב הלבו"ש בע"ש בס' הנז' וז"ל ונראה לי דדברי הרא"ש מיירי שהעדים העידו שאמו של ראובן נתרצת ליתן והעידו ג"ך שראו שאמו נתנה לו קצת מעות בפניהם אלא שאינם יודעים כמה וגם אינם יודעים אם אמו נתנה לשמעון על זה החוב או לא אלא שראו שנתנה לו מעות לידו דאל"ך למה אמר שישבע ראובן כמה היה הפירעון ויפטר למה לא ישבע שמעון שמה שגבה מאמו היה ממה שהיתה אמו חייבת לו ויהיה נאמן במיגו דלהד"מ דראובן לית ליה מיגו דלהד"מ שהרי מעידים שהוא חייב לשמעון ולית ליה ג"ך מיגו דפרעתי שהרי פסק שאינו נאמן לומר פרעתי אח"ך הואל והמחהו אצל אמו נדמה לו שהוא פרוע בהמחאה זה ופטור והלואי שיפרע אדם פעם אחת עכ"ל וכן מסיק הש"ך עצמו שם בסקכ"ו ס"ק ז"ך דמה שפסק מר"ן בסי' הנז' ס"ו דאם המחהו אצל חבירו בענין דלא קנה אינו נאמן לומר שפרעו אח"ך עכ"ל כתב הש"ך דהיינו דוקא במקום דליכא מיגו דלא פרעתי ולא להד"מ אבל במקום מיגו נאמן לומר אח"ך פרעתי עכ"ל וא"ך משם ראיה מפורשת לנדו"ד אם היו יהיה דאין העדים שיעידו שכההר"י היה נושה ביעקב ומכחו נעשה שטר זה על יאודא בודאי דיעקב נאמן לומר דהתנה עליו שיהיה פטור בין יפרע בין לא יפרע במיגו דלהד"מ ומעולם לא נתהוה שטר זה מפאתו ופשוט הוא:

אלא דנשאר לי בספק זה אם יעקב לא יטעון שום טענה ממה שאמרן אלא יטעון שאחר שנזקף השטר על אביו חזר איהו ופרעו מי מהימן במקום דאיכא מיגו כדאמרן דהגם שאמרו שהלבו"ש והש"ך ס"ל דדברי מר"ן דסעיף וי"ו דכתב דאם המחהו וכו' אינו יכול אח"ך לומר פרעתי וכו' היינו דוקא במקום דליכא מיגו ובמקום דאיכא מיגו נאמן יכולני לדחות ולומר דוקא התם הואל ולא היה שום שטר בעולם אבל בכאן דיש שטר על אביו נימא אם איתא דפרע למה לא לקח השטר מיד אביו למקרעיה וגם ספק זה עצמו יש להסתפק אפי' במקום דליכא מיגו אבל טוען שאחר שנודע לו שאביו לא פרע ומחוייב הוא לפרוע אותו כשחזר עליו כההר"י הנז' וחזר ופרעו דמהנייא טענה זאת בהמחהו אצל חבירו באופן דלא מהני דכתב הש"ע ס"ו וכמ"ש הסמ"ע סקט"ו והש"ך סוס"ק ז"ך

יעו"ש מי נימא ג"ך לא מהנייא בכאן הואל ולא פרע השטר או דילמא לא שנא וכעת מה שנלע"ד הוא דגם בכאן מהנייא טענתו בין במקום דליכא מיגו דהגם דלא קרע השטר נימא הואל וזה סמך ובטח הואל ויש לו טענות לבטל השטר לא חש לקורעו מדי דהוה האומר על השטר שהוא פרוע ואין המלוה יכול לקיים השטר דהגם דהשטר לדעת הלוה הוא מקויים עכ"ז הואל ויש לו טענה וא"ך מן הראוי לומר למה לא קרע לו השטר אלא אמרינן הואל ולא יכול המלוה לקיימו על זה סמך ולא חש ליקח אותו מידו וא"ך גם כאן הואל ויש לו טענה לבטל השטר או פרעתי אח"ך אפילו לא דחקתני ותבעתני במקום דאיכא מיגו או אח"ך כשתבעתני במקום דליכא מיגו על זה סמך ובטח ולא חש כלל לקחת את השטר מידו ואדרבא נדו"ד כ"ש הוא הואל ואין השטר כתוב על יעקב אלא על יאודה אביו על זה סמך ולא חש כלל לקורעו:

א"ך נשאר לנו לבאר אם טען יעקב שמא כההר"י כבר נפרע בשטר זה מאביו מה היה דינו גם ספק זה נסתפק בו הרב בנ"י חי"י והעלה משם הרב ג"ת דדוקא לקבלן טענין ליה דלמא לא פרעו אבל ללוה אין לפטור בשמא פרעו הקבלן וכתב הרב הנז' שגם הרב כנה"ג מודה להרב גדל"ת יעו"ש והכי נקטינן יעו"ש ועיין למר"ן מלכ"ה בסי' קכ"ט בסעיף ט"ז ומשם יתבאר דבנדו"ד אין שים שבועה על כההר"י י"ץ והגם שהיה בדעתי להאריך כאן יותר הואל ודבר זה כבר נפתח בגדולים אין כאן מקים להאריך ואל אלדי'ם המלמד לאדם דעת הוא יצילנו משגיאות, ויראינו מתורתו נפלאות, ויתן לנו לב מבין לדון ולהורות, ולהפריש בין אסורות למותרות, בעזרת שוכן ערבות, בזכות ישיני מערות:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קיח

הלכות יוקר המטבעות סימן קי"ח:

תשובה להרב המורה צדק בעי"ת רבאט יע"ה ידיע להוי למ"ר שביום ששי שעבר אחר עבור התפלה בא לפני דין אחד מענין זה דשאיל מר מינן ואזי אמרתי שמוכרחני לברר מהו הדין בזה כפי ד"ת אחר שהשקפתי על התקנה וראיתי דלא היתה תקנת חז"ל אלא ע"ע יוקרא וזולא ולא על פסול המטבעות והדרן לדינא ומה שעלה במצודתי הוא דהגם דמר"ן בס' ע"ד פסק לדברי הרמב"ם ז"ל ומצינו להרב המגיד שפירש לדברי הרמב"ם דלא בעי תנאי אלא כל המלוה וכו' צריך לשלם מטבע היוצא עכ"ז הואל ומור"ם סיים על דברי הש"ע ואמר וכל זה שהתנה וכו' דמסיגנון זה נראה דמפרש דברי הרמב"ם והמחבר דבאופן זה שהתנה איירי וכפרוש קמא של התוס' והרא"ש והטו"ר דבעינן התנה כוותיה

נקטינן והגם דיש כאן מקום לומר דאין דבר זה נכלל במאי דקי"ל במקום שלא גילה מר"ן דעתו ומור"ם גילה אזלינן בתר מור"ם דהא בכאן לפי דברי הסמ"ע בסקט"ו מקשה על דברי מור"ם שהביא דברי התוס' וכו' על דברי הרמב"ם משמע דס"ל דמר"ן שהביא דברי הרמב"ם לא ס"ל הכי וא"ך מחזי דהסמ"ע ומור"ם פלגן בהדייהו בפירוש דברי הרמב"ם והש"ע עכ"ז לא פעם ולא שתים בא לידי כנדו"ז ודעתי קלה כמות שהיא לפסוק כדעת מור"ם ומלתא בטעמא דהואל ובמקום דלא גילה דעתו מר"ן הדין הוא ליל אחרי דברי מור"ם נגד פוסקים אחרים א"ך גם בזה הואל ומור"ם אומר כך הוא פירוש דברי הש"ע והסמ"ע אומר לא כך פירושו הרי מור"ם נחית לפסוק בדעת מר"ן כך וא"ך ודאי דכוותיה נקטינן הואל וכחו גדול ומפרש דגם הרמב"ם ז"ל יפרש למימרת הגמרא דבהתנה איירי ובפרט בנדו"ד דהלוה הוא המוחזק בודאי כל שהתנה אין להוציא מידו וא"ך הוא אתאן לנדו"ד לפסקה דדינא לגבי שטרי דידן אין לך שום שטר שלא נמצא בו כתוב שיהיה פרעונו במזומנים הן הוקרו הן הוזלו ופירושו הוא שהמלוה מתנה על הלוה שיפרענו במעות בעין זהו פירוש מזומנים והדר אח"ך תנאי אחר הן הוקרו וכו' לענין יוקרא וזולא וא"ך בשטרי דידן על פי תנאי זה שמתנה לפרעו במעות מזומנים יצאנו כל הדיעות ומחויב לשלם לו מטבע היוצא אליבא דכ"ע והחידוש הוא אפילו אם המצא ימצא איזה שטר שכתוב בו שהלוה לו או נתחייב לו דורוס של סאב'יל ודאי דגם עלייהו יעבור כוס דהואל וגם בהם נמצאו תנאי של מעות מזומנים או כדורוס בעינייהו הן הוקרו וכו' גם בזה הכי דינינן ליה דהתנה עליו לתת לו מטביע שיש בו צורה דמה שכתב בשטר רייאל סאב'יל לאו למימרא שיתן לו יסאב'יל אפילו נפסל אלא שכוונת שנתחייב כו"ך ממטבע דאיסאב'יל והתנה עליו שיתן המטבע הן הוקר וכו' אבל אם נפסל אין זה בכלל התנאי דתנאו שכתב עליו שיפרע במזומנים או בדורוס בעין אדעתא דמטבע היוצא בהוצאה הוא. וחילי הוא דהא המלוה את חבירו על המטבע האמור בגמרא מי לא עסקינן שקצץ לתת לו מטבע פלוני כגון מכר לו או הלוהו שיעור מאה מטבעות ונתחייב לו בהם אפילו היה ידוע אותו מטבע אחד ואין לו שני ועכ"ז אם נפסל אמרינן צריך לתת לו מטבע היוצא וא"ך גם כאן הגם שפרט בשטר מטבע סאב'יל לא פרטו אלא לענין יוקרא וזולא ולא לענין פסול:

מעתה לגבי מלוה שבשטר בין נתהוית מכח הלואה או מכח סחורה הואל וכל השטרות יש בהם תנאי יצאנו כל הדיעות ולגבי שכירות הבתים נמי ממה נפשך אם היה תנאי השכירות באוקיות דרך משל במתקא"ל או בט"ו אוקית או היה התנאי בחצי דורו' וכדומה בין כך ובן כך הוי כאלו התנה על השכירות במעות או על האוקיות או על

המטבע וזה אינו לא מן האוקיות ולא מן המטבעות והראיה על זה דהוי דעתייהו לשלם לו במטבע היוצא היתה השכירות שהרי עתה אם ירצה לדור עוד בבית ודאי לא יקבל ממנו האיסאב'יל ולא יפחות לו מן השכירות כדי לתת לו האלפנס"ו ומוכרח דאדעתא דמטבע היוצא ירדו וזה עדיף ממוכר סחורה לחבירו דהתוס' מצריכי בה תנאי כדאמרן וכוותיהו פסק מור"ם דבמוכר סחורה לחבירו וזקפה עליו במטבע אזדא לה שם סחורה ולא הוי אלא כאלו הלוהו מטבע וכמו שמקשים התוספות על פירש"י וכתבו בלשונם הטהור וז"ל ועוד כיון דמעות פרקמטייא זוקף עליו במלוה אין סברא כלל לחלק בין הלוה מעות לפרקמטייא שמכר במעות עכ"ל מכאן מוכח דבפרקמטייא הואל וזקפה לא אמרינן אדעתה שישלם במעות נחית אלא הוי כאלו הלוהו לא כן בשכירות הוי כאלו הסחורה בעין ולא זקף עליו הלואה אלא צריך לשלם לו השכירות כמו שדרך בני אדם לשכור דהיינו המטבע היוצא ודו"ק:

אלא דבשאר הלואות שבעפ"י ודאי הדין הוא הואל והלוהו סתם ולא היה תנאי ודאי מטבע שהלוהו יחזור ואם יש הכחשה ביניהם ידון אותה כמ"ש הרב זי"ע זלה"ה ואם ספוקי מספקה ליהו וכן מכר סחורה לחבירו וזקפה במלוה ע"פ ולא היה תנאי נלע"ד דדייניגן ליה לידון במחצה דהיינו יפרע לו מחצה סאב'יל ומחצה משאר מטב' כמו שכך היו דנים ביוקרא וזילא דהא קודם הפסול היינו דנים אותו כך שיתן לו מחצה מסאב"יל ומחצה וכו' משום דמחזקינן לומר דמחצה ממטבע זה נושה ומחצה מזה כך יש לנו לומר בדין זה:

אלא דרואה אנכי דאין אנו צריכי לכל זה הואל וכבר העידו לפנינו גם את הראשון גם את השני שבאוזניהם שמעו שגזרת המלך היא לאמר שכל מי שנושה בחבירו צריך לגדל פרע היוצא בהוצאה בזה נחה שקטה וגזרת המלך שלטון וכמ"ש מור"ם בסתם דבריו בס' ע"ד והגם שהביא סברת החולקים על זה עכ"ז אין לנו אלא סתמא דדברי מור"ם ובפרט ביור"ד סקס"א לא הביא כלל סברת החולקים יעו"ש ודאי הכי נקטינן דקי"ל דד"ד. ודע ידידי שביום ששי באמצע היום כמו שעלה על דעת הידיד עלה על דעתי ועל זה אחר שבררתי במה שנטתה דעתי הוצרכתי לילך לפני עט"ר הרב מו"ד נר"ו ומצאתי איתו ג"ך באותה שעה גם הוא עסוק בענין זה לברר הדין וצירפנו הדיעות ונמצאו שוים וזו הלכה העלינו כמ"ש לעיל ותו לא מדי. ומה שרצה הידיד לדקדק מדברי מור"ם דהואל וכתב בלשונו נותן לו ממטבע שהלוהו מזה נראה דדעתו לפסוק כרש"י דדוקא בהלואה צריך תנאי אבל בסחורה לא. לא ידעתי היאך יוצדק לך דקדוק זה דהא דברי מור"ם איירי קאי על דברי מר"ן שהם דברי הרמב"ם שכתב כלשון המימרא המלוה את חבירו על המטבע

וכו' ולכל הפירושים לא מבעיא לפירוש רש"י דמפרש המלוה על המטבע היינו מכר לו פרקמטייא לבד אלא גם לפירוש התוספ' ראשון ושני ולפירוש הרמב"ם הרי פירשוה כולם דהיינו בין מכר סחורה או הלוה לו וכו' וא"ך מה שכתב כאן מור"ם המלוה הוא קאי על מכירת הסחורה ועל ההלואה ועל זה קאי מור"ם וכתב וכל זה שהתנה משמע בין על מכירת הסחורה בין על ההלואה דוקא שהתנה והיאך פה קדוש יאמר דבר זה דדעתו לפסוק מור"ם בסחורה כדעת רש"י אפילו לא התנה זה לא יתכן ובפרט דלשון זה וכל זה שהתנה לא נכתב כי אם בלשון הטו"ר והטו"ר לא שאני ליה בין הלואה לפרקמטייא א"ך הגם שלשון מור"ם משונה מלשון הטו"ר אין זה דקדוק וק"ל:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קיט

תשובה לעי"ת אלקצר יע"ה על רייאל יסאב'יל שבאגרת יר"ה לא פסלו אלא הפחיתו משוויו:

על מאי דשאיל מר מינן על דבר הצ'ורו של יסאב'יל שמקודם היתה שומתו עשרים בליוניס והן היום שלח המלך בכל מלכותו לאמר שיפחיתו משומתו ולא יהיה לו שומא כי אם חמשה עשר בליוניס כיצד יהיה דינו בין מהמלוים והלוים הנה ידוע פסק הש"ע בס' מ"ב סי"ג ששם פסק שאם כתוב בשטר מטבע של כסף סתם נותן לו פחות שבמטבע כסף וכו' ע"ש וא"ך הוא הנה ידוע שמקודם לזה היה כל אפיא שוים הן רייאל דסאב'יל הן של האלפונסו ובאיזה צ'ורו שירצה הלוה או הלוקח סחורה לפרוע צריך הסוחר או המלוה לקבל ואפילו מי שירצה להתעקש שלא יטול דורו של יסאב'יל לא יעלה מאומה בידו כי דורו סתם נתחייב לו ויכול לומר זהו מה שנתחייבתי לך הואל והדורו' סתם כתוב בשטר יכול לסלקו בו והוא עדיף ממי שנתחייב במטבע סתם דאפילו יהיו עשרה מיני מטבעות יש גדול ויש קטן יכול לסלקו בקטן מכ"ש אם נתחייב לו רייאל סתם דמטבע אחד הוא ודאי דיכול לסלקו באיזה שירצה וא"ך הואל ויש תנאי בשטר לפורעו הן יוקרו הן יוזלו יכול הלוה לומר זהו מה שנתחייבתי לך דהיינו הדורו של יסאב'יל ועליך לקבלו אפילו הוזל ותו לא מדי:

ודע וראה דכל עקר הספק זה אינו נופל אלא לכשיבקע הנוד לכשיבוא גזרת המלך בזה אבל נתברר הדבר דליכא גזרת המלך ועד האידנא עדיין לא הורע כחו מכל וכל שהרי אם ירצה לקחת בו שמן תירוש ויצהר אדרבא גזרת המלך על ידי שר העיר שמוכרח שיקבלו המוכר בשומתו הידועה ולא הוציאו קול זה של אגרת המלך וגזרתו כי אם

הסוחרים שקונים האליטאר"י ומשלחים אותם לערי אדום ומאן משגח בהו ובקלא דלא פסיק מדידהו ועיין בס' ע"ד ס"ז ותן לחכם ויחכם עוד. זהו מה שהשבתי באגרת אחת דרך אגב נח"ץ עלי דרך וצוי"ם:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכ

תשובה לדאר לבידא:
על מי שנתחייב בשט"ע או בחוב הלואה וכדומה לפרוע לחבירו בדורוס פראנסיץ בעין הן הוקרו הן הוזלו. והוקרו המטבעות שהם הדורוס פראנסיץ הנה פשוט אם באין ע"פ ד"ת אפילו לא התנה עליו לפרוע בדורוס פראנסיץ הן הוקרו וכו' הדין הוא שחייב לשלם לו האלפראנסיץ דהא קי"ל כמימרת ר"י במציעא דמ"ה דאסור ללות סאה בסאה ואסור ללות דינר בדינר ואוקמה תלמודא דהינו בדינר זהב אבל בדינר כסף בין לדעת ב"ש בין לדעת ב"ה לגבי דידיה מטבע הוי ומותר ללות דינר כסף בדינר והכי קי"ל מסקנא דתלמודא אלבא דרש"י וכוותיה קי"ל הלכתא כמ"ש מר"ן ביור"ד סקס"ב ס"א והגם דמר"ן הטיל בה תנאי וכתב וז"ל ואסור ללות סאה בסאה וכן כל דבר חוץ ממטביע כסף היוצא בהוצאה אז ע"ך והוא כפי שטת הרא"ש והרי"פ דס"ל דאפילו מטבע כסף לא הותר ללות דינר בדינר אלא דוקא אם הוא יוצא בהוצאה הלאו הכי הוי פרי כמו שבא מפורש הטעם בדברי הרא"ש בפרק הזהב יעו"ש הרי דבר ידוע שהדורו פראנסיץ הוא לעולם חריף בהוצאה וחזרנו לדינא דמותר ללות דינר כסף בדינר כסף דפסק מר"ן ואפילו הוקר צריך לשלם המטבע ועיין להרב זי"ע זל"ה בס' ע"ד מה שפלפל בחכמה והעלה דאפילו בדינר זהב כל שהוא חריף בהוצאה זמן רב דינו כדין דינר כסף יע"ש שהעלה עוד דאפילו נתן לו פרוטות וכתב עליו דינרין צריך לפורעו דינר ואין כאן מקום רבית הואל והמטבע שומתו ידועה הוי כדין פוסקים על שער שבשוק גם מדין הקנין נקנה לו הגם שאין מטבע נקנה בחליפין דוקא אם היה השטר כתוב בלשון קנין אבל כל שהוא בלשון חיוב הרי קי"ל אדם מתחייב כדשב"ל ע"ך וא"ך אם באנו מצד הדין אפילו אלו לא היה תנאי בשטר הדין הוא שיתחייב לשלם דורוס פראנסיץ כמו שנתחייב אלא אפילו אם באנו מצד התקנה דאנן גרירי בתרה כמו שתקנו לנו רבותינו בעלי התקנות בתקנה ש"ש אחישנ"ה דשם נמצא כתוב דכל שטר שבעולם בין שט"ח או עסקה או כתובה אי משכונה וכדומה שיוצא זה על זה אם הותירו יתחלק העודף שיעלה במעותיהם מפאת יוקרם בין התובע ובין הנתבע לחצאין יעו"ש ובעקבותיהם אנחנו הולכים עכ"ז הרי פרשו בתקנה הנ"ז

והטילו תנאי וכתבו וז"ל וכל החלוקות יובנו הכא שלא התנו בניהם תנאי מפורש בשטר וכו' אמנם היכא דהתנו בניהם תנאי מפורש בשטר או בע"פ עדים שנמצאו בעת הודאת השטר או החיוב בין התנא לוה בן התנא מלוה הכל יתפרע כפי מה שהתנו בניהם דלא נתקנה תקנה זאת אלא בתביעות סתם ואין עדים שיעידו שהתנו בניהם התנאי עכל"ה וכזה אנו דנים מדי יום יום וא"ך שטר שימצא בי תנאי שיפרענו בדורוס פראנס"ץ בעין הן מה"ד הן מה"ת חייב לקיים תנאו ופשוט וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכא

לעי"ת רבאט יע"ה על ענין ההטבה שהטיב חסדו הר"ד פיסו נר"ו עם הר"ד ן' זקין נר"ו שאם יביא לו סך שמונה מאות דורוס דמי המכר לזמן פלוני יחזר לו המכר והן ידוע שבזמן המכר היה הדורו ספאניול והדורו חאסאני שומתם שוה וזה זמן אחר המכר הוזל הדורו חאסאני והופחת משומתו קרוב לרביע מדמי שווי האלפנסי דהיינו בעת הפדייה מאה דורים חאסאני שוים שמונים דורום מהאלפנסו מ"מ ועל זה ענין הרד"פ אומר שלא יחזר לו כי אם דוקא אם יתן לו שמונה מאות דורוס האלפנסי ויהיב הרד"פ טעמא ותבלין לטענתו חדא תמה ואמר וכי באותו זמן הואל והיו שוים האלחאסאני והאלפנסו שומא אחת הידוע הוא אם נתתי לך חאסאני או פונסו מסתמא מעורבין היו מקצת מזה ומקצת מזה או אפשר כלם פינסו היו וא"ך למה תבחר ותקרב לעת עתה לפרוע בהאלחאסאני דוקא:

ועוד אפילו נניח שבזמן המכר נתתי לך כל המעות חאסאני עכ"פ לא אקבל לעת עתה כי אם האלפונסו יען כי לא הטבתי חסדי עמך אלא במקום דלא למטי לי פסידא והואל ולעת עתה הוזל האלחאסאני ואיני שוה כשומת האלפונס לא אקבל אלא כשומת האלפונס שהיו שוים בתחלה כי אין אדם מרע לעצמי ומטיב לאחריני כי קרוב אדם אצל עצמו יומ"ץ:

תשובה לזה הוא. הנה במה שטען תחילה הרד"פ שהואל ובזמן המכר היה האלחאסאני והאלפונסו שוים ומסתמא נתן לו בתערובת או יכול להיות כלם פונסו ולעת עתה למה יפרענו בהאלחאסאני הנא אם באנו מצד טענה זו היה מקום לומר שמן הראוי הוא לפשר בניהם לתת לו מחצה חאסאני ומחצה פונסו כאשר מנהגינו לפשר והוא ע"פ תקנת הראשונים רבותינו בעלי התקנות שתקינו לנו והגם שתקנתם היא כמי שנתחייב במטבע ידוע והוקר או הוזל בזה הוא שתקינו לפשר לחצאין וגם דוקא לא תקינו אלא

במקום שלא התנו שום תנאי אבל אם התנו שנתחייב לו בין אם הוקרו בין אם הוזלו יפרע לו מטבע שהלוהו בין הוקר או הוזל וא"ך אתאן לנדו"ד שבא כתוב שאם יביא לו שמונה מאות דורוס יחזר לו המכר ובכאן היו שני המטבעות שוים בזמן המכר ורצה לעת עתה לפורעו בהאלחאסאני אני היה מקום כאן לומר דאין נדו"ד דומה לענין התקנה עכ"ז הואל והיו שני המטבעות שוים ומסתמא בעת המכר נתן הלוקח ביד המוכר דמי המכר מזה ומזה או אפשר כלם פונסו או אפילו את"ל שנתן כלם חאסאני הואל ושוים היו ולא היתה קפידא ומסתמא גם בשעת החיוב היה להיות הפדייה מזה ומזה דלא עלה על הדעת להיות הפרש בניהם א"ך אינו בדין שלעת עתה יאמר המוכר לא אתן כי אם האלחאסאני הואל ונגרע כוחו דהואל ודעת שניהם היתה על זה ועל זה ודרכיה דרכי נועם כתיב וכמו שרבותינו בעלי התקנות חסו להפסד שניהם כן נראה פשוט בנדו"ד לחוס על הפסד שניהם ולילך בעקבותיהם של ראשונים שעשו פשרה כן נראה בנדו"ד: ועדיפא מזה לנהוג באופן זה שהיו שני המטבעות שוים. ולעת עתה הוזל אחד מהם נראה שיש לפשר בניהם אפילו במקום שיבוא כתוב שנתחייב ראובן לפרוע לשמעון סך מאה דורוס הן הוקרו הן הוזלו ראוי לפשר מטעם הנז' דהגם שבעל התקנות כתבו דאם היה כתוב בשטר הן הוקרו הן הוזלו יפרע כמו שהתנו בניהם עכ"ז כבר מלתינו אמורה דתקנתם היתה במי שנתחייב במטבע ידוע והיקר או הוזל ובזה הוא דתקינו שאם התנו ישלם כפי תנאם אבל בכגון זה ששני מטבעות היו שוים ואדעתא דשניהם נתחייב לפרוע מזה או מזה אם יהיו שוים א"ך הגם שיבוא כתוב בשטר הן הוקרו הן הוזלו הרי המלוה יכול לומר לו התינח אם הוזלו בשניהם אבל לעת עתה שלא הוזל אלא אחד מהם מה כחך שתבחר ותקרב לי המזולזל דוקא הרי מעיקרא החיוב היה על זה וזה הואל והיו שוים על כן צד היותר טוב וישר ומוסבר הוא לפשר בניהם אף באופן זה: ואל תשבני מפסק הש"ע בחומ"ש סמ"ב סי"ג ששם פסק שאם כתוב בשטר נתחייב לו מטבע זהב או כסף נותן לו מטבע קטן וכו' יע"ש וא"ך גם כאן הואל ונתחייב וכתב הדורו סתם הרי יכולין לומר שיכול לפוטרו בדורו הפחות שקרוי דורו:

זה אינו דהא הש"ע מיירי במי שנתחייב בסך מטבע של כסף סתם אי סך מטבע זהב בזה הוא שיכול הלוה לומר לא במטבע הגדול נתחייבתי אלא במטבע הקטן ואזי הואל ויד בעה"ש על התחתונה יכיל לסלקו במה שקרוי מטבע אפילו הוא פחות שבמטביעות אבל בכגון נדו"ד ששני דורוס הם חאסאני והאלפונסו ובשעת החיוב שם אחד לשניהם וערכם שוה וידוע הדבר מבשעת הלואה היה דעת שניהם להיות מזה ומזה או מאחד מהם הואל ואין שום הפרש בשומתם אתמיהא למה לעת עתה יבחר הגרוע לפורעו בו זו

אינה תורה. על כן מצד הדין והסברא ראוי לפשר אפילו יהיה כתוב בשטר הן הוקרו הן הוזלו וכל מי שעיני בשר לו יראה כי פשרה זו היא נוטה הרבה מאד היותר לצד הלוה יען כי הדבר ידוע ומפורסם שעל הרוב וכמעט רוב הלוים ככולם שכל מי שיש בידי מעות בהלואה הם קנוים בידו סחורה להסתחרר בה וידוע הדבר שבעת שהוזל האלחאסני הוקרה הסחורה דהיינו דרך משל כל סחורה שהיתה שוה דורו חאסאני בשעה שהיה האלחאסאני שומתו שוה עם האלפונסו. לעת עתה שנזדלזל האלחאסני חזרה שומת איתה סחורה שוה בהאלפונסו דורו אחד כמו שהיתה אבל בהאלחאסאני חזרה שומתה דורו ושליש כידוע כל זה לאומיא ועממיא א"ך מה הזיקה מטי ללוה זה אדרבא לעת עתה שמפשרים מחצה למחצה הרי הלווים מרויחים ואפילו אם ימצא איזה לוה נמצאים בידו איזה מעות בעין בעת הוזלת הדורו הרי ג"ך ידוע שתכף ומיד בעת שמוע כי התחילו לדבר שהאלחאסאני נזדלזל אפי' בערך אחד למאה קודם שיוסף להזדלזל עוד תכף ומיד זה רץ בכיסו וזה רץ בשקו אצל סוחרים גדולים וקונים בהם סחורות וזה רץ אצל שולחני באופן עד שלא הגיע האלאחאסאני להזדלזל עד ארבע וחמש למאה עד שהכל המירו את ממונם באופן שלא היתה להם פסידא כ"ך לרובה דרובה כי אם לאחד מעיר או שנים וא"ך פשוט וברור שהסברא האמתית לבוא בפוש'רין אפילו יבוא לפנינו כתוב בשטר הן יוקרו הן יוזלו ופשוט הוא:

וכל זה הוא בדיני הלואה או חוב אבל בנדו"ד ששכר לו קרקע והטיב חסדו הלוקח. בזה צדקו דברי הרד"פ שלא יחזור לו הקרקע כי אם בדורוס המעולים דוקא והוא ע"פ טענתו השנייה שטען שלא הטיב חסדו במקום דמטי ליה פסידא והאמת אתו והוא ע"פ תשובת מהר"א ן' ששון זלה"ה הובאו דבריו בס' הנד"מ אש"ר לשלמ"ה סל"ו ששם הובאה תשובת הרה"ג הנז' בענין אחד שמכר קרקע בהטבה בעד י"ב אלף לבני"ם שבזמן המכר היה שוים מאה פרחי זהב ובזמן חזרת המכר הוזלו הלבנים הלואי שיעלו בשווי י"ב אלפים ששים פרחי זהב ועל זה נפל הפרש בין המוכר והלוקח המוכר רוצה לפרוע הלבנים לערך מה שהיו עוברים עתה שהוא זמן חלות ההטבה והלוקח אינו רוצה להחזיר כי אם עד שיפרע לו כ"ך לבנים שיספיקו למאה פרחי זהב כמו שהיה בזמן המכר יעו"ש שאחר שהאריך הרב הנז' בתשובתו הרמתה היתה מסקנתו בזה"ל תי מסתברא טפמא רביתא לפטור את הנתבע הזה מחיובו אם לא יתנו לו מה שהיה שוה באותו זמן משום דנדו"ד דמי להההיא דקי"ל שומא הדרא לעולם ומצאנו להרא"ש ז"ל דס"ל דהיינו דוקא כשלא השביחה המלוה או שלא אייקרו הקרקעות לא מסתבר כלל וכו' וא"ך גם בנדו"ד מכח הסברא יש לנו לומר לא מסתברא שעשה הנתבע הזה החיוב הזה להחזירו היכא

שיש לו פסידא דאין ספק שבזה יש לו פסידא גדולה אם יתן לו עתה י"ב אלפים של זה הזמן שהרי מה שהיה לוקח אז י"ב אלפים לבנים לא יקחהו עתה בעשרים אלף וכיון שכן אף שיש חולקים על הרא"ש וסוברים דבנתיקרו אין לו אלא מה ששוה מעקרא היינו משום שלא יהיה כנוטר שכר מעותיו משום חשש רבית אבל בנדו"ד דליכא למימר הכי שהרי אינו נוטל שכר מעותיו רק שווי המעות של אותו הזמן ודאי דכ"ע יודו בזה ותו דההוא טעמא דכתב הרא"ש אצטריך להיכא דנקט טפי דהיינו שנתייקרו אבל כשאינו לוקח רק שעור הלואתו לית דין ולית דיין שיחלוק על זה דודאי כ"ע יודו שיטול כפי מה שנתן לו וגדולה מזו מצאתי שהרב המגי"ד סוף פר"ב מהל' מלו"ל כתב וז"ל ודין שומא שחוזרת וכו' וכן אני אומר שאם הוזלה אין כופין להחזירה אלא א"ך נותן לו כשיעור חובו עכ"ל הרב המועתק מתשובתו המובאה בס' הנז' וא"ך ממנו נבוא לנדו"ד לא מבעייא למה שנחזק ונאמר שהמעות שנתן הרד"פ הלוקח להמוכר בזמן המוכר הם מעות האלפונסו בעין והאלפונסו עדיין לעת עתה בשוויו ודאי פשוט שצריך להחזיר לו האלפונסו כמו שכתוב בהטבה שאם יביא לו דמי המכר יחזיר לו אלא אפילו יהיה בהנחה מונחת שדמי המכר היו חאסאני אפילו הכי הואל ובעת המכר היה האלחאסאני מאה חאסאני מאה דורוס מהאלפונסו ולדעת עתה הוזל האלחאסאני וחזרה שומת מאה חאסאני כשומת שבעים פונסו הדר דינא ממש לדינא דמהרא"ש הנז' שיכול הלוקח לומר למוכר לא אקבל מהאלחאסאני אלה כו"ך עד שיעלה בסכומם כמו סך האלפונסו כמו שהיו שוים בשעת מכירה: ועדיפא מזה הוא מה שבא כתוב בפס"ד הנז' בס' אש"ל בסל"ו ששם פסקו שני רבני מקנאס יע"א שהיו בדור שלפנינו שפסק כן אפילו בדין שומא הדרא שחייבוהו חכמים להחזיר הלוה דמי המכר למלוה באופן שלא יהיה פסידא למלוה וסמכו פסקם על תשובת מהרא"ש אפילו בדין שומא הדרא יעו"ש והגם ששם שם הרב המחבר נר"ו חלק על פסק הרבנים הנז' בדין השומא ותחילת השגתו היתה היאך סמכו רבני מקנאס על מה שכתב מהרא"ש בסוף תשובתו שכתב תו מסתברא כו' וכו' כמש"ל על זה כתב הרב על דבריהם ז"ל הנה עינינו הרואות כי מהרא"ש מוסיף דברים וטעמים אחרים לחזק את הדין בנדו"ד כמ"ש באורך וידידות נפשינו חו"ר מק'נאס הבינו הדברים כפשטן כמ"ש הרב מהרא"ש תו מסתברא לי טעמא רביתא וכו' דכוונת הרב לסמוך על האי טעמא לחוד גם אי לא אמרינן בעלמא הכי והן הן דברי מקנאס עכ"ל ועל זה הוסיף הרב אש'ר לש'למה וכתב ז"ל והכנה"ג בכלל הפוסקים אות כ"א כתב משם הרדב"ז זלה"ה וז"ל כשהפוסקים כותבים שתים או שלשה טעמים בדין אחד יש מי שסומך על טעם אחד לבדו לעשות מעשה ואני לא סמכתי על טעם האחד לבדו

דשמא בעל התשובה לא כתב אותו דלעקר אלא לסניף בעלמא ע"ך עכ"ל הרב אש"ר לשלמ"ה וכוונתו בזה הוא לחזק דברי ולומר דהואל ומהרא"ש כתב טעמים אחרים בדינו הגם שלבסוף כתב מסתברא מטעמא רביתא וכו' אין לסמוך על זה לבד ואנא אמינא אחר המחילה דאי מיהא לא שמה מתייא שהרי הכנה"ג עצמו כתב משם הרדב"ז בזה"ל כשהפוסקים כותבים שנים או שלשה טעמים בדין אחד יש מי שסומך על טעם אחד לבדו וא"ך הואל ויש פוסקים שעושים מעשה לסמוך על טעם אחד א"ך גם לוקח זה הואל והוא המוחזק כמש"ל הרי יכול לומר קי"ל דלא כהרדב"ז אלא כרבנן החולקים עליו ובאמת הן ראינו לרב אחרון כמוהר"ר יוא"ל זלה"ה בס' תוש"י ח"ב סל"ה שכתב על אותו דין שכתב הטו"ר בס' נ"ו מכח שני טעמים כתב הרב וז"ל דכך הוא הדין אפילו במקום דלא יוצדק כי אם טעם אחד דהגם דהטו"ר הביא על אותו דין שני טעמים עכ"פ אפילו חד טעמא מהני יעו"ש:

ומה גם נראה פשוט דבנדו"ד הגם שכתב כנה"ג משם הרדב"ז דאין לסמוך אחד טעמא במקום שהפוסק הביא טעמים הרבה בכאן יודה דיש לסמוך על זה לבד הואל ומצינו לו למהרא"ש שנקט טעם זה באחרונה וכתב עליו בזה"ל ומסתברא לי טעמא רביתא ויהיב בה טעמא ותבלין דהוי כמראה באצבע דטעם ראוי והגון הוא על סמך טעם זה לבד:

ויש ראיה חותכת על זה שהרי כנה"ג עצמו מצאנו לו בחומ"ש סק"ג הגה"ט סקי"ט ששם הביא דברי הסמ"ע דסק"ג סקי"ז שכתב על דברי הש"ע דאם נתייקר השומא אינו נותן לו אלא כמו חובו בלבד וכו' ועל זה כתב הרב כנה"ג ז"ל אפילו לפי סברא זו ראובן שמכר חנות לשמעון בסך י"ב אלף לבנים ושמעון הטיב חסדו עם ראובן ועשה לו שטר שכל זמן שיחזור לו מעותיו בתוך שלשה שנים יחזיר לו החנות ובשעת ההטבה היה שוה הזהוב מאה ועשרים ובשעת הפרעון היה שוה לערך מאתים נותן לו י"ב אלף לבנים מהמעות הישנים מהרא"ש סקנ"ב עכ"ל והיא היא תשובת מהרא"ש שהבאנו לעיל ואם באמת כדברי הרב אש"ר לשלמ"ה דלא פסק מהר"ש כן אלא בנדו"ד שהיו לו טעמים אחרים כדכתב בדבריו מדקדוק אותו שטר וכו' א"ך היאך הרב כנה"ג הביא לנו פסק מהרא"ש בסתם על דברי הש"ע דפסק דאם נתייקר הקרקע אינו נותן לו אלא דמי חובו היאך הביא לנו הרב בסתם דדמי המכר ניתן לו מהמעות הישנות אפילו נתייקרו הרי לא פסק הרב בנדון דידיה אלא משום שהיו לו טעמים אחרים אלא ודאי דהכנה"ג ס"ל דטעם אחרון שכתב מהרא"ש דודאי לא הטיב אלא במקום דלא תמטי ליה פסידא למיטב הוה די והיתר ולא הוסיף אותם טעמים כי אם לרוחה דמילתא:

ובפרט הרי גם הרב אש"ל עצמו אפילו בתחילת דבריו כתב זה על דברי חו"ר מקנא"ס עכ"ז לא סמך לדחות דבריהם אלו אלא אדרבא חזר מזה וכתב בזה"ל גם אם נניח הבנת מהרא"ש כפשוטן וכמ"ש חו"ר מקנאס וכו' וחזר שם לדחות דבריהם הואל ומצאנו דינא דשומא הדרה במחלוקת שנוי והואל ומצא הדבר במחלוקת והלוה הוא שקרוי מוחזק יכול לומר קי"ל יע"ש הרי הוא עצמו לא חלק אלא בדין שומא הואל ובמחלוקת שנויה והלוה מוחזק אבל בדין ההטבה דמהרא"ש לא חלק ובודאי יודה דהגם דבדין ההטבה ג"ך באמת מצאני החולק על סברת מהרא"ש בטעמו והוא מהרשד"ם שהרי מצינו להכנה"ג בחומ"ש סע"ד הגה"ט סק"ך שכתב ז"ל ראובן שמכר חנית אחד לשמעון בחמשים גרוסוס ולאחר קצת ימים חזר שמעון ומכר החנות לראובן בסדר ואופן שלא יזכה ראובן בחנות רק לסוף שלשה שנים ובתנאי שיפרע לשמעון תוך שלשים יום להגעת השלש שנים דמי המכירה דהיינו החמשים גרוסוס וכאשר הגיעו השלשה שנים ובא ראובן לזכות בחצר נתייקרו הגרוסוס ורוצה לפרוע לשמעון באותו הערך שהיו שוים בשעת המכירה ושמעון אינו רוצה אלא שיפרע לו חמשים גרוסוס הדין עם שמעון מטעם שיד בעה"ש על התחתונה הרשד"ם חלק יור"ד סקט"ו ומהרא"ש ז"ל בס' קנ"ב כתב ואפילו כתוב בשטר לבנים והיו האלגרוסוס שוה מאתים בזמן המכירה ועכשיו שוה כ"ך הדין עם שמעון וגובה הסך של שעת המכירה ע"ך מלשון זה של הכנה"ג מבורר דמהרשד"ם שהוצרך למיהב טעמא משום דיד בעה"ש על"ה נראה דלא ס"ל לטעמא רביתא שכתב מוהרא"ש וא"ך נראה דגם דברי מהרא"ש במחלוקת הם שנוים לזה יש כמה תשו' לדבר דאפי' נניח דטעמו דמהרא"ש במחלוקת הוא שנוי עכ"ז מדברי מהרא"ש לא נזוז חדא משום דהלוקח מוחזק יכול לומר קי"ל כמהרא"ש ומה גם נראה דהרב כנה"ג הכרעתו היא כסברת מהרא"ש ולאו משום דמצינו להכנה"ג בס' ע"ד הביא סברת מוהרשד"ם בראשונה ואח"ך כתב אבל מהרא"ש כתב וכו' בסברא אחרונה וקי"ל כדעת מר"ן הקדוש ושאר פוסקי' כשמביאים שני סברות דעתייהו לפסוק כסברא בתרייתא אי משום הא ליכא ראיה דהא מצינו להרב החבי"ב בהקדמתו לספרו הגדול כתב בזה"ל וממה שראוי שתדעו שהבא לפסוק הלכה מתיך חבורי זה כנה"ג לא יפסוק זולת כשאני פוסק ההלכה בפירוש או שיש ברור בדברי ברור שאין אחריו ברור שדעתי לפסוק בו אמנם כל שדברי מסופקים אל יסמוך לומר הואל והמחבר הביא הדעת הזה באחרונה ודאי דהכי ס"ל כמו שהורגל זה בס' הרב המשבי"ר וכל קדושים עמו אין זאת שאני לא דקדקתי בזה לסבה שפוסק אשר עלה עליו הגורל להיותו ראשון הייתי כותב סברתו בראשונה אפע"פ שלזה שומעין שאמר כהלכה והפוסק אשר יעלה עליו הגורל באחרונה כתבתי סברתו

באחרונה אע"פ שאינה מכוונת לפסק הלכה עכ"ל ואין מזה ראיה ממה שהביא סברת מהרא"ש באחרונה:

אכן נראה דדעתו לפסוק כמהרא"ש ממה שמצינו לו בס' ק"ג אחר שהביא דברי הש"ע בדין שומא שנתייקרה ממילא דאין נותן לו אלא מה שהיה נושה בי הרי לא הביא לנו עליה כי אם דברי מהרא"ש דוקא שכתב אבל במוכר קרקע וכו' וכמו שהעתקנו דבריו לעיל ולא הזכיר מסברת מהרשד"ם כלל הגם שכבר מידע ידע לה והעלה ואסף אותה בס' ע"ד וא"ך הואל וכבר ידע לה מה זו שתיקה כאן בס' ק"ג שלא הזכיר מסברת מהרשד"ם אלא ודאי דסברת מהרא"ש ישרה בעיניו ועליה הוא נסמך ולכך היא לבדה ישרה לעלותה לפניו בס' ק"ג ומזה נראה ברור אחר ברור דדעתו כמהרא"ש זלה"ה:

וכן ראיתי בס' משה"ר מערכת ה' סכ"ט שכתב ז"ל מי שמוכר לחבירו שדהו בעד מאה סקינוס וכתב לו הטבה שכשיחזור לו סך מאה סקינו"ס יחזיר לו השדה ובעת שכתב לו הטבה היה שוה הסקינו"ס ששה גרוסות ובעת החזרה היה שוה שבעה גרוסות נותן לו סקינו"ס או שווים לערך מה ששוה עכשיו עיין מהרא"ש ז"ל סקנ"ג ובכנה"ג סק"ג הגה"ט אות י"ט עכ"ל ובאמת יש לדקדק בדברי הרב הנז' הואל וכתב הדין משם מהרא"ש האומרו מה הוסיף עוד לומר ועיין בכנה"ג סק"ג הגה"ט וכו' הרי לא חדש הכנה"ג שם מדידיה כלום ולא מדברי שום פוסק אחר כמו שיראה המעיין שם שלא הביא כי אם סברת מהרא"ש ותו לא מדי וכמו שהביא מנ"ר ז"ל א"ך מה מראה מקום לדברי כנה"ג דס' ק"ג ועוד למה כתב עיין בס' ק"ג ולא כתב עין כנה"ג סע"ד שהוא הקודם ושם נזכר סברת מהרא"ש ומהרשד"ם אלא ודאי דהרב משה"ר כוונתו לפסוק כמהרא"ש ולכך גם הוא לא הביא כי אם סברתו וכדי לחזק דבריו הוסיף וכתב מראה מקום למ"ש כנה"ג בס' ק"ג וכוונתו היא דהרב כנה"ג מדלא הביא כי אם סברת מוהרא"ש ודאי כונתו לפסוק כמותו. נקטינן מזה דמן הראוי אפילו בלי טענת קי"ל ראוי לנו לפסוק כסברת מהרא"ש הואל ורבותינו האחרונים הכרעתם כמהרא"ש זלה"ה:

וכל זה הוא לפלפולא בעלמא יען כי נדו"ד דהוא שטר הטבה אפילו לדעת מהרשד"ם הרי פסק דיד בעל השטר על התח' הואל והלוקח הוא המוחזק ולית דין ולית דיין דהרד"פ יכול לומר לא הטבתי אלא באופן שלא תהיה לי פסידא וכ"ע יודו ומבורר ג"ך מדברי הש"ע דרמזנו לעיל דמי שהוציא שטר על חבירו ממטבע סתם יכול לפורעו בפחות שבמטבעות וטעמא הוא הואל ויד בעה"ש על התח' הממע"ה ובנדו"ד דהלוקח הוא המוחזק ובעל ההטבה שבידו בא להוציא יד בעל ההטבה על התחתונה ויכול הלוקח

לומר קי"ל לא הטבתי אלא אדעתא דלא תהוי לי פסידה ופשוט. כאן שנה אדר תרס"ה לפ"ק וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קכב

הלכות נזקי שכנים:
להיות שמדי יום יום באים שכני החצרות לדין תורה על אודות אם אחד משכני החצר יבוא לו איזה מיחוש עד שהרופאים אומרים לו שרפואתו היא על ידי האלעסב"א וידוע בעולם שכל מי שעבר עליו איזה חולי ונתרפא על ידי האלעסב"א שוב אינו יכול להריח ריח האלעסב"א בשעת בשולה ואם עבר והריח מוכרח לחזור לתחלואיו שנתרפא מהם ועל זה באים השכנים להתדיין עם השכן החולה שרצינו להתרפא בהאלעסב"א על זה באים השכנים לעכב עליו באומרם אליו שכבר עברו עליהם חולאים ונתרפאו על ידי האלעסב"א ועל זה באו לעכב יען שאם יגיע אליהם הריח מוכרח שיוזקו מהו הדין מי נדחה מפני מי אם החולה הזה יהיה מוכרח לילך למקום אחר ויעשה רפואתו או השכנים יהיו נדחים יומ"ץ:
תשובה לכאורה נראה שהשכן הזה הוא שצריך להרחיק הנזק ולהיות דחוי כדמצינו לתשובת הריב"ש והביאה רבינו הרב"י בס' קנ"ה ס"ג יע"ש שנשאל בשמעון שהיה מלאכתו אורג ועל ידי הכאות האריגה היה מגיע הזק לאשת ראובן שכנו וכו' ועל זה השיב הריב"ש ז"ל זל"ה גם מה שטען ראובן מפני חולי אשתו שמזיק לה בראשה טענה גדולה היא זו ואפע"פ ששנינו אינו יכול למחות בידו ולומר איני יכול לישן מפני הפטיש ומקול הרחיים ואפילו בחנות שבחצר כ"ש זה שהוא בחצר אחרת זהו בשאר בני אדם הבריאים אבל כיון שאשה זו מוחזקת בחולי אין לך גירי גדול מזה וכדאמר רב יוסף הני לדידי כקוטרא וכבית הכסא דמו ע"ך ותשובת הריב"ש זו לא מלבד שהרב"י הביאה בביתו הנאמן שעליה יש לסמוך עוד פסקה מור"ם במפה סקנ"ה סט"ו ובס' קנ"ו ס"ב וא"ך לכאורה נראה דגם כאן אומרים לחולה זה להרחיק נזקו על ידי שיצא חוץ לחצר ויעשה מה שלבו חפץ:
הן אמת דלכאורה ג"ך עלה בדעתי לחלק ולומר דיש לחלק בין ההיא דהריב"ש לנדון האלעסב"א הזאת דבשלמא התם באורג בשעה שהוא אורג כל הכאה שמכה בשעת ההכאה יגדל כאב הראש וא"ך הוי כאלו מזיקו בידים והיא היא שדקדק הריב"ש בלשונו אין לך גירי גדול מזה וכו' דהכוונה דהיינו מזיק לאשה בגירי דיליה ובשביל זה חייב

להסיר הנזק לא כן כאן המריח ריח האלעסב"א לא תכף ומיד הוא נחלה אלא אחר איזה ימים מתעורר עליו חוליו בשביל מה שהריח וא"ך להוי נדו"ד כמ"ש הרמב"ם בפ"י מהל"ש הל"ה שכתב מי שבא לעשות משרה של פשתן בצד ירק של חבירו שהרי מי המשרה נבלעין בארץ והולכין ומפסידין את הירק או שנטע כרישין קרוב מן הבצלים של חבירו שהן מפיגין טעמן או שנטע חרדל בצד כוורת דבורים שהרי הדבורים אוכלין העלין ומפסידין הדבש וכל אלו וכיוצא בהן א"ץ להרחיק בכדי שלא יזיק ועל הניזק להרחיק את עצמו אם ירצה עד שלא יגיע לו הנזק שזה בתוך שלו הוא עושה והנזק בא לחבירו מאליו בד"א שאינו מרחיק כשהיה הנזק בא מאליו אחר שיפסקו מעשיו של מזיק אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו מזיקין את חבירו בשעת עשייתו הרי זה כמי שמזיק בידו הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חבירו ואומר ברשותי אני עושה שמונעין אותו וכן כל הרחקות האמורות למעלה אם לא הרחיקו ה"ז כמי שהזיק בחציו לפיכך צריך להרחיק שלשה טפחים וכו' כדי שלא יהיה הזק בידים אבל להרחיק עד שלא יבוא הנזק מאליו א"ץ ע"ך וכן פסק הש"ע סקנ"ה סל"א יעו"ש וא"ך לכאורה נראה דיש לחלק כדאמרן דשאני נדון הריב"ש הואל וההזק מטי בשעת ההכאה הוי גירי דידיה אבל נדו"ד דלא מטי ההזק תיכף בשעת הריח הוי כמו שעושה בשלו ואח"ך מטי הזיקה דהוי כמו שפסק כנז"ל שזה עושה בשלו והנזק בא מאליו דא"ץ להרחיק יותר כמש"ל וא"ך לכאורה נראה דמטעם זה לא יהיה דחוי החול והשכנים יהיו נדחים ואין לחלק ולומר דעד כאן לא חלק הרמב"ם בין בעושה בתוך שלו ומזיק לחבירו מיד לעושה בתוך שלו והנזק בא מאליו אלא לענין נזקי ממון אבל לענין נזקי הגוף כגון זה שרוצה לעשות האלעסב"א ומטי הזיקא לשכנים לגופם נימא דאפילו בעושה בתוך שלו ומטי ההזק מאליו יכולים לעכב זה אינו דהא הריב"ש בנדו"ד לא אמר שצריך האורג להסיר הנזק משום כאב ראש האשה אלא משום דחשיב להאורג מזיק בגירי דיליה דון מינה במקום דלא הוי גירי דיליה כנדו"ד דאמרן דלא מטי הזיקא תיכף יכול לעשות בתוך שלו אפי' במקום נזקי הגוף והניזק הוא שיתרחק שלא יוזק: אלא אחר העיון אמרתי אני ללבי דגם נדו"ד של האלעסב"א הוא נמי גירי דיליה וכנדון הריב"ש ז"ל יען כי זיל בתר טעמא של הזק האלעסב"א הוא משום הריח שמריח באפיו הוא עושה לו הנזק א"ך הגם שאין הנזק נעשה תכף ומיד אלא לאחר זמן עכ"פ הובא מכח ארם הריח שנכנס בגופי מאותו ריח וממילא הרי משעת בשול האלעסב"א שיוצא ריח ונכנס באפיו של המריח מאותו רגע נעשה הנזק והוי גירי דיליה והגם שלא נחלה באותה שעה עכ"פ הריח עשתה פעולתה בגוף באותה שעה שמכחה מוכרח שיהיה נחלה ודמי זה

למי שלא הרחיק שלשה טפחים דכתב הרמב"ם דהגם שאין הנזק בא באותה שעה עכ"ז חשיב לה הרמב"ם כמו שהזיק בחציו הכי נמי הואל והריח נכנס בגוף ומוכרח שיעשה פעולתו הוי כאלו חציו וזה עדיפא שהרי תכף נכנס לגוף ועשה וא"ך הדר דינא דנדו"ד כפסק הריב"ש זלה"ה:

וכן בקשתי ומצאתי און לי שכן היא דעת הרה"ג הרדב"ז זלה"ה בח"א תקנ"א ששם נשאל בראובן ושמעון שהיו דרים בחצר אחת זה כנגד זה ונולד בן לשמעון ורצה לגדל אותו במיני סממנים וכל קטן שמריח ריח זה ואיני רגיל בו מקטנותו יבוא לידי סכנה ועל זה בא ראובן שכינו לעכב כי יש לו בן קטן ויבוא לידי הזק ועל זה השיב הרב ראובן יכול לעכב דבשעה שעושה שמעון סממנים לבנו הוי כמזיק בידים לבן ראובן והוי גירי דידיה יעו"ש וא"ך משם באירה דהזק שבא על ידי הריח הוו גירי דמזיק הגם שגם כאן אין בן ראובן מת תכף אלא אחר זמן עכ"ז הוי גירי דמזיק וא"ך משם נלמד לכאן דיש למנוע השכן החולה שלא יזיק השכנים:

אך באמת אדרבא משם יש ללמוד לנדו"ד דיכול החולה לעשות האלעספא בביתו והשכנים הם שידחיקו את עצמם אם יחוסו על עצמם דהא מצינו להרב הנז' שכתב וז"ל מסתברא לי דבנדו"ד על המזיק להרחיק עצמו חדא דהוי ספק נפשות וראוי לאדם שיתרחק אפילו מס"ס דידיה ותו דבעיקר הדין כתב הריצב"א ז"ל דלאו לכל מילי אמר ר"י על הניזק להרחיק עצמו אלא בדברים שהם עיקר ישוב או דירה או תשמיש שאין לו למזיק להניח ישובו ודירתו או תשמישו אבל אם לא היה מעשה של מזיק עיקר ישוב אפילו ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו והביא ראיה לזה מן התוספתא הלכך בנדו"ד דלאו דבר של ישוב ולא של דירה הוא על המזיק להרחיק עצמו וא"ת הא עדיף מישוב דהא הוי דבר של חיות התינוק הא ליתא דפוק חזי כמה תינוקות גדלים וחיים בלי זה וכ"ש בהצטרפות שיש סכנה לבנו של ראובן אם יריח פשיטא שעל שמעון המזיק להרחיק נזקו עכ"ל מכאן נלמד דלא פסק הרב דאבי התינוק צריך להרחיק הנזק אלא הואל והתינוק יכול לחיות בלי בשמים כמו שאר תינוקות אבל בכגון החולה הצריך לרפואת האלעסב"א אשר כ"ע ידעי דאם לא יעשה הרפואה מיד יסתכן ופקוח נפש גדול יש בו נוסף על זה דבאומרך אפילו בחצירו לא יעשה הרפואה א"ך הרי הוא חשוב כמת כמו שעינינו רואות דכל מקום קרוב אי רחוק אשר ירצה לילך שם לעשות האלעסבא סורו טמא קראו למו ונדחה קרו ליה כי כמעט אין לך חצר שאין בה איש או אשה שעבר עליו האלעסב"א וא"ך אם באתה לומר שידחה מחצירו בשביל השכנים א"ך לעולם לא ימצא מנוח שיקבלנו לעשות רפואת אלעסבא ואבדה תקותו ב"מ על כן נראה פשוט

דיכול לעשות האלעסב"א בביתו והשכנים אם חשו על עצמם יהיו נדונים ביוצא חוץ ותו לא מדי ודו"ק. וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט הל' נזקי שכנים ושותפים:

סימן קכג

תשובה לעי"ת רבאט יע"ה מעשה שבא לפנינו שמה"ר יעקב ן' וואליד נר"ו יש לו חצר סמוכה ממש לחצר של הרי"א נ"ע אלא שחצר של הרי"א הנז' היא גבוהה מחצר מהרריב"ו הנז' בענין שגג הבית של מהריב"ו נעיצת קורות שלה באמצע הכותל המפסיק בינו לבין החצר של הרי"א הנז' והן היום רצה מהריב"ו הנז' להגביה הקורות ולנועצם בראש הכותל באופן שיהיו הגגות שוים ונפשו לשא'ל הגיעה אם יכול להגביה עד ראש הכותל או אם יכולים בעלי הבית של הרי"א לעכב עליו ולומר לי דלמה שהחזיק החזיק אבל במה שלא החזיק אינו יכול להגביה ולהכביד על הכותלים ואפשר שאין לו להריב"ו שום זכות בגובה הכותל שהוא מוגבה מכנגד גבו ובודאי שהרי"א ה' בנה התוספת לבדו שהוא היה צריך לו והנה כמו זה יש להסתפק ג"ך בכותל המפסיק בין שני חצירות ובחצר אחת של שמעון נעוצים הקורות באמצע הכותל דוקא ובחצר שמצדה של ראובן בנוי על הכותל המפסיק בית ועליה ועתה רוצה גם ראובן לבנות עליה על ביתו ולנעוץ קירות העליה על הכותל ה' יכול או לא. עוד נשאלנו מאת הריב"ו הנז' לחוות לו הדין במה שרוצה להוסיף כמו שני אמות בכותל ה' המפסיק משני טעמים הא' מפני שהוא ניזוק בהזק ראיה יען בעלי החצר של יצחק אסלח הנז' כשהם עומדים בגג ה' הם רואים כל אמצע התצר של מהריב"ו באופן שאינם יכולים להציל עצמם מהזק ראיה ומחמת כן יוצאת קטטה ביניהם ועוד טעם אחר שרוצה לבנות עליה קטנה ע"ג הבית הנז' ולכן בהכריח הוא להוסיף שני אמות הנז' או לא ע"ך:
הנה מתחילה צריכים להבין דברי מר"ן שבסי' קנ"ג סי"ח שהם דברי הרמב"ם וע"פ מה שפירש בו הריב"ש הביאו הכ"מ פ"ח מהל"ש יעו"ש ונראה דהריב"ש שם מתחילה עלה בדעתי לפרש דברי הרמב"ם דמיירי בכותל הידוע מענינו שהוא של ראובן לבדו וכגון שהיו הכותלים בשני צדי רשות הר' וכיוצא באופן שאין לספוקי אם שמעון ג"ך שותף בו ועלה קאי הרמב"ם דאם טוען שהוא שותף דהיינו שקנה ממנו מחצית הכותל נאמן בשבועת הסית אלא שאח"כ נדחק הריב"ש לפרש כן בדברי הרמב"ם וס"ל דאי בהכי איירי הרמב"ם לא היה כתב שאם טוען שהוא שותף נאמן אחר שנשתמש בקורה אחת דאין סברא לומר כן דאף שנשתמש בקורה אחת אינו נאמן שקנה כל מחצית הכותל ויש

לומר במה שהחזיק דהיינו במקום קורה אחת החזיק וכמו ברישא דאתי עלה מטעם מחילה דאמרינן דלא מחל אלא קורה אחת הכי נמי נימא דלא הקנה לו אלא מקום קורה אחת וע"כ הוצרך לומר דהר"ם במז"ל מיירי בכותל המפסיק בין שניהם דבכגון זה לעולם הוא בחזקת שניהם אפילו הוא גבוה יותר מד"א ואין תקנה כי אם בשטר או חזית וכו' וכמ"ש מר"ן בס' קנ"ז ס"ז וחידש כאן הריב"ש בדבריו דבזה אף שאחד מהם העמים עליו קורות ותקרות הרבה מצדו וזה עדיין לא העמיס עליו לא אמרינן שאותו שהעמיס בנאו לבדו אלא אמרינן מסתמא שניהם בנאוהו ומה שלא בנה גם זה מצדו מטעם דלא הוצרך לו ובזה בודאי מסתברא לומר שנאמן לטעון כן אלא שמ"מ הוקשה להריב"ש על זה הפירוש דא"ך הוא דבכותל המפסיק איירי הרמב"ם א"ך למה הוצרך הרמב"ם טעם לנעיצת קורה אחת להיות נאמן שהוא שותף תפוק לך שיהיה נאמן בשבועה הואל והוא בנוי במקום שניהם וכן היא ג"ך כוונת הרה"מ וז"ל בד"א וכו' וראיתי המפרשים חולקים וכו' פירוש בדין זה שידוע מענינו שהכותל הוא של ראובן לבדו ובא שמעון לטעון מכר אחר שהחזיק בקורה וכו' כל המפרשים הושוו לטובה שבעינן חזקת ג"ש וטענה ואפילו הכי יש בהם שחולק וס"ל דנעיצת קורה לא מהניא אלא למה שנעץ וא"ך איך יסבור הרמב"ם ז"ל דבלא חזקה וטענה ובקורה אחת קנה לאלתר בכל הכותל ויהיה הרמב"ם חלוק עם המפרשים מן הקצה אל הקצה וע"ז כתב ויראה לי שאין בדברי המחבר וכו' וכוונתו כמ"ש הריב"ש דהרמב"ם בכותל המפסיק איירי דמן הסתם שניהם בנאוהו והוק"ל ג"ך כהריב"ש דלמה צריך קורה אחת ע"כ וחזר הכ"מ להביא תשובה אחרת של הריב"ש שבאותו תשובה ישב הקושייה דלמה הוצרך הרמב"ם לנעיצת קורות אחר שהוא מיירי בכותל המפסיק וע"ז תירץ דמיירי לעולם בכותל המפסיק ומה שצריך קורה הוא משום דאיירי שהגביה הכותל יותר מד"א ותבעו בעדים לשלם לו חלקו בכל ההוצאות ולא נתרצה ליתן לו כי אם חלקו בד"א הצריך לעשות ביניהם מן הדין דוקא ובענין זה אם לא נעץ שום קורה ובא עתה לומר פרעתי לך חלקך אח"ך בכל הכותל לא מהמנין ליה דהל"ל כפורע חובו תוך זמנו דאינו נאמן שמאחר שמתחילה גילה דעתו שאינו חפץ בתוספ' על הד"א ומן הדין אינו חייב כי אם עד שיבנה כותל נגד ההוספה וכמ"ש מר"ן סק"ח סכ"א הו"ל כתוך זמנו שאינו חייב לפרוע ולכך אינו נאמן לומר שפרע אבל אם היה בונה נגד ההוספה היה מה"ד לומר שמאחר שחל עליו חובת הפירעון היה נאמן לומר פרעתי אלא מחמת דלא פסיקא לאינשי הך דינא דבהעמדת הכותל יתחייב לכן אמרינן מסתמא לא פרע וכמ"ש בס' קנ"ז סי"א וע"ז חדש הרמב"ם דבנעיצת קורה כ"ע ידעי דיתחייב דזה גילוי דעתא יותר מכותל ולהכי נאמן לומר פרעתי דהו"ל פרעתיך

לאחר זמני זהו פירוש דברי הריב"ש בדברי הרמב"ם ולשונו שם בכ"מ מבואר באר הטב וזהו מה שרמז ג"ך בש"ך ס' סקי"ב כי באמת, דברי הסמ"ע בפירוש דברי הריב"ש לא זכינו להבינם גם מה שיש להקשות לפי פירוש זה דגם ברישא הוה לנו להאמינו שמחל לו בקורות הרבה מיגו שיטעון שותף אני ופרעתיך חלקי בכל הכותל ובודאי דיש לתרץ בפשיטות כמ"ש הרט"ז דברישא מיירי שראובן ושמעון אינם מוכחשים בטענותיהם שיאמר שמעון לראובן מחלת לי בפירוש לנעוץ קורות הרבה אלא שמעון אזיל ומודה שראובן לא אמר ליה ולא מידי אלא ששמעון מאומדן דעתו אומר שמאחר שמחל בקורה אחת ודאי מחל לו בקורות הרבה ולכך אמרינן ליה שאומד זה בטל וא"ך לא שייך כאן מיגו גם מה שפירש הסמ"ע במה שכתב מר"ן אבל אי טוען כותל זה שותף אני בו ר"ל שהן דרין זה אצל זה והכותל שביניהם אין אנו יודעים של מי הוא ע"כ לא ידעתי כוונתו ובמה תירץ לקושיית הריב"ש והרה"מ דלמה צריך לנעיצת קורה:

גם בדברי הרט"ז יש לתמוה שכתב מכח קושייה ה' דלמה צריך נעיצת קורה בכותל המפסיק שהריב"ש חזר בו מפירושו ולפי מש"ל ליכא שום חזרה ואדרבא חזק פירושו גם נראה מדברי הרט"ז שפירש הוא בדברי הרמב"ם דמיירי בכותל הידוע מענינו שהוא של ראובן לבדו ולמאי דקשה להם מה יועיל נעיצת קורה כתב דס"ל להרמב"ם כס' הרמב"ן דנעיצת קורה כמו אכילת פירות וכו' וזה תימא דהרמב"ן הביאו הטור מיירי בבא בחזקת ג"ש וטענה ועוד אפשר דמיירי הרמב"ן דמהני דוקא לאותה קורה שהחזיק אבל הרמב"ם כתב דבחזקת שעה מועיל לכל הכותל אפילו בקורה אחת וא"ך הוא מן הקצה עד הקצה וכו' שוב מצאתי בס' קצו"ה שפירש כן ובכלל דבריו דברינו והוסיף הרב הנז' להשיב על הסמ"ע סקל"ו יעו"ש ומ"מ נראה לקוצ"ד שדבריו מוכרחים כמו שפירשתי לעיל בדברי הרה"מ שנראה מדבריו שרצה להשוות דברי הרמב"ם עם המפרשים ומ"מ אף שפירש דברי מר"ן כפשטה דמיירי בכותל המפסיק מ"מ דברי מור"ם על סעיף שכתב אבל אם מודה שמתחילה וכו' וודאי אייריי בכותל הידוע לראובן מענינו וכמ"ש הסמ"ע אבל במפסיק ודאי דזכה אף בגוף הכותל ומקומו כיון שבנוי ברשות שניהם וכן מפורש בטור דמיירי בכותל הידוע לראובן. וגם מ"ש מר"ן סי"ט היו קורותיו ובצד שמעון מקומות חפורים ודאי דמיירי בהכי בכותל הידוע מענינו שהוא של ראובן הן אמת שיש לפרש ג"ך על הדרך הנ"ל בכותל המפסיק ובידוע שראובן בנאו לבדו באופן שאין שמעון יכול לטעון שפרע דהוי תוך זמנו אלא שבא בטענה לומר שמאחר שחפורים מצדו זה ראיה שפרעתי אלא שזה דוחק ועל פי זה מ"ש הרב בית יהודה במנהגי ארזיל בדין נעיצת קורות שכתב ז"ל בענין נעיצת קורות אם נמצא בכותל וכו' נראה פירוש דבריו דמיירי

בכותל הידוע מענינו שהוא של ראובן חברו דבכותל המפסיק אף בלי חפירה יכול לבנות ומתחילת דבריו נראה כוונתו דנהגו בזה דלא כמר"ן אלא מאחר שחפירת מקום הקורות ודאי דקנה ממנו מחצית הכותל אבל ממה שכתב לבסוף וזה הבא לבנות בארשת הידוע צריך הוא ליתן חצי כותל הישן א"ך משמע דמה שכתב מתחילה דנהגו דלא כמר"ן אינו רוצה לומר דודאי קנה ממנו מחצית הכותל אלא הכוונה שמדברי מר"ן משמע הכונס כדי לקנותם במה שירצה ואם לא ירצה ג"כ לא ימכור והמנהג נהגו שצריך המוכר להקנות לו בע"ך כפי שווי הכותל באותו זמן שהוא ישן איך שיהיה יצא מן האמור שכותל המפסיק והוא בנוי ברשות שניהם כל שאין עדים שבנאו אחד לבדו מוקמינן ליה בחזקת שבנאוהו שניהם אף שגבוה הרבה ואחד העמיס עליו קורות ותקרות הרבה והשני לא העמיס עליו כלל אפילו הכי אמרינן זה הוצרך וזה עדיין לא הוצרך וא"ך בנדון השאלה ג"ך אמרינן מן הסתם בין שניהם בנאוהו וא"ך זכאי מהריב"ו הנז' להגביה כותל ביתו ולנעוץ קורות ביתו ברום הכותל. ע"ך הגיעו דברי הרב השואל הוא ניהו וזה היתה תשובתי אליו נר"ו:

השקפתי לטובה על כל הכתוב לחיים חמרא וחיי לפום רבנן ותחלה וראש ראיתי למנ"ר שרצה לייסד מדברי הש"ע קנ"ג סי"ח שהוא דברי הרמב"ם וע"פ מה שפירשו הכ"מ משם הריב"ש ובראש אמיר כתב דהריב"ש עלה בדעתו לפרש דבכותל הידוע מענייננו וכו' אלא שאח"ך נדחק הריב"ש לפרש כן וכו'. מדברי הריב"ש בשתי תשובותיו לא יש רמז מזה לא מהסלקא דעתין שכתב כת"ר ולא מהדוחק אך באמת הטו"ז כתב כן ז"ל הריב"ש שהביא הב"י הוקשה לו וכו' ותירץ דמיירי בכותל החוצץ וכו' והאמת כמ"ש כת"ר א"ך הואל וראיתי להידיד שכתב שכך מבואר באר הטב מדברי הכ"מ על כן אמרתי באמת שם לא נתבאר. גם במה שראיתי לכת"ר שאחר שבאר כל כוונת הריב"ש על דברי הרמב"ם כתב וזל"ה באמת דברי הסמ"ע בפירוש דברי הריב"ש לא זכינו להבינם ע"ך והוסיף עוד כת"ר וכתב זל"ה גם מה שפירש הסמ"ע במה שכתב מר"ן אבל אם טען כותל זה שותף אני בי ר"ל שהן דרין זה אצל זה לא ידעתי כוונתו ובמה תרץ לקושיית הריב"ש והרב המגי"ד דלמה צריך נעיצת קורות וכו'. מדברי הידיד אלו שכתב דדברי הסמ"ע אין להם הבנה נראה דר"ל מצד עצמם אינם מובנים וזולת זה הוסיף נוסף קושיית דלמה צריך נעיצת קורות ובאמת לא ידעתי למה כתב דדעת הסמ"ע לא זכינו להבינם לפי האמת נלע"ד דהסמ"ע ודאי לא ראה כי אם תשובת הריב"ש הראשונה שהביא הכ"מ שפירש בכותל החוצץ איירי ואין ידוע לו וכו' והוקשה לו להריב"ש באמת למה צריך נעיצת קורה וסליק בתימא והסמ"ע לא ראה כי אם תשובה זו והוצרך לפרש דברי הרמב"ם

והש"ע ע"פ תשובה זו ומה לו אם סליק בתימא משום האי תימא לא משתנה הפירוש כמו דרך הש"ס אוקמתות ומימרות שמקשים עליהם וסלקי בתימא ועכ"ז אין האוקמתא נסתרת מחמת דסלקא בתימא כידוע וא"ך מה תמיהא יש על הסמ"ע אם לא ראה דברי הריב"ש בתשובה השנייה שחזר לפרש דברי הרמב"ם בכותל הידוע זו אינה תימא:

גם ראיתי להידיד שכתב וזל"ה גם בדברי הטו"ז יש לתמוה שכתב מחמת קושייה הנז' דלמה צריך לעשות קורה חזר בו הריב"ש ולפי מש"ל ליכא שום חזרה ואדרבה הריב"ש חזק דבריו בטוט"ד גם נראה מדברי הטו"ז שפירש הוא בדברי הרמב"ם בכותל הידוע מענינו איירי ולמאי דקי"ל מה יועיל נעיצת קורה כתב דס"ל להרמב"ם כסברת הרמב"ן דנעיצת קורה כמו אכילת פירות וכו' וזה תימא דהרמב"ן הביאו הטו"ר מיירי בחזקת ג"ש וטענה וכו' גם בזה עיינתי בדברי הטו"ז ולקוצ"ד אין עליו שום תימא דמה שכתב הטו"ז דהריב"ש חזר בו באמת חזר בו שהרי בתשובה הראשונה שהביא הכ"מ כתב שם לפרש דברי הרמב"ם דבכותל החוצץ ואינו ידוע איירי והוא מה שפירש הסמ"ע אלא שהריב"ש הוקשה לו למה צריך נעיצת קורה וסליק מזה בתימא אך בתשובה השנייה שהביא אח"ך הכ"מ מכח קושייה זו הוצרך לפרש דמיירי בכותל הידוע לראובן שהוא לבדו בנאו יכו' וא"ך הרי הריב"א חזר בו ממה שהיה רוצה לפרש דבכותל החוצץ ואין ידוע מי בנאו איירי:

גם מ"ש כת"ר דהטו"ז מפרש דברי הרמב"ם בכותל הידוע לו מענינו איירי לא ידעתי היכן מצא כתוב דהטו"ז כתב כן אדרבא ז"ל הטו"ז הצריך על כן נלע"ד דמיירי הרמב"ם בכותל הידוע לו לבדו על פי העדים וכו' הרי לך דבכותל הידוע ע"פ עדים איירי ולא בכותל הידוע מענינו דמצד הכותל ידעינן שהוא של אחד לבדו ואי"צ עדים ופשוט עוד עיין בסוף דברי הטו"ז שכתב ז"ל שוב מצאתי בכסף משנה שכתב תשובה אחרת משם הריב"ש וכו' משמע מזה בהדייא כמ"ש והריב"ש עצמו חזר בו ע"ך הרי לך דכוונתו בפירושו כפירוש הריב"ש בתשובה השנייה וא"ך כמו דהריב"ש לא פירש בידוע מענינו איירי גם הטו"ז לא פירש בידוע מענינו וק"ל:

עוד הוסיף הידיד לכתוב בלשונו הטהור ז"ל ומ"מ אף שפירוש דברי מר"ן כפשטיה וכו' מ"מ דברי מור"ם על הך שכתב אבל אם מודה וכו' ודאי איירי בכותל הידוע וכמ"ש הסמ"ע ע"ך עיין בספר נתיבות המשפט סקל"ג שכתב ז"ל שמתחילה היתה של חבירו להטו"ז אין לזה פירוש ולכך מפרש דמיירי בלא טענה רק שאומר שזכה בחצי הכותל מחמת שזה הוא בכלל לזה אמר דלא הוי ראיה אלא א"ך נתן התקרה והעיקר כהסמ"ע ודו"ק עכ"ל הרי לך דלהטו"ז אינו מפרש לדברי מור"ם כדעת הסמ"ע והגם שיש מה

לדקדק על דבריו עכ"פ אין להאריך הואל והרב נתיבות המשפט כתב דדבריו דוחק והאמת כדברי הסמ"ע אין להאריך עוד:

גם ראיתי מה שכתב כת"ר וז"ל וגם מ"ש מר"ן סי"ט היו קורותיו וכו' והידיד הזכיר סעיף זה חשקה נפשי להעלות לך על ספר מה שכתוב אצלי בחדושי על הש"ע בס' קנ"ב על סעיף זה בספרי אשר קריתי לי בשם פעמוני זהב ומה שנשאר אצלי בתימא והילך מ"ש אצלי אב"א ש"ע סי"ט היו קורותיו של ראובן בתוך הכותל ובצד שמעון מקומות חפורים וכו' ראיתן לברר דין זה שנראה לכאורה שיש סתירה בין סעיף זה למ"ש מר"ן בס' קנ"ז סי"ח שכתב וז"ל כותל חצר שבין שני השותפים שטען האחד שהוא לבדו בנאו וחבירו אומר שסייע בבנין הרי זה בחזקת שסייע אפילו בידוע שאחד לבדו בנאו וכו' א"ך נראה דסתראי נינהו דבכאן נמי מיירי בכותל שבין שניהם קאי כמו שיש להוכיח וכו' [בכאן קצרתי] ועכ"ז פסק כאן דאפילו היה סימן מאחורי הכותל דהיינו מקים הכנסת הקורות עכ"ז אינו יכול לטעון שהוא שותף בו ושם בס' קנ"ז סי"ח פסק דמעמידים הכותל בחזקת שניהם אפילו לא היה שום סימן כגון נעיצת קורות:

אלא דצריכים לחלק ולומר דההיא דסמ' קנ"ז סי"ח הוא מיירי בכותל ארבע אמות שכל אחד מן השותפין יכול לכפות חבירו לבנות עמו וכן משמע מסוף הסעיף שסיים וכתב וז"ל עד שיביא עדים וכו' משם באירה דבכותל בן ארבע אמות שכופין זל"ז איירי ובדין הוא לומר דבחזקת שניהם קיימה ובכאן בסעיף זה איירי בכותל גבוה דאין השותף מחויב לשלם יותר מגובה ארבע אמות בזה אמרינן אין לשותף לומר שהוא שותף עמו דהואל ואין עליו חיוב לתת עמו בגובה ודאי דאין לשותף חזקה יותר מארבע אמות ועדיפא מזה מצאנו דאם האחד הגביה ובא חבירו וסמך עליו דגילה דעתו דניחא ליה במה שהגביה וזה אומר נתתי אינו נאמן וכתב שם הסמ"ע סק"ל הטעם הואל ואינו בדין פשוט שיתחייב ליתן חלקו בשותפ' בשביל שסמך לו כותלו וכו' הרי לך דאפילו בדבר שבדין הוא להתחייב לשלם כגון במקום שגילה דעתו כמוזכר שם עכ"ז הואל ואינו פשוט לא מהימן לומר נתתי מכ"ש בגובה יותר מד"א ודאי אינו נאמן לומר נתתי חלקי וא"ך נתחוורו שני הסעיפים דכאן בס' קנ"ג איירי בגובה למעלה מארבע אמות על כן אינו נאמן לומר שהוא שותף גם בגובה הואל וידוע שראובן בנאו לבדו ובס' קנ"ז איירי בכותל של ארבע אמות אך צריכים אנו לומר דכאן בס' קנ"ג בכותל שהיה ידוע שראובן בנאו משלו וההכרח לזה דהא מצינו למר"ן בס' קנ"ז סי"ב שם פסק בדין הכותל גבוה ז"ל בד"א שהיה ידוע בעדים שכותל זה בנאו אותו התובע אבל אם אינו ידוע הרי הוא בחזקת שניהם ע"ש מכאן הוכחה דכאן בס' קנ"ג איירי בידוע שראובן בנאו ולכך אפילו ראשי

קורות חפורים לצד שמעון לא מהני וכן נמצינו למדים מפרש"י בגמרא בפ"ק דבתרא ד"ו ע"א דפירש על ההיא מימרא דרב הונא דאמר שם ומודה ר"ה דכוי אין להם חזקה יעו"ש דמפרש"י מוכח דבידוע ששמעון בנאו קא מיירי וממנו הוא מקור דין זה יעו"ש ובב"י: איך שיהיה נמצינו למדין לפי זה שלשה חלוקים יש בדבר דכותל של ארבע אמות אפילו ידוע שאחד מהם בנאו נאמן חבירו לומר פרעתיך הואל ובדין חייב לשלמו והוא מה שפסק בס' קנ"ז ס"ח ובגובה למעלה מארבע אמות יש חלוק אם אין ידוע מי בנאו אפילו מודה האחד לחבירו שהוא בנאו עכ"ז נאמן לומר פרעתיך במיגו שאנחנו שנינו בנינו אותו והוא מה שפסק מר"ן בס' קנ"ז סי"ב והיכא שידוע שאחד מהם בנאו על הגובה שלמעלה מד"א אין חבירו נאמן לומר פרעו אפילו היה בו איזה סימן כגון ראשי קורות חפורים והוא דינא דידן בס' קנ"ג סי"ט:

אך צל"ע על דברי הרמב"ם שממנו מקור דין זה דדברי מר"ן אלו הם דיניה דהרמב"ם פר"ח מהל"ש הל"ט ומאי דקשה לי הוא על מאי דכתב היו קורותיו של ראובן בתוך הכותל ובצד שמעון מקומית חפורים וכו' דלמה הוצרך הרמב"ם למינקט בלישניה היו קורותיו של ראובן בתוך הכותל כל זה הוא כיתור דהואל ובידוע איירי דכותל זה ראובן בנאו מה לי היו קורותיו בו או לא דהכא לא שייך לומר דבלא ידוע איירי דהא תקשה לן האי סעיף זה עם סי"ב דס' קנ"ז דא"ך תבראי נינהו דמשם מוכח דבאינו ידוע נאמן שמעון במיגו וא"ך קשה על הרמב"ם למה נקט בלשניה היו קורותיו של ראובן ומן הגמרא שממנה מקור דין זה אינו מוכרח לפרש היו קורותיו של ראובן בנוים תוך הכותל איירי ומי הביאהו להרמב"ם למינקט כך: ועלה על דעתי ליישב ע"פ מה שכתב מר"ן בס' קנ"ז ס"ז דשם נאמר דאם היתה תקרה ומעזיבה של אחד מהם על הכותל הוא סימן שהוא של אחד מהם שיש לו תקרה והמעזיבה ושם איירי הוא להעמיד הכותל מתחילתו ועד סופו בחזקת מי שיש לו עליו מעזיבה וכו' והגם דדברי מר"ן שם מיירי במקום שאין בו דין חלוקה הרי כתב הרב מאמ"ר קדישי"ן סקי"ט דאורחה דמילתא נקט דבמקום שיש בו דין חלוקה מסתמא כופין יעו"ש הרי לך דלא נקט מר"ן דין חלוקה והאחד לבד יש לו בנין ע"ג מעמידין אותו כותל כולו בחזקתו ועל פי זה יתיישב לנו למה הוצרך הרמב"ם והש"ע למינקט היו קורותיו וכו' דאיכא למימר דכוונתו לומר דאפילו אינו ידוע מי בנאו עכ"פ קורות ביתו מעידין עליו שהכותל שלו ולפיכך הוי כאלו יש עדים שהוא של ראובן שקורותיו נעוצים בו ולא של שמעון אפילו יהיו מקומות חפורים בצדו: אלא דראיתי דאין זה אמת דהא מדברי הרב"ח בס' זה ובס' קנ"ז ומדברי הרב הפרישה הביאו לשון הריב"ש באורך ומשם באירה דבכותל של שני שותפים שחוצץ ביניהם אם אין ידוע

מי בנאו אפילו יהיה לאחד מהם קורות ותקרות נעוצים בו ולאחד אין לו אפילו הכי מעמידין אותו בחזקת שניהם שכך הוא הדרך זה נועץ בו לעת הצורך וזה לעת הצורך לכשיצטרך יעו"ש וא"ך צריכים אנו לומר דהתם בס' קנ"ז ס"ז שאני דשם היה התיקרה והמעזיבה על גבי הכותל אבל בנעיצת קורות לבד או תקרה לא מהני להעמיד הכותל בחזקתו וא"ך הדרן למאי דאתאן עלה מוכרחים לומר דכאן בידוע בעדים איירי וא"ך קשה למה נקט היו קורותיו של ראובן ואולי דילמא הרמב"ם אורחא דמילתא נקט דאין מדרך האדם להגביה הכותל יותר מן החיוב אלא א"ך לבנות בו דהא בכותל גבוה איירי כאן כמו שכתבנו ועדיין לא נחה דעתי וצריך להתיישב ע"ך:

עוד ראיתי לידידי שהביא דברי הרב"י עייאש ז"ל והוצרך לפרש בו דבכותל הידוע מענינו איירי דבכותל המפסיק בלי חפירה יכול לבנות וכו' עוד הוסיף ידידי להביא סוף דברי הרב"י הנז' ומסוף דבריו הכריע דלדעת מר"ן משמע הכינם לחפירות כדי לקנותם ממנו במה שירצה המוכר ואפי' לא ימכור והמנהג נהוג וכו':

לקוצ"ד לא כן ידמה דנראה לי דדברי בית יאודא איירי בכותל שבין השותפין ובידוע שהוא של אחד מהם כדפירש הריב"ש דברי הש"ע קנ"ג סי"ח והואל וביודע איירי לא מהני אפילו חפירה וצריך לנעיצת קורה כמ"ש הש"ע:

וכנגד מ"ש ידידי דלדעת מר"ן אם לא ירצה למכור לו לא ימכור לו לדעתי הקלה אדרבא נראה דמר"ן לא דבר כאן אלא בכותל שבין השותפין מדכתב ז"ל ויכול ראובן לטעון חפרתי כדי שלא יתמוטט וכו' מלשון זה משמע דבכותל שיכול שמעון לבנות עליו בע"ך של ראובן איירי ומזה חשש שמא כשיבא לחפור יתמוטט הכותל הוצרך לעשות חפירות וא"ך הרי אדרבא מלשון מור"ם מורה שבעל כורחו של ראובן יכול להכניס הקורות ובודאי בכותל שבין גבולם איירי דאי בכותל שנודע מצד עצמו איירי ואין לשמעון בו שום מגע מי הביאהו עד הלום לשמעון זה לסמוך קורותיו על כותל ראובן עד שמפחד ההתמוטטות של הכותל הוצרך להקדים רפואה למכה לא הול"ל אלא בלשון זה הכנתי אותם למי שירצה לקנות ממני להכניס הקורות בכותל ותו לא מידי אלא בודאי מלשון מור"ם מורה דבכותל השייך לשניהם איירי אכין היא בידוע שהוא של ראובן ומחמת שמא יבוא לסכך שמעון עליו בעל כורחו של ראובן כשיפרע לו חצי הכותל ואתי להתמוטט על כן הקדים החפירות ואין צריך לשום דוחק:

ומעתה הביא נבוא לעקר הדין דין אמת דכותל זה כזה של מהריב"ו נר"ו בודאי הואל והוא בין שניהם ולא ידעינן מי בנאו יש לנו לומר שבעלי החצירות בנאוהו הואל והוא כותל שבין שניהם וראיתי לכת"ר שמעקרא צדד לומר אפילו אם יתברר בעדים שיצחק

אסלח נ"ע הוא שבנה הכותל מכיסו ברשותו כ"ז הואל ובעלי החצר העמיסו וכו' יכולים לבנות בכל מקום שירצה בין לגבוה הכותל בין להוסיף באורך והסביר הדבר מדברי הרב"י שם בסכ"ה בפסקא המתחלת וכן כתב דהרמב"ם וכו' ומשם הלכה העלה ידידי דיכול לשנות הקורות לכל מקום שירצה מעלה ומטה כן דברת וכן בא הדבר בפשיטות בפרישה זל"ה ומ"ש באיזה מקום שירצה הוי ליה כאלו אמר גם באיזה מקום שירצה דאם הכניסה בראשונה היתה למעלה יכול להכניסה לעת עתה במקום אחר אבל אין לומר דאין כוונת רבינו לומר דיכול להוסיף בענין הקורות כי אם להוציאם ממקום זה ולהניחם במקום שירצה דא"ך בכל הכותל דכתב למה לי גם הב"י בסכ"ה כתב דלא משמע ליה לשון רבינו כן וכו' ונראה דה"ה שלשתן יחד יכול לעשות דהיינו אם היו מוכנסין שלשה דקות יכיל להכניס אח"ך אפילו הרבה עבות ובמקום אחר דזיל בתר טעמא הואל ואין הקנין למחצה ובפרט להרא"ש דכתב דמאי טעמא חולק אפילו באבנים וכו' הרי פרשה פתוחה לפניך דלצד שנאמר שהכותל קנוי ביד ריב"ו נר"ו יש לו להוסיף גג אחר ע"ג בית זה כמבואר בפרישה דיכול לעשות שלשתן ביחד דהיינו להוסיף בקורות דהיינו גג אחר ולעשותו באיזה מקום מטה או מעלה:

גם ראיתי להרב הפוסק שהוצרך לומר דגם הרמב"ם מודה לדין זה דאין קנין לחצאין בודאי דהואל והדבר לא נמצאו עליו חולקין הכי יש לתפוס אלא דבנדו"ד שהריב"ו נר"י יש לו גג גמורה על ידי תקרה ומעזיבה איכא למימר לדעת הרמב"ם אפילו לא היו שלשה שנים של חזקה עכ"ז יכול הוא לומר קנוי בידו וכמ"ש הסמ"ע מל ההיא דמור"ם דסי"ח שכתב אין ראיה על הכותל עצמה אלא א"ך עשה תקרה וכו' וכתב הסמ"ע סקל"ו פירוש דכל מר כדאית ליה לסברת הרמב"ם א"ץ שלשה שנים וכו' הרי לך דבמקום שעשה קורות ותקרה הוחזק לומר דגוף הכותל יש לו בו מחצה וא"ך בודאי הואל והוא שותף ויש לי בו מחצה הדר דיני' כדין כותל השותפין שבכל עת וזמן שירצה יבנה עליו במקומו שירצה וכמו שהשוה הפרישה דברים אלו כמש"ל משמו שכתב ז"ל ובפרט להרא"ש דכתב דמה"ט חולק עמו אפילו באבנים וכו' הרי לך דבמקום דמצית לומר חולק באבנים יש לנו לומר גם כן שיכול לבנות באיזה מקום שירצה וממנו נלמוד ג"ך אליבא דהרמב"ם לדעת הסמ"ע דאפילו קודם שלש שנים כמו שמשוה ליה שותף לחלוק בגוף הכותל הוא הדין לבנות עליו קורות ותקרות הן אמת הרב קצו"ה הקשה על הסמ"ע שכתב דלהרמב"ם מיד החזיק עיין נתיבו"ת המשפ"ט שתירץ עליו נכון:

אתייא מבינייא האמת כמ"ש כת"ר דהואל ויכול לבוא בחזקה וטענה אמרינן אין קנין לחצאין אך האמת הואל ובכגון נדו"ד במחלוקת הוא שנוי כמ"ש מהריב"ו זלה"ה במסקנתו בסר"ו הכי נקטינן ובפרט אין לנו להאריך ללא צורך:

אלא קושטא קאי הואל וכותל זה חוצץ בין שניהם ולא נודע מי בנאו הדין הוא שיבנה כההריב"ו נר"ו מה שירצה לבנות עוד קורות ותקרות ומעזיבות כדין כותל שבין שני השותפין דכתב הריב"ש שזה העמיס עליו היום וחבירו יעמוס באיזה זמן שירצה אך הואל ונודע הדבר שכותל זה היה בו סימן של הריג"א ומכחה זיכה לו הרה"ג מוהר"י זלה"ה לבנות ע"פ המנהג הידוע במקומנו שכשתמצא ריג"א בכותל זה מורה מקום שיש רשות לבעל אותו צד שיש בו ריג"א לסכך עליו וכאלו זה הדבר עדות הוא שהוא וחבירו בנאו כותל זה באמת צריך עיון על המנהג הזה מה טיבו דהואל והכותל עושים אותו על מקום שניהם למה צריך הריג"א להעיד הואל ובחזקתו של שניהם הוא כותל זה הרי בחזקת שניהם בנאוהו ודוגמה לזה הוא מה שהקשה הריב"ש למה צריך נעיצת קורות שניהם במקום שאין ידוע וכו' וא"ך גם כאן אם במקום שאין ידוע למה צריך ריג"א ואי בידוע שאחד בנאו ולא שניהם א"ך למה כשתהיה הריג"א נהגו לסכך בעל כורחו הרי ידוע שראובן בנאו כולו וא"ך ממה נפשך אי בידוע שראובן בנאו והניח הריג"א קשה למה אומרים ששמעון ינעוץ קורות בהאלריג"א ואי בשאינו ידוע מה צריך לריג"א בלאו הכי כל כותל בחזקת שניהם:

אלא מוכרחים לומר הטעם של המנהג הוא הואל וקי"ל כפי הדין שכותל הבנוי בין שניהם מסתמא שניהם בנאוהו וזה נעץ עליו היום ולאחר זמן גם חברו ינעוץ עליו לכשיצטרך לזה עושים האלריג"א זה לסימן והפירוש היא דהנה ידוע דלא תמצא ריג"א בשום כותל כי אם בכותל של שני השותפין ולאחד יש לו מצדו בית ועלייה על גביו ולחבירו לא יש לו מצדו אפילו בית על זה עושים ריג"א במקום שירצה חברו לבנות הבית ולמה עושים זה הוא לסימן לומר דעד כאן הוא תחום שמשותף ומשם ואילך הוא של בעל העלייה לבדו בנאו ולזה הוא בא סימן זה של האלריג"א כדי שלא תאמר אפילו גובה הכותל הוא בחזקת שניהם וכמו שהדין נותן אלא האמת לא כן הוא אלא דסימן זה בא לומר דגובה כותל זה ראובן בנה אותו משלו הואל וצריך לו לעת עתה לבנות עליו עלייתו ושמעון עוד לא הוצרך לו לא בנאו עמו זהו בודאי סימן של האלריג"א לפי מנהגינו דאין לומר דהוא הכנה בעלמא שלא יתמוטט הכותל דא"ך הוא מהיכן לנו העדות לומר דבמקום שיש ריג"א יכול שמעון לבנות בע"ך של ראובן אלא בודאי לא בא אלא לסימן כדאמרן:

ומעתה הואל והודה הריב"ו נר"ו דבמקום שיש לו בית היתה לו ריג"א ומכחה זכה לבנות מוכרח מזה דכל מה שבנו מריג"א ומעלה הוא של הרי"א נ"ע אך באמת אם ירצה כמוהריב"ו נר"ו לגדל פרע מחצה של הכותל שמגג הבית ומעלה יכול הוא לסכך על אותו כותל הואל והוא בנוי על מקום שניהם הדר דינא לדין הכותל שבין שני השותפים אפילו בידוע שאחד בנאו כל זמן שירצה חברו לפרוע חצי הכותל יכול לעשות בו כחו"ר כמש"ל וכמ"ש בש"ע קנ"ז סיו"ד יעו"ש. וכבר זה זמן רב היה כעין זה במקומינו בהר"י טרזמאן נר"ו שרצה לסכך גם הוא בנדון זה שלפנינו ופסקנו לו דיפרע חצי שומת הכותל ויסכך ותשלומין הוא לערך שעה שנבנה בו הכותל הישן דמאותו שעה זכה ונעשו עליו חוב בעלמא וכמש"ל הרב מוהרי"ע זלה"ה ואין לומר דהואל והרי"א נ"ע נשתמש בכותל זה זה כמה שנים ומסתמא הושחר ונפחת נגלגל עליו לשלם שכר השמוש ולנכות לו משווי חצי הכותל וכמ"ש בס' שע"ה ס"ז יעו"ש זה אינו דהואל ושותפים נינהו בכותל זה יכול לומר בחלקי הייתי משתמש וזה עדיף דהא לא נשתמש אלא בצד הכותל שמצדו ומי הביאהו עד הלום לבעלי החצר של הריב"ו נר"ו להתעכב עד היום הו"ל לבנות גם הם מקודם ולהשתמש גם הם מקודם וא"ך קם דינא שהריב"ו נר"ו יפרע חצי הכותל ויעשה בו חו"ר לסכך גם הוא על הגג:

ומעתה הבוא נבוא מהו הדין אם יכול להוסיף בכותל זה שני אמות שרוצה. משנת תרמ"ב לפ"ק עבר לפנינו ענין זה של ישעייה שרצה להגביה כותל השותפין לבנות עלייתו ונטתה דעתינו לפסוק דאין לו כח להגביה כי אם חצי הכותל שמצדו וחילינו הוא הריני מביא לך בקיצור בריש מילין אחר שהביאנו מ"ש הטור והב"י בס' קנ"ז גמרנו אומר הואל ומר"ן פסק לסברת הרא"ש ורבינו יונה ז"ל ודאי כוותייהו נקטינן והגם דמר"ן בס' קנ"ז הביא סברת הגאונים דס"ל דאין יכול לעכב הואל ולא הביאם כי אם בשם י"א גם בס' קס"ד הביא סברת הרא"ש ורבינו יונה בי"א בתרא הכי נקטינן לפי הכלל המסור וכו' וכן ראיתי להרב המופלא עט"ר מו"ד זלה"ה בס' כר"ח שכתב שכך פסק מהר"ם אלשיך יעו"ש והגם שטעמו של הרא"ש שיכול לעכב עליו הוא מטעם שיאמר אינני רוצה שתמעט איירי או היום או מחר אבנה ואסמוך וכו' ובנדו"ד לא שייך טעם דרוצה אני להשתמש דהא כותל זה גבוה הוא ובנוי עליו קורות הבתים ואינו עומד לתשמיש וא"ך הואל ולא שייך שמוש שהוא טעמו של הרא"ש נימא דאין יכול לעכב וכמ"ש הרב בע"י חי"י סצ"ט משם המבי"ט וכו' עכ"ז בנדו"ד הרי יש עדיין טעם השני שהביא הרב"י דהיום או מחר אבנה נסרים וכו' ומטעם זה לחוד יכול לעכב דאין סברא לומר דהרב"י בעי במקום שיש שני טעמים דהיינו רוצה אני להשתמש וגם היום או מחר אבנה וכו'

אבל בחד טעמא אינו יכול לעכב וא"ך בכאן הואל ונסתלק טעם הרא"ש אין יכול לעכב זה אינו דודאי בחד טעמא סגי דהגע עצמך וכי אין אדם יכול לעכב על חבירו אם יזיקו נזק אחד ומה גם דהרב"י כך משמע מלשונו דבחד טעמא סגי דקאמר היום או מחר וכו' משמע דכוונתו לומר דבמקום דלא שייך טעמו דהרא"ש שייך טעם אחר לעכב ובפרט הרי הרא"ש לא הזכיר בדבריו אלא חד טעמא שהוא טעמא דלא ימעט באוירו וכמו שבא הדבר מפורש בס' בע"י חי"י יעו"ש וא"ך הטעם השני הוא של הרב"י ובודאי לא כתבו אלא במקום שאין שייך טעם מעוט האויר עדיין יכול לעכב מטעם היום או מחר:

והגם שמר"ן בש"ע לא נקט אלא טעמא דהרא"ש שהוא הוא שהביא הטו"ר ברישא אבל לענין הדין בחדא מהני טעמא אחריני או מטעם יום או מחר וכו' או מטעם הכובד דהוא טעמו דרי"ו יכול לעכב והראיה שהרי מצאנו להרב באה"ג ציין הדין זה דס' קנ"ז הוא מהרא"ש ורי"ו ומצאנו לרבינו ירוחם דטעמו הוא משום הכובד וא"ך תקשה הרי מר"ן לא הביא טעמו דרי"ו אלא טעם הרא"ש וא"ך מחזי דלא פסק כי אם דעת הרא"ש ובמקום דלא שייך חששת הרא"ש נימא דלא חיישינן לכובד והיאך באה"ג ציין דמר"ן פסק כרי"ו אלא ודאי אפילו הש"ע כתב הטעם שהביא הרא"ש אין למידק דלא חיישינן לכובד וכן נראה נמי מס' קס"ד ששם פסק לסברת הרשב"א שכתב שיכול להגביה ולהכביד כמו שירצה וסיים על זה וכתב יש מי שאומר דה"מ במקום שלא נהגו השותפין להקפיד אבל במקום שנהגו להקפיד הרי זה מעכב עליו ע"ך משמע שם דסמך על סברת רי"ו דבמקום שנהגו להקפיד על הכובד יכול לעכב וכמו שציין שם גם המרשים שהוא הסמ"ע וכתב ז"ל טו"ר סקנ"ז בשם הרא"ש והר"י ע"ך הרי לך דאפילו כתב בפשיטות טעמו של הרא"ש לבד לא עליו לבדו סמך אלא גם על טעם רי"ו דחייש לכובד: אך כל זה בבא לבנות על כל רוחב הכותל הוא שנחלק רי"ו אבל בבונה בחצי הכותל הואל ובשלו הוא בונה הדין הוא כמ"ש מור"ם הלכה ומורין כן אלבא דכו"ע עיין הנמק"י בפרק הבית והעליה שממנו מקור דין זה דטעמו הוא הואל ובשלו הוא בונה אינו יכול לעכב עליו ויכולים לומר דהטעם הוא דמסתמא הואל והבנין אינו כי אם על חצי הכותל לא יעשה שום הזק או איכא למימר אפילו באורך הימים יעשה שום הזק עכ"ז הואל ובשלו הוא בונה אין יכול לעכב עליו כלל ואפילו רבינו יונה יודה וא"ך דברי מור"ם שהם דברי הנמק"י הם אלבא דכ"ע:

וראיתי לכת"ר שבנה יסוד מוסד דהנמק"י ורי"ו חלוקים ועל כן הוצרך להאריך בזה והאמת מי הביאנו לומר חלוקים איך שיהיה פשוט דעל חצי הכותל יכול לבנות בלי שום פקפוק וכך אנחנו דנים מדי יום יום: אך באמת אם יתברר על פי הבקיאים דלא

מטי מזה שום נזק מהאי הוספה של שני אמות בודאי דכופין על מדת סדום וכמ"ש הרב בע"י חי"י דלא נחלק רבינו יונה אלא במקום חשש הזק:
ומה גם לפי מאי דכתב כת"ר דבמח"ק לא נהגי להקפיד וא"ך הן הם דברי דסקס"ד דבעינן עד שיודע שמקפידים אבל אם לא נראה שמקפידים כו"ע מודו:
אך מצד שרצה ידידי להסתפק דמן הראוי בעל החצר של יצחק אסלח יבנו שם שני אמות מכיסם כדין גג הסמוך לחצר המוזכר בס' קנ"ט וק"ס לא הבנתי הדבר דהואל וגג זה של יצחק אסלח בנוי לפניו בחצר של ריב"ו נר"ו בית סמוכה לו אלא שגג של הר"י אסלח גבוה מגג של ר"י א"ך לא הוי גג הסמוך להחצר אלא גג הסמוך לגגו במקום שאין תשמישן קבוע:
ואולי אפשר כוונת כת"ר הואל וגג בית הרי"א נ"ע גבוה הרבה יכול לראות למרחוק באמצע החצר של הריב"ו והוי דינייהו כהנהו המוזכרים בס' ק"ס א"ך עכ"ז אפילו חשבינן לגג זה הסמוך לחצר אינו יכול לכופו לסלק הזיקו מתרי טעמי חדא הוא הואל ותשמיש הגג אינו קבוע ועמדו זמן רב שוב אין יכול לכופו לעשות מעקה דהגם שכתב מר"ן ריש סקנ"ז ס"א דאפי' עמדו כך שנים רבות בלי מחיצה כופהו לעשות בכל זמן שירצה וסיים מור"ם ואפי' יש מנהג בעיר שלא לעשו' אין הולכין אחר הרוב וכו' הרי כתב הסמ"ע שם סק"ב דהטעם הוא דבמקום דברי הזיקו תדיר כמו זה אין הולכין אחר המנהג עכ"ל הרי לך דלא דבר מר"ן ומור"ם אלא במקום שברי ההזק תמיד אבל גג שאין הזקו קבוע לא:
ועוד הרי סיים שם מור"ם בריש סקנ"ז וכתב ז"ל אלא א"ך יש עדים שמחלו זל"ז הזק ראיה שוב אין יכולים למחות עכ"ל וא"ך אנן טענין ליורשים של הרי"א נ"ע אלו היה אביהם קיים הוה מייתי ראיה שמחלו לו בהזק ראיה הן אמת דדבר זה שאלו אבוהון קיים הוה מייתי ראיה הוא במחלוקת שנוי וכמו שהביא הרב מהריב"ו ז"ל בלקוטיו אות יורשיו יעו"ש עכ"פ הרי מדברי מור"ם בס' ס"ב נראה דאפילו אבוהון הוה צריך להביא ראיה טענין ליתמי אלו הוה אבוהון הוה מייתי ראיה והגם דדברי מור"ם אלו הם מדברי הרשב"א א שהביא הרב"י ושם מצינו שכתב וזל"ה הכא כיון דאפשר אלו היה אביהם קיים הוה מייתי ראיה והן הם דלא ידעו במילי דאבוהון וגם השטר יוצא בשם אבוהון וכו' וא"ך נראה דלא אמרו שם טענין ליתמי אלו הוה אביהם קיים אלא במקום דשטר מסייע עכ"פ גם בנדו"ד הואל ועמדו שנים רבות אין פוצה פיו זה סייעתא למחילה וא"ך דין הוא גם בזה נטעון אלו הוה אבוהון הוה מייתי ראיה ומה גם הרי מהריב"ו ז"ל הביא

דמהר"ם אלשיך כתב כן בפשיטות דטענין ליתמי אלו הוה אבוהון קיים הוה מייתי ראיה וא"ך יכולים לומר קי"ל ועיין סקנ"ד סי"ב דהמזיק קרוי מוחזק יעו"ש:
כלל העולה יכול מהריב"ו נר"ו לשלם לבני הרי"א חצי כותל שמגג ביתו ומעלה ולסכך עליו ואם ירצה להוסיף אמות על חצי עובי הכותל עשה יעשה ואם ירצה לבנות על כל רוחב הכותל זה תלוי ביד כת"ר לעשות לפי מנהג העיר או אם יעידו דליכא שום דררא מזה אזי כופין ממד"ס. זהו משנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכד

תשובה לדאר לבידא יע"ה:
ראובן ושמעון יש להם חצר אחד בשותפ' וראובן יש לו בית אחת יש לה שני פתחים פתח אחד פתוח לתוך החצר ופתח אחד לבית שער החצר ומ"מ כמו שלשים שנה עמד ראובן וסגר הפתח הפתוח לחצר והוסיף לסותמו באבנים זע"ז ולא הניח לתשמיש כי אם הפתח הפתוח לבית שער החצר ואחר שנשאר פתח הפתוח לחצר סגור וסתום כמו שלשים שנה אחר זה מת ראובן וגם שמעון השותפ' ונשארה השותפ' בין בניהם אחר זה עמדו יורשי ראובן ורצו לפתוח עוד אותו פתח הסגור ועל זה עמדו לדין יורשי ראובן עם יורשי שמעון ונמנו מהדי"ן דהואל וראובן לא פרץ הפצמין הרי הוא או יורשיו יכולים לפתוח וכתבו רבני דאר לבידא יע"ה פס"ד ביד יורשי ראובן שיכולים לפתוח כקדם קדמתא וכן עשו אך יורשי שמעון או צעקו ככרוכיא וכתבו מחאה שבכל עת ורגע שידרשו ויחקרו הן מצד איזה ראיה או מצד הדין לסתור דברי הפסקנים הרי ידיהם נטויה לעמוד לדין לחזור ולסתום וכן עשו יורשי שמעון אחר החפוש מצאו שני עדים לזכותם שהעידו להם שהם ידעו וראו שזה כמה היה תביעה לשמעון על ראובן מפאת ירושה אחת והם ידעו וראו שאחר כרכורי דברים שערבו בין ראובן ושמעון הנז' נכנסו מפשרים ביניהם בדרך זה שראובן מחל לשמעון ערעורו על הפתח הסגור ונתן לו רשות להוסיף לסגור הפתח אפילו בבנין והר' שמעון מחל בערעור הירושה מחילה ביניהם כראוי והסכימו על הפשרה הנז' שני הצדדים ונטלי מהם קנין על דנה פתגם וכתבו על זה עכ"ל קב"ע הנז' והן היום באו יורשי ראובן ושמעון לדין לפנינו יען שיורשי שמעון רצונם לחזור על הפתח לסוגרו ע"פ זכותם זה שהעידו להם העדים ויורשי ראובן מעכבים מהו הדין יומ"ץ. ואנחנו באמת לא רצינו להכניס עצמינו בתגר זה הן מצד הואל וכבר בדי"ן של

דאר לבידא טרחו ונתנו הפס"ד ביד יורשי ראובן הן מצד סבות אחרות אך הואל ונעקרו ממקומם ובאו עד כאן והפצירו עד בוש לא יכולנו להשיב פניהם ריקם:

תשובה מה שנראה לע"ד הוא דאין לנו לגרוע עדות עדים אלו הואל ונתקבלה כראוי מצד שלא נתבאר שמות העדים מה המה אלה כמו שטענו יורשי ראובן אין זה מעכב דהגם שמצינו להש"ע בס' כ"ח סי"ב פסק דלכתחילה טוב וישר לפרסם שם העדים עכ"פ אם לא פרסמם אין מעכב וכמו שסיים מור"ם שם יעו"ש ואין כאן מקום להאריך:

ואם מפני שלא נתקבלה העדות בפני בעלי הפתח וכמ"ש הש"ע שם דצריך להעיד בפני בעל דבר גם לדבר הזה אין כאן שום עכבה הואל והעדים הם בעיר אחרת עיין בס' ה' סעיף ט"ז וי"ז ופשוט:

גם אם מצד שזה כמו חמש שנים שעמדו בעלי הפתח ופתחו אותו ע"פ הבדי"ץ ובעלי החצר לא הוציאו ראיתם אלא עד האידנא גם זה שאינו מעכב דאפילו אלו היה שמעון בעל החצר עודנו חי על האדמה ואמרו לו בדי"ץ יש לך עדים ואמר אין לי עדים ואח"כ באו עדים ממדינת הים הרי זה מביא וסותר יעו"ש בחומ"ש ס"כ מכ"ש נדו"ד דאין כאן כי אם היורשים דלא ידעי במילי דאבוהון נוסף על זה שהעדים אינם במדינה עמהם נוסף עוד דהיורשים אלו לא אמרו שאין להם עדים אלא אדרבא עשו מחאה שבכל זמן שימצאו ראיה לזכותם יסתרו את הדין א"ך מהיכא תיסק אדעתין דהואל ולא מצאו עד האידנא יגרע נחלתן פשוט דעל פי עדים אלו כל ריב' וכל עפה גם אינו נכנס בסוג הכחשה מה שהעידו העדים אלו שבאו בקב"ע שהם העידו שבכלל התווך בעת שנתפשרו בירושה היה בכלל שראובן בעל הפתח סלק כחו וזכותו מפתח זה ועל זה טענו יורשי ראובן שעדותם של עדים אלו מכחשת לשטר פשר שבידם שבו כתוב בזה"ל שבעד סך מה שנטל שמעון מראובן קבל בקש"מ שלא נשאר לו נגד ראובן שום תביעה ע"ך וא"ך מדברי עדים שבשטר זה מחזי דהפשרה היתה בעד סך מה מעות שקבל ולא בעד סלוק השעבוד מהפתח כמי שמעידים העדים שבקב"ע וא"ך מחזי כמוכחשים בעדותם על זה אמינא דאין זה נכנס בסוג הכחשה כלל דהואל ולא נתברר מהו הסך שנטו"ק מאת ראובן אלא סך מה סתם הרי כל דבר ודבר יכולים אנחנו לכוללו בסך מה ה': ומה גם אפילו אי הוא מפורש בשטר זה מהו הסך שנטו"ק כגון אם היה כתוב סך מנה או מאתים שנטו"ק עכ"ז אין לנו לומר דבזה דוקא היתה הפשרה ותו לא מידי ונימא דהוו העדים מוכחשין דזה אינו דאפילו אי הוה כתוב באופן זה היינו אומרים דדברי העדים שבק"ע אמת דברו ומה שלא הוזכר בשטר הפשרה שהיה הפשרה גם בעד מה שמחל בשעבוד הפתח על זה יש לנו להשיב ולומר דודאי אורחא דמילתא שאין אדם כותב וליקח בידו אלא שטר של

זכותו וא"ך בשלמא הסך שנתן מידו אורחא דמילתא לבוא בזכרון דברים פן ואולי יום מחר או מחרתו יבואו היורשים לטעון נגד ראובן לבטל הפשרה והמחילה כי בטעות היתה על זה טוב להיות הדבר מפורש כמה קבלו לדעת מה יעשה ישראל אבל על מה שמחל שעבודו בפתח מה זכות יש לו לראובן בהזכרתה בשטר הפשר ואדרבא אינה אלא לחובתו דממ"ן אם יבואו לידי חזרה מפשרתם מכח מחילה בטעות וכדומה הרי ראובן יחזור לערער על הפתח ואם בוא יבוא שמעין להוציא שטרו שכבר מחל לו שעבודו הרי שם שם ימצא שהמחילה היתה בעד פשרתם בירושה דדוחק לומר דהיה לו לחוש דילמא שממון יבנה בנין גמור וכו' באופן שיתבטל ערעור של ראובן ואזי כשיבוא ראובן לערער יאמר לו שמעון כבר מחלת לי ולא מצד ירושה ויכבוש שמעון את שטרי דכולי האי לא עבדי אינשי דחיישי לזה ואין מדרך האדם לכתוב ולכבוש תחת ידו אלא שטר שיש לו בו זכות אבל מחילה זו של הפתח אינה לזכות ראובן לבוא בשטרו ואינה אלא זכות שמעון ופשוט דאין מדרך הסופרים אלא לכותבה ולמוסרה ביד שמעון ולא ביד ראובן ואין מזה שום נדנוד הכחשה בעדים שבקב"ע עם עדי השטר שביד יורשי ראובן כלל ואפי' להכניס אותם בכלל דברי הר"ן שפסק מר"ן בס' כ"ט דיש לנו לתרץ דברי העדים אפילו על צד הדחק כדי שלא יהיו מוכחשין יעו"ש נדו"ד אין להכניסו בכלל זה דבנדו"ד הרי עדות זו דרך רוחה והצלחה הן מצד דהואל ולא ברר כמה ממון נתן אלא סך מה הרי אנחנו יכולין להכניס כל דבר בסך מה הן מצד דהואל ומחילת פתח זה אינה אלא לזכותו של שמעון אורחא דמילתא היא שזכות זה לכותבה ולמוסרה ביד שמעון ולא ביד ראובן: ומעתה הואל וחקרנו ולא מצאנו פקפוק ממה לגרוע עדות עדים אלו א"ך לעת עתה שנגלה לפנינו שבעל הפתח סלק שעבודו בקנין וסגור יהיה לא יפתח הדין הוא שלא לפותחו עוד הואל וקני מידו על זה ואין ענין זה נכנס בסוג ק"ד דהא בעל הפתח הזה יש לו זכייה בחצר ארבע אמות נגד פתח זה כמ"ש בס' קע"ב ס"ג יעו"ש והגם שיש לו פתח אחר לבית זה עכ"ז זכה בארבע אמות לפני כל פתח ופתח וכמ"ש בס' קע"ב ס"ג יעו"ש וא"ך הואל ובעל הפתח הזה יש לו ארבע אמות נגד פתח זה ובעת הפשרה בטל שעבודו של הפתח בקנין הרי לא ק"ד הוא זה אלא מגופה של קרקע קנו מידו דהיינו סלוק שעבודו מאותו ארבע אמות דהקנה גם לחבירו חלק בה וא"ך בודאי דלא הוי ק"ד. ועדיף נדו"ד ממה שמצאנו לתשובת הרשב"א הביאו הד"מ בסי' קע"א ז"ל כתב הרשב"א אם היה הדבר יש בו כדי חלוקה וקבלו קנין שלא לחלוק אין יכול לכופו לחבירו לחלוק ולא אמרינן דהוי ק"ד בעלמא ע"ך ותשובה זו פסקה בהגה ס"א יעו"ש וטעמא דמילתא הוא הואל וקני שלא לחלוק הרי כל אחד מזכה ומשעבד לחבירו

חלק מזכותו להשתמש בשלו ובשביל זה לא הוי ק"ד וא"ך ממנו תלמוד במכ"ש לנדו"ד דלא הוי ק"ד שהרי התם לא היה הקנין אלא שלא לחלוק ותשאר החצר בחזקת שניהם להשתמש מכ"ש נדו"ד שבאמת אלו היו באים לחלוק את החצר בעוד שלא סלק ראובן שעבודו מהפתח א"ך היה ראוי בדין ליטול ארבע אמות בראש נגד פתחו ועכשיו על ידי סלוק שעבודו מהפתח הדר דינו להיות ידו ויד שותפו בחצר ארבע אמות אלו יד שניהם שוה וא"ך ודאי דלא הוי ק"ד:

ואין לנו לגרוע כח קנין זה ממה שראינו בא כתוב בקב"ע ז"ל ובכן נכנסו מפשרים ביניהם בדרך זה שהר' ראובן מחל לשמעון ערעורו על הפתח ונתן לו רשות לסגור הפתח ואם ירצה יסתום אותו בבנין ושמעון מחל וכו' ונטלו מהם קנין על דנה פתגם עכל"ה וא"ך לכאורה נראה מלשון זה דאמרו שראובן מחל לשמעון וכו' יש לנו להסתפק דילמא בלשון מחילה הקנה לו דהיינו קבל בקנין שמחל לו ראובן לשמעון וא"ך לכאורה נראה שבאנו למחלוקת הפוסקים בזה:

דהן ראינו מדברי הרשב"א הביאו הרב"י בס' רמ"א משם מוכח ומבורר דאפילו בקרקע מהנייא מחילה בקנין דאמרינן מגופה של קרקע קנו מידו יעו"ש וכן כתב הטו"ז וכן כתב הרב משכנו"ת הרועי"ם מערכת מי"ם אית וא"ו ועד אחורן הוא הרב יוא"ל בתוש"י ח"ב סל"ז יעו"ש דכך הלכה העלה דאמרינן מגופה של קרקע קנו מידו:

אך נגד זה ראיתי בס' הנחמד כר"ח ח"א סק"ד שהביא שם דברי הר"ש אבן צו"ר ז"ל שהביא דברי הרשב"א וכתב עליהם בתחלת דבריו דמהרשד"ם חולק על הרשב"א מכח תשובת הרא"ש וכו' ואחיך הוקשה לו על דברי מהרשד"ם דזה הוא הפך גמרא ערוכה דפרק חזקת וכו' ועל זה סיים וכתב ז"ל לכן נראה כמ"ש איש האלהים מוהריבו"ן זלה"ה בתשובת אחד ששדך בתולה ונתן לה נדונייא וכתב לה דאם חזר בו מחל לה הנדונייא והעלה הרב דאפילו היתה בקנין לא הויא מחילה דלא מהנייא אלא בחוב ומה מההיא דחזקת הבתים איירי בכותב לו שסלק עצמו בקנין מדו"ד דאז אמרינן דודאי היה הקנין על גוף הקרקע באופן שלא נזכר מחילה זו בקנין אלא על דו"ד ומוקי ההיא דהרשב"א דלא היתה המחילה על גוף הקרקע ממש דבזה לא מהני מחילה אלא הכוונה שמחלו לו כל זכות ושעבוד שיש לו על אותו קרקע דאז המחילה שייכה לזכות ולשעבוד וכתב דכן פירשה הרב"ח להההיא דהרשב"א עכל"ה וא"ך לכאורה נראה דנדו"ד במחלוקת הוא שנוי אי מהנייא מחילה זו שמחל ראובן זה אפילו בקנין או לא:

אך כד דייקינן נראה פשוט דמהני ומהני ולא מבעייא אפילו אי הוה באמת נדו"ד גם הוא בסלע המחלוקת ראוי לנו לפסוק ולומר באמת דמגופה של קרקע קנו מידו דלא

כמהר"ש אבן צור ז"ל יען דעינינו ראו להרב משכנו"ת הרועי"ם כבר עמד על כל הדעות והביא גם סברת מהרשד"ם ודחאה וכתב דכבר עמד עליה הרב מט"א והשיג עליו והוסיף עוד להביא דברי הפוסקים דלא כהרשד"ם וזו הלכה העצה הרב מש"ה שפיר קאמר ז"ל ולענין דינא נראה דקי"ל כמ"ד דע"י קנין מהני שפיר למחילה כדברירנא עכל"ה וא"ך הואל ורב אחרון הוא משכנו"ת הרועי"ם נגלו לו כל הסברות והוא הכריע אליו שומעין נוסף על זה כבר הורה תנא דידן הוא הרב יוא"ל זלה"ה אחרון אחרון חביב מי יבוא אחריו דהכי קי"ל דמאביי ואילך הלכה כבתראי יעו"ש בחומ"ש סכ"ה ועיין שם בפת"ש סק"ח שכתב משם כנה"ג דהלכה כבתראי אפילו יחיד נגד רבים יעו"ש מכ"ש נדו"ד שהרב טו"ז והרב מש"ה והרב יוא"ל כולם הכריעו דקנין מחילה בקרקע מהני בודאי דכוותייהו נקטינן ועיין בס' אשר לשלמה נר"ו הנד"מ ששם בלקוטיו אות קוף כתב ז"ל כל שמצינו האחרונים מכריעין בין הא' הולכין אחר הכרעתן ואין לומר קי"ל הרב פמ"א וכן כתב הרב ויאמר יצחק סמ"א עכל"ה וא"ך נדו"ד כבר מלתינו אמורה דלדעת הרב משכנו"ת הרועי"ם אליו נגלו כל תעלומות הפוסקים והכריע איהו ז"ל דלא כהרשד"ם וס"ל דמחילה בקנין מהנייא וכוותיה נקטינן:

אלא דעדיפא מזה דנדו"ד לא נכנס בסלע המחלוקת כלל ואפילו מהר"ש אבן צור ז"ל יודה בזה דהא מסקנתו היא דהרשב"א אירי במי שכתב לו שמחלו לו בזכות ושעבוד שיש לו על אותו קרקע דאז אמרינן המחילה היתה על זה וגוף הקרקע היה באופן המו"ה מהדין כמש"ל בדבריו וא"ך נדו"ד נמי הכי הוא דהכא בכאן הקב"ע כך נמצא כתוב בה בזה"ל שראובן מחל לשמעון ערעורו על הפתח ונתן לו רשות לסגור הפתח אפילו בבנין וכו' הרי גם כאן יש לנו לומר אפילו אלו היה יוצא לפנינו שטר גמור שבו כתוב בזה"ל שעשו כך בקנין הוה דיינין ליה אפילו לדעת מהר"ש אבן צור זלה"ה דהא דהזכירו מחילה הוא על דו"ד של הערעור וכו' אבל הקנין היה באופן המועיל שקנו מידו על גוף הקרקע ומהני אליבא דכו"ע:

וכל זה לא כתבנו בנדו"ד אלא לרוחה דמילתא בדרך מה שלא היה אם היה אבל לפי האמת נדו"ד לא נכנס בסוג זה הואל ואין לפנינו שטר כתוב כך להסתפק בו ואין לפנינו אלא דברי העדים המעידים שהיה ביניהם דו"ד ומחלו זל"ז ונטלו קנין וכו' ואין העדים מעידים על לשון הקנין כיצד היה אם קבל בקנין שמחלו לו או בלשון קנייה וא"ך מה יכניסנו לבוא לבית הספק ולומר דהואל והעדים אמרו מחלו זל"ז דילמא גם הקנין היה בלשון זה חלילה לנו מזה אלא אפילו העדים נקטו בלשונם מחלו זל"ז יש לנו לומר דהסופרים שנטלו מהם הקנין בודאי חזקתם עשו כהוגן אופן המועיל אלבא דכ"ע ומי

הביאנו להסתפק במקום שלא נראה לפנינו לשון גרוע או מסופק דאמת הוא הואל והעידו העדים שנתפשרו ועשו הדבר העמד דבר על חזקתו דהב"ד והסופרים בקיאי בקנין וחזקתם עשו אופן המומה"ד בלי שום ערעור:

ואין נדו"ד דומה למ"ש הסמ"ע בס' ע"ב סקט"ו משם מהרא"י זלה"ה דשטר שהיה כתוב בו וכל הא קבל עליו בקנין ולא היה כתוב בו במנא דכשר למקנה ביה ופסק דיש לנו לחוש שקנה בדבר אחר ויד בעל השטר על"ה יעו"ש דשאני התם הרי טעמו בצדו כמו שהביא דבריו הרב כנה"ג הגב"י אות כ"ג דטעמו הואל ורגילות לכתוב במדל"ב וזה שינה וכתב בקנין סתם יעו"ש וא"ך דוקא התם הואל ויש שנוי בכתיבה מהנהוג הוא דאמרו כל המשנה ידו על התחתונה אבל נדו"ד כבר מלתינו אמורה דמי הביאנו לבית הספק לומר דילמא אותם סופרים או ב"ד שעשו להם הקנין דילמא טעו וכתבו הקנין בלשון מחילה ועיין במפרשי הש"ע בש"ך סמ"ב סקי"א והטו"ז ובפת"ש ותראה מ"ש אפילו על ההיא דמהרא"י ומשם תלמד דנדו"ד בודאי אין לנו להסתפק יעו"ש וראיה גמורה לדברינו עיין בפסק הש"ע סמ"ב ס"ד שכתב דצריך ליזהר שלא יכתוב בסוף שטה משלש ועד עשר וכו' שמא יעשה מעשר עשרים וכו' וכתב שם הסמ"ע סק"ו משם הנמק"י דאי אשכחן תלתין וחמשין בסוף שטה כשר ולא חיישינן שמא תלת וחמש היה דחזקה על העדים שעשו שליחותן יעו"ש וכ"ך עוד הסמ"ע סק"ט על ההיא דגמטריאו"ת משם הלביש דגם הוא כתב אם נמצא י"ב י"ג כשר דחזקה על העדים שעשו כהוגן יעו"ש וא"ך משם באירה דבמקום דליכא לפנינו במה להסתפק בלשון השטר אין לנו להסתפק דילמא העדים עשו שלא כהוגן אלא אדרבא חזקתן שעשו כהוגן:

ועדיפא מכל זה הוא עיין להרב החביב בס' מ"ב הגב"י סקל"ו שכתב ז"ל ספיקא במילתא דתליא בפלוגתא דרבוותה לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה הרדב"ז ז"ל עכ"ל הרי לך אפילו אלו הוה לפנינו שטר ויש בו לשון הראוי להסתפק בו עכ"ז הואל ודבר זה תלוי במחלוקת הפוסקים אין לנו להגריע כח השטר מכ"ש לעת עתה שאין לפנינו שום שטר להספתק בו פשוט דאין לנו להכניס עצמנו בשום ספק ודע לך דמן הראוי לא היה צריך לנו להביא ראיות לזה והוה די לן להביא ממה שכתבנו לעיל דמהר"ש אבן צור ז"ל משם הרב יעבי"ץ זלה"ה דמפרש ההיא דהרשב"א דכתב דמחילה בקנין מהני היינו משום דשם היה כתוב שסלק זכותו ושעבודו מעל הקרקע ומחל וכו' דפירש בו הרב יעבי"ץ דמפרשינן באותו שטר דמה שכתבו מחילה הוא על דין ודברים וסלוק השעבוד וכו' אבל על ף הקרקע אמרינן ודאי עשו קנין מגוף הקרקע יעויין לעיל שכתב מהר"ש אבן צור זלה"ה שכן פירש הרב יעבי"ץ דברי הרשב"א וכן מצא להרב"ח יעוין לעיל וא"ך

מזה הוה די והותר להביא ראיה לדברינו במכ"ש שהרי התם היה מקום להסתפק הואל ונמצא כתוב בשטר שעשה לו מחילה בקנין עכ"ז אמרינן דהמחילה שאמרו היא קאי על סלוק השעבוד וכו' אבל גוף הקנייה מסתמא עשי העדים כהוגן וקנו קנין המועיל א"כ מכ"ש נדו"ד דלא נמצא כתוב במה להסתפק מאן ספין ומאן רקיע להכניס דבר זה בספק אלא הוצרכנו להביא ראיות אחרות לרווחה דמילתא. קנצי למלין דע"פ קב"ע שביד יורשי שמעון רשאין היורשים הנז' לסגור הדלת והפתח ואין אומר ואין דברים:

ומעתה אמרתי אשיבה שופטי דבר רבני העיר דאר לבידא יע"ה שכתבו וחתמו מעיקרא קודם שנגלה לפניהם הקב"ע זו כתבו ביד יורשי ראובן לחזור לפתוח הפתח דבאמת אמינא אחר המחילה דהנה ראינו שבנו עקר פסקיהם הואל ולא פרץ ראובן הפצמין יכול הוא לחזור ולפותחו ומייתי ראייתם מדין החלון שפסק מור"ם קנ"ד סי"ב יעו"ש ואנא אמינא לא ידעתי למה לא מייתי ראיה לדבריהם מדברי מר"ן בש"ע בס' קס"ב שכן פסק בדין פתח הפתוח למבוי שאינו מפולש שכל זמן שלא הרס הפצמין יכול לחזור ולפותחו יעו"ש ומה להם להביא מדברי מור"ם ולא ממרן עצמו אך באמת אחר המחילה נדו"ד שהיה הפתח פתוח לחצר השותפין לא דמי לא לדין חלון ולא לדין מבוי שהרי בדין פתח פתוח לחצר השותפין מצינו להש"ע קמ"ב ס"ג שכתב ז"ל בית שיש לו פתחים הרבה מכל רוחותיו יש לו ארבע אמות לכל רוח ואם יחד לו פתח אין לו אלא ארבע אמות כנגד פתחו ע"ך ומצינו שם להסמ"ע סק"ח שכתב ז"ל ואם ייחד לו פתח הטעם דהנשארין נחשבין כסתומין ולא יפתחו לעולם כיון שיש לו פתח פתוח ואינו דומה למ"ש המחבר בסמו' ס"ו בבית סתום דיש לו ארבע אמות ודין זה ודבסמוך שניהם מדברי הרמב"ם דשם כיון דאין לו פתח כלל אמרינן סופו להפתח אם לא פרץ פצמיו עכ"ל הרי לך בפשיטות דבדין פתח הבית הפתוח לחצר הואל וייחד לו פתח אחד אזי בטלו ובטל שעבודו אפילו נשאר הפתח כמות שהוא צורתו ופצמיו:

וכן בא הדבר בהרב המגיד דהטעם הוא דהואל וייחד אחד מהם להכניס ולהוציא נסתלק זכות האחרים יעו"ש וכן כתב ג"ך הכסף משנה כדברי הסמ"ע הנז"ל וכן בא הדבר בהרב"י ג"ך שאחר שהביא דין זה של בית שיש לו פתחים הרבה ומ"ש הרב המגיד על דברי הרמב"ם הוסיף וכתב ז"ל וא"ת הרי כתב בסמוך בית סתום יש לו ארבע אמות ואיתא בפ"ק דב"ק ומי עדיף יחד לו מבית סתום ונ"ל דהתם בבית שאין לו אלא פתח אחד וכו' והן הם דברי הסמ"ע הנז' וכן בא הדבר בדברי כנה"ג קס"ב סקי"ג שמחלק בין דין היה לו פתחים הרבה ויחד לו פתח אחד לדין בית הסתום וכתב ז"ל דבייחד לו פתח הודע שהפתחים האחרים כלא היו וכסתומים דמו אבל בית סתום שאין לו

פתח אחד כי אם זה הסתום ולא פרץ פצמיו כל דלא עשה מעשה שמתוכו נראה שסלק שעבודו אמרינן סופו להפתח כל שלא פרץ פצמיו עכל"ה הרי לך בדין בית הפתוח שני פתחים כנדו"ד אפילו לא סתמו אלא ייחד לו פתח אחד מהם איתו יחוד מהני לבטל כחו וזכותו מהאחר וא"ך בנדו"ד הואל וסתם וסדר עליו אבנים על גבי הפתח וייחד לו הפתח האחר זה שלשים שנה היאך קמו הרבנים הפוסקים ונתנו לו רשות לפותחו כבר באי בדברי הסמ"ע הנז"ל דסגור לעולם יהיה לא יפתח פשוט דהרבנים הפוסקים לא שלטו עיניהם הפקוחות בדברי הש"ע קמ"ב מדלא העלו דברי הש"ע הנז' על ד"ל שפתם ופשוט אלו היו שמו עיניהם על דברי מר"ן אלו הוו הדרי בהו לעת עתה בודאי יבואו במודים דרבנן היינו. שבחייהו והדר דינא. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן ארבעה אדר פה סאלי יפ"ה התרס"ג לפ"ק:

רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכה

לעי"ת מונאדור יע"ה ראה ראינו מאי דפלגן רבנן בהדייהו בלישנא דשטרא דאתא לקמייהו וכל אחד לדרכו דרך הקדש פנה ואנן בדידן הואל וראינו הדבר נחץ עלי דרך אמרנו עת לקצר אמרו ולא באנו אלא על מה שנוגע לדינא דוקא אם יראה וצוי"ם:

הנה בעקר הדין בשותפים בשני בתים אחת גדולה ואחת קטנה הנה ראינו להרב הפוסק הרמ"ך נר"ו דפסיק ותני כדעת הרשב"ש שהביא דבריו הרב מש"ה ולפי חלוקו של הרב"ד שמחלק בין דינו של הרשב"ש לדינו של הרשב"א שפסק מור"ם בס' קע"א ס"ח ומייתי ג"ך סייעתא מדברי הרב זי"ע סי"ז וכו' פשוט דלא שלטו עיניו הפקוחות בתשובת הרה"ג מוהרמ"פ המובאה בס' ישל יעו"ש בס' ס"א ששם שם לו אסף איש טהור כל להקת הפוסקים קמאי ובתראי וחלק שם על הרב הפוסק שם כנגדו ומנ"ר עמד ותלה הדבר בספיקא דדינא ולא להוציא ממון מיד המוחזק:

ומזה נבוא למאי דאתן עלה הוא דבנדו"ד שעמדו וחלקו לדור זה שבע שנים וזה שבע שנים:

אלו היה יצוא יצא לפנינו השטר כתוב בו בזה"ל דוקא, לקסמא דדאר כיף כאנת תבקא וסבע שנין די עלאם קבדו תבדא מדי סכן נסים פדאר הנז' אלו לא היה בא כתוב לפנינו אלא לשון זה בלבד ותו לא מדי ודאי דהיינו דנים שאחר השבע שנים יתנהגו בקרקע הנז' ע"פ הדין שיפילו גורלות או יעשו מה שירצו מתרי טעמא חדא הואל ואמרנו שהדבר במחלוקה שנוי כמ"ש מהרמ"פ זלה"ה א"ך מי שדר בקטנה אינו יכול לחברו לומר לו

אדור גם שבע שנים בגדולה כי יכול זה הדר כבר לומר קי"ל כדעת הרשב"א וכו' וכמ"ש מוהרמ"פ הנז' גם יש לומר דאפילו לדעת הרשב"ש עצמו לא אמר שמי שדר בקטנה יכול לכוף למי שדר בגדולה להוציאו לדור הוא בה אלא אם היה הדבר בסתם דהיינו זה היה דר בגדולה וזה בקטנה על זה יכול לומר שדעתי היא שלעת עתה אני דר בקטנה ואח"ך אחזור חלילה אבל בנדו"ד שעמדו וחלקו וכתבו בשטר שכל אחד ידור במקומו שבע שנים ולא הוסיפו לכתוב אחר השבע יחזרו הלילה כדרך שכותבים כל השותפין החולקים באופן זה בודאי היינו דנים אלו היה בא שטר כזה לפנינו שהדין הוא שאחר השבע שנים יעשו החלוקה ע"פ הדין והגם שבשבע שעברו זה דר בגדולה וזה בקטנה לא אכפת אפשר נתרצו על כך מאיזה טעם שיהיה הואל ונתרצו והחליפו מאיזה טעם שיהיה אפשר מחלו זל"ז דומייא דחליפין אפילו מחט בשריון: וא"ך הואל ואלו היה בא לפנינו שטר כתוב כמו שאמרנו דוקא ולא היו בו תבות אלו הנוספים דהיינו ולאחר שבע דהרלהום יבקא כל וואחד פמודעו וא"ל יבדלו למוואדע וכו' היינו דנים בו שאחר השבע שנים יתנהגו ע"פ חלוקת הדין וא"צ לחזור חלילה שבעל הקטנה ידור בגדולה א"ך לנו יש לב לדעת היאך נעמוד ונאמר דמה שבא כתוב בשטר זה וא"ל יבדלו למוואדע וכו' דפירושו הוא יבדלו ע"פ הגורל כפי הדין אתמיהא אם פירושו כך לא היינו צריכים להוספה זו הרי אפילו לא נכתבו הני תיבות הדין כך הוא ומה טיבה של הוספה זו:

גם יש לדקדק היאך יוצדק מה שבא כתוב זה הלשון וא"ל יבדלו למוואדע וכו' שיהיה פירושו יבדלו היינו לעשות חלוקה בגורל וכו' הרי פסק הש"ע בחומ"ש מכריז ואומר מדקדקין לשון השטר ודנין עליו ע"ש בס' ס"א סט"ו הרי ידוע לשון יבדלו היינו חליפין זה יקח של זה וזה יקח של זה והיאך נקום לומר דפירוש יבדלו היינו ע"פ הגורל א"ך היכן היא האלבדאלה הרי ע"פ הגורל יכול להיות שישאר כל אחד במקומו ואין כאן בדאל"ה: על כן נראה לקיצ"ד הואל וכבר מלתינו אמורה דאם היה בא השטר כתוב בו שחלקו שבע שנים דוקא ולא היה כתוב מנור שבע שנין וכו' היינו דנים בו שהדין הוא שאחר הז' שנים יעשו חלוקה מחדש בודאי לעת עתה שבא כתוב בתוספת מרובה על העקר בזה"ל דהרלהום וכו' וא"ל יבדלו למוואדע וכו' בודאי האי לישנא יתירא לטפויי אתא לומר לך דאל תטעה לומר דאחר השבע שנים יהיה חלוקה חלוקה חדשה ע"פ הדין אלא כך הוא דהיינו דהרלהום יבקאוו וא"ל דהיינו אידא מה דהרלהומסי יבדלו למוואדע דהייני כדינו של הרשב"ש דהיינו יבדלו מי שדר בקטנה שבע ידור בגדולה שבע ובודאי דלישנא יתירא זו לזה נתכוונו וכמו שבא הדבר מפורש בגמרא בההיא דהמוכר בור ודות ופסקו מר"ן בס' רי"ד ס"ב דמדהוצרך לכתוב ששייר לעצמו בור ודות לטפויי אתא

דאפילו הדרך הניח לו יעו"ש בסמ"ע סקי"ב וכן ראינו להרב רבינו יעבי"ץ זלה"ה שכתב בדין ראובן שהעניק לבתו בנדונייא בית אחת והתנה הבעל שלא ימשכנה ולא ישעבדה דזה התנאי לא היה צריך לכותבו ומדכותבו לטפויי אתא שאפילו לאחר מיתה לא יוכלו הבע"ח ליטלו וכו' יעו"ש:

הן אמת דראה ראינו לסברת הרשב"א הביאה הרב"י בס' ס"א ז"ל כתב הרשב"א שנשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל מילתא דלא צריך לטפויי אתא והשיב בזה אין כח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו ובמקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו עכל"ה יעו"ש וא"ך קשה על רבינו יעבי"ץ שנשתמש בכלל זה בנדון דידיה אלא אחר החיפוש ראינו להרב בנ"י חי"י בס' ס"א בהגב"י שכתב דדעת הרשב"א היא לא על מאי דאמיר בגמרא דוקא קאמר אלא הכוונה באופן האמור בגמרא דהיינו כעין בור ודות דמן הדין לא היה צריך לכותבו בזה וכעין זה דהרשב"א עצמו אמור אמר דדרשינן מילתא יתירתא ולא כתב הרשב"א דלא להשתמש בכלל זה אלא באופן שהיו צריכים לכתוב התנאי ואחר שכתבוהו חזרו וכפלוהו בזה הוא דאמר הרשב"א דלא אמרינן לטפויי אתא יעו"ש בס' בנ"י חי"י כי לא באנו אלא ברישׁ אמר וא"ך דין הוא בנדו"ד אפילו ננִיח לפי פירושם דמה שבא כתוב וא"ל יבדלו למוואדע פירושו הוא יחלקו בגורל חדש א"ך הוא לשון זה מילתא יתירתא והואל והוא לישנא יתירא בודאי לטפויי אתא שהאלבדאלה היא כדעת הרשב"ש זהו אפילו לפי פירושם בזה מכ"ש מה שנראה לקוצ"ד הוא דהוי מילות אלו פירושם הוא כך שכתבו ממקרא שחלקו על שבע שנים ואחר כך פירשו לאחר השבע מה יהיה על זה הוסיפו וכתבו שלאחר הז' הוא לרצון שניהם או יבקא כל וואחד פמודעו וא"ל דהיינו אם לא נתרצו אזי יבדלו מוואדעהום בהכריח והגם שלא פירשו על כמה ימים יבדלו סתמו כפירושו הואל ומצינו שדין זה ערוך להרשב"ש וסיעת מרחמוהי שידור זה כמו זה ודאי לזה נתכוונו וקאי על מאי דהתחילו דהיינו על החלוקה שחלקו כבר על זה קאי:

וא"ל יבדלו היינו הואל והאחר כבר דר גם זה ידור שבע זהו מה שנטתה דעתי הקצרה וכמו שהסביר הדבר הרמ"ך נר"ו:

שוב ראיתי להרב כנה"ג סמ"ב הגה"ט ס"ל שכתב ז"ל כשהלשון מסופק ואיכא אומדנא לאחד מן הצדדין אזלינן בתר אומדנא אפע"פ שסתם הלשון הפך האומדנא וכו' מהראנ"ח ז"ל עכ"ל וא"ך ממנו נבוא לנדו"ד הואל ויש אומדנא גדולה שאין שום שותף מניח לחבירו לדור בגדולה ואיהו ידור בקטנה אלא חוזרים חלילה ומכח אומדנא זו הוא דפסק הרשב"ש במי שדר אחד בגדולה ואחד בקטנה הגם שכבר עבר ודר ולא דבר עמו מקודם

מחויב הוא לפנות דירתו לדור חבירו בגדולה נגד מה שדר הוא דודאי דעתו הכי היתה לחזור חלילה דסתמו כפירושו שאין מדרך האדם לתת נוה היפה ולברר לעצמו נוה הרע ובודאי לא שתק אלא אדעתא לדור גם הוא משום הכי חייבו הרשב"ש וא"ך הואל ואומדנא דמוכח הוא הדרן לדינא דמהראנ"ח זלה"ה שהביא לנו הרב החביב הנז' וא"ך לא מלבד הטעמים שכתבנו הרי דברי הר"א זלה"ה לפניך דכל לשון המסופק בפירושו נקטינן כפירוש הקרוב לאומדנא וחייב הר' מסעוד לתת לשותפו לדור גם הוא שבע שנין נגד מה שדר איהו. זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכו

לעי"ת רבאט יע"ה:

על אודות ראובן שהיתה לו עלייה אחת וסמוך לעלייה היתה לו סוכה בנוייה סמוך לעלייתו הנז' ומתוך הסוכה היה פתח פתוח בגג הסוכה הנז' שממנו היה עושה סולם בתוך הסוכה והיה עולה מאותו פתח שבגג הסוכה ומשם הולך להשתמש בגג העלייה לשטוח בגדים בעת הצורך או לסוד בסוד גגו וכדומה ומכללם גם בני החצר הי' דרכם לעלות משם לגגותיהם והן היום רצה ראובן לסתור הסוכה ולעשותה עלייה דבענין לא יהיה נשאר מקום לעלות ממנו לגג ועל זה באו השכנים בעלי החצר לעכב עליו שלא לסתור כדי שישאר להם המקום לעלות לגג להשתמש יען כי זה זמן רב החזיקו בזה על כן באו עליו בטענה זו שיניח המקום כמות שהוא יומ"ץ:

תשובה הנה ראיתי להידיד שפסק שהדין עם לוי שיכול לסתור ולסתום הדלת בפניהם הד"א כמ"ש הידיד ומן הראוי לבוא על החתום בקצר אמיץ אך כדי להשתעשע בדברות קודשו מוכרח לבוא בשנים ושלשה גרגרים:

הנה בראש אמיר ראיתי להידיד שסמך פסקו על פסק מור"ם בס' ק"ם סי"א וכסברת רשב"ם דפסק כי"א קמא ומדברות קודשו ברור דפסק מור"ם זה הוא הלכה ומורין כן ולא מצא מקום להסתפק אלא אי תפסינן בי"א בתרא או בי"א קמא ולא נרגש להעלות בדברות קודשו לפרש דעת מר"ן מה היא והוא באמת שיש כאן מקום להסתפק בדעת מר"ן דנראה לכאורה דלדעת מר"ן מהנייא חזקה לשכנים יען כי עקר דין זה דפסק מור"ם הוא בנוי ע"פ פירוש רשב"ם דפירש על מאי דאיתא בפרק חזקת על ההוא דאמר ליה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מנך זבינתה ואכלתי שני חזקה א"ל אנא בשכוני גואי הואי ופירשו רשב"ם דהיינו הייתי בבית הפנימי והייתי עובר דרך בית החיצון וכו'

לא כן הרי"פ והרמב"ם לא פירשו כן אלא פירשו בבתי גואי היינו בארץ מרחקים וכו' יעו"ש ומצינו להסמ"ע שם בס' קנ"ג סקי"ח שכתב דמר"ן המחבר השמיט דין זה משום דרשב"ם והרא"ש למדוהו מעובדא דפרק חזקת והרי"פ והרמב"ם פרשוה בענין אחר וכמ"ש הטו"ר והמחבר בס' קמ"ו בסי"א יעו"ש וא"ך יש מקום כאן להסתפק דהואל ומר"ן השמיט פירש רשב"ם מהעלותו על שלחנו שולחן הגבוה ולא מלבד זה שהשמיט פירש רשב"ם אלא שם בס' קמ"ו פסק להלכה לפירוש הרי"פ והרמב"ם א"ך יש מקים לומר דמר"ן לא ס"ל לדעת רשב"ם כלל:

והגם דמצינו לומר דהגם דמצינו למר"ן ששם פסק בס' קמ"ו לפירוש הרמב"ם אפשר יסבור ג"כ כפירוש' רשב"ם והראיה לזה דהא הסמ"ע שם בס' קי"ח כתב ז"ל והטור ומור"ם כתבו שני הדינים ע"פ שני הפירושים כאן אחד ובס' קמ"ו השני ע"ך א"ך מזה נראה דשני הפירושים קיימי לדינא וכ"ך ג"ך בפרישה סקמ"ו דלדעת הטור שני הפירושים עולים לדינא יעו"ש וא"ך הגם דמצינו למרן בס' קמ"ו פסק לפירוש הרמב"ם יעו"ש שכן סתם בסי"א כסברא קמא יעו"ש אין ממנו סתירה לומר דלא ס"ל כפירוש רשב"ם ואיכא למימר דגם הוא יסבור לשני הפרושים והגם דלא גילה מרן דעתו כאן הרי קיי"ל כל היכא דלא גילה מר"ן דעתו ומור"ם גילה. דעתו קי"ל כדברי מהר"ם אלא דזה עומד לנגד עיני יען כי לא נאמר כלל זה אלא דוקא היכא דמר"ן לא גילה דעתיה כלל כלומר אלו מר"ן לא כתב לא כאן ולא בסימן קמ"ו לא דעת רשב"ם ולא דעת הרמב"ם ומצינו למור"ם שפסקם אזי היינו אומרים הגם שמר"ן לא גילה דעתו הואיל ומור"ם גילה אזלינן בתריה אבל בנדו"ד שפירוש בתי גואי הוא חלוק בפירושים ומר"ן נקט בהלכותיו כפירוש הרמב"ם ולא העלה על שפתיו פירוש רשב"ם להלכה מה זו שתיקה ובודאי דלא קיי"ל כוותיה כי מילתא כדינא שהפסקים תלוים במחלוקת הפירושים חדוש הוא להשמיענו דהלכה כשני הפירושים הגם שנראים סתראים זל"ז וא"ך חדוש כזה צריך להשמיענו ומה זו שתיקה:

ומה גם כי הגם שמצינו דרבינו הטור פסק כפירוש רשב"ם והרי"ף והרמב"ם שתיהם עולים לדינא וכמ"ש בפרישה ובסמ"ע הרי מצינו להרב"י בס' ק"ם סי"ו אחר שהביא שם פירוש רשב"ם ופירוש הרי"ף והרמב"ם סיים וכתב ז"ל וכתב נמוק"י שר"ח פירש כפירוש הרי"ף ואפע"ג דלענין פירוש סוגיין מחוור טפי כרשב"ם לענין דינא נראה שיש לחוש להני אשל"י רברב"י וכתב נמק"י שהאחרונים לא הסכימו לפירוש רשב"ם דכיון שהיה דר בפני עצמו מהנייא ליה חזקה אלא ביש לפנימי דרך עליו אבל הרא"ש הקשה על פירוש הרי"ף והסכים לפירוש רשב"ם וכתב שנ"ל שאם אמר מערער למחזיק אותו

היום שאתה קנית ממני לא הייתי בעיר אינה טענה אפילו הלך דרך מרחוק שמא כבר מכר על ידי שליח ע"ך וא"ך הרי מדברי הרב"י מבורר דהני סברות פלגן בהדייהו ומביא דהנמק"י כתב שהאחרונים לא הסכימו לפירוש רשב"ם והרא"ש אדרבא הסכים לפירוש רשב"ם יעו"ש וא"ך מילתא כדנא היאך יוצדק לומר דאפשר מר"ן אחז גם הוא החבל משני ראשין והגם ששם בס' קמ"ו סתם כדעת הרמב"ם אפשר גם כדעת רשב"ם מילתא כזאת צריכה רבה להשמיענו חדוש כזה דתרי הסברות עולים לדינא ומה זו שתיקה:

שוב ראיתי להר"ב מש"ה אות ח' ס"ב ששם נשאל בענין מעבר אחד כעין מבוי שאינו מפולש ומקורה ובדרך מעבר הלזה לימין הנכנס מדריגות בנויות לעלות משם לעלייה של ראובן ובצד המדריגות הלזו קרן זוית בין שני כותלי העלייה ובצד כותל אחד מהם פתח פתוח לשני החצרות זו לפנים מזו של לוי ובאותו קרן זוית משליכין שם הזבל של כל בעלי העליות ההם מימות עולם משנים קדמוניות והן היום עמדו באו הבאים מכח העלייה והחצר אשר בצדה לערער על הבאים מכח בעלי החצירות באמור אליהם מאין תבוא להשליך הזבל באשפה שלי ולהגרים לי הזק ובעלי החצירות אומרים מקום הניחו לנו אבותינו להשליך שם זבל חצירותינו דבר מי יקום והרב הנז' הביא בתשובתו דברי רשב"ם ודברי הרי"ף והרמב"ם ואחר שהביא דבריהם כנז' כתב ז"ל אמור מעתה לדידן דגרירי אחר מר"ן בש"ע ומר"ן עצמו מצינו לו דהשמיט ולא העלה על שולחנו פירוש רשב"ם ש"מ דס"ל להלכה כדעת הרמב"ן והרשב"א והנמק"י דלא ס"ל כרשב"ם ודעמיה ואפע"פ שמור"ם סק"מ סי"ג העתיק דברי הטור אנן בדידן בתר מר"ן גרירי ולא כמור"ם היכא דפליג אסברת מר"ן עכל"ה וא"ך ע"פ הדברים האלה נראה דנפל פיתא בבירא ודברי מור"ם לאו הלכתא נינהו:

אלא דראיתי להרב הנז' אחר דבריו אלה יצא לחלק ולומר דלא נחלקו רשב"ם והרמב"ם אלא באותו דין דשכוני גוואי משום דעביד אינש דמזבין בתי בראי ומשייר דרך לעצמו להכניס לבתי גוואי אבל בנדו"ד שקרקע מקום האשפה הוא ידוע לבעל העלייה וזה בא להחזיק מחמת שהיה משליך עמו הזבלים נראה דלא עלתה לו חזקה אימור עד השתא לא הוו קפדי וכל אימת דבעי למיקפד מצי קפיד וכו', ואחר שחלק חלוק זה עוד סיים וכתב ז"ל ואחרי כותבי ראיתי להרב"ח בתשובה שנשאל במי שהיה משתמש בחצר חבירו וכו' והשיב דלא עלתה לו חזקה מהך דשכוני גוואי וכו' והדר קשה ליה מהך דאין להם חזקה וכו' ותרץ כדכתיבנא ועוד תרץ במ"ש בס' ב"ח וזו הלכה העלה דאין לנו לומר אלא שמאהבת השכנים זל"ז אינם מקפידים וכו' ובצפייתינו צפינו להרב נחפ"ה בכס"ף שאסף איש טהור כל דעות רבני האחרונים וכתב שם שמהר"י זאב"י זלה"ה

עשה כן מעשה ע"ש וא"כ כיון דלרובא דבתראי איכא מ"ד דלא פליגי הרי"פ ורשב"ם לענין דינא ומודה הרי"פ לסברת רשב"ם ולמ"ד פליגי רובא דמינכר דאיתיה קמן ס"ל דבמשתמשים בהשואה אחת לא מהנייא חזקה ואיכא מ"ד דבפלוגתא דרבוותא אוקמה ארעא בחזקת מרה קמא מכל הני מילי שמעינן דלא עלתה חזקה עכ"ל הרי לפניך דהרב הנז' הגם דמעקרא עלה בדעתו לומר דמר"ן לא ס"ל לדעת רשב"ם אח"כ הדר ביה מכ"ש לפי חלוקו הראשון שמחלק בין שכונת גוואי למקום שמשתמשים בו בהשואה כנדו"ד זה לא נכנס במחלוקת כל עקר: שוב אחרי זאת עדיפא מזה ראיתי להרב אחרון חבי"ב שהכריח בפשיטות דמר"ן הוא הסוברים כסברת רשב"ם יען כי מצאתי ראיתי למהר"ם אלשי"ך זלה"ה דפסק כסברת רשב"ם דפסק מור"ם כאן כי"א קמא וז"ל ועוד שעד כאן לא אמרו שהמשתמש בחצר חבירו יכול לומר אתה מכרתו לי או נתתו לי אלא היכא שיש מקום מיוחד בחצר חבירו שאין חבירו משתמש בו אלא זה משום הכי יכול לומר אתה מכרתו לי וכדדיק הרמב"ם דכתב מקום מסויים דמשמע דוקא במקום מסויים אבל פעם כאן ופעם כאן אין כאן חזקה כיון דבכל החצר היה משתמש בעה"ב עמו וכו'. אלה היו דברי מהר"ם אלשי"ך זלה"ה ומצינו לרב אחרון חביב הרה"ג מוהרמ"פ זלה"ה בספרו שמ"ו מש"ה ס"ה שכתב על דברי מהר"ם אלשי"ך אלו ז"ל לפי דבריו כיון שמר"ן ז"ל ג"כ כתב בס' קמ"ו סט"ו ז"ל היה מעמיד בהמה בחצר חבירו במקום מסויים וכו' וטען הרי זו חזקה ע"כ הרי בהדייא שהעתיק לשון הרמב"ם ומה שפירש מהר"ם אלשי"ך ז"ל בדברי הרמב"ם כך נפרש בדברי מר"ן וזכה שמעון עכ"ל הרי מדברי מהרמ"פ זלה"ה פסיק ותני דדעת מר"ן היא דאם היה בעל החצר משתמש עם המחזיק לא עלתה לו חזקה והגם דכאן בס' קנ"ג לא גילה מר"ן דעתו לפסוק לפירוש רשב"ם הרי שנה ופירש דין זה בס"ח קמ"ו בדברי הרמב"ם שמשם הלכה יוצאה הכי ומה לו למיכפל הדין בכל מקום וא"כ פשוט הואל ורב אחרון חביב הכריע כן אליו שומעין ולא עלתה חזקה לשכנים אלו:

ולקוצד"ן דבנדו"ד שהקרקע ידוע שהוא של בעל העלייה אלא שהשכנים החזיקו להשתמש וגם זה נכנס במחלוקת הנז' כמפורש מדברי הפוסקים הנז' במקומם דמחלוקתם היא בין על חזקת קרקע או חזקת תשמיש נראה לע"ד דלא נכנס במחלוקת חזקת תשמיש אלא במקום שבא בעל הקרקע לדחות למחזיק בתשמיש בלי סבה ובלי טעם בזה הוא שנכנס הדבר במחלוקת אבל כגון נדו"ד שרצה בעל הסוכה לסתור אותה כדי להכניסה בעלייתו כו"ע יודו דיכול בעל העלייה לסותרה ולמונעם מלהשתמש דדמי זה למ"ש מר"ן בס' קנ"ג ס"ו במי שהוציא צנור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים וכו' שאם רצה אח"ך בעל הצנור לסותמו בעל החצר מעכב עליו שכשם שהחזיק בעל הגג

לשפוך מימיו לחצר חבירו כך החזיק בעל החצר שיהיו מימי גגו של חבירו באים אצלו לרשותו ע"ך ומצינו להסמ"ע שם סקט"ו שכתב ז"ל כך החזיק בעל החצר היינו בעוד הגג קיים אבל אם רצה לשנות מגג עלייה אין בעל החצר יכול לעכב עליו כ"ך נמק"י בשם הרא"ה והר"ן ולאפוקי הריטב"א דחולק ע"ך וכבר כתבנו משם הרב"י שכתב בס' ק"ס דהנמק"י הוא מכת החולקים על פרשב"ם וס"ל לדינא כדעת החולקים יעו"ש ועכ"ז ס"ל בנדון הצנור דאם בעל הגג רצה לסתור גגו לעשות בו עלייה בוטלה החזקה של בעל החצר שהחזיק במימי גגו של בעל הגג ומפשיטות דברי הסמ"ע שהביא דברי הש"ע שכתב בזה"ל כך החזיק בעל החצר וסיים וכתב עליהם היינו בעוד הגג קיים אבל רצה לשנות מגג עלייה וכו' ודלא כהריטב"א וכו' פשיטות לשון זה מורה דעל דברי מר"ן קאי דהכי ס"ל גם הש"ך נראה דלא חלק על הסמ"ע בזה וכן הרב נתיבו"ת המשפ"ט הביא דברי הסמ"ע אלו יעו"ש דנראה דכולם שוים לטובה דדברי הנמק"י יוצדק על דברי מר"ן שאם בא לסתור יסתור וא"ך גם נדו"ד שבא לסתור סוכתו לעשותה עלייה יכול לבטל חזקת השכנים שהחזיקו לעלות מן הסוכה לגגותיהם:

הן אמת דלכאורה היה מקום להקשות על פסק זה דאמרינן דאם באו לבנות על גגו עלייה יכול לסתור הצנור מהא דפסק מר"ן סקנ"ג ס"כ שכתב ראובן שהחזיק בנעיצת קורות הידוע לחבירי ונפל אותו כותל וחזר הבעל ובנאו אין לו לנעוץ על אותו כותל החדש וכיון שכן אם היה רעוע ובא ראובן לשפצו ולתקנו חבירו יכול לעכב עליו ע"כ מפסק זה מוכח דדוקא בנפל אבל אם בא להפילו בידים אינו יכול הואל וחבירו החזיק בנעיצת קורות עליו וא"כ נראה דמר"ן לא ס"ל להאי פסקא דהנחק"י דפסק בעל הגג יכול לסותרו ולבנות עליו עלייה קושייא זו כבר נתעורר בה הרב מש"ה מערכת ח' ס"ג ותרץ ז"ל נראה פשוט דשנייא חזקת נעיצת קורות לאלתר הוא מזיקו וקא עקר לקורותיו בהא ודאי כיון שהחזיק באותו כותל ונשתעבד לו לאו כל כמניה לבטל חזקתו ולהזיקו לאלתר אבל הכא דשעבוד גג חבירו לזכות במי גשמים של גגו ולא קא עביד הזיק לאלתר ולא קא מחסיריה מדי אלא דמימנע ליה מליהנות יכול לסתור גגו עכ"ל ונדו"ד נמי לפי תרוץ זה ג"כ עולה להלכה כההיא דצנור דגם כאן בסתירת הסוכה אין לחבירו אלא מניעת הריוח דוקא ואין עושה לו שום הזיק מכלל זה אתה שומע שהרב אחרון הנז' שהוקשה לו פסק זה דצנור דפסק הנמק"י והרא"ה שיכול לסתור הגג עם פסק הרשב"א דפסק הש"ע בדין נעיצת קורות הנז' ומאי פריך הרי לאו ממקור אחד חוצבו הני פסקי דינין וגברא אגברא קא רמי אלא כוונתו הוא להקשות על דברי הש"ע שכתב בזה"ל רצה אח"כ לסתום הצנור בעל החצר מעכב עליו וכו' מלשון זה נראה דוקא בבא לסתור בלי טעם אבל בבא לסתור

הגג הוי דינו כמו שפסק הנמק"י והרא"ש דיכול לסתור לעשות עלייה וא"כ היאך יוצדק עם נעיצת קורות דאין יכול לסתור בעל הכותל את כותלו דפסק הש"ע ועל זה הוצרך לתרץ מזה אתה למד דהרב הנז' גם הוא ס"ל דמר"ן פסיקא ליה הנמק"י והרמ"ה ודקדוקם הוא ודאי כמו שאמרן מדפסק דוקא לסתום דנראה דבלא סבה דוקא הוא דאמרו דאינו יכול לסתום אבל בבא לעשות עלייה יכול לסתור ומכח דקדוק זה ג"כ יצא לו בפשיטות דמר"ן פסק כהנמק"י: ולקוצ"ד נראה עוד לחלק בין ההיא דצנור לנעיצת קורות דשאני התם בנעיצת קורות המחזיק הוא שנעץ קורותיו על כותלו של חבירו ובו תלייא מילתא שזכה לדעתו במה שנעץ לזמן שירצה לכן אין בעל הכותל יכול לסוחרו כי מעקרא מחל לו ושעבד לו כותלו לרצונו לא כן בדין הצנור בעל הגג הוא שעשה דבר זה שהוציא מי גגו לחצר חבירי והחזק זה החזק זה אך כל זה לרצון בעל הגג דהיינו כל זמן שהגג בעולם הרי הוא משועבד להורדת המים לבעל החצר אבל אם ירצה לסתור גגו הרשות בידו יען כי מעקרא ודאי לא שעבד גג זה להורדת המים אלא כל זמן שישנו לגג זה בעולם אבל לכשירצה לבטל גג זה תלוי ברצונו ולא נשתעבד לבטל רצונו ולהניח גגו לעולם ולא שעבדו אלא כל זמן שירצה להניח הגג בעולם אבל כשירצה לסותרו הרשות בידו וע"פ חלוק זה ג"כ עולה לדינא כדו"ד כדין צנור ופשוט:

ומעתה אחר שהבאנו כל האמור לעיל הן מה שכתבנו דהרה"ג בעל מש"ה הביא מ"ש הרב בכס"פ משנ"ה דעבדינן הלכה למעשה כהרשב"ם וכך עלתה לו להרב מש"ה נוסף עוד דברי הרב אחרון שכתב ביתד בל תמוט לסמוך על דברי מהר"מ אלשי"ך דממנו מוכח דמר"ן הכי פסיקא ליה גם מהאריות שהביאנו לעיל מההיא דצנור א"כ אין אנו אחראין להשיב על דברי קצו"ת החוש"ן שכתב בסימן קמ"ו ס"ח לדחות דברי הרב"ח דפסק כרשב"ם כי גם הוא מהחולקים דלא קי"ל כוותיהו ומה גם שכבר דחה דבריו הרב נתיבו"ת המשפ"ט אחת לאחת:

וראיתי להרב הפוסק נר"ו אחר שהביא בדבריו דברי קצו"ת החוש"ן שדחה דברי הב"ח יצא לתמוה ולהשיב על דבריו תחלה וראש כתב ז"ל נראה שאין בדבריו כדי לדחות דברי הגאונים הנז' ע"כ בתמיהתו זו נתכוון לתמיהת הרב נתיבו"ת המשפ"ט שגם הוא אחר שהביא דברי הרב קצו"ת החוש"ן הנז' דפליג על סברת ב"ח הנז' על מוהר"ם אלשי"ך ז"ל ומהרח"ש ומהרשד"ם ומהרי"ט זלה"ה כתב הרב בעל משה"א על הרב קצות החושן דפליג לא ידעתי היאך מלאו לבו לחלוק על כל הנך גדולים יעו"ש:

ובעקר תמיהת הרב קצות החושן על הריב"ש ראיתי לידידי שרצה ליישב דבריו ותחלה וראש יצא להכריע מדעתו דכב"ח נקטינן יען כי דבריו מוכרחות וראיה לדבריו ממ"ש

הרמב"ם הביאו מר"ן סק"ס סט"ו ז"ל היה מעמיד בהמה במקום מסיים וכו' אלה היו דברי ידידי על זה אמינא יישר כחך שבזה נתכוונת להכרעת הרה"ג הרמ"פ זלה"ה שהכריע מזה שדעת מר"ן כרשב"ם מהכא ותמהני על הידיד שהיה בידו ראיה זו מעקרא והלך לחפש אי אזלינן בתר סברא קמא דמור"ם או סברת י"א בתרא והו"ל מעקרא להכריע דמר"ן הכי פסיקא ליה ואולי אחר זה נזדמנה לידו:

גם ראיתי לו שרצה ליישב מאי דתמה הרב קצו"ת החוש"ן על הרב"ח מנעץ קורות בכותל דהוי חזקה הגם שגם בעל הכותל משתמש בכותלו והידיד העלה מן הישוב על זה ז"ל דגם בכותל כיון שהחזיק בנעיצת קורות הו"ל דבר מסויים והוי כמו מעמיד בהמה במקום מסוים אלה היו דבריו בזה ע"כ. לתשובה זו שמחתי שאני ואחי הידיד נתכוונתי לזה יען כי זה זמן רב בחדושי על הש"ע בס' קנ"ג ס"כ בדין נעיצת קורות וכו' שם הבאתי דברי הרב ב"ד הביאו הרב משכנו"ת הרועי"ם שכתב במערכת ח' אות י"ג ז"ל ראובן יש לו גג עומד על העמודים ושמעון סומך גם הוא גגו על העמודים ולעת עתה רצה ראובן להסיר העמודים ולבטל גגו אין שמעון יכול לומר כבר נשתעבדו העמודים לתשמישי והחזקתי בהם כמה שנים דאין חזקה עומדת לתשמיש עם הבעלים ע"כ דברי הרב ב"ד ס"מ וסיים על זה הרב מש"ה וכתב ז"ל וצריך להתיישב בדין נעיצת קורות דס' קנ"ג עכ"ל וסליק בתימא ואני שם בחדושי על הש"ע חומ"ש בספרי הקטן אשר קריתי לי ספר פעמוני זהב שם ישבתי וכתבתי דלענד"ן יש לחלק דשאני כותל לא מקרי נשתמשו בבת אחת דבמקום שנעץ זה לא נעץ זה ודמו ההיא דנעיצת קורות להההיא דסק"ם סט"ו דפסק היה מעמיד בהמה במקום מסוים לא הוי חזקה וכו' ושם הטעם הואל ומקום זה שיחד לתשמישו לא היו משתמשים שם הבעלים דבודאי כך אירי הלאו הכי תקשה היאך החזיק הואל ובעל הבית היה ג"כ משתמש וכן פירשו מהר"ם גאלאנטי יעו"ש וא"כ דומייא דידיה נעיצת קורות מקום שנעץ זה לא נעץ זה ולכך החזיק אבל בההיא דעמודים דהרב ב"ד מקום שהניח זה גגו עליו דהיינו ראש העמוד ברזל הוא המקום שהניח זה עליו ושניהם נשתמשו בב"א ועל זה לא עלתה לו חזקתו. זהו מה שישבתי והן היום שמחתי כי מצאתי חבר לדברי:

גם במה שרצה ידידי ליישב ממה שתמה הרב קצו"ת החוש"ן מדין חזקת חלון ומרזיב ומזחילה וכו' עיין להרב משה"א שמחלק בטוטו"ד וכתב ז"ל והראיות שמביא הרב קצו"ת החוש"ן מצנור וחלון ומזחילה יש לדחות מכמה טעמי חדא דצנור וכו' עושה דבר הקבוע שנראה ממעשיו שעושה מעשה שישאר שם לעולם משא"כ בדירה ושמוש ועוד דעקר הערעור מהמערער הוא לסתור המזחילה והצנור וכו' ובמקום הצנור והמזחילה

והחלון לא היה שום תשמיש מהמערער מה שאין כן בחזקת בית שרוצה להשתמש במה שמשתמש בה המערער זה גם במקום ההוא:

ועוד הוא עקר דהא ודאי אי דרו המערער והמחזיק ששה שנים שנה אחר שנה והיה טוען שקנה להיות שותף עמו מחמת שהחזיק שלשה שנים שנה אחר שנה ודאי הוי חזקה דהא אין שלשה שנים רצופים שהפסיק המערער בנתים והכי נמי בשנה זו שנשתמש זה לא השתמש זה והרי לא הוי חזקה רצופים משא"כ מזחילה וצנור וחלונות שהמערער רוצה לסלקו הוי בחזקת המחזיק רצופים בלי הפסק בנתים עכ"ל עיניך תראינה דישובו הראשון הוא מקבל למה שחלקתי בעוניי לעיל בין דין הצנור לדין נעיצת קורות ובקורות למה אין יכול לסתור בעל הכותל כותלו הואל ובעל הקורות כשנועצם עושה מעשה שישאר שם לעולם לרצונו והן הם ממש דברי:

אך לא ראיתי להרב שנרגש להשיב מאי דהקשה הרב קצו"ת החוש"ן גם מנעיצת קורות דהויא חזקה לנועץ ובודאי דגם בדין נעיצת קורות יעבור כוס הישובים שכתב על החלון והמזחילה והצנור:

אך מה שמביא הרב קצו"ת החוש"ן ראייה ג"כ מחזקת ישוב ממה שכתב המרדכ"י באחד שהחזיק בחזקת ישוב וכו' ומחלקותן תלייא בפירוש ההיא דשכוני גוואי באמת נראה דזו קשה מכולם אך באמת מה שרצה ידידי לתרץ דאפשר דדעת מור"ם הגם דבס' ק"ם פסק לדעת רשב"ם דבנשתמשו שניהם לא עלתה לו חזקה אפשר משום אהבת השותפים לא קפדי זע"ז לא כן בחזקת ישוב נטתה דעתו לפסוק לאידך גיסא הואל ומזיק הוא. ישר כחך:

ולע"ד נראה עוד ליישב מטעם אחר דהתם בשכוני גוואי הואל והקרקע ידוע שהוא של המערער מכח זה פסק דלא עלתה לו חזקה ותלינן משום אהבת השותפין שתק ומעמידין הקרקע בחזקת מרה קמא לא כן בדין חזקת ישוב דלא שייך טעם זה פסק כסברת החולקים ואין מזה קושייא כלל:

הדרן לדינא מסקנא דמילתא היא דבעל הסוכה יכול לסתור ולבנות כרצונו דהואל והשכנים היו משתמשים עמו לא החזיקו כלל וכל זה אינו אלא לרוחא דמילתא דבנדו"ד הואל ובעל הסוכה הזאת הוא היה עקר בדירה ובעת אשר היה רוצה היה מונעם מלהשתמש לא נגע זה כלל בסוג מחלוקת רשב"ם והחולקים עליו ולא כתבנו אלא להתלמד למקום אחר. זהו משנלע"ד בסיון התרס"ז פה סאלי ורבאט ימ"ה וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכז

על אודות יהודא שעשה שני גשרים במבוי מחצרו לחצר שכנגדו וע"ג הגשרים בנה עלייה והאפיל מעט לבני המבוי לכתחילה בודאי דהיו יכולים לעכב עליו שלא יבנה מכותל לכותל וכפסק מר"ן מור"ם משם הריב"ש בס' קנ"ה סז"ך וז"ל וה"ה אם רוצה להוציא זיז למעלה מגמל ורוכבו אפילו בר"ה וכ"ש במבוי אין יכולין לעכב עליו אבל אינו יכול לעשות גשר מבית ומאפיל על בני רשות הרבים או בני מבוי ואפילו זיז אחד אם מאפיל או שופך וכו' הרי לפניך דלכתחילה היו יכולין לעכב עליו אבל השתא שכבר בנה הזיז זה קרוב לחודש ימים בודאי דשוב אין להם טענה עליו כלל דהא דין זה הוא בס' קנ"ה סז"ך ומצינו למר"ן שם סל"ה כתב וז"ל כל הרחקות שאמרנו אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק והוא שראו ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלי הרחק ושתק ולא הקפיד על זה זכה וסיים מור"ם על זה וכן ראוי להורות אפע"פ די"א בעינן חזקה שלשה שנים עכ"ל הרי לפניך דכל מאי דמתני בהאי סמנא כתב עליה מר"ן דכשראה ושתק שוב אינו יכול למחות וגם מור"ם סיים עליו וכן ראוי להורות והגם שכתב הסמ"ע בסקע"ז וז"ל כגון שסייע עמו מיד בפרישה כתבתי דנראה דר"ל מיד שסייעו הוה חזקה ולאפוקי אם ראהו ושתק דכתיב אחר זה דלא הוי חזקה אלא א"ך ידעינן דידע בנזקיה עכל"ה וא"ך גם כאן נימא דאפילו שתק לא מהני ליה ליאודא חזקתו עד שיתברר דידע הניזק מנזקיה וכן נמי פסק מר"ן בס' קנ"ד ס"ז שכתב שם בפותח חלון לחצר חבירו דכתב דלא הוי מחילה אלא א"ך ידע הניזק ולא ערער יעו"ש א"ך שמע מינה עד דידעי בני המבוי מנזקייהו ושתקי לזה הרי מצינו ארוכה ומרפא דהא כתב מר"ן בסימן קנ"ד סי"ב וז"ל וכן מי שהיתה לו חלון מוחזקת ובא חבירו ובנה כנגדה או מצדדיה בלא הרחקה או סתמה ושתק בעל החלון אינו יכול לחזור ולערער לפתוח החלון כיון ששתק מחל שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק אלא א"ך מחל ע"ך וכתב מור"ם ע"ז שם ומיד הוי מחילה עכל"ה וכתב הסמ"ע על זה וז"ל ומיד הוי מחילה הרא"ש וסייעתו הנ"ל מודים בזה מטעם שכתב המחבר שאין אדם עשוי לסתום אורו בפניו ושותק אלא א"ך מחל והרמב"ם שכתב ג"ך טעם זה בסתימת החלון אפע"ג דס"ל דגם בשאר נזיקין ה"ל חזקה מיד היינו דוקא כשאנו יודעין שהרגיש בהנזק ושתק וכמ"ש המחבר בס"ו וכאן בסתימה שקמ"ל דסתמה הרגיש דחזקה הוא דאין אדם וכו' עכ"ל הרי לפניך דסתימת האור אמרינן ביה מסתמה הרגיש ובודאי ידעו ומחלו ושוב אינם יכולים לערער על מה שמחלו וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קכח

להיות שה"ר שמואל נר"ו משכן בית אחת ביד אברהם נר"ו כדין משכונתה דסורא והן היום עמדו בני העיר לפנות הביבין של העיר ולתקן אותם ומנהגא נהוג מקדם קדמתה במחז"ק שהקהל מטילין ההוצאה ושכירות הפועלים מחצה על בעלי הקרקע ומחצה על השוכרים ועל זה נגשו למשפט שמואל ואברהם הנז' על מי מוטל לשלם מחצה המוטל על הקרקע ע"ך:

והיתה תשובתי דמה שמוטל על הקרקע חייב אברהם לשלם וטעמא דידי הוא דהנה ידוע מה שכתבו רבותינו בעלי התקנות והובא דבריהם בס' כר"ח ח"ב בקיצור התק' סקצ"ז וז"ל ראינו לבאר שהתוספת שמוסיף בעל המשכונה בחידוש איזה דברים שהמנהג הנהוג מימי קדם הוא שכל התוספת שמוסיף בתיקון לא יפרע בעל הבית רק הנשאר קיים בעת פדות המשכונה וכו' ומזה דנתי בנדו"ד אפילו נניח שדבר זה הוא מדברים שיכול אברהם לעשותו ולהוסיף על המשכונה על כל פנים הואל ואין זה דבר של קיום כי ידוע דלמרבה מדי שתים או שלוש שנים מוכרחים לעשות תיקון אחר וזה הולך לאיבוד א"ך ודאי שאין על שמואל שום חיוב כי לא יגיעו יומי הפדייה עד אשר הלוך ילך ונפול תיקון של עכשיו זהו ממה שחייבתי לאברהם לשלם מכיסו וכן ראיתי ג"ך בפסק אחד של הרב הגדול מוהר"ר יעבי"ץ ז"ל הובא בס' כרם חמר ח"א סקפ"ד ששם באמצע התשובה כתוב וז"ל והנה כפי המנהג המקובל בידינו שאם הוא תיקון הכרחי וקיים יתקננו המלוה ויתוסף על המשכונה שנמצא תכליתו לאחריות הלוה א"ך אם אינו הכרחי אלא לנוי בעלמא או אפילו הכרחי ולא עשה דבר המתקיים כגון רצפה שאינה של אבנים יפסידנה המלוה וכו' א"ך מכאן אתה דן במכ"ש לנדו"ד שהולך מהרה לאיבוד זהו פשוט:

שוב אחרי זה בא לידי פסק אחד הובא בספר הנז"ל בסימן קצ"א וז"ל מי שיש לו משכונה בחצר שיש בה מים הנגרים על מי מוטל לפרוע אלגז"א הנותנים אלג'אמע ומה שנוטל לקוואדאש בעד תנקייא שמנקה הצנורות נראה ברור מאחר שכותבים במשכונה עם כל שמוש וזכות בבאר א"ך זהו שמוש וזכות הבאר כי המים הנגרים הם תמורת הבאר ואדעתא דהכי משכן ועל בעל הקרקע מוטל לפרוע אלגז"א אמנם תנקייא שעושה אלקוואדש נראה שעל בעל המשכונה מוטל לפרוע כי גם בבאר צריך נקוי כפעם בפעם וגם צריך חבל ודלי כל פעם ופעם ולכן על בעל המשכונה לפרוע חלק אלקוואדם

וכן פסקנו זה כמה זמן בענין זה וחתום הרב מוהריב"ע זצ"ל והסכימו עמו מוהריבו"ן ומהרש"א ומהרא"ן עלאל ומהר"ש אלבאז זלה"ה יעו"ש וא"ך הוא הדין נדון דידן ממש הוי כמו תנקייא דלקוואדם ופשוט:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קכט

ראובן יש לו בית ושמעון יש לו עלייה ע"ג ויש לשמעון הנז' צנור אחד יוצא מהעלייה לחצר שיש בה הבית של ראובן ושמעון בעל העלייה לוקח לעצמו המים היורדים מצנור עלייתו והן היום שמעון בעל הבית תבע שני הדברים. האחת היא שרוצה גם הוא לקחת לי ממימי הצנור הואל ויורדים לחצרו רוצה להיות לו זכייה בהם. השנית הוא רוצה לכפות לשמעון להניחו לעלות לגג העלייה כדי לשטוח שם כלים המכובסים ושאר דברים הצריכים חום השמש יומ"ץ:
השקפתי לטובה על השאלה ומה שנלע"ד הוא שאין לבעל החצר שום זכות לא במים היורדים מהצנור ולא בתשמיש הגגות דעל מה שטען שרצונו לשטוח בגדיו ע"ג גג העליות לא ידענו מי נתן לו מדרך כף רגל ברשותי של חבירו דהא כבר מבורר יוצא מהגמרא והפוסקים דהבית והעלייה של שנים הדין הוא שמן התקרה של הבית ולמטה הוא רשות בעה"ב ומתקרה ולמעלה הוא רשות בעל העלייה וכשיארע שום קלקול בבית או בעלייה כל אחד מתקן את שלו ואין להם זע"ז כלום וכמ"ש הש"ע בס' קס"ד ס"א יעי"ש והוסיף שם מור"ם לבאר בפשיטות ז"ל וכל צורכי הגג חייב בעל העלייה לשלם לתקן יעו"ש הרי שאין לבעל הבית שום שייכות בגג העלייה והואל ואין לו שייכות מה זכות תהיה לו להשתמש בו:
והגם דראה ראינו להסמ"ע בס' קנ"ה ס"ד סקט"ו שהקשה פסק מור"ם זה דסימן קס"ד שכתב שכל קלקול שיארע בגג הוא על בעל העלייה שם מה שפסק מור"ם ג"כ בס' קנ"ה ששם פסק משם הריב"ש הפך מזה יעו"ש דמחייב לבעל הבית בתיקון גג העלייה והניח הסמ"ע הדבר בצ"ע א"כ מדברי הסמ"ע אלו נראה דדין זה דפסק בס' קס"ד דגג העלייה הוא רשות בעל העלייה דוקא ואין לבעל הבית שום שייכות בו הוא מוסתר ממה שפסק בס' קנ"ה דמשם נראה דיש שייכות לבעל הבית בגג העלייה וא"כ הוא הואל ויש לו שייכות איכא למימר דקרוי רשותו להשתמש בו ג"כ:

והגם דראה ראינו להרב"ח בס' קנ"ה שתרץ לקושיית הסמ"ע ז"ל ולא הניח דברי מור"ם סתראי יעו"ש דמיישב בין גשם שוטף לגשם שאיני שוטף עכ"ז אפילו לפי ישובו נמי נראה דיש לבעל הבית שייכות בגג דהא במקום גשם שוטף על הניזק לתקן:

עכ"ז נראה פשוט דאפילו לדעת הסמ"ע המקשה דברי מור"ם אהדדי ומניח דברי מור"ם בצ"ע ובין לפי תרוצו של הב"ח דמפרש דמור"ם פסק ותני במקום גשם שוטף על בעל הבית לתקן חלילה לנו לומר דהואל ועליו לתקן יהיה נחשב לשותף בגג להשתמש בו דמי שם פה לאדם לומר שיהיה לבעל הבית רשות להשתמש בגג הואל ומן התקרה ולמעלה הוה לבעל העלייה וכמו שמוסכם ופסקו הש"ע א"כ מה זכות יש לו בו להשתמש במקום שהוא של אחרים ולא היתה כוונת מור"ם בפסק דס' קנ"ה אלא לומר דאין בעל הבית יכול לכוף לבעל העלייה לתקן הגג אלא שבעל העלייה אם אינו רוצה לתקן ובעל הבית יש לו הזק יכול בעל העלייה לומר אם רצית לתקן תקן משלך ואין בעל הבית יכול לכוף לבעל העלייה לתקן ותו לא מדי:

ומה גם הרי מצינו לרבותינו האחרונים שחזקו וקיימו לפסק מור"ם דס' קס"ד שאין לבעל הבית שום חיוב כלל בכל אופן להתחייב בתיקון גג העלייה הראשון אדם הרב נתיבו"ת המשפ"ט בס' קס"ד ששם עשה ישוב לדברי מיר"ם דשאני נדון הריב"ש שפסק מור"ם בס' קנ"ה מדין זה דפסק בס' קס"ד ועלה דדברי מור"ם דס' קס"ד שרירים וקיימים וכל תקוני הגג הם על בעל העלייה יעו"ש וכן מוכח מדברי רב אחרון חביב מהרמ"א זלה"ה בס' הבהיר משחא דרבותא בס' קס"ד יעו"ש וא"כ הוא לרבותינו האחרונים שומעין ובפרט כבר מלתינו אמורה דלגבי נדו"ד אפילו הסמ"ע והרב"ח יודו דאין שום רשות לבעל הבית בגג העלייה:

ועל מה שטען בעל הבית שהחזיק לשטוח בגדיו על גג העלייה אין בדבריו כלום דמאי הוי אם היה שוטח אין זה אלא מאהבת חסד שהיתה בינו לבין בעל העלייה ובכל עת וזמן הרשות נתונה לבעל העלייה לעכב ולא דמי זה כלל למ"ש מר"ן בס' ק"ם סט"ו דאם היה מעמיד בהמה וכו' דהתם מיירי בטוען טענת חזקה שיש עמה טענה קנה או נתן לו במתנה אבל נדו"ד חזקה שאין עמה טענה כלל:

ומה גם בנדו"ד אפילו אם היתה בפיהו של בעל הבית טענת מכרת לי אין טענתו כלום הואל ובעל הגג גם הוא משתמש בגגו הדר דינו למ"ש מור"ם בס' ק"ם סי"ג דכל זמן שבעל הבית משתמש עם המחזיק אין בחזקתו כלום יעו"ש ועיין להרב"ח הובאו דבריו בס' מ"ק סקכ"ה בס' ק"ם הנז' וז"ל כתב הרב"ח בתשובה ס"ו שמעון שהיה משתמש בחצר ראובן שכינו ושואב מים מבאר שבחצרו והולך הוא ובני ביתו לבית המוצנע המועדת

בחצרו של ראובן ומת שמעון. ובניו אחריו היו משתמשים בכל התשמישים הנזכרים ובאים בכח חזקה והבא מכח ירושה אין צריך טענה וראובן טוען דאין להתשמישין אלו דין חזקה שגם אנכי ובני ביתי משתמשים בכל התשמישים הנז' ופסק שהדין עם ראובן דמאהבת שכנים זה לזה לא מקפידים ודין חזקה וראיה ליכא כלל כיון שלא יצא החצר ובאר ובית המוצנע שבו מרשות הבעלים כלל כל עיקר עכ"ל וא"כ קם דינא בנדו"ד שאין כח ביד בעל הבית להשתמש כלל בגג: ועל מה שטען שרוצה גם לזכות במים היורדים מהצנור גם בזה דבריו מהבל ימעטו דהואל ולא החזיק כלל לקחת לו אלא בעל העלייה לוקח בעצמו מי גגו מאן ספין ומאן רקיע לומר שתהיה ריח זכות לבעל הבית והרי דינו ערוך וסדור בש"ע חומ"ש סקנ"ג ס"ו ששם פסק דבעינן עד שיחזיק בעל החצר במימי גגו של חבירו הוא דזכה הלאו הכי לא יעו"ש ופשוט. זהו הגלע"ד ט"ו לח' אב הנחמות כאן ח"ן וכבוד לפרט מן הפרט פה סאלי יע"ה וצור יצילנו משגיאות וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קל

להיות שראובן ושמעון יש להם כותל אחד בשותפות וכל אחד מונח לו עליו קורות ביתו והן היום עמד ראובן ובנה עלייה אחת בחצירו והוצרך לבנות ולהגביה הכותל שבינו ובין שמעון כדי שיניח עליו קורות העלייה וכן עשה והצליח אלא לא בנה כותל החדש ע"ג כל הכותל הזה שבינו ובין שמעון לאורך ולרוחב אלא בנה ע"ג חצי הכותל באורך מ"מ ובעובי הכותל בנה כמו שלשה רבעי הכותל והן היום בא שמעון לערער על אשר בנה לו ע"ג הכותל שבינו לבינו שלא ברשותו מה יהי משפטם ושכמ"ה:
תשובה הנה בעיקר הבנין אם ראובן יכול לבנות או לא מצאנו ראינו שדבר זה נפתח במחלוקת הראשונים והביאם רבינו הטו"ר ס' קנ"ז סכ"ו וז"ל י"א אם רצה האחד להגביה יותר כותל השותפות שהרשות בידו שיד שניהם שוה בו וכל אחד יכול להשתמש בשלו ופעמים שזה צריך להגביהו או זה צריך להגביהו אלא זה מגביה וטעין וזה מגביה וטעון שכל אחד מגביה על שלו ובלבד שלא יגביה יותר כ"כ שיתקלקל הכותל בכך לדעת הבקיאים וא"א הרא"ש ז"ל כתב שחבירו מעכב עליו לומר חצי המקום הכותל שלם ואיני רוצה שתמעט אויר שלי וכ"כ כתב רבינו יונה עכ"ל הטו"ר וכתב הרב ב"י זלה"ה ס' הנז' סכ"ב שדעת הרב רבינו ירוחם זלה"ה כדעת הרא"ש זלה"ה ורבינו יונה ע"כ וכוותיהו פסק בקצר בס' קנ"ז ס"ט בסתם דבריו וכן ג"כ הביא בסו"ס קס"ד בקצר מחלוקת זה בשם י"א וי"א אלא דהביא סברת הרא"ש ורבינו יונה ביש אומרים בתרא וא"כ הואל

ופסקה מר"ן לסברת הרא"ש ורי"ו זלה"ה בודאי כוותייהו נקטינן והגם שהביא מר"ן סברת הגאונים דס"ל דאין אחד יכול לעכב על חבירו הביאה בס' קנ"ז בשם י"א גם בסו"ס קס"ד הביאה בסברת י"א קמא עכ"פ אנן כסברת הרא"ש ורי"ו עבדינן הואל והביאה בס' קנ"ז בסתם דבריו ובס' קס"ד בשם י"א בתרא דאנן הכלל המסור בידינו הוא דהדין הוא כסתמא דמר"ן או כי"א בתרא וכן ראיתי להרב כר"ח ח"ב סי' ע"ב שכתב שכך פסק מהר"מ אלשי"ך סי' כ"ט יעו"ש:

והגם שטעמו של הרא"ש הוא שיכול לעכב עליו הוא כמ"ש הרב"י בס' קנ"ז סכ"ג דטעמו של הרא"ש הוא שיאמר לו איני רוצה שתמעט איירי ורוצה אני להשתמש בחצי כותל שלי או היום או מחר אבנה ואסמוך הקורות על חצי הכותל שהיה שלם יעו"ש וא"כ בנדו"ד דלא שייך טעם זה דרוצה אני להשתמש דהא כותל זה הוא גבוה למעלה וכבר בנויים עליו קורות שני בתים ואינו עומד לתשמיש וא"כ הואל ולא שייך טעמו של הרא"ש כאן דאני רוצה להשתמש נימא דאינו יכול לעכב וכן ראיתי להרב בנ"י חי"י סצ"ט דכתב דכל היכא דהכותל גבוה ואינו ראוי לתשמיש מודה הרא"ש דיכול לבנות בעל כורחו יעו"ש:

עכ"ז בנדו"ד דידן הרי עדיין יש בידינו טעם השני שהביא הרב ב"י דהיום או מחר אבנה קורות נשרים ואסמוך אותם על חצי הכותל שלי והגם שגם לטעם זה איכא למימר לא יוצדק ג"כ כאן דהא הניח לו רביע בעובי הכותל ויכול לסמוך עליו קורות אחרים דהא כותל זה רחב הרבה עכ"ז יכול לטעון עליו דאינו רוצה ליתן לו משלו אפילו מלא אצבע ויצמצם הוא על עצמו וממילא מטעם זה לחוד יכול לעכוב עליו דאין סברא לומר דהרב"י מצריך תרי טעמי הוא דיכול לעכב עליו הלא"ה לא מעכב מכח חד טעמא דאין זה סברא וכי אין אדם יכול לעכב על חבירו אם יזיקו נזק אחד ומה גם דהרב"י כך משמע מלשונו דבחד טעמא סגי דקאמר או היום או מחר וכו' דמשמע דכוונתו היא דבמקום דלא שייך טעם ראשון דתשמיש יכול לעכב מטעם השני ובפרט דהרי הרא"ש לא הזכיר בדבריו אלא חד טעמא שהוא טעמא קמא וכמו שבא הדבר מפורש בס' בנ"י חי"י נמצא טעם השני הוא של הרב"י ובודאי דלא כתב טעם השני אלא במקום דלא שייך טעמא קמא א"כ מטעם זה לחוד יכול לעכב עליו ומה גם דהא מר"ן פסק דין זה משם הרא"ש ורי"ו וכמ"ש הרב באה"ג זלה"ה ובטעמו של רי"ו הרי מצאנו להרב"י ז"ל שהביא טעמו של רי"ו זלה"ה שיכול לעכב עליו מלהגביה יותר מדאי לפי שאין הכותל הגבוה מתקיים כמו הנמוך אך בנדו"ד נמי הרי יוצדק לנו טעמו דרי"ו זלה"ה ויכול לעכב עליו:

והגם שמר"ן בקצר לא נקט אלא טעמו של הרא"ש דמיעוט האויר ולא נקט טעם השני שהביא בב"י וגם לא נקט טעם דכובד הבנין שהוא טעמו של רי"ו וא"כ משמע דמר"ן בפסקיו בש"ע לא חייש אלא לטעמו של הרא"ש שהוא טעם האויר ותו לא מדי וא"כ בנדו"ז דאין כאן טעם האויר נימא דאינו יכול לעכב. ז"א דמר"ן חדא מן הטעמים וטעם הכתוב ברישא בדברי הרא"ש הוא דנקט דה"ה היכא דלא שייך טעם הרא"ש ושייך ט' השני שהביא הב"י הוא טעמו של ר' יונה ה"ה דיכול לעכב והראיה שהרי הרב באה"ג ציין דדין זה הוא מהרא"ש וריי"ו זלה"ה כמ"ש הטו"ר ומצינו להריי"ו זלה"ה דדעת אחרת אתו לא כטעם הרא"ש אלא מטעמא אחרינא בשביל כובד הכותל ומר"ן לא הביא טעמו של רי"ו אלא ודאי דכוונת מר"ן חדא מן הטעמים נקט דה"ה היכא דשייך טעם אחר ולא שייך טעם האויר בודאי דיכול לעכב וא"כ לפי זה יכול לעכב ראובן על שמעון שלא להגביה כיתל שביניהם:

אלא דכ"ז נראה הוא דוקא בבא לבנות מעיקרא הוא דיכול לעכב השותף אבל בכגון דא דכבר ראובן עמד ובנה בלי דעת שמעון וכבר צייר וכייר אין סברא לומר דיפיל הבנין בשביל כותל קל כזה ויפסיד אלף בשביל מנה וכן נראה מדקדוק דברי הטור דכתב מחלוקתם באחד שרצה להגביה ולא בבנה כבר וכן מדוקדק נמי דברי מר"ן בס' קנ"ז דנקט דבריו בבא לבנות ולא בבנה כבר וכן נמי משתמע מדבריו דסו"ס קס"ד יעו"ש וא"כ נימא דלא פסק מר"ן יכול לעכב אלא בבא לבנות מעיקרא אבל אם עבר ובנה בודאי יכול לסמוך על סברת הגאונים שהביא מר"ן בס' קנ"ז וקפ"ד דס"ל דאפילו לכתחילה אינו יכול לעכב. ומילתא כדנא מילתא דמסתברא היא ויש לי עליה ראיה ממ"ש מר"ן בס' קע"ח ס"ב בדין שותף שירד לשדה המשותפת ועבדה חשיב כיורד ברשות ונוטל כאריס ואפילו בשדה שאינה עשויה ליטע אלא לזרוע כמ"ש הסמ"ע אפי"ה נוטל כאריס וסיים מור"ם עלה ואם מיחה השותף השני שלא לעשות כגון שבנה בנין והוא מוחה אם הוא דבר שאי אפשר שלא לבנות צריך חבירו ליתן לו חלקו ואם אינו צריך לבנות יכול חבירו לומר לו טול עצך ואבנך עכ"ל הרי עיניך הרואות דבר המשותף תמצא בו דאפילו מעיקרא אם בא לבנות יכול למחות בו עכ"ז אם עבר ובנה אינו יכול לעכב וא"כ גם כאן נימא הכי הואל וכותל זה משותפים בו ראובן ושמעון הואל וכבר בנה הוי כיורד ברשות וא"כ נימא דמר"ן כן הוא דעתו כאן בס' קנ"ז בדין הכותל:

ואל תשיבני ע"ז דשאני התם הואל והשותף השני מיתהני עכ"פ בבנין או בחרישה אבל בנדו"ד דאדרבא אומר שהוזק או מחמת כובד או מחמת היום או מחר וכו' אימא יכול לעכב אפילו לשעבר. ז"א דהא כותל זה כ"ע גמירי דמי שהשיגה ידו עושה עליו עליות

וחדרים. ע"ג ביתו וא"כ הוי דבר העומד לכך וכמ"ש מר"ן בפירוש בס' שע"ה סעי"ז דחצירות הם ראוים לבנין להוסיף בהם בתים ועליות וא"כ הרי מוכח דכותל זה עומד לבנין הוא ואין אומר ואין דברים וא"כ אפי' אם נימא דלכתחילה יכול לעכב מאיזה טעם מתלת טעמי הנזכרים עכ"פ אם עבר ובנה בודאי דלא גרע משדה העומדת לזריעה והלך הוא ונטעה דכתב בה מר"ן דהוי יורד ברשות הגם שיש היזק במה שנטעה דע"י זריעה מרויח כפלים או על ידי נטיעה מיתכחיש ארעא והוי כמו נדו"ד דמיתכחיש הבית על ידי הגובה עכ"ז חשבינן ליה יורד ברשות א"כ גם כאן אפי' אי אמרינן דכותל זה אינו עומד כי אם שישאר מונח כך עכ"ז הואל וראובן זה שותף וג"כ יש כמה כותלים דעבדי אותם בעליהם לבנות עליהם כמו שעשה ראובן זה א"כ בודאי דאפילו אם לכתחילה יכול למחות בו שלא יבנה ע"ג חלקו כמ"ש מור"ם בהג"ה שם עכ"ז הואל וכבר בנה בודאי דחשיב כיורד ברשות לענין זה והגם דלגבי כותל אינו יכול לכוף ראובן לשמעון ליתן לו' חלקו במה שהגביה הכותל כמ"ש בס' קנ"ז בטו"ר ובב"י ובקצר היכא דראה ושתק וביורד לשדה חבירו פסק מר"ן כאן בס' קע"ח דחייב ליתן לו חלקו בבנין או בזריעה אפילו היכא דלא ראה אותו הואל והוא כיורד ברשות. שנייה דא מן דא דשאני התם דס' קע"ח הגם דירד בלי הודעת חבירו ואפילו בשדה שאינה עשויה ליטע עכ"פ הרי נהנה במה שנטע או במה שבנה לא כן בכותל זה לא נהנה שמעון בבנין זה בהאי שעתא ואהנ"מ לעת הצורך כשיבוא לבנות על גבו גם הוא בודאי דמחייבינן ליה ליתן חלקו כמ"ש בסקנ"ז יעו"ש וא"כ קם דינא היכי דכבר עבר ובנה בודאי דאינו יכול לכופו לסותרו:

והגם שמצאנו ראינו להרב"י בס' קנ"ז סכ"ג שהביא משם רבינו ירוחם זלה"ה בנתיב כ"ו ח"ב כתב כדברי הרא"ש וכתב עוד כופהו לסתור מה שבנה למעלה מד"א יעו"ש אין משם סתירה דאיכא למימר דמר"ן בקצר לא פסק כן דהרי דבריו הם בבא לבנות דוקא ומדהביא דבריו כדברי הרא"ש דוקא בבא לבנות דוקא ולא הוסיף לומר אפילו כבר בנה כסברת רבינו ירוחם זלה"ה הואל ונקט דבריו בבא לבנות מעיקרא א"כ איכא למטעי ולומר אבל אם עבר לא יפיל וא"כ הואל ויכולים לטעות הו"ל להביא סברת רבינו ירוחם אלא בודאי אפילו הביא בב"י לא נתכוון לפסוק סברא זו בקצר:

ועוד דבנדו"ד איכא למימר אפילו רבינו ירוחם זלה"ה יודה דהואל וכבר בנה לא יפיל דהא כתב דרבינו ירוחם סבר כהרא"ש זלה"ה ובסברת הרא"ש מצאנו טעמו הוא כדכתבנו משם הרב"י משום שיכול לומר רוצה אני באוירי וכו' ולא נזכר בטעם הרא"ש משום כובד הבנין וא"כ נימא דע"כ לא קאמר רבינו ירוחם דצריך להפיל אלא משום הני טעמי דאפי' כבר בנה יכול לומר רוצה אני באוירי ואין תקון בדבר דמהיכן יבוא לו אויר

ע"ז יכול לומר דיכול להפיל אבל אם הוא נקט רביר"ו הטעם דשמא יכביד ויפול הכותל בזה בודאי לא הוה קאמר ריר"ו דצריך להפיל דזיל בתר טעמא כשיפול הרי כשיפול נותן לו דמי הבנין ובודאי כופין על מדת סדום דזה נהנה וזה אינו חסר ואפילו לכתחילה יכול לעכב ולומר דאיני רוצה לטרוח עוד בבנין עכ"פ היכא דכבר בנה הסברה נותנת דאינו יכול לעכב להפיל הבנין שבנה ע"ג הכותל:

וא"כ ממנו יוצא לנדו"ז הואל וכותל זה לא היה עומד להשתמש בו ולא נשאר לו העיכוב כי אם מצד טעם השני שהביא הב"י שמא היום או מחר יעשה קורות נשרים או מטעם הכובד א"כ בודאי דיודה רבינו ירוחם הואל וכבר בנה לא יסתור. אלא דלפי טעם השני של הרא"ש ג"כ צריך להתנות עליו על ראובן שאם היום או מחר יבוא לבנות יכול לסמוך על קיר נשרים מה שהיה ראוי לסמוך על חצי כותל ובפרט הרי הניח לו רביע הכותל ויכול לסמוך עליו ומה גם בנדו"ז דלא נטל לו מחלקו כ"א רביע הכותל והניח לו רביע וא"כ איכא למימר דאין כאן שום טעם ואפי' הרא"ש איכא למימר יודה לסברת הגאונים הואל ויכול לסמוך על ידי הדחק ברביע הכותל וטעם השימוש א"כ כמ"ש וגם טעם הכובד אין כאן כובד כו"כ:

ואפילו באם בהניח מונח דפליגי הרא"ש והר' יונה גם בנטל רביע כותל עכ"ז בעבר ובנה בודאי מודו כדכתבנו:

ואחרי כותבי ראיתי להרב בע"י חי"י ז"ל בסי' צ"ט דפסק כסברת הגאונים מכח דיכול המוחזק דהוא המזיק לומר קיים לי כסברת האומרים דהמזיק הוא מוחזק יעו"ש וא"כ הגם דאנן בדידן אין לנו אלא כדברי מר"ן דפסק בס' קנ"ז כסברת הרא"ש בסתם דבריו ובסי' קס"ד כסברת י"א בתרא דלא יכול לומר קיים לי עכ"ז הרי לא נחלקו הרא"ש ור' יונה והגאונים וכו' אלא בבא לבנות אבל הכא דכבר בנה לא נזכר זה בדברי הרא"ש אלא זה סברת רבינו ירוחם וא"כ יכול המחזיק לומר קיים לי כסברת הגאונים בזה היכא דבנה לא יפיל הואל ומר"ן לא גילה דעתו בקצר באם עבר ובנה וכבר ביררנו משם הרב בע"י חי"י שכתב משם כמה פוסקים דנחלקו במזיק אי הוי מוחזק או ניזק הוא דאיקרי מוחזק וכתב הרב דיכול לומר המזיק קיים לי ובפרט מזיק כהאי דאין הזיקו ברור דשמא לא יהיה שום היזק דבזה כ"ע מודו וחלוק זה כתבו הרב המאסיף בסי' בע"י חי"י בסי' צ"ט וק' וק"א יעו"ש באורך וברוחב ומה גם הרי מצינו דעדיפא מינה שכתב הרב מו"ד נר"ו בספרו כר"ח סי' ע"ב דהרב נתיבות המשפט הוכיח דדעת מר"ן לפסוק כסברת הגאונים מכח מה שהוקשה לו מההיא דפסק מר"ן סי' שמ"ה ס"ו יעו"ש:

אלא דהוא תמה על הרב נתיבות המשפט וישב קושיית הרב במה דפסק מר"ן בקצר כסברת הרא"ש ולא פסק כסברת רביר"ו דאם בנה יפיל וששתי כעל כל הון דאפילו נניח כישובו של הרב מו"ד נר"ו עכ"ז הרי ביררנו דמר"ן לא פסק כההיא דר"י זיע"א ומינה זכינו לנדו"ד דהואל ובנה סמכינן אדעתא דהגאונים זיע"א ובפרט מכל הני מילתא דאמרן דאין שייך כאן טעמו של הרא"ש דשמוש הואל והכותל גבוה וגם יכול לסמוך בקיר נשרים לצד הדחק על רביע הכותל וגם אין כאן חששת כובד הואל ולא הכביד ובנה על כל הכותל אלא על ג' רבעי הרוחב ועל חצי האורך בזה ודאי לית דינא ולית דיינא דהואל ובנה לא יפיל לפחות. אלא דצריך לקבל עליו שאם היום או מחר ירצה גם הוא לבנות שצריך ליתן לו שיעור רביע הכותל שלקח לו מחלקו ויניח עליו קורות נסרים שהיה ראוי לו להניח עליו והוא יתן לו מה שהיה ראוי להוציא בבניינו וגם צריך להודות לו בפני עדים ולקבל עליו שאם יפסיד הבית הזה מכח העלייה הזאת צריך לשלם לו מה שראוי לו לשלם כדין הפסד הבית מן העלייה. זהו משנלע"ד כעת והדבר:

צריך אצלי תלמוד ולכשאפנה אשנה בעה"ו והצוי"ם וימ"ן. ע"ה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלא

עמדו לפני לדי"ת שת' הר' אברהם ן' דו"ח תובע לכהר"ר אליהו בוחבוט נר"ו בשביל שכה"ר אליהו הנז' יש לו בית אחת המשותפת בינו ובין הר"א הנז' והרא"ל הנז' שכרה לאדם אחד לדור בה והר' אברהם הנז' מעכב עליו שלא ישכירה לאותו אדם בשביל שהוא אותו אדם שהוא גברא פלגאה והרא"ל הנז' טוען שלא מצא למי ישכיר אותה זולת זה ע"ך:

תשובה לכאורה היה נראה דיכול הרא"ב לעכב על הרא"ל שלא ישכיר אותה לאותו אדם הואל ויש לו נזק בשכירותו מהא דכתב רבינו הטור בסי' קנ"ו ופסקו מר"ן בקצר דמי שיש לו בית בחצר השותפין לא ישכירנו לאחד שמלאכתו גרדי או אומן וס' ואפילו נתרצו כל השותפין וא' מעכב יכול הוא לעכב עליו שלא ישכירנו לאחד מאלו וא"ך גם כאן הואל ואתי בטענה זה אברהם השוסף ואמר שהשוכר הזה הוא גברא פלגאה כידוע א"ך נימא דיכול לעכב עליו הואל ויש לו נזק בשכירותו ולמה יגרע נזק זה משאר נזקין: ואפילו הרא"ל הנז' טוען שאם לא ישכיר אותה לזה לא ימצא מי שישכור אותה ממנו ז"א דהא רבינו הטור כתב בפשיטות כההיא דמצו השותפין בחצר לעכב שלא ישכיר אותה לגרדי וכו' אפילו אינו מוצא מי שישכירה ממנו בסכום זה והביא דבריו ג"ך הסמ"ע בסק"ו. ואפילו בכאן טוען הרא"ל הנז' שלא מצא שום שוכר זולת זה ולא כדברי

הטור שכתב שלא מצא מי שישכירה ממנו בסכום זה אבל עכ"פ מצא מי שישכיר ממנו בפחות אבל בנדו"ד שטוען שלא מצא שום שוכר נימא שאינו יכול לעכב ז"א דודאי רבינו הטור אורחא דמילתא נקט שלא מצא לשוכרה בשוה אלא בפחות אבל לא ימצא מי שישכירה כלל זה מילתא דלא שכיחא הלכך נקט דבריו במילתא דשכיחא אבל ה"ה אם לא מצא מי שישכירה כלל בודאי שאינו ג"כ יכול לשוכרה לזה דהא זיל בתר טעמא היכא דלא מצא מי שישכירה בשוה אלא בפחות. לזה אינו יכול לשוכרה משום דיש לו הפסד ומשום דלא חשו עליו חכמים במקום היזקא דאחרים א"כ מה לי מצא שישכרה בפחות או לא מצא מי שישכירה כלל סו"ס במקום היזקא דאחרים לא חשו עליו ולא שנא במקום הפסד גדול או קטן ואין להאריך בזה דדבר פשיט הוא וא"כ איכא למימר דיכול לעכב הרא"ב על הרא"ל שלא לשכור:

אלא דכפי האמת יש לחלק בנדו"ד דלא דמי להההיא דגרדי וכו' דהתם ברי היזקא אם שכרה לזה הגרדי וכו' אבל נדו"ד לא ברי היזקא דאיכא למימר דהאי שוכר אפי' הוא גברא פלגא עם אחרים עם זה השכירים החדשים יהיה עמהם באהבה ובאחוה גם י"ל דזה ההיזק יכול הרא"ב הנז' לשמור עצמו ממנו ע"י שיתנהג הוא מעט בנמיכות רוח וא"כ לא ברי כאן היזקא ולא דמי זה אלא למאי דכתב הב"י משם המרדכ"י בשם ר"י דדוקא אינו יכול לשוכרו לגרדי אבל יכול הוא למוכרו לגרדי וכו' ואינו יכול לעכב עליו ובתר כן לישתעי השכן דינא עם הלוקח ע"כ והביאו מיר"ם בס"א וכתב הסמ"ע סק"ח דה"ט הוא שהלוקח לא ברי היזקא ויכולים לומר דקנאה הלוקח לדור בה בנו או לכשיפנה ממלאכתו אבל אם משכירה ברי היזקא:

וא"כ גם כאן הואל והדבר ספק שמא יהיה עמו במחלוקת או לא יעשה עמהם מחלוקת בחצר הרי לא ברי היזקא בהאי שעתא ולכשיבוא לעשות עמהם מחלוקת יעשו דינא עם הלוקח ומכ"ש שלא נכנס נדו"ז בהזק כלל דהא אי בעי שתיק שותף זה ויהיה בולם פיו בשעת מריבה אפי' אם יהיה זה השוכר גברא אלמא עכ"ז בודאי יבוש ויכלם ולא ירים עוד ראש נגדו כאשר עינינו רואות ולא נכנס דבר זה בסוג נזיקין ויכול לשוכרה לזה אפי' לכתחילה אפילו במקום דאיכא שוכר אחר יכול לשכור לזה דאין כאן שום נזק ובפרט בנדו"ד דאין כאן שוכר אחר זולת זה דהא ב' עדיפא מזה פסק מר"ן בסי' קמ"ה בדין המשכיר לכותי דמשמתין אותו עד דמסליק היזקא וסיים שם בסמ"א וז"ל במד"א בשיכול לשוכרה לישראל בדמים. אלו אבל אינו חייב לשוכרה לישראל בפחות ע"ך וזה אפילו לחשש שמא יבוא מן העכ"ם היזק ממון ומכ"ש בכאן דאין כאן היזק ממון כ"א היזק מחלוקת בודאי דלית דוד"י דאין מוטל על הרא"ל להניחה ריקנית ומה

שיש לישב בין דין זה דכתב מר"ן דבמקום פחת יכול למכור לעכו"ם עם ההיא דסי' קנ"ו דאין יכול למוכרה לעכו"ם דכתב מור"ם שם ס"א הוא דבר פשוט יעו"ש גם סוג זה דבעל מחלוקת לא מקרי שכן רע דפסק כנה"ג משום תשובת הגאונים והביאו הבאה"ט סק"ו סק"ה דזה לא מקרי שכן רע אלא דומייא דעכו"ם ובפרט עיין בטור סי' קמ"ה ותמצא דדברי הגאונים חלוקים המה על דברי הרא"ש והתוס' דפסק מר"ן כוותיהו במקום דלא ימצא מי יקנה או ישכיר דאמר התם בצדו ודו"ק. וכעת אין להאריך וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלב

להיות שהר' משה ן' עטאר היה לו צינור יוצא מחצירו והוא טמון בעובי הכותל ראשו יוצא מתוך העלייה וסופו יוצא בתוך הביב שבמבוי והן היום רוצה להוציא סופו לקלח בתוך המבוי ויעשה נקב קטן בתוך קרקע המבוי לפני הצינור כדי שיהיו נבלעים אותם המים לביב שהיה מקלח בו הצינור מעקרא ובעלי המבוי מעכבים ע"ז מכמה טעמי שיש להם בהן הזיק כמו שיתברר בתשובה:

תשובה הד"א שיכולים בעלי המבוי לעכב ממ"ש הרב"י סי' קנ"ג משם הרשב"א וז"ל ראובן שמחזיק שופכי גגותיו לרשות הרבים בני רשו"ה יכולים לעכב עליו מפני שהמים הנשפכים דרך מרזיב חוסמים הם את העוברים ועוד שפעמים יורדים בקילוח על המשואות של העוברים ברה"ר ומקלקלים אותם עכל"ה ופסקו בקצר בסי' הנז' סעיף ט' וא"כ מהאי תשובה יש לדון בנדו"ד שהרי גם בנדו"ד יוצדקו לנו שני טעמים של הרשב"א חדא שהרי הביב הזה רוב הפעמים הוא מלא כמו שהוא עתה וא"כ מזה יצא היזק לבני המבוי שעי"ז יהיו כל המים שיצאו מן הצינור נאספים בתוך המבוי וחוסם עוברים ושבים הגם שאין החסימה באה בשעת הקילוח אלא אח"כ עכ"פ סו"ס החסימה באה מכחו של בעל החצר ומטעם זה לחוד היה די והותר לעכב על בעל החצר דהא לא כתב הרשב"א שני הטעמים אלא לרווחא דמילתא ולא לעיכובא אלא דגם טעם השני דהרשב"א יוצדק בכאן ג"כ שהרי לפעמים מניחים במבוי זה כמה דברים משואות וסחורה וכדומה כמו שעינינו רואות וא"כ יהיה לבני המבוי מניעה מתשמיש זה הואל ופעמים יהיו המשואות מונחים במבוי ויצא הקילוח ויקלקלם:

גם יש טעם יותר מזה שהרי לרוב הפעמים יסתם נקב זה ואפילו לא יסתם כבר כתבנו דלרוב הפעמים הביב זה מתמלא על כל גדיותיו וא"כ יהיה המים נאסף בתוך המבוי וכשיתרבה יכנס לחצירות המבוי הואל והוא מבוי קטן ואין לו שום דרך למים לצאת

כי הוא עשוי כעין מקוה וזה הוא היזק גדול ועדיפא מזה סיים הרשב"א באותה תשובה הנז"ל וז"ל וכ"ש אם מקלחין לביב של בעלי בתים שמא יתקלקל הביב ויצופו המים וישטפו בתיהם ע"כ הרי אפילו לחשש שמא יצופו מלמטה למעלה חששו רבותינו מכ"ש בנדו"ד דקרוב הדבר יותר שיצוף לבתיהם בנקל הואל ופתחי החצרות יש מהם שהוא שוה לקרקע המבוי פשוט וברור דהוי היזק ויכולין לעכב:

ואין לחלק ולומר דחששת הרשב"א היא שלא יצופו המים מן הביב הוא משום שהם עכורים וסרוחים ז"א דהא מי מבואות לעולם הם עכורים וסרוחים ע"י עפר ורגלי בני אדם:

גם ביותר מזה יש בנדו"ז אפילו אם לא יהיו כל הטעמים יש טעם היזק יותר דהא מצינור זה שופכים מי כביסה ונט"י וכיוצא ומצינו לרבינו ב"י באו"ח ס"ד שהביא משם הזוה"ק פרשת וישב דיש רוח מסאבה במי נט"י לפיכך הזהיר בזוה"ק שלא להשליכם לארץ שלא יצא מזה היזק גדול ב"מ ופסקו מור"ם בקצר סי"ד ס"ט וא"כ הואל ויש בדבר זה היזק ע"כ יש למחות בידם אפי' מי שאינו מבני המבוי דחמירא סכנתא:

ואין לומר דבכאן הואל ויש לבעל חצר זה צינור אחד יוצא ממקום אחר למבוי ומקליח המים וא"כ נימא דגם בזה הצינור החזיק בעל החצר ואין יכולין לעכב עליו הואל ובעל החצר החזיק להצויא למבוי זה מימיו ז"א דהא כתב הב"י משם הנ"י וז"ל בסי' קנ"ג כתב נ"י פ"ק דבב"ת מי שהחזיק על ביב חבירו לשפוך מי כביסה אחת ממחין בידו שלא ישפוך בה חמש כביסות או אם החזיק למי גשמים לבד ממחין בידו שלא ישפוך בה מי כביסה עכל"ה והביאו מור"ם בסי' הנז' סי"ב הרי מוכח מכאן דאפי' החזיק כבר לצינור אחד להוציא מימיו למבוי אינו יכול להוסיף אחר במקום אחר והגם שכתב הנ"י בלשונו דאם החזיק בכביסה אחת אינו יכול להוציא חמש כביסות דמשמע דוקא ה' הוא דאינו מוסיף אבל פחות יכול להוסיף וא"כ בנדו"ד שלא רצה להוסיף אלא צינור אחד איכ"ל דיכול להוסיף ז"א דהסמ"ע ס"ק ז"ך כתב וחמש לאו דוקא אלא ה"ה ד' או ג' ובודאי דגם דברי הסמ"ע לאו דוקא נקט אלא ה"ה ב' דזיל בתר טעמא למה כתב הוא על דברי הנ"י דה' לאו דוקא הוא משום דבעל החצר היזק של כביסה אחת קבל עליו אבל לא יותר ומזה יצא לו להסמ"ע דלאו דוקא ה' כביסות הוא דאינו יכול לשפוך עליו אלא ה"ה ג' דהא לא קבל עליה אלא אחת וא"כ מטעם זה גם דברי הסמ"ע דנקט ג' ודאי דלאו דוקא דה"ה ב' דהא לא קבל עליה אלא כביסה אחת ואפילו אם תמ"ל לדברי הנ"י עצמם בדוקא קאמר ה' אע"פ כן אינו יכול להוסיף צינור זה שהרי צינור זה הוא יותר ממי שהחזיק בכביסה אחת דשופך ה' שהרי זה הצינור שהחזיק בו כבר אתי מגג החצר ואין הקילוח

יוצא ממנו אלא בזמן הגשמים. אבל צינור להוציא עכשיו הוא יוצא מהחצר ממי כביסה ונט"י וכיוצא וזה קילוח שאינו פוסק לא בימות החורף ולא בימות הקיץ וא"כ הוא יותר ממי שהחזיק בכביסה אחת ורוצה להוציא ה' כביסות כאשר עינינו רואות:

גם מטעם זה שכתבנו שהוא רוצה להוציא צינור זה ממי כביסת החצר ומנט"י אפי' אי חשבינן לצינור זה כביסה אחת דהיינו אם יוצא זה הצינור מימות הגשמים לימות הגשמים דהיינו בזמן שצינור האחר מקליח דבענין דלא הוי אלא כמו סוף כביסה אחת עכ"ז יש למונעו מט' זה שהרי כתבנו משם הנ"י דמי שהחזיק למי גשמים אינו יכול להוציא מי כביסה ומכ"ש דכבר ביררנו דאפילו דברי הסמ"ע לאו דוקא ג' אלא ה"ה ב'.

אלא דעדיין יש יד הדוחה לדחות ולומר דדוקא מי שהחזיק על ביב חבירו לשפוך הוא דאינו מוסיף אבל זה שהחזיק למבוי והמבוי הוא דהשותפים של זה שהחזיק בשל בני המבוי וא"כ איכ"ל דתהני חזקתו להוסיף מה שירצה ואיכ"ל דדמי זה למה שסיים מור"ם שם בהג"ה בסי' קנ"ג סי"ב וז"ל אבל השופך ברשותו דרך ביב העוברת בחצר חבירו אע"פ שלא החזיק אלא לדבר אחד יכול לשפוך מה שירצה הואל וברשותו הוא שופך וא"כ איכ"ל דהוי ברשותו שופך ויכול להוציא מה שירצה הואל ויש לו חלק במבוי זה אינו דאין הנדון דומה לראיה דהתם אין שום היזק כלל דבשעת השפיכה הוא שופך ברשותו ואח"כ הולכים דרך ביב חבירו והוי כההיא דדיוטאות שהביא הנ"י משם התוספתא והביאה הב"י בשמו בסי' קנ"ג אבל בנדו"ד שבשעת השפיכה גם לאחר השפיכה יש היזק לבני המבוי כמש"ל שיש כמה נזיקין לבני המבוי ודאי יכולין לעכב ואפילו יש לו חלק במבוי וכדכתבנו משם הרשב"א שהביא מר"ן סי' קנ"ג ס"ט דבני הר"ה יכולים לעכב הגם דגם לזה שרוצה להוציא מימי גגותיו ודאי דגם הוא יש לו חלק ברה"ר ואין לומר דהתם מיירי בדלא החזיק כלל אבל אם גם שם היה מוחזק להוציא מי גג אחד יכול להוציא מימי גגות אחרים ז"א דאין הדעת סובלת לומ' דמי שיקבל עליו נזק אחד יסבול בעל כורחו נזקין אחרים כיוצא בזה דדין זה דמי ממש למ"ש מר"ן בסי' קנ"ג ס"ב דאין א' מבני החצר יכול להרבות בדיורים וכו' והרי גם שם היה בעה"ב נכנס ויוצא הוא ובני ביתו ועכ"ז אינו יכול להרבות על השכנים הנכנסים והיוצאים אפילו יש לבעה"ב דרך בהם וכיוצא בזה כתב מר"ן בסי' קס"א ס"ה דאין אחד מבני החצר יכול לעשות בחצר דבר שאין דרך בני אדם לעשותו בחצירותיהם וא"כ מזה יצא לנו שאין לו רשות להוסיף צינור זה יותר על מה שהחזיק דהא אפילו יש לו צינור שיצא כבר ומפאתו יש להם חסימה לבני המבוי אין להם להוסיף צינור אחר שתהא החסימה משני מקומות ובפרט כבר כתבנו דבזמן דליכא גשמים אין צינור הראשון מקליח ולא קבלו עלייהו החסימה

בימות הקיץ ומה גם דבלא טעם החסימה הרי כתבנו שיש טעם קלקול המשואות ויש טעם שנאספים המים לבתיהם ועדיפא מכולהו הואל וצינור זה רוצה להוציא ממנו מי כביסה ונט"י וכבר ביררנו וכתבנו משם הנ"י דמי שהחזיק למי גשמים אינו יכול להוציא מי כביסה וא"כ הרי לא החזיק כלל לדבר זה וגם כבר ביררנו דצינור הראשון אינו מקליח כי אם בימות הגשמים וזה שרוצה להוסיף הוא מקלח בין בימות החורף בין בימות הקיץ ודב"ז לא קבלו עלייהו כלל אפי' אם יהיה קילוח זה של מי גשמים כ"ש שהוא מי כביסה וכיוצא ואין להאריך בזה יותר וצוי"ם וימ"ן. כ"ד החותם בסדר והיתה לכם חוק עולם דהאי שתא וברכתי"ה פה סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלג

במאי דנהיג השר כפעם בפעם לשלוח ליהודים לתת לו סוסים לרכוב עליהן משרתיו כמו שקורין בפיהם לבהאיים לסכרא פשוט וברור הואל והדבר ידוע דאינו משלח להיהודים על זה אלא בשביל דמידע ידע שרבת מבני עמנו כולם סוחרים רוכבי הרכש סוסים ופרדים לעבוד עבודתם באהלי קדר בודאי דעליהם לבדם הוטל מס זה והעד על זה שהרי השר אינו משלח ליהודים מל זה כי אם בחגים ובמועדים בזמן שמתאספים הביתה אבל בשאר זמנים שאין בעלי הסוסים בעיר באים משרתי השר ושואלים דרך שאלה אם יש כאן בהמות של היהודים או לא וכשהם אומרים להם שאין כאן שום בהמה כי כולם מחוץ לעיר אזי כולם הולכים בפח"ן ומעולם לא נשמע שהטיל שר העיר שום גזירה על שאר הקהל להעמיד לו בהמות לרכוב עליהן מכאן מודעה דלא הוקבע מם זה אלא על בעלי הבהמות וא"כ ודאי דשאר הקהל שאין להם בהמות הם פטורים ולא יכבו בנחלת האחרים ודבר זה פשוט וברור בדברי מור"ם בחו"מ סקס"ג ס"ו שכתב וז"ל הקהל שותפים זע"ז במשום הקצובים אבל בעלילות אינם שותפים ואם המושל העליל על קצתן אין האחרים חייבים ליתן ואפי' העליל תחלה על כלן וברחו קצתן או נפטרו בחוכמתן פטורים ע"כ וא"כ גם כאן הואל והעלילה אינה כי אם על בעלי הבהמות שאר בעלי בתים פטורים: ולא מבעייא שאר בני אדם אלא אפילו מה שנהגו כמה בעלי בתים כשהם באים מחוץ לעיר ושומעים שהשר רצונו לבוא לקחת לו בהמות היהודים כי קרוב יום אידם וצריכים הם לרכוב ללכת לראות לפני האדון ור"ה עז"א על זה הם עושים הברחה לבהמותיהם יש מהם ששולחים אותם מחוץ העיר ויש מהם שמטמינים אותם עד יעבור זעם דהיינו כשהלוך ילכו משרתי השר לפני האדון יר"ה ואזי מוציאים אותם גם זו לטוב דודאי גם הם פטורים הם ממה שסיים מור"ם בדברינו הנז"ל וז"ל

ואפילו העליל תחלה על כולן וברחו קצתן או נפטרו בחוכמתן פטורים ע"כ מכ"ש אם יבריחום או יטמינום קודם העלילה בודאי דפטורים והגם שיש עוד ראיות על זה אין כאן מקום להאריך:

ועל מה שמצינו לפעמים כשהשר שולח על הבהמות הולכים אצלו בעלי הבהמות ומתפשרים בממון סך מה עם השר ובו משכיר בהמות מן החמרים של גוים נלע"ד הגם דמידע ידיע לעולם דכשהשר שולח לקחת לו בהמות אין מדרכו לקחת מאדם אחר שני בהמות אלא לוקח בהמה מראובן ובהמה משמעון ובהמה מלוי וכדומה הגם שראובן יש לו שלשה או ארבעה בהמות ושמעון אין לו כי אם בהמה אחת גזירותיו שוין כמו שלוקח בהמה אחת שיש לשמעון כך אינו לוקח מראובן כי אם בהמה אחת וא"כ תיסק אדעתין לומר דכשנתפשרו בממון ג"כ ישלמו ממון זה ראובן שיש לו בהמות רבות ושמעון שיש לו בהמה א' חלק כחלק ע"ז אני אומר דאינו מה"ד אלא הואל ונתפשרו בממון הדר דינייהו כההיא דפסק מור"ם ג"כ בס' קס"ג ס"ג וז"ל שומרי העיר ששומרים בעצמן בלילות ונתפשרו עם המושל לתת קצבה לשנה גובה לפי הממון אפפ"פ שמתחילה הוצרכו לשמור בשוה עכ"ל וא"כ גם כאן הכי והדברים באו בקיצור ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קלד

בשנת תרנ"א לפ"ק שלח ה' בכל ערי המערב מכה רבה ועצומה ארבה כבד מאוד עד כי חדל לספור ויליק כל עשב השדה ולא נשאר כל ירק בעץ וכו' ובסיון התרנ"א הנז' הגיע לארצינו לתפ"ץ ויבוא העירה, כי עלה עלה מקיר החומה ונתמלאו כל השווקים והרחובות והבתים וההצרות וחדרי משכבות ורבת מבני עמנו היו צריכים לשכור פועלים עומדים כל היום יש מהם על קירות החומה כדי לכבד אותם במכבדות שלא יעלו מקיר החומה ויבואו לחצרות ויש מהם עומדים בראשי מבואות שלא יכנסו למבוי ומשם יכנסו לפתח החצרות ויש כמה חצרות בכל מבוי ועל זה חשבו בדעתם בעלי החצרות אשר באמצעי המבואות שפטורים הם מלשלם שכירות הפועלים כי חשבו בדעתם דלא הוטל זה כי אם על החצירות הסמוכים לחומה שממנה יעלו לחצירות הסמוכים לראשי המבואות שמהם יכנסו תחלה ועל זה באו להתדיין בני המבואות ודנתי ביניהם הואל והוא דבר ידוע וגם הם ענו ואמרו שידעו מזה דאם לא יהיו הפועלים בראשי המבוי ובסופו על קיר החומה מוכרחים שגם עליהם יעבור כוס א"כ חייבים הם לשלם מההיא דפסק מור"ם בס' קס"ג ס"ו וז"ל ואם באה עלילה על עיר אחת כל הקהלות אשר יש לחוש

שגם עליהם יעבור חייבים ליתן יעו"ש וכעין זה ג"כ ראיתי להרב מימ"ר קדישי"ן סו"ס קס"ג שכתב וז"ל בית שיש בו עליות שניים גם שלשיים ונפלה דליקה בבית ומחמת זה בעל העלייה שבר גג עלייתו ומזה נצול הבית והעלייה ולא נשרפו העלה בס' שבו"ת יעק"ב דגם התחתונים צריכים. לתן לסיוע הגג ע"כ וכן הובא ג"כ בסי' בנ"י חי"י סו"ס ש"ג בהגב"י וז"ל אחד מן השוכנים בחצר שראה עלילה אחת שהיתה ראייה לבוא עליהם ועמד ופזר ממון רב ואיבד העלילה חייבים לשלם ע"ש והרבה כדומה לזה יש יעו"ע. ואל יקשה לך מה שפסק מור"ם בס' רס"ד ס"ד שכתב ואם נראה לב"ד שלא הוצרך וכו' דשאני הכא דדינין להו כדין העלילה הבאה על הצבור הואל וצרת צבור היא ועוד כל מי שהיה מוצא פועלים אדמתה דידיה ודחבריה הוציאם ועיין חלוקים אלו בס' פת"ש בחומ"ש ס"ק ס"ג וסרס"ד יעו"ש:

וחיוב הפירעון דנתי בזה שכל החצירות כולם חלק כחלק ישלמו הגם שיש חצר שיש בה ארבעה בעלי בתים וחצר שיש בה שני בתים על כל פנים הזיקם שוה דרך משל אם יעלו מן הארבה ויש לפניהם שני חצירות אחת דרים בה ארבעה בעלי בתים ואחת דרים בה שני בעלי בתים האם נאמר שלזה שיש בה ארבעה בעלי בתים יכנסו שני שלישים מן המאה והחצר שיש בה שני בתים יכנסו שליש מן המאה אלא פשוט דהזיקם שוה וכמו שיכנסו לזה יכנסו לזה וא"כ הואל ומטי להו הזיקה בשוה גם פרעונם יהיה שוה ולא דמי זה כלל למאי דפסק מור"ם בס' קס"ג ס"ו בשומרי העיר ששומרים בעצמן דהוי הזיקם שוה ועכ"ז כתב דאם אח"כ נתפשרו עם המושל לתת קצבה לשנה גובין לפי הממון אפע"פ שמתחילה הוצרכו לשמור בשוה יעו"ש דשאני התם הואל ועקר דין השמירה לא ניתן לשמור בשוה אלא השמירה דינה הוא להיות על הממון וכמו שפסק מר"ן יעו"ש וא"כ אפילו יקרה לפעמים ששמרו בשוה. אח"כ כשנתפשרו הדור דינם לשלם לפי הממון אבל בכאן מעולם לא היה דינם על הממון אלא כל אחד יסלק הזיקו דלא דמי זה אלא לכבוד ורבוץ הבתים ותקיני החצירות והוצאת הזבל דלא נתן דינם ליחלק לפי הממון אלא כל אחד משלם הזיקו ותו לא מדי גם כאן כל חצר משלמת הזיקה והואל והזיקם שוה גם דינם יהיה שוה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלה

עמדו לדי"ת שתתעלה כל אומני האלסייאגין של עי"ת רבאט יע"ה וכל אומני של עי"ת סאלי יע"ה וכולם נקבצו ובאו נגד יצחק נר"ו ואנשי הרבאט טענו שיצחק הנז' בכל יום

הולך לעירם ומוליך כלי כסף שעושה בחנותו כאן בעיר סאלי והולך ונותן אותם לסרסור למוכרם לו בעיר רבאט כמו שהם עושים במלאכתם ולא מלבד זה אלא שהוא פוחת במכירתו יותר משתות מהשעור שהם מוכרים בו ועל זה באו נקבצו ואמרו שאין רצונם שילך לעירם כי הוא מקפח פרנסתם:

ואנשי עי"ת סאלי טענו כנגדו ג"כ שהוא מקפח פרנסתם הואל והוא מוכר פחות שתות לפחות משער שלהם ואינם מוציאים מי שיקנה מהם שום דבר ועל כן הם רוצים לעכב עליו שלא ימכור בפחות ממה שהם מוכרים זהו טענתם ותול"מ:

תשובה על ראשון ראשון. פשוט הוא דבני רבאט יכולים לעכב עליו וגמרא ערוכה שנינו בפרק לא יחפור ד' כ"א ע"ב אמר רב הונא בריה דר"י פשיטא דבר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב יעו"ש ופסקוה כל הפוסקים ופסקה מר"ן בס' קנ"ו ס"ז וז"ל סוחרים המביאים סחורותם למכור בעיירות בני העיר מעכבים עליהם מלמכור על יד על יד כדרך חנוונים ע"כ וא"כ ראוי הוא לעכב עליו:

והגם שיצחק הנז' הוא מוזיל בסחורה ומוכרה בזול ומצינו למור"ם בס"ס קנ"ו דכתב י"א הא דבני העיר יכולים למחות בבני עיר אחרת היינו דוקא בדליכא פסידא ללקוחות שמוכרים כשאר בני העיר אבל אם נותנים בזול אין מוכרי סחורות יכולים למחות ובלבד שיהיו הלוקחים ישראל עכל"ה ואם כן גם כאן שהוא מוזיל נימא דאין יכולים לעכב. אין זה אמת מתרי טעמי חדא דהדין זה דאם המוכר מוזיל הוא מחלוקת הפוסקים וראיתי להרב"י בס"ס קנ"ו שכתב וז"ל נמצא פסקן של דברים וכוי ומהדר הדינים וכשהגיע לדין זה לא פסקו בסתם כשאר דינים אלא כתב וז"ל ואם הסוחרים הבאים מוכרים סחורותם יותר בזול ממה שמוכרים בני העיר אם הקונים עכו"ם פשיטא שהיהודים בני העיר יכולים לעכב ואם הקונים הם יהודים להר"י הלוי ולהרא"ש ורבינו ירוחם ור"י יכולים לעכב עליהם ולהרמב"ם והמרדכ"י אינם יכולים לעכב עליהם עכל"ה הרי לפניך דדין זה הוא במחלוקת שנוי ומר"ן בב"י לא גילה דעתו אלא הניח הדבר במחלוקת א"כ כאן בש"ע דסתם דבריו ולא חלק בין אם הסוחרים מוזלים או לא ש"מ דלא שאני ליה וכן נראה מלשון מור"ם שהביא סברא זאת בשם י"א ולא פסק סתם נראה דלחלוק על מר"ן ז"ל דסתם דבריו ולא הביא שום סברא מהחולקים ש"מ דאינו מחלק וס"ל כסברת רוב הפוסקים דס"ל דיכולים לכוף אותו אפילו הוא מוכר בזול וא"כ אנן כסברת מר"ן קי"ל ויכולים לכופו:

ועדיפא מזה הוא דהא עקר סחורה שמוכר יצחק הנז' בזול לא מטייא שום הנאה לישראל אלא לעכו"ם דוקא וא"כ אין כאן שום מחלוקת כמ"ש מר"ן הב"י דכו"ע מודו דיכולים

לעכב עליו וכן כתב ג"כ מור"ם כמש"ל בדבריו ואם כן גם כאן יכולים לעכב ואין אומר ואין דברים:

והגם שקודם לזה היה יצחק הנז' רגיל למכיר סחורתו בעיר רבאט ולא היו מעכבים עליו כלל ואם כן הרי הוא כבר החזיק למכור סחורתו ומהנייא חזקתו שאין יכולים לעכב עליו שכבר ידעו מהזיקו ומחלו והוי דינייהו כדין חזקת ישוב שכתב בסו"ס קנ"ו וכן יש להוכיח מכמה סעיפים דמה ששתקו החזיק למכור ואינם יכולים לעכב עוד ועי' להרב זכו"ל חח"מ אות מ' ס' שכתב וז"ל ועי' במוהרח"ש ח"א סי' מ"ג שכתב דמי שהחזיק בלקיחת הצמר וכיוצא הוי כמו שהחזיק בבתים שבניו יורשים חזקתו יעו"ש והביא כמה פוסקים דסברי כן יעו"ש:

הרי לפניך דדין חזקה יש לו ליצחק הנז' לדבר זה וא"כ הואל ויש לו חזקה נימא דאין יכולים לעכב. גם לענין אי בעינן איזה זמן להחזיק בו כדי שתעלה לו חזקתו בודאי דלא בעי' שום זמן אלא משידעו בו שהוא מוכר סחורותיו בעירם ושתקו ולא מיחו הויא ליה חזקה לאלתר וכפסק מר"ן בסי' קנ"ד דלא מצריך חזקת ג' שנים אלא למחזיק בקרקע של חבירו אבל לשאר ענינים כגון הזיק ראיה וכדבר הזה הואל ומדהרגישו בהזיקו ולא מיחו הוי חזקה יעו"ש בסי' קנ"ד א"כ גם כאן נימא דאינם יכולים לעכב עליו: וכן ראיתי לרבינו מהריט"ץ זלה"ה סי' קכ"ח שנשאל על ראובן שהיה מוחזק במקום אחד להלות רבית לעם לא מבני ישראל המה ובאו שמעון ולוי והלוו גם המה ועברו כמו שש שנים ולא מיחה ואחר עבור שש שנים ערער ראובן על שמעון ולוי הנז"ל באומרו שאין להם רשות להלוות במקום שהוא מוחזק ושמעון ולוי השיבו אתה מחלת לנו וראובן השיב שמעולם לא מחל ומה שלא עשיתי מחאה משום שאתם החזקתם בגזל והגזלן אין לו חזקה וכו' יעו"ש השאלה באורך ולבסוף פסק הדין הרב הנז' וכתב הילכך בנ"ד אם לא היה חרם היה קינה תכף בראה ושתק כמו שכתבנו אמנם אם יש חרם אין הדבר כן ולו' שישבע אין מקום לשבועה זאת דהא השבועה היא שראה ונתפייס לאפוקי מה שטוען שלא ראה עד עתה כמ"ש הרמב"ם פי"א מהל' שכנים אמנם בנדו"ד לא שייך זו דהיכי מצי טעין לא ידעתי והרי יש לו יותר משש שנים שמלוה וכיצד יאמר שלא ראה עד עתה עכ"ל:

אמור מעתה דגם יצחק הנז' הואל וידעי בו שמוכר סחורתו בעיר רבאט ומעולם לא מיחו למוחזק יתקרי. עכ"ז בנדו"ד שהוא מוזיל הסחורות מן השער שלהם יכולים בני העיר לעכב עליו ולו' דעד כאן לא מחלנו מקול"ז אלא בזמן דלא הויא לן פסידא כ"כ שהיינו אנחנו מוכרים כפי השער שלנו וגם אתה עמנו ולא היית מפחית השער אבל עכשיו

שאתה רוצה לפחות השער ולהוזיל לקונים ונשאר אנחנו יושבים שומים ונתקפחה פרנסתנו לזה לא החזקת וסברה ישרה ונכונה היא ודמייא האי מילתא למ"ש מור"ם בסי' קנ"ד סי"ב במי שהחזיק לשפוך מימי כביסה אחת לחצר חבירו דאינו יכול לשפוך יותר ממימי כביסה אחת יעו"ש והטעם הוא דיכול לו' דיותר מהזיק זה אינם יכולים לסבול: ואם כן גם כאן יכולים בעלי אומנות הנז' לו' דהגם דהחזקת למכור עכ"ז להוזיל השער ולקפח פרנסתנו לא החזקת. ואין להשיב ולומר דשאני התם הואל ובחזקת קרקע איירי לכך אינו יכול להוסיף המזיק יותר ממה שהזיק אבל בנדו"ז איכא למימר לא. זה לא יתכן דהא כל מאי דקי"ל בהו דלא בעינן חזקת ג' שנים אלא לאלתר הויא חזקה הרי טעמייהו בצדק דהטעם הוא דהואל וידע ושתק בהזיקו ודאי מחל וכמ"ש מר"ן בדבריו בסי' קנ"ד ס"ז ובדברי הסמ"ע שם סקז"ך וא"כ גם כאן ממנו יוצא לנדו"ד דאם ירצה למכור כפי השער שלהם בודאי דאינם יכולים לעכב שהרי ידעו ומחלו אבל לפחות מהשער וללקו בשתים דהיינו למכור בעירם ונוסף ע"ז פחיתת השער לזה לא החזיק וזה אינה תורה ודרכיה דרכי נועם כתיב. זהו משנלע"ד בזה ותול"מ:

גם מלבד זה אפילו אם לא היו יכולים לעכב עליו מה"ד שלא ילך וישתחרר אצלם אפי"ה יש להם ארוכה ומרפא כדי למונעו מהא דכתב הרב"י בסי' קנ"ו וז"ל מהרי"ק בשורש קצ"ד האריך בדינים אלו וכתב שזה שכתב הרא"ש בתשו' שאדם יכול לדור בכל מקום שירצה ואין בני העיר יכולים לעכב עליו פשיטא שר"ל שאין בני העיר יכולים לעכב עליו ע"פ ב"ד אבל אם תגבר יד בני העיר לסגור דשא באפיה הן ע"י השר הן ע"י שום דבר פשיטא שהרשות בידם ולא יחלוק ע"ז כי אם העקש ופתלתול אשר לא ידע ולא יבין ולא הגיע להוראה עכ"ל הרי לפניך דאפילו במקום דלא מצי לעכב מצד הדין יכולים הם לילך אצל השר ולעכב אותו ע"י:

והגם שהרב מר"ן בבד"ה תמה עליו וכתב וז"ל ודבריו תמוהים בעיני היאך יופקד זה להתגבר ע"י השר ושלא ע"פ ב"ד ואע"ג שהפריז הרב להחרים נגד החולק על דבריו לא אמנע מלכתוב הנראה דמלאכת שמים היא ואין משא פנים בדבר עכ"ל א"כ הרי משמע דמר"ן ז"ל תמה עליו לא נניח פסקו של הרב מהרי"ק מכח תמיהת הבד"ה דהא הרב בד"ה דהוא עצמו לא החליט הענין אלא תמה תמיהא בעלמא והלך לו ומה גם שמור"ם בד"מ ובהג"ה פסק כוותיה שאחר שהביא סברת הרא"ש דאין יכולים לעכב בני העיר על מי שבא לדור אצלם והביא סברת החולקים כתב לבסוף ולכ"ע אם בני העיר יכולים לסגור הדלת ולגרום עם המושלים שימחו בבאים לגור אצלם או ע"י מונח אחר הרשות

בידם יעו"ש ואנן כסברת מור"ם קי"ל היכא דלא גילה מר"ן דעתו וא"כ גם כאן הגם דמר"ן בבד"ה תמה על מהרי"ק ז"ל הואל ובקצר לא גילה דעתו כגלוייה דמור"ם קי"ל:

וכנדו"ז ממש ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בס' קמ"ו שכתב על מאי דפסק מור"ם בס"ס רצ"ד אותה תשובה של הרב ת"ה זלה"ה בההיא דראובן שהמציא חוב בטוח לשמעון וכו' יעו"ש וכתב הרב הנז' דמר"ן בב"י סי' של"ה כתב דדברי הרב ת"ה מגומגמים אפי"ה הואל ולא הכריע בקצר הפך ממנו אלא דאשמטיה לדינא דת"ה ומור"ם ז"ל פסקו אנן הכי נקטינן לפי הכלל המסור בידינו דהיכא שמר"ן השמיט דין אחד בש"ע ומור"ם פסקו כוותיה עבדינן הרי לפניך דאפילו תמה על הרב מהרי"ק ז"ל בתר מור"ם אזלינן הן אמת דלכאורה יתמה על הרב מהריב"ו זלה"ה שהרי הוא ז"ל כתב בליקוטיו משם הרב כמוהרר"פ בירדוגו זלה"ה וז"ל עוד כתב הרב הנז' שאלה אם קבלת קדמונינו דברי מר"ן היתה אף על דבר שהכריע הוא בביתו הנאמן ב"י אע"פ שלא ערכו על השולחן הטהור בספרו הקצר:

תשובה כך הוא וכן ראיתי להרשב"א ז"ל ששאל להרב מוריב"ע והשיבו לכו אל יוסף אף בהכרעתו בב"י לבד וכן ראיתי למוהריב"ץ ז"ל וכו' יעו"ש א"כ הרי מדברי המלכים האדירים האלה דאזלינן בתר מר"ן אפילו על גילוי דעתו שבב"י וא"כ היאך פסק איהו כמור"ם הואל וכבר מר"ן גילה דעתו בב"י ואולי יש לתרץ דלא היתה קבלת הרבנים הנז' אלא היכא דגילה מר"ן דעתו ועשה הכרעה גמורה וכמו שמובן בדבריהם שכתבו בהכרעתו שהכריע בביתו הנאמן אבל היכא דלא הכריע אלא תמה איזה תמיהא בעלמא כנדו"ד או שלא כתב הכוונה אלא גמגם בדבר כההיא דסי' של"ה שהביא הר' ז"ל דהרב"י כתב דדברי ת"ה מגומגם בזה פשוט הוא בעיניו של הרב מהריב"ו ז"ל דבזה לא מקרייא הכרעה וכוותיה דמור"ם פסקינן גם י"ל דלא כתבו הך כללא דבתר מר"ן אזלי' אפילו בב"י היינו היכא דלא גילה מור"ם דעתו בקצר אבל היכא דגילה מור"ם דעתו בקצר ומר"ן הכריע בב"י איכא למימר בתר מור"ם אזלינן ולא היא הך כללא דאזלינן בתר הכרעת מר"ן אלא דוקא לגבי שאר פוסקים:

אלא דזה נ"ל דוחק דלא משמע מלשונו כך שכתבו בשאלה אם קבלת קדמונינו היתה על דברי מר"ן אף על דבר שהכריע בו בב"י וכו' ולפי פשטן של דברים משמע דעל הקבלה סתם קא שאיל אם הקבלה דקי"ל כמר"ן בש"ע אם גם בב"י אמרינן כן דהלכה כוותיה וע"ז השיב דשוים נינהו וא"כ הואל ושוים הם כמו דקי"ל דמאי דפסק בש"ע קי"ל כוותיה ולא כסברת מור"ם א"ך גם מאי דפסק בב"י הכי נקטינן ולא כסברת מור"ם זהו פשטן של דברים אלא בודאי דצריכים אנן לתרץ על הרב מהריב"ו בתירוצו קמא כדי שלא יהו

דבריו נגד המלכים והוא שותה בצמא את דבריהם בכל פסקיו יעו"ש וכ"ך הרב מש"ה מ"מ א"ל דאזלינן בתר מר"ן בב"י אפילו דעת מור"ם בקצר הפך: וכל זה לא כתבנו אלא לרווחה דמילתא דלנדו"ד אין אנו צריכים לכ"ז דודאי הוא שהגם שמר"ן בבד"ה תמה על מהרי"ק ז"ל אנן כסברת מור"ם דפסק כוותיה עבדינן דהא תמיהתו על מהרי"ק לא הובאה בב"י אלא בבד"ה וראיתי להרב הנז' בליקוטיו שכתב מפי המלכים האדירים שזכרנו דלא היתה קבלת קדמונינו אלא על ב"י והש"ע אבל על הכרעתו בבד"ה שלא יצא טבעו בימיהם לא היתה קבלה ע"ז וכו' יעו"ש ואם כן גם כאן פשוט הוא דאזלינן בתר מהרי"ק ז"ל הואל ומור"ם פסק כוותיה לית דין ולית דיין:

אחרי זאת בחיפושי באמתחתי בספרי הקודש מצאתי להרב כנה"ג בספרו הבהיר בע"י חי"י סי' ר"ג ראיתי שנשאל הרב על בני מגנאסייא שהיה מחייתם תלויה בקניית הצמר מאת הגוים אשר בעירם והיו מוליכים אותו לאיזמיר אח"כ קמו בני אזמיר ונתעוררו והלכו הם עצמם לקנות ממגנאסייא הצמר מהגוים וע"ז צעקו ככרוכייא בני מגנאסייא על בני אזמיר אשר פסקו להם חיותייהו ועלתה צעקתם לפני מלך החיים זלה"ה והשיב להם אחר כמה ראיות דמן הדין אינם יכולים לעכב עליהם דלא אמרו דבר מתא אבר מתא אחרינא מעכב דוקא אם באו למכור אבל אם באו לקנות בזה לא אמרו דמעכב יעו"ש מטעם זה ומטעמים אחרים ולבסוף כתב דהגם דמן הדין אינם יכולים לעכב עכ"ז יכולים הם בני מגנאסייא לסגור דשא באפייהו מההיא דמהרי"ק וכמו שהבאתי אני עני ממש ונתתי שמחה בלבי וראיתי להרב הנז' שכתב דגם מהרשד"ם תמה על הרב מהרי"ק ז"ל ואפי"ה בסוף דבריו כתב מהרשד"ם דמי יבוא אחרי המלך מהרי"ק ז"ל יעו"ש גם כתב דהרב ב"ח כתב דתשו' מהרי"ק אינה צודקת יעו"ש עם כ"ז כתב הרב הנז' בסו"ד דהגם דהרב בד"ה והרב ב"ח חולקים על מהרי"ק הרי הדבר מחלוקת הפוסקים ובני העיר קרוים מוחזקים לענין זה ויכולים לומר קי"ל כס' מהרי"ק ויכולים לסגור דשא באפייהו יעו"ש:

ואנן בדידן לא צריכים לכ"ז אפילו אם היו יהיה המזיק הוא המוחזק עכ"ז כבר כתבנו דיכולים בני העיר לעכב הואל וקי"ל כמור"ם ז"ל ומור"ם פסק כמהרי"ק ז"ל דיכולים לעכב:

גם ראיתי להרב בע"י חי"י זלה"ה שכתב דאל תטעה לו' שהגאון מהרי"ק זלה"ה לא אמרה אלא בשבא דוקא גם הוא בע"כ של יושבי העיר ע"י השר ולכן גם הוא יעכבו עליו ע"י השר אבל כשאינו בא בע"כ ע"י השר אלא בא מעצמו גם בני אנשי העיר אינם

יכולים לסגור דשא באפיה זה אינו אלא שהדברים מוכרחים שמהרי"ק דן דינו אפילו במי שאינו בא בע"כ מהראיות שהביא יעו"ש:
סוף דבר חפשתי על כל דבר ודבר ומצאתי שיצחק הנז' סגר עליו המדבר הן מן התורה הן מן השררה לכל אשר יפנה ימצא תברא אכן במקומו ימצא אורה:
ומעתה הבוא נבוא העירה למחלוקת בני העיר סאלי יע"ה על יצחק באומרם לו שלא יוזיל השער דפסק להו לחיותייהו ומעקרא אכתוב משנלע"ד לכאורה ולבסוף אכתוב מה ששוהד"ן:
איתא בפרק הזהב דף ס' רבי יודא אומר לא יחלק החנוני קליות ואגוזים לתינוקות מפני שהוא מרגילן לבוא אצלו וחכמים מתירין ולא יפחות מהשער וחכ"א זכו"ל ע"כ וז"ל הגמ' שם מ"ט דרבנן דאמר ליה אנא מחלקנא אמגוזי ואת פליג שויסקי ע"כ והוסיף בגמ' וז"ל וחכ"א זכו"ל מ"ט דרבנן משום דקא מרוח לתרעא ופירש"י שם דכשרואים אוצרי פירות שזה מוזיל השער גם הם מוזלי השער:
הנה פשוט במשנה ברור דבדינא דרישא דמחלק קליות ואגוזים בודאי דלא שייך טעמא דמרווח לתרעא דהא השער כדקאי קאי ואינו מקפח פרנסתם אלא מכח חלוקו ולכן לא אמרו חכמים בדינא דרישא זכו"ל אלא אמרו וחכמים מתירין לא כן בדינא דסיפא אמרו חכמים זכו"ל ובשביל זה בדבדינא דרישא ליכא הרווחת תרעא ע"ז הוצרכו בגמ' למיהב טעמא דאנא מחלקנא באגוזים ואת חלוק שויסקי זהו פשטן של דברים:
ועפ"ז יבוא על נכון מחלוקת ר"י ורבנן למה הוצרכו לחלוק בהני תרי בבות ולא די להם בבא אחת לחלוק בה משום דרישא וסיפא איצטריכו לתרוויהו דלר"י איצטרכי רישא לומר לך דאפילו יש להם תקון לחלק שויסקי ובשביל זה לא תהיה להם קפוח הפרנסה אפי"ה יכולים לעכב עליו והט' הוא דהואל וליכא הרווחת תרעא בזה יכולים לעכב עליו וסיפא גם כן איצטריכא לר"י לו' דהגם דאיכא הרווחת תרעא בזה עכ"ז הואל ומקפח פרנסתם הואל ואין בידם לתקן כדי שלא תתקפח פרנסתם יכולים לעכב וכללא דמילתא הוא היכא דאיכא תרתי לטיבותא אלבא דר"י דהיינו דאיכא הרווחת תרעא וגם יש בידו לתקן אזי אינם יכולים לעכב אבל בכגון הני תרי בבות דליכא אלא חדא לטיבותא יכולים לעכב ולרבנן ג"כ איצטריכו הני תרי בבות דרישא איצטריכא דאין יכולים לעכב אפי' ליכא טעמא דהרווחת תרעא ויש בידו לתקן ולא תתקפח פרנסתו ובחדא לטיבותא דיכולים לתקן לא יכול לעכב עליו וסיפא איצטריכא שמתקפח פרנסתו ואין בידו לתקן עכ"ז אינם יכולים לעכב הואל ויש הרווחת תרעא דהיינו חדא לטיבותא וא"כ סיפא ורישא איצטריכו לר"י ורבנן וחדא מחדא לא אתייה:

והנה מצינו לכל הפוסקים דכולהו פסקו כסברת חכמים דאין יכולים לעכב עליו וכן פסק מר"ן בס' רכ"ח סי"ח וז"ל מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי שירגלו לבוא אצלו ויכול להוזיל השער ואין בני השוק יכולים לעכב עליו יעו"ש:

וא"כ לפי מה שבירתי לך בדברי הגמ' אם כן לפ"ז מאי דפסק מר"ן כאן דיכול לחלק הוא משום שאין קפוח הפרנסה כ"כ דיכול לומר להם הרי יש בידכם לתקן דהיינו לחלק שויסקי ומאי דפסק דיכול להוזיל השער הוא משום דמרווח לתרעא:

ואם כן בנדו"ד שמוזיל השער ובהוזלת השער לא מרווח לתרעא אלא לעכו"ם נראה דיכולים לעכב עליו דהא מקפח פרנסתם ואין בידם לתקן ואין כאן שום הרווחת תרעא ומטעם זה פסק מור"ם בסי' קנ"ד דבר מתא אבר מתא אחריתי לא מצי מעכב אם הוא מרווח לתרעא אבל אם לא היתה הרווחה תרעא לישראל אלא לעכו"ם בלבד בודאי יכולים לעכב עליו יעו"ש והבאתי דבריו לעיל וא"כ גם כאן יכולים לו' דיכולים לעכב עליו שלא יוזיל השער ולא יקפוח פרנסתם זהו משנ"ל:

אכן ומה אעשה שמצאתי להד"מ בסי' רכ"ח שכתב וז"ל כתב רבינו ירוחם נל"א אם שני בני אדם דרים בעיר אחת והאחד רוצה להלוות במעט רבית יותר מחבירו לא מצי מעכב עליו כדאמרינן בפרק לא יחפור לענין חניני עכ"ל וכן כתבו הרב"י בסי' קנ"ו וז"ל במחס"ב וז"ל הרוצה להלוות במעט רבית יותר מחבירו לא מצי מעכב עכל"ה ופסקי מור"ם לדין זה בסי' קנ"ו ס"ה וסיים מור"ם וכתב עי' לקמן ס' רכ"ח סי"ח עכ"ל. ומה שסיים עי' לקמן סי' רכ"ח סי"ח כוונתו לו' כמ"ש רבינו ירוחם דכמו דבחנוני אינם יכולים לעכב גם כאן אינם יכולים לעכב:

ואני הדל לא זכיתי לספרו של רבינו ירוחם לראות הדברים ולעמוד על שורשם ולהבינם היאך מדמה דין זה דרבית להיא דחנוני דלדעתי הקצרה לא דמו דבההיא דחנוני יש חד טעמא ברישא דהייני שיאמר לו אנא מפליגנא אמגוזי ואת חליק שויסקי ובהיכא דמוזיל יש הרווחת תרעא אבל בשני בני אדם המלוים ברבית לעכו"ם היאך יוצדק שום טענה מהנהו תרי טעמי דכתיבנא:

וכדברי אלה מצאתי בגמרא פרק לא יחפור ד' כ"א ע"ב דתני התם אמר רב הונא האי בר מבואה דאוקי ריחייא ואתא בר מבואה חבריה וקא מוקי גביה דינא הוא דמעכב עלויה דא"ל את פסקת לחיותי א"ל רבינא לרבא לימא רב הונא דאמר כר' יהודא דתנן ר"י אומר לא יחלק חנוני קליות ואגוזים לתינוקות מפני שמרגילם לבוא אצלו וחכמים מתירין. אפילו תימא רבנן ע"כ לא פליגי רבנן עליה דר"י התם אלא דא"ל אנא מפליגנא אמגוזי ואת פליג שויסקי אבל הכא אפילו רבנן מודו דא"ל את פסקת לחיותי עכ"ל הגמרא.

הרי לפניך דבמקום דליתא לשום טעמא מהנהו טעמי דהרווחת תרעא או הטעם האחר דיכול גם הוא לתקן דהיינו אנא מפליגנא וכו' אית ליה לגמרא דאיכא למימר דיסברו רבנן דיאמר ליה את פסקת לחיותי והיאך רבינו ירוחם יליף דינא דרבית מדין החנוני: והגם דלגבי פסקי מור"ם אהדדי יש לישבן דהיינו דבכאן בסימן קנ"ו ס"ז פסק כרבינו ירוחם דיכול להוזיל אפי' ברבית דלא מטייא הנאה כי אם לעכו"ם ובסוף הסימן בהג"ה פסק דאם ההנאה לא מטייא אלא לעכו"ם יכולים בני העיר לעכב וההיא פסקה ג"כ היא מרבינו ירוחם נל"א וכמו שרשם עליה הרושם והביאה הב"י בסי' קנ"ו וז"ל כתב הירוח"ם נל"א ס"ו שאם הלוקחים עכו"ם אפי' מוכר יותר בזול בני העיר מצו מעכבי וכן כתב הרב המגי"ד בפ"ו מהל' שכנים בשם ן' מיגא"ש עכ"ל ואם כן קשייה דברי ר"י עם דבריו וגם פסקי מור"ם סתראי נינהו:

אלא דזה יש לישב דבסעי' ז' מיירי בבני עיר אחת וכמו שכתב בלשונו שני בני אדם הדרים בעיר אחת לכך אינו יכול לעכב אבל באותה הג"ה דסוף הסי' מיירי בבן עיר אחרת דמן הראוי אין לו רשות לבוא להסתחרר אצלם ולא התרו בו שיכול לבוא אלא משום הרווחה לבני העיר ובשביל שבני העיר יכולים לומר אנחנו חפצים בו כדי שירוח לנו תרעא ומאי חזית דאזלינן בתר ריוח דידכו אדרבא ניזל בתר רויחא דידן ולכך אם לא תהי להם שום הרווחה לבני העיר אלא לעכו"ם יכולים לעכב וחילוק זה הרי הוא מפורש בב"י בסי' קנ"ו בפסקה המתחלת וכתב עליו הרמב"ן ובחילוק זה. נתחוורו דברי רבינו ירוחם אהדדי ופסקי מור"ם אהדדי אכין מה שהקשה בעיני על פסק רבינו ירוחם שכתבתי דלדעתי נראה דלא דמי ההוא דינא דרבית לחנוני זה צריך אצלי תלמוד הואל ואין בידי ספר ירוחם לעמוד על שורש הדברים: ומה שנ"ל פשוט הוא דרבינו ירוחם לאו מדין החנוני ממש יליף אלא מאי דאיתא שם בגמרא בפרק לא יחפור דאמרן דהקשה שם בגמרא על מאי דאמר רב הונא דבר מבואה דאוקי רחייא ואתא בר מבואה חבריה לאוקי ג"כ דהראשון יכול לעכב על השני הקשה שם בגמרא עליה וז"ל הגמרא מתיבי עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו ומרחץ בצד מרחצו של חבירו ואינו יכול למחות בידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בשלך ואני עושה בשלי. תנאי היא דתניא כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסקי ולא אחד מבעלי אומניות ולשכנו אינו כופהו רשב"ג אומר אף לשכנו כופהו עכ"ל הש"ס. ד וכוותייהו דרבנן דברייתא דכתבו דלשכנו לא מצי מעכב פסקו כל הפוסקים והרי התם לית ליה תקנתא כלל לבר מבואה הראשון שהרי פוסק לו חיותו דאי אמרת דיש שום תקון לבר מבואה הראשון או יש בו שום רווחה לבני העיר א"כ מאי דחי ליה תלמודא התם כשהיה רוצה

רבינא לומר לימא רב הונא דאמר כר"י וכו' מאי דחי אפי"ת רבנן ע"כ לא אמרי רבנן אלא התם דאמ"ל אנא מחלקנא אמגוזי ואת פליג שויסקי דהינו בידך לתקן הרי גם אם יש בידו לתקן או יש צד אחר דהיינו הרווחת תרעא לישראל דלרבנן שוים נינהו אלא בודאי דבהאי דאוקי ריחייא ואתא חבריה ואוקי ג"כ יש כאן פסקת חיים לראשון ואין בידו לתקן וגם ליכא שום הרווחה כלל ועכ"ז פסקו הפוסקים דאין הראשון יכול לעכב כרבנן דברייתא דפליגי עלי' דרשב"ג וס"ל דאפילו פוסק לו חיותו אינו יכול לעכב הואל וכל אחד עושה בשלו וא"כ פשוט בעיני דמכאן יליף רבינו ירוחם זלה"ה לדינא דרבית ולא מדינא דחנוני:

והגם דלשון הד"מ הוא זה כתב ר"י וכו' כדאמרינן בפרק לא יחפור לענין חנוני עכל"ה מלת לענין חנוני לאו היינו חנוני דמחלק אגוזים דז"א דלא מצינו דין זה דחנוני דמחלק אגוזים בפרק לא יחפור אלא בפרק הזהב והגם שגם כאן בפרק לא יחפור מביא דין זה דחנוני כשהיה רוצה לו' לימא ר' הונא דאמר כר"י דס"ל לא יחלק וכו' עכ"ז לא הו"ל להניח משנה ערוכה דפרק הזהב שהוא עיקר מקומו ולהרחיק מידיו להביאה מפר' ליחפ"ו ובפרט דאדרבא מפר' ליחפ"ו לא משמע לדבריו כלל וכמו שמחלק תלמודא כשהיה רוצה לו' לימא ר' הונא כר"י ודחי ליה אלא בודאי דמלת לענין חנוני צריך להיות לענין בני מבוי ואפילו אם תרצה לקיים מלת חנוני איכ"ל דקאי על אותה ברייתא דתני עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו וכו' ומוקים לה החם כרבנן דרשב"ג דפסקי כוותייהו הפוסקים וזהו מלת לענין חנוני דאמר הד"מ דהיינו לענין חנוני שיכול לעשות חנות בצד חבירו והדברים ברורים ופשוטים:

וגם פסק מור"ם יעיד ע"ז דפסק להאי דינא דרבינו ירו' בס' קנ"ו ס"ה גבי אותו דין דבני מבוי דיכול לעשות חנות בצד חבירו ולפניו פס"ד דר' ירו' ש"מ דמהתם יליף דאי הוה יליף מדין מותר לחנוני לחלק וכו' הו"ל להביאו לפני אותו דין בס' רכ"ח סי"ח אלא בודאי דדברי רביר"ו מכאן חוצבו ומ"ש מור"ם בתר האי דינא דרבינו ירוחם עי' לקמן בס' רכ"ח סי"ח כוונתו לומר דשם ג"כ יש דוגמא לזה:

איך שיהיה תבנא לדינא דידן שהדין שיכול יצחק הנז' בעירו לעשות חפצו ורצינו ולהוזיל בהונו ולא יכלי למימר ליה פסקת לחיותינו. זהו משנלע"ד לעת כזאת וצוי"ם וימ"ן אכי"ר כ"ד החותם כי למחי"ה שלחנ"י אלדי"ם בהאי שתא תרו"ם קרננו לפ"ק פה סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלו

נשאלתי בשותפים בחצר שהיתה צריכה תקון הכרחי ואחד מהם לא רצה לתקן עמהם כתב מר"ן בסי' קס"א ס"ה וז"ל אם אחד מבני החצר אינו רוצה ליתן בתיקון הצריך ואינו רוצה להשכיר ביתו שבחצר יתקנו הם וישכירו הבית ויקחו השכירות עד שיפרעו מחלקו המגיע לו יעו"ש והנה פשט לשון מר"ן הוא דאנן שוכרים הבית למי שירצה להשכירה ומאי דתפסינן מדמי השכירות מנכין אותו מחלקו המגיעו בהוצאה ותול"מ אלא דשמעתי באומרים לי שהרב משכנות הרועים מפרש בזה דכוונת מר"ן היא דשוכרים הבית ויקחו השכירות לעצמם ואין מנכין אותו מן ההוצאה עד שיפרעו מחלקו. המגיע לו ר"ל עד שיפרע להם בעה"ב ההוצאה ואזי יחזירו לו ביתו ומה שאכלו אכלו מדמי השכירות ושמעתי שדחוקו של הרב ע"ז הוא דהיאך השותפים יוציאו ממון ההוצאה מכיסם ואח"כ יחזרו על השוכר לגבות ממנו מעט מעט זה אינה תורה:

ואני נבהלתי משמוע דהיאך פה קדוש יאמר דבר זה דלא מלבד דיש על זה קושיות חבילות חבילות דזה נכלל בכלל רבית:

גם מאי שנא מההיא דמי שבנה בחצר חבירו האמורה בסי' שע"ה ס"ד דשם נאמר דכל מה שתפס מנכין לו מהוצאתו גם אין לשון מר"ן סובל זה הפירוש דלפי פירושו הכי הול"ל ויקחו השכירות עד שיפרע להם חלקו המגיע לו אבל במאי דתני עד שיפרעו מחלקו משמע דכוונתו לא יקחו השכירות עד שיפרעו מחלקו המגיע לו דהיינו מאותו שכירות יהיו נפרעים עד שיכלו דמי ההוצאה ואח"כ יחזור קרקע למרה קמא והגם ששמעתי שהרב הנז' נדחק במה דכתיבנא ושם עשה כסא וסמוכות שלו לפירושו ולא זכיתי כעת לראות זה הספר ולעמוד על הבא"ר:

אכן משנלע"ד לכתוב עתה הוא דעיקר תמיהתו של הרב דבשבילה הוצרך להוציא הדברים מפשוטן לעד"ן שאינה תמיהה כלל דהא יכולים השותפים לשכור הבית וליקח עד כדי דמי הוצאתן וכיצד יעשו דהיינו יכריזו על הבית כמה ירצה איזה אדם לשוכרה ולהקדים בשכירות הבית כו"כ ואזי מי שיבוא אצלינו ויאמר אני רוצה לתת כו"כ בתורת מקדים בשכירות הבית אזי שוכרין לו אפי' צריך לגבות לו משומת השכירות דהיינו אפילו לאחר התיקון תהיה שוה דינר בחודש ועל ידי הקדמת השכירות אנו שוכרין אותה לו בחצי דינר לא איכפת לן. שכתב מר"ן בסיק"ג ס"ה וז"ל ואם אין המלוה רוצה לקנות יותר מכדי חובו ואומר פרע לי מעותי מאחר שמה שהוא כדי חובו אין בו שיעור הראוי הדין עמו וכופין את הלוה למכור את הקרקע או למשכנו ויפרע לזה מעותיו ע"כ וכתב שם הש"ך סק"ד וז"ל או למשכנו ובתשו' רשב"א ורבינו ירו' איתא או משכירין

וכתב ד"מ דהיינו להשכירו שיעלה בפעם אחד דמי החוב אבל אם לא יוכל להשכירו רק שנה אחת בדבר אחד מועט אין ממתינים ללוה דא"כ תנעול דלת בפני לווין ויותר נ"ל דכאן מיירי שמשכירין אותו שיתן השוכר השכירות מיד דאל"כ כיון ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אינו בדין שימתין המלוה ונראה שלכך השמיט המחבר השכירות משום דאינו שכיח ששוכרים לשלם מיד דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לכך מוכרים או ממשכנים עכ"ל הרי לפניך דבמקום שהדין הוא לשלם לו ממונו דינא שימכור הקרקע או ממשכנה או שוכרה ע"י הקדמת השכירות וכמ"ש הרשב"א ופירשו הש"ך וא"כ גם כאן לפי דבריו של הרב הנז' דהוצרך לו' דהשותפין יקחו השכירות עד שישלם להם ההוצאה ויהיה דמי השכירות נוסף על ההוצאה משום דהווייא אונאה בדבר שהשותפים יוציאו הדבר ואח"כ יקחו אותו בפרוטרוט ולפי דבריו שיש אונאה בדבר הרי הי"ל להרמ"ה בעל סברא זאת לו' דהשותפים ימכרו מעט מהקרקע כדי חלקו בתיקון או ממשכנים או שוכרים אותו בהקדמת השכירות והוא טוב לו לשותף משיקחו כל דמי השכירות יתירות על ההוצאה אלא ודאי דאין אנו צריכים לכל זה דהגם דלגבי המלוה כתב מר"ן בסיק"ג דמוכרים הקרקע או ממשכנים וגם הוסיף הש"ך לו' משמיה דהרשב"א שמשכירים בהקדמת השכירות הרי פי' שם בדברי הש"ך משם הד"מ טעמו בצדו משום נעילת דלת ולזה כתב הד"מ דמשום נעילת דלת דין הוא ששוכרין אותה כדי שיעלה בפעם אחד דמי החוב והוסיף הש"ך לו' גם בהקדמת השכירות יעו"ש הרי דלא כתבו זה דשוכרים אותה בפעם אחד ובהקדמת השכירות אלא משום נעילת דלת אבל במקום דליכא נעילת דלת לא שכרינן ליה בפעם אחר וגם לא פחתינן משווייה ליקח השכירות בתורת מוקדם מכ"ש דליכא למי' שיקחו השכירות נוסף על ההוצאה כמ"ש הרב ז"ל דבנדון זה אין כאן נעילת דלת דהא יותר ממה שהשותף רוצה לתקן השותפין חביריו ניחא להו יותר לתקן ומה נעי' דלת שייך כאן אלא בודאי דפשט מר"ן מורה דהכוונה היא שהשותפים מוציאים בבנין ויקחו משכירות הבית קמא קמא וינכו אותו מדמי ההוצאה שמגיע לשותף בחלקו:

אחרי זאת ראיתי להרב כמהר"י ן' וואליד זלה"ה בס' וי"ק סקפ"ב שנשאל ע"ז בשותף שלא רצה לפרוע חלקו והשיב להם הרב הנז' וז"ל ואם אין בידם במה לשלם ימשכנו הבית בידו ויהנה בפירות השבח שהשביח בבנין מחמת ההוצאה שהוציא דהיינו שישומו הבית כמות שהוא עכשיו כמה שוה שכירותו בכל חודש והגם שאינו ראוי הוא לדירה אפשר שראוי הוא לדבר אחר ואחר שיבנה אותו ישומו השמאים כמה שכירותו בכחו"ח דרך משל אם עכשיו שוה שני איקיות ואחר שיבנה אותו יהיה שוה שבעה

אוקיות יפרע לשותפים בכחו"ח מה שעולה להם מהב' איקיות כפי שיעור חלקם בחצר ויהנה הוא בחמשה אוקיות שהשביח מחמת הוצאת הבנין עד שיפדו השותפים עכ"ל והנה הגם דהרב מהרויב"ו גילה דעתו ודבריו דאין פירוש דברי מר"ן שיקחו השותפים השכירות לגמרי כמ"ש הרב משכנות הרועים דלפי דברי הרב משכנו' הרועים אין אנו צריכים לעשות אותה בידו משכונה וגם אפי' מה שהיתה שוה מקודם הבנין עכ"ז הרי אית ליה להרב דהכל יהיה לשותפים עד שישלם להם לא כן הרב הנז' ס"ל דצריך לשלם להם מה שהיה קודם הבנין וגם מה שנתרבה מכח הבנין אינו זוכה בו אלא מצד שעשאו אותו בידו משכונה דון מינה הא אם הוציא ולא נעשה בידו משכונה צריך לנכות הכל וזה מורה שהרב הנז' מפרש כפשט מר"ן דכל מה שיקחו השותפים מדמי השכירות יתנכה מהוצאת חלק השותף:

אלא דעל הרב מהריב"ו זלה"ה נמי תמיה לי מנין הוציא דין זה דאם לא רצה השותף לבנות דעושה אותה משכונה כדי שירויח השותף השכירות בשביל מה שהוציא ההוצאה הרי מר"ן לא כתב אלא שוכרים אותה דהיינו שוכרים אותה וגובין על יד על יד בכחו"ח ומאין הוציא האי דינא דממשכנים אותה בידו ואם כוונתו של הרב מהריב"ו לפרש דכוונת מר"ן שכתב שהשותפים שוכרים אותה דהיינו בבת אחת ויקחו השכירות בתו' מוקדם דאז נראה דמר"ן חייש לפסידת השותפין שלא יתבטל כיסן בהוצאת הבנין וממילא הואל ומר"ן חייש לזה כתב הרב בתשובה זה התיקון שימשכנו בידי השותף חלק מי שאינו רוצה לבנות עמהם דדא ודא אחת היא דכמו שיכול לשכור בפעם אחת בהקדמת השכירות כן נמי תיקון אחר יכול למשכן וכמ"ש מר"ן בסיק"ג שכתב וכופין את הלוה למכור או למשכן וכתב הש"ך משם הרשב"א דגם יכולים לשכור לזמן וכו' ש"מ דשוים הם ולכך הרב מהריב"ו כתב לשואל בתשו' שיעשו זה התיקון זה לא יתכן לפרש כן בדברי מר"ן שהכוונה היא שישכירו אותה ע"י הקדמת השכירות דהא כבר כתבנו שהש"ך כתב בשם הד"מ דלא תקנו שיכול לשכור בהקדמת השכירות אלא במקום דאיכא נעי' דלת אבל במקום דליכא נע"ד לא ובנדו"ד כבר כתבנו דליכא נע"ד:

זאת ועוד אחרת דהרי כתב הש"ך דשם מר"ן בסיק"ג לא כתב אלא דמוכרין הקרקע או ממשכנו אבל לא כתב שישכירו לזמן ולהקדים לו השוכר השכירות וכסברת הרשב"א והטעם דלא כתב להאי תיקון משום דסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף לכך לא חש הרב לכתוב מלתא דלא שכיחה ואם כן היאך אנו נאמר דכוונת מר"ן כאן שישכירו אותו השותפים בהקדמת השכירות הרי מילתא דלא שכיחה לא כתב לה:

ואדרבא כלפי לייא דלא הו"ל למר"ן לכתוב כאן בסיקס"א אלא דאם לא רצה השותף לבנות עמהם מוכרים מחלקו או ממשכנים דהיא מילתא דשכיחא וכמ"ש בסיק"ג:

שוב ראיתי להרב תוש"י ח"ב די"א ע"ד שכתב בתוך פסק אחד וז"ל ולא עוד אלא שהיה אביו מדקדק כשבנה משלו החנויות שהיו בשותפות ביניהם לעשות משכו' בב"ד על הבנין שהוסיף משלו ואם איתא שהיו עיסה אחת וכל הרווחים לאמצע למה יעשה משכונה בב"ד על הבנין שהוסיף כיון שהכל מן האמצע וגם הב"ד שעשו לו אי אפשר להסכים על המשכו' אם לא שהיה ידוע ביניהם שכל אחד נפרד לעצמו עכל"ה הרי מדברי הרב הנז' מוכח דכך הדין פשוט בב"ד דשותף שהוציא בבנין ממשכנין בידו חלק חבירו וכפסק הרב מהריב"ו זלה"ה ותמיהתי במקומה עומדת ועדיין הדבר צריך אצלי תלמוד מהיכן יצא להם דין זה כי דברי הרב מהריב"ו באו בקיצור בלי שום ראיה גם צריך לי עיון במ"ש דשיימינן לקרקע כמה היתה שוה וישלם לו השותף ומה שהוסיף בשכירות מכח הבנין יהיה ריוח למוציא הוצאות בעד ממונו שהוציא ירויח זה על ידי שעושה אותה לו משכונה כ"ז צל"ע:

אבל בענין הדין כך חובתינו לשתות בצמא את דברי רבותינו הראשונים ולקבל מנהגם הטוב דאם לא ירצה השותף לפרוע עומדין הבדי"ץ וממשכני' את חלק המעכב ביד השותף כדין משכנתא בניכוי כאשר יראה בעיני הדיינים הואיל וכן בא הדבר מפורש בספר תוש"י ובספר וי"ץ כמש"ל. זוהי הנראה לעניות דעתי וצוויי"ם וימ"ן אכי"ר:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט הל' מצרנות סימן קל"ז להיות שראובן היתה בידו חנות אחת מושכרת מעכו"ם אחד והלך שמעון ושכרה מהעכו"ם ובא להוציא ראובן ממנה וראובן טוען שהוא מצרן ורוצה שישאר בה מדין מצרנות ובא העכו"ם לפנינו וטען כי גם הוא אינו רוצה להשכירה לראובן יותר ורצונו הוא שישכירה לשמעון דשמעון נוח לו וראובן קשה לו ע"כ: תשובה לזה הוא הנה ידוע דדין מצרנות בשכירות היא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דלהרמב"ם אין דין מצרנות בשכירות ולהרא"ש ס"ל דגם בשכירות יש דינא דבר מצרא ואנן כוותיה דהרמב"ם ס"ל הואל ומר"ן בקצר פסק כוותיה בסי' קע"ה סנ"ט דאין דין מצרנות בשכירות ובנדו"ד אפי' הרא"ש יודה דהא מצינו לרבינו הסמ"ע שכתב בסי' קע"ה ס"ק קי"ב דגם סברת הרא"ש שהביא מור"ם דס"ל דיש דין מצרנות בשכירות עכ"ז היינו אם קדם השוכר או הממשכן וקנאו דאין המצרן יכול לסלקו יעו"ש א"כ הרי לפניך דאפילו מאן דס"ל דשכירות ליומא ממכר הוי ויש בה דינא דבר מצרא הייני דוקא אם קדם מי שממושכנת או מושכרת בידו וקנאה אבל אם בא לכתחילה מי שממושכנת בידו לקנותם אפילו הרא"ש מודה דאין בה דינא דבר מצרא וא"כ כ"ש

בנדו"ד שכבר הלך שמעון ושכרה מגוי וראובן רוצה לזכות בה בשכירות מכאן והלאה בודאי דלכל הדיעות אין כאן מצרנות ואין לומר דהא דבעינן דוקא קדם וקנאה הוא שיזכה בה לדעת הרא"ש אבל אם בא לזכות בה לכתחילה לא היינו דוקא לגבי המצרן אבל לגבי מי שאינו מצרן כנדו"ד איכא למימר אפילו לכתחילה יכול לזכות בה הממשכן או מי שמושכרת בידו ז"א דהא מהא דכתב מר"ן בסעיף מ"ה דאם טען הלוקח למצרן שדה שבאת מכחה לסלקני שכורה היא בידך או משכונה וכו' ש"מ דאם היא שכורה או משכונה אינו יכול לסלק אפילו למי שאינו מצרן וממנה הוכיח הסמ"ע בסעיף קי"ב דאין כח ביד הממשכן לזכות או המוכר אלא בקדם וקנאה דוקא אבל לכתחילה אם בא לזכות אינו יכול לזכות אפילו כנגד לוקח שאינו מצרן א"כ לכאורה נראה בנדו"ד אפילו לסב' הרא"ש ליכא דינא דבר מצרא:

אלא דמצאנו ראינו להרב הט"ז שכתב בסעיף נ"ט דהרמב"ם והרא"ש לא נחלקו אלא במי ששוכר בית ובית שאצלו נשכר אבל אם הוא שוכר בית ובא אדם אחר ושכר אותו בית עצמו בודאי דיכיל השוכר הראשין להחזיקו לעצמו וגם הרמב"ם מודה בזה יעו"ש ובודאי דברי הטו"ז אלו דאמרן דמי שהיתה מושכרת בידו יזכה בה מדין מצרנות ודאי הסברא נותנת אפילו אם המצא ימצא דהגוי יאמר לא ניחא לי לשכור לך ביתי יותר כי זה השני נוח לי ואתה קשה לי בודאי אם יבוא הגוי לדין לפנינו כמו מאי דקמן בודאי פסקינן ליה דצריך לשכור אותה לשוכר ראשון ויסתלק מינה השוכר שני מדין מצרנות כי טענת זה נוח לי לבטל מצרנות דשכירות היא גריעא: והגם שיש לדקדק ולומר דלכאורה נראה דמר"ן ס"ל דטענת זה נוח לי טענה אלימתא היא דהא כתב מר"ן בסעיף נ"ח וז"ל אם בתחילת המשכונה בא המצרן וערער ולעכב לומר אני אלוה לך כי שמא כוונתו להערים למכור למלוה אינו יכול לעכב בידו כי יאמר לו זה נוח לי ואתה קשה ע"כ וא"כ גם כאן היאך יכול לזכות מדין מצרנות בבית זה הרי בעל הבית יאמר לו זה השוכר השני נוח לי ואתה קשה לי הואל וסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף: זה אינו דבנדו"ד שהיתה כבר מושכרת בידו ודאי גילה דעתיה דנוח לו ביה וראיה מההיא דסי' רצ"א סכ"ו דשומר שמסר לשומר חייב וכתב שם לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד דבר זה אצל השומר השני הרי השומר הראשון פטור הרי לפניך כל שגילה דעתו שוב אינו יכול לומר אין רצוני בו א"כ גם כאן הואל והיתה מושכרת בידו ימים רבים אזדא לה טענת רצוני שזה קשה וכו' והגם שיש להשיב על ראיה זה דשאני התם דהשומר הראשון פטור משום דלא מיחה מעיקרא המפקיד ובשביל זה אמדינן דעתיה דמסתמא ניחא ליה בשמירתו אבל אם שם ג"כ המפקיד בשעה שבא למסור הפקדון ביד שומר

שני מיחה בו בודאי דיכול לעכב עליו ואם נאבדה מיד שומר שני ודאי יהיה הראשון חייב דכל שגילה דעתו לית דין ולית דיין וא"כ גם כאן הואל ובא בעל הבית לומר אין רצוני עוד בשוכר הראשון כי הוא קשה לי נימא דטענתו טענה:

אכן מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' שט"ז נראה דאפילו אם בעל הקרקע אינו רוצה לשוכרה עכ"ז כתב הרא"ש שם שהדין עם שמעון המצרן וא"כ קשה הרי ראובן בעל הקרקע יכול לטעון זה נוח לי וזה קשה לי:

אלא בודאי דבשכירות לא שייך טעם זה הואל ואין כאן פסידא כ"ך גם איכא למימר שמא שקר קא טעין ע"ז המצרן וא"כ מדיניה דהרא"ש דאותו תשובה דסי' שט"ז אתה למד לנדו"ד מכ"ש דהרי דיניה דהרא"ש בדלא היתה מושכרת כלל ביד שמעון אלא היה ראובן משתמש בה לעצמו וכששכרה ללוי רצה שמעון לזכות בה מדינא דבר מצרא וא"כ מכ"ש בנדו"ד דהיתה מושכרת ביד השוכר וכבר בעל הקרקע גילה דעתו דניחא ליה ביה ודאי שוב אין יכול לטעון אתה קשה לי לבטל המצרנות:

וגם דברי מר"ן עצמם בסי' נ"ח מורים כן דהרי מר"ן עצמו לא כתב דיכול בעל הקרקע לומר זה נוח לי אלא בבא לטעון בתחילת המשכונה כי שמא כוונתו להערים בזה הוא דאיכא יכול לטעון זה נוח לי כי שמא האמת אתו הואל ואין כאן בטול דינא דבר מצרא דשמא אין כאן ערמה אבל אם יודע הדבר בבירור דכוונתו להערים ודאי ויכול להוציאה מידו ולמשכנה המצרן וכמ"ש הרב גו"ר ארי"ה בסקט"ו משם מהרשד"ם דהגאונים כתבו שצריך להחרים ע"ז שלא עשו קנונייא ביניהם יעו"ש הרי לפניך דכשיש ערמה בדבר נפלה במהרה טענת זה נוח לי הואל ויש כאן ביטול דינא דבר מצרא וא"כ הרי סייעתא לנדו"ד דאין הבה"ב יכול לומר זה נוח לי ומבטל טענת המצרן:

ואחרי כותבי ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בליקוטיו אות ש' שהביא דין זה בפשיטות וז"ל מי שהיתה קרקע חבירו שכורה בידו והלך אחר ושכרה יכול שוכר הראשון לסלק השני וכן המנהג פשוט בעיר טיטוואן ומרגלא בפומייהו דאנשי כרא בכרא פייא ולא ועי' בטו"ז סיקע"ה מצאתי כתוב בכת"י מהרש"א זלה"ה דיהיב טעמא דאין יכול לומר זה נוח לי וזה קשה לי דאמרי' ליה כי היכי דהוא נוח לך כל ימי השכירות שעברו שהשוכר היה דר בה יהיה נוח לך גם עתה מכאן ולהבא עכ"ל ולי אני הצעיר כבר הוכחתי ובירורתי מתשובת הרא"ש הנז' דאפילו בלא האי טענה דהיתה מושכרת כבר בידו עכ"ז במקום שיש דינא דבר מצרא וכגון בבתים שלנו דפסקו בהם רבותינו הראשונים חכמי פאס יע"ה דאפילו מבית לבית יכול לזכות מדינא דב"מ דהואל ומשותפים באמצעה של חצר וכו' הרי בירורתי לך מתשובת הרא"ש דאפילו בכה"ג אינו יכול לומר זה נוח לי וזה

קשה לי וטעמא הוא ודאי משום דאיכא למימר שקר ענה זה המשכיר וכוונתו היא לבטל המצרנות גם איכא למימר הואל ואין כאן פסידא כ"ך דאם לא ירצה לפרוע לו בחודש הראשון הרי יכול להוציאו ואין כאן טענה אלימתא בטענת זה נוח לי וזה קשה לי בשכירות לבטל דינא דב"מ:

והגם שכתב הרב זכו"ל ח"ב חלק חומ"ש אות מ' וז"ל ראיתי בספר אחרון הנדפס מחדש מחח"מ רס"י כ"א דכתב בפשיטות דאם המוכר חפץ באחר ולא במצרן דאומר זה נוח לי בזה כו"ע מודו דהרשות בידו ואין המצרן יכול לסלקו יעו"ש ודבריו נראים הפך דברי מור"ם סי' קע"ה ס"ו דכתב דאפילו אם אין המוכר רוצה בזה אפי"ה קנה המצרן בע"כ של מוכר והוא מתשו' מימו"ן ועי' כנה"ג שם הגה"ט אות ז' ובנ"י חי"י אות ג' שלא הביאו חולק ע"ז הן אמת שכ"ך הדרישה כמו שהביא שם מ"מ גם על הדרישה צריך עיון איך לא זכר כלל מדברי מור"ם אלו וגם הוא עצמו בסמ"ע סק"ז נראה דמסכים לדברי מור"ם וכעת צריך להתיישב בדבר וגם לראות תשו' הרשב"א שם בב"י מחדושיו כ"ט ואפשר שדברי הדרי' אינם אלא בשכירות ומשכנת' דעסיק בהו לא בסתם מכירה ולשון מוכר דנקט א"א לשון מושקל ועז"ק דאפילו להרא"ש ז"ל ודעמיה דס"ל דשכירות אית בה דדב"מ היינו כשלא אכפת ליה למוכר אבל בלא"ה יכול למחות והט' דבשכירות דאינה מש' אלא לבסוף יאמר זה נוח לי שיפרע לי וגם במשכנת' יאמר בזה נוח לי כי ירוח לי הזמן וכמ"ש הטור וש"ע ולבוש בסנ"ח איברא דעדיין ק' דמת' הרא"ש שציין שהביא הטור בסשי"ו מפשט לשונו נראה דאפילו אם מעכב המשכיר יש בו דדב"מ יעו"ש ואיך קאמר דכ"ע מודו עכ"ל הרב זכו"ל וא"כ הואל ודבר זה דאם המשכיר אומר זה נוח לי בשכירות היא מחלוקת שנויה א"כ נימא דיכול המשכיר לומר קיים לי כס' החולקים על הרא"ש ז"א דודאי כוותיה דהרא"ש נקטינן דהא מצינו דמר"ן בקצר פסק האי דינא דהרא"ש בסי' קע"ה סעיף ס"א וז"ל שנים ששכרו שדה בשותפות ואחד מהם רוצה לשכור חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר הדין עמו כיון שהוא שותף ע"כ וכתב הרב באה"ג דדין זה הוא מהרא"ש כלל א' ודין זה דכלל א' הוא שהביא הטור בסי' שט"ז שהביאנו למעלה ושם בטור מפורש דהמשכיר לא היה רוצה לשוכרה למצרן ועכ"ז הרי פסקה מר"ן בסעיף ס"א דיכול לזכות ואין בעל הקרקע יכול לעכב א"כ הרי מכאן מוכח אפילו במקום שלא היה דר בה מעקרא אלא היה דר בבית אחרת עכ"ז בתים שלנו יכול לזכות מדין המצר אפילו בלא טענת כי היכי דהוא נוח לך כל ימי השכירות שעברו וכו' שהביא הרב מהריב"ו משם מהרש"א וא"כ יש להקשות למה הוצרך הרב מהרש"א זלה"ה לאותו טעם דכי היכי דהוא נוח לך וכו' הרי מתשובת הרא"ש שפסק

מר"ן נראה דאפילו במקום דלא שייך אותו טעם דהא עובדא דהרא"ש היתה בשנים שהיו שוכרים קרקע בשותפות ואחד מהם רוצה לשכור חלקו לאחר וכמו שמפורש שם ועכ"ז פסק הרא"ש דיכול לזכות השותף בקרקע מדינא דב"מ ושם לא שייך טעמו של מהרש"א וא"כ קשה למה הוצרך מהרש"א לטעם זה: אלא לפי האמת נראה דצריכים אנו לט' של מהרש"א דהא דברי מהרש"א הם במי שהיה שוכר בית מחבירו ורוצה לזכות בה עכשיו מדין בן המצר לכן צריכים אנו לט' של מהרש"א לבטל טענת זה נוח לי וכו' אבל בתשובתו של הרשב"א היתה בדין שרצה לזכות מכח שותף ובשותף איכא למימר אפילו בלא טעמו של מהרש"א אינו יכול לטעון זה נוח לי דהא שותף עדיף ממצרן ולענ"ד נראה דבזה נסתלקה תמיהת הרב זכו"ל שתמה על מה שראה בס' אחרון הנדפס מח' דכתב בפשיטות דכ"ע מודו דיכול המשכיר לומר זה נוח לי וכו' והוא תמה עליו מתשובת הרא"ש הנז' דמשמע ממנה שהרא"ש חולק וע"ז תמה עליו איך קאמר דכ"ע מודו וכמו שהבאתי לעיל כל דבריו של זכו"ל יעו"ש לעי' ולי אני הפטור נראה דהאמת הוא כמ"ש הרב ס' אחרון דכו"ע מודו ושאני תשו' של הרא"ש משום שהיה שותף ושותף עדיף ממצרן אבל אם הוא אתי מכח מצרנות לבד ולא היה שותף אי"ל גם הרא"ש מודה דיכול לומר זה נוח לי וכו' וכ"ז כתבנו בתורת אגב אבל בנדו"ד אין אנו צריכים לכ"ז דהא כבר היה דר בה ויצדק לך טעמו של מהרש"א וא"כ קם דינא דזכה ראובן מדין המצרנות כפסקו של ט"ז:

אלא דעדיין יש יד הדוחה לדחות דע"כ לא נאמרו דברים אלו אלא בישראל שהיה דר בבית ישראל חבירו אבל בכגון דא דהלך השוכר השני והשכירה מיד הגוי נימא אין כאן מצרנות דהא פסק מר"ן בסעי' ל"ח הקונה מן הכותי אין המצרן יכול לסלקו ע"כ עכ"ז יש להשיב דהרי הטעם מפורש בתוס' שם בגמרא והביאו הסמ"ע סקס"ו והש"ך סקל"ג דהטעם הוא דהקונה מעכו"ם אין בי דינא דב"מ משום דיאמר לו ארי אברחית לך ממצרך אבל בנדו"ז דלא שייך טעם זה בודאי דיש בו דינא דמצרנות וכמו פסק הנמק"י שהביא הסמ"ע בסקס"ו דפסק דבקונה מעכו"ם כותל רעוע זכה המצרן דאין כאן טעם דארי אברחית לך וכו' דיאמר לו המצרן דאם לא קנית אותו היה נופל ע"כ וא"כ גם כאן הואל ולא שייך טעם זה בודאי דזכה המצרן:

וכן ראיתי בס' כר"ח ח"ב דף ל"ו ע"ב שהביא פסקי הראשונים שפסקו בנדון אחד דבמקום דאין טענת ארי אברחית לך וכו' זכה המצרן דבנפול הטעם יפול הבנין יעו"ש איך שיהיה הרי נתברר לך כשמש בצהרים דיכול ראובן לזכות בחנות מדין מצרנות

והצוי"מ וימ"ן כי"ר הי"ז בסדר אנשי אמ"ת שונא"י בצ"ע דהאי שתא בלב"י צפנתי אמרתיך לפרט מן הפרט:
הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קלח

נשאלתי בראובן שמשכן בית אחת בחצרו ביד שמעון משכנתא דסוריא ואחר עבור זמן מה רצה שמעון למכור שטר המשכונה שיש בידו ללוי בכתיבה ומסירה וע"ז בא ראובן לתבוע ולומר דיזכה הוא במשכונה במכירה זאת מדין מצרנות ע"ז יורינו מו"ץ:
תשובה הנה דין זה דמוכר שט"ח לחבירו אם הלוה יכול לזכות מדינא דב"מ הוא נפתח במחלוקת הפוסקים דלהרב המבי"ט ס"ל דיכול הלוה לומר שהוא מצרן ונסתייע לזה מדינא דפסק מר"ן סי' שי"ו דהמשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה להשכירו לאחר דיכול המשכיר לומר למה תטריח עצמך ותשכיר לאחרים הניחו לי וצא דשומעין לו ומזה נסתייע הרב המבי"ט לומר דגם בשט"ח יכול הלוה לומר למה תטריח ותמכור לאחרים יעו"ש והש"ך בסי' ס"ו סקע"ג חלק עליו ודחה ראייתו של המבי"ט דשאני בית הואל והבית שלו יעו"ש ולענין הדין אי נקטינן כהרב המבי"ט או כסברת הש"ך הנה מצאתי לרבותינו האחרונים ה"ה כמוהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה וכמוהר"ר ש"ט זלה"ה וכמוהרי"ב זלה"ה שעשו סמוכות חזקות לדברי הש"ך ופסקו כוותיה בזרוע הנטויה כמ"ש פסק אחד בספר כר"ח להרב מו"ד י"ץ ח"א סי' ק"פ ובסי' נ"ד וא"כ הואל ומפומייהו דהני זקוקין דנורא יצאו הדברים מי יבוא אחרי המלכים האלה וא"כ גם כאן נראה לכאורה דלא זכה ג"כ ראובן מדינא דב"מ אלא דכד דייקת שפיר תראה דרב המרחק ביניהם דהא לא חלק הש"ך על המב"ט זלה"ה אלא במוכר לחבירו שט"ח פשוט אבל בשטר משכנתא כהאי ודאי דיודה הרב ש"ך להרב המבי"ט זלה"ה דהא משכונתא דסוריא דין שכירות לזמן יש לה וא"כ חזרנו לדינא דמר"ן דסי' שי"ו דיכול המשכיר לומר למה הטריח עצמך וא"כ גם כאן יאמר לו הממשכן הזה למה תטריח עצמך למשכנה לאחר דהוי כמו משכירה לאחר דהואל וביתו היא יכול לזכות בה וכמו שהזכיר הרב הש"ך בסי' ס"ו סקע"ג חילק זה בדחייתו לסברת המבי"ט וז"ל דשאני שט"ח מההיא דבית דשאני הבית הואל ושלו הוא ומטעם זה ג"כ פסקו הרבנים הנז' כסברת הש"ך יעו"ש:
אלא דזה דוקא הוא אם עדיין לא מכר שמעון את השטר ובשעת המכר בא ראובן לערער אבל אם כבר שמעון מכר את השטר פשיט דאיני יכול ראובן לומר אני מצרן דהא דין

דשטר משכונתא ילפינן ומשיינן ליה לשכירות הבית ובשכירות הבית ג"כ מצאנו ראינו לרבותינו הראשונים שכתבו דמה שכתב בסי' שי"ו דיכיל המשכיר לומר לשוכר למה תטריח יכו' הייני דוקא אם בא המשכיר לומר כן קידם שהשכיר השוכר לאחר אבל אם עבר והשכירה אין המשכיר יכול לעכב ודקדוק זה מלשון הרמב"ם ומר"ן דנקט בלשונו למה הטריח עצמך יתשכיר דמשמע דלהבא אבל אם כבר מכר ושכר אינו יכול לעכב יעויין כ"ז בספר כר"ם חמ"ר ג"כ בסי' קע"ט שפסקו כן המאירות הגדולים כמוהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה וכמוהרי"ב וכמוהרש"ט זלה"ה הנזכרים וכתבו שכן חילקו מהרשד"ם ומוהריק"ש ומשא"ת מש"ה ובית יהודה לכמוהרי"ע ומהרש"ך ובני אהרן והרדב"ז זלה"ה יעי"ש וא"כ הואל ועיקר שכירות הבית אם כבר שכרה השוכר אין המשכיר יכול לעכב א"כ גם כאן במשכונה כן הוא ודיו לביא מן הדין להיות כנדון שאם עבר ומכר אין ראובן יכול לתבוע עוד:

אלא דבנדו"ד שהבית הזה הממושכנת בחצר הממשכן קיימא א"כ אפילו עבר ומכר את השטר משכנתא עכ"ז נימא דיזכה ראובן הממשכן מדין מצרנות החצר והגם דהמשכנתא אין בה דינא דב"מ דהא כתב רבינו הטור בסיקע"ה משם אביי הרא"ש זלה"ה די"א דמשכנתא יש בה דינא דב"מ אם יבא המצרן לומר אלוה לך כי שמא כוונתו להערים למכור למלוה וי"א דאין בה דינא דב"מ משים שיכול בעל השדה לומר זה נוח לי וזה קשה לי והרא"ש ז"ל הסכים לסברת י"א בתרא וכוותיה פסק מר"ן בקצר סיקע"ה סנ"ח דבעל הקרקע יכיל לומר זה ניח לי עכ"ז בנדו"ד יכול ראובן לזכות מדין מצרן דהא זיל בתר טעמא דהי"א בתרא דפסק מר"ן כוותייהו דאין בי דין מצרנות הוא מטעם שבעל השדה יאמר זה נוח לי וכו' אבל בנדו"ד דלא יוצדק טעם זה דהא שמעין אינו עתיד לפדותה עוד וטעם זה דלא יוצדק אלא בממשכן קרקע שלו ועתיד לפדותה אבל שמעון זה שאינו קרקע שלי אלא ממושכנת בידו ועכשיו רוצה להסתלק ממנה נימא דהי"א בתרא יודי לסברת י"א קמא ושייך בה דין מצרנית כ"ז נראה לכאורה לזכות הממשכן הזה בדין המצרנות מטעם זה: אבל כד דייקת שפיר אין טעם זה מספיק דהא אעקרא דדינא פירכא דהא משכנתא היא כשכירות לזמן ארוך ובשכירות קי"ל כסברת הרמב"ם דאין בה דינא דב"מ וכפסק מר"ן בקצר סי' הנז' סעיף נ"ט והגם דמר"ן כתב בסעיף נ"ח דאין במשכנתא דינא דב"מ הוא מטעם זה ניח לי וזה קשה לי דמשמע דמטעם זה לחוד הוא דאין בי דינא דב"מ ותיפוק לך דמשכנתא הוי כשכירות ושכירות כבר פסק בה הרמב"ם דאין בה דינא דב"מ:

והגם דעל הרא"ש מריה דהאי דינא דפסק מר"ן דמשכנתא לית בה דינא דב"מ איהו ס"ל דשכירות דיימא ממכר היי ויש בה דינא דב"מ וכמ"ש הסמ"ע סקי"ב יעו"ש וא"כ יכולים לומר דהרא"ש לשיטתיה אזיל ולפיכך הוצרך לטעם זה נוח לי וכו' במשכנתא כדי למעטה מדין דב"מ:

אכן למר"ן ז"ל דפסק כהרמב"ם כמ"ש בסנ"ט א"כ כשרצה לכתוב בסנ"ח דינא דמשכנתא דלית בה דינא דב"מ למה הוצרך להביא טעם שכתב הרא"ש דזה נוח לי וזה קשה לי דממנו יש לטעות ולומר דבמקום דלא שייך טעם זה יוצדק דין מצרנות במשכונה הרי לשיטתו דפסק כהרמב"ם תיפוק לך דאפילו במקום דלא שייך טעם זה נו"ל וכו' עכ"ז אין במשכנתא דין מצרנות:

אלא דהאמת הוא דגם על מר"ן אל יקשה בעיניך כלל דהא הוצרכנו לו' דאין במשכנתא מצרנות מטעם זה נו"ל הוא מטעם דזה המצרן בא בטענה לומר דגם דעורמה יש בדבר דהיום רוצה הממשכן למשכנה ויום מחר או מחרותו יחזור וימכרה לו ואבדה טענת המצרנות ומטעם זה כתבו הי"א קמא שהביא הטור דיש בה דינא דב"מ דזה המשכנתא כאלו בא למוכרה ממש וחוששין לטענתו וע"ז הוצרך הרא"ש וסיעת מרחמוהי לטעם זה דזה נו"ל כדי להפיל ארצה טענת המצרן אבל יכולים לומר דסברת הי"א קמא יסברו כסברת הרמב"ם דשכירות אין בה דינא דב"מ ומכללה גם במשכונה במקום דליכא עורמה דשמא ימכור יום או מחרתו בודאי דיסברו דאין בה דינא דב"מ כלל וזה פשוט בעיני כל פותח ספר דלא נכנס זה במחלוקת אלא במקום שיש לחשוש לעורמה אבל במקום דליכא חשש עורמה כנדו"ד שהמצרן הוא הממשכן את הקרקע ואין כאן שום טענה כי אם רוצה להיות מצרן במשכונה להיות שכונה גביה בזה חזרנו לפסק הרמב"ם ומר"ן דשכירות ודומייא דידיה משכנתא אין בה דינא דב"מ:

אכן בה סלקינן ובה נחתינן דהגם דבירנו דשכירות אין בה דינא דב"מ ודומייא דידה המשכונה עכ"ז אנן בדינן הרי קימ"ל דיש מצר' בשכירות אפילו מבית דהא מצאנו לרבותינו אשר בעקבותיהם אני הולכים הלא המה המאורות הגדולים הרב יעבי"ץ זלה"ה והרב המשבי"ר זלה"ה שכתבו וז"ל אף שפסק מר"ן בסיקע"ה סנ"ט השוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו מידו לשוכרו לעצמו אין שומעין לו היינו דווקא שאינן שותפים בחצר אלא שהיה לו בית או חצר סמוכה לבית חבירו אבל בנדו"ד שהם שותפים בחצר ואפילו כל אחד יש לו בית מיוחד ידוע ואמצע החצר משותף ביניהם מצי השותף לסלק השוכר מפני שיתוף החצר ובאר המים וכו' יעי"ש וא"כ זכינו לדין דהגם דמשכנתא דין שכירות יש לה ובשכירות פסק מר"ן דאין בה דינא דב"מ הרי יש לחלק כמ"ש הרבנים

הנז' וא"כ זכינו לדין דזכה ראובן מדינא דב"מ הן מצד דהוא בעל השטר וביתו היא ויכול לומר למה תטריח עצמך וכמש"ל הואל ועדיין השטר לא נמכר ומטעם השני יכול לזכות אפילו בנמכר כבר ואפילו לא היה הוא בעל הקרקע עכ"ז במקום דלא שייך טעם זה נו"ל וזה קשה לי יכיל לזכות מטעם דינא דב"מ כדכתבנו לעיל דלגבי דידן יש דינא דב"מ בשכירות הואל והחצרות דידן מוקפים חימה ויש לבעלי בתים שותפ' באמצע ובתשמיש החצר ושותף עדיף ממצרן דיהבו המה ז"ל טעמם יעו"ש. זהו משנלע"ד וליה עיני לשמיא נטלית יצילנו מכל שגיאות כי דעת ממני פליאה הי"ז ערש"ק י"ח לאדר ש"ש תרמ"ה לפ"ק סאלי יע"ה והצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קלט

להיות שהר' ישעיה אזולאי יש לו חצר אחת ובה בתים ועליות והבתים היתה אחת מושכרת ביד אברהם עטיי"א ואחת ביד שלמה סריזו והעלייה היתה ביד ישעיה משתמש בה והן היום הלך ישעיה והשכיר כל החצר כולה לראובן ובא ראובן להוציא את אברהם ואת שלמה מן הבתים וטען הר' אברהם הנז' שהוא מצרן ויקח את החצר כולה ע"כ:

תשובה מה שנ"ל הוא שהר' אברהם יכול להיות מצרן דהא לגבי בית דידיה יש לו בה דין מצרנות וכפסק הטו"ז בסי' קע"ה סקנ"ט וא"כ הואל ולגבי ביתו המושכרת בידו יכול להיות בה מצרן א"כ יכול להיות מצרן בכל החצר כולה והגם דאין דין בה"מ בשכירות אלא לגבי הבית שהוא דר בה וכפסק הטו"ז שכתבנו אבל מבית לבית ליכא דינא דב"מ בשכירות כפסק הרמב"ם עכ"ז הרי מצאנו לרבותינו הראשונים זלה"ה ה"ה כמוהר"ר יעבי"ץ וכמוהר"ר משבי"ר והובאו דבריהם בס' כר"ח סי"ג דפסק דבבתים שלנו הואל והם מוקפים חומה ויש להם תשמיש אחד לכולן בכל תשמישי החצר הוו כדין שותף ושותף עדיף ממצרן ויכו להיות מצרן אפילו מבית לבית ודימו אותה למ"ש מר"ן בסי' ס"א בשנים ששכרו שדה בשותפות ואחד מהם רצה להשכיר חלקו לאחר והשני רצה לזכות בו מדינא דב"מ הדין עמו כמו שהוא שותף עכ"ל יעו"ש וא"כ גם כאן דמעיקרא היה אברהם שוכר בית זה ממנו וישעיה היה משתמש בחלקו ועכשיו רוצה לשכור חלקו לאחר בודאי דאברהם יכול ליקח אותו לעצמו ולא נכנס דבר זה בכלל מ"ש מר"ן סי' ל"ו דהמוכר כל נכסיו לאחד אין בעל המצר של אחת יכול לסלקו אפילו אם ירצה לקנות כל הנכסים יעו"ש דשאני נדו"ד מהתם דהתם לא מלבד דברי הסמ"ע דכתב דמיירי בהרבה

קרקעות אבל בשנים יכול ליקח אותם בעל המצר של שדה אחת וא"כ גם כאן אין כאן הרבה אלא אפילו אם נניח דברי הסמ"ע האחרונים בסקס"ב דכתב דלא משתמע הלשון כן יעו"ש עכ"ז לא קרב זה אל נדונו של מר"ן דהמוכר כל נכסיו בבת אחת וכו' דהתם לא הי"ל שום מצרנות כי אם בשדה אחת אבל אם היה המוכר מוכר האחרת לא הי"ל בהם שום זכות אבל לגבי חצר זאת כבר ביררנו דלגבי אם היה ישעיה משכיר בית של אברהם היה אברהם מצרן כפסק הטו"ז גם אם ירצה האחרות הוי מצרן בהם מדין שותף א"כ פשוט דיכול הוא לסלק לשוכר השני:

ועל מה שלא היה כאן בעיר אברהם הנז' בשעה ששכר ראובן את החצר אלא היה במקום אחר ואח"כ כששמע יצא לטעון שהוא מצרן ומצינו לפסק הרמב"ם ופסקו מר"ן בסי' ל"ד דאם היה המצרן ממדינה אחרת אינו יכול לסלק הלוקח עכ"ל אין מזה שום סתירה דהכא בנדו"ד אברהם הנז' דר בבית ובעת שמוע את אשתו בשכירות יצאתה לטעון שהיא ובעלה הם מצרנים וא"כ הואל והאשה טוענת כן ודאי דיש לה דין מצרנות דהא האשה היא ששכרה את הבית מישעיה זה והגם דאברהם בעלה הוא המשלם השכירות אפי"ה הוי כאלו שכורה היא ביד האשה דהא אם לא ישלם הבעל השכירות מחויבת היא לשלם את השכירות הואל והיא היא ששכרה את הבית וא"כ יכולה לטעון דינא דב"מ ועדיפא מזה כתב הרב כנה"ג בסי' ע"ז אות ז"ך וז"ל אי לא מסתפינא דנראה דבר זה הייתי אומר דשכירות הבית ששכרו הבעל ואשתו יש לו דין איש ואשה שלוו עכ"ל והביאו מהריב"ו בליקוטיו יעו"ש וא"כ מכ"ש נדון דידן שהאשה היא המשכרת כל הבית כולה ודאי דברשותה קיימא ויכולה לטעון דדב"מ:

ומה גם בנדו"ד אפילו אם תהיה שכורה ביד אברהם דוקא לא ביד אשתו. עכ"ז יש לדון בה אפילו אם יהיה בעיר אחרת יש לו דין מצרנות דהא מצינו להרב מהרי"ט זלה"ה שכתב משום רבו דהגם דקי"ל דאם היה בן המצר בעיר אחרת איבד מצרנות ה"מ במצרן שאינו שותף אבל במצרן שהוא שותף יש לפשר ביניהם וסיים עליו הרב מהריב"ו בליקוטיו אות מ' וז"ל והרב מהריק"ש בס' כתב דלא נחלקו בשותף אלא כשיש בקרקע דין חלוקה יעו"ש הרי לפניך דבשותף שאין בו דינא דחלוקה כו"ע מודו שהוא עדיף וממנה יש ללמוד לנדו"ד דהא הרמב"ם ס"ל דבשכירות ליכא דדב"מ ואפי"ה הרי כתב הטו"ז דאם הוא דר בה עדיף ממצרן דעלמא וא"כ הדר דינו להיות כשותף וכמו דבשותף עדיף לענין זה גם במצרן זה שדר בתוכה ודאי עדיף ואפילו אינו בעיר יכול להיות מצרן משעה ששמע ולגבי שאר החצר נמי כבר ביררנו שהוא שותף מיקרי הואל

והם משותפים בכניסה ויציאה ואין בה כדי חלוקה וא"כ הדר דינו להההיא דמהריק"ש ז"ל דשותף עדיף. זהו משנלע"ד ברור וצוויי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמ

עמדו לפני לד"ת שת' להיות ששמעון הכהן היה בשוק ארבאט וראה ביד גוי אחד בגד אחד שרצה למוכרו ורצה שמעון ה' לקנותו ממנו ואיידי דביני ביני בא אדם אחר זה שמו שמעון צבע ורצה גם הוא לקחת אותו בגד ואמר שמעון כהן לשמעון האחר הנז' הניח אותי לקנותו ונחלקו בין שנינו ושמ"ץ הנז' האמין לו ואח"כ נפרדו זה מזה ועשה שמעון כהן טורמה וזה אשר עשה הלך אצל גוי אחר ואמר לו לך וקנה אותו בגד מגוי פלוני ונרויח בו והריוח יהיה ביני ובינך וכן עשה אותו גוי קנאו ימסרו ביד שמעון כהן הנז' לילך לשרוף הבגד באש ולהוציא ממנו הכסף כי כולו משובץ בחוט של זהב ויהי אחר שלקח הבגד ש"ך בידו פגע בו שמ"צ ואמר לו קנית אותו ביני בינך אמר ליה לא אלא הגוי קנה אותו ואני שותפו וכשראה שמעון צבע זה הדברים עשה גס הוא תחבולה והלך אצל הגוי השותף וקנה ממנו חלקו באותו בגד בסך מה ומכר לו הגוי חלקו והמחהו אצל שמעון כהן ליתן לו מחצה בבגד ועל זה עמדו לד"ת השמ"ץ תובע להש"ך לתת לו מחצה בבגד וש"ך טען הוא מצרן באותה מכירה ויקח הוא חלק הגוי יומ"ץ:
תשובה לזה הוא אם באנו מדין מצרנית אין בדברי ש"ך מאומה מתרי טעמי חדא דהא מצינו למר"ן בחומ"ש סי' קע"ה סנ"ג פסק דאין דינא דב"מ במטלטלים יעו"ש אלא דמצינו למור"ם שם שהביא סברת מהרי"ק ז"ל וכתב וז"ל וכן בכל המטלטלים אפע"פ שאין בהם דין דב"מ מ"מ אם שותפים הם במטלטלים ואחד מכר חלקו יכול השותף השני לסלק הלוקח אם נראה לב"ד שאין השותף השני נוח לו כראשון ע"כ והנה ידוע תדע דסברת מהרי"ק זאת שפסק מור"ם הגם דמדברי מר"ן בקציר לא מיחזי מיניה דפליג אסברת מהרי"ק אלא אדרבא נראה דדברי מור"ם מסכימים עם דברי מר"ן עכ"ז הרי מצינו למר"ן בביתו הנאמן דשם דחה דברי מהרי"ק בשתי ידים ולא ס"ל כוותיה כלל אלא דמור"ם בהד"מ בדבריו שאינן כדברי הרב"י הכריח לדחות דברי מהרי"ק והכריע איהו דבראות עיני הדיין תלייא מילתא לקיים דברי מהרי"ק יעו"ש וכבר כתוב אצלי משם הרב משכנו"ת הרועי"ם ומשם רבני המערב כמוהר"פ בירדוגו זלה"ה דהוראת מר"ן בב"י אזלינן כוותיה אפילו נגד דברי מור"ם דפסק בש"ע יעויין לעיל:

ואין כאן מקום להאריך אלא אפילו נניח כסברת הרב מ"ב ז"ל שהביא כנה"ג הובאו דבריו בס' זכו"ל ח"א אות מי"ם וז"ל ועיין בכנה"ג הגב"י אות קכ"ד וקכ"ה דהביא מחלוקת ושוב הביא ממ"ב דבמ"ש מור"ם ז"ל היכא דנראה לב"ד דאין השני נוח לו כראשון בזה אפשר דכולי עלמא מודו וציין להסמ"ע ועיין שם בס' קצ"ז דנראה כן מדבריו דבזה כו"ע מודו יעו"ש ועיין להש"ך סקד"ן דחלק על מור"ם וכו' יעו"ש איך שיהיה נראה ודאי דבכל גווני אפילו נראה לב"ד עכ"ז יכול המוחזק לומר קי"ל כהש"ך דחולק בהדייא וגם המ"ב דהשוה הדעות לא כתב כן אלא בדרך אפשר ודו"ק עכ"ל ועל זה אני אומר דאפילו לסברת מי שמשוה הדעות וס"ל דגם מר"ן אזיל ומודה במקום שנראה לב"ד בנדו"ד לא יעלה ולא יראה דהא דבר זה לשריפה הוא עומד ובפרט אפילו קודם שריפה הוא תובעו בואו ונחלקו בינינו בעת ובעונה הזאת ואין כאן שום המשך כלל בודאי דליתא לדינא דב"מ כלל: זאת ועוד אחרת דהא קנין זה הוא מהעכו"ם וכבר קי"ל דהקונה מן העכו"ם לית ביה דינא דב"מ וכמו שפסק מר"ן בס' קע"ה סל"ח יעו"ש והגם דקי"ל דטעמא. דמילתא הוא משום שיכול לומר ארי אברחית לך ממצרך גם כאן אפילו הדבר עומד לחלוקה תכף עכ"פ קשה ומר לחלוק עם העכו"ם וכולהי מלאים עלילות ברשע ואין לך דבר נוח יותר משתהיה החלוקה בין ישראל לחבירו:

אלא דראיתי שיש לזכות שמעון כהן זה מצד אחר והוא ממאי דקי"ל דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר וכמ"ש מר"ן בס' קצ"ד יעו"ש וא"כ משעה שלקח העכו"ם המעות מיד שמעון צבע הי"ו ונסתלק זכה בהם שמעון כהן הואל ותפוס הוא הבגד תחת ידו והגם דפסק מור"ם שם בסוף הסי' וכל זה לא מיירי אלא בקרקעות אבל במטלטלים קנה בנתינת המעות ע"כ וא"כ מן הראוי היה לנו לומר דמשעה שנתן המעות נקנה חצי הבגד לשמ"ץ ולא נשאר לו להש"ך שום זמן לזכות בו מן ההפקר דמשעה שנסתלק זה זכה זה הרי מצינו להש"ך סק"ד דמפרש דדברי מור"ם איירי במשך ואם לא משך לא קנה אפילו במטלטלים. על ידי נתינת המעות ומי שקדם ותפס זכה יעו"ש ואפילו מדברי הסמ"ע שם סקט"ז מחזי דמפרש דברי מור"ם דאיירי בלי משיכה עכ"ז הרי ש"ך המוחזק יכול לומר קי"ל כהש"ך והואל ולא משך לא קנה וזכה שמעון הנז' ובפרט מצאתי ראיתי להרב יואל זלה"ה בח"ב בספ"ו שכתב וז"ל והגם דמדברי:

הסמ"ע לא מצי למימר הכי וכמ"ש הש"ך הרי הסמ"ע עצמו באר דבריו בדרישה בס' קצ"ד על דברי הטו"ר כדברי הש"ך יעו"ש עכל"ה הרי לפניך מדברי הרב יוא"ל אפילו הסמ"ע מודה דדברי מור"ם במשך איירי וא"כ יש לשמעון זכות בטענתו:

והגם דזה ש"ך לא בא מכח טענה זאת אלא הוא בא מכח טענת מצרנות וכבר קדמה לי ידיעה מפסק מור"ם בסי"ז בסוף הסימן שכתב שם וז"ל אין לדיין לפסוק יותר ממה שתבע ואם פסק לו יותר הוו טענות בדין וחוזר ע"כ וראיתי מה שכתב שם הסמ"ע והש"ך והמורם מדבריהם הוא דלדעת הסמ"ע בדברי מור"ם הוא אפילו רואה הדיין שהתובע טועה ויכול לתבוע יותר עכ"ז לא יוכל הדיין לומר לו שהוא חייב לו יותר וכו' ולדעת הש"ך אם ראה הדיין שהתובע טועה יכול לומר לו דטועה הוא וחייב ליתן לו יותר אבל אם לא היה טועה אסור דיכול להיות שוויתר עמו וכו' וראיתי להרב בעל פתחי תשובה סי"ז שכתב דהאו"ת אזיל בשטת הש"ך והרב מעי"ל צדק"ה ס"ס נ"ג הקשה על הש"ך יעו"ש וא"כ מן הראוי לחוש לסברת הסמ"ע והרב מעי"ל צדק"ה ולא הוה לן אלא להשיב זה ולומר לו דאין לך זכייה מצד המצרנות כלל כמי שאמרנו ולשתוק ולא לטעון ליה דזכה מכח נכסי עכו"ם הרי הם הפקר אלא דזה אינו דלא נחלקו אלא בתובע דלא טען ורוצה להוציא מחבירו ממש מתביעתו בזה יש לספוקי דילמא בשאר מחל ובזה הוא דנחלקו הסמ"ע והש"ך במילתא בטעמא אבל בנתבע שרוצה לפטור עצמו באיזה טענה ואותה טענה לא צדק בה ויש לו טענה אחרת שיזכה בה בזה לא נחלקו כלל. הדבר פשוט הוא דהא אנן קא חזינן דהוא טוען שיפטר מכח טענת מצרנות היאך ניקום אנן ונאמר הואל ולא טען מחל הרי לפניך לא מחל ועל זה נאמר פתח פיך לאלם וכמ"ש מר"ן בסי"ז ס"ט יעו"ש וגם כאן היה רוצה לזכות בכמה טענות שהם אמת יש לנו לסעדו ולסומכו: אלא דעם כל זה הואל והיה הדבר מנדנד בלבי גם ראיתי דמעקרא שמעון כהן רמה לשמעון צבע שהבטיח אותו לקנות בין שניהם ואח"כ חזר. על זה פשרתי ביניהם בפשרה דלית בה שום דררא ונתן שמעון כהן לשמעון צבע דבר מה ונתרצה שמעון צבע ונסתלק ולקח שמעין כהן הבגד והלך לו והי"ז שלם וצוויי"מ וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמא

בא לפני יצחק תובע למש"ך על אודות שרצה משה לתת בית אחת לבנו לדור בה ויצחק הוא דר בחצר שיש בה הבית הנז' ועל זה בא לעכב עליו שאל ידור בה בנו כי הוא המצרן על פי מה שאנו דני בעירנו זאת שמי שיש לו בית באיזה חצר ובית שאצלו נשכרת יכול לומר הוא המצרן והוא על פי פסק רבותינו שיש בידינו הלה המה כמוהר"ר יעבי"ץ והמשבי"ר דפסקו דבחצרות דידן דמשותפים הם בבית שער ובה"ך וכו' הגם שכל אחד מבורר לו הבית שלו עכ"ז לשותפים בחצר יחשבו וא"כ אם שותף אחד רצה לשכור חלקו לאחר יכול השותף האחר לומר שהיא מצרן כמו שפסק הש"ע בס' קע"ה סס"א

יעו"ש בפסק דידהו הנה הוא בס' כר"ם חמ"ר יעו"ש ומכח זה בא יצחק גם הוא לטעון שהוא מצרן:

תשובה לזה הנה מצאנו למר"ן בס' הנז' סל"ז כתב דאם מכרה לבן אותו שקנאה ממנו שאין המצרן יכול לסלקו ויש מי שחולק יעו"ש וכתב שם הש"ך סק"ל וז"ל צ"ע לדינא באחד שמכר קרקע שלו לבניו ובא בעל המצר לסלקו אם יכול לסלקו דהבן יכול לומר דזהו יותר טוב וישר שאני מחזיק באחוזת אבותי ולזה הדעת נוטה וצ"ע עכ"ל וראיתי להבאה"ט שתמה על הש"ך ומה דמספקא ליה להרב הש"ך מפשט פשיטא ליה להבאה"ט דאין המצרן יכול לסלק להבן יעו"ש וכן ראיתי להרב משכנו"ת הרועי"ם אות מי"ם והרב פתחי תשובה בסי' זה הביאו תשובת הרי"ף ז"ל דעדיפא מזה דאפילו במוכר לבן בנו אין המצרן יכול לסלקו יעו"ש ועדיפא מכולהו ראיתי להרב חת"ם סופ"ר בסי"א דדעתו נוטה ופסיק לה דאפילו במוכר לחתנו אין המצרן יכול לסלקו הואל ולא מצאנו חלוק בין ברא לברתא בגאולת קרובים יעו"ש עלה בידינו דמאי דמספקא ליה להש"ך פשוט הוא אצל רבנים אחרים דאין המצרן יכול לסלק הבן:

הן אמת ראיתי להרב זכו"ל ח"ב אות מי"ם שכתב משם הרב דבר אמת וז"ל ומצאתי כתוב משם הרב דבר אמת וז"ל הש"ך נסתפק במוכר לבנו אם המצרן מסלקו ואשתמיטתיה תשובה דשייכה לס' קנין ס' ל"ב דאין חלוק דודאי מצי לסלוקי עכ"ל וא"כ הרי לפנינו דהדבר הוא במחלוקת שנוי. על כל פנים כמה תשובות בדבר חדא דהא מצינו להרב נחלת צבי ז"ל בסי' קע"ה דמפרש ההיא דס' קנין סל"ב הם איירי בדלא קנה הבן עדיין אלא בבא למכיר לבן אבל אם כבר מכר לבן גם תשובת ה' יודו יעו"ש ועוד אפילו נניח כפי סברת הרב דבר אמת דתשובת דס' קנין היא אפילו במכר כבר הדר דינא למאי דקי"ל כמ"ש מור"ם בס' הנז' סמ"ה וז"ל וכן במקום שהפוסקים חלוקים אין מוציאין מיד הלוקח הואל והוא כבר מוחזק יעו"ש והטעם הוא דקנין הלוקח הוא קנין מדאורייתא וקנין המצרן הוא אסמכתא מפסוק ועשית הישר והטוב: איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה הגם דבירורנו דאם כבר קנה הבן אין המצרן יכול לסלקו התינח אם כבר קנה אבל בכגון נדו"ד שעדיין הבן לא קנה יכולים אנו לומר שהמצרן קודם דכן נראה מדקדוק הש"ך דמייתי לספיקו על ההיא דפסק מר"ן דאם כבר מכר לבן הבעלים דוקא בכבר מכר אבל אם בא למכור לכתחילה לא ועל זה מייתי במכר לבנו מהו יעו"ש דמשמע דלא מדמה בנו אלא לבן הבעלים הראשונים וכמו דבן בעלים דוקא במכר כבר אבל לכתחילה לא וכמו שסיים יעו"ש הוא הדין לבן המוכר נמי דוקא אם כבר קנה אבל לכתחילה לא והגם דהרב באה"ט תמה על הש"ך וס"ל להבאה"ט דאם מכר לבנו הוא

עדיף מבן בעלים הראשונים עכ"ז לא מצאנו להפוסקים הנז' דנקטו דבריהם אלא בכבר מכר אבל בבא לקנות לכתחילה זה לא מצאנו: ואדרבה בדעת תשובות השייכים לספר קנין מצאנו להרב דבר אמת דמפרש למילתייהו דאפילו בכבר מכר לבן המצרן מסלקו ואין טוב וישר להחזיק הבן באחוזת אבותיו ואפילו לדעת הרב נחל"ת צב"י ז"ל דכתב דתשובת דס' קנין מודו דאם כבר מכר לבן דאין המצרן מסלקו עכ"פ הרי ס"ל דאם עדיין לא מכר המצרן קודם ואתייא מבינייא דבא תחילה המצרן והבן לקנות המצרן קודם:

הן אמת דראיתי להרב זכו"ל בח"ב אות מי"ם שכתב וז"ל מצרן אי לגבי בני מהני מצרנות עמ"ש בספרו דשכ"ו ע"ב ועיין בס' פני אהרן סי' פ"א דמסיק כן דהבן קודם למצרן יעו"ש וא"כ מלשון זה דכתב הוא קודם למצרן משמע אפילו בבא לכתחילה הוא והמצרן לקנות הוא קודם וכן נמי יש לדקדק מדברי הש"ך עצמו ומדברי תשובת הרי"ף והרב חת"ם סופ"ר דכתבו אין לך טוב וישר עדיף מזה וא"כ משמע דטוב וישר דידיה עדיף מדמצרן וא"כ אפילו לא קנה כבר אלא בא לכתחילה לקנות הוא קודם:

עכ"פ הואל ולא כתב הדבר בפירוש והו"ל לכתוב דינייהו אפילו בבא לקנות ואנן ידעינן מכ"ש בכבר קנה ומה גם דמצינו לתשובת דספר קנין ולהרב דבר אמת ולהרב נחלת צבי דמייתי למילתייהו וכולהו ס"ל עכ"פ דבבא לקנות לכתחילה ס"ל כתשובת ספר קנין דהמצרן קודם והם מודים לזה עכ"פ הרי הדבר במחלוקת שנוי והדרן ג"כ למאי דפסק מור"ם בסעיף מ"ה דכל דבר שהוא במחלוקת הפוסקים אין להוציא מיד הלוקח וסיים עלה אבל לכתחילה יש למכור למצרן ובכן יש מחלוקת אם טוב וישר יש בו לגבי מצרן או לא אין לנו אלא פסק מור"ם ז"ל דלכתחילה יש לשכור למצרן ותו לא מדי ועדיפא מזה נוסף כאן דכבר בררנו מפסק הרבנים הנז' דהשותפים בחצר אפילו כל אחד יש לו בית עכ"ז דין שותפים יש להו וקי"ל דשותף עדיף ממצרן וא"כ אפי' אי לא הוה דיעה ליצחק לזכות מדין מצרנות מדין שותפים יש לו זכות זהו משנלע"ד:

אלא דהואל ולבסוף ביררו דבריהם דמה שנתן משה לבנו הבית לדור בו לא בתורת שכירות נתנה לו אלא לדור בחנם נתנה לי הדרן לדינא דמתנה דפסק מר"ן בס' קע"ה סנ"ד דהנותן מתנה לית בה דינא דבר מצרא וזכה שמעון במה שנתן לו אביו. זהו משנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמב

ראובן משכן חצי בית הכנסת עם השררה ביד שמעון והן היום בכלות זמן המשכונה וניתנה רשות ביד ראובן לפדות רצה ראובן לפדותה ולחזור ולמשכנה ביד לוי ועל זה טען שמעון שהוא יהיה מצרן ותשאר ממושכנת בידו יומ"ץ:

תשובה לזה הוא הנה ידוע דמשכנתא לדין שכירות תחשב כמ"ש מר"ן ביור"ד סקע"ב ס"א דמשכנתא דין שכירות יש לה יעו"ש וכן מוכח מדברי הסמ"ע בחו"מ סקע"ה ס"ק קט"ז שכתב שם בפשיטות דשוים הם ודין אחד להם וכן מוכח מכמה מקומות:

הן אמת דראה ראיתי להרב מוהרי"ב זלה"ה בספרי וי"ץ ח"ב סק"ח שנשאל בראובן שמשכן קרקע אחד של נכסי צאן ברזל שהכניסה לו אשתו ביד שמעון ובאת האשה להוציאו מיד שמעון מהו הדין ושם נסתפק הרב הנז' אי משכנתא חשבינן לה כאלו מכר קרקע לפירותיו ויכולה האשה להוציאו או חשבינן לה למוכר פירות לבד שאינה יכולה לעכב יעו"ש שנשאר הספק אצלו ודן אותם בדין המוציא מחב' ע"ה יעו"ש:

עכ"ז אל תטעה להסתפק דמשכונתא לאו דין שכירות יש לה מכח ספיקו של הרב. זה לא יתכן דכבר כתבנו לך משמיה דמר"ן והסמ"ע דמשכנתא שכירות היא וגם הרב מידע ידע בזה אלא דלענין דיני שם הוכרח להסתפק דהגם דמשכונתא דין שכירות יש לה עכ"ז הואל והשכירות היא לזמן ארוך יש לנו להסתפק אם דינין לה כדין מכר קרקע לפירותיו שמשתקע שם הבעלים מעליה ויכולה האשה לעכב או לדין פירות לבד יעו"ש אבל לגבי דינא דבר מצרא לא נפקה מינה ולא מידי דבמקום שיש דינא דבר מצרא בשכירות לא שאני לן בין תהיה השכירות לזמן ארוך או לזמן קצר יש לנו לדון דדב"מ וכמו שנאמר לקמן ובמקום דליכא דין דבר מצרא ג"כ בין אפילו תהיה לזמן ארוך לא חשבינן לה כמכר ויהיה דין דבר מצרא:

ומעתה הואל וברנו דמשכנתא דין שכירות יש לה הרי זכינו דיכול שמעון להיות מצרן דהגם דקי"ל כשטת הרמב"ם ז"ל דפסק מר"ן בס' קע"ה סנ"ט דשכירות לית בה דינא דב"מ יעו"ש עכ"ז הרי מצינו להרב הטו"ז בס' קנ"ט שכתב וז"ל ולענין שכירות אותי הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן שכירות הראשון ונראה שבזה גם הרמב"ם מודה עכ"ל:

הן אמת דדברי הטו"ז אלו ראיתי בפסק דין לשני נביאים שנתנבאו בסגנון אחד הלא המה עטרות הרב המופלא מו"ח כמוהר"ר ישכר אצראף נר"ו והרב המופלא כמוהר"ר יוסף ברדוגי זלה"ה שכתבו דדברי הטו"ז המה במשכיר שהשכיר אותו בית לאחר תוך ימי זמן השכירות של הראשון בזה הוא דפסק הטו"ז דהראשון מסלק את השוכר השני

ונסתייעו לדבריהם מתשוב' מהר"י בן שושאן זלה"ה שהביא הרב"י בס' קע"ה יע"ש אבל לע"ד אני ההדיוט חלקתי עליהם בזה ופירשתי דברי הטו"ז דאפילו בהשכיר לו אחרי שנשלמו יומי שכירות הראשון עכ"ז יכול הראשון לדחות השני ודברי מהר"י ן' שושאן זלה"ה שנסתייעו ממנו לדבריהם אני הדל הקשיתי לפי פירושם ופירשתי בו פירוש אחר ואדרבא סליק בידי סייעתא לדברי דאפילו אם שכרה אחר יומי השכירות הראשון מסלק את השני כמו שכתוב כל זה בידי תהלי"ה בתשובתי ספ"ז בקיצור ובאו עוד הדברים ברוחב יותר בחדושי על הש"ע סקע"ה סנ"ט יעו"ש כיד ה' הטובה עלי ומצאתי אילן גדול לסמוך עליו דדברי הטו"ז אפילו בהשכיר לו אחר יומי השכירות איירי והוא הרב הגדול כמוהריב"ו ז"ל בלקוטיו אשר שם לו בספרו וי"ץ ח"ב אות מ' שכתב וז"ל מי שהיה קרקע של חבירו שכורה בידו לזמן ואחר כלות הזמן של השכירות השכירו בעליו לאחר יכול השוכר הראשון לסלק השני עיין טו"ז סקע"ה סנ"ט עכל"ה הרי לפניך דהרב הנז' פסיק ותני כמו שנלע"ד וכוותיה אנו דנים על סמך פסק זה של הטו"ז ואפילו אחר כלות הזמן השכירות מנהגנו לדון דזכה הראשון וכך דנים מדי יום יום וא"כ מן הראוי לנו בנדו"ד לומר דשמעון זה יכול להיות מצרן ואדרבא במכ"ש דהא הגם דכתבנו דמשכנתא ושכירות שוים הם עכ"ז הרי מצאנו יש עדיפות במשכנתא יותר מן המצרנות דהא מצאנו למר"ן בס' קע"ה פסק וז"ל המשכיר ביתו לאחד ואח"כ מכרה לאחר אפילו אינו בן המצר אין השוכר יכול להוציאו מידו ע"כ והכי קי"ל כפסק מר"ן אבל בדיני המשכונה מצאנו למר"ן שם בסנ"ז כתב וז"ל הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לאחר אפילו אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ וסיים עלה מור"ם וכתב ז"ל וי"א דאפילו קדם המצרן וקנאה יכול המלוה לסלקו עכל"ה ואנן כדברי מור"ם אלו אנו דנים הגם דדברי מור"ם אלו הם נגד מר"ן עכ"ז אנו עושים כדבריו בזה הואל ומצאנו לרבותינו האחרונים בעלי התקנות שכך דנו כסברה זו של מור"ם כמו שתראה בפסק אחד שפסקו והוא משנת הש"ן בפסק אחד של שמעאל ן' צפט וחתומים עליו שמונה רבנים גדולים ועצומים יעו"ש והגם שבימיהם לא נתפשטו עדיין הוראות מר"ן עכ"ז כוותיהו אנו דנים כמו שבא הדבר מפורש בקיצור התקנות למוהר"ב זלה"ה שכתב וז"ל הממשכן ביתו ואח"כ מכרה לאחר מי שממושכנת אצלו יכיל לסלק להקונה ואפילו למצרן אבל לא לשותף ויד מי שממושכנת בידו ויד השותפים שוים וכל הקודם זכה וכן הוא בתקנה ש"ש הש"ן ופשט המנהג כי"א שהביא מור"ם סקע"ה עכ"ל וכדבריו אלו דנים וא"כ נמצינו למידין דמשכנתא הגם דשכירות היא עכ"פ היא עדיפא משכירות דהא במשכנתא אנן תפסינן כדעת מור"ם לא כן בשכירות אנו דנים כדעת מר"ן דפסק

דאם בעל הקרקע מכרה לאחר אין השוכר יכיל להוציאה מידו אפילו איני בן המצר כמ"ש ס"ג:

הן אמת דראה ראיתי להרב הסמ"ע בסקע"ה ס"ק קט"ז דשם כתב וז"ל אין השוכר יוכל להוציאה מידו לפי מאי דכתבתי והכרחתי לפני זה בדרישה דשכירות ומשכנתא דין אחד להם א"כ מה שכתב מור"ם בס' נ"ז דאפילו קדם המצרן וקנאה יכול הממשכן להוציאה מידו הוא הדין נמי בזה יכול להוציאה השוכר מידו והמחבר כ"כ לשטתו ע"כ וא"כ לפי דברי הסמ"ע אלו לאו במכ"ש היא הדין הוא דלגבי דידן אנן דפסקינן כדעת מור"ם במשכנתא כן יש לנו לפסוק כוותיה ג"כ בשכירות וכדעת הסמ"ע ומכ"ש לפי דברי הרב"י בסקע"ה ס' צ"ב דמדבריו מפורש דשכירות עדיפא ממשכנתא א"כ מהיכן נלמד הקו"ח אדרבא איפכא מסתברא:

אלא דראיתי להרב פת"ש בסו"ס קע"ה שהביא דברי הסמ"ע אלו וכתב עליהם וז"ל אולי מהרש"ל בתשובה סמ"ג כתב להדייא דאף במשכנתא יכול להוציאה מידו המצרן מ"מ בשכירות אינו כן ואפילו מכרה המשכיר לאחרים אין השוכר יכול להוציאה ממנו וכן פסק הלכה למעשה והביאו הש"ך וכן פסק הב"ח בתשובה וכתב שכן היא דעת הרמ"א דיש חלוק בין שכירות למשכונה יעו"ש עכל"ה וא"כ בראותינו דברי הרבנים האלה על זה אנחנו בטוחים לדון ולהורות דדי לנו לפסוק כדעת מור"ם במשכנתא ולא גם בשכירות הואל ולדעת הרבנים האלו דלדעת מור"ם עצמו שני ליה בין שכירות למשכונה שלא כדברי הסמ"ע וא"כ עלה בידינו דמשכנתא היא עדיפא משכירות לענין זה וא"כ באומרך דאם היה לו בית שכורה בידו והלך המשכיר ושכרה לאחר יכול השוכר הראשון לסלק השוכר השני מכ"ש מי שממושכנת בידו והלך הממשכן והשכינה ביד אחר דיכול הראשון להוציאה מיד השני:

גם זולת זה נלע"ד ראיה עצמית ממה שמצינו למר"ן בס' קע"ה סנ"ח שכתב וז"ל אם מתחילת המשכונה בא המצרן לערער ולומר אני אלוה לך כי שמא כוונתו להערים למכור ללוה אינו יכול לעכב כי יאמר לו בעל השדה זה נוח לי וזה קשה לי ממנו וכו' עכל"ה ומצאתי בכתבי הראשונים ז"ל כתוב וז"ל משכנתא לית בה דינא דבר מצרא ודוקא בשתי שדות או בשני בתים הסמוכים זל"ז ומשכן בעל השדה אחת מהן אין בעל המצר יכול לסלק המלוה אבל בחצר אחת או בשדה אחת של שני שותפים ומשכן אחד מן השותפין לזולת יכולים השותפין האחרים לסלק המלוה מהמשכונה דשותף עדיף ממצרן כ"ך מוהריב"ש ז"ל שכן מצא בפסקי האחרונים ע"כ מצאתי נאם יעבי"ץ זלה"ה עכ"ל הטהור שמצאתי ומועתק אצלי מספר אחד של כמוהרי"ב בכת"י יעו"ש:

וא"כ בראותינו זה הרי יש לנו לומר בזרוע הנטויה דשמעון זה יכיל לטעון טענת דדב"מ שהרי כתבנו משמיה דגברא רבא דהממשכן עדיף ממצרן וכחו כשותף וכפסק מור"ם וכן בא הדבר בס' פת"ש סו"ס קע"ה דכח הממשכן ככח השותף וא"כ הואל והשתא כחו כשותף והלך זה הממשכן והשכונה ביד אדם אחר אפילו ביד מי שהוא מצרן יכול זה להוציאה מידו דכח של זה כשותף דעדיף ממצרן ואדרבא נדון דידן עדיף מההיא שהבאנו משם הרב יעבי"ץ דשותף לא אמרינן ביה משכנתא לית בה דדב"ם והעדיפות היא דהתם בעל השדה צועק ואומר זה נוח לי וזה קשה לי ועכ"ז פסקו הגם דטענה זאת טענה הנשמעת היא לגבי מצרן עכ"ז לגבי שותף אינה שוה כלום מכ"ש בנדו"ד דלא שייך אותה טענה ולא יכול לומר זה נוח וזה קשה לי דהא מצאנו למהר"ר ן' וואליד ז"ל בליקוטיו שכתב דמנהגם בעי"ת תטוואן יע"ה לומר השוכר הראשון קר"א בקר"א פיי"א אול"א וכתב ז"ל ומצאתי כתוב בכת"י מהרש"א זלה"ה דיהיב טעמא דאינו יכיל לטעון ז"נ וז"ק לי דאמרינן ליה כמו דהוא ניח לך כל ימי השכירות שעברו שהיה השוכר דר בה יהיה נוח לך ג"כ מכאן ולהבא ע"כ וא"כ ממנו נלמוד לנדו"ד ג"כ הואל והיתה ממושכנת בידו של שמעון והיה לראובן נוח לו מעקרא להשכינה בידו גם עתה כן נאמר לו ודבריו מהבל ימעטו:

אלא דכל זה אינני שוה לי דכל בנין זה שבנינו דממשכן דינו כשותף מצאנו להרב מוהרי"ע זלה"ה בספר בי"ת יהוד"ה בדיני המצרנות שכתב וז"ל ומה שכתבנו לעיל דהממשכן דינו כשותף היינו דוקא אם היה המלוה עצמו דר בה הוא דמיקרייה שכונה גביה ודינו כשותף בכל ענין אבל אם לא היה דר בה אלא אחרים מעלין לו שכר בזה אין לו עדיפות אלא אם קדם וקנאה אין למצרן לסלקו אבל שותף מסלקו אבל אם נמכרה לאחר אין לו עדיפות לסלקו מיד הלוקח ע"כ וכן נמי נלע"ד לדקדק מדברי הסמ"ע בסו"ס קע"ה ס"ק קט"ז שכתב שם על מאי דכתב מר"ן דאם היתה הבית שכורה בידו ומכרה המשכיר וכו' כתב איהו לפי מאי דפרשתי בדרישה דשכירות ומשכונה שוים וכו' משמע דמשכונה דומייה דאותה שכירות אייריי שהיה השוכר דר ודומייה ג"כ דידה הממשכן שהיה דר יעו"ש וראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה שהביא דבריו בלקוטיו ע"ע א"מ וא"כ בנדו"ד שממושכנת בידו ביה"כ לא מיקרי דר בבית הגם דשמעון זה הוא ש"ץ באותה בה"ך לא יהבינן ליה דינא דכאלו ממושכנת בידו ודר בה וטעמא דמילתא דהא לא זיכו לו להיות כשותף הואל ודר בה אלא משום צער דטלטולא דגברא ואין לך טוב וישר מזה שיצא לחוץ ותנתן ביתו לאחר אבל שמעון זה לא יש לו שום צער כלל דאפילו תצא המשכונה מידו ליד אחר הרי הרשות נתונה בידו להשאר מתפלל שם עד עולם ואין

מי שיוכל לעמוד כנגדו לדחותו לצאת חוץ מאהלו וכמו שבא הדבר מפורש בס' כר"ח ח"א סקל"ג ששם הביא שאלה אחת להרב הגדול מוהר"ר יעבי"ץ שנשאל במי שהיתה לו בה"כ בשותפות עם אחרים ואח"כ מכר חלקו ואח"כ הקונים רצו לדחותו מביה"כ ופסק דאינם יכולים לדחותו ושם פתח פיו כנגד הדוחים בביזוי גדול יעו"ש וא"כ לא יש צער לשמעון זה במה שתצא מידו הביה"כ שהרי לא יש לו צער מחמת הדירה ואי משים שהיה ש"ץ ג"כ זה אינו דתועלת השליחות הוא כדי להרויח ומחמת הריוח אין אלים כחו להיות מצרן מכח זה דהא אם היה הבית ממושכן בידו ומשכירה לאחרים כתב מוהרי"ע ז"ל דבשביל השכירות שמשתכר לית לן בה משום דדב"מ וגם זה מכח השליחות שמשתכר ממון ליכא דדב"מ:

וא"כ הדר דינא דידן אדרבא הוא גרוע אפילו מן השכירות ממי שמושכרת בידו בית אחת והלך בעל הבית ושכרה לאחר דהתם ג"כ הטעם הואל והוא דר בה וזה בא לדחותו ממכונו על זה הוא עדיף כחי אבל כאן דלאו דחיי קרו ליה וישאר במקומו זה גרע מפי. זהו מ"ש נלע"ד ולאפס הפנאי נראה שאין כאן מקים להאריך וצוי"ם וימ"ן הלכ"ד החותם בתמוז תרנ"א פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קמג

ראובן היה לו בית מושכרת ביד שמעון לזמן ובתוך הזמן הלך לוי שהוא שותף עם ראובן בחצר ודר שם ג"כ ושכר אותה בית של ראובן מהיום ולכשיכלה הזמן שהיא מושכרת ביד שמעון והן היום כשמוע שמעון שלוי שכר הבית בא וטען שהוא מצרן ובפרט שלוי כבר יש לו בית שהוא דר בה ואינו צריך לזה ומשום הרוחב בעלמא אינו בדין שידחה הוא ומה גם ששמע שלוי רצונו להשכיר לאחר וא"כ איהו להוי מצרן ולוי טוען אפילו ירצה להשכירה לאחר אינו בדין שיכול שמעון לכפותו להשכירה לו כי הוא קשה לו ומידי יום יום אך בחלקות תשית למו עמו ועם ב"ב יומ"ץ:

תשובה תחלה וראש נחזי אנן בהאי קנין שקנה הבית לוי מראובן ועדיין לא הגיע הזמן של השכירות של שמעון אי הויה קנויה ללוי או לא דהואל והשתא קנויה ביד שמעון א"כ הוי כמקנה לחבירו דבר שאינו ברשותו והוי דומה למ"ש מר"ן בס' רי"א ס"א דהאומר שדה זו כשאקחנה קנויה לך לא אמר כלום ע"כ או נימא דשאני הכא הואל והקרקע סוף כל סוף אינו של שמעון אלא של ראובן ואינה אלא שכורה ולכשיכלה הזמן עתידה לחזור א"כ לא הוי דינו כדין מקנה דבר שאינו ברשותו וכדי שלא להאריך בדין זה הנה ראיתי

דספק זה הביאו הרב זכו"ל בח"א א"ש וז"ל המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ובתוך הזמן השכירה לאחר לכשתכלה הזמן ההוא יכול לחזור בו דב"מ ח"ב ס"צ עכ"ל ושם נמי סמוך לזה הביא ג"כ הרב כרם שלמה סו"ס ל' שכתב וז"ל ראובן שכר בית לשנה וקודם תשלום השנה השכירה לשמעון אפע"פ שעשה חזקה וקנין כדין עכ"ז אם מכרה המשכיר אין לשמעון כלום דהחזיק בזמן שאין ראוי לו ולא מהני ע"כ ובספר הנז' ח"ב א"ש כתב וז"ל המשכיר בית לחברו לזמן קצוב יכול למוכרה או להשכירו תוך הזמן לכשיכלה זמן ולא הוי כמי מה שאירש מאבא מכור לך עיין כנה"ג סקצ"ב הגה"ט אות י"ט וכ"כ מהריק"ש ז"ל ודלא כמהרשד"ם ע"ע ועיין כנה"ג סקצ"ב הגה"ט ויש לעיין בכר"ם שלמ"ה סו"ס למ"ד דלא הזכיר רמז ממחלוקת הנז' עכ"ל הרב זכו"ל המובאים מח"א ומח"ב נתברר לנו דדבר זה הוא שנוי במחלוקת דלדעת הרב דב"מ והרב כרם שלמה ולדעת מהרשד"ם אותה קנייה כמאן דליתה ולדעת הנהו פוסקים אחרים שהם כנה"ג והרב מהריק"ש ס"ל דאותה קנייה שהקנה לו תוך הזמן הויה קנייה וא"כ הרי הדבר במחלוקת שנוי הן אמת דראיתי להרב מש"ה שפיר קאמר מערכת שי"ן קע"ד ששם גם הוא נסתפק בדין זה והביא סברת הפוסקים דיכול למכור ולשכור תוך הזמן והביא ג"כ סברת מהרשד"ם ז"ל החולק ולבסוף כתב וז"ל עלה מן האר"ש דאין לסמוך ע"ד מוהרשד"ם ז"ל בהא נגד כל גאוני קמאי ובתראי וכן מצאתי להרב מהריט"ץ ספ"ט ולהרב תורת חסד והרב החביב ז"ל בתשובה סק"ס והסכים עמו מהרי"ט עכ"ל עכ"פ בודאי ברור דלא כתב הרב כן אלא משום דלא ידע ולא ראה מספרי הפוסקים שהביא הרב זכו"ל שהם דברי דב"מ והרב כרם שלמה דהם קיימי בשטת מהרשד"ם ולכך הואל ולא ראה כי אם מהרשד"ם חולק לכך כתב דאין להניח סברת גאוני קמאי וכו' נגד מהרשד"ם משמע הואל ולא מצא עזר כנגדו אבל אנן שמצאנו ראינו להרב זכו"ל שהביא עוזרים לסברת מהרשד"ם אין לנו אלא להעמיד הדבר במחלוקת ויכול המוחזק לומר קי"ל וא"כ האי קנייה כמאן דליתה דמי וחשבינן כאלו עדיין ראובן לא שכר ללוי דיש נפקותא בזה כמו שנאמר לקמן בס"ד: אלא דאחר ההתבוננות שפיר מצינו למר"ן עצמו הוא מכת הסוברים דהמשכיר יכול למכור ולשכור תוך הזמן דהא מצינו למר"ן דפסק בס' שי"ב ס"א וז"ל המשכיר לחבירו בית וכו' לזמן קצוב אינו חייב להוציאו והמקח קיים ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלם זמנו ע"כ הרי לפניך דמר"ן פסיק ותני דהמקח קיים אלא שצריך הלוקח שימתין וכן ראיתי להרב אחרון הרב גושפנקיה דמלכא בחבורו להרמב"ם בפרק ששי מהלכות שכירות שהביא דברי הטו"ר ומר"ן אלו דס' שי"ב וכתב דמכאן מוכח דיש כח ביד בע"ה למכור ואפילו אית לן שכירות ליומא ממכר הוי והוא דכתב רבינו הטו"ר והמקח קיים

ולוקח צריך להניחו ביד השוכר עד שישלם זמנו דבאו לשלול כל זה דכתיבנה עכ"ל הרי לפניך דאנן דבשטת מר"ן אזלינן הקנייה קנייה: גם עדיפא מזה נלע"ד דבנדו"ד אפילו מהרשד"ם וסייעתו יודו דקנה לוי דהא שמעון זה השוכר לא היתה מושכרת בידו בית זה לזמן קצוב אלא היתה מושכרת בידו סתם ואח"כ נכנסו יומי החורף שאין יכול להוציאו מהחג ועד הפסח כדקי"ל בפסק מר"ן סשי"ב ועל זה נכתב כאן בשאלה תוך הזמן וא"כ הואל והכי הוא לדעתי נראה דעד כאן לא קחשיב מהרשד"ם דמי ששכר בית לחבירו שוב אינו יכול למוכרה ולא לשוכרה תוך הזמן אלא דוקא בשכרה לזמן קצוב דאזי לא נשארה שום זכות כלל למשכיר בבית זה אפילו אם נפלה ביתו של משכיר או אם הוקרו הבתים או אם בא אדם אחר והוסיף על השוכר או אם כלליה לבריה כמו שמפורש כל זה בחומ"ש ס' שי"ב סי"א וי"ב וי"ג יעו"ש אבל אם היתה שכורה ונכנסו יומי החורף דיש לו זכות בכל מאי דאמרן א"כ הואל ויש לו זכית בה אפילו מהרשד"ם אזיל ומודה לסברת הפוסקים ולא מפשינן פלוגתא וברור דכן היא הסברא הואל ועדיין יש זכות למשכיר:

נקטינן מכל מאי דאמרן דזכה לוי ונקנית לו הבית והשתא הואל והקנייה הוייה קנייה נפלה בבירא טענת שמעון שטוען שהוא מצרן מכח שהוא דר בה דהגם דקי"ל כסברת הטו"ז בסו"ס קע"ה סנ"ט דס"ל דאפע"ג דלא קי"ל כהרא"ש דיש מצרנות בשכירות היינו דוקא במי שבא לזכות בבית שלפני ביתו הוא דאמרן הכי אבל מי שמושכרת בידו איזה בית והלך אדם אחר ושכרה יכול שוכר ראשון לומר הוא מצרן הואל והוא שכן בה זוהי סברת הטו"ז דאפילו לאחר זמן השכירות אם הלך המשכיר ושכרה יכול מי שדר בה לומר שהוא מצרן מכ"ש בנדו"ד שהשכירות שהשכיר ללוי היא בתוך יומי החורף דבזה מצינו מדברי הרב"י מתשובת מהר"י ן' שושאן ז"ל שהביא נראה דלא כן הוא יעו"ש אלא דבנדו"ד רואה אנכי דלא יוצדק דינו של הטו"ז דהא לוי זה השוכר השני יש לו חלק באותה חצר ודר בחלקו ומצינו לרבינו יעבי"ץ והרב המשבי"ר זלה"ה שכתבו דחצירות דידן שהם שותפים בשער כניסה ובבה"ך וכו' הגם דכל אחד יש לו בית אחד לדין שותפים יחשבו ודנין ליהו כדין שותף לכל דבר יעויין בדבריהם שהובאו בספר כר"ח ח"א סי"ג וא"כ הואל ולוי זה דין שותף יש לי יהלך ושכרה לאחר יומי החורף ודאי דיכול לדחות לשמעון ואינו יכול לומר שהוא מצרן דהא זה הקונה כחו עדיף ממצרן שהרי הוא שותף גמיר והואל ולאחר יומי החורף כלה זמן השכירות של שמעון א"כ הדרא הבית לרשות מרה קמא אלא דאם יעבור וישכירנה לאדם דעלמא יכול שמעון לומר שהוא מצרן וא"כ הואל ועבר ושכרה ללוי שהוא שותף בחצר אפילו אי לא הוה שותף עדיף ממצרן עכ"ז הרי קי"ל אם עבר אחד מן המצרנים וקנאה אפילו אין לו אלא חלק קטן

זכה יעו"ש בס' קע"ה סי"א א"כ מכ"ש כאן דזה השוכר לא אחשבוה רבנן אלא למצרן דוקא ולוי הדר לא מלבד דאחשיבוה למצרן אלא רבותינו אחשיבוה לשותף בודאי דזכה בשכירות זה ויכול לדחות לשמעון שדר בה:

ומה שטען שמעון כי לוי זה השוכר כבר דיי לו בביתו שהוא דר בה ולא השכיר זה כי אם לרוחא בעלמא או להשכירה לאדם אחר הנה פשוט דאם לוי זה שכרה לעצמו משום רוחא פשוט דדברי לוי אינם מעלים ואינם מורידים דהגם דמצינו למור"ם בס' קע"ה ס"ט שכתב וז"ל אם הלוקח לית ליה ארעא ודחיקא ליה שעתא והמצרן א"צ לה רק לרוחא בעלמא י"א דלית ליה דינא דב"מ ויש חולקים ומדברי מהרא"י ומהרי"ו נראה כסברא הראשונה ע"כ הרי משם מוכח דדעת מור"ם לפסוק כסברה קמא דליכא דינא דב"מ וכן ראיתי להרב מש"ה אות מי"ם שכתב משם הרב זקן אהרן ז"ל כסברת י"א קמא דליכא דינא דב"מ בצריך לרוחה בעלמא:

עכ"ז נדו"ד שאני. ושתי תשובות בדבר חדא דלא נחלקו וס"ל בעלי י"א קמא דליכא דדב"מ היינו דוקא במי שבא לזכות מדין מצרן דוקא אבל בכגון דא דהוא שותף בודאי דבזה עדיף ממצרן דהא כל מקום שאין נגיעת הזיק למוכר אלא ללוקח דוקא בזה העדיפו השותף מן המצרן ואפילו לא היה דין מצרנות יזכה בדבר וכמו שבא כלל זה בדברי מוהריב"ו ז"ל סקפ"ו שכתב וז"ל אי בכל מילי דלית ביה דדב"מ אי אמרינן שותף עדיף ממצרן עיין שו"ת ב"ח סי"ג ומשפט צדק ח"א דס"ב דכללא כייל שכל שהוא צורך הלוקח אמרינן שותף עדיף ממצרן וכל שהוא צורך מוכר אין לחלק בין שותף למצרן ודברי הב"ח הביאם הרב זכות אבות סק"א יעו"ש עכ"ל וכן ראיתי להרב יוא"ל בתוש"י ח"ב סי"א דגם הוא נשתמש בכלל זה יעו"ש וא"כ גם כאן הואל ולוי זה שותף יכיל ללוקחה לעצמו אינו צריך כי אם לרוחה זאת ועוד אחרת והוא טעם כעקר דהתם מיירי באדם דעלמא שקנה ובא המצרן להוציא בזה הוא דלא העדיפו כח המצרן וזכה הלוקח וכמו שמפורש שם מדברי ס"ק פ"ט יעו"ש אבל בנדו"ד שכבר לוי שכרה והוא קרוי מוחזק והוא מצרן ושותף מהיכא תיסק אדעתין לומר הואל ואינו צריך כי אם לרוחה דלא יזכה בה זה לא יתכן:

ועדיפא מזה יש לנו לומר דאפילו אם לוי זה ירצה להשכירה לאדם אחר יוכל הוא לדחות את שמעון ממנה וישכירה לאדם אחר ואל תתמה היאך יוצדק דבר זה שהרי אפילו אי חשבינן ללוי זה הוא בעלה דהאי ארעא עכ"פ הרי שמעון השוכר יכול לומר אני מצרן וכסברת הטו"ז דדינין מידי יום יום אלא דלזה הרי יש ארוכה ומרפא מטענת לוי שאומר שאין רוצה להשכירה לו הואל ולא אתדר ליהו לדור ביחד ומדי יום יום אתגורי איתגור

בני ביתו של שמעון עם בני ביתו של לוי ומכח טענה זאת יכיל לדחותו ולשכור אותה לאדם דעלמא כי יאמר זה ניח לי וזה קשה וכבר נודע פסק מר"ן בס' קע"ה סי"ח דבמקום שיש נחותה למוכר באדם דעלמא אין המצרן יכול לסלק לאותו דניחא ליה ביה המוכר או המשכיר א"כ גם כאן הואל ולוי זה ניחא ליה באחר ולא בשמעון ודאי דיכיל לדחות שמעון ולהביא אחר דטענה זאת שטוען דמידי יום יום פלגן בהדייהו טענה הנשמעת היא דהא עדיפא מזה מצאנו ראינו למר"ן בב"י סשי"ב מחס"ג שכתב משם המרדכי על ראובן שהיה דר בבית לאה ורצה להחזיק בקצת הבית ולא עלתה לו והיא טוענת שאינה יכולה לדור עמו שפיר טענה דדמית עלי כאריה ארבא מכל אלה התואנות והקנטורים שנעשו ביניהם אין אדם דר עם נחש בכפיפה ע"כ וכתב שם הד"מ וז"ל ומסיים שם צריך וצריך לצאת אפילו באמצע החורף יעו"ש מוכח מדברי הרב"י דאם היה דר עמו ונעשה שונאו יכול להוציאו אפילו תוך הזמן הן אמת דמצאנו שם להד"מ שהביא משם הנמק"י שהביא דפרק השואל דמי ששכר בית לחבירו והיה אוהבו ונעשה שונאו אין יכול להוציאו מן הבית ע"כ הרי ראיתי להרב זכו"ל שכתב משם כנה"ג ודעתו ג"כ כן הוא דהאי מ"כ שכתב הרב"י היא פליגא עם סברת הנמק"י שהביא הד"מ יעו"ש בדבריו ח"ב א"ש א"כ לפי דבריו של הרב כנה"ג והרב זכו"ל יש לנו לפסוק כדעת המ"ך שהביא מר"ן בב"י ולא כדעת הנמק"י שהביא הד"מ הואל וקי"ל כמר"ן אפילו כפי מה שהביא בב"י ולא העלה אותם על השולחן וא"כ לא מבעייא לדברי כנה"ג והזכו"ל דמר"ן ס"ל כדעת המ"ך דאפילו היה דר שם יכול להוציאו קו"ח לנדו"ד דלא הוא שהביא שמעון לבית זה נוסף על זה דאחרי יומי החורף הוא ענין זה ודאי אפילו הוא מצרן יכול לדחותו: אלא אפילו לדעת מור"ם ז"ל דס"ל דדברי הנמק"י לא פליגי עם דברי המ"ך שהביא הרב"י שהרי מצאנו לו שפסק לתרווייהו בש"ע ס' שי"ב ס"ט פסק סברת הנמק"י ובסי"ד פסק לסברת המ"כ א"כ ודאי דס"ל דלא פליגי וכוותיה ודאי נקטינן הואל ומרן לא גילה דעתו עכ"ז בודאי דבנדו"ד גם הוא יודה דיכול לדחותו מטעם קטטה דעד כאן לא פליג הנמק"י וס"ל דאין יכול להוציאו אלא התם הואל והביאו מעיקרא ושכר לו הבית ועדיין הוא תוך הזמן הוא שאין יכול להוציאו אבל בכגון נדו"ד דבא לכתחילה לשכור לו מי הוא זה ואיזה הוא שיסבור דכייפינן ללוי זה ולהכריחו לשכור למי שהוא שונאי הואל והוא מצרן ישתקע הדבר ולא יאמר ועיין בס' בית יהודה ז"ל בדיני השכירות דאם בעל הקרקע רוצה להוציא השוכר אפילו בלי שום טעם ומידע ידעינן דאחר שיוציאו ישכירה לאחר עם כל זה יכול להוציאו יעו"ש. זהו מה שנראה לעניות דעתי וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמד

תשובה לעי"ת רבאט להרב כמוהר"י בירדוגו נר"ו:
אחר דשו"ט במשל"ש שטי"ן רהוטי רהוט לידה"ק להשיב מה"ך על מאי דשאיל מר מינן על מי שהיתה בידו בית בשכירות ובעודה שכורה בידו הלך וקנה בית הסמוכה להאי בית בחצר ובא המצרן שהוא בעל הבית המשכיר לו לזכות בזה הבית שקנה זה השוכר ולהוציאה מידו מדדב"מ מה דינו הואל ולפי דעת הרב משי"ש זלה"ה בס' שמ"א ובס' ת"ט כתב על ההיא דכתב מר"ן בס' קע"ה ס' ס"א בשנים ששכרו שדה בשותפות ואחד מהם רצה להשכירו וכו' שהשני אם רצה לזכות בדדב"מ הדין עמו ע"כ וכתב הרב הנז' בס' הנזכרים ה"ה אם רצה השני למכור אם היה שלו יכול השוכר השני לזכות אפילו במכירה יעו"ש ובעינא דשפיר חזי ליה למר מה שכתב מהרח"ט זצוק"ל דחצירות שלנו דין שותפים יש להם וא"כ גם כאן בנדו"ד רצה ידידי לערבינהו וליתנינהו להני ב' סברות לעשות חצר כדין השות' דפסק מר"ן ס' קע"ה ס"א ולנהוג בהם ע"פ מ"ש הרב משי"ש ז"ל אלא דנשאר להידיד דוחק גדול על דברי מהרח"ט זלה"ה שכתב על דברי מר"ן דס' קע"ה ס' ס"א דאפילו בעבר ושכר יכול השותף שבחצר להוציא מיד השוכר השני וידידי קשה ליה דמדברי מר"ן לא משמע אלא באם אחד רוצה להשכיר וכו' אבל אם כבר שכר משמע שאינו יכול להוציא וסליק הידיד בתימא על דברי מהרח"ט אלה תוכן דבריו נר"ו:
דע ידידי דדברי מהרח"ט ז"ל לאו יחידאה הוא בסברא זו אלא הרי בידינו פסק ערוך והוא במודפסים בס' כר"ח ח"א סי"ג חתומים בו הרבנים מוהר"ר יעבי"ץ והמשבי"ר זלה"ה שכך השיבו לרבני סאלי יע"ה דכך הוא הדין דחצירות דידן אפילו כל אחד יש לו בית מיוחד דין שותפים יש ליהו הואל ושותפים הם בבאר המים ובית שער החצר וכו' ועל פיהם כך אנו דנים מידי יום יום במי שיש בידו בית בשכירות ובית הסמוכה לה רצו בעליה להשכירה יוכל זה הדר בשכירות לומר הוא המצרן וכדי לשכך אוזן צדיק במה שקשה לו על מהרח"ט מדברי מר"ן דלא נקט דבריו אלא באם רצה לשכור וכו' ראיתי להעלות לך מ"ש אצלי זה זמן בענין זה ומילתא דאתייא באגב טר"ח וכתב לה כתיב על כן הילך מ"ש אצלי וזה נוסחו בס' קע"ה ס' ס"א שנים ששכרו שדה בשותפות ואחד מהם רוצה להשכיר חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בי מדין בן המצר הדין עמו שהוא שותף בו עכ"ל הנה מפשט לשון זה של מר"ן נראה דדוקא בדעדיין לא שכרה לאחר מיירי אלא רוצה להשכירה בזה הוא שיזכה מר"ן השכירות לשותף אבל אם כבר שכרה לאדם אחר לא אתי זה השותף ומסלקו וכן נראה נמי מפשט לשין הסמ"ע בס"ק קי"ד שכתב וז"ל כיון שהוא שותף להי"א שכתב מור"ם לפני זה דיש בשכירות משום דדב"מ בלא

האי טעמא דהוא שותף הוא קודם לכתחילה לאחר כל שלא קדמו האחר וקנאו והרב המחבר כ"ך לשטתו וק"ל עכ"ל הנה כוונת הסמ"ע רצויה דכוונתו לומר דדברי מר"ן הואל ובעדיין לא שכרה איירי א"כ לדעת מור"ם לא צריך לתת טעם משום שותף אלא תיפוק ליה דמטעם מצרן לחוד ס"ל למור"ם ז"ל דיכול לזכות בדינא דבר מצרא וכמ"ש בסעיף ס' שקודם לזה וז"ל ויש מי שחולק וסבירא ליה דיש בשכירות דין מצרנות ע"כ ופירשה שם הסמ"ע סקי"ב דדוקא בדעדיין לא שכרה אדם אחר איירי אלא בבא לזכות לכתחילה ולשטתו שלשם בסקי"ב אזיל כאן בס"ק קי"ד ועל זה הוצרך כאן לומר דמר"ן הואל ולית ליה דדב"מ בשכירות הוצרך למינקט מטעם שותף ועכ"פ בדעדיין לא שכר לחבירו איירי מר"ן ועל זה קשה לי דהא כללא כללו לנו רבותינו דבכל מקום שאמרו לית ביה דדב"מ אית ביה דינא דשותפי דשותפי עדיף ממצרן וא"כ הואל ופסק מר"ן בס' נ"ט השוכר בית וכו' והמצרן רוצה לסלקו אין שומעין לו א"כ ממנו יש לדון אבל שותף עדיף ומוציא מיד השוכר אפילו כבר השכיר הבית וא"כ היאך כאן חזר לפסוק הדין ברוצה לשכור דמשמע בדעדיין לא שכר קא מיירי הרי אפילו שכר כבר עדיף כח השותף להוציא:

וראיתי אחרי רואי לרבותינו הרב יעבי"ץ והרב המשבי"ר שהובאו דבריהם בס' כר"ח ח"א סי"ג ושם נאמר שנשאלו על אודות אחד ששכר חלקו בחצר לאחר ופסקו שם דיכול השותף להוציא מיד השוכר ופשטו לה מהאי דכתב כאן מר"ן בס' ס"א יעו"ש וא"כ לפי"ז קשה הרי מר"ן לא איירי אלא בדעדיין לא שכר אלא רוצה לשכור והם פסקו אפילו בדכבר שכר:

על זה הוצרכתי לראות עקר דין דפסק מר"ן מהיכן מוצאו ומובאו וראיתי להרב באה"ג שציין עליו שהוא מכללי הרא"ש כלל א' ס"ב וכללי הרא"ש אינם בידי אכן ראה זה מצאתי דלרבינו הטו"ר ס' שט"ז שהביאו וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ראובן ושמעון שכרו שני בתים וכו' עוד להם חצר בשותפ' והיו כל אחד משתמש בחלקו והלך ראובן והשכיר ביתו ללוי ושמעון מעכב עליו ואומר איני חפץ בשותפות של לוי כי ירא אני שנתקוטט ביד ואם עכ"פ תרצה להשכירו הנח לי החצר המשותף ואתן לך שכירות החצר כפי חלקי המגיע ממנו אם שומעין לו תשובה יראה שהדין עם שמעין חדא שטוען ליתן שכירות החצר כפי המגיעו כי הוא מצרן ושכירות שייך בו הטוב והישר ועוד אני אומר דשנים ששכרו בשותפות לדור ביחד אין אחד מן השותפין יכול להושיב אחר במקומו אפילו יש לו דיורין פחותין מן הראשון כי יכול לומר אותך אני מקבל אבל אחר לא עכל"ה וציין עלה שם הרב"י דמקור שאלה זאת בכלל א' ס"ב כמי שציין הרב באה"ג

והנה דין זה הגם שהוא מרבינו הרא"ש ורבינו הרא"ש ידוע דס"ל שכירות ליומא ממכר הוי ולשטתיה אזיל דס"ל יש דדב"מ בשכירות על כל פנים כתב כאן הרב"י בס' זה דגם הרמב"ם יודה בזה הואל ויש שיתף ביניהם ושותף עדיף עיין כל זה בהרב"י בס' זה ס' צ"ב וזהו כוונת הרב"י דנתכוון לומר דאותו דין דפסק הרא"ש ז"ל במצרן גם הרמב"ם יפסוק איתו בשותף ולכך פסקו כאן מר"ן בס' ס"א הגם שהוא אזיל בשטת הרמב"ם דס"ל דאין דדב"מ בשכירות עכ"פ גם הרמב"ם יודה וא"כ תבנא לדיננא הואל ועקר דין זה הוא מהרא"ש הרי הרא"ש בפשיטות מיירי אפילו בעבר ושכר מיירי וא"כ פסק הרב יעבי"ץ והמשבי"ר הם אמת ותורתם אמת:

ומעתה חל עלינו חובת הביאור במאי דיש להקשות בפסק זה לכאורה דהואל ודין זה הוא מהרא"ש הרי מצינו לרבינו הרא"ש שם שהשיב דמכח שתי תשובות יכול השותף לעכב חדא משום שהוא מצרן ודעדיפא מזה יכול לומר לו לך אני רוצה לקבל ולא לאחר ולטעם זה השני פשוט דאפילו השותף הזה השני אינו רוצה לשוכרו לעצמו כלל עם כל זה יכול לעכב עליו שלא ישכירנו לאחר וטעם זה השני פסקו מר"ן עצמו בס' שט"ו ס"ב וא"כ קשיין אהדדי דכאן כתב דיכול לזכות בו מדין שותף משמע אבל אלולי זה שהוא שותף ורוצה אותו לעצמו אינו יכול לעכב עליו והרי תפיק לך דיכול הוא לעכב עליו כמ"ש בס' שט"ו ס"ב וא"כ פסקי מר"ן מחזי כסתראי וכשאני לעצמי הייתי רוצה לתרץ דמר"ן כאן בדינא דמצרנות נקט טעם המצרנות ושם מקור דין השכירות נקט שם טעם הצודק אבל אה"נ גם כאן אם היה רוצה לעכב יכול לעכב אלא דזה נראה בעיני דוחק והאמת הברור הוא דזה יתברר לך מלשון הרא"ש דהרא"ש כתב דינו בשנים ששכרו בית בשותפות וכו' וכן נמי נקט מר"ן בס' שט"ז שנים ששכרו בית בשותפות וכו' וא"כ למה כאן נקט מר"ן בדבריו שדה אלא דלזה נתכוון דכאן בדיני מצרנות לא רצה אלא להביא דינה דמצרנות דהיינו טעם הראשון דכתב הרא"ש ולכך כתבו בשנים שקנו שדה בשותפ' דבשדה לא יוצדק כי אם טעם שהוא מצרן ויכול לעכב עליו ולשוכרה לעצמו ולא שייך לומר לך אני רוצה לקבל ולא לאחר דמי הביאו לטענה זאת וכי הם דרים לילה ויום אין להם כי אם שדה שותפו' הרי יכולים לחלוק אותה וכל אחד יחרוש ויעבוד חלקו ואין היזק מזה לזה אבל בבתים דשייך טעם קטטות ומריבות על ידי שהם דרים בבת אחת פשוט דיכול כל אחד לעכב ולכך נקט כאן מר"ן שדה כדי להשמיענו כאן דינא דשותף דאפילו הרמב"ם יודה הוא בזה ע"כ הוא מן המועתק וא"כ על פי הדברים האלה יתברר לך דמאי דנקט מר"ן כאן בס' ס"א אם אחד רצה להשכיר וכו' הוא לאו דוקא ולא בדיוק:

או אפשר דמר"ן בכוונת המכוון נקט בלשונו רוצה לשכור כדי שלא תטעה והטעות הוא דאי הוה אמר הכי שנים ששכרו שדה בשותפות והלך אחד והשכיר חלקו לאחר יכול השותף להוציא כיון שהוא שותף וכו' הייתי טועה ואומר דעד כאן לא הוצרך מר"ן לתלות הדין בשותף אלא משום שכבר נשכר וזה בא להוציא אבל אם בתחילת השכירות היה בא לעכב קודם השכירות הייתי אומר אפילו אם לא היה דין שותפים כי אם דין מצרן הייתי אומר שהיה זוכה וכדעת הרא"ש דהכי ס"ל וכמ"ש הסמ"ע ס"ק קי"ב וסברא זאת יש להוכיח כן מדברי מר"ן דס' נ"ט שכתב השוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו אין שומעין לו וכו' דמשמע דיקא במי שבא להוציא מה ששכר לו כבר הוא דאין שומעין למצרן הא אם בא לכתחילה קודם השכירות לזכות יהיה זוכה וא"כ אתי לטעות על כן הוצרך כאן לכתוב דיני דאפילו בבא לזכות קודם השכירות דוקא משום שותף הוא שזוכה אבל אלולי טעם זה של שותף אלא טעם מצרן לחוד אפילו בבא לזכות קודם השכירות לא זכה ועל זה הוצרך לכתוב מר"ן הדין בבא לזכות קודם השכירות אבל לעולם אפילו בכבר שכר יכול להוציא כדין השותף וכדברי הרא"ש כך ס"ל למר"ן והרמב"ם מדין שותף ואל תקשה עלי דאם מטעם זה הוכרח לכתוב דינו באם רצה לשכור וכו' כדי שלא נטעה בדין מצרן לחוד בלי שיתף כדאמרן הרי אדרבה איכא למימר דיש לטעות לאידך גיסא ולומר דעד כאן בדין דשותף פסיק ביה מר"ן דיכול לזכות אלא דוקא בבא לזכות לכתחילה אבל באם כבר עבר ושכר אין זה יכול להוציא מידו אפילו הוא שותף זה לא יתכן דהואל ומר"ן בסימן נ"ט פסק השוכר בית מחבירו והמצרן רוצה להוציאו מידו לשוכרו לעצמו אין שומעין לו ע"כ וכבר דקדקנו דשותף עדיף ממצרן כללא הוא וא"כ באומרך בדין זה אין המשכיר יכול להוציא בשכבר נשכר מינה יש לדון דוקא מצרן הא שותף יכול להוציא ואפילו כבר נשכרה א"כ ודאי מאי דנקט בס' ס"א באם רצה וכו' אינו אלא שלא נטעה כדאמרן ומה גם הואל ודינא דסי' ס"א מקורו הוא מדין דהרא"ש ודינא דהרא"ש הוא אפילו בעבר ושכר יכול להוציא ודאי דיש לנו לומר דודאי גם לדעת מר"ן לא שאני לן באם רצה לשכור או אם כבר שכר ודאי לא הוזקק לכתוב באם רצה אלא כדי שלא נטעה כדאמרן אך עדיין צריך להתיישב בדבר מי הביאהו למר"ן לכתוב הדין דס' נ"ט במי שכבר שכר שלא נטעה לומר דוקא כבר שכר אבל אם מתחילת השכירות בא לעכב ולשכור איהו הדין עמו עד שהוצרך בס' ס"א לשנות מלשון הרא"ש ולכתוב ואחד מהם רוצה להשכיר וכו' מי הביאוהו עד הלום הו"ל לכתוב בס' נ"ט במי שרצה להשכיר שאין המצרן יכול לזכות ואזי יכתוב דינא דס' ס"א כמ"ש הרא"ש דאפילו בשכבר שכר יכול השותף להוציא מידו וכך הו"ל למינקט והוא

יותר עדיף ממה שצריכים עתה לומר לפי דברינו דמאי דנקט בס' נ"ט הוא לאו דוקא ומאי דנקט בס' ס"א הוא לאו דוקא על כן צריך להתיישב:

אחר החיפוש ראיתי להרב זי"ע זלה"ה בס' י"ז שכתב וז"ל מספקא לי בדעת מר"ן שפסק בשותף דאין בה דדב"מ לסלוקי לשוכר ואפילו לדעת הרמב"ם שפסק כוותיה אם דוקא ברוצה להשכיר ועדיין לא שכר או דילמא אפילו שכר מצי מסליק ליה מחמת שהוא שותף דעדיף ממצרן ובמצרן נמי מספקא לי אם דוקא בשכבר שכר הוא דלא מצי מסלק ליה אבל ברוצה להשכיר וכו' ותיפשוט מהא חדא דמצרן לד' מר"ן אפילו עדיין לא שכר שאין המצרן מעכב דאי מעכב אמאי בשותף דמיירי ברוצה לזכות ולהשכיר נקטיה מטעם שותף הא אפילו מצרן נמי דינה הכי ואמאי הוצרך לטעם שותף אלא ודאי דשותף הוא דמעכב אבל מצרן לא מצי מעכב אבל בשותף אכתי איכא ספיקא דנימא בעי תרתי טעם שותף ועוד בה שלא היה קשה השכירות ולא מעדיפין ליה בתרתי ונימא דמצרן אף דלא שכר ושותף אפילו שכר ומסתברא לי כיון דבמצרן דעת הרא"ש והרשב"א וכמה רבוותא ס"ל דשומעין למצרן והרמב"ם וכמה רבוותא ס"ל דאין שומעין לו ובשותפין לא גילה דעתו הרמב"ם אמאי מפשינן פלוגתא אחריתי בינייהו והגם שבמצרן נמי אם לא שכר כבר מצינן למימר הכי מ"מ כיון דמדברי מר"ן מוכח דלא שנא הכי נקטינן אבל בהא הבו דלא לוסיף לה עכ"ל בראותי זאת ששתי שנתכוונתי לספיקותיו והבאתי לך דבריו שממנו תראה ג"כ שגם מנ"ר פסיק ותני דדברי מר"ן אפילו נקט בלשניה אם רצה וכו' הדין הוא אפילו בכבר שכרה יכול השותף להוציא ומעתה לא נשאר להידיד לתמוה על דברי מהרח"ט זלה"ה:

גם במאי דמקשה דלפי דיעה זו אם נאמר דדברי מר"ן איירי אפילו בכבר עבר ישכר יכול להוציא ממנו היאך יוצדק דין זה עם מה שפסק מר"ן בס' נ"ז וז"ל אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפילו אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאו מידו ע"כ וזו בודאי עדיפא הואל ושכורה גביה הוא עדיף מההיא דס' ס"א וכמ"ש הרב משי"ש בס' שמ"א ובס' ת"ט ע"ע האמת הברור כך הוא דיש לחלק דכאן בס' ס"א בבא לזכות בשכירות כמו כח שיש לו דגם הוא שוכר בזה עדיף כחו הואל והוא שותף אבל בס' נ"ז דהוא ממושכן גביה ובא לזכות בגוף הקרקע יותר מכח שיש לו בו בזה לא העדיפו כחו וחלוק זה הרי מפורש יוצא בבד"ק הבי"ת שבו מיישב פסקי הרא"ש שהקשה הרב"י גם הרבה מהאחרונים כך חלקו:

ומעתה הבוא נבוא לעקר הדין בזה השוכר שקנה הבית בחצר מה יהיה הדין בינו ובין המצרן לעד"ן כמ"ש כת"ר דאפילו לדעת מר"ן הואל ולקחה כבר זכה הלוקח הזה השוכר

בית בחצר דקרוי שותף ואין בעל הבית עצמו ששכר לו יכול להוציאו או אם בא איזה ליקח מעלמא לכתחילה לקנותה יכול זה לעכב בידו דהא לדעת הרא"ש דפסק מור"ם כמותו דיש מצרנות בשכירות וכתב בס' ס' וז"ל ויש מי שחולק דיש בשכירות פירשה הסמ"ע כמו דאמרן דהייני אם בא לקחתה אדם דעלמא זה קודם או אם כבר עבר וקנאה אין המצרן יכול לסלקו והגם דמר"ן לא ס"ל כן עכ"פ הרי מר"ן פסק כוותיה דהרא"ש מיהא בדין דשנים ששכרו וכו' בזה מודה כמ"ש ס' ס"א א"כ דכמו לדעת הרא"ש מצינו לו בפשיטות במקום דאיכא דינא דב"מ בשכירות אם קדם וקנה אין המצרן יכול להוציא מידו א"כ הוא הדין נמי בשנים ששכרו דמודה מר"ן בזה וכל מאי דמצינן לדעת הרא"ש ומור"ם בדינא דמצרן עבדינן ליה לדעת הרמב"ם ומר"ן בדין שנים ששכרו הואל ודין שותפים יש להם וזו ראיה שאין עליה תשובה:

ואין שום סתירה לזה ממ"ש מר"ן סנ"ח וז"ל אם שדה הסמוכה למשכונה נמכרת הלוה מעכב על המלוה וכו' ואם קדם המלוה וקנה בן המצר מוציא מידו ע"כ דהתם לדעת מר"ן המלוה אין לו כי אם דין מצרן לאותה שדה עצמה דוקא ולא לסמוכה ולכך אפילו לאותה עצמה הממושכנת דוקא אם עבר וקנאה הוא דזכה וכמ"ש בס' נ"ז ולכך הואל ואין לו שייכות בסמוכה לה אפילו עבר וקנאה יכול המצרן שהוא הלוה עצמו או מצרן אחר להוציאה מידו אבל בזו שיש בידו בית מושכרת בחצר דחשבינן ליה כחצי שדה דס' ס"א וביש בידו חצי שדה דהוי שותף הדר דינו כאלו דר בכל השדה או בכל החצר ולהטעים הדברים דבדבר המשותף שאין כל חלק מבורר הדר דינו בכל חלק יש לזה זכות ולזה זכות וכל אחד יש לו שייכות בכל המקום וא"כ הוי כל אחד כאלו מושכר בידו הכל דאין ברירה ואם בא איזה אחד מהם לשכור או למכור חלקו הוי כאלו משכיר מה שביד חבירו וא"כ על כן אמינא דודאי אם קדם וקנאה זה הדר בשכירות חלק זה לחלק האחר אין המצרן יכול לסלקו וכמ"ש מר"ן בס' ס"ב ודו"ק:

ואל תשיבני עוד לומר דסו"ס אפילו האמת הוא דמי שמושכרת בידו חצי שדה או בית בחצר חשבינן ליה לשותף ואם קדם וקנה אפילו המצרן עצמו אינו יכול לסלקו התינח אם זה השוכר שקנה מעכשיו היה המקום מושכר ממנו במשל שכור מראובן וחלק האחר בא למכור וקדם זה השוכר וקנאי אפילו יבא מצרן אחר שאינו ראובן שהשכיר לו ובא להיות מצרן אה"נ אמרינן דזכה דהואל וחלק ראובן מושכר בידו וחשבינן דהואל והן שותפין ואין ברירה בחלקם הוי יש לו שייכות בכל החצר או בכל השדה והוי כאלו שוכר שקדם וקנה דהוי כאלו ראובן עצמו בעל הקרקע קנה הואל וכחו של ראובן הוא ביד השוכר ושכירות ליומה וכו' ואפילו למר"ן במקום שותף אמרינן הכי אבל בכגון נדו"ד

שנשאל עליו כת"ר דהבית שכורה משמעון וראובן מכר חלקו יקנאו השוכר ועכשיו בא עצמו המשכיר לזכות מדין המצר האם נאמר שיהיה שוכר זה עצמו עדיף מגברה דאתי מחמתיה שהוא שמעון בעל הקרקע וא"כ יכולני לומר דזו היא דין דס' נ"ח דהלוה מצי מעכב על המלוה ופירושו הוא אפילו עבר וקנאה המלוה יכול הלוה להוציא ממנו דכן ראוי לפרשו ע"פ מ"ש הש"ך ס"ק מ"א יעי"ש וא"כ איכא למימר דאפילו במקום דחשבינן ליה שותף אמרינן הכי לדעת מר"ן דבנפול היסוד יפול הבנין והגם דמור"ם ג"כ שם ס' נ"ח סיים וכתב וז"ל וי"א דלמלוה דין מצרן ופשטה הוא דקאי ודאי על אם קדם וקנה אין המצרן יכול להוציא ממנו עיין בסמ"ע סק"י ובטו"ז ע"ש איכא למימר היינו דוקא מצרן אחר שאינו בעל הקרקע הממושכנת בידו אבל אם בא מי שמשכן בידו לסלקו בזה איכא למימר דבנפול היסוד שבא בעל הקרקע להוציאו מידו יפול הבנין דהיינו לא נשאר כח בידו של שוכר דמה זכות יש בידו ולא עדיף מגברא דאתי מחמתיה:

אלא כד דייקינן שפיר לאו מילתא היא דזו שממושכנת בידו הואל ובאותה שעה כח הבעלים בידו ושכירות ליומה ממכר הוי אלבא דהרא"ש א"כ בשעה שלקחה לשדה הסמוכה לה הוי כאלו המשכיר שהוא מצרן לקחה והגם שעתיד להוציא ממנו אותה שדה, עצמו איהו עצמו מ"מ השתא מיהא בשעה שהיא בידו של שוכר כחי גדול לענין אם קדם וקנאה זה השוכר זהו לדעת הרא"ש ובודאי מאי דאמר מור"ם בס' נ"ח וי"א דלמלוה דין מצרן וכו' ופירשה הסמ"ע והטו"ז דהיינו אם קדם הממשכן וקנאה אין המצרן יכול להוציא ודאי לא שאני לן בין המצרן הממשכן עצמו למצרן אחר וכדאמרן וא"כ הדרן נמי לנדו"ד דזה השוכר הקונה לדעת מר"ן הואל ושם שותף עליו הדר דינו מה שקנה בשעת השכירות כאלו קנה בעל הקרקע עצמו ואפילו אח"כ בא בעל הקרקע זה המושכרת בידו להוציא אפילו הכי אינו יכול להוציא וזכה זה השוכר הקונה. זהו הנראה לפי דעתינו ובפרט מן הפרט אין זה כי אם טרחא בעלמא דכבר הורה זקן הרא"ג המלאך רב זלה"ה בס' משי"ש סמ"א ובס' ת"ט דכך הוא הדין ובודאי עליו יש לנו להשען אפילו יהיו חולקים נגדו וכמ"ש מור"ם בס' קע"ה ס' מ"ה יעו"ש מכ"ש במקום שלא מצאנו חולק על דבריו על מי יש לנו להשען יותר מאילן גדול כזה דרב גובריה ורב חיליה זהו משנלע"ד ולי"ה יצילנו מכל שגיאה. מאתי אהובך:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמה

אמת נכון הדבר דהגם דפסק מר"ן בס' קע"ו כסברת הרמב"ם דשכירות לית בה דינא דבר מצרא ועכ"ז אנן קי"ל כסברת הטו"ז בסו"ס קע"ה סנ"ט דדוקא במי שבא לזכות בבית שלפני ביתו הוא דאמרינן הכי אבל מי שמושכרת בידו איזה בית והלך אדם אחר ושכרה יכול שוכר הראשון לומר שהוא מצרן הואל והוא שכן בה זוהי סברת הטו"ז ואנן הכי דינין לה מדי יום יום וכמו שבא בכמה ספרי האחרונים אלא דבנדו"ד רואה אנכי דלא יוצדק דינו של הטו"ז דהא שוכר זה הוא משה אלמסכאני ומשה הנז' הוא דר ג"כ באותה חצר בבית שיש לו באותה חצר ומצינו להרב מוהריב"ץ והמשבי"ר זלה"ה שכתבו דחצירות דידן שהם מוקפים חומה ויש להם בית כניסה ויציאה אחת ובה"ך ובאר של מים אחד הוא הני דיורים דבחצר דכל אחד יש לו בית מיוחד לדין שותפים יחשבו ודינין בהו דין שותף לכל דבר יעוין בדבריהם שהובאו בס' כר"ח ח"א סי"ג וא"כ הואל והאיש משה דין שותף יש לו והוא הלך כבר ושכר הבית הזה שהיא בחצרו ודר בה יוסף וואעקנין ודאי דיכול לדחותו ואין יוסף יכול לומר שהוא מצרן דהא משה זה ששכרה כחו עדיף דיוסף אין לו אלא שם מצרן ומשה יש לו דין שותף ושותף עדיף ממצרן וכמ"ש בס' קע"ה ס"ה ואפילו אם לא היה שוכר זה האחרון שותף אלא מצרן וכגון שנים שהיו דרים בבית אחת והיתה שכורה בידם מן הזולת ואח"כ הלך אחד מהם ושכרה מהבעלים ודאי דיכול להוציא שותפו מן הבית דמה יענה ומה יאמר יזכה הוא בשכירות הוא הואל והוא דר בה והוא מצרן הרי גם שיכר אחרון מצרן שהוא ג"כ דר בה והדר דינייהו לשדה שהיו בה מצרנים הרבה וקדם אחר וקנה דזכה וכמ"ש בס' קע"א סי"א יעו"ש ומכ"ש אם השותף קדם וקנה דכחו גדול בודאי דקנה ודברי הטו"ז אינם אמורים אלא בראובן שאין לו באותו בית ובאותו חצר שום זכות והלך ושכרה מהבעלים אזי שמעון הדר בה יכול לומר שהוא מצרן ואין לך בדברי הטו"ז אלא חדושו:

ועל מה שטען ראובן שיש בידו הבית ממושכנת שהוא מצרן אמת נכון הדבר דלכאורה היה נראה שטענתו יש בה כדי אחיזה שהגם שמצינו שדין זה ההוא מחלוקת מר"ן ומור"ם קע"ה סכ"ז וז"ל מר"ן שם אבל מכרה הממשכן לאחר אפילו אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ וסיים עלה מור"ם שם וי"א דאפילו קדם המצרן וקנאה יכול המלוה לסלקו וכן נ"ל לדון ולהורות עכל"ה וא"כ מן הראוי הואל ומר"ן ומור"ם פליגי בזה כסברת מר"ן דקי"ל כותיה עבדינן אפ"ה בהאי דינא מצינו לרבותינו בעלי התקנות בתקנה ש"ש הש"ן החתומה משמנה רבנים שפסקו שם כסברת מור"ם שבכאן.

ואין לדחות ולומר דלא פסקו הרבנים הנז' אלא לבני דורם שעדיין לא נתפשטה להם הוראת מר"ן אבל אנן דבתר מר"ן גרירי א"כ פסקינן כאותו פסק:

זה אינו שהרי ראיתי בקיצור התקנות להרה"ג מוהרר"ב זלה"ה שכתב בקיצור התקנות חומ"ש ס"ה וז"ל פסקו ז"ל דהממשכן ביתו ואח"כ מכרה לאחר מי שממושכנת אצלו יכול לסלק הקונה ואפילו למצרן אבל לא לשותף ויד הממושכן אצלו ויד השותף שוים וכל הקודם זכה עכ"ל וסיים הרב הנז' ז"ל מקור פסקו וכו' הוא בתקנה מש' הש"ן ופשט המנהג כי"א שהביא מור"ם בס' קע"ה סנ"ז אבל לא לשותף כן נראה לע"ד וכן ראיתי דנים דשותף עדיף ממצרן וממשכן ושותף שוין עכ"ל הרי לפניך שלאחר שנתפשטו הוראות מר"ן עכ"ז דין זה נתפשט כסברת מור"ם וא"כ מן הראוי היה לנו לשמוע דברי ראובן הממושכן אצלו:

אלא דאחר העיון נראה דלא זכה ראובן זה בטענתו דהא שמעון הממשכן מכר קרקע זה ללוי שיש לו בית בחצר זה שיש בה הבית הנמכרת וא"כ הואל ויש לי בית באותו חצר הדר דינו להיות כדין שותף וכמו שכתוב אצלינו מקמאי ובתראי יעוין בס' גושפנקי דמלכא ובס' כר"ח שכתב משם מוהריב"ץ והמשבי"ר זלה"ה דחצירות שלנו דין שותף יש להם וכמו שמכת דין זה אנו דנים גוא"א וגם אנו דנים בהם דין מצרנות מבית לבית מכח דשותף עדיף ממצרן וכמו שפסקו הרבנים בפסק שכתבו לרבני מראקי"ס יע"ש בכר"ח סי"ג א"כ גם אנן לענין זה הכי נקטינן הואל ומוכר זה מכרה למי שיש לו בית בחצר הדר דינו כמוכר לשותף דפסקו הם ז"ל דשותף וממשכן שוים וכל הקודם זכה ואין בטענת ראובן כלום:

אלא דמאי דקשה לי הוא דבזמנינו זה דכל החצירות מוקפות חומה א"כ היאך תמצא המצרן שאינו שיתף שהממשכן מוציא מידו וגם בזמניהם היו מוקפים בתיהם חומה ואם נעמיד דבריהם בשדות נראה דוחק דבזמן הרבנים הנז' לא היו להם שדות והרב מהר"ב כתב דכך היו דנים בזמניהם וצל"ע ודו"ק: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קמו

על מכר שמכרה הבתולה היתומה בתו של חיים אסאייג ליצחק ובא אברהם המצרן לערער פשוט דאין לו כח להוציאה מיד הלוקח חדא דהא מצינו להרב"י בס' קע"ה משם תלמידי הרשב"א דהלוקח מאשה לית בה דדב"מ משום דאין לה מי שיפקח בעסקיה ראו חכמים שיהיה ממכרה קיים יעו"ש והגם שהד"מ שם בסק"ט כתב משם מהרי"ו ז"ל דגם בלוקח מן האשה שייך בו דדב"מ יע"ש עכ"ז אין לנו לפסוק אלא כסברת תלמידי

הרשב"א דס"ל דלא שייך דדב"מ מכמה טעמי חדא דהא מר"ן הב"י לא תני אלא דהא דתלמידי הרשב"א ש"מ דדעתו לפסוק כוותיהו וכבר קי"ל דהלכה כמר"ן אפילו בביתו הנאמן כמ"ש אצלינו שנוי ומשולש משמיה דהרב שד"ה האר"ץ ורבנן רבני מערבה הקדמונים דפסקינן כותיה דמר"ן אפילו בב"י ועוד דהא סברת תלמידי רשב"א פסקה מור"ם ז"ל בקציר בסקע"ה סמ"ו והגם שכתבה בשם י"א ודאי כוונתו לפסוק כוותיהו דלא שייך דדב"מ הואל ולא הביא סברת מהרי"ו החולק ולא כתבה בשם י"א אלא לרמוז דסברא זו במחלוקת היא שנויה אכן איהו כהאי סברא ס"ל וא"כ הואל ומור"ם הכי קי"ל ודאי כוותיה נקטינן הואל ומר"ן לא גילה ועוד אפילו אם ואולי לא גילה מר"ן דין זה בב"י וגם אם מור"ם לא היה כותבו והיה הדבר נשאר למחלוקת בין תלמידי רשב"א ומהרי"י זלה"ה עכ"ז ודאי דאין לדון אלא כסברת תלמידי רשב"א וכס' הפוסקים דסברי מרנן דהלוקח הוא קרוי מוחזק דעקר דינא דב"מ איני אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא וכמו שפסק מר"ן ומור"ם בס' קע"ה סמ"ה יעו"ש ובכל ספרי האחרונים דלא מצינו דס"ל דהמצרן מיקרי מוחזק זולת סברת הרמ"ה ז"ל וכתב הרב זכו"ל דגם הריא"ז הכי ס"ל וזולת זה רוב מנין וריב בנין כלהו סברי דהלוקח הוא המוחזק וכן ראיתי בס' אחר בס' התקנות כת"י דפסקו הרבנים כמוהריב"ץ והמשבי"ר והרב כמוהר"ר מימון אפלאלו זלה"ה דהקונה מן האשה לית בה דדב"מ יע"ש בס' הנז' דל"ח ע"ב וא"כ מטעם זה לחוד הוה דיי והותר לבטל הדב"מ:

זאת ועוד אחרת מצינו בנדו"ד לבטל דדב"מ מטעמא אחרינא דהא מכר זה שמכרה הבת הנז' הוא:

לצורך פרנסת נשואיה ומטעם זה ג"כ יש לבטל דדב"מ דהא מצינו לרבינו הטו"ר סס"ג שכתב וז"ל המוכר כדי לפרוע מס המלך או צורך קבורה או מזון האשה והבנות לית בה דדב"מ יעו"ש דפסקו מר"ן בקצר בסמ"ג ואין לטעות ולומר דלצורך נשואיה מיגרע גרע ממוכר למזון האשה והבנות ומכל הנהו דתני הטו"ר זה לא יתכן דהא הרב"י יהיב טעמא למילתא וז"ל ולמה אין בהם דדב"מ שכל אלו טרודים הם למכור ומשום צורך גדול מוכרים וא"ת יש בהם דין בן המצר לא ימצאו לוקח שהרי אומר למה אטרח ואקח כדי שיבוא זה ויסלק אותי ואין הבעלים יכולים להמתין עד שיביא בן המצר את המעות ויקנה עכ"ל הרי לפניך דמטעם זה בודאי לא גרע צורך נשואין מכל הנהו דתני הטו"ר ואין לך צורך גדול מזה ועדיפא היא מכלהו דאפילו ס"ת מוכרים לצורך נשואין וכו' וא"כ פשוט הוא דליכא דדב"מ דהא צריכים הם למעות לצורך נשואין ונדונייא ויפה שעה אחת קודם כדי שלא לעכב הנשואים ובודאי דמטעם זה ג"כ דיי והותר לבטל כח דדב"מ:

אלא דנוסף ג"כ רווחא דהא מצינו במצרן זה שיש לו קרקעות כפולים ומכופלים והוא דר בהם ומשכיר מהם ומה לו לרחוק את העני הלוקח שאין לו אפילו אא"ק לדור בה זו אינה תורה לסלקו ולזכות המצרן וסברא זו הביאה מור"ם בס' מ"ט וז"ל אם הלוקח לית ליה ארעא דדחיק ליה שעתה והמצרן אין צריך לו רק להרווחה בעלמא י"א דלית בה דדב"מ ויש חולקים ומדברי מהרי"א ומהרי"ו נראה כסברא הראשונה ודוקא שהלוקח מן העיר ולא יוכל למצוא בית במקום אחר אבל בלא"ה המצרן קודם עכל"ה הרי לפניך דמור"ם דעתו לפסוק כסברא קמייתא הן מצד דמסיים דמהרי"א ומהרי"ו דעתם כסברא קמייתא ש"מ דדעתו לומר דהואל והני אשלי רברבי קיימי כשיטת י"א קמא הכי נקטינן הן מצד דמסיים מור"ם ומחלק בין אם היה הלוקח מן העיר או לא וכו' ש"מ ג"כ דכסברת י"א קמא ק"ל דהא נחית לחלק אלבייהו ש"מ דקי"ל כוותיהו ונחית לחלק אלבא דהילכתא כוותייהו ומה גם דסברא זאת קמייתא נראה דהכי ס"ל למר"ן עצמו דהא כתב הסמ"ע בס' קפ"ט דהא דינא די"א קמא ילפינן לה ממ"ש דאם מכר לאשה וליתמי לית בהו דדב"מ משום דדחיקא להו לטרוח וליזבין במקום אחר ומשום הכי נראה דהגהת מור"ם זאת אין זה מקומה כאן כי אם קודם ס"ז דשם כתב המחבר לאשה ולקטן לית בהו דדב"מ עכל"ה הרי לפניך דדין זה היא שוה למוכר לאשה וכו' וא"כ הואל ומר"ן פסק שם דליכא דדב"מ גם כאן כן ומה גם לדברי הסמ"ע שכתב בסוף הסעיף המהרי"א כתב דלא נחלקו האי י"א קמא עם החולקים שהביא מור"ם אלא היכא דהיה צריך להרווחה דהיינו להתפרנס ממנה אבל אם אינן להרווחה אלא כדי לדור בה הואל ואין לו דירה כלל כ"ע מודו דלית בם דדב"מ א"כ נדו"ד לא נכנס כלל במחלוקת ואלבא דכ"ע זכה הלוקח דהא לית ליה דירה כלל וכן ראיתי להרב משכנות הרועים אות קנ"ו שכתב משם הרב זקן אהרן היכא דלית ליה דירה כלל ללוקח אין המצרן מסלקו יעו"ש וא"כ מכל הני טעמי תריצי דכתיבנא ודאי דיש לדחות המצרן וזכה הלוקח: אלא דלמודעי אני צריך דהא מצינו למור"ם בס' מ"ט שכתב דוקא מצרן אינו יכול לסלקו לאשה אבל שותף יכול לסלקה דשותף עדיף ממצרן וא"כ כמו שהשותף יכול לסלקו לאשה ה"ה דיכול לסלק לקונה מן האשה וכן כתב הרב זכות אבות הובאו דבריו בס' כר"ח דפ"ז וז"ל כתב הב"ח דשותף עדיף ומפיק מאשה וכן אני אומר בכל הנהו דאמרן דלית בהו דדב"מ דשותף עדיף עכ"ד וכתב הרב מש"ה וז"ל כתב מהר"י עייאש דשותף מסלק האשה דשותף עדיף ממצרן וכן בכל הנהו כגון כרגא ומזוני וכו' יע"ש הרי לפניך דבר ברור דשותף עדיף ממצרן ויכול לסלקו ללוקח שקנה מן האשה וכן יכול לסלקו ממי שמכר למזוני וכו' ופשוט דגם בקונה לדור כך הוא וכמ"ש הרבנים הנז' דלא אמרו אלא עדיף מן המצרן

דוקא וא"כ נפל פיתא בבירא דהא מצינו לרבותינו רבני המערב הקדמונים הלא המה שלשה מטיבו אר"ש כמוהר"ר. יעב"ץ והמשבי"ר והרב רמ"א זלה"ה כתבו דאפילו בשני בתים בחצר אחת וכל אחד יש לו בית דיינין ליהו כדין שותף לענין מצרנות וגוא"א וכו' ומשותפים הם באמצעה של חצר ובתשמישי החצר חשבינן ליהו כמשותפים וא"כ גם כאן נימא הואל וחצר הבית הזה שמכרה היתומה הנז' היא בשתוף החצר ובתשמישיה א"כ הדר דינם להיות כשותפים וזכה זה אברהם המצרן:

אלא דלזה הרי מצאנו ארוכה ומרפא לחלק ולומר דעד כאן לא אמרינן דבמקום דאמרי ליכא דדב"מ השותף עדיף דוקא אם יהיה זכות ללוקח מחד טעמא דוקא כגון אם קנה מהאשה או אם קנה לצורך מזונות בלי אשה או במקום דליתנהי להני טעמי ואין לו זכות אלא משום חד טעמא דלית ליה בית דירה אבל בנדו"ד דכל אלו חברו בודאי דההחוט המשולש לא במהרה ינתק והדר דינה לומר דאלים כחו דלוקח זה אפילו משותף זה. ודבר זה מתורתם דהני סבי הלא המה רבותינו מוהר"ר יעב"ץ והמשבי"ר ורמ"א זלה"ה שהובאו דבריהם בס' התקנות כת"י דל"ח ע"ב למדתי אותו שנשאלו על שותף שמכר חצי בית המשותף לו והוי שנים או שלשה טעמים לבטל דדב"מ וכתבו לבסוף וז"ל ולפיכך אף שהבתולה יש לה שותפות בחצר וקי"ל דשותף עדיף ממצרן אפילו הכי היינו דליכא אלא חד טעמא לאפקיעי ליה להמצרנות לא מפקע לשותף אמנם עכשיו שכל אלו חברו כנז' אפילו שותף לא אלים כחו לבטל כת הלוקח עכ"ל וממנו למדתי לכאן א"ך קם דינא דזכה יצחק הלוקח בביתו ואין פוצה ואין מצפצף וצוי"ם וימ"ן סיון התרמ"ה לפ"ג סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמז

לדאר לבידא יע"ה. שאלה ממו"ר. ראובן יש לו מפתח חנות אחת קנייה קנין כסף והחנות הנז' היא בקרן זוית אצל חנות אחרת סמוכה ממש ויושב בה שמעון בשכירות ששכר אותה מאיש אחר. לימים עמד ראובן וטען על שמעון ה' שיש לו היזק ממנו במו"מ באופן שראובן הנז' טוען ואומר אני אתן השכירות של החנות הנז' ויצא שמעון ממנה הואל והיא סמוכה לי ומטי לי הזיקא שאין אני נושא ונותן כמוהו ושמעון טוען כי כבר היא שכורה בידו מיד הבעלים לזמן ומה לי ולך לדחות פרנסתי כדי שתרויח אתה יומ"ץ: תשובה היא לקוצ"ד לא היה צריך האדם להיות נטפל להשיב על זה כי לא ידעתי כחו של ראובן זה שרוצה לעקור את שמעון ממקומו אם הוא משום שהחנות קנויה היא בידו ורוצה הוא לזכות בשכירות החנות מדין מצרנות זהו כח טענתו על זה אעיקרא דדינא

יש לחקור מעקרא בדין דחנויות אם יש בהם דדב"מ או לא ובודאי מחנות לחנות יש בה דדב"מ דדמי לבתים נינהו והגם דבדין הבתים לא מצינו לרבינו הטור בסי' קע"ה ספ"א שהביא מחלוקת הפוסקים בזה דלדעת רבינו ת"ם אין דדב"מ ולדעת הרמ"ה חלק אם יש מקום ליכנס מזה לזה וכו' עכ"ז הרי סיים וכתב וא"א הרא"ש ז"ל כתב דהגם דדברי ר"ת נכונים אפ"ה לא נהגו כן ועלה סיים וכ"ך הר"י ברצלוני דאין דינא דמצרנות אלא בקרקעות ולא במטל' וכו' עכל"ה הרי לפניך דרבינו הטור פסיק ותני כסברת הרמ"ה חדא מדהביא סברת אביו הרא"ש ז"ל דמטיל בה משום מנהגא ועוד דמסיים וכתב וכ"ך הר"י ברצלונ"י שהיא כסברת הרמ"ה וכו' א"כ פשוט דדעתו לפסוק כסברת הרמ"ה וגם הרב"י כתב בפשיטות ולענין הלכה כ"ן דהרמ"ה והר"י ברצלונ"י והעיטור והרשב"א ס"ל דיש מצרנות בבתים והרא"ש כתב דלא נהגי כר"ת וגם המרדכי משם ריב"ם ורב"ש ומדברי רש"י בגמרא כולהו משמע דיש דינא דבר מצרא בבתים יעו"ש בב"י וכוותיהו פסק ג"כ בקצר בס' קע"ה סנ"ג דנקט בדבריו סברת הר"י אלברצלונ"י דבכל הקרקעות שייך דינא דב"מ ולא אימעיטו אלא מטלטלים יעו"ש א"כ גם בבתים בכלל הרי לא אתמעטו אלא מטלטלין וכן סיימה מור"ם בס' הנז' ולכן יש דין מצרנות בבתים יעו"ש:

וא"כ הואל ומצינו בבתים דהלכה היא דיש בהם דין מצרנות ודאי דגם בחנויות אם יהיו סמוכות זל"ז ודאי דיש בהם דדב"מ דטעם אחד להם דהרי לסברת ר"ת דס"ל דאין דין מצרנות בבתים הרי כתב הסמ"ע סקצ"ח דטעמו הוא משום דדמו לאם היה הפסק בין השדות סלע או רכבא דדיקלא דנסתלק דדב"מ גם טעמים אחרים הביאם הסמ"ע ועכ"ז כתב הסמ"ע דלא קי"ל כוותיה הואל והרא"ש כתב והכי נהגו וסיים הטור עלה וכתב עליו דברי הרי"א הנ"ל דכתב דלכל דבר שיש חזקה יש מצרנות וכו' והטעם שהחומה שבין הבתים יכולים לפותחה וליכנס מזל"ז עכ"ל הרי לפניך דטעמייהו דבתים הואל ויכול לערבם וליכנס מזל"ז וא"כ גם בחנות ודאי דהדין כן הואל ויכול לערבם וזהו כוונת מר"ן דלא אמעיט אלא מטלטלי: וכן ראיתי למוהרי"ע זלה"ה שכתב אם מכר בעל החנות את חצירו אין יכול בעל החנות הסמוכה לה לזכות מדדב"מ דלא שייך זה בדבר שאין תשמישן שוה וכן שמעתי ממורי וכן ראיתי להרב חש"ק שלמ"ה עכ"ל הרי לפניך דלא אמרו אלא מבית לחצר הואל ואין תשמישן שוה אבל מחנות לחנות הואל ותשמישן שוה הדרינן לדינא דמר"ן דבכל הקרקעות יש דדב"מ:

אלא דכ"ז היא אם היתה חנות זה של ראובן קנויה בידו קרקע וחזקה והחנות שיש בה שמעון נמכרת אז שייך דין הנז"ל אבל בנדו"ז שאין לראובן בזה החנות כי אם קנין המפתח הנקראת אלגלס"א אפילו אם היתה חנות זה של שמעון נמכרת אין ראובן יכול

לזכות בה מדינא דב"מ דאפילו אי חשבינן לקנין המפתח כחזקת ישוב הרי מצינו לכמה גאוני עולם שנחלקו בזה אי חשבינן לחזקת. ישוב כדין קרקע או כדין טלטול יעו"ש בס' כנה"ג ובס' כר"ח סל"ז וס"ח וע' וע"ה:

ועיין להש"ך בס' קע"ה סקס"א שהביא משם כמה גדולים דס"ל דחזקת חנות דין טלטול יש לה ואין בה דדב"מ וא"כ הואל ודבר זה הוא במחלוקת שנוי מן הראוי לומר אפילו אם היתה חנותו של ראובן עצמה נמכרת אינו יכול לזכות בה מדדב"מ אלא דראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה בסקפ"ד שכתב וז"ל ולענין הלכה דמנהג פשוט ביניינו דגם בחזקת בתים וחנויות שהם חזקות קרקע אין בהם דדב"מ אם קרקע הסמוך לה נמכר וכסברת ר"ת שהביא הסמ"ע סקצ"ח דאין מצרנות אלא בשדות יעו"ש וסיים גם אם אחד יש לו חזקת ישיב בקרקע העכו"ם והלך העכו"ם ומכר הקרקע לישראל אחר יש רשות לבעל החזקה לסלק ללוקח בתוך יב"ח לקנייתו כמבואר בס' זכות אבות ע"ח בפסק מהריב"ם זלה"ה וכתב שם הטעם דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר ולכן כל הקודם זכה והוו כחזקת קרקע עכל"ה וא"כ הואל והרב הנז' מביא הלכה למעשה דכך נהגו א"כ ודאי דכך נקטינן דאם היתה חנות של ראובן עצמה נמכרת יכול לזכות מדין המצר אבל לזכות בחנות הסמוכה אפילו אם היתה חזקת ראובן חזקת קרקע איני יכול לזכות מדינא דב"מ וכ"ז הוא אם היתה חנותו של שמעון נמכרת היו צריכים להא שקלא וטרייא אבל בנדו"ד שאינה נמכרת אלא שרוצה לזכות בשכירות מדינא דב"מ אפילו אם היתה החנות של ראובן קנויה בידו קרקע וחזקה אין לו דדב"מ שהרי שכירות קרקע היא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרמב"ם ס"ל דשכירות אין בה דדב"מ והרא"ש ס"ל דשכירות ליומא ממכר הוי ויש בה דדב"מ ואנן כוותיה דהרמב"ם ס"ל הואל ומר"ן בס' קע"ה סנ"ט פסק כוותיה:

וא"כ אפילו אם תהיה החנות הזה היא של ראובן אין יכול לזכות בשכירות החנות הסמוכה לה מדין מצרנות ומה גם בנדו"ד דאין כאן ריח מצרנות כלל דהא המצרנות היא בתחילת המכר או בתחילת השכירות אלבא דהרא"ש אבל אם כבר ידע ושתק איבד מצרנותו ומכ"ש נדו"ד שהיא שכורה ביד שמעון זה כמה מה דין מצרנות יש כלל. סו"ד לגבי דדב"מ אין כאן שום ריח זכות לראובן והרני להפקת רצונו כתבתי כל זה ללא צורך:

ואם כוונתך לשאול אם ראובן יכול לילך לשכור חנות זה מבעלה ע"י פתוי תוספת ממון ויוציא את שמעון ממנה ודאי אין לו רשות ורשע יתקרי מדין עני המהפך בחררה וכו' ועיין בס' רל"ז סק"א דכתב שלא מלבד שנקרא רשע אלא שמוסיפין להכריז עליו בבה"ך שעשה מעשה רשע כזה יע"ש ובפרט אם תהיה החנות הזה של עכו"ם וילך ראובן

להשכירה הרי זה מוסיף שבר על שבר והרי היא בכלל חרם רבינו גרשו"ם זלה"ה וכמ"ש מור"ם בס' רל"ו ס"א:

ומה גם אפילו אם ירצה להקרות רשע ולהיות מוחרם ויז כה בשכירות עכ"ז לא אהנו מעשיו כלל דסו"ס יכול שמעון לומר שהוא מצרן בשכירות חנות זה והגם שכתבנו דאין בשכירות דדב"מ הרי כתב הטו"ז סקע"ה סקנ"ט וז"ל ולענין שכירות אותו הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר הבא אחריו לדחותו אחר שכלה זמן השכירות הראשון ונראה שבזה מודה גם הרמ"ה הרי לפניך חלוק גדול בין אם רוצה להיות מצרן מבית לבית בשכירות בין אם רוצה לזכות באותה בית עצמה וכותיה דהרב טו"ז פסקינן הלכה למעשה בכל יום וכן הובא הדבר בס' האחרונים דכותיה דהטו"ז נהגו העולם לומר בלשון ערבי קר"א בקר"א פיי'"א וול"א אפילו תהיה חנות זה של עכו"ם וילך ראובן זה וישכרה יכול שמעון זה להשכירה ולהיות מצרן והגם דמצינן למר"ן בס' קע"ה סל"ח פסק דהקונה מכותי אין המצרן יכול לסלקו הרי כתב הסמ"ע סקס"ו דהטעם הוא דאומר לו ארי אברחית לך ממצרך יעו"ש וא"כ בנדו"ד דלא שייך אותו הטעם ודאי דזוכה שמעון מדינא דב"מ וכן ראיתי בס' כר"ח דל"ו ע"ב שהביא פסק הראשונים שפסקו דבמקום דאין טענת ארי אברחית לך וכו' זכה המצרן דבנפול הטעם יפול הבנין וא"כ בין אם תהיה חנות זה של ישראל או של עכו"ם אם הלך ראובן ושכרה לא מלבד דרשע יתקרי ועבר על חרם ר"ג עכ"ז לא אהנו מעשיו כלל דשמעון יזכה בשכירות מדינא דב"מ:

ואם דעתו של ראובן זה שרוצה לסלק לשמעון זה הואל ומטי ליה הזיקא שאינו נושא ונותן הרבה כמותו חלילה מלומר דבר זה דבשביל דבר זה יכול לסלקו וצא ולמד ממ"ש מר"ן בס' רכ"ח סי"ח וז"ל מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי להרגילם יקנו ממנו וכן יכול למכור בזול יותר מהשעור כדי שיקנו ממנו ואין בני השוק יכולים לעכב עליו עכ"ל הרי לפניך אפילו עושה מעשה בידים וגורם שימכור יותר מבני השוק עכ"ז אינם יכולים לעכב עליו מכ"ש אם אינם עושים שום מעשה אלא מחסדו יתברך השפיע לו טובה ודאי דאין יכולים לסלקו ואין עליו אשמת דבר כלל וכ"ז אינו צריך לפנים ולהפקת רצונך הטרחתי קן קולמוס וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמח

נשאלתי בראובן שקנה בית אחת מעכו"ם ואותו בית היה לשמעון בה חזקת קרקע ואחר זמן ארוך הלך לוי וקנה החזקה משמעון וע"ז בא ראובן לטעון שהוא מצרן הואל וקרקע אותו בית הוא שלו ולו נאה לקנות יורינו מורה צדק:

תשובה הנה דיני חזקות רבו בהו דיעות רבותינו האחרונים כמ"ש בידינו בכתבי האחרונים כן אציגה נא לפניך משנלע"ד בקצרה הנה מצאנו להש"ך בס' קע"ה סקס"א שכתב וז"ל והעלה בתשובת ב"ן ל"ב דבחזקת חנות או בתים לכל הדיעות אין בו דדב"מ כשרוצה למכור החזקה לאחר וכ"כ בתשובת דברי ריבות ס' צ"ט שפסקו כל גדולי הקדמונים החכמים השלמים קדושים אשר בארץ המה וגם אחרונים כולם, הסכימו דבשום חזקה לית בה דדב"מ וכו' יעו"ש הרי לפניך דהרש"ך פסיק ותני משם גאוני עולם דאין בחזקה דדב"מ ואין לומר דדברי הש"ך איירי בחזקת ישוב דוקא ולא בחזקת קרקע והגם דספרי הקדושים שהביא מהם דבריו שהם ספר ב"ן ל"ב ג"ס דברי ריבות ומהרשד"ם ומהר"א ן' ששו"ן וכו' וספרים אלו אינם בידינו לעמוד על דבריהם אם הם איירי בחזקת ישוב דוקא או איירי אפילו בחזקת קרקע עכ"ז מדבריו שכתב בלשונו כלם הסכימו דבשום חזקה לית בה דדב"מ ע"כ מלשון זה דבשום חזקה משמע בין חזקת קרקע בין חזקת ישוב קמיירי ועכ"ז לית בהו דדב"מ א"כ נקטינן מדברי הש"ך דליכא מצרנות בשום חזקה:

אלא דראיתי להרב יוא"ל זלה"ה בח"ב סי"א שכתב וז"ל ומה גם בענין החזקה כתב הש"ך בס' קס"ה בשם כמה גדולים שאין דין מצרנות בשום חזקה וגם חזקה דידן שקורים לה חזקת קרקע לא יצאה מכללה שאינה אלא מדין התקנה וגם בשותף כתב הרב כנה"ג בס' קע"ה בהגהות הטור אות קל"א בפלוגתא דרבוותא אם יש לו דין קרקע והלוקח יכול לומר קי"ל אלא דראיתי פסק הקדמונים מוהריב"ע ומוהריב"ץ זלה"ה שכתבו שקבלו מרבותיהם מוהר"ר וידאל הצרפתי ומוהרר"מ סרירו זלה"ה שחזקה זו שבאה מחמת קרקע דין קרקע יש לה לכל פרטיה ואפילו לגבי מצרנות ולא נחלקו בה האחרונים אלא מתקני תקנות החזקות מוהריב"ל ושאר האחרונים שדינם כקרקע לכל צדדיה ודבריהם צריכים עיון לפי מה שראיתי בדברי האחרונים שמדברים בחזקה זו שבאה מחמת קרקע והביאו מחלוקת עליה אי דינה כקרקע או כמטלטלין והכריעו רובם שאינם כמטלט' וכמ"ש בדברי הש"ך והכנה"ג והוסיף כנה"ג שגם לגבי שיתף אין בו דדב"מ וכנדו"ד עכ"פ בצירוף כל העדים לא יצאתה מכלל ספק וכו' עכל"ה א"כ מדברי הרב הנז' הגם שהביא מתחילה דברי הש"ך חזר וסתם דבריו מפסק הרב מוהריב"ע ומוהריב"ץ זלה"ה א"כ פשוט דכוותיהו נקטינן בחזקת קרקע יש בה דדב"מ והגם דהרב הנז' תמה והצריך עיון לדבריהם מכ"ז לא מלאו לבו לחלוק עליהם בפשיטות מכח דברי הש"ך אלא הואל ובאותו נדון דידיה הי"ל צרוף טעמים אחרים לאותו דין העמידו בספק אבל במקום

דליכא טעמים אחרים לבטל מכחם דידב"ם אין לנו אלא דברי קדמונינו מוהריב"ע ורבינו יעב"ץ ז"ל אשר אנן שותים בצמא את דבריהם ומי ירים ראש נגדם:

וראה זה חדש ראיתי להרב אחרון בספרו וי"ץ זלה"ה קפ"ד שכתב ז"ל על מ"ש הש"ך דבחזקת חנות או בתים אין בו משום דדב"מ ומטי בה משם כמה גדולים היינו משום דס"ל דבחזקת ישוב דינה כטלטול וזה מחלוקת ישנה בין הראשונים אם דינה כקרקע או כטלטול והרב מהרי"ע ז"ל שכתב דיש לו דין מצרנות אפשר דם דס"ל כמ"ד דדינה כקרקע או אפשר דמיירי בחזקת קרקע דהיינו שהיתה החנות של ישראל ומכרה לגוי שנשארה לו רביע בעד החזקה דבזה כ"ע מודו דחזקה זו דין קרקע יש לה עכל"ה הרי דדעת הרב מהריב"ו זלה"ה לו' דבחזקת קרקע יש בה דדב"מ ולא דבר הש"ך בס' קע"ה אלא בחזקת ישיב והגם דגם עליו יערו כוס קושיית הרב יוא"ל זלה"ה שהקשה על הרבנים הנז' דכתבו דבחזקת ישוב מיירי האחרונים הרי מדברי הראשונים שהביא הש"ך מוכח מדבריהם דבחזקת קרקע מיירי וגם על הרב וי"ץ זלה"ה שפירש כן תקשי קושייא הנז' עכ"פ הואל והרב הנז' פסיק ותני הכי ודאי בעקבותייהו דמוהריב"ע והרב יעב"ץ אזיל ובודאי כוותיה נקטינן ואחרון אחרון חביב וא"כ יש לצו לפסוק בנדו"ד דיזכה ראובן בחזקה זאת מכח המצרנות:

אלא דמטעמא אחרינה נפלה כן טענת דדב"מ דהא לוי זה שקנה חזקה זאת משמעון הוה שותף בחצר שיש בה אותו בית שקנה ראובן מגוי ומצינו לרבותינו האחרונים אשר בעקבותיהם אנחנו הולכים דכתבו דשותף חצר אפילו זה יש לו בית מיוחד וזה יש לו בית מיוחד הואל ושותפים הם באמצע החצר וכו' כשותפים חשיבי מכח זה דנין ביניהם דינא דגוא"א ודינא דמצרנות ודינא דשותפים יעויין דב"ז בס' כר"ח ח"א משם הרבנים הרב יעב"ץ והמשבי"ר זלה"ה יע"ש בדבריהם וא"כ גם כאן הואל וגם לוקח זה יש לו שותף בחצר זה שיש בה חזקה זאת בבית של ראובן הדרינן לדינא דכתב מר"ן בחומ"ש סקע"ה סי"א דמי שקדם וקנאם אפילו הקינה אין לו אלא חלק קטן אפילו הכי הקודם זכה וגם כאן הואל וקדם לוי וקנאה לחזקה זו קנה:

ואין להשיב ע"ז ולומר דהואל וראובן זו הבית היא שלו וללוי זה הקונה הגם שהוא שותף בחצר עכ"ז בבית אין לי שותפות אלא שותף בשמושי החצר דוקא וא"כ נימא דיזכה ראובן זה. זה אינו דכבר סתם לן מר"ן סתימי וז"ל ואפילו היו המצרנים הרבה והיה בהם מי שאיני מצרן אלא בחלק קטן מאוד אם קדם היא וסלק ללוקח או קדם וקנאה מהמוכר זכה בה עכ"ל וא"כ גם כאן הכי הוא. והרוצה להתעקש ולומר דכאן הואל והבית עצמו אין לו בה והא של ראובן יזכה ראובן. עליו להביא ראיה מפורסמת

לדבריו כדי לגרוע מקח הלוקח שבחזקתו קיימה אלא דגם נדו"ד לדעתי לא יגרע מדין המצרנות דבעל חלק גדול וקטן שוים גם כאן בדינא דשותפי הגם דבעל הבית שהוא ראובן שותף עם בעל החזקה בין בתשמיש הבית ובין בתשמיש החצר והוי שותף בדבר גדול ולוי אין לו שותפות עם בעל החזקה זאת אלא באמצע החצר ולא בשותפ' הבית עכ"ז כקטן כגדול תשמעון ודינן שוה וכל הקודם זכה. זהו משנלע"ד כ"ה לתשרי ע"ש זמר"ה בארץ לפ"ק וצוייי"מ וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קמט

ראובן מעיר סאלי קנה בית מעכו"ם אחד מעיר רבאט אשר יש לו בעיר סאלי ובא שמעון המצרן לו' לראובן שהוא יזכה באותו הבית מדינא דבר מצרא הדין דין אמת דיכול לזכות מדינא דב"מ והגם דכתב מר"ן בס' קע"ה סל"ח הקונה מן הכותי אין המצרן מסלקו עכ"ל הרי מצינו הטעם מפורש בפר' המקבל והביאו הרב"י בסיקע"ה סנ"ז דהטעם הוא משום דיכול הלוקח לומר למצרן ארי אברחית לך ממצרך יעו"ש וא"כ בנדו"ד דלא יוצדק האי טעמא דארי אברחית לך דהא קרקע זה שמכר העכו"ם לראובן לעולם אין העכו"ם דר בו ומקום מיוחד לישראל הוא אך בודאי פשוט דאין כאן טעם ארי אברחית לך וכו' וזכה שמעון מדינא דבר מצרא ואין לו' דאפילו בנדו"ד יכול לו' הלוקח לקונה ארי אברחית לך והכוונה היא דיכול לומר לו דמקודם לזה היית שותף עם העכו"ם ובשעה שהיית רוצה להוציא הוצאות על הקרקע שבינך לבינו היית צריך טורח להוציא מן העכו"ם ואני נוח לך ממנו וא"כ זוהי ועשית הישר והטוב שבשעה שאתה צריך לאיזה תקון טוב לך לתבוע מישראל חבירך מלתבוע מעכו"ם זה אינו דהא כתב הרב"י בסיקע"ה סנ"ז וז"ל וכתוב במרדכי בתשו' וכל היכא דזבין מעכו"ם כיון דהוציא הבית מכח העכו"ם שאין הבית חלוט עוד אע"ג דחוזר ומשכירה לאותו עכו"ם או לעכו"ם אחר שכירות לא קנה ולית בה משום דינא דב"מ כלום דגוף הקרקע אינו של עכו"ם הרי הוא מסולק משם ושפיר מצי אמר ארי אברחית כיון שבידו לסלקו ע"כ. ואם באמת כדברינו דגם לענין שלא יצטרך המצרן דינא ודיינא עם העכו"ם על ההוצאה מקרי ארי אברחית וכו' אם כן למה הוצרך המרדכי לומ' הואל ושכירות לא קנאה ויכול להוציאו כ"ז שירצה תיפוק ליה אפילו אם תהיה השכירות קונה עכ"ז הואל וס"ס דיניה של המצרן על ההוצאה של החצר ליהוי עם הלוקח ולא עם העכו"ם השוכר א"כ עדיין יכול לומר ישראל הקונה ארי אברחית וכו' דהא אם יתרועע כותל שבין ביתך לבית הנמכר מקודם היית צריך טורח להוציא מן העכו"ם ואני טוב לך ממנו אלא בודאי דבטעם קל כזה אינו יכול לדחות בן

המצר ואינו יכול לדחותו אלא בטענה רבה אם העכו"ם דר שם וע"י קנייתו נדחה וכן נמי מדוקדק ממ"ש ואפילו חזר ושכרו לאותו עכו"ם עצמו משמע דדוקא אם היה דר שם העכו"ם מעיקרא קמיירי והוה ס"ד הואל וחזר ושכרה לי א"כ לא נסתלק לו שום היזק לזה אמר הואל וגוף הקרקע חזר של ישראל ויכול להוציאו כל זמן שירצה יכול לו' ארי אברחית וכו' וא"כ בנדו"ד שאין שום דירה לעכו"ם פשוט דזכה בן המצר:

גם אין לבטל דינא דב"מ הואל וקרקע זה בעי"ת סלא יע"ה קיימא והמוכר מכרה ללוקח בעי"ת רבאט יע"ה גם מטעם זה לא איבד המצרן זכותו דהגם דמצינו למר"ן בסיקע"ה סל"ד שכתב דאם היה בן המצר במדינה אחרת אינו יכול לסלקו יעו"ש ומצינו להרב כנה"ג שכתב דאם המצרן הוא במקום הקרקע והמוכר והלוקח הוא בעיר אחרת הוא במחלוקת שנוי וא"כ לוקח זה יכול לומר קי"ל כסברת הפוסקים דאית ליהו דאם המוכר והלוקח בעיר אחרת ליכא דדב"מ דהא הלוקח הוא דמיקרי מוחזק וכמ"ש מר"ן ומור"ם בסיקע"ה סמ"ה וכ"כ בפשיטות הרב משכנות הרועים אות מ' אות קכ"ח דכל ספק שיפול בין הלוקח והמצרן דיינין קולה ללוקח וחומרה למצרן הואל והמצרנות אינה אלא מדרבנן ואסמכוה אקרא יעו"ש וא"כ הואל ואיכא מ"ד דליכא דדב"מ אם היו הלוקח והמוכר בעיר אחרת א"כ לוקח זה יכול לומר קי"ל:

אלא דלזה הרי מצאנו ג"כ ארוכה ומרפא שהרי הרב מהריב"ו זלה"ה בליקוטיו הביא משם הרב מטה שמעון דמפרש דמאי דכתב הרמב"ם ופסקו מר"ן כאן דאם היה בן המצר במדינה אחרת וכו' מלשון הרמב"ם משמע דוקא רחוק ומיהו לאו דוקא אלא אפילו מקום דרך יום כל שהוא עיר אחרת עכ"ל והכנה"ג בתשו' ח"מ ס"ס פ"א כתב דבמקום קרוב שבכל יום שיירות מצויות ובחצי יום יכול רץ אחד ללכת ולבוא כה"ג לא נכנס בדין הרמב"ם וגרע מהכפר. המבי"ט יעו"ש עכ"ל הרב מהריב"ו בליקוטיו אות מ' וא"כ זכינו לנדו"ד דעיר סאלי ורבאט הגם דשתי עיירות נינהו כעיר אחת חשיבי כידוע לכל העולם דהא ברביע שעה יכול אדם לילך ולבוא א"כ פשוט הוא דלא מלבד סברת הרב מטה שמעון ופירושו להרמב"ם אלא אפילו לס' כנה"ג משם המבי"ט פשוט הוא דלא נכנסה רבאט וסלא בענין מצרנות להקרא עיר אחרת וא"צ להאריך בדבר זה כי ידוע לכל באי עולם דסלא ורבאט עיר אחת הם. וכ"ז הוא בבן המצר שהיה בעיר אחרת אבל בנדו"ד דאדרבא בן המצר בעיר אלא שהמוכר והלוקח הם בעיר אחרת יכולים לומר דאפילו אם יהיה בין רבאט לסלא מהלך יום אחד יודה הרב כנה"ג לס' הרב מטה שמעון דמצריך יום אחד דהא דין זה דאם המוכר והלוקח בעיר אחרת הוא במחלוקת שנוי וכמ"ש משם הכנה"ג יעו"ש ומה גם דנדו"ד לאו מדין מצרנות לחוד קמיירי אלא גם דין שותף איתּ

ליה דהא בית זה שבא המצרן לזכות בה היא עומדת בחצר שיש למצרן בה הקרקע ובית המצרן ובית זה הנמכר היקיף אחד יש להם ומשותפים הם בכניסה ויציאה וכו' ומצינו לרבותינו הראשונים כמוהר"ר יעבי"ץ והמשביר זלה"ה דאחשיבו לשותף אמצע החצר וכו' כדין שותפים גמורים וכמו שבא הדבר מפורש בס' כר"ח ח"א סי"ג יעו"ש ומצינו להרב מהר"י עייאש זלה"ה בספרו בית יהודה שכתב דהגם שנחלקו הפוסקים באם היה המוכר והלוקח בעיר אחרת אם מצי המצרן להוציא מיד הלוקח עכ"פ בשותף כי"ע מודו דיש לפשר ביניהם יעו"ש הרי לפניך דשותף עדיף ממצרן אפילו באם היו הלוקח והמוכר בעיר אחרת שהיא רחוקה מכ"ש כאן בעיר רבאט וסלא בודאי ליכא מאן דירים ראש בזה ובודאי זכה המצרן בלי שום דין ודברים כלל:

גם בנדו"ד אין לחוש לסברת מור"ם בסיקע"ה ס"ט דכתב אם הלוקח לית ליה ארעא ודחיקא ליה שעתה והמצרן א"צ לה רק רווחה בעלמא דאין בה דדב"מ וכ"כ הרב זקן אהרן הביאו הרב משכנות הרועים אות מ' אות קנ"ז שכתב וז"ל ראובן יש לו בתים יתירים על צורך דירתו ובן המצר מכר בית אחד לשמעון לדור בה פי אין לו זולתה ורצה ראובן להפקיעו ממנה ולהוציאה מידו מפני שהוא בן המצר אין שומעין לו דזה הוא הטוב והישר עכ"ל וא"כ גם כאן הואל וראובן זה הלוקח אין לו במה לדור ושמעון המצרן יש לו בית דירה א"כ נימא דאין המצרן הזה יכול לדחות הלוקח גם לזה אין לחוש דכבר מלתינו אמורה דבחצרות שלנו לדין שותף יקראו הואל ומשותפים באמצעה של חצר וכו' ושותף עדיף ממצרן ובודאי דיכול לזכות מדינא דב"מ ואין אומר ואין דברים וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנ

זה הועתק מאגרת אחת ג"כ נעלמך די אוצלתני בראפך ה' די קולתלי ר' יוסף ברדוגו קאללך באיין ר"מ אלמאליח הווא מצרן פלעקדא דדאר קולו על לסאני די מא יסאל מצרנות די אנא תחייבתלו הינא בסך מייא ועסרין דורום עלא סתין סהר ועמלת מעאה כל תנאס לסהר נסבקלו ארבעא ועשרין דורו דייאלהא יעיין בדברי מר"ן בסיקע"ה ס"ח ובסמ"ע שם ואפילו אם רוצה לפרוע סך מאה ועסרין דורוס מיד עכ"ז אין לו דינא דב"מ מטעם דבשכירות יש בהם תנאי לסיד אותה בכל שנה פנים ואחור והמשכיר אינו מאמינו לקיים התנאי יעו"ש בס' הנז' ס"י עוד טעם אחר כיון שהמשכיר במדינה אחרת לית בה דינא דב"מ כמו שאם היה בן המצר במדינה אחרת שכתב מר"ן בסי' הנז' סל"ד

וכ"כ מר"ן בבדק הבית בסי' ה' שדין אחד יש להם ע"ש. ועוד טעם אחר דמר"ן פסק דבשכירות לית בה דינא דב"מ והגם דהטו"ז פסק מי שהשכיר ביתו לאחר ובתוך זמן השכירות השכיר לשני בכלות זמן השכירות הראשון שאפילו הרמב"ם יודה לזה שיש בו דינא דב"מ היינו דוקא שהשכיר לו בתוך זמן השכירות של הראשון אבל אם בכלות הזמן השכיר לשני לא מצי להיות מצרן כמ"ש מר"ן בב"י ע"ש והרי רבי רפאל חתני ישא ויתן עמו בהלכה ולפי שאין הפנאי מוסכם לא ראיתי לכתוב לכמוהר"ר יוסף בירדוגו נר"ו:

והן היום הפציר בי יוסף עד בוש להשיב על דברי מור"י נר"ו האמורים לעיל והגם שידעתי ביני דלא ידענא לכווני אימרה ולאגמורי סברא עכ"ז ידעתי בעט"ר שאל יאשימני על זה ובפרט דתורה היא ולמודע"י אני צריך שע"י רבי בעה"ו רווח שמעתתא ומסקה אליבא דהלכתה:

ראיתי מ"ש עטרו"ת לי ברישא דליכא דינא דב"מ מההיא דמר"ן סיקע"ה ס"ח ומהסמ"ע שם ע"כ הנה נראה דמור"י נתכוון לומר דכמו דבמוכר יכול לומר בלוקח זה ניחא לי למכור בהמתנה ולא ללוקח אחר כי הוא קשה לי וגם כאן כההר"י נר"ו יכול לטעון שזה קשה לו:

תחלה וראש צריכין אנו לדעת אם יש לדמות משכיר זה למוכר בהמתנה ולומר דהמוכר יכול לטעון זה נוח לי וז"ק לי גם המשכיר כן או דילמא דלא אמרו יכול לטעון זה ז"ן וז"ק אלא במוכר בהמתנה ונשאר נושה בו כל דמי הקרקע בזה יש חשש ז"ן וז"ק אבל לגבי השכירות הגם דקי"ל שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף עכ"פ סוף כל שלשים יום זימניה הוא ומצינו לאבי התעודה הוא הרב מהרימ"ט זלה"ה בח"א שפסק דאם אינו פורע השכירות כפי תנאו נראה פשוט דיכול להוציאו תוך זמנו וכן בימות הגשמים יעו"ש ועי' בס' זכו"ל בח"א אות שי"ן ג"כ משם הרב פרמ"א זלה"ה יעו"ש וא"כ הואל ויכול למכור למצרן ואם יהיה קשה לו משתלום החודש הראשון יכול להוציאו מביתו א"כ נימא דאינו יכול לטעון זה קשה לי כי אין פסידא כ"ך הואל ומסוף החודש הראשון יהיה נתקן הפסידה דידיה בדבר קל אין לנו מצות ועשית הישר והטוב בשביל זאת הן אמת דחלוק זה דחיק ואתי מרחיק דמה לו ולצרה הזאת להכניס עצמו בעובי הקורה המשכיר הזה ונימא דתשלום החודש יכול לסלוקי ההיזק וכו' דאדרבא הסברא נותנת להיפך דלא יצריכוהו חכמים לקיים ועשית וכו' מחשש שמא לתשלום החודש כשיוציאו מהבית לא ימצא מי שישכירהו ממנו נוסף ע"ז דשמא לתשלום החודש כשיתעקש על התשלומין לא ירצה לצאת לו מן הבית ויצטרך לירד עמו בדינא ודיינא וכעין זה פסק מר"ן בסי' קנ"ה בדין הרחקת הנזק דצריך להרחיק את נזקו וסיים שם

ואע"פ שהרחיק כשיעור אם יצא אש והזיקה משלם מה שהזיקה וכתב הסמ"ע סק"ג משלם מה שהזיקה ומ"מ צריך להרחיק לכתחילה שיעור הנז"ל שאולי ידלוק בתי השכנים ולא יהיה ממה לשלם וגם מפני שלא ירצה לירד עמו בדיני ודיינא עכל"ה הרי מטעם זה השני לחוד הוה דיי ליה להסמ"ע וא"כ גם כאן מטעם זה לחוד דיי והותר דלא ליהוי המצרן זוכה בשכירות הבית מכ"ש בצירוף טעמא קמא דשמא כשיוציאו מהבית לא ימצא מי שישכירה ממנו וטעם זה הוא דאהני לן להההוא דקי"ל ופסקו מר"ן בסי' ל"ד דאם המצרן בעיר אחרת אין להשהות המקח דשמא לא ירצה המצרן לקנות ונמצא זה מפסיד מקחו ועי' בס' משכנות הרועים מ"מ טעם זה וא"כ מהיכן הרגלים להסתפק ספק זה ולבטל טענת ז"ן לי וז"ק לי במשכיר: ע"ז אשיחה ואומר דלכאורה מי הביאנו לבית הספק ולחלק חלוק זה משום דא"כ לסברת רבינו הרא"ש דס"ל דיש מצרנות בשכירות היאך מתקימה הרי כל משכיר יאמר ז"ן לי וז"ק לי ואין לומ' דלא אמר הרא"ש דיש מצרנות בשכירות אלא היכא דלא קפיד המשכיר וכמ"ש הד"מ בסי' זה לסברת הרא"ש ופסקו מור"ם בס"ח בההיא דמוכר בהמתנה אבל היכא דקפיד המשכיר אין הכי נמי יכול לטעון זה נו"ל וזה קשה לי דהא מצינו ראינו לרבינו הטור בסי' שט"ו ס"ב שכתב משם אביו הרא"ש שנשאל על ראובן ושמעון שהיה ביניהם שדה מושכרת בשותפות ורצה אח"כ ראובן לשכור חלקו ללוי ושמעון מעכב עליו ופסק שם דהדין עם שמעון ואין ראובן יכול לעכב ולגלגל עליו הרבה שכירות וכו' יעו"ש ואם האמת הוא דהרא"ש ס"ל דאם המשכיר יכול לטעון ז"ן וז"ק וכו' א"כ היאך פסק שם הרא"ש דאין ראובן יכול לעכב על שמעון וכו' הרי ראובן יכול לעכב עליו מכח ז"ן וז"ק וכו' אלא בודאי דאיכא למימר דהרא"ש לא ס"ל דאיכא טעם ז"ן וז"ק בשכירות הואל ואין כאן פסידא כ"ך כמש"ל דהואל ולתשלום החודש יכול להוציאו לא חששו לצער מועט לבטל בשבילו מצוה דמצרנות:

והן אמת שעלה בדעתי לפרש דברי הרא"ש שהביא הטור בסי' שט"ז איירי שמשכיר עצמו לא קפיד על טענת א"ן וז"ק וכו' ולא קפיד אלא מכת טענה אחרת כמ"ש שם יעו"ש אבל אין הכי נמי אי הוה טעין ז"ן וז"ק וכו' אפשר שומעין לו:

אלא דראיתי להרב זכו"ל אות שי"ן ח"ב שכתב משם הרב יד אהרן משם הדרישה דאם המשכיר חפץ באחר ולא במצרן דאימר ז"ן וז"ק וכו' כו"ע מודו דהרשות בידו ואין המצרן יכול לסלקו ואפילו להרא"ש ודעמיה דס"ל דשכירות אית בה דינא דב"מ היינו כשלא איכפת ליה למשכיר אבל בלאו הכי יכול למחות והיינו טעמא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף זהו תכלית הדברים שכתב הרב זכו"ל משם הרב יד אהרן משם הדרישה

וכו' ועל דברים האלו סיים הרב זכו"ל וכתב וז"ל איברא קשה דמתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' שט"ז מפשט לשונו נראה דאפילו אם מעכב המשכיר אית ביה דינא דב"מ ואיך קאמר דכו"ע מודו הרי הרא"ש לא ס"ל הכי יעו"ש:

אך בראותי זה דהרב זכו"ל מפרש דהרא"ש מכח אותה תשובה נראה ממנו דלא ס"ל דיכול לטעון המשכיר ז"ן וז"ק וכו' על כן אמרתי עת לחשות מלדבר ולומר דהרא"ש שם בסי' שט"ז בדלא קפיד מירי איך שיהיה נקטינן מכל האמור דהרב בעל זכו"ל הוכיח במישור מתשובת הרא"ש דלית ליה להרא"ש טענת ז"ן וז"ק וכו' במשכיר והגם דהרב הנז' ראה וידע מדברי הרב בדק הבית המדברים במוכר בהמתנה ופסקה מור"ם בס"ח עכ"ז לא הוקשה לו עליהם מתשובת הנז' שממנה מוכח שהרא"ש לית ליה ז"ן וז"ק וכו' אלא בודאי דאיכא למימר שיש לחלק מה שחלקתי אני עני:

ואל תשיבני על זה דמאי הוי אפילו נימא דהרא"ש לא ס"ל טענת ז"ן לי במשכיר עכ"ז הרי הרב יד אהרן משם הדרישה כתב דכל הפוסקים ס"ל הכי והוסיף דגם הרא"ש וסיעת מרחמוהי דס"ל דיש מצרנות בשכירות ואם כן אפילו נימא דהרב זכו"ל תמה על דבריו שכתב דגם הרא"ש מודה והביא תשו' של הרא"ש המנגדת ואומרת דהרא"ש לית ליה טענת ז"ן וז"ק וכו' במשכיר עכ"ז לשאר פוסקים מיהא אית ליהו האי טעמא במשכיר וא"כ הואל והדבר הוא במחלוקת שנוי הרי קי"ל דלכל הפוסקים זולת הרמ"ה כולהו ס"ל דהלוקח הוא המחזיק הואל והקנין דידיה הוי קנין מדאורייתה והמצרנות היא מדרבנן דהקרא אסמכתא היא וכוותייהו דהפוסקים פסק מור"ם בסי' קע"ה יעו"ש דהלוקח הוי מוחזק וא"כ גם כאן אפילו נימא דהרא"ש יסבור דליכא טענת נוח לי במצרנות עכ"ז כשאר פוסקים נקטינן דס"ל דיכול המשכיר לטעון זה נוח לי דזה אינו דהא תשובת הרא"ש זאת דסי' שט"ז שממנה מוכיח הרב זכו"ל והרא"ש דס"ל דהמשכיר אינו יכול לטעון ז"ן וז"ק מצאנו למר"ן שערכה בשלחנו הטהור בסי' קע"ה סס"א יעו"ש וא"כ אנן דגרירי אחר הוראותיו כוותיה נקטינן ואין המשכיר יכול לטעון ז"ן וז"ק:

אלא דכד דייקינן שפיר נראה דהרב הפרישה ידע וראה מתשובת הרא"ש שממנה הוכיח הרב זכו"ל והגם שאין ספר הדרישה כעת לפני לראות יסוד הדברים עכ"ז מלשון הרב זכו"ל עצמו ממנו מוכח דבעל הדרישה ראה וידע מתשובה זאת כמו שמשמע מדבריו שכתב וז"ל איברא דעדיין קשה מתשובת הרא"ש שציין שהביא הטור וכו' הרי מדכתב מתשובת הרא"ש שציין וכו' הרי מורה באצבע דמאן דס"ל דהרא"ש מודה דיכול לטעון ז"ן וז"ק ידע וראה מתשובת הרא"ש ועכ"ז פסיק ותני דגם הרא"ש מודה דס"ל דיכול המשכיר לטעון ז"ן לי וכו' וא"כ הדר דינא ג"כ דיש מחלוקת בדברי הרא"ש דלדברי הרב

יד אהרן משם הדרישה ס"ל דלדעת הרא"ש דכוותיה פסק מר"ן ס"ל דיכול המשכיר לטעון ז"ן וז"ק ולדעת הרב זכו"ל ס"ל דלדעת הרא"ש אינו יכול לטעון וא"כ הדרן ג"כ לפסק מור"ם ג"כ דבסי' ע"ה דבכל מחלוקת הפוסקים הוי הלוקח מוחזק ויכול המשכיר לומ' ז"ן וז"ק וזכה השוכר:

אכן נשאר לנו לדעת מה יענה הרב הדרישה בקושיית הרב זכו"ל דמאותה תשובה נראה דאין המשכיר יכול לעכב בטענת ז"ן וז"ק:

לכאורה אמרתי אני ללבי לתרץ דאותה תשובה דהרא"ש איירי בשותפים בחצר שהרי מכוח דהוו שותפים פסק מר"ן בסיס"א כאותה תשובה הגם דס"ל כהרמב"ם דבשכירות ליכא דינא דב"מ עכ"ז בשותפים פסק כהרא"ש דיש בשכירות דינא דב"מ וכמו שסיים מר"ן שם בסיס"א בדבריו וכתב וז"ל הדין עמו כיון שהוא שותף יעו"ש וא"כ מאותו טעם הייתי ג"כ רוצה לומר דבשותף אין המשכיר יכול לטעון ז"ן וז"ק וכמ"ש הרב בע"י חי"י בהגהות ב"י ס"ט מצאתי תשובת מהרי"ל בתשובות השייכים לס' קנין וז"ל דהא דאמרינן לאשה וליתמי לית ביהו דינא דב"מ הני מילי לגבי מצרן אבל שותף עדיף ואם זבין לאשה וליתמי אזי שותף עדיף ומסיק וכן אני אומר בכל הני דאמרן לית ביהו דינא דב"מ דוקא ולא שותף עכל"ה:

ודין זה הובא בכל ספרי האחרונים דשותף עדיף וכראותי זאת הייתי רוצה לחלק בזה כמ"ש:

אלא דראיתי וידעתי מפסק הרב תוש"י אלמאליח זלה"ה ס"ב סי"א שכתב שבמקום שיש פסידא למוכר לא אמרינן שותף עדיף ממצרן ולא נכלל בכללי האי כללא דשותף עדיף ממצרן במקום שיש פסידא למוכר וכן ראיתי להרב מוהרי"ע בספרו בני יהודה במנהגי ארג"יל בדיני המצרנות וכן ראיתי לרב אחרון בספרו הנק' ויאמר יצחק סיקפ"ו יעו"ש עליו גם כאן שהוא פסידא למוכר וצורך המוכר סברא הוא דדין השותף והמצרן שוין ועדיין הקושייה במקומה עומדת:

אלא דמוכרחים אנו לתרץ כמש"ל אני עני דהרב בעל הדרישה מפרש תשובת הרא"ש דבלא קפיד המשכיר דבר הפך דברי הרב זכו"ל דמדקדק פשט דברי הרא"ש וק"ל:

איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה דכל אלה הדברים לא נצרכו אלא ללבן ולברר מוצא הדין דבלאו הכי נדו"ד שהיה שכירות לזמן מרובה ובסוף השנה צריך לשלם ממון רב בודאי דהוייא כמכר אפילו למי שירצה לומר דבשכירות לית בה טענת ז"ן וז"ק דדוקא בשכירות שהזיקה מועט אבל בכגון דא הוייא כמכר ומהטעמים הנז':

איך שיהיה נראה שהדין ד"א כמ"ש עטרות לי הוא אמת ותורתו אמת אכן ומה אעשה להא דמצאנו ראינו לרב אחרון חביב כמוהריב"ו זלה"ה בס' וי"ץ בליקוטיו אות שי"ן שכתב וז"ל מי שהיתה קרקע חבירו שכורה בידו והלך אחר ושכרה יכול השוכר הראשון לסלק השני וכן מנהג פשוט בעיר טיטואן לומר קרא בקרא פייא יולא ועי' בטו"ז סיקע"ה ומצאתי כתוב בכת"י מהרש"א זלה"ה דיהיב טעמא דאינו יכול לטעון ז"ן וז"ק דאמרינן ביה כי היכי דהוה נוח לך כל ימי השכירות שעברו שהיה השוכר דר יהיה נוח לך ג"כ מכאן ולהבא וא"כ נפל פיתא בבירא דלא איתאמר דין ז"נ וז"ק אלא במי שלא היתה בידי מעולם ובא לזכות בה מחדש מדין מצרנות אבל בכגון דא שהיה דר בה ליכא דינא דז"ן לי וזק"ל:

גם נוסף ע"ז שכהר"ם נחית ליתן ערב אמוד כמו הלוקח ומצינו להרב מאמר קדישין סיקע"ה סק"י שכתב וז"ל אם יעמיד המצרן ערב בטוח כמו הלוקח יכול לטעון בר מצרא וא"כ גם כאן שכהר"ם יש לו ערב בטוח כמו השוכר הזה בודאי דיש בו דינא דב"מ:

גם מה שרצה כת"ר לבטל מכאן דינא דב"מ מכח התנאי שהתנה על השוכר האחרון לסוד אותה בסיד ואינו מאמין לשוכר הראשון וכו' גם בזה אחר נשיקות כפות רגליו דגם בזה איכא למישדי בה נרגא דלא איתמר דין זה אלא בבא למכור או לשכור ורצה לזכות בה המצרן שלא היתה בידו אלא מצרן הסמוך לה אבל בנדו"ד שכבר היתה שכורה בידו וההוא אמר שגם הוא על תנאי זה היתה מושכרת בידו לסוד אותה פנים ואחור שלעולם הוא בדיבוריה קאי וקיים תנאי גם בזה אינו יכול כה"ר יצחק הנז' לומר דאינו מאמינו שוב לומר שמא לא יקיים תנאו ודומייא הא לטעמא דכתב הרב מהריב"ו משם מהרש"א על ההיא דשכירות שאינו יכול לטעון ז"נ וז"ק אלא אמרינן ליה כמו שהיה נוח לך מקודם לזה כך מכאן ולהבא וא"כ לדבר הזה נימא הואל והאמינו מקודם לתנאי זה כך מכאן ולהבא אינו יכול לומר איני מאמינו: וגם מה שרצה כת"ר לבטל מנדו"ד דינא דבר מצרא הואל והמשכיר הוא דר בעיר אחרת וחיליה לאורייתה מההיא דסיל"ד דפסק מר"ן דהיה בן המצר בעיר אחרת וכו' ומההיקש שהקיש הרב מר"ן בבדק הבית דינא דהיה המוכר בעיר אחרת להאי דינא דפסק מר"ן בסיל"ד יכו' לכאורה נראה דהגם דכפי האמת דין זה דהרב בדק הבית מצאנו דבמחלוקת הוא שנוי דעל מבוכה זו עמדו אבות העולם והביאם הרב בנ"י חי"י סיקע"ה בהגהות הטור ס"כ ובספר הע"ר בהגהט"ו יעו"ש וז"ל היה המוכר והקונה במקום אחד והמצרן היה במקום שהבית היה שם השיב מהר"א בן ששון הובאה תשובתו בס' מהרלב"ח דזכה הלוקח והסכים עמו הרדב"ז ומהרל"ח שם כתב שלא אמרה הרמב"ם אלא כשבן המצר אינו בעיר במקום שהקרקע נמכר ע"כ והרב

המבי"ט סינ"ו הוא מדעת זה ועיין בס' בני אהרן סיז"ך ועיין במהר"ם אלשקר סיקי"ח עכל"ה בסיקע"ה. וא"כ הרי הדבר במחלוקת שנוי דלדעת הרב מהרלב"ח והרב המבי"ט דאפילו יהיה המוכר והלוקח במדינה אחרת עכ"ז הואל והמצרן הוא בעיר שהקרקע נמכר שם לא זכה הלוקח ומוציאו ממנו המצרן עכ"ז אנן בדידן הואל והדבר במחלוקת שנוי כבר מלתינו אמורה דזכה הלוקח כמ"ש מור"ם בסיקע"ה סמ"ה יעו"ש וכן בא הדבר מפורש ג"כ בפירוש על מילתא דנא בהרב בני חיי וז"ל בספר הע"ר אחר שהביא סברת החולקים שכתבתי משמו בסיקע"ה סיים שם בסימן רע"ה וכתב וז"ל מעתה משפט נבחרה לנו כיון שדעת כל הפוסקים הלוקח הוא המוחזק א"כ יאמר הלוקח קי"ל ככל הני רבוואתה דאית ליהו דכיון שבן המצר לא היה במקום המכר זכה הלוקח עכל"ה וא"כ לכאורה נראה דהדין דין אמת כמ"ש:

אלא דכ"ז איננו שוה לי דראה זה מצאנו ג"כ לרב ב אחרון חביב כמהר"י ן' וואליד זלה"ה שהביא משם כנה"ג וז"ל כתב כנה"ג אות נ"ו וז"ל עוד נראה פשוט דלא אמרי הני רבוואתה דכשהמוכר מכר בעיר אחרת אע"פ שהמצרן עומד במקום הקרקע לית ביה דינא דב"מ אלא דוקא כשהיה ג"כ הקונה עם המוכר בעיר המכירה אבל אם המוכר מכר לאיש זר שאינו מצרן העומד במקום שהקרקע שם או עומד במקום אחר כל שאינו עומד במקום המכר ודאי שהמצרן מוציא מיד הקונה עכ"ל א"כ הרי עיניך הרואות דאפילו להפוסקים דס"ל דאפילו המצרן בעיר זכה הלוקח היינו דוקא אם יהיה גם הלוקח בעיר עם המוכר וא"כ בנדו"ד שיוסף הלוקח אינו עם המוכר בעיר ירושלים תוב"ב כו"ע מודו דזכה כהר"ם המצרן ואין אומר ואין דברים:

וגם מה שרצה עט"ר לפרש דברי הטו"ז אשר מהם תורה יוצאת בהינומא לענין השוכר הראשון דדב"מ דוקא אם שכרה השוכר השני תוך יומי שכירות הראשון וכו' וכתב שכ"ך הרב"י ע"כ הגיעו דברות קודשו בזה אני מבקש מדבית רבי ילמדני מהיכן דין זה מדברי הרב"י כי לדעתי קלה כמות שהיא דרך העברה עברתי ביתה יוסף ולא נראה לי מזה ואדרבא לדעת הדיוט כמוני נראה להיפך מההיא תשובה שהביא הרב"י במחוס"ל משם הרב כמוהר"י בן שושאן זלה"ה שעסוק בה וכתב ואם השלים ראובן זמן שכירותו והוא חפץ והמצרן חפץ בו אם כבר הסכים בעל הבית לתתם לו והמצרן בא להוציא מידו היינו דין הראשון אמנם כל זמן שעדיין לא הסכים בעל הבית להשכירו לו ובאין שניהם כאחת נראה שהכל תלוי בדעת בעל הבית ולא נאמר כמו במשכונה דשכונה גביה, אלא יכול להוציאו כיון שהשלים הזמן ולהשכירו למי שירצה עכל"ה והאי למי שירצה הנאמר כאן היינו למי שכנגדו שהוא המצרן אבל לפרשה למי שירצה היינו לאדם אחר זה לא

יתכן דהא בבא זה נקטה בין להרמב"ם בין להרא"ש וא"כ התינח להרמב"ם דלית ליה דדב"מ בשכירות אכן להרא"ש דס"ל דיש דדב"מ בשכירות היאך יכול להשכירה למי שירצה אלא לגלויי דלא נימא דיכול לעכבה בידו השוכר ולימא ליה כמו במשכנתה דסורייא גביה ע"ז בא לומר דיכול להוציאה מידו וישכרה למצרן אבל לאדם אחר בודאי דלא וזהו דינו דהטו"ז וא"כ נמצא דדברי הרב מהר"י בן ששון שכתב שאחר שכלה זמן השכירות יכול להוציאה היינו לתתה למצרן אבל לאיש אחר אינו יכול אפילו בשכרה השוכר השני אפילו אחר שכלה זמן השכירות וזהו דינו דהטו"ז:

וגם מדקדוק דברי הטו"ז אין לדקדק מדבריו חלוק זה דהן אמת שכתר"י ועט"ר כתב וז"ל והגם דהטו"ז פסק מי שהשכיר ביתו לאחר ובתוך הזמן השכיר לשני בכלות זמן השכירות וכו' ובטו"ז אשר לפנינו לא נמצאו מלות אלי אלא ז"ל ולענין שכירות אותו הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכיר אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן שכירות הראשון ונראה דגם הרמב"ם מודה בזה עכ"ל ודברי הטו"ז אלו יכולים אנו לפרשם בכל אופן בין בשכר תוך ימי השכירות או אח"כ:

וכן בא הדבר מפורש ג"כ בס' מהר"י בן וואליד זלה"ה שכתבנו וז"ל מי שהיה קרקע של חבירו שכורה בידו לזמן ואחר כלות הזמן השכירות השכירו בעליו לאחר יכול השוכר הראשון לסלק השני עי' בטו"ז סי' קע"ה סנ"ט עכל"ה הרי לפניך דמפרש לדברי הטו"ז דאפילו בשוכר בכלות הזמן השכירות קמיירי:

אכן לענד"ן דבנדו"ד השוכר הזה מצאנו לו ארוכה ומרפא וזכה וליכא טענת דדב"מ דהגם דכתב הרב כנה"ג דהיכא שאין הלוקח בעיר עם המוכר כו"ע מודו דזכה המצרן הנה הגם דספרי הפוסקים האלו אינם מצוים בידי לא ספר מהרלב"ח ולא ספר המבי"ט ולא ספרי הפוסקים החולקים עליהם ולא ספר הרב החביב כנה"ג לדעת יסוד ושורש מחלוקתן ומה טעם של כל אחד על בוריו אבל עכ"פ מה שנראה מספרי הקודש המביאים דבריהם בקיצור נראה דטעמם של הפוסקים דס"ל אם היו המוכר והלוקח בעיר אחרת והמצרן בעיר שיש בה הקרקע לית בה דדב"מ נראה דטעמם הוא משום דהואל והמוכר והלוקח בעיר אחת והמצרן אינו מזומן לפניהם אינו בדין שיהיה נטפל למצרן ותהיה לו עכבה על מעותיו וגם שמא המצרן לא ירצה לקנות והוא הטעם שממנו דימה הרב בד"ה דאם היה המוכר בעיר אחרת לדינא דאם היה המצרן בעיר אחרת דאין זה מן הסברא ומן הגמרא שיפסיד זה מקחו על סמך שירצה המצרן ליקח דשמא לא יקח:

וע"ז כתב הרב כנה"ג דדוקא אם היה גם הלוקח עם המוכר דוקא אבל אם לא היה עמו בעיר זכה המצרן וסברא נכונה וישרה היא דהא זיל בתר טעמא למה הני פוסקים ס"ל

דאם היו בעיר אחרת המוכר והלוקח זכה הלוקח משום פסידא דמוכר דאינו בדין שיניח הלוקח שלפניו וילך לחזר אחר לוקח אחר וא"כ מטעם זה יצא לו להרב דאם היו יהיה הלוקח בעיר אחרת פשוט דזכה המצרן דהא הואל ומוכר זה אין הלוקח לפניו א"כ צריך הוא לשלוח לעיר אחרת לחזר על פתחם זה שקנה ממנו ומתרצה עמו באגרות ומוכר וע"ז בודאי אדרבא אין סברא שיזכה בו הלוקח ולא המצרן דמ"ל ימכור לזה או לזה סוף סוף צריך הוא לענות נפשו בכתיבת האיגרות ובהמתנת המעות עד שיבואו לו מעיר אחרת מאת הלוקח וא"כ אזדו ליהו הנהו טעמים הנז' וזכה המצרן: אבל בנדו"ד כל הנהו טעמים שייכי הכא דהגם שהלוקח הוא בעיר שהקרקע בה ואינו עם המוכר בעיר ירושלם תוב"ב עכ"ז הרי נמצא שם עטרות נר"ו והוא השכירה לשוכר הזה וכתב עליו שט"ח של השכירות והוא הפורע בעד השוכר היושב פה וא"כ הוי כאלו הלוקח והמוכר ממש בעיר אחרת ואין זה מחוקי תורתינו הקדושה שיניח כהר"י הנז' מי שמשלם לו בתשלום הנז' והוא יושב עמו בתוך העיר וישכירה למי שאינו בעיר וישב בכל תשלום שנה בשנה רועה רוח ורודף קדים מתי יביאו לו המעות דרכיה דרכי נועם כתיב וזה אינה תורה ח"ו:

ועדיפא מזה אמינא ולא מסתפינא דלא נחלקו הפוסקים הנז' אלא אם המוכר הוא מתושבי העיר הזאת שהקרקע הנמכר בה דבזה נחלקו וס"ל דאפילו היו יהיה ששניהם יחד בעיר אחרת ס"ל למהרלב"ח דזכה המצרן וטעמא דמילתא דהואל ועתיד הוא לחזור לכאן יבוא לכאן וימכור למצרן והפוסקים האחרים ס"ל אפי"ה לא זכה המצרן אבל אם המוכר הזה הוא תושב עיר אחרת כתב הרב בנ"י חי"י סי' רע"ה בהגהב"י אות גימל דאפילו מהרלב"ח יודה דהואל והוא אינו עתיד לבוא לכאן יכול למכור למי שירצה:

וא"כ ממנו יוצא לחלוקי של הרב כנה"ג זלה"ה שכתב דאם הלוקח אינו בעיר עם המוכר כו"ע מודו דזכה המצרן היינו דוקא באותו נדין שהיה המוכר מתושבי העיר שהקרקע נמכר בה דהואל ומוכר על פי אגרותיו מה לי ימכור לשמעון הלוקח אי לראובן המצרן א כדכתבנו אבל אם הוא מתישבי עיר אחרת ואינו עתיד יותר לבוא לכאן וגם איני יודע שירצה לקנות מי הוא העשיר ומי הוא העני פשוט הוא דאפילו יהיה הלוקח בעיר הזאת והמוכר מכר לו ע"פ אגרותיו דזכה הלוקח דכל מה שאדם תופש ממעותיו שיש לו בעיר אחרת הוא כמציאה וכל הבא בידו מן הקרב הקרב קודם הויא ליה שמחה והנאה כי לא ידע הוא אם המצא ימצא לידו מי שיקח ממנו ובזה לא תיקנו הישר והטיב דאדרבא טוב וישר הוא לבעל המצר מפני תקנת המוכר. וא"כ ממנו יוצא לנדו"ד דהמוכר הזה

הוא תושב ירושלם תוב"ב פשוט הוא דזכה הלוקח. זהו משנלע"ד וצויי"מ וימ"ן הלכ"ד הצב"י הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנא

הל' מק"ט ואונאה:

שאלה ראובן תבע לשמעון ואומר ששמעון מכר לו חמור אחד והן היום נמצא בו מום החוזר ישמעון השיב ואמר שזה החמור לא היה שלו מעולם. ק אלא קנה אותו מאת לוי ונתחיב לו לפני העדים בקניית החמיר דאינו חוזר עליו במום כאופן המועיל. מן הדין ואחר עבור שתי שעות מ"מ לקניית החמור בא ראובן ואמ"ל אתן לך חצי דורו ריוח ותמכור לי אותו החמור ונתרצה לו ובשעת הרצוי אמ"ל דע לך שכמו שנתחייבתי אני למוכר הראשון שאין אני חוזר בי בשום מום כאופן המועיל כך אני מוכר לך והלכו שניהם אצל הסופר ולא מצאו אותו ואמ"ל ראובן א לשמעון מה איכפת. לעת אחר כשיזדמן הסופר מוכן אני להודות לך וכו' ואיידי דביני ביני אחר עבור שלשה ימים נודע המום וע"ז טען שמעון דכבר על תנאי זה מכר לו עכ"ד: תשובה תחילה וראש צריכין אנו לברר בנדון זה שהוא נושא וניתן באמונה אם שייך בו דינא דמקח טעות אי לא דהנה מצינו סברת הרמב"ם ופסקה מר"ן בחומ"ש סי' רכ"ז סעיף ז"ך דהנושא ונותן באמונה אין בו אונאה וע"ז איכא לספוקי ולומר דכמו דאין לו עליו אונאה כך נמי אינו חוזר במום: אלא דכד דייקת שפיר תראה דרב המרחק ביניהם דבשלמא גבי אונאה דעתיה דלוקח הוא אפי' תהיה האונאה דעתיה למחול דהא הוא לא קפד על שיווי המקח ודעתו הוא ליתן ריוח בין אם יהיה המקח בזול או ביוקר ולא סמך כי אם אדמים שנתן זה וטעם זה מפורש בדברי הרב המגי"ד פרק י"ג מהלכות מכירה הלכה כ"ד לפיכך אין בו אונאה אבל במום בודאי' חוזר שמסתמא דעתו היה לקנות מקח שלם בלי מום כלל וכמ"ש מר"ן בסימן רל"ב סעיף ז' דכל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום יעו"ש וא"כ בודאי דמום לא נכלל בכלל מחילה וחוזר המקח:

וראיה לזה הוא מדין הקרקעות דקימ"ל דלית בהו אונאה וכמ"ש מר"ן סעיף כ"ט ואפ"ה שייך דינה דמקח טעות כמ"ש בסי' רל"ב ס"ג א"כ גם אני אביא נושא ונותן באמונה הגם דאיתמעט מדין אונאה מדין מים לא איתמעט וחוזר:

גם יש ראיה לזה מהא דכתב הש"ך בסי' רכ"ז ס"ק ט"ז וז"ל ונ"ל לדקדק מהש"ס דפרק הזהב דהנושא ונותן באמונה כשם שאין לו אונאה כך דין ביטול מקח אין בהם מטעם זה דהא בברייתא בש"ס בחדא מחתא מחתינהו נושא ונותן באמונה עם האומר על מנת

שאין לך עלי אונאה ועל שניהם תני אין להם אונאה ובעל מנת שאין לך עלי אונאה אפי' שוה מנה במאתים וכו' למאי דמסיק רבא במפרש גבי מקח אין לו אונאה וכמ"ש בש"ס ובש"ע סכ"א א"כ גם נושא ונותן באמונה כן הוא דעל שניהם יחד אמר בש"ס אין לו דין אונאה כנ"ל עכל"ה וא"כ הואל והש"ך השוה דינים אלו דנו"ן באמונה לדין האומר על מנת שאין לך עלי אונאה לענין שוה מנה במאתים גם אני אביא דודאי גם לענין זה הושוואו וכשם דבאומר על מנת שאין לך עלי אונאה יכול לחזור במום דבאותו דין ליכא לספוקי כלל דהגם דקבל עליו שאינו חוזר באונאה במום לא קבל עליו ובמקח שלם ודאי חפץ דהגע עצמך מי שקנה חפץ שאין בו אונאה כלל האם נאמר הואל ואין בו אונאה אין בו דין דחזרה במום זה לא יתכן דבודאי אפילו במקום שאין אונאה יכול לחזור במום וכמ"ש בס' רל"ב וזה פשוט וא"כ זכינו לדין דכמו באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה דאינו חוזר באונאה וחוזר במום גם נושא ונותן באמונה הגם שאינו חוזר באונאה דטעמו בצדו כמ"ש משם הרב המגיד אפ"ה במום חוזר דמסתמא אדעתא דחפץ שלם נחית ורא"ה לזה דהא במחתא אחת מחתינהו תנא דברייתא נושא ונותן עם האומר ע"מ וכשם דבאומר מ"מ חוזר במום גם נושא ונותן חוזר:

גם יש ראיה מדין חליפין דכתב מר"ן ס"ך דאין בו אונאה אפילו מחט בשריון גדול וכו' דחליפין אתמעט מתורת מקח ואפילו הכי כבר ברור אצלינו דחוזר במום כמ"ש אצלי דכן היא סברת הרדב"ז והרב מח"א ומור"ם גלאנטי והמבי"ט וכנה"ג וכן ראיתי לרב אחרון בספרו וי"ץ ח"ב סקט"ו דפסק כן א"כ מינה יש לדון קו"ח לנדון דידן דנו"ן באמונה דודאי חוזר דבאומרך אפילו בדין חליפין דלא מקרי כלל שם מקח עליה וכמו שמפורש הדבר בב"י בשם תלמידי הרשב"א זלה"ה והביא ג"כ הסמ"ע טעם זה סקל"ה ועכ"ז הרבנים הנז' ס"ל דבמום חוזר מכח דאמידת הדעת היא דהגם דרצונו לקבל שוה מנה במאתים בחליפין עכ"ז לענין מום ודאי רצוני הוא בדבר השלם מן המום וא"כ כ"ש נושא ונותן באמונה דשם מקח עליה ומן הראוי להיות גם דין אונאה בו אלא משום דלא היה מעקרא הקנין על שווי המקח אלא על הדמים שנתן הלוקח בשביל זה אין לו דין אונאה א"כ פשוט וברור הוא דבמום חוזר דשם מקח עליה:

וכן ראיתי להגו"א בס' רכ"ז סקי"א דכתב בפשיטות וז"ל הנו"ן באמונה אין בו אונאה אפילו חסר מהמדה או מהמשקל שלא הזכיר מדה ומשקל בשכירותו רש"ך ח"א קל"ח ודוקא באונאה דמים אבל במים חוזר כ"ך רש"ך עכל"ה וכן ראיתי להרב בני חיי סרכ"ז בהגהות הטור אות ו' שכתב וז"ל הנו"ן באמונה אין לו דין אונאה כתב הרש"ך ח"א סקנ"ו והנכון דזה אינו אלא דוקא באונאת דמים אבל באונאת מדה ומשקל ומניין וכדומה

לעולם יש לי אונאה מהרש"ך ח"א סקל"ח עכ"ל הרי לפניך דגם הרב בני חיי הביא סברת מהרש"ך וכך הסכימה דעתו דעת עליון דנושא ונותן באמונה יש בו דבמום חוזר:
ובדרך אגב שהבאתי דברי הרב גוא"ל ז"ל שהביא דברי מהרש"ך והבאתי דברי הרב בני חיי שהביא גם הוא דברי מהרש"ך קשו בעיני דבשניהם הביאו דברי מהרש"ך סקל"ח ודבריהם מחזו סתראי דהרב גוא"ל הביא דמהרש"ך כתב דנו"ן באמונה אין בו אונאה אפילו חסר מהמדה או מהמשקל שלא הזכיר מדה ומשקל במכירתו וכו' והרב בני חיי כתב בוה"ל והנכון דזה אינו אלא באונאת דמים אבל באונאת מדה ומשקל יש לו אונאה וכו' על זה קשה בעיני היאך שני נביאים אלו הביאו דברי מהרש"ך בסימן אחד שהוא סקל"ח ודבריהם מכחישין זל"ז ואולי אפשר דהרב שם בס' קל"ח פירש דבריו דאם הזכיר מדה ומשקל יש לו אונאה ואם לא הזכיר אין לו אונאה והרב גוא"ל בא והשמיענו דין דאם לא הזכיר שכתב מהרש"ך דאין לו אונאה והרב ב"ח בא והשמיענו בבא דאם הזכיר דכתב מהרש"ך דיש לו אונאה ואלו ואלו דברי אלהים חיים זהו מה שנראה ליישב הואל ואין ספריהם בידי:
תבנא למאי דאתן עלה בנדו"ד שהוא מום גמור שאינו תלוי לא במדה ולא במשקל הרי לפניך דברי הרב גוא"ל ובני חיי כלם שוים לטובה דלדעת מהרש"ך חוזר וכן ראיתי למהריט"ץ ז"ל בסק"ה שכתב כן דנו"ן באמונה דחוזר אפילו אם קנה כסף צרוף ונמצא כסף סיגים א"כ כ"ש מום דלא סליק אדעתא דלוקח ודאי חוזר וא"כ פס גבן לברורי הלוקח זה דגם דנו"ן חוזר: אלא דכאן בנדו"ד הרי שוברו של הלוקח בצדו שהרי המוכר טוען עליו כי בשעת הקנייה התנה עליו דכמו שקנה הוא מהבעלים כך הוא מוכר לו והלכו אצל הסופר וכו' וכמ"ש בשאילה וא"כ אומר אני דבזה בטלה טענת הלוקח הנז' ואי לא מסתפינא הייתי אומר דאפילו לא התנה שום לוקח על חבירו בקניית החמור עכ"ז אין שום לוקח יכול לחזור על המוכר וחילי הוא משום דזה מנהג ידוע דאין שום אחד מוכר איזה בהמה לחבירו ואינו מוליכו אצל הסופר ומחייבו לקונה דלא ליהדר עליה באופן המועיל ואפילו אינם מתנים בשעת הקניין לאחר הקניין מחזיר המוכר אחר הלוקח ומוליכו אצל הסופר ומחייבו ואין הלוקח פוצה פה ומצפצף ואומר דלא קניתי ממך אדעתא דהכי אלא כופף ראשו והולך עמו ובדעתם של לוקחים דהוי כאלו התנו הואל ומנהג המדינה כך הוא ואינם הולכים אצל הסופר אלא משום הכחשה כדי שלא יאמר הלוקח קניתי ממך אדרבא בתנאי שלא היה בו מום וא"כ הואל ומנהג זה ידוע דכך הוא ואינם הולכים אצל הסופר אלא משום הכחשה על זה יש לומר דאפילו לא התנה המוכר על הלוקח תנאי זה היה מועיל משום דהוי דבר הנהוג אפילו לא נכתב

כאלו נכתב דמי ודין זה הוא מ"ש מר"ן בס' רל"ב ס"ו וזל"ה שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא סומך ע"כ אלא דהואל וראיתי בני אדם אינם באים בטענה זו על כן אמרתי לבטל טענת הלוקח זה מצד הדין ולא מצד המנהג:

על כן אענה ואומר דהדין דין אמת שתנאי מוכר זה מועיל מן הדין הגם דכתב מר"ן בס' רל"ב ס"ו וזל"ה שכל הנושא וניתן סתם דאם אמר לו שאיני חוזר עליו במום סתם הרי זה חוזר עד שיפרש לו מום שיש בממכרו וכו' ובכאן לא אמ"ל שיש בו מום פלוני עכ"ז בכאן מהני דהא חמור זה היה מעקרא של לוי וכשלקחו שמעון מוכר זה הוצרך להודות ללוי שחמור זה קבלו עליו עד שיפחת במומו כו"ך באופן המועיל דכתב מר"ן בסרל"ב ס"ז ואח"כ כשבא הלוקח הזה לקנות מידו הפנה עליו ואמ"ל כמו שנתחייבתי אני ללוי כך אתה צריך להתחייב לי דאדעתא דהכי אני מוכר לך וא"כ הוי בפירוש התנו תנאי זה המועיל ואדעתא דהכי נחית וראיה לזה שהרי הלכו אצל הסופר ולא מצאו אותו וא"כ הגם דלא הודה ע"ז בפני עדים אין זה מעכב לבטל התנאי דלא איברו סהדי אלא לשקרי והואל ולוקח זה מודה א"כ תביעתו ודבריו מהבל ימעטו:

ומה גם דבנדו"ד יכול לומר דאפילו לא היה אומר לו כמי שלקחתי כך אני מוכר לך וכו' אלא אפילו אם במציאות אמ"ל ע"מ שתקבל עליך כל מומין סתם דלא מהני תנאי זה עכ"ז בנדו"ד דהחמור מעקר היה של אדם אחר ולקחו ואחר הלוקחין דידיה סמוך ונראה בא זה וקנאו ממנו והתנה עליו הרי אני מתנה עליך כל מום אפילו בסתם מהני דהא הטעם הוא דלא מהני תנאי זה בסתם כתבו הסמ"ע סקט"ו דיכול לומר הלוקח למוכר אפילו התנית עמי לא היה דעתך אלא לאשבוחי דעתי אמרת לי ע"כ וא"כ בנדו"ד שהמוכר האחרון הזה לא ידע בחמור זה כלל דלא שייך טעם זה דהא הלוקח הזה ידע בשמעון זה המוכר דלא ידע בבהמה זו הטובה היא אם רעה ומה שייך השבחה בדבריו אלא ודאי דכוונתו היתה להתנות תנאי גמיר ואינו יכול לחזור זה נלקוצ"ד פשוט:

אחרי כותבי ראיתי להרב גו"ר ארי"ה בסרכ"ז סקי"א ז"ל ומהר"י לבית לוי ספ"ד כתב שאם אמ"ל כמו שקניתיה אני כך אני מוכר לך אין לו אונאה אפילו במום עכ"ל וא"כ כ"ש נדו"ד דבשעת מכר פירש ואמ"ל כמו שקניתי אני מוכר לך דהיינו תנאי שאתה נותן לי בדמיה כו"ך עד שתפחת כו"ך וכו' כמ"ש בס' רל"ב בודאי דאפילו בלי נו"ן באמונה אינו יכול לחזור בו. זהו הנלע"ד בסדר את הדבר הזה תעשה דהאי שהא תרמ"ד לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנב

שאלה במאי דכתב מר"ן בס' רל"א דבדברים שיש בהם חיי נפש אין משתכרים בהם אלא השתות בלבד מהו הדין אם שתית זה מלגיו אי מלבר דאם יהיה מלבר א"כ אם קנה בחמש ימכור בשש ואם מלגיו בעינן שוה שש ימכור בשבע אבל מה שקנה בחמש לא יוכל למוכרו בשש אלא בשש חסר שש מן השש. ונתברר לי הספק דודאי שש מלבר מהא דכתב מר"ן שם סט"ו וז"ל בני מדינה שרצו להוסיף על המדות לא יוסיפו יתר על שתות שאם הקב משל חמש ועשאוהו שש הרשות בידם יותר על שש לא יעשו וכתב הסמ"ע ס"ק כ"ח דיתר על שתות אינם יכולים להוסיף משום פסידא דמוכרים אבל בשש לא חשו הואל ומצינו שהוסיפו שתות בסלע שהיה בעשרים והוסיפו ארבע. ועוד דחמש בשש אין כאן פסידא שהרי נתנו חכמים שעור למוכר להשתכר שתות ואין כאן שום הפסד מן הקרן אלא מן הריוח ע"כ א"כ הרי עדיין יש למוכר הפסד מאי דביני ביני שהרי הוא לא הרויח כי אם שתות מלבר אלא ודאי דשיעור הריוח הוא שתות מלבר וק"ל. ע"ה הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קנג

עמדו לפני לדין תורה אליהו עאטייא תובע לסעדייא אדהאן באמור לו שהחליף לו סוס אחד עם סוס אחר ואחר שלקח הסוס הר' אליהו הנז' ונשתמש בו כמו ח"י נודע לו שהיה בו מום דהיינו חילי הנקרא אדבא"ב ועל זה טען הרא"ל הנז' שהחולי הזה ידוע לכל שמתים בו הבהמות לאחר שנכנס בגופם שש חדשים ועל זה טען כי זה הבהמה שהחליף זה כמו שלשה חדשים מתה מחולי זה ובודאי שהחולי הזה היה בבהמה זו בזמן שהיתה ברשות סעדייא והוי חליפין בטעות וסעדייא הנז' טוען שהוא אינו יודע אם היה חולי זו בבהמה זו מעולם או לא וכל מה שטען עליו אפשר שקר טען ע"כ: תשובה תחילה וראש צריך אני לברר אם יכול אליהו הנז' לחזור מכח מום זה הואל ובהמה זו לא באת לידו בתורת מקח אלא בתורת חליפין הנה מצינו למר"ן הקדוש בש"ע ס' רכ"ז ס"כ כתב דחליפין אין בו אונאה וטעמא הוא דכי תמכרו ממכר כתיב ואין החליפין נקרא ממכר וכמ"ש הרב"י בשם תלמידי הרשב"א וע"ז סיים מר"ן בסיום דבריו דהחליפין אין להם אונאה דאיכא למימר זה רוצה במחט יותר מהשריון וא"כ לכאורה נראה דכמו שאין בחליפין אונאה כך אין דין מקח טעות דטעם זה דכתב מר"ן דזה ניחא ליה במחט יותר משריון יוצדק גם במום דאיכא למימר דאסיק אדעתיה אפילו אם יהיה בו מום עכ"ז ניחא ליה בחליפין:

והגם דאיכא למימר דבנדו"ד לא יוצדק טעם זה דזה חפץ במחט יותר מהשריון דהואל וחליפין זו נעשה לסחורה ולא לתשמיש לזה הרי מצינו להרב בנ"י חי"י שכתב בס' רכ"ז הגה"ט אות ה' וז"ל זה מדת ימים שנסתפקתי אם דין זה דאין אונאה בחליפין נאמר דוקא בכלים דהוי לתשמיש או אפילו היו רוצים לסחורה והכרעתי דמיירי אפילו היו רוצים לסחורה דהטעם שהביא מר"ן בשם תלמידי הרשב"א שאין אונאה לחליפין אלא במכר דממכר כתיב ואח"כ מצאתי למוהרשד"ם חלק חומ"ש ספ"ג שעמד על זה והכריע כמ"ש ועיין במהרש"ך ח"ב סרי"ח ובס' בני שמואל סכ"ב והרדב"ז רס"ט שחולקים עם מהרשד"ם עכ"ל א"כ ספק דידן הרי הוא מחלוקת הפוסקים דדין אונאה בחליפין וא"כ גם אנן בדידן דרצינו לדמות דין מום בחליפין לדין אונאה בחליפין הרי גם נדו"ז נכנס במחלוקת מהרשד"ם ובנ"י חי"י דלדידהו אינו יכול לחזור בחליפין העשוין לסחורה באונאה וא"כ גם במום אינו חוזר אפילו חליפין העשוים לסחורה ולהחולקים יכול לחזור וכו' עכ"פ אנן כסברת בנ"י חי"י ומהרשד"ם נקטינן הואל והר' סעדייא תפוס יכול לומר קי"ל כל זה נראה לכאו' למאי דסליק אדעתין לדמות המום לאונאה:

אלא דראיתי להר' זכו"ל חחמ"ש אות א' שהביא משם הרדב"ז ומשם הרב מח"א והר' לחם שלמה והר' המבי"ט והכנה"ג דכל הני חבל נביאים ס"ל דיש טענת מום וחזרה בחליפין דאפילו אין אונאה בחליפין יש דין החזרת מום בחליפין דמסתמא אדעתא דחפץ שלים החליף עמו וכן ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בספרו ח"ב סקט"ו דפסק כן דבמום חוזר החליפין וכחו הוא מדברי כנה"ג שהביא מדברי הרדב"ז יע"ש וכ"כ הרב הנז' בלקוטיו דיש מום בחליפין והביא ראיה מקרקע וכמש"ל אני בעוניי וכן ראיתי למהר"ם גאלנטי זלה"ה הובאו דבריו בפסק אחד של מהריט"ץ סק"ה א"כ הואל ומצינו להני הרים הגבוהים הסכימה דעתם דעת עליון דמום בחליפין חוזר א"כ מצד דבר זה יש לחייב לסעדייא להחזיר דמי החליפין לאליהו הנז'. אלא יש לנו לפטור סעדייא הנז' מטעמים אחרים חדא דסעדייא טען מעולם לא ידע ממום זה בממכרו ועד היום לא נודע לו אם סוס זה מת או עדיין הוא חי וא"כ אין אליהו נאמן אפילו ע"י שבועה להוציא מאת סעדייא:

ואפילו יביא עדים שמת הסוס שמא מת מחמת חולי אחר שנולד בו אחר שקנה אליהו אלא דלפ"ז נראה שחייב סעדייא לישבע שהיה בו מום זה הואל ואליהו טוען עליו שברור לי שחולי זה היה בסוס זה כמו ששה חדשים ומכחו מת וא"כ הו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם יש לך בידי דפסק הש"ע בס' ע"ה דחייב הסת שאינו יודע והגם שיש להשיב על זה ולומר דשאני נדו"ד להה"א דהאומר מנה לי בידך והלה

אומר איני יודע דשאני התם הואל ואומר לו מנה לי בידך הוי כטוענו ובודאי שאתה יודע שאני נושה בך דהא אמר לו מנה לי בידך דהכוונה לויתי לך וידעת מההלואה ועל ידי זה הואל וטוענו ברי שהוא יודע שנושה בי לכך משביעו הסת אבל בנדו"ד שאין טוען שסעדייא יודע בברור שהיה בו מום א"כ הוי כטענת ספק דקי"ל כל טענת ספק אין משביעין עליה ובחלוק זה נסתלקה תמיהת הש"ך שתמה על הסמ"ע בס' רל"ב סקי"ג וכמ"ש אצלי במקומו וא"כ ע"פ חלוק זה נימא דאין על סעדייא חיוב שבועה:

אלא דראיתי למור"ם בס' רכ"ד ס"א דכתב וז"ל ואם אינו מביא ראייה ישבע המוכר שלא ידע במום זה ופטור והגם שהוא ספק אם המוכר יודע והוי טענת ספק עכ"ז נשבע המוכר וראיתי להרב רמש"א שהקשה על דברי מור"ם אלו מה דקי"ל אין נשבעין על טענת ספק ותרץ דכיון דמת החמור שאני כיון שבעל הפרה יוצא נקי עכ"ל ואין לו כלום לא חמור ולא פרה עי"כ נשבע בעל החמור אפילו מספק א"כ בנדו"ד ג"כ אפילו הוא טוען עליו טענת ספק הואל ואליהו זה יוצא נקי מנכסיו א"כ צריך הר"ם לישבע ופשוט:

גם מצינו להרב כנה"ג שהביא דברי הפוסקים שכתבו דמי שמצא מום במקח ובא להחזירו צריך לישבע שלא ידע במום זה והקשה דהא טענת המוכר על הלוקח דצריך לישבע במום זה היא ט"ס ואין נשבעים עליה ועל זה תרץ דהואל ולא הוה מוטל על המוכר לידע אם הלוקח ידע אם יש בו מום או לא ע"ז צריך הלוקח לישבע ע"כ תרוצו של הכנה"ג וכן ראיתי לרב אחרון כמוהריב"ו זלה"ה ח"ב סקט"ו שכך הסכימה דעתו דעת עליון וא"כ דון מינה ואוקי באתרין דהואל וגם אליהו זה לא הו"ל לידע אם סעדייה ידע במים זה או לא הגם שהיא ט"ס צריך סעדייא לישבע ונדו"ד היא ממש דינא דמור"ם סי' רכ"ד ס"א דוק הטוב:

אלא דעכ"ז נ"ל ברור דפטור סעדייה אפילו משבועה דהא סעדייה הנז' לא נתברר לו אם בהמה זו מתה מחמת חילי זה או מחמת חולי אחר א"כ הדר דיניה דסעדייא למהוי פטור משבועה זאת דהא אפילו יודה שהיה בה מום זה איכא למימר דלא מתה מחמת זה אלא מתה מחמת מלאכה או חולי אחר וכדומה וא"כ שבועה זו מה טיבה דהא מצינו למר"ן ספ"ז סכ"ה פסק כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם הודה לא יתחייב ממון אע"פ שכפר אין מחייבין אותו הסת יעו"ש:

ומה גם אפילו אם יודה שבהמה זו מחמת חולי זה מתה כבר כתבנו משם כנה"ג והביאו הרב זכו"ל ח"ב אית א' דכל הבא לחזור מדין מום צריך לישבע שלא ידע במום זה ומחל או שלא ידע באונאתו ומחל יע"ש וכתבנו שכן פסק הרב מוהריב"ו זלה"ה וא"כ יצא לנו הדין אפילו אם יודה סעדייא שבהמה זו מחמת חולי זה מתה אין מתחייב אלא אחר

שישבע אליהו שלא ידע ומחל השתא דכפר סעדייא הנז' הדר דינו לפסק הש"ע דפסק כל תביעה שאין מתחייב עליה ממון בהודאתה אין מתחייב שבועה על כפירתה דהא אפילו יודה אינו מתחייב ממון ע"פ הודאתו לבד אלא לאחר שישבע אליהו הנז' שלא ידע במום ומחל דהא כעין זה ממש נחלקו בו הסמ"ע והש"ך בריש ס' צ"א דלהסמ"ע ס"ל דאין זה בכלל כל שבועה שאין מתחייב עליה ממון בהודאתה הואל ואם יודה בעה"ב מתחייב ממון אחר שבועת החנוני והש"ך ס"ל דגם זה בכלל שבועה שאין מתחייב ממון בהודאתה הואל ואינו מתחייב בהודאתו תכף אלא אחר שבועת החנוני יע"ש בסמ"ע סק"ב ובש"ך סק"ב ומה שפירשו שם בדינא דמר"ן ס"ז יע"ש א"כ הואל ודין זה נכנס במחלוקת הסמ"ע והש"ך סעדייה יכול לומר קי"ל כהש"ך ואפילו לא טען איהו אנן טענינן ליה הואל והוא מוחזק וכמ"ש הרב מוהריב"ו בלקוטיו אות ק' וז"ל פשטה הוראה בכל בתי דינין לדון למוחזק בטענת קי"ל אפילו היכא דלא טען איהו יע"ש שהביא דבר זה משם מהר"י מאיו זלה"ה בעל שפ"ת הי"ם משם כמה פוסקים:

ומה גם דעדיפא מכל הני הרי מצינו בכאן דמעיקרא הגריע כחו בטענתו שטען שמעון דזה שלשה חדשים שקנה סוס זה ואחר עבור שמנה ימים נודע לו מום זה א"כ הרי גילה דעתו שידע במום זה ומחל בו שהרי נשתמש בו יותר משני חדשים אחר ידיעת המום והוי מחילה וכמ"ש הש"ע סרל"ב ס"ג יעו"ש ואין זה צריך לפנים. זהו הנלע"ד בסדר את האור כי טוב כאן שנה תרמ"ד לפ"ק וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קנד

עמדו לדח"ש אברהם אלקאיים תובע למאיר אצראף על אודות העורות שקנה ממנו זה כמו ארבעה ימים והיום כשבא אברהם למוכרם מצא שאינם שוים כי אם לערך שלשה חלקים במעות שנתן בהם ואברהם הנז' כבר פרע למאיר הנז' סך מה מהדמים ולא נשאר נושה בו כי אם מקצת מהדמים ובאותו שעה של הפירעון המחהו מאיר הנז' לאברהם הנז' לפרוע מה שנשאר בידי ביד עזוז אחיו של מאיר כדי לעשות לו בהם איזה חפץ זהו אופן המעשה והן היום תבע אברהם הנז' למאיר לנכות לו הסך שעדיין נושה בו כי עדיין לא פרע ביד אחיו וגם להחזיר תשלום מה שאנהו ע"כ:

תשובה הנה ידוע דרבותינו נתנו שעור לתביעת האונאה הוא בכדי שיראם לתגר או לקרובו וכמ"ש בס' רכ"ז ס"ו וכתב בסק"ט דאין חלוק בין אונאה לבטול מקח דשעור אחד להם וא"כ מן הראוי גם כאן הואל ועברו מיום הקנייה עד התביעה זמן גדול ודאי

דאין עליו אשמת דבר ופטור מאיר הנז' אלא דראיתי להש"ך שם סק"ו שדקדק מלשון מר"ן שכתב דאחר ששהה כדי שיראה לתגר או לקרובו שוב אינו יכול לתבוע אונאתו ודקדק הש"ך וז"ל משמע שכבר נתן המעות וכ"כ בהגהות אשר"י דאם לא נתן המעות עדיין מיגו דיכול לומר נתתי יכול לומר לא נתרציתי וצ"ע עכ"ל והגם שהש"ך הניח בצ"ע הרי מצאתי בהדייא להרב זכו"ל חח"מ ח"ב אות א' שכתב וז"ל ראיתי להש"ך שהניח דין זה שאמרנו בצ"ע אמנם הכנה"ג שם הגה"ט אות י"ג כתב דין זה בפשיטות משם הגהות אשר"י שהביא כן משם רבינו ברוך והביאו מהר"י רוקאנטי ס' שפ"ד יעו"ש וכיון שכן ממילא הלוקח שהמעות בידו פשיטא דנאמן לומר לא נתרציתי עכל"ה א"כ הרי לפניך דדין זה שהמעות עדיין ביד הלוקח הוא בר סמכא הוא וא"כ גם כאן נימא הואל ועדיין בידו הסך שעדיין נושה בו יכול לומר דלא נתרציתי למחול באונאתי נגד השעור שאתה עדיין נושה בי במיגו דפרעתי והגם דלמה שנתן כבר אינו יכול לישבע ולהוציא לגבי מה שעדיין בידו מיהא יכול הוא לעכב ולומר לא מחלתי באונאת הדמים שעדיין בידי והגם שכבר המחהו מאיר לאברהם הנז' לפרוע מה שנשאר בידו ביד עזוז אחיו במ"ג אפילו הכי אין לנו לומר דהוי כאלו פרעו הואל ונסתלק מאיר המוכר וחזר דינו לפרוע ביד עזוז: זה אינו דהמחאה זו הגם דהיתה במ"ג עכ"ז לא נשתעבד אברהם הנז' לעזוז לפרוע בידו בע"כ מתרי טעמי חדא דהא אברהם יכול לומר עיינתי בחשבוני ולא היה לו אצלי כלום וטעיתי במה שהודיתי וכמ"ש מר"ן בס' קכ"ו סי"ג וא"כ גם כאן הואל ומבורר הדבר דיש לו אונאה בעדים ודאי דלא נשתעבד ומה גם דנוסף עוד שהמחאה זו לא היתה בפני עדים וכמו שסיים מר"ן ואפילו לדעת יש מי שאומר דאינו יכול לומר טעיתי במיגו דפרעתי מכח חזקה כמ"ש שם בכאן יודה דהא עבדי אינשי דטעו וקונים שוה חמש בשש ובשבע וא"כ מטעם זה לא נשתעבד אברהם הנז' בהאי מ"ג והוי כאלו מעותיו בידו ויכול לעכבם. ועוד בה טעם אחר דמעקרא היה מעמד שלשתן לא נשתעבד אברהם הנז' דהא עזוז הנז' לא היה נושה במאיר הנז' שום חוב כלל אלא המחהו לקחת המעות מיד אברהם הנז' כדי לקנות לו בהם איזה דבר א"כ לא קנה עזוז הנז' וכמ"ש הש"ך בס' קכ"ו סק"ו בשם מהר"ם אלשקר זלה"ה דדוקא אם המחהו לתתם לפלוני בעד חובו שנושה בו אבל אם המחהו לחתם לו לקנות איזה דבר לא קנה במעמד שלשתן ויהיב טעמא שם יעו"ש וא"כ גם כאן הואל ואיתנהו להני טעמי חדא דבטעות המחהו ויכול לומר עיינתי בחשבוני כמ"ש. שנית דעזוז לא היה נושה במאיר יכול אברהם לעכב המעות בידו מצד אונאתו:

אלא דראיתי להרב משח"א דרבות"א זלה"ה בנמוקיו סרכ"ז שכתב על האי דינא דכתב הש"ך שאם עדיין בידו יכול לעכבם כתב הוא ז"ל וז"ל כתב הש"ך בשם הג"א דאם עדיין לא נתן המעות וכו' ונראה פשוט דהיינו דוקא בשעור אונאה דהמקח קיים ומחזיר האונאה דהא מצי למימר לא נתרציתי אבל כשהיה בטול מקח לא מצי למימר לא נתרציתי דא"כ הו"ל להחזיר המקח בכללותו שהרי המקח בטל ויאמר לו המוכר לא אחזור לך ונתבטל המקח או יקבל המקח כמות שהוא ולאו כל כמיניה לקיים המקח ולפרוע דמי שוויו בלבד ולאו ברצונו תלייא מילתא וא"כ כיון ששתק וקיים המקח חייב הוא לפרוע דמיו בערך שלקחו ממנו וברור ע"כ א"כ הרי יש חלוק בדין זה בין שעור אונאה לבטול מקח וממנו יוצא לנדו"ד שנתאנה ביותר משתות דהוי בטול מקח ודאי דאינו יכול לחזור כלל ולגבות אפילו מה שעדיין בידו וקם דינא דחייב אברהם הנז' לפרוע למאיר הנז' ואין אומר ואין דברים וצוי"ם וימ"ן כ"ח אדר תרמ"ה לפ"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנה

ראובן קנה ברמיל של מים שרופים מאת שמעון בסך שבעה עשר דורוס בהקפה זה כמשלש חדשים והן היום תבע שמעון לראובן לפרוע לו הסך הנז' וראובן הלוקח טוען שלא יפרע לו כי אם שלשה עשר דורוס לפי שידוע לכל הסוחרים שהאלברמיל של מים שרופים כמו זה האלברמיל שקנה ממנו ידוע שיש בהם מאה וארבעים ליטרות והוא לא מצא כי אם מאה דוקא ולפ"ז אינו מחויב לפרוע לו כי אם שלשה עשר דורוס דוקא מ"מ תשלום המאה לערך שבעה עשר למאה וארבעים ע"כ והר' שמעון המוכר טוען שאינו חייב לו כלום שהרי בשעת המקח התנה עמו ואמ"ל הרי יש כמה בראמיל מונחים לפניך ואתה תבחר ותקרב מהם אשר תרצה ואם מחר או מחרתו תבוא לומר שמצאת אותו חסר מן השעור הראוי להיות בו הרני מתנה עליך שאין לך דו"ד עלי כלל: עוד טען שמעון המוכר שזה כמשלוש חדשים מזמן המכר וכבר חלף הלך זמן האונאה והבטול מקח. עוד טען שמעון שמה שאומר ראובן הלוקח שמצא מספר הברמיל חסר אפשר שקר ענה לפי שראובן הלוקח לא מדד האלברמיל בשעה שלקחו אלא הניח האלברמיל בביתו לפני אמו ואחיו ובכל יום מוציא ממנו מעט מעט ולא נודע החסרון אלא אחר עבור שלש חדשים ולפי זה טענה זו הבל ואין בה מועיל דיכול להיות אמו ואחיו גנבו ממנו ואין אני מאמינם אפילו בשבועה ע"כ:

תשובה נראה שמה שטען ראובן הלוקח הדין עמו ואינו מחויב לשלם לו אלא לערך המאה שמצא מהא דכתב הטו"ר ופסקו מר"ן בסי' ר"ט ס"א וז"ל המקנה לחבירו דבר שאינו מסוים אם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ידוע הרי זה קנה כיצד ערימה של חטים אני מוכר לך בכו"ך אע"פ שאין מדת הערימה ידוע ה"ז ממכרו קיים אע"פ שנמצא חסר או יותר על האומד שהיה בדעתם ויש להם אונאה לפי שער שבשוק הרי מדברי מר"ן אלו מוכח דאפילו במקום שמצאו האומד שהיה בדעתם אעפ"כ יכול לחזור הלוקח על המוכר בדין אונאה מכ"ש היכא שנמצא פחות משעור האומד הרי אפילו אי חשבינן לזה הברמיל דבר שאינו מסוים חייב להחזיר האונאה:

ודמי זה ג"כ למ"ש מר"ן בחומ"ש רכ"ז סי"ט ז"ל הלוקח פירות אכסרה בסלע או בשתים קנה ומחזיר אונאה ע"כ הרי גם מכאן מוכח דאפילו חשבינן לזה הברמיל כפירות אכסרה אעפ"כ יש ללוקח זה דין אונאה והגם שכתב מור"ם שם וי"ח ואומרים דספיקא הוי ואין מוציאין הרי כתב הסמ"ע שם סקל"ד דדברי מור"ם לא קאי אלא אאם חפן מעות דהוי דרך חליפין ולא אחפן פירות דהוי דרך מו"מ א"כ הרי אפילו מור"ם מודה בנדו"ז דיש ללוקח דין אונאה:

ואדרבא נדו"ז עדיף מדבר שאינו מסוים דסר"ט ומפירות אכסרה דסי' רכ"ז דנדו"ד דבר מסויים יתקרי שהרי דברי המוכר ודברי הלוקח מוסכמים בין שניהם שהאלברמיל יש לו שעור ידוע אלא שטענת המוכר הוא מכח שהתנה בשעת המכר ואמר לו שהן ימצא האלברמיל חסר או יותר אין לו עליו דו"ד ועל ידי כן איכא למימר כאן דאפילו לא נתאנה אלא בפחות משתות אפילו הכי חייב לחזור לו אונאה דדין זה דמי ממש למ"ש מר"ן בחומ"ש סרי"ח ס"ח וז"ל האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך בין חסר בין יותר אם פחת מהמדה אחד מכ"ד שהוא רובע לכל סאה הגיעו יותר על כן יחשוב עמו על כל הרבעים שחסרו או הותירו וכל שפיחת מבית כור ינכה לו מהדמים ע"כ הרי בנדו"ד שאמר המוכר ללוקח שברמיל זה שאני מוכר לך בין אם תמצאהו חסר או יותר הוי ממש כדין בית כור וממילא אפילו אם לא היתה האונאה אלא בחלק מכ"ד שהוא פחות משתות יכול הלוקח לתבוע אונאתו ובנדו"ד אפילו חלק מכ"ד בעצמו יכול לתבוע אותו הלוקח הואל ומצא חסרון גדול יותר מחלק מכר ומצינו לרבינו הטו"ר בס' רי"ח ס"ח דאם נמצא החסרון יותר מחלק מכ"ד אפילו חלק כ"ד עצמו חייב לשלם המוכר ללוקח והביא דבריו הסמ"ע שם בס' רכ"ז סק"ל וז"ל אפילו הרבעים עצמם ינכה לי או ישלם לו דכיון שבא לכלל חזרה במה שהוא הפחות או היותר ביותר מהרבעים דודאי לא ניתן למחילה צריך לשלם אפילו הרבעים עצמם וכמ"ש בס' רכ"ט ע"כ א"כ הרי הדבר

מפורש בדין זה שהוא לכ"ע דבר המדוד בין לדברי המוכר בין לדברי הלוקח דדינו הוא כמו מוכר דבר שבמדה ושבמשקל ר"ס רל"ב ס"א אלא דכאן הואל והתנה המוכר על הלוקח דאפילו ימצא בו חסרון ודאי הוי ממש דינו כדין בית כור עפר בין חסר בין יתר דכל שהוא חסר או יתר חלק מכ"ד הוא דאינו יכול לחזור והוי מחילה יתר על כן חייב להחזיר הכל אפילו חלק כ"ד עצמו. ואין לחלק ולומר דדוקא לענין מכירת בית כור הוא דנתנו חכמים שעור זה אבל לענין מכירת ד"א לא:

זה אינו שהרי מצינו להרב הסמ"ע בס' רי"ח סק"ז שהקשה על ההיא דכתב מר"ן האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל אפילו פחות כל שהוא ינכה לו מהדמים ע"כ וכתב הוא ז"ל אבל אם אמ"ל בית כור עפר סתם ואינו עומד על גב המקח בטל אפילו פחת קב לכור וע"ז הוקשה לו מההיא דסרל"ב דהמוכר לחבירו דבר שבמדה ושבמשקל כגון מאה אגוזים ונמצא צ"ט וכו' דקנה ומשלם לו האונאה וא"כ הוק"ל למה בכאן אמרינן שהמקח בטל לגמרי והוצרך לתרץ דכאן הוי כמי שהטעהו וכו' והתם הוי כדין מדה בחבל יע"ש בדב"ק:

א"כ הרי לפניך שהסמ"ע משוה דין בית כור לדין פירות דסי' רל"ב ש"מ דדין אחד להם ואף אני אביא דודאי גם לענין זה שוים נינהי והגם שיש לחלק בדינים אלו שכתבנו לנדו"ד דאיכא למימר דמ"ש מר"ן בס' ר"ט ס"א בדין דבר שאינו מסוים דוקא היכא דקנה ממנו בסתם ולא התנה עליו שאין לו עליו דין אונאה וכן ההיא דס' רי"ח ס"ב דבית כור עפר וכו' הגם שאמר לו בין חסר בין יתר הרי פירש דאמרינן כוונתו לומר בין חסר חלק מכ"ד בין יתר חלק מכ"ד אבל על יותר מחלק כ"ד לא התנה ולפיכך חוזרים זע"ז:

אבל בנדו"ד שהתנה עליו בפירוש המוכר על הלוקח וא"ל שאין לו עליו דו"ד כלל וכוונתו היא שאין לו עליו אונאה כלל א"כ איכא למימר דמהני תנאיה ואפילו אם ימצא בו חסרון גדול א"ץ להחזיר לו דמי אונאתו כלל כמ"ש מר"ן בס' רכ"ז סכ"א דאם פירש המוכר ללוקח ואמר לו חפץ זה שאני נותן לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה על מנת שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה ע"כ א"כ גם בנדו"ז שהתנה שמעון על ראובן שאין לו עליו דו"ד נימא דמהני:

אבל כד דייקת שפיר תראה. שרב המרחק ביניהם דמ"ש מר"ן חפץ זה אני מוכר לך וכו' הוא מטעם דמראה לו האונאה בדקדוק וכמ"ש מר"ן אח"כ סימן כ"ב דצריך לפרש לו האונאה בדקדוק או קרוב לה וכן פירשה הסמ"ע בסקט"ל כדין זה דסק"א וז"ל דהואל ואומר אינו שוה אלא מאה ידע ומחיל אבל אם אינו אומר לו האונאה בדקדוק לא סמכא דעתיה הלוקח וסבר הלוקח דלאשבוחי דעתיה מכווין ולא מחיל אבל נדו"ד דלא פירש

לו האונאה בדקדוק ודאי דלא מהני תנאיה ממ"ש מר"ן סרכ"ז בתחילת סכ"א וז"ל דאומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה בד"א בסתם שאין יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחול וא"כ פשוט הוא דתנאי זה שהתנה לא מעלה ולא מוריד הואל והוא בסתם וכן מפורש ג"כ בסרל"ב ס"ז דצריך לפרש האונאה בדקדוק:

איך שיהיה מכל האמור נקטינן שמה שטען המוכר על הלוקח שכך התנה עמו שאין לו עליו דו"ד כלל דבריו מהבל ימעטו חדא דהא לא קאמר ליה האונאה בדקדוק ובודאי לא סמכא דעתיה דלוקח דאמרינן דלאשבוחי דעתיה מכווין שנית אפילו אי הוה אמרינן דהאומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה בסתם מהני כאן בנדו"ד לא מהני הואל ולא אמר לו שהוא חסר בודאי כמו מי שאומר ע"מ שאין לך אונאה דהתם מיהא אפילו לא אמ"ל האונאה בדקדוק עכ"פ אמ"ל שיש ודאי אונאה אבל בנדו"ד לא אמר לו ודאי שיש חסרון אלא בדרך אפשר כמ"ש אפילו אם תמצא בו חסרון אין לך עלי אונאה וכו' דמשמע דכל דבריו הם בדרך אפשר ואפילו אם המוכר הזה אמר מעקרא אם תמצא בו כי אם מאה דוקא ולבסוף לא נמצא בו כי אם מאה אפילו הכי לא מקרי מפרש האונאה בדקדוק הואל ואמרה בדרך אפשר וכל שהוא בדרך אפשר אמרינן ביה דלאשבוחי דעתיה דלוקח קמכווין דהא מר"ן בס' רכ"ז סכ"א נקט בלישניה עד שיאמר ליה יודע אני שאינו שוה אלא מנה משמע עד שיהיה יודע בודאי כמה אונאה יש בו הלאו הכי אמרינן דלאשבוחי דעתיה מתכוין וכן מוכח מכמה סעיפים:

ועל מה שטען המוכר שאפילו בלי תנאי אין לו עליו דו"ד כי מידיו של הלוקח היתה זאת שהרי בשעת המקח פירש ואמ"ל הרי האלברמיל לפניך ואתה תבחר ותקרב אשר תרצה ומזלו הגרוע של הלוקח גרם לו שיעלה בחלקו ברמיל גרוע:

גם זה הבל ובטענה זו הוסיף המוכר לגרוע כחו דבטענה זו שאמר ללוקח תקח ברמיל אשר תרצה נמצא דיש בהאלברמיל מלאים ורקנים ונמצא זה הלוקח כאלו קנה דרך אסמכתא אולי יעלה בחלקו מי שהוא שלים או מי שהוא גרוע וקנין כזו איכא למ"ד דאפילו לגבי קנייה לא קנה מכ"ש להחזיר לי דמי אונאתו הואל ודמי המקח בידו של הלוקח בודאי דיכול לגבות לו דמי אונאתו אלבא דכ"ע דדבר זה דומה למ"ש מר"ן בס' ר"ט ס"ב וזל"ה דאומר לחבירו כל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך בכו"ך ורצה הלוקח ומשך לא קנה דלא סמכא דעתיה דלוקח שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן או זהב ואין זה אלא כמשחק בקובייא וכן כל כיוצא בזה ע"כ וכתב הסמ"ע סק"ב דמר"ן אזיל לסברת הרמב"ם דסבר משחק בקובייא אינו אלא אסמכתא ויש בו משום גזל הרי שהסמ"ע ס"ל דמר"ן פסיק ותני דכל שהוא משחק בקובייא לא קנה ואם הוא דרך מו"מ אפילו רבינו

הטור ומור"ם מודו דלא קנה וכמו שסיים שם הסמ"ע בסק"ב וא"כ בנדו"ד ג"כ הואל ואינו יודע זה הלוקח אם יעלה בחלקו ברמיל שלם או חסר ודאי דאינו אלא כמשחק בקובייא ומקח אסמכתא הוא דוגמת כל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך הגם דהתם לא היה יודע הלוקח מה שיש בתיבה אם תבן אם זהב לעד"ן דגם בנדו"ד הואל ואינו יודע כמה יש בברמיל זה וכמה יש בברמיל זה אפילו הוא יודע מהו המין שיש בהאלברמיל דהיינו מים שרופים אפילו הכי הואל והמוכר יודע כמה יש בהאלברמיל והלוקח לא ידע ודאי דדרך אסמכתא הוא ואפילו מאן דס"ל דמשחק בקובייא קנה אפילו הכי בכאן שהוא דרך מו"מ והמוכר ידע והלוקח לא ודאי דלא קנה דטעם אחר יש לנדו"ד כמו כל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך דהתם טעמו הוא משים שהמוכר ידע והלוקח לא ידע כך בנדו"ד שהמוכר ידע והלוקח לא ידע ודאי דלא קנה וכמ"ש חלוק זה רבינו הסמ"ע סר"ט סק"ב:

ואל תשיבני מפירות אכסרה וממקנה לחבירו דבר שאינו ידוע שאע"פ שאין משקלו ידוע דהדין הוא שנקנה המקח ומחזיר אונאה וא"כ גם כאן בנדו"ד הואל ומינו ידוע אע"פ שמדתו אינה ידועה איכא למימר דקנה. אם מפני זה אין סתירה לדברינו ואיכא למימר דכ"ע סברי בנדו"ז דלא קנה דשאני התם בפירות אכסרה ומקנה לחבירו דבר שמינו ידוע דס' ר"ט משום שהמקח גלוי ומפורסם לפני הלוקח וכמו שסיים מר"ן בס' ר"ט ואמר כיצד ערימה של חטים אני מוכר לך שערימה מונחת לפניו וכן ההיא דפירות אכסרה משום שהפירות ג"כ מונחים וגלוים לפניו אבל כאן שהמקח בתוך האלברמיל נעלם ומכוסה מעיניו ודאי דדינו הוא כדין משחק בקובייא ממש ואיכא למימר דלא קנה הואל והוא דרך מקח והאי ידע והאי לא ידע. וחלוק זה שכתבתי דבדבר שמינו ידוע יש חלוק בין אם הוא גלוי לבין אם הוא נעלם ומכוסה למדתי אותו מדברי רבני פאס יע"א הראשונים שהובאו דבריהם בס' כר"ח ס' קפ"ז שכתבו שהמוכר סקלי ושרפו ולא הוציא ממנו לשליש ולרביע דאין בו אונאה וסמכו דבריהם על דברי הרדב"ז דסבר בכעין זה דאינו אלא כמשחק בקובייא וקנה כסברת הרבה פוסקים וסיימו דבריהם וזל"ה והרב מהרש"ך ח"ג סי' ס"ב כתב דהמוכר לכנא"ס ולכוז"א דיש בהם אונאה והביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם פ"ג מהל' מכירה וז"ל הלוקח בדמים אכסרה והביאו מר"ן ג"כ בס' ר"ט ואחר המחילה אי לא מסתפינא ממעכ"ת אמינא דלא דמי נדו"ז כלל להנהו שכתב הרמב"ם דשאני התם כיון שהם דברים הנראים אל העין ויכול האדם לעמוד עליהם באומד הדעת לפי שהוא מעורב כסף ונחושת וכיוצא ואין אחד מהם יודע גמר ומקנה אהדדי היתרון והפחת שבו ודמייה ממש למשחק בקוביא דכיון דאין אחד מהם יודע

גמר ומקנה אהדדי וכמ"ש הסמ"ע בס' ר"ט סק"ב וסיימו דבריהם וכתב וכ"ך מוהרר"י נהוץ זלה"ה שהוא שאל את האומנים ואמרו לו שאי אפשר לעמוד על שיעורה של האלכנא"ס והאלכוז"א וא"כ לא דמי להמוכר פירות וכו' וא"כ אדעתא דהכי מכר המוכר וקנה הקינה וידעי ומחלי זל"ז וסיימו בדבריהם ומעתה אין אנו צריכים למ"ש הטו"ז סרכ"ז סי"ט דלפי מ"ש אתי שפיר ע"כ דבריהם הצריך של הרבנים בקצור והרוצה לעמוד על דבריהם ילך אל הכרם ולא כתבתי זה אלא מפני שהספר הנז' אינו מצוי ביד כל אדם:
הרי מדברי הרבנים האלו מוכח דכל דבר הסמוי מן העין אפילו מינו ידוע לא הוי אלא כמשחק בקובייא והגם שמדברי מהרש"ך האמורים נראה דכל דבר שמינו ידוע אפילו הכי לא הוי דרך אסמכתא דהא כתב קנה ומחזיר אונאה ודין האלכוז"א והאלכנא"ס שהם מינם ידוע ומכוסה אפילו הכי אין ממנו סתירה לנדו"ד דאיכא למימר בנדו"ד גם מהרש"ך יודה דשאני התם האלכוזא וכו' הגם שהוא טמון הכסף בתוך העפר עכ"ז הרי העפר מגולה נגד עיניו ויכול האדם לשער כמה כסף יצא מן העפר וכמו שנראה מדבריהם של הרבנים הנז' לעיל שכתבו ששאלו לאומנים ואמרו שאין אדם יכול לעמוד על שעורם הרי מדבריהם מוכח שהדבר מסופק אם אדם יכול לעמוד על שעורם ולא נתברר להם הספק אלא ע"י האומנים וא"כ איכא למימר דמהרש"ך ס"ל דכל שעפר האלכוז"א והאלכנא"ס הם לנגד עיניו יכול האדם לשער כמה כסף יצא מן העפר ועי"כ קנה ומחזיר אונאה לא כן בנדו"ד שהמים שרופים נעלמים ומכוסים מעיני הלוקח גם מהרש"ך יודה דלא קנה דהוי דינו כמו כל מה שיש בתיבה אני מוכר לך וכמש"ל:
ומה גם אפילו נימא מהרש"ך פליג וס"ל דאין חלוק בין דבר שהוא נעלם לדבר שהוא נסתר אנו אין לנו אלא דברי הרבנים העליונים רבני פאם שבעקבותיהם אנחנו הולכים וכחלוקייהו נקטינן איך שיהיה מסקנת הדבר הוא כל דבר נעלם אפילו אינו ידוע משחק בקוביא יתקרי והרי כתבנו משם הסמ"ע דמשחק בקוביא אית ליה להרמב"ם דלא קנה ואפילו מאן דס"ל דמשחק בקוביא קנה בכאן שהוא דרך מו"מ וכו' מודי דלא קנה וכמ"ש הסמ"ע בס' ר"ט סק"ב יעו"ש:
ואפילו לדעת הש"ך בס' ר"ט סק"ב דס"ל פירוש דברי מר"ן הפך מדברי הסמ"ע שבסק"ב ומדברי הש"ך משמע דמשחק בקוביא קנה אלבא דהרמב"ם הרי גם הרב הנז' מחלק דמשחק בקוביא הוא דרך שחוק לדרך משחק שהוא דרך מו"מ וממילא נדו"ד שהוא דרך מו"מ בין לדברי הסמ"ע בין לדברי הש"ך אית ליהו שאפילו מור"ם דס"ל דמשחק בקוביא קנה בכאן מודה דלא קנה: והגם שרבני פאם כתבו דכל דבר שהוא נעלם ומכוסה כגון האלכוז"א והאלכנא"ס דדינו הוא כמשחק בקובייא וקנה וא"כ הם הפך

דברינו שכתבנו דכל דבר שהוא נעלם ומכוסה מעיני הלוקח שמר"ן אזיל ומודה דלא קנה כמ"ש כל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך דלא קנה אין זו קושייא כלל דהנה צריך אתה לדעת כיצד פסק הרבנים דקנה ואינו מחזיר אונאה בדין האלכוז"א והאלכנא"ס והרי בין לדברי הסמ"ע בין לדברי הש"ך כולהו ס"ל דאפילו מאן דס"ל דמשחק בקובייא קנה אם הוא דרך מו"מ לא קנה וא"כ דברי הרבנים הן הפך דברי הסמ"ע והש"ך אלא דצריכים אנחנו לומר שהרבנים הנז' תפסו החבל משני ראשים דהיינו סברי דמר"ן ס"ל דמשחק בקובייא קנה וכפירוש הש"ך בדברי מר"ן אבל אית להו חלוקו של הסמ"ע דיש חלוק בין משחק בקובייא למו"מ כמ"ש הסמ"ע דאפילו מור"ם דס"ל דמשחק בקובייא דקנה במו"מ דהמוכר ידע כמו כל מה שיש בתיבה זו אני מוכר לך הואל והלוקח לא ידע לא קנה וכמ"ש בדבריהם בסוף הדחייה שדחו דברי מהרש"ך סיימו דבריהם דנדון האלכוז"א דמי ממש למשחק בקובייא דכיון דאין שום אחד מהם יודע גמרי ומקני אהדדי כמ"ש הסמ"ע סר"ט סק"ב יע"ש עכ"ל הרי מדבריהם מפורש דסברתם היא הגם שיש ליהו דמר"ן ס"ל המשחק בקובייא קנה לענין חלוק זה ס"ל כחלוקו של הסמ"ע וא"כ מה טוב ומה נעים פסק הרבנים שפסקו בדין לכוז"א דקנה ואינו מחזיר אונאה הואל וטעמא הוא מפני שהאלכוז"א בין המוכר בין הלוקח בשניהם לא ידעו וגמרי ומקנו אהדדי כדין משחק בקובייא ממש וא"כ בנדו"ד בזה הברמיל דאיכא למימר שהמוכר ידע יודע סחורותיו ובפרט שכן גילה דעתו ואמר לו הרי האלבארמילים לפניך תבחר ותקרב זה גלוי מילתא דמידע ידע שיש לו בארמיליס חסרים א"כ ודאי דהרבנים הנז' יסברו הואל והדבר נעלם ומכוסה והמוכר ידע והלוקח לא ידע ודאי מודו דלא קנה:

איך שיהיה נמצינו למדין דע"פ טענה זו של המוכר אפילו לגבי הקנייה לא נקנה האלברמיל כ"ש שמחויב להחזיר לי אונאתו ואין לומר הואל והיה יכול לבטל המקח מעיקרא ולא בטלו א"כ איכא למימר סבר וקבל ומחל על אונאתו וכמ"ש מר"ן בדין מקח טעות בס' רל"ב ס"ג וז"ל אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר ועדיפא מזה כתב הסמ"ע סק"י וז"ל והוא הדין דבר שהלוקח יכול להבחינו לאלתר ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר ע"כ א"כ איכא למימר קו"ח הוא לנדו"ד שהתנה עליו המוכר ואמ"ל הן חסר הן יתיר אני מוכר לך א"כ הו"ל למדוד אותו לאלתר ומדלא מדד אותו איכא למימר שמחל זה אינו שהרי אין דרך הקונים להוציא המים שרופים מהאלברמיל בבת אחת כי אם מעט מעט לעת הצורך מתרי טעמי חדא מפני שאין דרכי של הסוחר להיות לו כלים מרובים לערות בהם הכל. שנית שלא יפוג טעמם ויהיה נחלש כחם ע"י ערוי א"כ אין לך אונס יותר מזה וא"כ מה בידו

לעשות וא"כ הואל וכבר נמכרו המים שרופים על המוכר לנכות לו דמי אונאתו כמ"ש מר"ן סרל"ב סי"ח ומה גם בנדו"ד אינו צריך הלוקח להחזיר המקח אפילו אי הוה עדיין בעיניה אלא הדין הוא שיהיה המקח קנוי וחייב המוכר להחזיר האונאה וכמי שאבאר לקמן בס"ד אלא ע"פ הדברים האמורים לעיל נקוט מיהא שעלה בידינו שדבר כזה איכא למימר בו שהמקח בטל הואל ומסתמא המוכר ידע והלוקח לא ידע וכמ"ש דלכ"ע לא נקנה המקח:

אלא דבנדו"ד אפילו נימא שהמוכר עצמו לא ידע כמה יש בברמיל זה וממילא הוי דינו כדין משחק בקובייא והוי כמו מכירת האלכנא"ס והאלכוז"א שכתבו רבותינו דקנה ואינו מחזיר האונאה אפילו הכי בנדו"ד לית דין ולית דיין דצריך לנכות לו דמי אונאתו הואל ועדיין דמי המקח ביד הלוקח שהרי אפילו רבינו הטו"ר ומור"ם בס' ר"ז סי"ב דס"ל שהמשחק בקוביא קנה ואינו מחזיר הדמים הרי כתבו שם בס' ר"ז וז"ל דאם היו משחקים באמנה אין מוציאין ממנו מה שהפסיד וי"א אפילו נתן לו משכון על המעות אין מוציאין ממנו א"כ דון מינה ואוקי בנדו"ד ג"כ שעדיין הלוקח דמיו בו ודאי דיכול לנכות דמי אונאתו וגם הרבנים הנז' שכתבו בדין האלכוז"א דקנה ואיני מחזיר אונאה טעמא דידהו הוא בדתפס המוכר דמי המקח אבל אם עדיין דמי המקח ביד הלוקח יש לנו לומר דמודו דיכיל לנכות דמי האונאה וכמו שמובן מדבריהם בסוף התשובה איך שיהיה מכל הצדדין הוי ראובן הלוקח זכה בדינו ויכול לנכות דמי אונאתו: ומה גם שדברי המוכר הזה בטענה זו אין בהם ממש במה שטען שאמר לו הרי האלבראמיל מונחים לפניך ואתה תבחר ותקרב מזל דידיה גרם זה שטות ומי יגלה לנו שהאלבראמיל שנשארו לפניו נמצא בהם יותר משיעור זה הרי אין עדים לפנינו שאותם שהיו עדיין מונחים לפניו שנמצא בהם יותר מזה ואפילו טענת ברי של המוכר אין כאן שהרי גם הוא לא ידע וממילא אפשר שזה הלוקח לקח הגדול שבהם והוא זה שהוציא זה השעור וממילא אזדא לה טענת המוכר דאין כאן אפילו כמשחק בקובייא דשאני משחק בקובייא יכול להיות שירויח ואדעתא דהכי גמר ומקנה אבל בנדו"ד מי יגלה לנו שיש ריוח בדבר דאיכא למימר זהו הגדול שבהם ונודע למפרע שאין כאן שום צד ריוח ואדעתא דהכי לא נחית הלוקח כלל:

ועל מה שטען ג"כ המוכר שמיום המכר עד היום הזה הרי יש כמו נ"ח וכבר חלף הלך לו זמן האונאה גם בזה אין בדברי המוכר כלום שהרי כתב מר"ן בס' רכ"ז ס"ז וז"ל ואם יברר שהיה לו אונס ועל כן לא חקר בתוך זמן זה לידע אם נתאנה יכול לחזור בו עדיין ע"כ הרי מדברי מר"ן אלו יוצא בנדו"ז שאפע"פ שנתעכב זה שלשה חדשים ולא תבע

אעפ"כ לא אמרינן דאין לו אונאה שהרי כבר כתבנו שידוע לכל הסוחרים שמי שקנה איזה ברמיל מניח אותו בביתו ומוציא ממנו על יד על יד ואין הקינה יכול לידע אם חסר או שלים אלא עד לבסוף מתרי טעמי שכתבנו לעיל:

ועדיפא יש כאן בנדו"ד שעדיין דמי המקח בידו ולא יש למלוה עליו שטר כי אם מלוה ע"פ אפילו אם לא היה הלוקח בזה שום אונם אפילו הכי לא אמרינן שידע ומחל שהרי כתב הש"ך סרכ"ז סק"ד דאם עדיין לא נתן המעות יכול לומר לו מחלתי מיגו דיכול לומר נתתי והביא דבריו הבאה"ט סרכ"ז סק"ט והגם שהש"ך כתב בסוף דבריו וצ"ע אעפ"כ הרי הרב זכו"ל ז"ל כתב שהכנה"ג שם הגה"ט כתב זה בפשיטות משם הגהו"ת אשר"י שהביא כן משם רבינו ברוך והביאו מהר"ם רקאנטי סי' שפ"ד יעו"ש הרי שהסברא הזאת של הרש"ך מוסכמת היא וא"כ הלוקח הזה הואל ועדיין דמי מקחו בידו יכול לנכות דמי אונאתו:

והגם שמצינו להרב משח"א דרבות"א בס' רכ"ז כתב וז"ל כתב דאם לא נתן המעות מיגו דיכול לומר נתתי יכול לומר לא נתרציתי עכ"ל ונראה פשוט דהיינו בשיעור אונאה דהמקח קיים ומחזיר אונאה והאי מצי למימר לא נתרציתי וכשתתבעני לפרוע לך אני תובע אונאה ואתפום אותה בידי לבלתי שלם לך אבל כשהיה בטול מקח לא מצי למימר לא נתרציתי דאם כן היה לו להחזיר המקח בכללותו שהרי המקח בטל עכ"ל הרב משח"ד וא"כ בנדו"ד שהאונאה היא יותר מהשתות א"כ איכא למימר אין לו עליו דין אונאה דהי"ל להחזיר המקח ועכשיו שלא החזירו אם כן נימא שמחל:

אעפ"כ אין משם סתירה ולא מבעיא לדברינו הראשונים שכתבנו שהלוקח אנוס הוא מכח תרי טעמי שכתבנו ולא ידע הלוקח באונאה זו אלא עד השתא פשיטא דאין אנו צריכים לכ"ז אלא אפילו אם נניח דאין כאן שום אונס וסמכינן אסברת הש"ך וכמ"ש אפי"ה בנדו"ד אפילו אם תהיה האונאה ביתר משתות אפי"ה יכול לומר הלוקח הזה לא נתרציתי היפך ממ"ש הרב משחד"ר דע"כ לא קאמר הרב משחד"ר אותו חלוק אלא במוכר חפץ ששוה שש בשמנה דיכיל המוכר לומר הואל ואנחנו שנינו יכולים לבטל המקח לא היה לך לשלוח בה יד אבל בנדו"ד שאינה אונאה בדמים אלא במנין ודאי אפילו יהיה חסר מן הברמיל אפילו מחצה בודאי דקנה וינכה לו דמי אונאתו דמאי איכפת ליה למוכר וללוקח [אין זה אלא דין שכתב מר"ן סרל"ב המוכר לחבירו במדה ובמשקל וטעה בכל שהוא חוזר לשלם]:

דדין זה דמי למ"ש מר"ן סרל"ב ס"ה וז"ל ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת וקודם גמר המכר נכנסו כותים וקלקלו קצת מקומות בבתים ועושנו הכותלים ורוצה

שמעון לחזור בו וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מהדמים כדי שיחזור הבית לקדמותו ויקיים המקח הדין עם ראובן ע"כ הרי מכאן מוכח שאם אין פסידא בדבר לא ללוקח ולא למוכר אין המקח מתבטיל:

ועדיפא מזה כתב מור"ם בס' רל"ג מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים המקח קיים ומחזיר לו אונאה שהכל מין כסף ע"כ והגם דהתם כתב מור"ם ומחזיר לו דמי אונאתו לא בשעור אונאת שתות דוקא איירי דזיל בתר טעמא הוא שהרי אין כאן שום פסידא לא ללוקח ולא למוכר אלא כמו מכר ליטרא אחת כסף צרוף ולא מצאה כי אם חצי ליטרא דקנה ומחזיר אונאה אם כן מאי איכפת אם תהיה האונאה בשתות או ביותר בודאי דמחזיר האונאה והמקח קיים א"כ הרי אפילו במקום שיש טרחא ללוקח שצריך להתיך הכסף סיגים עכ"ז המקח קיים ואינו יכול לחזור כ"ש בנדו"ד שאין הלוקח יכול לחזור גם המוכר אינו יכול לחזור והמקח קיים וינכה לו דמי החסרון הואל ודמי המקח עדיין ביד הלוקח אפילו עברו כמשלוש חדשים ואין להאריך בדברים פשוטים כזה יותר:

ועל מה שטען המוכר ג"כ שאינו מאמינו בשביל שהניח הברמיל אצל אמו ואחיו גם בטענה זו הבל יפצה פיהו שהרי פסק הרמב"ם בה' שאלה פ"ד הל"ח ופסקו מר"ן בס' רצ"א סכ"א שכל המפקיד אצל בע"ה ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ולאו אשתו ובניו דוקא אלא אפילו שאר קרוביו השרוים עמו בבית וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן סי' רצ"א סכ"א והטעם הוא כמ"ש הסמ"ע סקל"ט משם רש"י ועדיפא מזה כתב הרב אד"א זלה"ה בס' מיים חיים משם מהר"ם אלשי"ך דאם הפקיד אחד אצל השותף אדעתא דשותף דידיה של הנפקד קא מפקיד אם כן אפילו אי לא הוה אמו ואחיו עמו בבית אלא אנשים נכרים אפילו הכי הואל והם שרוים עמו בבית אחד והיא מושכרת ביד כלם דין שותפים אית ליהו ובודאי אדעתא דהכי נחית המוכר הואל ודבר ידוע הוא שמי שקונה איזה ברמיל מניח אותו בביתו ומוציא ממנו מעט מעט א"כ דינו כדין פקדון הוא וגם אמו ואחיו ודאי דנאמנים:

אלא דבנדו"ד אפילו שבועה אינם צריכים אמו ואחיו כלל ואין עליהם אלא חר"ס כדין כל טענת ספק שכתב מר"ן ס' ע"ה סי"ז דאין משביעין עליה אבל יוכל להחרים וזה המוכר ג"כ טענתו היא טענת ספק שהרי ג"כ הוא אינו יודע אם היה בו יותר וטענתו טענת ספק היא ואפילו הלוקח עצמו היה נראה לכאורה שאין עליו אלא חר"ס מפני שהמוכר טוען עליו ספק ואפילו כפי האמת הלוקח הזה הרי הוא מודה שיש בידו דמי מאה ליטראות ועל השאר שאומר אין לך בידי הרי טענתו טענת ספק שהרי לגבי דידיה

של לוקח אינו יודע בודאי שלא היו בו כי אם מאה דוקא שהרי זה הברמיל היה מונח אצל אמו ואחיו ויכול להיות שגנבו ממנו וא"כ איכא למימר שמחויב הלוקח הזה לשלם הכל דהו"ל המוכר אומר לו מנה לי בידך והלוקח אומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דכתב מר"ן סע"ה סי"ג דהו"ל משוי"ל:

אין זה אמת חדא שהרי ספק של הלוקח הוא שמא אמו ואחיו גנבו וכבר מלתינו אמורה דכל המפקיד אדעתא דשאר בני הבית מפקיד וממילא דבר שהוא מסופק בו הלוקח הרי אמו ואחיו נשבעים עליו או מקבלים חר"ס ושבועתם כשבועתו היא ודוגמא לזה הוא מ"ש מר"ן סי' רצ"א סכ"ג שתשבע אמו של נפקד שהחביאה אותם ונגנבו ויפטרו שניהם ע"כ והגם דהתם אין הנפקד יודע אם נגנבו מיד אמו או לא וממילא הוי כאומר המפקיד מנה לי בידך והנפקד משיב לו אמת שיש לך בידי ואיני יודע אם החזרתי וממילא מן הראוי מחייב לשלם אלא ודאי הואל ואמו נשבעת כאלו הוא נשבע דאדעתא דהכי בשעה שהניח בידו כאלו התנה עמו שיניח ביד אמו וכאלו מעקרא הפקיד גבה וע"כ הלוקח הזה אינו מחויב לשלם כל המנה הואל ואמו ואחיו נשבעים על זה:

ועוד גם בלא טעם זה דכל המפקיד אדעתא דאשתו ובניו הוא מפקיד אפילו הכי אין לחייב זה הלוקח בדמי הברמיל כולו אפילו הוא ספק גביה שהרי אינו יודע אם אמו ואחיו גנבו או לא אפילו הכי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם שהרי המוכר אין טענתו טענת ודאי והיכא שהתובע טוען כמדומה לי שמנה לי בידך והנתבע אומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ודאי לא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם שהרי אין כאן אלא טענת ספק וכמ"ש מר"ן סע"ה סי"ח והגם שכתב מר"ן בס' רצ"א וז"ל מת אביו והניח לו שק צרור והפקידו אצל חבירו ופשע בו המפקיד אומר איני יודע מה היה בו שמא מרגליות היו בו וכן השומר אומר איני יודע כמה אני חייב לשלם לך שמא זכוכית היה מלא ישבע השומר כתחז"ל שאינו ברשותי שאינו יודע בבודאי שהיה בו יותר על שוה כו"ך וישלם מה שהודה לו ע"כ וא"כ הרי מר"ן כתב שאפילו המפקיד טוען ספק הנפקד חייב לישבע הרי הסמ"ע והש"ך כתבו דדוקא בתורת גלגול הוא נשבע אבל בלא גלגול אינו צריך לישבע ואפילו לצאת ידי שמים לא היה צריך אטענת שמא: איך שיהיה מה העלינו בידינו הוא שהלוקח הזה איני מחויב לשלם כי אם דמי המאה ועל השאר נראה לכאורה שאין עליו אלא חר"ס מכח דטענת המוכר היא טענת ספק ואין נשבעים על טענת ספק:

אלא שראיתי להרב זכו"ל שכתב וסמך דבריו מדקדוק דברי הטו"ר זלה"ה ומדברי מהרימ"ט ז"ל דכל מי ששהא ולא תבע אונאתו בתוך הזמן ועדיין דמי המקח בידו דצריך

לישבע דמעולם לא עלה על דעתו להתרצות אם ואולי יהיה אונאה דזה לא אסיק אדעתיה אלא דנראה לו בדעתו שלא היתה לו אונאה ולכן לא הראהו תכף אלא דאח"כ נודע לו ע"כ וא"כ הואל ומחייב הלוקח הזה לשבע שבועה זו א"כ ודאי מגלנין עליו שלא מצא בברמיל כי אם מאה דוקא:

על כן קם דינא שאמו ואחיו של הלוקח יקבלו חר"ס שלא גנבו מזה הברמיל כלום והלוקח ישבע שבועת הסת שלא מחל באונאתו כמ"ש הרב זכו"ל ובכלל שלא מצא בו כי אם מאה דוקא ותו לא מדי. בסדר אלה החקים אשר צוה ה' כאן שנה להאי"ר ע"ל האר"ץ לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קנו

ראובן היו לפניו פירות צבורים ובא שמעון ואמ"ל תרצה למכור לי צבור זה של פירות בכו"ך מעות ונתרצה ראובן ומיד הוציא המעות שמעון מכיסו ופרעו ואחר שפרעו ותפס ראובן המעות ונתנם בכיס אח"כ רצה לחזור בו מהו הדין:

תשובה הנה הספק הזה מצא מקום לנוח דהא מצינו למר"ן בחומ"ש סקצ"ט ס"א שכתב ז"ל יש מעות קונות כיצד היו לו מעות בידו בלא מנין ובלא משקל ואמר לחבירו מכור לי חפץ שלך במעות אלו שבידי ולקחם המוכר לא דקדק לידע מנינם נקנה החפץ ללוקח ואין אחד מהם יכול לחזור בי מפני שהוא דבר שאינו מצוי לא גזרו ביה רבנן עכ"ל וא"כ גם כאן הואל והפירות צבורים ולא היה הלוקח יודע מנינם איכא למימר דאם קבל המוכר המעות קנה קנה אותם הלוקח דמה לי אם יהיו הפירות צבורים או המעות צבורים כל שאינו דרך מקח וממכר שהלוקח והמוכר ידעי שעור מקח והדמים איכא למימר לא גזרו:

אלא דיש להסתפק אדרבא לאידך גיסא דלא קנה חדא דא"כ הוא דגם בקונה פירות צבורים קנה הואל ולא ידע מנינם א"כ למה מר"ן לא תנינהו עם כל הנהו דינים דפסיק ותני להו שהמעות קונות אלא דעל זה יכולני להשיב דכך היא דרכה של תורה לדמות דבר לדבר ומר"ן פסיק כאן דין הנלמד מגמרא דמציעא רמ"ו יע"ש ואנן בדידן דינין ליהו בדומה דמר"ן לאו כרוכלא לחשוב אבות ותולדות ובפרט הרי מצאנו בס' קצ"ח ס"ה דשם תני דרך אחרת שהמעות קונות בו ולא שנאה כאן וא"כ מר"ן תנא ישייר:

הן אמת דהיה ג"כ בדעתי למפשט ספק זה מסיום דברי מר"ן שכתב מפני שהוא דבר שאינו מצוי לא גזרו בו ע"כ וא"כ ממנו נלמד ונדוק בקונה פירות צבורים דאם הוא אורחא דבני אדם למקני כך א"כ הדר דינן בדין שאר קניות דמעות אינם קונות ואם אין אורחא

דמילתא למקני כך פשוט דקנה במעות דהא זיל בתר טעמא דקנה בחפינת המעות האמור בס' קצ"ט הוא משום מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה וכעין זה ראיתי להרב בני דו"ד פאלקו"ן הובאו דבריו בס' גור אריה ז"ל שנסתפק בקונה חצי חפץ מחבירו מי אמרינן דהואל ואם תבוא הדליקה מוכרח המוכר להציל חצי חפצו וא"כ אגבו מציל חצי חפץ של חבירו שמכר והוא ממש דומה למ"ש מר"ן בס' קצ"ח ס"ה דאם היתה ביתו של לוקח מושכר למוכר דקנה הלוקח במעות משום דמצוי הוא אצל ביתו וכשיבוא הדליקה יציל וא"כ גם כאן הואל ואם תהיה הדליקה יציל משום שיש לו בחפץ מחצה וא"כ קנה במעות או דילמא דבחצי חפץ חיישינן שמא מכר גם חצי חפץ לאחר ואינו מציל כלל יעו"ש הרי לפניך דהרב הנז' רצה למחות ולומר כל מקום דליכא חששת נשרפו אמרינן מעות קונות אף אני אביא כל מקום שאינו מצוי, לא גזרו בו רבנן ואוקמה אד"ת דמעות קונות:

אלא דסו"ס לא ידעינן היכי לדיינו דייני להאי דינא דלא נתברר לנו קניית פירות צבורים אם דרכם להמכר כך ולא יהיו המעות קונות או אין דרכם להמכר כך והוי דבר שאינו מצוי וקנו המעות אכן אחר החפוש ספק זה מצאנו ראינו דדבר זה הוא מחלוקת רבנן הסמ"ע והטו"ז דמצינו למר"ן סרכ"ז סי"ט דכתב הלוקח בדמים אכסרה וכו' וסיים שם מור"ם וי"א דספיקא הוי ואין מוציאין ממון מיד המאנה ע"כ והסמ"ע שם בסקל"ד תמה על מור"ם למה בסר"ט דכתב שם מר"ן האי דינא ג"כ דהאומר לחבירו ערימה זו של חטים אני מוכר לך בכו"ך דקנה ומחזיר אונאה ומור"ם שם לא הגיה כלום ולמה בכאן הגיה על דברי מר"ן וכתב דספיקא הוי ואין מוציאין זהו תמיהתו של הסמ"ע ומכת קושייא זו הוצרך לתרץ דהגה זו שהגיה מור"ם כאן לא קאי אלא דוקא אמעות אכסרה משום דאין דרך קנין בכך אלא בחליפין אבל בפירות אכסרה יש דרך מקח שרגיל אדם לקנות כרי תבואה ופירות בלא מדה ומנין ומשו"ה סתם בסר"ט בלי פלוגתא עכל"ה הרי לפניך דהסמ"ע פסיק ותני דדרך העולם לקנות פירות אכסרה וא"כ דין הוא שאין המעות קונות הואל ודבר הרגיל הוא אכן הרב טו"ז בס' רכ"ז מצאנו לו דתמה על הסמ"ע וכתב ז"ל על כן נ"ל ברור דהי"א פליג אתרוייהו וגם בפירות אכסרה לא שכיחה ומשום הכי לא הביא רבינו פירות אכסרה דאין חלוק ביניהם והא דכתב רבינו לעיל בס' ר"ט וכו' יעו"ש הרי לפניך דהטו"ז ז"ל פסיק ותני דאין חלוק ביניהם ותרוייהו הוו מילתא דלא שכיחא וא"כ לפי סברתו פשוט דקנו בהם מעות אלא דהואל והדבר הוא במחלוקת שנוי אין לנו להוציא מן המוכר נגד סברת הסמ"ע. זהו הנלע"ד בעת הזאת וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנז

שני שותפים שמכר אחד מהם לחבירו סחורה בלי:
ידיעת חבירו ונתאנה המוכר ועבר זמן האונאה או עדיין לא עבר ומחל המוכר באונאתו בפירוש מהו הדין אם השותף השני גם כן אמרינן חלקו מחול או לא ואת"ל שאין כח ביד השותף למחול חלק חבירו ויכול השותף השני לתבוע אונאתו יש לחקור. מי הוא בעל דברים של הלוקח אם השותף שמחל או השני ואת"ל שבעל דינו של הלוקח הוא השותף השני מהו הדין אם צריך לשלם לו אונאתו דוקא או אמרינן גם המקח יהיה בטל כדין שליח שמכר ונתאנה שהמקח בטל ע"כ:
הנה הדברים סתומים ולא בררנו בלשון השאלה אם האונאה היתה בפחות משתות או יותר על שתות או בשעור אונאה דוקא ועל כן מוכרח לברר הדין בכל. הצדדים הנה במאי דמספקא לן אם השותף יש לו דין שליח או לא מצאנו ראינו למר"ן סקע"ח ס"ג ומור"ם. סקע"ו דכתב דשותף חשיב כיורד ברשות בין בקרקע בין בדבר המטלטל וכתב שם מור"ם דאם השותף דאחד בנה בנין וחבירו מוחה בו שלא יבנה אם הוא דבר שא"א שלא לבנותו צריך חבירו ליתן לו חלקו ע"כ והטעם הוא דיכיל השותף לומר הואל ויש לי חלק בדבר אני לטובת הענין נתכוונתי וכמ"ש הטעם הסמ"ע בס' קפ"ה ס"א א"כ הרי דין השותף לאו כדין שליח מטעם זה לא כן בשליח דיכול לומר ליה המשלח לתקוני שדרתיך וכו' ועל כן אם נתאנה השליח אפילו בפחות משתות נתבטל המקח לגמרי כמ"ש מר"ן בס' רכ"ז ס"ל יעו"ש והרי הדבר. מפורש בדברי הסמ"ע סקפ"ה ס"א שכתב על מאי דכתב מר"ן ז"ל שהסרסור שליח הוא וכתב הסמ"ע על זה דקמ"ל בזה דלא תימא דיחשב כשותף שהרי ג"כ יש לו הנאה מהאי מכירה ויכול לומר לטובת הענין נתכוונתי אלא דין שליח אית ליה וכו' הרי מדברי, הסמ"ע מפורש שחלוק דין שליח מדין שותף:
וא"כ ודאי אם נתאנה השותף בשתות ובפחות משתות ודאי אין השותף יכול לבטל המקח כדין השליח דכתב מר"ן בס' רכ"ז דכתבנו אלא דעדיפא מזה מצאנו דאם נתאנה השותף בפחות משתות ודאי שאין הלוקח מחויב להחזיר חצי אונאה לשותף השני דהא כתב מר"ן בס' רכ"ז ס"ג דכל פחות משתות אינו חייב להחזיר דדרך הכל למחול בפחות משתות ע"כ וא"כ גם בשותף שנתאנה בפחות משתות אמרינן חלק השני אינו מחויב להחזיר וכדכתב מר"ן בס' ח"י וז"ל המשתתף עם חבירו בסתם אל ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה ע"כ וא"כ אמרינן כמו שדרך בני אדם דרכן למחול בפחות משתות כך השותף הזה לא שינה כלל ואין לשותף הזה לא על הלוקח ולא על השותף שום דו"ד כלל וכן כתב מור"ם שם בהג"ה וכל מי שאינו משנה או פושע יעשה בשל חברו כמו

בשלו דכל שותף כיורד ברשות דמי הרי מכאן מוכח דהמתאנה בפחות משתות אין לו שים שנוי לשותף ופטור:

אלא דאם נתאנה השותף בשתות או ביתר על שתות ודאי דיכול השותף לחזור על הלוקח ואין דינו על השותף השני אלא על הלוקח או להחזיר לו אונאתו או לבטל המקח ולא אמרינן הואל ומחל השותף שמכר באונאה הויא מחילתו מחילה גם לחלק חבירו זה אינו שהרי אין לך שנוי ופשיעה גדולה מזו שימחול חלק חבירו ועל כן אין מחילתו מחילה לגבי חלק חבירו ואונאה זו של חלק השותף הזה הויא כחוב אצל הלוקח ולא מצי השותף למחול כדכתב מר"ן בס' ע"ז דשותפין שיש להם חוב גבי אחד אפילו הוא כתוב ע"ש שניהם אין אחד מהם יכול למחול כל החוב ע"כ הרי דאין השותף יכול למחול חלק חבירו כלל ועדיפא מזה מצינו בס' קע"ו בס"ל דאפילו לענין שבועה אם שותף אחד פטר למתעסק משבועה יכול האחר להשביעו בעל כרחו ולא לימא ליה לאו בעל דברים דידי את:

הרי דאפילו לענין שבועה דאתייא על ספק ממון עכ"ז אין השותף יכול למחול מכ"ש כאן דאיכא הפסד ברור שנתאנה בשתות או יותר ודאי דיכול השותף לתבוע הלוקח דלא אלים כחיה דשותף למחול ממון חבירו:

ועדיפא מכולהו מצינו ג"כ למר"ן בס' קע"ו שכתב וז"ל ראובן שאמר לשמעון כל מה שתעשה בשלך עשה בשלי והלך שמעון ופטור החוב של שניהם חייב לשלם לו חלקו הרי מוכח דאין האחד מן השותפים אפילו פירש לו בפירוש שיעשה בשלו כמו שיעשה בשלו אין המחילה בכלל א"כ ודאי גם בשותפים אפילו הם כיורדים ברשות לעשות בשלו כמו בשלו ודאי לא נתכוון למחול לחבירו באונאת הסחורה דהמחילה לאי בכלל היא:

והגם שכתב מור"ם בס' קע"ו סי"ד בדין השותף שמכר קודם הזמן הוי פשיעה וחייב לשלם השותף לחבירו חלקו ע"כ דמשמע שאין לו על הלוקח כלום אלא על חבירי וכמ"ש הבאה"ט באהע"ז ס' פ"ו סקי"ג וז"ל השותפים בסחורה שמכר אחד מהם בלי ידיעת חבירו א"צ הלוקח להחזיר הסחורה הואל והוא דרכו למכור רק זה השותף חייב לשלם לחבירו מה שהפסידו בממכרו קודם הזמן ע"כ והובאו דבריהם הרב זכו"ל אות שי"ן:

וא"כ אף אנן נימא הכי דאם מחל השותף להוי דינו עם השותף שמחל ולא עם הלוקח לא יתכן זה דשאני התם במכירת הסחורה קודם הזמן ודאי דדינו הוא עם השותף והמקח קיים שהרי לא הגיע שום הפסד בקנין האי סחורה בהאי שעתא לשותף השני שהרי לקח זה הלוקח הסחורה בשוויה אלא דתרעומת השותף על חבירו שלא הניחה עד זמן

מכירתה שדרכה להתייקר אבל הלוקח לא עשה שום דבר על כן דין השותף עם חבירו דוקא אבל בכאן שנתאנה בשתות וכ"ש ביותר הוי כחוב של שותפים גבי הלוקח ומחויב אז להחזיר לו האונאה או המקח וא"כ כשמחל שותף ללוקח אין במחילתו כלום והוי כאלו מחל חוב של שניהם שאמרנו שאין השותף יכול לתבוע לשותף חבירו על מאי דמחל אלא דדינו הוא עם הלוה והלוה אינו יכול לומר כבר שותפך מחל לי אלא דחייב לשלם להשותף שלא מחל:

והגם דראיתי להרב הש"ך שם בס' ע"ז סקי"ט שפקפק על דברי מור"ם דכתב אפילו כששניהם כתובים בשטר אחד אין יכול האחד למחול החוב והש"ך ס"ל דיכול למחול דכל שותף יכול לעשות בשותפות מה שירצה יעו"ש בדבריו עכ"ז אין לנו אלא דברי מור"ם דס"ל דאפילו שניהם כתובים בשטר אין אחד יכול למחול כל השטר ואפילו הש"ך עצמו לא חלק על מור"ם בפשיטות אלא דבסוף דבריו הניח בצ"ע יע"ש וא"כ נראה דאם נתאנה השותף בפחות משתות ודאי שאין השותף חבירו יכול לתבוע אונאתו אלא דגם חלקו מחול הואל ודרך בני אדם למחול בפחות משתות ואדעתא דהכי נחתי השותפים שכל אחד ימכור הסחורה ולוותר כדרך שמוותרים בני אדם ואם נתאנה בשתות דודאי דיכול לתבוע אונאתו ודינו הוא עם הלוקח ואם נתאנה ביתר משתות יכול לבטל המקח. זהו מה שנראה. זהו משנלע"ד לפי שעה ולכשאפנה אשנה בעה"י:

שוב בא לידי ספר זרע יעקב להרב הגדול כמוהר"י נאיים ז"ל וראיתי לו מ"ש בסז"ך ששם נשאל בשלשה שותפים ששנים מהם מכרו סחורה ונתאנו ואח"כ תבעו אונאתם והפשרנים פשרו ביניהם אח"כ שותף השלישי לא רצה לקיים הפשרה והעלה לבסוף וכתב וז"ל ואם מחמת המכר הראשון שנעשה על ידי שליח שהוא אחד מן השותפים אין מכירה זו מכירה שהשותפין שלוחין הם זל"ז כמו שכתב הטור בס' ע"ז בשם הרמב"ן ופשוט הוא וקי"ל שליח שטעה בכל שהוא מכרו בטל ולא מבעייא לגבי משה הנז' שלא נמצא בשעת מכירה ה"א דלגבי דידיה ליכא מכירה כלל אלא אפילו לגבי יעקב הנז' שנתן רשות ליוסף ה' למכיר המכר בטל כיון שטעה אפילו בכל שהוא מכרו בטל עכל"ה וחתומים ע"ז ארבעה רבנים מכללם כמוהר"י ן' נאיים ז"ל יע"ש הרי אתה רואה בעיניך דמחילת השותף באונאה לאו כלום היא לגבי חלק חבירו אלא דקשה בעיני מה שפסקו דאפילו בפחות משתות יכול לחזור דלקוצד"ן דבפחות הואל ודרך בני אדם לוותר במקח בזה יש להעדיף כח השותף יותר מהשליח ויש להעמיד בזה דברי הש"ך דס' ע"ז סקי"ט יע"ש וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט הל' צוואות ומתנות. סימן קנ"ח. תשובה לעי"ת פאס יע"ה להרב כמוהרר"י סרירו נר"ו:

שלח אחרינו כה"ר אברהם אג'ויילוס ומצאנוהו מוטל עע"ד ודעתו מיושבת עליו וצוה בפנינו ואמר מחמת מיתה זהרא שמאשה בת יצחק בני תטול מנכסי ד' מאות דורוס ובתי צולטאנא תטול מנכסי מאה דורוס ובתי מזל טוב יתייחדו לה מאה דורוס ותזכה בהם לפירותיהם דוקא וכאשר תפקד בזש"ק תזכה גם בקרן ויתייחדו מנכסי ארבע מאות דורוס ואם זכתה מרים בתי לחופתה תזכה בהם לנדונייתה ואם ב"מ לא זכתה בהם יזכה בהם יאודא בני ואשתי זמול יפרעו לה כתובתה ויתנו לה נוסף על כתובתה שני פעמים כסך כתובתה ותשאר נזונית עם יאודא בני בעיסה אחת דוקא כל ימי מיגר אלמנותה ושאר נכסי קו"ט ומ"ב ושטרות אינהו ושעבודייהו וכו' אני נותן אותם ליאודא בני ויזכה בהם זכייה גמורה וימכור ויתן וכו' והוכחנוהו על דבר אעבורי אחסנתא ונתן טעם וחזק דבריו. בו ביום נכנסנו עוד לבקרו ומצאנוהי עדיין חולה ודעתו מיושבת עליו ואמר לנו שאם זכתה הבתולה מרים לחופה יעניק לה יאודא בנו נוסף על הדבר האמור לעיל יוסיף לה הבית הקטנה שבהאלספל"י שבחצר ואם ב"מ לא זכתה יזכה יאודא בכלל נכסיו שנתן לו. עוד צוה שלענין כסות זמול אשתו לא תכריח על יאודא כי אם לפי רצונו. גם אמר לנו שאם יתן יאודא בנו סך עשרה דורוס ללונ"ה בת אחיו אין קפידא כלל וברר שלא משום חזרה מצואתו אמר כן ולא חזר מצוואתו הראשונה וחתום על צוואה זאת הרב המופלג רישא דעמיה כמוהר"ר אבנר הצרפתי זלה"ה וחד צו"מ דעמיה. עד כאן הגיעו דבר הרב השואל יוס"ף בסדר עליון:

תשובה לזה מדהוזקקו זקוקין דנורא רבנן מארי אתרא דיתבי על מדין לחוות דעתינו הקלה כמות שהיא ברור דרבנן אתגורי אתגור באיזה ספק שנולד להם בצוואה זו ואנחנו לא נדע במאי נפל ליהו הספק הואל והדברים הגיעו לידינו סתומים על כן הוצרכנו להטריח קן קולמוסנו לחוות דעתינו במה שנוגע לדינא בצוואה זו ולדרוש בה מרישא לסיפא על כל קוץ וקוץ לצאת ספיקא דרבנן וה' ינחנו במעגלי צדק אכ"י:

תחלה וראש במה שאמר זהרא בת יצחק בני תטול כו"כ וכו' והשאר ליאודא בני דיש לנו לדקדק במה שהעביר הנחלה מבת יצחק בני דהיא יורשת מדאורייתא דבמקום אביה קיימא ונמצא לפי צוואתו ריבה לזה ומיעט לזה. עכ"ז מהני דהא מצינו אפילו ריבה לזה ומיעט לזה בלשון ירושה מהני וכמו שפסק הש"ע בס' רפ"א ס"ב יע"ש ומכ"ש בצוואה זו דלא הזכיר לשון ירושה אלא לשון מתנה וכמו שמפורש בלשון הצוואה זהרא שמאשה תטול וכו' ולשון תטול הוא לשון מתנה וכמ"ש בס' רנ"ג ס"ב יע"ש וגם מה שמסיים והשאר יזכה בו יאודא בני הכל הוא לשון מתנה הן מצד דכתב לו לשון יזכה ולשון יזכה הוא לשון מתנה כמ"ש בס' רנ"ג הן מצד שכתב לו ימכור וימשכן וכו' דלשון זה

לא הוזקק לו לכותבו אלא משום שנתן לו במתנה ועל זה הוזקק לכתוב לו לשון הנכתב במתנה וא"כ הואל וכל הצוואה הזאת היא בלשון מתנה בודאי הוא דאין פקפוק בזה:
ולא נצרכה אלא אפילו אם היו יהיה יצחק זה אבי זהרא הוא בכור ומצינו דבכור עדיף עכ"ז מהנייא צוואה זאת ולא מבעייא לסברת הרמב"ן בפירושו על התורה פרשת כי תצא שכתב על פסוק לא יוכל לבכר את בן האהובה ז"ל אזהרה שלא יעשה זה וכו' וממה שאמר על פני בן השנואה הבכור יראה לי שאין המצוה הזאת והדין הזה נוהג אלא בחיי הבכור אבל אם מת הבכור בחיי אביו אע"פ שהוא יורש חלק בכורתו בקבר ומורישו מן הדין לבנו אם רצה הזקן ואמר ירשו בני כך וכך בנכסי ובנו של הבכור יטול כו"כ בנכסי דבריו קיימים כדרך שהיו קיימים במקום שאין שם בכור וכן אינו עובר על הלאו הזה אם לא הכיר הבכור לאחר מיתתו כי לא מצאתי על פני רק בחייו על פני אהרן אביהם על פני תרח אביו וכן כלם עכ"ל וכתב הרב פת"ש בחומ"ש רפ"א סק"א דהגאון מוהר"ר ישעיה פיק ז"ל עשה סמוכות לדברי הרמב"ן מן המשנה יעי"ש וכתב שמהר"ם פדאווה ז"ל בתשובה פסק כתשובת הרמב"ן וכן כתב בעל עבודת הגרשוני והרב קצות החושן וכתב עוד דמהרי"ט דלא פסק בס' ע"א כהרמב"ן הוא משום דלא ראה דברי הרמב"ן עכל"ה א"כ נקטינן מכאן דלפי סברת הרמב"ן והרבנים הנז' דאפילו אם היו תהיה זהרא הנז' היא בת בכור לא נפקא לן ולא מדי וכאלו אין כאן בכור:
אלא דעדיפא מזה הוא אפילו לסברת החולקים על הרמב"ן שהביא הרב משכנות הרועים א"ב סכ"ו עכ"ז לא יפול מדברי האמת ארצה דהא מצינו למר"ן בס' רפ"א ס"ז שכתב וז"ל אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה אבל אם אמר לשון מתנה דבריו קיימים לפיכך המחלק נכסיו על פיו כשהוא שכ"מ וריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להן הבכור או שנתן למי שאינו ראוי ליורשו דבריו קיימים עכל"ה וכתב שם הסמ"ע סק"ט וז"ל וריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להן הבכור כן הוא ג"כ לשון הרמב"ם פר"ז דנחלות ובהאי ריבה ומיעט לאחד אין חידוש לענין פשוט דכבר נתבאר דאפילו בלשון ירושה דבריו קיימים אם לא דאמר בלשון לא ירש כגון דאמר פלוני בני לא ירש אלא כו"כ ובני השני ירש כו"כ דבלשון ירושה אין דבריו קיימים כמ"ש ס"ג עכ"ל והנה דברי הסמ"ע אלו סובלים כמה מן הפירושים וכולם דחוקים ורחוקים ואין לנו להשען אלא על מה שפירש הכהן הגדול הש"ך בסק"ו וגם פירוש הש"ך עצמו הוא דרך פלפול דכוונת הש"ך לפרש בדברי הסמ"ע דהכי קאמר הסמ"ע פירוש אפילו אמר וכו' הכוונה דהסמ"ע פירש בדברי מר"ן דהאי דקאמר מר"ן אבל אם אמר בלשון מתנה וכו' היינו האי מתנה דלא אמרה בלשון פלוני יטול ופלוני יטול אלא דמר"ן איירי באמר פלוני לא יטול

אלא כו"כ ופלוני יטול כו"כ בזה איירי מר"ן ובזה מצינן שיש חדוש גם בפשוט לדעת הסמ"ע בדברי מר"ן דהגם דלא מהני פלוני לא ירש ופלוני ירש בלשון מתנה דהיינו פלוני לא יטול ופלוני יטול מהני ועל זה חזר הש"ך להקשות לדברי הסמ"ע דהואל ומפרש דברי מר"ן דבאומר בלשון מתנה היינו פלוני לא יטול ופלוני יטול קא מיירי ובזה מהני אפילו בבכור א"כ קשייא אמאי כתב בס"א האומר איש פלוני וכו' הרי יטול לשון מתנה הוא וכו' ועל זה תרץ ואפשר לומר דבכור שאני דלא מהני ביה אלא באומר לשון מתנה ובאומר בכור יטול כפשוט אבל אם אמר לשון לא יטול לא מהני אלא בפשוט דע"כ בכור עדיף מפשוט כמ"ש ס"ד וצ"ע לדינא עכ"ל מבואר יוצא מסוף דברי הש"ך דמפרש דמאי דאמר הסמ"ע דמר"ן איירי בנתן בלשון לא יטול הוא לגבי הפשוט דוקא בזה הוא דתמצא רבותא בפשוט ובבכור דוקא באומר יטול בני וכו' וגם בזה יש רבותא בבכור הואל ולא מהני ביה לשון ירושה נמצינו למדין לדעת הש"ך דאפילו היכא דאמר בבכור פלוני לא יטול ופלוני יטול דצ"ע לדינא מכ"ש בנדו"ד שאמר לשון מתנה זהרא תטול וכו' אפילו אם היה אביה עדיין חי הוה מהני צוואה זאת:

ואגב דאתא לידן נימא בה מילתא מאי דיש לדקדק בדברי הסמ"ע אלו רסק"ט דכתב וז"ל דכבר נתבאר דאפילו בלשון ירושה דבריו קיימים אם לא דאמר בלשון לא ירש כגון דאמר פלוני בני לא ירש אלא כו"ך ובני השני ירש כו"ך דבלשון ירושה אין דבריו קיימים כמ"ש לפני זה בס"ג ע"כ והנה לכאורה הרואה יתמה היכן נרמז דין זה בס"ג אדרבא שם בס"ג כתב מור"ם סברת רב המגיד וז"ל וכן אם אמר לא ירש שמעון וראובן ירש הכל דבריו קיימים עכ"ל א"כ אדרבא כלפי לייא הרי אפילו אמר מעקרא פלוני לא ירש ופלוני ירש מהני הן אמת דמור"ם דבר באומר סתם פלוני לא ירש ובסמ"ע איירי באומר לא ירש אלא כו"ך סוף סוף חד דינא אית ליהו דהא לדעת מור"ם דס"ל דמהני הוא מטעם דכשאומר פלוני לא ירש חשבינן דבריו מהבל ימעטו וכמאן דליתנהו דמי הואל והתנה על מש"ך בתורה וא"כ כשהדר ואמר וראובן ירש הכל דבריו קיימים א"כ גם כשאמר פלוני לא ירש אלא כו"ך אפילו חשבינן גם בזה דזכה לו קצת עכ"ז הויא עקירא א"כ חשבינן לדבריו כמאן דליתנהו והדר לזכי האחר שאמר עליו ופלוני יזכה בכו"ך וא"כ דברי הסמ"ע אלו אדרבה הם הפך דברי מור"ם בש"ע והיאך קאמר על דבריו וכמ"ש בס"ג:

אלא דאחר העיון יש לנו לתרץ דברי הסמ"ע על פי חקירה אחת שיש לנו לחקור בדברי מור"ם דס"ג הנז' דכתב וכן אם אמר לא ירש שמעון וראובן ירש הכל דבריו קיימים ע"כ הנה מלשון זה דסיים וכתב על דברי מר"ן וכן וכו' משמע דגם מר"ן מודה להאי דינא

דכתב איהו משם רב המגיד וא"כ יש לנו לדעת מאי בין האי דכתב מור"ם לאותו דין שכתב מר"ן או שאמר לא ירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלום אלא דצריך לומר דשאני התם דלא אמר כלום הואל וכולה ירושת ראובן במאי דאמר לא ירש שמעון דקאמר לא ירש זה אלא זה והוי עוקר דבר מן התורה אבל בכאן אין ירושת ראובן תלויה בלא ירש שמעון אלא חשבינן במה שאמר לא ירש שמעון תחלה מלתא פסיקתא כאלו הדר אמר וראובן ירש הכל דהוי מילתא אחריתי וזכה שמעון באותה שאמר מר"ן ראובן בני הוא יירשני ולא ירש שמעון דבריו קיימים דכתב שם הסמ"ע דהוי תרי מלות ומעקרא זכה ראובן ומה שאמר אח"כ לא ירש שמעון הויה מלתא אחריתי כל זה נראה ליישב דברי מור"ם ומר"ן דלא להוי סתראי וא"כ דברי הסמ"ע נשארו בקושייא כמו שכתבנו ומה שאמר דבכור לא מהני אם אמר פלוני לא ירש ופלוני ירש כמ"ש בס"ג הרי אדרבא מס"ג נראה היפך:

אלא דלאחר החיפוש ראיתי להמשח"א דרבות"א בנמוקי מהר"ם ז"ל שתמה בס' זה על דברי מור"ם ואמר דהיאך יוצדקו דברי מור"ם אלו עם דברי מר"ן הרי מדברי הש"ע נראה דדוקא במקדים פלוני בני יירשני הוא דמהני אבל בדינא דמור"ם הואל וקדם ואמר פלוני לא ירש אפילו חזר ואמר ופלוני ירשני במאי נתרפאת העקירה זהו תכלית דבריו יעו"ש וכתב דגם מהר"ם רבקי"ש ז"ל בבאה"ג תמה על דברי רמ"א שכתב וז"ל ולעד"ן דין זה שכתב הרמ"א צ"ע ולא זכיתי לספרו דרכי משה ע"כ פירש הרב משחד"ר דכוונת תמיהתו היא כמו שתמה איהו דיש חלוק בין אמר ירש תחלה לאומר לא ירש תחלה והיאך מור"ם השוה דבריו אלו עם הש"ע דאיירי באומר ירש תחלה נמצינו למדין דלהרב באה"ג ומשחד"ר ס"ל דמר"ן לא ס"ל האי דינא דמור"ם:

הן אמת לכאורה תמהתי על דברי הרבנים הנז' מדברי מר"ן בב"י דשם מחזי דגם איהו ס"ל דשוים הם ולא שנא אם הקדים ירש ראובן ולא ירש שמעון ולא שנא אם אמר לא ירש ראובן וירש שמעון שוים הם לטובה ודבריו קיימים דהא מצינו שם בב"י בס' זה הביא דברי הרמ"ה ז"ל שהם דבריו אלו דפסק כאן בס"ג דאם אמר פלוני בני ירשני ופלוני לא ירשני דמהני והביא אחריהם דברי הרב המגיד שהם דברי הג"ה זאת וכתב עליהם וקצת ראיה יש לדברי הרמ"ה אלו מדברי הרב המגיד וכו' וא"כ משתמע מדברי הרב"י דהרמ"ה מסכים והולך לדברי הרב המגיד מר אמר חדא ומא"ח ולא פליגי: אלא דחזה הוית להרב מהרי"ט בח"ב סצ"ו שכתב דאפשר דאין דעת הרב"י להשוותם בשוה אלא בדרך קצת ראייה אמר וכמו שאמר אע"פ שאין ראי' לדבר זכר לדבר יעו"ש:

א"כ מכאן נשמע דדברי מר"ן אלו אינם מסכימים לדברי מור"ם וכן נמי נימא דעת הסמ"ע בסק"ט דאמר דיש חדוש בפשוט הוא אם אמר בפשוט לא ירש ראובן אלא כו"כ ובני השני ירש כו"כ דבאופן זה אפילו בפשוט לא מהני הואל ואמר בלשון ירושה כמ"ש בס"ג ע"כ דכוונת הסמ"ע גם איהו ס"ל דמר"ן בס"ג דוקא נקט פלוני בני ירשני ופלוני לא ירשני דבריו קיימים דדוקא בהקדים פלוני ירשני הוא דדבריו קיימים אבל אם בהקדים ואמר פלוני לא ירשני ופלוני ירשני לא אמר כלום הפך מדברי מור"ם דס"ל להסמ"ע כמהר"ם רבק"ש ומשחד"ר ועל זה סמך ואמר כמ"ש בס"ג דלא מהני דהיינו כדברי הש"ע ולא כדברי מור"ם ודו"ק:

א"כ זכינו לדעת הסמ"ע ובאה"ג ומשחד"ר וגם מדברי מהרי"ט כן מובן דמר"ן ס"ל דדוקא צריך להקדים פלוני יירשני ופלוני לא ירש הוא דדבריו קיימים אבל באומר פלוני לא ירש ופלוני ירש דבריו בטלים הפך דברי מור"ם ולענין עקר הדין דבר זה נוגע לנו אלא דאתייא מביניייא דבלשון פלוני לא יטול ופלוני יטול אפילו לדעת מר"ן מהני לפי דברי הסמ"ע והש"ך מכ"ש נדו"ד דכולהו בלשון יטול דאיהו לשין מתנה לית דין ולית דיין דמהני ופשוט:

ומעתה הבוא נבוא אל הספק השני במה שצוה המצוה הנז' שמאה דורוס יתייחדו למזל טוב כדי לאכול פירותיהם ואם תבנה בזש"ק תזכה גם בהקרן יש לחקור כאן אם תזכה מזל טוב הנז' בפירות הואל והם דשלב"ל ומצינו דאין קנייה לדשלב"ל וכמ"ש מר"ן בס' ר"ט ס"ד יע"ש דגם בשכ"מ אינו מקנה דבשלב"ל יע"וש ובס' רנ"ג סכ"א אלא דבנדו"ד בודאי קנתה מזל טוב הנז' דנדו"ד ממש הוי כאלו הקנה דקל לפירותיו או שפחה ופרה לעובריהם דקנה כמ"ש בס' ר"ט בסוף ס"ד יעו"ש והוי ממש כמ"ש מר"ן בס' רנ"ג סכ"א דאם אמר תנו דקל זה לפירותיו לפלוני כדי שיאכל פירותיו או בית זה כדי שידור בו עד זמן פלוני דבריו קיימים שהרי הקנה להם הגוף לפירותיהם והגוף דבר שיש בו ממש וכן כל כיוצא בזה ע"כ וא"כ גם כאן הרי הקנה לה הגוף של מאה דורוס לאכול פירותיהם והוי ממש הקנה הבית לדירה או הדקל לפירותיו דזכה המקבל:

הן אמת דראיתי להרב מהר"ם אלשי"ך הביא דבריו פחד יצחק ז"ל אות אחריך שהביא משמו בתשובה זיין דס"ל דאפילו אם הקנה ראובן לשמעון מעות לפירותיהם דלא קנה שמעין במתנה הריוח ההוא משום דלא דמי לבית ודקל שהם קיימים בעת בוא הפירות והדירה לעולם שהם קיימים ומשום הכי מהני בית לדור ודקל לפירותיו אבל במעות שכשרוח בא לעולם אין המעות עצמם בעיין ונמצא הפירות בלי ממשות ע"כ א"כ לכאורה נראה דנפל פיתא בבירא על פי פסק מהר"ם אלשיך ז"ל:

ואל תשיבני דשאני הכא דאפילו מהר"ם אלשי"ך יודה דקנה הפירות דהא בנדו"ד לא קנה הגוף לפירות דוקא דבכאן אפילו הקרן עצמו הקנה למזל טוב הנז' וכמ"ש בצוואה דאם תבנה בזש"ק תזכה גם קרן וא"כ הואל והקנה הפירות עם הקרן הוה ליה כאלו נתן לה דבר שיש בו קנייה עם דבר שאין בו קנייה וכמו שחלו דברי על הקרן וזכתה בקרן לכשתבנה בזש"ק כך יחולו גם על הפירות עצמם דהא מצינו דדבר זה במחלוקת שנוי וכמ"ש מור"ם ה"ג ס"י וז"ל החליף מעות ומטלטלים או מעות וקרקע ביחד י"א הואל וחליפין אינם קונים במעות נתבטל כל הקנין וי"א דכל הקנין קיים אצל הקרקע והמטלטלים ובטל אצל המעות והוא הדין אם קנה באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בי ממש דהוי קנין דברים ע"כ וכתב הסמ"ע והוא הדין אם קנו. פירוש גם בזה פליגי כל הני עכ"ל א"כ הרי לפניך דדבר זה במחלוקת הוא שנוי אם קנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש וכוותיהו דיש אומרים בתרא נקטינן דס"ל דקים אצל הקרקע והמטלטלי ובטל אצל המעות הואל והאי יש אומרים נקטה מור"ם לבסוף ולפי הכלל המסור בידינו כי"א בתרא נקטינן ומה גם נוסף על זה דנדו"ד הקנייה הוא דבשלבל"ע שהם הפירות עם הגוף שהוא הקרן וזה מגרע גרע וכמ"ש הסמ"ע בס' הנז' סקי"ט דמהאי טעמא כתב מור"ם בס' ר"ט ס"ד בסתם המקנה לחבירו דבר שלבל"ע עם דבר שבל"ע י"א דדמי לקנה את וחמור שיתבאר בס' ר"י דאיהו קנה וחמור לא קנה יעו"ש וא"כ גם כאן הפירות שלא באו לעולם לא קנה וראיתי להרב בנ"י חי"י סר"ג בהגהות הרב"י סי"ז שכתב וז"ל הנותן מתנה כל נכסיו במתנת שכ"מ או מתנת בריא בכתב ויש בכלל המתנה מעות או חובות לכ"ע קנה מחצה דמחלוקת הזה היינו במקח וממכר הרימ"ט ח"מ סנ"ב עכ"ל א"כ גם כאן מה שהקנה הגוף של הקרן אם תבנה בזש"ק הוא אלבא דכ"ע קנה אבל הפירות הרי לדברי הסמ"ע סקי"ט איכא למימר דכ"ע ס"ל דלא קנה הפירות או אפילו אם נניח דבמחלוקת גם היא שנוי עכ"פ ההלכה היא דלא קנה הפירות הן מצד דנקט מור"ם כאן סברת י"א דקיים אצל הקרקע ובטל אצל המעות באחרונה הן מצד דבס' ר"ט ס"ד פסק כסתם כהאי דינא ולא הביא סברת החולקים וא"כ גם כאן במאי זכתה בפירות: אלא דראיתי להרב פחד יצחק הנז' שכתב דהרב בני יעקב ז"ל בטוב טו"ד שדא בה נרגא בההיא שמעתתא דמהר"ם אלשי"ך זלה"ה ובסוף דבריו כתב שסברת מהר"ם אלשי"ך יחידאה היא ודבריו צריכים עיון וכתב עוד הרב הנז' דגם מוהריט"ץ בתשובה קפ"ו סובר שלא כדבריו וכן מהר"ם בס' קל"ו וגם מהרי"ק שורש צ"ד נראה דגם במעות שייך קנין הגוף כמי הדקל וכו' יעו"ש בס' פח"י שהביא כל הני להקת הפוסקים דכלהו פליגי אסברת מהר"ם אלשי"ך ז"ל:

וכן ראיתי בס' פת"ש ס' רי"ב סקי"ד דשם הוא כתב דהרב משנה למלך בפ' כ"ג מהל"ם והרב קצו"ה בס' ר"ט ס"ד פליגי אמהר"ם אלשי"ך ז"ל וא"כ הואל ויחידאה הוא מוהר"ם בודאי כהני חבל נביאים נקטינן ומינה לא נזוז והדר דינא כאלו הקנה הדקל לפירותיו דמהני וכמ"ש פסק מר"ן: שוב ראיתי להגוא"ל בס' רנ"ג סק"ה שהביא משם מהרשד"ם דאם אמר שישומו מנכסיו סך כו"כ לרוח שהיה לפלוני דהוי לשון מועיל יעו"ש ואי לא מסתפינא אמינא גם מהר"ם אלשי"ך יודה בנדו"ד דקנתה הפירות הואל וגם הגוף יש לה בו זכייה לכשתבנה בזש"ק יזה עדיף ממקנה מעות לפירותיהם דלא זכתה כלל בגוף אלא בפירות וזה פשוט לדעתי ולא לאפושי פלוגתא גם בזה בין מהר"ם אלשי"ך ובין הפוסקים הנז':

ועל הספק השלשי לו בא במה שזיכה לבתו הקטנה סך ארבע מאית דורוס עם המטלטלים וכו' יש לחקור אם זכתה או לא דנראה הבת הנז' עדיין היא קטנה וא"כ הואל ועדיין קטנה צריך לזכות לה המתנה ע"י אחר כדמצינו בדין הקנין דפסק מר"ן בס' רע"ג סכ"ג קטנה זכתה לה חצירה וארבע אמות שלה [מיר"ם ודוקא קטנה שאין לה אב] אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו או עד שיזכה לי אחר ע"כ וא"כ גם כאן יש לספוקי במתנה זאת אי אזלינן בה בתר שעת אמירתו שהיה מצווה א"כ לפי דברי מור"ם לא זכתה הואל ועדיין אביה קיים באותה שעה והויא אין לה יד אי אזלינן בתר שעת הקנייה והיא אחר מיתתי ובאותה שעה כבר מת האב ויש לה יד ואל תתמה על ספק זה דכעין זה מצאתי ראיתי להרב בעל פתחי תשובה סרנ"ג סקי"ט הביא כעין ספק זה משם הגאון מוהר"ר עקיבא איגר ז"ל בדין הא דאמרינן שכ"מ שאמר פלוני יטול פירות דקל דלא מהני כיון שלב"ל וליתא בברי נסתפקתי אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות אי נימא דבעינן בשעת אמירתו היי בעולם דאמירתו הוי כקנין בריא או דנין דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתי ובשעת מיתתו כבר בא לעולם וכו' יעו"ש שהניח בצ"ע לדינא וא"כ גם כאן הרי יכולים היורשים לומר דאזלינן בתר שעת הצוואה ובאותה שעה עדיין היה האב קיים והואל והיה קיים הרי אין לה יד וכמ"ש מור"ם וכוותיה סתם מר"ן באהע"ז סקע"א ס"ד בסתם דבריו בדיני גיטין דבמקום שיש אב אין הקטנה יכולה לקבל את גטה יעו"ש והן אמת דהש"ך פליג על דברי מור"ם ומסיק דשאני גטין ממתנה ולבסוף מסיק דבמתנה אפילו במקום שיש אב יש לה יד עכ"פ אין לנו אלא פסק מור"ם דיליף מתנה מגט:

והגם דדין זה דכתב מר"ן דקטן לא זכה עד שתגיע מתנה לידו וכוותיה קטנה במקום שיש לה אב לדעת מור"ם כולהו קיימי במתנת בריא אבל במתנת שכ"מ דקי"ל דבריו ככתובים

וכמסירים דמו לא גלה מר"ן דעתו כלל מה דינו וא"כ נימא דשכ"מ הקילו בו רבנן למקני אפילו לקטן שלא על ידי אחר הזוכה אלא דזה לא יתכן דהא לא העדיפו שכ"מ אלא להיות דבריו ככתובים וכמסורים דהייני דבר הצריך כתיבה בבריא וכו' וא"כ גם כאן חשבינן ליה כאלו מסר וא"כ התינח בקטן שהגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו דפסק בסי"ד דזכה לעצמו א"כ גם כאן הכי אבל אם תהיה הבת הזאת לא הגיעה לזה הרי עדיין צריכה יד אחרת לזכות לה וידה כמאן דליתא: ודבר זה לא מלבד הסברא הרי הדבר מפורש בס' משה"ר או"ץ שכתב כן וכן כתב משם מהרימ"ט בח' חומ"ש ס' צ"ו שכתב וז"ל למדנו ב' שיש מי שרוצה לומר דוקא במזכה לו על ידי אחר מהני אבל בלא זיכה לו ע"י אחר לא מהני כיון דליתא בבריא ליתיה בשכ"מ ואפע"ג דדברי שכ"מ ככתובים ומסורים דמי הני מילי היכא דהקנאה מעליא היא אלא דבציר ליה כתיבה ומסירה אבל בנדו"ד דאין כאן הקנאה מדינה לא מעלי ולא מוריד היותו שכ"מ והכנה"ג ס' רכ"ג הגהות ב"י כתב דתרי קילי לא עבדינן ע"ש וכן לע"ד יש להוכיח מן התוספת עכל"ה:

ועדיפא מזה ראיתי להרב הנז' שנסתפק אפילו בקטן שנותנים לו צרור וזורקו וכו' אי זכה במתנת שכ"מ שלא על ידי אחר וספיקא דידיה נולד לו מדברי הכנה"ג דכתבנו דתרי קולי לא עבדינן ומזה נסתפק אם זכות הקטן שהגיע לצרור הוא מדאורייתא א"כ בשכ"מ קנה הואל ואין כאן כי אם קולא חדא דהיינו דבריו ככתובים וכמסורים דמו וקנה אבל אי אמרינן זכיית הקטן שהגיע לצרור היא מדרבנן א"כ הוו תרתי קולות ולא זכה הקטן אפילו הגיע לצרור וזורקו יעו"ש דלבסוף העלה דזכיית הקטן שהגיע לצרור הוא מדאורייתא וזכה הקטן במתנת שכ"מ אפילו לא זיכה לו על ידי אחר איך שיהיה גם בנדו"ד אם הגיעה קטנה זאת לשיעור צרור וזורקו בודאי זכתה אבל אם עדיין לא הגיעה יש לנו לחקור אם זכתה או לא:

אלא דאחר החפוש מצאנו ארוכה ומרפא גם לזה מדברי רבותינו כמוהריב"ע ז"ל וכמוהריב"ץ ז"ל הובאו דבריהם בס' כר"ח להרב מו"ד ז"ל ח"א סק"ט שכתבו דמר"ן ס"ל כדעת הש"ך דבמתנה אפילו יש לה אב יש לה יד והלכך השמיט אותה סברא כאן ולא כתבה אלא באהע"ז בדיני גטין ועוד הוסיפו דלדעת מור"ם עצמו דוקא אם אדם אחר מזכה לקטנה הוא דאמרו דבמקום שיש לה אב אין לה יד דשמא אין אביה חפץ בזכייה זאת אבל כשאביה נתן לה אמרינן דיש לה יד דהרי גלה דעתו שרוצה הוא שתזכה דהרי בטל לה ידו ורשותו וכו' וכו' יע"ש שהביא לזה ראיות חזקות:

ועדיפא מזה אמינא דעקר הספק כאן שנסתפק הגאון לא יכולתי להולמו מהא דקי"ל דמוציאין למזון האשה והבנות ואפילו לכתובת בנין דכרין ממתנת שכ"מ כמ"ש בטוש"ע

סרנ"ב יע"ש וטעם הדבר הרי מפורש בדברי רבינו הטו"ר והש"ע וכל הפוסקים הואל והמתנה לא קנייה אלא לאחר מיתה א"כ גם הבת הזאת לא זכתה אלא לאחר מיתה ובאותה שעה הייתה הקנייה וכבר מת האב ואזי בודאי יש לה יד ודו"ק:

ועל ארבעה לו אשיבנו במה שצוה המת שאם לא תזכה הבת בנשואין יזכה יאודא בנכסים יש לחקור בזה אם גם זה נכנס בכלל ירושה אין לה הפסק ולא זכה יהודא או לא דהגם דמצינו כאן שהמצוה כתב לבתו שאם תזכה לנשואין תזכה בהסך הנז' וקי"ל בלשון יזכה הוא לשון מתנה וכמ"ש בס' רנ"ג ס"ב ומצינו דבר זה במחלוקת הוא שנוי הביאו הרב בס' רמ"ח דלדעת הר"ן והרז"ה לא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא באומר נכסי לך סתם הוא דאמרינן כיון שהוא רא ראוי לירש אינו לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק הא אם אמר לשין מתנה אפילו הוא ראוי ליורשו מתנה היא ויש לה הפסק ולדעת הגאונים והרמב"ם אפילו לשון מתנה ליורש לשון של ירושה הוא וירושה אין לה הפסק יעו"ש עכ"ף הרי מצאנו דדעת מר"ן בש"ע לפסיק כסברת הגאונים והרמב"ם וכמ"ש בס' רמ"ח ס"א שכתב שכל מתנה ליורש הרי הוא בכלל ירושה ה וירושה אין לה הפסק ע"כ:

ואחר העיון נראה דלא נכנס ענין זה כלל בכלל ירושה אין לה הפסק מתרי טעמי חדא דהא לא אמרו ירושה אין לה הפסק אלא אם זכה היורש בממון אזי הואל וזכה בו שוב אין האב יכול להתנות שיהיו לפלוני אחריו דבזה הוא שאמרו ירושה אין לה הפסק דהיינו דוקא באומר נכסי לך ואחריך לפלוני והואל וכבר זכה ירושה אין לה הפסק אבל בכאן מעולם לא מצינו כלל שהבת זכתה בשום דבר שהרי כך אמר המצווה שאם תזכה לנשואין תזכה במעות הא אם לא זכתה לא תזכה אלא יזכה יהודא הכוונה כאלו נתן מתנה על תנאי שאם זכתה הבת יהיו המעות נתונים לה ואם לאו לא נתן לה אלא ליהודא נמצא דזכיית יאודא לא היתה מיד הבת אלא מעקרא היתה מיד המת וכאלו מעולם לא היתה בת זו בעולם ודמי ממש נדו"ד לתשובת הגאונים שהביא הרב"י בס' רמ"ח שכתב וז"ל כתב בתשובת הגאונים יעקב צוה מח"מ דאי דייר ראובן ברי בבית פלונית לא תימרון ליה מדי ואי נפיק מינה יזדבן ביתה ויתייהב לעניים ומת יעקב ודר ראובן בההוא ביתה חמש שנים ויהביה ההוא ביתה לבריה ונפיק מינה ראובן ודר בה בריה אי נמי בר ראובן לא דר בה ונפיק עם אבוה ואי דר בה ראובן תרי שבועי ומת וקמת אתתיה ונפקה מההוא ביתא אי נמי לא נפקי היכי עבדינן. תשובה אי יהביה ראובן במתנה לבריה קנייה ההוא ברייה ואי יתיב בה בניהם ואתתיה בתריה קנייה דאמרינן נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי לירש אין לשני במקום ראשון כלום דירושה אין

לה הפסק ואי נפקי ראובן ואתתיה מההוא ביתה לאלתר קם בחזקת ענים ליזדבן וליתן דמים לעניים ואי לא נפקת אתת ראובן ובנים מההוא ביתה קמת להו ירושה בידיהו ולית מאן לאפוקינהו עכ"ל ויש לתמוה על זה דכיון דחשיב להאי מילתא כאומר נכסי לך ואחריך לפלוני כי נפקו בני ראובן ואתתיה מההוא ביתא אמאי קם ליה בחזקת עניים הא כיון דזכה בה ראובן היורש ירושה אין לה הפסק וכי נפקו מינה אתתיה ובריה מאי הוי עכ"ל הרב"י וראיתי להד"מ שתרץ לתמיהת הרב"י שכתב וז"ל ליזדבן וליתיהיב דמי לעניים דלא עדיף הבן והאשה מראובן עצמו דאם יצא מן הבית זכו בו עניים ובאופן זה נתנו לו אבל אם נתנו לראובן סתמא גם יורשיו היו זוכין הן סתמא היו זוכין בי כן נ"ל ודלא כהרב"י שכתב דלא יודע טעם הדבר והניח בצ"ע יע"ש וכן ראיתי להרב מוהריט"ץ זלה"ה ספ"י דדעתו לתרץ קושיית הרב"י כדעת מור"ם בד"מ וזו היא תכלית דבריי שכתב וז"ל דכוונת הגאונים היא כאלו אמר לו בית זה לך כדי שתדור בו ואחריך אם תצא לפרנסת העניים עכל"ה יע"ש באורך איך שיהיה נקטינן מדברי הד"מ ומהריט"ץ זלה"ה דאפילו במה שתפס כבר היורש אם היתה הזכייה מעקרא אדעתא דתנאי זה אם נתבטל התנאי נתבטלה המתנה והוא כדעת הרא"ש בתשובה דמתנה על מנת לא אמרינן בה ירושה אין לה הפסק וא"כ מכ"ש נדו"ד דמעולם לא זכתה הבת כלל והיתה צריכה להיות זוכה לנשואין ואח"כ תזכה א"כ אם ב"מ לא תזכה לנשואין מעולם לא זכתה בשום ממון כדי שיאמר עליו ירושה אין לה הפסק וזה פשוט:

ואל תשיבני מהא דמצינו להרב"י שהביא סברת הפוסקים דמקהו קיוהא על מאי דקי"ל ירושה אין לה הפסק והקשה רבינו יוסף הלוי ז"ל על זה מהא דאם אמר תנו לבני שקל בכל שבת והנשאר מהנכסים אחר מותם יהיו לפלוני אין נותנים להם אלא שקל אפע"פ שאינו מספיק להם ועל זה הקשה היאך יזכה בהנשאר השני הרי ירושה אין לה הפסק ונאמר בזה שלשה תרוצים תרץ הראשון הוא דאה"ן דאלו אמר תנו שקל לבני בשבת נמצא שלא זיכה להם אלא שקל בכל שבת ובמה שזכו אה"ן אין לו הפסק שאלי לא הספיקו ליטלן בכל שבת ושבת ומתו יורשיהם יורשים אותם אבל השאר לא זכו בו מעולם. ותרוץ השני הוא דשאני התם שלא באו ליד היורש מעולם דשוינהו לנכסי ביד שליש ומשום הכי יעשה שליש מה שהושלש בידו וכו' ולהרמב"ם מתרץ דשאני התם באומר תנו שקל בכל שבת מיירי שפירש ואמר לא משום ירושה אני נותן שאין לה הפסק אלא במתנה ויש לה הפסק יעוין כל זה בהרב"י סימן הנז' והנה מצינו למר"ן בש"ע בחר לו דרך בסברת הרמב"ם ז"ל וכתב ז"ל ולפיכך אם נתן המעות על יד שליש יאמר תנו לבני שקל בכל שבת ולא משום ירושה אני נותנה להם והנשאר מהנכסים אחר מותם

יהיו לפלוני אין להם אלא שקל אע"פ שאינו מספיק ע"כ וכתב הסמ"ע סק"ז דהרמב"ם כתב כלשון המחבר ומשמע מלשונו דלא ס"ל כתרוץ הר"ן וכו' יע"ש וא"כ באומרך לא ס"ל להרמב"ם תרוץ הר"ן מכ"ש דלא ס"ל תרוץ הרא"ם שהביא הרב"י דאומר יטול שקל לא זכה עדיין היורש ודאי דלא ס"ל להרמב"ם האי תרוצא ומצריך לפרש ולומר דלא משים ירושה וא"כ הואל ומצינו למר"ן דנקט כלשון הרמב"ם א"כ ש"מ דלא ס"ל למר"ן איתו תרוץ המחלק ואומר דאם אמר יטול שקל בכל שבת לא יזכה עדיין וא"כ ש"מ אפי' בדבר שעדיין לא זכה בו ס"ל למרן דאמרינן ירושה אין לה הפסק זולת אם פירש ואמר לא משים ירושה: זה אינו וחלילה לומר כן דודאי בדבר דלא זכה בו עדיין לא מצינו שום חולק - על תשובת הרא"ש שכתבנו לעיל דבדבר שעדיין לא זכה בו כגון מתנה על תנאי - שיאמר ירושה אין לה הפסק. אלא טעמו דהרמב"ם למה מאן ימאן בתרוץ הנז' והוצרך לומר דמיירי במפרש. הוא משום דס"ל דהאומר יטול בני שקל בכל שבת לא מקרי עדיין לא זכה אלא דס"ל להרמב"ם דודאי זכה מקרי דהא אם חיו יחיה הכל שלו ומעתה נתנם לו דהרי כך כוונתו מעקרא כשנתנם ביד שליש נתנם אדעתא שיהנה בהם בניו אלא שיחלקם שקל בכל שבת ושבת ואחריו יטול פלוני אחר והוי כאומר נכסי לבני ואחריו לפלוני דזכה הראשון ולא אמרינן דלא זכה בהשאר. אבל אם יהיה באופן זה דלא זוכה כלל לבן אלא נתן המעות ביחידות ואם תזכה הבת תזכה ואם לא תזכה יזכה יהודא ודאי דהרמב"ם יודה ולית דין ולית דיין. ואדרבא אמינא דנדו"ר עדיף ממתנה על תנאי דמתנה על תנאי היה מזכה לו מעכשיו אדעתא שיקיים התנאי אבל בכאן לא זכה כלל מעכשיו אלא צריך עד שיתקיים התנאי דהיינו תזכה לנשואין אזי תזכה במעות וזה פשוט דליכא מאן דס"ל דיש לומר בזה ירושה אין לה הפסק:

הן אמת אחר החיפוש ראיתי למהריט"ץ ז"ל בס' ל"ח ששם נשאל על שכיב מרע שצוה ומינה אפוטר' על כל נכסיו ואמר לו אם יגיע בני לנשואין אזי תתן לו הנכסים הללו ואם לאו מעכשיו יהיו לישיבה ידועה ששמעון פקיד עליה ויהי לתקופת השנה מת הבן ולא זכה לנשואין מי יזכה בנכסים וכו' ועל זה השיב הרב וז"ל בסוף ועתה נבוא לשאלת השואל הגם שאמר אזי תתן לו הנכסים שהם לשין מתנה מ"מ לדברי הגאונים והרמב"ם אפילו מתנה אין לה הפסק וכו' וא"כ השתא למאי ניחוש אי משום דאמר לשון מתנה הרי כבר כתבנו שלשון מתנה ליורש כירושה הוא לסברת הגאונים והרמב"ם וכן הלכה ואי משום שאמר מעכשיו הרי הריב"ש ז"ל ס' קס"ח כתב דאפילו מעכשיו לא מהני עכ"ל הרי לפניך דשאלת מהריט"ץ היא כנדו"ד שצוה דלא יזכה אלא אם יזכה לנשואין הלאו הכי לא ועכ"ז כתב בזה דירושה אין לה הפסק הגם דמעולם לא באה הירושה ליד הבן:

אלא דבראותי זאת תמהתי דלפי דעתי הסברא אשר כתבתי היא ישרה בעיני ולא מצאתי מנוח לחזור מסברתי כלל ועזרני ה' ואינה לידי וראיתי להרב משל"ם בהל' זכייה פי"ב הלכ"ו ששם הביא פסק זה של רבינו מהריט"ץ זלה"ה וכתב איהו עליו וז"ל ולעקר הדין לא אחשוך פי שאין דעתי נוחה לענין פסקא דדינא ודמי נדו"ז למתנה על מנת שיעשה שכתב בה הרא"ש דלא אמרינן ירושה אין לה הפסק והאריך בזה הרבה כיון שלא נתקיים התנאי אין כאן מתנה ויכול להפסיקה גם בנדו"ז לא זכה לבנו אלא אם יגיע לנשואין ואם לאו יהיו לחברת הישיבה מעכשיו וכיון שלא נתקיים התנאי בטלה מתנת בנו ודברי הרב אחר המחילה אין בהם על מה שיסמכו והאמת יורה דרכו ודו"ק עכ"ל וכראותי זאת נתתי שמחה בלבי ולדעתי פשוט דיש לנו לסמוך בזה על דעת הרב משל"ם דהואל ובתראה הוא ודחה דברי הרב בטוטו"ד וטעמו ונמוקו עמו דלפי האמת תמיהא רבתי דהרי גם הרב מהריט"ץ עצמו מודה דאם היתה המתנה בתנאי דלא אמרינן בה ירושה אין לה הפסק וכמו שפירש איהו עצמי בספ"ו שכתבנו לעיל בדברי הגאונים ז"ל שפירש שם דכוונת הנותן היא אם ידור בבית יזכה הא אם לא ידור יזכו עניים ומה לי זה או זה אם יזכה לנשואין יזכה במעות הלאו הכי לא ולדעתי דבריו קשיין אהדדי איך שיהיה לדעתי פשוט דכותיה דהרב משל"ם נקטינן ולא זכתה הבת כלל למימר ירושה אין לה הפסק:

שוב אחר החיפוש ראיתי דנדו"ד יוצא מדברי מור"ם עצמו בס' רמ"ח ס"ז דשם כתב מר"ן וז"ל ואין כל הדברים האלו אמורים אלא באומר ואחריך לפלוני ולא אמר מהיום אבל אם אמר לו ואחריך מהיום לפלוני ומכר הראשון השני מוציא מיד הלקוחות ע"כ וסיים שם מור"ם וכתב ז"ל וי"א דלא אמרינן בכה"ג דירושה אין לה הפסק וי"ח וס"ל דאין לחלק בין אמר מהיום או לא אבל הסברא הא' נראה עקר עכ"ל הרי לפניך מדברי מור"ם דפסק הלכה כסברת האומר מהיום לא אמרינן ירושה אין לה הפסק וא"כ גם כאן הגם דלא אמר יזכה יהודא מעכשיו כאלו אמרה דמי דהא לא הוצרכו לומר יזכה מהיום אלא באומר נכסי לך דזכה הראשון אזי צריך לומר לשני ואחריו לפלוני מהיום דבזה הוי כאלו זכה מהמת ולא מהיורש וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ב הטעם דאז אין להראשון בנכסים אלא הפירות כל ימי חייו והגוף מהיום להשני וכו' יעו"ש א"כ בנדו"ד דמעולם לא זכתה הבת למאי צריך לומר ואחרי' יזכה יהודא מהיום הרי סתמו כפירושו דהכוונה היא שאם תזכה הבת תזכה היום בממון והכוונה מהיום ואם לא זכתה אזי יזכה יהודא והבת לא זכתה כלל ואדרבא בנדו"ד אפילו הי"ח ואומרים דאין לחלק בין אמר מהיום או לא בכאן מודו דהא כתב שם הסמ"ע סק"ך וז"ל וי"ח פירוש חולקים ואומרים דבה"ג אמרינן ירושה אין לה הפסק אפילו בכהאי גוונא כיון דעכ"פ זכה בפירות כל ימי חייו זכה גם

בגוף וכו' עכל"ה א"כ בנדו"ד דמעולם לא זכתה הבת לא בגוף ולא בפירות פשוט דלא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק ותו לא מידי. וכל זה לא כתבנו אלא לרוחה דמילתא ולפלפולה בעלמא דאעקרא דדינא לא נכנס זה בדין ירושה אין לה הפסק דהא לא אמרו אין לה הפסק אלא במי שהוא יורש מן התורה וכמ"ש רבינו הטו"ר ז"ל בריש הסימן אבל בת זה ממה נפשך בין אם היא מהאשה שהניח אחריו המצווה הזה הרי מובן מן הצוואה שכתובת אמה היא כתובה כדת והואל וכתובת אמה כתובה דאורייתא הרי אין לבת כי אם עשור נכסי בנכסי האב וכמו שהכריע הרב יוא"ל זלה"ה בס' תוש"י ח"ב ס"ז בסברות ברורות דאפילו במקום שנהגו על פי התקנה שהבת שעדיין לא נשאת חולקת כזכרים עכ"ז אם כתב לה כתובה כדת נוטלת עשור נכסי דוקא יע"ש ואם אמור נאמר דהבת הזאת היא מאשה אחרת שהיתה כתובתה כמנהג הקהלות הנהוג בינינו דחולקת ג"כ כזכר ג"כ אין לה כי אם עשור נכסי בנכסי האב הואל וכבר נלב"ע אמה ונטלה ירושת אמה כמו שבא הדבר מפורש בס' הישר ספר התקנות יעו"ע ואפילו נימא דיש איזה תקנה בעי"ת פאס יע"ה שאפילו האשה לא תחלוק עם היורשים אלא תהיה נפרעת כדת עכ"ז הבת שעדיין לא נשאת נוטלת חלק כזכרים עכ"ז הרי כל זכייתה אינה אלא מדרבנן או מתקנות האחרונים ומעולם לא נקרא עליו שם יורש במקום שיש זכרים ובודאי דלא נגעה ולא פגעה ענין זה בדין ירושה דאין לה הפסק ותו לא מדי:

ובענין מה שצוה שיפרעו לאלמנה כתובתה ויוסיפו לה שעור שני כתובות יש להסתפק אם כוונתו לפרוע לה בלי שבועת אלמנה או הכוונה אחר שתשבע כדת אזי יפרעו ויוסיפו לה כעין זה מצינו להרב החבי"ב בס' בע"י חי"י סקפ"ד נשאל במי שצוה בשעת מותו ואמר לעדים דעו שהנכסים שיש לי אינם מספיקים לכתובת אשתי ואני מתרצה להיות רשאה ושלטאה בכל נכסי שישארו אחר מותי לעשות מהם חפצה ורצונה ע"כ וכתב הרב על זה וז"ל כיון שהחכם השלם בעת מותו אמר הוו יודעים שהנכסים שיש לי אינם מספיקים לכתובת אשתי הרי זה פטרה משבועה והודה שהוא חייב לה ולא אתפסה צררי דאם איתא דאתפסה ולא חייב לה מה זה שאמר הוו יודעים וכו' אלא ודאי כוונתו לומר הוו יודעים שאני חייב לאשתי כתיבתה והו"ל החייב מודה ואם לחשך אדם לומר מה יושיענו זה שהודה הבעל בשעת מיתתו שלא התפיסה צררי לפוטרה משבועה והלא כיון שהשבועה שהיא צריכה לישבע היא בנוסח זה שלא התפיסה הבעל בחייו ולא תפסה איהי משלו כלום כמ"ש הטו"ר באהע"ז ס' צ"ו בנוסח שבועת אלמנה ובנוסח שהביא הרב"י שם בסוף הסמן וכו' א"כ עדיין היא מחוייבת לישבע שלא תפסה כלים בחייו ומי פטרה משבועה זאת אף אתה אמור לו דכיון דלא מצינו בשום מקום

בתלמוד דצריכה לישבע שלא תפסה אלא שצריכה לישבע דלא אתפיסה הבעל צררי וזה שכתבו הרבנים דצריכה לישבע שלא תפסה משל בעלה הוא ע"י גלגול קאמרי דרך אגב א"כ במקום שאינה צריכה לישבע דלא אתפיסה הבעל אינה צריכה לישבע שלא תפסה וכו' עכל"ה:

א"כ ממנו נלמד בקו"ח לנדו"ד שמצוה מצו לצו שיפרעו לה כתובתה א"כ הרי הודה דעדיין הוא חייב לה כתובתה ומצוה עליה לפורעה ואדרבא מוסיף תת כחה לתת לה בתורת מתנה שעור שני כתובות פשוט דאין עליה שום שבועה כלל ואפילו אי הוה אמרינן דשבועת לא תפסה מבעלה כלום לא אתייא על ידי גלגול בנדו"ד הייתי אומר דאינה נשבעת הואל ואנן קא חזינן דמגדיל כחה ועושה עמה טובה לאת לה על חד תרי ודאי כוונתו לעשות עמה טובה כפולה אפילו מה שאינו חייב לה ומכ"ש שרצונו לוותר עמה אפילו אם נמצא שלקחה איזה דבר בחיים חייתו ומכ"ש שאין לקום להשביעה מכח ספק. זה דבר פשוט:

ומה שהוסיף המצווה בדבריו ואמר פלונית תטול ארבע מאות דורוס וכו' סתם ולא אמר מנכסיו יש לנו לחקור אם זכתה או לא דהנה מצינו להרב"י בס' רנ"ג סכ"ה שכתב משם הר"ן דהגם דאוקימנא במסקנא דתלמודא דלא חיישינן למנה קבור אפילו הכי האומר הרי אני נותן מנה לפלוני מנה דוקא קאמר הלכך היכא דאיתה בעיניה מנה ממש קאמר נאבד מראהו מנה אבוד וכו' והיכא שאין לו מעות בעין כלל כל שלא אמר מנכסי איכא למימר דלא זכה מקבל מתנה דמנה דוקא קאמר והא ליתי ליה וסיים הרב"י דגם הרב המגי"ד פרק עשירי דזכייה כתב כן יע"ש ודינים אלו פסקם בש"ע בס' הנז' סי"ט והוסיף מור"ם שם בסי"ט על דבריו וכתב וז"ל וכ"ש אם אמר ליתן לו מעות או זהובים דוקא קאמר ואי ליתי ליה הפסד אם לא אמר מנכסי או לשון אחר שמשמע כמו נכסי ע"כ וא"כ גם כאן הואל ואמר תטול ארבע מאות דורוס שהם ממש מעות או זהובים דכתב מור"ם במכ"ש יש לנו לומר דוקא אם יש למת מעות בעין הוא שזכתה הלאו הכי לא זכתה:

אלא דאחר החפוש מצאנו ארוכה ומרפא גם לזה מדברי מהרד"ך ז"ל הביא דבריו הרב"י בס' הנז' בסוף הסמן וז"ל כתב מהרד"ך בית שלשים שכ"מ שהיה מצוה בעזבון נכסיו אע"ג דלא אמר מנכסי הוי כאלו אמרו ע"כ וא"כ גם כאן הואל והמנוח בצוואה זאת מחלק כל נכסיו ועזבוני בודאי דגם דלא אמר מנכסיי כאלו אמרו ובפרט בצוואה זאת דכבר מריש דבריו מוכח דמנכסיו קאמר דהא מצינו בצוואת זהר"א כתב תטול סך ארבע מאות דורוס מנכסיו וכן בצוואת מזלט"ו אמר מנכסיו א"כ גם כאן הגם דלא אמרו כמי שאמרו דכוונת דבריו אזלי על דרך דבריו הראשונים:

ומעתה הביא נבוא למ"ש וצוה המנוח שיפרעו לאשתו כתובתה וכו' ותהיה נזונית מנכסיו על שולחן יאודא וכו' הנה מצוואה זאת מבורר דאשתו כתובתה היא כדין כתובה כדת מדמצוה לפורעה כתובתה וא"כ יש להסתפק בצוואה זאת מאי דעתה אם כוונתו היא במה שאמר ותהיה נזונית על שולחן יאודא הוא אחר שיפרעו לה כתובתה או דוקא כל זמן שלא תבעה ואם תבעה אבדה כדין האלמנה שתובעת כתובתה:

אלא דאחר העיון נראה פשוט דהמצוה הזה לא נתכוון בזה אלה להעדיף כח האשה כמו שהעדיף כחה בדמי הכתובה כך כוונתו דאפילו לאחר שתתבע כתובתה ויפרעו לה עכ"ז לא אבדה מזונותיה מבית יאודא דהא פסק הטור ש"ע באהע"ז סצ"ג ס"ג דאם צוה בשעת מיתה אל תזון אשתו מנכסיו אין שומעין לו ואין היורשים יכולים לפרוע לה כתובתה ולסלקה מהמזונות אלא היא נזונית על כרחם כל זמן שלא תתבע כתובתה יע"ש וא"כ בכאן אם נפרש במה שאמר יפרע לה היינו בעל כורחה בזמן שירצו הם ומה שאמר תהיה נזונית על שולחן יהודא היינו כל זמן שעדיין לא פרע לה אבל כשיפרע לה תהיה מסולקת זה לא יתכן דבריו מהבל ימעטו בזה בתרי הצוואות דבמה שאמר יפרעו בעל כרחה הרי פסק הש"ע ערוך לפניך דאין בידם כח ובמה שאמר תהיה נזונית על שולחן יאודא ג"כ הרי פסק הש"ע בס' צ"ד ס"א דהמזונות והמדור היא כפי מה שהיתה בחיי בעלה יע"ש ולא שתהיה נגררת על שולחן אחרים וא"כ היאך יתקיימו דברי המצווה הזה במה שהוא נגד הדין:

אלא דיש לנו ללמוד זה ממאי דקי"ל כר' עקיבא בפרק יש נוחלין דקל"ח דכל לישנא יתירא בשטרות לטפויי אתא דפסקה מר"ן בש"ע סרי"ד ס"ב דמדהוצרך לכתוב דשייר בור ודות לטפויי אתא דאפילו הדרך הניח לו יעו"ש ובמקומות אחרים דפסק כן וא"כ גם כאן אפילו אם לא אמר המצוה בצוואתו שתהיה נזונית משולחן יהודא אלא תהיה נזונית סתם הייתי מפרשי מכח היתור דהיינו הכוונה אפילו אחר שיפרע לה דהיינו לכשתתבע היא כתובתה דקי"ל אבדה כתובתה דכאן אמרינן דכוונתו היא לטפויי דאפילו אחר שתתבע תהיה נזונית מכ"ש בכאן דאם באנו לפרש דבריו דהיינו יפרעו לה בע"כ וכו' יהיו דבריו נגד הדין ואין קיום לדבריו בודאי דלא דרשינן ליה אלא בלטפויי אתא:

ואל תשיבני על זה דבשלמא לישנא יתירא הואל והיא יתיר יש לנו לדרוש בטפויי כדי שלא יהיו דבריו יתרים אבל בכאן דאדרבא לזה נתכוון המצווה היא אדרבא לגרוע כחה שכל זמן שלא תבעה כתובתה תהיה נזונית על שולחן יאודא ולא בביתה לפי כבידה וא"כ נימא אפילו נניח דברי המצוה הזה בספק אם כוונתו להעדיף לה המזונות משולחן יהודא אפילו אחר שתתבע אי כוונתו להגריע כחה קודם שתתבע הרי קי"ל כל לשון

המסופק בשטר יד בעל השטר על התחתונה אלא לזה אני אמיר הרי כבר חלקו רבותינו כמ"ש הש"ע בס' מ"ב ס"ט דלא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא במקום שאין השטר בטל לגמרי אבל במקום שהשטר בטל בו לא וכו' יע"ש ומצינו להש"ך שם בס' הנז' סקי"א כתב דלא בעינן עד שיתבטל לגמרי אלא אפילו היו כתובים בו ענינים אחרים רבים שיש להם קיים ולדבר אחד יתבטל כדי שלא יתבטל אותו דבר לא אמרינן יד בעה"ש על התחתונה ופירשה שם כגון אם היה כתוב בשטר מאה לזמן פלוני ידוע ומאה לפסח סתם אפילו הכי מפרשינן פסח הקרוב שלא יתבטל השטר לגבי המנה של פסח יעו"ש:

וא"כ גם כאן הואל ואי מפרשינן ליה דכוונתו להגריע כח האשה אתא מתבטלת צוואה זאת לגבי מה שכתב לאשה דודאי דאין לנו לפרשה בדרך הגרוע ולא דרשינן לה אלא לשבח האשה ולהגדיל כחה דהיינו כך דעת המצווה שהאשה זמו"ל יפרעו לה כתוב' וכו' היינו בזמן שתתבע היא כתובתה אבל כל זמן שלא תבעה ודאי בזה לא דבר שהרי דינה ערוך בש"ע אלא אחר שתתבע יפרע לה ויוסיף לה שעור שני כתובות וגם תהיה נזונית משלחן יהודא כל זה בתורת תוספת ומתנה:

והגם דמצינו למור"ם שם שסיים וכתב וז"ל וי"א דהיינו דוקא בדבר דליכא למתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לשון דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר ע"כ וכתב שם הש"ך בס' ק"כ דאפילו כתב מור"ם לשין וי"א מוסכם הוא לדברי הש"ע יעו"ש:

הרי מצינו להש"ך בס' קכ"ב שכתב דדברי מור"ם הם במי שכתב המתנה בלשון הנחה כיון דהרא"ש סובר דמהני א"כ י"ל שהנותן טעה וסבר כן אבל בלשון אתננו דליכא מאן דאמר דמהני אם לא שהנותן טעה בכך הלכך היכא דאפשר לפרש השטר בלשון אתננו ואפשר לפרשו באופן אחר דמהני לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ע"כ וא"כ גם כאן הואל ודין זה דתנאי הכתיבה ידועים הם לכל העולם וסדורים בש"ע וליכא מאן דלא ידע בזה דודאי כל מאי דמצינן לפרש בכוונתו מפרשינן ולא אמרינן שטעה:

והגם דהסמ"ע שם סקכ"ו פירש כוונת מור"ם שם בדאמר המצווה אתננו ובמלת אתננו הרי ליכא עליה חולקין דלא מהני וכמ"ש הש"ך ועכ"ז פירש הסמ"ע דמור"ם בזה דבר וא"כ משמע דאפילו בדבר שאינו במחלוקת אמרינן אפשר טעה אפילו הכי נדו"ד גם הסמ"ע יודה בו דלא אמרינן שטעה הואל ודין דתנאי כתובה ליכא מאן דלא ידע ביהו כלל וא"כ הואל כל מאי דמצינן למדרש דרשינן ויש לי ראיות על זה דבדבר הודיע לא אמרינן שטעה כלל אלא שאין כאן מקום להאריך:

ויש לנו לומר דודאי לא נתכוון אלא להשביח כח האשה כדי שלא לבטל הצוואה הואל ונכתבה ונחתמה דין שטר יש לה שאין לבטלו בדבר המסופק: וכל זה לריחה דמילתא דבנדו"ד אין אנו צריכים לכל זה דיש לנו להשען על מה שפסק הש"ע בס' ס"א סט"ו שכתב וז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותי דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי יהיה סבור שהדין הוא בטען כך ומפני כך כתב אותו לשון ע"כ וא"כ גם כאן יש לנו לדקדק בדברי הצוואה שכתב יפרעו לה כתובתה ותהיה נזונית וכו' משמע שאחר שיפרעו לה עכ"ז תהיה נזונית על שולחן יאודא ונתכוון בזה דלא יעשו עמה כמשפט התורה דהיינו לאחר הפירעון לא תהיה נזונית זהו מה שיש לנו לפרש בדברי המצוה הנז':

ואין לפרש דבריו דכוונתו שיפרעו לה דהיינו קודם שתתבע ויתנו נוסף שעור שני כתובות וכונתו אדעתא שתהיה נזונית משילחן יאודא היינו קידם שתתבע או קודם שירצו לסלקה וכוונתו אדעתא דהכי הוסיף לה כדי שתהיה נזונית על שולחן יאודא דוקא וגם אדעתא שאם ירצו לסלקה קידם שתתבע יכולים לסלקה הלאו הכי אם תרצה לעשות משפט כתוב לא תקח התוספ': פירוש זה לא יתכן הואל ונכתב הדבר בלי שום תנאי כלל מנין לנו להוליד התנאי דפשט הלשון אינו מורה על שום תנאי כלל וא"כ פשוט דכוונתי היא כמו שאמרנו דלא נתכוון אלא ליפות כחה של האשה לאחר שתתבע כתובתה אתא דהיינו לאחר שתתבע תהיה נזונית אלא מה שעומד לנו בזה הות מה שמצינו למר"ן באהע"ז סצ"ג ס"ו דשם כתב שכיב מרע שצוה שתהיה אלמנתו נזונית מנכסיו כל ימי מיגר אלמנותה יתר על כתובתה יש מי שאומר שאין אלמנתו מפסדת מזונותיה בתביעת כתובתה בב"ד וכו' ומצינו שם להרב חל"ם ולהרב"ש שם שכתבו דבתשובת ריב"ש ז"ל שממנה חוצב דין זה שם איירי דכתב לה בלשון מתנה וא"כ מדבריהם משמע דאם לא כתב לה לשין מתנה לא מהני והן אמת דהרב חל"ם כתב שם דמר"ן כתב בסתם דבריו ותמה עליו מכח דברי הריב"ש דשם איירי באומר משום מתנה הלאו הכי לא מהני וא"כ היאך מר"ן סתם דבריו וא"כ מדברי הרב חל"ם ז"ל משמע דמר"ן לא שאני ליה בין כתב לשון מתנה או לא עכ"פ הרי הלח"ם ז"ל עצמי סיים בסוף דברייי וכתב וז"ל ואפשר שסמך הרב על הטעם השני שכתב וז"ל יעוד מסייע לאלמנה מ"ש ג"כ בלשון הצוואה יותר על כתיבתה וכו' ומ"מ אין זה ברור וכו' יע"ש וא"כ לא מלבד דלא הספיק טעם זה לדעת הרב חל"ם ז"ל הרי נוסף דבנדו"ד אפילו אותו טעם שהיה בדעתי של הלח"מ לסמוך עליו הואל והיה כתוב בצוואה יתר על כתובתה בכאן לא נמצא ולא

היה שום לשון יתיר אלא אמרינן דמה שכתב ותהיה נזונית היינו אחר הפירעון וא"כ במאי קנתה האשה הנז' המזונות אחר הפירעון:

אלא דאחר העיון נראה דאין הנדון דומה לאותו דין דהריב"ש זיע"א דבשלמא התם דאמר שתהיה אלמנתו נזונית מנכסיו כל ימי מיגר אלמנותה יתר על כתובתה וכו' הלשון הזה יש בו ספק אם בתנאי ב"ד קאמר אי אחר שתפרע בכתובתה עכ"ז תהיה נזונית קאמר על זה כתב הריב"ש דוקא דאמר בלשון מתנה דהואל ונתן בלשון מתנה לא נתכוון אלא על העודף דהיינו אחר שתתפרע הלאו הכי מחייב ועומד הוא אבל אם לא אמרינן לשון מתנה איכא למימר דבתנאי ב"ד קאמר אבל בנדו"ד כבר כתבנו על פי דברינו האחרונים דמדקדקים דבריו והואל ואמר שיפרעו לה כתובתה ואח"כ אמר תהיה נזונית ודאי דהכוונה אחר שיפרעו תהיה נזונית וא"כ כאלו פירש דבמתנה נתן לה דהיינו אחר שיפרעו עוד יוסיפו שעור שני כתובות ומזונות משלחן יהודא כולהו בתורת מתנה נתן לה:

שוב ראיתי לרב אחרון חביב בעל חתם סופר בחלק אהע"ז ס' ק"ם ששם נשאל כנדו"ד בראובן שחלק נכסיו וריבה לאחד:

ומיעט לאחד וכתב וז"ל ונגד זה מה שנתתי לבני ראובן הנז"ל מחויב בני ראובן לשלם כל החובות וכן מחייב להספיק כל צרכי אשתי רחל כל ימי חייה אתו עמו בבית ואמנם אם לא יוכלו לשבת יחדיו מחויב ראובן לתת לה מדי שבוע בשבוע סך שני זהובים ועכ"ז תשאר בביתו כקדם וכבתחילה וחיוב שעבוד ופרעון כתובתה לאשתו מוטל על בני ראובן ושמעון מחצה על זה ומחצה על זה עכ"ל הצוואה והשיב הרב בזה בזה"ל אחר שזכינו לדין נבוא בעז"ה לנדון שלפנינו שכתב ומחויב ראובן בני להספיק צורכי אשתי וכו' וכו' מבואר בזה שני דברים למעליותא דאשה. חדא שתזון מלבד חיוב מזונותיה דתנאי ב"ד אפילו אחר שתבעה כתובתה שהרי כתב שאם לא יוכלי לשבת יחדיו יתן לה שני זהובים לשבוע ועוד כתב לה שתשאר בביתה כקדם וכמאז וקשה וכי בדידיה תליא מילתא להטיל פשר זה הלא ע"כ יזון אותה כפי שומת ב"ד וגם לתת לה מדור לפי כבודה אלא ע"כ אאחר שאבדה דירה ומזונות על פי תנאי ב"ד מ"מ תדור ותזין ע"פ צוואתי וכו' אך נהי דכן היתה כוונת המצוה ולשון השטר מכל מקום כיון שלא הניח לה מנכסיו כו"כ שתזון ממנו ותדור בו לא קנתה המזונות עכ"פ ואין ממש בצוואה זאת דהא כבר הגאונים מארי הגאון בהפלאה ז"ל והגאון בית מאיר זלה"ה צווחי ככרוכיא על דינו דהריב"ש דפסק הש"ע בס' צ"ג ס"ו דכתבנו משום דכל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ במה תקנה האשה לזון מנכסיי הא הוי דבר שאין בו ממש ודבשלב"ל והסכימו שני הגאונים

שצריך שיכתוב לה אני מניח מנכסי שתזון וכו' שנוכל לומר שהוא כמו דקל לפירותיו שנכסיי הם בעולם וכו' אך עכ"פ הבן שקיבל יותר מחלקו המגיעו על תנאי ב"ד שיזון אלמנתו ואם לא יקיים התנאי גם הוא לא יקבל יותר משאר אחיו כשיעור הזה וינכה לו חלק הטופייאנה שלו לפי שעור שרצה האב ליתן לאלמנה ואותו שעור יתחלק בין יורשי דאורייתא שוה בשוה עכל"ה נמצינו למדין מדברי הרב הנז' הואל וכתב לה תהיה נזונית ותדור במקום דלא היה צריך למכתב ודאי דלא נתכוון אלא למעליותא דאשה וא"כ מכ"ש כאן דכתב לה דבר שהוא משמעותו נגד הדין אם תפרשו דנתכוון לגרוע כחה אתי כמש"ל ודאי דלא דרשינן ליה לגריעותא אלא למעליותא כדי שלא יפול שטר הצוואה בזה נוסף על זה דכך מורה לשון הצוואה כמו שכתבנו דמדקדקים לשין השטר ובכאן מצינו דפשט הלשון כך מורה שיפרעו לה ואח"כ תהיה נזונית בזה לית דין ולית דיין דכך קאמר אלא שנשאר לדקדק גם בדין זה שלא מצינו להמצווה שייחד להאשה במה תזון אחר פרעונה ומצינו להרב ח"ס שכתב משם הגאונים הנז' דאותו דין דהריב"ש והש"ע הוא במניח לה ממון כמו דקל לפירותיו וכו' כמ"ש בדבריו הרי הדין מפורש לומר שיהודא אדעתא דתנאי נתן לי אביו וכו' וכמו שדן הרב בדיניה כנז"ל דהיינו גם כאן אם לא רצה יהודא לזון אותה צריך הוא לתת שעור המזונות לחלוק אותו בינו ובין היורשים הואל ואביו התנה שיזון את אשתו והשאר יזכה בו משמע דאדעתא דהכי נתן לו אדעתא שיזון את אשתו ואם לא זן בודאי לא יזכה כדינו של הרב ח"ס ז"ל ומה שצוה גם כן שיפרנס אותה יהודא בכסות גם בזה יש לנו לדון דודאי להשביח לה נתכוון אפילו אחר שתתבע עכ"ז יהודא יפרנס אותה כפי כבודו מהטעמים שכתבנו במזונות:

אלא מה שנשאר לבנו מהסס הוא דלפי מה שכתבנו דלישנא יתירא לטפויי אתא וגם מדברי הרב ח"ס שכתב כן שהרי מכח לישנא יתירא כתב דכוונת המצווה היתה על אחר הפירעון הנה יש להקשות עליו על אותו דין דהריב"ש דפסק הש"ע בס' צ"ג ומקשה עליו הרב חל"ם למה מר"ן פסק בסתם הרי דוקא הריב"ש כתב דצריך לכתוב לה לשון מתנה וכן דעת הרב"ש ז"ל הלאו הכי נימא דנתכוין לה לזון בתנאי ב"ד הרי יש להקשות דהיאך יש לומר דאם לא היה לשון מתנה נימא דבתנאי ב"ד קאמר הרי לישנא יתירא הוא וכל לישנא יתירא לטפויי אתא ובודאי נוסף על אחר הפירעון קאמר גם יש לי לדקדק על הרב חת"ם סופ"ר דבנדו"ד שכתב המצוה שמחויב ראובן להספיק מזון להאשה וכו' ואוקמה הרב דבאחר פירעון דכתובה קאמר היאך הרב לא נסתפק ולא העלה על שפתיו ספיקו של הרחל"ם והרב"ש שכתבו דדינו דהריב"ש בכתב לה לשון מתנה זה תימא בעיני ואי לא מסתפינא אמינא דהרב ח"ס לא ניחא ליה בדברי הרב החל"ם והרב"ש

ואיהו ז"ל סבר דברי מר"ן בסתם הוא אפילו לא כתב לה לשון מתנה וטעמו הוא משום לישנא יתירא וכמו שדן איהו את דינו מכח לישנא יתירא לטפויי אתא וצלי"ע:

ובמה שצוה שיהודא אם ירצה לתת עשרה דורוס ללונה אין קפידא לא ידענו כוונת המצוה בזה ואין כאן כי אם דברי מותר והנראה הוא דהמצוה יש לו קפידה על לונה ואין רצונו להיות לונה נהנית מנכסיו זולת עשרה דורוס דוקא ועל כן הוא מצווה אם ירצה לתת עשרה דורוס אין קפידא אבל יותר יש קפידא עכ"ז דברים אלו לא נתנו ליכתב והוה ליה לצוות לו בע"פ הואל ואין כח ביד המקבלת בזה הצוואה הואל ולרצון יהודא הדבר מסור סוף דבר אין כאן כי אם ספק יתיר:

ומה שמצינו להמצווה הנז' שביום שני כשהלכו לבקרו חזר ממקצב הנכסים שנתן ליהודא וחזר וצוה שיהודא יוסיף לתן לפלונית עוד נוסף וכו' ומצינו בס' ר"ן סי"ב דשם פסק בש"ע דשכ"מ שנתן כל נכסיו יחזר במקצתם מסתמא חזר בכל יעו"ש בכאן הרי מצינו הרב המסדר הנז' במתק לשונו לשון חכמים מרפא פירש ואמר דלא משום חזרה צוה כן וכו' ונתכוון הרב המסדר לתקן זה בתיקון המועיל והוא פסק מור"ם בס' הנז' סי"ב יעו"ש: ולענ"ד נראה דלרוחה דמלתא הוזקק לזה דבנדו"ד לא יש שום חזרה דהא לא חזר ואמר עוד אני מוסיף לפלונית כו"ך דיהיה משמע דמדחזר ונתן לפלונית ש"מ דהדר מצוואת יהודא אלא דכאן חזר ואמר עוד יוסיף יהודא לפלונית בית וכו' דמשמע דיהודא ממה שנתתי לו יוסיף דהיינו הרי אומר לו דשאר נכסים שנתתי לו יתן מהם כו"ך א"כ משמע דמה שצוה לזכות יהודא עדיין במקומי עומד אלא שמצווה יהודא יתן והכוונה ישאר בידו דבשלמא אי הוה אמר אני מוסיף לפלונית בזה יש לומר מהיכן נולדה הוספה זאת הרי כל אשר יש לו נתן לבנו אלא ודאי חזר אבל בכאן לא נתן הוא אלא מצווה ליהודא ליתן מן הבא לידו והכוונה דאותה נתינה שנתתי לו אני מצוה שיתחסר לי ממנה ויתוסף לאחותו ותו לא מדי:

ומעתה הבוא נבוא למאי דמספקא לן במה שלא נמצא כתוב בשטר צוואה זאת כתבוה בשוקה וכו' פשוט דאפילו אם לא הייתה צוואה זאת מחמת מיתה היינו מעמידין אותה כמ"ש אצלינו באורך וברוחב אלא דבנדו"ד שהיתה הצוואה אחר שלשה ימים הרי דינו עריך בש"ע סרמ"ב ס"ו אפילו היא כתובה סתם אין חוששים שמא מסותרת יעו"ש ובסמ"ע סק"א. זהו משנלע"ד בזה וצור ישראל יצילנו מכל שגגה ושגיאה ויאיר עינינו בתורתו הנפלאה כ"ד החותמים בסדר אלה הדברים אשר דבר משה אל כל ישראל משנתנו זאת תרמ"ט לפ"ק פה סאלי יע"ה:

ע"ה מסעוד אנקאווא ס"ט:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קנט

השקפנו לטובה על הצואה והמתנה שעשה הר"ח פינטו נ"ע הן בעודנו חי על פני האדמה צוה וכתב שבעת מיתתו יטלו יורשיו ה' אוקיות לכ"א דוקא בתורת ירושה גמורה דיקא וכו' ותו לא מידי ושאר כל נכסיו מקרקעי ומט' ומעות בעין יכל החובות בין בשטר בין בע"פ תזכה בהם אסתר בתו בכהקיש"ח מהיום ולשעה א' קודם מיתה והעה"ך וחיי"ע חו"ג שזיכה איתם לה במתנה גמו' מתנת בריא מהיום ולשעה א' יכו' ונ"ה בקוש"ח כו' יבשעב"ן וכו' אלה היא תמצית הצריך לנו מדברי הצוואה הנז' ונשאלנו ע"ז מעי"ת טאנג"א יע"א. וזאת מה שהשבנו:

לעד"ן פשוט דמה שבא כתוב בצוואה בזה"ל שיורשיו יטלו כ"א ה' אוקיות דוקא בתו' ירישה גמו' ותול"מ ובוה יהיו מסולקים כל היורשים שלו מירושתם וכו' וכו' פשוט דלדין סליק נחלה מיורשיו מקרי ומתנה עמ"ש בתירה הן מצד שאומר שבעד סך ה' אוקיות דוקא ובזה יהיו מסולקים דמדבריו אלה שאמר יהיו מסולקים הוי כאומר לא יירשו ומתנה עליהם הוא וכמו שבא הדבר בתשו' הרשב"א שבב"י בס"ס רפ"א שכתב שם בדין ראובן שנתן ליורשיו וכתב בצוואתו שבאלו הבתים הנתונים להם סלק כל חלק וזכות יורשיו מירושתם והשיב ע"ז שאין בדבריו כלום שאין האדם יכול לסלק היורש מירושתו מפני שהוא מתנה עמ"ש בתירה וכו' ע"ש הרי לך דבאומר יקח היורש כי"ך ובזה יהיה מסולק מירושתו חשיב ליה מתנה עמ"ש בתורה אפי' לא אמר בלשון לא יירש והן הן ממש כנדו"ד נוסף ע"ז בנד"ד מצאני שבא כתוב בזה"ל יטלו ה' אוקיות דוקא ותול"מ ומצאנו ראינו להרב מהרשד"ם בסי' שי"ח דאם אמר יטלו מאה בלבד מלת בלבד הוי כאומר לא יטול אלא מאה ע"ש וא"כ בנד"ד שכתוב מלת דוקא הוי כאומר בלבד ואדרבא נוסף עוד כאן ותו לא מידי הוי כאלו כתוב בפירוש לא יטול כ"א ה' אוקיות וא"כ נראה שאין דבריו קיימין דמשנה ערוכה שנינו ופסקוה כל הפו' ועד אחרן מר"ן הקדוש בסי' רפ"א שאין אדם יכול לסלק הירושה ממי שראוי ליורשו ולא יוכל להוריש מי שאינו ראוי ליורשו בין אם הוא בריא או שכ"מ וכו' וגם כאן הכי הוא ומן הראוי אפי' אם היה בסליק זה שסלק ליורשיו הוה מזכה ליורשיי אחרים אין דברייי קיימים הואל והוא מתנה עמ"ש בתורה משום דהוי כאומר לא יירש שמעון כ"א ראובן ופסק שם מר"ן בסעי' ג' דאין דבריו קיימים מכ"ש כאן דתרתי לריעותה שמסלק ליורשיו הראוים ונותן לבתו שאינה ראויה לירש והדר דינה כאומר בתי תירשני במקום שיש בן דלא אמר

כלים דפסק הש"ע סי' רפ"א ס"א אפי' לא סלק היורש בתורת עקירה דהיינו אפי' לא אמר לא יירש בני אלא בתי עכ"ז לא מהני מכ"ש כאן דכבר אמרן דממה שאמר יהיו מסולקים ומדאמר מלת דוקא הוי כאומר לא יורשו היורשים והדר זיכה לבתו שאינה יורשת דהדבר פשוט שהגם שמדין התקנה שהבת חולקת באב כדין הזכרים עכ"פ אין עליה שם יורש דהא עיקר התק' ארכבוה בעלי התק' אדין שראויה ליטול באביה ובמקום עישור נכסי זיכו לה חלק כזכר וא"כ הרי מצינו משנה ערוכה שפסק הש"ע האומר בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום וחשיב לה שאינה ראויה לירש במקום שיש בן ואפי' במקום שיש לה עישור ניכסי עכ"ז הואל ואינה יורשת דאורייתא אינו מעלה ואינו מוריד וממנו נלמד לדין התק' דלא מיקריה ראוי לירש ובפרט המתבונן בשטר הצוואה ובזמנו ובזמן המכר שמכרו בני אסתר המקבלת כמ"ש בשטר המכר שכתוב ע"ג הצוואה משם בארה דבזמן שנתן לבתי נשואה היתה ובת בנים גדולים ואם כן אין לה חלק ונחלה בבית אביה אפי' מדין התק' ואם כן לכאורה נראה שדברי המצוה אין בם מועיל:

והגם דמצאנו ראינו בצוואה הזאת דלא עקר ירושה מיורשיו לגמרי אלא ההוא אמר שיטלו ה' אוקיות לכ"א מנכסיו והשאר לבתו עכ"ז הואיל וחלוקו שחלק להם הוא בלשון ירושה לא מהני וכמ"ש מר"ן ס"ז דאם ריבה לא' ומיעט לא' והשוה להם הבכור או שנתן למי שאינו ראוי ליורשו אם אמר בל' ירושה לא מהני ע"ש מכ"ש לפי מה דאמרן עפ"י ת' הרשב"א ומהרשד"ם הנז"ל דנד"ד הוי כאומר לא יטלו דודאי לא מהני יעו"ש:

ובפרט דדין זה דריבה לזה ומיעט לזה לא יוצדק בנד"ד בשום אופן אפי' אם יהיו כולם יורשיו דהא נד"ד הר"ח פינטו הנז' צוואתו היתה הן בעודנו חי על האדמה ומצינו שם גם כן למר"ן ס"ה שפסק דאם היה בריא אינו יכול להוסיף ולא לגרוע לא לבכור ולא לא' משאר יורשיו ע"כ וא"כ נד"ד לא נגע בו דין דריבה לא' ומיעט לא':

והגם דמצינו ג"כ שם בס"ז שפסק וז"ל אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה אבל אמר ל' מתנה מהני וכו' וא"כ הוא בנדו"ד יש לנו לקיים שהרי בכאן מצאנו שחלק נכסיו ואמר פ' יטול ה' אוקיות ופ' יטול ה' איקיות וכו' ומצינו למר"ן בסי' רנ"ג ס"ב דשם כתב וז"ל שכ"מ שציוה ואמר יטול פ' כל נכסיי יטול ל' מתנה הוה יעו"ש א"כ גם כאן הואיל יחלק נכסיו בל' יטול הו"ל חלק בל' מתנה ויהיו דבריו קיימים וכמ"ש מר"ן בס"ז והסמ"ע ס"ק ו' דאם היה בריא וחלק נכסיו בלשון מתנה ובקנין מהני יעו"ש:

אלא דג"ז אינו דהא מצינו למר"ן שם בסי' רנ"ג ס"ג וז"ל לשונות אלי של מתנה המועילים בש"מ י"א שה"ה שמועילים בבריא וי"א שאינם מועילים ע"כ ועפ"י הכלל כי"א בתרא נקטי' ובפרט לנד"ד אפי' לדעת י"א דס"ל דגם בבריא מהני ל' יטול בכאן יודו דלא הוי

ל' מתנה דהא עיקר מחלוקתם היא במימרא דרב ששת פ' מי שמת דאמר יטול אי יזכה או יחזיק יכו' כולן ל' מתנה יבזה נחלקו דלדעת הרמ"ה וגם לדעת הרמב"ם דס"ל דמשוך ותקנה לא קנה משום דלהבא משמע וכמ"ש הרב המגיד יעו"ש ס"ל דמילתי' דרב ששת דוקא בש"מ דאזי דוקא דבריו קיימים שאמר יטול הוא לאחר מיתה בזה הוא דיטול ל' מתנה אבל בבריא האומר יטול הוי כאומר משוך ותקנה דהוי כאלו אמר ותקנה לאחר זמן ולכך אפי' יהיה הדבר בקנין קנין דברים הוי: אבל ס' הרא"ש הביאה הטור והראב"ד הביאו הרב"י ס"ל דאדרבא מדמהני בש"מ כ"ש בבריא ומשמע לנו דלא הוי כאומר תקנה לאחר זמן יע"ש בהרב ב"י כ"ז ואם כן ממני נלמוד לנד"ד שבא כתוב וז"ל והוא שמכל נכסיו הנמצאים לי במצב פטירתו יתחלק בין היורשים שיורש פ' יטול ה' אוקיות בתו' ירושה גמורה ובזה יהיו מסולקים כל היורשים וכו' בכאן הרי קרי בחיל דמה שאמר יטול לאו למתנה נתכוון כמו שבא מפורש שכ"א יטול ה' אוקיות בתורת ירושה גמו' וכו' וירושה היא לאחר מיתה ולא מחיים וא"כ ש"מ דלא נתכוון במה שאמר יטול היינו מעכשיו אלא לאחר מיתה ובזה אפי' הרא"ש בעל סברא קמא יודה דיטול זה לא הוי מתנה ואם כן אליבא דכ"ע דיטול זה האמור כאן לא הוי מתנה וא"כ הדרן למאי דאמרן דנראה דדברי המצוה הבל ואין בם מועיל:

אלא דהאמת הוא כד דייק' שפיר פשוט כביעתה בכותחא דמתנה זאת קיימת היא דעד כאן לא אמרינן אפי' באומר פ' לא יירש וכו' דלא אמר כלום משום דעוקר דבר תורה דוקא באומר כן ושתק ולא סיים מי יטול נכסיו אבל כגון בנד"ד הגם דחשבינן ליה בסלוק זה כאלו אמר פ' לא יירש כ"א כו"ך והוי מתנה עמ"ש בתורה עכ"ז הואיל וסיים ופירש מי יטול נכסיו דהיינו אסתר בתו תטול כל נכסיו דבריו קיימים וחילי הוא מתשו' הרשב"א שהביא הרב המגיד בפ"ו דנחלות והביאו הרב"י ופסקה מור"ם בס"ג וז"ל וכן אם אמר לא ירש שמעין וראובן ירש הכל דבריו קיימים ע"כ והטעם הרי הוא מפורש בדברי הסמ"ע סק"ה יעו"ש וא"כ היינו דינא דידן שאמר לא יטול כל א' כ"א דוקא ה' אוקיות ואסתר תזכה בשאר אפי' אי חשבינן האי תזכה הוא ל' ירושה זכתה בדינא דמור"ם ה' אם תהיה צוואת ש"מ:

והגם דכבר ידוע לנו החקירה בדברי מור"ם בדין זה דיש לנו לחקור היאך יוצדק לנו לקיים פסק זה של מור"ם עם דברי הש"ע דפסק שם בס"ג לדברי הרמ"ה שכתב שם וז"ל או שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלים אבל אם אמר ראובן בני יירשני או יירש כל נכסי ולא יירש שמעון דבריו קיימים ע"כ. מלשון זה מוכח דדוקא באומר תחילה ראובן יירש ואח"כ שמעון לא יירש הוא דמהני אבל במקדים דבריו ואמר לא

יירש שמעון וראובן ירש לא מהני. וא"כ נר' דדברי מור"ם אלו אינם משנה הואל ומר"ן פסק כהרמ"ה דלא ס"ל כן:

אלא דלזה מצאנו ארוכה ומרפא מדברי הרב אבי התעודה הוא מוהרי"ט בח"ב סי' צ"ו דנשאל בראובן שציוה ואמר לאחר שתטול אשתו כתובתה יטלו היורשים הנוגעים בנחלה אלף לבנים בלבד שאני משאיר להם מנכסי ולא עוד וכל מה שישאר הכל כאשר לכל אני נותן לאמי וכו'. ושם החכם השואל נפלו לו ספיקות בין דברי הרמ"ה שהיא פסק הש"ע ובין דברי הרשב"א שהוא פסק מור"ם אי פלגן בהדייהו כדאמרן. וע"ז השיבו מוהרי"ט ז"ל וזל"ה טעמו דהרמ"ה ז"ל שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לאיזה מבניו שירצה אבל אין לו רשות להוריש חלק זה לאחיו. וכן באר בתחילה שאמר ראובן ירש חלקו וחלק אחיו לא אמר כלום דלאו כל כמיניה לאורותי חלקיה לאחרים וכן היכא דתלייה לירושה דראובן בלא ירש דשמעון נראה דמהך טעמא גופא לא זכה שלא הנחילו מעצמו כלום אלא שחלק שמעון רצה שתהיה עוברת לראובן ואמר לא ירש שמעון אלא ראובן ירש ואי אפשר לה שתמכר והוא רשאי להעבירה אבל אמר בדבריו לא ירש שמעון אלא ראובן ירש הנכסים שפיר דמי דירש מכחו קאמר ובהא פליגי הרשב"א ז"ל שהביא ה"ה וס"ל דבתורת מתנה יהיב ליה וכו' ואין דברי הרמ"ה אלא באומר לא ירש שמעון אלא ראובן דמשמע דירושה מאליה ממשמשת ובאה לראובן מחמת שעקרה משמעון וכו' אלה היו דברי מהרי"ט ז"ל הצריכים לנו בענין זה שמכחם קיים הנדון דידיה. הרי לפניך דדברי מור"ם קיימי אליבא דהילכתא ומר"ן ז"ל מסכים לזה:

גם ראה ראינו להרב תורת חסד בסי' רמ"ה דקע"ב כתב דכך היה ס' רש"י שאע"פ שאמר תחילה לא יירש שמעון דהוי מתנה עמ"ש בתורה אם סיים ופלוני יירש קנה והוסיף עוד וכתב וז"ל וכן ראיתי להנמק"י שכ"כ וכ"כ ה"ה ריש פרק ו' מנחלות בשם רשב"א ומדברי הרמ"ה שכתב הטור חו"מ רפ"א היה נראה שאין דבריו קיימים אלא דוקא באומר ראובן בני יירשני ולא יירש שמעון כן נראה לכאורה אבל ראיתי להרב"י שהחזיק דברי הרמ"ה שכתב שדבריו נכונים הם ונימוקם עמם ועכ"ז כתב שדברי ה"ה ז"ל מסכימים עם דברי הרמ"ה ואחריו נמשכו הרבנים בעל המפה ובעל הלבוש ובעל מ"ע ז"ל וא"כ כיון דהני רבוותא ז"ל הביאו דברי הרמ"ה ודברי הרשב"א שכתב ה"ה אין נראה להם להסתפק על דברי הרמ"ה כיון שהם לא נסתפקו בהם. ומעין זה מצאתי בת"ה סי' ש"מ שכתב וז"ל אפשר קשה מאד לסתור דברי הגאונים המבוארים בהדייא מדוקדקים בדברי גאונים אחרים יעו"ש:

וא"כ גם אנן בדידן אחר שנר' מדברי רש"י והרשב"א שיכול להעביר הירושה בכה"ג אעפ"י שדברי הרמ"ה לפי המובן אין נר' מדבריו כן יש לנו לומר שגם הרמ"ה אינו חולק עמהם כמו שכתבתי עכ"ל הרב תורת חסד ז"ל: עוד ה' האיר עינינו ועד אחרן ראינו להרב מוהר"ר יהודא עייאש ז"ל בספרו בית יהודא ח"ב סקנ"ג ששם פסק בסכינא חריפא בפסק והחזיק במסמרים לס' הרב מהרי"ט ז"ל דהרמ"ה והרשב"א לא פלגן בהדייהו וכחלוקו של הרב ה' ועלי ובאו הש"ע ומור"ם בסברא חדא וא"כ מי יבוא אחרי המלכים האדירים האלה לפקפק אחר פסק מור"ם ז"ל:

הן אמת דעמד לנגדינו מ"ש הרב באה"ג בסי' רפ"א וז"ל אמר ראובן לא יירש ושמעון יירש וכו' דין זה שכתב הרמ"א צל"ע ולא זכיתי פה לספרו ד"מ ע"כ ותמיהתו של הרב הרי היא כמפורשת ודאי כוונתו להקשות כיצד יתקיימו דברי מור"מ עם דברי הש"ע וכן מצאנו ג"כ מפורש בס' משד"ר בנמוקי הרמ"א שכ' וז"ל ק' בעיני איך יתקיים דברי ההג"ה עם הש"ע שאמר אם הקדים ואמר לא ירש שמעון הוי מתנה עמ"ש בתורה וכבר קדמני בזה ר"מ רבק"ש והניח בצ"ע ומ"ש בס' פרמ"א ליישב זה לא נתישב לי א"כ לפי דברי הרב באה"ג והרב משד"ר שהם מפקפקים בדבר כיצד יתקיימו דברי מור"ם עם הש"ע וא"כ מן הראוי לחוש לדבריהם במקום הוצאה מן המחזיק שהם היורשים דאורייתא אלא דהאמת הוא דאין לנו אלא דברי הרבנים העליונים למעלה דהא הרב באה"ג ומהרמ"א לא כתבו בפשיטות דפלגן בהדייהו אלא דהוקשה להם כיצד יתקיימו דברי שניהם והצריכו עיון לתרץ. ופשוט דאין לנו להניח פשיטות של כמה גדולי עולם הלא המה הרב תורת חסד והלבוש ומהרי"ט ומוהרי"ע והרב מ"מ ז"ל והרב פרמ"א והרב יהודא עייאש ז"ל אין לנו להניח כל הני חבל נביאים דכתבו מר"ן ומור"ם ז"ל שוים לטובה ולא פליגי משום פקפוק הבאה"ג ומהרמ"א והן הם דברי הרב ת"ה שהביא הרב ת"ח דכתב ק' מאוד לסתור דברי הגאונים המבוארים להדייא מדקדוקי דברי גאונים אחרים וכו'. וגם אנן אין לנו לחוש לדקדוק הבאה"ג ולהניח פשיטותייהו דהנך חבל נביאים מכח הקושייא בעלמא:

ובפרט כד דייקת שפיר תראה דאדרבא מדברי הבאה"ג ומהרמ"א ומתמיהתם יש להביא ראיה לנד"ד דהא הרבנים ה' הוק' להם קושייא ועמדה בצ"ע וקושיתם היא היאך יתישבו דברי מור"ם עם הש"ע. והרואה יתמה מאי קושיתייהו הלא יכולים לומר דמור"ם פליג על מר"ן כדרכו בכל מקום ואין כאן קושייא. ואי משום דכתב מור"ם כתב בלשון וכן ולא בל' וי"א. שהוא ל' מחלוקת הרי מצינו בכמה מקומית דמור"ם פליג אדברי מר"ן וכותב בל' שאינו נראה שהוא פליג כידוע דבר זה למי שבקי בדברי הש"ע ומור"ם וכן כתב בפשיטות הרב פר"ח ביו"ד כמה פוסקים מלאים מזה אין להאריך בהם וא"כ מאי

קושיתייהו שלא הושוואו בעיניהם מר"ן ומור"ם ז"ל אלא דמוכרחים אני לומר דכבר קדמה להם ידיעה מדברי הרב"י שהביא דברי הרמ"ה והוסיף עליהם ואמר דכך מסכמת דעת הרשב"א. וא"כ הואיל והרב"י השוה דעת שניהם ומור"ם בד"מ לא דבר מאומה ואדרבא בא במפ"ה וכתב ס' הרשב"א בל' המובן שאינו חולק ש"מ דגם הוא אזיל ומידה דלא פלגן בהדייהו וכמ"ש הרב תו"ח דהמפ"ה ז"ל אזיל גם הוא בשיטת הרב"י דהרמ"ה והרשב"א שוין. וע"ז הוק' להם היאך הושוואו והניחו בצ"ע. אתייא מבינייא דגם באה"ג ומהרמ"א מודים דמור"ם ס"ל דשוים הם ולא פליגי מר"ן ומור"ם ואם כן הואל ומר"ן ומור"ם ס"ל כך ופסקו מור"ם בש"ע הרי קיי"ל כוותיה אפי' נגד אלף פוסקים וממנו לא נזוז:

אך מה שעמד לנגדי הוא דברי הסמ"ע בסי' רפ"א סק"ט דאמר דהחידוש הוא בפשוט הוא אם אמר לא יירש שמעין אלא כו"כ ובני השני ירש כו"כ דבאופן זה אפי' בפשוט לא מהני הואל ואמר בלי ירושה אין דבריו קיימים וכמ"ש בס"ג ע"כ. וכוונתו פשוטה דכוונתו היא כמ"ש הש"ך ס"ק ו' דכוונתו לומר דלגבי הפשוט אין שום חידוש במרבה בל' מתנה דהא אפי' בל' ירושה מהני. כגון אם אמר ראובן יירש כו"כ ושמעון כו"כ וא"כ מה חידוש כתב כאן בפשוט אלא אם באנו לומר דיש בפשוט הוא דאם אמר בפשוט לא יירש ראובן אלא כו"כ ובני אשני כו"כ דבאופן זה לא מהני ל' ירושה אלא ל' מתנה. ולכאורה יש לתמוה על דברי הסמ"ע אלו שכתב דאם אמר בל' ירושה לא כמ"ש בס"ג הרי אדרבא מור"ם פסק בס"ג דאם אמר פ' לא יירש ופ' יירש מהני. ובאומרך אפי' אמר לא ירש לגמרי מהני מכ"ש באומר לא ירש אלא כו"כ דלא סלקיה לגמרי ודאי מהני וטעם א' להם דהא הטעם למה מהני באומר פ' לא ירש ופ' ירש הוא משום דפסקינן לדיבוריה ואמרינן מה שאמר תחילה דברים בפני עצמן ומה שאח"כ הם דברים אחרים וכמ"ש הסמ"ע סק"ה יע"ש. וא"כ לנו יש לדעת היכן מצא הסמ"ע דבס"ג שכתב אם אמר בלשון ירושה לא מהני. אלא מוכרחים לומר דהסמ"ע ס"ל דהגם דמורים פסק לתשובת הרשב"א ודאי דמר"ן דפ' לס' הרמ"ה ודאי לא ס"ל כך ומיפלג פלגן בהדייהו ולא מהני לדעת מר"ן אלא באומר פ' ירש ופ' לא יירש אבל במקדים פ' לא ירש לא מהני. וא"כ לפי דברי הסמ"ע אלו הרי ס"ל דפלגן נינהו מר"ן ומור"ם: והגם דראה ראינו להרב מוהרי"ע ז"ל שכתב דהסמ"ע לא פליג על דברי הרשב"א שהביא ה"ה ופסקו מור"ם ויצא לחלק בין האומר פ' לא ירש ופ' ירש דס"ל להסמ"ע דמהני וכסברת מור"ם ולא יצא הסמ"ע לחלק בין ל' מתנה ללשון ירושה אלא באומר לא ירש אלא כו"כ ופ' כו"כ הואל ואמר כו"כ בזה נפל חלוקא בינייהו ע"ע:

ולעד"נ דחילוקו דחיק ורחיק מכמה דקדוקים אין זה מקומם. עכ"פ בנד"ד אפי' לפי חלוקו הרי בנד"ד לא אמר בניו לא יירשו כלל אלא פ' ה' אוקיות ופ' ה' אוקיות והשאר וכו'. נמצא הדר דינא דידן כאומר לא יירש כ"א כו"כ ופ' כו"כ. ובזה לדעת הרב מוהרי"ע ס"ל דדברי הסמ"ע הילכתא נינהו דבל' ירושה לא מהני ובל' מתנה הוא דמהני ומה נענה בנדו"ד אפי' אם היה צוואת הר"ח פינטו ה' והוא שכ"מ מכ"ש שהיא מתנת בריא דלא מהני כלל אפי' להפוסקים דס"ל כהרשב"א דאם סיים ופירש מי יטול נכסיו דמהני:

גם אחר החיפוש כן מצאנו להרב מהריט"ץ בסי' צ"ב שגם מר ניהו רבה כתב דדברי הרמ"ה הרשב"א מיפלג פליגי ויצא לתמוה על הרב"י איך השיב אותם וא"כ הרי עומדים לנגדינו דברי מוהריט"ץ והסמ"ע. והגם שיש בידינו סברת כל הנהו חבל נביאים דאמרו דאם סיים ופירש מי יטול נכסיו מהני בין לדעת מר"ן בין לדעת מור"ם עכ"פ יש לנו לחוש לס' הסמ"ע ומוהריט"ץ דאמרו מופלג פליגי ואין לפסוק לדעת מור"ם הואל ומר"ן לא ס"ל ואפי' אי הוה דברי הר"ח פינטו ה' במתנת ש"מ ומכ"ש שהיא בבריא דלא מהני ביה חילוק נכסיו כלל כמ"ש לעיל:

אלא דהאמת יורה דרכו דנד"ד דמתנתא דא כ"ע יודו דקיימת הואל ומצינו בה תרתי לטיבותא חדא דהגם דאמר לא יטלו יורשיו כי אם ה' אוקיות דוקא והוי כאומר לא יטול וכו' כמו דאמרן לעיל עכ"פ הרי מצינו לו שסיים דבריו ואמר ונתן במתנה ולא בל' ירושה וכמו שבא כתוב בשטר הצוואה וז"ל והנשאר וכו' תזכה בו מעתה ומעכשיו ולשעה א' וכו' והגם דכאן בבריא איירי ומצינו ג"כ בסי' רנ"ג ס"ב דשם היה מונה לשונות המועילים ומכללם מונה ל' יזכה יעו"ש. ואח"כ בס"ג כתב מר"ן שם י"א דכל הני לישני דוקא בש"מ וכו' אבל בבריא לא מהני וא"כ נמצא דגם ל' יזכה אינו ל' מתנה בבריא דכבר הוכחנו דכי"א בתרא נקטי' עכ"ז הדבר ברור במה שנתן לאסתר אפי' כתוב בל' תזכה ליכא לספוקי דשמא לאו בל' מתנה נתן דזה מבורר ממה שבא כתוב בפירוש שנתן לה מעתה ומעכשיו ולשעה א' קודם מיתה דבכתיבה זאת פשוט דנתכוון למתנת בריא אף מהיום ופירות לאחר מיתה כמ"ש הש"ע סי' הנז' וא"כ הרי כוונתו להקנות לו במתנה גמורה. ועיין בס' ויאמר יצחק ח"ב שכך מפורש בדבריו יעו"ש. ועדיפא מזה נמ"כ בשטר זה וז"ל והגם שמתנת הר"ח ה' הוא מתנת בריא עכ"ז הוכחנו אותו ע"ד אעבורי אחסנתא הרי לך עדיו בחתומיו זכין לו דבתורת מתנה יהיב: ומעתה הואל וסוף דבריו במתנה יהיב הגם אי חשבינן ל' יטול שאמר בבניו ל' ירושה אמר עכ"ז בתר סוף דבריו אזלינן ומקיימים דבריו שסיים בל' זה של מתנה אליבא דכ"ע וזה מפורש יוצא בפשיטות בדברי ה"ה מה' נחלות הלכה ב' שכתב וז"ל לפיכך האומר איש פ' וכו' משנה שלימה בלשונה

ופי' כגון שלא אמר יותר אבל אם אמר בבכור אבל אני נותן כל שאר נכסי לאחיו זכו אלו כשאמר ל' מתנה וכמו שיתבאר בסמוך עכ"ל הרי לך מה שבא במשנה באומר בני לא יירש וכו' וכו' אם סיים ונתן בלשון מתנה מהני וסיים ה"ה וכמ"ש בסמוך ופשוט דמה שיתבאר בסמוך שכתב ה"ה הוא קאי עמ"ש הרמב"ם אח"כ בה' ה' וז"ל בד"א כשאמר ל' ירושה אבל אם נתן במתנה דבריו קיימים לפיכך וכו' וכתב ה"ה ע"ז בד"א וכו' ביאור דברי רבינו הוא כך בד"א דש"מ לא אמר כלום במי שאינו ראוי ליורשו וכן בבכור ובברי דלא אמר כלום אפי' בפשוטין דוקא כשאמר בלשון ירושה אבל בל' מתנה מהני עכ"ל.
א"כ לפי מ"ש ה"ה בתחילת הפסק שאם אמר פ' לא ירש אבל אני נותן שאר נכסי לאחיו זכו אלו וכמ"ש בסמוך הרי מה שנתבאר בסמוך הוא מ"ש הרמב"ם בה' ה' בד"א וכן ראיתי להרב מוהרי"ע ז"ל שכ' דמ"ש הה"מ וכמ"ש בסמוך עמ"ש הרמב"ם בה' ה' בד"א וכו' וא"כ הרי לך דעל כל הדינים שאין מועיל בהם ירושה מהני בהם ל' מתנה אפי' התחיל ואמר לא ירש אם סיים אלא ינתן לפ' זכה וכמ"ש הה"מ והוא פ' הש"ע (אתי אפי' אליבא דהסמ"ע) בסי' רפ"א ס"ד והן הם דברי הסמ"ע בסק"ט. נמצינו למדין דנד"ד הוא פ' הש"ע ואתי אפי' אליבא דהסמ"ע ופשוט:
ג"כ כ' בפשיטות הרב מהריט"ץ בסוף פסקו בס' צ"ב וז"ל אמנם בנד"ד שהוא בריא אליבא דכ"ע ע צריך שיאמר בל' מתנה וכשיקנה לו בא' מדרכי ההקנאו' באופן דבעי' שיאמר בל' מתנה פ' בני אני מעבירו מנחלתו ואני נותן כל נכסי לבני פ' בא' מדרכי הקנייה האל"ה לא אמר כלום והבן יורש אותו עכ"ל. יעו"ש בדבריו ודו"ק בהם. וא"כ הרי נד"ד מוסכם אליבא דכ"ע:
ודברינו אלה ג"כ הם תשובות הרשב"א שכ' מרן בפשיטות סי' רפ"א בס"י דשם בת' הרשב"א הביאה הרב"י הכי נמ"כ בא' שהיו לו בני אחיות ובן אח ונתן לבן אחיו וכתב לו בעד זה יהיו מסולקות וכ' ע"ז דזה חשיב מתנה עמ"ש בתורה הואל ואמר יהיו מסולקות. וכתב הרשב"א דדבריו בטלים וכו' ופ' מר"ן בסי' רפ"א ס"י לת' זאת וכ' הסמ"ע בסקי"ח וז"ל בן האח יורש הכל דכיון שלא אמר בפירוש השאר ינתן לבני אחותיו לא אמר כלום ולא הוי סלוקו סלוק והו"ל כמתנה עמ"ש בתורה עכ"ל. הרי לך דאם סיים אפי' תחלת דבריו היו דרך מתנה עמ"ש בתורה עכ"פ דבריו האחרונים קיימים: ומעתה הבוא נבוא למה שנשאר לנו לספוקי במתנה זאת שנתן האב לבתו קו"ט וסחורה ושט"ח ופנקסאות וכו' והכל הקנה לה בק"ס. וע"ז יש לחקור אה"ן קו"ט וסחורה דין הוא שק"ס מועיל בהם וכמ"ש בסי' קצ"ה בדין מכירת קרקעות ובסי' ר"ג בדין קנין כל דבר המטלט' יעו"ש. אך בשט"ח הרי אין המכר בק"ס מועיל רק בכתי' ומסירה כמ"ש בסי' ס"ו ס"א יעו"ש או לא

יצטרך מסירה אלא יקנה לי השטר אג"ק ויאמר לו בע"פ קני לך האי שטרא וכו' וכמ"ש ג"כ בסי' ס"ו ודין המתנה כדין המכירה וכמ"ש שם בס"ו ובסי' ר"ג ס"ט ודין כ"י ג"כ הכי הוא קנייתו כדין קניית שט"ח וכמ"ש מר"ן סי' ס"ו ס"ו ועיין בס' משכנות הרועים מע' מ' שאסף איש טהור סברות הפו' ומסיק דכ"י של גוי כדין כ"י של ישראל ודינם כדין שט"ח שנקנה בכתי' ומסירה וכו' וא"כ נד"ד שלא נמצא כאן לא כתי' ומסי' ולא קנין אג"ק ואמירת קני לך במאי קני. ובפרט בחובות של אשראי במאי קני הן של ישראל הן של גוי במאי קנתה אסתר זאת. הרי לא מצאנו להם שום קנין כלל בשום אופן אפי' הקנה אותם לו אג"ק וכמ"ש מר"ן בסי' ר"ג ס"ו ובמור"ם סס"ו סכ"ו יעו"ש. ואין למלוה ע"פ שום קנין זולת מעמד שלשתן ותו לא:

גם מעות בעין הרי קיי"ל דאין מטבע נקנה בחליפין יעו"ש ג"כ בסי' ר"ג ס"א וס"ט ואופן כיצד יהיה קנין המט' ובכאן לא נמצא אופן זה דמהני: ואין לומר דנד"ד יש לקיים המתנה בין בשט"ח ובהלואות ובמעות בעין הואל ומצינו לו שמתנתו זאת היתה ע"י קנין וש"ח כמ"ש בשטר בתחילתו בקוש"ח ובסוף ג"כ כתוב ונד"כ בקוש"ח וא"כ מכח תומר השבועה יתקיים הקנין וכמ"ש מור"ם בסי' ר"ט ס"ד וז"ל ואם נשבע לקיים המקח אעפ"י שלא בא לעולם צריך לקיים שבועתו כדלעיל סר"ז סי"ט וסי' ע"ג ס"ח יעו"ש. וכן ראיתי בת' אחת בס' כרם חמר ח"א סקל"ט וז"ל התשובה הן אמת דאין שטרות נקנים אלא בכתי' ומסי' אך יש לשמוע בנד"ז שהחלוקה קיימת אם מכח השבועה שנשבע לחלוק עפ"י ברורים א"כ לא יהיה אלא חובות עפ"י וקבלו עליהם לחלוק בשבועה אעפ"י שאין דרך לקנות חוב בעפ"י עכ"ז מכח השבועה נסתלק כ"א מחלקו עכ"ל. וא"כ נימא מכח השבועה יהיה כל דבר קנוי:

אלא דבנד"ד לא יוצדק זה דהא השבועה אינה עושה קנין גמור וכמ"ש מור"ם בסי' ר"ט ס"ד שסיים שם וכתב וז"ל ומיהו השבועה אינה עושה קנין גמור לכן אם לא נוכל לכוף לקיים שבועתו כגון שמת וכו' אין הקנין כלום יעו"ש וא"כ הדרן למאי דאמרן דלנו יש לדעת אסתר זאת במאי קנתה: אלא דלכל זה מצאנו ארוכה ומרפא ממה שמצינו דהר"ח המצוה קבל עליו כ"ז בתורת חיוב ובשעכ"ן וכמו שמצינו מפורש בל' הצוואה ששם מפורש שבא הדבר בחיוב בקוש"ח ובסוף ובשעכ"ן והואיל ומצאנו כן הדבר כך מפורש הגם שמצינו בידינו צדדים וצדדי צדדים לקיים המתנה במעות שהיו לו בשטת הצוואה וגם בשטרי חובות וכתי' עכ"ז אין לנו לחפש אחר אותם צדדין הואיל שיש בידינו תרופה מן התורה לקיים כל דברי הצוואה אפי' לגבי מעות שקנה הר"ח אחר הצוואה וגם לגבי חובות של אשראי שאין להם קנייה אלא במע"ג והתקופה היא מדברי הרה"ג מוהר"י

אירגאס ז"ל בס' דברי יוסף סי' כ"ט וז"ל אבל הא נמי ליתא דאפי' תימא שלא היו לו באותה שעה אלו המתנה קיימת אליבא דכ"ע שהרי חייב עצמו ושיעבד עצמו בשעבוד גוף ונכסים בק"ג וכבר קיי"ל בש"ע סי' ס' והסכמת הפוסקים הוא כמו שהביא הרב כנה"ג שבתורת חיוב יכול אדם להתחייב עצמו בדשב"ל אז שאינו מצוי אצלו משום דהחיוב חל על גופו וגופו ישנו בעולם וכיון שכן כשהגיעה שעה א' קודם מיתתו של ראובן קנו בהחלט מקבלי המתנה כל הנכסים הנמצאים לו אז הגם שאותם נכסים לא היו לו בשעת המתנה וכו' ואל תטעה לומר לשון חיוב דוקא דמהני אבל ל' שעבוד גוף ונכסים הכתוב בצוואה לא מהני דז"א דחיוב ושעבוד חדא מילתא היא תדע דחיוב ושעבוד חדא מילתא היא מדאשכחן בפ' מ"ש וכו' וכו' כלל העולה דמתנה זו מאושרת ומקויימת עכל"ה אלה היו דברי מורה"י אירגאס ז"ל:

וא"כ בנד"ד נמי הואיל ונכתבה בל' חיוב כמו שראינו בשטר הצוואה שמזכיר החיוב פעמים שלש ובשולי השטר כתוב ובשעכ"ן א"כ הרי כל מה שיהיה לו בשעת מיתתו זכתה בהם מכח חיובו כמ"ש משם הרה"ג לעיל. זהו משנלע"ד לכתוב בענין זה בקצר אמיץ באב הנחמות תרנ"ד לפ"ק סאלי יע"א וצויי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קס

עשיר חשוך בנים רח"ל שנדבה רוחו להקדיש כ"מ שימצא לו תכמף בשעת מיתתו הכ"ל קו"ט ומעות בעין והלואות והקפות בשטר ובע"פ וכ"מ דמת"נ הכ"ל קדוש יהיה לאלהיו לעניים אך בתנאי אם ימות בחו"ל ובלי בנים ב"מ ואם חסר א' מהנה ההקדש בטל כיצד יהיה קיום מתנתו זאת. יורינו מו"ץ: הנה אם באנו לכתוב הדבר כדין מתנת בריא מהיום ולאחר מיתה לא יוצדק כלל לעשות רצין הנדיב מכמה טעמי חדא דהואל ורצונו להקנות גם מה שירויח במעשה ידיו מהיום עד יום מותו זה הוי דשלב"ל דקיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל כמ"ש בש"ע סר"ט יע"ש:

שנית אפי' מק' ומט' שיקנה מכאן ולהבא ממעות שיש בידו עתה ג"כ לא קנו העניים דהוי הוי דבר שאינו ברשותו דקי"ל אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו כמו שאינו מקנה דבר שאינו בעולם וכמ"ש ג"כ סרי"א יעו"ש: שלישית אפי' מה שתח"י עכשו התינח קו"ט יכול הוא להקנותם בק"ס גם מעות בעין יהיו נקנים עג"ק דהיינו שיהיו מונחים ע"ג קרקע ויקנה לו קר' ועל גבו מעות וכמ"ש סר"ג ס"ט וכן נמי הלואות בשטר יכול להקנותם ע"י כתי' ומסי' כמ"ש סי' ס"ו ע"ש אך הלואות ע"פ לא מצינו להם קנין כ"א

ע"י מע"ג וזולת זה אין להם קנייה עיין מור"ם הת"ו סכ"ו יע"ש: וא"כ עפ"י ג' אלה אם באנו לכתוב רצון הנדיב במתנת בריא כדאמרן לא מצאנו לו יד הן להלואות עפ"י שיש לו עתה מכ"ש להלואות ע"פ שיהיו אחר זמן ואפי' יהיו בשטר ואפי' למקרקעי ולמט' ומעות בעין שיקנה אח"כ: הן אמת דמצאנו ראינו להש"ע סי' רי"ב ס"ז שכתב ז"ל דין הקדש ודין העניים ודין הנדרים אינן כדין ההדיוט בקנייתו אלא דבהקדש לעניים חייב לקיים וכו'. ואם כן נר' לכאורא דזה הנדיב יהיו דבריו קיימים אפי' לגבי מה שירויח דהוא דבר שלב"ל מכ"ש לגבי דבר שאינו ברשותו דעכ"פ קל הוא מדבר שלב"ל אכן כד דייקי' נר' דאפי' בכותב הקדש לעניים מתנתו מגן שויא דהא לא מהנו דברים אלו אלא חיוב להיות על האדם לקיים נדרו אבל לגבי קנין לא הוי קנין גמור אלא חיובו הוא מדין נדר וכמ"ש מר"ן שם בסיום דבריו וז"ל אעפ"י שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים נדרו וכו' וא"כ הואיל והוא מדין נדר אתינן עליו הוי יורשיו אין חייבין לקיים את נדרו וכמ"ש מור"ם סי' ר"ט ס"ד וגם בסעי' של סי' ר"ז ס"ד ובכמה מקומות דאין היורשים מחוייבים משום נדר של אביהם והגם דמצינו למר"ן סר"ז ס"ז סיים וכתב וז"ל והוא והדבר כן אם ציוה אדם כשהוא ש"מ ואמר כ"מ שיוציא אילן זה יהיה לעניים זכו העניים עכ"ל א"כ מש' דמחוייבים היורשים לקיים דברי מורישם הרי כתב הסמ"ע סקי"ט דהרב ב"י כתב דוקא אם היו היורשים במעמד צוואת אביהם דאז אמרינן דקבלו עליהם דאל"כ כיון דהנודר מת והבנים לא נדרו אין מחוייבים לקיים ע"ש אתאן לנד"ד דהנודר אין רצונו לצוות בפני היורשים גם הואיל ולעת עתה אינו רוצה ליתן כ"א אחר מותר והוא עודנו חי וקיים לא ידע יום מותו גם היורשים לא ידענו מה המה אלה כי לא ידענו מי יחיה מי ימות בחיי הנותן לידע מי עתיד להיות יורש לצוות לפניו ומה גם הואיל וחיוב היורש אינו אלא משום דהואיל כשיהיה עומד לפני המצוה הוי כאלו גם הוא קבל עליו הנדר וחייב לקיים נדרו הרי חוששני שמא היורש הזה ילך וישאל על נדרו דהא אפי' המצוה עצמו יכול לישאל על נדרו וכמ"ש מור"ם בסי' ר"ט ס"ד והש"ע עצמו ביו"ד סי' רנ"ח ס"ז כתב וז"ל הנודר צדקה אינו יכול לחזור בו אלא א"כ נשאל לחכם וכו' וא"כ מה קיום יהיה למצוה הזה שיהיה בטוח שלא יפול מדבריו ארצה הואיל וע"י התרת היורש נפלה ונהרסה צוואתו ומה גם לא מלבד שאין על היורש בנד"ד שום חיוב הואיל והתנו לצוות שלא בפניהם אלא אפי' משום מצוה לקיים דברי המת אין עליהם. והגם שפ' מר"ן בסי' רנ"ב ס"ב וז"ל מצוה לקיים דברי המת אפי' בריא שציוה ומת וכו' הרי סיים מר"ן שם וכתב והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך עכ"ל. ומצינו להש"ך שם שכתב ז"ל או שצוה ליורשים כמ"ש הריטב"א וכמ"ש הסמ"ע לקמן עכ"ל

ותשובת הריטב"א שרמז הש"ך הביאה הרב"י בביתו הנאמן הרי לך דלא מצינו חיוב היורש לקיים דברי מורישו אלא בחדא מתרתי. או בהשליש או במצוה לפני יורשיו. ובנד"ד דרצונו הוא לצוות שלא בפני היורשים וגם יהיה שליט בנכסיו עד יום מותו לא חל על היורשים שום חיוב אפי' משום מצוה לקיים דברי המת: ואין לומר עד כאן לא ארז"ל דאין מצוה לקיים דברי המת מורישו אלא דוקא אם יהיה הצוואה בפני היורש או במשליש אלא דוקא בדלא ציוה על איזה דבר מצוה אבל אם צוה לעשות איזה דבר מצוה מנכסיו כנדו"ד נימא יש בו משום מצוה לקיים אפי' בלא השליש וגם לא היה במעמד היורשים אלא דזה אינו חילוק דחילוק זה לא נזכר ולא נפקד והסברא נותנת כך דאין לחלק דהא חיוב מצוה שיש על היורש לקיים דברי המת לא משום דבר אלא משום מצוה לקיים דבריו לעשות לו נח"ר למת שלא יפלו דבריו וא"כ הואיל ומט' זה אתינן עליה מה לי יהיה צוואתו משום מצוה או לדבר אחר הרי חיובו הוא משום נח"ר ובזה אין נפקותא למת בין תהיה צוואתו לדבר מצוה או לדבר הרשות ס"ס הכי הוא נח"ר שלו וא"כ פשוט דאין לחלק כלל: ולא מלבד דדבר זה אין צריך סעד וסמך הואיל והסברא כך היא עכ"ז חיפשנו ע"ז ומצאנו תנא דמסייע לן והוא הרב מוהריב"ו ז"ל שנשאל על אשה שציותה לקנות לה מנכסיה ס"ת וכו' והרב ה' סתר דברי המצווית וכתב וזל"ה ואין לומר בנד"ד כיון דהיא דבר מצוה חייבים היורשים לקיים דבריה כמ"ש מר"ן סי' רנ"ח ס"ד ביו"ד וז"ל האומר תנו מאתיים זו או ס"ת לבה"ך יתנו לבה"ך שהוא רגיל וכו' וכן פ' בח"מ סרנ"ג סכ"ג ומדכתבו יתנו לבה"ך שהוא רגיל נר' דעכ"פ חייבים היורשים ליתן אי משום הא לא אירייא דיכולים אנו לומר דבא להשמיענו דאם רצו היורשים לקיים דבריו ולעשות הס"ת שיתנוהו בביה"ך שהוא רגיל או אפשר דמיירי בציוה ליורשים כנראה מלשון שאמר תינו עכ"ל הרי לפניך במצוה ע"ד מצוה אין עליו חיוב כ' דוקא במצוה לפני היורש:

וכל זה לא הוצרכנו אלא אם היה המקדיש הזה רצינו להקדיש דוקא מה שכבר קנה ומה שעתיד לצאת מאותו דבר כגון מה שתלד בהמתי וכו' אבל בנד"ד שרצונו להקדיש מה שעתיד להרויח ומה שעתיד לקנות גם החובות שיש לו על אחרים ופקדונות וכו' לדבר הזה אפי' המצוה עצמו לא חל עליו הנדר מכ"ש יורשיו וכמ"ש בש"ע סי' רי"ב ס"ט ז"ל וכן אם אמר קרקע זה לכשאקחנו יהיה הקדש איני כלום שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל וכו' ומה שיל"ד דברי הש"ע דס"ז עם סעיף זה ע"ש בסמ"ע סקכ"ה יעו"ש ומצינו ג"כ ביו"ד סי' רנ"ח ס"ז פ' אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו כגון פקדון וכו' ושם בס"ח

פסק אם יש לו חוב על א' ואמר יהיה הקדש או לצדקה אינו כלום וכו' יע"ש וא"כ מה מקום מצאנו למצווה הזה במתנת בריא שיתקיימו כל דבריו:
נוסף ע"ז אפי' לא היה המצווה הזה רצונו אלא לתת קרקעותיו ומטל' ומעות בעין שיש לו עתה ולא מה שעתיד לקנות ולהרויח עכ"פ הרי המצווה הזה אין רצונו לסמן הנכסים מה המה אלה וא"כ מה יועיל בצוואתו זאת הרי לעת מצוא זו מיתה יכנס הדבר בספק המחלוקת דדינא דס"ס וסקי"ב ס"ג עם דינא דס"ס ר"ן יעו"ע והיורשים הם המחזיקים וא"כ כל דבר שלא נתברר אימתי היה ביד המצוה אם קודם הצוואה או אח"כ יזכו בו היורשים וזה נגד רצון המצוה הן אמת דלזה מצאנו תיקון מדברי הרב כנה"ג בסי' ר"ן בהגב"י אות קכ"ד וז"ל אמר המאסף בא לידי מעשה ועשיתי כתיקון הרשב"א להתחייב בחייובין וצויתי עוד לכתוב בשטר המתנה והאמין הנותן למקבל בכל המטלטלין שאמר המקבל שהיו לו בשעת המתנה והוא נלמד מתשו' הרא"ש כלל ע"ט ס"ה הביאה רבינו יעקב בעה"ט סי' צ"ג סכ"ט ושוב נדפס הראד"ב ז"ל וראיתי לו בס' רי"ז כתב כן עכל"ה עכ"פ בנד"ד לא יוצדק תיקון זה כלל דכאן רצונו לצוות שיהיו המטלט' וכו' לזכות העניים ולמנות האפטרו' וכו' וא"כ מהיכן ידעו העניים או האפוטרופוס שהיו להם מטלט' אלו וכי ברשיעי עסקינן להאמין להם ועי"ז יבואו לשקר ולומר כ"מ שהניח היה לו בשעת הצוואה זה לא יתכן והרב כנה"ג דבר בידוע למקבל ודו"ק: גם דעדיפא מזה עומד לנגדי דברי מור"ם דסי' רנ"ז ס"א שכתב וז"ל המקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או לאחר שלשים יום לא קדיש כלל דהא אי אפשר לומר גוף מהיום ופירות לאחר זמן דהא קא אכיל פירות משל הקדש עכ"ל וא"כ מכאן נראה דאפי' בקרקע הידוע לו אם להקדישה לעניים לא קדשה הואיל ורצונו שישתמש ביה עד יום מותו וזה אסור הן אמת דראיתי להרב הגדול מוהר"י ן' וואליד ז"ל בסי' קפ"ט שנרגש בנדון דידיה מדברי' אלו יעו"ש שכ' פסקא א' וז"ל ואין לגרוע כח ההקדש ה' ממ"ש מור"ם בהג"ה בחו"מ סי' רנ"ז ז"ל המקדיש קרקע מהיום וכו' דלזה הרי מצינו להרב כנה"ג סי' ה' בהגה"ט אות ב' שכ' וז"ל וכתבתי בת' שדברי רשב"א אלו אינם אלא בהקדיש בדק הבית דהוי ממון גבוה וכו' ושמא תאמר אם הרשב"א מיירי בהקדש בדק הבית לא היה להם להרבנים הרב"י בבדק הבית יו"ד סי' רכ"ח ומור"ם במפה בסי' רנ"ז להביא דין זה דת רשב"א דמיירי בהקדש בדק הבית ועכשו אין לנו קדש' בדק הבית ומדהוצרכו להביאו ש"מ דין עניים כדין הקדש דבדק הבית אעפ"כ פקחתי עיני וכתבתי דלא נחלקו בהקדש בזה"ז אלא בסתם הקדש דיש מרבוותא דסברי דכל שלא אמר בפירוש לצדקה סתם הקדש הוא לבדק הבית ויש חולקים וסוברים הואיל ולא אמר בפירוש לבדק הבית סתם הוא לעניים אבל אם

בפירוש לבדק הבית כ"ע יודו דדין הקדש בדק הבית יש לו ולכן הביאו הרבנים הנז' דין זה של הרשב"א ז"ל דשייך ג"כ לזמן הזה היכא דאמר בפירוש לבדק הבית דאם אמר גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לא קנה הקדש וממה שכתבתי בין תבין דאפי' החולקים לא חלקו אלא במקדיש סתם אבל באו' בפירוש לצדקה כ"ע יודו דאין לו דין הקדש דבדק הבית עכ"ל הרב כנה"ג ועליו סמך מוהריב"ו ז"ל פסקו דמור"ם בקדשי בדק הבית דבר: אלא דעכ"ז לא נחה דעתי לפי שראיתי להגאון מוהר"ר עקיבא איגר ז"ל בספרו סי' קמ"ד דמפרש דמור"ם בהקדש עניים דבר ומזה יצא לתמוה עליו דבהקדש עניים למה יהיה אסור לאכול ודין עניים דין הדיוט יש להם והניח קושייתו בצ"ע גם הגאון דודו זלה"ה שם כתב לו ליישב קושייתו על מור"ם ויישובו הוא הגם דבדין הקדש עניים דבר מור"ם עכ"ז אסור לאכול פירות מדין מפקיר וכו' ע"ש:

אתיא מבינייא שם בין לדברי הגאון הנז' בין לדברי דודו ז"ל הם שני נביאים שנבאו בסגנון א' דמור"ם אפי' בהקדש עניים דבר וא"כ הגם דהגאון מוהר"ר עקיבא ז"ל הרבה תמיהותיו על מור"ם כיצד יאמר בהקדש עניים דאסור לאכול פירות מ"מ אנן דקי"ל כדעת מור"ם אפי' נגד אלף פוסקים אליו שומעין ומה גם לדברי הגאון מר דודו יישב עליו תמיהותיו על מור"ם וא"כ יכולים היורשים לומר קיי"ל כהני פוסקים דסברי מרנן דמור"ם אפי' בהקדש עניים ס"ל דלא קנה ההקדש הן אמת דלכאורא יש לתמוה על דברי הגאון ה' ומר דודו ז"ל מי הביאם עד הלום לפרש דמור"ם בהקדש עניים דבר ולתמוה עליו הו"ל לפרש דמור"ם בהקדש בדק הבית דבר כמו שמפו' הדבר בת' הרשב"א שממנו מקור דברי מור"ם אלו וכמו שפירשו הרב החבי"ב זלה"ה ואזי יהיה משה אמת ותורתו אמת:

אלא נר' לע"ד דהגאונים הנז' קשיתינהו קושיית כנה"ג שהק' מעיקרא על הרב"י ומור"ם דהואל ודין הקדש בדק הבית לא שכיח בזמנינו מה לו למר"ן ומור"ם לכתוב הלכתא למשיחא. והגם שהרב כנה"ג תי' יתיב דמור"ם אתשיל אפי' באומר בזה"ז דהקדש לבדק הבית דלכ"ע ס"ל דהוי הקדש לגבוה. נראה לי דהרבנים נראה בעיניהם דוחק תי' זה משום דלא הו"ל למור"ם לסתום דבריו והו"ל לכתוב בפי' המקדיש לבדק הבית גוף מהיום וכו'. ובשלמא אי הוה ס"ל למור"ם דמי שיאמר בזה"ז הקדש סתם הוא פי' לבדק הבית כאותם הסוברים כן שהביא הרב כנה"ג הוה ניחא דנימא מור"ם נתכוון לפסוק כמי שאמר הקדש סתם בזה"ז הוי הקדש לבד"ה וע"ז פ' כאן דהאומר הרי זה הקדש אסור לאכול הפירות משום דהקדש סתם בזמן הזה עצמו הוי הקדש לבד"ה ואסור ליהנות מקדשי בד"ה כתשו' הרשב"א ולכך הוי פסקו כאן דסתם ואמר האומר הקדש סתם

דאסור השמיענו חידוש זה דכל האומר הקדש סתם אפי' בזה"ז הוי הקדש לבד"ה. אבל לפי האמת לא כן הוא דהא מצינו למור"ם ביו"ד סי' רנ"ח ס"א דשם כתב וז"ל ומ"מ אם אמר הקדש סתם כוונתו להקדש סתם כוונתו לצדקה לעניים וכו' וא"כ איך פסק כאן דבאומר הקדש סתם שהוא אסיר הכי הו"ל לפרש באומר הקדש לבד"ה אבל באומר סתם דסתמו לעניים מותר. וא"כ כד שלא נטעה הו"ל לפרש זהו ההכרח של הגאונים ז"ל ומזה הכריחו דודאי מור"ם בפסקו זה אזיל לפי סברתו שפ' ביו"ד דסתם הקדש הוא לעניים ואפ"ה פ' כאן דאסור ליהנות ולאכול הפירות. זהו סברתם:

והן אמת דלכאורה נר' דלפי פי' הגאונים המפרשי דמר"ן כאן בסתם הקדש לעניים הוא היכי פסק כאן דאסור לאכול הפירות הרי הפך מזה מצאנו לו שפ' ביו"ד הפך מזה שהרי שם בסי' רנ"ט האומר סלע זו לצדקה או הרי עלי סלע עד שלא באתה ליד גבאי יכול לשנותה בין ללות לעצמו או לחבירו וכו'. וסיים מור"ם שם דאין הצדקה כהקדש ומותר ליהנות ממנה וכו' וא"כ קשיין פסקיו אהדדי. אלא דזה אינה קושייא דשאני הכא דבמקדיש קרקע איירי ובזה הוא דאסור דע"י אכילת פירות או דירת קרקע קא מתכחיש ארעא אבל התם סלע יזיף סלע פורע ולא נחסר מנכסי הקדש כלים הנאה זו לא אסורה. ודבר זה מדוקדק מדברי הרשב"א שכתב בדבריו ז"ל דהאילן יונק משדה הקדש משמע דבזה הוא דהוי קפידא וק"ל:

איך שיהיה חטטנו בכל הצדדין למלאות רצין הנדיב לכתוב הכל מה שקנה ושיקנה בתו' מתנת בריא ולא עלתה בידינו. אלא דמצאנו לו תרופה מן התורה מת' הרשב"א בח"ג סי' קי"ב והביאה הרב ב"י בסי"ס במי שרצה לחלק נכסיו לבניו הן בעודנו חי יע"ש. אחר שצדד היאך יעשה לבסוף כתב ז"ל ומ"מ אם יש לו עסק או סחורה או מטלט' שאינם מסויימים ורוצה לחלקם ביניהם ולרבות לאחד ולמעט לא' איני יודע לו דרך שיכול לזכותם במתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה שמא מה שיש לו היום לא יהיו לו בשעת פטירתו לפיכך אין לו תקנה אלא בחייובים ר"ל שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו לכל א' וא' כפי מה שירצה למעט או לרבות עכל"ה. הרי מדברי רשב"א אלו מבורר דבמקום דלא מהני ל' מתנה ל' חיוב מועיל:

הן אמת דדברי הרשב"א אלו צריכין ביאור במה שכ' וז"ל ומ"מ אם יש לו עסק וסחורה או מטלטלים שאינם מסויימים ורוצה לחלקם וכו' איני יודע וכו' שמא מה שיהיה לו היום לא יהיו לו בשעת פטירתו דברים אלו קשים קצת הבנה דמה כוונתו לומר עסק וסחורה שאינם מסויימים אם הכוונה ישנם בעולם תחת ידו אלא אינו יודע כמה הם משקלם ומנינם ומספרם זהו כוונתו לזה יש להקשות למה לא יהיה להם קנין הרי קיי"ל

דיכול להקנות דבר שאינו מסויים ואין מדתו ומשקלו ידוע כמ"ש בסי' ר"ט ע"ש דאפי' לגבי מקח וממכר קנה ומכ"ש כאן במתנה ודאי קנה אפי' יאמר לו כל מה שבבית נתין לך דלא מהני במקח וממכר כמ"ש סי' ר"ט ס"ב במתנה מהני ע"ש: גם מה שסיים ואמר ז"ל שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת פטירה קשה אם מטעם זה הוא דלא ידע דרך לזכות להם במתנת בריא וכו' קשה מאי איריא שאינם מסוימים תפוק לך אפי' דבר המסוים יש חששא זו שמא לא יהיו בשעת פטירה וא"כ מאי הני ליה ברבויי ומיעוטי. עוד ק' אי משום חששא זו היא דלא ידע הרשב"א כיצד תהיה זכיתם דהיינו שמא לא יהיו ולא עלתה צוואתי שציוה מאי הוי בלא"ה הרי היתה כוונתו של המצוה הזה שיהיה הוא משתמש בשלו עד יום מותי אך אחר מותו זה יטול ריבוי וזה מועט מה שישאר אחריו וא"כ מה חששא זו היתה שמא מה שיש לו היום לא יהיה לו בשעת מיתה וכו' מאי הוי אה"ן אם לא נשאר מה בידו לעשות בלא"ה כך היתה כוונתו ע"מ שישאר אחריו ואם לא נשאר מה בידו לעשות: אך האמת הוא מה שנר' ליישב בדעת הרשב"א הוא נראה דכוונת המצווה הזה כמו שאמרנו דכוונתו להקנות לבניו כל אשר לו לרבות לזה ולמעט לזה ע"ז אמר הרשב"א דלא ידע והט' דלא ידע הוא בשלמא אם היו הדברים שרוצה להקנותם מסויימים יכול להקנות דבר פ' או כו"כ מדבר פ' לפ' וכו"כ לפ' אבל השתא שאינם מסויימים כיצד יעשה יאמר הריני מקנה כל מטלטלי וסחורותי לבני זה הרבה וזה מעט הרי יש חששא דילמא לא יהיו לו בשעת מותו דהיינו היורשים שמעט להם דילמא יטענו זה המטלט' שיש לו עתה לא היו לו בשעת הקנאה ואלו אחרים הם ויד שנינו שוה:

גם י"ל דכוונת הרשב"א הוא במי שרצה לזכות לבניו כל נכסיו אחר מותו הן מה שיש לו עתה הן מה שעתיד לקנות וע"ז אמר דעסקים שאינם מסויימים ופי' שאינם מסויימים היינו דבר שאינו מסויים ונגמר אלא כגון פרקמטיא או עסק שמוסיף ומתרבה או מתמעט דבעינן דבר שישנו עתה בידו אלא שעתיד להתוסף בו והוי התוספת דבר שאינו ברשותו אי דבר שלב"ל דלא חל הקנין כדקיי"ל גם יש חששא דילמא מה שמצוי עתה הלוך ילך לאבדון ופנים חדשות יבואו ועל פנים חדשות לא יחול הקנין. וא"כ זהו כוונתו במה שאמר דהמצווה הזה רצונו הוא שבניו יטלו אחר מותו זה מועט וזה מרובה בכל אשר ימצא לו ודילמא מה שיש לו עתה לא יהיו לו בשעת מותו ופנים חדשות באו לכאן. ואה"נ יכול הרשב"א לומר דהואל והמצווה רצונו לזכות כל אשר ימצא לו אחר מותו מן הראוי אפי' שהיו לו חפצים מסויימים עכ"ז הול"ל לא ידע כיצד יהיה להם קנוי דבר שאינו מצוי ועתיד לקנותו דאינו יכול ליתנו במתנת בריא משום דאין אדם מקנה

לחבירו דבר שלב"ל. אלא דהרשב"א להגדיל המדורה נתכוון ולזה נקט מילתא פסיקתא בלשונו דהיינו שמא מה שיש לו היום לא יהיו לו בשעת פטירה אלא פנים חדשות לא עלתה בידו מה שריבה לזה דדבר שהיה יכול לחול עליו הקנין חלף הלך לו ומה שבא לו עתה בידו לא נקנה לו זהו מה שנר' לפ' בדברי הרשב"א. וע"ז סיים הרשב"א וכתב לפיכך אין לו תקנה בזה אלא בחיובים ר"ל שיחייב עצמו ונכסיו מעכשיו ולאחר מותו כ"א מה שיראה לו למעט או לרבות עכ"ל: והנה עיקר החיוב היאך יהיה לנו נתפרש בדברי הרשב"א סתמו כפירושו שהרי דברי הרשב"א הם קאי על מ"ש הוא ז"ל ומ"מ אם יש לו עסק או סחורה או מטלט' ורוצה לחלקם ביניהם וכו' וע"ז נסתפק ולא ידע דשמא וכו' ולזה מצא תיקון לדבר הזה ע"י חיובים משמע דדבר זה שרוצה לחלק המטל' עצמן דלא מצא תיקון בהקנאתם יכול לחלקם ע"י חיובים החיוב הוא שיתחייב בשליש מכל אשר ימצא לו סמוך למיתתו שיזכה בו פ' וחייב עצמו ג"כ בכל אשר ימצא לו שיזכה פ' בשני שלישים ואזי הדבר קיים שיכול אדם לחייב עצמו אפי' בדבר שלב"ל:

הן אמת שעלה על דעתי לפרש שהחיובים שכתב הרשב"א הם שיתחייב בסך מה זהובים במאתים לראובן ומנה לשמעון אבל להתחייב בחיוב שיזכה פ' בשליש בנכסים ופ' שני שלישים איכא למימר לא דבר הרשב"א בחיוב זה. אלא דלא נחה דעתי בזה. חדא משום דדברי הרשב"א הם חוזרים על האופן שכתב דקאי על מי שרצה לחלק נכסיו ממש דלא מהני קנין ע"ז כתב דמהני חיוב כדאמרן. שנית אם כוונת הרשב"א שיתחייב לזה מאה ולזה מאתים דהיינו לאחר פטירתו זה יטול מנה מכח חובו וזה יטול מאתיים עכ"פ סו"ס לא רצון המצווה שרצונו הוא שיטול ראובן שני שלישים מעזבונו ושמעון שליש וע"י חיוב של זה מנה וזה מאתיים לא יתמלא רצונו והטעם הוא משום דלפעמים ירויח זה המצווה ממון רב ואזי יכול זה לגבות המנה וזה המאתיים מן הריוח שנתוסף והשאר יחלוקו בשוה וא"כ אם המצווה הזה רצונו שיטול ראובן שני שלישים ושמעון שליש דוקא בכל הנשאר אחריו א"כ מה הועיל ומה תיקן בחיוב שיתחייב בסך ממון קצת לזה וסך ממון קצת לזה:

זאת ועוד אחרת מה נענה אם יתמוטטו הנכסים ולא ישאר מהם כי אם מאתיים דוקא דאזי הדין הוא כ"א יטול כפי שעבוד שטרו דהייני מנה לכל אחד מהם וכמו דקיי"ל בדעת הרי"פ והרמב"ם ושאר פוסקים שפ' הש"ע בסק"ד ס"ו יע"ש והתינח אם הרשב"א ס"ל כדעת ר"ח דס"ל דחולקים לפי הממון יוצדק ג"כ כאן כשיכתוב לזה מנה ולזה מאתיים ביום אחרון כשלא ימצא בנכסי המצוה כדי לשניהם אפ"ה זה יטול שליש וזה

שני שלישים וא"כ אהנו מעכשיו אבל אם הרשב"א ס"ל כהרי"פ והרמב"ם א"כ מה נתן בזה לכשיהיו הנכסים מועטים:

ועוד אם כוונת הרשב"א להתחייב לראובן מאתיים זהובים ולשמעון מנה למה לו לכתוב לזה ולזה לא הו"ל לכתוב אלא מנה לראובן בתורת חוב ויטול אותו מן האמצע יבזה יהיה ראובן מרובה חלקו מאחיו והשאר חולקי' אותו בשוה ולמה צריך לכתוב לזה ולזה דבשלמא אם הכוונה לחלק המט' והסחורות עצמם וכאלו עושה חלוקה מעכשיו לזה יוצדק לזה שליש מנכסיו וזה שני שלישים הואיל ונחית לעשות חלוקה מעכשיו צריך לכתוב ולפרש כ"א מה שיטול אבל אם יהיה החיוב בסך מה זהובים כדי שיהיה חלקו מרובה א"כ הואיל ואין זה חלוקה ממש הוה די לכתוב לזה שיטול בתורת החוב והשאר יחלוקו:

והן אמת דיש מה להשיב עוד על אופן זה עכ"פ מהדקדוקים הנ"ל נר' פשוט דכוונת הרשב"א היא שיתחייב בשני שלישים ממ"ט וכו' לזה ושליש לזה: איך שיהיה נקטי' מדברי הרשב"א שמי שרוצה לחלק נכסיו בחייו מה יהיה בהם אחר מותו. התיקון הוא שיתחייב שכל מה שימצא לו בשעת פטירתו קו"ט וכו' הכ"ל חיי"ע מעכשו בתו' חוב שיזכו בו פ' ופ' לשעה א' קודם מותו ובזה על מקומו יבוא בשלום דהואיל ובתורת חוב נתחייב חל חיובו אפי' על דבר שלב"ל והדר דינא למ"ש הטור סי' ס' סי"א משם בעה"ת ופסקו שם מר"ן בש"ע ס"ו ז"ל המחייב עצמו בדבר שלב"ל או בדבר שאינו מצוי אצלו חייב וכו' וע"ש בסמ"ע סקי"ח שכתב שהכל תלוי בלשון ואם כתב הריני מתחייב נפשי ליתן לך וכו' אף שהוא במתנה והוא דבר שאינו מצוי בידו מ"מ החיוב חל על גופו שהוא בעולם וכו' יע"ש וא"כ הרי מפסק הש"ע מבורר לך שמי שמתחייב לזכות למי שירצה לזכות כל אשר ימצא לו תחת כפת. המרום לעת מצוא זו מיתה יזכו בו המקבלים:

ואל תפקפק עוד לומר דעדיין יש להסתפק ולומר דע"כ לא כתב הש"ע המחייב עצמו בדשלב"ל או שאינו מצוי אצלו היינו דוקא במי שנתחייב בדבר קצוב אלא שלב"ל עדיין אבל המחייב עצמו בדבר שבל"ע ואינו קצוב איכא למי' דלא קנה. והגם דלא קיי"ל כהרמב"ם אלא כס' הפו' דס"ל דאם מתחייב בדבר שאינו קצוב כמ"ש הש"ע בסי' ס' ס"ג שכתב דחלקו על הרמב"ם כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד והכי נקטי' יעו"ש דמ"מ אי' למי' דוקא במי שבא להתחייב בדבר שאינו קצוב והוא בעולם הוא דמהני אבל בנד"ד דיש כאן תרתי לריעותא מתחייב בדבר שאינו קצוב ואינו בעולם איכא למי' דלא מהני אלא דז"א דהא עיקר דין של בעה"ת שהביא הטור האדם מתחייב בדשלב"ל כתב הרב"י למד אותו מדאשכחן דמשעבד לחובו מה שיקנה כדקי"ל דאקני משתעבד

וכו' וא"כ הרי לך שהאדם יכול לשעבד מה שיקנה הגם שהוא דבר שלב"ל ואינו קצוב דאין יודע כמה יקנה המעט הוא אם רב ועכ"ז כ"מ שיקנה משתעבד וא"כ הוא יכול להתחייב אף בדבר שאינו קצוב א"כ כמו התם בשעבוד דאיכא תרתי שאינו קצוב ואינו ברשותו נשתעבד ה"ה בדבר הלמד ממנו ואל תשיבני דשאני התם הואיל והחוב יש לו קצבה ז"א דסו"ס העיקר הוא מה שמשתעבד ונשתעבד אפי' במקום דאיכא תרתי וממנו הוא הלימוד: וכן נמי בא בפשיטות בת' הרשב"א הביאה הרב"י בסי' ה' ז"ל כ' הרשב"א שאלת מי שחייב עצמו ליתן לחבירו כ"מ שירויח מכאן עד ל' יום בקנין גמור כל נכסיו שקנה ושיקנה אי אמרינן דלא אמר כלום לפי שאין אדם מקנה דבשלבל"ע תשובה דבר ברור הוא שחייב הוא דלא אמרו בדשלבל"ע אלא כגון פירות דקל אבל המחייב עצמו ליתן מה שיוציא הדקל דבריו קיימים שזה אינו מקנה הפירות אלא מחייב עצמו עכ"ל הרי לך הדבר בפשיטות: שוב אחרי זאת מצאתי ג"כ להרב תורת חסד סרכ"ח שנשאל באדם אחד בחיי אביו שסלק עצמו מכל מה שישאר אחר אביו וכו' והיה הדבר בחיוב והרב כתב דסלוקו סלוק הואל והיה בחיוב הוי כמו שנתחייב בדשבל"ע דחייב ואח"כ כתב הרב ז"ל ואין מקום לגמגם על זה החיוב מחמת שנתחייב בדברים שאין להם קצבה והם הכלים אשר ישאר אחר מיתת אביהם שיזכו בהם האחים אחרי מות אביהם ואין להם קצבה דמי יודע כמה יהיו דלדעת הרמב"ם ורבותינו דס"ל המתחייב בדברי שאים בהם קצבה לא וכו' יעו"ש שהוצרך אלבא דהרמב"ם הרי לך דלא נסתפק הרב אלא לדעת הרמב"ם דס"ל הכי אבל לדעת רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם דאנן קי"ל כותיהו לא נכנס בספק זה הגם שיש כאן תרתי שאותו דבר שהקנה הוא דבר שאין לו קצבה ולא היה תחת ידו דהוי דבשלבל"ע יעו"ש:

איך שיהיה העולה מזה הוא התיקון היפה הוא בנדו"ד לחייב עצמו שכל מה שימצא אתו בשעת מותו יזכו בו העניים:

שוב ראיתי למור"ם סו"ס רנ"ז שפסק לתשובת הרשב"א שב"ס ר"ן שכתב ז"ל ולכן בריא שרוצה לחלוק נכסיו אחר מותו שלא יריבו יורשיו אחריו ורוצה לעשות סדר לצוואתו בעודו בריא צריך להקנות בקנין ואפילו קנין אינו מהני אם רוצה ליתן להם דבר שאין בידו ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ואין מהני אלא דרך הודאה שמודה לכל אחד כפי מה שירצה ע"כ והן הם דברי הרשב"א דסר"ן ובדרך אגב שם ראיתי להרב פת"ש שכתב משם האחרונים דקדוקים על דברי הרשב"א דסר"ן ויישב הכל ובכלל דבריו הן הם מה שכווני בדברי הרשב"א ודו"ק:

וכן מצאתי בפשיטות להרב גוא"ל הלוי ז"ל בסרנ"ז סק"ז שכתב וז"ל ומיהו נ"ל שיש תקנה אחרת לתת במתנת בריא כגון שאמר הנני נותן במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה מנכסי כל כך זהובים לפלוני וכו"ך לפלוני והשאר ירשו יורשיו וכיון שפירש מנכסיו או ששוה קאמר דהיינו שימכרו מאותן הנכסים ויתן אותם הזהובים כנראה ממ"ש הרב"י ס"ס בשם הרשב"א והרמב"ן וכן הר"ן פ"ק דגטין כתב כדברי רשב"א דכל האומר מנכסי אפע"ג שלא היו המעות בעין זכו המקבלי מתנה וכ"ך הש"ך ח"ב ס"ט ונראה דיכול ג"כ לתת באופן זה ולומר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בתורת חוב גמור לתת לו כל המטלטלים שימצאו לו שעה אחת קודם מותו חוץ מדבר פלוני שישאר ליורשים ונקנו מידו כן נראה ממ"ש לעיל ס"ס ס"ו יעו"ש בטור והרב"י בשם רשב"א יע"ש ועיין בב"י סו"ס ר"ן תשובה נראה ומשובחת וכו' עכ"ל: כלל העולה המוסכם מכל הפוסקים הוא דבריא שרצה להקדיש נכסיו שישארו אחר מותו ויהיו נק' בקנין גמור הוא בשני האופנים האחד הוא שיתחייב בסך כו"ך זהובים מנכסיו לפלוני מהיום ולשעה אחת קודם מיתתו לפלוני ואזי חל החיוב ליפרע מכל מה שימצא לו:

או להתחייב ג"כ בתורת חוב גמור לתת כל נכסיו והמטלטלים וכו' שימצאו לו שעה אחת קודם מיתתו לפלוני וכו' וכשיהיה באחת מהאופנים אלו אזי זכה המקבל:

דע וראה שצריך שיהיה חיוב זה בקבלת אחריות דהא דגם שמצינו דפסק הש"ע המחייב עצמו בדשלבל"ע חייב וכו' כתב הרב פת"ש שם ז"ל בגליון דהגר"ע ז"ל נ"ב וז"ל ודוקא שמחייב עצמו ליתן פירות הדקל ומחייב עצמו ומקבל אחריות באם ישתדפו קודם שיתנם לו שמחויב ליתן דמים אבל במחייב עצמו ליתן פירות דקל ומתנה שלא יקבל אחריותם לא חל כלל ההתחייבות מהרי"ט בח"מ ספ"ד עיין קצו"ה סכ"ג עכ"ל הן אמת דקשה לי על דברי הרב פת"ש אלו רישך לסופן דמתחלה כתב ז"ל ודוקא שמחייב עצמו וקבל אחריות באם ישתדפו וכו' משמע דבעי דוקא שיקבל בפירוש הא בסתם אם לא קבל כך בפירוש לא מהני ומסוף דבריו נשמע הפך שסיים וכתב אבל במתחייב ליתן פירות הדקל ומתנה שלא יתחייב באחריותם לא חל כלל ההתחייבות וכו' מלשון זה נראה דדוקא באם התנה שלא קבל אחריות הא סתם מהני וא"כ קשיין הדיוקים הדדי וספר מהרי"ט אינו בידי לעמוד על דבריו איך שיהיה הגם דאין ספר מהרי"ט בידי לעמוד על דבריו כ"פ בנדו"ד כשירצה לכתוב החוב עליו טוב וישר לקבל עליו החוב באחריות גמורה עוי"א ואזי אין כאן שום פקפוק:

וכן ראיתי מפורש בס' ע"ט סופ"ר המכונה להרה"ג מורינו יעבי"ץ זלה"ה שכתב נוסח שטר מתנה מהיום ולאחר מיתה באשה שרצתה לתת עזבונה לבנותיה וכו' וכתב

שיכתוב באה פלונית ואמרה לנו הוו עלי עדים ע"ג וקנו ממני קגו"ש במדל"ב וכתבו בכל לשון של זכות וכו' עוד אני מקנה לבתי הנז' מעכשיו ולאחר מיתתי כל המטלטלים אשר ימצאו (הג"ה יש לחבר הדבר בענין חיוב ושעבוד דהוי דבשכל"ע) אחר מיתתי בביתי הכל כאשר לכל וכו' עכל"ה הרי מכאן ג"כ באורה דכל מה שכתבנו אמת וישר הוא דכשיתחייב שהקנה מטלט' וכו' בתורת חיוב ושעבוד לא נשאר פקפוק. ועדיפא מזה ראיתי להרה"ג בס' דברי יוסף סכ"ט שנשאל בצוואה אחת שהיה כתוב בה ויהיו דברי אלה שרירין וקיימים כמתנת בריא ומעכשיו ולשעה אחת קודם מיתה בשעבוד גוף ונכסים בק"ג וכו' ועל זה כתב הרב הנז' לקיים הצוואה וז"ל אבל הא נמי ליתא דאפילו תימא שלא היו באותה שעה אלו הנכסים המתנה קיימת אלבא דכו"ע שהרי חייב ושעבד עצמו בשעבוד גוף ונכסים בק"ג וכבר קי"ל בש"ע סי' סמ"ך והסכמת הפוסקים היא כמ"ש בעל כנה"ג שבתורת חיוב יכול אדם להתחייב אפילו בדבר שלבל"ע או שאינו מצוי אצלו משום דהחיוב חל על גופו וגופו ישנו בעולם וכיון שכן כשהגיעה שעה אחת קודם מיתתו של ראובן קנו בהחלט מקבלי המתנות כל הנמצאים לו וכו' ואל תטעה לומר בלשון חיוב דוקא הוא דמהני אבל לשון שעבוד גוף ונכסים הכתוב בצוואה לא מהני זה אינו דחיוב ושעבוד חדא מילתא היא דהחיוב דמהני משעבוד ילפינן ליה וכו' יעו"ש הרי לך לדעת הרב אפילו לא היה הדבר בחיוב אלא בשעבוד גופו ונכסיו חשיב ליה כחיוב וקנה המקבל כ"ש אם אם יהיה בצרוף שניהם לשון חיוב ושעבוד בודאי דמהני:

וכן ראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה בספרו הגדול וי"ץ סקפ"ט שכתב וז"ל ומה גם דבשטר המתנה כתוב לאמר שנתחייבה חו"ג האשה הנז' ובלשון חיוב אף בדשבל"ע קנה כמ"ש מר"ן ס"ס באופן דמה"ד המתנה קיימת ביד ההקדש יעו"ש:

כלל העולה דהמצוה הזה יכול לעשות צוואתו באחד משני אופנים הנז"ל. גם יכול לעשות אופן שלשי שיקנה מעתה ומעכשיו ולשעה אחת קודם מיתה כל מה שיש לו תכ"ה מה שקנה ומה שיקנה ונתחייב בחו"ג ובשעבוד נכסים וכו' וכו' אזי מהני אלא דבאופן זה לא יוכל למכור כלל ממה שבידו הואל והקנה אותם במהיום ועל כן צריך לכתוב בגוף השטר ששייר לעצמו. על כן טוב לכתוב באופן אחד משנים הראשונים ואזי הכל שו"ב וקיים וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קסא

תשובה למונאדור יע"ה על הענין צוואה שציוותה האשה עיסה הנז"ל בפסק שקודמ' לזה וזיכתה כל נכסיה ראוי ומוחזק להקדש עניי עירה ולהקדש עניי עה"ק ירושלים תוב"ב והבעל שמרדה בו האשה ולא קבלה גטה עדיין הוא תובע לירש נכסי אשתו המורדת שהיא עיסה הנז' יען כי היה נשוי עמה בכתובה כדת ועל זה תבע לבטל הצוואה יען כי הוא היורש מן התורה זהו תכלית הענין בקצור יומ"ץ:

תשובה תחלה וראש יש לחקור במה שנעשית צוואה זאת על ידי עידות רבני העיר הן הם עדי הצוואה וכבר ידוע מ"ש הש"ע בסו"ס וא"ו ובסל"ז ס"ך דהאומר תנו מנה לענייי עירי אין דנין בדייני אותה העיר דאין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר וכו' וא"כ נראה דבטלה צוואה זו אפילו לגבי חלק הנוגע לירושלים תוב"ב מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כידוע וכמ"ש הש"ע בס' נ"א ס"ו יעו"ש:

והגם דמצאנו ראינו למר"ן שם בס' ל"ז סכ"ב פסק לתשובת הרא"ש והרשב"א שכתבו דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם ועל ההקדשות וכו' עכ"ז הרי מצינו להרב פת"ש שם שכתב שראה בס' נ"ש שהביא משם דברי ריבות סקצ"ז דכיון שאינו מה"ד אלא מכח מנהג לכן אם הוא מנהג קבוע וידוע לכל העיר יבטל ההלכה אבל אם אינו קבוע וידוע לא מבטלינן הלכה פסוקה וכתב דכן משמע מתשובת רמ"א ומתשובת מהר"ם פדוואה ומשם כנה"ג משם מהרי"ו ומשם משפטי שמואל ע"ש בפת"ש וכן ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בספרו ויאמר יצחק סל"א שאסף איש טהור כמה פוסקים אחרונים דהכי ס"ל דבעינן שיהיה מנהג קבוע וידוע ע"ע שם:

והגם דראה ראיתי להרב פת"ש שאחר שהביא סברת הפוסקים דמפרשי לדברי הרא"ש והרשב"א ז"ל דמצריך צריך להיות המנהג קבוע וידוע הוסיף וכתב ז"ל אמנם לע"ד אין מכל זה ראיה כי כל אלו הגדולים ז"ל היו קודם שנתפשט חבור הש"ע בעולם אבל בזמנינו מאחר שכבר הוקבע מנהג זה בש"ע הוי מנהג קבוע לדורות אין לנו לסמוך על זה חדא דהא איהו עצמו שם כתב משם הרב שב' יעקב שהרב שבות יעקב הביא ראיה מדברי מהר"ם לובלין דאפילו שראה דברי הש"ע אפילו הכי פסק דבני העיר נוגעין ואין יכולים להעיד יע"ש והגם שהרב פת"ש צדד לדחות ראייתו של הרב שבות יעקב ה' עכ"ז הרי לבסוף הניח הדבר בצ"ע ואין לנו להניח פשיטותיה של הרב שבות יעקב מלפני הצ"ע של הרב פת"ש ומה גם הרי מצינו להרב מוהר"ר יהודה עייאש זלה"ה מרבנן סבוראי ובתראי שכתב בבית יאודא סי"ג בתוך התשובה ז"ל ואפע"ג דאיתא התם בסו"ס ל"ז דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל וכו' כבר מורינו הרב ז"ל בפסק אחד של הקדש

חברה אחת האריך להוכיח בדעתו הרחבה דבסתם מוקמינן ליה אדינא עד שתהיה תקנה מפורשת ומנהג פשוט וכו' יע"ש הרי להרב מוהרי"ע ז"ל פסיק ותני משם רבו ז"ל מצריך מנהג ידוע ועדיפא מזה דמצאנו לאחרון אחרון חביב הוא מוהריב"ו ז"ל דכן בספרו ויאמר יצחק ס"ל אחר שהביא להקת כל הפוסקים נטתה דעתו ופסק דבעינן דוקא עד שיהיה המנהג ידוע וא"כ מדברי רבותינו האחרונים לא נזוז ובעינן שיודע שבעיר מוגאדור נהגו לקבל עדות מהקהל הלאו הכי אותו הקדש מגן שויא:

ברם הגם דמצרכינן לידע אם הדבר נהוג עכ"פ לא בעינן עד שיבואו עדים ויעידו על כך אלא דיו באם הגלות נגלות אם ימצא איזה צוואה או הקדש שהיה מקודם לזה והיו חתומים בו עדים מן העיר אזי מזה יש לנו להוכיח ולומר דודאי כך מנהגם וכמו שראינו להרב מהריב"ו זלה"ה שם ס"ל שכתב וז"ל נקטינן מהאמור דהכא בנדו"ד כיין שהמקוה לא. היה בחזקת הקהל אלא שרוצים לזכות בו וכו' על בני הקהל להביא ראיה שמנהג קבוע להכשיר בני. העיר ואף שכשמקדיש שום אדם דבר ומייחד לעדים מעדי העיר כמו שראינו לאיזה שטרות של הקדש שחתומים בו עדים מבני העיר ואין מצריכין להביא. עדים מחוץ לעיר היינו מניחים שכך נהוג והוי כאלו קבלום עליהם אבל על מה שעבר שנפל ערעור בזה לא שמענו שיש מנהג קבע עכל"ה מלשון זה של הרב יתברר לך דבמקום שראינו איזה שטרי הקדשות וכדומה הם חתומים בעדי העיר הוי הוכחה שהוא מנהג קבוע שכך קבלו עליהם ויש להשען על זה להכשיר בנדו"ד כך נראה לכאורה:

אך גם זה לא יגהה מזור בנדו"ד דנדו"ד מיגרע גרע הואל וההקדש הוא לחכמי העיר ועטרותיהם בראשיהם המה מלכיהם רבני העיר המעידים בצוואה א"כ הוי כאלו באו להעיד על עצמם במה שנוגע להם וא"כ אפילו יהיה מנהג ידוע שנהגו לקבל עדות בני העיר דוקא בהשואה כללית בהנאה לבני העיר בהשוואה לא למה שנוגע לעדים בפרטות וכמו שבא הדבר:

מפורש בבית יאודא כנדון שלי שהוא כעין נדו"ד ממש וכתב עליו ז"ל ועוד דבנדו"ד אפילו תהיה תקנה מפורשת עדי ודייני העיר לא מהני מטעם דדוקא בדבר שהוא שוה לכל נפש והנאתו כללית כעם ככהן משא"כ בכי האי גוונא שאינו נוגע אלא להפרט שהיא המתנה שיזכו בה הת"ח ועטרותיהם בראשיהם הם הב"ד יצ"ו פשיטא דבכל אופן אין דנין בדייני אותה העיר:

בדבר שיש להם צד הנאה מיוחדת וזה דבר פשוט וברור אמת ויציב ע"פ הדין וע"פ הסברא עכ"ל וא"כ אין לנו ארוכה ומרפא לזה אלא אם יסתלקו העדים סלוק גמור ולא יהיה להם הנאה מהקדש זה ואזי יכולים לקיים הצוואה דבפסול עדות משום הנאת

ממון לא בעינן שיהי' תחלתו וסופו בכשרות אלא דיו אם יהיה סופו בכשרות וכמ"ש מר"ן בסימן ל"ג סט"ו ובס' ל"ז סי"ח יע"ש:

ותקון זה הוא מה שמצא הרב מוהרי"ע זלה"ה לנדון שלו יעו"ש בסי"ג שלא מצא שום תקון כי אם תקון זה יע"ש שכתב נגד הסוחרים הצוואה כתב איהו ז"ל גם בזה צללו במים אדירים והעלו חרם שהרי יש תקון שיסלקו דיינים עצמם מאותם הנאות של המתנות ואזי יכולים לדון ככל אות נפשם דלגבי הדיינים לכ"פ מהני סלוק בין בתחילה בין בסוף משא"כ גבי עדים דהוי מחלוקת וגם בעדים פסק בש"ע דמהני סלוק לבסוף עכל"ה הרי לך אין תקון אלא סלוק הנאה מן העדים ותו לא מדי. ומה שרצה ידיד כי טוב הוא הרב הפוסק נר"ו להכשיר עדות בני העיר ממה שמצינו שקבלו עליהם דיינים לדון ביחידי והודאה לפניו כאלו הודה בב"ד של שלש א"כ משם נלמד לומר דמסתמא אמרינן גם לזה מסתמא קבלו עליהם שיקבלו עדות מבני העיר. אחר המחילה על מה שרצה לקרב את הרחוקים בזרוע דשאני הדיינות משום דלא אפשר בלאו הכי שכמה עיירות לא נמצא ראוי לדון כי אם אחד מעיר ואפילו במקומות שמצוים חכמים הרבה למנות ב"ד של שלש כמה דיינים רצונם ללמוד ולדון ביחידות לכך הוצרכו לקבל עליהם לדון יחידי וגם קבלו שתהיה הודאה לפניו כהודאת ב"ד של שלש דאל"כ מה הועילו בתקנתם לישב ולדון ביחיד הרי מי שיצא חייב יכול לסתור הדין וכמו שבא הדבר מפורש בדברי הרב רבינו יעבי"ץ זלה"ה שכתב ז"ל משרבו הרמאים שבעומדם לדין ורואין חובה ממשמשת ובאה על ידי טענותיהם הראשונים בורחים מן האמת ומשנים טענותיהם על זה נהגו ב"ד שלפנינו שלא לדון אלא על טענה הראשונה וכן נהגו אחריהם ומשום הכי נהגו שאם התחילו לדון אצל אחד מבדי"ץ אין יכול לגמור הדין אצל דיין אחר כדי שלא ישנה טענותיו עכל"ה א"כ מה ענין זה לזה לומר דמדמצינו דנים ביחידות והודאה לפניהם הויא הודאה נימא דגם לזה מסתמא קבלו לקבל עדות מבני העיר הרי אין דנים אפשר משאי אפשר וכן ראיתי להרב ויאמר יצחק ס"ל שכתב כן בפשיטות מכח סברתו וכתב דכן מצא להריב"ש ולהרשב"ש דאין להביא ראיה שנכשיר עדות מבני העיר ממה שראינו שנהגו לדון דיני המסים בדייני בין יחיד לקהל יעו"ש שכתב דסברא גדולה שיש לחלק ביניהם:

ומעתה הבוא נבוא לעקר הדין מה משפט הקדש ומתנה זו שעשתה האשה עיסא נ"ע המורדת הנז'. ומה שיש להשיב בקצירת האומר הוא דיש לנו לקיים ההקדש והמתנה מתרי טעמי. חדא הגם דמצינו דהדבר נכנס במחלוקת וכמ"ש הרב ב"ש בס"ק סקי"ז משם רלב"ח דאפילו לכתחילה אין הבעל יכול למחות א"כ מכ"ש אם עברה ומכרה או

נתנה מכרה ומתנתה קיימת לדעת רלב"ח ולדעת הרב ב"ש הניח בצ"ע אם מכרה יעו"ש ובס' כנה"ג ס"ק הגה"ט סל"א כתב וז"ל דדוקא נכסי עזבונה יורש הבעל אבל מה שמכרה ונתנה אינו יורש הרד"ך חדר י"ב ואינו נ"ל וכן מצאתי בתשובה כת"י למהר"א ן' יעיש ז"ל ע"כ א"כ הרי זה לעומת זה דלדעת כנה"ג ומהר"א ן' יעיש ז"ל ההקדש אינו הקדש ולדעת הרד"ך ורלב"ח נוסף עליהם מהרי"ו זלה"ה דגם הוא ודאי סובר דעברה ומכרה מכרה קיים וכמו שמבורר מדברי הרב"ש שהביא בס"ק סקי"ז אחר שכתב דלדעת רלב"ח ס"ל דדעת הרא"ש דאפילו לכתחילה אינו יכול למחות בידה מליתן והוסיף וכתב ז"ל אלא בתשובת מהרי"ו ס"ך פסק לכ"ע יכול למחות וכן פסק סמוך בהג"ה עכ"ל מכאן ברירה דמהרי"ו דוקא לכתחילה ס"ל הוא דיכול למחות בה שלא תמכור אבל אם עברה ומכרה ודאי מכרה או מתנתה קיימת וא"כ הואל והדבר במחלוקת שנוי הדרן לדינא דאין לנו לדון בזה אלא דינא דקי"ל:

והנה בדינא דקי"ל בנדו"ד הגם דמצינו היכא דיש מחלוקת בין יורשי האשה ובין יורשי הבעל או הבעל עצמו מערכה לקראת מערכה הללו מיימינים והללו משמאלים כמו שכתבנו לעיל בפסק מעות האלבאנק"ו כ"פ בנדו"ז דהספק הוא בין הבעל ובין מקבלי המתנה לא מצינו מי שדבר בזה כי אם הרב האחרון דכל רז לא אניס ליה מוהר"ר מוהריב"ו ז"ל בספרו ויאמר יצחק ח"ב סקפ"ט שנשאל באשה שנתנה במתנת שכ"מ מה שסיגלה ממעשה ידיה והביא הרב מחלוקת הפוסקים באותו ענין ולבסוף כתב ז"ל ומה שנראה לומר בזה הוא דמקבל המתנה הוא הנקרא מוחזק בנכסים אלו והביא ראיה מדברי הפרישה ולבסוף סיים וכתב זל"ה וא"כ הכא נמי בנדו"ד שיש לנו ספק אם יש לבעל פירות בנכסים אלו והם נכסי מלוג או לא א"כ אחר שנתנתם במתנת בריא הרי הם בחזקת המקבל והבעל הבא להוציא אחר מיתה מידו עליו להביא ראיה דנכסים אלו הם כנכסי מלוג להוציא מיד המקבל המתנה אלא דעדיין יש לפקפק בזה דתינח גבי קרקע אוקמוה בחזקת המקבל אבל לגבי המטלטלים עדיין הספק במקומו עומד עכ"ל הרב. מדבריו אלו מוכח דאזלינן בתר המוחזק כדמוכח מדבריו דקרקע דהיה הקרקע מוחזק ביד מקבל המתנה זיכה אותו למוחזק ובמטלטלים דלא היו מוחזקים ספוקי מספיקא ליה. הן אמת דלכאורה אעקרא דדינא נראה דיש פרכה דהנה ראינו להרב מהריב"ו זלה"ה דמילף יליף דהמקבל מקרי מוחזק לגבי הבעל מדברי הפרישה דמתרץ מאי דקשה ליה על הרמב"ם דפסק הש"ע כוותיה בס"ק ס"ט דכתב האשה שמכרה בנכסי מלוג הבעל מוציא הפירות אבל לא הגוף וכו' והרב הפרישה כתב מאי דנפקא מינה לומר דהגוף הוא דהלוקח הואל ואינו אוכל פירות והוצרך לתרץ דנפקא מינה שאם נפל הבית עליו

ועל אשתו דהלוקח קרוי מוחזק לומר שהבעל מת תחלה יע"ש ומזה למד הרב מהריב"ו ז"ל דהלוקח הוי מוחזק אך באמת הרי מצינו להרב ב"ש שם בסקל"ו שהקשה על דברי הפרישה הנז"ל קושייא חזקה וא"כ מחזי לכאורה הואל ואפריך ליה תרוצו של הפרישה יהיה נסתר הדין. על זה שתי תשובות בדבר. חדא דהגם דהרב"ש הקשה על הפרישה ונראית קושייתו חזקה אין לנו לסתור דברי הפרישה מכח קושיית הרב"ש ויכול המוחזק לומר קי"ל כהפרישה אפילו יש עליו קושייה וכמו שראיתי להזכו"ל מערכת קי"ל שכתב ז"ל מצאתי מכת"י ה"ה מר רב"י וז"ל קי"ל מצי למימר המוחזק אף דהחולקים דחו סברת המסייעים בראיות וגו"מ יעו"ש שהביא כן משם כמה פוסקים וא"כ גם כאן הגם שהרב"ש הקשה על תרוצו של הרב הפרישה עדיין יכולים אנן לומר קי"ל ומה גם שהרב"ש הקשה על תרוץ הפרישה הרי קושייתו לא מצד הסברא או משום איזה ראיה סותר דינו היוצא מכח תרוצו של הפרישה אלא עקר קושייתו היא דמה שמתרץ הפרישה אין זה תרוץ דסו"ס תקשה לדעת הרמב"ם מאי נפקא מינה אמר שהגוף של הלוקח אם להקרא הלוקח מוחזק הרי כבר קי"ל דיורשי האשה הוו מוחזקים וא"כ אם זהו מה שבא הרמב"ם להשמיענו הוי משנה שאינה צריכה זהו קושייתו אבל באמת בדין הלוקח עם הבעל מי קרוי מוחזק יכול להיות שמצד הסברא גם הרב"ש לא יחלוק ומה גם הואל ועינינו ראו אור יקרות הרב מהריב"ו זלה"ה דלפניו נגלו תעלומות הפוסקים ועיניו ראו קושיית הרב"ש על הפרישה ועכ"ז פסק בסכינא חריפא כדעת הפרישה דהלוקח אומר קי"ל ועל מי יש לנו להשען יותר מרב אחרון מופלא דסמוך שסמך על דברי הפרישה אלו אליו שומעין:

ומה גם כי לא מצאנו מי שדבר בכעין נדו"ד מי קרוי מוחזק בעל או לוקח זולת הפרישה עליו יש להשען והגם דמצאנו ראינו להרב בנ"י חי"י הגה"ט אות דל"ת שכתב על מחלוקת הרא"ש והרשב"א והרמב"ם דלדעת הרא"ש ורשב"א יכול הבעל להוציא גם הגוף ולדעת הרמב"ם דוקא הפירות על זה כתב הרב בנ"י חי"י משם מהר"ש הלוי ז"ל ולענין הלכה פסק דהבעל מוחזק ולוקח נקרא מוציא ויאמר הבעל קי"ל כהרא"ש והרשב"א דמוציא גוף הפירות עכ"ל. ולכאורה הרואה זאת ידמה דחלוק הוא על דברי הפרישה הנז' על זה יש להשיב. חדא אפילו נימא חלוק עכ"ז יכול לומר המקבל קי"ל כדעת הפרישה ומה גם הרב אחרון סמך פסקו על זה ואנן כבתראי קי"ל וכמ"ש מור"ם בסכ"ה יעו"ש ומה גם דלא קרב נדו"ן שדבר בו מהר"ש הלוי שהביא הרב בנ"י חי"י לנדו"ד דהתם דבר במקום שהבעל היה אוכל פירות דהואל ואכיל פירות חשיב ליה בחזקתו דלוקח הוי דהגם דקי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וכמ"ש בכמה מקומות

בש"ע ואחת מהנה בדין שאלה בבעלים בס' שמ"ו ס"ט יעו"ש דפסק דקנין פירות לאו כקנין הגוף הוא עכ"ז לענין זה לקרותו מוחזק משום דאוכל פירות כך הדעת והשכל מורה דחשבינן ליה מוחזק משום דהוי כלוקח ראשון וראיה לזה מדין מצרנות בס' קע"ה סי"ד ששם פסק דבעל בנכסי מלוג של אשתו הוי מצרן ואפילו סלקה האשה עצמה מדין מצרנות הבעל מוציא מיד המצרן וכתב שם הסמ"ע סקכ"ב הטעם משום דחשיב ליה בעל לוקח הוי יעו"ש וא"כ לפי טעם זה נלע"ד במקום דלית ליה פירות לבעל אין ראוי לקרותו לוקח וכמ"ש הרא"ש הביאו הרב"ש באעה"ז ס"ק סקי"ז שכתב דלשטת הרא"ש דהמורדת בבעלה אינו אוכל פירות הוי כאלו אין אשות ביניהם אלא יורש אותה בתורת קרוב יעו"ש ואינו זוכה במצרנות במקום דליכא פירות דלא הוי לוקח אלא יורש וחלוק זה תהלי"ת אחר החיפוש ראיתי הדבר מפורש קרוב לזה ממש שכתבו כנה"ג בחומ"ש סקע"ה ס"ק ז"ל נ"ב דבעל בנכסי אשתו חשיב כלוקח ונחשב שלו ואין יכולה למחול המצרנות אפילו קנו מידה סמ"ע אמר המאסף ולפי טעם זה לר"ח ור"ש ולרשב"ש ז"ל וא"ז והג"א דפסקו דיורש הוי אם קנו מידה שמחלה ללוקח מחילתה מחילה ואין הבעל יכול לערער על הלוקח עכל"ה הרי סלוקינו נהיר וצהיר א"כ ממנו נבוא לומר דדעת מהר"ש הלוי לא חשיב לבעל מוחזק אלא במקום דאיכא אכילת פירות דהוי עליו שם לוקח אבל בכגון נדו"ד דהבעל לא היה אוכל פירות מכח מרדה ואין לו שם לוקח אלא שם יורש לא ידענו מהיכן נקרא עליו שם מוחזק ואיכא למימר בנדו"ד גם הרב מהר"ש הלוי יודה דאין לו שם מוחזק והדרן לדינא דידן דקם דינא דזכו מקבלי המתנות וההקדשות מכח קי"ל והגם שההקדשות ג"כ אינם תפושים אפילו הכי זכו הואל ונכסי המקדשת הוא תחת ידי אחי האשה ורצונם בזה לקיים דברי המרוחמת ועל זה המה עולים ויורדים לחפש בזכות ההקדשות הרי יכולים לומר קי"ל כדעת הרד"ך ורלב"ח ומהרי"ו ולזכות להקדש וכמ"ש כנה"ג הגב"י אות י"ד וז"ל לאו דוקא התופש עצמו הוא שיכול לומר קי"ל להחזיק בידו אלא אפילו להחזיק מה שבידו לאחר יכול לומר קי"ל מהר"א ן' ששון עכ"ל ודין זה ג"כ ראיתי להרב מש"ה שפיר קאמר שהביאו במערכת ק' אות ל' משם הרב תור"ת חס"ד דיכול זבולון להחזיק מה שבידו ללוי יע"ש וא"כ משם נבוא לנדו"ד במכ"ש דהא נדו"ד עדיף יותר שרצונו להחזיק להעניים וראינו להרב הפוסק שכתב משם הרשב"א תתקי"ו דאפילו שני אנשים פשוטים שנתן בידם הקדש הוי כגזברים וכו' א"כ בכאן ג"כ שהכל מסור בידי אחיה ורצונם לקיים צוואת אחותם בודאי דלזה נראה יאה ויאה קי"ל:

ומה גם לעד"ן דאין אנו צריכים לזכות להקדש מדין קי"ל אלא הדין הוא דיש לזכות להקדש מכח סברת מהרי"ו דכתבנו לעיל דס"ל דלכתחילה הוא דמצי הבעל למחות באשתו המורדת שלא תתן ותמכור א"כ מוכח וברור דדוקא לכתחילה הוא דמצי למחות אבל בכבר נתנה ומכרה מעשיה קיימין דודאי הכי הוא כוונתו דמדפסק בלכתחילה יכול למחות דון מינה דוקא לכתחילה הא אם עברה ומכרה מכרה קיים וכוונתו בודאי היתה לפסוק כהרא"ש דס"ל דהבעל יורש הוי ולא לוקח אלא משום דלא נימא כמו שחשב רלב"ח דלדעת הרא"ש אפילו לכתחילה אינו יכול למחות לזה הוצרך מהרי"ו לומר דלכו"ע יכול למחות דדוחק לומר דמהרי"ו עצמו דרב גובריה ורב חיליה חד מקמאי לא אתברר ליה מהו הדין באם עברה ומכרה ולא הוברר בעיניו לפסוק אלא דינא דלכתחילה אבל באם עברה ומכרה ספוקי מספיקא ליה זה אינו הואל ומדבריו מוכח דאפילו לכתחילה לא פסיקא ליה לומר דיכול למחות אלא מכח דסבר דהרא"ש עצמו מודה דיכול למחות הרי גלוי מילתא דדעתו קרובה לפסוק כדעת הרא"ש באם עברה ומכרה ודאי מכרה קיים והגם שבאמת ראינו להרב"ש שאחר שהביא דברי הרשב"א והרא"ש סיים וכתב בזה"ל אלא בתשובת מהרי"ו ס"ך פסק לכו"ע יכול למחות וכן פסק בסמוך בהג"ה ובדיעבד אם מכרה צ"ע אין לפרש לומר דכוונתו לומר דלמהרי"ו עצמו מצריך עיון באם עברה ומכרה דזה לא יתכן כמו שאמרן אלא דכוונת הרב"ש היא קאי לדידיה שהביא סברת הרשב"א וסברת הרא"ש ועל זה הוה ספוקי מספיקא ליה כיצד יכריע לדינא בדין לכתחילה אם יכול למחות הואל ומדברי הרשב"א פשיטא דיכול למחות ומדברי הרא"ש נראה דאינו יכול הבעל למחות ולזה הוא מסופק מה יעשה בדין דלכתחילה ועל זה ברר מדברי מהרי"ו דדין זה לכתחילה אפילו לדעת הרא"ש יכול למחול ובזה נתברר לו בלכתחילה ואח"כ לדידיה ספוקי מספיקא בדין מכרה דהואל וספוקי מספיקא ליה מהו הדין אם כדעת הרא"ש או כדעת הרשב"א א"כ דילמא כהרשב"א ובהרשב"א צ"ע באם עברה ומכרה: גם יש לומר דלדעת הרב"ש נגלו סברת הפוסקים האחרונים החולקים בזה באם עברה ומכרה ועל זה הצ"ע לדינא בזה אבל לדעת מהרי"ו שהוא חד מקמאי ומכחו נכר דכוונתו היא לפסוק כדעת הרא"ש בודאי דאין להסתפק בדבריו דודאי פסיקא ליה בלכתחילה יכול למחות הואל והרא"ש כך ס"ל אבל אם עברה ומכרה הואל ולדעת הרא"ש בודאי מכרה קיים הכי ודאי ס"ל וא"כ הואל וברנו דהאמת כך מורה דמהרי"ו בשטת הרא"ש אזיל ודוקא לכתחילה אבל אם עברה ומכרה מכרה קיים הכי נקטינן הואל ומצינו למור"ם שפסק לסברת מהרי"ו זלה"ה בהג"ה ס"ג יעו"ש וא"כ הואל וידוע בכל ערי המערב דבמקום דלא גילה מר"ן דעתו אזלינן

בתר מור"ם אפילו נגד אלף פוסקים ועיין בס' ויאמר יצחק שכתב דאזלינן בתר מור"ם אפילו לא כתב הסברא בסתם אלא כתב בשם י"א אפילו הכי אזלינן בתרה ואמרינן דהטעם שכתבו בשם י"א הוא משום שהיא סברא יחידאה יעו"ש ובכמה מקומות מזה וא"כ מה מקום להסתפק בזה הן אמת דראיתי להרב הפוסק נר"ו שכתב בזה"ל ואפילו פסקינן כדברי מור"ם היינו במקום שלא חלקו האחרונים עכ"ל באמת לא ידעתי היכן מצא כלל זה. כלל זה לא נברא ולא נשמע בלתי היום והאמת הוא דמדברי מור"ם דפסק כמהרי"ו לא נזוז:

עוד יש בנותן טעם לזכות ההקדש מכח סברא זאת דהא בנדו"ד מצינו שלש מחלוקות בדבר דהא מצינו לדעת הרלב"ח הביאו הרב"ש כמש"ל דמידק דייק מדברי הרא"ש דאפילו לכתחילה אין הבעל יכול למחות ויכולה האשה למכור אפילו לכתחילה ודעת כנה"ג ומהר"א ן' יעיש ז"ל פליגי מן הקצה עד הקצה וסבירא ליהו אפילו עברה ומכרה מכרה בטל וסברת מהרי"ו היא סברא המכרעת דס"ל דלכתחילה יכול הבעל למחות ובעברה ומכרה מכרה קיים וא"כ ודאי יש לנו לפסוק כסברת מהרי"ו זאת דהיא סברא ממוצעת שהרי דעדיפא מזה כתב כנה"ג בס' כ"ה כללי קי"ל אות ט"ל ז"ל אפע"ג דהמוחזק מצי למימר קי"ל כשני פוסקים המסייעים לי עכ"פ אם סברות הפוסקים הם שלשה אחד לקצה אחד ואחד לקצה אחרון ואחד סברא אמצעית נקטינן כסברא אמצעית ולא מצי המוחזק לומר קי"ל וכו' עכל"ה והגם ששם באות ע"ה הביא סברת החולקים על זה עכ"פ הרי לא נחלקו אלא להוציא מן המוחזק אבל בכגון נדו"ד שאין הבעל מוחזק ליכא מאן דפליג דדינין כסברת מהרי"ו הממוצעת אפילו אי לא טעני אחי האשה המוחזקים קי"ל ופשוט. וא"כ קם דינא הן מצד דיורשי האשה תפושים יכולים לומר קי"ל הן מצד דמור"ם פסק לסברת מהרי"ו הן מצד דסברת מהרי"ו היא סברא ממוצעת מכח הני תלת טעמי קרינן כאן והחוט המשולש לא במהרה ולא לעולם ינתק וזכו מקבלי המתנה. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הלכ"ד הצעיר החותם בסדר ואכל"ו א"ת חוק"ם כאן שנה מתן בסת"ר יכפה אף פה סאלי יכ"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קסב

למוגאדור נ"ך על ענין הצוואה הנז' שבעת צוואתה אמרה בזה"ל, שחצי עזבונה יזכו בו חכמי ועניי ירושלים ת"ו ושם נמצא בעת ההיא במוגאדור רב אחד שד"ר מעה"ק טבריא תוב"ב והלך השד"ר הנז' נר"ו ואסף איש טהור כמה חתימות מכמה אנשים שהעידו לי

שרוב הנשים עבדי דטעי וקרו לכל ערי אדמת קודש בשם ירושלים תוב"ב ומכח זה רצה לומר דגם לעה"ק טבריא ת"ו יהי' חלק ונחלה גם היא ולעה"ק חבת"ו וצפת"ו. ועל זה: נשאלנו היעמדו דברי הרב השד"ר נר"ו או לא. ע"כ:

תשובה לזה מן הראוי שלא להכניס עצמינו בין ההרים הגבוהים להבדיל בין קודש לקודש יען שגאוני ארץ ההדורה ת"ו יכלי למיקם בספוקייהו מנייהו מלכי ומנייהו פרכי ועל כיוצא בזה אמרו באתר זקוקין דנורא אשר מהם תצא תורה מאן עייל בר"ן להתם. אך הואל ואין מסרבין לגדול אמרו הוכרחתי לגלות דעתי הקלה:

ואען ואומר דלדעתי הקלה אין להסתפק בזה והכל מעלין לירושלים שנו כאן. וארבע תשובות בדבר חדא לחדא שריין:

ראשון בקודש נהדר הגם שנניח שרוב הנשים קורין לכל ארץ ישראל בשם ירושלים עכ"פ מידי מעוטה לא יצאנו. וא"ך הדרן לדינא דפסק הש"ע בחומ"ש סס"א סט"ז ז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כל האי והיה סבור שהדין הוא כך בענין זה ומפני כך כתב אותו לשון ע"כ הרי לך דאפילו במקום דעבדי אינשי דטעו בסברא עכ"פ יש לנו לדקדק השטר ודנין ע"פ אותו דקדוק המובן מן השטר וגם כאן הואל ושטר צוואה קרי בחיל "ירושלים" אין לנו להשתבש ולומר דהאי איתתא גם היא מהטועים לקרות כל ארץ ישראל בשם ירושלים והאמת דיש לנו לאמר דלא נתכוונה אלא לירושלים עיר בית אלקינו דמסתמא לא כתבו בשטר ירושלים עד דמידע ידעי דלירושלים נתכוונה דוקא ותו לא מדי:

והשני בא מילתא דמסתברא דהגם שנניח דאשה זו היא מן הרוב דקרו לארבע ארצות בשם ירושלים עכ"ז בענין זה בודאי לא נתכוונה אלא לירושלים המקודשת מחברותיה והטעם הוא הואל ומצינו להאשה הזאת שזיכתה חצי עזבונה לחכמי ועניי עירה והחצי אמרה לירושלים בודאי דלא נתכוונה אלא לעיר אחד מערי ירושלים ולא לכל ערי הקודש דאי אמרת דכוונתה היתה במה שאמרה לירושלים היינו כל ערי הקודש היתכן דבר זה להעלות על הדעת לתת מחצה לעיר מולדתה שהיא מוגאדור ומחצה יתחלק לכל ארבע ארצות והלואי אם היתה צוואתה לתת חלק מממונה לארץ מולדתה וארבע הידות לירושלים הייתי יכול מעט להסתפק אולי נתכוונה לכל ארבע ארצות ואזי תהיה עיר מולדתה כאחד מהם אבל עתה שזיכתה מחצה לעיר מולדתה לא יעלה על הדעת לומר דמחצה השני נתכונה לארבע הארצות דחלילה ליתן יד לסברא זו לעשות אשה זו סוטה בצוואתה להעדיף שפחה מגבירתה שתהיה ארץ חו"ל שהיא מוגאדור עדיפא מעיירות ארץ ישראל ואפילו מירושלים דהגם דקי"ל עניי עירך קודמין לא מלבד שהדבר שנוי

במחלוקת עניי עירך עם עניי ירושלים מי קודם מ"ע הרבה תשובות יש בדבר זה חדא דהגם שנניח כסברת האומרים עניי עירך קודמין לעניי ארץ ישראל עכ"פ בנדו"ד הואל ומחזה חזינן שנתכוונה לתת לזה ולזה הרי גילתה בדעתה דשוים הם לגבי דידה דאי היתה מן הסוברים עניי עירה קודמין היתה מזכה כל עזבונה לעניי עירה דאין לומר שנתנה להם מחצה שהוא די ספוקם והמותר על כדי ספוקם נתכוונה לירושלם דזה לא יתכן דהואל ונתכוונה במתנתה להיות הקרן קיים והעניים ות"ח יהנו מן הפירות בודאי אם יהיה קרן כהנה וכהנה לא יספיקו הרוחים לשליש ולרביע למחיית עניים ות"ח של מוגאדור יע"ה וא"כ הרי גילוי מילתא דלא היתה האשה זו מהסוברים דעניי עירה קודמין לעניי ארץ ישראל אלא דא ודא אחת הן גם יש טעם אחר בנדו"ד דאין להעדיף עניי עירה יותר מארץ ישראל הואיל וכוונתה היתה להיות קיים לעניים ולרבנן העוסקים בתורה בודאי אין להעדיף עירה מציון אשר משם תצא תורה ומן הראוי לנו להעדיף ארץ. ישראל מכל שאר הארצות כי מציון תצא תורה זכה וברה וא"כ פשוט בנדו"ד אין לנו לחשוב מחשבות להכניס עצמינו כאן בדין ענייך ועניי ארץ ישראל מי קודם ויש בידינו להאריך יותר ולהביא עוד טעמים אחרים אלא הואל והדבר פשוט מעצמו אין לנו להאריך בזה ולא להביא ראיית על מה שכתבנו כי מילתא זאת אינה צריכה לפנים וא"כ הדרן למאי דאתן עלה הואל וזיכתה מחצה לעניי עירה היתכן לומר דהמחצה שאמרה יהיה לירושלים הוא ארבע ארצות א"כ לא תהיה כהנית כפונדקית דאז מוגאדור שהיא חו"ל תטול מחצה וארבע ארצות מחצה אתמיהא:

אלא פשוט הדבר דלא נתכוונה אלא לעיר אחת מערי ארץ ישראל ואזי תהיה מוגאדור כאחת מערי הקודש דהיינו יהיה מחצה למוגאדור ומחצה לארץ ישראל וא"כ הואל ולא נתכוונה אלא על עיר אחת מערי הקודש הגם שנניח דאשה זו סברה דארבע ארצות הקודש כל אחת מהם קרואה בשם ירושלים עכ"ז בודאי בנדו"ד שזיכתה לירושלים סתם מצד שודא דדייני יש לנו לומר לירושלים המקודשת מחברותיה נתכוונה כמ"ש בגמרא האומר נכסי לטוביה ופסקה הש"ע בסרנ"ג יעו"ש דאם היו שני טוביה ובהם ת"ח הוא קודם וכו' וגם כאן הכי יש לומר כל המוקדש מחבירו עדיף הן מצד קדושת הארץ הן מצד קדושת יושביה מכל יושבי באי עולם עיין בספר כפתור ופרח פט"ו ותרוה צמאונך מ"ש הן מצד ירושלים המרובה באוכלוסין כידוע פשוט הוא דודאי לירושלים האמתת שהיא עיר תהלה נתכוונה ופשוט:

שלישי בתרומה הוא ממה שנראה מדברי הרב הפוסק נר"ו שהאשה בעלת הצוואה היא בתו של שם רודף צדקות כהרי"א ז"ל שהיתה ביתו פתוחה לרוחה לכל יושבי ירושלים

הן שד"ר נהוג הן רבנן מדלגי על הערים ומקבצי על הגבאו"ת לעצמם בבית אותו צדיק ימצאו מנוח ושם ינוחו יגיעי כח וא"כ הוא הואל וכל יושבי ירושלים שם שם ימצאו בבית אביה בודאי לא מקרבה דעתה של אשה זו אלא לבני ירושלים תוב"ב דדמי זה למ"ש ביור"ד רנ"ח ס"ד האומר תנו מאתיים זוז או ספר תורה לבית הכנסת יתנו לבית הכנסת שהוא רגיל בעיר שהוא דר שם ע"כ וא"כ גם כאן הואל ובבית יעקב איש מקבע קביעי להתאכסן שם יושבי ירושלים בודאי כה תאמר לבית יעקב אלו הנשים שלזו בודאי נתכוונה וכמו באומר תנו מאתיים לבית הכנסת לא אמרינן שתתחלק לכל בתי כנסיות הגם ששמם כולם בית הכנסת הכא נמי לא אמרינן שתתחלק לכל ארצות הקודש אלא לאחת מהם שדעתה קרובה ורגילה אצלה וגם בזו מדין שודא דדייני דהאומר נכסי לטוביה נותנים למי שהיתה דעתו קרובה אצלו:

והרביעי בקודש הוא לצד אפילו נניח דאין אנו יודעים בודאי דאשה זו ידעה לכל ערי הקודש כל אחת בשמה האמתי אלא נניח הדבר בספק דשמא אשה זו מידע ידעה דלא קרו ירושלים אלא לירושלים העיר הגדולה דוקא ולה דוקא נתכוונה ולא לשאר ארצות או דילמא שמא לכולם היתה קוראה בשם ירושלים ולכולם נתכוונה עכ"ז אין לנו להחזיק ולזכות אלא לירושלים דוקא וטעמא במילתא דהואל וירושלים לכל הצדדין יש לה חלק ונחלה בממון זה אלא הספק הוא אם כולו או מקצתו יש לנו לזכות לה הכל ואין ספק של שאר ארצות מוציא מידי ודאי דמי זה ממש למ"ש רבינו הטור בס' ר"פ ס"ג ז"ל כל יורש שהוא ודאי יורש ויש אחד שהוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי והודאי נוטל הכל עכ"ל ודין זה הוא מוסכם אלבא דכ"ע כמו שיתברר לך מדברי הטו"ר והש"ע יעו"ש:

ובדרך אגב יש ליישב מאי דקשה מהאי דינא דפסק הש"ע בס' ר"פ ס"ו ז"ל הרי שיושב בנחלתו ובא ואמר לו אחיך אני חלוק עמי וזה אומר לו איני מכירך נאמן אף שיצא קול שיש לו אח במדינת הים עכ"ל והוא מימרא בגמרא דמציעא דט"ל מעובדא דמרי בר איסק יעו"ש ובאמת יש להקשות דין זה עם מאי דאיתא בהכותב דף פ"ה ופסקו הש"ע בס' רנ"ג סכ"ט במי שאמר נכסי לטוביה ובא אחד ששמו כן ואמר אני הוא נוטלן ואפילו יש טוביה אחר שראוי להסתפק בו אין ממתינים לו יעו"ש וכתב שם הסמ"ע הטעם דאמרינן דמדהקדים נפשו לבוא ש"מ שהוא ברור לו שכוונתו היתה אליו ולא חיישינן לרמאי שיקדים נפשו דהא צריך להיות מרתת שמא יבוא אחר ויברר שדעתו היא קרובה אליו יותר וכו' ומזה יש להקשות למה בההוא עובדא דמרי בר איסק דהוא מוחזק שיש לו אח ואתא ליה למה לא אמרינן מדהקדים עצמו זה לבוא ודאי דהוא האח האמתי כמו ההיא דטוביה דאתא דאמרינן מדהקדים ודאי הוא ניהו וא"כ למה הצריך בעובדא

דמרי להביא עדים שהוא אחיו וקשיין אהדדי הן אמת דעלה על הלב לתרץ באופן אחר אך לעת עתה נראה לי לתרץ על פי הדין הנז"ל שהבאנו מדברי הטו"ר דכל היכא שיש לפנינו יורש ודאי ויורש ספק אין ספק מוציא מידי ודאי וראיתי ג"כ בס' נתיבות המשפט בס' ר"פ שכתב ז"ל ונראה הא דהיורש צריך עדים היינו דוקא כשיש כאן יורש ובא אחד ואמר שהוא בנו ומסלק אחיו מהירושה אזי צריך עדים אבל היכא דליכא כאן יורש ולא ידעינן מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו היורש נאמן ויורש אותו עכל"ה א"כ בזה נתיישב קושייתינו דבעובדא דמרי בר איסק שהיה מרי עומד לירש ודאי וזה בא ליכנס עמו בירושתו אזי אין ספק מוציא מידי ודאי והוא הוא מה שפסק הטו"ר אבל באומר נכסי לטוביה ואין אנו יודעים מי הוא טוביה זה הדר דינו כההיא דאמר הרב נתיבות המשפט דבמקום דלא ידעינן מי הוא היורש מי שיבוא ויאמר אני הוא קרובו מאמינים ליה דבאומר נכסי לטוביא הוי ממש כמו שיודעין שיש לו יורש במקומות אחרים ואין אנו יודעים מי הוא הלכך מי שיקדום ולא מרתת אמרינן הוא ניהו. דומה במוחזקין שיש לו יורש ואינו לפנינו לידע אותו ופשוט וא"כ הדרן למאי דאתן עלה בנדו"ד הוי כדאמרן דלצד שנאמר אשה זו יודעת דלא קרו ירושלים אלא לירושלים ממש ולא לשאר ערי הקודש א"כ הכל שלה ואי אשה זו היא מן הטועים דלכל ארבע ארצות קורים ירושלים סוף סוף ירושלים יש לה חלק בראש וא"כ ממ"נ הוי ירושלים יורש ודאי ושאר ארצות הוי ספק והדרן לדינא הנז' דאין ספק מוציא מידי ודאי כמ"ש הטוש"ע:

ואין להשתבש ולומר דלא אמרו אין ספק מוציא מידי ודאי אלא בירושה אבל לא במתנה דזה שבוש גמור דשקולים הם ויבואו שניהם מכח הכלל דקי"ל בדיני ממונות דאין ספק מוציא מידי ודאי מה לי ירושה מה לי מתנה: ומה גם עיין בטו"ר סרנ"ג סי"ח ששם כתב ז"ל מתנת שכ"מ כיורש שויוה רבנן וכו' והגם דמידע ידענה מ"ש הש"ע בסרנ"ג ס"כ ששם כתב דאין היורש יכול למחות וכו' וכתב שם הסמ"ע דהלבו"ש כתב הטעם משום דמקבל מתנת ש"מ מחשיב יורש והוא חלק עליו וכתב דלא אחשבוה יורש גמור אלא כיורש בכף הדמיון ולא יורש גמור יע"ש עכ"פ בנדו"ד פשוט דדינו כדין יורש ממש דהואל ועקר הקנייה היא לאחר מיתה מה לי יורש מה לי מקבל מתנה הואל ולשניהם אין זכייה אלא לאחר מיתה ובעקר הזכייה היא הספק יש לנו להשוותו ליורש וכפו דליורש אמרי' אין ספק מוציא מידי ודאי כך לי לענין נדו"ד אין שאר ארצות שהם ספק מוציאים מידי ירושלים הוודאית כדאמרן הרי שהדבר מיוסד בארבע רגלים לקיים מה שנאמר ועל ארבעה לא אשיבנו וצוי"ם וימ"ן. הלכ"ד החותם בסדר מה נורא המקום הזה אין זה כי אם בית אלקים וזה שער השמים:

הצעיר רפא אנקווא ס"ט:

סימן קסג

לעי"ת מוגאדור להרה"מ הדו"מ כמוהר"ם כנאפו נר"ו. על אודות ערל אחד שבשעת מותו כתב צוואה שלא תירשנו אחותו שהיתה ראויה ליורשו וכתב צוואה שתירשנו זוגתו שהיא סתוואר בת חקו והיה לערל הנז' כת"י על ראובן מסך מאתים ועשרים דורוס ובאה הזונה הנז' לתבוע לראובן מה יהיה דינה אם תוכל האשה לגבות מראובן והרב הפוסק הנז' שלח אלי פסקו אשר פסק בו שראובן הנז' פטור. וזאת היתה תשובתי אליו:

השקפתי לטובה על כל מה שכתב ידיד אוה"ע נר"ו ונשתעשעתי בדב"ק טוב ומה שנלע"ד תחילה להשיב על דברות קודשו הוא הנה תחלה וראש ראיתי להרב הנז' שהוצרך לעשות יסוד מוסד דגוי יורש את אביו דבר תורה ממימרא דרבא בקדושין ומדברי הש"ע ר"ס רפ"ג ואח"כ יצא לידון בדבר חדש מה דינו של הערל במה שנתן לסתואר אם שייך בו מתנת שכ"מ ואייתי בידיה מחלוקת הרי"ף והרמב"ם עם הרא"ש ורבינו בעל הטורים במתנת הגר ומזה יצא לידון בנדו"ד וכתב בדב"ק וז"ל אמור מעתה דלהרא"ש ורבינו הטו"ר כי היכי דבגר לא מהני מתנת שכ"מ משום דליתיה בירושה לבנים שנולדו לו בגיותו אפע"ג דאיתיה בירושה לבנים שיולדו לו אחר גירותו הא מיהא לגבי בנים שנולדו לו בגיותו לאו בני ירושה מקרו והכי נמי משכ"מ דגוי לישראל דלגבי ישראל לאו בר ירושה מקרי הכי נמי לא מהני מתנת שכ"מ ע"כ דבריו נר"ו ותמיהא לי מילתא איך יצאו דברים אלו מתחת קולמוסו דרב המרחק ביניהם דעד כאן לא נכנס בסלע המחלוקת אלא מתנת הגר דלאו בר ירושה הוא לא לבנו הגוי ולא לבנים שנתגיירו עמו דכו"ע מודו דמי שאינו בר ירושה אינו בר מתנה אלא דלהרי"פ והרמב"ם לא נאמר כלל זה אלא לגבי בניו משום ראות עין ולדעת הרא"ש והטו"ר ז"ל אפילו לאחריני שאינם בניו אינו יכול ליתן אבל בגוי שהוא מדבר תורה בר ירושה וגוי יורש את אביו וכו' מנין לך שאינו במתנה בזה כו"ע יודו דהויה מתנתו מתנה אפילו לבניו ומכ"ש לאחרים לסברת הרי"ף והרמב"ם ואין שום ילפותא מגר לגוי:

אך טעם השני שכתב דליכא דין מתנת שכ"מ בגוי דלא תקינו חז"ל דברי שכ"מ ככתובין וכו' אלא בישר שלא תטרף דעתו ודאי דהאמת כך הוא. הן אמת דעלה על הדעת לומר דהגם דלא תקנו בגוי שכ"מ להיות דבריו ככתובין וכמסורין אלא בגוי שנתן לגוי אבל בגוי שנתן לישראל איכא למימר דקנה הישראל דבאומרך אפילו מישראל קנה המקבל מכ"ש מהגוי ודוגמא לזה איתא בגמרא בב"ק דל"ו בדין שור של ישראל שנגח לשור של

עכו"ם פטור דשור רעהו אמר רחמנא ושל עכו"ם שנגח לשל ישראל חייב אפילו נזק שלם ואיתא שם הטעם דדרשי לה משום ראה ויתר גוים וכו' או משום הופיע מהר פארן וכו' לכל מור כדאית ליה ע"ש ופסקו בש"ע בס' ת"ו יע"ש וא"כ לכאורה ג"כ אף אנן נימא הכי דהואל ותקנה זו חלה אפילו כדי שיקנה ראובן משמעון מכ"ש שקנה ראובן מגוי: אלא כפי האמת לאו מילתא היא מטעם דרישא דכל עקר התקנה דדברי שכ"מ לא היתה מחמת תקנת הקונה לומר שהפקיעו נכסי השכ"מ כדי שיקנה המקבל דאזי נלמוד ממנה בקו"ח לממון שכ"מ גוי שיקנה אותו הישראל אלא עקר תקנת רבותינו לא היתה אלא כדי שלא תטרף דעתו של השכ"מ ומצד להיות לו נח"ר זכה המקבל אבל בעכו"ם דלא חשו לתקנתו מאיזה טעם יקנה הישראל וע"ש בתוספ' בב"ק דל"ח ד"ה עמד והתיר וכו' דממנו מוכח דלא הפקיעו שם חז"ל ממון דעכו"ם אלא במקום נגיחה דיש פסידא לישראל אבל שלא במקום פסידא לא הפקיעו כלל הואל וגזל גוי אסור יע"ש וא"כ בנדו"ד מאיזה טעם ומאיזה ריח הואל ודברי הגוי שכ"מ לא חיישינן לטרופו מאיזה טעם יזכה המקבל ישראל:

גם לא דמי למ"ש הש"ע בסקכ"ו סכ"ב בדין מע"ג שכתב שם וז"ל ואם הנותן כותי והמקבל והנפקד ישראל קנה הישראל וכו' ומפרש הטעם משם הרא"ש והטו"ר דכיון דהפקיעו רז"ל ממון של ישראל במ"ג כ"ש ממונו של גוי ע"כ דהתם מילתא בטעמא הוא דרבנן תקינו כך משום כדי שלא יצטרך לטרוח ולעשות קנין כמו שמפורש בגטין די"ד בדברי התוספ' יע"ש ומכח טעם זה הפקיעו ממון זה וזכה זה אפילו ישראל מישראל בזה הוא דאמרינן הואל ומטעם זה הפקיעו ממון ישראל מכ"ש שיפקיעו ממון גוי אבל צוואת שכ"מ כבר מלתינו אמירה דלא קרב זה אל זה ופשוט דליכא תקנת שכ"מ: גם מ"ש ה' הפוסק וז"ל דאי מתנה זו היא מתנת בריא הרי היא חסורי מחסרא דרכי הקנאה וכו'. אמת נכון הדבר אך התינח אלו בא לזכות מכח הקנאה כמו מישראל לחבירו היה מקום כאן לעיין אם תהיה לה זכייה או לא אפילו אם היתה כתיבה בכת"י זה כתו"ם כדרך שמקנים ישראל זל"ז. ודאי אפילו אי הוה כתיבה היה צריך מקום לעיין אם תזכה או לא ועיין בס' דב"ר מש"ה בס' י"ז שהביא סברת מהרשד"ם דס"ל דלא מהני קנין כתו"ם מיד גוי ליד ישראל יעו"ש ובנדו"ד דליכא שום דרכי הקנאה כלל היה נראה דאין לסתוואר זו שום קנייה:

אך ומה נענה בפסק הנמק"י הביאו הרב"י וערכו מור"ם על השולחן בס' ס"ו סכ"ה ז"ל הש"ע כותי שמכר שטר חוב לישראל יש מי שאומר שכיון שבדיניהם כל זכותו מכר בדיניהם דיינין ליה שאם חזר ומחלו אינו נמחל וסיים מור"ם וכן כל שנתן בדיניהם

אפילו בלי כתו"ם משלם ע"כ ובסו"ס שס"ט ג"כ פסק מור"ם שם לתשובת הרא"ש לענין דדינין בין ישראל הקונה לישראל הלוה בדיניהם דהיינו הואל מה שהיה מרויח העכו"ם כדיניהם כך אנו דנים לישראל הקונה יע"ש והגם דמור"ם בס' שס"ט כתב והכותי מכר השטר וכו' הרי הש"ך בסו"ס שס"ט סק"ט ובס' ס"ו ס"ק פ"ד השוה דין מתנה למכר יעו"ש הרי מפסקי מור"ם אלו מוכח וברור דגוי שנתן לישראל שט"ח שיש לו על חבירו לא דיינין ליה כדת משה אלא כדיניהם דיינין לכל דבר בין לענין דרכי הקנייה בין לענין שאר דברים וא"כ הואל ובדיני הערלים אם כתב בכת"י או נתן ע"פ סופריהם כתב יד זה במתנה תזכה אשה זאת למה נגריע כחה הואל ובדינינו אין כאן צד קנייה הרי דברי מור"ם קרו בחיל דעפ"י דיניהם דינין לה:

גם אל תיסק אדעתין לחלק ולומר דמור"ם לא דבר אלא בשטר אבל בכת"י אפשר נגרע כחו כמו שנראה שכך הבין הר' הפוסק נר"ו שכתב וז"ל וכ"ש במתנה זו שאינו בניטאריו אלא בכת"י בעלמא וכו' דזה אינו דלענין קנייה שקולים הם כמו שמצינו למר"ן בס' ס"ו ס"ו שכתב ז"ל וכן שטר של כת"י נקנה בכתו"ם יע"ש ועיין להרב משה"ר מערכת עיין שהביא להקת הפוסקים וזו הלכה העלה דאפילו כת"י של גוי נקנה בכתו"ם כשטר ע"כ וא"כ כמו שמצינו לענין קניית ישראל מחבירו לא יש שום גריעותא בין כתב יד לשטר דכולהו הושוו לקנין כתו"ם הוא הדין לדין זה דנתינת הגוי לישראל בודאי אין חלוק:

ובפרט דבכת"י זה שיש בידי הערל הזה מראובן הוא עדיף מכת"י שבין ישראל לחבירו דבכת"י שבין ישראל לחבירו יכול לטעון פרעתי דקרוב הדבר לומר דכמלוה ע"פ דמי ואינו נקנה בכתו"ם ועכ"ז הדין הוא כמ"ש אבל בכת"י שביד הערל דבר פשוט הוא לעיני אומייה ועממייה דאין יכול לטעון פרעתי מכח שטרך בידי מאי בעי והואל וכן הוא דין שטר יש לו כמ"ש הפוסקים בספרתם הראשון בקודש נהדר הוא מהר"ם אדרבי ז"ל בס' הרב ס"ב שכתב שאם נהג הסוחרים שבכתב ידם אינו נאמן לומר עליו פרעתי הוי כשטר יעו"ש וכן כתב הרמ"ק בס' שס"ט משם כנה"ג ועיין להרב יוא"ל זלה"ה שכך נראה דעתו מדקדוק דבריו יעו"ש ועד אחורן הוא הרב מוהריב"ו זלה"ה יעו"ש בס' מ"ג שזו הלכה העלה על כת"י שבזברטאל יע"א דכשטר חשיב יע"ש וא"כ זה פשוט דשוי לשטר גמור ואין לפקפק בזה:

גם יש להסתפק בדברי הח' הפוסק שלא שת לנגד עיניו הלשון המבורר שבא בשאלה שהערל כתב צוואה שכל נכסיו תירש האשה סתוואר וכו' הלשון הזה לאו לשון מתנת בריא ולא מתנת שכ"מ הוא דאין כאן לשין מתנה אלא העברת ירושה וא"כ קשה על

הרב הפוסק איך הניח מה שלפניו לברר הדין אם הגוי יכול להעביר הירושה מיורשיו לאחריני והלך לדרוש דין מתנת גוי זה אם היא במתנת שכ"מ או במתנת בריא זה תימא: ונראה לברר הדין דהעברת הערל הזה שהעביר מיורשיו לאשה זו הד"א אמרה דיכול להעביר ע"פ דתינו הקדושה דהא בישראל משנה ערוכה שנינו ב"ב דקנ"ז דהט' שאין יכול להעביר הישר' ירושה מיורשיו משום דהוי מתנה על מ"ש בתורה ופסקה הרמב"ם בריש פ"ו דנחלות וז"ל אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא להעביר הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפר' נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זאת לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה וכו' יע"ש והוא מה שפסק מר"ן בס' רפ"א ס"א וא"כ הוא הגם דקי"ל דגוי יורש את אביו דבר תורה עכ"פ יכול הוא להעביר הירושה מיורשיו דהא בישראל מן הראוי שיכול להעביר הואל והוא עסק ממון וכל תנאי שבממון קיים אלא משום דכתיב בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל וכו' דון מינה לגוי דלא כתיב ביה והיתה וכו' יכול הוא להעביר ולא הוצרכנו לכל זה אלא בירושת גוי דאורייתא כגון באב לבנו אבל בנדו"ד שאחותו היא היורשת שאין לזה שירש מן התורה כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהל' נחלות הל"ט שכתב ז"ל הגוי יורש את אביו דבר תורה אבל שאר ירושותיהן מניחים אותם לפי מנהגם ע"כ וכתב הרב המגיד ז"ל על זה שמה שכתב רבינו ששאר ירושותיהן מניחין אותם לפי מנהגם הוא מפני שלא מצינו שהיה סדר נחלות אלא לישראל בלבד עכ"ל בזה פשיטא דיכול הגוי להתנות מה שירצה אפילו ע"פ דתינו היקרה וקו"ח הוא מדין הגר שתקינו לו חכמים לירש את אביו הגוי כמו שפסק הרמב"ם בפרק ה' הל"י ופסקו מר"ן בס' רפ"ג ואפילו הכי כתבו שתנאי מועיל בירושה זו להפקיע תקנת חז"ל שלא להוריש בנו הגר מכ"ש בערל הזה שהיורשת אינה מדברי תורה אלא ממנהגם ודאי לא עדיף מנהגם מתקנת חז"ל שתקנו הבן הגר יורש ועכ"ז יכול אביו הגוי להפקיע מכ"ש ביורש מחמת תקנת הגוים ודאי דיכול להפקיע:

ומעתה אחרי הודיע אלקים אותנו את כל זאת נתנה ראש לדעת מה יעשה ישראל בבוא לפניו דין זה של סתוואר עם הערלית ודאי אם היו יהיה שבדיניהם לפני השליטים שלהם הדין הוא שתזכה סתוואר מדין מתנת בריא או מדין מתנת שכ"מ גם אנן בדידן הגם דלפי דתינו הקדושה דהגוי לאו בר מתנת שכ"מ הוא כמש"ל וגם בדין מתנת בריא אין כתב יד נקנה בדינינו מישראל לחבירו אלא בכתו"ם עכ"ז יש לנו לפסוק ע"פ דיניהם כפי מה שפסק מור"ם ז"ל בס' ס"ו סכ"ה ובסו"ס שס"ט שכתבנו לעיל לכל חלוקיהם דהא אפילו בישראל שקנה מגוי דיינין כדיניהם אפילו להוציא מישראל לחבירו מכ"ש בישראל וגוי ויש זכות לישראל בודאי דכך דינין ליה ע"פ דיניהם דאפילו בלי דברי הנז"ל

הדרן לדינא האמור במס' קמא דגוי וישראל הבא לפניך וכו' דהגם דאותו דין לא פסקו מר"ן בש"ע עכ"פ הרי הרמב"ם בפי"ב מהלכות מ"ל הל"ב פסקו ע"ש ומצינו הפוסקים נשתמשו בדין זה ועיין להרב יוא"ל ז"ל בס' צ"ו שכך פסק א"כ פשוט הוא דכך פסקינן להערלית בין אם תהיה מתנת הערל אחיה מתנת בריא או שכ"מ עלינו לפסוק לה הדין שתזכה סתואר הנז':

גם אם מהוה תהוי מה שנתן לסתואר לאו בתורת מתנה אלא בתורת ירושה דהיינו העביר הנחלה מזוגתו לזונתו כמו שנראה מלשון הצוואה בזה נראה יותר ויותר דאם הוא בדיניהם שיכול להעביר ודאי דהכי נקטינן הן מצד דבדינינו כך הוא דיכול הגוי להעביר כמו שכתבנו הן מצד הואל ובדיניהם הכי הוא הדר דינא נמי לפסק מור"ם דס' ס"ו סכ"ה שכתבנו ודס' שס"ט דהואל והקנין בתורת ירושה מהני בדיניהם הוי כאלו נתן במתנת בריא או באופן המועיל והדר דינא לדין קו"ח נמי דאמרן מדמהני אפילו לישראל המקבל מיד הגוי להוציא מיד חבירו הואל וע"פ דיניהן כך הוא פשיטא ג"כ דמהני להאשה סתואר להפקיע מיד הערלית וכעין זה ראיתי בפסק אחד בכת"י בדין גוי שקנה קרקע מישראל בשטר בסופרי ישראל ולא כתבו הסופרים שהיה הקנין בסודרו של גוי ואח"כ אותו הגוי מכר אותו קרקע לישראל אחר אי הוי קנין הגוי מעקרא קנין או לא וכתבו משם רבינו יעב"ץ זלה"ה וסיעת מרחמוהי דהואל ולגבי דיני הגוים כל שיש בידו שטר סמכא דעתו גם כאן הרי סמכא דעתו בשטר הגם שאינו שטר כפי דינינו הואל ולגבי דיניהם הוי שטר הוי דינו כמו שפסק מור"ם בס' ס"ו סכ"ה אלה היו דברי הרב הנז' וגם אנן לדידן נדון גם למי שבא לזכות מדין ירושה מדין דמור"ם הנז"ל: ועדיפא מזה יש לנו להביא ממה שמצאנו ג"כ למור"ם בס' רע"ח ס"א שפסק לתשובת הריב"ש שכתב וז"ל ואם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של כותי"ם ובאו אח"כ למקום אחר לדון בדיני ישראל לא אמרינן דירושה אין לה הפסק עכ"ל מזה נלמד דאפילו בירושה עצמה אפילו בין ישראל לחבירו אזלינן בתר הערכאות במקום שנהגו לדון כך מכ"ש בין ישראל לכותי פשוט דכך דנין ליהו אך צל"ע אם בדיניהם לא תהיה הצוואה קיימת מה נענה הואל ולפי מ"ש לעיל דגוי בר אעבורי אחסנתא הוא אם נדון ליהו בדינינו כדין גוי וישראל הבא לפניך והנראה לנו הוא דודאי כדינינו דינין ליה מההיא דקמא כדאמרן מסקנא דמילתא אם יהיה בדיניהם דמתנת בריא או שכ"מ מהנייא בנמוסי הערלים אף אנן הכי דינין ומזכינן לסתואר ואם לא יהיה הדבר בלשון מתנה אלא בלשון תנאי להעביר מירושתו בין יהיה בדיניהן שיכול להעביר בין לא יהיה הואל ובדיננו יכול להעביר כמש"ל הכי דינין ליה:

תבנא לדיננא מהו הדין בין האי אשה קשת רוח ובין האי בעל כת"י זה ודאי הדין פשוט ג"כ כמו שאמרן דהואל וזכתה בכת"י פשוט דיכולה להפרע ממנו אם יהיה לה זכות בדיניהם גם אנן כך פסקינן לה לגבות מהלוה הנז' מהנהו דינין המסומנים לעיל דס' ס"ז וס' שס"ט וצריך לתת לה כפי מה שהיתה מרוחת בו בדיני הגוים כמ"ש מור"ם בתרי הגהות לדון לה למעליותא:

והן אמת ידוע הדבר ומפורסם הקושיא הידועה שמקשים מפרשי הש"ע על מה שפסק מר"ן בתרי מקומות בס' מ"ה סי"ז בדין מי שקנה שטר מגוי והיו עדיו מרוחקין תרי שטין ובהאי דינא דקמן דס' ס"ו סכ"ה דבכלהו פסק מר"ן דהבא מכח גוי הרי הוא כמוהי למעליותא ובשטטיה אזיל מור"ם ובס' קנ"ד סי"ח שם פסק מר"ן דישראל שקנה קרקע מגוי והיו לישראל חלונות על גגו של כות"י הישראל הקונה אינו יכול לסתור וכו' דלא הוי דינו אלא לגריעותא יע"ש וא"כ פסקי מר"ן דאנן קי"ל כוותיה סתראי נינהו ועל זה מצאנו כמה תרוצים על זה דהסמ"ע סי' מ"ה סקל"ח תרץ שני תרוצים תרוץ ראשון הוא דשאני שטרות שהוא דינא דמלכותא לא כן ההיא דסקנ"ד דאינו מדינא דמלכותא ודקדק זה מדברי מור"ם יע"ש ואח"כ תרץ תרוץ שני וכתב עליו שהוא עקר והתירוץ השני הוא דשאני ההיא דס' מ"ה הואל והכותי"ם נהגו לגבות בו באותו שטר ומהשטר מוכח שחייב הישראל וכו' וכן ההיא דס' ס"ו הואל והוא בשטר וקנה אותו ממנו אין כח במחילתו וכו' לא כן ההיא דסקנ"ד דאדרבא ישראל זה היה מוחזק בחלונו וזה בא להזיקו וכו': והטו"ז ז"ל בסקנ"ד סי"ח הרץ באופן אחר דשאני בס' מ"ה וס"ו דכל היכא דישראל מתחייב נגד הכות"י לא מפקע החוב שלו בכל מלי שהיה לו אף אם בא ליד ישראל דהקונה במקום מוכר קאי משא"ך ההיא דסקנ"ד דלא נשתעבד הישראל כלל לכותי לשום דבר ע"כ ובבאה"ג סקנ"ד תרץ באופן אחר דהתם בס' מ"ה וס"ו שהוא לענין ממונא ודינא דמלכותא אבל הזק ראיה איסור נמי איכא לא שייך לומר דד"ד בדבר איסור יע"ש:

והרב מוהרי"ע ז"ל תרץ באופן אחר דשאני התם בסמ"ה וס"ו הואל וכח הגוי שהוא השטר הרי הוא עתה ביד הישראל שכלם הזכירו שטר לא כן ההיא דסקנ"ד דליכא שום שטר של זכות החלון ביד ישראל בבהאי גוונא אינו אלא לגריעותא ע"כ:

ומעתה הואל וברנו דפסקי מר"ן לאו סתראי ואלו ואלו דברי א"ח חזר הדין למה שאמרנו ולא מבעייא לתרוץ השני של הסמ"ע שהוא עקר בעיניו דהואל והגוים נהגו לגבות בשטר ולפי תרוצו של הטו"ז והרב מוהרי"ע ז"ל פשיטא דאין שום דו"ד כלל בכת"י זה שמחויב לשלם אלא אפילו לפי תרוץ ראשון של הסמ"ע ותרוצו של באה"ג דמשום ד"ד נגעו בה גם בנדו"ד איכא ד"ד הן בדינא דהמלך דבני מערבא הן בדינא של כל מקום ומקום מחוקי

המלכות ומתקוני המדינות שכל זמן שכת"י קיים יגבה ואין אומר ואין דברים באופן זה להכניס עצמינו אם זה קרוי ד"ד או לא דזה פשוט הן מצד חוק המלכות כך הוא הן מצד חק המלך להושיב קונסולים בכל מדינה ומדינה ולדון כאשר יראה בעיניהם על כן נראה פשוט דדינא דפסקי מר"ן ומור"ם בס' ס"ו סכ"ה ושס"ט הן אמת ודבריהם אמת וזכתה האשה לגבות בכל מין כח שהיה להערל הרי סתואר תמורתו:

ומעתה לא נשאר לנו לברר אלא החלוק שבין דינים אלו דס' ס"ו סכ"ה ודס' שס"ט דמנייהו פסקנו דישראל הבא מכח גוי זכה בשטר ויגבה מחבירו וכן מההיא דס' מ"ה סי"ז ודסי' ס"ו סי"ז יע"ש, וכן מצאני בדין מ"ג סכ"ב דפסק שם דאם הנותן כותי והמקבל והנפקד ישראל קנה הישראל ויכול להוציא ממנו וכתב הש"ך. ואפילו אין העכו"ם תובע או מת עכ"ז יכול הישראל להוציא יעו"ש מאי שנא דינים אלו מההיא דפסק מור"ם בס' ע"ב סמ"א ודס' קצ"ד דעלייהו סמך פסקו הרב הפוסק לומר הואל ומשם מבורר דנכסי גוי הרי הם הפקר גם בנדו"ד כן על זה יש לנו לברר כפי האמת מה חלוק יש בין הנהו דס' ע"ב וקצ"ד להני חבל פסקי דנין שזכרנו: אלא הדבר פשוט דרב המרחק ביניהם דשאני ההיא דס' מ"ה וס"ו וס"ז הואל והשטר בידו שלקח מיד העכו"ם בכח מה שבידו יכול לגבות מהישראל חבירו הגם דקי"ל כרבא דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואין בידו אלא נייר בעלמא עכ"פ לעניין זה שישתעבדו לו נכסי הלוה הוי כאלו עשה קנין או משיכה בהם ומטעם זה ג"כ ישראל מחבירו קני בכתיבה ומסירה יע"ש בש"ך ריש ס' ס"ו דקנייית השעבוד הגם שאינו נמכר לגמרי עכ"פ לא פקע יעו"ש וא"כ גם בקונה מגוי הכי הוא ואפילו במקום שאין הגוים קונים בכתו"ם עכ"פ משוינן קנין דידהו כקנין כתו"מ דידן:

זאת ועוד אחרת דלפי התרוצים שזכרנו לעיל משם הסמ"ע והטו"ז זלה"ה והרבנים כלם הרי הדבר מבורר הן מצד דכח גוי הרי הוא מסור ביד הישראל הן מצד דד"ד הישראל השני קנה לא כן בס' ע"ב וקצ"ד הואל והישראל השני לא עשה שום משיכה ולא קנין אחר והגוי נסתלק א"כ מה כח יש ביד הישראל השני להוציא מהראשון והדר דינא לדין נכסי עכו"ם הרי הם כנכסי מדבר: גם יש לחלק בין דין דמ"ג ג"כ דהואל ותקנת חז"ל להפקיע הממון של הנותן לזכות בו המקבל אפילו מישראל חבירו וכ"ש מגוי לישראל הרי כאלו מאותה שעה זכה בו והרי הוא כאלו תפוס בידו ופשוט:

אלא דמוכרחים אנחנו לומר דההיא דס' ע"ב דאין הישראל השני יכול להוציא מהראשון היינו בדלא היתה המתנה במ"ג דאם היתה המתנה במ"ג קנה השני ופשוט כפסק הש"ע בס' קכ"ו הנז' דמעמד של שתן קני בין במתנה בין בפירעון החוב וכו' כמ"ש ריש סקכ"ו

אלא דמוכרחים לומר דלא היה הדבר במ"ג. זהו משנלע"ד להשיב כעת בענין זה בחשון לראו"ת טו"ב לפ"ק ולרום החיים והשלום וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקווא ס"ט:

סימן קסד

לעי"ת רבאט יע"ה על אודות אחד שמתה אשתו וזיכה קרקע אחד לעמרם בנו הקטן בעד עזבון אמו ולא יצא שטר הזכוי מתחת ידו ובעת מותו של האיש המזכה חזר בו ממה שזיכה יומ"ץ:
תחלה וראש צריך להתבונן בדברי המנוח ז"ל המצוה ואומר כמו שכתוב בשטר זה שיצא לפנינו בזה הלשון היות אמת וצדק וכו' ואמר לנו דעו לכם שכל בני שמאשתי הראשונה ה"ה דוד ושאול ואברהם הי"ו נתתי להם כל חלקם המגיעם בירושת אמם מקרקעי ומטלטלי ואולם בני עמרם שהיה עדיין קטן לא נתתי לו חלקו המגיעו במטלטלין בעזבון הנמצא לי במצב פטירת אמו וע"ך קודם שנשאתי אשתי זאת השנייה נתתי לו כל מחצית הקרקעות שנמצאו במצב פטירת אמו והם מחצית החצר וכו' את הכל זכיתי לעמרם בני הנז' ובעד חלקי במטל' שנמצאו לי במצב פטירת אמו כמו שאתם. רואים בשטר המתנה וכו' ע"ך:
תחלה וראש נראה דדבריו אלה מחזו כסתראי דמעיקרא אמר שכל בני ופרט אותם ה"ה כהה"ר דוד ושאול ואברהם נתתי להם חלקם המגיעם מקרקעי ומטלטלי דמזה נשמע דלהם לבדם נתנה הארץ ולא לזולתם והדר אמר ואולם עמרם בני לא נתתי לו חלקו המגיעו במטלטלים דמזה משמע דגם עמרם נטל חלק בארץ ולא נשאר לו אצל אביו כי אם חלק המטלטלים. אלא דיש לישב דבריו דיכולים אנו לומר דכוונת המצוה היא שכל בניו נטלו חלקם המגיעם בקרקע וגם עמרם בכלל ולא בא לפרוט דוד ושאול ואברהם אלא לענין המטלטלים דהכוונה היא דהר"ד ושאול ואברהם נטלו חלקם קרקע ומטל' אבל עמרם הגם שמקרקע נטל חלקו עדיין מהמטל לא נתתי לו חלקו והגם שלא הזכיר בפירוש שנתן לו חלקו בקרקע הרי הוא כמובן מדקדוק דבריו: ומעתה הבוא נבוא במה שיש להסתפק בשטר זה שכתב המנוח ז"ל לעמרם בנו דמעקרא קרי ליה שטר מתנה כמו שבא כתוב בזה"ל וע"ך קודם שנשאתי וכו' נתתי לו כל מחצית וכו' את הכל זכיתי לעמרם בני בעד חלקו במטל' וכו' דגם זה מחזי כסתירת דברים דמעיקרא קרי לה מתנה משמע חנם אין כסף ומסוף דבריו משמע דלשטר מכירה יחשב דהא כתב את הכל זכיתי לעמרם בעד חלקו במטלטלים וזה הוי מכירה דבעד חלקו במטלטלים מכר לו

הקרקעות: ואמרתי לע"ד נראה דשטר זה לדין שטר מכר יהיה נחשב. ויתברר לך זה ממה שיש להסתפק מה דינה של קרקע זו שכתב המנוח לבנו בעד המטלטלים אם במציאות תהיה קרקע זו נשדפת מיד הבן אם האב פטור כדין כל שטר מתנה דעלמא או נימא הואל ומתנה זו לא באה לבן חנם אלא בעד המטלטלים הויא כמכר וחייב באחריות. ואמרתי אני דלדעתי ברור דודאי המנוח ז"ל חייב באחריות. וזה פשוט מן הסברא הואל ובעד החוב של מטלט' נתן לו אם לאחר זמן יצאו מידו למה יהיה נפסד עמרם הנז' מחלקו במטלט' ובודאי לא נתן לו הקרקע בעד המטל' אלא אדעתא שלא יצאו מידו דגם כאן חזקה לא שדי אינש זוזי בכדי:

הן אמת דראה ראיתי מחלוקת בכעין זה בענין ראובן ושמעון שהחליפו בתיהם זע"ז ולא נכתב שטר החליפין אלא נכתב בפנקס הקהל שראובן ושמעון החליפו בתיהם זע"ז ואחר עבור זמן מה בא בע"ח של ראובן מוקדם ורצה לטרוף שני הבתים. האחת מה שהיא ביד ראובן והאחת שהיא ביד שמעין מכח השט"ח דידיה המוקדם. ושמעון טוען כי לא יש לו קדימה אלא על הבית שהיתה מקודם לזה של ראובן אבל זה שעתה היא ביד ראובן ובאה לו מכח שמעון הרי יש לו לראובן עליה אחריות וכו' וכתב הרב פת"ש בס' רכ"ה סק"א דהרב צ"ץ והרב עבוד"ת הגרשונ"י ז"ל פסקו דהדין עם הבע"ח דהגם דקי"ל אחריות ט"ס היינו דוקא במכר אבל בחליפין כהאי לא אמרינן אחריות ט"ס והביאו ראיה מדברי רשב"ם בפרק בית כור דק"ז דכתב שם על ההיא דאחים שחלקו שנחלקו בו רב ושמואל דלדעת רב הרי הן כיורשין ולדעת שמואל הוו כלקוחות ופירשב"ם ז"ל כלקוחות דאין ברירה ונמצא שכל אחד נטל חלק וכאלו החליפו זה בחלקו של זה והיינו לקוחות וכיון דלקוחות נינהו הא ודאי כלוקח שלא באחריות דמי כאלו אמר זל"ז איני מקבל אחריות חלקך עלי דמי דמסתמא לא מקבלי אפע"ג דגבי מוכר קרקע לחבירו קי"ל אחריות ט"ס הוא אם לא פירש בשטר מכירה הני מילי היכא דזבן ארעא מחבריה דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל גבי ירושת אחים דכל אחד נוטל חלקו בההיא הנאה דאיהו לא מקבל אחריות על של חבירו גמר ומקנה ליה חבירו חלקו לגמרי שלא יקבל עליו אחריותו ולא תשתעבד ליה שדהו כי היכי דדידיה לא משתעבדה לחבירו ע"כ לשון רשב"ם. ומכאן כסקו הרבנים הנז' שבכל חליפין ליכא אחריות. והרב פת"ש כתב על דבריהם דהרב קצו"ת החוש"ן כתב על דבריהם, דהרבנים הנז' אישתמיט להו דברי מהר"י ן' מיגאש ז"ל שכתב בפשיטות דבחליפין יש דין אחריות ל זע"ז וכתב דגם הרב שבו"ת יעק"ב תמה על הגאונים הנז' ודחה ראיתם מההיא דרשב"ם דשאני התם הואל והם אחים שחלקו ולכל אחד הוי ספק אם יצא שט"ח על אביהם או לא לכך יש לומר דכל אחד לא קבל אחריות

על חבירו הואל ושניהם עומדים בספק משא"ך הכא דזה החליף ביתו שהוא יודע בעצמו שהוא שלם בלי מום ושום טורף לא יבוא עליו מהיכא תיתי ישליך אותו כדי ויטול בית של חבירו שאינו יודע נגעי חבירו ואדרבא רוצה הוא שיקבל עליו אחריות חבירו ואחריותו על חבירו יע"ש. וכתב דכן הסכים הרב נתיבו"ת המשפ"ט יעו"ש. וא"ך זכינו לנדו"ד הגם דלכאורה מחזי הואל והמנוח הנז' ברר לעצמו המטלט' ונתן לבנו הקרקע הוו כאחים שחלקו דהוו כלקוחות וא"ך לכאורה מחזי דאפילו החולקים דס"ל דבשאר חליפין אמרינן אחריות ט"ס בכאן יודו דהא הם עצמם דחו דשאני אחים שחלקו כמו שמפורש בדחייתם: אלא כד דייקת נראה פשוט דאפילו הרב צ"ץ ועבוד"ת הגרשונ"י מודו כאן דהא טעמייהו למה פסקו חליפין אין בו אחריות הוא משום דבההיא הנאה שזה מכר לחבירו ולא קבל אחריות וגם זה מכר ולא קבל גמרי ומקני זל"ז יעו"ש אבל בכאן היאך יוצדק אותו הטעם כלל לא מניה ולא מקצתיה ופשוט וברור דהואל והמנוח הודה שהקנה לו הקרקעות בעד חלקי במטל' הרי הודה שדקדק חשבונו בעד מה שהי' לו אחר מיתת אשתו ועשה חשבון והיה לו ממון רב עד שהגיע לחלק עמרם במטלט' עד כדי שווי הני מקרקעי ובודאי כשיצאו הקרקעות מיד עמרם מכח איזה טרפה מחויב אביו לשלם לו חובו ועדיף זה אפילו מראובן ושמעון שהחליפו זע"ז ומה גם אפילו אחין שחלקו קי"ל אם יצא עליהם שט"ח בטלה חלוקתם כמו שנפסקה שם הלכתא בגמרא ופסקה בש"ע סי' קע"ה ס"ד ומבואר בהרמב"ם פ"מ מהלכות נחלות דבטלה חלוקתם אפילו נטל זה קרקע וזה כספים יעו"ש וברב המגיד ז"ל יעו"ש:

ועדיפא מזה כתב הר' בעל משה"ר מערכת מ"ם סט"ו וז"ל מי שנתן מעות לחבירו בשביל שיתן לו מחילה ועכשיו טוען המוחל דלא הויא מחילה יכול הנמחל לומר לו תן לי מעותי ואח"כ ארד עמך לדין כנה"ג עכ"ל מכ"ש כאן דלא נתכוון אב זה במתנה זו אלא בשביל המטלטל' אין לך מכר יותר מזה וחייב הוא באחריות ואין זה צריך לפנים ופשוט: וא"כ זכינו הואל ושטר מתנה זו יש בו דין אחריות הגם שהוא כתוב בלשון מתנה לשטר מכר יחשב ודוגמא לזה פסק הרמב"ם בדין המצרנות ופסקו בש"ע סקע"ה סנ"ד ז"ל הנותן מתנה אין בה דבר"מ היה כתוב בשטר מתנה אחריות על הנותן יש בה דבר"מ ע"כ הרי לפניך הואל והמתנה באה מכח מכר שקבל מעות מן המקבל הגם דהשטר כתוב בלשון מתנה למכר יחשב וגם כאן הואל וכתוב בשטר זה שנתן לו בשביל המטל' וברר נו דחייב באחריות דין שטר מכר יש לו:

ומעתה נתנה ראש למ"ש הרב הפוסק דהואל ולא יצא מתחת יד המנוח שטר זה יכול לחזור בו הנה מצאנו למר"ן בס' ר"ן סכ"ה שכתב מי שכתב שט"ח בשם אחד מבניו

או בשם אחר ונתן השטר על יד שליש ואמר לו זה יהיה אצלך ולא פירש לו כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת אינו כלום ע"כ וכתב הסמ"ע סקע"ב הטעם דחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה ומשום הכי לא יתנהו למלוה הנז' בשטר והוא הדין לשטר מכירה שמא כתבו למכור ולא מכר ע"כ והן אמת דמצאנו להש"ך שם סקכ"ב דפליג עליו בשטר מכר וס"ל דזכה הלוקח יעו"ש הרי מצינו להרב פת"ש סק"י שכתב וז"ל ועיין בתשובת ושב הכהן ס"א שכתב דכל דברי הש"ך בס"ק זה הם תמוהים ע"ע הרי לך דלדברי הסמ"ע והרב ושב הכהן ס"ל דשטר מכר אפילו הוא נתון ביד שליש דינו כדין שט"ח ואינו כלום מכ"ש כשלא יצא מתחת יד המוכר כלל זה לא נכנס במחלוקת כמו שנבאר בס"ד הנה הוא לך דינא דשטר מכר:

ובדין דשטר מתנה מצינו למור"ם שם שסיים וז"ל ובמתנת בריא בקנין כשהקנה קנה המקבל ע"כ ודברי מור"ם אלו הם קאי כשנתן השטר ביד שליש כמו שמובן מדבריו וכן פירשה הסמ"ע להג"ה זאת יעו"ש סקע"ג וראיתי להרב"ח והש"ך דקשיא ליהו האי דינא דמור"ם מההוא דסי' נ"ו ס"ה דשט"ח שיצא מיד הלוה בסתם דלא זכה המלוה והוצרכו להעמיד האי דינא דהג"ה זאת ודינא דמר"ן דסרמ"ג סי"ד הם איירי ביש עדי הקנין לפנינו ומעידים דלא הטיל תנאי לפניהם ונתחייב בסתם בזה הוא דאמרינן זכה המקבל משעת הקנין ובס' נ"ו איירי כשאין העדים לפנינו וכן פירשה הסמ"ע וא"כ לדעת הסמ"ע והב"ח והש"ך דשטר מתנה זו כן יצא מתחת יד שליש או מתחת יד הבעלים אם העדים לפנינו שיעידו דבסתם קבל קנין ולא היה שום תנאי חזק וקיים הוא ואם אינם לפנינו הבל ואין בו מועיל והגם דראיתי להטו"ז בס' רמ"ג דסבר יש חלוק בין שטר חוב לשטר מכר ובשטר מכר סבירא ליה דאם יצא מתחת יד שליש קיים דמשעה שקבל הקנין זכה המקבל יעו"ש עכ"ז לא פסק כן אלא ביוצא מיד שליש דלית ליה לנותן שום מיגו אבל אם הוא יוצא מתחת יד הנותן מצינו אף הטו"ז מודה ונאמן הנותן לומר תנאי היה במיגו דאי בעי קלייה יע"ש ובשטה זו הלך הגאון רע"ק איגר ז"ל הביא דבריו פת"ש בס' ר"ן סקי"א שכתב על דברי מור"ם דכתב דבמתנת בריא קנה כתב איהו וז"ל עיין תשוב' רעק"א בס' קע"ז שכתב דהכא דוקא במסרו ביד שליש אבל בשטר קנין שנמצא ברשות הנותן דליכא עדי קנין לפנינו שהקנה סתם אינו כלום וכן פסק בהדייא בתשובת המבי"ט יעו"ש:

נמצינו למידין בין אם נחשוב שטר זה לדין שטר מכר כדאמרן והוא אמת א"כ הואל ולא יצא מרשות המנוח הרי בטל כדאמרן ואפילו הש"ך יודה דלא פליג אלא בנמצא ביד שליש אבל בנמצא ביד הבעלים הוא גרע כדמצינו לדעת הטו"ז דבנמצא שטר מתנה ביד

שליש הוא עדיף מיצא מתחת יד הבעלים וא"כ גם הש"ך נימא הכי ס"ל בשטר מכר. בין אם נחשוב אותו לשטר מתנה גמור הרי לא מצינו ג"כ שום פוסק דס"ל דביוצא מתחת יד הנותן ואין עדים לפנינו שיהיה בו שום ממש ובטל הוא. וכל זה כתבתי להעמיד דברי או"ע הרב הפוסק נר"ו דהואל ולא יצא מתחת יד המנוח יכול לחזור:

אד כל זה יוצדק אם שטר זה נמצא ביד המנוח ובעת המצאו אמר שעל תנאי עשאו או אם היה נמצא אחר מותו מונח בין שטרותיו הוה טענין ליתמי כן כדכתב הסמ"ע בס' רמ"ג סקכ"ב יעו"ש אבל בנדו"ד אדרבא הנותן הוא המאשר והמקיים השטר ואמר בפה מלא שכתבו לזכות בנו בשביל חלקו במטלט' והודה בפיו דלמתנה גמורה איכוין בלי שום תנאי כלל כמפורש בדבריו שמודה ואומר דלכולם נתן וכו' ולעמרם זכיתי לו בקרקעות כמו שאתם רואים בשטר המתנה וכו' בזה לא מצאנו שום פוסק ולא איזה סברא לבטל ממנה שטר מתנה זו שהרי כל הפוסקים שזכרנו לא הגריעו שטר מכר או מתנה הנמצא ביד בעליו הראשונים הוא משום דילמא כתבו על תנאי ואם המצא ימצאו עדי הקנין דלא היה תנאי כולהו סברי מרנן דהשטר קיים הגם דאפשר בדעתו בינו לבין עצמו היה לו איזה תנאי כל זמן שלא אמרו לפני העדים וקבל קנין סתם קנה הלוקח או המקבל מכ"ש אם הנותן יעיד על עצמו דנתן במתנה גמורה ולא היה בדעתו שום תנאי פשוט וברור אפילו יהיה עדיין ברשות מוכר או נותן קנה המקבל או הלוקח ומאן ספין ומאן רקיע שיכול לומר שיכול המנוח לחזור בו אחר הודאתו זאת שהודה דלמתנה גמורה איכוון וכדכתב הר"ה נר"ו עצמו דהודאת שכ"מ אפילו עמד אינו חוזר ואי משום שלא אמר אתם עדי הרי הרב הפוסק כתב בטוטו"ד דליכא וכו' דסו"ס משביע הוא לעמרם בנו ותמיהא לי מילתא איך לא זכר שר רבו בפרק חזר וזיכה אותו לבנו הרי דהמנוח לא חשש להשבעה ולא היתה כוונתו לשם כך כלל: גם הוה לן מקום כאן לומר דלא נכנס זה בגדר שיהיה צריך לומר אתם עדי הן מצד שהיה כבר השטר מתנה כתוב כראוי ולא בא אלא להודות שלא היה בו שום תנאי הן מצד דכאן אומר אתם עדי ממש הוא הואל וכתוב כאן שהיה חולה ושלח אחרינו אס"מ והמציא לפנינו שטר מתנה ואמר לנו דעו לכם וכו' אין לך אתם עדי יותר מזה שהרי אדעתא שיעידו עליו שלח עליהם ובפרט דלהם מסור הדבר כי הן הם הסופרים הבקיאים המזומנים לבדי"ץ ודאי אדעתא שיעידו עליו שלח עליהם ולא גזרה וחוקה בעינן שיאמר אתם עדי אלא כל שידעינן ליה דלשם עדות אמר הדברים ומסר אותם להם דיי ועיין בס' פ"א ס"ח ובש"ך שם והגם שהיה כאן מקום להאריך אין הפנאי מסכים וא"כ מצד הטעמים שכתבנו לא ראינו שום זכות שיכול המנוח לבטל השטר שכתב ובתקפו עומד:

אלא דמצאנו ארוכה ומרפא לבטל שטר זה על פי דברינו הראשונים שכתבנו הואל ולא באה מתנה זו חנם אין כסף אלא על ידי המטלטלין לשטר מכר תחשב אך בטל הוא כל זמן שלא הגיע ליד המקבל מהא דפסק מור"ם בס' קצ"ה ס"ג ז"ל והא דנקנה המקח שלא בפני הקונה היינו במתנה וזכייה וכיוצא דודאי ניחא ליה אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה ושניהם חוזרים ע"כ וכן ראיתי בס' ע"ט סופ"ר למוהר"ר יעב"ץ זלה"ה וז"ל ודע שאם קונה הקרקע אינו בעיר אי הוה מכר הקרקע בקנין חליפין לא קנה כי שמא אינו חפץ לקנות משא"כ במתנה דנקנה הדבר שלא בפניו דודאי ניחא ליה וכמ"ש מור"ם בס' קצ"ה ס"ג ואפשר שאם קדמה ידיעה לעדים שחפץ הוא במקח זה נראה דקנה משעת הקנין וצריך שידעו שחפץ הוא ובקנין שטר נמי לא יזכה עד שיגיע לידו השטר כנודע ואין אחד יכול לזכות בעדו מטעמא דאתמר עכ"ל הרי לפניך דאם לא היה הקנין מדעת הקונה לא קנה ושניהם יכולים לחזור כמ"ש מור"ם והגם דעמרם זה לא היה חוץ לעיר ואיכא למימר מידע ידע ושתק זה אינו דעמרם זה קטן היה בשעת הקנין וקנין כמי שלא בפניו דמי כידוע וכמו שמפורש בדברי הרמב"ם בפ' נ"ט מלה"מ בדין י"א שהקטן כמי שאינו בפניו דמי יעו"ש ופסקו הש"ע בס' רל"ה ס"ו וז"ל קטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו לפי שזכין לאדם שלא בפניו ע"כ הרי דקטן כשלא בפניו דמי ואין לו זכייה אלא בנתן דמים והחזיק אבל כשלא נתן דמים והחזיק לא יהנה לו לא קנין סודר ולא קנין שטר דהוי כמי שמקנה לאדם אחר שהוא חק לעיר דכתבנו משם מור"ם והרב יעב"ץ ז"ל דשניהם יכולים לחזור:

והגם דכאן מחזי כאלו מקנה לו במעות דהא קנין זה שקנה האב לבן הוא במקום מטלטל' שנושה בו עכ"ז אין זה מעלה ואינו מוריד חדא דהא פסק מר"ן בס' רל"ה דתרתי בעינן מעות וחזקה אבל אם חסר אחת מהנה גם המוכר יכול לחזור בו:

ועוד בכאן לא יש כאן נתינת המעות שהרי לא נתן הקטן שום דמים כי אם בעד החוב שנושה באביו מפאת המטלטלים וכבר קי"ל דמלוה אינה קונה בכסף כמ"ש בס' ר"ד ס"י ומור"ם בס' קצ"ה ס"י ע"ע וא"כ הואל ולא מצאנו כאן דמהני לא קנין חליפין ולא קנין שטר גם מעות אין כאן אם אמור נאמר דמדעת הקטן היה כל זה לא מצאנו על מה יחול הקנין:

נוסף על זה דלגבי דידן אנן קי"ל כל זמן שלא נכתב השטר כל אחד משניהם יכול לחזור אפילו אי הוה עמרם גדול לא היה קונה דהגם שכבר נכתב השטר עכ"ז הואל ולא הגיע ליד הלוקח כאלו לא נכתב דמי שהרי מצינו מחלוקת הפוסקים באם נכתב השטר והוא עדיין מונח בבית הסופר אם קנה הלוקח או לא עיין בזה בס' בנ"י חי"י זלה"ה בס' ק"צ

ובמהרי"ט סס"ה מענינים אלו ועיין בדברי רש"י בקדושין דף כ"ו ד"ה לא קנה וכו' דמשם באורה דכל זמן שלא הגיע השטר ליד הקונה לא קנה יע"ש ואנא אמינא דבכגון נדו"ד דמידע ידוע שעתיד השטר לחזור ליד האב להיות לו למשמרת עד יגדל עמרם בנו איכא למימר אלבא דכ"ע אפילו נכתב כאלו לא נכתב דמי וא"כ הואל וברנו דלשטר מכר יחשב מתנתא דא אין לנו על מי להשען לומר שזכה הקטן עמרם הנז' ואין זה נוגע כלל לדינא דס' רמ"ג סי"ח דהתם דוקא ביש לקטן זכות אבל בכגון זה דמכירה הוה ובמכירה לא מקריא זכות כמש"ל משם מור"ם בס' קצ"ה ומשם הרב יעב"ץ ז"ל ודאי לא זכה אפילו אי הוה מזכה לו על יד אחר ודו"ק ואין לומר דנדו"ד לא חשיב כמקח אלא הואל והבן זכה לירש באמו מדין התקנה נימא שיכול לסלקו במה שירצה ולאו בדעתו תליא מילתא וא"כ נימא הואל ולאו בדעתו תליא הוי כאלו זיכה לו במתנה ואין האב יכיל לחזור:

זה אינו דכבר נודע מספרי האחרונים דאין האב יכול לסלק בנו שירש מכח אמו במעות או באיזה דבר עיין תוש"י סק"ז ובס' וי"ץ במקומות הרבה דיש לו לחלוק עמהם בכל דבר וא"כ הדר דינו למה שאמרן שמכר להם אביו בלי ידיעת בנו ואין כאן מכר והדר דינו דיכול האב לחזור אלא דמחויבים שאר אחיו ואלמנת אביו לשלם לו המטלט' שהודה אביו שהוא חייב לו דהיינו כנגד מה שהיו הקרקעות שוים בזמן שכתב האב השטר הודאת שכ"מ וכו' כדאמרן:

ועל פי הנחה זו פשוט דגם הבתולה חנה אחותם מחויבים הם האחים לשלם לה כפי מה שישלמו לעמרם דחד דינא אית ליהו הגם שלא הזכירה בהודאתו הרי היורשים מודים הם והרוחנו בזה הנדונייא שנטלה חנה ולא באה בפנקס העזבון יכולה היא לומר שהיא נטלתם מכח החוב של המטלט' שנושת באביה מפאת אמה ואח"כ עשור נכסי הראוי לה שתטול באביה וא"כ מה שנתחייבה חנה ומכרה חלקה בעשור נכסי בקרקעות שירשה מאביה לכל אחיה נגד סיום הנדוניא שעשו לה צריכים כל אחד מהזוכים לתת חלקו בסיום הנדוניא דהשתא חלק חמישי הראוי לה בירושת אמה ונתברר חלקה במחצה בקרקעות עם אחיה שמאמה וחזרה ומכרתו להם זכו בו לבדם ומה שנטלה הנדונייא יכולה היא לומר שנטלתם בעד חוב המטלטלים שיש לה ביד אביה מפאת עזבון אמה ויגיד עליו רעו הודאה שהודה אביה לאחיה עמרם וא"כ גם כאן יבואו חשבון חלקה במטל' עם הנדונייא שעשה לה אביה ומי שיש בידו יתרון יוציא בולעו מפיו ומה שראוי לה ליטול בעשור נכסי של אביה הרי זה חזרה ומכרתו ג"כ בעד מה שנטלה מכל אחיה ובודאי כל מי שירצה לזכות בחלק מחלקה בעשור נכסי הנז' צריך לתת בסיום הנדונייא ותו לא מידי: ומעתה אחר שבררנו דיכול הר' יוסף המנוח לבטל שטר המתנה הבוא

נבוא למאי דאתן עלה מה דינה של האשה בסלוק זה שעשתה לה בקרקעות הנה יש לנו לדעת למאי יהיה נחשב דברי המנוח שאמר שעכשיו רצינו לבטל המתנה וכו' ולהחזיר כל הקרקעות המוזכרים בשטר המתנה שירשו אותם כל בניו הזכרים ולחלוק אותם בשוה הן בניו שמאשתו הראשונה הן מן השנייה כלם חלק כחלק יאכלו לבד מדוד יטול פי שנים כי לו משפט הבכורה ע"כ דלעד"ן מדקדוק אלה הדברים דכוונתו להקנות להם בתורת מתנת שכ"מ דאי לא תימא הכי למאי איכוון בצוואה זאת הואל ובלא צוואתי כך הוא משפט הירושה ואי כוונתו להשמעינו שדוד הוא בכור הוה דיי לומר דוד בכור הוא ותו לא ואי כוונתו על האשה שלא תטול בהם מחצה דבריו מהבל ימעטו ולאו בדידיה תלייא מילתא אלא בסלוקה שעשתה:

זאת ועוד אחרת במה שכתבו החכמים החותמים על הצוואה בתחילת דבריהם וז"ל היות אמו"ץ וכו' מוטל ע"ע דוי וכבד עליו החולה שממנו מת בעה"ר וכו' גם באמצע השטר כתבו אזי חזר יוסף החולה וכו' מה היתה כוונתם בזה להשמיענו על כל פרק שהיה חולה וממנו מת אם כוונתם לא היתה אלא להעיד שבטל שטר המתנה ועשתה האשה סלוק מאי איכפת לן במה שכתבו היה חולה וממנו מת:

אלא נראה שכוונתם לומר למתנת שכ"מ היתה כוונתו ואל תשיבני דסו"ס הואל וזיכה להם בשוה וכן הוא דין הירושה מה הוסיף במתנה זו הו"ל להניח אותם לזכות מדין ירושה לזה אמינא דנתכוון בזה לתת לבניו כדי שלא תזכה הבת בעשור נכסי מן הקרקעות ה' דאם לא היה מצוה והוה שתיק היתה הבת נוטלת עשור נכסי בהם ואל תשיבני גם על זה לומר דאם כוונתו כך היתה להגריע כח הבת מזה א"כ הוה דיי לה לצוות שלא תטול בתו עשור נכסי מן הקרקעות ותו לא דאופן זה מהני מן הדין הואל ואין עשור נכסי מתנאי הכתובה יכול הוא לסלקה וגמרא ערוכה היא בכתובות דס"ח יעו"ש ופסקה הטו"ר באהע"ז סק"ג והש"ע שם ס"י וז"ל מי שצוה בשעת מיתה אל תפרנסו לבנותי פרנסת נדונייא מנכסי שומעין לו יעו"ש וא"כ גם אנן הנגררים אחר התקנות הרי מן התקנה מבורר דמה שנוטלת הבת באביה אחר שירשה באמה הוא מדין עשור נכסי יע"ש וא"כ תקשה למה הוצרך לתת במשכ"מ הוה די לסלק בתו ותו לא:

אלא דזה אינו דלשתוק ולכתוב לא אמרינן דהואל וכל כוונתו היתה לסלק הבת מה לי יעשה זה כמו שעשה או יאמר שלא תטול הבת הואל וכוונתו כך היתה בחר בדרך זו הטובה לו בלשון זה לתת לזכרים במתנת שכ"מ דלא דינא גמיר וסביר ומה שנראה טוב בעיניו יותר הוא דרך זה:

ובפרט דלא היתה כוונת האב לסלק הבת מעשור נכסי של כל הנכסים אלא מקרקעות דוקא ואי הוה בא לסלק הבת מאלה דוקא היה צריך לבוא במאריך טרחא לברר מאיזה דבר תהיה מסולקת ומאיזה לא לכך ברר לעצמו דרך קצרה כד רמי וקציר בערשיה גם בדרך מיתתו זאת שלל לו דרך שהר"ד הוא הבכור: והגם שהיה בידינו להביא ראיה לדברינו זה שכך הוא הדין לדקדק דברי השטר ולדון עליו מכח קו"ח ממאי דקי"ל כרע"ק בפרק יש נוחלין דקל"ח דדורשין אפילו לישנא יתירא שבשטר ולמימר לטפויי אתא ופסקה מר"ן בחומ"ש סרי"ד ס"ב יע"ש ומכ"ש למדרש כל הלשון כולו ולא לימא שימה בעלמא היה שח אלא דאין אנו צריכים להביא ענין לישנא יתירא הואל ויש בידינו אילן גדול והוא פסק הש"ע סו"ס ס"א שפסק וז"ל מדקדקין לשון השטר ודנין ע"פ אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי וכו' ע"ש א"כ על זה יש לסמוך ולומר גם כאן ודאי לא נתכוון אלא לתת קרקעות אלי במתנת שכ"מ:

ומעתה הואל ולפי דברינו אלה דלמתנת שכ"מ איכוון ודאי אין כאן מקום לפקפק בלשונות אלו שבא לזכות בהם ליורשיו דטובים הם השנים במה שאמר ירשו אותם בניו הזכרים דלשון ירשו ליורשיו קנו כפסק הש"ע בס' רנ"ג ס"ב שפסק אם אמר יחסן או ירש על מי שראוי ליורשו קנה יע"ש גם כי טוב הוא לשון השני שסיים ואמר כולם יחלוקו וכו' דלשון יחלוקו מתנה הוא כמו שפסק ג"כ בש"ע רפ"א ס"ח יע"ש והגם שהתחיל בלשון ירושה וסיים בלשון מתנה עיין בס' רפ"א סקט"ו וט"ז דמשם באירה אפילו אמר לשון ירושה למאן דלא מהני ליה לשון ירושה וסיים בלשון מתנה מהני לשון מתנה לבטל לשון ירושה הקודם יעו"ש מכ"ש כאן דתרוויהו מהנו כדאמרן דלשון ירושה למי שראוי ליורשו מהני וזה פשוט:

ותהלי"ת אחר שלש ימים שכתבתי כל זה מסברא בא לידי ספר דברי יוסף להרה"ג מוהר"י אירגאס זלה"ה וראיתי לו שם בס' כ"ט שנשאל על יעקב שצוה ועשה צוואה ראשונה ושנייה ושלישית ובשלישית אמר וז"ל שלישית הריני מצווה ומסדר ומבאר שהגם כי נדוניית כלתי אשת ראובן בני היא מסך ארבע מאות דוקאטי כך עלה במחשבה לפני בשעת חופת בני וכך הבטחתי לו אותה שעה להוסיף לו על נדונייתו מלבד התוספ' שהבטחתי לכלתי סך שבעים דוקאט כדי שנדונייתו תהיה כפי הסך שנתתי לנדוניית בנותי הי"ו לכן מאחר שסוף האחים לחלוק בבואם לידי חלוקה בראשונה ראובן בני הנ"ל יקח מנכסי שבעים דוקאטי ויזכה בהם ושאר כל נכסי יחדיו יחלקו הבנים בני הנז"ל חלק כחלק אך ורק הדורונות והמתנות שהודרנ"ו ושנתננו במתנה לכל אחד מהם בעת המילה של בניהם עליהם לא יפול חלוקה ולא יהיה עליהם שום ערעור ע"כ והשיב

הרב על זה וז"ל והנה צריכים אנו לדעת כוונת ראובן המצוה כמ"ש בסדור השלשית וז"ל ולכן מאחר שסוף האחים לחלוק בבואם לידי חלוקה בראשונה ראובן בני יקח שבעים דוקאטי ושאר כל נכסי יחדיו יחלוקו הבנים בני חלק כחלק ע"כ דלכאורה נראה שאין כוונתו לחלוק כל נכסיו מעכשיו רק אמר כיון שסוף האחים לחלוק כמו שהוא דרך העולם שהבנים יורשים ומחלקים ביניהם נכסי אביהם הנה כשיבואו לידי כך יקח ראובן שבעים דוקאטי והשאר יחלקו ביניהם אז אבל זה אינו דאם היתה כוונתו לבד לזכות לראובן השבעים דוקאטי ולא לצוות על שאר נכסיו לא הול"ל ושאר נכסי יחלוקו דלישנא יתירה הוא אי נמי הול"ל ושאר כל נכסי ירשו אותו בשוה מדקאמר יחלוקו שמע מינה בתורת מתנה קא יהיב ליהו נכסיו שהרי לשון יחלוקו לשון מתנה הוא כדאמרינן בב"ב דס"ג פשיטא יחלוק פלוני בנכסי פלגא ע"כ ופסקו הרמב"ם בפי"א מהל' מתנה והרב"ש כלל פ"ג ס"ה ומר"ן בש"ע סרפ"א עכ"ל הטור וכשראיתי זה נתתי שמחה בלבי שמצאתי כל דברי מפורשים ומהם ילמד אדם בקו"ח לנדו"ד שיש כפל ויתור לשון דברים יותר משם גם לשון מתנה בא בכפילא פשיטא דלית דין ולית דיין דלמתנת שכ"מ אכוון ותן לחכם ויחכם עוד:

ואל תשיבני לומר היאך יוצדק לומר בזה דהוי משכ"מ הואל ומחזה חזינן דלא חלק כל נכסיו והלכה פסוקה היא דמתנת שכ"מ במקצת לאו שמה מתנה כמ"ש בטוש"ע סר"ן מתחילתו ועד סופו גם זה אינו דכאן מצווה מחמת מיתה שנו כאן הן מצד מה שכתוב בתחלת הצוואה וז"ל פלוני מוטל ע"ע דוי וכבד עליו החולי שממנו מת וכו' וזה למצווה מחמת מיתה יחשב כמ"ש מור"ם סר"ן ס"ה וז"ל וי"א דוקא שלשה ימים הראשונים דינו כשכ"מ אבל לאחר שלשה ימים או שקפץ עליו החולי אפילו תוך שלשה דינו כמצווה מחמת מיתה ע"כ והגם דמור"ם כתב דין זה בלשון י"א עיין בטור שכתב דין זה משם אביו רבינו הרא"ש וכתב הרב"י דלא חלק הרא"ש על רבינו הרמב"ם אלא במאי דמחלק בין שלשה ימים לאח"כ אבל בדין היה מסוכן והכביד עליו חוליו גם הרמב"ם מודה וליכא מאן דפליג יע"ש וא"כ ממנו יוצא דלא כתב מור"ם זה בשם י"א אלא מפני החילוק שבין תוך שלש לאח"כ אבל בדין שקפץ דהיינו הכביד ליכא מאן דפליג דלא מקרי מצווה מחמת מיתה:

גם סופו גילה על תחילתו דמצווה מחמת מיתה הוא מדפסק מר"ן בסר"ן ס"ו בד"א שמתנת וכו' אבל אם פירש מחמת מיתה או אפילו לא פירש אלא שנראה מדבריו שהוא נותן מח"מ כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה וכו' וגם כאן כל הדברים מוכיחים

דמחמת מיתה הוא נותן חדא דהא בפה מלא צוה שיחלוקו בניו ודוד הוא הבכור וזה הדברים מוכיחין דמחמת שהוא הולך למות אמר כן:

גם ממה שהוצרך לסלק יד אשתו וממה שהיו החכמים מגלים דעת אשתו דספוקי מספיקא ליהו אם תכניס לכלל חלוקה המתנה הנז"ל מכל זה מוכח וקרי בחיל דעל עסק מיתה היה עושה כל אלה ואין צריך סעיד וסמך יותר מזה והואל ומצוה מחמת מיתה הוא דבריו קיימים אפילו במקצת כדאמרן גם ממה שלא נמצא כתוב כאן שהיה הר"י מיושב בדעתו אינו מעלה ואינו מוריד ועיין במור"ם סר"ן ס"ו:

ומדין מה שלא נמצא כתוב כאן כתבוה בשוקה וכו' הגם שאפילו אם תהיה מתנת בריא או שכ"מ פשוט היינו יכולים להביא סברות הפוסקים דמקיימי הלכתא דאם לא נכתבה לא נפל שטר הצוואה אלא בכאן הואל וברנו דמצוה מחמת מיתה הוא הרי דינו ערך בס' רמ"ב ס"ו ובסמ"ע סקי"א וי"ב יע"ש ומדין הוכחה על אעבורי אחסנתא אין כאן מקום לדבר מענין זה הואל ולא נמצא שים אעבורי אחסנתא בכאן איך שיהיה חזרנו על כל הצדדין וצדי צדדין ולא מצאנו ממה להגריע כח מתנת מצווה מחמת מיתה זו:

ומעתה הואל וברנו דמתנה זו למתנה מחמת מיתה מחשיבה הרי סלוקה מפורש יוצא דמהני מהא דפסק מור"ם באהע"ז ס"ב וז"ל מי שצווה לתת לבניו כו"ך או לאחרים וציוה כך לפני אשתי ושתקה י"א שצריכה לקיים וי"ח ולכ"ע אם אמרה למקצת דבריו אין ולמקצת שתקה לא הוי מחילה במה ששתקה אבל במה שאמרה אין צריכה לקיים ואינה יכולה לומר נרע"ל ואם קבלה קניין לקיים מתנתו ואח"כ אומרת שלא מחלה כתובתה ומה שקבלה משום שהנכסים היו בידה וברשותה הדין עמה וגובה כתובתה ע"כ וכמו מחלוקת זו שכתב מור"ם כאן דבשתיקה י"א שצריכה לקיים וי"א לא. כן כתב ג"כ בחומ"ש סרנ"ב ס"א יעו"ש וראיתי להרב"ש שם סק"ז שכתב דסברת י"א קמא דמהני שתיקותא היא סברת מר"ן סצ"ג סקט"ו יעו"ע אלא דמדברי הרב חל"ם סק"ה לא משמע כן וא"כ בשתקה הרי היא מחלוקת ועיין להח"מ בסק"ז דסברת הריב"ש שהביא מור"ם באחרונה היא חולקת אפילו על סברא השנייה דס"ל דאם אמרה אין מהני וכתב אך מדברי מור"ם נראה דמחלק בין אם הנכסים ברשותה וכו' ע"ש אתייא מבנייא דבנטלה קנין אלבא דכ"ע צריכה לקיים ואינה יכולה לטעון משום טרוף שלא תטרף דעתו:

ועיין בהרחל"ם שם סק"ו שכתב הטעם דלא שייך לומר שיהיה הדבר בטל מכח נרע"ל דיש חלוק בין בריא לשכ"מ יעו"ש ועיין להב"ש בסק"ט מה שהקשה על הרב ח"מ וז"ל עיין להחל"ם שהקשה למה לא אמרינן נרע"ל ותרץ שאני שכ"מ וכו' ולכאורה קשה עליו מהו קושיות שלו דהא בכתובה לא אמרינן נחרע"ל ואפשר דכוונתו וכו' עכל"ה וראיתי

להרב מהר"א קורייאט ז"ל סקי"ז שתמה על דברי הרב"ש הנז"ל וז"ל אבל זו היא שקשה בעיקר קושיית הרב"ש תמיהא לי טובא דמ"ש בכתובה לא שייך נחרע"ל הוא במוחלת הכתובה בפירוש כמ"ש בסק"ה אבל במוכר נכסיו או נותנם והאשה מסכמת לא דמי למוחלת כתובה דא"כ תמה על עצמך דכל הדינים דס"ק דיכולה לטעון נחרע"ל היכי משכחת לה אי נימא דההסכמה שהסכימה על מכירת נכסיו קרוי מחילה דכתובה אלא ודאי דהסכמה לחוד ומחילה לחוד וא"כ לפי זה לא ידענא מאי ק"ל להרב"ש על דבריו של הרב חל"ם עכ"ל:

ואנא בריה קלה אמינא דאחר המחילה רבה דאין בתמיהתו כלום דודאי בהנהו דינים דס"ק הגם שמסלקת עצמה ממה שמכר או נתן הבעל לאו משום זה נימא דמחלה דהא אינה עומדת עתה להתאלמן או להתגרש אלא מצפה ומוחלת אולי ירויח הבעל ויהיה לה ממה לגבות ממנו או על ידי גרושין או על ידי מיתה אבל בכאן בשכ"מ סמוך למיתתו כשהיא רואה שהוא מפזר ממינו והיא מסכמת על ידו אין לך מחילה יותר מזה שמוחלת כתובתה הואל ורוח הולך ולא ישוב מהיכן תהיה לה עוד גבייא אלא ודאי דלמחילה נתכוונה וא"כ דברי הרב"ש ברור מללו אתייא מבנייא לדעת הרב"ש זו שכתבנו דבמוחלת היא זאת ובמוחלת לא שייך טענת נחרע"ל ופשוט הוא אלביה אלא אפילו לסברת הרב חל"ם עצמה הרי כתב דבשכ"מ ליכא טענת נחרע"ל. אתאן לנדו"ד ג"כ הואל והיתה סלוקה על ידי קנין וכמ"ש מור"ם בסברא אחרונה משם הרב"ש ודאי סלוקה סלוק הן דמה שסלקה עצמה הויא מחילה בחלק מכתובה דהא אלו לא מחלה היתה נוטלת חלק בקרקעות אלו ועכשיו מחלה חלק מהכתובה ובמחילה ליכא טענת נרע"ל כמ"ש הרב"ש איבעית אימא הואל והיה שכ"מ לחוד דיי לומר ליכא נח"ר וכמ"ש הרחל"ם ואלבא דכ"ע מהני סלוקה: וכן הוא הלכה למעשה בידינו ומבואר הדבר בתשובת רבני התקנות הלא המה המה"ג מוהרר"י עוזיאל ומוהרר"ס אבן דאנאן זיע"א הובאו דבריהם בס' כר"ח ח"ב סקע"ט שנשאלו בשכ"מ שצוה לחלק נכסיו בתורת מתנה ואחר פטירתו באה לערער שלא יגרע דבר מחלקה ומה ששמעה ושתקה בשעת הצוואה לעשות נרע"ל דתקיף לה עלמא מבואר בתקנות שכל מה שחלק בעלה מנכסיו שלא בהסכמת אשתו הנשואה לו כמנהג קהלות קאסטילייה לא יתנכה לה מחלקה כלום אלא א"ך היה הדבר בהסכמתה ובקנין גמור ולא יזיק לה מה ששתקה האשה וטענתה טענה עכ"ל מכאן מפורש יוצא לנדו"ד דליכא טענת נרע"ל ומפורש יוצא לנדו"ד דלא נכנס זה בגדר שצריך שיהיה הדבר בהסכמת חעי"ק כלל דהא לא הגריעו אלא משום שלא היה בקנין אבל אם היה שם קנין קיים בלי שום תנאי שיהיה הדבר בהסכמת בדי"ק:

והגם שמדברי הרב יוא"ל זלה"ה בסקל"ב ומדברי המשבי"ר זלה"ה שהביא שם נראה דבמוחלת עצמה צריך הסכמת בד"ץ אפשר דלא הצריכו אלא במוחלת לגמרי דשם בהכי מיירי ויש סייעתא לזה ממה שכתב שם הרב יואל זלה"ה בסוף הפסק וז"ל קמ"ל דלא אלא מיירי במתנת בריא שמוחלת ומבטלת כולה מעכשיו ואפילו הכי צריך מציאת חכם וכו' דמזה יש לומר דוקא במחלה כתובתה כולה ולא נשאר מעתה ומעכשיו לא לה ולא ליורשה דוקא איירי לכך צריך מציאת חכם אבל בכגון נדו"ד דלא מחלה אלא קצת משעבודה ועדיין כחה וכח יורשיה לא נשתנו כלל בזה לא דברו והן הם דברי הרבנים מוהר"ר יאודא עוזיאל ומהר"ר סעדייא אב"ד זלה"ה דפסקו דבקנין לחוד סגי הואל ואין כאן מחילה בכתובתה הואל ויש לה עדיין ממה לגבות:

הן אמת דיש לנו לפרש כדברי הרב יוא"ל ז"ל שכתב קמ"ל דלא אלא מיירי במתנת בריא שמוחלת ומבטלת כולה מעכשיו ואפילו הכי צריך מציאת חכם אפע"ג דאיכא כל הטובות וכו' אל תטעה לומר דאדרבא מלשין זה מוכח דמה שמוחלת בכולה הוא עדיף ממוחלת קצת זה אינו דאיכא למימר מאי דנקט אפילו הוא על המחילה שאמר הוא כוונתו לומר אפילו היא מוחלת מעכשיו דהגריעה גם כחה וגם מבטלת הכתובה על זה כתב אפילו במוחלת קצת כנדו"ד והכתובה עדיין בתוקפה לכל חלקיה זה לא נכנס בדברים כלל ופסק הרבנים שכתבנו יוכיח דלא הצריכו אלא קנין ותהיה הצוואה קיימת ואין לפקפק בזה כלל ואפילו מי שירצה לפקפק הרי אין לו על מי להשען אלא הואל וראה בפסק הרב יוא"ל ז"ל דאפילו מה שנתנה במתנת בריא צריך מציאת חכם עכ"פ אין דברי הרבנים אמור אלא במחלה בכתובה כולה אבל במקצת כמו זה לא נזכר ונשאר הדבר בספק והרי קי"ל כל ספק בתקנה העמדהו על ד"ת כמ"ש באהע"ז סקי"ח יעו"ש:

וכל זה הוא לרווחה דכבר העיד הרב הפוסק החותם על שטר זה וחכם חבירו שהיה כל זה על ידי הרב המאי"ר לארץ זלה"ה ומעתה אין צריך כלל להשיב על חדוש כתובה דמאי שייטה דחדוש כתובה כאן הואל וכתובה היא עדיין בתוקפה לכל תנאיה אפוכי מטרתא למה לי:

גם יש לעקור מעקרא טענת נרע"ל בכאן הואל ומצינו בכאן כתוב וגלינו אוזן האשה ופשרנו ביניהם וכו' דמלשון זה נראה שהיתה עכבה בדבר עד שהוצרכו לפשר וא"כ אין כאן טנרע"ל שהרי גלתה דלא ניחא לה בנח"ר דידיה ודמי זה למ"ש מור"ם סק"ו ס"ב וז"ל ולכ"ע אם אמרה למקצת דבריו אין ומקצת שתקה דלא הוי מחילה במה ששתקה אבל במה שאמרה אין צריכה לקיים ע"כ וכן פסק מר"ן בס"ק באם מכר לאחר ולא רצתה לסלק עצמה וחזר הבעל ומכר לאיש אחר אינה יכולה לומר נ"ר יעו"ש וטעמא דמילתא

בתרוייהו הואל ואנן קא חזינן שהעיזה פניה ותאמר לא הרי גלוי מילתא דל"ל ניחותא בנ"ר שעל בעלה א"כ מה ששתקה בדינא דמור"ם או הסכימה במכר השני אלבא דמר"ן אמרינן ודאי מרצונה עשתה הלאו הכי היתה אומרת לא כמו הפעם הראשון וא"כ גם כאן הואל ולא נתרצית אלא על ידי הפשרה הוא גלוי מילתא שאין בעלה חביב לה ובודאי כל מה שעשתה הוא לרצונה: וכל דברינו אלה לצד שצדדתי דמתנה זאת מתנת שכ"מ היא וגם לפי מה שנראה מדברי הרב הפוסק שמבין קולמסו נכר דלא עלה על דעתו לומר זה וחשיב דברי המצוה כספור בעלמא כמי שמדבר היאך יתנהגו בניו מצד עצמם אחר מותו עכ"ז צדקו דבריו נר"ו במה מקיים הסלוק הן מצד מה שהביא מדברי הרב יוא"ל זלה"ה והעלה דגם כאן הואל והסלוק נעשה לגבי היורשים אפילו להרא"ש מהני הן מצד דפסק מר"ן הוא כסברת הרמב"ם דיי גם נוסף כאן לפי מש"ל הואל והסילוק סמוך למיתה כמחילת הכתובה חשיב ואין שייך טנרע"ל בכתובה כמ"ש הרב"ש והואל וקבלה קנין וסלקה עצמה ולא תטול כלל בהם אין לך מחילה יותר מזה והגם שנאמר דלא זיכה אותם לבניו במתנה אלא ישארו אחריו ויתנהגו בהם בניו החלוקה וא"כ נשאר כאלו הניח אותם המורישׁ אחריו וא"כ הרי מצינו תשובת רבינו הרא"ש שכתב הטו"ר בס"ץ דאפילו במקום דמהני הסילוק היינו שלא לטרוף אבל לא נתמעט חלק האשה לפי תקנת טוליטילה וכו' הרי מפורש שם בדברי הרא"ש שהביא הטור דאם יהיה הסלוק גם על הטרפה וגם על אחר המיתה סלוקה סלוק מכל וכל יעו"ש באורך:

וגם אם נחשוב ג"כ דלאו למתנת שכ"מ איכוון יוצדק לך ג"כ כל מה שכתבנו לעיל דלא בעינן לא חדוש כתובה ולא מציאת חכם וכמ"ש הרב הפוסק ואין צריך לכפול הדברים: ומה שנסתפק הידיד אם סלוק זה הוא לסלוק יחשב או למתנה ומזה יצא לידון בדבר חדש לענין חלק הבכורה אם אמור נאמר דבריה קיימים או בטלים הואל ונתנה לאחרים ולא לבעלה לא ידעתי מי הביאו לבית הספק הואל ולשון השטר קרי בחיל שסלקה עצמה גם נוסף על זה אחר שנטלו ממנה הסילוק בקנין מצא יוסף כח לצוות את בניו ולחלוק להם הרי מוכח דאבא מזכה ברא ולא מכח האשה קא זכו ואין עסק באשה כאן אלא לסלוק עצמה ותו לא מידי:

ואם מה שהביאהו לבית הספק הוא בשביל שכאן נמצא כתוב והגם שיתברר לה וכו' עכ"ז מעתה זיכתה האשה הנז' כל חלקה בקרקעות וכו' אנא אמינא שמי שכותב זה נוסף על דברי הסלוק ידיו רב לו שראה זה מצאתי בס' כר"ח ח"א סקמ"ה ששם הביא פסק הרבנים מוהר"ר יאודא עוזיאל ומוהר"ס אבן דאנאן ז"ל שכתבנו למעלה שכתבו דאם סלקה בקנין מהני סיים שם אח"כ וכתב עוד נמ"ך משם כמוהר"ש אבן צור וכמוהר"ר

יעב"ץ זלה"ה כתבו לחכמי מקנאס וז"ל אמנם בכתובות ק"ק כבר חלקו לה חכמי התקנה כבוד ועשאוה כשותף בגוף הנכסים ולא לבד שותף בין הבנים דהיינו שתטול כאחד מהם אלא שותף כנגד כל הבנים שתטול מחצה ואם שתקה ולא מיחתה בבעלה יפה לה מדבורה ולא. חשיבה מחילה כלל ולא עוד אלא דאפשר דאפילו מחילה גמורה לא מהנייא בגוף הנכסים אלא מתנה גמורה עש"ב וחתום כמוהרריב"ץ זצ"ל אבל מתנת בריא א"צ הסכמת האשה ועיין בשאלת רבינו שמעון מימי זלה"ה ושו"ת הרדב"ז וכ"כ מוהרמ"ט זלה"ה ע"כ בכתבי כמוהר"ש אבן צור עכ"ל הרי לפניך אפילו בעודנו בחיים רצה להצריך לאשה לכתוב לשון. מתנה ובכאן טוב וישר מה שנמצא מלות אלו בסלוק זה:

ומעתה משכוני נפשין למה שנסתפק הרב הפוסק אם יכולה אשה זאת לטעון מחילה בטעות וראיתי להידיד שהתיר ספק זה מתרי טעמי חדא והיא שכתב באחרונה דמסתמא ודאי לא בטלה אלא לצד שאם יתברר שהמתנה בטילה דלצד שנאמר אינה בטילה מאי אהני סלוקה אלא ודאי אסיק אדעתה דבטילה. היא ובשביל זה מחלה וכו' אחר המחילה לא ידעתי שום חלוק בין פשרה זאת לשאר פשרות שכולם באות על ספק שכל אחד מוותיר מספק דילמא לא יבוא לידי ברור ואם תאמר אשה זאת בין כך ובין כך מאי אהני לה גם כאן לפי דעתה אהני סלוקה כדי שיהיו גם בניה בכלל הבנים הלאו הכי לא הוה המצווה מבטל המתנה ועדיין איכא למימר דמספק עשתה זאת והשתא שנתברר הויא מחילה בטעות:

ברם בצד הראשון שכתב מסברא דנפשיה דלא מקרי מחילה בטעות מכח מה שאמרו לה שהם מסופקים בדין וכו' בזה אמרינן יישר דבזה נתכוון לדעת הרב פת"ש בס' ר"ה סקי"ג וז"ל ועיין בתשובת משכנות יעקב באחים שהיו שותפין לדיין וכו' ועשו הדיינים פשרה ביניהם ואח"כ טען אחד מן הצדדין שהדיין הטעה אותו באומרו לו שאין ברור לו שיזכה בדינו ומתוך זה הסכים להתפשר ועתה נתוודע לו שבודאי היה זוכה בדין וטוען שהוא פשרה בטעות והרב ז"ל השיב דאינו יכול לבטל הפשרה בקנין בטענה זאת ולא מצינו להפוסקים שיבטל פשרה בטעות רק בטעות גמור בעיקר המעשה כגון דעושה פשר מחמת שלא מצא עדים ואח"כ מצא עדים או כגון שחייבוהו ב"ד שבועה דלא אסיק אדעתיה שב"ד יטעו אבל לא משום שהוא עצמו טועה בדינו ואין ב"ד מטעין אותו רק אמרו לו שאין הדין ברור כו"כ שיזכה ואלו היה עכ"ז רוצה דוקא בדין הרשות בידו ואולי יזכה רק דלא מחית נפשיה לספיקא וגמר ומקני ואין כאן טעות כלל וכל

הנמצא בתשובת הראשונים בזה היינו דוקא היכא שאמרו לו בפירוש שהוא חייב בדינו בברור עכ"ל מכאן יתברר כמו שכתבתי לך:
והגם שהיה מקום כאן בידי להשוות שטר מחילה זו כשטרי מחילות הנהוגות שאנחנו כותבים מדי יום יום ועליהם אנחנו נשענים והם מיוחדים ע"פ תשובות הרשב"א שהביא הרב"י יעו"ש וא"כ הואל והמחילה נכתבה באורך וברוחב ובלשונות כפולות לא יגרע כחה אלא הואל יעלו הדברים באורך לא רציתי עוד לבוא במאריך טרחא:
אלא דעדיפא מזה אמינא מה שראיתי בקצרה בס' משה"ר או"מ סי"ט שכתב וז"ל הא דקיי"ל מחילה בטעות לא הויא מחילה דוקא בע"פ אבל בכתב מהנייא עיין בתשובת הפר"ח שבקונטריס ע"ח ועיין כנה"ג בתשובותיו שנדפסו מחדש בחלק אהע"ז ס"כ עכ"ל וא"כ מזה לבד נחה שקטה טענת מחילה בטעות הן אמת דזה תמוה הוא לנגד עיני הואל ומחזה חזינן דזה הוא הפך תשובת הרשב"א ז"ל שהביא הרב"י בסי"ב שרמזתי לך דמשם באירה דלא מהני מחילה בכתב ממה שכתב אפילו כתב לו בדלא שגוי ודלא אניס יע"ש דמשם באירה דלא מהנייא אפילו היא בכתב עכ"ז בנדו"ד גם זה סעיד וסמך לבני יוסף היורשים מן התורה דקרקע בחזקתם קיימא:
המורם מכל מאי דכתיבנא דמתנה זאת קיימת והסלוק חזק ואמיץ ועמרם צריך לשלם לו המטלטל' ע"פ צוואת אביו וגם חנה מב"ת אם ברור שלא סלקה עצמה דינה כך. זהו משנלע"ד בסדר וזאת התרומה כאן שנה דוב"ר אמ"ת לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוויי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקווא ס"ט:

סימן קסה

הל' חזקת ישוב:
יוסף מת והניח אחריו שלשה בנים וליוסף היה חזקת ישוב אחד ואחרי מות יוסף הנז' נשארו הבנים משתמשים בהחזקה הנז' כמו שהיה אביהם משתמש ואחר זה נשאר האח הגדול לבדו משתמש בהחזקה הנז' והוא הוא המשלם השכירות לבעל הקרקע. נוסף על זה באו שני עדים והעידו שזמן גדול שכרו העדים הנז' מקום אחד דהיינו בית אחד ועלייה מהחצר הנז' שיש בה חזקת ישוב הנז' והיו משלמים שכירות הקרקע והחזקה הנז' ביד האח הגדול לבדו והאח הגדול הנז' הוא היה משלם שכירות לבעל הקרקע ולוקח לו לעצמו דמי החזקה. עוד הוסיפו בעדותם שזמן מה היו העדים שותפין עם האח השני מהאחים הנז' והיו מסתחררים בבית ובהעלייה הנז' השוכרים בידם מיד האח הגדול הנז', וכל ימי שותפותם היו פורעים שכירות הבית והעלייה הנז' כמנהגם ביד

האח הגדול הנז' כל שכירות הבית והעלייה קרו"ח ומעולם האח השני שהוא שותפם מעולם לא יצא מפיו לעכב בידו מדמי השכירות שום פרוטה מצדו לומר שיש לו חלק בחזקה הנז'. והן היום אחרי מות האח השני זה זמן רב בא אפוטרופוס יתמי האח השני ותבע להאח הגדול לתת לו שכירות החזקה מזמן מיתת האח השני עד היום ומכאן והלאה ג"כ רוצה האפוטרופוס להשתמש בחלק היתומים להשכיר על ידו. מהו הדין. כי האח הגדול ההוא אמר שמיום מיתת אביו הוא המשתמש בה לבדו והוא הוא העומד נגד בעל הקרקע שתשאר החזקה בידו ואחיו מעולם לא עלה על דעתם להיות מן הזוכים בחזקת ישוב ה' יומ"ץ:

תשובה לזה הוא נלע"ד פשוט דהואל והעידו העדים דבזמן שהיה האח השני משותף עמהם היה משלם השכירות זו עדות גמורה שמחל בחזקתו לאחיו הגדול המוחזק בחזקת ישוב זו אלבא דכו"ע ולא נשאר לו שום זכות בחזקה זו. והגם דמחילה בחזקת ישוב במחלוקת היא שנויה אי מהנייא או לא עיין על זה בכנה"ג סק"ם ובס' האחרונים הלא המה הרב משד"ר והרב כר"ח ובס' ק"פ ועד אחורן בס' אש"ל ובס' לקוטי ליצחק רי"ח אות ח' סי"ד ובכמה ספרי הפוסקים שמהם תורה יוצאה שמחילה בחזקת ישוב במחלוקת היא שנויה מערכה לקראת מערכה ע"ע עכ"ז הרי הכריעו רבותינו דכיון שהיא בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן ארעא בחזקת מרא קמא אלא ביד מי שהיא עתה בידו מוקמינן לה בחזקתיה. עיין גם את זה בספרים הנז"ל:

ומה גם בנדו"ד דמחילתו של זה האח היתה על ידי שתיקה ויש מכת הסוברים דשתיקה עדיפא ממחילה בפירוש שעל ידי שתיקה אמרינן בכל לשון קנין המועיל נתכוון ומהני. והגם שגם סברא זו יש עליה כת החולקים כמו שמוכרע משם. עיין בלקוטי ליצחק רי"ח אות ר"י ס"ח עכ"ז הרי מלתינו אמורה שהאח הגדול המוחזק יכול לומר קי"ל:

הן אמת דעמד לנגדי הגם שבאמת מצינו שהמחילה היא במחלוקת שנויה כמו שכתבנו שיש מערכה לקראת מערכה כמ"ש בספרי הקודש או אפילו למאן דסבר שתיקה עדיפא ממחילה כמש"ל בסמוך הגם שכתבנו שהמוחזק יכול לומר קי"ל התינח במקום דאיכא גלוי מילתא שמחל אפילו על ידי שתיקה או מחל בפירוש אבל בכגון נדו"ד שהאח לא תבע רמי חזקתו מאן לימא דמחל. הן אמת שמצינו למור"ם שפסק בסקנ"ו ז"ל נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר שנים עשר חודש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתו אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא אבד חזקתו עד שלשה שנים ואם גילה שדעתי לחזור לא אבד חזקתו אפילו בשלשה שנים וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו ע"ך הרי מדברי מור"ם אלו מסברא אחרונה דקי"ל כוותיה נראה דכל זמן שלא גילה

דעתו שאין דעהו לחזור לא הוי מחילה אפילו עברו שלשה שנים. דהוי כאלו מחל עכ"ז לא מהני הואל ולא גילה דעתו וא"כ הואל ומור"ם הביא סברת י"א אלו באחרונה הכי יש לנו לדון ומה גם הרי מצינו להרב תוש"י ח"ב סקל"ג ששם כתב ז"ל דכן המנהג פשוט בכל ערי המערב בנוסע ממקום למקום אפילו שהה כמה שנים ולא תבע חזקתו שאין בה דין יאוש כסברא אחרונה שהביא מור"ם עכל"ה:

ואיך זה עומד לנגדי וכן ראיתי להרה"ג מו"ד בספר כר"ח ספ"ה שכן פסק בהוכחות צודקות דאפילו שתק זמן רב לא אבד חזקתו יע"ש. והגם שמאותו פסק שם מבורר דיש כת הסוברים שלא כדבריו עכ"ז הרי העד העיד בנו האיש אדוני האר"ש הרב יוא"ל זלה"ה דהמנהג בכל ערי המערב כי"א בתרא שכ' מור"ם ז"ל:

אלא דרואה אנכי דבנדו"ד שהיה האח הזה השני בעיר ורואה אחיו הגדול משכירה וגובה השכירו' יותר משלש שנים זו עדות גמורה שנתייאש מחזקתו וזה גרע מוצא מן העיר יותר משלש שנים דפסק מור"ם דלא אבד חזקתו ורואיה לזה הוא לפי מה שראיתי כתוב בלקוטי ספר אש"ל משם הראשונים יעו"ש באו"ח שכתב ז"ל חזקת ישוב אם החזיק האחד בחנות ויצא ובא השני אחריו ולא מיחה אבד חזקתו וצריך מחאה בכל שלש שנים כן פסק הרמ"ז וכתב שכן אמר לו כמוהר"ש בן צור שכן מצא בפסקי מור זקינו כתב יד מוהר"ר וידאל הצרפתי האחרון עכ"ל הרי מדברי הרבנים האלו אתה תחזה בעינא פקיחא דאם היה בעיר ושתק הוא עדיף מיצא מן העיר שהרי יש לנו לב לדעת הני רבנן סבוראי ובתראי היכי פסקי הכי הרי אנן בני מערבא קי"ל כי"א בתרא שמביא מר"ן או מור"ם וא"כ הואל ומור"ם פסק כי"א בתרא דאפילו עברו שלשה שנים משיצא מן העיר עכ"ז לא יאבד חזקתו הכי יש לן לתפוס ומה גם שהר' תוש"י העד העיד שמנהג המערב כהני י"א בתרא א"כ היאך פסקו הני רבנן בתראי דביצא מן העיר ובא השני אחריו אם לא מיחה תוך שלוש אבד חזקתו אלא ודאי דסברי מרנן הני רבנן סבוראי דעד כאן לא אמרו הפוסקים ביצא בסתם שלוש שנים אם אבד או לא כמו שהביא מור"ם אלא דוקא ביצא מן העיר דיש באמת למצדד אצדודי דיש סברא לומר דהואל ויצא שלשה שנים הוי כאלו ודאי נתייאש וסברא אחרונה ס"ל דכל זמן שלא גילה דעתו מאין מוכח דנתייאש ולכך העמד החזקה בחזקתו אבל בהיה בעיר ושתק ולא מיחה מאי דעתיה למה לא בא לתבוע חזקתו זה פלא אלא ודאי דהוי גילוי מילתא דליאוש איכוון וא"כ דברי הרבנים הנז' לא פליגי אדברי הרב יואל זלה"ה אלא סברי הואל וישנו בעיר ולא מיחה אבד חזקתו וממנו נלמד לנדו"ד שזה האח יושב ורואה שאחיו הגדול משכיר החזקה וגובה מן השוכרים והוא שותק אין לך יאוש יותר מזה:

והגם דהיה כאן מקום להסתפק ולומר דבנדו"ד שזה האח עם אחיו הגדול שותפין הם בחזקה א"כ יש לומר דמה ששתק אח זה הוא על סמך מאי דקי"ל השותפין אין להם חזקה זה על זה ועל זה סמך שהגם שאחיו הגדול לעת עתה משתמש בה זמן רב עתיד גם הוא לתבוע להשתמש בה כמו שנשתמש הגדול: זה אינו דמעקרא באמת צריך לחקור למה רבותינו הראשונים שהביא מור"ם במחלוקת בס' קנ"ו למה לא נחלקו אלא ביצא מן העיר שלשה שנים י"א אבד חזקתו וי"א לא אבד גם רבותינו האחרונים לא פסקו אלא בהיה בעיר שלשה שנים ולא מיחה כמ"ש לעיל לנו יש לב לדעת למה שלשה שנים ולא פחות אלא מוכרח לומר דטעמייהו הוא דתלו בשלשה שנים הוא דאמרינן נתייאש הוא משום דכל שלשה הוי חזקה והואל ושתק שיעור שיכול חבירו לבוא לטעון עליו מכרת לי ולא מיחה פשיטא דכוונתו בשתיקה זו ליאוש נתכוון ויאוש מהני לאבד חזקתו ולכך חכמים שערו הדבר או ביצא מהעיר שלשה שנים או שתק ולא תבע כמ"ש רבני פאס הרי במקום שעולה חזקת שלש שנים עולה שתיקה להיות יאוש לחזקה וא"כ ממנו נבוא לנדו"ד הגם שחזקת חצר זה ידוע הוא להם מאביהם ודין שותפין להם עכ"פ הרי יש בה דין חלוקה דהא קי"ל חולקין בית נגד בית וכו' וא"כ הואל ויש בה דין חלוקה הגם ששותפין נינהו הרי יש כאן מקום לבוא האח הגדול בטענת חזקה כמ"ש הש"ע בס' קמ"ט ס"ב יע"ש וא"כ שיש מקום לזכות ולומר מכרת לי הואל ויש כאן שני חזקה הוא הדין שדנין בה הואל ושתק שלש שנים הרי זה נתייאש דדין אחד להם:

כל זה לא כתבנו אלא לתוספ' טובה דכבר מילתנו אמורה דבכאן הואיל וזה האח עצמו הן בעודנו בשותפות עם העדים הנז' היה פורע השכירות לאחיו הגדול הרי זה גלוי מילתא שנתייאש בפירוש והוא עדיף ממי שיצא מן העיר ואמר שאין רצונו לשוב עוד לעירו דאפילו בפחות משלוש אבד חזקתו אליבא דכו"ע דהכא הואיל והיה משלם שכירות אין לך עדות יותר מזו ואפילו אלו לא היתה לקרקע זו שייך בה דין חלוקה עכ"ז עלתה לו חזקה בשלוש שנים דמעולם אין מדרך השותף לדור ולשלם לחבירו ומצינו להרב מהרי"ט זלה"ה שפסק דאפילו במקום דלא שייך חלוקה אם היה שותף אחד משכיר לאחרים וגובה מהם לעצמו עלתה לו חזקה יעו"ש והגם דכל הפוסקים חלקו על סברת מהרי"ט הנז' ולאו הלכתא היא ומה גם לדעת מוהריב"ן זלה"ה שכתב דמהרי"ט עצמו חזר בו יעו"ש עכ"ז הרי מצינו להרה"ג מוהר"ב בס' משי"ש הובאו דבריו בליקוטי אש"ל יעו"ש שכתב על זה זל"ה אף דלא קי"ל כמהרי"ט ז"ל בחלוק זה מ"מ היכא דאיכא צד סומכין אדבריו ז"ל והוא דרך משל שנים שירשו חצר או בית בשותפות ועברו ימים ואכל אחד מהם שני שלישים ואחד שליש ועברו כך שני חזקה וטען האוכל שני שלישים

שקנה שתות הבית ועל כן היה גובה שני שלישים בזה נראה דחזקתו חזקה דהא עיקר טעמא דיהיב רשב"ם דשותפין אין להם חזקה שכן דרך השותפין זה אוכל כו"ך שנים וזה אוכל נגדו ונחזי אנן כיצד דרך השותפין לעשות ומעולם לא תהיה כדבר הזה ששני שותפים בבית אחת וגובים שכירות שלשים אוקיות יאמר:

לו בשנים אלו אטול אני שני שלישים ואתה שליש ובשנים אחרות כנגדם להפך זה דבר זר ורחוק הואיל ואין דרך. לעשות כך. יש להם חזקה וכתב הרב על זה שהסכימו עמו בב"ד של שלוש עכ"ל וא"ך ממנו נלמד במכ"ש לנדו"ד שהאח עצמו היה משלם השכירות היתכן בעולם שמי שיש לו חלקו בקרקע ישלם השכירות ואח"ך יחזור ויתבע אין לך מילתא דתמיהא יותר מזה ועיין מה שפסק מור"ם בס' קמ"ב ס"א ז"ל ראובן ושמעון שיש להם ערעור ביחד על חזקת ישוב וקנה ראובן משמעון החזקה לשנה הרי הישוב לשמעון שאלו היתה החזקה לראובן לא היה קונה משמעון לשנה וה"ה בכל כיוצא בזה והוא הדין אם שכרו ממנו כדלקמן ס"ק מ"ז ס"ב ובסי' קמ"ז ס"ב כתב עוד מור"ם ז"ל אם המערער שכר קרקע מן המוחזק הוי כחתם בעד ואבד זכותו עכל"ה הרי לך דלא עביד אינש דשכיר דילה ומדחזינן השכיר ומשלם שכירות זו יקר סהדותא שכבר נתייאש מחזקת חצר זו. זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קסו

לע"ת רבאט יע"א על אודות החצר שבהלמדינא דרבאט יע"ה אשר דר בה ידידנו כה"ר יעקב ן' עטר הי"ו ושם שם לו עמוד לנ"ס עמי"ם לעבוד ולשרת במשרת שררת קונסלאדו שררתו אשר נשא על שכמו ומקודם לו שם ג"ך עמד על משמרתו מו"א כה"ר רפאל ז"ל ומקודם לו ג"ך שם שם לו הנהגת שררתו אחיו השר משה ז"ל והן היום שאול שאל האיש כהרי"ע ה' מהו הדין במפתח והחזקה של החצר הנז' שהוא קבלה מיד אביו כה"ר רפאל ז"ל ומחשש אולי בני משה שהיה דר שם קודם לאביו אולי יבואו לומר יהיה להם חלק ונחלה גם הם הואיל ואביהם היה דר שם קודם להשר רפאל אביו של כהרי"ע ה' על כן שאל מה משפט הדבר ומעשיו עד כאן הגיעו דברי כה"ר יעקב ן' עטר הנז' יומ"ץ:

הנה ראינו לידידנו הרב הפוסק מוהריק"ו נר"ו שזיכה לסי' יעקב נר"ו לזכות בחזקת ומפתח החצר הנז' ואין לבני דודו כלום שום זכות כלל וחיליה מדינא דש"ע סקמ"ו ס"י דהבא מחמת ירושה אינו צריך טענה והואיל וכה"ר יעקב טוען בפי מלא ואומר מצאתי ירשתי ממורישי שדר בה יותר משני חזקה ולא מיחה בו שום אדם ונוסף על זה שגם

הידיד בנו הנז' לו קם כמוהו ודר בה יותר משני חזקה ויורשי כה"ר משה גדולים המה מימות חזקת כה"ר רפאל עד היום ומעולם לא מיחו ודאי חזקת הר' רפאל ובנו חזקה הוי אלו תוכן דברי הרב הפוסק נר"ו:

ואנן ענינן בתריה אמת אמת תפסיה דהואיל וטוען מצאתי ירשתי אין להוציאם מידו ומחזקתו כפי פשט הש"ע שכתב בזה"ל הבא מחמת ירושה שטוען ואומר אני ירשתי ממורישי א"ץ טענה אחרת ע"ך א"ך בזה דיי והגם שקדמה לנו ידיעה שהרב זכות אבות סר"ג כתב דאם לא טען היורש ששמע מאביו שהיא לקוחה בידו לא מהני יעו"ש והביא דבריו הרב החסיד מהרי"א זלה"ה בס' יורו משפטיך ליעקב סכ"א הרי שם שם הרב דחה דבריו בשתי ידים יעו"ע ותתן אמת ליעקב ופשט דברי הש"ע כך הם ומהם לא נזוז ועיין בס' מוצ"ב להגאון מוהר"ר יעב"ץ ז"ל בס"ד ותראה משם דסברא זו לא עלתה על דעה הגבוה אלא כמשמעות דברי הש"ע ותו לא מידי וא"ך מדברי הש"ע לא נזוז וזכה הרי"ע המוחזק:

ועל מה שראינו שהידיד הרב הפוסק נר"ו עמדו לנגדו דברי הרב מהרי"ט שהביא הבאה"ט משם כנה"ג שכתב בזה"ל ואפילו בגדול פחות מבן עשרים שנה בנכסי אביו לא עלתה לו חזקה ע"ך והידיד נסתפק אם כוונתו היא שצריך שלשה שנים של חזקה אחר ששלמו לו עשרים דהשתא לא עלתה לו חזקה עד שיהיה בן כ"ג או דילמא תכף כשעברו עשרים הוי חזקה וכמו ההיא דס' רל"ה וכו' אחר המחילה לא ידענו היאך יוצדק לפרש הכי בדברי מהרי"ט שכתב בזה"ל ואפילו בגדול פחות ך' לא עלתה לו חזקה וכו' הלשון זה מורה שכל שנות עשרים לא יעלו לשני חזקה ואל יקשה לפי האמת דאם הכי הוא איך ולמה לא יעלו הרי הואיל ועברו י"ג שנים הרי יכול למחות במחזיק ולמה לא יעלו לשני חזקה על זה יש תשובה במטונך ולדידך מי ניחא לומר דכוונת מהרי"ט היא לומר דבעינן שיחזיק המחזיק מבן שבעה עשר ולמעלה שיהיה תשלום החזקה אחר עבור עשרים על זה ג"ך יש להקשות עוד לא מלבד מה שהקשינו דאין לשון מהרי"ט מורה כך הלא עוד יש להקשות ולמה צריך שיהיה בן שבעה עשר ולמעלה הרי אחר שעברו שלשה עשר גדול הוי לענין המחאה וא"ך למה לא תהיה חזקה בממונו שירש מאביו מבן שלשה עשר ולמעלה הרי בר המחאה הוי ואי הטעם הוא משום קטן פחות מבן עשרים לא הוי מכירתו מכירה בנכסי אביו על זה אתמיהא מאן דכר שמה של חזקה באופן וטעם זה הרי תפוק לך אפילו יהיה שטר גמור ביד הלוקח בבירור שקנה מאת פחות מבן ך' לא הוי קנייתו קנייה ואם תשיבני על זה לומר דבא לומר כאן הרב מהרי"ט דבמחזיק בנכסי פחות מבן ך' שירש מאביו לא הוי חזקתו חזקה היינו לומר

דאין לנו לומר דבחזקה חשבינן ודאי מכר לו ונהי שאין קניינו קנין פחות מבן עשרים עכ"פ מימר אמרינן לפחות מבן עשרים שיחזיר דמי המכר ללוקח על זה בא מהרי"ט לומר דאין חזקתו חזקה דאמרינן לא מכר [כאשר הוא האמת] ולא לענין פחות מבן ך' אין קנייתו קניה אתשיל א"ך לא ידענו למה הידיד יצא לו לומר דכוונת מהרי"ט דלא הוי חזקה בנכסי פחות מבן עשרים עד שיחזיק בנכסיו מבן שבעה עשר שיהיה תשלום שנות החזקה אחר עבור עשרים לא ידענו מה חלוק מבן שלשה עשר ולמעלה לבן שבעה עשר ולמעלה דוק ותשכח דאין ביניהם כלל:

אלא האמת הוא דכוונת מהרי"ט דכל העשרים שנה לא יעלו לשני חזקה דהואיל וקניית הקרקע של פחות מבן עשרים המוכר בנכסי אביו אין מכירתו מכירה מסתמא שום אדם לא יקנה ממנו הואיל ומכירתו אין לה קיום כמו המחזיק בנכסי קטן אפילו הוא חריף ובקי לא הוי חזקה בנכסיו דהואיל ואמרו חז"ל שאין ממכרו בקרקע כלום ולכך כל המחזיק בנכסיו לא הוי חזקתו חזקה כך המחזיק בנכסי פחות מבן עשרים שירש מאביו הואלי וחכמים ז"ל אמרו שאין מכירתו מכירה על זה סמכינן לומר מסתמא אין מי שיקנה ממני וכל המחזיק בנכסיו לא הוי חזקה:

והילך לשון מהרי"ט שמורה כך משמעותו יע"ש בס' ס"ד שנשאל בראובן שמת והניח אלמנתו ויתומיו ועמדה האשה ומכרה הקרקע היא לבדה וברבות הימים הוצרכו לבא לדינא האשה המוכרת ויתומיה עם הלוקח והלוקח נאבד ממנו השטר ובא בטענת חזקה ועל זה השיב הרב זל"ה דאם היתומים קטנים והקרקע ידועה לאביהם לא עלתה לו חזקה דאין מחזקינן בנכסי קטן וכו' ואם היתומים היו גדולים בשעת מכירה לכו"ע מחזקים בנכסיהם אבל בנכסי אביהם מאחר דאין מכירתם תר מכירה עד שיהיו בני עשרים לא עלתה לו חזקה שאפג"ן שטוען הלוקח שקנה מיד האלמנה שאפשר לה למוכרם למזונות מ"מ הואיל ואין שטר מכר יוצא מתחת יד הלוקח לא מהימנא אלא במיגו דאי בעי אמר הלוקח מהיתומים קניתי וכיון שאינן בני עשרים לאו בני מכירה נינהו בתוך עשרים בנכסי אבוהון עכל"ה מלשון זה יתברר כאשר פירשנו ותצא דינ"א לדעת מהרי"ט זלה"ה דאין חזקה עולה למי שירש בנכסי אביו עד שיחזיק הלוקח ג"ש אחר עבור עשרים ומזה נבוא לנדו"ד שנראה שחזקת כה"ר סי' רפאל ז"ל עדיין לא היו בני הר' משה אחיו בני כ"ג עכ"ז הרי יש ארוכה ומרפא כמ"ש הרב הפוסק נר"ו שבימי כה"ר רפאל זלה"ה כבר עברו עליהם עשרים שנים והוי התחלת החזקה מימות כהר"ף ימים שעולה בהם החזקה ואח"ך החזיק כהרי"ע נר"ו שני חזקה והותר בעודם גדולים ובזה עלתה החזקה כדת וכשורה וכמ"ש הש"ע ב"ס קמ"ו ס"י כמ"ש הרב הפוסק יעו"ש:

ואנן מוסיפין נופך שפיר דבנדו"ד אין אנו צריכים לכל זה דהאמת הוא אפילו מה שהחזיק כהר"ף אפילו בעודם קטנים עלתה לו חזקה יען דלא מת משה ז"ל עד שהניח אפוטרופוס על בניו המפקיח עליהם בכל ענייניהם הל"ה כמה"ר יחייא ץ' אצייג ז"ל והואיל וכן הוא עלתה לו חזקה וכמ"ש הש"ע קמ"ט סכ"ד ז"ל החזיק שני חזקה בשדה יתומים וטוען שאפוטרופוס מכרן לו ואבד שטרו י"א הוי חזקה וסיים מיר"ם על זה וכתב וי"ח וכן נ"ל ע"ך וא"ך הואיל ומר"ן פסק דעלתה לו חזקה הכי נקטינן והגם דמר"ן כתב כאן דבריו בשם י"א ומור"ם סיים עליהם וי"ח וכתב כן נראה לי דהיינו כדעת הי"ח עכ"ז אין לנו אלא דברי הי"א שכתב הש"ע דהואיל ולא נרגש הש"ע להביא דעת הי"ח ודאי הכי קי"ל כדעת י"א דהוי חזקה:

ואין זה דומה כלל למה שכתב הש"ע בס' פ"ז ס"ו ששם כתב י"א וי"א וסיים מור"ם שם דהעיקר כי"א קמא וכתבו האחרונים דהגם דקי"ל דכשמביא מר"ן י"א וי"א נקטינן כי"א בתרא בכאן הואיל ומור"ם הכריע כי"א קמא הכי נקטינן עיין כל זה בס' עדות ביהוסף ס' וא"ך יש לטעות גם כאן דאזלינן כהכרעת מור"ם כאן דכתב כן נ"ל:

זה אינו דשאני התם הואיל ומר"ן שם הביא שני הסברות י"א וי"א הגם קי"ל די"א בתרא עקר על כל פנים הואיל ומור"ם הכריע אזלינן בתר הכרעתו אבל בכאן דהש"ע לא נרגש כלל להביא סברת הי"ח ודאי דעתו לפסוק כדעת הי"א שהביא והואיל ודעתו שההלכה היא כי"א שהביא שוב אין לנו להשגיח להיש חולקים שהביא מור"ם ולהכרעתו ופשוט:

ובפרט דעדיפא מזה הוא דהגם שמצינו לו להש"ע שכתב כאן הדין בשם י"א הרי חזר וסתמו לקמן שם באותו סימן קמ"ט סל"א יעו"ש שכתב ז"ל המחזיק בהקדש עניים או של בה"ך אין לו חזקה ואם יש לו גזברים ממינים עליו יש לו חזקה ע"ך יעו"ש ובסמ"ע סקמ"ו הרי לך דהש"ע פסיק ותני בסתמא דדינא הכי:

וכן ראינו למוהרי"ע זלה"ה בס' בית יהודה סכ"ד שפסק כן ז"ל ואע"פ דקי"ל אין מחזיקין בנכסי קטן מ"מ אם אכלו הלוקח ג"ש אחר שהגדיל הקטן מהנייא החזקה כדעת הש"ע סקמ"ד סכ"ט ודלא כהג"ה שם ואפילו לדעת הג"ה בנדון דידן שירשו היורשים אנן טענין להו דהא מצי אבוהין למטען שקנאם מהאפוטר' דמהני ביה חזקה כדעת הש"ע סכ"ד ז"ל החזיק בשדה יתומים וכו' עכל"ה הרי לך דרך רווחה בנדו"ד דאפילו חזקת סי' רפאל ז"ל עולה היא למעלה הואיל והני יתמי היתה יד האפוטרופ' שליטה עלייהו ופשוט דאין ליורשי משה ן' עטר נ"ע שום זכות בחצר זו כלל:

אלא דכל זה יוצדק לנו לפי מה שבא סדור בשאלה דתלה עקר הספק שנסתפק כהרי"ע היורש הנז' אם בני דודו יש להם זכות הואיל והר' משה אביהם הוא המחזיק ראשון

ואח"ך קם כה"ר רפאל אביו של הרי"ע הנז' שקבלה והחזיק בה אח"ך ע"פ ספיקות אלו יוצדק לנו לזכות להרי"ע ה' ע"פ הטעמים הנז' אך ומה נענה לפי מה שיטענו בני הר' משה שהחצר ה' מוחזקת היתה ביד אביהם הזקן השר יוסף ן' עטר ז"ל ומידו קבלה הר' משה אביהם ואח"ך קבלה הר' רפאל ז"ל וא"ך מה נענה ביום עומדם בני הר' משה נ"ע לטעון שקרקע זו בתורת נחלה באה להם לרשת תחלה מחצה לבני הר' משה ומחצה לבני הר' רפאל ועל פי טענה זו נראה לכאורה דלא יוצדק מה שזכינו לכה"ר יעקב נר"ו על פי מה שטען מצאתי ירשתי וכו' דהואיל ובחזקת הזקן היתה ובאה בתחלה ליד בניו הדר דינם לדין השותפין דאין להם חזקה זע"ז כמ"ש בס' קמ"ט ס"ב יעו"ש:

אלא דלפי האמת נראה דאפילו יטענו בני הר' משה הכי עכ"ז סי' יעקב זכה מכח שני חזקה הנז"ל מכח תלת טעמי הטעם הראשון הוא לפי מה דקיי"ל דבחצרות דידן בני חלוקה נינהו לחלוק בתים ועליות זו נגד זה והכי קיי"ל כפי פסק הש"ע ומור"ם סקע"א סי"ג יעו"ש ויעויין בס' תוש"י ח"ב סק"ח והכי אנו דנים וא"ך גם כאן בחצר זו שיש בתים ועליות בת חלוקה היא ועלתה לו חזקה וכמ"ש הש"ע בס' קמ"ב ס"ב שכתב בדין השותפין שאין להם חזקה שאם יש בה דין חלוקה ואכלה האחד כולה שני חזקה עלתה לו חזקתו ופשוט:

גם את השני הוא דהנה ידוע דמה שאמרו השותפין אין להם חזקה לא חוקה ולא גזירה היא אלא מילתא בטעמא כמו שכתב רשב"ם במשנה בסרא שכתב ז"ל שכך דרך השותפין לאכול זה פירות שלשה או ארבעה שנים ואח"כ יאכל זה כמו כן יע"ש הרי הטעם הוא הואל ודרך מנהג העולם כך הוא לכך אין מחזיקים זע"ז וא"כ התינח בדבר השייך לומר כך ויוצדק הטעם הנז' אבל בנדו"ד שהחצר מוחזקת היא לשרות השררה שמעקרא נשתרר בה יוסף הזקן ואחריו משה ואחריו רפאל ואחריו לי קם ועומד חי על האדמה סי' יעקב ה' לא ידענו מה זו שתיקה של בני דודו משה מלתבוע השכירות וכי מקוים הם איזה ומן קצוב שתצא ב"מ השררה מיד כה"ר יעקב ותבוא לידם וישתמ' גם הם זה פלא הלא אם יעזור ה' לכה"ר יעקב שיחיה ויאריך שנים יכול להיות ובעה"ו שלא תצא שררתו מידו ויכול להיות שלאורך ימים ושנות חיים תבוא ליד בניו עד כי יבוא שלה גם ידוע שבני הר' משה ז"ל אינם מקוים ומיחלים לזו כי לאו בר הכי נינהו וא"כ על מי הם סומכים לומר שעשו כדרך השותפים שישתמשו גם הן זמן מה כמו שמשתמש יעקב וכדרך השותפין אין זה כלל מדרך השותפין להניח חבירו להשתמש ויהיה הדבר בספק לגבי דידיה אם יהיה עתיד להשתמש או לא ומכ"ש קרוב לודאי שלא תגיע לידם כלל וא"כ פשוט בנדו"ד דלא יוצדק טעם רשב"ם דין הוא אפילו אלו לא היה

להחצר זו דין חלוקה דין הוא שחזקת המחזיק עלתה לו בלי שום ספק וכעין זה ראיתי להרה"ג מוהר"ר ר"ב ז"ל הובאו דבריו בס' אשר לשלמה יעו"ש שכתב על דברי מהרי"ט שכתב דאפילו במקום דלא שייך חלוקה אם היה השותף אחד משכיר לאחרים וגובה מהם לעצמו עלתה לו חזקה ע"כ ועל זה כתב הרה"ג מוהרר"ב ז"ל ז"ל אף דלא קי"ל כמהרי"ט בחלוק זה מ"מ היכא דאיכא צד סומכין אדבריו והוא דרך משל שנים שירשו חצר אי בית בשותפות ועברו ימים ואכל אחד מהם שני שלישים ואחד שליש ועברו כך שני חזקה וטען האוכל שני שלישים שקנה שתות הבית ועל כן היה גובה שני שלישים בזה נראה דחזקתו חזקה דהא עיקר טעמא דיהיב רשב"ם דשותפים אין להם חזקה שכן דרך השותפין זה אוכל כו"כ שנים וזה אוכל נגדו ונחזי אנן כיצד דרך השותפין לעשות ומעולם לא נהיה כדבר הזה ששני שותפים בבית אחד וגובים שלושים אוקיות יאמרו לו בשנים אלו אטול אני שני שלישים ואתה שליש ובשנים האחרות כנגדם להיפך זה דבר זר ורחוק והואיל ואין דרך לעשות כך יש להם חזקה זה על זה ופשוט דנדו"ד הוא מכ"ש דמכ"ש הוא דהוי מילתא דלא שכיחה יותר מנדונו של הרב מוהרר"ב זלה"ה מטעם שאמרו דאין לך דבר זר יותר מזה לשתוק מלתבוע השכירות במילתא שקרוב לודאי מעולם לא יבוא לידי תשמיש כמו שותפו:

ועוד בה שלשיה גם כן אפילו נניח החצר זו מוחזקת היא מאביהם הזקן ונניח שאין בה דין חלוקה עכ"ז לגבי כה"ר יעקב נר"ו זכה ע"פ חזקת שלש שנים דלגבי דידיה שהוא יורש מאביו לא אמרינן ביה דין שותפין אין להם חזקה והוא ע"פ מה שראינו להרה"ג מוהריב"ו זלה"ה בס' ויא"ק ח"א סקע"א שכתב זל"ה והגם דגם באחים היורשים שייך נמי זה שזה יאכל פירותיה כו"כ שנים וכו' מכל מקום טעמא אחרינא רבתי איכא לשתועיל חזקתו של האח השותף שאם יטעון דכשחלקו נכסי מורישם עלה הקרקע זו לחלקו ואחיו לקח נגדו קרקע אחר או מטלטלים ודאי טענה דנשמעת היא ותועיל חזקתו שהרי פסק הש"ע בס' קע"ט דדבר הידוע שהוא משל השותפות אין לאחד על חבירו בו שום חזקה וכתב שם מר"ן בב"י וצריך להעמידו בדאיכא סהדי שלא חלקו השותפות הלאו הכי נאמן במיגו דאי בעי אמר חלקנו ובתר חלקנו אפע"פ שהוא דבר ידוע לשותפות הממע"ה יעו"ש וכ"כ מוהרימ"ט ומהר"י לבית לוי ובתשובת חכם צבי זלה"ה משא"כ בשנים שלקחו בשותפות קרקע אחד שאין בו דין חלוקה והחזיק האחד בכולה דלא שייך טענה זו דחלקנו אמטו להכי אין לאחד חזקה על חבירו בטענת קניתי ממך חלקך אחר דלית כאן שום מיגו ובזה מצאנו טוב טעם ודעת לדברי מוהריב"ע דכיון שהיה יכול האחד לומר חלקנו וזה עלה לחלקי חזקתו חזקה ונאמן לומר שלקח במיגו דחלקנו

ולכן פסק הרב דטענין ללוקח שהרי"ץ לקח חלקו מיוסף והגם שרב אד"א אוקמיה להיא דמוהריב"ע בחצר שיש בה דין חלוקה ומוכח מדבריו דבאין בה דין חלוקה גם באחים השותפים שמכר אחד חלק חבירו לא עלתה לו חזקה אנן בדידן עבדינן עובדא כדברי רבני ערינו דלא שבקינן מלתייהו ודברי הראשונים מכח קושיית רב אד"א זלה"ה עוד אפשר לומר דהכא בנדו"ד גם רב אד"א ז"ל יודה וידון שזכה הלוקח במקחו אחר שהאלמנה כבר מתה ויכולים אנו לומר שאם היתה בחיים היתה מביאה ראיה שלקחה ממכלוף או ממורישו ועיין מור"ם סי' ס"ב גבי יורש וממנו ילפינן ללוקח שהרי דין אחד להם עכל"ה הרי תורה יוצאה מפי קדוש מהריב"ו ז"ל דבנדו"ד אפילו אי הוה כה"ר רפאל שהוא אחד מהיורשים קיים הוה יכיל לטעון שלקח מאחיו חלקו במיגו שיאמר חלקנו ועלה לחלקי והואל והורה זקן הכי נקטינן ומי יבוא אחרי המלך ודלא כרב אד"א זלה"ה הואיל והרב מהריב"ו הוא אחרון והלכה כבתראי כמ"ש בש"ע סכ"ה יעו"ש ומה גם דבפירוש כתב הרב כן שאין לנו להניח דברי רבותינו ודברי הראשונים משום קושיית רב אד"א זלה"ה ודאי דהכי נקטינן אפילו לגבי כה"ר רפאל עצמו היה יכול לומר לגבי שותפו מכרת לי במיגו דחלקנו מכ"ש בנדו"ד שבבר נלב"ע הר"פ היורש ואין לפנינו אלא כה"ר יעקב הבא מכחו הרי כתב הרב דאפילו רב אד"א זלה"ה יודה:

ועדיפא מזה אמינא דבנדו"ד אפילו אי הוה קיים כה"ר רפאל היה נאמן לומר לקחתי אפילו לדעת רב אד"א זלה"ה יען דהואל וידוע הדבר שעמדו כבר הר' משה ורפאל וחלקו עזבון אביהם א"כ לא נשאר עלהם שם האחים השותפין כלל ובאופן זה גם רב אד"א יודה דהגם שנניח שחזקת חצר זו נפלה להם בירושה הואל וידוע שחלקו נאמן לומר כה"ר רפאל בחלקו עלתה ופשוט:

נוסף על זה תוספת טובה והוא מה שלפנינו נגלה שטר חלוקה שעשה כה"ר רפאל ז"ל עם בני אחיו בקרקעית ושם נמצא כתוב שהן בעודינו הר' משה ן' עטר חי על האדמה עשה חלוקה בעזבון אביו עם רפאל אחיו מחוט ועד שרוך נעל והן היום רצה כה"ר רפאל לחלוק הקרקעות עם בני משה אחיו מה שהניח להם הזקן יוסף נ"ע לחלוק אותם ושם סדור מה שברר לעצמו רפאל לחלקו ומה שנתברר לבני משה אחיו נ"ע ובסוף השטר חלוקה שם כתוב דלא נשאר ביניהם בשותפות אלא הבקעות שבהאלקאע למלאח דרבאט והמפתח והחזקה של הגינה שלפני האלמלאת זה נשאר בשותפות לבני משה ודודם כה"ר רפאל ואם איתא שגם חזקת החצר שאנו דנים על זה היא עדיין בשותפות למה לא הזכירוה אלא ודאי דלא נשארה לשותפות והרי היא בחזקת המחזיק בה והגם דגם בבירור שכל אחד ברר לעצמו חלקו בקרקעות לא נזכר שם שלקחה רפאל לחלקו

זה אינו דיכולים אנו לומר שבחלוקה ראשונה שחלקו רפאל ומשה שאר העזבון שם שם חלקו אותה נגד המטלטלים וכמ"ש הרב מהריב"ו זלה"ה כדבריו לעיל שיכולים לומר חלקנו ועלתה לחלקו ואחיו נטל במקומה מטלטל' וגם כאן הכי הוא ודאי חלקוה בחלוקה הראשונה ועלתה בחלק אחד מהם ונא נשאר בה שום שותפות ולעת עתה הפיסו זכה מי שזכה להיות מוחזק בה והוא כהרי"ע נר"ו:

כל זה דטרחנו עצמנו אפילו אי הוה דין קרקע לחזקת חצר זו אבל לפי האמת אין אנו צריכים לכל זה אלא אפילו אי הוה מתברר לן שחזקת החצר זו ירושה מאביהם ולעת חלוקתם עלתה לחלק הר' משה ומעולם לא מכרו לרפאל עכ"ז לעת עתה שזה זמן רב יותר משלוש שנים נשתמש בה רפאל ז"ל ובנו הי"ו בחזקה הנז' חנם אין כסף זכו בה לעצמם וכמ"ש הרב הפוסק נר"ו דטעמא רבא איכא הכא דאין כאן כי אם חזקת ישוב ורבו בה הדעות אי מהני בה מחילה ושתיקה ורובה נינהו דסברי דמהני בה מחילה ואפילו על ידי שתיקה מדלא תבע שכירות חזקתו הויא מחילה וכמו שתראה בספרי האחרונים כמה דעות רבו כמו רבו וא"כ הואל והכי הוא הרי יעקב הנז' יכול לטעון ולומר מדלא תבעו אותו בני דודו זה זמן רב השכירות ודאי נתייאש מחזקתם ואבדו אותה וקי"ל כדעת רבנן דסברי הכי דבחזקת ישוב בחזקת המחזיק קיימא:

הן אמת עומד לנגדינו היאך יכול לומר כסברת הפוסק דמדשתקו בני דודו ולא תבעו הויא מחילה הרי מצינו למור"ם בסו"ס קנ"ו כתב ז"ל ונהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר שנים עשר חודש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתו אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא אבד חזקתו עד ג"ש ואם גילה שדעתו לחזור לא אבד חזקתו אפילו בשלשה שנים וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו ע"כ הרי מדברי י"א מסברא אחרונה זו דקי"ל נראה דכל זמן שלא גילה דעתו לא הוי מחילה אפילו עברו ג"ש דהוי כאלו מחל עכ"ז לא מהני הואל ולא גילה דעתו וא"כ הואל וסברת י"א אלו באחרונה הכי יש לנו לדון ומה גם הרי מצינו להרב תוש"י ח"ב סקל"ג ששם כתב ז"ל דכן המנהג פשוט בכל ערי המערב בנוסע ממקום למקום אפילו שהה כמה שנים ולא תבע חזקתו שאין בה דין יאוש כסברא אחרונה שהביא מור"ם עכל"ה וכן ראיתי להרב מו"ד דין אבא למלכה בס' כר"ח ספ"ז שכן פסק בראיות צודקות יעו"ש:

אלא נראה דבנדו"ד לא נגע ולא פגע לדמויה לנדון שדבר בו מור"ם דבנדו"ד הואל ובני דודו יושבים בעיר לבטח ועבר זמן רב ולא תבעו השכירות זו עדות גמורה שודאי נתייאשו מחזקת חצר זו וזה גרע מיצא מן העיר יותר משלוש שנים דפסק מור"ם דלא אבד חזקתו דהואל והם בעיר מי אנסם שלא באו לתבוע חזקתם אלא ודאי נתייאשו

וחילוק זה לא מלבד שהוא מוסכם מן הסברא יש ראיה עצומה לזה שהרי ראינו בס' אש"ל בלקוטיו או"ח ששם כתב ז"ל חזקת ישוב אם החזיק האחד בחנות ויצא ובא השני אחריו ולא מיחה אבד חזקתו וצריך מחאה בכל שלוש שנים כן פסק הרמ"ז וכתב שכן אמר לו כמוהר"ש ן' צור שכן מצא בפסקי מור זקינו כתב יד מוהר"ר וידאל הצרפתי עכ"ל מדברי הרבנים האלה אתה תחזה בעינא פקיחא דאם היה בעיר ושתק הוא עדיף מיצא מן העיר שהרי יש לנו לב לדעת הני רבנן סבוראי ובתראי היכי פסקו הכי הרי אנן בני מערבא קי"ל כי"א בתרא שמביא מר"ן או מור"ם וא"כ הואל ומור"ם פסק כי"א בתרא דאפילו עברו ג"ש משיצא עכ"ז לא אבד חזקתו וטעמא הוא דבשתיקה לא אמרינן מחל עד שיגלה דעתו כמש"ל א"כ האיך פסקו הני רבנן בתראי דלא כדעת האי י"א בתרא: גם היאך תתקיים עדות הרב יואל ז"ל שכתב שנהגו בכל ערי המערב לפסוק כדעת אותה י"א בתרא עם פסק רבני פאס הנז' שנראה דפסקם סותר לעדות ביהוס"ף שמו אלא בע"כ מוכרחים לומר דדוקא ביצא מן העיר ולא גילה דעתו הוא דס"ל אותם י"א דלא אבד חזקתו ועל זה העד העיד הרב יואל ז"ל דהכי קי"ל וסברא מוהברת היא דהואל ואנסו הזמן ויצא מהעיר זהו טעמו שלא תבע חזקתו ולית לן לומר דמחל ונתייאש אבל אם הם בעיר ולא מיחו ולא תבעו אדרבה הסברא מוסברת דנתייאשו ומחלו וכמו שפסקו רבני פאס יע"ה וע"פ זה זכאי יעקב ן' עטר נר"ו לרשת נחלתו אפילו בלי טענת קי"ל דלא מצינו לשום חולק מפורש בפירוש על סברת רבני פאס הנז' ואפילו אי הוה מצינן ליה כוותיהו דרבני פאס עבדינן דלהם נגלו תעלומות התקנות ולהם שומעין:

שוב אחרי זאת אחר החיפוש תהלי"ת כמו שחלקתי בין יצא מהעיר ליושב בעיר כן מצאתי בפשיטות להרה"ג מוהריב"ו זלה"ה בס' ויאמר יצחק ח"ב סקע"ו ששם נשאל בדין חזקת ישוב ומשם יתברר לך דחלוק מבורר שהרי שם שם לו דגם דבאותו פסק פסיק ותני דביצא מן העיר מנהג המערב הוא דלא אבד חזקתו כלל יעו"ש הרי באותו פסק עצמו הוסיף עוד וכתב לתשובת השואל וז"ל גם על מה שבא כתוב בסוף השאלה שטען ראובן שאח"כ היו דרים ב"ב בחצר ומעולם לא תבע מהם שום חזקה נראים הדברים דאם הדבר כן אבדה חזקתה כמו שמצינו בפס"ד להרב המופלא כמוהר"ר חסדאי אלמושנינו זלה"ה שכתב ז"ל ועד השלישי אני בא שכבר פסקו שני כפתרות הזהב מופת הדור והדרו החסיד הענו המקובל כמוהר"ר יעקב הלוי ושני בקדושה מורינו הדו"מ כמוהר"ר חנניא ארובאס זצוק"ל ועל פיהם אנו חיים שבן ברית שירד לדור בחצר עכו"ם והחזיק בו כדין ואח"ז ירד אחיו ב"ב אחד לדור באותו חצר ולא מיחה בו הראשון תכיף ומיד אבד חזקתו הראשון ואין לו אפילו תרעומות והדין עם השני ואין לנטות מדבריהם ימין ושמאל ע"כ

ועפ"ז הכא בנדו"ד שב"ב דרו בבית בפני המחזיק ראשון ולא תבע שכירות חזקה וגם לא מיחה אבד חזקתו וזכה השוכר השני בחזקה הנז' עכ"ל הרי לך בפסקו חלק בין יצא מן העיר לדר בעיר ולא תבע ונהנתי תהלי"ת:

ועל דבר המפתח אי הוה דינה כחזקת ישוב או עדיפא הנה ידוע שהאלנפתאח היא הנקראת בפי הכל אלגליסא ומצאנו לרבני מקנאס הראשונים שכתבו ז"ל נשאלנו על דבר האלגלסא שנהגו בחניות במקנאס יע"ה מה יהיה משפט בעל האלגלסא עם בעל חזקת ישוב והשבנו שבעל האלגלסא אינו יכול לנרוע שום גרעון לבעל החזקה כי החזקה היא מנהג ותקנה של הראשונים ז"ל אבל האלגלסא זו יתירה וטפילה היא ואינה ממנהג הראשונים ותקנותיהם ואינה אלא הבל וריק ולפיכך בעל החזקה קודם ליטול הנאת החזקה בשלימות ואם יותר כלום לבעל האלגלסא עכל"ה הרי מכאן מבורר דכח האלגלסא מיגרע גרע מחזקת ישוב ואינה אלא הבל וריק:

וא"כ קם דינא שאפילו אלו היו חזקות אלו לדין קרקע יחשבו עכ"ז זכאי בדינו כה"ר יעקב הנז' ולית לבני דודו שום זכייה מכח תלת טעמי הנז"ל: אלא דנוסף על זה הואל והיא חזקתן ישוב לא מלבד דודאי דזכאי הוא מכח תלת טעמי הנז' אלא אפילו אי הוה ידע כהרי"ע שחזקת חצר זאת היא של דודו דוקא עכ"ז הואל ושתקו יותר משלוש שני חזקה זכה איהו בה ולית מאו דימחה בידיה מטעם האחרון וליכול וליחדי. הי"ז בח"י לאדר ראשון התרס"ה פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קסז

תשובה להרב מו"צ מעי"ת רבאט יע"ה מעשה בא לפנינו דהיינו יהודה היה דר בחנות אחת בשוק האלבזאזין יותר משלשה שנים והדבר ידוע בעדים ואח"כ קם יאודא מחנות הנז' ונשארה החנות הנז' שכורה ביד העכו"ם ואחר שנלב"ט יאודא זה כמו עשר שנים עמד ראובן ושכר החנות הנז' מאת העכו"ם ועתה בא בנו של יהודא הנז' ותובע ממני דמי החזקה באומרו שחזקת החנות הנז' ידועה לאביו שאכלה כמה שנים וראובן משיב מאחר שאין בידך שום שטר מי יאמר שהחזקה היא של אביו ואפשר שלא היתה לו בה חזקה מעולם והיא של ישראל אחר או אפשר שאביך מכרה לאיזה ישראל ואת לאו בע"ד דידי ע"כ היו טעניתיהם. ולכאורה היה נראה שזה נלמד במכ"ש ממ"ש מר"ן סק"ם ס"א שקרקע הידוע לראובן אפילו יום אחד והוא עתה בחזקת שמעון מוציאין אותה מידו כיון שלא החזיק שמעון שני חזקה וטענה א"כ מכ"ש נדו"ד שאביו של זה החזיק בו ג"ש

וראובן זה מלבד שלא החזיק בו עוד בה שאינו בא בטענה לומר ממי קנאה. אבל יש לדחות דשאני התם דראובן טוען בברי שהיא שלו ושהיא גזולה ביד שמעון ולכך בעינן טענה וחזקה אבל בנדו"ז אף שאביו החזיק בו ג"ש אפשר שאח"כ מכרה אביו ועל זה לא יוכל היורש לטעון ברי וא"כ כל טענתו היא טענת ספק וא"כ בנדו"ד ג"כ הרי הוא בא בטענת ספק שאפשר שאביו מכרה ואף שראובן זה אינו טוען שום טענה מ"מ הרי כתב מר"ן בס' קמ"ו ס"ט ואפע"פ כן אין מוציאין אותה מידו עד שיביא המערער ראיה שהיא שלו יעו"ש:

אכן אחר העיון נראה לקוצ"ד שטענה זאת אין לה שחר שאם החשש שאנו חוששים הוא שמא אביו מכרה ודאי דלא חיישינן להכי וראיה ממ"ש מר"ן בס' קמ"ד ס"ד דלא זכה כ"א כשאכלה שנה בחיי האב ושתים בפני הבן הלא"ה אלא שאכלה שנה בפני האב ושנה בפני הבן לא זכה ומן הסתם כל טענת הבן היא טענת ספק הרי בברור שקרקע המוחזק לאביו של זה אף שזה המחזיק טוען בברי שאביו של זה מכרה לו והיורש שמא אפילו הכי כל שלא החזיק שני חזקה כראוי מוציאין אותה מידו וא"כ בנדו"ד אם אנו מחזיקין אותו בחזקת שהיתה של אביו ודאי דלא זכה המחזיק הב' כ"א בטענה ובחזקה גמורה:

עוד זאת שכן מצאנו הדבר מפורש בס' קמ"ו סכ"ד ז"ל חזר לטעון וכו' או שאמר של אבותי שלקחוה מאבותיך ה"ז טענה נכונה ויעו"ש שם בסמ"ע סקס"ג הרי שאף דזה טוען ירשתי מאבותי דומייא דלקחתי מהזולת כמו שהחזיק זה שלשה שנים הא לא"ה אף שהיורש שהביא עדי אבות אינו יודע בוודאי שלא מכרה אביו עכ"ז מוציאין אותה מידו ולהש"ך שם בעי תרתי שני חזקה ויביא עדים שדר בה אביו חד יומא אף שהיורש שכנגדו בטענת ספק הוא בא א"כ הרי מבורר שאם אנו מחזיקין שהיתה של אביהם מחמת שני חזקה שאכל ודאי דלעולם היורשים מוציאין אותה מיד המחזיק השני ע"כ הגיעו תוכן דבריו של הרב המורה לצדקה בעי"ת רבאט יפע"ה:

ואלה היו דברי אליו אמת נכון הדבר דהואיל וחנות זו היתה בחזקת יהודה מהנייא חזקה זו להעמידה בחזקתו כמ"ש מר"ן ריש סק"ם וכמ"ש הסמ"ע שם סק"א כל שיודעין שדר בה הוא או אביו מעמידין איתה בחזקתו יע"ש ומה שנסתפק ידידי דאפשר הואיל ולא היתה חנות זו מוחזקת ביד יהודה בשעת מיתתו דילמא מכרה לאחר בחייו וכו' וא"ך יהיה מוטל על היורש לברר שהיא של אביו הואיל והיורש טוען ספק ופשוט ידידי ספקו זה מסימן קמ"ד ס"ד דאם אכלה שנה בחיי האב ושנה בחיי הבן לא מהנייא וסמך ידיד ראיית ועל מה דקיי"ל מן הסתם כל טענת יורש היא ספק לעד"ן דאין משם ראיה כ"ך שהבן טוען ספק שם לפי מה שראיתי להרב המגיד דמוקים לדברי הרמב"ם בעל הלכה

זו דפסק הש"ע דהבן גדול מיירי הלאו הכי אפילו החזיק זה המחזיק ג"ש לא עלתה לו חזקה מטעם אין מחזיקין בנכסי קטן וא"ך הואיל ובגדול איירי יש לנו לדחות דבטוען ברי איירי דבכמה מקומות מצינו שהבן טוען במילי דאבוה ברי ובזה סרה תלונת ידידי מעל הרה"ג מש"י ח"ב ס"ד שהוצרך לפשוט ספקו מדברי מור"ם דסקמ"ו סי"ו דהתם קאי מור"ם על מ"ש הש"ע הבא מחמת ירושה א"צ טענה וכו' הרי דהתם איירי שהיורש אין בפיו מענה דלא ידע במילי דאבוה ועל זה הדין סיים מור"ם ז"ל וכתב והוא הדין וכו' והרב הביא מכאן ראייתו ברורה לפי סברתו דאיירי שהיורש לא היה מחזיק אבל בההיא דסקמ"ד אפשר לדחות כדאמרן:

גם ראיתי לכת"ר שהביא ראיה מדברי מר"ן דס' קמ"ו סכ"ד אך במה שיצא גם מזה לתמוה על הרב מש"י למה לא הביא מזה אין זה תמיהא כ"ך דהגם דהסמ"ע סקס"ג מפרש דברי מר"ן דבאומר אבותי לקחו מאבותיך המערער לא ידע אם אביו מכר והוי טענת ספק עכ"פ הרב בחר לו להביא ראייתו ממור"ם דסקמ"ו סיו"ד ששם מפורש בדברי הש"ע עצמו דהיורש לא ידע כדאמרן. זהו מה שנראה להליץ אכן מצד הראיות כנים הדברים:

נוסף על זה לע"ד להביא מההיא דבב"ק דקי"ב בר חמוה דר' ירמיה טרק גלא באפיה דר' ירמיה פירש"י בר חמוה קטן היה] אתא ר"י קמיה דר' אבין אמר לו שלו הוא תובע א"ל והא מייתנא סהדי דאחזוקי ביה בחיי אבוה א"ל וכי מקבלין עדות על הקטן א"ל ר"א לא שמיע לכו הא דאמר ר"ח אמר ר' אלעזר תנוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו ואמר שלי היא אין אומרים נמתין עד שיגדיל מי דמי התם לא קיימא ליה חזקת אבות אבל היכא דקיימא ליה חזקת אבות לא ע"ך וכתבו התוספות משמע אפילו היה ר"י בתוך הבית איירי יעו"ש הרי משם מוכח דאפילו היה ר"י מוחזק בבית והקטן הוציאה מידו לפי שעה אהנייא ליה חזקת אבות להניחה בידו עד שיגדל כדאמר שם בגמרא אמר לו ר' אבין לר' ירמיה שלו הוא תובע וכו' הרי לך אפילו בשעת חמוה דר"י היתה מוחזקת ביד ר' ירמיה עדיין היורש יכול לטעון חזקת אבותי וגמרא זו פסקה מר"ן ומור"ם בס' ק"י ס"ה יעו"ש הרי לך דיכול הקטן לבוא בטענת חזקת אבותיו הגם דהקטן לאו בר ידיעה הוא וכדקי"ל בש"ע סי' צ"ו דקטן טענתיה לאו טענה כלל והוא והשוטה במשקל אחד יושקלו א"ך ודאו כספיקו והגם שמצינו שם בס' צ"ו דנשבעין היסת על טענת הקטן לאו משים דחשבינן לטענתו שהיא טענה אלא הטעם הוא כמ"ש בב"י והביאו הסמ"ע סק"ט דמשום תקון העולם תקינו כך. העולה מזה דאפילו יורש יהודא בא מכח ספק אלא אימר דחזקה זו היתה של אביו אין כאן מקום להגריע:

וראיתי לכת"ר נר"ו שעמדו לנגדו דברי תוש"י סמ"ו במה שהביא בטעם הז' וטעם הח' שמהם הלכה יוצאה דלעולם לא אמרינן טענין ליורש שאביו החזיק ג"ש אלא דוקא אם יש עדים שאביו הניחו לו בתורת ירושה וג"כ איהו מוחזק בה לטעם הח' ואחר הפלפול העלה לחלק דדברי הפוסקים שמהם למד תוש"י מיירי בענין זה שהביאו היורשים ראיה שמורישם החזיק בה ג"ש והקר' הוא עתה ביד מי שיש לו בו חזקת אבות או ביד דאתי מחמתייהו והן עתה באים היורשים להוציאו מיד מי שיש לו בו חזקת אבות באומרם שכיון שאביהם החזיק בה ג"ש ודאי קנאה וע"ז כתבו הפוסקים דלא טענין ליורש אלא להחזיק וכו' אבל למציאות זו שלא הביא עדים היורשים שאביהם הניחה להם בתורת ירושה וגם עתה אינה בידם לא טענין ליהו שאביהם קנאה ביד מי שהוא מוחזק בה עתה וכו' באמת לא ידעתי מה יענה כת"ר בדברי הלח"ם שם במקורן בהלכות טוען פרק י"ד הלי"ד ששם קאי על מי שבא מכח הירושה ואפילו היא מוחזקת בידו כפשט הלשון הבא מחמת ירושה א"צ טענה אלא מצאתי ירשתי על זה הצריך הלח"ם שאותו יורש יברר דאביו הניחה לו בתורת ירושה הלאו הכי איכא למימר אביו לפירות ירד ואפילו מוחזקת ביד יורש תצא וא"כ היאך כח"ר מוקים דאותם פוסקים איירי דהיה מי שיש לו חזקת אבות מוחזק איירי ובא זה להוציא הוא דבעי שני תנאים: גם ראיתי לידידי שעמדו לנגדו דברי הרב המבי"ט שהביא הרב תוש"י בסו"ס מ"ז וראיתי לידידי שסלק מזה בצ"ע או אולי ט"ס נפל אלה היו דברות קדשו דע ידידי אין כאן שום ט"ס דכמו שמועתקים הדברים בס' תוש"י כך עומדים בצלמם בס' כנה"ג וכן ראיתי להרב ערך השולחן סקמ"ו סי"א שכתב הבא מחמת ירושה א"צ טענה כתב הכנה"ג משם המבי"ט כמו שצריך ראיה שהוא יורש הכא נמי צריך ראיה שהיתה הקרקע של מורישו בשעה שמת דאף שיש ראיה שהיתה שלו בחייו אפשר שמכר או נתן קודם שמת ע"ש וכ"כ הלח"ם בפרק י"ד מהל' טוען יעו"ש ואני ההדיוט הגם דקשה לי על דברי הרב ערך השולחן שהביא דברי המבי"ט והוסיף עליהם דברי הלח"ם וכתב עליהם וכ"כ הלחים ובחדא מחתה מחתינהו לענ"ד לא ראי זה כראי זה ותרי מילי נינהו דהלח"ם איירי בבא להוציא מיד היורש שבא מחמת ירושה ואומר לו דמעולם לא היתה של אביך אלא שלי היתה ולפירות הורדתיו והמבי"ט איירי באומר אמת של אביך היתה אלא שקניתי אותה ממנו בחייו ועל זה הצריך המבי"ט ליורש שיביאו ראיה שאביו מת מתוכה ולא ידעתי היאך השוה דברי הלח"ם לדברי המבי"ט אך בקל י"ל:

איך שיהיה נקטינן דדברי הלח"ם הם איירי אפילו במי שבא מחמת ירושה ומוחזקת בידו איירי וכדאמרן ודברי המבי"ט אין בהם נפתל ועקש וא"כ לכאורה עדיין עומדים לנגדינו:

נוסף על זה תשובת הרשב"א שהביא הרב"י בסקמ"ו ס"ב שכתב ז"ל כל מי שהחזיק בקרקע ואחריו החזיק בו אחר ובא הראשון וערער עליו לומר קרקע זו שלי הוא ומה אתה עושה בה וא"ל של אבותי היא אם הביא הראשון עדים שדר בה אפילו יום אחד קודם לזה השני או שמת אביו מתוכה צריך השני להביא עדים או עדי אבות או עדי חזקה וכו' מדברי רשב"א אלו מוכח דלא הצריכו להביא השני עדי אבות או עדי חזקה אלא במביא עדים שדר בו יום אחד או במת אביו מתוכה אבל אם לא הביא עדים שמת אביו מתוכה אפילו אין לשני עדי אבות ולא עדי חזקה כנדו"ד לא מפקינן מן השני א"ך ג"ז לכאורה עומד לנגדינו:

אך באמת לעד"ן דעד כאן לא דברו הפוסקים הנז' דהיורש צריך לברר שהניחה לו בתורת ירושה גם מת אביו מתוכה דוקא במקום דאיכא מערער שטוען ואומרה או שלו היתה ואביו של זה לפירות ירד או בטוען לקחן מאביו קודם מותו הואיל ויש מערער שטוען כן ויש כא מקום לספק על מי לנוח בזה הוא שדברו הרבנים הנז' אבל בכגון דא שראובן אין מענה בפיו אלא רוצה הוא לזכות מכח דילמא כך ודילמא כך פשוט דאין לגרוע כח המחזיק הראשון בלי טענה ואמירה דאל"ך כל מי שהחזק בקרקע חבירו קודם שימות בעל הקרקע ואח"ך מת בעל הקרקע אפילו לא הוחזק ג"ש אין להוציא מידו משום דילמא אביו מכרה ולאו של אביהן היא וזה הוא נגד הדין על כן נראה בעיני פשוט דאין לגרוע כח המחזיק בלי טעם וריח:

אך מה שעומד לנגדי הוא בעיקר עדות העדים שמעידים שיאודה הי' דר בחנות אלזאזין יותר מג"ש זהו תמצי' עדותם ואני אומר דבעדותם זו אין ממנה ראיה שהיתה החנות בחזקתו דיכול להיות כוונתם היא היה דר ומעלה שכר לבעל החזקה אלא שדנתי בדעתי דודאי כת"ר קצר הדברים ולפניו נגלו שהעדים העידו עדות ברורה ע"פ הדין והוא מ"ש הרב כנה"ג הגה"ט אות קצ"ח בסק"ם ז"ל אלא א"כ החזיק בו שמעון כראוי וכו' נכתב בצדו כל שעדים מעידים שדר בו שני חזקה בשופי בלי ערעור והיה משכיר הבתים לאחרים אין לחוש דשמא היה פורע שכירות למערער ועל המערער להביא ראיה שהיה פורע לו השכירות הראד"ב בתשובה סקל"ה עכ"ל וא"כ גם כאן הכי היתה ודאי עדותם לפני רו"מ שהיה יאודא יושב שאנן ומעולם לא תבעו שום אחד בשכירות ודאי יש לנו להעמיד הקרקע בחזקתו ואדרבא נדו"ד עדיף מדברי כנה"ג דהרב דבר אפילו במקום שיש מערער כמפורש בדבריו שכתבנו ז"ל אין לחוש דשמא הוא היה פורע שכירות למערער ועל המערער להביא ראיה ע"כ הרי דשם במקום מערער איירי ואפילו הכי

זיכה הרב למחזיק מכ"ש נדו"ד דאין כאן מערער אלא ראובן זה רוצה לגרוע החזקה של יהודא בלי טענה ולעמוד הוא לזכות מן ההפקר לא צדקו דבריו:

אך עדיין יש להסתפק אפילו לצד שיעידו העדים שהיה יושב שאנן ולא תבעו שים אדם בשכירות החזקה כדאמרן עכ"פ הנה ידוע כי בקניית החזקה מצאנו מנהג תיטוואן יע"ה שצריכה להיות ע"פ שני תנאים התנאי הראשון הוא שירד לה ישראל לקרקע העכו"ם בתורת שכירות והגם שישתמש בקרקע ומנהגם זה היא מנהג מיוסד מכמה וכמה רבני עולם הקדמונים הביאם הרב כנה"ג ז"ל בס' ק"ם ובעקבותיהם הלכו חו"ר תיטוואן יע"ה שצריך שני תנאים ואם חסר אחת מהנה לא קנה עיין בס' וי"ץ סקע"ב ובלקוטיו אות חזקה יע"ש אכן במתא פאם יע"ה נהגו אפילו זה המחזיק בחנם עלתה לו חזקה יע"ש ובמקומינו זה לא מלבד שכמדומה לי שמנהגינו בזה כתיטוואן יע"ה שכמדומה לי שכך בזכרוני אלא שלע"ד כך נראה מדברי מהרפ"ב זצוק"ל שלא העלה תקנה זו בכלל קצור תקנות פאס שנתפשטו במערב ומה גם אפילו יהיה הדבר ספק לע"ד לא גרע זה ממ"ש הש"ע באהע"ז סקי"ח דכל ספק בתקנה העמדהו על ד"ת וכלל זה משתמשים גם לתקנות דידן וא"כ גם נדו"ז הואל ורוב מנין ורוב בנין מצרכי תרי תנאים נימא דגם כאן הכי נהגו והממע"ה וא"כ ע"פ זה בנדו"ד הגם שיבוא עדים שיאודא ישב בחנות שלש שנים בלא ערעור עדיין ראובן זה יכול לטעון ולומר דבשלמא אם העדים מידע ידעי שיהודא זה מה שהיה דר בחזקה זו שפוי בלי ערעור מצד שהיתה מקנת כספו ניחא דודאי לא קנאה אלא ממי שזכה בה בד"ת דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל הואל ואין עדותם מבוררת דילמא מה שהיה יושב שאנן הוא משום שחזקה זאת לא היתה של אדם מעולם אלא הוא דר בקרקע של עכו"ם ונכסי עכו"ם הרי הם כהפקר ורצה הוא לעשות בה חזקה וא"כ צריך שיעידו העדים שיהודא ירד לזה החנות בתורת שכירות הלאו הכי אם לא ירד בתורת שכירות לא עלתה לו חזקה מעולם ולגבי ספק זה אין לומר מי הביאנו עד הלום להסתפק בו ולהגריע כח החזקה וכמו שכתבנו לעיל דאין לנו להסתפק שמא מכרה לאחר וכו' גם כאן נימא מי הביאנו להסתפק בזה אין הנדון דומה דבשלמא לצד שנאמר דודאי הויא דידיה מצד החזקה מי הביאנו לגרוע כחו דילמא מכרה וכדומה אבל נדו"ד הספק הוא בעקר החזקה דילמא מעולם לא היתה שלו כדי שנאמר העמד הדבר על חזקתי וקרקע בחזקת בעליה עומדת וא"כ יכול ראובן זה לומר מעולם לא היתה של יהודא דאפשר דלא ירד לקרקע העכו"ם בתורת שכירות:

וכעין ספק זה ממש ראיתי להרה"ג מור"ם פאראדו ז"ל בספר שמו משה סכ"ד שנשאל על מנהג ירושלם תוב"ב שמנהגם הוא ישראל שהיה דר בקרקע של עכו"ם אם היתה החזקה

קנויה בידו או הוציא בעל החזקה הוצאות עד כדי חמשים גרוש לא הפסיד חזקתו אפילו יצא ממנה זמן הרבה ונכנס לה אדם אחר אבל אם החזקה אינה קנויה בידו ולא הוציא עליה הוצאות אלא היא עשויה אם יצא ממנה ג"ש ונכנס לה אדם אחר זכה השני ונשאל הרב היכא דלא נתברר לב"ד אם הקרקע היתה ביד מי שהיה דר בה אם היתה קנויה או עשויה כי אם שיש עדות ברורה שחזקה זו היא של פלוני או של מורישו והיה דר בה העכו"ם אח"כ שנים הרבה ואח"כ שכרה ישראל אחר מהעכו"ם בעל הקרקע ובא בעל החזקה לתבוע חזקתו הוא או יורשיו היכי לדיינו דייני אם נאמר שאבדה חזקת המחזיק הראשון מכח שאין לו ראיה אם היא קנויה או דילמא אין צריך ראיה וכו' ועל ספק זה האריך הרחיב כמדתו לכל רוח ונטתה דעתו לפסוק דמן הספק יש לנו להעמיד החזקה בחזקת המחזיק הראשין אלא שבאמצע דבריו כתב וז"ל ומעתה חל עלינו חובת הביאור הכל לאתוי מה. שכתב הרב אג"ן זלה"ה וז"ל מעתה נחזי אנן היכא דמת המחזיק הראשון והיתה החזקה ביד בעלי החצר כו"כ שנים שהיה דר בה דחשיב כרקנית ושוב אחר כמה שנים שמת העכו"ם בעל החצר השכירו יורשיו החצר לישראל אחר ובאים יורשי המחזיק הראשון לתבוע חזקתם בהא חזינן למהרשד"ם סרל"ד שנשאל בראובן שנלב"ע והניח בנים קטנים וחנות אחת והיתה רקנית ג"ש ואחר זה נכנס שמעין בחנות באומרו היתומים אבדו החזקה בטענת ג"ש ריקנית והיתומים טענו אפוטרופ' שלהם או אמם פרעו השכירות לתוגר השלשה שנים שנשארה ריקנית אם צריכים להביא ראיה או לא והשיב דמאחר דעברו ג"ש כבר נאבדה החזקה ואחר שהחזיק בה השני לאו כל כמיניה של הראשון להוציאה מחזקתו אלא צריך הראשון להביא ראיה כדי לבטל חזקת השני ומינה נלמד דאם הדבר אם החזקה קנויה או עשויה דנפקא מינה אם היא עשויה כבר נאבדה בעומדה כמה שנים שדר בה העכו"ם בעל החצר הרי היא כריקנית ודאי על היתומים להביא ראיה וכל שלא הביא ראיה זכה השני עכ"ל איש ירושלים הרב אג"ן ז"ל והרב מהרמ"פ ז"ל כתב עליו ז"ל ולעד"ן אחר המח"ר אין ללמוד מדברי מהרשד"ם לנדו"ד דנדון מהרשד"ם כבר כתבנו שהוא דומה למ"ש הש"ע סרמ"א סיו"ד ז"ל האומר לחבירו הריני נותן לך כו"כ על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים התנאי אבל אם אומר לו על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שבטל תנאו ע"כ וא"כ לכאורה בפירעון השכירות לפי שלא תאבד חזקתו הוי תנאי חצוני בלתי מבורר והוא בקום עשה על המחזיק להביא ראיה שקיימו דכיון שעברו ג"ש ורוצה לחזור ולזכות באומרו שפרע עליו הראיה אבל אם היא עשויה או קנויה לא נכנס בגדר תנאי שעליו לעשותו אחר שהחזיק אלא הוי ספק מעקרו ודמי להההיא דריש פרק שור שנגח את הפרה

ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה וכו' וחכמים אומרים הממע"ה יעו"ש וכן נדו"ד אם אינה ידועה אם עשויה אם קנויה הואל ובין אם היתה קנויה היתה שלו או עשויה היתה שלו ועכשיו הספק הוא שמא היתה עשויה וכשנתרוקנה אבדה חזקתו הדין היא שהרי היא בחזקת מרה קמא והממע"ה וכו' יעו"ש שהוסיף עוד לחלק בין נדון מהרשד"ם ז"ל לנדון דידיה יעקר טעמו הואל ובשעה שהיה מחזיק בה הראשון שלו ודאי היתה אלא אח"כ נפל הספק אין להגריע כחו ועכ"ז לא החליט הדין הלכה למעשה אלא עד שיסכימו רבנן דיתבי על מדין יעו"ש:

א"ך משם נבוא לנדו"ד אפילו אי הוה נדו"ד דומה בדומה לנדון שנחלקו בו הרה"ג איש ירושלים רב אג"ן והרה"ג רב פארדו זיע"א לא מלבד דיש לנו לפסוק כרב אג"ן ז"ל הואל והוא פסק הדין לא כן מהרמ"פ ז"ל תלאו להלכה ולא למעשה אלא אפילו אי הוה פסיק מהרמ"פ ז"ל דיניה הרי מצאנו להרב כנה"ג סק"ם הגה"ט סקי"ד שכתב ז"ל בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת אלא המוחזק בה ידו על העליונה מהר"ש יפה ע"ך וא"ך ודאי אין להוציא מיד המוחזק בו עתה אלא דאין אנו צריכים לכל זה בנדו"ד אפילו מהרמ"פ יודה דיורשי יאודא צריכים לברר דהא עקר טעמו וחילוקו של מהרמ"פ בין נדון דידיה לדמהרשר"ם משום דהתם בנדון דידיה היתה החזקה ודאי בחזקת המחזיק הראשין בין תהיה קנויה או עשויה זכה בה והוי שלו אלא אחר שיצא ממנה ונשארה ריקנית נפל הספק בזמן שהיתה שלו אם קנויה היתה ולא הפסיד או דילמא עשויה היתה והואל ונשארה ריקנית אבד חזקתו בזה הוא דאמר מהרמ"ף ז"ל הואל והיתה ודאי שלו אין להוציא מחזקתו אבל בנדון דידן דיש לספוקי מעקרא דילמא לא היה פורע השכירות וא"ך יש ספק אם היתה מעיקרא של יהודה או דילמא מעולם לא היתה שלו דשמא ישב בחנות הגוי בלי שכירות וא"ך מעולם לא היתה שלו להעמידה בחזקתו ולמימר כאן קרקע בחזקת מרה קמא קיימה ופשוט: ואיך הואיל והדבר הוא ספק אצלינו במנהג נלע"ד שעל בני יאודה לברר שהיתה החנות של זה הגוי שכורה ביד יהודה אביהם או יבררו דמנהגנו כמנהג פאס ואזי לע"ד הריני מסכים למ"ש כת"ר דודאי אין לגרוע החזקה מכח חששות החזקות כדאמרן דאם באנו מצד שמא היתה שכורה ביד אביהם כבר הביאנו מדברי כנה"ג משם מהראד"ב זלה"ה דכל שיש עדים שישב בה שאנן ג"ש אין לחוש כלל כמש"ל ואי משום דברי הלח"ם והמבי"ט כבר בררנו דלא דברו אלא במקום מערער ודאי וטוענין נגד היתומים כמבואר דברי הפוסקים הנז' דאל"כ הוי נגד הדין כדאמרן נוסף על זה הרי מדברי מהרשד"ם שכתבנו ומוהר"ר אג"ן ומהרמ"פ זלה"ה הגם שמעשה כלם היה במת המחזיק הראשון ולא היתה מוחזקת בידו

בשעת מיתה עכ"ז לית בהו דחש להאי ספיקא לגרוע כח מחזיק הראשון משום דברי הלח"ם או המבי"ט וטעמיהו ודאי לא פליגן על הרשב"א והלח"מ והמבי"ט אלא הואל וזה המחזיק עתה אין בפיו מענה לומר קנויה בידו וכיוצא אלא הוא רוצה לזכות מן ההפקר ומטיל חשש בחזקה של הראשון הוא בא בזה בודאי לא נכנס לא דברי הלח"ם ולא דברי הרשב"א והמבי"ט:

וא"כ כשיבררו בני יהודה שאביהם היה דר בשכר אז תעמוד החזקה ברשותם דלא גרע זה מדין קול שבא בכללי הרא"ש כלל צ"ט והביאם הסמ"ע ריש סק"ם וכוותיה פסק הרב ויאמר יצחק זלה"ה ס"ק ע"ח ונדו"ד עדיף. זהו מה שנלע"ד וצוי"ם וימ"ן שנים עשר לטבת סת"ר לי לפ"ק פה סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קסח

להיות שיורשי הר"י דריהם תבעו ליורשי הר"ם ן' הרוש ואופן תביעתם היא שיורשי הרי"ד אמרו שהבית שדר בה היורש של הר"ם ן' הרוש היא של אביהם כהרי"ד ז"ל ומשכנה ביד הר"ם ן' הרוש והיום הזה רוצים הם לפדותה והיורש הנז' השיב אמריו אמת הדבר שכדבריהם כן הוא שהבית היא של אביהם והיתה ממושכנת ביד אביו וגם אחרי מות אביו נשארה ממושכנת בידו וביד אחיו הגדול ממנו שירשו אותה מאביהם אבל אחיו הגדול ממנו בחיים חייתו אמר לו שהר' שמעון דודם עמד על ענין זה עם יורשי כהרי"ד ז"ל וקנה מהם הבית בעד סך המשכונה שנושים באביהם ובעד סך שמונה דורוס שהוסיף להם והחליטו לו המכר היורשים הגדולים הם והר' משה אצראף נ"ע אפוטרופוס של הבת הקטנה של כהרי"ד הנז' וכתבו לו שטר מכר כדחזי ונשארה בידם אוכלים פירותיה בשופי זמן גדול וזה זמן גדול שנאבד ממנו השטר. אלה היו דברי היורש המחזיק בבית. ויורשי דריהם אמרו דלא היו דברים מעולם אלא עדיין הבית ממושכנת דוקא ומעולם לא היה שום מכר בעולם ע"כ הגיע דבריהם:

תשובה לזה הנה ידוע מחלוקת הרמב"ן והרא"ש עם הרמ"ה והרי"ל הביאם הטו"ר בסיק"ן דלדעת הרמב"ן והרא"ש דין הוא שהיורד בתורת משכונה אין לו חזקה לעולם אפילו ידוע ששלמו ימי המשכונה והחזיק אח"כ שני חזקה ולדעת הרמ"ה והר"י לברצלוני ס"ל דאם ידוע ששלמו יומי המשכונה והחזיק אח"כ עלתה לו חזקה יעו"ש ומצינו למר"ן בש"ע סיק"ן ס"ג שהביא שני הדעות בשם י"א וי"א והביא סברת הרמ"ה והר"י לברצלוני ז"ל באחרונה דעלתה לו חזקה ואנן לפי הכלל הכתוב ומסור בידינו דאזלינן בתר י"א בתרא וא"כ הלכתא הוא דהכי נקטינן כדעת הרמ"ה אלא דבנדו"ד כאן

נמצא וכאן היה תרתי לגריעותא להמחזיק הזה דהא משכנתא דא שהחזיק בה המחזיק הזה ירד לה בתורת משכונא כדכתבי במתא דנא דהיינו שפלוני משכן קרקע פלוני ביד פלוני לכו"כ שנים בסך כו"כ ובתוך הזמן לא יפדה ולאחר הזמן תמשך לרצונו הטוב בניכוי פש"ן בכחו"ח למשך יומי המשכונה כידוע לכל באי שער עמי ומשכנתא דא מצינו להרב המרביץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח ח"א סיק"כ שכתב וז"ל היורד לקרקע בתורת משכונה דקי"ל אין לו חזקה אם לאחר ששלמו יומי המשכונה יש לו חזקה תלוי בפלוגתא דרבוותא י"א דאין לו חזקה וי"א דיש לו חזקה והרב המברי"ץ כתב וז"ל נלע"ד פשוט דאין בכלל זה המשכונה שעושים לזמן ותוך הזמן לא יפדו וכל זמן שלא נמשכת בניכוי שאינו נקרא שלמו יומי המשכונה עד שיכלה הקרן דשוב אין לו פירות למלוה אי נמי במשכונה בנכייתא ושלמו יומי הקצבה ר"ל ששלמו יומי הקצבה וחזרו המעות חוב הוא דיש לו חזקה לדיעה שנית ונסתלק המלוה מהפירות וכתבתי זה לפי שטעו בו רבים וחשבו כי אחר עבור זמן שקוצבים וקובעים שלא לפדות הוא הנקרא שלמו יומי המשכונה עכ"ל המרבי"ץ מכת"י כמוהר"ש אבן צור זלה"ה ע"כ מצאתי בסכר"ח להרב מו"ד נר"ו א"כ בזה נפלה ונהרסה חזקת המחזיק דהואיל והם אמרו דבמשכנתא בתו' ניכוי פרוטה ירד לה הממשכן וסך המשכונה הוא ארבעים מתקלים א"כ יכלה הזמן והמה לא יכלו המעות אלו בניכוי פש"ן בכחו"ח וא"כ כל הני שני שהחזיק האב ובנו כתוך הזמן חשיבי ובתוך הזמן אלבא דכו"ע אין לו חזקה:

והן אמת דרואה אנכי לכאורה דפסק זה של הרב המרבי"ץ זלה"ה נראה שהוא סותר לפסק מר"ן בש"ע סי' ס"ו ס"ב ובסי' רמ"ח ס"ו דשם בסי' ס"ו כתב שביעית משמטת את המלוה ואפילו מלוה שבשטר שיש בו אחריות נכסים והמשכנתא במקום שדרכם לסלק המלוה בכל עת וזמן שיביא מעותיו שביעית משמטתה ומקום שאין יכול לסלקו עד סוף זמנו אין שביעית משמטתו ואם אינה משכנתא אלא שסיים שדה בהלואתו אינו משמט וי"א דהני מילי באתרא דלא מסלקן ליה וכל שאינו יכול לסלקו אפילו יום אחד מיקרי אתרא דלא מסלקי ע"כ וכתב הסמ"ע ע דלסברת מר"ן קמא דסתם בדבריו ס"ל דבמשכנתא לא אמרינן דמיקרי אתרא דלא מסלקי אלא במקום שאינו יכול לסלקו אלא עד סוף זמנו וכתב דגם הי"א אלו שהביא מר"ן בסיף דבריו מודו בזה ולא קאי דבריו דכתב ואפילו ביום אחד מיקרי אתרא דלא מסלקי אלא אסיום דכתב ואם סיים וכו' ואפילו הרב טו"ז דפליג על הסמ"ע וכתב דדברי י"א אלו שהם הרשב"א הם חוזרים בין על סיים לו בין על המשכונה ובתרוייהו ס"ל הרשב"א דאם אינו יכול לסלקו אפי' יום אחד מיקרי אתרא דלא מסלקי עכ"פ הרי ס"ל לטו"ז דלס' הרמב"ם דכוותיה פסק מר"ן

הדין הוא דלא מיקרי אתרא דלא מסלקי אלא שאינו יכול לסלקו עד סוף זמנו ואנן כוותיה דסתמא דמר"ן אזלינן וכן פסק בפשיטות בדיני בכור בסירמ"ח ס"ו דאם היתה קרקע ממושכנת ביד אביהם ונשלם הזמן בחיי אביהם לא מקרייא מוחזקת בידם הואל והלוה יכול לסלקו הויא ראוי יע"ש וא"כ נראה מפסקי מר"ן אלו דבזמן שיכול לסלקו מקרי כלה הזמן והיאך פסק הרב דאפי' כלה הזמן שאינו יכול לסלקו והדרא הרשות ביד הלוה לסלקו עכ"ז הואל ונמשכת בניכוי כאלו תוך הזמן הוא נראה דזה מוסתר מפסקים הנז': והגם דעלה על דעתי לומר דאפשר הרב המרבי"ץ יפרש להני פסקי דמר"ן הם איירי במשכנתא שאוכל פירות בנכייתא עד זמן פלוני ואחר זמן הקצבה שוב לא יאכל פירות וחזר המעות חוב וכמ"ש הרב הנז' דבזה מקרו שלמו יומי המשכונה וכמ"ש בדבריו וז"ל דלא מיקרי שלמו יומי המשכונה אלא עד שיכלה הקרן דשוב אין לו פירות אי נמי במשכונה בנכייתא ושלמו יומי הקצבה ר"ל ששלמו ימי הקצבה וחזרו המעות להיות הלואה הוא די"ל חזקה לדיעה שנית עכל"ה וא"כ נימא דבנדו"ז יפרש הרב להני פסקי: אלא דראיתי להרב תוש"י זלה"ה ח"ב ס"ב ששם נשאל על מי שהיתה לאשתו משכונת קרקע ומתה אם מקרייא ראוי או מוחזק לגבי הבעל וכו' ושם איהו ז"ל דעתו לפסוק דבמשכנתא דסורייא מקרייא ראוי הואל ועבר הזמן והלוה יכול לסלקו וכחו הוא מההיא פסקא דסירמ"ח שכתבנו יעו"ש וכתב אח"כ וז"ל ומה שחלקו חכמי מראקס בין משכנתא דנכייתא לדסירא דסורא כו"ע לא פליגי דהוי מוחזק אף לאחר עבור הזמן אפי' למהר"י ן' מיגאש כיון שאין הלוה יכול לכופו לפדות כדקיי"ל ביור"ד סי' קע"ב והביאו ראיה ממ"ש הה"מ והרמב"ם והנמק"י בסי' קע"ב לענין רבית דמחשיבא כמכר מה"ט דאין המלוה יכול לכוף הלוה אף שהלוה יכול לסלקו אחר הזמן אין נראה חלוק זה משום דאף אם נאמר דהרשב"א מיירי במשכנתא בנכייתא דאית ליה התירא ומינה למהר"י ן' מיגאש דפליג עליה דלא פליג אלא בנכייתא אבל בדסורא אף הוא מודה להרשב"א כמ"ש החכמים יצ"ו אבל לגבי פסק מר"ן דפסק כהרי"ף והרמב"ם והגאונים ז"ל דלית התירא במשכנתא בנכייתא בין באתרא דמסלקי ובין דלא מסלקי אלא במשכנתא דסורייא דוקא וכמ"ש ביר"ד סיקע"ב ואפי"ה פסק כאן בסירמ"ח דאחר עבור הזמן שיכול הלוה לסלק המלוה מהמשכונא באתרא דמסלקי ולא הוי מוחזק לגבי בכור מוכרח דאינו מדבר אלא במשכנתא דסורא שהרי לדידיה אין התר אלא בדסורא ובה קמפלגי בין מינה ומינה ללא מינה ומינה ש"מ שגם בדסורא שאין המלוה יכול לפדות לעולם לא מקרי מוחזק אם הלוה יכול לסלקו אחר עבור הזמן עכל"ה וא"כ הגם דרואה אנכי דהרב המרבי"ץ ז"ל דעתיה היא כחכמי מראקס דמחלקי בין משכנתא בנכייתא וכמ"ש בדבריו דלעי' ולא

חייש לאותה קושייא שהקשה תוש"י על חכמי מראקס דמר"ן לא יוצדק לפרש דבריו במשכנתא בנכייתא הואל ואיהו ס"ל דאסור גם המרבי"ץ לא חייש ולכך מפרש פסק מר"ן דסיק"ן בהכי וא"כ גם ההיא דסי' רמ"ח יכולים ליישבה אלבא דחכמי מראקס ואין סתירה:

אכין מה נענה אנן אלביה דהרב יוא"ל זלה"ה דמאן ימאן בחלוק זה מכח דמר"ן לא איירי בנכייתא אלא בדסורא א"כ הרי אלביה אין חלוק דמר"ן לא איירי אלא בדסורא ועכ"ז בעבור הזמן מקרי שלמו יומי המשכונה ומה נענה בתריה אלא דנראה דאפילו לדעת הרב יוא"ל ז"ל לדעתי פשוט דלענין זה בודאי יודה לס' המרבי"ץ דמקרי כאלו תוך הזמן דבשלמא גבי בכור הואל ויכול הלוה לסלקו א"כ חשבינן ליה כאלו הדרא קרקע לבעליה וההלואה חוב בעלמא ולכך אינו נוטל פ"ש ומילתא בטעמא יעו"ש בסמ"ע בסי' רמ"ח אבל בכאן לגבי חזקה אפילו אמר נאמר דבהגיע הזמן חשיבא כחוב גביה עכ"פ הואל ויש התיר לאכילת פירות תלינן בזה לומר הואל ועתה ירידתו לפירות נחית ועדיין יש לו זמן לאכול פירות לרצון הלוה בודאי לא עלתה לו חזקה למלוה כלל ומה יתן ומה יוסיף כאן בענין חזקה אם בתשלום הזמן מקרייא מוחזקת גבי מלוה או המעות חוב הוי סו"ס הואל והווייא שכורה גביה לאכול פירותיה כל ימי רצון הלוה ויש לנו לתלות דבשביל זה הוא מוחזק בה בודאי אם לא הוציא השטר שקנאה לא עלתה לו חזקה כלל ופשוט הוא ומה שיש להשיב לדעת הרב יוא"ל זלה"ה לפ"ז היאך יפרש פסק מר"ן דסיק"ן הרי מר"ן לא יש לו כלום התיר כי אם במשכנתא דסורא וא"כ ש"מ דמר"ן במשכנתא דסורייא קאי ואפי"ה ס"ל דמקרי עבר הזמן אלא י"ל דלהרב יוא"ל זלה"ה יפרש דברי מר"ן דסיק"ן איירי במשכנתא שהתיר בה מר"ן ומיירי שכלה ממון המשכנתא בניכוי דאו מקרי כלה זמן המשכונה ופי' זה יוצדק כאן בסיק"ן וכמו כן כתבנו לעי' משם המרבי"ץ דכל זמן שאוכל פירות הקרקע בניכוי פש"ן בכחו"ח מקרי תוך הזמן הואל ואין המלוה יכול להכריח ללוה לפדות ומפרש דברי מר"ן דעבר הזמן הוא דכלה ממון המשכונה יע"ש וגם הרב יוא"ל זלה"ה מודה בזה ואין שום סתירה ממה שסתר דברי חכמי מראקס במה שפירשו וכו' כמש"ל מילתא בטעמא דלענין חזקה שאני דהרב יוא"ל יורה יורה דכל זמן שאוכל פירות ואין יכול לכפות הלוה לפדות כתוך הזמן חשיבא ודו"ק:

גם יש ריעותא שנית בכאן דהא אין בידיהם שטר משכונא אלא הם אמרו שיש עדים שאביהם השכן אותה לזמן מה ואין העדים יודעים לכמה זמן וא"כ גם בזה נפלה חזקת המחזיק הואל ויש עדים כהר"י דריה"ם משכנה לזמן ואינם יודעים כמה זמן דהא מצינו לרבינו הטור בסיק"ן אחר שכתב מחלוקת הרמב"ן והרמ"ה שזכרנו סיים אח"כ וכתב

וז"ל וכתב הרב יונה העידו העדים ששדה זו משכונה אצלו לשנים ואין אנו יודעים לכמה שנים אפי' החזיק בה כמה שנים אין לו חזקה העידו עליה שמשכנה סתם ואכלה גם משנה ראשונה ואילך יש לו חזקה דסתם משכנתא שתא ע"כ וסברת ר"י זאת הביאה מר"ן ג"כ בש"ע ס"ג אחר שכתב המחלוקת האמורה לעיל בשם י"א וי"א הוסיף עוד י"א שלשית וכתב ס' ר"י הנז' ובודאי דסברא זאת אפילו כתבה בשם י"א בודאי דלא נכנסה בצלע המחלוקת וכמו שנראה מדברי הרב"י בסי' הנז' שכתב וז"ל וכתב הרי העדים העידו וכו' כלו' הראשונים לא חלקו וכו' אבל הרי חלק בכך וכו' יעו"ש פשט לשון זה מורה דמה שלא הזכירו הראשונים בא ר"י להזכירו ולא לחלוק וכ"כ הש"ך בסק"ב וז"ל נ"ל דבזה כו"ע מודים עכ"ל וכ"כ הש"ך סו"ס סי"ז דבדין זה דאין העדים יודעים לכמה שנים משכנה לא יחלוק שום פוסק יעו"ש וכן ראיתי להרב משכנות הרועים באו"ח סיכ"ה שדעתו בפסק שם כדעת הש"ך דדין זה מוסכם דלא עלתה לו חזקה יעו"ש נקטינן מכאן דלפי דבריהם האמורים שיש להם עדים שאביהם ירד בתורת משכונה לזמן ואינם זוכרים מזמן א"כ בזה נפלה חזקת המחזיק דהוייא כאלו תוך הזמן הרי תרתי לגריעותא נמצאו בחזקה זאת:

אלא דכל זה יוצדק לנו אלו היו היורשים האלו דיניהם עם הר"מ עצמו הממשכן אבי היורש יוצדקו דברינו ונפלה חזקתו וגם יוצדק לנו ג"כ כל זה אלו היה היורש הזה אומר שאביו אחר שהשכינה חזר וקנאה ומכח אבוה אתא בזה היינו מגריעים טענתו מכח דבריהם האמורים דהואל ואלו היה אביהם חי לא היה מהני בטענתו גם הוא דבריו מהבל ימעטו הואל ואביו עצמו לא מהני לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה אם יאמרו החזקנו בה משום שירשנו אותה מאבינו בודאי לא מהני הואל וחזקת אביהם לא היתה חזקה כדאמרן גם לבניו לא תועיל ולא תציל יעו"ש בסי' קנ"ב בטוש"ע ס"א ובסמ"ע כל דבר דבור על אופניו ואיך שיהיה אלו היה אביו או בנו טען מכח אבוה אתא יוצדק דברינו:

אלא דבכאן לא כן היה טענת היורש אלא דאומר הוא דהוא עצמו חזר וקנאה מהיורשים כמו שמסודר בטענת הכתות וא"כ הואל ובא בטענת עצמו הדין עמו וכמו שפסק מר"ן בסי' קנ"ב ס"א וז"ל כל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה שאם אכלה הבן ג' שנים וטוען שהבעלים מכרוה או נתנוה להם יש להם חזקה ע"כ והן אמת דרואה אנכי דהאי דינא האמור בסיקנ"ב דכל אלו דאין להם חזקה בניהם יש להם חזקה מקורו הוא מפ"ג דב"ב ד' מ"ז ושם נאמר אר"י אומן אין לו חזקה בני יש לו חזקה אריס אין לו חזקה בנו יש לו חזקה גזלן לא הוא ולא:

בנו וכו' ושם סיים בגמרא דאפילו בן הגזלן אם בא בטענת עצמו יש לו חזקה ע"ש וא"כ הואל ודברי מר"ן אלו הם מדברי ר' יוחנן האמורים ושם לא נזכר כי אם אומן ואריס וגזלן מנ"ל לומר דגם בן היורד בתורת משכונה יש לו חזקה הרי לא נזכר אלא בן האומן והאריס והגזלן אלא דלזה אין לחוש כלל והם כי לא להזכיר ואדרבא יש לנו מכ"ש מבן הגזלן כמו שתראה שם בגמרא ובפסק מר"ן סיקנ"ב דכחו גרוע בחד צד יותר מאחרים דהיינו אם יש לו עדים שהודו לאביו וכו' כמ"ש מר"ן ועכ"ז אם בטענת עצמו מהני מכ"ש בן היורד בתורת משכונה דמהני הודאה ע"י עדים פשוט דמהני בבא בטענת עצמו וזה ג"כ מדוקדק מדברי רבינו הטור ומר"ן דבגמרא נקיט בין אומן בין אריס וכו' והטו"ר ומרן נקטו בלשונם וז"ל כל אלו שאמרו וכו' א"כ פשוט דקאי אכל מאי דתני בסימנים הקודמים וכן ראיתי להרב מאמר קדישין בסיקנ"א ששם כתב מר"ן ג"כ כל אלו שאין אכילתן ראיה וכו' כתב הרב הנז' וז"ל כל אלו היינו דקחשיב בסיקמ"ט ובסיק"ן יעו"ש וכ"כ הסמ"ע בסיקנ"א סק"א וז"ל כל אלו שאין אכילתן פירוש כגון האפוטרופוס והשותפים והאומנים והאריסין ובאינך דקחשיב בסיקמ"ט וק"ן והן הם דקחשיב הרמב"ם ג"כ לפני זה בפי"ג עכ"ל הרי לפניך דמאי דאמר מר"ן כל אלו הם קאי על כל מאי דאמור בסימנים הקודמים וגם יורד בתורת משכונה שם שם נאמר ועליו קאי ג"כ בנו יש לו חזקה מכ"ז נראה לפני לזכות ליורש הזה בטענתו הואל ואכלה ימים רבים:

אלא דהואל וראיתי דהני יורשי כהר"י דריה"ם הם אלמנות עניות אז אמרתי להם הואל ואתם יודעים שיש לכם עדים שיודעים שהקרקע היא של אביכם ומשכנה ביד הר"ם הנז' לכו ובקשו אולי ידעו דאחרי מות אביו של היורש הנז' נשארה ביד היורשים משכונה מימות אביהם ואזי ע"פ עדים אלה נוכל להוציאה מיד היורש דהגם דקי"ל בן היורד בתורת משכונה יש לו חזקה דוקא אם לא היה ידוע בעדים שאיהו עצמו ירד לה מכח המשכונה אלא בדידעינן שאביהם משכנה ואין יודעים העדים אם אח"כ פדאוה הבעלים או לא בזה הוא דבבן יש לו חזקה אבל אם יהיו עדים בדבר שהיורש הזה אחר מות אביו נשארה ממושכנת בידו א"כ מ"ל הוא מי לי אבוה ודייניו ליה כאלו הוא מעיקרא היורד בתו' משכונה דאין לו חזקה ודבר זה קיימתי מסברא ואח"כ דקדקתי אותו מפי' רשב"ם ז"ל בגמרא שהביאנו לעיל דאמר ר' יוחנן בן אומן יש לו חזקה ופירשב"ם ז"ל וז"ל אבל בן האומן יש לו חזקה וכגון שאין הבן אומן יש לו חזקה ע"כ הרי מדברי רשב"ם אלו מוכח דלא אמרו הבן יש לו חזקה אלא דוקא בשאין הבן אוחז מעשה אביו בידו אבל באוחז מעשה אביו מ"ל הוא מ"ל אבוה וא"כ גם כאן כאלו הוא במקום אביו אם יעידו דאיהו עצמו ירד בתורת משכונה אחרי מות אביו: ושוב אחר החיפוש באמתחתי

ראיתי להרב החביב בספרו הגדול בע"י חי"י סי' צ"ד שהביא תשובה אחת מהרב הגדול כמהר"י קאוליירו זלה"ה ושם בתוך התשובה נמ"כ וז"ל ובתשו' להרמב"ן סי"ב כתב ז"ל אחר שיש לראובן ראיה שבא מקום ישיבה זה לשמעון בתורת משכונה אע"פ שנמשך זמן המשכונה לאחר פטירת שמעון אי אפשר ללוי בנו לטעון שחזר ולקחו מראובן לדעת הרי"פ ונלע"ד דאין זה סותר מ"ש לדעת הרא"ש והריב"ם ז"ל דלא כתב כן הרמב"ן ז"ל אלא לפי מה שנשאל שלאחר פטירת שמעון החזיק לוי אחר זמן הפירעון דנראה מזה גם מלשון ההודאה שעשה שמעון שאף לאחר פטירתו ישאר המקום ההוא ממושכן ליורשיו ימים או עשור מה שקבעו ביניהם א"כ כשישב לוי באותו מקום משעת פטירת שמעון אביו ברשות הממשכן ירד כמו שמעון אביו משו"ה אפילו נמשך המשכונה ונשאר ביד לוי ג' שנים אין יכיל לטעון לקחתי כיון שג"כ לוי הורשה לשבת שם אחר פטירת אביו זמן מה ומה לי הוא ומ"ל אבוה וכו' עכל"ה ושם אח"כ במה שהשיב לו הרב החביב זלה"ה על דבריו אלא שם בתשובה נמצא בתוך דבריו דלא חלק עליו בחילוק זה אלא דשם כתב לו דאין צריך לפרש בדברי הרמב"ן כך ויש לפרשם באופן אחר יעו"ש בפסקת ומיהו נלע"ד וכו' דמשם בארה דחלוק זה שכתב כמוהר"י קאוולירו זלה"ה דאם ידוע שנשארה אח"כ ממושכנת ביד הבן אין לו חזקה כמ"ש אני עני ונהניתי תהלי"ת שנתכונתי לדעת עליון וע"ז סמכתי ובטחתי ואמרתי להם שיביאו עדים שנשארה אחר מות אביהם ממושכנת ביד היורש והדר דינו כאלו הוא השכינה מתחילה דאין לו חזקה הן מצד ששטרי משכנתא דידן כתוך הזמן חשיבי הן שאין יודעים העדים לכמה זמן משכנה דיכול להיות דעד היום עדיין לא נגמר הזמן דאזי לא עלתה לו חזקה כמו שאמרן לעיל:

והן אמת שהיורש הנז' מודה איהו שנשארה ממושכנת בידו אחר מיתת אביו וא"כ הרי הוא מודה במשכונה וא"כ יש לחייבו הואל ומשכנתא בניכוי פש"ן הוייא כאלו תוך הזמן עדיין כמ"ש משם המרבי"ץ או הואל ואין ידוע לכמה שנים לא עלתה לו חזקה כמו שאמרן זה לא יתכן דאין לחייבו על פיו דהואל ואין עדים בדבר שנשארה בידו אחר מיתת אביו בודאי דעלתה לו חזקה דיכול להיות פדאה הממשכן מימות האב דהגם דאם לא פדאה חשיבא כתוך הזמן כמ"ש המרבי"ץ עכ"פ לגבי הבן עלתה לו חזקה הואל והיה הממשכן יכול לפדותה וזה מדוקדק מדברי הרב הפוסק למעלה הוא כמהר"י קאוולירו זלה"ה שמפרש בדברי הרמב"ן ז"ל שכתב אין ללוי חזקה היינו דוקא באם התנה שמעון אבי לוי שתהיה המשכונה נמשכת ביד בנו ימים או עשור משמע דוקא במקום שיש תנאי ועכבה אבל שלא במקום תנאי כנדו"ד הגם שאם היה כהר"י דריה"ם מניחה ימים

רבים היה יכול להניחה עכ"ז הואל ויכול הוא לפדותה א"כ. חזקת הבן עלתה לו ואיכא למימר דהבן מעולם לא ירד ברשות כלל כמו שידוע שאביו ירד ברשות וע"ז הוצרכתי אותם להביא ערים שנשארה בידו ואזי יש לנו לדונו כאלו ירד לה איהו ברשות אבל ע"פ הודאת עצמו אין לחייבו כלל ונאמן הוא במיגו שהיה יכול לטעון מעולם לא ירד לה איהו מכח שנשארה ממושכנת בידו אלא דמימי אביו פדאה כהרי"ד ואח"כ קנאה איהו וזה פשוט וא"צ להאריך בזה:

ועפ"ז הלכו היורשים לחקור ולדרוש האם ימצאו איזה עדים שימציאו שיעידו להם כך ואחר זמן מרובה באו אלי ואמרו דפשפשו ולא מצאו אפי' עדים שיעידו להם בבירור שהיא של אביהם וממושכנת ביד הר"ם ן' הרוש אלא מצאו איזה עדים שלמדו מפי השמועה דבית פלוני היא של פלוני וממושכנת ביד פלוני ואין להם עדות ברורה כי אם קול בעלמא ולזה אמרתי א"כ גמלא בעי קרנא אודנין דהוו ליה גזזו מיניה א"כ לפ"ז אפילו אלו היה אביהם עצמו קיים ואמור יאמר שהיתה ממושכנת בידו וחזר וקנאה היה נאמן הואל ואין כאן עדים ברורים כי אם קלא בעלמא דוקא וכמ"ש בסי' ק"ן ס"ה שאם החזיק בה ג' שנים ואח"כ יצא הקול נאמן לומר לקוחה היא בידי אבל אם טען שיש לו עליו תביעה אחרת ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל כל התביעה במיגו שהיה יכול לטעון לקוחה היא בידי אינו נאמן שהורע כחו של המיגו כיון שיצא הקול שירד בתורת משכונה לפיכך לא היה חפץ לטעון לקוחה היא בידי ע"כ ודינים אלו כתב מזה נמי מר"ן בסיקמ"ט ס"ך יע"ש וצריך אתה לדעת דהאי דנאמן לומר לקוח הוא בידי אם יצא הקול אחר ג"ש בודאי דלא בעינן עד שיאמר דמעיקרא בתורת מקח ירד לה אלא אפילו אם אמור יאמר דמיעקרא ירד בתורת משכונה ואח"כ קנאה נאמן ומילתא בטעמא דהא כשהקול יוצא לאחר ג' שנים אפילו הבריות אומרים אנחנו שומעים שהבית שדר בה פלוני בתורת משכונה עד היום עכ"ז מהני חזקתו הואל וקול זה יצא אתר ג' ואין לפרש דאם יש קול כזה שאפילו עד אחר ג' ישקול שעדיין ממושכנת לא מהני חזקתו ומאי דאמרו א"י קול לאחר ג' תהני חזקתו היינו קול שירד מעיקרא בתור' משכונה ועכשיו אינם יודעים אם עדיין נמשך בה דירתו בתורת משכונה אם לאו דזה אינו דהא כן כתב הסמ"ע בפירוש בסי' קמ"ט סקל"ב וזל"ה ולפ"ז מה שסיים וכתב דכשיצא הקול אחד ג' ואח"כ מת דאינו מבטל החזקה ר"ל אפילו יצא הקול שכלו שני המשכונה אחרי מות אביהם עכל"ה הרי לפניך דאם יצא הקול אחר ג' היינו אפילו היה הקול בתורת משכונה עכ"ז מהני חזקה וא"כ בענין זה מה לי יטעון דמעקרא ירד בתו' מקח או בתורת משכונה ואח"כ קנאה סו"ס הרי במה שטוען עכשיו חזר ולקחה הוייא נגד הקול ומהני וא"כ גם

כאן אפילו אם היה אביהם חי לא מבעייא אם היה אומר דמעיקרא ירד לה בתורת מקח בודאי דהוה מהני הואל והיורשים אומרים דהעדים אמרו להם דקול זה אינם יודעים איתו אלא לאחר שדר בה הר"ע ן' הרוש יותר משני חזקה א"כ בודאי דהוה מהני אפילו אם הוא אומר שמעיקרא ירד בתורת משכונה ואח"כ ירד בתורת מקח הוה מהני כדאמרן הואל וליכא קול אלא אחר ג' על זה מהנייא טענתו:

וגם זה מדוקדק מדברי מר"ן עצמו דלא שאני לן בין אם יטעון מעקרא ירד בתורת מכר לאומר ירד בתורת משכונה ואח"כ קנאה דמהני לאחר ג' דאי אמרת דבעינן שירד מעיקרא בתורת מקח אבל אם אומר דירד מעיקרא בתורת משכונה ואח"כ קנאה לא מהני הואל ואינו מכחיש עיקר הקול א"כ יש להקשות למה מר"ן יצא לחלק באופן אחר וסיים וז"ל אבל אם טען שיש לו עליו תביעה אחרת וכו' הו"ל לפלוג וליתני בדידיה בטוען טענת לקחתי עצמה דדוקא באומר דמעיקרא ירד לה במקח אבל באומר במשכונה ירד ואח"כ קנאה לא מהני הואל ואינו מכחיש עיקר הקול מעיקרו אלא פשוט דכל האומר לקוחה היא בידי לא שנא אם יאמר לקוחה מעיקרא או חזרתי ולקחתי אח"כ כל שהקול הוא אחר ג' מהני:

וא"כ הואל ואפילו אי הוה משה חי היה יכול להחזיק בקרקע זה מכ"ש בנו פשוט דיכול להחזיק אפילו אי לא הוה טעין שחזר איהו ולקחה אלא אפילו אם בא להחזיק בה מכח אבוה ואומר מצאתי ירשתי הוה דיי והותר וקרינן ביה הבא מחמת ירושה אין צריך טענה הואל ויכולים לומר דלקוחה היא ביד אביו ואלו היה אביו קיים היה יכול להחזיק בידו:

וא"כ בראותי זאת לא מצאתי להיורשים על מי להשען ולא יש על היורש הזה כי אם שבועת הסית הואל ויורשים אלו טוענים נגדו ברי והגם דהשבועה עצמה מצינו בה דו"ד דמצינו למר"ן בסיק"ע ס"א דסתם דאפילו החזיק כראוי צריך לישבע הסית יעו"ש ובס"ב חזר וסתם דאם החזיק ג' שנים אין מוסרין אותו לשבועה יע"ש דהוי תרי סתמי דסתרן אהדדי וכ"כ סיים מור"ם וכתב בס"ב וכתב זה סברא אחרת וחולקת עמ"ש הראשונה שאע"פ שהחזיק ג' ובטענה נשבע ועומד בשלו וכן הוא בס"ד עכ"ל וא"כ הואל ומר"ן סתם תרי סתמי לא ידענו מה יעשה ישראל בדין זה הרי מדבריו מוכח דיש לנו לדון כסברא קמא ולהצריכו שבועה דהא מור"ם כתב בדבריו דסברא זאת היפך סברא קמייתא דכתבה דצריך לישבע וכן הוא בסמוך ס"ד עכ"ל נמצא מדברי מור"ם אלו נראה דחזר מר"ן בס"ד וסתם לן כסברא קמייתא וא"כ הכי נקטינן וכ"כ הש"ך בסק"ה דס' קמא עיקר יעו"ש וכן נראה פשוט לדעת הטו"ז דחולק על הסמ"ע ודחה דבריו ולבסוף מחלק איהו מדידיה וכתב דהמחבר פסק שאין מוסרין אותו לשבועה על עקר החזקה לומר שמא

מיחה המערער בפני עדים וכו' אבל עכ"פ צריך שבועה על טענתו שלקחה יעו"ש וא"כ גם כאן הואל ואומר זה המחזיק לקחה צריך שבועה ואפילו לדעת הסמ"ע עצמו דחולק על מור"ם ומתרץ דברי מר"ן אהדדי עכ"פ בתרוצו האחרון דעליו סמיך הרי חלק בין האומר יש לו שטר או לא וכו' ובו מתרץ ההיא דס"ד יעו"ש וא"כ גם כאן הואל והמחזיק אמר שהי"ל שטר ואבד בודאי דצריך שבועה כההיא דס"ד דמה לי אמר שיש לו שטר ולא קיימו או אמר שהיה לו שטר ואבד הואל ועקר קנייתו מעקרא היתה על השטר עכשיו שלא הביא ראייתו דעליו קא סמיך צריך לישבע ואין להתעקש בזה וא"כ בודאי דהכי נקטינן דישבע הסית שכדבריו כן הוא דאחיו צוה לו שהיא לקוחה בידם ויפטר והגם דלגבי חלק היתומה הקטנה אומר שקנאה מיד האפוטרופוס בודאי דגם בזה מהני דהא האפוטר' יכול למכור קרקע היתומים כדי להאכיל אותם וכמ"ש בסי' ר"ץ סי"א וכ"ך ג"כ בפשיטות בסי' קמ"ט סכ"ד וז"ל החזיק שני חזקה בשדה יתומים וטוען שהאפוטרו' חכרה לו ואבד שטרו י"א דהוי חזקה והגם דסיים שם מור"ם וכתב וי"ח וכנ"ל עכ"פ אין לנו אלא דברי מר"ן דלא הביא כי אם סברת י"א דוקא בודאי דכך דעתו ועדיפא מזה אני אומר דאפילו מור"ם דפסק כדעת החולקים בכאן יודה דעקר טעם החולקים הרי הביאו הסמ"ע בסיק"מ מפני שהקונה מהאפוטרו' מוזהר בשטרו כיון שיודע שהקרקע אינו שלו ואין לו לסמוך אמאי שלא מיחה האפוטרופוס וכו' יעו"ש וא"כ יכולני לומר התינח בקרקע שהוא ידוע בבירור שהוא של היתומים אבל בקרקע כהאי דאין עדים שהוא שלהם גם נוסף ע"ז שקנה מהאפוטרופוס ומהאחיות הגדולות א"כ בודאי יש לסמוך בהאי על הגדולות שלא מיחו דהקרקע דידהו א"כ פשוט דבזה אפילו החולקים יודו דעלתה לו חזקה כ"ז כתבתי מה שנוגע בעקר הדין אכין הואל וראיתי ודמיתי בדבר שטענת המחזיק היתה דומה בעיני כאלו היא מלומדת ולא מצאתי כח להוציא בולעו ע"פ הדין יראתי לעצמי ופשרתי ביניהם ונתן בידם י"ח דורוס וכתבו לו שטר מכר חדש וצוי"ם וימ"ן. הי"ז בטבת התרמ"ט פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קסט

ראובן היה מוחזק בקרקע אחד לדור בה שנים ארוכים ולעת זקנתו עמד ומשכן אותה קרקע בסך כו"ך ביד אברהם אפותיקו ואח"כ משכנה ביד יצחק משכנתא דסורייא. עברו ימים והלך לו ראובן הנז' לדור בא"י ונשאר יצחק אוכל פירות הקרקע כדין משכנתא דסורייא ואחר עבור מ"מ שיעור ל' שנה לעליית ראובן לא"י בא נמואל בן שמעון אחי

ראובן ופייס את אברהם ואת יצחק ונתן מה שהיו נושים על הקרקע וכתבו לו שטר מסירה זה על שט"ח וזה על שטר משכנתו. ועמד נמואל הנז' לאכול פירות הקרקע בכח שטר משכונה המסור בידו מיצחק. ואחר עבור כמו עשר שנים עמד נמואל הנז' ומכר בקרקע הנז' מכירה גמורה לאדם אחר. והן היום כשהיה כאן ת"ח אחד שבא מא"י שמע הדבר והלך והגיד הדברים לבן ראובן וכשמוע בן ראובן את הדבר הרע הזה בא לפנינו קובל ומתרעם על נמואל בן דודו איך עשה מה שעשה למכור קרקע שאינו שלו. וע"ז השיב אמריו נמואל הנז' ואמ"ל קרקע זה לא של אביך לבד היתה אלא של יעקב אבינו הזקן היתה קרקע זאת וכשמת נשארה הקרקע משותפת בין אבי לאביך ומה שהיה אביך ראובן אוכל פירותיה וגם עמד ומשכנה ואבי לא מיחה בו טעמא דמילתא הוא הואל ואביך היה גדול מאבי בחכמה ובמנין. וע"ז אני עמדתי ופרעתי החובות שלוה אביך על הקרקע והחזרתי עטרה ליושנה להיות בין שנינו וכל אחד ממנו יטול מחצה אחר שתשלם החובות שלוה אביך עליה מכיסך. ע"כ היו הדברים יורנו מורה צדק:

תשובה לזה לכאורה נראה דטענת נמואל בן שמעון יש לה על מה לחיל דהגם דכתב רבינו הטור בסי' קמ"ט וז"ל וכתב בעל העיטור דאחי אינם כשותפים ומחזיקים זע"ז עכ"ל. וא"ך גם כאן הגם דראובן זה אחיו של שמעין הוא נימא דיש להם חזקה זע"ז עכ"ז נראה לכאורה לגרוע כאן חזקת ראובן דהא רוב הפוסקים ס"ל דלא דבר בעל העיטור דאמר דאחין אין להם חזקה זע"ז אלא דוקא באחין שאין להם שום שותפות אבל בכגון דא שטוען נמואל דקרקע זו מעיקרא שותפים היו בה ראובן ושמעון כי נחלת אביהם היה נראה דאין כאן חזקה זה על זה דלא גרע מדינא דשותפים. ומשנה ערוכה שנינו בפרק חזקת הבתים דשותפים אין להם חזקה זע"ז ופסקיה כל הפוסקים וערכה מר"ן בשולחנו הטהור בסי' קמ"ט ס"ב יעו"ש וא"כ גם כאן הגם דמפאת האחוה יש להם להחזיק זע"ז מצד השותפות אזדה לה חזקה וכמו שבא הדבר מפורש בב"י במחודשים ס"א והביאו הסמ"ע סק"ו וז"ל כתב בתשובת הרשב"א דבמה שירשו האחים מאבוהון יחד הם כשותפים ואין מחזיקים זע"ז ומשמע אפילו אין כים אחד לכולם אין מחזיקים באותה ירושה עכל"ה הרי לפניך דלא אמרו האחים יש להם חזקה זע"ז אלא בדבר שלא היו שותפים בי ובמקום השותף אין כאן חזקה:

גם יש לנו ליתן יד לבטל כאן החזקה ממה שטען נמואל ואמר דמה שהניחו שמעון אביו לראובן אחיו לאכול פירותיה הוא משום שהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין ואין לאל ידו. בכך היה מחזיק בידו ומניחה לו לדור בה לכאורה גם זו טענה הנשמעת היא מהא דכתב רבינו הטור סל"ז משם מהר"י אלברצלוני זלה"ה וז"ל ולא עוד אלא אפילו אם מוציא האח

על אחיו כגון אחד עשיר ואחד עני והשני אין לו כלום ידר בבית המיוחד לאחיו אינו יכול להחזיק באותו הבית עכ"ל ופסקו ג"כ מר"ן בש"ע סי' קמ"ט ס"ח יעו"ש והתם אפילו במחזיק בבית של אחיו לבדו דהא בהכי איירי מדכתבו הטור ומר"ן בלשונם והעני היה דר בבית המייחד לאחיו ע"כ ועכ"ז יכול העשיר לומר דמשים החסד והרחמים שיש לו עליו היה מניחו לדור בו ולא היה מוחה בו כ"ש בקרקע שהיא של שניהם כמו שאומר נמואל שירשוה מזקנו דתרתי איכא הכא שותף ואח עני בודאי דאין לו שום חזקה במה שהיה דר ומחזיק ראובן:

אלא דיש לסתור כח טענות אלו דכנגד הטענה הראשונה שאמרנו דהואל ושותפים הם אין זע"ז חזקה בודאי דהגם דקי"ל דהשותפים אין להם חזקה זע"ז וכתב מר"ן אפילו החזיק א' מהם כמה שנים האי למה שנים לאו דרך גוזמא קאמר דהא דין זה דהשותפים אין להם חזקה זע"ז מקורו הוא משנה בפרק ח"ה דף מ"ב ושם אוקמה רבינא דוקא בקרקע דאין בה דין חלוקה אבל בקרקע דאית בה דין חלוקה יכולים להחזיק זע"ז ושם רשב"ם יהיב טעמא למה בקרקע דאין בה דין חלוקה אין מחזיקים זע"ז וכתב ז"ל דלית בה דין חלוקה אינה חזקה דהתם מנהג היא לאכול זה ג' או ד' שנים שלמות כל השדה ואח"כ זה משום דבשניהם ביחד אינו כדאי והכי קי"ל עכל"ה וטעם זה הביאו הסמ"ע בסק"ג אם כן הרי לפניך דטעמא דדינא הוא משים דדרך העולם כל א' נוטל פירות ג' או ד' שנים שלמות ולזה לא עלתה חזקה לשים אחד וא"כ דון מינה בכגון נדו"ד דאכלה ראובן המוחזק כל ימי היותו חי אין לנו לומר דאין לו חזקה משום דכך היתה חלוקתם שזה יאכלה בשנים הללו ואח"כ יאכלה חבירו כנגדו דזה לא יתכן דעד מתי תהיה חלוקת קרקע זה לאכול גם שמעון חלקו אין לדבר סוף ובודאי דלא אזלינן אלא בתר מנהגא דאם הוא מנהג לחלוק אפילו זה לעשר שנים וזה לעשר שנים כך נוהגים אבל בכגון זה שעברו רוב שנותיו של האח והוא לבדו דר ואחיו נעדר בודאי דיש לנו לומר דחזקתו חזקה ומ"ש מר"ן בלשונו אע"פ שאכל א' מהם כמה שנים הרי היא בחזקת שניהם לאו בדרך גוזמה נקטה ולא נתכוון אלא לומר כל כך שנים היינו כשני חזקה או יותר דהיינו ג' או ד' או כמנהג וכמו שמפורש הטעם ברשב"ם בגמרא שמהם יצא עקר הדין:

וסברא זאת ישרה והגונה היא דהא כתב מר"ן בסי' קמ"ט דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לאחד חזקה על חבירו אפילו נשתהא זמן רב ע"כ וכתב הסמ"ע סק"א משום דשותפי לא קפדי אהדדי ואע"ג דכתבתי בסי' קנ"ז דבזמן רב רגילין להקפיד מ"מ כיון דניכר וידוע הוא דדבר זה בשותפות היא עדיין הוא בחזקת שניהם עכ"ל וכתב הש"ך סק"ב וז"ל כתב הסמ"ע וכו' לא כתב שם בס' קנ"ז כלים ונראה שכיון למ"ש הטור שם בס"ג

ושהו ברשותו זמן רב וכו' והיינו כמ"ש התוס' ריש ב"ב דבשהו זמן רב רגילין להקפיד ויכיל לטעון לקוח ואינו מבין מ"ש מ"מ כיון דניכר וכו' דמה בכך שהיא של השותפות כיון שרגילין להקפיד והגע עצמך היכא שהיא ידוע שהוא של חבירו לבדו נאמן לטעון לקוח כ"ש של שניהם ומה בכך שהיא של שותף הרי הוא מקפיד אלא נראה לפענ"ד דהטור מיירי בזמן רב שאין רגילים להקפיד והתוס' מיירי בזמן יותר שרגילים להקפיד וכמש"ל ועיין בתשובת מהראנ"ח ובתשובת המבי"ט ובשאלות השניות ובתשובת ר"י לבית לוי עכ"ל וכן נראה מדברי הטו"ז בס' קנ"ז דהשותפים דרכן להקפיד זמן רב יותר מן הראוי יעו"ש הרי לפניך דהרב טו"ז והש"ך וכל הנהו פוסקים דמייתי בעזרתו כולהו ס"ל דבשותפים עצמם דוקא בעינן דבר דדרך השותף נהיג לחלוק בו עם חבירו אבל יותר מן הראוי בודאי לא והוייא חזקת המחזיק חזקה ובנדו"ד נראה דאפי' הסמ"ע יודה דעד כאן לא קאמר הסמ"ע דאפילו זמן רב דאין דרך השותף להקפיד אלא בדבר הידוע של שותפות וכמ"ש בדבריו אבל בכגון זה דשותפותם אינה ידוע אלא אמרינן הואל וירשוה מאביהם הוו שותפים איכא למימר דאם נשתהה זמן רב ביד אח אחד הוי חזקה דהו"ל לאחיו לחוש שמא יאמר לו מעולם לא הייתי שותפך אלא כשמת אבינו נטלתי אני הקרקע ואתה כנגדי מטלטלים או מעות:

גם טעם השני שהיינו רוצים לבטל ממנו חזקת ראובן גם, הוא נסתר מחמת"ו מכמה טעמי חדא דהא לשון הר"י אלברצלוני זלה"ה שפסק מר"ן הכי הוא אם א' עשיר וא' עני ואין לו כלום ואחיו מוציא עליו הוצאות והעני דר בבית וכו' הרי לפניך דלא נאמר דין זה אלא באח הנותן שהוא עשיר לא כן אם אינו עשיר יש לו חזקה דמילתא בטעמא הוא דהואל ואינו עשיר אין עליו שום חיוב לתת לאחיו הבית לדור בו וא"כ גם כאן הואל ושמעון אחי ראובן לא היה עשיר ואדרבא יכול להיות שאחיו היה מרווח ממנו מאין יבוא לו החוב לתת לו בתורת חסד עד שנאמר לא עלתה לו חזקה ואם משום דאחיו גדול הוא ממנו בחכמה ובמנין לא מצאנו שום רגל לחלק בזה ולומר משום גדולתו נתן לו ואין לו חזקה ודין זה לא כתבו שים פוסק ולא תלה הר"י אלברצלוני דינו אלא בעשיר ועני ולא בגדול וקטן:

גם יש לגרוע טענתו זה דהא סיים וכתב וא' עני ואין לו כלום ואחיו מוציא עליו הוצאות וכו' משמע דלא כתב הר"י אלברצלוני דין זה אלא במי שהוא עני לגמרי ואין לו מה לאכול ואחיו הוא שמוציא עליו הוצאות דאזי אמרינן כמו שנותן לו מה לאכול כך נותן לו בית לדור בו אבל בנדו"ד שלא היה מאכלו ומשקהו מהיכן נולד חסד זה לומר דמה שהיה ראובן דר בבית הזה ולא מיחה בו הוא משום חסד אלא פשוט דאין בטענתו כלום:

ואין לחלק ולומר דעד כאן לא הוצרך הר"י אלברצוני זלה"ה לומר דבעינן שיהיה א' עשיר וא' עני וגם בעינן שיהיה מוציא עליו הוצאות אלא דוקא באח הדר בבית המיוחד לאחיו בלי שום שותפות כלל לכך בעינן כל הנך טעמי אבל במקום דשותפים נינהו נימא דבטעם קל כ"ש איכא למימר דלא עלתה לו חזקה דהואל ויש לזה הדר בו מחצה איכא למימר דאחיו מחל לו גם במחצה הואל ודבר מועט הוא:

אלא דחלוק זה גם הוא אין רגלים על מי לעמוד ומוסתר הוא מדברי הסמ"ע שכתבנו דכתב הסמ"ע סק"ו וז"ל והעני דר בבית המיוחד וכו' ואם ירשו אותו הבית יחד דבר פשוט הוא דלא יוכל זה האח העני הדר בו ג' שנים לומר קניתי גם חלק אחי העשיר והחזקתי בו ג' שנים ולא ניתן לכתוב דהרי יש לו חלק בו ולא עדיף משותף לכך כתב בבית המיוחד עכ"ל הרי לפניך דהסמ"ע קשיתיה על מהר"י אלברצלוני בעל הדין למה נקט בדבריו בית המיוחד ולא נקט בדבריו בית המשותף ולזה תריץ הואל והוא מילתא דפשיטא דבלאו הכי אין לו חזקה מדין השותפין ואם כנים הדברים דיש חלוק באח שדר בבית דאם הוא בבית המיוחד בעינן הנהו תנאים אבל אם דר בבית המשותף אפילו בטעם קל אין לו חזקה משום דבחצי הבית עביד האח למחול בדבר קל אם כן למה תירץ הסמ"ע דנקט מהר"י אלברצלוני בדבריו בית המיוחד ולא נקט בית המשותף משום מילתא דפשיטא תיפוק ליה דמוכרח הוא למינקט בית המיוחד משום דבעינן כל הנהו תנאים א' עני וא' עשיר ומוציא עליו הוצאות ודין זה לא בעינן אלא בבית המיוחד לאח לבדו אבל בבית המשותף דיי בטעם קל לבטל חזקתו דבמקום שאין לאח אלא מחצה עביד למחול אותו לאחיו לדור בו הואל והוא דבר מועט אלא ודאי אפי' חשבינן ליהו דשותפין היו בבית זה לא עביד למחול בחלקו אלא דוקא מי שהוא עשיר והאח הוא עני ואין לו מה לאכול ואחיו מוציא עליו דוקא וא"כ בכאן דלא נמצא תנאים אלו לא נמצא לנו שום ריח וטעם לבטל חזקת ראובן הן מצד דהחזיק בקרקע רוב שנותיו ומילתא דלא מיתאמרא למימר דפלגו אהדדי לזמן רב כזה כדאמרנו לעיל הן מצד דלא נמצא ריח וטעם לומר דבר מאהבת החסד כדכתבנו ג"כ:

ועדיפא מזה יש לנו לומר כאן ואדברה ולא אבוש דלדעתי נראה דאפילו אם היה שמעון זה עשיר ומוציא עליו הוצאות אין לנו לומר דלא תועיל חזקתו וטעמא דמילתא הוא דהא שמעון אחי ראובן זה כל ימיו היה דר בקרקע אחרים בשכירות פעם בחוץ פעם ברחובות ואם אמת הוא שהיה לו חלק בקרקע זה זה לא שמענו שיתן קרקע שלו לאחרים לדור בו והוא יהיה מושלך בחוץ להשכיר מאחרים ולטלטל עצמו מדי שנה בשנה לזמנים וקשה טלטולה דגברא וגם סברה זאת ישרה היא בעיני ויש לה סעד וסמך מהא דכתב רבינו

הטור באהע"ז סי' נ"ט וז"ל המשיא לבנו גדול בבית קנאו שאמרו חכמים דעתו קרובה אצל בנו שמרוב שמחתו גמר ונתנו לו במתנה ודוקא שיש לאב בית אחר לדור בו יעו"ש הרי לפניך דבמקום דאין לו לאדם לדור לא עביד ליתן את שלו וילך הוא לחזר על פתחי אחרים וזה אפילו אם האב עשיר ואין לו במה לדור עכ"ז אמדוהו ואמרו דאין מן הדרך שיתן קרקעו לבנו וילך הוא לחזר במה לדור וזה אפילו האב לבנו כ"ש נדו"ד שאין שמעון זה עשיר וגם המחזיק אינו אלא אחיו דוקא פשוט הוא דלא שביק דידיה ומרחם על אחוהי והגם דכתב שם הרב"י דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש לא הזכירו חלוק זה אם יש לו בית אחר לדור בו או אין לו וא"כ משמע דחלוק זה אינו מוסכם משלשה עמודי ההוראה אשר בית ישראל נכון עליהם וגם מר"ן בקצר שתק ולא כתב חלוק זה זולת מור"ם הביאו בשם י"א יעו"ש אבל מר"ן דלא הביא סברא זאת נראה פשוט דאזיל לשיטתו שכתב בביתו הנאמן דכתב הרי"פ והרמב"ם והרא"ש לא הזכירו חלוק זה ובשביל זה גם הוא לא פסק סברא זאת וא"כ לכאורה נראה דאין לחלק חלוק זה אלא דכד דייקת שפיר הואל וסברא זאת ישנה בעולם איכ"ל דאפילו הרי"פ והרמב"ם והרא"ש לא מחלקי בכך אפשר דוקא באב לגבי הבן הוא דדחוייה קרו לה לסברא זאת דהתם איכ"ל דמרוב שמחתו של האב יכול להיות שמוחל לו באותו בית אפי' אין לו אלא הוא אבל במקום אהבת חסד בודאי דסברת רבינו הטור שכתב והיא מוסכמת מכמה פוסקים אחרים בודאי דיש להעמידה בכאן ולומר דאינו מן הסברא שיהיה מושלך הוא בחוץ ואחיו ליחדי בממונו זה אינה תורה והעד ע"ז דגדול כח הבן דהא אם השיאו בבית קנאו לכן איכ"ל לדעת הרי"פ והרמב"ם והרא"ש אפילו אין לו אלא אותו בית קנאו אבל מי שנותן לאחיו העני לדור באיזה בית בודאי דלא קנאו נמצא דעדיף כח הבן מן האח העני וא"כ לדבר הזה עדיף כח הבן לדעת עמודי ההוראה דאפי' אין לו אלא הוא קנאו לא כן באח כמו שאין סברא לו' דקנאו לגמרי אלא לדור בו נתנו לו כך אין סברא לומר שיתן אותו לו לדור בו והוא יהיה מושלך:

גם יש לנו לעקור הני תרי טעמי דמנייהו בעינן לבטל חזקת ראובן לא מלבד טעמים הראשונים. שכתבנו לבטל טענת נמואל ארצה אלא אפילו אם לא היו אותם הטעמים יש לנו טעם אחר דמכתו נפלה טענת נמואל דהא בין לטעם דשותפים אין להם חזקה זע"ז בין לטעם שאמר נמואל דמשום החסד היה מוחל אביו שמעון לראובן זה לא יוצדק דוקא אלא אם היה ראובן דר בבית ולא יצא ממנה כלל אזי היינו יכולים לומר שותפים אין מחזיקים זע"ז וגם נניח לומר חסד עשה עמו כפי דעתו של נמואל זה אבל בכגון זה שרצה ראובן לילך לדור בארץ ישראל ועמד ושעבדה ביד אברהם והשכינה ליצחק והיה יצחק

אוכל פירות עד כדי ל' שנה מאי דעתיה של שמעון בזה דרצה ושתק ודאי דאין לו בקרקע זה כלום ועדיפא מזה ראיתי להרב מאמ"ר קדישי"ן בסי' קמ"ט סק"ג וז"ל וכתב כנה"ג אם השותף השכירו לאחרים לא עלתה לו חזקה אבל אם היו פורעים השכירות לשותף האחד הוייא חזקה וה"ה אם היו אחים עכל"ה הרי לפניך דאם שותף אחד או אח גובה השכירות לבדו עלתה לו חזקה וכ"ש נדו"ד דהוי כמכרו לגמרי דהרי שעבדו בכדי דמיו והיו אחרים אוכלים פירותיו מה זו שתיקה בודאי דאין לשמעון בו כלום וכן ראיתי להרב באר היטב סי' הנז' סק"ג שכתב משם הרב המביט וז"ל אם שותף אחד השכירה לאחרים לא עלתה לו חזקה אבל אם היו פורעים השכירות לשותף זה ולא לאחר עלתה לו חזקה וה"ה אם היו אחים ושותפים ואין לו טענה שהוא מוותר לו מפני שהוא אחיו ומסכן ע"כ הרי לפניך דאם האח העני מקבל השכירות לבדו אין העשיר יכול לומר מחלתי לו מכח עניותו מכ"ש בכאן דעמד ועשאה אפותיקי בסך כו"ך ביד ראובן ובסך מה משכנה ביד יצחק וירד יצחק לאכול פירותיה דלא מלבד דמחזייא כאלו ראובן האח מקבל לבדו השכירות והוייא חזקה וכמש"ל הרב מאמר קדישין משם כנה"ג והרב הבאה"ט משם המבי"ט אלא דעדיפא מינה נוסף כאן הואל והלך ושעבדה ומשכנה בכדי דמיה הוייא כמכירה ממש וזהו גלוי מילתא דראובן קרי בחיל דדידיה היא ושמעון שותק וראיה לזה מתשובת הרשב"א שהביא מור"ם בסי' קמ"ו ס"י וזל"ה דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה ודוקא יורש וכיוצא שירש מאמו אבל מי שלקח קרקע מהאשה ומכרה בפרסים מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח דאלו לא הוי הקרקע של האשה לא היו מניחים היורשים לאשה למוכרם בחוזקה ובפרסום עכ"ל וכתב שם הסמ"ע סיקכ"ג דמלשון הג"ה זאת בסדורה בטעמא משמע דאפילו לא החזיק בה הלוקח ג"ש מחזקינן הקרקע בידו ועיין בהגהות ד"מ מ"ש בזה עכ"ל הסמ"ע הרי מבורר לך דכל היכא שידע המערער שהמחזיק מכרה והוא שותק בודאי דאין לו עליו שים ערעור כלל והגם שבתשובת הרשב"א שם כתוב שמכרה בפרסום ופרסים הוא בהכרזה בבית הכנסת וכמ"ש הרב כנה"ג בהגהות ב"י בסיקמ"ו סט"ו שכתב דהאי פרסים דקאמר הרב היינו בהכרזה שכתב המרדכי והרשב"א יעו"ש שהובאו דבריו בכר"ח סי' נ"א וא"כ נימא דלא אמרה הרשב"א אלא דוקא בפרסום דהיינו הכרזה אבל בכגון דא דהלך ומשכנה בלי הכרזה נימא דלא אמרינן מדשתק ש"מ דלית ליה לשמעון בה כלום זה לא יתכן דהא כל טעם ההכרזה והפרסום הוא כדי שנאמר שהיורשים ידעו שקרקע זו נמכר ואזי אמרי' שע"י הפרסום בודאי ידעו ולמה שתקו בודאי דאין להם בה כלל וא"כ גם כאן הואל וראובן זה משכנה באותו זמן ביד אברהם ויצחק בכדי דמיה ונוסף גם הוא שירד יצחק לאכול פירותיה ושמעון רואה

ושותק בודאי דאבד טענותיו דאין לך מחילה יותר משתיקה זאת הרי בררתי לך דאפילו במקום שהחזיק אין חזקתו עולה לו כמו האשה שאין לה חזקה בנכסי בעלה ועכ"ז אם מכרה בפרסום בענין דידעו היורשים ושתקו אמרינן דאין להם שוב שום טענה גם כאן אפילו נימא דאין לראובן זה חזקה עכ"ז הואל ומשכנה ושעבדה וירד יצחק לאכול פירותיה בפרהסייא ושמעון שותק בודאי דאין לו כלום:

והגם דלכאורה נראה דתשו' הרשב"א זאת סותרת כמה פסקי מר"ן דמנייהו משמע אפילו ידע המערער שנמכרה הקרקע יכול המערער אח"כ להוציאה מיד הלוקח וכמ"ש מר"ן סי' קמ"ו סי"ז וסי"ח ומסי' קמ"ז מרישיה לסיפיה ובכמה מקומות יע"ש דמשמע דאפילו ידע המערער ושתק לא איבד זכותו אלא דוקא אם עשה מעשה כגון חתם בשטר מכר או סיוע וכו' אל תקשה לך מזה דשם איירי דלא החזיק המוכר הראשון שלש שני חזקה לכך הוא לא אבד זכותו בשתיקתו דהואל ועדיין לא אכלה המוכר ג' שני חזקה איהו לא חש למחות אבל בכגון זה כגון אלמנה זאת שכתב מור"ם או כגון ראובן זה דנדו"ד שאכלה כמה שנים בשיפה ואח"כ חזרו ומכרו אותה פשוט הוא דבשתיקתם הודו וחזקת המחזיק היתה כדת וכהלכה ויפה שתיקה למי שאין לו חזקה אם אכלה שני חזקה ואח"כ מכרה בפרסום יותר ממי שיש לו חזקה בנכסי חבירו ולא אכלה כי אם שנה או שנתיים ואח"כ מכרה אפי' שתק כששמע המכירה יכול אח"כ לערער ולהוציא מיד הלוקח:

והגם דכאן לא עשה מכר גמור אלא משכונה אפי"ה אין לחלק וכמכר דמייה והילך מ"ש הרב זרע יעקב ן' נאיים בספרו הבהיר סי' נ"א וז"ל ובנדו"ד דמלוה בשטר מאוחרת היא משכונה נראה לכו"ע היא קודמת ולא מבעייא אם הוא מוחזק שהיא משכונה לדור בה אלא אפי' משכונה סתם שהיא על דעת לאכול פירות והרי אין עדיין ביד הבעלים נראה שהיא קודמת למלוה ע"פ כיון דמשכונה סתם אינו יכול לסלק תוך זמנו וכ"כ הרב ז"ל במנהגים דאנן אתרה דלא מסלקי ואמרי' בפרק איזהו נשך האי משכנתא באתרא דלא מסלקי ב"ח גובה הימנה ובכור נוטל בה פי שנים ושביעית אינה משמטתה ופירש"י דהוי מכר אצל בעל המשכונה וחשיב מוחזק לגבי בכור ע"ש וכיון דהוי מכר הו"ל לקותות וכ"ע מלוה ע"פ אינה טורפת מלקוחות וכ"ש סברת הרא"ש דאפילו באתרא דמסלקי ועוד אשכחן בדין מת לוה בחיי מלוה דקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו אם היתה משכונה כיון דשבועה אין כאן נוטל בלא שבועה עכל"ה הרי בירורתי לך מדברי הרב דמכר ומשכונה שוים הם: אחכ"ו האיר ה' עיני וראיתי לרבינו מהרי"ט זלה"ה בסי' כ"ו שנשאל בכעין זה באחים שירשו מאביהם קרקעות בעיר אחת והיה ראובן דר בעיר מולדתו ואחיו דר בעיר אחרת וראובן היה עני ואחיו היה מניחו לשכור קרקעות

ולקחת השכירות כי איש עני הוא וכך היה המעשה לימים מת ראובן ובא שמעון לראות קרקעותיו ונמצאו שכבר מכרם ראובן אחיו ליהודא ויהודא ללוי ולוי לזבולן ועמדו בדין וזיכה הרב הקרקעות ללוקח מטעם דהואל והיה לוקח כל השכירות וגם מכרם בודאי דשלו הם יעו"ש בדבריו שהביא ראיותיו מהש"ס באורך וששתי שנתכוונתי אל האמת וה' יאיר עינינו בתורתו:

וכל זה לא כתבנו אלא לרווחא דמילתא דבנדו"ד אין אנו צריכים לכל זה דהא נמואל זה עדיין לא הביא שום עדים דקרקע זאת היתה מוחזקת שהיתה של אביהם הזקן אלא מפי השמועה ששמע מאביו למד דבר זה שהיה אומר לו ואפילו אם היו יהיה שהיה אביו קיים היה צריך להביא עדים שקרקע זאת היתה של אביהם יעקב ולא היה ראובן זה מוחזק בה בימי אביו דהא אפילו אין לבן חזקה בנכסי אביו היינו דוקא בסמוך על שולחנו אבל בשאינו סמיך על שולחנו חזקת הבן בנכסי אביו הוייא חזקה וכמ"ש בסימן קמ"ט ס"ג לכן גם שמעון זה אם ירצה לבטל חזקת ראובן המחזיק ולהוציא הקרקע מחזקתו עליו רמי לברר שקרקע זאת היתה של יעקב אביהם וראובן זה לא החזיק בה בימי אביו או אפילו החזיק בה היה סמיך על שולחנו דאזי לא עלתה לו חזקה:

וסמיכה על שולחן אביו דצריך לברר ואזי תתבטל לו חזקתו דע לך דדין סמיכת השולחן של האב לא מקרייא אלא אם תהיה בשני אופנים דהיינו שיהיה הבן סמוך ואוכל על שולחנו וגם כן שיהיה הבן מתעסק בנכסי אביו והילך לשון הרב משח"א דרבות"א בח"ב בנימוקי מהרש"א זלה"ה כתב וז"ל בסי' קמ"ט הבן שהוא סמוך על שולחן אביו אין לו חזקה וכו' הנה בפירוש סמוך ע"ש אביו פי' רשב"ם וכו' ומעתה יש לתמוה על הש"ע שהעתיק דברי הרמב"ם והניח חבל נביאים שנתנבאו בסגנון אחד רשב"ם והר"ן והריב"ש בשם הרשב"א הביאו הרב"י והטו"ר בשם הר"י אלברצלוני דכולם ס"ל דבעינן שיהיו סמוכים זע"ז בממון ובעסקים ואיך נטה הש"ע אחר דברי הרמב"ם נגד כל הני רבוותא ואפשר לומר דאף הרמב"ם מודה דבעינן שיהיה משתדל בנכסי אביו דוק ותשכח בלשונו דכתב סמוך על שולחנו ונחשב בכלל בני ביתו והש"ע העתיק דברי הרמב"ם כהווייתן כדרכו ברוב המקומות וכו' עכל"ה הרי הבאתי לך דברי הרב משד"ר בריש מילין להודיעך דהא דאין לבן הסמיך על שולחן אביו חזקה אלא דוקא במתעסק בנכסי אביו וא"כ גם כאן שצריך להיות ברירתו של שמעון אם היה מערער ורוצה לבטל חזקת ראובן דהיינו צריך לברר דמעולם לא החזיק בקרקע זאת בימי אביו או היה סמוך ומתעסק בנכסי אביו עד מות אביו דאזי לא עלתה לראובן חזקה דהא אפילו בבן עם אביו אם החזיק הבן ובא האב להוציא ממנו על האב להביא ראיה שבנו היה סמוך על שולחנו

ומתעסק בשלו הלאו הכי אין להוציא הקרקע מחזקת בנו המחזיק דכל המערער עליו להביא ראיה וגם כאן הקרקע בחזקת המחזיק היא דהא הבן יש לו חזקה בנכסי אביו ואין האב זה יכול להפיל לו חזקתו ארצה אלא אם יברר שהוא סמוך ומתעסק הלאו הכי מעמידינן לה בחזקת המחזיק מדי דהוה כאומר לאדם אחד ממך קניתיה אפי' היתה ידועה מקודם למערער כ"ז שלא בירר דלא מכרה לו בחזקת המחזיק תיקום:

ודבר זה ג"כ הרי מפורש יוצא בדברי הבאה"ט סנ"ט סק"ב שכתב על דין המשיא בנו גדול בביתו קנאו דכתב מר"ן דדוקא אם לא שייר אבל אם שייר אפי' פך לא קנה ע"ז הביא הרב הבאה"ט מחלוקת הפוסקים אם האב והבן חלוקים דהאב אומר שייר והבן אומר לא שייר וכתב דלסברת מהר"ם אלשי"ך והרמ"ה יעו"ש ולבסוף כתב דכנה"ג ס"ל דלעולם על הבן להביא ראיה זולת דוקא אם הבן אכל שני חזקה דאזי על האב מוטל להביא ראיה יעו"ש עכ"ל הרי לך דאם אכל שני חזקה מהנייא טענתו אפי' באומר לא מכרתיה לי אלא אומר נתתיה לי מכח שהכנסתני בה לחופה ופשוט הוא דטעמו הוא הואל והחזיק מעמידין אותה בידו דהויה חזקה שיש עמה טענה ואפי' מאן דס"ל דעל הבן לברר שלא הניח כלום הלאו הכי אינו נאמן עכ"ז מהני ליה במקום חזקה דידיה נאמן במיגו:

שיאמר בקנייה ירדתי לה או אפשר אפי' בלי מיגו האמינוהו דמסתמא טענתו טענה הואל ושתק אביו שלש שנים:

איך שיהיה אתייא מבי נייא דבמקום חזקה על האב לברר טענתו ולבטל חזקתו וא"כ גם שמעון אם היה עדיין חי עליו היה מוטל לברר שאחיו בימי אביו לא עלתה לו חזקתו הואל והיה סמוך ומתעסק ואזי בטלה חזקתו ונשארה לשניהם ואזי שמעינן שדבריו יש להם על מי לחול אבל במקום דליכא עדים כהני דאמרן אפילו אם המצא ימצא ראובן המחזיק עדיין חי ויאמר דהאמת הוא שקרקע זאת של אביהם היתה דבשנינו ירשנוה אבל מכרת לי חלקך בודאי דהוא נאמן ולא אמרינן שותפין אין להם חזקה ז"ע דיהיה ראובן נאמן במיגו שיאמר לו מעולם לא היתה של שנינו אלא מאבי לקחתה דכל היכא דאיכא מיגו מהני טענתיה כמ"ש בסי' קמ"ו במר"ן סכ"א ובסי' קמ"ט ס"ק ובכמה מקומות דוק ותמצא:

איך שיהיה הרי ביררתי לך דלא שמעינן מעקרא לטענת שמעין אם היה חי אלא הביא יביא עדים שקרקע זאת מוחזקת היא מאבותיו ומה שאכלה ראובן בימי אביו הוא משום שהיה סמוך על שולחן אביו ומתעסק בו ואזי חזרו לידון כשותפים בה ונחזי אנן אם יש לו חזקה לגבי אחיו או לא כדאמרן לעיל:

אבל אין לו' אפילו במקום שיברר שמעון שאחיו אכל קרקע זאת בימי אביו הוא משום שהיה סמוך ובטלה לו חזקה נימא דג"כ צריך לברר שמעון שאביהם לא הניח להם שום קרקע אחרת זולת זה הלאו הכי יכיל ראובן לטעון שאביו הניח להם קרקעות הרבה וחלקו אותם ועלתה לו זה בחלקו וכדקי"ל דאם היו בקרקעות כדי חלוקה הרי זה מחזיקים זע"ז וכמ"ש בסי' קמ"ט ס"ב יעו"ש דזה לא יתכן דהאמת הוא אם יברר שמעון דמה שהחזיק בימי אביו לא עלתה לו חזקה ואחרי מות אביהם נשארה משותפת ביניהם א"כ הרי בחזקת שניהם קיימא ואין לאחד כח בה יותר מחבירו אפילו החזיק. מכח דשותפים אין להם חזקה זע"ז וא"כ ל הדר דיניה דראובן הוא המחזיק ועליו להביא ראיה שאביו הניח קרקעות הרבה ואזי יהיה נאמן בחזקתו לומר שבחלקו עלתה: ואין להקשות ולו' דמאי שנא כאן דאמרינן דראובן המחזיק עליו להביא ראיה שאביהם הניח קרקעות הרבה ומאי שנא מאם החזיק בימי אביו דהוכחנו לעיל דעל האב להביא ראיה זה אינה קושייה כלל ושניא דא מן דא דבשלמא במחזיק בימי אביו כל בן יש לו חזקה בימי אביו זולת אם יהיה המחזיק שהוא סמוך עש"א והוא אומר שלא היה סמוך אם כן חזקתו חזקה ואין להוציא מידו עד שיביא אביו ראיה שהוא סמיך על שלחנו אבל בכאן אחים השותפים אפי' ראובן הוא מחזיק לא עלתה כלל חזקתו וא"כ עדיין הוא ברשות שניהם עד שיברר שאביהם הניח הרבה ואזי למפרע חזקתו חזקה וזה חלוק ברור ומפורש ואין לומר דבנדו"ד שכבר מת ראובן המחזיק והמערער דן עם יורש שלו נימא דטענינן ליורש דשמא אביהם הזקן הניח קרקעות הרבה ועלתה זה לראובן בחלקו ואלולי היה עדיין ראובן חי היה מברר שהניח הזקן קרקעות הרבה זה לא יתכן חדא דהא מאי דקי"ל ופסקו מר"ן בסי' ק"ח ולהלן דטוענים ליורשים היינו דוקא להעמיד ולהחזיק מה שבידם אבל מה יהנה לן טענותינו במה שהוא מוחזק ביד אחרים זה לא יתכן:

ובפרט דבנדו"ד אפי' במקום שהיורשים מחזיקים לא תהני לן טענותינו דהא ראיתי להרב משכנות הרועים מערכת יו"ד אות כ"ב שכתב דהגם דקי"ל טוענין ליורשים דוקא טענה שהיה האב יכול. לטוענה וא"ק לברר דבריו בעדים אבל בדבר שצריך לברר דבריו בעדים מחזי מדבריו דלא טענינן וכן ראיתי להרב מו"ד בספר כרם חמר ח"א סי"ב שכתב בפסקת ומוהריב"ל וכו' סיים וכתב וז"ל וע"ע למוהריב"ל ח"ג סי' ק"ט דלא טענינן ליורשים וללקוחות היכא שהמוריש או המוכר היה צריך לברר ולהביא עדים ועיין מהרש"ך סי' קפ"ג ומהרשד"ם ס"ס ות"א סי' קל"ט ור"ד ובני שמואל סי"ד עכ"ל איך שיהיה עלה בידינו דתחלת דברי פיהו של המערער על ראובן בחזקתו שהחזיק בימי

אביו צריך להביא עדים שהיה בימי אביו סמוך עש"א ומתעסק בדידיה אכן כשיביאזה דיי ליהולא צריך לברר דקרקע זאת הוא שהניח אביו דוקא:

אחרי כותבי בחיפושי באמתחתי בספרי הקודש ראיתי להרב החבי"ב זלה"ה בספרו הקדוש בע"י חי"י סי' צ"ו שנשאל על ראובן ושמעון ולוי ויהודה אחים הוו וירשו מאביהם חצר אחת וחלקו ביניהם ראובן ושמעון לקחו העליות ובית אחת ולוי ויהודה התחתיות ויהי היום ויבוא ערל ויהרוג את שמעון ויקומו כל האחים על הערל לנקום נקמתו ואמרו לוי ויהודא לראובן שיוציא הוצאות מכיסו לנקום נקמת דם אחיהם ויהיה חלק אחיהם קנוי לי ויחגור ראובן חרבו ויאזור חיל נקמת אחיו וה' עמו והצליח דרכו עד אשר נהרג הערל ומאותו היום והלאה החזיק ראובן בחלק שמעין יותר משני חזקה אא"כ קם יהודה ערער על חלק המגיעו בירושת שמעון ואומר שיטול חלק בי וראובן טוען כבר נקנה לו בעד ההוצאה כמו שנתפשר עמו ועם לוי והראה שהחזיק יותר משני חזקה ולא דיבר שום דבר עכ"ל השאלה בקצור והרב הנז' אחר שקלא וטרייא אריכתא לאסוקי שמעתתא אלבא דהלכתא ובפרט לברר אם סברת העיטור שהביא רבינו הטור דאחין יש להם חזקה זע"ז היא אפילו באחים השותפין והיא היפך סברת הר"י אלברצלוני זלה"ה שהביא הטור בסעיף ל"ז דבאחים השותפים אין חזקה זע"ז והביא בזה סברת הפוסקים שחולקים בזה ולסוף העלה וכתב וז"ל כללא דמילתא דאם אין עדים שנשארו משותפים אחרי מות אביהם לא שנא חלוקים בעיסתם ל"ש אינם חלוקים ל"ש יש בה דין חלוקה ל"ש אין בה חלוקה נאמן ראובן שהתנה עמו שההוצאה שיעשה לנקום נקם אחיו יתפרע מחלק הבתים שלו וישבע שכך התנה עמו ויזכה בבתים ואם יש עדים שנשארו משותפים אחרי מית אביהם אם יש בבתים דין חלוקה לכו"ע עלתה לו חזקה אם הוא חלוק בעיסתו ואם הוא אינו חלוק בעיסתו נכנסו לפלוגתא דרבוואתה ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא שהוא יודא וכן אם אין בו דין חלוקה אע"פ שהוא חלוק בעיסתו אוקי ארעא בחזקת מרא קמא עכ"ל הרב החביב זלה"ה אם כן מכאן מפורש יוציא היפך סברתי שכתבתי דבמקום דשמעון יביא עדים שקרקע זאת מוחזקת היא של אביו ומה שאכלה ראובן בימי אביו הוא משום שהיה סמוך ותו לא מדי דלא בעי להביא דקרקע זאת היא שהניח דוקא ולא אחרת אלא על ראובן היה מוטל להביא עדות זה הלא"ה מחזיקינן ליהו כשותפים ולא עלתה לו חזקה:

אלא דסברא זאת היא בטילה לגבי דברי הרב שהבאתי שמפורש בהם דעל יודא המערער להביא ראיה שנשארו שותפים הלאו הכי מחזיקינן ליהו דלא נשארו שותפים דהא כתב בדבריו דאם אין עדים שהם שותפים נאמן ראובן אפילו בדבר דלאו בר חלוקה ש"מ

דמי שמוחזק יכול לטעון כבר חלקנו והגם דתמיהא גדולה עמדה לנגדי איך מלאו לבו להרב הנז' לו' דאפי' בדבר שאין בי חלוקה אם אין עדים שנשארו שותפים חזקתו חזקה א"כ הרי בטלת דין זה דהשותפים אין להם חזקה זע"ז דהא יכול כל שותף לומר לחבירו חלקנו ובפרט דבדבר שאין בו חלוקה היאך יאמר לחבירו חלקנו הרי כל טעמם של דברים דאמרו דבדבר שאין בו חלוקה אין מחזיקים זע"ז הוא משום דלא מצי למימר חלקנו הואל ולא שייכא בו חלוקה כלל:

אלא דהאמת כד דייקת שפיר אל תתמה על הרב בודאי דינא דמתניתן בכבודו מונח דהשותפין אין להם חזקה בדבר שאין בו חלוקה אבל עכ"פ התינח במקום שהם שותפים כגון שידענו בהם שהיו בו שותפים אבל בדבר שאינו ידוע בערים אלא דמפיהם אנו חיים כגון באחים שאומרים שירשו בית אחת אלא דאחר מית אביהם חלקו ונפלה לאחד ומעולם לא נשתתפו בה דבזה נאמן המחזיק והיא כוונת הרב שכתב בדבריו כללא דמילתא אם אין עדים שנשארו משותפים הכוונה לא נשארו אחר מות אביהם ומ"ש בדבריו דהואל ואין עדים נאמן לומר חלקנו הכוונה חלקנו אחר מות אבינו ועלה בגורלי ואתה נטלת כנגדה קרקע אחרת או כלים או ממון זוהי בודאי כוונת דבריו דאין להוציא קרקע זה מיורשי ראובן ואין אומר ואין דברים:

והגם שעכשיו מוחזקת היא ביד נמואל שמכרה והחזיק בדמיה אין בתפיסה זאת כלום והקרקע בחזקת בעליה יורשי ראובן קיימא דאפי' ירד לה נמואל ן' שמעון כמה שנים ואכל פירותיה אין בחזקתו כלום חדא דהא ירד לה בתורת משכונה וקי"ל דכל היורד בתורת משכונה אין לו חזקה כמ"ש הטו"ר ומר"ן בסי' ק"ן והגם דכתב שם מר"ן בסי' הנז' ס"ג היכא שידוע שירד לה בתורת משכונה י"א שאין לו בה חזקה לעולם אפי' אם ידוע ששלמו ימי המשכונה והחזיק בה ג"ש אח"כ וי"א שאם אכלה ג"ש אחר ששלמו יומי המשכונה יש לו חזקה עכל"ה וא"כ גם כאן נימא דאחר כלות יומי המשכונה יהיה נאמן לו' במה שטען שהיא של אבותיו דהא אנן כי"א בתרא קי"ל דאחר כלות ימי המשכונה נאמן לו חזרתי וקניתי וא"כ גם כאן הגם שאינו טוען שחזר וקנה אותה אלא רוצה להחזיק בה מכח דשל אבותיו היא יהיה נאמן במיגו דיכול לטעון ממך חזרתי ולקחתי אותה דמהני מיגו להחזיק בידו הקרקע כמש"ל דדבר זה מפורש בכמה מקומות בפסקי מר"ן והגם דמיגו זה הוא מיגו דהעזה וכבר ידוע דמיגו דהעזה הוא מחלוקת הפוסקים אי אמרינן מיגו אם היה מעיז לשאינו מעיז עכ"פ כבר כתב הש"ך בסי' פ"ב בכלל המיגו אשר לו דטענינן והביא דברי מר"ן ופסקיו דפסק בקציר בסי' קמ"ו סכ"ד ובסי' קמ"ט

ס"ך בדיני החזקות דטענינן מיגו דמעיז לשאינו מעיז וא"כ גם כאן נימא דנמואל זה יכול לומר דשל אבותיו היא עדיין במיגו שיאמר ממך קניתיה:

אלא דהאמת יורה דרכו דלא יוכל לומר ממך קניתיה חדא דהא שטר משכנתא זה שהיא מושכנת ביד נמואל הוא זכה בה מיד יצחק שמשכנה בידו ראובן ומשכנתא הדין היא משכנתא דסורייא דכתבי בה ניכוי פרוטה בכחו"ח ובמשלם שנייא אלין תיפוק ארעא דא בלא כסף ומשכנתא דאנן ידעינן לה שראובן משכנה ביד יצחק ונמואל הלך וקנה השטר מיצחק לא מלבד שאין אנו יודעים עד זמן מה עשה אותה ראובן משכונה ביד יצחק אלא יודעים שהיה משכונה ואין אנו יודעים זמן מה וא"כ הדר דינייהו למ"ש מר"ן בסי' ק"ן בסוף דבריו שבסעיף ג' וז"ל ויש מי שאומר שאם העידו העדים ששדה זה משכונה אצלו ואינם יודעים כמה שנים אפי' אם החזיק בה כמה שנים אין לו חזקה עכל"ה וא"כ גם כאן אפילו עברו כמה ימים ושנים לא החזיק בה נמואל הואל וידענו דבתורת משכונה ירד:

אלא דבמשכנתא דידין דסורייא אפילו אם ידוע נדע שעשאה לו על שנה או שנתיים לא יפדה ואח"כ יפדה כמו שאנו כותבים בה שכך הוא היתר דידה שתהא נמשכת לרצון הממשכן בניכוי אפילו פרוטה בכחו"ח עכ"ז לא אמרינן הואל ועברה זו השנה או שנתיים שקצבו בה שאינו יכול לפדות ואח"כ יפדה אם ירצה נימא דזה הוא עבר הזמן ואח"כ יכול לטעון שקנה אותה ממנו אח"כ. דזה אינו דהואל ואם ירצה להניחה ביד המלוה כ"ז שירצה עד שיכלו דמי המשכונה בניכוי פש"ן כולהו שני מיקרו תוך ימי המשכונה: ודבר זה הרי הוא מפורש בספר כר"ח סי' ק"ך וז"ל היורד לקרקע בתורת משכונה דקי"ל אין לו חזקה אם אחר ששלמו ימי המשכונה י"ל חזקה זה תלוי בפלוגתא דרבוותא והרב המבי"ט כתב וז"ל ונלע"ד פשוט דאין בכלל זה המשכונה שעושים לזמן ותוך הזמן לא יפדו וכ"ז שלא יפדו נמשכת בניכוי שאינו נקרא שלמו ימי המשכונה עד שיכלה הקרן דשוב אין לו פירות למלוה אי נמי במשכונה דנכייתא וכו' ולפי שטעו רבים כתבתי כי חושבים אחר עבור הזמן שקוצבים וקובעים שלא לפדות הוא נקרא שלמו ימי המשכונה וטעו בזה עכ"ל הרב המבי"ט והרב מהר"ש אבן צור זלה"ה א"כ זכינו לנדו"ד שהיא ממושכנת בניכוי פש"ן אפילו תתעכב ביד המלוה שלא יכלה הזמן וימי המשכונה לא יכלו הואל וירד לה בניכוי פש"ן בכחו"ח דהוי ירד בתורת משכונה ועדיין הוא בתוך הזמן גם אפילו אם היו יהיה שיהיה מי שירד לקרקע זאת בתורת משכונה יכול להחזיק עכ"ז בנדו"ד אין לו לנמואל זה חזקה דהא בן היורש הוא בעל הקרקע אינו דר בעיר אלא בארץ רחוקה שהיא א"י ומנא ידע בנמואל זה שירד לקרקע זאת ולהחזיק

בה והדר דינו למאי דקי"ל דמי שהוא בארץ רחוקה אין חזקה בנכסיו והגם דדין זה כתבו מר"ן בסי' קמ"ג ושם חילק דאם השיירות מצויות יש בנכסיו חזקה וא"כ גם כאן הואל ולפעמים באים מהתם להכא כמה שלוחי כולל וא"כ נימא דילכו ויגידו לו זה לא יתכן דהא טעם הדבר דבמקום שהשיירות מצויות אין לו חזקה הוא משום דאמרינן חברך חברא אית ליה וזה לא יתכן אלא דוקא באם ילכו השיירות ממקום המחזיק שיודעים שקרקע פלונית פלוני החזיק בה וילכו ויגידו אבל מהתם מהיכן ידעו לא דבר ולא חצי דבר ווה מדוקדק מלשונו הטהור שכתב ואם יש שיירות מצויות ממקום שהמחזיק בו למקום שהמערער בו יעו"ש בסי' קמ"ג ס"א:

ובפרט דבנדו"ד אפילו במקום השיירות לא יחזיק דהואל וראובן זה בלכתו לא"י לא הניח הקרקע פנוייה אלא הניחה ממושכנת ביד יצחק בתורת משכונה וחזר יצחק ומכר שטר משכונה לנמואל בן שמעון א"כ יכול ראובן לו' שהגם שעברו ימי המשכונה והיה יכול ראובן להחזיק עכ"ז לא מחיתי בו דמובטח אני ביצחק שלא יגזול אותי ויאמר שהיא קנוייה בידו וא"כ הואל והייתי מובטח שיצחק לא יגזול אותי ע"ז בטחתי וסמכתי שלא מחיתי בו ובשביל זה לא תעלה חזקת נמואל שקנה השטר דאני לא עלה בדעתי שהיא ביד נמואל למחות בו שהואל ואני בעיר אחרת דמיחו בדעתי שעדיין היא ממושכנת בידי יצחק ובשביל זה לא הייתי שואל ומבקש על הקרקע אם החזיק בה שום אדם כדי שאהיה צריך למחות בו דדעתי נאמנה שהיא ביד יצחק משכונה בטחתי שהוא איש נאמן וחלוק זה ה"ה בפירוש יורה בדברי הסמ"ע ס' ק"ם סקט"ו על מאי דהוקשה לו על דברי מר"ן דס"ל דאם שני בני אדם שכרו מאדם אחד ג"ש עכ"ז צריכים שטר כדי שתעלה חזקה למשכיר והוק"ל מאי שנא מלקוחות יעו"ש והוצרך לתרץ וז"ל דשאני לקוחות דהן עצמן באים להחזיק בו ואמרו שלקחוהו מהמערער משו"ה אמרינן משדרו בו ג"ש בלי מחאה הוייא חזקה משא"ך שוכרים הללו דלא באו הם עצמם להחזיק בו אלא המשכיר להם בא להחזיק מכחם בזה ס"ל להראב"ד דיכול המערער לו' בטוח הייתי באלו שדרו בו שלא יטענו שקר שלקחוהו מידי ולכן לא מחיתי בם ומהמשכיר לא ידעתי כיון שלא שכרו בשטר יעו"ש הרי לפניך דיכול ראובן זה לו' דהואל והנחתי אותו ביד ראובן בו בטחתי וסמכתי שאל יגזול אותי ובשביל זה לא מחיתי בלי דו"ד כלל:

ואין לומר דבנדו"ד הואל ויצחק זה מכר שטר המשכונה לנמואל בעדים ושטר הרי שמע הקול והו"ל למחות. זה לא יתכן דדוקא אם יהיה אדם בעיר ישמע הדבר אבל בכגון דא דהלך והניחה ביד יצחק ודאי לא שמע דהא עקר הטעם דעל מי ועל מה אמרינן חברך חברא אית ליה הוא משום שילך בעל הקרקע וישאל מי מחזיק בקרקע ואזי יגידו

אכל זה בודאי לא ישאל כי הוא ידע ביד מי הניחה ומה לו לשאול עוד ואין זה צריך לפנים סו"ד הדין נשמע דראובן או יורשיו זכאים בקרקע זה מכמה טעמי חדא דעדיין לא ברר נמואל שקרקע זה של יעקב אביהם הזקן היתה. שנית אפילו אם יברר דשל יעקב הייתה צריך לברר דהבן בימי אביו לא היה מוחזק בה או היה מוחזק אבל היה סמיך ומתעסק בשל אביו כמש"ל. שלישית שאחר מות אביהם נשארו שותפים בה בין היורשים וידוע דשותפים בה נינהו ואפי' חדא ממאי דאמרן אינה בידו. רביעית אפילו יברר כל מאי דאמרן עלתה לראובן חזקתו הן מצד דעברו כמה וכמה שנים והוא דר בה ואין זה דרך חלוקת השותפות זאת ועוד אחר הואל ומשכנה דהוי כאלו מכרה בפניו. מכל הני טעמי פשוט דעלתה לראובן חזקתו ודברי נמואל או שמעון אביו מהבל ימעטו: ולענין השבועה אי מזקיקינן לבנו של ראובן איזה שבועה או לא אם צוהו אביו וכדומה הנה בזה כבר נודע פסקי מר"ן בסי' ק"ם סצ"ב בענין שבועה אחר החזקה דס"א פסק שם דצריך המחזיק לישבע הסית ובס"ב פסק להיפך ומן הראוי לנו לפסוק כפסקא בתרייתא ואינו צריך שבועה ובפרט הרי מצאנו להרב דמש"א בס' זה סק"ב דמיישב דברי מר"ן וז"ל נראה דאפשר ליישב דלא קשה אהדדי בס"א מיירי שלא החזיק ג"ש ממש מיום ליום רק ג' בצירוף וכנז' בסי' קמ"א ס"א אף שמקרי חזקה מ"מ כיון שי"ח שצריך מיום ליום לכך צריך לישבע אבל אם החזיק שלש ממש שהוא מפורש בגמרא אין עליו חר"ס ומדיוק הלשון שבסעיף א' כתב שקנה והחזיק שמעין כראוי וכאן בס"ב כתב והחזיק שלש שנים עכ"ל אם כן בכאן דהחזיק כמה שנים נראה דאין שבועה אפילו על ראובן המחזיק עצמו אם היה עדיין חי:

אלא אפילו לסברת מור"ם דקי"ל כוותיה דפסקי מר"ן סתראי נינהו וא"כ ראוי לנו לפסיק כסברא קמא דמר"ן דמצריך שבועה דהא באותו פסק דס"א דפסק בו כן חזר ופסק בס"ד דאפי' החזיק צריך היסת וכן דמחלק הרי כתב ג"כ הש"ך בסק"ה דהעיקר הוא כסברא הראשונה יעי"ש גם לפי חלוקו של הסמ"ע דמצריך שבועה ודין המקרקעי כדין הממון דנשבע אלא דעכ"ז נראה פשוט דאפי' מאן דמצריך שבועה דוקא אם היה עדיין המחזיק חי דהוי טענתו עליו טענת בודאי מדי דהוה כאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום אבל בכגון דא שכבר נלב"ע המחזיק ואין לפנינו כי אם בנו הבא מכח חזקת אביו הדר דינו כשאר יורשים שאין משביעין אותם על דבר שמוחזקים בו דלא מצינו יורשים נשבעים אלא בבאים להוציא מיד אחרים: והגם שראיתי להסמ"ע בס' ק"ם סק"ב וז"ל כתב הרשב"א שאם המחזיק טוען כנגד היתומים שהמחזיק בשל אבוהון דאז חייב לישבע בנקיטת חפץ ומת המחזיק ולא נשבע אין אומרים בזה אין

מוריש שבועה לבניו הואל והם באים להחזיק עכ"ל הן אמת שחפשתי בס' הרב"י אשר לפני לראות עיקר ושורש שאלה זו לידע כיצד הוא הענין שהמחזיק חייב לישבע שבועה דאורייתא כנגד היתומים ולא נזדמנה כעת בידי עכ"פ המובן מדברי הסמ"ע הוא דאין אדם מוריש והיורשים צריכים לישבע שלא פקדנו א"כ הרי משמע שהיורשים נשבעים אין מזה סתירה דשאני נדונו דהרשב"א שדיבר בו הסמ"ע התם נתחייב כבר המחזיק שבועה בנק"ח ואזי איכ"ל דחל על בניו שבועה דשלא פיקדנו אבא אבל בכגון זה דלא היה על המחזיק עצמי כי אם שבועת היסת ומת אזדא לה השבועה ואין שבועת היסת באה על הספק ועי' דעדיפא מזה במר"ן סי' קל"ג ס"ה ומ"ש שם הש"ך שם בסקי"א ודו"ק אחרי כותבי ראיתי להרב מו"ד בספרו כר"ח סי' ס"ח שנסתפק בכעין זה ופסק דאין עליו אפילו חר"ם:

קם דינא דיורש ראובן המחזיק זכאי בדינו ופטור אפילו מן השבועה. כ"ד החו"פ סאלי יע"ה בסדר אלה הדברים אשר דבר משה אל כל ישראל ש"ש תרמ"ז לפ"ק וצוויי"ם וימ"ן. הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קע

תשובה לעיר אזמור יע"ה. שאלה מבדי"ץ על ראובן שיש לו בחצר אחת שני בתים וקונטו"ר אחד למטה וארבע עליות וקונטו"ר אחד למעלה שגבה אותם מאת הר' סלימאן אזולאי נ"ע מכח שט"ח שהיה נושה בו מסך י"ז מאות דורוס מכ"ט ע"י בדי"ץ כמ"ש ע"ג שט"ח שביד ראובן הנז' זולת ב' בתים למטה ועלייה אחת סמוכה לדרוז למדרגות שבחצר ה' שהם של הר' יוסף ואחיו שלמה בני אחותו של הר"ס הנז' והיה ראובן משתמש בבתים ובעליות ה' זה כמה שנים מ"מ ל"ה שנים והאחים ה' לא היו משתמשים בעליות הנז' ולא על גבם אפילו מדרך כף רגל כמ"ש בקב"ע שביד ראובן הנז', והן היום עמדו האחים הנז' וערערו על ראובן ה' שרצו להשתמש ע"ג העליות של ראובן ה' וראובן ה' טוען ואמר שכבר האחים הנז' מכרו לו כל ההנאות המגיעים להם בגגות של העליות ה' חוץ מן הגג של העלייה הסמוכה לדרו"ז ה' מכירה גמורה כתחז"ל וכו' ונאבד ממנו שטר מכר ה' ובקש עליו ולא מצאו גם טען ראובן שאביו יעקב היה משותף עם הר"ס כמה שנים ואחר שפרדה החבילה של שותפ' שהיתה ביניהם נשאר הר"ם חייב להר' יעקב סך אלף דורוס אחר זה עברו ימים וחזר יעקב ה' ועשה שותפ' אחרת עם הר"ם ה' והניח לו לכיס סך עשר אלפים מתקאלים זולת שט"ח אחר שחייב הר"ס ה' לראובן מסך י"ז מאות דורוס כ"ט ואחר שהגיע זמן הפירעון של שטר שביד ראובן מסך י"ז אלף

עמדו לדין בפני הרב הרא"ח זלה"ה ולא נמצא ביד הר"ס מע"ב לפרוע כי אם קרקע אחת שהם בתים ועליות הצז"ל ונתנם לו בתורת פירעון וגם נתן הר"ס ה' לראובן ה' שטר קנין החצר שקנה מאת הר"ח עובדייא אבי הבנים ה' ונשאר ביד ראובן ה' וברבות הימים נאבד ממנו גם טען ראובן ה' ואמר שאחר ענין זה כמה שנים בא לפני הר"ס ה' ואמ"ל תדע לך שבנין החצר נעשה מהממון שלך ואחר גמר הבנין ה' עם בני אחותו שהם יוסף ושלמה ה' והגיע בחלקם בהוצאות הבנין סך שבע מאות דורוס ולא נמצא בידם מ"ב ממה לשלם והוכרחו למכור לי חלקם בחצר ה' שהם שני בתים למטה אחת הסמוכה לדרו"ז בסך מכר בהטבה על חמש עשרה שנים וכתבו לי שטר מכר כתיקון חכמים אם תרצה אתן לך שטר מכר בכתיבה ומסירה בעבור שתתן לי כנגדו שט"ח שנושה בי אביך יעקב מסך אלף דורוס וכן היה שנתן לי שטר מכר ה' הר"ס ה' שמכרו לו האחים ה' יוסף ושלמה ה' וכתב לי עליו כתיבה ומסירה על ידי שני סופרים ונתתי לו שט"ח ה' ולפי רוב הימים נאבד ממני שטר ה' ועכשיו נפשו של ראובן לשאו"ל הגיעה מה לדינו בטענתו שטען שנאבדו ממנו שטרות הנז' הן על שטר מכר של ההנאות של עליות של הגגות הן על שטר קנין שקנה הר"ס מאת הר' חיים עובדייא הן על שטר שלישי שנתן הר"ם ה' על קנין הבתים והעליה יורנו מורה צדק מה שהדי"ן ותשובת כת"ר מהרה הצמח וחתום על זה הרב הדו"מ כמוה"ר אלישע ן' וואעיש הי"ו:

תשובה לזה הנה השקפנו לטובה על השאלה וראינו דבריה סתומים תחלה וראש במה שכתב בזה"ל והיה ראובן ה' משתמש בבתים ובעליות זה כמה שנים עכ"ל לא ידענו על איזה בתים ועליות קאי אם על הבתים והעליות שקנה ראובן מאת הר"ס דוקא או גם על הבתים והעלייה של האחים שלפי דבריו הם ג"כ שלו כמ"ש בסוף השאלה שטען שגם אותם בתים של האחים והעלייה הם קנוים בידו בהטבה וכו' וא"כ לפי זה ראובן מוחזק בכל החצר כולה אך ממה שכתב אח"כ והן היום עמדו האחים וערערו על ראובן שרצו גם הם להשתמש ע"ג העליות של ראובן וכו' מזה נראה דהאחים הם המוחזקים ודרים בבתים ובעלייה שלהם ולא באו לערער כי אם על הנאת הגגים של העליות דוקא ועל זה הוצרך ראובן להשיב אמריו שכבר מכרו לו כל הנאות המגיעים להם בגגות של עליות חוץ מן הגג של העלייה וסמוכה וכו' כמ"ש כל זה בשאלה הנז' ואנן בדידן לא ידענו לכווני אימרא דהואל והעליות הנז' הם היו של הר"ס ומכרם לראובן מי נתן להאחים יוסף ושלמה עד מדרך כף רגל בהם שיצאו לטעון טעון להשתמש בהם עד שהוצרך ראובן להשיב שכבר קנה מהם ההנאות אתמהא ואי לא מסתפינא אמינא דשמא אלו העליות היו מעקרא של האחים ומכרו אותם להר"ם ה' ובשעת המכירה הניחו לעצמם

הנאת תשמיש הגגות או אפשר מנהגא נהוג בעירם שכל מי שיש לו בית או עלייה אחת באיזה חצר יש לו רשות להשתמש בכל הגגים של הבתים והעלייה של החצר ואין בעל העליות יכול למונעו ומכח אחד מאלו הטעמים באו האחים לטעון ועל זה הוצרך ראובן לבוא בטענה שכבר קנה וסלק שעבודם מהגגות: אם האמת כך הוא שהדבר ידוע בבירור שהיה להאחים חלק ונחלה בהנאות הגגים או משום שהיו שלהם העליות וכו' כדאמרן או משום כל מי שיש לו שותף בחצר יש לו שותף בגנים כמש"ל נראה לכאורה דאין ראובן יכול למונעם דהדר דינם לדין שותפים דקי"ל אין להם חזקה זע"ז כמ"ש הטוש"ע בסי' קמ"ט ס"ב ובס' קע"ט ג"כ יעו"ש אכן כד דייקינן נראה בנדו"ד יש להם חזקה דהא הואל ויש להם הנאת ארבע עליות יכולים הם לחלוק שנים כנגד שנים דהא כל דבר שתשמישו שוה יכולים לכוף זל"ז לחלוק וכמ"ש בסי' קמ"א יעו"ש ובהנאת תשמיש הגגות ודאי דבר שיפול עליו חלוקה הוא וא"כ הואל ודבר שיש חלוקה הוא הדר דינא למ"ש הש"ע סקמ"ט דבדבר שיש בו חלוקה יש להם חזקה זע"ז ובטעם זה לבד דיי והותר הגם שהיה כאן מקום להאריך במחלוקת הפוסקים בחזקה גדולה כזו שהחזיק ל"ה שנים אי מהנייא גם בשותפים עכ"פ הואל ויש בידינו טעם כעקר דיי והותר: ולענין אם מחויב ראובן לישבע או לא זה תלוי בהבנת פסקי מר"ן בחומ"ש סק"ם דמחזו כסתראי דמצינו לו שם ס"א דפסק כדברי הרמב"ם בפ' י"א מטוען וכדברי הטור דפסקו דאפילו עמד בה המוחזק שני חזקה והמערער טוען עליו שהיא גזולה בידו חייב המחזיק לישבע היסת יעו"ש ואח"כ תכף בס"ב מצינו לו שחזר ופסק לתשובת הרשב"א שפסק וז"ל זה שהחזיק שלשה אין מוסרין אותו לשבועה וכו' וא"כ פסקי הש"ע סתראי ולזה מצינו כל מפרשי הש"ע נרגשו בזה:

והנה מצאנו למור"ם שסיים שם על דברי הש"ע דס"ב כתב וז"ל זיהו סברא אחרת וחולקת על מ"ש ראשונה שאפע"פ שהחזיק כראוי ובטענה נשבע ועומד בשלו וכן הוא בסמוך בס"ד ע"כ פירוש דבריו הוא דסברא זו שהביא מר"ן בס"ב היא חולקת על מ"ש בס"א דאם יש עדים למערער שהיתה שלו דצריך לישבע היסת הביא מר"ן על זה סברת החולקים דכל שהחזיק כראוי אפילו יש למערער עדים שהיתה שלו אין צריך שבועה ועל זה סיים וכן הוא בס"ד כוונתו לומר דמר"ן חזר ופסק כסברא קמא בס"ד זהו כוונתו ומצינו להטו"ז והש"ך ג"כ דאזלי בשטתו של מור"ם דזו היא סברא אחרת וכתבו דהעיקר כסברא ראשונה וכן נראה מדברי הרב מ"ק דדעתו כהטו"ז יעו"ע והרב נתיבו"ת המשפ"ט גם הוא אחר שרצה ליישב פסקי הש"ע דבס"א איירי בטוען המערער גזולה בידך צריך המוחזק לישבע ובס"ב באומר שכורה או ממושכנת ובזה א"צ לישבע אחר שעשה חלוק

זה חזר בו וכתב דהאמת הוא כמ"ש הש"ך דהאמת הוא כסברא קמייתה דצריך המוחזק לישבע אפילו אם טוען שכורה או משכונה יעו"ש וא"כ ע"פ סברות אלו הדין פשוט דאם האחים האלו המערערים יש להם עדים שהיה להם חלק ונחלה בנגים אלו ועתה ראובן המוחזק אמר שמכרו לו ודאי אפילו החזיק כראוי צריך לישבע דהא בין לסברת מור"ם דסבר דשתי סברות הן הרי ס"ל דמר"ן חזר ופסק כסברא קמייתא וכן הרטו"ז והש"ך ומ"ק והרב נתיבות המשפט דכולהו סברי מרנן דשתי סברות הם הרי הכריעו כולם דהאמת הוא דצריך שבועה כסברא קמא ומה גם אפילו לדעת הרב באה"ג דלא ס"ל הכי ומיישב פסקי מר"ן דלאו פלגאי נינהו הרי ישובו הוא כישובו הראשון של הסמ"ע סק"ג דממנו יוצא דבמקום שיש למערער עדים שהיתה שלו אפילו הרשב"א דכוותיה פסק הש"ע בס"ב יודה דחייב המחזיק לישבע יעו"ש:

והגם דעומד לנגדי דברי הסמ"ע סק"ג דאחר שעשה ישוב לדברי מר"ן כתב דזה דוחק ודחה אותו וחזר לפרש דדעת מר"ן היא דכל מי שהחזיק כראוי אפילו יש עדים למערער אין מוסרין אותו לשבועה וא"כ לכאורה נראה דאין משביעין אותו וכמו שבא הדבר מפורש בדברי הש"ך ספ"ז סקי"א שכתב וז"ל כל היכא דאיכא שני דעות אי חייב שבועה או לא כתב הרא"ש פרק הכותב והטו"ר אהע"ז דלא עבדינן עובדא לחייב והוא פשוט וכן הוא בפוסקים בכמה דוכתי ועיין בתשובת מהרי"ט סקכ"א דהיכא דאיכא פליגתא דרבוותא אי חייב שבועה פטור דמצי למימר קי"ל כמאן דפוטר יעו"ש וא"כ לכאורה נראה גם כאן דיש לפוטרו כסברת הסמ"ע אלא דזה אינו חדא דהסמ"ע יחידאה הוא ואין לנו להניח הני חבל נביאים ולתפוש סברת הסמ"ע וכמו דקי"ל דאין יכול לומר קי"ל כיחידאה עיין להרב כנה"ג בכלל הקי"ל דכתב דיש מחלוקת הפוסקים אם יכול לומר קי"ל כיחיד נגד שנים או שלשה וסוגיין דעלמא אינו יכול לומר קי"ל כיחיד נגד שנים או שלשה יעו"ש ומכ"ש כאן שיש כאן הרבה פוסקים דלדעתם צריך שבועה ודאי אין יכול לומר קי"ל כסמ"ע:

ומה גם דאין אנו צריכים לכל זה דהואל ומצאנו למור"ם שכתב דפסקי מר"ן סתראי ומר"ן חזר ופסק כסברא קמא בס"ד ודאי כוותיה דמור"ם נקטינן דזה עדיף מן הכלל דקי"ל כל מקום שלא גילה מר"ן דעתו ומור"ם גילה דעתו נקטינן כמור"ם דכאן תרתי לטיבותא איכא חדא דמפרש לן דמר"ן דעתו היא כסברא קמא נוסף על זה דאיהו לא פליג דהא לא הגיה על דברי מר"ן דס"א ולא דס"ד אלא אדרבא בס"ב כתב בהג"ה דזו סברא אחרת וגילה לן דסברא קמא חזר ונפסק בס"ד א"כ אין לך גלוי דעת מור"ם יותר מזה דכוותיה

נקטינן אפילו נגד אלף פוסקים וא"כ יצא לנו הדין אם ידוע בעדים שהאחים האלו היה ידוע להם תשמיש זה של הגגים ודאי אפילו החזיק ראובן כמה שנים חייב לישבע הסית: אך אם האחים האלו לא יש להם עדים שהיה להם תשמיש בגגות אלו נראה דאין ראובן צריך לישבע דלכל הדיעות בין לדעת מור"ם והטו"ז והש"ך וסיעת רחומיהו דפסקי כדיעה קמא אפילו החזיק המחזיק דוקא בידוע שיש למערער עדים אבל במקום דאין למערער עדים והמחזיק החזיק כראוי לא גילו דעתם מה הדין והגם דמצאנו ראינו להש"ך שם בסק"ה אחר שהכריע כסברת מר"ן קמא הוסיף עוד וכתב משם הגהו"ת אשר"י דמי שאין לו שטר אלא שטוען על חבירו מכרת לי קרקע ואין מוחזק בו ואין לו שטר דאין יכול להשביעו ובלבד שמשיב להד"מ וסיים דכן הוא במרדכי פרק שבועת הדיינים מפסקי הר' חזקיה וצ"ע עכ"ל ודברי המרדכי אלו הביאם ג"כ להלכה הרטו"ז בס' ע"ה סי"ח יעו"ש א"כ נראה דוקא במשיב להד"מ אבל אם משיב מכרת לי חייב לישבע ועיין להרב"י ג"כ בס' זה שהביא גם הוא דברי המרדכי אלו וכתב עליהם ואיני יודע למה פטרו משבועת הישת וכתב דאפשר דס"ל כלישנא דפטור משבועת היסת היכא דליכא דררא דממונא יע"ש והרב נתיבות המשפט אחר שהביא דברי המרדכי אלו משם הש"ך כתב עליו דהרב"י הביא דברי המרדכי אלו ונעלם מהש"ך שהרב"י הביאם וכתב עליהם דאולי משום דהמרדכי ס"ל דאין נשבעים במקום דליכא דררא דממונא וסיים הרב נתיבות המשפט ז"ל אך אנן דקי"ל דנשבעין אפילו במקום דליכא דררא דממונא הדין הוא אפילו באומר להד"מ נשבע היסת יעו"ש וא"כ אתאן לנדו"ד שראובן זה טוען מכרת לי א"כ לכל הדעות הש"ך והטו"ז כ"ש לדעת הרב"י ונתיבו"ת המשפ"ט ודאי צריך לישבע היסת אך באמת עומד לנגדינו סברת הסמ"ע דס"ל דמר"ן אינו מצריך שבועה למי שהחזיק שלשה שנים נוסף על זה הרב באה"ג דס"ל כתרוץ ראשון של הסמ"ע וממנו יוצא דבמקום שאין למערער עדים והמחזיק החזיק כראוי אינו נשבע א"כ יכול לומר קי"ל כהני אריוותה דטובים השנים וכמש"ל משם הש"ך בס' פ"ז זהו הנראה לדינא: ומעתה הבוא נבוא למה ששאל השואל על מה שנאבד ממנו השטר מכר שבו קנה סלימאן מאת הר"ח עובדייא אבי הבנים דמה יעלה ומה יוסיף אם נאבד או עדיין קיים הרי כל עקר הבנים אינם טוענים כי אם על הנאת התשמיש ולא על גוף הקרקע שמכר אביהם לסלימאן ואפי' אם היתה עקר טענתם על גוף הקרקע וכבר החזיק אינו מעלה ואינו מוריד ומה שפסקנו לעת עתה היינו פוסקים ג"כ על הקרקע ואין להאריך במה דלא צריך:

אך משכוני נפשין על מה שטען ראובן כי גם השני בתים והעלייה שעל האלדרו"ז הם קנוים בידו מכח סלימאן שקנה אותם מאת האחים תנז' ונאבד השטר מידו הגם כי לא

באו דבריו המנגדים לראובן בטענה זו מה המה אלה אם סלימאן שמכר לו לראובן או האחים לא ידענו מי הוא בר פלוגתיה דראובן ומה מענה בפיו וג"כ לא בא הדבר מי הוא המוחזק בקרקע זו אם ראובן או סלימאן או האחים אכין לדבר הזה מדברי השאלה הראשונה שבה כתוב שהאחים רצונם להשתמש בגג עליות ראובן נראה דהאחים הם המוחזקים ודרים בקרקע הנז':

ועל זה יש לנו להשיב מעקרא צריך לברר מהו הדין באותה מכירה שמכר סלימאן לראובן בכתיבה ומסירה אם נקנית לו לראובן קרקע זו או לא הנה פסק הש"ע ערוך בס' ס"ו ס"ד דאין שטר נקנה בכתו"ם אלא שט"ח או שטר של קנייה שכתב לו שדה מכורה לך שהוא עקר הקנין ובו קנה השדה ולפיכך כשמסרו הלוקח לאחר וכתב לו קני לך איהו וכל שעבודיה דאית ביה קנה ע"י הקרקע אבל אם קנה הקרקע בכסף או בחזקה או בקנין וכתב לו שטר לראיה אם מסרו לאחר וכתב לו קנה לך לא קנה ע"כ וא"כ ע"פ פסק זה נראה לכאורה דשטרי מכר דידן שהולך המוכר אל הסופרים ולוקח בקנין מידם ועקר הקנין הוא על ידי קנין א"כ מחזי דאינם אלא שטרי ראיה ואינם נקנים בכתו"ם:

אכן כד דייקינן ודאי דהדין הוא ששטרי מכר דידן נקנים בכתו"ם דהא אנן בני מערבא אתרא דכתבי שטרא אנן וא"כ עקר סמיכות הקנין הוא על ידי השטר וכמ"ש מר"ן בס' ק"ץ ס"ז וז"ל בד"א שקנה בכסף לבדו במקום שאין דרך לכתוב שטר אבל במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב השטר ע"כ ועיין להסמ"ע דפירשה דהיינו אפילו במקום שנהגו לכתוב שטרי ראיה יע"ש ועיין להרב מוהרי"ע זלה"ה בספרו בית יהודה דקי"ח ששם הוא מצדד לומר דמדינא מר"ן ס"ל דבמקום שטרא בק"ס לחוד קנה הואל ולא מצאנו לו למר"ן בס' קצ"ה שתלאו במנהג המקומות מכל מקום סמכו העולם בזה ע"פ סברת הריטב"א ז"ל הביאה הרב מהר"א ן' ששון ז"ל בתשובה סר"ז ז"ל דבמקום שכותבין השטר לא קנה לא בכסף ולא בחזקה ולא בק"ס עד שיכתוב את השטר עכל"ה ומה שכתב הרב הנז' משם הריטב"א דלא קנה לא בכסף ולא בקנין ולא בחזקה ראיתי להרב מוהר"ר יעקב נאיים ז"ל בספרו זי"ע סי"ד דפירשה דהיינו אפילו במקום דאיכא כסף וחזקה וק"ס בתלת כחדא עכ"ז בעינן שטר הלאו הכי לא קנה יעו"ש ועיין לכמה פוסקים דכולהו סברי דאפילו יהיה הק"ס בשבועה חמורה אם לא נכתב השטר קנין אין כאן שבועה א"כ גם כאן אין להאריך:

עוד עיין להרב תורת חסד סקע"ט ז"ל הן אמת נסתפקתי לדעת האומרים דבאתרא דכתבי שטרא לא קני חזקה לחוד עד שיכתוב שטר אולי נאמר דהיינו דוקא בחזקה דלאלתר אמנם אם החזיק בקרקע שני חזקה ומה גם אם הוציא הוצאות במה שהחזיק איכא

למימר דכל כי האי ודאי יש הודאה ומודעא רבא שגמר וסמך דעת הקונה לקנות אפי' בלי כתיבת השטר אמנם אחר העיון ראיתי שאין כל זה מספיק לקיים המקח והטעם דמאחר שגם המוכר לא סמך דעתי לגמור המכר עד. שיכתוב השטר מה מועיל שהקונה סמכה דעתו לקנות וכו' זה נראה לע"ד פשוט אחר העיון עכל"ה ועיין להכנה"ג בס' ק"ץ הגב"י ס"ך משם מהרש"ך ז"ל שכך דעתו יעו"ש. המורם מכל דברי הפוסקים שהביאנו דבמקום דכתבי העיקר של הקנין הוא השטר אפילו יהיה כתוב בלשון העדים כמו שטרי דידן אפילו עקר המכר הוא על השטר קאי א"כ ודאי לשטרי קנין יחשבו ונקנים בכתו"ם: ואל יקשה בעיניך דאם האמת הוא דבמקום דכתבי שטרא גם הם לשטרי קנין יחשבו ונקנים בכתו"ם א"כ למה פרט בס' ס"ו וכתב בזה"ל אין שטר נקנה בכתו"ם אלא שטר חוב או שטר של קנייה שכתב לו שדה מכורה לך שהוא עקר הקנין וכו' לפי דברינו זה הו"ל למימר נמי או שטרי ראיה במקום דכתבי שטרא לשטר קנין יחשבו ויהיו נקנים בכתו"ם ומדפרט מר"ן וכתב בזה"ל או שטר של קנייה שכתב לו שדה מכורה לך וכו' נראה דתו לא מדי. זה אינו דהא מצינו להר' כנה"ג בס' ס"ו כתב וז"ל אמר המאסף מבואר הוא דהני שטרי דידן לדעת בעל העיטו"ר ז"ל והרמב"ן והרשב"א והגהו"ת והר"ן וה"ה ס"ל דשטרי קנין הוא ולא שטרי ראיה וכמו שנתבאר בס' ק"ץ וקצ"א וכ"ך מור"ם אלשיך בס' ע"ב ובס' ע"ה והרב"י בספרו הקצר סתם כדברי הרא"ש ז"ל ולא היא שהרב ז"ל לא כתב כאן דברי הרא"ש אלא לאשמועינן דשטרי ראיה אינם נקנים בכתו"ם אבל אה"ן דשטרי דידן לאו שטרי ראיה הן אלא שטרי קנין ונקנים בכתו"ם עכ"ל א"כ מזה נלמד דלאו דוקא כתב מר"ן בדיוק שדה מכורה לך אלא דבא להשמיענו דשטר שלא נכתב אלא לראיה בעלמא ואין בו עקר הקנייה הוא דאינו נקנה בכתו"ם אבל כל שטר שהקנין תלוי בו יהיה נקנה בכתו"ם וכמו שלמד הרב החביב לדין שטרי דידן דפסק הש"ע דשטרי קנין הם וכתב הרב החביב שיהיו נקנים בכתו"ם אף אנן נמי נלמוד למקום דכתבי שטרא הגם שהוא שטר ראיה הואל ואינה מתקיימת המכירה כי אם על ידו הדר דינו כדין שטר מכר שהוא העיקר של הקנין ונקנה בכתו"ם דשטרי מכר הם:

שוב ראיתי להרב כנה"ג בהגב"י אות ט"ז אחר ששם הביא דברי הרא"ש ורבינו בעה"ט דס"ל דשטרי דידן לאו שטרי קנין הם סיים על דבריהם וז"ל ונראה בעיני דלא כתבו הרא"ש ורבינו בעה"ט ז"ל דשטרי דידן שטרי ראיה הם ואין הקרקע נקנה על ידם אלא כשרוצה לקנות בשטר לבדו כמו במוכר שדהו מפני רעתה דקנה בשטר לחוד או בשטר מתנה או היכא דפריש בהדייא שיקנה בשטר לחוד אבל קנה בכסף באתרא דכתבי שטרא כל שנתן הכסף וכתב את השטר אפילו שטרי ראיה קנה וכן כתב רש"ל בתשובה

ונזכרו דבריו בסמ"ע ובב"ח והן הם הדברים שכתב הסמ"ע וכתבתים לעיל באות י"א עכ"ל וראיתי לו שם באות י"א ששם הביא דברי הסמ"ע דס' ק"ץ סק"ח דכתב וז"ל לא קנה עד שיכתוב השטר הן שמדרכם לכתוב שדה מכורה או נתונה הן שמדרכם שאינו קינה עד שיכתוב לו שטר מכירה גמורה הן שמדרכם עד שיכתוב לו שטר ראיה לחוד כפי המנהג כן יקום ע"כ הרי שהרב כנה"ג כוונין לדברי הסמ"ע וכתב דאפי' מאן דס"ל דשטרי דידן שטרי ראיה ולא שטר מכר עכ"ז יודה דדוקא לבדו בלי נתינת המעות אבל עם נתינת הכסף בלי שטר ראיה לדין מכר יתקרי במקום דכתבי שטרא כל מקום ומה שנהגו לכתוב אפי' שטר ראיה שטר מכר יתקרי וא"כ הדרן לדינא שיהיה נקנה בכתו"ם וא"כ אתאן לנדו"ד שהיה הקנין על מה שכבר פרעו בדמי המכר ודאי אותו שטר שכתב לו לשטר מכר יחשב:

ומעתה הואל וביררנו דנקנה הקרקע לראובן ע"י כתו"ם נחזי אנן מי הוא בעל מחלוקתיה דראובן אם האחים מודים שהם מכרו לסלימאן בהטבה וסלימאן הוא המכחיש את ראובן ואמר שמעולם לא מכר לראובן אזי נחזי אנן מי הוא המוחזק לאכול פירות ואזי דינין ליה שישבע היסת ותשאר בידו אם יש עדים למערער שהיתה בחזקתו אפי' יום אחד וכדינא דלעיל דכתבנו דבמקום שיש למערער עדים שהיתה בחזקתו נקטינן כסברא הראשונה דמר"ן דמצריך שבועה:

אבל אם אין עדים למערער שהיתה בחזקתו איזה זמן כלל אזי נחזי אנן מי הוא המוחזק ומי הוא המערער דאם המוחזק בפירות הוא ראובן וסלימאן זה בא להוציא מידו הדר דינא דאם אין לסלימאן המערער עדים שהיתה אפילו יום אחד בחזקתו אזי דינין ליה כמש"ל דאין על ראובן אפילו היסת דיכול ראובן לומר קי"ל כמ"ש הסמ"ע והרב באה"ג דמר"ן ז"ל ס"ל דבמקום שאין עדים למערער דאין מוסרין המוחזק לשבועה וכמש"ל בארוכה:

אך אם המוחזק הוא סלימאן וראובן שבא להוציא ממנו בזה אפי' אין עדים לראובן שהיתה בחזקתו מחויב סלימאן לישבע שהרי מצינו להרב נתיבות המשפט הביא דברי הש"ך דכתב בסק"ה שכתב אלא שטען מכרת לי קרקע וכו' שא"צ לישבע נלע"ד דאם תביעתו על המעות דודאי חייב לישבע היסת לא מבעייא אם אין טוען על גוף הקרקע כלל כגון שטען נתתי לך מנה בעד הקרקע שהבטחת למכור לי ועדיין לא נעשה קנין ואם אינך רוצה למכור הקרקע החזיר לי מעותי ודאי דחייב לישבע כיון שאין תביעתו רק על המעות אלא אפי' טוען גם על גוף הקרקע שנתן לו מעות וקנה ממנו הקרקע בק"ס דמ"מ חייב לישבע דנהי דאינו נאמן בטענתו על גוף הקרקע מחמת ריעותא ואינו

יכול להשביעו מכל מקים יכול להשביעו מכח גוף המעות דמאן לימא לן דמשקר בכל דהחזקה והריעותא דשטרא אין מורין רק שמשקר בגוף קניית הקרקע אבל מכל מקום יכול להיות שנתינת המעות אמת וצריך לישבע על המעות וכו' יעו"ש שהביא ראיות חזקות מדברי הש"ע על זה יעו"ש וא"כ דין הוא אפי' אין עדים לראובן צריך לישבע:

ואם אין שניהם מוחזקים כגון אם עדיין האחים אוכלים פירות הקרקע הואל והמכירה היתה בהטבה אם אפשר שעשו להם ההטבה שתשאר בידם ט"ו שנים לאכול הפירות והם מוחזקים אלא שמודים שמכרוה לסלימאן ועדיין הם אוכלים הפירות והמחלוקת היא בין ראובן ובין סלימאן שסלימאן אומר לא מכרה כלל וראובן אומר שמכרה לו ונאבד ממנו השטר לכאורה היה נראה דדין זה הוא פסק הש"ע בס' קל"ט ס"ד דמסיק שם הדין הוא כל דאלים גבר הואל ואין שום אחד מהם מוחזק אך אין זה אמת דשאני התם שלא היתה ידועה בעולם שהיתה בחזקת אחד מהם איזה זמן אבל בכאן נחזי אנן דאם יש עדים שהיתה מכורה לסלימאן מיד האחים ולא ידעינן כלל שחזר ומכרה לראובן א"כ הרי היתה מעקרא בחזקת סלימאן ובזה מצינו להרב מוהריב"ו זלה"ה בס' קל"ב משם הרב מהר"א ן' ששון מהרש"ך והרב כנה"ג שכולם דקדקו מתשובת הרשב"א וכולם עלו בהסכמה שכל שחלוקים על הקרקע ואין אחד מהם מוחזק בו אזלינן בתר חזקת מרא קמא הגם שזה אומר מכרה לו הואל ואין שום אחד מהם מוחזק מי שיש לו חזקת מרא קמא יזכה בה וא"כ גם כאן אם יש עדים לסלימאן שקנאה מהאחים ואין עדים לראובן שסלימאן מכרה מעמידין אותה בחזקתו של סלימאן שהוא מרא קמא שהיתה ידועה לו שקנאה ויזכה בה וישבע שמעולם לא מכרה לראובן זהו מה שנראה בזה. וכל זה האופנים לצד שנעמיד דסלימאן וראובן אתגורי אתגור אך אם יהיה האופן שהר' סלימאן מודה שמה שלקח מהאחים מכר לראובן וכדברי ראובן כן הוא אלא שבעלי מחלקתו של ראובן הם האחים שאומרים מעולם לא מכרו קרקע זו לסלימאן ואין עדים כלל שהיתה חצר זו בחזקת סלימאן או ראובן גם בזו הדין הוא שישבעו האחים היסת שמעולם לא מכרו דהא נמי בנדון זה יש תביעה על גוף המעות וכמש"ל משם הרב נתיבות המשפט זהו מה שנראה להשיב:

ודע דבכל מקום הנז"ל דאין המוחזק מחויב לישבע דיכול לומר קי"ל כמאן דפטר משבועה א"כ עכ"פ מידי חר"ס לא נפיק יעויין בדברי הרב ויאמר יצחק סקמ"ג דפסק כן דבמקום שיש פליגתא בשבועה יכול לומר קי"ל ומסיק וכתב משם הפוסקים וז"ל ולהפיס דעת התובע יקבלו חר"ס כמש"ל עכל"ה וצוי"ם וימי"ן זהו הנלע"ד ותו לא מידי. היה בשבט התרנ"ט לפ"ק פה סאלי יפ"ה:

אחרי כותבי שוב התבוננתי וראיתי מ"ש הרב"י בס' ק"צ ס"ח שם בפסקת בד"א וכו' ששם כתוב בסוף דבריו וזל"ה אבל במקום שנהגו לכתוב שטר ראיה בלבד אי אפשר ללוקח שיתלה קנייתו בו שהרי אינו קונה אלא כשנכתב אותו שטר קונה בכסף שעה ראשונה וכל זמן שלא נכתב אינו קינה משום דלא סמכה דעתו עכל"ה וא"כ נראה דהואל ושטר ראיה אין גופו עושה קנין אלא עושה חזוק לקנין הכסף א"כ לאו שטר קנין להיות נקנה בכתו"ם עכ"פ לפי ענ"ד נראה הואל וסוף כל סוף הוא המחזיק את הקנין של כסף ואלולי שטר זה אין הקרקע קנוי נמצא שיש בו ממשות והעמדה לקנייה דין הוא שיהיה נקנה בכתו"ם דעד כאן לא אמר הר"ן דאין הקרקע נקנה בו אלא בכסף למפרע הוא דעושה קנין דיקא ליחשב עקר הקנין בכסף להיות נקנה הקרקע משעת נתינת המעות אבל אה"נ לענין שיהיה נקנה בכתו"ם אומר אני דאפשר לשטר קנייה יחשב לדבר הזה: עוד יש להחזיק קנין זה של ראובן מאת סלימאן מטעם אחר דהנה ידוע הטעם דבמקום דכתבי שטרי כל זמן שלא כתבו השטר לא קנה משום דכל זמן שלא נכתב לא סמכא דעתייהו וא"כ התינח אם עשו איזה קנין מהקנינים ועדיין בדעתייהו לכתוב השטר בזה הוא דאמרו כל זמן שלא נכתב לא סמכא דעתייהו אבל בנד"ד שעשו קנין במעות וגמרו ביניהם וכתבו על השטר כתו"ם ודאי דקנה באותם קנינים שעשו אפי' קיימי באתרא דכתבי דהואל וגמרו בדעתם להיות הקנין בזה א"ך הרי סמכו דעתייהו לגמור הקנין בזה וקנה דלא גרע זה ממ"ש הש"ע בס' ק"ץ ס"ח וז"ל התנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף וכו' הרי זה קיים וכו' יעו"ש וא"כ גם כאן הואל וגמרו ביניהם לכתוב כתיבה ומסירה ביניהם ולא לכתוב שטר ראיה הנהוג הרי גמרו לקנות על ידי זה וא"כ הוי דין זה כדין התנו דקנו בלי כתיבת השטר וא"כ ע"פ הסברות האלה נראה לע"ד דנקנה הקרקע לראובן ואזי כל החלוקי דינים שכתבנו בענין השבועה הכל מסודר ומתוקן כהוגין. אך כל זה אם יסכימו עמי רבנן דיתבי על מדין דהמכר קיים ביד ראובן או מטעם הכתו"ם או מטעם השני. ואם לא יסכימו עמי אזי בטלה דעתי אם אין דעתם נוטה לזה. וא"כ הדר דינא על אופן אחר דהואל והמכר בטל מעיקרו וכל אחד יכול לחזור והדרא ארעא והדרי מעות לבעלים א"כ נחזי אנן כיצד הוא הענין אם בעל מחלוקתיה דראובן הוא סלימאן שאומר מעולם לא מכר לו נחזי מי הוא המוחזק שאוכל פירות קרקע זה אם ראובן הוא המוחזק א"כ זהו מה שפסק הש"ע בס' ק"ן ס"ד וזל"ה ואם אינו ידוע נאמן על תביעתו האחרת במיגו שהיה יכול לכבוש שטר משכונה ולטעון לקוח הוא בידי ובשבועה ודוקא שאכל כבר הפירות כדי התביעה שטוען עליו אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות אינו נאמן לעכב הקרקע ע"כ וא"כ גם כאן אם הוא מוחזק לאכול הפירות וטוען שלקוחה

היא בידו על ידי כתו"ם וסלימאן טוען שבגזל הם אוכלים ומעולם לא מכר לו דין הוא שתחזור הקרקע לסלימאן ומה שאכל ראובן ישבע עליו שלקוחה היתה בידו ואזי יזכה במה שאכל מפאת דמי המכר שאומר נתן וסלימאן ג"כ ישבע היסת שמעולם לא קבל ממנו שום מעות קנייה ותו לא מידי:

ואם סלימאן הוא המוחזק לאכול פירות תשאר הקרקע בחזקתו וישבע שלא קבל מראובן שום מעות כלל שאומר מכר לו בהם קרקע זה:

ואם אין בין סלימאן וראובן שום פלוגתא אלא מודים זל"ז וניחא ליהו בקיום המכר ואין רצונם לבטלו ובר פלוגתיה דראובן הם האחים שאומרים מעולם לא מכרו כלל לסלימאן אזי נחזי אנן אם המוחזק בקרקע לאכול פירותיה הוא ראובן א"כ הדרן לדינא קמא דהואל והוא המוחזק והאחרים המערערים באים להוציא הקרקע מחזקתו דינייהו כמ"ש מר"ן בס"א דישבע המוחזק היסת שקנוייה היא בידו מסלימאן שקנה אותה מהם ותשאר בידו אם רצונם של סלימאן וראובן לקיים ביניהם המכר:

ואם האחים. הם המוחזקים עדיין נחזה אנן אם ראובן זה ירצה לבטל המכר ולומר אין רצינו באותה קנייה דין הוא שיחזיר לו סלימאן מעותיו כי אין כאן קנייה כלל ואין יכול לעכב עליו מעותיו בשביל מה שאומר שמסר בידו שטר קנייה שבו קנה מהאחים ועכשיו נאבד מיד ראובן דהואל ולא שרפם בידים אלא שנאבדו מידו אין עליו שים חיוב לשלם לו בשביל מה שנאבדו מידו עיין בס' שפ"ו ובס' ש"א יעו"ש אין להאריך ואין על ראובן כי אם חר"ם שנאבדו מידו זולת אם טוענו ברי דלא נאבדו מידו אזי יכול להביאו לידי הסית עיין בס' צ"ה ובמקומות אחרים וסלימאן הוא בעל דינו של האחים ליזיל ולשתעי דינא בהדייהו ודינם הוא שישבעו שלא מכרו קרקע זה לסלימאן ואפילו מעולם לא ידענו שהיתה קרקע זה בחזקת סלימאן אפילו יום אחד הואל ועקר תביעת סלימאן לאחים מצד שקנה מהם ונתן דמי המכר הדרן ג"כ למש"ל משם הרב נתיבות המשפט שהדין הוא שישבע המוחזק. זהו משנלע"ד וצור ישראל יצילנו משגיאות וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קעא

בענין האלגרפא שנתן יוסף למשה לדעתי פשוט דמשטר קנייה מוכח דלא יזכה משה הנז' כי אם בהעלייה הגדולה דוקא חדא דהא כתוב בשטר שנתן לו העלייה הבנוייה על גבי החנויות והיא העלייה הגדולה וא"כ אותם עליות שלפניה אפילו חשבינן ליהו דתשמישי דידה נינהו הא קי"ל בס' רי"ד דמכר את הבית לא מכר את התשמישין אפילו

יהיו פתוחות לתוכה מכ"ש זה שכל אחד חלק רשות לעצמו גם בנדו"ד אפילו אם המצא ימצא הדין דמי שמכר את הבית מכר את התשמישין או היו יהיה בלישנא דבני אדם קורין לעלייה כזאת שאחת גדולה ושנים קטנים כולם קורים אותה בשם עלייה אחת עכ"ז בנדו"ד הוא הפך הדין והפך לישנא דבני אדם דכך מורה לשון השטר שכתוב בו ונתן לו העלייה העמוסה על החנויות דמלשון זה יש לדקדק דאם האמת הוא דבכלל תשמישים נינהו ומי שמכר את הבית או העלייה מכר את תשמישה או כך הוא הלשון בני אדם כך הוא דזאת העלייה עם השנים הקטנים שעמה כולם בשם עלייה אחת יקראו א"כ למה הוצרכו הסופרים לכתוב שנתן לו העלייה העמוסה על החנויות הרי אין בחצר זאת כי אם עלייה זאת וא"כ למה ליהו האי מאריך טרחא לא הוה ליהו לכתוב אלא ונתן לו העלייה שבחצר אלא ודאי דלא נתכוון אלא לתת לו עלייה אחת ומחמת דקי"ל דיד בעל השטר על התחתונה ויכול לומר לו הקטנה שבכולן היא שנתתי לך וכמ"ש סרי"ד סי"ב לכן הוצרך לגלות איזה עלייה מן העליות נתן לו והגם דשנים מן העליות הם בנוים על גבי החנויות ליכא למימר דשניהם נתן לו דהא חדא עלייה קאמר ובודאי דחדא נתן לו ולא יותר ועוד דהרי שוברו בצדו דהעלייה הגדולה היא דוקא שבנויה על גבי החנויות הרבה אבל האחת קטנה אינה כי אם על חנות אחת דוקא והוא לא נתן לו כי אם הבנויה על חנויות ולא הבנויה על חנות אחת דוקא ומה שטען שכבר מוחזקת היא בידם מימות אביהם אמת נכון הדבר שהבא מכח ירושה אין צריך טענה וכמ"ש בס' קמ"ו אכן יוצדק לן אם לא היינו יודעים מפאת איזה דבר החזיק בה אביהם אזי היינו אומרים שמא מכרה לאביהם זה המערער אבל בכגון נדו"ד דאנן ידעינן בקרקע זה מעולם לא מכרה בעלה לאביהם ולא החזיק בה אביהם אלא מכח השטר שיש לו הרי אנן קא חזינן באותו שטר ממנו מוכח דאין לאביהם שום זכות בעלייה זאת הקטנה לכן אין לפקפק בדבר וק"ל:

ולענין התשמישין ודאי דאין רשות למשה כדקי"ל בס' רי"ד ס"א וס"ב דאם מכר את הבית לא מכר את התשמישין אפילו היו פתוחות לבית הואל ומקום הבית יש בו ארבע אמות וכו' יעו"ש ומכ"ש זה האלבראח של החצר שהוא יש יותר מעשר אמות וגם אינו סמוך לבית פשוט דלא קנה אכן בתשמיש החצר מקום כניסה ויציאה פשוט דקנה וכמ"ש שם בס"ב בדין מכר את הבור ואת הדות וכו' יעו"ש:

אלא דעדיין בנדו"ד יש להתיישב הואל וכבר זה משה האיש נשתמש זמן רב בהאלבראח של החצר מי אמרינן הואל וההחזיק זה כמה להשתמש ולא מיחה בו בודאי דמאי שמכר לו הבית גם אתשמישין היה המכר או לא עיין בס' רי"ד בס' גו"א יעו"ש ומה שנראה כעת הוא שאין לדמותה להההיא דפסק מר"ן בס' ק"ם סט"ו דאם היה מעמיד וכו' דהתם

היה הוא לבדו משתמש במקום מסויים ולא בעל החצר ולכך יכול לטעון נתתו לי וכו' אבל כאן היה בעל החצר משתמש בהאלבראח וכו' וא"כ לא מבעייא דלא מהני חזקתו לקנות הקרקע וכמ"ש מדקדוק מר"ן דכתב מקום מסויים וכו' וממ"ש מור"ם סי"ג וכו' ובפרט דהני מחזיקים לית להו טענה בחזקה זה כלל לא דמתנה ולא דקנייה אלא אומרים החזקנו מכח. השטר מכר שבידינו ובשטר לא נמצא להם זכות כלל כמש"ל אלא אפילו להחזיק בתשמיש עם הבעל החצר לא מהני ליהו חזקה דיכולים לומר משום אהבת השכנים היו מניחים אותו להשתמש וכמו שבא הדבר מפורש בס' מאמר קדישין בס' ק"ם סקכ"ו משם הב"ח יעו"ש ועיין בס' מש"ה אות חית סכ"ד יעו"ש ובס' י"א ובס' י"ג יעו"ש ודו"ק הטיב בכל דבר כי הכל כתבתי לך בעטי"י של נח"צ וצויי"ם וימ"ן ולרו"ם החיים והשלו"ם אכי"ר:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעב

שאלה מעי"ת וואדזאן יע"ה. ראובן יש לו חזקת בית אצל בית עכו"ם א' בפונדק הנקרא ע"ש לחדיד [ברזל] ומוכרים בהבתים הנז' לחדיד והבתים שבפונדק הנז' כל בית יש לה נבח [אכסדרה] מכוון לבית ועל הבתים הנז' עליות ודרים בהם ישראל וראובן הנז' בנה כותל א' מצד הבית של העכו"ם ה' שמצדו והכניס האלנבח שמכוון לביתו ועשה כולה בית אחת ומוכר וקונה בה כעת לחדיד ולאחר ימים מכר העכו"ם ביתו לשמעון ישמעון מכרה ללוי והן היום שקנה לוי ה' חזקת הבית ה' משמעון בנה גם הוא כותל ועשה האלנב"ח שמכוון לביתו כולו בית אחת כמו שעשה ראובן בביתו והן היום עמד ראובן וערער על לוי בשביל הכותל וטוען עליו ואומר לו הבית הג' שהיא סמוכה לבית שלך אני רוצה לעשות לה כותל ונמכור בה ועכשיו איני יכול בשביל שהבית הג' הנז' והבית שמצדה יש להם כי אם נבח אחד לשניהם ועכשיו שעשיתה כותל בבית שלך הבית שלי אינה נראית לקונים ועוד טוען ראובן על לוי הנז' ואמר לו הכותל שבניתה עשיתה אותו בגבולי שהכנסתה חלל הבית שלי ובניתה הכותל ותשובת כת"ר מהרה תצמח ושכמ"ה עכ"ד השאלה:

תשובה ראיתי אלקים עולים מן הרא"ש תרי וכשרי רבנן סבוראי נר"ו דפלגן בהדייהו מר ברישא תני לדין אכסדרה כדין תורבץ ומר תני לדין אכסדרה כדין בית הסמוכה לה ועל יסוד זה כל אחד בנה פסקו לא ראי זה כראי זה ואנן בדידן יש לנו לב לדעת מעקרא ולברר דין תורבץ בלי אכסדרה ואח"כ נבוא לדין האכסדרה:

ותחלה וראש אמינא דקושטא הוא דדין הבתים האלו שבהאלפונדק יש לדון אותם כדין הבתים שבחצר ואין ביניהם שום חלוק וכמו שצריכים לתת ארבע אמות לפני כל בית שבחצר לפרוק משא כמ"ש בס' קע"ב ח"א כן יש לנו לתת גם בבתי האלפנדק ואדרבא בבתי האלפנדק יוצדק בהם לתת הארבע אמות של הפרוק יותר מבתי החצר דבהם צריך פרוק משאות יותר ופשוט ועיין בס' קע"ב ס"ד ששם פסק דיש לבעל הכרם ארבע אמות בשדה הלבן להפך מחרישתו יעו"ש א"כ ברור הדברים דכל מקום שצריכים להארבע אמות דין הוא שיהיה הארבע אמות נגרר אחריו ופשוט:

אך ראה ראינו דאפילו הארבע אמות עצמה שאמרו נותנים לכל בית לא זיכו אותה לו אלא לפרוק משא בעת שהוא צריך אבל בעת שהוא פנוי יכול חבירו להשתמש בו אפילו יהיה לכל אחד ביתו מיוחדת הואל ועדיין לא חלקו החצר כל אחד יכול להשתמש בארבע אמות שלפני בית חבירו בעת שהם פנוים זולת דוקא אם חלקו גם החצר שמן הדין נותנים לכל אחד ארבע אמות שלפני ביתו בזה פסק הש"ע בס' קע"ב ס"ב שארבע אמות הם שלו לגמרי יעו"ש וכוונת מר"ן היא שאין חבירו יכול להשתמש שם אפילו בעת שאין בעל הבית משתמש שם אבל לעניין אם בעל הבית יכול לגדור אותם הואל והם שלו לגמרי בזה מצאנו להרב"י שהביא דברי הירושלמי ודברי הרמב"ן שפסק מכח דברי הירושלמי דלא זכה כי אם לפרוק משא ולא לגדור יע"ש אבל מדברי הרא"ש שהביא הרב"י שם בס' ע"ב נראה שהם שלו לגמרי אפילו לגדור והכי כתב הדרישה דהרא"ש ז"ל חולק על הרמב"ן והרא"ש ס"ל כתלמודא דידן דמשמעותו הם שלו לגמרי לכל דבר וכתב הדרישה דהכי קי"ל כהרא"ש והוא מה שפסק כאן בש"ע כדברי הרא"ש וא"כ נראה מדברי הש"ע דאם חלקו גם אמצעה של חצר דין הוא שיכול לגדור ארבע אמיתיו אך עדיין לא חלקו אמצעה של חצר אפילו חלקו הבתים עכ"ז אינו יכול לעשות שום שנוי בארבע אמות שלו הואל ויש זכות לחבירו להשתמש שם א"כ לנדו"ד דנראה דמה שבנה וגדר שמעון זה שלא כדין עשה שהרי אפילו לגדור גדר ארבע אמותיו אינו יכול מכ"ש לגדור לעשות כמו שעשה שמעין זה שגדר גבול ביתו שהוא יותר מד"א: אלא נראה דנדו"ד יש לו ארוכה ומרפא הואל ויש שם אכסדרה לפני הבית זכה במה שגדר דמצאנו ראינו דדין אכסדרה שלפני הבית הוא במחלוקת שנוי כמ"ש הדבר בספר דב"מ סר"ג וז"ל כתב מהרי"ד נר"ו נשאלתי על חלל שתחת הגארדקי (נהיה האכסדרה) אם הוא מבעל הגארדאקי ויכול להקיפו ולסותמו לעצמו או אם הוא כמו כל שאר חלל החצר שהוא משותף עם כל בני החצר וזכורני שיש מחלוקת בין הרב מהרח"ש שכתב בס' ס"ב מח"א שהוא בעל הגארדאקי ושדומה לו שכן דן הרב מהרשד"ם ז"ל והרב לחם רב

נראה מדבריו שהוא כחלל החצר ושמעתי מפי הרב הגדול מוהריק"ו נר"ו שראוי לדון כמהרח"ש ז"ל דהוי בתרא ועוד שקבלה בידינו שמהרח"ש היה עושה פסקיו בפלפול התלמידים כדי שיצא הדין מליבן ומבורר וכו' והוסיף עוד הרב דב"מ הנז' לשאת ולתת בדברי הפוסקים שהזכיר ולבסוף כתב וז"ל עוד יש לעמוד דלא יהיה אלא מחלוקת בדבר ראוי לזכות לבעל הגארדאקי דכיון דבאותו חלל שתחת הגארדאקי לכו"ע יש לו זכות בו לבעל הגארדאקי בחלק אחד ובחלק אחד יש סברות דלדעת מ"ד הוא שלו ויכול לסותמו ולדעת האחרת אינו שלו אבל בחלק שאר השותפין איכא ספיקה בכוליה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אם יש להם חלק או לא והו"ל ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי וכההיא דספיק ויבם ככתוב אצלי במקום אחר עכ"ל הרב דב"מ ז"ל הרי לפניך דלא מלבד דהדבר שנוי במחלוקת וא"כ לוי זה שכבר בנה יכול לומר קי"ל כמהרח"ש ומהרשד"ם דסברי מרנן דהגארדקי יכולים בעליו לסותמו לעצמו דבמקום שכבר נעשה הנזק אלבא דכו"ע המזיק קרוי מוחזק וכמ"ש מור"ם בס' קנ"ד סי"ב וז"ל בעל החלון קרוי מוחזק ועל בעל החצר להביא ראיה ע"כ ועיין בש"ך סקנ"ה סקי"ט וא"כ יכול לומר קי"ל הואל וכבר בנה ומכ"ש לסברת הרב דב"מ ז"ל שכבר הורה והכרע הכריע דאפילו בבא לבנות לכתחילה הדין הוא שאין יכולים לעכב וכמש"ל דאין ספיק מוציא מידי ודאי דזכה איש הבניים בדינו:

אך מה שעומד לנגדנו בזה הוא דלפי הנראה דלא טוב עשה שהרי בשאלה כתוב וזל"ה וראובן ה' בנה כותל אחד מצד הבית של העכו"ם שמצדו והכניס האלנב"ח שמכוון לביתו ועשה כולה בית אחת ומוכר וקונה בה כעת עתה לחדיד ולאחר ימים וכו' עשה לוי כמו שעשה ראובן בביתו וכו' מדבריו אלו נראה דגדר כל סביבות הבית ועשה לה צורת הפתח וחזר כולו בית אחת וא"כ זה אשר לא כדת דעד כאן לא זכינו לו לגדור אלא לעשות גדר מזה האלנב"ח ולסותמו ולהכניס חלל האלנב"ח לתוך ביתו וישאר שעור ד"א שלפני פתח הבית פרוץ לפרוק המשואות דאזי הדר דינו לאותו הארבע אמות הנשארת לפני פתח הבית פרוצה שתהיה עולה לו להארבע אמות שנותנים לו לפני פתחו כדין שכתב הש"ע בס' קע"ב ס"ד שהאכסדרה עולה להארבע אמות אם אפשר להכניס שם במשאו יעו"ש כל זה וא"כ בנדו"ד שעשה צורת הפתח וחזר כולו בית אחת א"כ יהיה צריך לתת לו עוד ארבע אמות אחרות לפרוק משא לפני הבית לפני פתח זה החדש שעשה שהכניס כל האלנב"ח וגם הד"א שלפני הבית גדר אותה ועשה לה צורת פתח חדש וא"כ צריך ד"א לפניה והוא מתורב"ץ החצר השייך לכל השותפים בו זכות וא"כ הרי גזל קרקע הרבים השותפים עמו בתורבץ החצר:

ואפילו אם יטעון שמעון זה שינכו לו זה המקום שהכניס נגד ביתו במקום הארבע אמות הראוי לו ולא יתנו לו עוד ד"א נגד פתחו זה שבנה מחדש איני מה"ד חדא דיום מחר ומחרתו ישתכח הדבר ויבוא עוד ליטול ארבע אמית נגד פתחו ואפילו יעשה להם שטר בעדים שכבר לקח הד"א שלפני פתחו והכניסה בכלל הבית ולא נשאר לו עוד זכות לתת לו ד"א אחרות עכ"ז יכולים לעכב עליו לומר שאינם אחראים לשמור שטרם וכו' ויהיו צריכים לירד עמו לדינא ודיינא וכמ"ש הש"ע ריש סקנ"ה ובסמ"ע שם סק"ב יעו"ש: ועוד דעדיפא מזה הוא דאפילו יודה לבני האלפנדק שאין לו עוד זכייה בד"א שלפני זה הפסח שעשה שכבר הכניס ארבע אמיתיו לתוך ביתו עכ"פ הרי מונע אותם מלהשתמש בזה המקום שעשה עתה לפני הפתח ממה שהיו משתמשים בזה הד"א קודם לזה דמקודם לזה היה זה המקום תורבץ החצר הראוי להשתמש כל אחד בכל עת ורגע ועכשיו כשלקח הד"א והכניסה בביתו וקרב פתח הבית לאמצע החצר לא נשאר מקום זה שלפני הפתח עוד ראוי להשתמש כקדם וכבתחילה כי בו יעמדו הקונים מבעל החנות וגם מוכרח הוא לפרוק בו משואותיו ומונע השותפים שלו בחצר מלהשתמש שם בעת שבעל החנות צריך לו ומטעם זה כתבו הפוסקים דאין יכול לפתוח פתח:

אחר בביתו להחצר של שותפין חדא משום שלא ירבה בדיורין וחדא משום דמקודם לזה היו השותפים משתמשים שם וכשיעשה זה פתח חדש אפילו לא יזכה בהארבע אמות שלפני פתח החדש שכבר יש לו ארבע אמות לפני פתחו שיזכה בי בראשונה עכ"פ כיון שלפני הפתח אין ראוי להשתמשות לכך יכולים לעכב יעויין גם זה בנתיבות המשפט במשה"א סקנ"ד סק"ב וא"כ מתרי טעמי אלו נראה דלא זכה במה שסתם ועשה צורת פתח וההיא דדב"ר מש"ה שהביא משם מהרח"ש ומהרשד"ם יכולים. לומר דבדלא עשה צורת פתח איירי אלא בסתם אותו והכניס אוירו לפתח הבית ומן הבית יכנס להאגרדאקי ולא עשה צורת פתח מבחוץ להאגרדאקי איירי ובאמת תהלי"ת אחר החיפוש כאשר דמינו כן מצאנו בפשיטות. וז"ל הרב זכו"ל ח"א דנ"ב וז"ל מי שהיה לו אכסדרה פתוחה על חצר השותפין וסתמה ועשאה בית ואח"ז בא לעשות באותו בניין פתח לחצר אינו יכול ואפילו מתחילה בשעה שעשאו בית לא היה יכול לפתוח שם פתח מהרח"ש ח"א סי"ד יעו"ש הרי לפניך דמהרח"ש בעל הסברא שכתבנו דיכולים לסתום האגרדקאקי לעצמו ס"ל כאן דאינו יכול לעשות פתח ובודאי מהטעם שזכרנו שלא ימעט חלק השותפין מתורבץ החצר וגם. לא ירבה בדיורין וא"כ מה שכתב לעיל דיסתום לעצמו היינו בלי צורת פתח והגם דלעיל הזכרנו משמו האגרדאקי ובכאן נקט האכסדרא פשוט וברור הוא דאגרדאקי ואכסדרא דין אחד להם וכמו שנראה מדברי הרב זכו"ל שכתב

וז"ל ועיין בד' אם יכול לעשות בית במקום אכסדרה ובמקום גארדאקי וכו' הרי דבסקרא אחת נסקרים ושקולים הם דדין אחד להם אלא לפי בניניהם חלוקים בשמותם ועיין בס' דבר משה שהבאנו לעול ותראה מדבריו דגארדאקי הוא האלנב"ח שאנחנו עושים בחצרות שלנו וכמו שאנו דנים עליו אנן בזה יעויין שם במקומו איך שיהיה נראה דמה שסתם ועשה צורת פתח הוא אשר לא כדת כמו שהוכחנו הואל וממעט ומונע השותפים מתשמיש ארבע אמות שחזרו עתה להיות סמוכים לפתחו:

אלא נראה דגם בזה זכה שמעון זה הבונה מכת ההיא דהרמב"ם פרק ה' מהל"ש שהביא בפסקו הר' מוהראנ"ח נר"ו דמי שמעמיד מחיצה בחצר השותפין זכה לאלתר וכן היא הלכה אלבא דמר"ן עיין סמ"ע סקנ"ב יעו"ש וכן פסק הרב מוהר"ר ר"ב זלה"ה בס' משי"ש ח"ב קל"ט דדעת הש"ע כמ"ש הסמ"ע בסימן ק"ם בהעמדת בהמה בחצר דאם היא חצר השותפין ועשה מחיצה לאלתר הוי חזקה יעו"ש וא"כ גם כאן הואל ועשה מחיצה ופתח פתח ושתקו הגם שמונע מהם תשמיש אותו מקום שחזר להיות סמוך לביתו כדאמרן אפילו הכי תכף זכה דלא גרע מעושה מחיצה תוך החצר דזכה במקום המחיצה להשתמש שם לבדו ופשוט:

גם דעדיפא מזה איכא למימר דלוי זה הבונה אפילו לכתחילה יכול לבנות כמו שבנה ולעשות צורת פתח וכמו שבא הדבר מפורש בס' מש"ה שפיר קאמר במערכת שי"ן אות צ"ה וז"ל ראובן ושמעון שותפין בחצר אחת אך בחלקו"ת לכל אחד בתים מיוחדים אמנם שטח החצר ושאר תשמישי החצר הם בשותפות ביניהם ועמד ראובן והכניס לתוך ביתו משטח החצר ושמעון לא אמר ליה ולא מידי ואחז"ר עמד שמעון ורצה להכניס משטח החצר ג"כ וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקה כשהכנסתי אני משט' החצר מחלת לי וזכיתי במה שהכנסתי משטח החצר ועכשיו אי אתה רשאי לקחת משטח החצר כי איני רוצה למחול על חלקי ושמעון השיב ישיב כי לא מחלתי לך אלא על סמך לכשארצה גם אנכי לקחת משטח החצר. על דנא פתגם נשאל הרב ב"ד ז"ל בחומ"ש צ"ז והעלה הדין עם שמעון עכ"ל הרב מראש ועד סוף וממנו נקח לראובן זה שבא לערער שאין בדבריו כלום הואל והוא עצמו הקדים לפירעטת ועשה בבית שלו כמו שעשה לוי זה הבונה וכמ"ש בשאלה א"כ לוי זה יזכה לעשות כמוהו:

ואין להשיב ולומר דשאני נדון הרב ב"ד ז"ל מנדו"ד דכאן הואל ובשעה שבנה ראובן היה עדיין הבית של הגוי ואח"כ מכרו לשמעון ושמעון ללוי וא"כ הרי פנים חדשות באו לכאן וכיצד יאמר כאן לוי לראובן בשעה שבנתיה בגבולך היה בדעתי שאבנה גם אנכי בגבולי הרי לא ידעינן דעת הגוי המוכר הראשון שבימיו נעשה גדר זה:

אלא כד דייקת שפיר בפסקו של הרב תראה שאין זו דחייה דים לנו לב לדעת היאך פסק הרב כן מכח מה שאומר שמעון שבדעתו היה על סמך וכו' הרי קי"ל דברים שבלב אינם דברים והיה צריך לגלות דעתו דלא מחל ובכל עת וזמן שירצה יטול גם הוא ואזי יזכה מדין חלוקת השותפות ועכשיו ששתק מאן לימא לן דמחל אלא מוכרח לומר דאפילו בלי שום גלוי דעתה כך הדין נותן דהואל ושותפים הם באמצע החצר ובא אחד ונטל חלק בראש וחבירו שתק איני דין שיפסד זה חלק הנוגע לו במה שנטל חבירו אלא דינו הוא מדשתק מחל לו לאותו מקום ויהיה קנוי לו כנגד זה החלק גם הוא במקום אחר: ואל יקשה בעיניך פסק זה של הרב"ד דמחזי דלא כפסק הרמב"ם דפסק בפרק ה' מהל"ש שכתבנו דבהעמדת בהמה בחצר השותפין לאלתר הוי מחילה ומדברי הסמ"ע שם סקכ"ב נראה דהוי מחילה לגמרי לא יטול גם הוא כנגדו אלא דהוי מחילה ואין יכול חבירו לעשות גם הוא כמו שעשה חבירו ויעוין שם בדקדוק דברי הסמ"ע שכתב וז"ל והטעם דאמרינן דרך שאלה העמיד שם מחיצה לזמן מה ובחצר השותפים הוא בהפך דאין הדבר תלוי בחזקת שלשה שנים אלא בהעמדת מחיצה דאם העמיד מחיצה הויא מחילה לאלתר דגם השותף מקפיד ומדשתק מחל ליה לגמרי משא"כ בלא שותף דאין דרך למחול לגמרי מלשון זה מוכח דמחל לגמרי ואין חבירו יכול לעשות נגד מה שעשה מלשון מחילה גמורה דנקט בלשונו:

גם אי הוה הדין הוא שיכול לעשות גם חבירו כן א"כ הו"ל לתת הטעם ולחלק בהכי בין חצר השותפין דהוי חזקה לאלתר דודאי מחל לו הואל ויום מחר או מחרתו יכול ליטול גם הוא ולעשות כמו שעשה חבירו וא"כ מסתמא מחל לו אבל חצר אחרת נגד מי מחל לו בחלק מחצרו ולכך בעינן שלשה שנים וטענה שנתן או מכר לו חבירו כדין כל חזקת קרקע אלא ודאי דמאי דאמרינן בשותף מחל לו היינו לגמרי ולא ליטול נגדו ועל זה לא יוצדק לחלק בכך וא"כ לכאורה נראה דדברי הרב ב"ד ז"ל הפך דברי הש"ע הנז': אלא כד דייקת תראה דחלילה לומר דדברי הרב"ד ז"ל דלא כהרמב"ם ז"ל והש"ע והסמ"ע דאמרן אלא דהתם בס' ק"ם בפסק הרמב"ם דפסק הש"ע בחזקת העמדת הבהמה אפילו בעשה מחיצה דהחזיק לאלתר הרי פירשה שם הרב משה"א דבשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לעניין שיכול להעמיד הבהמה דכיון שהחצר עשוי לכניסה ויציאה דרך השותפין להקפיד על העמדת הבהמה אבל אם השותף טוען על גוף המקום טענת מכירה שיהיה שייך לו תמיד דינו כאחד דבעי ג"ש עכל"ה דמשה"א יעו"ש וא"כ ודאי הואל ולא איירי שם אלא בעשה מחיצה להעמדת בהמות ולא לזכות בו עולמית בזה הוא דאמרינן מחל לו מחילה גמורה ואין חבירו יכיל לעשות כמו שעשה אבל הרב"ד ז"ל איירי במוסיף

משטח החצר לתוך ביתו לזכות בו עולמית בזה ודאי דלא שתק ומחל אלא אדעתא שיהיה קנוי לו ג"כ עילמית נגד מה שלקח חבירו דדמי זה קצת למ"ש הש"ע סקנ"ז ס"ב דמדבנה זה זכה זה יעו"ש הגם דהתם גלו דעתם שרצונם כך עכ"פ כל זמן שלא קבלו קנין הוי דבריהם שאין בהם ממש ועכ"ז אם הלך בלי דעת חבירו ובנה איתברר חלק חבירו. גם אנחנו כעין דמדומי ראיה נביא לנדו"ד הואל והדבר מוסבר מצד הסברא דדמי זה השותפין בחצר לשאר שותפין דעלמא שכל אחד יש לו קרן בכיס זה מנה וזה מנה האם נאמר שאם אחד מהם נטל מן הקרן סך מה בפני חבירו לעשות בו צרכיו וחבירו ראה ושתק האם נאמר שחבירו שתק לו ליטול אותם בתורת מחילה מהאמצע אלא הכוונה דנטל אדעתא שיטול חבירו נגדו וא"כ גם כאן בשטה שבנה ראובן זה והכניס האלנב"ח לתוך ביתו ודאי דעת ראובן זה ודעת העכו"ם שוה בזה ואין חלוק בין עכו"ם לישראל בזה כלל ומשעה שבנה ראובן נקנה לעכו"ם גם הוא להכניס האלנב"ח ולהשתמש בארבע אמות הצריך לפתח אשר יעשה וא"כ הוי כאלו הוברר לו המקום ושלו הוא לבנות כאשר בנה ראובן וא"כ כל מה שזכה העכו"ם מכר והוי מכר הבית ושטח האלנב"ח להכניסו לבית ולהשתמש בסמוך לו:

כל זה הטרחנו עצמינו לייסד דמן הדין הגמור זכה לוי במה שכבר בנה. אך באמת אין אנו צריכים לכל זה לפי מה שבא כתוב בפסק מהראנ"ח נר"ו שכתב שהעדים העידו שכך הוא המנהג נהוג כמו שעשה לוי זה פשוט אפילו אי לא הוה זוכה בדין מנהג עוקר הלכה וזכה ובאמת שכך נראה מדברי השאלה שמנהג זה ידוע ביניהם שהרי כבר ראובן עשה מה שעשה ואין פוצה פה כלל גם לוי זה לא בא לערער ראובן עליו אלא על מה שהאפיל עליו ועל מה שהשיג גבולו ש"מ אם לא היו מגיעים לו שני נזקים אלו לא הי' לו לטעון. מטעם דכך עמא דבר:

ועל מה שטען ראובן ואמר שעכשיו שעשה לוי כותל בבית שלו לא נשארה ביתו נראית לקונים גם בזה אין הדין עמו וכמו שבאמת השיב על זה אברהם בראש דהוי כדין שאר שעבודין שאין בהם חסרון קרקע דמחל בשתיקתו וכמ"ש בס' קנ"ד וקנ"ה סל"ה יעו"ש ובמקומות אחרים אין צריך להאריך בזה: אך על מה שטען שהשיג גבולו והכניס חלל הבית של חבירו ובנה בו הכותל כמ"ש בשאלה בזה צדקו טענותיו דלא זכינו לו מצד הדין ומצד המנהג אלא לגדור ולבנות בשלו דוקא מטעמא דגבול ביתו עד תחומו שלו הוא לעשות בו חו"ר כמש"ל וא"כ מטעם זה ג"כ גבול ותחום חבירו נמי שלו הוא לגמרי לעשות בו חו"ר ואין חבירו יכול לבנות ועליו לנתוץ מה שבנה בגבולו ואפילו יתברר שבשעה שבנה לוי היה ראובן עומד ושתק לא זכה לוי ודין זה הוא מ"ש הש"ע בס' קמ"ב

ס"ב דבעינן עד שידע ויסייע ואזי זכה הבונה יעו"ש ובנדו"ד לפי דברי השאלה לא נזכר שראובן המערער מידע ידע וסייע א"כ דין הוא שלא זכה לוי זה הבונה במה שהעמיד הכותל בקרקע של חבירו ומחויב הוא לסתור הכותל מעל גבי קרקע של חבירו כמ"ש מור"ם סימן ש"ם ס"ב דקרקע אינה נגזלת ואין בה תקנת השבים יעו"ש:
וא"כ קם דינא דכל מה שבנה וגדר בתחומו נגד האלנב"ח כדין עשה ואין לראובן עליו כלום גם במה שטען שהאפיל עליו ולא נשארו הקונים רואים. אותו כבתחילה אין בדבריו כלום אך צריך להסיר מה שבנה בגבולו דאין לו רשות כי אם לעשות חו"ר בשלו דוקא ותו לא מידי וצוי"ם וימ"ן. כ"ד החותם באדר הס"ל תרנ"ז פה סאלי יע"א:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעג

עמדו לדי"ת שתת' יצחק לזאם ויהודא ן' הרוש וזה תביעתם דהיינו נתוועדו שניהם יחד לילך לאהלי קדר לקנות משם בהמות של שחיטה והתנו ביניהם שכל מה שיקנו יפרע כל אחד מכיסו מחצה וכן עשו והלכו לאהלי קדר וכשהגיעו לשלום נכנסו לשוק לקנות וקנו בשניהם שור אחד ופרעו יאודא מכיסו והי' בדעתם לקנות יותר ומה שיקנו תחלה אח"ך יפרע אותו יצחק ג"ך כי כן דרך השותפין. איך שיהיה לא אסתייע מילתא אח"ך לקנות שום בהמה אחרת כי הוקרו אח"ך הבהמות וחזרו מן השוק לעירם ולא דבר יאודא ליצחק לאמר תן לי מחצה בדמי השור שקנינו עד אחר יום או יומים בא יהודא וטען כי הבהמה הזאת לא יהיה ליצחק בה שום חלק כי לא נתן בה שום דמים ומעותיו של יהודא קנאוה ויצחק טוען הריני מוכן ליתן לך מחצה בדמים ע"ך:
תשובה מה שנלע"ד הוא דזכה יצחק בחלקו ואין אומר ואין דברים דהואל ושניהם קנאוה בשותפות הרי נקנה לכל אחד חלקו ומה שפרע יהודא כל דמיה לא קנה בזה יהודא חלק השותף ולא היי חלק חצי הדמים כי אם הלואה גבי יצחק שהרי עדיפא מזה מצאנו ראינו להרב"י ז"ל בס' קע"ו סל"ט משם המרדכי תשובת מהר"ם על עכו"ם שבקש מראובן ושמעון להלות לו ברבית סך ממון ונתן ראובן חלקו לעכו"ם ושמעון עדיין לא נתן ואח"ך לא רצה ללות יותר ואמר ראובן לשמעון אם תרצה להשתתף במה שהלותי לעכו"ם תן לי חלקך בממון. ולא נתן לו. ונפטר שמעון איידי דביני ביני. דיש אומרים דראובן זכה בכל הריוח ונחלק עליו הר"ם ז"ל וכתב שכשנתן ראובן הממון שליחות דכולהו עבד כיון דמעקרא נשתתפו בחוב וכו' אמנם אם כשתבע ראובן לשמעון ליתן לו חלקו אמר איני רוצה ליתן הרי שינה בשותפות ונעקר מהשותפות אבל אמר תדיר הריני משלם

אע"ג דדחה אותו קצת כיון דלא אטרחיה לב"ד ומת בתוך כך קני רוחא וחייב ראובן ליתן רוחא ליורשי שמעון יעו"ש. ומצאנו ראינו למר"ן בקצר בס' קע"ו סמ"א ולמור"ם בס"ו שפסקו כסברת מהר"ם וא"ך הרי עיניך הרואות דהתם אפילו לא עבד שמעון שום מעשה אלא מכח דחשבינן לראובן עבד שליחות דשותפי קנה שמעון. מכ"ש בנדו"ד דקנו בשוק יחד הבהמה וכל אחד קנה המחצה לעצמו בודאי איכא למימר דגם החולקים על מהר"ם יודו בכאן:

גם יש עדיפית בנדו"ד מההיא דמהר"ם דהתם כתב אפילו בתבעו תדיר והיה דוחה אותו מדי יום יום עכ"ז קנה שמעין רוחא מכ"ש בנדו"ד דמעולם לא דבר עמו מאומה אלא אמר יצחק הריני מוכן ואלו אמרת לי באותה שעה ליתן חלקי הייתי מוכן ליתן בודאי אפי' החולקים על הרב יודו בכאן: גם יש ראיה ממ"ש מור"ם סוף ס' רס"ט בראובן שאמר לשמעון קנה לנו ביחד סחורה פלונית והלך שמעון וקנאה ואח"ך אמר קניתיה לעצמי י"א דצריך לחלוק עם ראובן במה שקנה דהו"ל כמגביה מציאה לחבירו וי"א דאם לא היו לראובן דמים זכה שמעון במה שקנה ואם נתרצה לקנות לשניהם הו"ל כאלו זוכה לשניהם עכ"ל. הרי עיניך הרואות שאם יהיו לראובן דמים בכיסו אפילו עדיין לא נתנם ביד שמעון עכ"ז כ"ע מודו דקנה אפילו בקנה שמעון לבדו בשתיקה ממעותיו עכ"ז הואל וראובן יש בידו ממה לפרוע הרי זה חלקו קנוי לו וכמ"ש בסמ"ע בס' קפ"ג דכ"ע מודו. בזה כ"ש יצחק הנז' שהלך וקנה המקח בידו הוא ושותפו הנז' מאי הוי אם פרע אותו יהודה לבדו בודאי אפילו אם יתכוון הוא לבדו לומר לעצמו קנה מכח מעותיו אין בכוונתו כלום דהיל"ל תן לי חלקך באותה שעה ואם לא יהיו בידו באותה שעה ולא יש לו ממה לפרוע אזי יהי' דו"ד:

והגם שהג"ה זאת שהביא מור"ם בסו"ס רס"ט הוא הפך ממ"ש מור"ם עצמו בס' קפ"ג ס"ד דנראה דבריהם סתראי אהדדי דהתם כתב מור"ם אבל אם קנאה שמעון במעות ראובן צריך לחלוק משמע דדוקא בעינן עד שיהו המעות של ראובן ביד שמעון ולא במה שיש המעות ביד ראובן כבר כתבו הסמ"ע והש"ך ישובים לזה ולפי ישובו של הסמ"ע הרי ס"ל דההיא דס' קפ"ג מיירי בחזר בו השליח בפי' וא"ך בנדו"ד שלא דבר יהודה מאומה בשעת הפרעון אלא פרע ושתק א"ך בודאי אדעתא דשניהם פרע. גם לפי ישובו של הש"ך משם הב"ח דחלק בין אותו מעמד ללא אותו א"ך מכ"ש בנדו"ד דהיה יצחק שם בעצמו בשעת הקנייה וקנה כל אחד אדעתא דידיה ודחבריה:

והגם דהרב ט"ז דחה ישובו של הסמ"ע והב"ח עכ"ז הרי כתב דסברת העיטור מאריה דהאי דינא דס' קפ"ג בודאי לא בעי עד שיתן ביד ראובן לשמעון המעות אלא אם יש ביד

ראובן מעות קנה ומ"ש אבל אם קנאו במעות ראובן אורחא דמילתא נקט א"ך הרי עיניך הרואות דדברי הי"א בתרא שהביא מור"ם בסוף סימן רס"ט עם הג"ה זאת שוים ביש ביד ראובן מעות וא"כ גם יצחק הנז' הואל ובידו מעות קנה ובפרט כבר ביררנו דכ"ז אינו אלא בדין השליח עם המשלח אבל בנדו"ד לא נגע בספיקות אלו דהא כל אחד קנה חלקו לבדו ומה שפרע יהודה לבדו לא יגרע חלק יצחק בזה ואין זה צריך לפנים. זהו משנלע"ד בזה והצוי"ם וימ"ן הי"ז ביום חמשה עשר לכסליו דהאי שתא תרמ"ד לפ"ק פה סאלי ע"ה בסדר יהיה לך אשר לך. כ"ד הצעיר שפל אנשים. הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעד

עמדו לדי"ת יהודא אזולאי ושמעון כהן ומחלוקתם כך היא דהיינו הר' יהודא הנז' דרכו ליילך להסתחרר באהלי קדר מדי שבת בשבתו ולפעמים מוליך בידו שמעון הנז' בתורת שותפות והוא פוסק עמי שכל מה שירויחו יטול יאודא חלק ומחצה ושמעון חלק כי יהודא הוא בעל המעות איך שיהיה בשבוע זה לא פסק עמו אלא אמר לו שילך עתו בסתם והלך עמו והן היום טען ואמר כי הואל ולא פסקתי עמו אין אני רוצה ליתן לו כי אם לערך מה שיאמרו בני אדם שכר עבודתו או חלק שראוי ליטול בשותפות ומה גם עתה הפעם הוספתי ממין בשותפות וגם קניתי חמור אחר ואם כן אין אני רוצה ליתן כנהוג עד כאן:

תשובה הד"א אמרה שהדין הוא שצריך לחלק הריוח חלק ומחצה ליאודא וחלק לשמעון כנהוג דהואל והי' רגיל לילך עמו בקצבה זאת וזה הפעם הלך בשתיקה בודאי אדעתא דחלוקה הנהוגה הלכו וזה מפורש יוצא בדברי מור"ם בס' של"ה ס"ח וז"ל שליח צבור שהשכיר עצמו עם מנהיגי הקהל לשנה בתנאי כו"כ ואח"כ השכיר עצמו עם מנהיגים שניים ולא התנו ודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו עכל"ה ומ"ש עם מנהיגים שניים לרבותא נקטה מכ"ש בכאן ששכר עצמו עם יהודא עצמו שהיה יודע בתנאי זה וכמ"ש הסמ"ע סקל"א דמכ"ש הוא בשוכר עצמו עם המנהיגים הראשונים:

ומה שטען יהודא הנז' דעתה הפעם הוסיף ממון בשותפות ובשביל זה אינו רוצה ליתן כבתחילה גם בטענה זאת דבריו מהבל ימעטו דהא עדיפא מזה מצינו למר"ן בסק"ע ס"ה פסק בדין השותפין דאפילו הטיל זה מנה וזה מאתיים חולקים הריוח וההפסד בשוה הואל ונשתתפו בסתם אלא הואל ומעיקרא היו נוהגים להשתתף בתנאי זה שיהודא יטול חלק ומחצה ושמעון חלק לכן גם עתה הפעם אמרינן מסתמא אדעתא דהכי נכנסו ונשתתפו: וא"כ מדיניה דס' קע"ו יש ללמוד ממנו דמכ"ש לנדו"ד שיודא ניטל חלק

ומחצה בודאי בשביל שהוא בעל המעות. וכאלו נוטל יהודא חלק ושמעון חלק והמעות חצי חלק וא"כ גם אם יוסיף עתה הפעם סך ממון בשותפות בודאי לא יטול יותר מחלק ומחצה בכ"מ שירויחו הנכסים דהא אם יהיה ריוח גדול מחמת ההוספה הרי הוא נוטל ג"כ חלק ומחצה בכל מה שירויחו דרך משל אם היו ראוים קודם ההוספה להרויח מאה א"כ היה ראוי יהודא ליטול ארבעים לחלקו ועשרים לחלק הנכסים דהוי בין הכל ששים ושמעון ארבעים ס"ה מאה ואם עכשיו הוסיף ממון והרויחו מאתים א"כ הרי ג"כ נוטל החלוקה הראשונה בכפל וא"כ הרי נטל חלק הממון שהוסיף ומה לו עוד בדברי הבל אלו ואם בשביל שנתרבה חלק שמעון דמן הראוי בפעמים הראשונים היה מרויח מ' ועכשיו הרויח פ' על הוספת ממון שהוסיף יהודא גם זה הבל ורעות רוח דהרי לא מן המעות לבד בא הריוח אלא גם ממעשה ידיו של שמעון שנשא ונתן בהם וא"כ לפום צערא אגרא והגם שיש כמה ראיות לזה איני צריך להאריך בדבר פשוט כזה וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעה

שאלה ראובן נתן לשמעון לקנות לו חטים לסחורה או לאכילה והלך שמעון וקנה שעורים והפסיד בהם אם חייב שמעון לשלם הפסד שהפסיד מן הקרן דוקא או חייב ליתן לו אפי' מה שהיה ראוי להרויח בחטים וכן מי שנתן מעות לחבירו לקנות חטים בשותפות והלך וקנה שעורים מהו הדין יומ"ץ: תשובה דין זה נפתח בהרמב"ה פ"א מהל' שו"ש הלכה ה' וז"ל נתן לו מעות ליקח לו בהם חטים בין לאכילה בין לסחורה והלך ולקח בהם שעורים אם פחתו דמי זה שלקח פחתו לשליח מפני שהוא משנה ואם הוסיפו דמיהם לבעל המעות עכ"ל ובפר' ה' הל' ב' כתב ג"כ וז"ל הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהם חטים ולקח בהם שעורים וכו' אם פחתו פחתו לזה שעבר עכל"ה ושני דינים אלו של שליח ושל שותף פסקן מר"ן בחו"מ דין שיתף בס' קע"ו סי"א ודין השליח בס' קפ"ג וספיקא דידן לא הוזכר בפי' לא בדברי הרמב"ם ראשונים ושניים ולא בפסקי מר"ן ז"ל ועדיין ספק במקומו עומד:
אלא דראיתי דספק זה הוא שנוי במחלוקת הפוסקים ה"ה בספרתם והילך מ"ש הרב רבינו מהריק"ש בספרו אהלי יעקב שאלה מה שהיה פסיק שם ותני דשליח ששינה שהוא חייב אפילו באונסים ופשיט זה מברייתא דקתני מי שנתן לקנות לו חטים וקנה לו שעורים שאם פחתו פחתו לו וז"ל דאם לענין פחת הזול שיהיה בזמן זה לבד אירי ברייתא ולא לענין אונסין הגע עצמך שאם הוזלו שני המינים עד שיש הפסד בקניית זה

כמו בקניית זה על מי יהיה ההפסד אם אמרנו שאין על השליח כלום כיון שגם בקניית מה שצוהו בעל הבית היה מפסיד הסך הזה בעצמו א"כ הא איכא פחת זולא דלא הוי על השליח ואם היה הפסיד זול מה שקנה פחות מהפסיד קנית מה שצוהו בעל הבית גם בזה יהיה הפסיד על בעל הבית ואם יהיה הפסיד זול מה שקנה כפלים בהפסיד זול מה שצוהו בעל הבית או שליש או רביע יותר אין על השליח כי אם המותר וזה לא יתכן שהרי הברייתא מילתא פסיקתא נקטא ואם פחתו פחתו לו ולא אמרה אם פחתו בערך קניית החטים ודבר זה נתבאר יותר בדברי הרמב"ם ז"ל שכתב אם פחתו דמי זה שלקח וכו' כלומר דלא מיירי אלא בפחת דמי זה שלקח ולא בערך החטים וא"כ כיון שאפילו היה מפסיד סך זה בקנין מה שצוהו בעה"ב עכ"ז חייב הפסיד מה שקנה מדעתו דהשתא דמי לאונס בהכריח לפרוש פחתו דברייתא שחייב השליח בכל מין פחת דהיינו חייב באחריות הקרן לגמרי עכל"ה הרי הוצרכתי להביא לך כל לשון רבינו מהריק"ש דממנו תלמד דמדקדק מדברי הרמב"ם שכתב מדמי זה שלקח וגו' מכאן דקדק דאינו חייב כי אם פחת הקרן דוקא ולא בשום פחת אחר: וראיתי לרבינו מהריט"ץ בס' צ"ה דמדקדק מדברי הרמב"ם כלפי לייא והילך ג"כ לשונו וז"ל אמנם מה שעדיין אני מסופק בו הוא אם השנוי הוא כמ"ש הרמב"ם בפר' ה' משותפין לשאמר לו לקנות חטים וקנה שעורים שאם נאמר שההפסיד על המשנה אם נאמר דוקא הפסיד מן הקרן אבל לא נאמר שישלם לו מה שהיה מרויח בחטים אמנם מה שנלע"ד דגם בזה חייב המשנה לשלם מה שהיה ראוי להרויח בחטים תדע מלישנא דהרמב"ם דקאמר אם פחתו פחתו לזה שמכר ולא כתב אם הפסידו או יש הפסיד שהיה נראה הפסיד מן הקרן אלא פחתו רוצה לומר אם פחתו מהריוח בשעורים מה שיש ריוח בחטים פחתו לזה שמכר וחייב כך נלע"ד פשוט עכ"ל הרי לפניך דהרב מהריט"ץ מדקדק מדברי הרמב"ם שחייב אדרבא לשלם אפי' מה שהי' ראוי להרויח הפך דברי מהריק"ש ז"ל:

והנה הוצרכתי להביא לך הני תרי לישני של מהריק"ש ושל מהריט"ץ כדי לומר לך שהגם שמהריק"ש ז"ל דקדק מלשון הרמב"ם דפר' ה' מהל' שו"ש דמיירי בשליח ומהריט"ץ הביא דקדוקו מלשין הרמב"ם דפר' ה' דמיירי בשותפין אל תטעה לו' דיש שום חלוק לדינא דשותפין לדינא דשלוחים אלא דפשוט הוא דדא ודא אחת היא אלא דנדונו של מהריק"ש היה בנדון השליחות לכך הביא לשון הרמב"ם דפרק א' דמיירי בשליחות ומהריט"ץ היה נדון דידיה בשותפין לכך הביא לשון הרמב"ם דמיירי בשותפין והן אמת דמהריק"ש דקדוקו לא אתי אלא מההוא דין דהרמב"ם דפר"א דאם כתב דמי זה וגו' כמו שהבאתי לשוני לעיל אבל בדיני שותפים לא כתב מלת דמי אלא כתב אם פחתו

פחתו וגו' אל תטעה לומר דבדין השותפין לא נימא הכי כמ"ש מהריק"ש ודאי דלסברת מהריק"ש יאמר לך הואל ובדיני שלוחים גילה הרמב"ם דעתו דאין צריך לשלם לו אלא פחת הקרן דוקא ה"ה נמי בדיני שותפים דשוים נינהו וכן בא הדבר מפורש בדברי מור"ם בס' קפ"ד ס"ה שכתב מר"ן שם דינא דאם נתן מעות לחבירו לקנות לו חטים בין לסחורה בין לאכילה וכו' וסיים עליה מור"ם שם וה"ה אם נתן לו מעות במחצית שכר עכל"ה וכן כתב הסמ"ע סקט"ו וז"ל ואם היה בהם ריוח וכו' כבר נתבאר בסימן קט"ו דשליח ושותף שוים נינהו וכו' יעו"ש ואם כן פשוט הוא דשליח ושותף דינם שוים ולא נקטו הני רבוותא ראייתם אלא משום דמהריק"ש דינו איירי בשליח ובפרט דאין לו לדקדק אלא מאותה הלכה אבל מההלכה דפר"ה לא כתב מלת דמי הגם דשוים נינהו כמ"ש ורבינו מהריט"ץ הואל ודינו בשותף הביא לשון הרמב"ם דמיירי בשותף ותו לא מידי: איך שיהיה הרי לפניך דדין זה הוא מחלוקת רבותינו דלמהריק"ש אינו נותן לו כי אם מה שהפסיד מהקרן ומהריט"ץ חייב ליתן לו אפילו מה שהיה ראוי להרויח ולדעתי ההדיוט נראה דסברת מהריק"ש נקטינן שהרי מדברי מר"ן בקציר נראה דלית ליה האי דקדוקא דמהריט"ץ ז"ל שהרי הרמב"ם בפ"א מהל' שו"ש כתב ז"ל שאם פחתו פחתו לו וגו' לא כן מר"ן שהעתיק בלשונו בס' קפ"ג ס"ה כתב וז"ל נתן מעות לשלוחו לקנות לו חטים בין לסחורה בין לאכילה והלך וקנה לו שעורים או בהפך אם היה בהם הפסיד הוא לשליח וכו' וכתב הרב באה"ג וז"ל כ"כ הרמב"ם בפ"א מה' שלוחין וגו' יעו"ש הרי לפניך דפסק זה של מר"ן הוא מהרמב"ם וא"כ אם דקדוק זה של מהריט"ץ הוא אמת דמדכתב הרמב"ם אם פחתו וכו' איירי אפילו מה שהיה ראוי להרויח אית ליה להרמב"ם דחייב לשלם א"כ היאך כתב כאן מר"ן דאם הפסיד דמשמע דלא מיירי אלא בהפסיד מהקרן אלא ודאי דמר"ן לא ס"ל להאי חילוק"ה דרבנן:

ואפשר אדרבא איכא למימר דלזה נתכוון מר"ן ז"ל לסבור כרבינו מהריק"ש דהא כפי האמת קשייה על מר"ן דהואל ודרכו הוא על הרוב לילך בעקבות הרמב"ם וכלישניה נקיט בהלכותיו ובפרט בדיני ממונות א"כ למה שינה כאן מלשונו דהרמב"ם ז"ל תני ואם פחתו דמי זה שנתן לו פחתו לו וגו' ואיהו ז"ל נקט בס' קפ"ג בלישניה אם היה בהם הפסיד הוא לשליח וכו' אלא דיכולים לומר דמר"ן ז"ל דקדק בלשונו מלת דמי שכתב הרמב"ם ומפרשה בפירוש של מהריק"ש דהרמב"ם ז"ל מיירי דוקא בהפסיד הקרן ולכך כי אתא לסדרו בקצר לפסוק האי דינא שינה הלשון וכתב אם הפסיד הפסיד לו וכו' דמשמע דעל הקרן קאי וכמ"ש מהריט"ץ לעצמו והגם דכבר כתבנו דדין שליח ושותפים שוים וא"כ תקשי על מר"ן למה כאן פי' דבריו וכתב שאם הפסיד ולמה בס' קט"ו סי"א

נקט לשון אם פחתו וכו' בלשון הרמב"ם ולא כתב אם הפסיד וכו' זה אינה קושי' דהתם כתב לשון הרמב"ם בלא תוספת ובלא מגרעת אבל בפר' א' בדין שלוחין הוסיף הרמב"ם מלת דמי הוכרח הוא לפרשה דהיינו הפסיד הקרן לכך מר"ן שינה הלשון בזה הדין דוקא כמו ששינה הרמב"ם אבל לעניין הדין שוים נינהו כמ"ש דדי בגילוי אחד שגילה הרמב"ם ומר"ן דעתו בדין אחד וממנו תלמוד לדכוותיה לשותף ולמשלח סחורה וכמ"ש מור"ם והסמ"ע יעו"ש וא"כ לדעתי נראה דכסברת מהריק"ש נקטינן הואל ומר"ן פשוט דלית ליה סברת מהריט"ץ ומיקריבא דעתיה לומר כסברת מהריק"ש זלה"ה כמש"ל:

גם לדעתי החלושה לא זכיתי לעמוד על דעת רבינו מהריט"ץ זלה"ה היאך יוצדק לנו האי דקדוקא דלדעתי נראה דקדוק זה אינו דקדוק כלל והראיה דהא אותו דין שדקדק ממנו הרב ז"ל הוא הל"ב בפ"ה מהלכו' שו"ש דכתב הרמב"ם הנותן מעות לחבירו בתו' שותפות ליקח בהם חטים וקנה בהם שעורים אם פחתו פחתו לזה שעבר ואם הותירו הותירו לאמצע וכן אם הלך ונשתתף עם אחד בממון השותפות אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם נשתכר נשתכר לאמצע אבל אם נשתתף עם אחר במעות של עצמו אם פחתו לעצמו ואם הרויח הרויח לעצמו עכ"ל והנה לפי דקדוקו של מהריט"ץ שמדקדק ברישא דהאי דינא דאמר פתחו וכו' ולא אמר הפסיד וכו' קשה הרי במצעיתא דהאי דינא שכתב וכן אם הלך ונשתתף עם אחר בממון השותפות כתב הרמב"ם לישנא דאם הפסיד הפסיד לעצמו וכו' וכתב הרב כסף משנה שם וז"ל וכן אם הלך ונשתתף וכו' שזה הדין דומה ממש לדין שנזכר בסמוך שהרי שותפו לא נתן לו מעות שישתתף עם אחר עכ"ל א"כ הרי מפשט הרמב"ם ומדברי הכ"מ פשוט דדינא דמציעתא כדינא דרישא דנתן לחבירו מעות ליקח חטים וכו' ושוים נינהו ועכ"ז ברישא תני אם פחתו ובמציעתא תני אם הפסיד וא"כ ש"מ דחד לישנא נינהו וכולהו על הקרן קאי ואין כאן דקדוק כלל כמ"ש רבינו מהריט"ץ זלה"ה:

גם תקשי להרב הנז' דינא דסיפא דכתב אבל אם נתן לחבירו מעות של עצמו ונשתתף עמו אם פחת לעצמו ואם הרויח לעצמו ע"כ והנה פשוט וברור דהך אם פחת האמור בהאי דינא דסיפא הייגו אם פחת הקרן דלא יוצדק כאן שום פירוש מפירושי מהריט"ץ דהייגו ממה שראוי וכו' ולא יוצדק שום פירוש זולת אם פחת דהיינו אם הפסיד מן הקרן ועכ"ז תני הרמב"ם בה אם פחת פחת לעצמו וכו' ולפי פירושו של מהריט"ץ הכי הו"ל למתני אם הפסיד הפסיד לעצמו אלא דפשוט הוא דאין בלישנא דהרמב"ם שום דקדוק כלל פעם תני אם פחתו כלישנא דברייתא ופעם תני אם הפסיד וכו':

גם ראיתי להרב גור אריה זלה"ה בחידושיו למציעא דף ק"ד ע"א שכתב וז"ל מ"כ אצלי בחידושי לש"ע חו"מ ויעתק משם כתב מהריט"ץ ז"ל שו"ת ס' צ"ה דהא דקי"ל האומר לשליח לקנות לו חטים וכו' דחייב לפרוע אף מה שהיה ראוי להרויח ודייק מדברי הרמב"ם דתני אם פחתו וכו' עכת"ד ואחרי נשיקות הרצפה לא יכולתי להלום דבריו דהרי דין זה שייך לדין המבטל כיסו של חבירו אף שהיה צווח שיתנם לו לקנות חטים שהיו בזול ואח"כ הוקרו הגע עצמך שזה השליח אם היה מחזיר לו מעותיו ולא קנה שום דבר דאז היה פטור וא"כ השתא דקנאם שעורים יתחייב לשלם מה שהרויח בחטים אף דהשתא לא הפסיד מידי ומכ"ש אם יהיה בשעורים ריוח מועט ושוב מצאתי למהריק"ש ז"ל סמ"ה שכתב לדינא כדברינו ודקדק כן מלשון הרמב"ם הלכות שלוחין אם פחתו דמי זה שלקח בעצמי ולא בערך החטים וכו' והוכרח לפרש פחתו דברייתא כל מין פחת דחייב באחריות הקרן לגמרי עכת"ד עכל"ה הרב גור אריה זלה"ה הרי לפניך דהרב גו"א ז"ל תמה על רבינו מהריט"ץ מטעם אחר ותפס כשיטת מהריק"ש ז"ל ופשוט בעיני דלא תמה הרב הנז' על מהריט"ץ אלא בלימודו בישיבה באקראי אבל אם היה נותן לב לחפש בדברי הרמב"ם שממנו הביא מהריט"ץ ראייתו היה תמיה עליו גם תמיהתי אני עני דלדעתי פשוטות הנה:

גם ראיתי לאמת דברי דכסברת מהריק"ש ז"ל היא סברת מר"ן ז"ל מהא דפסק בסי' ש"ו ס"ג וז"ל נתן צמר לצבוע אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום וכו' אם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי את ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד וכו' עכל"ה וכתב הסמ"ע שם בסק"ט דיש שני פירושים בהאי אם השבח יתר על היציאה או אם היציאה יתירה על השבח וכתב שם דפירש הראשון הוא אם נתן לו בעה"ב צמר לצבוע שוה עשרה והצבע הוציא בסממנים עשרה ובמקום שיצבע אותו שחור צבעו אדום נחזי אנן אם השתא שצבעי אדום שוה יותר מעשרים לא יתן לו כי אם עשרה ולא יוכל הצבע לו דאם הייתי צובע אותו שחור כמו שציותני לא היה שוה כי אם עשרים והשתא דשוה יותר א"כ אני אטול מה ששוה יותר על עשרים אלא הדין הוא שלא יטול כי אם ההוצאה שהיא עשרה ואם אדרבא על ידי שנוי זה שצבעו אדום נפחת ולא שוה כי אם י"ח לא יתן לצבע כי אם שמונה שהשביח זהו חד פירושה. וכתב עוד שיש פירוש אחר והוא מהירושלמי והפירוש הוא שאם הבע"ה נתן לצבע צמר וסממנים שוה עשרה וקצב לו בשכרו עשרה דהשתא הוי עשרים ואלו צבעו כמו שצווהו היה שוה כ"ה והשתא ששינה אינה שוה כי אם עשרים לא יטול הצבע כי אם חמשה בשביל דחשבינן מה שהיה ראוי להרויח בעה"ב זה שהם החמשה בכלל הקרן של הצמר והסממנים שהם

עשרה והוי קרנו של בע"ה ט"ו וא"כ לא יטול הצבע כי אם ה' ואם להיפך על ידי שנוי של צבע חזר להיות שוה ל' לא יטול ג"כ זולת עשרה דקצב עמו וכו' ע"ש זהו שני פירושים שהביא הסמ"ע וכתב שם הסמ"ע דמר"ן סברתו הוא כפירוש קמא דאינו חייב לשלם הצבע כי אם הפסיד הקרן ולא חשבינן מה שהיה ראוי להרויח בכלל הקרן וכתב שם הסמ"ע הכריח לזה דסברת מר"ן כך היא:

ואם כן מאותו דין נלמוד לנדו"ד לקו"ח ומה התם דנתן הצמר והסממנים לצבע דמן הראוי לומר דהוי כאלו הריוח כלול עם הקרן עכ"ז כתב שם סברת החולקים דכוותייהו פסק מר"ן דאינו נותן לו מה שהיה ראוי להרויח מכ"ש בנדו"ד שלא נתן לו כי אם מעות בודאי דלא יתן מה שהיה ראוי להרויח וקו"ח זה חזק ואמיץ הוא דהא לסברת הירושלמי שהביא הסמ"ע שם שחייב ליתן הצבע לבע"ה מה שהיה ראוי להרויח היינו דוקא אם נתן לו צמר וסממנים חבל אם היה נותן לו כי אם הצמר לבד ולא נתן הסממנים בודאי דגם הירושלמי והנהו פוסקים דסברי כן בודאי יודו דלא יתן הצבע לבע"ה מה שהיה ראוי להשביח וא"כ מכ"ש נדו"ד שלא נתן לו שום סחורה כי אם מעות בודאי דלסברת מר"ן לא יתן לו כי אם מה שהיה מפסיד מן הקרן ולא מה שהיה ראוי להרויח והגם שמור"ם שם בס' ש"ו סיים שם וכתב וז"ל ומה שהיה ראוי להשביח אלו לא שינה הוא בכלל הקרן וחשבינן השבח וההוצאה בלא זה עכ"ל הרי כתב הסמ"ע שם דמור"ם בא לחלוק על דברי מר"ן וס"ל כשיטת הרא"ש לסברת הירושלמי וכו' וחמה שם הסמ"ע על מיר"ם דלא כתב דבריו בלשון י"א הואל ופליג הוא על מר"ן יעו"ש וא"כ הואל ומר"ן ס"ל דלא ישלם כי אם מה שמפסיד מן הקרן אנן כותיה נקטינן ובפרט דנדו"ד אפי' מור"ם יודה דעד כאן לא ס"ל התם מור"ם דחשבינן מה שהיה ראוי. להרויח בכלל הקרן אלא התם דנתן לו צמר וסממנים ואז חשבינן ליה כאלו צבוע ועומד אבל היכא דלא נתן לו כי אם הצמר דוקא לא פליגי הרא"ש וסיעתיה בזה וא"כ גם מור"ם יודה דלא חשבינן הריוח בכלל הקרן וא"כ מכ"ש הוא לנדו"ד דלא נתן כי אם מעות דגרוע טפי וזה פשוט:

אחרי זאת ראיתי להרב בני חי"י ז"ל בסימן קפ"ג בהגהות הטור אות ואו שכתב בשם המבי"ט וז"ל וכתב עוד שם כי מ"ש אם פחת פחתו לו נראה דלא הוי אלא לענין פחת הקרן כשהוא בעין אבל אם נאנס הוי ברשות בעל המעות וכו' עכ"ל הרי דסברת המבי"ט ז"ל דלא חששו אלא להפסיד הקרן דוקא: ועדיפא מזה ראיתי שם שכתב באות חי"ת וז"ל אם פחתו פחתו לשליח וכו' נ"ב מהר"י אדרבי סי' קל"ז כתב מר"ן ביור"ד ס' קע"ו בשם הר"ן דהיינו דוקא להפסיד שכרו ע"ש:

אם כן פשוט הוא בעיני הן מצד סברת מהריט"ץ תמוהה בעיני הן מצד דסברת הרב גו"א גם הוא תמה על מהריט"ץ הן מצד דדברי מר"ן צודקים כסברת מהריק"ש הן מצד דקו"ח דנינו מדינא דבע"ה שנתן צמר לצבע כמ"ש הן מצד דהרב בע"י חי"י הביא דהמבי"ט ומהר"י אדרב"י והר"ן דלא נזכר ולא נפקד הריוח שהיה ראוי להרויח בדבר זה והוי מהריט"ץ יחידאה לגבייהו בודאי דכוותייהו נקטינן זהו משנלע"ד ותו לא מידי:

שוב ראיתי להרב אחרון חביב הרב כמוהריב"ו זלה"ה בס' הבהיר וי"צ בסי' ל"ג שנשאל על ראובן ששלח לשמעון סחורה למוכרה בעיר רבאט המקבל שינה ושלחה לעיר מראקס ונמכרה שם במראקס פחות ממה שהיתה ראויה לימכר בעיר רבאט יע"ה והעלה הרב בפסקו דצריך המקבל לשלם הפחת שבין מה שהיתה ראויה לימכר בעיר רבאט למה שנפחתה עכשיו בעיר מראקס יע"ה והתם לא בפסידה של הקרן מיירי אלא אפי' הפחת של הריוח כמו שיראה המעיין שם בפסקו ואם כן לכאורה נראה דהר' הנז' פסיק ותני כסברת מהריט"ץ זלה"ה והוא הפך מפסקינו זה שפסקנו כהני חבל נביאים שכתבנו שהם רבינו מהריק"ש והרב בנ"י חי"י והרב המבי"ט והרב מהר"י אדרב"י משם הר"ן:

אלא דכד דייקת שפיר תראה דאין לנו שום סתירה מדברי הר' הנז' ולא קרב זה אל זה דדברי הרב מיירי במי ששלח סחורה לחבירו והואל והגיעה לעיר רבאט הואל וראויה היא למוכרה בסך כו"ך הוי כאלו אבדו בידם שהיה מנה של חבירו בידו ואבד לו ממנה עשרה ע"י שליח למראקס ובשביל זה חייב לשלם כפי הערך מה שהיתה שוה במקומו שהוא רבאט אבל בנדו"ד שמעקרא לא הוכר הריוח ולא נתן בידו כי אם מעות לקנות חטים והלך איהו וקנה שעירים לא הוי אלא כאלו לא קנה לו שים דבר והוי כמבטל כיסו של חבירו דפטור וכמ"ש הרב גו"א לעיל ואל תקשה על פסקו של הרב הנז' ג"כ מההיא דנותן צמר לצובע דכתבנו לעיל דסברת מר"ן היא אפילו יתן הבע"ה לצבע צמר וסממנים שכ"ז אם צווהו לצובעו אדום וצבעו שחור דאינו משלם כי אם מה שהפסידו מן הקרן הפך סברת מור"ם דפסק שם כן כסברת הרא"ש וכו' שהביא הסמ"ע יעו"ש וכתב שם הסמ"ע דטעמיה דהרא"ש דפסק שם מור"ם כוותיה דהואל ונתן הבע"ה הצמר והסממנים חשבינן מה שעתיד להרויח בכלל הקרן דהואל ונתן לו צמר וסממנים חשבינן כאלו צבוע ועומד ומטעם זה כללינן הריוח עם הקרן ועכ"ז מר"ן פסק דאפ"ה אינו נותן לו כי אם הקרן דוקא יעו"ש אין ממנו סתירה לנדונו של הרב מהריב"ו זלה"ה דאיכ"ל דטעמיה דפסק מר"ן הוא דאפילו נתן לו צמר וסממנים עכ"פ עדיין הוא מחוסר מעשה ידי הצבע ולא יוכל להיות בו הקרן עד שיוצבע אבל נדונו של הרב שהסחורה מונחת ואינה מחוסרת שום עבודה הוי בודאי כאלו דמיו בו קרן ופירות דהואל ושויא מאה

בעיר רבאט זהו שיוויה וכל מאי דאפחית הוי הפחיתו מן הקרן וזה פשוט ודמייה ממש מילתיה של הרב לפסק מר"ן שם בס' ש"ו ס"ב שכתב נתן עצים לאומן לעשות לו מהם שידה תיבה ומגדל ונשברו אחר שנעשו משלם לו דמי תיבה שידה ומגדל שאין האומן קונה בשבח כלי עכ"ל הרי לפניך דאפי' מה שתקן האומן חשבינן כאלו הוא כלי שלם של בע"ה וחייב. לשלם לו ערך הכלי מכ"ש כאן ששלח לו סחורה שאינה צריכה שום דבר והוי כאלו שיבר כלי של חבירו האמור ברישא של אותו דין דס"ב בודאי דחייב לשלם לו מה שהפסידו וכמ"ש שם הסמ"ע דרישא דדינא לא זה אף זה קתני א"כ בודאי דדיניה של הרב אמת ויציב ונדו"ד הוא אופן אחר ולא קרב זל"ז ותול"מ. זהו משנלע"ד הלא כ"ד החותם בסדר לא תגרעו ממנו דהאי שתא קרנו תרו"ם בכבוד לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן קעו

עמדו לדי"ת שתתעלה מימון תבע ליהודא על אודות בהמה אחת שקנה מימון לשותפות בינו ובין יאודא ושחטוה ומכרו בשרה והפסידו סך מה ע"פ מה שאמר מימון הנז' בדמי קנייתה ויהודא הנז' אומר שגוי אחד אמר לו שלא קנה מימין הנז' הבהמה הנז' בסך שאמר לו מימון הנז' אלא בפחות ולפי אותו סך שאמר הגוי אין כאן הפסיד עכ"ד:

תשובה לזה הוא הנה ידוע סברת הרמב"ם בפר' ט"ז מהלכות שותפין ופסקה מר"ן בסי' צ"ג סי"ג דשותפים שאינם שוים בקרן והפסידו כל הקרן דאם היה ההפסד ידוע למי שקרנו מועט חייב לשלם מביתו יעו"ש ומצינו למר"ן ג"כ בסיקפ"ו ס"ו שכתב משם הרמ"ה וז"ל יש מי שאומר דה"מ בגוף הממון שנשתתפו אבל להשתעבד לשלם מביתו לא וכו' יעו"ש והנה ידוע דכבר פסקי מר"ן אלו דסתראי נינהו דשו בהו קמאי ובתראי וכל אחד לדרכו דרך הקודש פנה ה"ה בספרתם דהרב"ח הביא לשונו הש"ך בסי' קע"ו סקי"ג דמתרץ דלא פליגי הרמב"ם שהביא מרן לשונו בס' צ"ג עם הרמ"ה שהביא מר"ן לשונו בסי' קע"ו ומיישב שהרמב"ם איירי בהפסד שהפסידו בשותפות מכח משא ומתן לפיכך ישלם מביתו לא כן הרמ"ה דינו הוא בהפסיד שבא שלא מכח מו"מ כגון גניבה וכדומה יעו"ש והטו"ז בסי' קע"ו כתב ע"ז דלעולם איכא למימר דהרמב"ם והרמ"ה חלוקים הם ולא תיקשו על פסקי מר"ן דסתראי נינהו דהתם בסי' צ"ג לא נתכוון לפסוק כהרמב"ם אלא דלא בא ללמד רק דעכ"פ אין כח בשבועה להוציא הממון וכאן דהוא עיקר הדין כתב דמת הרמ"ה לעניין החיוב וראיתי מי שמחלק ואין טעם לחלוקו יעו"ש והרב כנה"ג תירץ דהרמב"ם איירי בהתנה והרמ"ה איירי בלא התנה יעו"ש וא"כ דברי מר"ן לאו סתראי

נינהו והרב אורים ותומים תירץ דהרמב"ם איירי בחלקו כבר הריוח ואח"כ הפסידו בזה הוא שפסק הרמב"ם דחייב לשלם מביתו והרמ"ה איירי בדלא חלקו כבר שום ריוח בזה הוא דפסק הרמב"ם והרמ"ה דאינו משלם מביתו יעו"ש וראיתי ג"כ להרב זרע יעקב בן נאיים זלה"ה שכתב בסי' מ"ד דהרמב"ם איירי כשהיה כתוב בשטר וכשם שהם בריוח כך בהופכו דודאי אמרינן דלזה נתכוון כדי לשלם מביתו דאל"ך לישנא יתירה הוא והרמ"ה איירי בשלא היה כתוב בשטר השותפות כן ולפיכך לא נשתעבד והביא הרב הנז' דהרב המבי"ט הכי ס"ל דאם התנו כו"ע מודו יעו"ש: וא"כ נדו"ד שהיו שותפין ואין ביניהם שום שטר וגם לא היה בניהם תנאי מקודם וגם לא חלקו ריוחם בשותפות של בהמה זאת אם כן בין להרב טו"ז דס"ל דכשפסק מר"ן בסי' קע"ו נקטינן בין לתרוצו של הרב כנה"ג דמחלק בין התנו ללא התנו בין לתירוצו של הרב או"ת שמחלק בין שחלקו הריוח ללא חלקו בין לתירוצי של הרב זי"ע שמחלק בין כתוב בשטר ללא. כתוב וכו' אם כן לכולהו בנדו"ד שנמצאו כל הני רעותות בודאי דכוותיה דמר"ן בסי' קע"ו נקטינן ופטור יהודה הנז' ולא נשאר כנגדינו אלא סברת הרב ב"ח דמחלק בפסקי מר"ן בין היה ההפסיד מפאת מו"מ להיה ההפסיד מפאת גניבה ואבידה ואם כן מן הראוי לו' בנדו"ד בודאי פטור הגם שמצאתי ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה שהכריח דהש"ך בסיקע"ו אזיל ומודה לחלוקו של הב"ח וגם כתב שהרב כנה"ג משמע ממנו דאזיל ומודה לחלוקו של הב"ח וגם הרב זי"ע נראה ממנו דלא פליג על הרב ב"ח אלא דלרווחא דמילתא בפסק דידיה הוסיף לומר דאפי' את"ל דהרמ"ה איירי בכל הפסיד עכ"ז היכא דהתנו לית דין ולית דיין יעו"ש:

עכ"ז הרי מצינו להרב טו"ז שכתב דראיתי מי שמחלק בזה ואין לחלוקו שום טעם יעו"ש ובודאי לסברת הב"ח נתכוון וכמ"ש הרב ברית אבות דעל סברת הב"ח כתב כן וכן נמי הרב או"ת לא נראה בעיניו חלוקו של הב"ח יעו"ש וא"כ הואל והני רבוותא חלוקים על חלוקו של הב"ח וס"ל דאין חלוק בין הפסיד מו"מ לשאר הפסדים היכא שאין כאן תנאי או לישנא יתירה או לא חלקו שאר רוחים א"כ בודאי דכוותייהו נקטינן שלא להוציא מידו דהמע"ה כ"ז נראה לכאורה לפטור יהודה ה' דלא כסברת הב"ח:

אלא דראיתי להרב כמהר"י בן וואליד זלה"ה בספרו וי"ץ סי' ס"ג שפסק כסברת הב"ח מכח מה שמצא בפסקי הראשונים וז"ל שוב מצאתי בפסקי הראשונים שלפני פנינו כמוהר"ר אפרים מונסוניגו ובית דינו זלה"ה שכתבו וז"ל הדבר ברור כשההפסיד ידוע לשותפים חייב לשלם השותף מביתו וזוהי היתה סברת הרמב"ם ז"ל והביאו מר"ן בש"ע סי' צ"ג וכמ"ש הסמ"ע שם סקכ"ה ואע"ג דבסי' קע"ו כתב מר"ן סברת הרמ"ה בשם יש

מי שאומר הפך זה נראה עיקר כההיא דסי' נ"ג שהביא מר"ן בסתם משא"ך בההיא דסי' קע"ו שכתבה בשם יש מי שאומר אי נמי כמ"ש הב"ח הביא דבריו הש"ך וכו' אלא שהרב המובהק כמוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה כתב שהשותף נשבע ונוטל אפילו שלא ידע בהפסיד וכתב הרב ה' שכך היו דנים רבותינו ושכך קבלו מרבותיהם והטעם לפי שכותבים בשטרות וכמו שהם בריוח כך הם בהופכו ומילתא יתירה היא לו' שאפילו לא ידע חבירו בהפסד נשבע ונוטל מחבירו והעיד הרב שכך היה המנהג פשוט ונראה שסבורים הנז' כמ"ש הב"ח דכששניהם יודעים ישלם מביתו מדינא משום אמדינן דעתיה ובשטר לטפויי אתא אפילו כשאינם יודעים בשניהם אלא אחד מהם והשני אינו יודע שהיודע ישבע ונוטל עכ"ל הרבנים הנז' הצ"ל. נמצינו למידין דהלכה רווחת כנשתתפו בסתם וההפסיד ידוע לשני דמשלם מביתו בלא לישנא יתירה ואהני לישנא יתירה להיכא שלא ידע לישבע ויטול עכ"ל הרב מהריב"ו הצריך הרי לפניך דהרב ה' פסיק מכח פסקי הראשונים דכוותיה דב"ח נקטינן וכן ראיתי בס' ברית אבות בסי' קע"ו דמעקרא היה דעתו לפסוק כפסק מר"ן בתרא דסי' קע"ו ואח"כ כשהגיעו דבריו לחבירו ז"ל והראו לו פסק הראשונים ה' חזר למצדד אצדודי דנדון דידיה הוא אופן אחר דגם הרבנים יודו לו שמע מינה דחזר בו ממה שהיה רוצה לפסוק נגד הב"ח יעו"ש א"כ לפי זה זכינו למימר דיהודה הנז' חייב לשלם הואל וההפסיד הוא מכח מו"מ:

וכ"ז הוא לרווחא דמילתא כתבתי זה לזכרון דברים בעלמא דבנדו"ד אין צריכים לכ"ז דהא מצינו ליהודה ומימון הנז' דרכם הוא להשתתף בכל שבוע ולקנות בהמות ולשוחטם וכשמשלימים מכר הבשר עושין חשבון ביניהם ואם הם מרויחים הם חולקים כפי תנאם ואם מפסידים הם משלמים זל"ז מכיסם דהיינו מביתם ואין אומר ואין דברים ומפרידים השותפות והולכים כל אחד לביתו ואח"כ חוזרים ומשתתפים וא"כ הואל ודרכם הוא להשתתף ולשלם כל א' לחבירו ההפסד מביתו א"כ בודאי דאדעתא דהכי נחתי דהגם דעתה הפעם לא פירשו אלא נשתתפו סתם עכ"ז סתמם כפירושם ואדעתא דשותפ' הראשונה נחתי וזה מפורש יוצא בדברי מור"ם בחומ"ש סי' של"ה ס"ת וז"ל ש"צ שהשכיר עצמו עם מנהיגי הקהל לשנה בתנאי ואח"כ השכיר עצמו עם מנהיגים שניים ולא התנו בודאי על תנאי הראשון השכיר עצמו עכ"ל והנה מ"ש מור"ם עם מנהיגים שניים לרבותא נקטה מכ"ש עם הראשונים וא"כ בכאן שחזר עם מימון לשותפות פשוט דאדעתא דתנאי שותפות הראשונה נחית וכמ"ש שם הסמ"ע סקל"א דמכ"ש הוא וכן בא בזכרוני לאחד מרבותינו האחרונים שאינו עתה בזכרוני שנסתפק בדין זה ופשיט ופסיק

ליה דאדעתא דתנאים הראשונים נחית ופשיט ממ"ש מר"ן באהע"ז דכל המחזיר גרושתו אדעתא דכתיבה הראשונה מחזירה:

אם כן זכינו לדין הואל ואדעתא דשותפות הראשונה נחתי לית דין ולית דיין דהואל והתנו פשוט הוא דחייב לשלם מביתו וכמ"ש מר"ן עצמו בסי' קע"ו בס"ה דאם התנו הכל לפי תנאם ואל תטעה לומר דהרמ"ה חולק גם על סברא זאת דהא הביא דברי הרמ"ה אחר כל דברי הרמב"ם ואחר בבת ואם התנו וגו' דהא מצינו להרב מהריב"ו ז"ל בס' צ"ג שכתב דכתב הרב דרכי נועם ז"ל דהגם דמר"ן הביא סברת הרמ"ה אחר שכתב ואם התנו הכל לפי תנאם לא תטעה לומר דהרמ"ה פליג גם עליה אלא אירישא קאי דההיא בבא דקאי בסתם אבל בהתנו מודה הרמ"ה וגו' יעו"ש גם כל הנהו רבוותא מודו בזה דבהתנו כו"ע מודו ואפילו לא התנו בפירוש אלא מיתור הלשון חשבינן ליה כאלו התנו וכו' כמ"ש המבי"ט והרב זי"ע ז"ל ומכ"ש התנו בפי' זה מוסכם אליבא דכו"ע וא"כ מן הראוי לחייב ליהודא הנז' בחלקו בהפסיד הן מצד דההפסיד במו"מ הן מצד דאדעתא דתנאי ראשון נשתתפו ונתחייבו בכל מין הפסיד כתנאי קמא:

אלא דעכ"ז יהודא הנז' פטיר ועטיר דהא אפילו לסברת הרמב"ם דאית ליה השותף משלם מביתו דוקא אם ההפסיד ידוע לו אבל אם אין ידוע לו אין השותף נשבע ונוטל וכמ"ש מר"ן בס' צ"ג סי"ג ואם כן הואל ויהודא הנז' לא היה בשעת הקנין ולא ידע בקניית הבהמה וכמה היתה ומימון אמר שהיא קנוייה בסך וממילא יש בה הפסיד הרי זה דבריו מהבל ימעטו ואזי נחזי אנן אם יהודא הנז' נתעסק עם מימון בעסק השותפות אם כן יכול מימון הנז' להשביע ליהודה הנז' שבועת השותפות ולגלגל עליו שלא ידע בכמה היא קנוייה ולא ישלם ואם לא נתעסק בשותפות בעניין דלא יתחייב לישבע אזי אין על יהודה ה' כי אם חרם סתם דלא ידע בכמה היא קנוייה ופטיר ועיין בספר וי"ק בסי' נ"ט וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפא אנקאווא סי"ט:

סימן קעז

ראובן שנתן מנה לשמעון לקנות לו עשרה פיסאת מאריכאן והלך שמעון וקנה אותם מאת עכו"ם בסך שני דורוס לכל אחד שיעלה בסכומם עשרים דורוס ונתן העכו"ם הפיסאת לשמעון וכשבאו לחשבון אמ"ל העכו"ם לשמעון הב לי דמי העשרה פיסאת ואמר לו שמעון כמה עולה בסכומם טעה העכו"ם במקום שיאמר עשרים אמר חמשה

עשר ונתן לו שמעון סך חמשה עשר דוקא וע"ז שאל השואל מה יהיה משפט סך המעות אם יהיה לראובן המשלח או לשמעון או יחלוקו עכ"ד:

תשובה הנה דבר זה מצאנו ראינו כעין זה נפתח במחלוקת הראשונים ה"ה ר"ח זלה"ה ורבינו יונה זלה"ה והביא דבריהם רבינו הטור זלה"ה בס' קפ"ג ס"ט אלא דעקר דבריהם הוא ואם טעה המוכר ונתן ללוקח יותר ממה שהיה ראוי ליתן לו דהוי פירושא במקום שהיה ראוי ליתן לו עשרה נתן לו אחד עשר דהוי פירושא כעין היה הדבר קצוב שכתב למעלה מדין זה בס"ח זהו מה שנכנס במחלוקות רבותינו דלסברת ר"ח הכל יהיה של משלח דבשביל מעותיו נתן זה המעות ולדעת ר"י זלה"ה יהיה לחצאין ביניהם דהוי כמו היה הדבר קצוב והוסיף מדעתו דהוי לשניהם וכטעמיה דרש"י ז"ל שהביא הב"י והסמ"ע סקי"ח והנה דדין זה שנחלקו בו ר"ח ורי"ו זלה"ה נראה שהדין הוא כסברת רבינו יונה זלה"ה דהא נראה שרבינו הטור כך דעתו לפסוק כרי"ו דהא הביא סברתו באחרונה ובפרט שכתב שרבינו הרא"ש הסכים לדבריו ובודאי דלא כתב זה אלא לגלות לנו דדעתו הוא כר"י זלה"ה והגם שהרב"י זלה"ה הביא דברי ר"ח שנשאל מאת הרב רבינו יעקב ישראל שנשאל על ראובן ששלח את שמעון לקבל מעות מעכו"ם וכו' וע"ז הביא דברי רי"ו דפליג וס"ל דהכל הוא של השליח וע"ז הביא דברי הרא"ש זלה"ה שהסכים דעתו לדעת ר"י וא"כ נימא שרבינו לזה נתכוון באומרו ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל ע"כ נימא הייני בענין דינא ששלח לשמעון לקבל המעות ולא בדין מקח זה אינו חדא דהא דברי רבינו הטור זלה"ה שכתב כך הסכים א"א ז"ל קאי על כל דברי ר"י ואם נאמר דלא נתכוון הטור לפסוק כדעת ר"י זלה"ה אלא בדין חשבון ולא בדין מקח לא הו"ל לסתום אלא לפרש וכן הרב"י כשהביא דעת ר"י כתב וז"ל ור"י אומר דהכל לשליח שהרי אם גנב או גזל והטעה את העכו"ם מה טיבו של בעל המעות ואפילו חולקים לא שייך למימר ולא דמי לשאר טעות דאמרינן הכל לבעל המעות דהתם הוא סבור שאין המקח שוה יותר מן המעות שקיבל ונתן הכל לבעל המעות של מקח זה אבל הכא טעות בעלמא הוא שהעכו"ם ידע בסך שהוא חייב לו והיתרון דבר בפני עצמו הוא כאלו גנב וגזל תדע דאילו היה רוצה אומר לעכו"ם טעית בחשבון ומחזיר וכתב הרא"ש על דברי ר"י וכן נראה עיקר וכתבו המרדכי והגהות טעם אחר לדברי ר"י וכתבו עוד שכדברי ר"י פסק רשב"ם לפני זקנו רש"י זלה"ה ורבינו ירוחם. נראה שגם הוא סובר כהרא"ש והעיטו"ר כתב כדברי ר"ח דקודם חזרה ע"כ הרי מלשון זה שהביא הב"י הרי הזכיר ר"י טעות מקח בדבריו ואחריו כתב הרב"י שהרא"ש כתב שדברי ר"י הם עיקר משמע ג"כ דקאי אכל דבריו וממילא נראה שרבינו הטור שכתב שמה שהסכים אביו זלה"ה הוא אכל דינא

דחשבון ודמקח והנה במ"ש הרב ב"י זלה"ה בדברי ר"י וז"ל דלא דמי לשאר טעות דהכל של בעל המעות ע"כ הנה בודאי קאי אטעות דהיינו בדבר שאין לו קצבה שהרי רבינו הטור כתב משם ר"י דבטעות בדבר שיש לו קצבה הם לשניהם וא"כ כתב רבינו בי"ת יוס"ף זלה"ה משם ר"י דבטעות הוי של בעל המעות דוקא אלא בודאי שדבריו הם בדבר שאין לו קצבה דהוי הכל של המשלח וזה מדוקדק ג"כ ממה שסיים בדבריו הרב"י וז"ל דלא הוי כשאר טעות דהוי הכל של משלח דהתם הוא סבור שאין המקח שוה יותר מן המעות שקבל ונתן הכל לבעל המעות עכ"ל הרי מדבריו זה בודאי דלא קאי אלא אדבר שאין לו קצבה דבדבר שיש בו קצבה לא יוצדק טעם זה דבדבר שיש בו קצבה הוי כמו הוספה בדבר שיש לו קצבה יחלוקו וכמ"ש רבינו הטו"ר משם ר"י זלה"ה:

איך שיהיה הרי מדברינו בררנו שדעת הטור הוא כדברי ר"י דבטעות מקח יש חלוק בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה ובדבר שיש בו קצבה הדין הוא שיחלוקו וכן נראה דעת הרב בית יוסף שהרי הביא דברי ר"י ועשה להם סמוכות מדברי כמה רבוואתא ובודאי דדעתיה לפסוק ג"כ כר"י הגם שר"ח פליג ובעל העיטור פליג עכ"ז נראה דדעתו הוא כר"י:

ומדברי הסמ"ע סקכ"א נראה ג"כ בפשיטות שדעת הרא"ש הוא כר"י לכל דבריו ועדיפא מזה משמע מדבריו דגם סברת מר"ן בקצר כן הוא ממה שתמה על מר"ן וז"ל ומהתימה על המחבר ומור"ם שלא הזכירו הדין של טעות שבמקח והיל"ל דאין חלוק בין טעות שבמקח להוספה מדעתו מאחר שפליגי בו דלר"ח בכל ענין הוא להמשלח ור"י והרא"ש חולקים בדבר שיש בו קצבה ע"כ הרי עיניך הרואות דלדברי הסמ"ע קם דינא אלבא דמר"ן ומור"ם כסברת ר"י אלא דהתימה הוא למה לא כתבו זה בפשיטות א"כ הרי ביררנו דבטעות שבמקח בדבר שיש לו קצבה הדין הוא שיחלוקו:

אלא דבנדו"ד שלא היה המעשה כך דהייני לא היתה הטעות בנתינת המקח דהיינו לא נתן העכו"ם אחד עשר פיסאת במקום שהיה לו ליתן י' אלא אחר שנתן לו המקח דהיינו הי' פיסאת טעה בחשבון קבלת המעות ע"ז יש לספיקי אם הוי כטעות המקח בדבר שיש לו קצבה דיחלוקו או דילמא בשעה שמסר השליח העשרה פיסאת א"כ הרי הם ברשות דמשלח קיימי ומאותה שעה נתחייב המשלח לשלם דמיהם לעכו"ם וא"כ בשעה שפורע השליח לעכו"ם דמי העשרה פיסאת הוי כמו שפורע חוב המשלח והוי כמי שנתן לחבירו לפרוע לו חובו וטעה העכו"ם וקבל מאה ונדמה לו שקבל מאתים שכת במור"ם בס"ט דהכל הוי של המשלח:

על זה נלע"ד דודאי הדין הוא דיחלוקו ולא מדמינן ליה לסברת המרדכי שהביא מור"ם בס"ט בדין שלח חובו וקבל העכו"ם מאה במקום מאתים ודבר זה יתברר לך ג"כ ממה שכתבנו משם רבינו הטור בשם ר"י והרא"ש דס"ל בראובן ששלח לשמעון להביא לי מעות מכותי ובמקום עשרה נתן עשרים דהדין הוא של השליח ובדין טעות במקח דהיינו אם השליח פרע למוכר סכום עשרה ובמקום עשרה נתן המוכר לשליח אחד עשר כתב ר"י והרא"ש שאם הוא בדבר שיש לו קצבה יחלוקו וע"ז יש לדקדק דמה נשתנה דין זה מדין שלחו לקבל לו מעות שכתבו שהיתרון הוא של שליח דהא גם כאן הואל וכבר השליח נתן המעות למוכר הוי כמו הלואה גבי המוכר וכשבא המוכר ליתן הסחורה לשליח הוי כמי פירעון וממילא הוי כאלו הוסיף לו יותר מחוב שהוא חייב לו ולמה לא יהיה לשליח לבדו כמו דין פירעון החוב אלא ודאי צריך לחלק ולומר דהואל והתוספת באה ע"י מקח אפי' היה בטעות חשבינן ליה כאלו הוסיף מדעת בשביל שלקח ממנו המקח אלא דבשביל שאנחנו מסופקים אם בשביל המקח או בשביל השליח וותר אמרינן יחלוקו וכטעמיה דרש"י שכתב הרב"י על זה יחלוקו לא כן במקבל מעות חוב דאין לנו שום טעם לומר וותר בודאי לא מדמינן ליה אלא לכמי שגנב או גזל וכמ"ש הטור זלה"ה משם ר"י וא"כ גם כאן זכינו לדין אם נתן לו כבר הסחורה ואח"כ נתן השליח למוכר המעות וקבל המוכר המעות בטעות הואל והפירעון הוי בשביל הסחורה הוי כאלו וויתר עמו בשביל המקח כמו שבררנו אם כבר הקדים המעות דהוי המוכר הוא הפורע לשליח ואפי"ה אמרינן יחלוקו ולא הוי כנותן מעות ביד השליח לפרוע מאתים וקבל מנה ונדמה לו מאתים. זהו מה שנלע"ד ולכשאפנה אשנה בעה"ו יום תשעה לאדר ש"ש תרמ"ד לפ"ק פה סאלי יע"ה. כ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעח

שאילה ראובן קנה מאת שמעון חפץ בכו"ך ולא משך אותו ועדיין הוא ברשות שמעון ואח"כ הלך שמעון והוליך בידו החפץ ונתנו ביד לוי ואמ"ל הולך זה החפץ לראובן שקנה אותו ממני ותפסו לוי מידו אח"כ רצה שמעון לחזור לקחתו מיד לוי ולמכור אותו לאדם אחר מהו הדין אם יכול שמעון לחזור לקחתו ולעשות בו מה שירצה או אמרינן משעה שבא ליד לוי קנה אותו ראובן ע"כ:

תשובה מתחילה וראש צריכין אנו לידע כיצד היה המקח מעקרא בין ראובן ושמעון אם היא ע"י מעות או לא כ"א בדבור בעלמא דוקא דלצד שנאמר שהיה המקח כ"א בדבור בעלמא בודאי אפילו נתנו שמעון ללוי להוליכו לראובן בודאי אינו נקנה לראובן ויכול

שמעון לחזור לקחתו שאע"ג שפסק מר"ן בס' קכ"ה ס"א דבמלוה ופיקדון אם אמר הולך מנה זה לפלוני אם בא לחזור וליטלו ממנו אינו יכול וזכה בו שמעון הרי כתב מר"ן ג"כ בס"ה דבמתנה אינו מועיל לשון הולך אלא לשון זכי או לשון תן לסברת י"א בתרא שהביא מר"ן ס"ז ונדו"ד בודאי הואל ועדיין לא נתן המעות אין לנו לדמותו כ"א למתנה שהרי כתב הסמ"ע סקכ"ב והש"ך סקכ"ה דהטעם הוא שיש חלוק בין חוב ופיקדון למתנה דבחוב ופיקדון דהממון הוא כבר של זה ששלחו לידו משו"ה בקל יכול לזכות בו בשבילו משא"ך במתנה שבא עכשיו לזכות בממון שלא היה שלו מעולם בעי' לשון מעולה דמבורר טפי ע"כ א"כ בודאי גם המקח הזה הואל ועדיין המוכר לא קבל דמיו מיד הלוקח לא נקנה ללוקח שהרי אין המוכר מחויב לו בשום דבר ולא בא אלא להקנות לי ע"י לוי מה שאינו מחויב לו דומייה דמתנה ובודאי לא מהני לשון הולך אלא לשון זכי או תן לסברת י"א דומייא דמתנה דטעם אחד להם ויכול המוכר לחזור ליקח המקח מיד לוי:

אבל אם יהיה המקח ע"י מעות דהיינו כבר נתן הלוקח למוכר דמי המקח בודאי אין המוכר יכול לחזור בו דהא דינו של המקח הזה כדין מלוה דהואל וקבל ממנו דמי המקח הרי המוכר מחויב ועומד ללוקח ובזה שנותן המקח ביד לוי הרי נפטר מחיובו א"כ הוי כאלו המקח הזה הוא כבר של לוקח וכדכתב הסמ"ע והש"ך בט' ההלואה והגם שלא היה על המוכר הזה שום חיוב לתת המקח עצמו בדמים שקיבל אלא היה יכול להחזיר לו דמיו שהרי מעות אינם קונות וא"כ לא הוי כאלו היה המקח הזה כבר של הלוקח דומייא דפקדון דהפיקדון היה מחויב להחזירו בעינו אבל המקח הזה לא היה מחויב להחזירו בעינו אפי"ה גם בנדון זה מחשיב כאלו כבר הוא, שלו זה המקח דדמי מקח זה להלואה שהרי הלואה להוצאה נתנה ואינו מחזיר לו מעותיו בעין אלא יפרע לו ממעות שירצה ואפילו אם יהיה ההלואה עדיין בעינה א"כ כיצד אמרינן הואל וכבר הוא שלו וכי מעות זה הם שלו הרי היה יכול ליתן לו ממעות שירצה אלא ודאי הואל ומחויב הוא לו אפילו לא היה מחויב להחזיר מעות זה דוקא אמרינן בכל מעות שיתן כבר הוא שלו וא"כ גם בלדו"ז שקבל המוכר דמי המקח ומחויב בהם בכל מה שיתן לו כנגד מעותיו הן מעות הן חפץ מקרי כאלו כבר הוא שלו והגם שיש לחלק ולומר דשאני התם שהיה מחויב לתת לו מעות בהלואתו על זה אמרינן כל מעות שיתן אמרינן בהו זהו כבר היא שלו אבל בכאן דלא היה מוטל עליו כ"א החזרת מעות ונתן החפץ שהוא אינו ממין המעות א"כ אי"ל דלא זכה הלוקח בקבלת לוי אן אמת שהרי סוף כל סוף זיל בתר טעמא בהלואה למה אמרינן כל מעות שיתן ביד השליח אמרינן בהו הוי כאלו כבר

היו שלו ואפילו מעולם לא היו זה המעות שלו אלא כל שהוא חייב לו הוי משועבדים לו כל מעותיו וכל חפציו בשביל הלואתו וכך אמרינן כל מעות שיתן לו הוי שלו כבר כך לי נמי בנדו"ז הואל ומשעה שקבל מעות המקח נעשה לוה עלייהו כ"ז שלא קיבל מי שפרע והחזירם כמ"ש מר"ן בס' קצ"ח והוי כל מה שיש לו משועבדים להלואה זאת וא"כ המקח הזה מחשיב כאלו הוא כבר שלו ובודאי סגי אפילו בלשון הולך דהוי דין זה כמלוה ותו לא מידי. זהו משנלקו"ד וצוי"ם וימ"ן הי"ז כ"ד לאלול ש"ש תרמ"ב לפ"ק סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קעט

שאלה. להיות שראובן מכר לשמעון עשרה פיסאת מאריקאן מן מאריקאן הידוע לראובן שיש לו ממנו כוכ"מ פיסאת ופרע שמעון לראובן ונתן לו העשרה פיסאת מן אותו מין של האמעריקאן שקנה ממנו וכשלקחם שמעון לביתו בא לבקר אותם ומצא בהם מום החוז"ר ובא שמעון להחזירם מכח אותו מום, וראובן רצה להחליפם לו בפיסאת אחרים מאותו המין שאין בהם מום ושמעון טוען שאינו רוצה עוד ליקח הואל ונתבטל מקח של העשרה הראשונים אינו רוצה ליקח עוד וראובן משיב דהמקח לא היה על הי' הראשונים ביחוד כי אם על עשרה פיסאת מן המאריקאן ועכשיו שנמצא בהם מום אתן לך חליפתם ע"ך:

תשובה. הנה לכאורה היה נראה שיכול שמעון לבטל המקח דהואל וכבר נתבטל המקח ע"י מום הרי אין כאן שום משיכה ולא נשאר כאן כי אם קנין המעות לחוד ומעות אינם קונות כי אם למי שפרע כמ"ש הטור ומר"ן בסי' קצ"ח ובסי' ר"ד אבל כד דייקינן שפיר נראה פשוט דזכה ראובן בטענתו ויכול לכוף לשמעון שיקבל ממנו העשרה של חליפין דהא בכאן לא היה ביחוד על זה העשרה דוקא אלא קנה ממנו עשרה סתם ויכול ראובן לומר לו אם לא רצית באלו הרי חליפין דידהו מוכן בידי להחליפם לך והגם שנתבטל מקח של עשרה הראשונים וא"ך לא נשאר כ"א קנין במעות שביד ראובן ומעות אינם קונות בזה האופן נלע"ד ברור דמעות קונות וחילי הוא דהא מדאורייתא מעות קונות וטעמא מפורש בגמרא ובפוסקי' דחכמים תקנו משיכה קונה כדי שלא יאמר המוכר ללוקח נשרפו חטיך בעלייה וטעם זה הוא מפורש יוצא בדברי מר"ן בסי' קצ"ח ס"ה:

וא"ך יצא לנו בנדו"ד דלא שייך האי טעמא דנשרפו וכו' דהא שמעון הלוקח משכן מעותיו בידו אם לא ירצה לבטל המקח הרשות בידו וכמ"ש מר"ן בסי' רל"ב ס"ד וזל"ה וכן אם רצה הלוקח ליקח פחת המים הרשות ביד המוכר לומר או קח אותה כמות שהיא

או תקח מעותיך והחזר לי מקחי ע"כ הרי לפניך דאם הלוקח רוצה לקבל הכלי במומו אין המוכר יכול לבטל לו המקח. והגם דבדין האונאה הביא מור"ם בסי' רכ"ז סברת הרא"ש ורבינו יונה זלה"ה דכ"ז שלא גילה דעתו הלוקח שרוצה לקבל המקח ואונאה דיתר על שתית דגם המוכר יכול לחזור בו עד שיגלה דעתו שרוצה לקבלה ביתר על שתות של אונאה יעו"ש וכתב הסמ"ע בסי' רל"ב סקי"ב בדין מקח טעות וז"ל הרשות ביד המוכר לפי מ"ש הטור והמחבר בסי' רכ"ו בשם ר"י שכל שלא גילה המתאנה דעתו שרוצה ליקח המקח ומסתמא יחזור בו הרשות ביד המאנה לחזור בו נ"ל דהכי נמי ביש בו מום במה שקנה ועיין פרישה עכ"ל. א"ך לפ"ז הואל וגם המוכר יכול לחזור בו גם הוא א"ך עדיין יש לחוש שמא אחר שמשך העשרה פיסאת הראשונים הלוקח ועדיין לא נודע מום שבהם שמא תפול דליקה בבית המוכר ויבא לבטל המקח באותה שעה וא"ך אי אמרינן דמעות קונות בכהאי גוונא עכ"ז הרי עדיין חששה מנשרפו חטיך וכו' דהא המוכר יאמר לו העשרה ראשונים לא נקנו לך והרי עשרה אחרים החליפין שהיית ראוי ליטול נשרפו. עכ"ז אנו אין לנו אלא דברי מר"ן בסי' רכ"ז ובסי' רל"ב דסבר דאפילו לא גילה דעתו הלוקח שרוצה לקבל המקח באונאה ובמום עכ"ז אין המוכר יכול לחזור בו וא"ך הואל ואין המוכר יכול לחזור א"ך נסתלקה חששת נשרפו חטיך דהא בעה"ב זה טרח ומציל בדידיה וא"ך הואל ולא שייך האי טעמא בכאן ודאי דמעות קונות בכה"ג: וחילוק זה מפורש יוצא מדברי הטור ופסקו מר"ן בסי' קצ"ח ס"ה וז"ל לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר העמידהו על די"ת שהרי מצוי הוא אצל ביתו ויכול להציל והגם שדין זה הוא מדברי הרמב"ם ופסקו מר"ן כאן ומצינו דהרב המגיד דפי' דינא דהרמב"ם דלאו מטעם אדם מצוי אצל ביתו וגו' אלא מטעם חצירו קונה לו וגו' עכ"ז אין לנו אלא דברי מר"ן שפירש בכ"מ ובב"י ובקצר דטעם הרמב"ם הוא משום אדם מצוי וכו' והגם שהסמ"ע סק"ט תמה על דברי מר"ן אלו דפי' דברי הרמב"ם כך משום דלא הוי טעמא דרישא וסיפא שוים עכ"ז הדין דין אמת הוא כמ"ש מר"ן ומה גם דתמיהתו של הסמ"ע כבר יישב אותה הרב טור"י זה"ב והרב ש"ך זלה"ה:

איך שיהיה הרי הדבר מפורש יוצא מדברי מר"ן דבמקום דלא שייך חששה זאת ודאי מעמידין הדבר על די"ת ומעות קונות ואל תשיבני מהא דכתב הרב"י בריש סי' קצ"ח וז"ל כתוב בהגהות ראשונות דמרדכי פרק הזהב בשם העטור דוקא עלייה דשכיח בה דליקה אבל מכר לו חטים שבבית דלא שכיח בה דליקה מעות קונות וכו' ואין נראה כן מדברי הפוסקים וכן בדין שלא נתנו חז"ל דבריהם לשעורים עכ"ל והגם דמור"ם בקצר פסק סברא זאת והביאה בלשון י"א משמעות סתמא דמר"ן לא ס"ל כהאי סברא ואזיל

לסברתו בב"י דכתב שאין הדין כן וכן פסק הש"ך בסי' זה סק"ט כסברת הרב"י וכתב דגם הרב ב"ח כך היא סברתו א"כ הרי מדברי הרב"י והב"ח והש"ך ז"ל מוכח דאין מחלקין במקום השייך בו דליקה למקום דלא שייך א"כ גם בנדו"ד איכא למימר אין לחלק בין שייך נשרפו למקום דלא שייך טענת נשרפו כנדו"ד דזה אינו דהרי כתבנו דמר"ן עצמו פסק האי דינא בין היכא דאיכא טענת נשרפו למקום דלא שייך כגון אם המוכר דר בחצר הלוקח והסחורה שם דהואל והוא מצוי ג"כ אצלו וכו' וא"כ קשייא דבריו אדבריו שכתב בב"י הפך דברי הגהות המרדכי אלא ודאי דיש לחלק ולומר דבשלמא התם בההיא דהגהות המרדכי סברא הוא שאין לחלק אם המקח הוא במקום זה דהיינו בית להיכא שהיא בעליה דא"כ נתת דבריך לשעורים אבל באופן זה אין כאן שעורים דהא שייך לומר טענת נשרפו אלא דהואל והבית היא של לוקח ומצוי הוא ודאי יציל שלו וחלוק זה פשוט וא"כ גם אני אביא לנדו"ד דאין כאן שעורים אלא אפילו אם תהיה דליקה הרי המוכר ודאי טרח ומציל דשלו הוא מציל: והגם דאין נדו"ד דומה להההיא דכתב מר"ן בסעיף ה' דהמוכר דר בביתו של לוקח דהתם נסתלקה החששה מכח דהלוקח עצמו טרח ומציל והכא בנדו"ד אדרבא כלפי לייא והחששה נסתלקה במאי דטרח המוכר אפי"ה דמיין הדדי נינהו וכ"ז דנסתלקה חששה זו הן מצד הלוקח טרח ומציל הן מצד המוכר טרח ומציל ודאי נקנו המעות:

ודמי זה ממש לקנין סידור ממש דקנה הלוקח אפי' לא משך והקשה הסמ"ע בסי' קצ"ח סק"ז וז"ל וא"ת מהאי טעמא נמי דיאמר המוכר נשרפו חטיך וכו' גם קנין סודר לא הו"ל לקנות וי"ל דכ"ז שלא קיבל המוכר המעות טרח ומציל כי לא ניחא דליקום עם הלוקח בדינא ודיינא וכו' עכל"ה א"כ מכ"ש נדו"ד דהלוקח עצמו אם ירצה לקבל המקח הראשון במומו ונשארה הסחורה שנשארה לראובן כולה ברשותו ואין לו עם שמעון לא דינא ולא דיינא ודאי דטרח ומציל ומעות שמעון קנו:

והגם שיש לפקפק בתירוץ זה שתי' הסמ"ע דבקנין סודר לא חיישינן לטענת נשרפו הואל ועדיין לא לקח דמי המקח מן הלוקח טרח ומציל כדי דלא ליקום עם הלוקח בדינא ודיינא עכ"פ עדיין קשה במקום דנתן לו המעות הלוקח למוכר והקנה לו המקח בק"ס עדיין קשה הרי יאמר לו המוכר נשרפו חטיך וכו' אלא דאחר החיפוש מצאתי דתי' זה של הסמ"ע הוא מדברי התוספות בב"מ דמ"ו ע"א ד"ה ש"מ וז"ל ובק"ס דשכיחא ליכא למיחש שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה דכיון דלא קבל המוכר המעות טרח:

ומציל פן יסרב הלוקח ליתן המעות עכ"ל וכוונת התוס' היא דהואל וק"ס הוא מלתא דשכיחא ועל הרוב רוב ק"ס אינו ניתן הלוקח המעות בשעת הקנין ובזה לא חיישינן

לטענת נשרפו דלא ניחא ליה דליקום בדינא ודיינא א"כ גם אם המצא ימצא לפעמים ק"ס עם נתינת המעות לא חילקו חכמים ואמרו כל ק"ס לא חיישינן בו לטענת נשרפו עיין במהר"ם מלובלין בפי' לתוס' וא"כ צדקו דברי הסמ"ע בתירוצו:

ועדיפא מנדו"ד ראיתי להרב גור אריה בדף רי"ז ע"א בדיני הלכות מכירה שכתב וז"ל עיין להרב בנ"י דו"ד פאלקון זלה"ה שנסתפק בקונה חצי חפץ מחבירו ונתן לו דמיו לכאורה נראה דא"צ משיכה דהרי אינו יכול לומר נשרפו וכו' דהרי שפיר טרח ומציל בשביל חצי שנשאר לזכותו וה"ז דומה למ"ש דאם היתה העלייה של מוכר וכו' אלא דבערובין גבי נותן מעה לנחתום לזכותו בעירוב חכ"א לא קנה דהא לא משך עכ"ד של הרב בני דוד ז"ל:

וכתב עליו הרב גור אריה דלא דמי חצי חפץ להההיא דאם היתה עלייה של לוקח דהתם בעלייה של לוקח אין כאן חששת נשרפו אבל בקונה חצי דבר דילמא ילך המוכר אח"כ וימכור מחצה האחר לאדם אחר ותו לא טרח וק"ל עכ"ל הרי עיניך הרואות דדעת הני רבוותא דאפילו מכח הצלת חצי חפץ רצוי להעמיד הדבר על די"ת וקנו המעות מכ"ש אם יהיה כל הדבר כולו של מוכר כי האי דתפוס הלוקח העשרה פיסאת שיש בהם המום בודאי דכו"ע מודו דקנו המעות ואני בעוניי אמרתי דדברי הרב גור אריה זלה"ה צדקו יחדיו ולא הוצרך להעמיד בקונה חצי חפץ דלא קנה דדילמא ילך וימכור חצי האחר אלא לשאר מכירת חצי חפץ דעלמא אבל לגבי ערוב אין אנו צריכים להעמיד בתורת דילמא דהא ההיא דעירוב דנותן מעה לחנוני או לנחתום היא בדקדוק עצום בנותן לו פרוטה אדעתא דאחרים נמי יתנו לו פרוטה לכל אחד עד תשלום הככר או מדת השמן וא"כ הרי כל אחד קונה ממנו אדעתא שימכור המוכר כל החפץ וא"כ חיישינן דילמא אחר תשלום הככר במכירה יאמר נשרפו ואין אנו צריכין להעמיד הדבר בתורת דילמא ימכור וכמו שבא הדבר מפורש בעירובין דפ"א ע"א דתנן שם נותן אדם מעה לחנוני או לנחתום כדי שיזכה לו בעירוב דברי רבי מאיר וחכ"א לא זכו לו מעותיו ופירש"י וז"ל או לנחתום מוכר ככרות ודר עמו בחצר שיזכה לו בעירוב עם חבירו אם יבואו בני המבוי לקחת ממך ככר לעירוב או יין לשיתוף יהיה לי חלק בו עכ"ל הרי לפניך מפירו' רש"י דהנותן זה נותן לו אדעתא שימכור החנוני כל החפץ לכל בני המבוי ועלה קאי חכמים דלא קנה הואל ויכול לומר נשרפו חטיך בעלייה ולא קנו המעות בשביל זה לא זכה דהגם דסוף סוף צריך שישאיר לו אותו מוכר חלקו בככר דהוא חלק עירוב דידיה דהא אותו חנוני שדברו בו שם הוא דר בחצר או במבוי ורוצה לערב על עצמו ועל בני החצר או המבוי וכמו שפירש"י התם וא"כ נימא הואל וטרח בשביל חלקו טרח ומציל דחבריה אפי"ה

י"ל דחכמים לא חשו לומר דבשביל פרוטה דידיה טרח ומציל גם בשביל אחרים הואל והיא פסידא קלה דפרוטה ודאי לא טרח בשבילה והוי כאלו אין לו חלק באותו חפץ:
והואל ואתא לידן האי עניינא נימא ביה מילתא ואענה ואומר דספיקו של הרב בנ"י דו"ד זלה"ה מעיקרא אינו ותמיהא לי מילתא איך נעלם ממנו משנה ערוכה דפרק אותו ואת בנו דאמרה בארבעה פרקים משחיטין את הטבח בעל כרחו ואוקמה תלמודא אפי' שור שוה אלף דינר ומכר לחבירו ממנו דינר אחד חייב לשוחטו ויתן לו הבשר שקנה ממנו והקשה התם תלמודא והא לא משך הלוקח ובמאי קנה ואוקמה תלמודא ר"א א"ר יוחנן בארבעה פרקים אלו העמידו חכמים דיניהם על די"ת וכדאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות זהו תוכן דברי הגמרא וכן פסק הטור ומר"ן בסי' קצ"ט הרי לפניך דבנותן דינר לחבירו בשביל הבשר לא זכה אלא בארבעה פרקים מכאן הוכחה דליתא לספיקו של הרב בני דו"ד ז"ל דאם כספיקו דבקונה חצי חפץ מעות קונות מכח דהואל וטרח בדידיה טרח בדחבריה א"כ מאי מקשה הגמרא שם בפרק אותו ואת בנו והרי לא משך וגם המתרץ למה הוצרך לומר דהעמידו דבריהם על די"ת הא יכולים לומר דהתם קנה מכח דלא קנה כל הבהמה אלא חציה ואגב דמציל דידיה מציל דחבריה וגם על המשנה עצמה קשה דהואל ונתן לו הדינר בבשר ועדיין לבעלים חלק בה א"כ מאי אריא בארבעה פרקים אלו דוקא אפילו בכל עת ורגע נמי דהא מעות קונות בכה"ג דקנה חצי חפץ דוקא דהואל וטרח בדידיה טרח נמי בדחבריה אלא ודאי לא קנה בקונה חצי חפץ ואולי דממתניתין איכא למימר דאין להקשות וטעמא דמתניתין הוא דאיכא למימר דמן הראוי אפי' בכל עת קנה הלוקח הואל ולא קנה אלא חצי חפץ סברא הוא דקנה אלא דחכמים חשו על המוכר כדי שלא יפסיד בהמתו לכך קאמרי דבשאר זמנים לא קנה ואדרבה כלפי די"ת אבל בארבעה פרקים אלו הואל ויש ביטול שמחת יו"ט לגבי הלוקח לכך אוקמוה אדין תורה וקנה הלוקח מכח דקנה חצי חפץ ואין בו טענת נשרפו דלא חשו לפסידא דמוכר וממילא מן המשנה אין כאן קושייא אבל מדברי המקשן דמקשה והא לא משך קשה דמשמע אין מעות קונות בחצי חפץ וגם מסברת המתרץ דהוצרך לאוקמה במזכה לו ע"י אחר וגם מסברת ר"א א"ר יוחנן דאמר דבארבעה פרקים אלו העמידו וכו' משמע דבשטת המקשה אזלי:
איך שיהיה הרי מוכח גמרא ערוכה דבקונה חצי חפץ לא קנה ואין כאן ספיקו של הרב בני דו"ד ז"ל ומה שיש להקשות מאי שנא קנה חצי חפץ מההיא דהיתה סחורה בבית הלוקח והיתה בית הלוקח שכורה למוכר ופסק מר"ן בה דקנה הלוקח הואל והלוקח מצוי אצל ביתו וא"כ גם חצי חפץ שקנה נימא דהואל וטרח המוכר בדידיה טרח בשל

חבריה הרי כבר יישב אותה הרב גור אריה ז"ל דחיישינן שמא חצי חפץ האחר כבר מכר אותו או ילך וימכור אותו לאחר ולא ישאר לו מאומה בו ושוב לא יציל אם נפלה דליקה בביתו ולענ"ד נראה דאין אנו צריכים לכ"ז והעיקר הוא דכל דבר שהוא בשותפות בודאי לא טרח בו כל כך הואל וטרח גם בשביל השותף ובודאי גם במקום דיציל דבר של שותפות יציל דבר שהוא שלו לבדו וירויח כל החפץ לא כן דבר שמכר בו חצי חפץ ואין לו בו כי אם מחצה דכן הוא הדין דאבידתו קודמת ועיין מור"ם בסימן ס"ג ובש"ך שם סק"ז איך שיהיה נחזור למאי דאתן עלה דבנדו"ד דאין בו חששת נשרפו כדאמרנו הרי לכ"ע פשוט וברור דמעות קונות ויכול להחליף לו אותם פיסאת שנמצא בהם המום בפיסאת אחרים:

ואחרי כל אלה הני מילי מעלייתא האיר ה' עיני בחיפוש הספרים דראיתי בספר התקנות שאלה אחת משם הרב הגדול מוהר"ש סרירו זלה"ה שהעתיק מכת"י הרב הגדול כמוהר"ר יעקב אבן דאנאן והשאילה היתה בזה האופן דהיינו אשה אחת נתפשרה עם בעלה בפירעון כתובתה קודם שפטורה בגט שמחלה לו בכתובתה כולה או מקצתה קודם שכתב הגט ואח"כ ערערה על המחילה באומרה אנוסה היתה וכו' והשיב הרב זלה"ה דאם רצתה לבטל המחילה גם הגט בטל ואם רצתה לקיים המחילה הגט קיים וכו' וסיים הרב וז"ל ונפקה מינה דאין הבעל מצי לבטל הגט ולומר השתא דאותה מחילה קמייתא היתה בטעות גם הגט בטל ולא צבינא במחילה אחרת וכו' אין הבעל יכול לבטל דהואל ומכח טעות קאתי שהטעתו במחילה בלתי הגונה הוי דינה כדין מקח טעות דחוזר בו הלוקח עד שיחזיר לו המטעה אותו דבר שקנה ממנו או שמכר לו שבו היה מו"מ מיהו בהנתן הדבר ההוא למטעה יתקיים המקח למפרע ולא מצי הדר ביה וכו' עכ"ל התשובה הצריך והנה אני העתקתי לך מן התשובה מאי דצריך לנדו"ד ומסקנא דמילתא כתבתי והרוצה לעמוד עליה ילך אל הכרם חמ"ר ח"ב סי' צ"ח וירוה צמאונו:

איך שיהיה בראותי התשובה הזאת שמחתי ועלצתי שמצאתי הדבר מפורש בדברי הרבנים האלה אשר מפיהם אנו חיים ושוב אין לפקפק והדין דין אמת דיכול ראובן לכפות את שמעון לקיים המקח וליטול החליפין של העשרה שנמצא בהם מום בלי שום דו"ד כלל. והצוי"מ וימ"ן שבעה ועשרים לטבת משנתינו זאת שנת תרמ"ד לפ"ק פה סאלי יע"ה. כ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפ

נשאלתי בראובן שקנה משמעון חפץ והקנה אותו לו שמעון לראובן בק"ס שאין אחד מהם יכול לחזור בו אפילו עדיין לא משך והן היום כשבא ראובן לגדל פרע וליטול חפצו מן המוכר נפלה הכחשה ביניהם דהיינו ראובן טוען במנה מכרת לי ושמעון טוען במאתיים מכרתי לך והיתה תשובה דין זה מימי חורפי בעודי בין ברכי עט"ר הרב המופלה דנחית לעומקא דדינא מו"ח כמוהר"ר ישששכר אצראף נר"ו בא לפניו דין זה ודן לפני דישבע ראובן וישבע שמעון ויתבטל המכר זהו מה שדן לפני והן היום כשבא הדבר לפני ראיתי מעשה ונזכרתי ההלכה והגם שאחר שראיתי למורי נר"ו שדן כן ושוב אין לי לחפש בדבר יותר עכ"ז עלי לפרש יסוד ועיקר הדין וטעמא דמילתא הוא הואל ואין שום אחד מהם יכול לחזור הוא כמו שטוען ראובן על שמעון עליך מוטל לתת לי החפץ שהוא שוה בעיני מאתיים ואני אשלם לך מנה כמו שקניתיהו ממך והוא כאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי וגם שמעון גם כאן חוזר וטוען על ראובן הב לי מאתים דמי קניית החפץ וטול החפץ וזה אומר אין לך בידי כלום ושניהם נשבעים היסת ואין לו' דישבע ראובן הקונה שבועה דאורייתא דהואל ושמעון המוכר תובעו במאתיים של דמי הקנייה וראובן אומר אין אתה נושה בי כי אם מנה דמי הקנייה והו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כי אם חמשים דחייב לישבע מדאורייתא זה אינו חדא דאפילו חשבינן להודאה זאת כדין הודאת מלוה דעלמא עכ"פ פטור הוא הואל ועדיין החפץ ביד המוכר והו"ל הילך ופטור והגם שכתב הש"ע בסי' פ"ז ס"א דמשכון לא חשיב הילך הרי פירש הסמ"ע דוקא במשכון המתעכב בידו יום או יומים ונוטלו אבל אם נותן לו רשות למוכרו או מחליטו בידו הוא הילך מכ"ש כאן דמחליטו בידו ובפרט דלא נגע ולא פגע כלל דין זה בדין מודה מקצת כלל דהא כאן אין כוונת ראובן הלוקח להודות לו במנה אלא שהוא אומר דלא היתה קנייתו כי אם במנה אם תתן את הכלי במנה אני אתן לך ואם לאו אין שום חיוב והוייא תביעה בפני עצמה וכטוען לחבירו קנית ממני והלה אומר לא קניתי ומטעם זה ג"כ אין לו' דשמעון המוכר יתחייב שבועה בנק"ח כדין מלוה על המשכון דסע"ב דהמלוה נשבע בנק"ח ונוטל מן המשכון דהתם דהמשכון הוא מבורר של המלוה אלא דהמלוה נפרע ממנו הילכך נשבע בנק"ח כדי ליטול אבל כאן בשבועתו זאת הוא אומר דלא מכר לו בעשרה וא"כ בטל מכר החפץ וחזר לבעליו הראשונים וכאלו אין כאן שום מכירה כלל וכאמור:

ולענין שבועת שניהם בודאי כל מאי דמצינן לתקן בלשון השבועה כדי שלא תהיה מוכחש ביניהם הוא הנכון וכל היכא שמצינן לתקוני מתקנינן וכמו שתקנו רבותינו

בדינא דשנים אוחזים בטלית וכל אחד אומר כולה שלי דתקנו שישבע כל אחד שיש לו בה ואין לו בה פחות מחציה ולא רצו להשביעו לכל אחד שכולה שלו ואח"כ יחלקו אותה יעו"ש בסי' קל"ח ובסמ"ע סק"ה ובכמה מקומות וא"כ גם כאן יכולים לתקן דלא למחזי שבועתם לשקר וכך תהיה שבועתם דהיינו המוכר ישבע שלא מכרה לו במנה והלוקח ישבע שלא לקחה ממנו במאתים ואז כל אחד על מקומו יביא בשלום ולא מיחזי שום הכחשה בדבריהם כלל:

מדי עוברי היום בספר משכנות הרועים מערכת מ' אות פ' שנסתפק בכעין נדו"ד דהיינו שהיה המקח קנוי ללוקח בק"ס ועדיין לא משכו ואח"כ כשבא ליטלו נחלקו בפירעון המוכר אומר לאלתר והלוקח אומר לזמן ופסק דישבעו שניהם ויתבטל המקח וכתב דברבות הימים מצא בתשו' רבינו מהר"י בן מיגאש דפסק כן ונתן שמחה בלבו יעו"ש ונדו"ד הוא דמי ממש לנדונו של הרב אלא דנדון הרב היתה מחלוקתם בזמן ובנדו"ד מחלוקתם בדמים ודא ודא אתת היא ותו לא מידי וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפא

ראובן באה לו סחורה מלונדון יע"ה ואחר שהביאה מבית המכס לחנותו בא שמעון ואמ"ל אם תרצה למכור לי האי סחורה בעשרה למאה ריוח ונתרצה ראובן ומשך שמעון סחורתו ואח"כ כשבאו לחשבון רצה ראובן לכלול גם ההוצאה שהוציא על האי סחורה דהיינו שכר הספינה והאלקומסיון וגו' וגם המכס שפרע בעדה בבית המכס וכו' ורוצה לחשוב הכל בכלל הקרן וליקח עשרה למאה גם על ההוצאה ושמעון אומר שלא יתן עשרה למאה גם על ההוצאה שהוציא על הסחורה הנז' כי אם על הקרן דוקא ע"כ:

תשובה דבר פשוט הוא שהנושא ונותן באמונה צריך לשלם הקונה למוכר כל מה שהוציא על הסחורה כמ"ש מר"ן בסי' רכ"ז סכ"ח וזל"ה ומעלה לו על דמי המקח שכר הכתף ושכר הפורק וכו' וכוללם בדמי המקח אבל שכר טורחו לא יעלה על דמי המקח עכל"ה ולא נצרכה אלא אפילו אם ראובן זה רגיל הוא לקנות הסחורה בהקפה ומיום צאת הסחורה מלונדון מחשיב עליו המוכר הרבית הנקרא אינטירים גם זה הוא בכלל ההוצאה וצריך להוסיף על דמי המקח דלמה יגרע היא משכר כתף והפונדק ומשאר הוצאות דהגם דלא הזכירו אותם בשעת הקנייה עכ"ז מחשיב ליהו ומילתא בטעמא דאי לא יחשוב נוסף על דמי המקח שכר הכתף והפונדק וכו' א"כ כשמכר בריוח דרך משל אמ"ל אתן לך ריוח בהאי סחורה מנה א"כ אם אמיר נאמר דשכר הכתף לא יוסיפו על

המקח היכן הם המנה ריוח שנתן לו הרי צריך המוכר הזה לשלם מזה המנה שכר הכתף וכו' א"כ אין כאן מנה ריוח והוא אמ"ל שירויח ממנו מנה אלא ודאי אדעתא דהני קנה ממנו אדעתא שישאר מנה ריוח שפוי וא"כ גם על האינטיריס יעבור כוס דאם אמרנו שהמוכר ישלם האינטיריס מכיסו א"כ לא נשאר המנה ריוח שפוי על כן פשוט דצריך להוסיף גם האלאינטירים בכלל ההוצאות:

ומעתה הואל וביררנו דיש למוכר להוסיף על דמי המקח כל ההוצאה נראה פשוט דמצד הדין צריך לשלם הלוקח הזה למוכר סך עשרה גם בעד ההוצאה דהכל מיקרי שיווי המקח וצריך ליתן בעד הכל עשרה למאה ודבר זה יש ללומדו ממ"ש מר"ן בסי' רל"א ס"ק וז"ל אבל חנוני המוכר סחורתו מעט מעט שמין לו טורחו וכל יציאותיו ומותר עליהם ירויח שתות ע"כ וכתב הסמ"ע סקל"ז וז"ל טורחו וכל יציאותיו וכ"ז נחשב לקרן ושתות מהכל מותר לו להרויח נוסף על הקרן והוא טפי מאלו לא הרויח אלא שתות מהקרן ע"כ הרי לפניך דהיכא דבאים אנחנו לתת שתות ריוח צריכים לחשוב ההוצאה בכלל הקרן וליתן לו ריוח על הכל וא"כ ממנו נלמוד לנדו"ד דקנה ממנו לערך עשרה למאה צריך הוא לשלם לו עשרה למאה גם בעד הריוח. זהו מ"ש לפקו"ד להשיב מצד הדין אכין מצד המנהג פוק חזי מאי עמא דבר כי המנהג בדברים אלו עיקר וציר ישראל יצילנו מכל שגיאה וידרכינו בתורתו הנפלאה הצעיר ומואס כל תאוה:

ע"ה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפב

לדאר לבידא יע"ה ראובן שקנה קרקע משמעון וכתבו שטר מכר על ידי סופרי ישראל וכו' והן היום תבע ראובן הלוקח למוכר לכתוב לו עוד שטר מכר בעש"ג והמוכר נתן כתף סוררת שלא לכתוב לו בעש"ג הואל ולא התנה עליו בשעת המכר ע"כ:

זה כמשלוש חדשים נשאלנו ע"ד פתגם וכבר השבנו דמחויב המוכר להודות עוד שטר מכר בעש"ג כמו שבא הדבר מפורש בתקנת קדמונינו שזמנה ויבוא כגש"ם לנו דשם נמצא כתוב בזה"ל תקינו החכמים השלמים זלה"ה שכל משכונה או מכירה בסופרי ישראל אף אם לא היה תנאי בניהם שיעשה לו כמוה בערכאות של עכו"ם עכ"ז מחויב הוא מכח התקנה שיודה לו משכונה או מכירה אחרת כמוה בעש"ג וכו' ואם לא ירצה הממשכן או המוכר להודות עק"ד בעש"ג יאסר בבית הסוהר ולא יצא משם יומם ולילה ולא בשבתות וי"ט עד שיודה העק"ד הנז' עכל"ה ותקנה זו מתובלת ומקובלת היא מאבותינו כאשר ראו עינינו בב"ד שלפנינו שקבלו מאבותם כהם וא"כ מחויב המוכר

להודות שטר מכר בעש"ג בלי שום פקפוק זהו מה שהשבנו כבר ולא ידענו מה פקפוק יש בתקנה הערוכה בספר הישר ודשו בה קמאי וקמאי דקמאי ומה מענה לתת כתף סוררת:

אך הואל ואין בהמד"ר בלי חדוש אמרתי אולי ירצה המתעקש להתעקש ולומר דאולי רבותינו שתקנו וכתבו שמחויב המוכר להודות עק"ד בעש"ג אפילו לא היה תנאי וכו' היינו דוקא אם יתבע הלוקח למוכר בשעת המקח דהיינו אחר שנגמר ונתקיים המקח באופן שאין שום אחד מהם יכול לחזור דהיינו אפילו באתרא דכתבי שטרא ונכתב השטר או התנו אפילו לא נכתב כאלו נכתב בזה הוא דכתבו ותקינו שאם יתבע הלוקח למוכר להודות לו מחויב להודות מכח התקנה אפילו לא התנו עכ"ז מחויב מכח התקנה שאם יאמר הלוקח לא דיי לי בשטר הסופרים תוסיף לי עוד שטר בעש"ג הואל ובזמנו של מכר תבע אה"ן אבל אם עבר זמן זמנם מזמן המכר ואח"כ בא הלוקח יאמר לו המוכר מדלא תבעת בזמנו הרי גלית דעתך שמחלת בשטר עש"ג וסמכה דעתך על שטר הסופרים דוקא:

על זה אמינא דהמתעקש בדרך זו טועה גמור הוא דהא טעמא דבעלי התקנות הוא מפורש יוצא דילמא מוכר זה ילך וימכור לעכו"ם ותגיע פסידא ללוקח ולכך הכריחוהו בהאלעק"ד שבזה סמוך לבו לא ירא מחשש הזק וא"כ הואל והדבר מוטעם ומתוקן משום סלוק ההזק אפילו לא התנה בשעת הקנייה א"כ הואל והכי הוא מה לי תבע הלוקח למוכר סמוך לקיום המכר או אחר זמן רב הואל והתקנה היא שאם יתבע הלוקח להבטיחו מחויב המוכר להבטיחו א"כ מה לי תבע סמיך לקנייה או אח"כ בודאי הסברא נותנת שבכל עת שיתבע למוכר יהיה מחויב להודות לו באופן שיסתלק הזקו אפי' אחר זמן רב דיכול הלוקח לטעון מקודם לא הייתי חושש ועכשיו נרגשתי מאיזה סבה והואל ורבותינו גמרו אומר שמחויב הלוקח לתבוע למוכר להבטיח בעש"ג ופשוט: והגם שאין הדבר צריך חזוק יותר עלה על דעתינו להביא ראיות לכפות למוכר להודות ללוקח כל עת וזמן שיתבע ממנו ההודאה מדין כופין על מדת סדום אך הואל ואין כאן מקום להאריך לא ראינו לבוא במאריך טרחא: אך אמרתי אעלה בתמר להעתיק מאמרן של הראשונים ומהם תורה יוצאה בהנומה דתקנת קדמונינו קיימו וקבלו אותה אבותינו מדור דור וגם ממנה תלמד דאפי' לא תבע עד זמן מה יכול הלוקח לכוף למוכר להודות לו והילך מה שבא כתוב בס' מוצב להגאון מוהר"ר יעבי"ץ זלה"ה בס' רפ"ה ז"ל למשפט עמד לפני הרי"ב תובע להרא"ם והמציא התובע לפני שט"ח נגד הנתבע ותבעי שיפרע לו החוב הנז' או עכ"פ שיודה לו בערכאות כתקנת קדמונינו והנתבע השיב שאין רצונו להודות לו

בעש"ג ופסקתי שהדין עם התובע ואם אין בידו במה לשלם חייב להודות לי בעש"ג מכח תקנת הראשונים והגם שבתקנה לא בא כתיב כי אם למוכרים קרקעותיהם או ממשכנים ולא נזכר שם בע"ח כלל עכ"ז דין אחד להם שהטעם שנתנו שם בעלי התקנה מישך שייך גם בב"ח ושקולים הם ויבואו שניהם וכו' וחתום על זה הרב מוהר"ר מהרש"א זלה"ה ועלה אתו בהסכמה הגאון מוהר"ר יעבי"ץ ומהר"ש אלבא"ז זיע"א הרי פרשה פתוחה לפניך שתקנה של שנת כגש"ם היא נוהגת להודות:

גם משם באירה דאפילו הרי"ב בעל השטר לא תבע ללוה להודות לו בשטר בעש"ג בזמן החוב אלא המעשה היה אחר שהגיע זמן הפירעון ובא לתבוע ונמצא הלוה עני ואין לו במה לפרוע הדר לתובעו להודות לו בעש"ג ואם איתא דלא תקינו רבותינו אלא בתבע הלוקח סמוך לזמן הקנייה אבל אם נתעכב ולא תבע באותו זמן שוב אינו תובע א"כ היאך הרבנים הנז' חייבו ללוה להודות למלוה בשטר עש"ג הרי הואל ולא תבע תביעה זו בזמן שהלוה לא הוי כמחל על זה:

ואין להתעקש ולומר דהואל ותבעו המלוה ואמר לו או פרעני או תודה לי בעש"ג הוי כאלו עתה חזר והלוה לו הואל והגיע זמן הפירעון ובשביל זו חייבוהו דהוי כאלו תבע בשעת הלואה לכתוב עליו בעש"ג זה אינו דהא איירי שם שהיה הלוה עני ואין לו במה לשלם וא"כ הרי יכול לעכב ולומר מדלא הבעתני בשעת ההלואה לכתיב עלי הרי מחלת ואם כחך הוא הואל והגיע זמן הפירעוני יכול אתה לכופני לכוף לכתוב עלי הלאו הכי נקיים מצות פריעה וא"כ הרי אתה מחשיב לדעתך הואל ואתה ממתין עלי בפירעון הרי זה מחשיב כאלו הלוית אותי לעת עתה ומחויב אני להודות שטר בעש"ג זה אינו דהא עכבת הפירעון לא מרצונך היתה זאת כדי להחשיב כאלו עתה שעת ההלואה אלא בע"כ הוכרחתה לבוא בעכב היתה כי איש עני הוא ומה מקים יש להחשיב עתה שעת ההלואה וא"כ היאך חייבוהו הרבנים הנז' ללוה להודות בעש"ג:

אלא מוכרח לומר דבעלי התקנה שתיקנו שהלוקח יכול לתבוע למוכר לכתוב לו עק"ד בעש"ג היינו בכל עת וזמן שיתבע הלוקח למוכר לכתוב לו מחויב הוא לכתוב לי הן סמיך לקנייה הן רחוק וא"כ גם הלוקח הזה הגם שתהיה תביעתו זאת זה זמן רחיק מעת המכירה עכ"ז מחויב המוכר להודות לו שטר מכר בעש"ג ואין אומר ואין דברים. זהו מה שנל"ע וצוי"ם וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפג

ראיתי בס' זכור לאברהם חו"ם אות ק' שכתב וז"ל המצית שמכריזין בק"ק אע"פ שהוא ע"י דביר בעלמא קנה והמנהג עקר עיין אמת ליעקב זלה"ה. ואני בעוניי אמרתי דלעניות דעתי דין זה לא נאמר אלא בק"ק שמוכרים המצות וההכנסה היא לעניי העיר או לבדק הבית וכמו שהם רוב בתי כנסיות שבכל העולם אבל בבתי כנסיות דידן שהם בה"ך של יחיד וההכנסה לוקחה בטל בה"ך נלע"ד דהקונה את המצוה יכול לחזור וחילי הוא דהא ראיתי להרב משכנות הרועים ז"ל אות ה' סימן ע"ז שנסתפק בדין זה של הרב אמת ליעקב שכתבנו ופשיט דאינו יכול לחזור מההיא דערכין דמיירי בהקדש באומר אחד הרי עלי בחמשים וכו' ומשם פשיט דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וכו' ואינו יכול לחזור יעו"ש. הרי לפניך דספיקו של הרב לא מיירי אלא בבה"ך של הקדש מדפשיט לי' מדינא דהקדש אבל בבתי כנסיות דידן שהם של הדיוט בודאי דאין ללמוד אותה מאותה דערכין. וכן ראיתי בס' כר"ח סי' מ"ח שכתב וז"ל ועל מנהג לוקח מסרסור כתב שמצא בליקוטי הר"ש ן' סעדון זלה"ה דאסמכה דאם עשה אגרת בקורת אין בו אונאה ועל מנהג דנקנה המקח בפסיקות דמים כתב שכן דין הפוסק דמים לשדה הקדש שנקנה בדבור וכו' עם היות דהדיוט מהקדש לא ילפי' מנהגא נהוג ולא מדינא עכל"ה א"כ מכאן נמי יש להוכיח דמילתא דהרב אמת ליעקב אינה אלא בבתי כנסיות של הקדש זולת אם יהיה מנהגא נהוג דאזי דנין אפי' בבתי כנסיות דידן שהם של בעלים דדין הדיוט יש להם:

אלא דגם לבעלי כנסיות דידן נראה פשוט דאין הקונה יכול לחזור בו אלא דוקא אם חזר בו ביום מכירת המצות שעדיין לא עשה שום מצוה וגם הקונים מקובצים יחד ביום המכירה ויש קונים למצוה אבל אם עבר זמן המכר ואח"ך רצה לחזור בו אותו לוקח בודאי דאינו יכול לחזור בו והגם דלגבי דבר הנקנה במשיכה הדין הוא דמה שמשך קנה ומה שעדיין לא משך יכול לחזור בו ואם כן גם כאן נימא דמחשבין המצוה שקנה על הימים שקנה אותה והימים שעברו יתן דמיהם והנשארים יחזור מן המקח דידהו. זה אינו דכאן במצות אין להם יום מיוחד במדינות דידן למכירה זולת ביום פסח האחרון וביום אחרון של סוכות ואם יעברו הימים האלה לא ימצאו שום קונה ואפילו המצא ימצא לא יהיה אלא לשליש ולרביעי מדמי המכר הראשון ולא דמי דין זה אלא למאי דפסק מור"ם בסי' ר"א ס"ז וז"ל פתח לו המוכר חביות של יין וכשמדד לו החצי רוצה הלוקח לחוזר בו ולא ליקח יותר והמוכר אומר שהמותר יחמיץ צריך הלוקח ליקח כולו או לקבל אחריות של המוכר אם יתקלקל שישלים לו כל החבית אף מה שהיה שוה בשעת שקנאו עכל"ה וכתב שם הסמ"ע בסק"ד דמאי דכתב מור"ם או לקבל אחריות

דהיינו שישומו אותו למוכר מה שהוא שוה זה שנשאר בחביות ויש עליו חשש חמוץ וכפי אותה שומה צריך לגבות לו המוכר וכו' יעו"ש וא"כ קם דינא דשיימינן לבעל בה"ך הימים הנשארים בעליית המצות ועליהם ישלים לו הלוקח דמי הקנייה שקנה ממנו ביום מכירת המצית וצוי"מ וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפד

יש להסתפק במוכר קרקע באתרא דכתבי שטרא ועד שלא נכתב השטר מת מוכר אי מצו בני המוכר לחזור ממה שמכר אביהם או לא. והנה לכאורה אמרתי דיש לפשוט זה מדברי הש"ע בסר"ן סכ"ג דכתב ז"ל בריא שאמר כתבו ותנו שדה זו לפלוני אם מחיים כותבים ונותנים אי לא הדר קמי דמטא שטרא לידיה אבל לאחר מיתה אין כותבים ונותנים אלא א"כ קנו מידו ע"כ והנה הסמ"ע כתב בס"ק ס"ז דהטעם למה לאחר מיתה אין כותבים ונותנים משום דאין שטר לאחר מיתה ע"כ מדבריו אלה משמע דאי הוה שטרא לאחר מיתה היו כותבים ונותנים ואי בניו היו יכולים לחזור תיפוק לך דאינו יכול לכתוב שמא הבנים יחזרו ממה שנתן אביהם והיה לו להודיעם וא"כ מזה נראה להוכיח דאין הבנים יכולים לחזור אך זה אינו הוכחה דשתי תשובות בדבר חדא דאיכא למימר שהבנים יכולים לחזור אך כל זמן שלא שמענו שמיחו בדבר אין אנו אחראים להמלך בהם ומן הראוי יכולים לכתוב אי הוה שטר לאחר מיתה ולכך לא מצאנו טעם דלא לכתוב אלא משום דאין שטר וכו': ועוד דכבר נודע סברת הפוסקים לעיל בס' ק"ץ ס"ו דלא אמרו דבמקום דכתבי שטרא דלא קנה כל זמן שלא נכתב השטר אלא בקנייה אבל במתנה אפילו לא נכתב השטר קנה דמתנה סמכה דעתיה דמקבל יעו"ש דהדין הכי הוא כמ"ש אצלי בחדושים שלי בס' ק"ץ ס"ו יע"ש:

גם איכא להוכיח ג"כ דאין הבנים יכולים לחזור ממה שסיים מר"ן וכתב ז"ל אין כותבים אלא א"כ קנו מידו ע"כ הרי לך אם קנו דכותבים והרי הבנים יכולים לחזור בהם והוה ליה לחלק ולומר דאם קנו כותבים אפילו לאחר מיתה אם לא חזרו בהם הבנים אלא ודאי דאין הבנים יכולים לחזור בהם. אך יש לדחות דמר"ן איירי באתרא דלא כתבי שטרא דגם אביהם עצמו אינו יכול לחזור ועדיין צל"ע ושלום:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפה

להיות שהר' יאודא אלקאיים נר"ו מכר בית אחד להר' משה כהן נר"ו בסך מה בהטבה כדין מכירות הנהוגות ביננו ובהגיע זמן ההטבה השיגה ידו יהודא הנז' כדי גאולת חצי הבית וכן היה נתן למשה הנז' חצי דמי המכירה וכתב לו משה הנז' בכת"י בזה"ל מודה אני ע"ע שקבלתי מאת הר' יהודא אלקאיים סך כו"כ מפאת חצי הבית שמכר לי וחתום על זה משה הנז' והן היום תבע משה ליהודא הנז' לתת שכירות הבית כולה עד היום הזה כי יהודה הנז' נשאר דר בבית מיום המכירה עד היום הזה ויהודא טוען כנגדו שלא יתן כי אם חצי שכירות הבית מיום גאולתו המחצה עד היום הזה כי לא נשאר למשה כ"א חצי הבית ימ"ץ:

תשובה משנלע"ד בזה הוא דיהודא הנז' זכאי בדינו ואינו מחויב לפרוע כי אם חצי השכירות שנשארה מכורה דוקא דהא מיום שנתן לו מחצה בדמים וכתב לו כת"י הנז' נקנה חצי הבית ליהודא הנז' ולמה יתן שכירות כל הבית: והגם דלכאורה היה נראה לומר דעדיין לא זכה יהודה הנז' בחצי הבית דהא משעה שמכרה יהודה למשה קמה לית ברשותיה דמשה וממילא בשעה שירצה להחזירה לו צריך לכתוב לו שטר בקנין מחדש ולא סגי במאי דמחיל ומסלק שעבודו כמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' קפ"ט וזל"ה ולאחר שנגמר המקח כל אחד לפי קנינו אין שום אחד מהם יכול לחזור בו אפילו לא היו עדים בדבר ע"כ וסיים מור"ם עלה ואפילו מחלו זל"ז אח"כ לא מהני אלא צריכין לחזור ולהקנות זל"ז עכל"ה וכן ראיתי למר"ן ג"כ שכתב בפשיטות סי' רמ"ה ס"ט וכן מוסכם מכמה מקומות וכמ"ש הסמ"ע שם סק"א דכ"ך הטור בסי' רס"ג ומר"ן עצמו בסי' ס"ו סי"ג וכן הדין בשכירות יעו"ש ריש שט"ו עכ"ל הסמ"ע וא"כ הואל והדין הוא דלא מהני מחי' במה שרוצה להחזיר לו מה שקנה מחבירו ואפילו מחזיר לו השטר של המכר שקנה בו עכ"ז לא מהני וכמו שמפורש הדבר בסי' רמ"ג סי"ו ובכמה מקומות אלא צריך קנין מחדש א"כ בנדו"ד דלא עשה משה הנז' שום קנין ולא כתב לו שום שטר הגם שקבל ממנו דמי המכר והלכה דקרקע נקנה בכסף עכ"ז הרי במקומינו זה אתרא דכתבי שטרא אנן ובאתרא דכתבי שטרא אין המעות קונות וכמ"ש מר"ן בסי' ק"ץ ס"ז וז"ל בד"א שקנה בכסף לבדו במקום שאין דרך לכתוב שטר אבל במקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר ע"כ וא"כ גם כאן הואל ולא כתב לו שטר עם נתינת המעות עדיין לא נקנה לו חצי הבית: ואין לומר דלא כתב מר"ן דבעינן כתיבת השטר עם המעות אלא אם היתה נתינת המעות לבד אבל אם יהיה נתינת המעות בצירוף קנין אחר כמו נדו"ד שיודא הנז' היה דר בבית הוי נתינת המעות וחזקה א"כ נימא דאהנו ולא

בעי כתיבת השטר וכמ"ש מור"ם בסו"ס קצ"ב דאפילו במקום דכתבי שטרא חזקה מהני אפילו בלא שטר ומכ"ש בכאן שיש חזקה ומעות ואפילו למאן דס"ל דבחזקה ג"כ לא מהנייה אלא כתב לו שטר וכמו שראיתי למורינו הרב מוהר"י עייאש זלה"ה במנהגים דף קי"ח שכתב וז"ל דבמקום שכותבין השטר לא קנה בכסף ולא בחזקה ולא בקנין עד שיכתוב את השטר דלא עדיף כח קנין מכח כסף וחזקה עכ"ל והובאו דבריו בספר צו"פ דב"ש דף מ"ג יעו"ש איך שיהיה הגם דהרב ז"ל משוה קנין חזקה וקנין סודר לקנין המעות ובכל חדא מצריך כתיבת השטר עכ"ז עדיין מסופקים כאן בהתחבר שנים יחד נימא דלא בעי שטר:

אלא דראיתי להרב צו"פ דב"ש הנז' בפסקא הנז' שהביא משם מורינו הרב יעקב ן' נאיים זלה"ה שכתב וז"ל וכיון דפסקינן כסברת הריטב"א אפילו איכא כולהו קנין בעינן שטר עכ"ל א"כ הרי לפניך דאפילו יש מעות וחזקה ליבעו שטר וא"כ בכאן דלא היה שטר נימא דלא קנה כלל יהודה הנז' והדרא ארעא למשה והדרא פירי:

ואין לחלק ולומר דלא נאמר דין זה דכתב מר"ן ומור"ם בסי' קפ"ט ובטור סי' רמ"ג דאם חזרו ומחלו זל"ז לא מהני ובעי קנין חדש אלא במוכר לחבירו איזה דבר לחלוטין אבל בנדו"ד דהיה המכר לזמן ומחויב להחזירו לו לאותו זמן נימא דמהני מה שמסלק אח"כ ולוקח שעבודו בדברים בעלמא בקבלת הממון עכ"ז חלוק זה לא נהיה לענ"ד דהא קרקע הנמכר בהטבה קנוי הוא לכל חלקיו קנין גמור וההטבה היא שמתחסד הלוקח עם המוכר להחזירה לו אם יביא המעות לו בזמן פלוני יחזור וימכרה לו ואין ההטבה עשויה באופן כשיביא לו המעות יהיה נעקר המכר מעיקר אלא שיחזיר לו בתורת מכר וא"כ הוא בודאי דצריך קנין חדש מיד הלוקח שמוכרה למוכר הראשון: וכן נלע"ד לדקדק דבר זה אלבא דהרב ש"ך זלה"ה דבעינן שיחזור וימכרה הלוקח למוכר כאלו מוכרה לאיש אחר והדקדוק הוא ממ"ש מר"ן בחושן משפט סי' ר"ז ס"ה שכתב וז"ל וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה עכ"ל מר"ן בסי' ר"ז ס"ה ובסי' ק"ג ס"ט בדיני השומה הדרא מצינו למר"ן וזל"ה ולאחר זמן אם השיגה ידו של הלוה או הנשרף או יורשיהם והביא מעות לבע"ח מסלקין אותו מאותה קרקע עכל"ה וכתב הש"ך שם סק"י וז"ל משמע שאין צריך קנייה אחרת אלא סלוק בעלמא עכ"ל א"כ מדברי הש"ך אלו דדייק מדברי מר"ן אלו דכתב בלשון מסלקין אותו משמע דבסילוק בעלמא סגי א"כ ממנו יש ללמוד לדברי מר"ן אלו דבסי' ר"ז ס"ה דכתב בזה"ל שהתנה שיחזיר לו המקח אז הרי המכר קיים ויחזיר כמו שהתנה ולא כתב כמו שהתנה עמו שיסתלק ממנה או לפחות בסוף דבריו הו"ל לכתוב הכי המכר

קיים ויסתלק ממנה כמו שהתנה וכמו שכתב בסי' ק"ג בדיני השומה אלא בודאי פשוט הוא דצריך להחזיר דכתב מר"ן היה להחזירה לו במכירה: ואפילו לדעת הסמ"ע עצמו שם בסי' ר"ז סקי"א דס"ל דלא בעי שכתוב לו בשטר הטבה שטר בפני עצמו אלא אפי' בתוך השטר עצמו יכול לכתוב תנאי זה דכשיביא לו המעות מחויב להחזירו ל ומדמי דין זה לדין משכנתא בלא נכייתא וס"ל דאפילו הרמב"ם דס"ל נכייתא בלא משכנתא אסור עכ"ז בכאן שרי הואל והוא דרך מכר גמור יעו"ש אפי"ה בודאי יסבור דבעי ג"כ ביום קיום התנאי שיחזירה לו ע"י מכר דאי לא תימא הכי הדרינן לקושייתינו מה בין משכנתא בלא נכיתא להאי מכר בהטבה ואי משום דאותו שטר משכונה אינו כתוב בלשון מכר והאי כתוב בלשון מכר ומה יועיל ומה יציל אם יהיה בשניהם דלכשיביא המעות יסתלק הלוקח או הממשכן הרי לא דמו תרוויהו אלא למשכונה בלא נכייתא והגם שהוא כתוב בלשון מכר במאי מינכר זה מזה אלא דצריך לחלק ולומר דבשטר משכנתא מסתלק ע"י נתינת המעות לבד ושטר מכר בהטבה צריך לחזור ולמוכרו לי דהוי כאלו שלו הוא מעולם ומוכרו לו עתה וזה נלע"ד חלוק יפה בדברי הסמ"ע ועכ"פ הרי לפניך ממ"ש דלדברי הש"ך פשוט דבעי שטר חדש וגם לדברי הסמ"ע יש לפרש כן ובעי שטר חדש:

וכן ראיתי נמי לרבינו מהריט"ץ בסוף תשובה אחת בספרו סי' קפ"ז שנשאל בשטרי הטבות ולבסוף העלה וכתב וז"ל עלה בידינו ממה שביארנו שצריך לדקדק בשטרי הטבות שכותבים הסופרים לכתוב היטיב חסדו הקונה ונתחייב בקנין גמור לחזור ולמוכרה לו כשיתן לו מעותיו וכו' שאם אינו מזכיר לשון חיוב באנו לספק קנין דברים עכל"ה ודברי מהריט"ץ אלו ראיתי לרבותינו הקדושים שסדרו אותם בספר עט סיפר להזהיר וללמוד סופרי בני ישראל כיצד יכתבו שטרי הטבות לבל יהיו לפוקה ולמכשול א"כ הרי לפניך דצריך הקונה בהטבה לכשיביא לו המוכר מעותיו דצריך לחזור ולמכור לו מחדש דאם לא היה צריך שום קנין חדש כי אם בסילוק בעלמא א"כ הכי הו"ל להרב מהריט"ץ זלה"ה למימר לתקן לסופרים שיכתבו הכי והטיב חסדו בכח הקנין וחי"ע דלכשיביא לו מעותיו יסתלק מקרקע זה (וגם עדיפא מזה מצינו דאי הוה מהני סלוק בלא כתיבת השטר א"כ לא הוה צריך שיכתבו בלשון חיוב כלל אלא יכתבו בכח הקנין דלכשיביא לו מעותיו הרי מוחל לו בקרקע זה מעכשיו דהגם דקי"ל אין מחילה זו מועלת אלא בחוב אבל לא במטלטלין ומכ"ש בקרקע דבחזקת בעליה עומדת כמ"ש סי' רמ"א ס"ג עכ"ז הרי כתב הרב תוקפש"י בח"ב סי' ל"ז דאם היתה המחילה בקנין מהני) ובפרט דמה קנין שייך כלל מעיקרא ובראשונה הרי לכשיביא לו מעותיו יסתלק בע"כ וכמו

ההיא דשומה הדרא דסי' ק"ג אלא בודאי דפשוט הוא דצריך להחזירו לו במכר ושטר וא"כ הדרן למאי דאתן עלה דזה משה האיש הואל ולא כתב שטר מכר ליהודה הנז' נימא דעדיין ברשותיה קאי קרקע הנז' והדרא ארעא ופירי למשה הנז':

אלא דכד דייקת שפיר תראה דבנדו"ד קנה יהודה הנז' בנתינת המעות לחוד דהא עקר הטעם דמעות לחוד לא קנו הגם דקרא מלא דשדות בכסף יקנו עכ"ז הצריכו חז"ל כתי' השטר וכמ"ש הרב"י בסי' ק"ץ משם רש"י ז"ל דבמקום דכתבי שטרא לא סמכה דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא בידיה וא"כ הואל ועקר הטעם הוא זה א"כ ממנו יוצא לנדו"ד דהלוקח והמוכר תרוויהו סברי דבנדו"ז היו סוברים דלא היה צריך כלל שטר קנין כי אם נדמה להם דכאלו מושכנת היא ותרוויהו הסמיכה דעתם דמשעה שנתן יהודה חצי הדמים למשה גמרו בדעתם דזהו הקנין של חצי הבית ותו לא צריך כלל שום קנין וכמו שאמרו לנו דכך היה דעתם א"כ פשוט הוא דלדעתי דמהני קנין המעות דהא תרוויהו סמכי דעתייהו עליהם ול"ד זה אלא למ"ש מר"ן בסי' ק"ץ ס"ח דאם התנו שיגמר הקנין במעות דוקא נקנה הקרקע במעות יעו"ש:

והגם דעדיין משה ה' טוען שיתן לו כל שכירות הקרקע הרי גילה דעתו בפנינו ואמר דלא בשביל שלא נתכוון לזכות לו חצי הבית במכירה הוא טען כן אלא דעתו היא דהגם דלקח דמי חצי הבית והדרא ארעא למרא קמא עכ"ז כ"ז שהוא נושה עדיין קצת המעות עדיין משועבד בידו כל הבית לאכול פירותיו ע"כ הגיע תכלית טענתו החלושה ואני אומר דלא בדעת ידבר ומדבריו נראה דלא ממנו יצאו הדברים אלא כמי שבא ללמוד ולא למד דנ"ל דדימה בדעתו דדין זה הוא כדין משכנתא דכתב בה מור"ם בסי' קע"ב ביור"ד ס"ג דמשכנתא אינה נפדת לחצאין ואם הביא לו קצת מעותיו המלוה אוכל פירות עד שיתן לו כולו יעו"ש ואפילו למאן דתני שם בדברי מור"ם משכונא נפדת עכ"ז לענין שכירות כו"ע מודו דכולם למלוה יעו"ש בדברי הש"ך ומכח זה נדמה לו דגם נדו"ד דמי למשכנתא ואני אומר דדמיון אין בו ממש דרב המרחק ביניהם דשאני התם בדיני דמשכנתא דאדעתא דהכי נחית לאכול כל פירותיה כל זמן שהוא נושה בבעל המעות מעותיו בין רב או מעט דחשבינן המעות שנתן לו כאלו פיקדון גביה דממשכן עד שיגמור לו כל דמי המשכונא וכמו שבא הדבר מפורש בדברי הרשב"א זלה"ה בעל סברא זאת שהביא מור"ם ותשו' הנז' הובאה בב"י ביור"ד סי' קע"ב יעו"ש אבל בנדו"ד כשהגיע זמן הפדייה דלא השיגה ידו לפדות כ"א חצי הקרקע דוקא מה שייך לו' עוד דהמעות הם לפיקדון עד שיגמור לו כל דמי הקנייה הרי הואל והגיע זמן הקנייה ולא הביא לו כי אם חצי המעות וקבלם ממנו א"כ חצי האחר נחלט לו לגמרי כמ"ש בשטר ההטבה דלסוף זמן פלוני אם יביא

לו מעותיו יחזיר לו ואם לא יביא לו באותו זמן שוב כלה חסדו וטובתו של הלוקח א"כ בודאי דמה שקבל חצי הדמים הם בפירעון חצי הקרקע שרצה להחזיר לו ולית דין ולית דיין וכבר כך העיד בפנינו דהמעות קבלם בשביל הקנין וא"כ הואל ומעות זה קבלם בשביל מה שגמרו ביניהם כדי להחזיר לו המכר של חצי הבית והיה בדעתם שאין צריך עוד שום קנין א"כ בודאי גמרו והקנו זל"ז ותו לא צריך שטר ואין שום אחד מהם יכול לחזור וכמ"ש לעיל:

ומה גם בנדו"ד נלע"ד דכת"י זה שנתן משה ליהודה הוי כשטר מכר דהגם דשט"מ בעי שיכתוב ליה שדה מכורה לך כמ"ש בחומ"ש סי' קצ"ב ואפילו שטרי דידן דחשיב אותם מר"ן שם שטרי קנין אינון היינו דוקא כשמזכיר בהם לשון מכירה וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ו דנזכיר בהם ענין המכירה אבל בכת"י זה דלא הוזכר בו לשון מכירה מה שטרי קנין שייך בו אפי"ה לעד"ן דלשטר קנין יחשב ודרשינן לישנא דידיה ומדייקינן ביה ממה דכתיב ביה קבלתי סך כו"ך מפאת חצי הבית דמה שטייה ללשון זה דאם הוה הודאה בעלמא ואינו לקני' א"כ הוה דיי ליה לכתוב קבלתי סך כו"ך פיקדון מאת יהודה אלקאיים או לפחות קבלתי כו"ך מפאת דמי הבית ומה הלשון אומרת מפאת חצי הבית אלא ודאי דלא נתכוון אלא להקנות לו חצי הבית וכת"י זה הוא הודאה עליו שהחזיר חצי הבית והוי כשטר קנין ולא בעינן שיצטרך לכתוב לו שדה מכורה לך אלא כל שהוא לשון המירה שמכר לו מהני וכמ"ש מר"ן בשטרי ראיה דחשיבה לשטר קני' הגם שלא נכתב בהם לשון שדה מכורה לך וכמ"ש הסמ"ע שם סק"ו ובפרט דאין אנו מצריכין עיקר השטר במקום המעות אלא במקום דכתבי שטרא והואל ואיכא כי אם תקנה בעלמא הבו דלא לוסיף עלה ובשטר כל דהו מהני והוי גילוי דעת וסמיכת הדעת נקנה וכו' וכן כתב הרב זרע יעקב ז"ל סי"ד דמכר בהטבה אפי' שטר לא בעי וחד מן הטעמים הוא דהואל והקרקע היתה שלו וכתיבת השטר אינה כי אם תקנה הבו דלא לוסיף עלה והובאו דבריו בספר צו"ד ומה גם דלא הוצרכנו כל האי שקלא וטרייא אלא אלבא דמהר"י ן' נאיים ז"ל לפי מה שראיתי דבריו בצוף דבש שהובאו שם דף מ"ג דכתב וז"ל ואנן דפסקינן כסברת הרשב"א דאפילו איכא כולהו בעינן שטר אבל כבר ביררתי לך דמור"ם דסו"ס קצ"ב פסק דאפילו במקום דכתבי שטרא חזקה מהני אפי' בלא שטר וכותיה קי"ל: אחכ"ו חיפוש מחיפוש בספרי דבי רב בא לידי ספר זרע יעקב למורינו הרב יעקב ן' נאיים זלה"ה וראיתי שם בשאילה י"ד שנשאל ע"ז ממ"ש במי שקנה קרקע בהטבה אם צריך להחזירה ע"י מכר ושטר או דיו בסילוק והוא ז"ל פשט דדי בסילוק בעלמא ודעתו הוא דהואל ועקר הקנין הוא מעיקרא אינו ביד הלוקח כי אם בתנאי א"כ הואל והחזיר לו המעות עקר

המקח מעיקרו דדעתו הוא כמו שחלק הסמ"ע בסי' ר"ז סקי"א בין דין משכנתא לדין זביני יעו"ש בדבריו ואני הפעוט כבר הוכחתי לעיל דאפילו הסמ"ע יודה דבעי קנין חדש יעוין לעיל ובטלה דעתי מפני דעתו:

אכן בעקר הדין הגם דהוא ז"ל כתב דבסילוק בעלמא סגי לא כתב כן אלא לפי שיטתו דס"ל כדברי הסמ"ע ז"ל דשטר מכר בהטבה הוא שכותבים התנאי בשטר המכר וממילא הוי מכר בתנאי ולכשיתן לו המעות נעקר המכר בזה הוא דאהני סילוק:

אבל אנן בדידן דאין אנו סומכים על סברא זאת של הסמ"ע דהגם דרבו כמו רבו בעלי סברה זאת ה"ה גדולי העולם רב עמרם גאון זלה"ה והרב מהר"א ן' ששון זלה"ה והרב פני משה זלה"ה והרב בנ"י חי"י זלה"ה בסי' קנ"ו וכתב הרב הנז' שכן הוא דעת הרב המבי"ט זלה"ה וכן דעת הרב מחנה אפרים זלה"ה הביא דבריו הרב שמש צדקה וכן דעת הרב שמש צדקה ודעת הרב לחמ"י תוד"ה למהר"י באסאן זלה"ה וכן היה דעת הרב כנסת הגדולה בספרו בע"י חי"י והרב משאת בנימין והרב אלגאזי זלה"ה הביא דבריהם בעל עיקרי הד"ט דף נ"ז וכן היא סברת הרב זרע יעקב ן' נאיים זלה"ה שהביאנו למעלה עכ"ז הרי מצינו ג"כ יש החולקים על סברא זאת של הסמ"ע הלא המה הביא דבריהם ג"כ הרב עיקרי הד"ט דף נ"ז ועיין הרב משד"ר וגם הרב שמש צדקה הביא החולקים על הסמ"ע וכתב דהרב לח"ם ר"ב מקשה על הסמ"ע מההיא דהרשב"א דהביא הרב"י ביור"ד סי' קע"ד דאם מכר לחבירו והתנה עמו שיחזירה לו דהוי רבית ואין כאן שום מכר ולא שאני הקנו קודם המכר או בשעת המכר אין כאן שום קנין אבל אם נעשה אח"כ אפי' שעה אחת הוי המכר מכר ואפי' עשה לו שטר ע"ז חסד הוא שמתחסד הלוקח יעו"ש ופסקה מר"ן בקצר לתשובת הרשב"א זאת ומזה קשה ליהו על דברי הסמ"ע דאומר דמר"ן ס"ל דהרמב"ם לית ליה דמהני תנאי וע"ז קשה ליהו דהוי דינים אלו לדעתיה סתראי נינהו והגם דהרב שמש צדקה תירץ דקושייה זאת יעו"ש דבריו עכ"ז הואל ויש כת החולקים ובפרט דאפילו הרב בנ"י חי"י דאזיל ומודה לדברי הסמ"ע הרי כתב ומ"מ הטוב והישר הוא לעשות מכירה כהוגן ולסמוך המוכר על אמיתת הקונה אם ירצה להחזיר ושוב יכתוב הלוקח ללוה שדעתו שאם יחזיר לו מעותיו חייב להחזיר לו יעו"ש וזוהי דעת מהריט"ץ שהביאנו למעלה דהלוה צריך להתחייב בקנין שיחזיר לו ועל זה אנו סומכים ובעקבותיהם אנו הולכים וכמו שהאריכו רבותינו האחרונים בעלי ע"ט סופ"ר לסדר כ"ז לפני סופרי ישראל לכתוב כן ש"מ דכך קבלו עליהם כסברת החולקים על הסמ"ע או לפחות דעתם היא כדעת הרב בנ"י חי"י שאמרנו דמ"מ טוב וישר וכו':

וא"כ לפי שטרי הטבות אלו שמתחייב הלוקח להחזיר לו ולא היה המכר בתנאי בודאי דפשוט וברור דאפילו הרב זרי"ע ן' נאיים זלה"ה יודה דצריך הלוקח לחזור ולמוכרה למוכר ביום הפדייה מחדש דהא לא נעקר המכר דידיה מעולם ואין כאן כי אם קנין חדש ועכ"פ בנדו"ד אפילו לדברינו זה דמצריכים קנין ושטר חדש כבר כתבנו מילתא בטעמא דבנתינת המעות לחוד קנה יהודה הנז' ובפרט בצירוף הטעם של כת"י דלע"ד אפילו במעות לחוד מהני ובפרט בהצטרפם יחד זב"ז גורם. זהו משנלע"ד כעת לכתוב בזה הי"ז בניסן ש"ש תרמ"ד סאלי יע"ה וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפו

ראיתי את השאילה ואת אשר נגזר עליה והגם שלא היה רצוני להטפל בה מאיזה טעם ובפרט שכבר דשו בה קמאי עכ"ז להפקת רצון השואל לא רציתי להשיב פניו ריקם ועכ"פ אין רצוני להטפל בדברי החכמים הפוסקים ישצ"ו ולהשתעשע בדבריהם אלא להפקת רצון השואל באתי בקצר אמיץ לכתוב משנלע"ד בעיקר הדין:

דלעניות דעתי נראה דשטר הטבה זה מעיקרא אין בו כדי אחיזה דהא שטרי ההטבות לא מצאנו להם רגל לעמוד דלא ליקרו קנין דברים אלא אם יהיה באופן אחד משני האופנים: האופן הראשון הוא מדברי מהריט"ץ זלה"ה בסו"ס קפ"ז וז"ל עלה בידינו ממה שביארנו שצריך לדקדק בכל שטרי הטבות שכותבים הסופרים לכתוב הטיב חסדו הקונה וחי"ע בק"ג לחזור ולמוכרה לו כשיתן לו מעותיו וכו' שאם אינו מזכיר לשון חיוב באנו לספק קנין דברים הלכך צריך להזכיר לשון חיוב ובהכי אתי שפיר שחייב לקיים חיובו עכ"ל הרב מהריט"ץ וכן ראיתי לרבותינו רבני פאס יע"ה בסדורם לעט סופר שסדרו לסופרי ישראל אחזו דרך זה של רבינו מהריט"ץ זלה"ה שצריך לכתוב בלשון חיוב כדי לצאת מק"ד וכן ראיתי להרב תוש"י שכתב שזה היא סברת מהר"א ן' ששון זלה"ה זהו האופן הא':

והאופן השני הוא אם יהיה כתוב בשטר ההטבה שמוכר לו קרקע מהיום וכו' והוא מדברי הכנה"ג בסי' ר"ג בהגהות אות ל"ב שכתב דמהרימ"ט ומ"ץ ומהרש"ך ס"ל דלשון עתיד עם מעכשיו לא להוי ק"ד יעו"ש בתוש"י ח"א סי' ל"ה ששם הובאו דברי כנה"ג הנז' וכן ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בליקוטיו אות הא שכתב מ"ך בכת"י מהרש"א בשטרי הטבות שעושים נ"ל דצריך להקנות לו גוף מהיום ופירות לכשיביא לו המעות דבלאו הכי במה מתחייב להחזירה עכ"ל הרי לפניך התיקון השני והנה תקונים אלו

שהוצרכנו להיות בשטרי ההטבות הם אפי' בשטרי ההטבות העושים הקונים למוכרים ולא תימא דדוקא במי שלא היה עליו שום חיוב לעשות שום שטר הטבה לחבירו וכמו שעלה על דעתם לחלוק חו"ר רבאט יע"ה אלא אפילו בשטרי ההטבות העושים הקונים למוכרים יש בהם ק"ד וצריכים תיקון דהא כן בא הדבר מפורש בשאלת מהריט"ץ זלה"ה דאותו דבר שנשאל עליו הוא בהטבה שעשה הלוקח למוכר ועכ"ז. אסיק שם דבעינן שיכתוב לשון חיוב וכן ג"כ מדוקדק מדברי רבותינו מסדרי ע"ש שכתב בזה"ל צריך לדקדק בשטרי ההטבות הנהוגות אחר המכירה שיכתוב וכו' וכבר גם חו"ר רבאט יצ"ו הביאו ראיה לזה מדברי הכנה"ג יעו"ש א"כ הרי ביררנו דשטר ההטבה צריך להיות באופן אחד משני האופנים שזכרנו כדי לצאת מקנין דברים: והנה הטבה זאת אשר עליה אנו דנים לפי הלשון המועתק בשאלה לפנינו לא נמצא בה לא לשון חיוב ולא לשון מעכשיו א"כ אין לו על מי להשען ופשוט דבטל הוא גם אין לחלוק ולומר דעד כאן לא הוצרך רבינו מהריט"ץ ומהרש"ך לומר דצריך לכתוב בלשון חיוב ושאר פוסקים מצריכים מלת מעכשיו אלא בשטר הטבה שאינו כתוב בו שהיה הדבר בשח"ך אבל בנדו"ד שהוא בקוש"ח נימא דנתקיים הקנין מכח השבועה וכמ"ש מר"ן באהע"ז סי"ט וז"ל נדר ושבועה ותקיעת כף מהני אף באסמכתא ע"כ וכתב שם הסמ"ע סקנ"ג דלסברת מר"ן פשוט הוא דאם היתה השבועה והנדר בקנין דמהני דלא מצי למישאל על שבועתו וגם יורשיו אחריו צריכים לקיים שבועתו וא"כ גם כאן הרי הדבר בקנין ושבועה כמ"ש בשאלה וקבל בקוש"ח וא"כ נימא דחייב הוא ויורשיו לקיים שבועתו:

הרי מצינו להסמ"ע שם שמחלק בין קנין אסמכתא שהוא דבר שיש לו על מי יחול הקנין אלא שהוא אסמכתא לכך אתייא ש"ח ומבטלת האסמכתא ומעמדת הקנין ובין דבר שהוא אינו נקנה בקנין מצד עצמו כגון דבר שאין הקנין מועיל בו שאין לו על מי יחול גם השבועה לא מהנייא בו לעשות בו קנין אלא אם נשאל על שבועתו או אם מת אין בניו אחריו מחויבים לקיים שבועת אביהם וכמ"ש מור"ם בסי' ר"ט ס"ד וא"כ גם כאן דאין כאן כי אם קנין דברים ואין לקנין זה על מי יחול בודאי אפילו יצרף עמו שח"ך אפי"ה אין השבועה משוה אותו קנין גמור ואם נשאל או אם מת אין בניו מחויבי' לקיים שבועתו דהא דין זה דקנין דברים אין מועיל בו שום דבר אלא אם יהיה בו מעכשיו דחזר הקנין על גוף הדבר או בלשון חיוב ואזי חייב וכמ"ש ואם לא היה שום תיקון מהני תרי אין מועיל בו שום קנין אפילו יהיה בבד"ח דהא אין לו על מי יחול הקנין וא"כ הדר דינו כדבר שלא בא לעולם דכתב שם הסמ"ע דגריעותא דידיה הוא דלא מהני ביה בב"ד חשוב הואל ואין לו על מי יחול הקנין וא"כ גם כאן אם נשאל או מת אין מחויבים לקיים שבועתו ועיין

מהריט"ץ שכתב בפשיטות דדבר שלבל"ע או קנין דברים בחדא מחתא נינהו ואין הקנין מועיל בהם כלום וכ"ז לא הוצרכנו אלא לסברת הסמ"ע ולרווחה דמילתא דהא מצינו להרב"ח והטו"ז והש"ך דפליגי על הסמ"ע וס"ל דאפי' בדין אסמכתא אם יהיה בקוש"ח יכול לישאל על נדרו וכו':

גם אין להשתבש ולו' דהואל וכתב בשטר ההטבה הע"ע בקש"מ וכו' ומלת בקש"מ היינו בקנין שלם מעכשיו א"כ נימא הרי נתחייב למוכר במעכשיו זה לא יועיל ולא יציל שהרי כתב הרב משח"א דרבותא בסי' רמ"ב וז"ל כיוצא בזה כתב הרב משאת משה על צוואה שכתוב בה הוו עלי עדים וקנו מידי קג"מ וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח לנכדי הנערים נדרשנו לבקשתו ויתן יד וקנינו מניה ק"ג וכו' וכתב על צוואה זאת ואין לרפאות שבר זה דהא ממ"ש בצוואה וקנינו מניה בלשון מעכשיו וכו' דהא בדותא היא וכו' דלהאי לישנא דמעכשיו דאמרי סהדי מה יועיל לדידיה דנותן עכ"ל הרי לך דאפילו אמר להו כתבו בכל לשון אפי"ה אם אמר בפירוש מעכשיו אינו מועיל ממה שכתבו מדעתם הסופרים עכ"ל וא"כ גם שטר ההטבה זאת הואל ומלת מעכשיו הכתובה בראש השטר היא מדברי הסופרים כמ"ש בכל השטרות בודאי אינה מועלת כלל ושטר הטבה זאת בטל אפילו אם יהיה עדיין הלוקח קיים:

ועדיפא מזה מצינו בנדו"ד אפילו אם היה שטר הטבה זאת כתיקון המועיל עכ"ז אין על האלמנה הנז' שום חיוב להחזיר והוא הטעם שכתב הח' הפוסק כהר"י אוחנה ז"ל מעיקרא דהואל ולא כתיבה בשטר שחייב עצמו להחזיר הוא ויורשיו הרי יורשיו פטורים דדין זה הוא מחלוקת הפוסקים אם אתה ולא ליורשך לי ולא ליורשי משמע או לא יעו"ש בבד"ה בסי' ר"ז שכתב משמיה דהריטב"א דהרמ"ה ס"ל אתה ולא ליורשך לי ולא ליורשי משמע וכתב ג"כ די"מ כך ואיהו ז"ל חלק עליהם יעו"ש וראיתי להרב מהריב"ו שכתב בסי' קע"א בשם הכנה"ג דהרדב"ז סבר כסברת הריטב"א אלא דהוסיף הרב וכתב דמהרש"ך ס"ל כדעת י"מ וכן סי' מהר"י אדרב"י זלה"ה לדעת מהרימ"ט יש חלוק בדבר וא"כ הואל והדבר במחלוקת שנוי יכולה האלמנה לומר קי"ל אפילו אי חשבינן להאלגלסה דין קרקע יש לה מכ"ש דדין טילטול יש לה ומה גם דאין אנו צריכים לדין קי"ל הואל ומצינו רבנן בתראי ס"ל כסברת י"מ ה"ה מהר"י עייאש זלה"ה הובאו דבריו בס' וי"ץ בסי' קע"א דס"ל דאפילו בהטבות הנהוגות בודאי לו ולא ליורשיו וכו' ושכן נוהגים לפרש בשטרי ההטבות הוא ויורשיו לו וליורשיו וכו' יעו"ש וכן ראיתי להרב הגדול זרע יעקב ן' נאיים זלה"ה בשאלה מ"ז דמתוך תשובתו משמע דהכי ס"ל וא"כ פשוט הוא דכוותיהו נקטינן ואין שום חיוב על האלמנה הנז' ובפרט מצורף לזה

טעם היוקר שנתייקרה האלגלסה הנז' כי כן בא הדבר מפורש בספר משחא דרבותא דף קצ"ג וראיתי בס' כר"ח דף ס"א שהעתיק כתבי הרב יעבי"ץ ושם מפורש דהכי ס"ל רבני פאס יע"ה והביאו ראיה ג"כ מתשובת הרוב"ש וכו' יעו"ש:

והגם שכבר כתבנו שאין רצו' להטפל במ"ש החכמים הראשונים עכ"פ ראיתי לדקדק במ"ש כהר"י אוחנ"ה ז"ל בסוף דבריו דהמפתח אויר בעלמא הוא ונהרא מסיפיה מסרי"ך לא ידענו מאי דעתו אם דעתו הוא דאין במפתח על מי יחול קנין ההטבה הואל ואויר בעלמא הוא אם כן לא מצא ידיו ורגליו ובמאי נקנית מעיקרא ללוקח שם טוב עובדיה הרי פסק מר"ן בחומ"ש סי' רי"ב ס"ב וז"ל וכן השוכר לחבירו אויר חורבתו ואויר חצירו אינו כלום אלא אם הקנה לו חצירו להכניס בו זיזין וכן כל כיוצא בזה וא"כ לדידיה דחשיב אויר בעלמא א"כ המכר בטל:

אלא דהאמת לא כן הוא דהאלגלסה דינה כדין חזקת ישוב דהוי כאלו שותף ויש לו רביע בקרקע וכן ראיתי בפי' בס' התקנות שכתב משם הרב יעבי"ץ זלה"ה שהיה מצוי אצל הרבנים כמוהרוי"ץ והרמ"ס ומהר"ם אפלאלו זלה"ה שהיו דנים בחזקת שקורין אלגלסא כשהיה טוען השוכר שלא יפרע לבעל החזקה כי אם רביע השכירות כי הוא שכר שלשה רבעים או יעשה גוד או אגוד שאין יכול לעשות השוכר עמו גוד או אגוד עכ"ל הרי לפניך דהאלגלסא דין חזקה יש לה ויש לה כח לחול עליה הקנין אלא דמטעמים הנז"ל מכח כל אחד ואחד דיי והותיר לזכות האלמנה הנז' וצוי"מ וימ"ן. הצב"י רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפז

תשובה לראר לבידא יע"ה שאלה ראובן מכר לשמעון חצר בהטבה על איזה זמן בתוך הזמן אם יביא לו מעותיו יחזיר לו חצירו והן היום עודינו בתוך הזמן שיכול לפדות שלח המוכר לקונה ואמר לו החצר שלי המכורה בידיך בהטבה יש אדם שנותן לי בה סך רב ואם תרצה אתה לקחת אותה בסך זה הנה מה טוב וזה הלוקח לא אשגח בדברי המוכר יען כי חשב כי זה שקר שאין מי שיתן סך כזה ועל זה לא חש להשיבו וכשראה זה המוכר שלא חש להשיבו הלך ומכרה ללוי בסך רב יען זה המוכר סמך הואל ויש לו זמן לפדות על ידי הטבה הרי חשיבה כאלו היא שלו ועל זה סמך למכור עוד זה הפעם ועתה בא לוקח שני להוציא מלוקח ראשון מהו הדין ושכמ"ה:

השקפתי על מה שבא כתוב בלשון השאלה בזה"ל שמכר לו על איזה זמן ובתוך הזמן אם יביא לו מעותיו אפי' מהיום יחזיר לו חצירו וכו' מלשון זה שבא כתוב שמכר לו בהטבה וכו' נראה דעיקר המכר מעיקרא היה על תנאי דהיינו מכר לו כדי שיהיה רשות

למוכר לפדות מהיום של המכר עד זמן פלוני ואם האמת הכי הוא כמו שמורה לשון השאלה א"כ הטבה זו יש כאן מקום לומר רעועה היא הואל ולא קצבו זמן שלא יוכל לפדות מיום המכירה עד זמן פלוני והדבר סובל אריכות אך אין לנו לטרוח במה שלא נשאלנו עליו ואין לנו לעת עתה להשיב אלא על מה שבא כתוב בשאלה אם יש ממש במכר זה השני או לא:

תשובה על זה הוא דע וראה שתקון ההטבות הוא מורכב על שני אופנים האופן הראשון נתבאר בדברי מהריט"ץ בסו"ס קפ"ז שכתב וז"ל עלה בידינו ממה שבארנו שצריך לדקדק בכל שטרי ההטבות שכותבים הסופרים לכתוב הטיב חסדו הקונה וחי"ע בק"ג לחזור ולמוכרה לו כשיתן לו מעותיו שאם אינו מזכיר לשון חיוב באנו לספק קנין דברים ולכך צריך להזכיר לשין חיוב ובהכי אתי שפיר לקיים חיובו עכ"ל מהריט"ץ ובדרך זו הלך רבינו יעבי"ץ זלה"ה בסדורו לעט סופר וכן כתב הרב תוש"י שזו היא סברת מהר"א ן' ששון זלה"ה וא"כ אם תהיה הטבה זו שכתב שמעון לראובן היא באופן זה פשוט דאין מכר השני שוה לכלום שהרי כל שלא חזר וכתב שמעון לראובן שטר מכר על האי קרקע אפילו נתן לו המעות עדיין לא זכה ראובן וא"כ הרי מכר שמכר ראובן בטל ומבוטל הוא דאין מקנה אדם לחבירו דבר שאינו ברשותו והדר דינא דידן שדה זו לכשאקחנה תהיה קנויה לך לא קנה האמור בסי' רי"א ובמפרשיו ובטו"ז סר"ט סי"ח יע"ש כי לא באנו אלא בריש אמיר ופשוט שאין כאן מכר בלל דהוי מוכר דבר שאינו שלו:

אלא אפילו תהיה הטבה זו כתובה באופן שהביאה הכנה"ג ושאר פוסקים ועד אחורן הרה"ג כמוהריב"ו ז"ל בלקוטיו ז"ל דצריך לכתוב שנטל קש"מ הלוקח והוהו"ג שאם יביא לו המוכר המעות מהיום ועד יום פלוני שמוכר לו קרקע הנז' גוף מהיום ופירות ליום שיביא לו יע"ש גם באופן זה המכר בטל מטעם הנז"ל דאין אדם מקנה דבר שאינו שלו דהא כל זמן שלא נתן המעות עדיין לא נקנה לו לא גוף ולא הפירות וא"כ מה מכירה מכר לו ראובן זה ללוי כל זמן שלא מסר עדיין דמי המכר ביד שמעון פשוט דאין במכירתו כלום:

ואין זה ענין מחלוקת הפוסקים בשוכר קרקע לזמן וחזר ומכרה תוך הזמן אי הויא מכירה או לא דלא מבעייא לסברת מהרשד"ם וסיעת מרחמוהי דס"ל דאפילו באופן זה לא הוי מכירה מכ"ש בנדו"ד דלא הוי מכירה אלא אפי' לסברת רוב הפוסקים החולקים על מהרשד"ם ומר"ן אף עמהם דסברתו ערוכה בס' שי"ב ס"א יע"ש דס"ל דבשוכר קרקע לזמן ומכרה דהויא מכירה עכ"ז בנדו"ד לא נגע ולא פגע לאותו דין דבשלמא בשוכר קרקע דעדיין שם בעליה עליה והיא עדיין שלו ובכלות הזמן הדרא ארעא למרה בזה

הוא דאמרו מר"ן ושאר הפוסקים דמכירתו מכירה והוי מוכר דבר שהוא שלו וברשותו אבל בנדו"ד דמכורה היא ביד שמעון ולא הוי שם בעליה עליה ואינה עתידה לחזור מצד עצמה אם לא פדאה בודאי דלא חשיבה כלל דידיה והוי כמוכר דבר שאינו שלו:

ואין לומר דהואל ואם יהיה למוכר זה מעות וירצה לפדותה יכול לפדותה א"כ חשבינן ליה כאלו היא פדויה ועומדת וברשותו זה אינו דכבר כתוב אצלינו באורך משם הפוסקים והש"ע דבמקום דצריך לתת מעות לא אמרינן הואל יעויין פרט זה באורך לעיל בתשובה סר"ח דמשם באירה לנדו"ד דלא אמרינן הואל ויכול לפדותה במעות הוי כאלו פדויה וא"כ מכירתו זאת שמכר ראובן ללוקח שני מגן שויא ופשוט:

שוב ראיתי להכנה"ג סרי"א הגה"ט אות יו"ד י"א שכתב ז"ל המוכר קרקע לראובן קנין גמור אלא שהקונה הטיב חסדו להחזיר לו הבית אחר זמן, ובתוך הזמן מכר הבית אינו מכור מהראנ"ח ס"א סק"ז יע"ש א"כ הרי הדבר מפורש:

ואם באנו כאן לומר דאופן המכר שמכר הוא שראובן זה מכר כל כח וזכות שיש לו בשטר הטבה גם בזה הבל ורעות רוח שהרי הדבר מפורש יוצא מדברי הרב משחד"ר הביא דבריו הרב אשר לשלמה בליקוטיו דבשטר הטבה לא מהני מכר כלל יע"ש בס' משחד"ר מילתא בטעמא אין כאן מקום להאריך יען כי לא באנו כאן בכל דבר כי אם בריש אמיר לדרישת השואל שהוא נח"ץ עלי דרך: שוב בא לידי ספר משכנות הרועים וראיתי לו במערכת הטבה אות ל"ה שכתב מענין זה באורך ומסקנתו היא דבשטר הטבה שכתוב שם שהטיב חסדו לפדות בכל זמן שירצה אזי בעת פדייה אין צריך הלוקח לכתוב שום שטר לפודה והואל ואין צריך המלוה לכתוב שטר מכר ללוה מטעם זה יכול המוכר למכור אפילו קודם שיפדה הגם שלבי מהסס עכ"ז מי ישיבנו ודו"ק וצוי"מ וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפח

לעיר רבאט יע"ה שאלה על מי שמכר קרקע בהטבה והקרקע שוה יותר מדמי המכר ובא הבע"ח של המכר לתבוע לגבות מהיתרון והלוקח טוען כי הוא לקח משנים ואין כח ביד אחד להוציא חלק אחד דוקא וזה הבע"ח אינו נושה כי אם באחד עוד הוסיף לטעון כי כבר מחלו לו בהטבה יומ"ץ:

תשובה ראיתי מה שנסתפק ידידי בבע"ח זה המאוחר שבא לגבות הכח שנשאר לאלמנה זו מכח ההטבה בקרקע וידידי תחלת דברות קודשו נטתה דעתו לזכות ללוקח ממה ששלטו מאורות עיניו בס' בני חיי בטאהע"ז ס"ק ושם שם נמצא דהדבר במחלוקת שנוי

דלהמבי"ט הב"ח המאוחר מוציא מיד הלוקח ובתוך דברי המבי"ט רמז שיש מי שחולק וסובר שההטבה אינה נכנסת תחת השעבוד והרב בני חי"י בסיום דבריו סיים דמידי פלוגתא לא נפקא ומזה ידידי רצה לזכות ללוקח המוחזק דע ידידי דתחלה וראש צריך לדעת מאי דשויא קרקע זו יותר מדמי מכירתה האי עודף מאיזה זמן נתהוה אם משעת המכר עצמו שמכרו האשה ובניה ידעו דקרקע זו שויא יותר מדמי מכר זה אך הואל ודעתם היה לחזור ולפדותה על זה סמכו למוכרה בפחות מדמיה כמו שעושים כמה בנ"א מעשים בכל יום או לא כן הוא אלא ביום הראשון מכרו אותה בשוויה ואח"כ הוקרה על כן צריך חקירה היאך היה המעשה דהנה ראיתי בס' גו"א זלה"ה שהביא דברי הרב זכות אבות דף נ"ב שנסתפק בקרקע ששמו ב"ד למוקדם ואח"כ הוקרה אי מצי בע"ח מאוחר להוציא מיד המוקדם כדי לזכות הוא ביתרון ועל זה הרב עלה ונסתפק ופשוט דיכול לסלק ומכלל ראיותיו הביא דברי הרב המבי"ט הנז' דס"ל דבע"ח מוציא מיד הלוקח בהטבה יעו"ש והרב הנז' דחה ראיותיו ועל מה שהביא דברי המבי"ט לראיה דחה וכתב ז"ל והראיה שהביא מדברי המבי"ט הרואה דברי המבי"ט במקורן יביט בעין יפה החלוק דשאני התם דאיירי שהיתה שוה בשעת המכר יותר ממ"ה פרחים אלא דהוצרך למזונות ומכרה בכ"ה פרחים וסומך על ההטבה וכו' ועל זה השיב בשטר הטבה שהיה ביד המוכר נשתעבד לבע"ח כמו כל שטרי חובות שהרי מודה הקונה שיש למוכר חלק בבית מה שעולה יותר משויו וכו' אבל בשמו ב"ד דלא נשאר שום שיור איכא למימר לא וכו' ואף אם אח"כ נתוסף בשומתה שהוקרה מהיכן נפק"ל שיעמוד בע"ח בחריקיה לפדותה לקחת יתרון המחודש והרי זה דומה למ"ש הטוען שהביא המבי"ט דהטבה אינה נכנסת תחת שעבוד הבע"ח אלא דהרב שם סתר זה אה"ן בנדון דידיה דהוא יתרון דניכר בעולם בשעת מכירה משא"ך בנדו"ן דשומא הדרא דלא נשתייר שום יתרון וכו' עכל"ה א"כ על פי הדברים האלה דאם היוקר הזה נתהוה אחר המכר אפי' הרב המבי"ט מודה דלא נשתעבד כלל לבע"ח:

אך אם היתרון הוא מיום הראשון בזה הוא שנפל מחלוקת בין המבי"ט ובין הטוען כנגדו שרמז רב המבי"ט בדבריו וראיתי להידיד שנטתה דעתו שלא להוציא מהלוקח המוחזק הואל והרב בני חיי כתב דמידי פליגתא לא נפקא לדידי צעיר אנכי לבי מהסס בזה הואל ומצינו לרבותינו האחרונים נטתה דעתם לפסוק כהרב המבי"ט אליהם שומעין שהרי הרב זכות אבות הביא ראיה מדברי המבי"ט ולא זכר שר דברי החולק גם הרב גו"א ז"ל שדחה דבריו הוצרך לחלק דשאני נדון המבי"ט מנדון שומה הדרא וגם הוא לא דחה מכח דברי המבי"ט יש עליהם חולקים מכאן נראה דדעתם נוטה לפסוק כדברי המבי"ט

הואל ורבני בני מערבא כך נוטה דעתם ואחרון אחרון חביב כמ"ש הכלל בידינו עיין בחומ"ש סכ"ה ובכנה"ג:

גם מה שרצה כת"ר לזכות ללוקח מכח שיכול לומר אני לא הטבתי חסדי אלא כאשר יביאו לי האלמנה והיורשים כל הסך וגו' אבל אם במציאות האלמנה לבדה היתה באה לפדות מחצית אינה יכולה וכו' דדמי זה למשכונה שאינה נפדת לחצאין וכו' גם לענ"ד מעיקרא כך נטתה דעתי אך ומה אעשה נגד הרה"ג המלאך רב זלה"ה בספר משי"ש ח"ב סקנ"ט שכתב ז"ל אף דקי"ל אינה נפדת לחצאין אם הממשכנים שנים או שלשה כל אחד יכול לפדות חלקו אך צריך לפדות כל חלקו אבל אם ירשו מאביהם לא יפדו אלא כולם עכ"ל א"כ בנדו"ד שמכרו האלמנה ובניה נראה דלעת הפדייה כל אחד יכול לפדות חלקו הגם דכאן מרצונו הטוב הטיב חסדו בודאי אין לחלק בינו למשכונה דסברא אחת להם וא"כ על פי הדברים האלה נראה דיכול לכפות ללוקח להחזיר לו חלק האלמנה משום דהוי כאלו כל אחד מכר חלקו לבדו מכ"ש אם ירצה המלוה הזה לשלם ללוקח כל דמי המכר ולקחת לו הכל בשוויה של עכשיו בודאי שאינו יכול הלוקח לעכב על חלק האלמנה אלא נחזי מאי דעתיה אם ירצה להניח בידו חלק היורשים הואל ויש לו זכות בו כמ"ש כת"ר בודאי דאין להוציאו מידו ואם אמור יאמר שאין רצונו להשאיר בידו מחצה דרצונו הוא בקרקע שלם ולא במחצה הרי הבע"ח רוצה לקחת את כל ארצו מידו וא"כ הרי הטיב חסדו הבע"ח הזה עם הלוקח לפי דעת הרה"ג מוהר"ר ר"ב ז"ל הנז' דס"ל דשנים שמשכנו יכול כל אחד לפדות חלקו וא"כ ממנו נלמד לכאן דבע"ח של האשה יכול להוציא חלקה דוקא כדי לגבות מהיתרון שבו: ומה גם לפי קוצר דעתי אפילו אי לא הוה מצינן סברת הרה"ג משי"ש הנז' שהוא אילן גדול לסמוך עליו עכ"ז לק"ד הייתי דן כאן מסברא ומילתא בטעמא דהואל ולדעת הרב המבי"ט דרצונינו לפסוק כוותיה ס"ל דהוי כאלו נשאר לאלמנה חלק בקרקע ומשועבד היא לבע"ח א"כ היאך נגריע כחו של בע"ח מכח טענה שקנה חלק האלמנה בצירוף חלק היורשים אלא מעתה שני אחים שמכרו קרקע שירשו מאביהם ואח"כ יצא שט"ח על אחד מהם מוקדם למכירת קרקע דדינו הוא שיטרוף חלק אחד האם יאמר המוכר אני לא לקחתי כי אם הקרקע בצירוף והואל ואין אתה יכול לטרוף חלק האח השני גם החלק של זה הבע"ח אין אתה יכול לטרוף שהרי לא לקחתי כי אם שניהם יחד ונדו"ד שוים הם לדעת הרב המבי"ט לפי מה שפירשנו דלא דבר אלא בדהיתה שוה ביום הראשון יותר מדמי מכירתה וא"כ הוי כאלו נשאר לו חלק בקרקע ובשעה שלוה נשתעבד לזה המלוה וא"כ היאך לוקח זה יגריע כח הבע"ח זה בטענת הבל אלא הדין הוא אפי' לא ירצה הבע"ח זה לטרוף כי אם חלק

האלמנה הדין עמו מן הסברא ומן הגמרא כמ"ש משם הרב משי"ש זלה"ה: ומעתה הבוא נבוא למה שטען הלוקח שמחלה לו בתנאי ההטבה והיא מודית לו לזה נחזי מעיקרא ובראשונה כיצד היה לשון המחילה אם היא באמירה בעלמא שאמרה לו תנאי ההטבה מחול לך ודאי דלא מהני כלל מחילה באופן זה דקי"ל דלא מהני מחילה אלא בחוב שיש לו על חבירו וכמ"ש בחומ"ש סרמ"א מס"ב והלאה יע"ש אך הואל וידידי באו דבריו בסתמא בודאי לפניו נגלו לו טענותיהם דהכוונה היא דעשו מחילה על ידי קנין ובזה בודאי מהני דהגם דיש להסתפק גם בלשון מחילה אפי' אם יהיה בקנין בענין זה לפי דעת הרב המבי"ט דאזלינן אלביה דמחשיב דהואל וההטבה מיום הראשון היתה שוה יותר הוי כאלו נשאר לו חלק בה וא"כ לפי דיעה זו הרי נכנסנו במחלוקת במחילה בקרקע על ידי קנין אי הוייא מחילה או לא ומצינו מערכה לקראת מערכה בענין זה דלפי דעת הרב תוש"י ח"ב סל"ז ס"ל דמהני דסמך על תשובת הרשב"א שהביא הרב"י בס' רמ"א דס"ל דמגופה של קרקע קנו מידו וכן כתב הרב הטו"ז בס' רמ"א ס"ג וכן כתב הרב משה מערכת מים ס"ו יע"ע וכנגד זה הביא הרב מו"ד זלה"ה בס' כר"ח ח"א סק"ד פסק של רבותינו רבני פאס יע"א דדחו כל זה בשתי ידים ומסקנתם עלתה דאפילו על ידי קנין לא מהני יע"ש עכ"פ נדו"ד אין כאן מחילה בקרקע דאין ברור לו הקרקע להיות בחזקתו כמו שאפרש לקמן בעה"ו וא"כ הואל ואין לו הקרקע ממש אלא זכות ושעבוד להיות זוכה בו בזה מהני אלבא דכ"ע כמו שבא הדבר בס' כר"ח סק"ד דאפילו כת החולקים דס"ל דלא מהני מחילה אפילו בקנין מודו דמהנייא מחילה לגבי זכותו ושעבודו מעל הקרקע יע"ש אין כאן מקום להאריך:

וא"כ אם היו יהיה דמחילה זו היתה בקנין דאזי הוי באופן המועיל אזי נחזי אנן מחילה זו אימת היתה אם היתה קודם שלוותה אשה זו מהלוה הזה ודאי דאין שום זכות למלוה הזה אך אם היו תהיה מחילה זאת אחר שלוותה מחילתה מגן שוייא דאינה יכולה למחול ולהזיק למלוה דידה כמ"ש השי"ע בסי' פ"ו ס"ה יע"ש:

ואם הדבר ספק מי קדם אם המחילה או ההלואה זה תלוי במה שיתברר לן בקרקע זו שנמכר בהטבה בחזקת מי הוא עומד אם בחזקת מוכר או לוקח והנה ראיתי להרב כנה"ג בס' ר"ז הגה"ט אות כ"ג שכתב ז"ל נפלה הכחשה בין המוכר והלוקח שהמוכר אומר שכבר החזיר המעות] והלוקח אומר שלא החזיר על המוכר להביא ראיה הרשב"א בתשובה וכתב רב עמרם גאון הובאו דבריו במהר"ם מטראני זלה"ה בח"ב סקכ"ג שיש להחרים על זה ע"ש א"כ מכאן יתברר לך דקרקע זו בחזקת הקונה עומדת ואדרבא נלמד מכ"ש לנדו"ד דהא דברי הרב שם איירי על מי שמכר בתנאי דבהגיע הזמן ונתן לו

המעות יסתלק מן הקרקע ובנדו"ז ביום שנתן לו המעות מסתלק הלוקח מצד עצמו ואין צריך הלוקח לכתוב שטר למוכר כמו שמבואר מדברי הפוסקים ואפילו הכי במוכחשין הלוקח והמוכר פסקו דבחזקת הלוקח עומדת מכ"ש נדו"ד דלעת מצוא המעות להחזיר לו הקרקע אזי צריך לכתוב לו שטר מכר הלוקח למוכר ודאי דזה עדיף לומר דבחזקת הלוקח עומדת:

ואין לפקפק ולומר דפסק הרשב"א זו שהביא הכנה"ג הוא איירי במוכר קרקע ביום הראשין בדמי שוויה דלא נשאר שום כח בגופה של קרקע למוכר זה איירי כי אם זכות הפדייה דוקא אבל בכגון נדו"ד דהמבי"ט דאיירי במוכרה פחות מדמי שוייה דהוי כאלו נשאר לו גירוא דארעא בהאי נימא דהוי בחזקת המוכר זה חדא דדברי הרשב"א סתומים הם ואין לבדות חלוקים מלבינו דאינו מן הדין שיבואו דברי הפוסקים סתומים כדברי המשנה: ובפרט אחר החיפוש תהלי"ת הרי מצינו להכנה"ג שם הגה"ט אות ע"ד שהביא מדברי המבי"ט עצמו שכתב ז"ל אם קודם שכתב הקונה למוכר שטר ההטבה לוה המוכר מראובן ואח"כ לוה מהקונה ואח"כ עשה שטר ההטבה אין לראובן הב"ח מוקדם יכול להוציא הבית מיד הקונה מהר"ם מטראנ"י ח"ב תקצ"ח עכ"ל והנה ידידי כבר הבאתי לך לעיל דמהר"ם מטראני לא פסק ולא תני דב"ח יכול להוציא מיד הלוקח אלא דוקא במוכר ביום הראשון פחות מדמי שוויה הלאו הכי לא וא"כ בכאן לא הגריע כחו אלא משום שהקונה גם הוא הוה ליה חוב על המוכר אבל אם לא היתה הלואת הקונה היה מוציא הבע"ח ממנו ובודאי דאין יכול להוציא אלא דוקא במוכרה ביום הראשון ונשארה לו בה יתרון ועכ"ז פסק דאם קודם שעשה ההטבה לוה מראובן ולוה מהקונה אין יכול ראובן להוציא מהקונה והגם דמחשבי ללוה ולוה ואח"כ קנה שהדין הוא שיחלוקו עכ"ז הואל ובחזקת הלוקח היא עומדת הו"ל כאלו קדם אחד וגבה דמה שגבה גבה הרי לך דודאי בחזקת לוקח היא עומדת אפילו באופן זה דאי לא היתה בחזקת לוקח עומדת הרי יד שניהם שוה ולמה לא יוכל ראובן המלוה להוציא כלל מיד הלוקח ופשוט ומעתה זכיני הואל ובחזקת הלוקח היא עומדת נאמן לומר שהאשה עשתה לו מחילה באופן המועיל קודם הלואתה מהמלוה והואל והאשה מודה לו ואין כאן טענת ודאי אין עליו כי אם חר"ס:

קנצי למלין מה שנלע"ד בענין זה הוא אם היו יהיה שקרקע זה נמכר פחות דמי שוויו ומחילת האשה היתה אחר ההלואה מחילתה מגן שויא ואם היה הדבר ספק והלוקח אימר שקודם ההלואה היתה המחילה יקבל חר"ם. זהו משנלע"ד ועיין גם להרב משכנות הרועים שפסק גם הוא כדעת הרב המבי"ט יע"ש וכתב הרב הנז' דכנה"ג קבע דברי

המבי"ט להלכה בס' קי"א אות כ"ח וכ"ט יע"ש וא"כ הואל וכל רבני האחרונים קי"ל כדברי המבי"ט זלה"ה מי יבוא אחר המלכים האדירים ומחויבים לשתות בצמא את דבריהם זהו הנלע"ד כ"ד החותם במוכתר לכתר תורה כאן שנה צדיק כתמ"ר יפרח פה סאלי יע"ה וצור יצילנו משגיאות וימ"ן הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קפט

לעי"ת רבאט יע"ה למעלת הרב וכו'. ראיתי לידידי מה שהוקשה לו על מה שנהגו למכור קרקע בהטבה ולחזור ולשוכרה למוכר ביותר מדמי שוויה למה לא אסרו מדין הערמת רבית כדין המשכנתא. אלה היו דברי דוד פה חכם חן: ועל זה תמיהא לי לדעת רו"ם שבא לדון מכר בהטבה ומשכנתא בגזירה שוה למה לא נסתפק בדעדיפא מזה אפילו בשוכרה לו בכדי שוויה לא יהיה מותר כי אם על ידי הפסקת שוכר כדין משכ' כידוע לכת"ר:

אלא דמוכרחים לומר דלא ראי זה כראי זה דמשכנתא לא נסתלק ממנה ועדיין שמה דמרה עלה דסו"ס עתידה לחזור ליד הבעלים ולא הויא כי אם הלואה על כן אין להתיר כי אם באופן שלא יהיה נכר שם הערמת רבית כלל אבל במוכר קרקע בהטבה שנסתלק ממנה שם הבעלים הואל ונמכרה לחלוטין ומה שעושים ההטבה הוא מצד הטבת החסד אחר שנחלט המכר ביד הלוקח כותב לו שנתחסר עמו וכו' הלאו הכי אם יהיה המכר בתנאי קודם המכר או אחריו לא מהני כלל וכמ"ש הש"ע יור"ד סקפ"ד ס"ב ובחומ"ש סר"ז ס"ה וס"ו ובסמ"ע שם יע"ש דמשם באירה שצריך שיהיה המכר בלי שום תנאי ואח"כ הלוקח יעשה מה שלבו חפץ א"כ הואל ועקר המכירה היא כשאר מכירות אפילו יחזור וישכור אותה לו בלי העמדת שוכר וגם יותר מכדי שוויה אין כאן חשש רבית.

וחלוק זה בין משכנתא למוכר הרי הוא מפורש יוצא מדברי הריב"ש שהביא הרב"י ביור"ד סקס"ד ששם אחר שכתב הרב"י סברת הפוסקים בדין חכירי נרשאי והעלה לבסוף דאף במשכנתא דסורא הוי אב"ר הוסיף עוד וכתב וז"ל וכתב עוד הריב"ש בברצלונא נוהגים לעשות בענין שהוא מותר לגמרי והוא שמוכר לו ביתו לגמרי תחילה בסך ידוע לחלוטין ואח"כ מוכרה לו ע"כ ודברי הריב"ש אלו פסקם מר"ן בש"ע יור"ד קס"ד ס"ג יע"ש הרי ברור לך שהדבר שאסור במשכנתא הוי במכר התר גמור ובודאי דהדבר מוכרע ממקומו כדאמר בגמרא התם הלואה הכא זביני:

ואל תשיבני לומר דאין ראיה כ"ך מדברי הריב"ש דאיכא למימר דלא דבר הריב"ש אלא במי שלא חזר ועשה הטבה על המכר אלא מכר לדורות עולם אבל בכגון נדו"ד שחזר ועשה שטר הטבה עדיין ספק כת"ר נקיט ואתי זה אינו חדא דהואל ובירתי לך דדין

ההטבה צריך שלא יהיה שום תנאי בשעת המכר א"כ באותה שעה הרי שם ההטבה בל יזכר ובל יפקד וא"כ היינו דינא דהריב"ש דפסק הש"ע כדאמרן וא"כ מותר גמור אפילו להתנות הלוקח על המוכר מצריך לחזור ולחוכרה ממנו כדבעי למימר לקמן וא"כ הואל והמכר היה בסתם והכל מותר מאי הוי אם אח"כ הטיב חסדו עמו ועשה לו הטבה על הקרקע אין כאן שום איסור מאי אמרת הואל ועינינו רואות שאחר יום או יומים חזר ועשה לו הטבה אגלאי מילתא למפרע דלשם כך נתכוונו מעיקרא ואסור א"כ לפי סברא זו בטלת ועקרת כל הטבות שבעולם אלא דמוכרחים לומר דהכי קי"ל כמ"ש הרב טקר"י הד"ט משם הפוסקים דבשעת המכר לא יזכירו שום תנאי אלא יניח המוכר הדבר על אמונתו של הלוקח שאח"כ אם ירצה יכתוב לו ההטבה הרי לך כל שלא היה תנאי מעיקרא על ההטבה והניחו הדבר בסתם הגם שנעשית ההטבה אח"כ לא אמרינן אגלאי מילתא וא"כ הואל והמכר נעשה כדין א"כ היינו דינא דהריב"ש דדרך מכר הכל מיתר והגם שנעשית ההטבה אח"כ לא אכפת דזה ענין וזה ענין:

וכן יש להביא ראיה מדברי הלבו"ש והטו"ז דדינא דהריב"ש הוא אפילו יעשה הלוקח למוכר הטבה לא אכפת לן דהא מצינו להטו"ז ביור"ד סקס"ד סק"ה נתן טעם לפסק הש"ע שהוא מדברי הריב"ש הנז' וכתב הטו"ז הטעם כיון שגוף הבית מכור לו לגמרי והוא גדול באדנות הבית לעולם יותר מן השוכר ממנו וכו' (מלת לעולם היא נמשכת עס מלת יותר) ופירוש דבריו של הטו"ז פשוטים דכוונתו לומר הואל ולעולם הלוקח הוא גדול האדנות יותר מן השוכר הואל והוא מכר גמור בידו אין כאן שום איסור דבשלמא במשכנתא אין לו כח ואדנות בקרקע יותר מן הבטלים הואל ואינו אלא משכונא אבל זה שיש לו אדנות הואל ושם לוקח עליו מותר א"כ על פי טעם זה אפילו יהיה למוכר הטבה על הלוקח על כל פנים הרי הלוקח יש לו שם אדנות יותר ומיגרע גרע כח המוכר דכמה ספיקות יש לו אם עתידה לחזור או לו לכן שם הלוקח הוא שעליה ולא דמי למשכונא:

ועדיפא מזה לפי טעם הלבו"ש דיהב לפסק זה של הריב"ש שכתב הלבו"ש וז"ל אבל דרך מכירת חלוטין מותר כיצד מותר למכור שדהו וכו' וחוזר וחוכרו ממנו אפע"פ שמתנה עמו שיחזור ויחכרנו לו אח"כ מותר דבתורת מכר גמור אין שייך בו רבית שאין רבית אלא הבא דרך הלואה עכ"ל הרי מטעם זה מבורר כל שאין כאן שם הלואה בעולם אין כאן איסור ולא דמי כלל למשכונא א"כ מאי אכפת אם עשה לו ההטבה הואל ואין כאן שם הלואה מותר: ועדיפא מזה היה נראה לי לעשות הכרחים מדברי הריב"ש דגם הוא דבר במעשה דההתר שהיו עושים בברצלונא דודאי איירי בשהיה הלוקח עושה למוכר הטבה דבר דאל"ך פשיטא מה חדש לנו הריב"ש אם יהיה המכר באופן שאין עושה לו

הטבה כלל זה דבר פשוט ובודאי מותר ואין צריך להשמיענו אלא ודאי בשהיו עושים אח"כ הטבה מיירי:

גם יש להכריח כן במעשה דברצלונא בשהיו עושים הטבה איירי מדמייתי איתו ענין דברצלונא על אותו דחכירי נרשאי דהא התם אחר שהסיק להלכה דאופן חכירי נרשאי יש בו חשש רבית אפילו במשכנתא דסורייא על זה סיים והריב"ש כתב דבברצלונא היו עושים על צד התר גמור דהיינו שהיה מוכר ביתו תחילה בסך ידוע ואח"כ חוכרה לו וכו' מזה נראה דכוונתו לומר דאותו ענין שהיו חכירי נרשאי מתחכמים לעשות כשהיו צריכים למעות ולא היו רוצים למכור שדותיהם כי צריכים הם למחיתם מה היו עושים משכירים אותם לאחרים לזמן ארוך ולוקחים המעות לרצונם והיו חוזרים בעלי הקרקע וחוכרים השדות מיד מי שממושכן בידו הרי שם מיירי באופן שאין בעלי הקרקע רוצים לצאת מידם הקרקע שלהם לכן היו מתחכמים לעשות כך ועל זה כתב הריב"ש דחכמה זו היו עושים איתה בברצלונא בצד התר גמור וכו' הרי לך דנדון של ברצלונא איירי בדומה לחכירי נרשאי דכמי בחכירי נרשאי היו מתחכמים שלא לצאת הקרקע מידם כך בברצלונא היו רוצים שלא למכור קרקעותם באופן שיהיה נאבד מידם ומה היו עושים היו עושים תחלה מכר גמור ואח"כ חוכרה לו ועל זה יקשה לך הרי לא דמי זה לענין חכירי נרשאי דעתידה הקרקע לחזור לידם לא כן כאן עשה מכר גמור והיאך דמה אותן לחכירי נרשאי אלא ודאי גם כאן אפי' היו עושים הלוקחים למוכרים הטבה איירי ואזי דמו:

גם עיין להרב אחרון בספרו זכר נתן בח"ב אות ריש בענין הרבית משם פוסקים הראשונים להתר הרבית באופן שהוא נראה יש בו חשש רבית יותר מזה עם כל זה התירוהו הואל ושם מכירה עליה ולא שם הלואה יע"ש כי מצוי הוא:

ודע ידידי אהובי דהענין זה של הריב"ש שהוא מותר והוא נדו"ד אפילו יהיה התנאי שהתנה עמו שיחכרנה לו היה תנאי זה בשעת מכירה עכ"ז מותר וכמו שבא הדבר מפורש בדברי הלבו"ש ז"ל אפע"פ שיתנה שיחכרנו לו אח"כ מיתר וכו' הרי לך דאפילו היה התנאי בשעת המכר עכ"ז הואל ואין שם הלואה מותר והגם דהריב"ש כתב בזה"ל והיא שמוכר לו ביתו תחלה ואח"כ חוכרה לו וכו' וגם ראיתי להטו"ז סק"ה שכתב וז"ל ופשוט הוא גם שצריך שיקנה הלוקח הבית תחלה בקנין גמור כדרך שהמכירה נקנית בעלמא דאל"ך הוי כהלואה ואסור כן נ"ל עכ"ל אל תטעה לומר דכוונתם היא שיהיה הקנין תחלה ואח"כ ישכרנה אבל אם יהיה התנאי שעת מכר אסור ויהיה זה הפך דברי הלבו"ש זה אינו דהא דברי הריב"ש הם קאי על חכירי נרשאי האמור בש"ס ושם בשהיה

הדבר בתנאי איירי ועל זה סיים הריב"ש שבברצלונא היו עושים דרך התר גמור וכו' כמש"ל משמע דכמו שנראה מפשטא דשמעתא דבחכירי נרשאה היו עושים הכל בבת אחת כדאמר שם בגמרא שהיו כותבין פלוני משכן ארעא לפלוני והדר חכרה מניה ועל זה הקשה אימת קנייה דאקנייה נהליה וכו' משמע שהיו עושים הכל בבת אחת ועל כיוצא בזה כתב הריב"ש דבברצלונא וכו' משמע דבברצלונא היו עושים בבת אחת ועכ"ז הוא דרך מכר מותר וא"כ מוכרח לומר דכוונת הריב"ש והטו"ז שכתבו דיעשה המכר תחלה לאו לאפוקי אם היה התנאי בשעת מכירה אתו אלא כוונתם היא לומר דהלוקח צריך שיעשה קנין גמור כדרך קנין דעלמא ואם לא עשה ק"ג הוי הלואה ואסור הואל ולא נקנה לגמרי הלואה הוי ואסור וכן בא הדבר מפורש יותר בה' חוות דעת ז"ל וז"ל ופשוט דגם כאן צריך שיקנה הלוקח בק"ג הבית כדרך שהשכירות נקנה דאל"ך הו"ל הלואה ואסור ע"כ הרי הקפידה היא על הקנין וכשיהיה הקנין גמור אפילו יהיה תנאי בשעת מכר לא אכפת. זהו הנלע"ד ותו לא מדי כ"ד החותם בסדר לאברהם למקנה כאן שנה אסת"ר חוט של חסד משוך עליה וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצ

בא לפני שטר מידעא שהיה כתוב בזה"ל איך שבא לפנינו הר' אליעזר ן' סוסאן ואמ"ל הלא תדעו שיש לי חיב בע"פ נגד האשה פריחה אלערבייא וכשאני הולך לתובעה שתפרע לי מה שבידה היא פושטת את הרגל וכוונתה היא כדי להרחיב לה איזה זמן וע"ז באתי לגלות דעתי לפניכם שאני רוצה להוליכה לפני העדים שתודה לי לפניהם בשטר ונרווח לה הזמן וע"ז אני מגלה דעתי לפניכם שכל פשרה או הרחבת זמן שאעשה לה הרי הוא בטל ומבוטל שאין כוונתי אלא להוציא בולעה מפיה וכו' ביופי ובתקון שטר מודעא אלא שלא היה כתיב במודעה זאת הכרת אונס גם לא היה כתוב בה שהמודעה היתה בהמלכת בדי"ץ ע"כ:

תשובה לדעתי נראה פשוט דבהרחבת הזמן דינה כמחילה ואינה צריכה הכרת אונס וכמ"ש מר"ן בסי' נ"ה דבמחילה דינה כמתנה וכמו דבמתנה בגילוי בעלמא מהני גם מחילה ג"ד בעלמא מהני והרחבת הזמן נמי דין מחילה יש לה שמוחל בה פלוני ולא יתבע חובו בו ומה גם דאפילו חשבינן לה לדין פשרה הואל והיא פושטת לו את הרגל וע"ז הוצרך להתוותך עמה כדי שלא יתבע אותה כי אם על זמן פלוני וממילא נימא הואל ולא כתבו העדים שהכירו באונסו לא מהני עכ"ז בנדו"ד מהני דהא פשרא זאת

לא היתה ע"י בדי"ץ או ע"י פשרנים אלא שהלך בינו לבינה והתוותכו וא"כ פשרה זאת מחילה יש לה דהא מצאנו להרב המבי"ט שכתב וז"ל פשרה שהיא כמכר לענין מודעא דוקא פשרה הבאה מחמת מעות דאינה יכולה להתברר ולידע הדין עם מי או שיש עסק שבועה ביניהם אבל הדין ברור מחילה נקראת עכ"ד המבי"ט והובאו דבריו בס' צרור החיים דף צ"ט א"כ הרי לפניך דכל זמן שלא היו הטענות על תביעות כאלו דין מחילה יש לה וא"כ בנדו"ד הואל ולא הגיעו לידע אם יהיה ביניהם טענות מוכחשות אם לאו אלא הלכו ונתפשרו ביניהם בודאי דין מחילה יש לפשרה זאת וכן ראיתי הדבר מפורש בדברי כנה"ג הובאו דבריו בס' כר"ח ח"א סי' ס"ט וז"ל כתב כנה"ג סי"ב וז"ל פשרה הנעשית מרצון טוב המלוה שלא ע"י תביעה וטעות מחילה מקרי ואין צריך קנין עכ"ל א"כ הרי לפניך מפורש יוצא דנדו"ד שלא באו כלל לב"ד אלא הלך אליעזר הנז' והתוותך עם האשה בינו לבינה בודאי דדין מחילה יש לה והואל ודין מחילה יש לה א"כ אפי' לא כתיבה במודעא זאת הכרת אונס מודעא זאת בתוקפה קיימת דבמחילה אינה צריכה הכרת אונס והגם שאין כתוב בה ג"כ שהיא בהמלכת בדי"ץ פשוט דאינה מעכבת דהגם שמצינו למהרר"פ בירדוגו זצוק"ל שכתב בקיצור התקנות והביא דבריו מי"ד נר"ו בס' התקנות דף ל"ו ע"ב דכל מודעה שלא היתה בהמלכת בדי"ץ אינה מודעה הרי בתקנה עצמה פירשו דבריהם דצריך שתהיה על ידי הבדי"ץ שהם ידעו האונס ויתבטל המקח וכו' הרי לפניך דלא הצריכו המלכת בדי"ץ אלא במודעה הצריכה להכרת אונס אבל במודעה דמחילה כגון דא בודאי דאינה צריכה הכרת אונס דלענין מאי מלכו בב"ד בודאי דלא צריך ועדיפא מזה מצאנו ראינו להרב מורינו יעבי"ץ זלה"ה שכתב וז"ל הא דבמודעא צריך המלכת בדי"ץ היינו לכתחילה כדי למעט בתחבולות ובמחלוקת אבל בדיעבד או שהשעה עוברת או שטעה הסופר ולא ידע שצריך המלכת בדי"ץ ולא נמלך לא פסלינן לה אלא מדקדקים בה אם היא בנויה על דברי האמת דנין עליה דאמרינן לסהדי אלו בא להמלך היינו אומרים לו עשה והצל ואם היא בנויה על התוהו פסלינן לה וכו' יעו"ש בס' כר"ח ח"א סי' ק"י וא"כ מכל הני דכתיבנא קם דינא דמודעא זאת קיימת. הי"ז ט"ו לטבת ש"ש רמת"ה לפ"ק פה סאלי יע"ה והצוי"מ וימ"ן. כ"ד אני הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצא

תשובה לעי"ת רבאט יע"ה השקפתי לטובה על המודעה והביטול שנעשה עליה ומה שנראה לי לפי האמת הוא רואה אנכי דמעקרא מודעה זאת הבל ואין בה מועיל ולא

היתה צריכה בטול והוא ע"פ פסק הרמב"ם דפסק מר"ן בס' ר"ה ס"ב דפשרה דינה כמכר וכו' וא"כ הוא היתה מודעה צריך להיות בהכרת אונס דהיינו שידעו העדים שהיה לו לעמרם אונס מצד אהרן ולא סר מעליו האונס עד שעת הפשרה ואזי אמרינן דמסתמא מחמת אונס נתפשר עמו ולא בעינן שידעו שלא נתרצה בפשרה מחמת אונס והוא ע"פ מ"ש הסמ"ע סק"ז בפירוש דברי מר"ן יע"ש וא"כ בכאן דלא נזכר ולא נפקד שהיה לכה"ר עמרם שום אונם מודעה זאת כמאן דליתא דמי:

הן אמת דדין זה דפשרה דינה כמכר לאו מלתא פסיקתא היא דכל פשרה דינה כמכר אלא דמצינו יש פשרה שאינה כמכר וכמו שבא הדבר בספרי האחרונים שהביאו סברת המבי"ט ז"ל וראיתי אותה בס' צרור החיים ד' צ"ט וז"ל פשרה שהיא כמכר לענין מודעה דוקא פשרה הבאה מחמת טענות דאינם יכולים להתברר בעדים ולידע הדין עם מי או שיש עסק שבועה ביניהם אבל פשרה הנעשית על דבר ברור מחילה נקראת עכ"ל וכן ראיתי בס' כרם חמר להרב מו"ד ז"ל סס"ט שכתב כן משם כנה"ג וז"ל פשרה הנעשית מרצון טוב של מלוה שלא על ידי תביעה וטענות מחילה מקרי ואין צריך קנין עכ"ל וכן נלע"ד לדקדק מדברי הסמ"ע ס"ק ט' מטעמא דיהיב למה פשרה דינה כמכר הוא משום דכל פשרה היא באה על ידי טענה וכו', ממנו נשמע דפשרה שאינה על ידי טענה מחילה נקראת ולא מכר יע"ש ועדיפא מזה מצינו אלבא דכמה פוסקים שכתבו דחלוק זה בפשרה מר"ן עצמו פסקו דהא מצינו להש"ך בס' כ"ה סק"ה שכתב וז"ל פשרה דינה כמכר עיין לעיל סי"ב סי"א מ"ש ובב"ח סט"ז מ"ש בזה עכל"ה ומצינו להרב פתחי תשובה שכתב דכוונת הש"ך ז"ל להקשות דברי מר"ן דכאן כתב דפשרה דינה כמכר ובעייא מודעה והכרת אונס ולעיל סי"ב סי"א כתב אם ראובן הפסיד את שמעון למוסרו אם לא יתן לו ממון שהיו דנים עליו ואין לו כח זכות בפי הדין ועשו פשרה בקנין ובטול מודעה יכול לחזור ע"כ משמע דאין צריך אפילו למסור מודעה וממילא בטילה זהו תוכן קושיית הש"ך ועל זה סיים ועיין בב"ח דכוונתו לתרץ דהכא בס' ר"ה איירי באחד שיש לו דין עם חבירו ואינו יודע אם יזכה אם לאו וכו' אבל בסי"ב איירי בדין הידוע שאין לראובן שום זכית כלל ודינו ברור אותה פשרה כמתנה וא"צ מודעה כלל וכן פירש הרב קצות החושן יעו"ש נמצינו למידין בין לדעת המבי"ט והרב כנה"ג והסמ"ע ואפי' מדברי מר"ן עצמו מוכח דיש פשרה שדינה כמתנה ואינה צריכה הכרת אונס אלא במודעה לבד סגייא:

על כל פנים דקדקנו בפשרה זאת וראיתי אותה דזהו פשרה שדבר בה מר"ן דהוי דינה כמכר דהא מצינו כתוב בשטר המחילה שעשו ביניהם כתוב בו בזה"ל ואח"כ

מכר הר' עמרם ה' לאהרן הנז' כל הפרקמטייא שי"ל בחנות בהקפה ולע"ע אחר עבור דו"ד וקטטות ומריבות הותווכו ביניהם לבטל הקשר ופרע הר"א להרע"ם דמי הסחורה עספ"א וקרענו הכתי' קבדי"ץ וכו' מאלה הדברים מוכח שהגיעו לדו"ד והיו טענות ביניהם גם לא היה הדבר יכיל להתברר גם ממה שהוצרכו להזכיר ומכר לו הפרקמטייא בהקפה והוצרכו להזכיר אח"כ הותווכו ופרע עספ"א משמע שהיתה הכחשה והוי עסק של שבועה ביניהם גם ממה שכתבנו וקרענו להם כתי' משמע שהיתה הפשרה והתווך על ידי אחרים ובזה ודאי בין לסברת הרב המבי"ט וכנה"ג והסמ"ע והפוסקים המחלקים בדברי מר"ן אלבא דכולהו פשרה זאת אין לך פשרה דהוי כמכר יותר מזה:

וכעין זה ממש מצאתי ראיתי לרבינו מהריט"ץ ז"ל בס' קפ"ט בשאלה הבאה לפניו ביעקב שמת והניח אחריו ארבעה בנים ונשאר גדול האחים מתעסק בממון אביהם ושאר אחיו אח"כ היו תובעים אותו ליתן להם חשבון עזבון אביהם והיה דוחה אותם לך ושוב שלא יתן החשבון להם עד שיעשו לו פטורין וכן עשי הלכו ועשי מודעה על הפשרה שנתפשרו עמי ואח"כ הלכו ונתפ' עמו בבטול מודעה וכו' ואח"כ תבעו איתו לבטל הפשרה וכתב הרב דאותו מעשה פשרה דדינה כמכר הוי הואל ופשרו לתת כי"ך ולמחול בכו"ך ולא מקרייא מחילה יע"ש ונדו"ד דמי ממש לאותו נדון של הרב דגם כאן לא רצה עמרם לתובעו שמא יכפור לו בקרן דומייא דאחי ראובן דהתם לא רצו לכתוב שמא יכפור ועכ"ז חשיב לה פשרה כמכר וא"כ הואל וכן הוא מודעה זאת היתה צריכה להיות שיכירו העדים באונסו ועכשיו דלא הזכירו שהכירו באונסו כמאן דציתא דמי:

הן אמת דהיה מקום כאן לומר אפילו היה כתוב במודעה זאת והכרנו אח"מ באונסו עכ"ז לא מהני והוא ע"פ מה שנמצא כתוב בקיצור התקנות השייך לחושן המשפט שקצר הרב הגדול מוהר"ר רפאל בירדוגי זלה"ה וז"ל פשט המנהג שכל מודעה שצריכה הכרת אונס צריכה שתהיה על ידי אחד מבדי"ץ שהם ידעו מהות האונס אם הוא מספיק לבטל המקח וכל. מודעה שצריכה אונס בלי המלכת הבדי"ץ אינה מודעה והויא כחרס בעלמא ע"כ וכן ראיתי דבר זה בספרי הפוסקים וחד מנייהו הוא הרב מאמר קדישין בס' ר"ה סקי"ד כתב וז"ל לכן נראה בענין תקנות שמסירת מודעה אינו מועיל רק לפני הרב התופש ישיבה ונכון הוא ע"כ וא"כ מן הראוי לא היה לנו להאריך במה שלא נמצא בו שהיתה מודעה זאת בלי הכרת אונס והוה דיי לנו הואל ולא נעשית בהמלכת רב ממונה הקהל הי"ו אלא דלזה מצאנו ארוכה ומרפא מדברי מורינו הרב יעבי"ץ זלה"ה שכתב דבמודעה הצריכה הכרת אונס דצריכה להיות ע"פ בדי"ץ אם השעה עוברת או שטעה הסופר ולא ידע דצריך המלכת בדי"ץ ולא נמלך לא פסלינן לה אלא מדקדקים בה אם היא בנויה

על אבני התוהו פסלינן לה ואם היא על דברי האמת דנין עליה דאמרינן אלו בא להמלך הייני אומרים לו עשה והצלח ע"כ וא"כ גם כאן הואל וכבר כתבו אותה והסופרים סתמם כפירושם בודאי דלא ידעו דצריכה המלכת בדי"ץ לא פסלינן לה:

ומה גם לפי מה שראיתי בס' כת"י ישן נושן בפסק אחד שכתוב בו וז"ל אבל מה שמנגד לזה הוא שהמודעה זאת נעשית במראקס ושם יש להם תקנה שכל מודעה שלא נעשית ע"פ בדי"ץ הרי היא בטילה אלא מצד אחר יראה אחר שיש במודעה זאת שבועה אמרינן דעתייהו של מתקני התקנה ז"ל דלא ניחא ליהו שיעבור שום ב"ב על שבועתו ואמרינן דלא התקינו אלא על המודעה שאין בה שבועה אבל אם כבר נשבע הם עצמם יאמרו שיקיים שבועתו שכן מצינו מי שנדר על דעת רבים אין לו התרה בלי ידיעתם וכן בנדו"ז יסכימו מתקני התקנה שלא יעבור על שבועתו שהיא מצוה שלא יחיל דבריו וחתומים על זה הרבנים הגדולים מוהר"ר חסדאי אלמושנגו ומוהר"ר יצחק ביבאם זלה"ה ומוהר"ר מנחם סרירו ומוהר"ר וידאל הצרפתי מוהר"ר מימון אפלאלו זלה"ה זיע"א וא"כ גם כאן הואל ומודעה זאת היתה בשבועה אפילו אם תהיה בלי המלכת הבדי"ץ לא היתה מתבטלת אבל עכ"פ היתה צריכה להיות כתוב בה שהיתה בהכרת אונס אבל עכשיו שלא נמצא רמז מזה פשוט דאין שמה מודעה: אלא דעד כאן יש תרופה למודעה זאת אם הביא יביא הרע"ם ה' עדים על זה שהיה לו אונס והכירו באונסו כמו שכתבנו לעיל יכול הוא לבטל הפשרה והוא ע"פ פסק הרב"י שכתב בס' ר"ה ס"י דאפילו לסברת ר"י ז"ל נראה דהיכא דמסר מודעה ולא ידעו באונסיה וכתבוהו ואח"כ בא זה ותבעו לדין והביא עדים דאנוס היה נ"ל דאפילו לר"י חשבינן לה מודעה ופסקה מור"ם בס"ה יע"ש ומכ"ש לפי סברת הגאון מוהרמ"ע שהובא דבריו בהג"ה להבאה"ט סימן הנז' שכתב שם המגיה וז"ל הא דכתב פשרה במכר דוקא לענין שצריכין לידע שהוא אנוס אבל אי ידעינן באונסו אפילו לא מסר מודעה נתבטלה הפשרה דהוי כאנסוהו ליתן כמ"ש בתשובת הרשב"א הביאה הב"י בסי"ב סי"ג בתשובה עכ"ל א"כ לפי דברי הרמ"ע אלו תפוק לך אפילו אם לא כתב מודעה כלל עכ"ז אם יביא עדים שהיה אנוס יכול לבטל הפשרה דלאו במודעה תלייא מילתא:

אלא דלפי האמת מלתיה דהרמ"ע ז"ל לאו מילתא מוסכמת היא דהא כבר כתבנו לעיל דהש"ך סק"ה הקשה דברי מר"ן אהדדי דסר"ה עם דבריו דסי"ב דהתם לא מצריך מודעה כלל ואותו דין הוא פסק הרשב"א ז"ל שרמז הרמ"ע ז"ל והוצרך הש"ך לתרץ ע"פ הרב"ח דהתם בתביעה מבוררת אין צריך מודעה ובס' ר"ה איירי בשאינה מבוררת ולכך צריך מודעה נמצא דלדעת הש"ך והב"ח והרב פתחי תשובה וקצות החושן כולם שוים לטובה

דדברי מר"ן הם צריך מודעה ודלא כהרמ"ע דלא ס"ל הכי ומוקי דגם למר"ן בס' ר"ה אין צריך מודעה ובזה משוה דברי מר"ן אהדדי:

גם ראיתי לרב אחרון מוהרא"ק זלה"ה בס' ברית אבות סר"ה שגם הוא הגדיל תמיהותיו על הרמ"ע זלה"ה וסתר דבריו ומתרץ דברי מר"ן אהדדי כמו שתרץ הב"ח יעו"ש וכן מוכח בפשיטות מדברי הר' מהריט"ץ ז"ל בס' קפ"ט דלדעת מר"ן דפסק דבמכר בעינן מודעה גם בפשרה דדינה כמכר בעייא מודעה יעו"ש:

ועכ"פ הגם דמצינו מלתיה דהרמ"ע רבו כמו רבו עליה החולקים עכ"פ אנן בדידן הרי לפנינו המודעה ערוכה ושמורה אלא ממה שלא נמצא כתוב בה הכרת אונס זה דבר שיכול להתקין על ידי שיביא עדים והדר דינה כההיא דפרדיסא וכו' אבל לצד שלא יביא עדים שלא היה אונס וידעו שלא סר האונס עד שעת הפשרה במקומי אני עומד דמודעה זאת כמאן דליתא דמי והגם שאין צריך ראיה לזה דצריך האונס ידוע לעדים ולאו מפיו אנו חיים דדבר זה מוכח הוא מכל סעיפי הש"ע עכ"פ אציגה נא לפניך דבר הדומה לזה ממש שהביא הרב"י משם הרא"ש וז"ל ראובן הפקיד מנה ביד שמעון והשיב שמעון לא הייתי חייב אלא שמונים ונתתי לך משכונות בעדים ופטרתני מכל הבימות שהיה לך עלי והוציא כתב חתום כדבריו טען ראובן אנוס הייתי כי יראתי פן אפסיד כל המעות כי אמרת לי אם לא תרצה למחול לי לא אתן לך פרוטה ומסר מודעה על כל זה והשיב הרא"ש דלאו מודעה היא דהא לא הכירו העדים באונסו ואיכא למימר הדין עם שמעון שלא היה חייב לו אלא שמונים ולא דמי לעובדא דפרדיסא וכו' דהתם נתגלה האונס לבסוף כשהוציא שטר קנייתו ונדון זה דמי לכל שאר מחילות אדם תובע חבירו והלה כופר ומתפשרים ביניהם אטו אם זה מסר מודעה תתבטל הפשרה א"כ לא תועיל שום פשרה עכ"ל אם כן ממנו נלמד לנדו"ד שהוא דומה לו דאם לא באו עידי האונס על הדרך האמור מודעה זאת מגן שוייה:

ומעתה משכוני נפשין לידע אופן הבטול מה להוי עליה הנה מצאנו התיקון הראשון הוא מצאנו להרמב"ם סוף פ"י מהלכות מכירה כתב וז"ל ואם אמר לעדים הוו יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעה ומודעי דמודעי שהכל בטל ואיני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים ואין בדעתי להקנות לזה האנס לעולם הרי המכר בטל ואף על פי שקנו מידו לבטל המודעה על הדרך שביארנו ע"כ ומצינו לו בפ"ז מהלכות גרושין שכתב כעין זה אם מסר מודעה על הגט שהגט בטל וסיים על זה א"כ מהו תקנת דבר זה שיאמרו לו העדים קודם כתיבת הגט אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת בפנינו שגורמין כשיתקיימו הדברים לבטל הגט הרי הם בטלים והוא אומר הן ע"כ אלא דבכאן דב' בדיני

מודעה הכתובה על המכר שהוא דיני ממונות לא כתב הרמב"ם שום תיקון על זה אלא דראיתי להרדב"ז בתשובה סנ"ד הביא דבריו רב אד"א זלה"ה בס' באר מים חיים דף ע"ג ע"ב שכתב דבריו וז"ל וראיתי להחכם הפוסק שרצה ללמוד מדלא כתב הרמב"ם גם במכירה כמו שכתב גבי גטין שאין שום דבר מועיל לקיים המכירה ולבטל המודעה אפילו אם פסל עדי המודעה ואפי' כתב אותו הלשון הרב ז"ל שמועיל לבטל מודעת הגט וזה טעות שהרי גבי גטין א"ץ מסירת מודעה וגבי מוכר צריך מסירת מודעה משמע דגט חמור ממכר ואפילו הכי יש דברים בגט שמבטלים המודעה אם מסר מודעה מכ"ש לגבי המכר שהמודעה היא הכרחית ואם לא מסרה המכר קיים בודאי שיודיעו שיועילו הדברים שמועילים בגט לבטל המודעה וזה ברור לבעל השכל ומדברי הרשב"א אתה למד זה שכתב וז"ל אף בגט שמועיל ביטול מודעה והוא ז"ל עסוק במכר ומדברי רשב"ם ז"ל לפי שטתו נלמוד להרמב"ם לפי שטתו ויש מי שכתב שמה שמועיל לבטל המודעה במכר אינו מועיל לבטל המודעה בגט משום חומרת הגטין ומה יש עוד להאריך בזה עכ"ל נמצינו למידין לפי שטת הרדב"ז ז"ל דמדפסק הרמב"ם דאותו תקון מועיל לגבי הגט כ"ש דמועיל לענין לבטל מודעת המכר וכן נראה פשיט מדברי כנה"ג הובאו דבריו בס' בני חיי בחומ"ש סימן ר"ה בהגהות הטור אות ס"ב וז"ל נמצא שיש ארבע תקנות כדי שיתקיים המקח חדא שיבטל מודעי ומודעי דמודעי עד עולם שנית פסול העדים שלישית תקון הרמב"ם אמר לפנינו שכל הדבר שמסרתי שגורמים וכו' רביעית מ"ש הרמ"ה שיעיד על עצמו שלא מסר מודעה ונסתלק מהאונס וחזינן לסופרי דווקני דכתבי לכולהו בשטרא מהריב"ל עכל"ה הרי לפניך דגם הרב החביב פסיק כסברת מהריב"ל דלדעת הרמב"ם דגטין ומכר דא ודא אחת הן ואותו תיקון המועיל בגט מועיל במכר הן אמת דחזה הוית להרב אד"א ז"ל בסכ"ו שנסתפק בזה ורצה לפסוק דדוקא תקון הרמב"ם מועיל בגט ולא בממון יעו"ע ע"ש באורך כמדתו לכל רוח אלא אפילו לדעת הרב הנז' הרי לא מצינו שהחליט הדין כך אלא כתב לבסוף וז"ל אלא לכאורה היה מקום לבטל המודעה שהרי נכתב בפשרה הג' להרמב"ם שכתב שביטל בדרך כלל כל מה שאמר לגרום להעמיד עמידתה וכו' אלא דעדיין יש לפקפק לפי מ"ש לדעת הטור דלא קאמר הרמב"ם דכשאומר כל הדברים וכו' דמהני ביטול למודעה אלא בגט אבל לא במתנה ולא ראינו שום חולק ע"ז זולת הרדב"ז וגם שם במחלוקת הוא שנוי שהרי כתב שם שחכם אחד סובר בהפך ואף ע"פ שדחה הוא ז"ל דבריו בשתי ידים כבר הוכחתי שדבריו תמוהים וא"כ מידי ספיקא דדינא לא נפקא עכל"ה ואנא בריה קלה אמינא הגם דהרב אד"א ז"ל הניח הדבר בצ"ע דדינא אין לנו להניח סברת הרדב"ז ומוהריב"ל וכנה"ג משום

ספיקו של הרב ה' שבדרך פלפולו רצה לדחות סברת הרדב"ז ז"ל ובפרט אפשר אם היה רואה דסברת הרדב"ז לאו יחידאה היא בודאי דהוה חוזר בו ופוסק כהרדב"ז כדמוכח מלישניה שכתב וז"ל ולא ראינו שום חולק על זה זולת הרדב"ז ע"כ מכאן דאם היה רואה סברת שאר הפוסקים דסברי כהרדב"ז לא הוה חולק איך שיהיה נמצינו למידין לדעת הרדב"ז ומוהריב"ל וכנה"ג דא ודא אחת הן ומצינו למר"ן באהע"ז סקל"ד דפסק לסברת הרמב"ם דמועיל התקון לבטל המודעה והגם דבדיני מכירה דחו"מ לא פסקה כי ידוע אורחיה דמר"ן דאזיל באורחיה דהרמב"ם וכמו הלשון שתופס הרמב"ם תופס גם הוא וכמו שלא כתבה הרמב"ם בדיני המכירה דהואל וכתבה בדיני הגטין ממנו תלמוד מכ"ש לדיני המכירה לכך לא הוזקק גם מר"ן לשנותה גם הוא בחומ"ש ודו"ק:

התיקון השני לבטול המודעה הוא מדברי הרמ"ה ז"ל הביאו רבינו הטור בס' ר"ה ז"ל וכן כתב הרמ"ה דלא מהני בטול מודעה בזביני עד שיעידו העדים שידעו בסלוק אונסו או שהודה לו שלא מסר מודעה קודם לכן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ע"כ והגם דדברי הרמ"ה אלו אינם אמורים אלא במוסר מודעה סתם אבל אם אמר במסירת מודעה שהוא מיסר מודעה גם על הביטול מאן לימא לן דמהני תיקון זה דהרמ"ה אלא נלע"ד דזה מוכרע ממקומו דהואל ובהודאתו שמודה שלא מסר מודעה אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים ונפלה ונהרסה המודעה הוא הדין אפי' ימסור מודעה על מאה בטולים בהודאתו זאת שמודה שלא מסר המודעה כל עקר בזה נפלה המודעה הראשונה היא ותולדותיה והגם דדבר זה פשוט הוא בעיני מן הסברא עוד יש להביא ראיה מדברי כנה"ג שכתבתי לעיל. שהיה מונה התיקונים לבטל למי שמסר מודעה גם על הבטולים ויצא הראשון למנויו תקין הרא"ש והרשב"א והרמב"ם ורביעי בקודש תקון הרמ"ה וכמו שדברי הראשונים היו מועילים לכל מודעה גם דברי הרמ"ה כן הרי לפניך תקין השני:

ושלישי בתרומה הוא תקון רבינו הרא"ש שכתב הטור וז"ל וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאם כפוהו לבטל המודעה מהני לה הביטול ולא הוי מודעה אפע"פ שאמר בשעת מסירת מודעה כל מה שאבטל לא יהיה בטול אינו מועיל וכו' והרב"י כתב וז"ל וכתב הרא"ש בתשובה ואפילו אומר בשעת מסירת מודעה אם אבטלה לא תהיה בטילה אינו מועיל שהרי מבטל באחרונה מודעה ומודעי דמודעי דנפקי מגו מודעה עד סוף כל מודעי דמודעי עכ"ל:

ורביעי בקדש הוא תיקונו של הרשב"א סתמה על דברי הרמב"ם שכתב אם אמר שהוא מבטל כל הדברים הגורמים מהני ואיהו ז"ל תמה עליו ולבסוף כתב דלא מהני כי אם בתקון זה דתקון זה הביטול הוא שיפסול עדי של המודעה ויאמר הריני פוסל כל עדים

שאמרו שמסרתי מודעה על מכר זה שהרי שם אותם העדים לגביה כעדים פסולים עכל"ה והרב המגיד הביאו סוף פ"י מהל"ם והביאו הרב"י ז"ל יעו"ש:
ומעתה אחר שאספנו כל הדעות וכל התקונים המועלים בביטול המודעה וכו' נבין ונדון בביטול המודעה דקמן שכתוב בזה"ל הודו לפנינו בשניהם יחד ובטלו כל מין ג"ד ומו"ד וכו' בטול גמור כדעת הרשב"א וכו' הנה מלשון זה שכתבו בטלו כל מין גל"ד ומו"ד הלשון מורה שבטלו כל מין ומין דהיינו מודעי ומודעי דנפקי וכו' עד עולם וכל מאי דמצית לכלול במלת כל מין דרוש וקבל שכר ולא דמי זה למ"ש הרב"י משם הר"ן וז"ל כתב הר"ן בריש פרק הגוזל מהא שמעינן שמה שכותבים בשטרות כל מודעי אפע"ג דכתב עד עולם לא מהני וצריך למכתב כל מודעי ומודעי דנפקי מיגו מודעי עד עולם דאי לא מפרשינן דעד עולם לא קאי אלא אביטול מודעה אבל לא אמודעי דמודעי ואם למסר מודעה בטול מודעה עדיין לא נתבטל עכ"ל וא"כ גם כאן הרי לא נכתב מודעי דנפקי וכו' רב המרחק ביניהם דשאני התם לא נכתב אלא כל מודעי ויכולים אנו לומר כל מודעי היינו כל המודעות שיעשה אבל לא אמודעי דמודעי וכמו שפירש הר"ן בדבריו אבל כאן הרי כתוב כל מין מודעה וג"ד ומה מלת כל היינו מודעה ומודעי דמודעי וכו' כדאמרן וזה פשוט בלי שום פקפוק:
ומה גם הרי כתב כל מין ג"ד ומו"ד וכו' ומצאתי ראיתי להרב משכנות הרועים במערכת וא"ו או"ג שכת' אם כתיב בשטר דלא כאס' וכו' ולא נכתב ודלא כטו"ד מי אמרינן מלת וכו' מושכת דלא כטו"ד או לא ומצאתי למוהרח"ש משם מהרשד"ם ומהרש"ך דמהני וכן בשטר נאמנות שכתוב והאמין הלוה נאמנות וכו' כאלו נכתב עליו ועל יורשיו אחריו וכאלה רבות שהסופר כותב תחלת הענין והוי במשמעותו תשלום הענין אלא שהוא בורר דרך קצרה שוב מצאתי שכ"ך הכנה"ג משם מהרש"ך ומהרשד"ם והרב משפ"ט צד"ק עכל"ה נמצינו למידין דהיכא שהתחיל לכתוב שום ענין וסיים מלת וכו' כוונתו היא על תשלום הדברים הראוים לכתוב עד גמירא וא"כ גם כאן הואל ודבר מורגל וידוע הוא לכל סיפרי בני ישראל לכתוב בביטול מודעי ומודעי דנפקי מיגו מודעי עד סוף כל המודעות עד עולם בודאי דגם כאן לזה נתכוון במלת וכו':
וא"כ הן מצד מלת כל מין מודעה דכתוב כאן הן מצד מלת וכו' הרי כאלו כתיב כאן ביטול מודעה דנפקי מיגו מודעי עד עולם וא"כ בזה לחוד יצאנו ידי חובתינו אלבא דהרא"ש שכתבנו וכוותיה פסק מור"ם בס' ר"ה סי"א והגם שבכאן הרבה להגזים במודעה זאת שכתב כמה בטולים וכתב אפילו אקרענה ולא יהיה הביטול אלא דעת בדי"ץ שבעיר מראקס יע"ה עכ"ז כל אותם הגוזמות נכללו במה שכתב ובטל כל מין ג"ד ומודעה וכל

זה נתבאר בדברי הרא"ש שכתבנו משמו שכתב דאפילו אמר במסירת המודעה כל מה שאבטל לא יהיה בטל עכ"ז מהני הביטול וגם כאן הואל ואמר ובטל כל מין מודעה כל ההגזמות שכתב נתבטלו וא"כ בזה לחוד יצאנו ע"פ פסק מור"ם ז"ל:

אלא דעדיפא מזה מצאנו בביטול מודעה זאת דכתיב בה בביטול כל מין ג"ד ומודעה וכו' אלבא דהרשב"א וכבר ביררנו דדעת הרשב"א היא בפסול עידיהון וא"כ בכאן ביררנו ממלת מין וממלת וכו' דהוי כאלו נכתב כאן מודעי דמודעי ובכולהי פסיל עידיהון וא"כ ביטול זה הרי הוא מיוסד ע"פ סברת הרא"ש וע"פ סברת הרשב"א וסברת הרשב"א נראה מדברי הסמ"ע דמהנייא אפילו לסברת הרמב"ם דפסק מר"ן כוותיה דהא בס"ק ז"ך כתב וז"ל מיהו גם לסברא קמא שהיא סברת הרמב"ם דפסק מר"ן מהני כשכתב בשטר הקנין שפיסל העדים שיעידו שמסר לפניהם עכ"ל נמצא לפי דברי הסמ"ע סברת הרשב"א מוסכמת היא אלבא דהרמב"ם ומר"ן וא"כ מאן ספין ומאן רקיע לבטל בטול מודעה זאת:

הן אמת דראיתי להרב"י שהביא דברי הר"ן שכתב על דברי הרשב"א הנז' כתב איהו עליהם שנ"ל שאם מסר מודעה עליהם אף על פסול העדים אכתי לא מהני שאף פסיל זה מחמת אונסו הוא שפוסל אותם וכבר קדם ומסר מודעה על זה עכ"ל יעו"ש וא"כ בכאן הרי מצינו במודעה זאת כתוב בה בזה"ל ואי אבטל לי שבועת מודעה זאת אלבא דהפוסקים והרשב"א הכל אינו אלא מן השפה ולחוץ וכו' נמצא שמסר מודעה על סברת הרשב"א דהיינו פסול העדים וא"כ לפי דברי הר"ן ביטול זה אינו מועיל:

אלא דאחר החיפוש מצאנו תרופה לזה מדברי מהריט"ץ זלה"ה בס' קפ"ט דשם הרב הנז' מעקרא גם הוא נראה לו דדברי הר"ן הם סותרים לדברי הרשב"א והוצרך להשוות דעתם וכתב דגם הר"ן עצמו מודה בסברת הרשב"א אלא דעשה חלוק ביניהם מילתא בטעמא דהיינו הר"ן איירי בדבר שהוא ידוע ומבורר בין לב"ד בין לכו"ע ומסר מודעה על פסול העדים בזה לא מהני ביטול אפי' פסל עדי המודעה דהואל והדבר גלוי ומפורסם לכל העולם אין אנו צריכים לעדי המודעה דכל העולם ידעו באונסו יע"ש והרשב"א איירי כשאין האונס ניכר לב"ד ולכל העולם הלכך כיון שצריכין אנו לעדי המודעה שיעידו באונסו והרי אינם כשרים שהרי פסל אותם ואין עדותם עדות ואין כאן אונס ע"כ וכתב הרב לבסוף דלהלכה נקטינן כהרשב"א וכן ראיתי להרב משכנות הרועים במערכת מים אות רי"ב שכתב משם גו"ר אם כתוב בשטר המכר או הפשר בפיסול עידיהון ע"ד הרשב"א ז"ל אפע"פ שמסר מודעה על זה לא מהני יעו"ש:

שוב ראיתי להרב אחרון בספרו ברית אבות סר"ה שפלפל בדברי הר"ן עם דברי הרשב"א ועלתה הסכמתו גם הוא דהר"ן לא לחלוק על הרשב"א אתא אלא כוונתו לומר כנגד

מה סתמה הרשב"א על הרמב"ם גם הוא תמה על הרשב"א זהו כוונתו של הר"ן ואין דברי הר"ן כפשוטן דלית תקנתה לבטל המודעה אלא כוונתו כמו שהקשה הוא הרשב"א על הרמב"ם הקשה הר"ן על הרשב"א אבל לקושטא דמילתא מהני פסול העדים בין להרשב"א בין להר"ן בין להרמב"ם וכתב דפסול העדים ליכא מאן דפליג יעויין כל זה בס' הנז' ואנא בריה קלה נלע"ד לומר דתיקון הרשב"א מועיל אלבא דכל הפוסקים דהא מצינו לרבינו הטור בס' ר"ה שכתב ואם מסר מודעה ובטל אח"כ כתב רב הא"י ז"ל דלא הוי בטול וכן כתב רב אלפ"ס והרמב"ם וכן כתב הרמ"ה דלא מהני ביטול בזביני עד שיעידו העדים שיעידו סלוק אונסו או שהודה לוי שלא מסר מודעה קודם לכן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ע"כ והנה מלשון זה מוכח דתיקון זה דכתב הרמ"ה לבטל המודעה על ידי שמודה שלא מסר מודעה הוא מהני אפילו לרבינו האי גאון והרי"ף והרמב"ם מדכייל להו כולהו בסברא חדא והרמ"ה עמהם ואח"כ מביא תקון הרמ"ה משמע דכולהו יודו בתיקון זה וכבר הוכחנו לעיל מדברי כנה"ג דתיקון דהרמ"ה הוא מועיל אפילו אם מסירת המודעה היתה בפסול מסירת מודעה בביטול מודעה ומודעי דמודעי וכו' כמו שהוכחנו לעיל מדברי כנה"ג בהגהות הטור יעו"ש וכן מוכח מדברי הרב"י שהקשה על דברי הטור למה כלל דברי הרמב"ם עם דברי רב הא"י אלפ"ס הרי הרמב"ם ס"ל דאם מסר מודעה ובטלה מהני הביטול ותריץ הואל ומצינו להרמב"ם שכתב אם אמר לעדי המודעה הוו יודעים שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעה שהכל בטל ואיני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים הרי המכר בטל ע"כ יעו"ש וא"כ מכאן מוכח דברי הרמב"ם שהביא הטור הם איירי במסר מודעה על הביטול והואל ודינם שוה לדעת הרמב"ם כמו מסירת מודעה לחוד לרב הא"י לכך כלל אותם וא"כ כשכתב אח"כ דעת הרמ"ה ותיקינו נמצא התיקון חוזר על הכל בין על המודעה לדעת הני פוסקים בין על המודעה שנמסרה גם על הביטול אלבא דהרמב"ם דכולהו חד דינא אית ליהו וממנו יוצא דגם להנהו פוסקים חד דינא אית ליהו: וא"כ הואל ומצינו תיקון הרמב"ם מועיל אלבא דכולהו הוא הדין תקונו של הרשב"א בודאי אלבא דכו"ע יודו דמהני דמה לי העיד על עצמו שלא מסר מודעה כלל דיהני עדותו כמאה מה לי פסל עדי המודעה הרי משפסל אותם כאלו העיד על עצמו שלא מסר כלל דזה וזה חדא נינהו ויש לי ראיה טל זה מדברי כנה"ג הגהות הטור אות ס"ב שכתב נמצא שיש ארבעה התקנות כדי שיתקיים המקח בדאניס ובמתנה ומחילה בדלא אניס חדא שיבטל מודעי ומודעי דמודעי עד עולם שנית פסול העדים שלישית תקון הרמב"ם אמר לפנינו שכל הדברים שמסרתי שגורמים וכו' רביעית מ"ש הרמ"ה על עצמו שלא מסר מודעה ונסתלק האונס והשנים מאלו התקנות

הם שמודה שמסר מודעה ומבטלה והשנים מהם הם שלא מסר מודעה וכיון שכן צל"ע אי מצי למכתב כולהו כיון דסתרי זו לזו וחזינן לסופרי דווקני דכתבי לכולהו מהריב"ל עכ"ל הרי לפניך דחשיב לסברת הרמ"ה והרשב"א חדא ושוים הם מדקאמר ושנים מהם שלא מסר מודעה ע"כ שמע מינה דחדא נינהו ולא סתראי וא"כ הואל ומצינו מדברי הטור מוכח דסברת הרמ"ה מודה בה רב הא"י והרי"פ והרמב"ם בודאי גם סברת הרשב"א ליכא מאן דפליג עלה:

איך שיהיה הדרן למאי דאתן עלה הוא הואל ובבטול זה נמצא כתוב בו אלבא דהרשב"א דהוי פירושו בפסול עידיהון ודאי לית נגר ובר נגר שיהרוס אותו ולא מבעייא לסברת מהריט"ץ שמשווה דעת הרשב"א לדעת הר"ן ולאו סתראי ומכ"ש לפי דעת הרב מהר"א קורייאט בברית אבות שכתב דדעת הרשב"א ליכא מאן דפליג עלה וכן דעת הסמ"ע ס"ק ז"ך דס"ל דתיקון הרשב"א מועיל אלבא דהרמב"ם ומר"ן פשיטא דהכי נקטינן אלא אפילו לדעת הפוסקים דס"ל דהר"ן פליג על הרשב"א אהרן הנז' יכול לומר קי"ל כדעת הרא"ש דפסק מר"ן וכדעת הרשב"א ושאר פוסקים דסברי כוותייהו ובפרט דיש כמה פוסקים דס"ל דסברת הרשב"א ליכא מאן דפליג עלה ותו לא מידי:

והגם שמצינו במסירת מודעה זאת כתוב בזה"ל באופן שלא יהיה שום בטול למודעה ולגלוי דעת זו אפילו אוציאנה ואקרענה לפניכם לי"ב קרעים אחזור ואכתבנה עד כדי מאה ואין לה בטול כי אם ע"פ ב"ד הגדול שבעיר מראקס שיהיו לפנינו ויבטלו אותה ע"כ ומצינו להכנה"ג בהגהות הטור אות פ"ז שכתב וז"ל אפי' לדעת הרא"ש כל שהתנה במודעה שלא יבטל אלא א"כ נקרע המודעה קרע ב"ד וכ"ש אם נשבע אין המודעה בטילה מהרי"ט ז"ל וא"כ לכאורה נראה דגם כאן הואל וכתב במודעה שאפילו יקרענה מחזי דלא מהני הביטול אלא דאחר החיפוש ראיתי הדברים במקורן במהרי"ט עצמו ח"ב סמ"ג ששם באו הדברים באורך וברוחב ויהיב טעמא למילתיה ז"ל דהואל והתנה במודעה ונשבע שלא יבטל אלא אם כן יקרע המודעה קרע ב"ד דזה על תנאי זה הוא סומך ואינו גומר לבטל שהרי יש טענה ופתחון פה לומר שלא בטלתי שאם הייתי מבטלה הייתי קורעה שכבר נשבעתי שלא לבטל ואם איתא שגמר לבטל היה לו להוציא המודעה ולקורעה קרע ב"ד או לפסול העדים בשמם כמו שהתנה והואל ולא אמר כן אנן סהדי שלא גמר בלבו לבטלה עכ"ל וא"כ בראותינו דברים אלו ברוחב יש לנו לחלק בין נדו"ד לאותו נדון דמהרי"ט והחילוק פשוט דהתם מיירי דהתנה שלא יהיה בטול למודעה עד שיקרענה או יבטל עדי המודעה ומדמצינו דהיה לו לקיים תנאו ולקרוע המודעה ולא קרעה אין בטולי בטיל אבל בנדו"ד לא כתב כאן לא יהיה בטול עד שיקרענה אלא

כתב אפילו יוציאנה ויקרענה אין בטולו בטל נמצא דלא תלא הביטול בקרע והואל ולא תלה הביטול בקרע א"כ מה יהנה לן אם יוציאנה ויקרענה או לא יוציאנה הרי אין הביטול תלוי בקרע וליכא שום הוכחה למימר מדלא קרע לא בטל וזה חלוק פשוט וברור נוסף על זה בנדו"ד שעשה בטול מודעה אלבא דהרשב"א וכבר ביררנו הביטול אלבא דהרשב"א הוא פסול העדים וא"כ בנדו"ד הואל ובטל עדי המודעה הרי כאלו לא נעשית שום מודעה כלל וא"כ כשיוציא המודעה ויאמר הרי תליתי הביטול בקרע אף אתה אמור לו כבר פסלת עדי המודעה ולא נמצא לפנינו מודעה כלל כדי לדון עליה:
ואל יקשה בעיניך עוד לומר דסו"ס הרי כתוב במודעה זאת ולא יהיה לה בטול למודעה זאת כי אם על פי' בית דין שבמראקס שיבואו לכאן וכו' ודבר זה הוא דמי ממש לדברי מהרי"ט סימן מ"ג דאם התנה שלא יהיה בטול עד שיקרענה בעינן עד שיקרענה וא"כ גם כאן הואל והתנה כך עד שיהיה הביטול על ידי ב"ד מראקס נימא לא נתבטל זה לא יתכן ורב המרחק ביניהם דבשלמא התם הואל והיה בידו לקורעה ולא קרעה ודאי אין כוונתו לבטל כדכתב בדבריו מילתא בטעמא וז"ל ומדמצינו בשעת הבטול לא הוציאה וקרעה וכו' וא"כ בשלמא במקום שהיה בידו לבטל כגון לקרוע ולבטל ולא עשה ודאי אין כוונתו לבטל אבל במה שתלה עצמו בב"ד של מראקס ואח"כ חזר ונתפשר ובטל כיצד יכולים לומר מדהוה ליה לבטל על ידי ב"ד של מראקס ולא בטל מוכח דאין רצונו לבטל זה לא יתכין דאין דבר זה בידו לעשותו כדי שנאמר עליו מדלא עשאו אין רצונו לבטל דזה דבר שאי אפשר הוא וא"כ מאן לימא לן דלא בטל מרצונו וזה הוא פשוט דא דרבה יש לנו לומר כל מה שעשה מרצונו עשה:
גם על הדבר הזה יש תשובה כמו שדחינו לעיל דהיינו דלא כתב כל זה מהרי"ט אלא שלא נמצא כתוב בו בביטול המודעה פסול עדי המודעה והיה רצונו לפסוק כהרא"ש לכך הוצרך לכך אבל בנדו"ד שהיה הביטול בפסול עדי המודעה כמ"ש בודאי דלא נכנס זה במחלוקת כמ"ש:
איך שיהיה משנלע"ד בזה הוא דהמודעה מעקרה בטילה כמו שאמרנו לעיל ואפילו אם יביא עדי האונס כההיא דפרדיסא דאזי בצירוף המודעה ועדי האונס חשבינן לה מודעה עכ"ז במה שנתפשר ובטל בלשון כל מין מודעה וג"ד וכו' אלבא דהרשב"א וכו' נתבטל האונס והמודעה. זהו משנלע"ד וליה יצילנו מכל שגיאה אמן. כ"ד החותם באב הנחמות מש' תרנ"א פה סאלי יע"ה:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצב

להיות שהר"י צולטאן נלב"ע זה כמה והניח אלמנתו ויתום קטן בנה של האלמנה הנז' והניח להם מטלטלין וקרקעות ומיום שנלב"ע הר"י הנז' עד היום הזה האלמנה הנז' שולטת במה שהניח בעלה ועדיין עיסה אחת היא ובנה הנז' והיא המתטפלת בנכסים בעדה ובעד בנה והן היום עמדה האשה ומשכנה בית אחת מהקרקעות שהניח לה בעלה ביד ראובן כדין משכונה דסוריא לזמן מה ואחר שהחזיק הממשכן הנז' בקרקע הנז' רצתה האשה הנז' היא ובנה לבטל המשכונה הנז' וטענה שהקטן אינו רוצה למשכן הקרקע הנז' ואינו רוצה לקיים מעשה אמו הנז"ל ע"ז יורינו מו"ץ:

תשובה לזה הוא הנה מצינו לרבינו הטור בס' ר"ץ ס"ג דכתב וז"ל ואין ב"ד ממנין אפוטרופא לא נשים ועבדים וקטנים עכ"ל ופסקה מר"ן בקצר לסברא זאת בס' ר"ץ ס"ב א"כ הרי לפניך דאין הב"ד יכולים למנות האשה אפוטרופוס ואין שם אפוטר' עליה:

ואין לחלק ולומר דלא אמרו אין ב"ד ממנין אשה אפוטרופא אלא באשה דעלמא שאינה אם היתום אבל אם היא אם היתום נימא דיכולים למנותה אפוטרופא ז"א דזיל בתר טעמא דאין ממנין אשה אפוטרופא הוא מטעם שכתב רש"י בש"ס שם בפרק הנזקין והביא הב"י והסמ"ע סק"ה דהטעם דאין האשה ראויה להיות אפוטרופא משום שאין מדרכן לצאת ולבוא ולטרוח ע"כ וא"כ לפי טעם זה מה לי אשה סתם מה לי אם תהיה אם היתום דטעם זה יוצדק אפילו אם תהיה אם היתום ואדרבא עדיפא מזה מצאנו דאם היתום נגרע כחה מאשה דעלמא והילך לשון הרשב"ץ הביאו הרב"י בס' הנז' ס"ג וז"ל וכתב הר"ש בר צמח ז"ל אין מעמידין אשה אפוטרופוס כ"ש אשת המת שרוצה להרבות בכתובתה מנכסי היתומים עכל"ה הרי להדייא דאשה שהיתה אשת המת גרע כחה ואין לחלק ולומר דגם שם באשה דעלמא דבר הרשב"ץ דוקא דזה לא שייך ושבועת אלמנה תוכיח דקימ"ל אף אם תהיה האלמנה אם היתום צריכה לישבע א"כ משם יש להוכיח דאפילו אם תהיה האלמנה אם היתומים גרע כחה מאשה דעלמא ולפ"ז לכאורה נראה דאין לממשכן הזה כח וזכות בחלק היתום: אלא דלפי האמת קושטא קאי דזכה הממשכן בחלק היתום דהא לא אמרו דאין האשה יכולה להיות אפוטרופא אלא שאין הב"ד יכולים למנות אותה שתהיה אפיטרופא אבל מצד עצמם היתומים הלכו ונשענו עליה או אם נשאר מנכסי המת ביד האלמנה והיא מטפלת בנכסי המת בחלקה ובחלק היתום הנסמך עליה בזה פשוט דכל מעשה שלה קיים דדין זה מחלוקת שהביא הטור בסל"א וז"ל יתומים קטנים שסמכו אצל בעה"ב פירוש הן מעצמן נתחברו אליו ונשתדל בשלהן יש לו כל דין אפוטר' גמור למכור ולקנות ולכל דבר ואפי' סמכו אצל אשה

וכתב הראב"ד ז"ל שאין משביעים אותו וא"א הרא"ש ז"ל כתב שמשביעים וכ"ך הרמ"א וכתב הא דיש לו דין אפוט' דוקא שהקטן בן ט' שנים אבל פחות מב"ט לא ואפי' בן ט' אין לו רשות לבעל דין למכור אלא מטלטלין כי היכי דקטן גופיה מצי לזבוני אבל מקרקעי לא וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאין חלוקה אלא הרי הוא כאפיטרופא ממש ואפי' בקטן ממש עכ"ל נקטינן מזה דדבר זה הוא מחלוקת הפוסקים ונראה דפשוט דהדין היא כסברת הרא"ש שאיני מחלק בין קרקע למטלטלי חדא דהא רבינו הטור הביא סברת אביו הרא"ש באחרונה וכדרכי בכל מקים שמביא סברת אביו באחרונה במקום שרוצה לפסיק כוותיה והגם שהרב"י ז"ל אחר שהביא דברי הרמ"ה ודברי הרא"ש דלא מחלק בין קרקע למטלטלי הוסיף בדבריו וכתב וז"ל והריב"ש כתב בספר תנ"ה על דברי הרמ"ה באמת אפע"פ שיש מי שלא חלק בזה דברים נכונים בטעמם ורואה אני אותם עכ"ל א"כ מדברי הרב"י אלו שהביא דברי הרמ"ה והרא"ש ואח"כ דברי הריב"ש שהכריע כסברת הרמ"ה א"כ לפ"ז נראה דגם הרב"י אזיל כסברת הריב"ש שהיא סברת הרמ"ה אפי"ה אין לנו אלא סברת הרא"ש דלא מחלק דהא מר"ן בקצר בס' ר"ץ סכ"ד פסק דין זה דיתומים שסמכו וכו' ופסק בסתם וז"ל בסיום דבריו יש לו דין אפיטרו' לכל דבריו ובודאי הגמור מדלא חלק בין קרקע למטלטלין שהיא סברת הרמ"ה פשוט הוא דסתם הדברים כסברת רבינו הרא"ש דבין בקרקע בין במטלט' דין אפוטרופוס יש לו לבע"ה זה וכן ראיתי להרב משח"א דרבות"א ז"ל בח"ב ס' ק"ט שכתב באמצע התשובה וז"ל ודעת הרשב"א בס' תולדות אדם ס' מ"ט כדעת הרא"ש שיש לו לבע"ה שסומכין אצלו כל דין אפוטרפו' שמינהו אבי היתומים אף לקרקעות וכן דעת הרשב"א ס' רפ"ט וכן נר' דעת מר"ן ז"ל בש"ע עכל"ה הרי לפניך דהרב משד"ר זלה"ה פסיק ותני דדעת מר"ן בס' ר"ץ סכ"ד היא דסתם דבריו כדעת הרא"ש דאין לחלק בין קרקע לטלטול אלא דפש גבן לברורי דדוקא דלא נאמרו דברים הללו דלא שאני לן בין קרקע לטלטול דבכולהו מיחשיב בעה"ב שסמכו עליו כאפוטרו' גמור אלא אם הגיעו היתומים לבן ט' שנים אבל אם עדין לא הגיעו לכלל זה לא מחשיב בעה"ב זה לאפוטרופוס והגם דדין זה ג"כ נכלל הוא במחלוקת הרמ"ה והרא"ש כדכתבנו לעיל וז"ל והרמ"ה כתב דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מב"ט לא ואפילו בן ט' אין לו רשות לזבוני מטלט' כי היכי דקטן מצי לזבוני אבל מקרקעי לא וא"א הרא"ש ז"ל כתב דאין חלוק אלא הרי הוא כאפוטרו' ממש ואפילו בקטן ממש עכ"ל א"כ מלשון זה של רבינו הטור בפירוש של הרא"ש ס"ל דגם בקטן יש לו לבעה"ב דין אפוטרו' וכבר ביררנו דמר"ן סתם כדברי הרא"ש וא"כ נראה דמר"ן פוסק דאפי' בקטן יש לו דין אפוטרופוס זה לא יתכן דהא מר"ן בב"י כתב וז"ל ומה שאמר רבינו

ואפילו בקטן ממש אינו מבואר בדברי הרא"ש עכ"ל הרי לפניך דמר"ן ס"ל דלא כתב הרא"ש דין הקטן כלל ולא פליג הרא"ש על הרמ"ה אלא בדין הקרקע דוקא דלהרמ"ה מחשיב אפוטרופ' לקרקעית ולהרא"ש לא שנא וא"כ מצינן למימר דמה שסתם מר"ן כסברת הרא"ש וכתב בזה"ל יש לו דין אפוטרופים לכל דבר אלא לענין הקרקע והטלטול וכן ראיתי ג"כ סברא זאת הביאה הרב משד"ר וז"ל נמצינו למדין דלענין חלוק קרקעות ומטלטלים הנה רוב רבוואתא הסכימו דדינם שוה וכן מהרשד"ם חח"מ ס' רס"ג שרבים הם החולקים עליו קמאי ובתראי אבל בענין השנים אכתי לא נתברר שהריב"ש והרב"י סוברים דהרא"ש לא נתברר מדבריו שחולק על הרמ"ה אלא בענין מקרקעי וא"כ קם דינא דהרמ"ה דבעי דוקא מבן ט' וכן דעת הריב"ש להלכה עכל"ה הרי לפניך דהרב הנז' פסיק ותני דהרב"י ס"ל דלא נחלק הרא"ש על הרמ"ה אלא בדין הקרקעות וא"כ מה שסתם בקצר בודאי אזיל לסברתיה שבב"י דבקטן אין כאן מחלוקת ומידה הרא"ש להרמ"ה דאין דין אפיטרופוס לבן פחות מט' שנים וכן ראיתי להרב החביב זלה"ה בספרו הבהיר בע"י חי"י סימן ר"ז דס"ל דמר"ן פליג על דברי הטור שכתב דפליג הרא"ש על הרמ"ה יעו"ש איך שיהיה מכל מה שכתבנו הרי ביררנו דהרב"י ס"ל דבקטן אין כאן שום מחלוקת של הרמ"ה והרא"ש וא"כ מה שסתם דבריו בקצר ואמר אפוטרופא לכל דבר הוא לענין בין קרקע בין טלטול וא"כ לפ"ז יצאנו לחלק דאם היתום הזה הגיע לב"ט שנים בודאי דזכה הממשכן במשכונה דכבר ביררנו דדין אפוטרופא יש לאשה זה אפי' לגבי קרקע וידוע הדין דאפוטרו' יש בידו רשות אפי' למכיר ולקנות לטובת היתומים ואם עדיין לא הגיע לבן ט' א"כ נראה שאין ראוי להקרא לה שם אפוטרופוס וכל מעשיה מהבל ימעטו:

ואם היתום גדול והגיע לבן ט' שנים ג"כ בודאי דאין לממשכן הזה זכית בחלק היתום במה שמשכנה אמו דהואל והגיע לי"ג שנים אין כח ביד אפוטריפא לעמוד ולמכור בנכסי היתום דהואל ורשות היתום ביד עצמו לעמוד לשרת בשלו דאפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן ועדיפא מזה פסק מר"ן בש"ע בסי' ר"ץ סכ"ו וז"ל קטן שהגדיל אפילו היה אוכל ושותה יותר ומפסיד והילך בדרך רעה אין למנוע ממנו ממונו ואין מעמידין לו אפוטרו' עכל"ה וזמן הגדלות הוא שהוא י"ג שנים כמ"ש הריב"ש והביאו הב"י בסי' הנז' בסעיף ל"ג וז"ל עיין בהריב"ש סי' תס"ח וסי' ך' עכ"ל ובודאי דלזה נתכוון לכתוב דברי הריב"ש כדי לשער לנו זמן גדליתו דלא ישאר לו אפוטרופוס ולא לב"ד כח בנכסיו הרי לפניך דאחר שהגדיל היתום אין כחי אפילו ביד הב"ד עצמם להמנות עליו אפוטרופא מכ"ש אפוטרו' כהאי דהאשה יש לה דין אפוטרופוסת מכח ממה שסמכו עליה א"כ בודאי לא נשאר לה שם אפוטרופוס אחר שהגדיל היתום ומה שעשתה בנכסיו של היתום מעשיה

מהבל ימעטו דהוי אשה זאת כמו אדם אחר שמכר בנכסי חבירו: וכן ראיתי הדבר מפורש בס' בע"י חי"י סי' קנ"ו וזל"ה אבל אני שאלתי את פי האשה ואמרה לי שהנערה זה ימים או עשור עברה מפרקה והרי היא עכשיו בת י"ד שנים וכיון שהנערה היא גדולה מה יושיענו מכירת ב"ד ומה בין היותה בת י"ד או בת שלשים אטו אם ב"ד מכרו קרקע ראובן בלתי ידיעתו בהיותו גדול הנאמר דתועיל מכירתם ודברי הרמב"ם אינם אלא בקטנים פחות מבן י"ג שמכירת האפוטרופוס מהנייה אפילו לקרקעות אכן מבן י"ג שאין מכירת האפוטרופים כלים דאפיטרופא לדיקנני לא מוקמינן ה"ה דאין מכירת ב"ד כלום דלא אמרינן ב"ד אבוהון דיתמי אלא ביתומים קטנים לא בגדולים אם לא שהם שיטים או רטושים עכל"ה הרי לפניך דכל שהוא יתום בן י"ג מעשה אמו בטלים:

ואין לחלק ולומר בין מכירת קרקע לחלוטין למשכנתא דא שעתידה לחזור ליד היורשים ולומר דבזה דעתיד לחזור מהנייה מכירת האשה זאת דאין זה סברא דהואל ובן י"ג ומעלה ביררנו שאין במכירת האפוטרופוס הואל והוא מחשיב כאדם אחר דעלמא א"כ כמו שאינו יכיל למכור כך אינו יכול למשכן דטעם אחד להם ובפרט דשכירות ליומא ממכר הוי ואין חלוק כלל ועדיפא מזה ראיתי להרב בע"י חי"י בסי' ר"ו שהביא דברי מהריב"ל זלה"ה שנסתפק באפוטרו' ששכר קרקע היתומים בעודם קטנים לזמן ארוך אם קנויה שכירות זה לכל הזמן או דילמא לא מהנייא אלא לזמן קטנות היתום אבל לכשיהיה בן י"ג יכיל להוציאה מיד השוכר והעלה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ולכשיגדיל היתום יוציא הקרקע מיד השוכר א"כ קו"ח אם תחלת השכירות היתה בזמן שגדל כבר היתום בודאי אין כח וזכות כלל לשוכר בחלק היתום וכ"ז אפילו בשכירות שאינה לזמן מרובה מכ"ש משכנתא דסורייא שנמשכת לזמן מרובה:

ואם כן בנדו"ד הואל והיתום הזה כבר היה כבן י"ד פשיט דבטלה משכנתא זה לגבי חלקו ואפילו לגבי חלק האשה עצמה נ"ל פשוט דבטלה המשכונא דהא עדיין לא נשבעה שבועת אלמנה ומר"ן פסק באהע"ז סי' צ"ו ס"א כתב דאשה שמכרה בקרקע קודם שבועה אפילו נשבעה אח"כ אפי"ה מה שמכרה קודם בטל ומבוטל היא והגם דדין זה דפסק מר"ן באהע"ז הוא בכתובה דאורייתא דאין לאשה שום חלק בקרקע היורשים כי אם שעבוד בעלמא ויכולים היורשים לסלקה במעות בשביל זה מה שמכרה בטל אבל בנדו"ד דהאשה יש לה חלק בקרקע ואין היורשים יכולים לסלקה נימא דמה שעשתה עשוי וכמו שמצינו ראינו להרב מהריב"ו זלה"ה בח"ב שחלק כך עכ"ז ה"מ אם תשבע האשה אח"כ נתקיימו מעשיה למפרע אבל קודם פשוט הוא דאין לה כלום אפי' בכתובת

הקאסטילייאנוס א"כ בנדו"ד דעדיין לא נשבעה ומשכינה בודאי דמעשיה בטלים אפי' לגביה חלקה אבל אם תשבע אח"כ נתקיימו מעשיה למפריע לגבי חלקה זהו משנלע"ד: ואחרי כותבי ראיתי להרב כמוהר"ר יואל זלה"ה בספרו תוש"י ח"א שאלה ט"ל שנשאל על אחד שמכר קרקע שנפלה לבתו בירושה מפאת ירושת אמה והאב הנז' מכר חלקו וחלק הבת הנז' שנפל לה בירושה לתועלתה והסכימו הב"ד על המכר הנז' ובשעת המכר היתה הבת כבר בת י"ד שנה ועכ"ז פסק הרב הנז' דמכר האב קיים והביא ראיה לדבריו דהואל והבת לא היתה ראויה ויודעת להתעסק בדידה עדיין מחשיבה כקטן ועדיין שם יתום קטן עליה ונסתייע ההיא דהביא מור"ם ביור"ד סי' ק"ס וז"ל ומצינו למור"ם ביור"ד סי' ק"ס סי"ח שכ' שכל זמן שלא הגדיל לעסוק במזוניתיו כשאר אנשים אפע"פ שכבר הוא גדול בן י"ג שנה וכו' מקרי יתום לענין להלוות מעותיו ברבית דרבנן יעו"ש וכיון דמיקרי יתום להתיר בו האיסור כ"ש שיהיה לו דין יתום לענין שיהיה לאביה דין אפוטרופ' בעדה שיכול למכור וליקח בשלו לתועלתו כיון שהיתום איני יודע בטיב משו"מ עכ"ל הרב הנז': ואני הפעוט ראיתי ולא אבין דמה קו"ח עושה מזה למכירת קרקעותיו דשאני לענין רבית דרבנן הואל והיא לתועלת היתום ומשום כדי חייו הקילו בו לתועלתו ואחשבוה כקטן אבל להפקיע כחו וזכותו שיהיה כח וזכות ביד ב"ד וביד האפוטרו' למכור בקרקעותיו מי ישום להם יד לומר דידם כידו לחוב לו וגם זה נראה מדקדוק דברי מור"ם שם שסיים בדבריו וכתב דהואל ולא הגיע לכלל דעת מקרי יתום לענין זה ע"כ דמשמע לענין זה הוא דאחשביה קטן אבל לא לענין שאר ענינים דודאי לזה נתכוין מור"ם במלת לענין זה דנקט' בדבריו דמחזי כיתור דמי אלא ודאי דלזה נתכוון וכבר תמהו עליו כת החולקים עליו מכח הג"ה זאת כמו שמובן שם מתוך דבריו והוא עשה ישובים דחוקים כמו שנראה שם בדבריו:

גם הביא הרב הנז' ראיה לדבריו דמכר קיים ממ"ש המבי"ט ז"ל וז"ל שוב ראיתי להרב כנה"ג בסי' רל"ה בהגהות הטור אות ל"ג בשם הרב המבי"ט ח"א סי' קכ"ב דקטן פחות מבן עשרים שמכר קרקע שירש מאביו בהסכמת האפוטרו' ובהסכמת ב"ד שהמכר קיים מטעם כיון שאפילו הם קטנים יכול האפוטרו' למכור בנכסי היתום שירש מאביו אף למכור ברחוק ולגאול בקרוב ברשות ב"ד כשהם גדולים בני י"ג שנה שיכולים למכור בקרקעות שלהם אינו דין שיוכלו ג"כ למכור בקרקעות אביהם ברשות האפוטרו' דליכא הכא טעמא דאמרינן דעתיה לגביה זוזי דאיכא אפוטרופים בהדייהו וכ"ש אם ב"ד הסכימו אח"כ במכר ע"כ וכתב עליו הרב כנה"ג שבעיקר דינו לבי מהסס דהקו"ח שעשה הרב קו"ח פריכא הוא וכו' יעו"ש הרי לסברת הרב מהר"י מטראני ז"ל אפילו גדול שיודע

לישא וליתן אם הוא פחות מבן עשרים מועיל הסכמת הב"ד והאפוטרו' מכ"ש שעדיין לא היה בן דעת לישא וליתן דודאי תועיל הסכמת האפוטרו' על ידי ב"ד ואף שהרב כנה"ג פקפק בסברת הרב יודה בנדו"ד שאינה יודעת להתעסק שהיא כקטנה לכל דבריה ומכירת האפוטרו' והב"ד קיימת עכל"ה של הרב יואל זלה"ה:

ואני ההדיוט אומר דאחר נשיקות עפר מעל קבר איש האלהים לא ירדתי לסוף דעתו בזה דמה ראיה מביא מההיא דהרב המבי"ט זלה"ה ומה דמוי יש לנדו"ד דלענ"ד נראה דמ"ש הרב הנז' דבנדו"ד אפי' הרב כנה"ג יודה לזה אומר אני דאדרבא בנדו"ד אפילו הרב המבי"ט זלה"ה יודה בנדו"ד דאין מכר הב"ד והאפוטרו' קיימים דהא דינו של המבי"ט הוא במכר היתום בעצמו דמדאורייתא מעשיו קיימים אלא דרבנן עשו בו תקנה בקרקע שירש משום דדעתיה מקריבא אזוזי וא"כ מ"ט ומה נעים פסקו של הרב המביט זלה"ה דהואל והאפוטרו' וב"ד הסכימו על המכר דידיה א"כ נסתלקה חששת שמא הוזיל בדמי המכר וע"ז פסק דמהני ממכרו:

אבל בנדו"ד של הרב יואל זלה"ה דלא מכרה הבת כלל אלא דהאב והב"ד הם המוכרים בזה לית מאן דיאמר דהמכר קיים דהדר דינא לפסק הרב בע"י חי"י זלה"ה שהביאני לעיל ולפסק מוהריב"ל זלה"ה הנז' דחשיב ב"ד שמכרו בנכסי יתום גדול כאלו איש זר שמכר בנכסי חבירו ואין לו כלל על מה יחול אותו המכר ובפרט הרי מצינו להרב כנה"ג שדחה אפילו סברת המביט עצמה בס' בע"י חי"י ס' קנ"ו וס"ל איהו בפשיטות דאפילו מוכר היתום עצמו ברשות האפוטרו' לא מהני כלל דלאחר י"ג נחשב האפוטרופוס לאיש זר ולא אהני רשותו כלל והביא בדבריו שהרב מהרח"ש זלה"ה כך היא דעתו יעו"ש שדחה דברי הרב המביט לה"ה:

ואין לומר דאותו נדון שפסק בו הרב בע"י חי"י דלא מהני מכירת הב"ד והאפוטרופוס היינו ביתום שהוא יודע בטיב מו"מ לא כן היכא דיתום אינו יודע בטיב מו"מ נימא כפסקיה של הרב יואל זלה"ה דאפילו הוא גדול יכול למכור האפוטרו' זה לא יתכן דהא הנדון שהשיב עליו הרב בע"י חי"י הנז' הוא זה וז"ל להיות שבא אלי כתב משם מעכ"ת ובו כתוב שלהיות שמכירת הנערה בקרקע שירשה מאביה עד שהגיע לבת ך' שתעשה באופן זה דב"ד ימכרו את החנות ויבוא כתוב מידינו ומיד ב"ד איך מוכרים החנות הנז' ובזה הקונה יבוא על מקומו בשלום אין ספק אצלי, שכת"ר חשב שהנערה היתה פחותה מבת י"ג ולכן סבר שהב"ד ימכרו כדי שתהיה המכירה קיימת כמ"ש הרמב"ם ז"ל אבל אני שאלתי את פי האשה ואמ"ל שהנערה זה ימים או עשור עברה מפרקה והרי היא בת י"ד וכיון שהנערה בת י"ד מה יושיענו מכירת הב"ד וכו' יעו"ש עכל"ה הרי שהרב

בע"י חי"י הואל ושמע שהנערה בת י"ד תמה על הרב הפוסק היאך יאמר שבת י"ד תהיה מכירת הב"ד מהני בה ולא תלה דברי הרב הפוסק אלא שטעה בנערה ונדמה לו שהיא בת י"ב שנה ולזה כתב לו שאל את האשה ואמ"ל שהיא בת י"ד ולפי דברי הרב יואל זלה"ה דמחלק בין בת י"ד שיודעת בטיב מו"מ לשאינה יודעת א"כ מאן אמ"ל להרב בע"י חי"י שאותו פוסק טעה בשני הבת ונדמה לו שהיא בת י"ב נימא דהחכם הפוסק ידע בה שהיא בת י"ד אלא שאינה יודעת בטיב מו"מ כדכתב הרב יואל דעדיין ראויה לאפוטרו' ולב"ד או לפחות הו"ל להרב בע"י חי"י להכניס ספק זה בדבריו אלא בודאי דהאי חלוקה לא נזכר ולא נשמע אלא כל שהוא בן י"ג ומעלה אין רשות לא לב"ד ולא לאפוטרו' בנכסיו כלום ופשוט בעיני דהרב יואל זלה"ה אילו ראה דברי הרב כנה"ג בספר בע"י חי"י היה חוזר בו מפסק זה:

איך שיהיה בנדו"ד פשוט בעיני מה שמשכנה האשה האלמנה חלק בנה לא יועילו מעשיה כלום שאפילו איכא לספוקי בהאי קטן היתום ונאמר עדיין אינו יודע בטיב מו"מ אפי"ה אין לנו אלא דברי הרב בע"י חי"י שכתבנו ופסקיה של הרב יואל זלה"ה לא נתחוור אצלי הן מצד דבלא"ה יש עליו חולקים כמ"ש הוא בדבריו הן מצד דראיותיו ז"ל יש עליהם תשובות כמ"ש ופשוט אצלי דנעלם מהרב ז"ל דברי הרב הכנה"ג בספרו בע"י חי"י הנז"ל ועדיפא מזה דעד כאן לא פסק כן הרב אלא בנדו"ד שהיתה מכירת האב והאב מחשיב לאפוטרו' גמור והוא קודם לכל לא כן באשה דאינה ראויה להיות אפיטרו' ומיגרע גרע כחה ולא עשו לה דין אפוטרו' אלא מכח מה שסמכו היתומים אצלה בזה איכא למימר דאפילו הרב יואל זלה"ה יודה דאין במעשיה כלום ואפי לו במכירת האב עצמו לא פסק הרב כן אלא בצירוף הסכמת בדי"ץ לא כן בנדו"ד דהאשה היא מוכרת ואין כאן שום הסכמה של ב"ד פשוט דמעשיה בטלו מאליהם ואין אימר ואין דברים וצוי"מ יימ"ן. כ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצג

נשאלתי מאפוטרופוס אחד שמנהו אבי היתו' בשעת מיתו על נכסיו וכן היה עמד האפיטרו' הנז' והשתדל בנכסים והן היום האפוטרופוס רצה לקחת מן הנכסים שכר טורחו מהו הדין:

וזאת תשובתי פשוט לדעתי דיכול ל ליטול שכר טורחו וכמ"ש מיר"ם בחימ"ש סי' רס"ד ס"ד וז"ל וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואל ולא צויתיך אלא צריך ליתן לו שכרו עכ"ל וא"כ גם כאן אפילו לא אמר לו המת

שיטול שכר וגם האפוטרו' לא דבר מאומה ועבד בסתם יכול הוא לתבוע שכרו והגם דאיכא למימר הואל ויש מצוה בדבר שמשתדל בשל יתומים והנה שכרו אתי בעולם שכולו טוב ונימא אפשר דמחל במה דעבד דלשם מצוה איכוון זה אינו דחלוק זה לא נזכר ולא נפקד ובפרט מצאתי ראיתי להרב משכנות הרועים ז"ל או"פ סל"ד אות פיעל ששם הביא סברת מור"ם דס' רס"ד שכתבנו וסיים עליה וז"ל וכתב הרב"ד ז"ל ל סימן ג ג"ל ומכאן נראה לע"ד דמי שעמד ושרת את החולה בלי צוואתו שחייב לשלם לו ולא מצי למימר לשם מתנה איכוין עכ"ל הרי ל פניך דאפילו במקום מצוה דאין לך מצוה גדולה יותר מזה שמפקיח על החולה ואין לך גמילות חסדים יותר מזה ועכ"ז פסק הרב דיכול לתבוע שכירותו ומכ"ש נדו"ד בודאי דיכול לתבוע שכירותו:

שוב ראיתי להרב חתם סופר בחומ"ש ס"ס שמדבריו נראה שם דמנהגים שלקחו שכר טורחם בשביל שעשו השתדלות במעות הקופה הדין עמם יעו"ש דהסמיך דבריו ג"כ על דברי מור"ם שהבאתי לעיל וכל זה לא הוצרכתי אלא ליסד הדבר מן הדין דבלאו הכי מנהג נהוג ועינינו רואות שאין שום אפיטרו' שאינו נוטל שכר טורחו וכך מנהגים מימות הראשונים אפילו מנוהו בדי"ץ דמן הראוי דיי ליה במה שהוחזק לנאמן יעוין הדבר בהרב"י סי' ר"ץ מכ"ש מינהו אבי היתומים פשוט דנוטל שכר טורחו שהוא דבר קצוב מימות הראשונים דהיינו שליש בריוח שירויחו המעות ואפילו לא גילה דעתו לא אבי היתום ולא אפוטרו' סתמו כפירושו דאדעתא דמנהגא נחית הואל ומנהגא נהוג בודאי הנה שכרו אתו ופעולתו לפניי. זהו משנלע"ד וצוי"מ וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצד

באופן שרצו הב"ד למכור קרקע היתומים לטובתם ע"פ תשובת הרשב"א שהביא הרב"י בסי' ר"ץ סי"ז יעו"ש והספק דידיה הוא אם צריך שומא והכרזה כדין הכתוב בש"ע סק"ט ס"א יע"ש או לא ועלה על דעתי למימר דלא הצריכו שם בסק"ט השומא אלא אם באנו להגבות הבע"ח לכך צריך שומא כדי שיטול אותה הבע"ח בשומתה אבל אם באנו למוכרה לקחת בידינו המעות לאיזה טיבותא למאי צריך השומא הרי כל מגמתינו אינה אלא לקחת המעות בידינו וא"כ שומא זאת מה טיבה:

אלא דעכ"ז נלע"ד דצריך לעשות שומא כדי שלא למכור נכסי יתמי פחות מכדי שווים וזה גמר ערוכה בכתובות ד"ק וז"ל הגמרא אמר רב יהודא אמר שמואל מטלטלים של יתומים שמין אותם ומוכרים אותם לאלתר רב חסדא אמר אבימי מוכרין אותם לשווקים ולא פליגי הא דמקרב שוקא הא דמרחק שוקא ע"כ ופשוט מלשין הגמרא זה דלא בא

רב חסדא לחלוק על רב יהודה אלא על מאי דאמר מוכרין אותם לאלתר אבל על מאי דאמר שמין אותם לא בא לחלוק ולומר דאין צריך שומא אלא מוליכם אותם לשווקים ולא צריך שומא דזה לא יתכן דלא מלבד שאין הלשון מורה כן אלא אדרבא פשט הלשון מורה דצריך שומא אלא צריך ג"כ להוליכו לשווקים ולא שייך לומר דכוונת רב חסדא דכשיוליכנו לשווקים א"ץ שומא דא"כ הוא למה הוצרך תלמידא לומר דלא פליגי הא דמקרב שוקא הא דמרחק שוקא הו"ל למימר דתרוויהו בדמקרב שוקא או בדמרחק שוקא קא מיירי אלא דמר אמ"ח ומר אמ"ח ולא פליגי ותרוויהו מודו דבאחת עלתה לו אלא ודאי דעל השומא לא פליג רב חסדא אלא ס"ל אפילו במקום שצריך להוליכו לשוק דהיינו אם היה השוק קרוב לפי האוקמתה עכ"ז מצריך שומא וטעמא דמילתא כדי שנדע שומת הדבר ולא נמכור נכסי דיתמי בפחות משווים וכ אוקימתא זאת פסק הש"ע בסי' ר"ץ ס"ט וז"ל כל המטלטלים של היתומים שמין אותם ומוכרים אותם בב"ד ואם היה השוק קרוב למדינה מוליכם לשוק ומוכרים אותם עכל"ה הרי לפניך דאפילו במטלטלי דיתמי דיש ביד בדי"ץ כח למכור עכ"ז הצריכו שומא כדי שלא יהיה להם אונאה ובפחות משומא לא מכרינן מכ"ש בקרקע דיתמי דלא נתן שום רשות לב"ד למכור זולת לפי סברת הרשב"א הנז' בודאי דצריך שומא והכרזה כפי מה שנתבאר בסק"ט יע"ש:

וכל זה איננו שוה לי דהגם דהרב"י הביא תשובת הרשב"א הנז' לטובת היתומים יכול למכור קרקע דיתמי סברא זאת אינה מוסכמת היא שהרי הרב בני חיי בס' ר"ץ הגהות הב"י כתב על תשובה זאת של הרשב"א וז"ל ומהרלנ"ח סימן צ"ה כתב דהר"ן לא רצה מעשה כזה ושכן נראה דעת הרמב"ם וכתב מהרר"ח בנבנסתי תשובה כת"י דה"מ למכור קרקע היתומים לפרוע חוב אביהם בפחות דסו"ס מכרו קרקע יתומים אבל להשביח בפחות וליקח דמים לבנותו שלא יפול אף הרמב"ם, והר"ן יודו בזה יעו"ש הרי לפניך להר"ן והרמב"ם ובשטתייהו אזל מהרלנ"ח הנז' משמע דאפילו במקום חובות שעל הקרקע עכ"ז אינם יכולים למכור לשלם החובות לטובת היתומים מכ"ש במקום שאין פסידא ליתמי אלא כדי להרויח במעות מן הספק בזה אפשר אדרבא גם הרשב"א יודה וק"ל וכן מוכח מלשון הרב מוהרי"ע זלה"ה בס' בית יהודה ח"ב סע"א בפסקת כללה דמילתא כתב וז"ל שהרי מצינו בקרקע היתומים שאינו נמכר כלל ואפילו הכי אם ראו הבדי"ץ שימשיך תועלת מוכרין כגון אם היתה רבית אוכלת בהן עכל"ה מכאן מוכח מדבריו דאינו יכול קרקע היתומים לימכר כי אם במקום רבית אוכלת דהויה פסידא דיתמי ותו לא. זהו משנלע"ד:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצה

נשאלתי בראובן שמת ומינה לשמעון אפוטרו' על נכסיו וכן עשה שמעון קיים צוואת ראובן וירד לנכסי ראובן להתעסק בנכסים כדרך האפוטר' ולזה שאול נשאלתי כמה ראוי ליטול בשט"ו והגם שהאפוטרו' גמר אומר אפילו יהיה דינו ליטול מחצה או שליש הריוח בשט"ו עכ"ז לא יטול כי אם רביע דוקא אך נפשו לשאול הגיעה אולי יהיה הדין ליטול פחות מרביע גם שאול שאל האיש הואל ולוקח שע"ו מן הרווחים מהו הדין אי חשיב כשותף לענין שאם יום מחר או מחרתו יהיה נאבד איזה דבר מן הקרן אי צריך גם האפוטרו' לשלם לפי ערך שט"ו שנטל או לא ושאלתינו זאת הוא באפוטרו' שירד בסתם ולא קצבו לו הב"ד לפי הנראה בעיניהם כמ"ש הש"ע בס' ר"ץ ס"ח יעו"ע ע"כ יומ"ץ ושכמ"ה:

תשובה לזה באמת דבר זה אין אנו צריכם לחפש ולשרת אחריו מה יעשה ישראל מדברי הפוסקים כי על זה וכיוצא אמרו פוק חזי מה עמא דבר שהדבר ידוע מקמאי דקמאי שכל אפוטרו' סתמו כפירושו לעולם נוטל שליש בריוח הממון המעט הוא אם רב וכמו שעינינו ראו לרבותינו גדולים בתורה וביראה שנתעסקו בזה לתועלת היתומים והיו נוטלים שליש מן הריוח לעצמם וא"כ הואל ומנהגא נהוג אזלינן בתריה דהמנהג עיקר כמו שמצינו בכמה מקומות כמ"ש הש"ע בחומ"ש סר"ך סט"ו ובס' רכ"ט ס"ב ובס' ש"ח ס"ג וא"כ על זה יש לנו להשען כי מנהג אבותינו תורה:

אלא דלרווחא דמילתא אמינא לך דמנהג אבותינו הוא מיוסד ע"פ התורה והם אמת ומנהגם תורת אמת דהא מצינו בגמרא בב"מ דף ס"ח ע"ב אתמר שם בני רב עיליש נפק עלייהו ההוא שטרא דהוה כתוב בו פלגא באגר פלגא בהפסיד אמר רבא רב עיליש גברא רבה הוא ואיסורא לאנשי לא הוה ספי מה נפשך אי פלגא באגר תרי תלתי בהפסיד אי פלגא בהפסיד תרי תלתי באגר ע"כ הרי לך מבורר מכאן דשט"ו בהתעסקותו בשל חבירו הוא שליש מן הריוח כמו שיתברר לך מדברי רבא אלו יע"ש ובפירש"י ומימרא זו דרבא פסקה הש"ע בס' קע"ו ס"ד שכתב ז"ל הנותן מעות לחבירו סתם להתעסק בהם ולא פסק עמו בתחילת העסק דבר לשט"ו וכו' יהיה שכר המתעסק בחצי הפקדון שליש ריוח הפקדון עכל"ה הרי לך מנהג הראשונים מיוסד הוא ע"פ הש"ס והש"ע דיטול בשט"ו שליש בריוח וכן יתבאר לך מדברי הש"ע בס' ר"ץ ס"ת שכתב ז"ל ויפסקו לו בשכר כפי מה שיראו הדיינים או שליש השכר או חציו או וכו' הרי לך דלכתחילה אמרו לפסוק לו שליש ואם לא ירצה נותנים לו חצי וכו' ולא אמרו דלכתחילה נותנים לו רביע ש"מ דמסתמא שכר האדם הוא שליש ופשיט וכן ג"כ ראיתי הדבר בפסק אחד של הרב הגדול

מוהריב"ע זלה"ה בפסק אחד בס' משפט וצדקה ביעקב ששם כתב השכירות האפוטרו' יכול ליטול שליש הריוח יע"ש וא"כ הרי לך יסוד מיוסד ששכירות האפוטרו' הוא שליש וזה האפוטרו' שנהג טובת עין שלא ליטול כי אם רביע זו מדת חסידות שני כאן שכמ"ה: ועל מאי דשאל בדין אם נאבד מן הקרן איזה דבר אם יהיה מחויב האפוטרופוס לשלם חלקו בהפסיד לערך שט"ו שנוטל כדין שותף או לא גם לדבר הזה יתברר לך ממה שכתבתי דאינו חייב לתת שום פסידא כלל והוא ממה שכתבתי לך מעובדא דגמרא דבני רב עיליש דנפק עלייהו שטרא והוה כתיב ביה פלגא באגר פלגא בהפסיד ואמר רבא אי פלגא בהפסיד תרי תלתי באגר ואי פלגא באגר תרי תלתי בהפסיד ופירושה הוא דמובן מדברי רש"י שם דהיינו אם המקבל עסקה יתן פלגא בהפסיד יקח שני שלישים בריוח וטעמא דמילתא משום דכל עסקה פלגא מלוה ופלגא פקדין וא"כ אי אמרינן יתן המתעסק פלגא בהפסיד א"כ צריך לקחת שני שלישים בריוח דרך משל אם הריוח ששה דינרים יקח המתעסק ארבעה ובעל המעות יטול שנים דהואל וזה המתעסק נוטל מחצה בהפסיד א"כ אם יקח ג"כ מחצה בריוח דוקא א"כ יש כאן איסור רבית דבשביל פלגא מלוה שהלוה לו הוי טורח לו בפלגא שלו לכך צריך ליטול שני שלישים בריוח שהם ארבעה דאזי הוי שלשה מהם בשביל פלגא מלוה שבידו ואחד נוטל מחלק חבירו נמצא הוי נוטל שליש בריוח של חבירו והוא שכרו נמצא זה הנותן בפלגא פקדון של המתעסק לו בו זה המקבל אם יש בו פסידא בזה חלק הפקדון נוטל לעצמו כל ההפסיד וכשיהיה בו ריוח צריך ליתן לו שליש בשט"ו וא"כ ממנו נבוא לנכסי היתומים שביד האפוטרו' מי שם פה לאדם לומר שאם יאבד איזה דבר מן הקרן שצריך לאפוטרו' לשלם וכי האפוטרו' שם מתעסק עליו אינו אלא פועל בנכסי היתומים ושכרו הוא שליש כמו שמבורר לך דהטורח בנכסי חבירו ראוי ליטול שליש בריוח שכך שעורו ופשוט ואין זה צריך לפנים:

שוב גם לדבר הזה ראיתי הדבר מפורש בס' ע"ט סופ"ר המכינה לרבינו יעבי"ץ זלה"ה ששם אחר שהעתיק שטר מנוי האפוטרו' שם נמצא כתוב בזה"ל וכל מה שיעשה האפוטרופוס כפי ראותו שחשב להועיל למו אם ח"ו לא הועיל למו מחשבתו לא ישלם מביתו מה שהפסיד ואפע"פ שניטל חלק לא יתן חלק בהפסיד כי שכר טורחו הוא נוטל בריוח ואין לו דין מתעסק בנכסי היתומים כי היתומים קרובים לשכר ורחוקים מההפסיד עכ"ל הרי לך בפשיטות דאין על האפוטרו' שום פסידא במה שיאבד בנכסי היתומים: אך מה שיש להסתפק הוא באפוטרו' שהיו בידו מאתים של יתומים ומזה עשה עסק במנה עם ראובן ובמנה עשה עסק עם שמעון ובמנה של ראובן הצליח והרויח

ומנה שנתן לשמעון נאבד אבוד מהו הדין אי אמרינן דמדאותו ריוח שהרויחו עם ראובן לא יטול בו ריוח האפוטרו' ומאותו ריוח ישלמו חסרין המנה של שמעון או נימא דהאי לחודיה והאי לחודיה דהריוח שהרויחו עם ראובן יטול ממנו האפוטרו' שליש בשט"ו וחסרון מנה של שמעון יהיה לאחריות היתומי':

וגם זה אני אמרתי בחופזי דודאי כך הוא שיטול שליש בריוח של ראובן ופסידה להוי לאחריות היתומים דדמי זה למי שנתן לכתף להעביר לו שני חביות ממקום למקום ובעודו עובר בהם בא אנס ושבר אחת מהם ולא נשאר בידו אלא אחת והעבירה לי למקום שצווה האם נאמר הואל והאחת נאנסה יפסיד זה שכרו מהשניה אשר עבד בה:

ועיין להרדב"ז ח"א ש"ת שנשאל בראובן ושמעון שעשו שותפות והתנו שראובן יטול בריוח מחצה ובהפסיד רביע ובעודם מתעסקים הרויחו מנה וחזרו והפסידו חצי מנה וכשבאין לחלוק אומר אקח חצי מנה מהריוח ואפסיד שמינית מנה מן ההפסיד שהוא רביע חצי מנה ושמעון אומר אין חשבון אלא בשעת חלוקה ונסליק ההפסד מן הריוח וישאר חצי מנה נחלוק אותו אלה היו דברי השאלה ופשיט ליה הרב ז"ל תשובה הדין עם שמעון כי לדעת ראובן נמצא כאלו חלקו השותפ' בשעה שהרויחו המנה וחזרו ונשתתפו והפסידו חצי מנה וזה אינו שהרי לא חלקו וכו' כללא דמילתא דאין חשבון הריוח וההפסיד אלא באחרונה כשבאים לחלוק וטעמא רבה איכא דאפשר שירויחו ויפסידו כמה פעמים ואם אתה מחשב כל ריוח והפסיד בפני עצמו אפשר שיטול ראובן כל הקרן ושמעון ילך בפחי נפש עכ"ל עיניך רואות פסק הרב הנז' דדוקא בשותפים הואל ואין להם חשבון עד יום החלוקה בזה הוא דאמרו הואל והחשבון עד שעת החלוקה אין לשמעון לומר אטול המחצה בריוח אלא הכל יהיה נכלל עד יום אחרון ומכח מילתא בטעמא דאמר רב כמש"ל אבל באפוטרו' שאינו שותף כלל בהפסד ובריוח ואין נוטל כי אם שכר טורחו מן הריוח הנכנס נמצא כל עסק שיכנס ממנו הריוח קמא קמא יכול ליטול ממנו שט"ו מדין ארוס דתקיל ויהיב תקיל ושקיל מה תענה דגם כאן לפעמים יהיה האפוטרו' מרויח ממון רב ומעות היתומים יארע בהם הפסיד ונמצא האפוטרופוס הרויח והיתומים הפסידו מאי הוי דבשלמא בנדון השותפים אין זה מן הסברא כמ"ש הרדב"ז שכתב וטעמא רבה וכו' התם הואל והם שותפים בהפסיד ובריוח אינו מן הסברא לומר שיטול מחצה בריוח ורביע בהפסיד זה לבדו וזה לבדו משום דלפעמים וכו' כמ"ש הרב אבל כאן מאי הוי אפילו לפעמים יקרה שהאפוטרו' ירויח והיתום יפסיד לא איכפת כי האפוטרופוס אינו שותף בריוח ובהפסיד דאינו אלא פועל ולא דמי אלא לכתף לשני חביות כמש"ל ויכול ליטול מן הריוח ולא מן ההפסיד ותו לא מידי ופשוט וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצו

לקראת מלך רב אור נערב הרב המופלה וכבוד ה' מלא הדו"מ כמוהר"ר יוסף בירדוגו נר"ו יצי"ץ ויפרח ויאיר וזרח כי"ר. אחר דשו"ט יודע למר' ניהו רבה שקבלתי כתבו הטהור והבהיר ונשתעשעתי בדב"ק וסו"ד העלה כת"ר שאחר שיפרע הר' שלמה אלמאליח מן הקרקע מה שישאר בקרקע ה' אפילו לא יגיע אלא לדבר מועט זהו מה שיטול בחלקו היורש השני ואין להוציא מיודא היורש שום פרוטה וחיליה דמר' הוא מסיפא דדבר מור"ם בהג"ה דס' רפ"ו ס"ג דרצה לפרש בה על דרך מה שפסקו הרב משנה למלך והרב המלאך רפאל זלה"ה בדינא דרישא דדברי מור"ם בהג"ה הנז' ורצה כת"ר לו' דגם מור"ם זהו כוונתו ברישא דידיה כדברי הרב מש"ל דידו של היורש על העליונה ומזה יצא האדון לדון ולומר דגם בסיפא דדבריו לזה נתכוון דמאי דקאמר מנכין היינו אם חלק הירושה עדיף אבל אם מה שפדאו אביו עדיף ליה מחלק ירושתו בזה לא דבר מור"ם ואינו חייב להחזיר העודף ליורשים וחיליה דמר' הוא מהיקישא דמיר"ם להני תרי פסקי דינים בהג"ה אחת זה אח"ז וטעמא דסיפא דידו על העליונה הוא משום שמא אביו לשם מתנה נתכוין שמא לשם הלואה נתכוון וע"ז אין להוציא מיד הבן דהמע"ה זהו תוכן דב"ק:

וע"ז תמיהא לי מילתא דמהיכן הרגלים להסתפק בדבר זה ולפרש דדברי מור"ם דסיפא הם משום ספק והמע"ה והרי דברי מור"ם קרו בחיל דלהלואה גמורה אמרינן בסתם ולישניה שכתב רק הלוה לו וכו' ואדרבא מלשון זה יש לדון דאם דמי הפדייה הם יתירים על חלק ירושתו יש לדון אותו בעמוד והחזיר קאי והדקדוק הוא מדכתב מור"ם בלישניה דלא אמרינן מתנה אביו נתן לו רק הלוה לו עכל"ה דהנה לפי דבריך קשה לן האי אריכות הלשון דמדקאמר דלא אמרינן מתנה אביו נתן לו למה הוצרך להוסיף רק הלוה לו דהני תיבות יתירות הכב"ד הנה דמדאמרינן שלא לשם מתנה נתן בודאי דלהלואה יחשבו אלא דלפעד"ן דאדרבה לזה נתכוין מור"ם בהוספתו תיבות רק הלוה לו דאם היה אומר כי אם מלת ולא אמרינן דלשם מתנה נתן הייתי מפרשו פירושו הוא דלא אמרינן בודאי דלשם מתנה נתכוון אלא איכא לספוקי הכי והכי ומזה היה יוצא לנו הדין כמ"ש כת"ר דידו על העליונה ועל זה הוצרך לסיים רק הלוה לו דפירושו דבסתמא בודאי דלהלואה נתכוון וממילא לא נפקא לן ולא מידי דהואל והלואה בידו פשוט הוא דאם חלק הירושה הוא פחות מדמי הפדייה בודאי דצריך להחזיר ליורשים מה שנשאר בידו כאלו יש להם הלואה ביד אדם אחר:

ופוק חזי מ"ש הלבו"ש בסי' רנ"ב סי"ב וז"ל האב חייב לפדות את הבן אם אית ליה וכן כל קרוב וקרוב קודם לפדות קרובו והפודה חבירו מן השבייה אם יש לו אח"כ לשלם חייב לשלם ולא אמרינן מבריח ארי מנכסי חבירו הוא עכל"ה והנה בודאי פשוט דמ"ש והפודה חבירו אפילו הוא קרובו בודאי האי קרובו קאי אמאי דתני ברישא אפילו האב לבן וכמ"ש כל הקר"ב הקר"ב קודם ואביו בכלל קרובו הוא וממילא מאי דנקט אפילו הוא קרובו הוא כולל כל הקרובים אב ואם וכו' ועכ"ז פסק דאח"כ כשיהיה לפדוי מעות חייב לשלם ולא חש הרב הלבוש להזכיר אלא דלא מקרי מבריח וכו' אבל לחשש מתנה לזה לא חש כלל דפשוט הוא בעיניה דכל מה שיתן אדם בעד בנו וקרובו לא מיקרי כי אם הלואה ובזה באו דברי הלבוש מכוונים לדברי מור"ם בחו"מ בסיפא דהג"ה שכתבנו דלאו מתנה נתן רק הלואה ולפי דברי כת"ר דהדבר בספק אם אביו לשם מתנה או לשם הלואה נתכוון א"כ תיקשי ההיא דהפודה את חבירו מן השבייה דמפרש בה הלבוש אפילו האב לבן חייב לשלם ולפי דבריך שמא אביו לשם מתנה אכווין א"כ היאך יכול האב לגבות מן הבן הרי מוטל על האב להביא ראיה דלשם הלואה נתכוון אלא בודאי דמסתמא להלואה אכווין והגם דמור"ם בס' רנ"ב ביור"ד לא הזכיר כ"א הפודה את חבירו ולא הזכיר קרובו אין לנו לומר דמור"ם פליג על סברת הלבוש אלא שכן דרכו של בעל הלבושים לבאר ולהרחיב הענין בדברי מר"ן ומור"ם ובפרט דבריהם ממקום אחד חוצבו ובפרט דגם מור"ם עצמו גילה דעתו בחו"מ סי' רפ"ו במאי דכתב הפודה את בנו מן התפיסה וכו' דפודה בנו מן התפיסה כפודהו מן השבייה דדין אחד להם וכמ"ש מדברי מר"ן בחו"מ סי' ק"א סי"א ועיין להרב מוהריב"ו זלה"ה שכן העלה דתפיסה על ממון כשבייה דמייא יעו"ש וא"כ בודאי דמאי דמצינן לאשווי דמתנה דמור"ם למתנה דהרב הלבוש ולומר דמאי דכתב מור"ם הפודה את בנו מן התפיסה דלאו למתנה אכוון רק הלואה ולומר הלואה דקאמר היא הלואה בודאי ולא מכח ספק בודאי הכי עדיף כדי שיהיה מור"ם והלבוש על דעת אחת יסמכו:

א"כ הרי לפניך אפילו מה שנותן בעד פדיית גוף בנו לא אחשבינהו אלא להלואה וחייב הבן לשלם ומכ"ש באשה זאת שלא נתכוונה אלא לגמול חסד עם בנה שהיה מדבר על לבה שתגמול עמו חסד ביני ביני עד שישלם לשלמה הנז' ולא נתנה מידה כלום אלא דעתה הוא שבנה אמוד ובקרוב יפרע להרש"ל הנז' ולא יהיה לה בזה כי אם אהבת חסד עם בנה כידוע לקרובים ופשוט הוא דלא נתכוונה כלל לשם מתנה:

שוב ראיתי להרב שמש צדקה ס"ז שנסתפק ביעקב שהיו בניו ראובן ושמעון עמו בעיסתו ושידך יעקב את בת ראובן ללוי ופסק לה נדונייא ונשאת בת ראובן בחיי יעקב זקנה

ואח"כ נלב"ע יעקב ובאו הבנים לכלל חלוקה ופסק שם דהזקן לשם מתנה נתכוון הואל והיא בת בנו כבתו דמייא וחלקו עליו שם ואמרו דהגם דמי שעושה נדונייא לבתו או לבנו בחייו לא תתנכה מן האמצע דוקא בבנו ובבתו אמרו דמצוה עליו להשיאן והביאו ראיה על זה עד גדר דבר נדוי אם אינו עושה לבנו ולבתו כדי צורכן אבל בבת בנו ובן בתו לא יעוש"ב וסיים עליו וז"ל וגדולה מזה אמרו דאפילו בבנו ובבתו דוקא בצורכי חופה הוא דאמרינן למתנה אכוון אבל בשאר הוצאות שאינם צורכי חופה לא אמרינן למתנה אכוון רק הלואה דוקא וכמ"ש מהרי"ו בתשובה דמי שנתפס ביד הערלים דלא אמרינן אביו למתנה אכוון רק הלואה והביאו מור"ם בחו"מ בהג"ה סי' רפ"ו ס"ג וכ"ך הכנה"ג הגהות הטור אות ה' דמסתמא בודאי לא מחל לו וכבר כתב חלוק זה הרב פמ"א זלה"ה עכל"ה הרי לפניך מדברי הפוסקים הנז' דכל מה שיתן אדם בעד בנו אינו לשם מתנה זולת צורכי חופה:

ומדברי הפוסקים הנז' יש סתירה לדבריך במאי דסלקא דעתך לומר דאם היה הקרקע נמכר בחיי האשה היית דן בו דלשם מתנה נתכוונה והאמת לא כן הוא דהרי ביררנו משם כמה פוסקים דאפי' אם היתה האשה עצמה נותנת מידה ליד בע"ח של בנה לא אמרינן לשם מתנה נתכוונה דהא ביררנו דכל מה שיתן אדם בעד בנו אינו אלא הלואה זולת הוצאת הנישואין וגם אסוף דינא שהעלה כת"ר שיד יהודה על העליונה פשוט לדעתי שגם מדברי הרב שמש צדקה והרבנים שהביא דעתם הוא דלהלואה גמורה יחשב כל מה שיתן אדם בעד בנו זולת צורכי חופה וממילא הואל והלואה גמורה יחשב פשוט הוא דבעמוד והחזיר קאי ומכ"ש נדו"ד דמגרע גרע טפי דלא נתנה האשה מידה ליד בנה כלום להסתפק בדבר ולא נתכוונה אלא לגמול חסד עם בנה ותו לא מידי: אלא דפש גבן לברורי במאי דאקשינהו מור"ם להני תרי דיני ומזה רצה כת"ר בדעתו הרחבה לעייל פילא בקובא דמחטא ואנא בהורמנותיה דמר' קאמינה חדא דרישא עצמה לא נתברר אם דעתיה דמור"ם כך היא דעתיה העליונה כסברת הרב מל"ך או לא כדי שתאמר סיפא דומייא דרישא אלא אפילו אם תמ"ל דכן הוא דעתיה דמור"ם דאפושי פלוגתא לא מפשינן עכ"פ בסיפא נמי אפושי פלוגתא לא מפשינן בין מור"ם ובין הלבו"ש דפסיק ותני דחייב הבן לשלם דלהלואה בודאי אכוון וכן דעת הרב שמ"ץ והרבנים שהביא:

ומה שהביא מור"ם שני הדינים האלו אחת הוא משום דשני הדינים האלו הם מתשובת מהרי"ו ולכך הביאם זה אח"ז ואדרבה מדקדוק דברי מור"ם נראה דלא דמו דאם כדברי רו"ם דדין אחד להם הו"ל למור"ם לומר וכן הפודה את בנו מן המאסר וכו' אלא בודאי מדלא כתב וכן ש"מ דהאי בדיניה והאי בדיניה אלא דמאי דקשה לן במאי דנקט מור"ם

וז"ל מי שפדאו אביו מן המאסר מנכין לו וכו' דלפי דברינו זה דחייב להחזיר ליורשים היתר על חלק ירושתו למה נקט מנכין לו הו"ל לאשמועינן דעדיפה מינה דגם להחזיר חייב על זה יש להשיב ולומר דבודאי האי מלת מנכין אינה מדברי תשובת מהרי"ו וממילא מור"מ נקטה בלשניה אגב רישא דצריך למכתב בה מנכין וכמ"ש כת"ר משם הרב מש"ל והרה"ג כמוהרר"ף זלה"ה:

זאת ועוד אחרת דיכולים עוד לומר בין ברישא בין בסיפא מנכין לאו דוקא אלא ה"ה יחזיר ומאי דנקט מנכין אורחא דמילתא נקט דמסתמא פשוט הוא שאין אדם מוציא נדונייא לבנו שיעור מה שיעלה לו בירושתו וכן הפודה וכו' וממילא על הרוב תמצא שאין אדם נותן בפדיון בנו ונדוניית בנו אלא פחות משיעור ירושתו ולכך נקט מלת מנכה ואין זה דוחק. סו"ד משנלע"ד בעיני אלהים אם ישר ובעיני כת"ר יכשר שאין לאשה הזאת שום גריעותא מדינא דערב קבלן המוזכר בסיק"ל ס"א הן מדברי הפוסקים שזכרתי לך ונוספה עליהם האומדנות שזכרתי לך למעלה וממילא חייב יהודא לשלם לאחיו חצי קרקע הנמכר אם יראה בעיני רו"ם ולכת"ר החוה"ש. עשרה ימים לאלול ש"ש התרמ"ה לפ"ק פה סאלי יע"ה. כ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצז

שאלה באתי לחלות פני וכו' להודיעני דעתו הרחבה במעשה שבא לידינו שיודע למעכ"ת שהחכם כההר"ש אלעדי ז"ל נלב"ע וחיים לאדוני שבק ויורשים שלו הם בנות שתי אחיותיו דהיינו אחיותיו כבר נלבע"ו קודם ואחותו אחת הניחה בת אחת ואחותו הב' הניחה שתי בנות והנה כפי התקנה כשלא הניח יורש המתאבל תטול אשתו שני שלישים ושליש ליורשים נמצא בנדו"ז יתחלק הטזבון לי"ב חלקים אשתו תטול שמנה חלקים והבת שמאחותו האחת שני חלקים ושתי בנות שמאחותו השנית שני חלקים והנה מכלל עזבונו הניח מחצה בה"ך הידועה להרב הקדוש החסיד העניו כמוהר"ר של"ם אזאווי זצוק"ל קרקע ושררה וידוע דאין האשה נוטלת בשררת בה"ך דהו"ל ראוי אלא משום כבוד בעלה תטול בשררה כאחד מהבנים בנדו"ד היאך תטול בשררה אם שני שלישים או כאחת מן האחיות או כאחת מן הבנות של האחות השנית ועל הכל שכמ"ה:

תשובה ראיתי להידיד שנסתפק באשת מהרש"א ז"ל אם יש להעלותה לאיגרא רמא או להורידה לבירא עמיקתא הנה מה שנסתפק ידידי להעלותה שתטול שני שלישים גם בשררת בה"ך דבר תמוה הוא דהא מן הראוי שלא תטול כלל הואל ולא נמצא מפורש בתקנה ולא בדברי האחרונים מהו הדין במקום שאין יורש מתאבל כיצד נוהגים בשררה

וא"כ הן מצד הדין דאין האשה נוטלת בראוי הן מצד התקנה הרי דבר שלא נמצא מפורש העמדהו על דת"ש ואינה נוטלת כלל אלא הואל ומצינו שאמרו בפירוש במקום היורש ונטלת כאחד מהבנים דין הוא שנלמד במכ"ש במקום דאין יורש מתאבל שתטול חלק בשררה אך דיו לבא מה"ד להיות כנדון מה התם כאחד מהבנים אף כאן כא' מהיורשים ואינו מן הסברא כלל להעדיף כחה במקום שאין מתאבל דהואל וכל מה שנוטלת אינו אלא משום כבוד בעלמא כל זמן שהיא יושבת לכבודו מה לי במקום יורש מתאבל או שאינו מתאבל ובפרט לא ידעתי מהיכן הונח לומר במקום שאין יורש מתאבל להשוות שררה שהוא דבר ראוי ליטול בה שני שלישים כשאר מצוי מאי שנא כאן ממקום שיש יורש המתאבל שנוטלת מחצה במצוי ואפילו יש לו עשרה יורשים אינם נוטלים כולם כי אם מחצה דהשתא במצוי שקולה כנגד כולם ועכ"ז בשררת בה"ך אינה נוטלת אלא כחד מנייהו ומאי שנא במקום שאין יורש מתאבל למה כת"ר רצה להשוות שררת בה"ך לשאר מצוי ליטול גם בה שני חלקים אתמיהא:

גם במה שנסתפק כת"ר להורידה לבירא עמיקתא שלא תטול אלא כאחת משתי אחיות של האחות הב' גם בזה ודאי אין להסתפק דאם באת להסתפק בזה הוא הדין היה לך להסתפק אפילו במקום יורשים המתאבלים כגון ראובן שמת והניח שני בנים ואחד מבני ראובן מת בחיי ראובן והניח הבן עשרה בנים ואח"כ מת ראובן שהדין הוא שהבן שנשאר חי לאחר מיתת ראובן נוטל חלק אחד ובני המת כולם נוטלים חלק אחד ואשת המת שני חלקים במצוי והיה לך להסתפק כיצד נוטלת בשררה שהניח ראובן אם תטול האשה חלק כדין הבן שנשאר חי אחר מיתת אביו או כאחד מהבנים של הבן האחר שמת בחיי אביו ועל כן אני אומר דגם על ספק זה אתמיהא דאם באנו לספק זה אין לדבר סוף ונתת דברי רז"ל לשעורין דלפעמים תמצא האשה נוטלת כאחד מבני המת יוצאי ירכו ממש כגון שמת ויורשיו הם בניו ממש יוצאי ירכו ואזי נוטלת כאחד מהיורשים ולפעמים תמצא שמת אחד מהם והניח שנים או שלשה בנים שאזי לפי ספק זה לא תטול כאחד מיוצאי ירכו אלא כאחד מבני בניו שמת וזה לא יתכן דהואל והדין משתנה לפעמים נוטלת כאחד מהיורשים ולפעמים נוטלת בפחות לא הו"ל לרבותינו לסתום ולחתום הדברים למימר נוטלה כאחד מהיורשים אלא הו"ל לפרש אלא האמת יורה דרכו שמה שאמרו רבותינו שכל זמן שהיא יושבת לכבודו נוטלת כאחד מהיורשים הכוונה היא שבמקום בנים הרי היא חשיבה כבן בין הבנים ואם היורשים הם אחים הרי היא כאחד מהאחים ותו לא מידי ומידי דהוה שבן בין הבנים נוטל חלק אחד ובני אחיו כולם נוטלים חלק אחד גם היא חשובה כבן ליטול חלק אפילו במקום שיש בני הבן

שכולם נוטלים חלק אחר ופשוט וא"כ גם אשת מהר"ש אלעדי ז"ל חשבינן לה כאלו הניח מהרש"א הנז' אחריו שלשה אחיות ותטול שליש בשררה כל זמן שהיא יושבת לכבודו. ולכת"ר החיים והשל"ם בע"ה לסיון התרס"א וצוי"מ וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצח

לעי"ת מאזאגאן יע"ה ע"ע שטר שדוכין ראיתי מה שכתב החכם השואל נר"ו מה יהיה דיני של שטר שדוכין אלו קושטא קאי דהכי קי"ל בש"ס ובפוסקים דכל דאי אסמכתא היא ולא קנייה והוא פסק הש"ע בס' ר"ז סי"ג וז"ל וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם אפע"פ שהם בעדים ושטר אם יהיה כך או תעשה כך וכו' לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה ע"כ:
אלא דבשטר זה לא נגע ולא פגע ביה דין אסמכתא דכאן נמצאו במיטב תלתא כתדא טעמים המבטלים האסמכתא טעם הראשון בקדש נחדר דהנה מצינו להרב"י בסר"ז שהאריך כמידתו לכל רוח להביא סברת הפוסקים באומר מעכשיו אי מבטל האסמכתא או לא ואחר שצלל במים אדירים מסקנתו היא דלדעת הרמב"ם באומר מעכשיו לחוד מבטל האסמ' ולדעת הרא"ש במעכשיו לחוד לא מבטל האסמכתא ויש דיעות אחרות ע"ע בהרב"י ובד"מ בס' ר"ז אכן אנן אתכא דמר"ן סמכינן ומצינו לו כי בחר לו דרך והעלה על שולחנו הטהור בחומ"ש סר"ז סי"ד לסברת הרמב"ם שפסק וז"ל כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה שאלו לא גמר להקנות לא הקנה וכו' וגם כאן בשטר זה נמצא כתוב שחי"ע בסך שלש מאות דורוס מעתה ומעכשיו והכי קי"ל הלכתא ולית דין ולית דיין:
זאת ועוד אחרת כאן נמצא ששטר זה נעשה בשבועה תמורה כמ"ש בשטר השדוכין שבו כתוב בקש"מ ושח"ך וכו' ומצינו למר"ן בסי"ח שפסק לסברת המרדכי בשם מהר"ם שפסק וז"ל נדר ושבועה ותקיעת כף מהני אפילו באסמכתא ע"כ ועדיפא מזה סיים מור"ם עלה וז"ל וכן אם כתב בשטר שקבל עליו בש"ח וש"ד וכו' ופירוש דברי מור"ם הוא דאפילו לא היה לא שבועה וכו' עכ"ז הואל וכתוב בשטר שקבל עליו מבטל האסמ' וכמו שפירשה הסמ"ע בס"ק נ"ד לדבר מור"ם אלו יעו"ש א"כ בשטר זה דלא מלבד שכתוב בו שקבל עליו בש"ח דעפ"ז לבד היה מהני אפי' לא הי' הש"ח בפועל כ"ש דפשוט דהיה הדבר בפועל פשוט דמבטל האסמכתא וחייב החתן לשלם אפילו על פי טעם זה השני:

הן אמת דלטעם זה דמשום שהיה הדבר בש"ח מבטל האסמכתא היה כאן מקום להאריך דהגם דהסמ"ע בס"ק נ"ג הוכיח במישור דאם היה הקנין בש"ח מהנייא לחזק הקניין ואפילו ישאל על שבועתו לא מבטל הקנין עכ"ז הרי רבים חלקו עליו הרב"ח והש"ך והטו"ז וראיתי להרב יואל זלה"ה בס' תוש"י סימן ס"ח שכתב דלא קי"ל כהסמ"ע בזה אלא כמור"ם בהסכמת הב"ח והטו"ז והש"ך יעו"ש וא"כ הדבר במחלוקת שנוי ומה גם שכבר הורה זקן דלא קי"ל כהסמ"ע עכ"ז היינו לענין דאין עושה קנין גמור ויכול לשאול על שבועתו אבל אנן אין מורים לו כן אלא אמרינן יתפלש באפר ויקיים שבועתו כמ"ש ביור"ד ע"ש ובפרט שהמשודכת תפוסים בידה הסבלונות יכולה לומר קי"ל כהסמ"ע וסיעת מרחמוהי אלא דכאן אין אנו צריכים לכל זה הואל והיה הדבר בקוש"ח ומעכשיו לית נגר ובר נגר דיפרקיניה לשטר זה אפילו אי לא הוה שטר זה שטר שדוכין אלא שטר דעלמא מכ"ש בנדו"ד שהוא שטר שדוכין שהוא עדיף טפי דהא מצינו לדעת הרא"ש והתוס' דס"ל דכל קנם שעושים בשדוכין לא הוי אסמכתא והביא סברתם מר"ן בסט"ו בשם י"א וז"ל י"א שקנס שעושים בשדוכין לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את חבירו ע"כ וסיים עלה מור"ם וז"ל וכן המנהג פשוט בכל גלילות אלו ומיהו קנין צריך וכן נוהגים ע"כ הרי לך דקנס השדוכין עדיף משאר חיובים דלדעת הרא"ש והתוס' דקנס השדוכין לית ביה משום אסמכתא הן אמת דמצינו למר"ן דדעתו לא כך הוא אלא פסק שם בסתם דבריו כדעת הרמב"ם שהביא רבינו הטור דתיקון הקנס הוא כדעת חכמי ספרד שכתב כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות האסמכתא וכו' וגם באהע"ז ס"ק ס"ו לא הביא סברת הרא"ש כי אם סברת חכמי ספרד שכתב הרמב"ם א"כ ש"מ דהכי קי"ל למר"ן לדינא עכ"ז הרי מצינו להרב אחרון חביב הוא הרב הגדול מוהריב"ו זלה"ה בח"א ס' קס"א שהביא דעות הרבה והעלה דעד כאן לא פליגי אלא לענין חיוב תשלום כל הקנס שקצבו אבל לחייבו בדמי הבושת אפילו הרמב"ם יודה יעו"ש: ומה גם לפי פסק הרב המשבי"ר שהביא הרב מהריב"ו שם אחר שחתם פסקו חזר וכתב שוב ראיתי להרב המשבי"ר שפסק וכו' יעו"ש דמשם באורה דרב המשבי"ר דעתו דעת עליון לפסוק כדברי הרא"ש והתוס' דפסק מר"ן בשם י"א דבקנס שדוכין לית ביה משום אסמכתא וכתב שם המשבי"ר דכן עלתה הסכמת המאורות הגדולים דיתבי על מדין בעי"ת פאס יע"ה ע"ש וגם הרב מהריב"ו זלה"ה נראה דכך דעתו לפסוק שהרי אחר שחתם פסקו חזר וכתב שוב בא לידי פסק הרב המשבי"ר זלה"ה מדבריו אלה מוכח וברור דדעתו נוטה לאותו פסק וכל זה משנה שאינה צריכה לגבי נדו"ד שהוא שטר שדוכין ואית מעכשיו וש"ח לית דין צריך בש"ש:

ועל מאי דשאיל מינן עוד על ענין הסבלונות ששלח הארוס לארוסה אם יהיו נדונים בחזרה גם דין זה מבואר בש"ע אהע"ז ס"ן ס"ג וז"ל השולח סבלונות לבית חמיו בין מרובים בין מועטים וכו' וחזר בו האיש יחזרו הסבלונות כולם חוץ מהמאכל ומשתה וכלים מועטין ששלח לה להשתמש שם בבית אביה אם נשתמשה בהם ובלו או אבדו אינם משתלמים אבל אם היו קיימים הכל חוזר וגובה אותם בב"ד שהדבר ידוע שלא שלחם אלא דרך נוי עכ"ל ובנדו"ד ג"כ עתיד לשלם הארוס הזה הסך של הקנס עכ"ז כלים המועטין שבלו או אבדו אינם חוזרים כי מילתא בטעמא דמעקרא ובראשונה מיהב יהבינהו לה ללובשם מיום ששלח אותם לה עכ"ז נתחייב לשלם בשעת החזרה הרי לך דדעתו היא שתלבש ותבלה מה שראוי לבלות ועכ"ז אם יחזור בו חייב עצמו לשלם עוד הסך של הקנס וא"כ קם דינא הדברים מועטים ששלח אם בלו ונאבדו ה' ימלא חסרונו ומה שעדיין קיים עם שאר כלי זהב וכסף העושים לתכשיטין ואין מדרכם לבלות הרי הם בעמוד והחזיר קאי אחר שישלם הארוס כל הסך של הקנס ותו לא מידי. וליה עינינו יצילינו מכל שגיאה. החותם ביומי ההגבלה כאן שנה לראו"ת טו"ב פה סאלי יע"ה: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן קצט

נסתפקתי בראובן ששכר ביתו לשמעון ואח"כ מכרה ללוי והן היום נפלה ביתו של לוי אם מצי לוי להוציאו לשמעון או לא והספק נולד לי דהנה מצינו אם נפלה ביתו של משכיר בודאי דיכול להוציאו ואין צריך ליתן לו שלשים יום או עד ימי הקיץ וכמ"ש מר"ן בסי' שי"ב סי"א דיאמר ליה לאו בדין הוא שתהיה אתה יושב ואני מושלך עכל"ה ואם ג"כ נימא יכול לומר ליה לאו בדין הוא וכו' או נימא דהואל והוא לוקח ואינו משכיר ראשון יכול לומר ליה לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה הואל וגברא דאתית מחמתיה עדיין ביתו קיים ואם בא הוא להוציאני אינו יכול הואל וביתו קיים א"כ גם את לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה או דלמא הואל ואלו היה המשכיר נפלה ביתו היה יכול להוציאו גם הוא יכול להוציאו:

והגם דמר"ן ג"כ בסי' שי"ב סי"ב פסק וז"ל מכר הבית או נתנו לאחר או הורישו אין שני יכול להוציאו אלא עד שיודיענו קודם ל' יום שהרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שזכית בבית זה עכ"ל עכ"ז ספיקא דידן במקומו עומד דיכולים אנו לומר דדין זה דסי"ג שהביא מר"ן קאי אאם נפלה ביתו ג"כ מיירי מר"ן דאין הלוקח יכול להוציאו הואל ובית המשכיר עדיין קיים וכמו שהמשכיר אינו יכול להוציאו בה שעתא הואל

וביתו עדיין קיים גם לוקח זה לא עדיף מיניה או דלמא דמר"ן לא קאי אלא במקום דלא נפלה ביתו של לוקח אבל אם נפלה ביתו של לוקח הוי כאלו נפלה ביתו של משכיר ואם הוה נפלה ביתו של משכיר מצי מפיק ליה גם לוקח זה זכותו קנה ועדיין הספק במקומו עומד:

ואמרתי אני לברר ספק זה מכח מאי דקשה לי על ספק הרמב"ם והש"ע והקושייה היא דהנה דין דנפל ביתו של משכיר ושל נתן הבית לבנו וכו' ושל מכרו אי נתני במתנה וכו' דפסקו הרמב"ם בפרק ששי מהלכות מכירה הלכה ט' והלכה י' והלכה י"א ומר"ן פסקה בסי' שי"ב סי"א וי"ב וי"ג עקרם הם במציעא דק"א ע"ב וז"ל הגמרא שם פשיטא נפלה לה ביתא אומר לו לא עדיפת מנאי זבנה או אורתה או יהבה במתנה א"ל לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה כלליה לבריה חזינן אם הוא אפשר לאידועיה אם בעי ליה לאודועי ואי לא א"ל לא עדיפת מנאי ע"כ לשון הגמרא הרי לפניך דינים אלו סדורים הם דינא דנפל ביתו של משכיר הוא הראשין ואחריו דינא דזבנה או אורתה ואח"כ דינא דכלליה לבריה וכו' וכן הביא הרי"ף ז"ל הגירסא כמו שהיא שנוייה בגמרא וכן פסק רבינו הטור דינים אלי כמו שהם שנוים בגמרא וא"כ ע"ז קשה לי על דברי הרמב"ם למה פסק דינא דזבנה אורתה וכו' באחרונה והפך דין האחרון השנוי בגמ' שהוא כלליה לבריה ופסקו קודם דינא דזבנה וכו' האמור קודם ממנו וגם המחבר קשה עליה למה נקט כסדריה של הרמב"ם ולא נקט כמו שסדרם הרי"ף והטור כמש"ל: לזה אמרתי אני דלפעד"ן דודאי לזה נתכוון הרמב"ם דהיינו חשש שמא בלימוד הגמרא הטועה יטעה ויאמר דדין זה דזבנה או אורתה וכו' קאי אדינא קמא דנפל ביתו של משכיר ושמא נימא דגם בבא דזבנה בענין זה דנפל ביתו דהיינו בנפל ביתו של ליקח ואפי"ה אינו יכול להוציא דיאמר ליה לא עדיפת את מגברא דאתית מחמתיה דהואיל ואיהו לא מצי מפיק הואל וביתו עדיין קיים אף אתה כן לזה בא הרמב"ם וכתב דין זה אחר דכלליה לבריה דלא מיירי בשום נפילה לומר לך דגם דין זה דזבנה לאו בנפילת ביתו של לוקח מיירי כדי שתדוק מינה אבל אם נפלה ביתו של לוקח מצי מפיק ליה דיאמר ליה הלוקח וכי אם הוה נפלה ביתו של משכיר לא מפיק לך גם אני במקומו זהו משנלע"ד לומר נתכוון הרמב"ם בהפוכו וכוותיה פסק מר"ן וגם הרי"ף והטור איכא למימר דכך ס"ל והגם דלא הפכו הדין כמ"ש הרמב"ם אין משם ראיה דלישנא דגמרא נקטו ולא חששו לטעות זה: וכעין דקדוק זה ממש ראיתי מדקדקים הפוסקים בכמה מקומות וחדא מנייהו במ"ש מר"ן בחמ"ש סי' שי"ו ס"א וז"ל שנים ששכרו בשותפות אינם יכולים לכוף זה לזה לחלוק אותו שהבית אינו שלהם והקשה הסמ"ע שם סק"י וז"ל קשה דכאן סתם המחבר כדברי הרא"ש שכתב

הטור בשמו ובסי' קע"א ס"ט סתם המחבר כדברי הרמב"ם שכתב הטור בשמו בסוף הסימן וז"ל אחד השוכר מחבירו קצת שדה או חצר שאין בו דין חלוקה או שנים ששכרו מקום אחד בשות' כל אחד יכול לכוף לחבירו לחלוק ואם יש בו דין חלוקה חולקין עכ"ל הטור יש לישב ולומר דמ"ש כאן אינו יכול לכופו לחלוק היינו דוקא בית שתשמישו מרובה ויש בו הזיק ראיה ואם ידורו יחד צריך לחלוק במחיצה כדי לסלק הזיק ראיה לזה קאמר דאין יכולים לחלוק במחיצה ובסי' קע"א לא הזכיר בית אלא שדה וחצר והקדים המחבר שדה לחצר וי"ל דמשום הכי הקדימו ללמדנו דחצר דנקט הייני דומייא דשדה האמורה קידם למלת חצר דהייני מיירי בחצר שאין בה תשמיש קבוע שאין בו הזיק ראיה כ"ך ובאלו סגי סמן שעושה באמצע השדה או חצר שידוע להם גבול כל אחד וזה יכולים לעשותו אף בחצר שאינו שלהם והטור שכתב על דברי הרמב"ם שכתב בסי"ס קע"א וז"ל תימא היאך יחלוקו במחיצה דבר שאינו שלהם אלא בשכירות עכ"ל לא כתב אלא לפי פשיטות משמעות הרמב"ם שהקדים לכתוב בפ"א דשכנים דין חצר לדין שדה ואז אין במשמעותו דחצר דומייא דשדה נקט אלא משמע דאף בסתם חצר איירי ומשו"ה שפיר השיגו עכ"ל הסמ"ע: א"כ הרי עיניך הרואות דכתב הסמ"ע דהואל והרמב"ם כתב בפ"א מהלכות שכירות חצר קידם שדה ובא מר"ן לפסוק אותו דין הרמב"ם בסי' קע"א והפך הלשין דהרמב"ם ובמקום שיכתוב חצר או שדה כתב הפך וכתב שדה או חצר ש"מ דחצר דנקט הוא דומייא דשדה הקודם לה הרי לפניך דכוונת המכוון הפך הדינים למשמע דין זה וא"כ גם אני אביא דהרמב"ם כאן בהאי דינא דזבנה דהפכו וכתב דין נתן איתה לבנו לישא אשה קידם בודאי לזה נתכוון לומר ג"כ דהאי זבנה וכו' הוא דומייא דנתנה לבנו לישא אשה קמיירי דשם לאו בנפילה קמיירי אלא דלא נפלה קא מיירי וגם כאן דזבנה וכו' לאו בנפלה ביתו של לוקח קא מיירי אבל בנפלה אין חלוק בין לוקח למשכיר: אלא דכל זה איננו שוה לי דלפי סברא זה דהרמב"ם ס"ל דאם נפלה ביתו של לוקח יכול הוא להוציא את השוכר וא"כ קשה קושייא על הגמרא דאמרה פשיטא נפל ביתא ה"ז מוציאו דיאמר ליה לא עדיפת את מנאי זבנה אורתה או יהבה במתנה א"ל השוכר לא עדיפת את מגברא דאתית מחמתיה ע"ך קשה על זה דלפי סברא זה דגם אם נפלה ביתי של לוקח מצי מפיק ליה א"כ לא הו"ל הגמרא לומר אלא נפלה ביתו של לוקח אומר לא עדיפת מנאי ואנא ידענא דמכ"ש נפלה בית המשכיר עצמו דמוציאו דהא קו"ח הוא דהא אפילו לוקח אם נפלה מצי מפיק ליה ולא מצי משכיר למימר ליה לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה שהוא המשכיר ועדיין ביתו קיימת וא"כ מכ"ש אם נפלה ביתו של משכיר עצמו דלית ליה לשוכר שום טענה בודאי דמצי מפיק ליה וגם נשמע מדין

זה דדוקא בנפלה ביתו של לוקח הוא דמצי מפיק ליה אבל בלא נפלה בודאי דלא מצי מפיק ליה וא"כ קשה למה הוצרכה גמרא לכתוב שם בית דנפל ביתו של משכיר ודיהבה וכו' ע"כ מדקדוק זה נ"ל בפשיטות דאפילו נפלה ביתו של לוקח לא מצי מפיק ליה לשוכר מהאי טעמא דיאמר ליה לא עדיפת את ממשכיר דמשכיר עצמו לא מצי מפיק ליה הואל וביתו עדיין קיים: והגם דעדיין קשה על הרמב"ם למה הפך דינים הסדורים בש"ס אפשר לומר דהרמב"ם כך היתה הגירסא לפניו הוא כמו שסדרם בהלכותיו והגם דהרי"פ והרא"ש והטור לא סדרו אותה אלא כמו שהיא סדורה לפנינו אין כל כך דוחק דאפשר הרמב"ם לא היתה לפניו כך:

גם יש לתרץ ולומר דהרמב"ם בכוונה הפכם והט הוא כדי לסדר הדינים במדרגות דבדינא דס"ט כתב נפלה ביתו של משכיר ה"ז מוציאי ואין בה שום חלוק ודינא דס"י בכללה לבריה יש בו מקום דיכול להוציאו ויש בו מקום שאין יכיל להוציאו דהיינו אם היה בדעתו להשיא דהו"ל להודעיה ודינא דסי"א מיירי באינו יכול להוציאו בשים אופן הרי לפניך שלשה דינים אלו זו למעלה מזו לכך סדרם כך דכך דרכו של הרמב"ם לסדר הדינים לא כן בגמרא אדרבה קתני דבר בהופכו דהרישא אימר משכיר לא עדיפת ובסיפא דרישא אומר השוכר אדרבה לא עדיפת את וכו' וסיפא דסיפא יש בה חלוק זהו משנלע"ד כעת לישב על דברי הרמב"ם אבל לגבי הדין מה שנ"ל פשיט הוא דאפילו בנפלה ביתו של לוקח לא מצי מפיק ליה מכח הקושייא שכתבתי:

והן היום בלומדי בישיבה במס' מציעא דק"א ע"ב שמחתי שמחה גדולה דכאשר דמיתי כן מצאתי להרב פחד יצחק קורייאט ז"ל בספרו פחד יצחק הנז' על הש"ס דפסק כן וכתב דכן מצא בתשובת הריב"ש זלה"ה והילך מ"ש הרב הנז' וז"ל זבנה או אורתה וכו' מספקא לי אם נפל ביתו של הלוקח או היורש אי הוי דינו כדין המשכיר עצמו שבא מכחו או דלמא אדעתא דהכי נחית שוכר זה והדבר צריך אצלי תלמוד ולכאורה נ"ל לומר דלא מצי מפיק ליה ויש לדקדק כן מלשון הש"ס דאמר פשיטא זבנה אור ה מצי א"ל לא עדיפת וכו' וקשה דמילתא דפשיטא היא ומאי אצטריך לש"ס להשמיענו זה ולכן נראה דדין זה עצמו הוא דאצטריך להשמיענו והכי פירושו זבנה אורתה וכו' ונפלה אחר שמכרה לאחר ובא עליה דדינו כאלו נפל בית המשכיר וקאמר דאינו כן אלא דמצי שוכרו למימר ליה לא עדיפת את מגברא דאתית מיניה פי' דהשתא מיהת ביתו של משכיר קיימת ולא מצי מפיק ליה ואת נמי לא מצי לאפוקי לי בטענת נפל ביתך דאין כחך יפה מפני שנפל ביתך כיון שהמשכיר עצמו אין לו להוציאני ושוב מצאתי בתשובות הריב"ש סי' רכ"ז דפסק כן עכ"ל הרב פחד יצחק זלה"ה:

ואני בעוניי תמיהא לי על הרב הנז' איך לא הכריח הדבר מכח הקושייא שהקשיתי והלך אחר הפשיטות איך שיהיה עכ"פ הרי בירורנו הדין ממ"ש הרב הנז' דאפילו בנפלה ביתו של לוקח אינו יכיל להוציא את השוכר: אלא דאחרי כן ראיתי להרב זכור לאברהם בח"א אות שין שכתב וז"ל אם נפל בית הקינה עיין למהריק"ש ז"ל שכתב דמן הספק זכה הקונה יעו"ש וכן שמעתי שכתב בפרישה איך שיהיה הרי הדבר הוא במחלוקת הפוסקים שנוי וכעת אין בידי לא ספר הריב"ש ולא ספר מהריק"ש לראות טעם כל אחד ואחד והשם יזכני לאור באורם אכי"ר. ועכ"פ לגבי הדין משנלע"ד בודאי כסברת מהריק"ש נקטינן הואל והדבר הוא במחלוקת הפוסקים שנוי והלוקח מיקרי מוחזק הואל והקרקע בחזקתיה קיימא יכול לומר קים לי וזה משנלע"ד לכתוב לפי חסרון הספרים שאינם בידי ולכשאפנה אשנה בעה"ו והצור יצילנו משגיאות ויראינו מתירתו נפלאות כי"ר. הכ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ר

נשאלתי בקטן פחות מבן עשרים ששכר לאחרים קרקע שהניח לו אביו אם קנה זה השוכר איתו קרקע או לא ע"כ:

תשובה מצינו למר"ן בסי' רל"ה ס"ט שפסק דקטן שמכר קרקע אביו לא מהני עד שיהיה לו עשרים שנים והביא שתי שערות ע"כ ומצינו דדין שכירות הוא כדין מקח דשכירות ליומא ממכר הוי וכמו שמצינו שכ' הסמ"ע ס"ק כ"ד על מאי דכ' מר"ן ס"ה בדין אם קנו מיד הקטן אי השכיר מקים המטלטלים וחזר בו לא קנה הלוקח שאין מוציאין מיד הקטן בדין וכו' וע"ז הקשה הסמ"ע בס"ק כ"ד דהא אין כאן הוצאה דמיד שהשכיר לו המקום שהמטלט' מונחים עליו הרי הן מונחים ברשות לוקח ואין כאן הוצאה מיד הקטן ע"ז תירץ דמ"מ שכירות הקטן בקרקע אינו כלום כמו שאין במכירתו כלום דשכירות ליומא ממכר הוי ע"כ הרי מדברי הסמ"ע אלו נראה לכאורה דבמקום שאינו יכול למכור אינו יכול לשכיר ומיניה איכא למימר בדין זה דפחות מבן עשרים כמו דאיני יכול למכור כך נמי איכא למימר דאינו יכול לשכור נמי:

אלא דכד דייקת שפיר תראה דבקטן פחות מבן עשרים אפילו אינו יכול למכור אפי"ה יכול לשכור דהא דין זה דאינו יכול למכור פחות מבן עשרים הרי כתב הרמב"ם וכתבו המחבר. ג"כ טעמו בצדו דהואל ולא יגע וטרח בה מוזיל גבי הלוקח הואל ודעתיה מקרבא לגבי זוזי וכן ג"כ פירש טעמו הרב"י משם הנמק"י משם הריטב"א דקטן על הרוב מוזיל ומזבין ולכך אפי' לפעמים יקרה שמכר ביוקר לא חלקו ומכרו בטל ע"כ

וא"כ הואל והט' הוא שמוזיל במכירתו הוא דגזרו דמכרו בטל וא"כ איכא למימר דדוקא במכירה הוא דגזרו הואל ושייך האי טעמא דדעתיה מקרבא אזוזי אבל בשכירות בודאי לא גזרו מתרי טעמי חדא דסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והרי אין כאן זוזי שהיתה דעתו קריבה אצלם ויוזל בשכירות לגבי זה השוכר ובודאי הואל ואין כאן זוזי לא ישכיר לו כ"א בשוויה ואפי' אם המצא ימצא לפעמים שישכור אותה בהקדמת השכירות ודאי לא יחושו חכמים לגזור שלא יהיה שכירותו שכירות בשביל שמא ישכיר בהקדמת השכירות דאין גזירת חכמים בשביל חששא רחוקה הואל וסתם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף:

שנית דבשלמא גבי מכר חששו חכמים לתקנת היורש שלא ימכור קרקע אביו בזול אבל בשכירות אם יגזרו חכמים דאין שכירותו שכירות אדרבה קלקול עשו לו דודאי השאר ביתו ריקנית ולא ימצא מי שישכירה ממנו דכל השוכרים יפחדו שמא היום אי מחר יחזור ויוציאם מן הקרקע הואל ואין קנינו קנין בשכירות וא"כ ודאי לא יעשו חכמים תקנה כזאת דהפסידה מרובה משכרה ונעלת לו דלת בפני כל השוכרים:

וכן בא הדבר מפורש ברבינו הרב"י במחס"ב משם הרשב"א זלה"ה וז"ל וכת' עוד שנשאל אם קטן יכול לשעבד נכסי אביו והשיב שעבודו שעבוד ולא אמרו אלא למכור שאם אתה אומר כן נמצאת נועל דלת בפניו שלא ימצא מי שילוונו ולא שימכור ולא שיקח ממנו ע"כ הרי עיניך הרואות דברי הרשב"א דקרי ואמר בחיל דבמקום דאיכא נעילת דלת אפילו קטן בנכסי אביו אמרו בי דשעבודי שעבוד משום נעילת דלת מכ"ש לפחות מבן עשרים דיצא מכלל קטן פשיט דשעבודי שעבוד דהא לא הצריכו טעמא דנעילת דלת אלא בקטן דאין במכירתו כלום אבל פחות מבן עשרים דאין במכירתו בנכסי אביו היא מטעם שמא יוזל במכירה א"כ גבי שעביד דלא שייך האי טעמא פשוט הוא דשעבודו שעבוד:

וא"כ ממני יש ללמוד קו"ח לפחות מבן עשרים ודאי היכא דלא שייך טעמא דיוזל כגון בשכירות בודאי דלא עשו תקנה כלל דהא אפי' קטן דאין במכירתו כלום עכ"ז במקום תקנה דידהו אמרו דשעבודו שעבוד הלאו הכי נעלת להם דלת א"כ מכ"ש פחות מבן עשרים דכל עקרם אינה אלא מן התקנה דשמא יוזל פשוט הוא דבמקום תקנה דידהו דהיינו בשכירות קרקע שהניח להם אביהם פשיטא דלא עשו להם תקנה לומר דאין בשכירתו כלום דהא תקיניהו היינו קלקוליהו דפשיטא הוא שיונעל להם דלת בפני השוכרים ותשאר קרקע דידהו בלי שכירות ונמצא בא לתקן ונמצא מקלקל כמ"ש לעיל דהא פחות מבן כ' אם לא ישכיר קרקע שהניח לו אביו בידו אין לו מי שישכרנו לו דהא אפוטרופא לדקניני לא מוקמינן דהיינו מבן י"ג ומעלה: ופוק חזי להרב החבי"ב

זלה"ה בס' רל"ה שהביא דברי המבי"ט בהגהות הטור ותמה עליו ומתמיהתו נראה פשוט דאפוטרופיס בנכסי יורש פחות מבן עשרים בקרקע שהניח לו אביו אין במעשה האפוטרו' כלום דהואל ואפוטרופא לדקנני לא מוקממינן הרי אין בידו ולא ביד ב"ד כח ואין במעשיו כלום והובאו דבריו בתוקפו של יוסף ס' מ"ו הרי עיניך הרואית דצריך לטפל בנכסיו בידו ואי אמרת דאין בשכירותו כלום א"כ לא ימצא מי שישכור ממנו ואין לו תקנה ועיין להרב יואל זלה"ה בשאלה הנז' שכתב בפשיטות דבמקום דלא שייך טעמא דשמא יוזל דלא עשו תקון כלל והביא הדבר מן הסברא ומן הפוסקים יעו"ש וששתי כמוצא שלל רב א"כ הרי פשוט מהני טעמי דכתיבנא דפחות מבן עשרים בנכסי אביו הגם שאינו יכיל למכור יכול לשכור וכן מעשים בכל יום:

ואל תשיבני ממה שכתבתי לעיל משם הסמ"ע סקכ"ד דס"ל דכמו בדין הקטן לא מהני קנין הקרקע כך לא מהני קנין השכירות א"כ גם פחות מבן עשרים נימא הכי זה אי נו דרב המרחק ביניהם ולא קרב זה אל זה דבשלמא קנין הקטן בקרקע הוא משום דמד"ת אין קניינו כלום בקרקע ואפילו במטלט' אלא דחכמים עשו תקנה לקטן במטלט' וכו' אבל בקרקע העמדוהו על ד"ת דאין קניינו כלום ולכך גבי שכירות ג"כ דהוא ממכר ליומא מעמדינן ליה אד"ת ולא מהני קנין אבל גבי פחות מבן עשרים דמדאורייתא ממכרו ממכר אלא דחכמים עשו בו תקנה משוה אונאה משום דמוזל א"כ יצא לנו הדין בשכירות דלא שייך האי טעמא דמוזל בודאי דמעמדינן אד"ת ושכירותו שכירות וכמו כן חלוקו ביורש שנתן מתנה דכתב בסעי"פ דלא עשו בו תקנה יעו"ש: ואחרי כותבי ראיתי להרב מהריב"ו זלה"ה בליקוטיו אות קו"פ דכתב וז"ל קטן פחות מבן עשרים אם יכול לשכיר קרקע שירש מאביו או למשכוני עיין כנה"ג ס' רל"ה ובהגהות הטור אות זיי"ן ובהגהות ב"י אות כ"ח דכתב שם דאם הוא מבן י"ג ומעלה מפני תקנת הקטן מעשיו קימים יעו"ש הרי דדברי הרב החבי"ב כך דעתו בפשיטות וכן דעת מהריק"ש זלה"ה הובאו דבריו בליקוטי הרב הנז' אית קו"פ ג"כ וז"ל פחות מבן עשרים שהשכיר הקרקע שירש מאביו כתב מהריק"ש בס' רל"ה שמעשיו קימים ועיין מ"ש הסמ"ע ס' רל"ה וס' שט"ו שנראה מדבריו שאין מעשיו קימים ע"כ דברי הרב מר קשישא הרב מהריב"ו זלה"ה ואני ראיתי ולא אבי דמה שכתב עיין בסמ"ע ס' רל"ה בודאי דלא קאי אלא אמ"ש הסמ"ע בסקכ"ד בדין קטן דכמו שאין במכירתו כלים כך אין בשכירותו כלים ולע"ד נראה דאחר המחילה מקדיש שת עצמותיו דרב המרחק ביניהם דבשלמא קטן הואל ואין קנינו מן התירה כלום כך בשכירותו אבל בפחות מבן עשרים שהוא גזרה מטעם אונאה א"כ בשכירות דלא שייך האי טעמא וכמו שכתבתי לך תרי טעמי בדבר בודאי דבזה לא דבר מר"ן והסמ"ע:

וגם מ"ש הרב הנז' ומדברי הסמ"ע דס' שט"ו הם בודאי דברי הסמ"ע סק"ד וגם משם אין ראיה כלל דהתם ג"כ בקנין קטן קא מיירי וקטן הוא פחות מבן י"ג אבל בפחות מבן עשרים בודאי לא קא מיירי:

ואדרבה נראה לע"ד דמשם ראיה לדברי דהרי הסמ"ע שם מני להו כי רוכלא וז"ל בכלל זה הוא מכירת חרש שוטה וקטן ושכור ע"כ ואי אמרינן דגם בפחות מבן עשרים לא מהני שכירותו למה לא מני ליה בכלל כל הנך ואדרבה דין זה הוא דהוה צריך לאשמועינן וניתי מניה קטן לא כן דינא דפחות מבן עשרים איכא למימר לא נילף ליה מדינא דקטן וכדכתבתי אלא דדין פחות מבן עשרים לא נכלל בכלל זה:

גם ראיתי להרב משח"א דרבותא ח"א סי' רל"ה דדעתו הוא כמ"ש הרב מהריב"ו וזלה"ה ורצה להוכיח מדברי הסמ"ע דסי' רל"ה סקכ"ד ג"כ דפחות מבן עשרים לא מהני שכירותו וסיים וכתב אלא דאם היתום רוצה להוציאה מהשוכר להשכירה לאדם אחר אינו יכול לבטל השכירות דמילתא כזאת לא עשו בה תקנה עכ"ל ואני הפעוט תמיהתי במקומה עומדת וכמ"ש דדברי הסמ"ע אינם אלא בקטן דאין לו קנין מן התורה:

גם יש לי תמיהא על הרב במה שסיים דאם רצה להוציאה לאחר לא מהני על זה קשה דאם כדבריו דשכירות פחות מבן עשרים לא קנה א"כ אף אם ירצה להוציאה מידו לשוכרה בודאי דיכול שהרי לא נקנית לו כלל לשוכר וכמ"ש הרב"י משם הנמק"י בשם הריטב"א דבמקום שאמרו שהקטן אינו יכול למכור אפילו מכר יותר משוויה עכ"ז לא קנה דחז"ל לא חלקו וא"כ אף אני אביא היכא דרצה להוציאה לאחר בודאי דיכול ובמאי נקנית לשוכר זה: אלא דלע"ד נראה ברור הואל וסברת הרב"י כסברת הרשב"א דיכול לשעבד ושכירות ושעבוד טעם אחד להם כמ"ש לעיל ועדיף שכירות משעבוד בטעמא אחרינא כדכתבתי לך וגם הרב יוא"ל זלה"ה מסכים היכא דשייך טעם זה וגם הרב כנה"ג ומהריק"ש כתבו דין זה בפשיטות וגם מדברי הסמ"ע דס' שט"ו יש קצת ראיה א"כ בודאי כהני חבל נביאים עבדינן וגם הרב מהריב"ו לא תקני הדבר להלכה מדברי הסמ"ע אלא בתורת ספק כתב נראה דהסמ"ע לא כתב כן וא"כ אין כאן שום פוסק דסבר דשכירות פחות מבן עשרים אינה שכירות זולת הרב משד"ר ויחידאה הוא בדבר ובפרט אין ראיתו מכרחת כדכתבנו וא"כ קם דינא דשכירותו שכירות. זהו מה שנלע"ד בס' כי ה' אלהי"ך עמך התרמ"ג לפ"ג וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רא

עמדו לפני הרב סאלם אלקאיים ואשתו ואמרה האשה שבעלה סאלם הנז' הלך ומשכן הבית שהכניסה לו בנדוניתה ביד הרב מסעוד לעסרי וע"ז היא באה לבטל המשכונה הנז' הואל ועיקר הקרקע הוא של האשה שהכניסה לו יומ"ץ: תשובה לזה הוא נלע"ד פשוט דאין האשה הזאת יכולה לעכב דהא מצינו להרב ב"ש בסי' ץ' סקע"ז שכתב דאם הבעל מכר קרקע לפירותיה הוא מחלוקת הר"ן והה"מ והנ"י דלדעת הר"ן והה"מ יכול למכור ולדעת הנ"י ז"ל ס"ל דאינו יכול למכור כדי שלא ישתקע ביד הלוקח וסיים שם הרב הנז' אבל הפירות לבד יכול למכור אפילו לכמה שנים ואינה יכולה לעכב משום ריוח ביתה וכל הדינים האמורים בס' פ"ז הוא בדין עכ"ל הרי לפניך דהרב ב"ש פסיק ותני דבמוכר הפירות לבד ליכא מאן דפליג וכ"ך הרב ח"מ ס"ק מ"ב יע"ש וא"כ זכינו לדין המשכונה דסורייא דודאי אין לה דין מכר הקרקע לחלוטין אלא הספק הוא אי חשבינן לה לדין הפירות דוקא וא"כ בודאי דאינה יכולה לעכב האשה הנז' כלל דהרי הריב"ש והח"מ כתבו דכו"ע מודו דיכול למכור הפירות לזמן ארוך אלא אפילו אי חשבינן לה לדין מכר קרקע לפירותיו שהוא מחלוקת הר"ן והה"מ והנ"י עכ"ז אין האשה הנז' יכולה לעכב חדא דהא דהגם דהנמק"י ס"ל דאיני יכול למכור משום שמא ישתקע ביד הלוקח עכ"ז כוותיהו דהר"ן והה"מ נקטינן חדא משום דהוו תרי לגבי חד זאת ועוד אחרת הואל ומסעוד הנזכר דר בבית הוי מוחזק בה וא"כ דברי האשה הזאת מהבל ימעטו:

ומה גם דאין אנו צריכים לכל זה דהא פשוט דדין משכונה הוא כדין שכירות גמורה כמ"ש מר"ן ביור"ד סי' קע"ב ס"א דמשכונה דין שכירות יש לה ובשכירות פשוט הוא דכ"ע:

ס"ל דהבעל הוא השוכר קרקע נכסי צאן ברזל ואי חשבת לשכירות כמוכר קרקע לפירותיו א"כ הרי נכנסנו במחלוקת הר"ן והה"מ עם הנ"י ואנן פשוט לן דהבעל משכיר קרקע נצ"ב אלא בודאי דדין מוכר פירות אית לה לשכירות ודוגמא דידה משכונתה דכבר ביררנו בה משמיה דמר"ן דמשכנתה דין שכירות אית לה דהיינו כמי שמשכיר קרקע לזמן ארוך:

ועדיפא מזה מצינו להרב בע"י חי"י ז"ל סי' ע"ח שנשאל על ראובן ששכר בית של נכסי מלוג לשמעון ונתחייב בש"ח שכל זמן שירצה שמעון לישב בסך כו"ך מדי חידש בחודשו לא יוכל להשכירה לאחר זולתו אפילו נמצא מי שישכירה ממנו בסך גדול יותר והשיב הרב ז"ל דהואל והפירות הם של הבעל השכירות קימת דזה עקר השכירות לא נחית אלא לפירותיה ואין ביד האשה למחות במה שהשכיר בעלה וכ"ך הרמב"ם והביאו בעל

הטורים סי' שט"ו וז"ל וכל שאינו יכול למכור כך אינו יכול לשכור אא"כ יש לו פירות בלבד באותו קרקע הרי זה שוכר ואינו מוכר עכ"ל הרי לפניך דאפילו בנ"מ יכול לשכור לזמן ארוך עד בלי דיי וכמ"ש הרב הנז' דאין האשה הנז' יכולה לעכב אפילו בעלה שכרה לשמעון כל זמן שירצה לדור בה וא"כ מכ"ש לנדו"ד שעשאה משכונה לקרקע צ"ב דהויה כשכירות לזמן ארוך וכפסק מר"ן דקרי לה שכירות בודאי דאין אשתו של סאלם הנז' יכולה לעכב אליבא דכ"ע אפילו לסברת הנ"י דהרי בררתי לך משמיה דהרב בע"י חי"י דהשכירות לדין פירות נחית וכמו שפרשה בדבריו וז"ל דזה עיקר השכירות לא נחית אלא לפירותיה ע"כ ואפילו אי לא הוה מפרש לה בדבריו בפירוש צ"ל כן דהכי ס"ל דאי אמרת דשכירות קרקע לדין מכירת קרקע לפירותיה וחשיב א"כ היאך הבעל יכול לשכור קרקע נכסי מלוג הרי בדין נכ"מ כו"ע מודים דאין הבעל יכול למכור קרקע לפירותיה וכמ"ש מר"ן באהע"ז סי' פ"ה סי"ז אלא בודאי דהרב לא חשיב לשכירות קרקע אלא כמוכר פירות לבד דסיים בה מר"ן באהע"ז סי' פ"ה סי"ז וז"ל וכן אם ימכור הפירות לזמן מרובה ועושה סחורה במעות שפיר דמי ע"כ א"כ מכל:

הני מילי דכתבנא הן מצד הפשוט וברור דמשכנתה דין שכירות יש לה ושכירות דין פירות לבד יש לה א"כ אליבא דכו"ע אין האשה יכולה לעכב הן מצד אפילו אי חשבת למשכונה כמוכר קרקע לפירותיו ונכנסה במחלוקת הפוסקים הנז' עכ"ז כוותייהו דהר"ן והמגי"ד נקטינן דכתיבנא לעיל: וכן יש לדקדק מדברי מר"ן עצמו שכתב באהע"ז סי' ץ' סי"ג וז"ל וכן בעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נצ"ב בין נכסי מלוג לא עשה כלום עכל"ה ובסו"ד כתב וז"ל אין האיש רשאי למכור מטלטלים של נצ"ב ולא למשכנם עכל"ה הרי לפניך דבדיני הקרקע לא כתב אלא שאינו יכול למכור ובדיני המטלט' הוא דכתב אינו יכול למשכן וממנה יש ללמוד דבדין הקרקע מכר הוא שאינו יכול למכור אבל יכול למשכן זהו משנ"ל פשוט מדקדוק דברי מר"ן וא"כ קם דינא דאין אשתו של סאלם יכולה לעכב זהו משנלע"ד אחכ"ו זמן מה בא לידי פסק אחד של הרב מהריב"ו זלה"ה בספרו ויאמר יצחק ח"ב סי' ק"ח ושם ראיתי שנשאל ממש בענין נדו"ד דהיינו שהבעל משכין קרקע שהכנסה לו אשתו ואח"כ הרחיק נדו"ד ונשארה האשה דרה בבית והשיב הרב הנז' דהדבר ספק הוא אצלו אי חשבינן לה למשכנתה כדין מוכר פירות לבר או כעין מוכר קרקע לפירותיו ופשיט לה הרב הנז' דאפילו חשבינן לה כדין קרקע לפירותיו עכ"ז יכולה האשה לומר קים לי כסברת הנמק"י הואל והיא דרה בבית וששתי כנתכוונתי בפסק הנז' לדעתו דעת עליון דהא נדו"ד קו"ח הוא מנדונו של הרב הנז' דהא נדו"ד יש לו קיים לי כהר"ן והמגי"ד דהוו תרתי לא"כ נדו"ד לא הוה לאשה הנז' קי"ל אלא

כסברת הנמק"י לבד: אכן ראיתי להרב הנז' דמעקרא רצה לדמות דין משכנתה לאכילת פירות לבד ואח"כ דחה אותו מכח דשאני מכירת הפירות הואל ולא הויא אלא לזמן קבוע ובכלות הזמן תחזור הכל ליד הבעל וכמדוקדק מדברי הריב"ש אבל אם מוכר לו הפירות לעולם הסברא נותנת דיכול לעכב כדי שלא ישתקע ביד הלוקח דעל ידי הפירות לעולם ישתקע הדבר וא"כ במשכונה הואל והיא נמשכת לרצון הלוה אם ירצה א"כ אפילו אם נדון אותה למוכר פירות לבד הוי כאלו מכר לו פירות לעולם וחיישינן שמא ישתקע ע"כ תוכן דבריו ואני ההדיוט אמינא אחר המחילה מכבוד הרב חדא דלא דמייא כלל משכנתה למוכר פירות לעולם דבמוכר פירות לעולם אין המוכר יכול להוציא מן הלוקח הואל והפירות מכורים לו אבל במשכנתה אדרבה היא לרצון הלוה אם ירצם יניחה בידו ואם ירצה יכול לפדותו ממנו לאחר שנה או שתים שקצבה שאינו יכול לפדותה בהם וא"כ אזדא לה חששת השיקוע:

גם קשה עליו דהא ביררנו מדברי מר"ן דמשכנתה כדין שכירות היא וכמו דמצינו דבשכירות קרקע לא חשיבא אלא כמוכר פירות לבד הואל ואדעתה דפירות נחית וכמ"ש הרב בע"י חי"י דאל"ך היאך הבעל יכול לשכור קרקע נ"מ הואל ומחשיבה שכירות קרקע כמוכר קרקע לפירותיה היאך הבעל יכול לשכור בנ"מ דהרי דין זה הוא מהרמב"ם וכמו שהביאו בדבריו לעיל הרב בע"י חי"י וגם מר"ן פסקו בקצר בש"ע בחומ"ש סי' שי"ד ס"ב אלא ודאי דהסברא הוא הואל ולפירות נחית הוי כמוכר פירות לבד ושכירותו שכירות ואפילו לזמן מרובה לא אכפת וכמ"ש הרב כנה"ג בס' בע"י חי"י כמש"ל נמצא דאפי' מכר לו פירות לעולם הוי מכירתו מכירה:

סו"ד דעתו של הרב הנז' בזה שגבה ממני דלדעתי פשוט דמשכנתה לא הויא אלא כמכירת פירות זהו משנלע"ד להלכה באופן זה ולא למעשה הואל ויצאו הדברים מפי קדוש לכשאפנה ואשנה בעה"ו. אכין בעיקר הדין של האשה הנז' אשתו של סאלם עם מסעוד הדין הוא עם מסעוד אפילו אי חשבינן למשכנתה כמוכר קרקע לפירות אפי"ה יכול לומר קי"ל כסברת הר"ן והמגיד וכמ"ש הרב הנז' באופן דידיה זהו משנלע"ד וצוי"מ וימ"ן. הצב"י רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רב

הוקשה לי מאת נהירו דעיינין הרב המובהק כמוהר"ר יוסף בירדוגי נר"ו על מנהגנו זה בעי"ת סאלי ורבאט יע"ה שלפעמים יהיה ראובן מושכר אצלו בית אי חנית והולך

ישראל חבירו ומוסיף עליו בשכירות ומוציאו ומנהג זה הוא מנהג קדמון והיאך לא מיחי הראשונים בדבר משים עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ה"ו נקרא רשע עכ"ל:
וזאת היתה תשובתי אליו הוספת שכירות בבתים דידן נראה לענ"ד דהמוסיף לא יקרא רשע דהנה מצאתי להרב זכו"ל חח"מ אות עין שכתב וז"ל המשכיר בית לחבירו בתנאי שאם ימצא מי שמוסיף לי בשכירות הרשות בידו ובא אחר והוסיף על השכירות אין זה עני המהפך בחררה וכו' כנה"ג אות יו"ד עכ"ל הרי לפניך שאם השוכר מתחילה אדעתא דהכי ירד אין בזה משום עני וכו' והגם דרב החבי"ב הצריך תנאי בתחילה בודאי פשוט הוא דלא הצריך אלא לפי שלא היה להם מנהג להוסיף זה על זה אבל לגבי דידן שמנהג ידוע הוא מקדמת שמוסיפין זע"ז ופוק חזי מאי עמא דבר על מנהג עי"ת מקנאס ופאס שבכל יום אסרו חג הפסח זה הולך לביתו של זה וזה הולך לביתו של זה בעודו יושב בה ומוסיף עליו א"כ פשוט דהואל ומנהג קבוע הוא אינו צריך תנאי וסתמו כפירושו:
וכן ראיתי בס' כר"ח שהביא פסק אחד מרבני פאס וז"ל בסי' כ"ד וז"ל ראובן קנה אסאק"א דטאבא מן המלך בכו"ך לשנה ובא שמעון באמצע השנה והוסיף דמים למלך על אותם דמים שנתן ראובן למלך על קצבת השנה והוריד המלך לשמעון למכור טאבא בתוך אותה שנה שקנה ממנו ראובן יש לשאול אם יש לו דין ודברים בזה עם שמעון או לא זה היה מעשה ופסקו חכמי העיר י"ץ דאין עליו דו"ד כלל דכיון דמנהג המלך כן הוא דמוכר וחוזר מחמת התוספת א"כ מעיקרא להכי נכנס ראובן לקנות וכאלו מפרש בהדייא דאין קונה אלא אם לא בא שום אדם להוסיף והאריכו הרבה בפסק שכתבו החכמים ומסקנה דמילתא העלו דאין על שמעון אפי' תרעומת דברים עכ"ל הרי לפניך דבמקום שיש מנהג ידוע אין צריך תנאי דאין איסור בדבר דכן מדוקדק מלשונם שכתבו שאין על שמעון אפילו תרעומת דברים דהכוונה לא מלבד שאין עליו תביעות ממון אלא אפי' איסור אין כאן זהו משנלע"ד להליץ בעד המנהג מספרי הפוסקים:
ולענ"ד אני בריה קלה נלע"ד דבלא זה בשכירות הבתים דידן נראה דלא נגע בהם כלל דין עני המהפך וכו' דהא אם יוסיף בשכירות ראובן על שמעון וכי הבית נקנית בזה לראובן הרי יכול שמעון לומר למשכיר אני הוא המצרן ותשאר בידו דהא מעשים בכל יום אנו דנים כסברת הטו"ז בסי' קע"ה סנ"ט דכתב וז"ל ולענין שכירות הבית עצמו ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן השכירות הראשון ונראה דגם הרמב"ם מודה בזה עכ"ל וא"כ הואל ויכול השוכר לומר מצרן אני בזה לא יקרא השוכר השני רשע דלא אמרו אלא עני המהפך בחררה ובא אחר

ונטלה אבל אם לא נטלה אלא הוסיף בשוויה ולקחה הקונה הראשון בודאי דלא יקרא רשע בזה:

ויש לזה מקצת סמיכות מדברי המרדכי זלה"ה בפרק חזקת הבתים וז"ל כתב רבינו דאם ישראל מחזיר לקנות וקדם ישראל אחר וקנה אינו נקרא רשע אא"כ שהישראל ראשון גמר הפיסוק עם הכיתי ולא היו חסירים כי אם כתיבת השטר אבל אם לא גמר ראובן העקר עם הכותי ודוחק אותו שמא יזלזל הכותי וקדם שמעון וקנאו לא מקרי עני וכו' ובלוקח מישראל נמי לא מיקרי מהפך בחררה אלא היכא דגמרו הפיסוק כבר הלוקח והמוכר ולא היו חסירים כי אם הקנין והלך זה וקנה או באותן דמים או הוסיף נקרא רשע אבל אם המוכר אינו רוצה למוכרה בכך והלך אחר וקנאה לאו רשע הוא דאם אפילו בכה"ג נקרא רשע א"כ מפסיד למוכר שאם לא יבוא ראובן לקנות קרקע של שמעון לא ירצה לתת לו אלא דבר מועט ולא כפי שוייה ולא יהיה אחר רשאי לקנותו ורבנן חשו טיבה לפסידה דמוכר וכלל אין לנו לעשות תקנתא שיבוא בה המוכר לידי פסידא בעולם עכל"ה והביא הב"י דבריו בס' רל"ו בקצרה והן הם הדברי שפסק מור"ם בסי' רל"ו הרי לפניך דבמקום פסידא לא יש תקנה כלל והגם דהמרדכי לא פסק אלא קודם פיסוק דמים אבל אם כבר פסקו הדמים ומכ"ש אם כבר החזיק כנדו"ד בודאי דאסור להוסיף אין מזה סתירה דסברת המרדכי דעתיה קודם פיסוק הדמים היינו אפילו לקחת אותה זה הלוקח השני ולא יזכה בה הלוקח הראשון אפילו הכי התירו הואל ועדיין לא נגמר המקח דהיינו פיסוק הדמים ביניהם אבל אם יוסיף עליו ויהיה הרצון של הלוקח הראשון שאם ירצה לקבלה הוא בדמים שמוסיף ואם לא ירצה ימחול במקח וילך לו כנדו"ד דהשוכר אם ירצה שישאר ביתו בידו הרשות בידו בודאי דגם בזה נראה דלא יקרא רשע זה המוסיף וראוי לחוש לתקון המשכיר הלא"ה כל מי שמושכרת בידו איזה בית ישאר בה בזול ותהיה פסידא למשכיר: גם יש ראיה לזה מדברי הגמרא. עצמה בקדושין דנ"ט שממנו מקור דין זה של עני המהפך וכו' ושם נאמר רב גידל הוה מהפך בההיא ארעא אזל רבי אבא, זבנה אזל רב גידל קבליה לרבי זירא אזל רבי זירא וקבליה לרב"י נפחא אמ"ל המתן עד שיעלה לרגל כי סליק אשכחיה א"ל עני המהפך בחררה מהו א"ל נקרא רשע ואלא מר היכי עביד הכי א"ל לא ידענא השתא נמי ניתבה מר ניהליה א"ל זביני לא מזבננא לה דארעא קמייתא היא ולא מסמנא מילתא וכו' עכ"ל הגמרא הצריך ופרש"י שם לא ידענא לה שרב גידל הוא מתעסק בה הנה מגמרא זה נראה דאפילו ר' אבא בשעת הקנייה לא הוה ידע שרב גידל הוא מהפך עכ"ז אח"כ כשנודע לו שהיה מהפך בה רב גידל חזר דינו לדין עני המהפך דהא כשאמר ר' אבא לא ידענא הדר ר' יצחק נפחא וא"ל השתא

נמי ניתבה ניהליה ש"מ דכ"ז שלא החזירה ויקח אותה לעצמו יש לו דין עני וכו' הרי לפניך דדין אחד להם דאם לא ידע בתחילה וידע לבסוף הדר דינו כאלו ידע מעקרא ועכ"ז סיים בדבריו וא"ל ניתבה ניהליה ובמאי דניתבה יסתלק מעליו הרשע ובודאי ר' אבא לא שנא לן בין אם היתה הקנייה שלו בשיעור אותם דמים שנתן ר' גידל מעקרא בין ביותר ממה שנתן בה רב גידל אלא הוסיף בה ולקחה עכ"ז אמ"ל שיחזירה לו ויסתלק מעליו חרון אף הרשע ואי אמרת דמה שמוסיף על חבירו במקח אפילו אם יאמר המוסיף הזה ללוקח הראשון אם תרצה לקחתו קח אותו עכ"ז נקרא רשע הואל והוסיף עליו בדמי השווי א"כ סו"ס מאי אהני ליה לר' אבא החזרת הקרקע שיחזיר אותו לר' גידל הרי סו"ס צריך להחזירו לו במה שקנאו דהיינו ביותר מכה שהיה פיסוק הדמים בין רב גידל ובין המוכר וא"כ עדיין לא נמלט ר' אבא מעון זה אלא ודאי דאפילו יוסיף על חבירו אחר פיסוק הדמים אם יהיה הדבר לרצון לוקח ראשון אין בזה משום רשע ואין לומר דההיא דר' אבא לא היה בה הוספה בדמים אלא לקח בשיעור הפיסוק שהיה בין רב גידל ובין המוכר וע"ז אמ"ל ר"י נפחא אהדרה ניהליה ויהיה נתקן דזה לא יתכן דהא פסק המרדכי בדבריו דלעיל והביאו הרב"י ומור"ם דלא מקרי מהפך אלא היכא דגמרו הפיסוק והלך זה וקנאה או באותם דמים או הוסיף דמים אז נקרא רשע ע"כ והנה פסק זה שפסק המרדכי או הוסיף לא ידענא מנין הוציא דאפי' הוסיף בדמי המקח יקרא רשע אלא ודאי דצריך אתה לומר דדין זה הוא מגמרא זאת מההיא דרב גידל ור' אבא דהואל והגמרא אמרה סתם והלך ר"א וקנאה ולא אמרה אם קנאה בפיסוק רב גידל או ביותר משמע דלא שנא דבין בין דהואל והיה חבירו מתרצה בידו למוכרה לו והלך זה וקנאה נקרא רשע ועכ"ז אמ"ל ר"י נפחא אהדרה ניהליה משמע דאם יחזירה אפי' רב גידל הוא צריך לתת יותר מדמי הפיסוק עכ"ז יתקן בזה רבי אבא:

גם אין לי' דמאי דאמר ר"י נפחא לר' אבא אהדרה ניהליה הכוונה היא בדמי הפיסוק שהיה בין רב גידל ובין המוכר דזה לא יתכן דהא לישנא דתלמודא סתם קאמר ובפרט דאם הכוונה כך היא דיהדרה לו בדמי הפיסוק וימחול בשאר זה לא יתכן דהא נחשבת לו לר' גידל למתנה ולא ירצה לקבלה כדמסיק לבסוף תלמודא דרב גידל לא רצה לקבלה בתורת מתנה (אבל בדמי הפיסוק אין כאן מתנה) משום ושונא מתנות אלא ודאי דכוונתו אהדרה ניהליה היינו במאי דקנייה ר' אבא ואין לומר דרב גידל כולה לא רצה לקחתה בתורת מתנה אבל בדמי הפיסוק אין כאן מתנה דהואל והוא מעקרא לא רצה לתת בה אלא אותו הסך לא מחזי השאר מתנה ז"א דהואל ואיגלאי מילתא למפרע דשיוויה

הוא כמו שקנאה ר' אבא ומן הדין דידיה היא וקנייתו קנייה אלא ממדת חסידות רצה להחזירה שלא יקרא רשע א"כ מה שמוחל בשאר בודאי דמתנה הוי:
גם אין לו' דשאני ההיא דר' אבא דאפי' רב גידל היה צריך לתת הוספה שמוסיף ר' אבא עכ"ז לא יקרא רשע משום דר"א לא ידע מעיקרא בזה ומשו"ה אפי' אם יקח ממנו ההוספה מותר לא כן היכא דידע מעקרא שחבירו היה מחזיר לקנותו והלך זה והוסיף נימא דאפילו אם ירצה להחזירה לו יקרא רשע על ההוספה שלקח ממנו זה אינו דהא כבר ביררנו דאם לא ידע ואח"כ ידע אין בו שום מעליותא ודינו הוי כאלו ידע מעקרא דאם הוה מעליותא במאי דלא ידע מעקרא א"כ למה הוצרכו כל עיקר רב יצחק נפחא לר"א לאהדורה הרי לא ידע מעיקרא אלא ודאי דאם ידע אח"כ הוי כאלו ידע מעקרא ודוחק לומר דהגם דלא מהני לענין דלא צריך לאהדורה כלל אהני דצריך לאהדורה ויקח התוספת שהוסיף זה דוחק לחלק בזה וגם מלשון הש"ס לא משמע זה והגם שראיתי להרב זכו"ל שהביא משם הרב גו"א וז"ל עיי' להרב גו"א דכתב שאם לא ידע שחבירו היה מהפך בה איני נקרא רשע ואינו חייב להחזיר אלא ממדת חסידות וא"ך נפלה בבירא ראייתינו מן הגמ' דאייתינן מינה ממה שחייבו ר"י נפחא לר' אבא לאהדורה דמשם הוכרחנו דמדחייבו לאהדורה והתם סתמא קאמר תלמידא דאפי' הוסיף יותר קא מיירי כדאמרן ומינה הוכרחנו דאפילו הוסיף והחזירה לו בדמי ההוספה עכ"ז יצא מדין עני המהפך שנקרא רשע הואל והחזירה ולפי דברי הרב גו"א הרי אין כאן שום ראיה דלא אמרי התם אלא מצד חסידות אמ"ל כן הרי מצינו להרב כנה"ג שהביא סברת מהראנ"ח זלה"ה. וס"ל דאם לא ידע שחבירו היה מהפך ואזל איהו וקנאה אפי"ה נקרא רשע וחייב להחזיר וא"ך נימא דסוגיית דעלמא אזלא כסברת מהרנ"ח זלל"ה קנצי למילין דבמקום שהלוקח השני יקח החפץ וישאר הלוקח הראשון בידים ריקניות בזה הוא שיקרא רשע הואל והוי כגזלן שלוקח ממנו מה שחמד ליקח אבל אם מוסיף במקח ומעלה אותו לדמי שיוויו אם ירצה הלוקח הראשון יקח אותו אין בזה משום רשע דמאי חזית לבחור בטובת הלוקח הרי יש בידינו טובת המוכר והיא עדיפא לן לבחור בטובת המוכר ולא יפסיד. וימכור מקחו בשיווי ולא ימכרנו בזול. יותר מלבחור בטובת הלוקח דאין בה כי אם מניעת הריוח שהיה ראוי לקנותה בזול לשוכרה וזה העלהו לדמי שיוויו. זהו מה שנלע"ד להליץ בעד עמינו דרך פלפול הגם דכמו זה זר נחשב בעיני דלאחר פיסוק המקח ילך חבירו ויוסיף אלא דפש גבן לברורי דלפי דברינו זה דאם יש בחירה ביד הקונה הראשון לא מיקרי הלוקח השני רשע א"ך למה הוצרך הרב כנה"ג לומר דהמשכיר לחבירו בתנאי אין בזה משום עני המהפך ותיפוק ליה אפי' לא יהיה תנאי עכ"ז אין בזה

משום עני וכו' הואל והבחירה ביד השוכר לו' אני מצרן כסברת הטו"ז שכתבנו ואפשר דהכנה"ג לא ס"ל כסברת הטו"ז אלא איהו ס"ל דהרמב"ם ס"ל דאין מצרנות בשכירות אפילו לענין שוכר ראשון אינו יכול לדחות שוכר שני וזה מדוקדק קצת בדבריו שאם ימצא מי שמוסיף בשכירות הרשות בידו דמלשון זה דרשות בידו משמע דהרשות נתונה ביד המשכיר להשכירה לאחרים ואם ס"ל להרב כנה"ג דהשוכר הראשון יכול לומר מצרן אני א"ך מה רשות זה נתן שוכר למשכיר הרי אדרבה הרשות בידו נתונה שאם ירצה לומר מצרן אני ואם הכוונה לו' רשות בידו שיוסיף עליו בשכירות הרי די לומר המשכיר בית לחבירו בתנאי שאם ימצא מי שמוסיף לו יוסיף עליו אין בזה משום עני המהפך אלא ודאי שהרשות שנתנה למשכיר היא לילך ולשוכרה לאחרים ובזה תיפוק מיד השוכר הראשון ואין לו דין מצרנות. זה מה שנלע"ד לכתוב בזה במהרה לא באריכות ולכשאפנה אשנה בעה"ו והצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאוא סי"ט:

סימן רג

ראובן מכר קרקע לשמעון ושמעון הטיב חסדו עמו כמו שעושין בהטבות דידן דהיינו הטיב חסדו עם ראובן שאם יביא לו דמי המכר לסוף חמשים חודשים אזי הטיב חסדו עמו לחזור למוכרה לו וכו' ואם יעבור הזמן ולא בא המוכר והביא דמי המכר אזי פקע חיוב הלוקח שנתחייב להטיב לו וכו' והן היום לסוף חמשים חודשים אתא המוכר ואייתי בידיה דמי המכר וקיים שמעון הלוקח חיובו וחזרה הקרקע לראובן אלא דיש ספק בדבר אם היה שמעון דר בבית או שכורה ביד אחרים אם ראובן אחר שפדה אותה מחויב להניחה ביד מי שדר בה שלשים יום של הודעה עד שיבקש מקים מנוחתו וכן זמן הפדייה אם היו בימות החורף אם מחויב ראובן להניחה בידם עד כלות ימי החורף או לא:

לע"ד נראה דהואל ועשו קצבה ביניהם שאם בעבור ה' חמשים חדשים לא יפדנה תהיה נחלטת ביד שמעון ודאי לא גרע דין זה ממשכיר לחבירו לזמן קצוב דפסק הש"ע בסי' שי"ב דאין צריך הודעה ואפילו פגע הזמן באמצע החורף יכול להוציאו יעו"ש וא"כ גם כאן הו"ל שמעון לאסוקי אדעתיה שלסוף הזמן יבוא ויפדה ראובן את שלו ואדעתה דהכי נכנס לה והוא הדין אם היתה שכורה ביד אחר אין לאותו האחר כח יותר ממה שהוא ביד שמעון: והגם דראה ראיתי בס' ויאמר יצחק ז"ל בליקוטיו אות הורדה שכתב וז"ל מ"כ בכת"י מהרש"א בא מעשה לפני באחד שהורידוהו ב"ד בחובו בשומא לחצר חבירו

והשכיר את החצר לאחר אח"כ בא הלוה לסלקו בדמים מהקרקע ופסקתי דאם הסלוק היה קודם הזמן שנוהגים להודיע לשוכר שיכול הלוה לסלק השוכר ואם הסלוק הוא אחר עבור זמן ההודעה ישאר בה השוכר ויעלה השכר לבע' הראשונים שהוא הלוה וכן הדין בפדיון המשכונה שוב ראיתי להרב מהר"י עייאש שכ"ך בענין המוכר בהטבה ע"כ הגם שראיתי דברים אלו נלע"ד לחלק חלוק דבשלמא בשומת ב"ד או משכנתה שאנחנו נוהגים לעשות שתמשך לרצון הממשכן שיפדה באיזה זמן שירצה הואל ולא ידע באיזה זמן יבוא לפדות לא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שיסלקנו באמצע החורף גם משום דלא ידע באיזה זמן יסלקנו לכך צריך שלשים יום של הודעה אפי' בימות הקיץ והוי דינם כדין המשכיר קרקע לחבירו סתם דצריך הודעה וגם אין יכול להוציאו בימות החורף וכן ההיא דהטבה שהביא משים הרב מוהרי"ע ז"ל נראה פשוט בעיני דאיירי במי שעשה הטבה לחבירו שאחר עבור זמן פלוני יכול לפדות באיזה זמן שירצה וכן נראה קצת מלשון מוהרי"ע ז"ל וזה לשונו בס' בית יהודה ז"ל בס' מ"ד בענין מי שמכר בתורת הטבה והגיע הזמן שיכול להחזירו אם קודם שפדאו המוכר השכירו הלוקח לאחרים בודאי הדין הוא שכשיפדנו המוכר קודם הגעת הזמן הודעת השכירות למנהגנו שני חדשים קודם ר"ה של הישמעאלים שהשכירות בטל אפילו לא היה אלא לשנה דאין לשוכר אלא זכות המשכיר וכן דנתי ושאלתי את מורי נר"ו ואמר כן ולאפוקי ממי שחלק בזה עכ"ל מלשון זה שכתב והגיע הזמן שיכול לפדות משמע שהגיע הזמן שממנו יכול להתחיל לפדות ומשם ואילך וכן נראה מדכתב אם קידם שפדאו וכו' מלשון זה ג"כ כך מורה דאם היה לו הטבה לזמן מוגבל ואם יעבור הזמן ההוא שוב לא יפדה א"כ לא הו"ל הרב למנקט בלישניה אם קודם שפדאו וכו' וכך הול"ל אם הגיע זמן הפדייה דאזי ממנו נשמע דאפי' זמן הפדייה מוגבל עכ"ז איני יכול להוציאו תוך ימות החורף ומכ"ש אם לא תהיה ההטבה לזמן מוגבל ותו לא בודאי דאין יכול להוציאו אלא פשוט הוא כדאמרן וא"כ יצא לנו הדין בהטבה דידן שאם בעבור זמן שקבעו לפדייה שוב לא יפדה ודאי דהלוקח אסוקי אדעתיה שבהגיע הזמן בוא יבוא לפדות וא"כ הי"ל לבקש מקודם מנוח אשר יטב לו ודינו כדין השוכר לזמן קצוב הן אמת דעלה בדעתי לחלק בין נדון דידן לשוכר לזמן קצוב ולומר דבשלמא בשוכר לזמן קצוב איכא למימר דהואל ושכר לזמן קצוב ממקומו מוכרע דמאי דעתיה לומר ששכר לו לזמן קצוב אלא הוי כאלו פירשו עד זמן זה תהיה ביד השוכר מכאן ואילך תחזור למרה קמא אבל בכאן דאסיק אדעתיה שלסוף חמשים חדשים יבוא המוכר לפדותה נימא להכי אסיק אדעתיה שיבוא ויפדנה כדי שלא יזכה בה הלוקח אבל כדי להוציאו אפילו באמצע החורף זה לא אסיק אדעתיה אלא דלפי

האמת אין לנו לחלק ומכח ספק הו"ל לאסוקי אדעתיה שמא יצטרך לה המוכר ומקודם הוה ליה לבקש מקום לדור בו ולא הוי אלא כשוכר לזמן קצוב זהו הנלע"ד. אחרי מופלג בא לידי ספר תורת חסד וראיתי שם בס' רכ"ג דשם פסיק ותני במוכר בהטבה והיתה ההטבה שלאחר שלשה שנים יפדה באיזה זמן שירצה והעלה שם דאפי' באמצע החורף יכול להוציאו יע"ש וסברתיה כסברת החולקים על מוהרי"ע ז"ל שכתב שיש מי שחלק עליו הרי לפניך דאפילו בהטבה שלא הגבילו זמן לפדייה במחלוקת היא שנויה דלסברת הרב תורת חסד והחולקים על מוהרי"ע זלה"ה ס"ל דגם באופן זה יכול להוציאו תוך יומי החורף ולמוהרי"ע ז"ל אין יכול להוציאו א"כ אם תהיה ההטבה באופן נדון דידן לדעתי נראה דאפילו מוהר"ר יהודה עייאס זלה"ה יודה דיכול להוציאו ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רד

ראובן שכר ביתו לשמעון על חודש אחד ונכנס לה שמעון ביום ר"ח ניסן וביום תשעה ועשרים בא ראובן להוציאו באמור לו הרי השלמת חודש אחד ושמעון טוען כי עדיין לא נשלם החודש כי יום ראשון דר"ח אייר הוא תשלום ניסן אין בדברי שמעין כלום וכמו שפסק מר"ן ביור"ד סר"ך ס"ד וז"ל היה עומד בתוך החודש או קודם ואמר חודש זה אסור עד תשלום החודש ומותר בו ביום ר"ח אפי' ר"ח שני ימים שהראשון תשלום חדש שעבר אפילו הכי מותר כיון שבלשון בני אדם קורים אותו ר"ח ע"כ וא"כ משם יש לדון בנדו"ד דהשתא אפילו בדבר האיסור דמן הראוי הואל ויום ראשון דר"ח תשלום לשעבר היה להחמיר ולומר דאותו יום יהיה בכלל החודש שעבר עכ"ז הואל ובלשון בני אדם קורים אותו ר"ח חשבינן ליה מלהבא ומותר מכ"ש לענין ממון דהולכין אחר לשון בני אדם ואל תשיבני אדרבה כלפי לייא דשם שם דוקא בנדרים אמרינן הלך אחר לשון הנודר כמ"ש מר"ן שם אבל בכאן שהבית מושכרת ביד שמעון ובא ראובן להוציאה מידו אדרבה נימא דיכול שמעון לומר ליה הואל ויום ראשין תשלום שעבר אין אתה יכיל להוציאה ממני אלא דגם לזה הרי מצאנו ראיה מדברי הסמ"ע והש"ך בחו"מ סע"ג דשם פסק מר"ן בס"ט הנשבע לפרוע בר"ח אדר חייב לפרוע ביום החדש הראשון וכתב הסמ"ע סקנ"ט הוא הדין בכל חדש שתחלתו שני ימים וקמ"ל דאפע"ג דיום הראשין שייך לשבט שעבר והוא נשבע סתם לשלם לר"ח אדר מ"מ הולכין אחר לשון בני אדם שקורין שני הימים דר"ח בשוה על שם החדש שיבוא וספיקא דאוריתא לחומרא עכל"ה מדברי הסמ"ע אלו מוכח דמן הראוי הואל ויום ראשון שייך לשעבר אין להוציא הממון

מיד המוחזק שהוא הלוה אולי דוקא משום ספיקא דאורייתא הלאו הכי אין להוציא מיד המוחזק א"כ בנדו"ד ג"כ הואל וקיימה לן בס' שי"ו שבכל ספק שיפול בין המשכיר והשוכר המשכיר הוא המוחזק ע"ש א"כ גם לדבר הזה המשכיר הוא המוחזק ויאמר הואל ובלשון בני אדם קורים לשני הימים ר"ח ע"ש הבא הולכין אחר לשון בני אדם ומכ"ש לפי דברי הש"ך שם בסקל"ב שכתב דאפילו בלי ספיקא דאורייתא חייב לשלם ביום ר"ח הראשון משום לשין בני אדם וכו' ע"ש וגם כאן אזלינן בתר לשין בני אדם ולשון בני אדם הוא דיום ר"ח ראשון דאייר קרוי ראש חדש והגם דשם ביור"ד סר"ך ס"ד מבואר דדוקא באומר חדש זה הוא דאמרינן כשתשלם החדש יום כ"ט נשלם אבל באומר חדש סתם הרי שם מפורש בס"ה וז"ל אמר חדש אחד או חדש סתם אסור מיום ליום ע"כ הרי פירשה שם דהיינו כגון אם נראה בחצי יום ט"ו לתמוז סגי עד יום ט"ו באב דהוי כ"ט יום ע"ש ואפע"ג דשם סיים הטעם דסגי בכ"ט יום משום דבחדש חסר כו"ע מודים דסגי בכ"ט יום וכו' ע"ש אין לנו לומר דבניסן שהוא מלא צריך שלשים יום אלא הכוונה לאפוקי אם היה נדרו יום ט"ו באב ואמר חדש סתם נותנים לו מיום ליום דהיינו עד יום ט"ו אלול דהוי שלשים שלמים אבל בכגון נדו"ד שהיה עומד ביום ר"ח ניסן ושכר לו על חדש סתם הדרן לספיקא דידן שיכול המשכיר לומר לו חדש הוא עד יום כ"ט דיום ראשון של אייר אינו קרוי בלשון בני אדם בכלל זה החדש אלא מכנים אותו מלהבא ובפרט הואל ועל חדש אחד שכר לו יהוא עומד ביום ראשון דר"ח ניסן הוי כאלו פירש לו על חדש זה והדר דינה כדינה דסר"ך ס"ד שכתבנו ותו לא מידי. זה מה שנלע"ד וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רה

להיות שראובן שאל כלי מלאכה משמעון ובעודו בידו ראה אותו בידו עכו"ם אחד והעליל עליו והוליכו לערכאות דידהו באמור לו העכו"ם הזה שהכלי הזה נגנב ממנו ויען ראובן ויאמר כלי זה הוא מישאל בידו מאת שמעון ואזי נקרא שמעין לבית השר ונטלו ממנו הכלי והוצרך להפסיד ממין על תביעה זאת לפי ערכאותיהם וע"ז בא שמעין קיבל ומתרעם על ראובן שישלם לי כלי מלאכה שלי דהגם שהוא מידה ואימר שהוא קנה אותו מגנב אחד עכ"פ על ידי גרמת ראובן נאבד והיא ישלם וגם תבעי שישלם לו במה שגרם לו להפסיד באמירתו לשר שהוא שאל משמעון שעי"ז הוצרך לפזר ממין רב להציל את נפשו ושכמ"ה:

תשובה ע"ז הוא הנה במה שתבע שמעון שישלם לו את הכלי מן הראוי דלכאורה טענה הנשמעת היא דאפילו חשבינן למה שהוציאו השר מידו דלאונס יחשב עכ"ז ראוי לחייב את ראובן כדין שואל שחייב באונסים וגם כאן הגם שהעלילו עליו מכח גניבה אין בדבריהם ממש ומקרא מלא. דבר הכתוב אשר פיהם שוא ולשונם דבר שקר וא"כ בדין הוא שיתחייב ראובן לשלם דדין זה הוא מה שפסק מר"ן בסי' רכ"ה ס"ב בדין המוכר באחריות שכתב מר"ן שם וז"ל בד"א כשהוציא המקח מיד הלוקח בב"ד של ישראל כגון שהיה המקח מטלט' והיו גנובים או קרקע גזולה וכו' אבל אם הכותי הוא שהוציא המקח מהלוקח בין בדין המלך בין בערכאות שלהם אין המוכר חייב באחריותו ואע"פ שהכותי טוען שהמוכר גנב החפץ זה או גזלו ממנו והביא עדים כותים על כך אין המוכר חייב כלום שזה אונס הוא ואין השוכר חייב באחריות אונס ע"כ ויעו"ש בסמ"ע טעם הגמרא יע"ש הרי לפניך דמה שנוטל הכותי מישראל אפי' היה ע"י עדים לאונס חשבינן ליה הואל וחזקתם שקרנים וא"כ גם כאן לאונס יתחשב וחייב ראובן השואל:

ואל תשיבני דלא פסק מר"ן בההיא דס' רכ"ה אלא לענין שאין המוכר מחויב להחזיר מעות המקח בזה הוא דאמרינן חזקתם שקרנים כדי להעמיד הממון בחזקת מריה המוכר אבל בנדו"ד שבא המשאיל להוציא ממון מיד השואל והשואל אמר שהשר הוציא מידו הכלי ע"י עדי הכותים שהדבר הזה גנוב הוא נימא אדרבה לאידך גיסא דהמע"ה שהוא המשאיל דדילמא אמת שגזול כמו שהעידו עדי הכותים זה אינו דהא זיל בתר טעמא הוא כמו שמפורש בגמרא במילתיה דאמימר בפרק ח"ה דמידע ידע הלוקח דסתם עכו"ם אנסים הם דכתיב אשר פיהם דבר שוא וכו' יע"ש בגמרא ובב"י וא"כ הואל ועיקר הטעם כך הוא אם כן פשוט אפילו אם יהיו עדיין המעות ביד הלוקח ונאנס מידו המקח פשיט דחייב לשלם למוכר ואל יקשה בעיניך דא"כ הוא דאפילו עדיין לא שלם הלוקח מחויב הוא לשלם א"כ הו"ל לאשמיעינן רבותא דאפילו עדיין לא שלם מחייב לשלם זה אינו דהא דין זה דמר"ן הוא מימרא דאמימר בפרק חזקת הבתים ושם דברי אמימר הם קאי על דברי רב פפא דמכריז ואומר דנחתין לתתא ודסלקין לעילא האי בר ישראל דזבין ליה חמרא לישראל חבריה וקאתי עכו"ם ואניס ליה מניה דינא הוא דמפצי ליה מיניה וכו' ודברי רב פפא הם איירי אפילו בכבר פרעו ועכ"ז אמר צריך למיפצי ועליה קאי אמימר ואמר דפטור דמידע ידע אבל אה"נ מהאי טעמא אפילו עדיין לא פרעו מחייב הוא לפורעו וא"כ לכך נקט דיניה מר"ן בהכי ולא כתב דאפילו עדיין לא פרע להוי חייב דכך אורחיה לפסוק הדין כמו שאתמר בגמרא ותו לא:

איך שיהיה נקטינן מכאן שנטלו הכותים הכלי לאונס יחשב וחייב לשלם אלא דבנדו"ד מצאנו לראובן זה פטיר על הכלי מכח הודאתו שמודה ואמר אמת הדבר שכלי זה הוא גנוב וקנוי אצלו בזה הפסד תביעתי דדין זה הוא ממש דברי המרדכי שפסק מיר"ם בס' רכ"ד ס"א וז"ל ראובן החליף עם שמעון סוס ביין וכאשר משך שמעון הסוס בא כותי ולקחו ממנו ואמר שהסוס נגנב ממנו ורוצה שמעון להחזיק ביין שבידו אם ראיון מודה שנגנב הסוס הוי מקח טעות ויכיל שמעון להחזיק מה שבידו אבל אם ראובן אינו מידה אמרינן הכותי משקר וצריך לתת היין לראובן עכ"ל וא"כ גם בנדו"ד הואל ושמעון זה מודה שהכלי הזה גנוב הוא הוי דינו ממש כדינא דהג"ה זאת ופטיר ועטיר הוא וא"כ פשוט דפטור:

ובדרך אגב חוזרני על הראשונות הרי לך מדברי המרדכי שבהג"ה זאת מוכח תהלי"ת כמש"ל דמכח דברי אמימר שאמר דסתם עכו"ם אנסים מכח אשר פיהם דבר שוא אפי' עדיין לא קבל המוכר המעות חייב הוא הלוקח לפורעו דהא פסיק ותני אבל אם ראובן איני מודה אמרינן הכותי משקר וצריך לתת דמי היין ע"כ הרי לך דמכח טענה זאת מוציאין מיד הלוקח ועיין בסמ"ע סק"ה שכתב וז"ל הכותי משקר בס' שאח"ז ס"ג כתב הטור מדין זה ע"ש עכ"ל ומצאנו ראינו לרבינו הטור בסי' שאח"ז ס"ג שם דבר מדין דכתבנו לעיל במוכר באחריות ובא העכו"ם ונטלו ממנו דאין הלוקח חוזר על המוכר יע"ש וא"כ יש לדקדק על דברי הסמ"ע אלו שכתב על דברי הג"ה זאת דפסיק בה מור"ם מדברי המרדכי דאם אינו מודה יכול בעל הסוס אפי' להוציא היין מבעל היין דהטור כתב מדינים אלו דמשמע כדין זה דהמרדכי והרי יש לך לדקדק הרי הטור לא כתב אלא דין דאין להוציא מיד המוכר אבל להוציא מיד הלוקח לא נרמז שם מזה אלא בודאי דמוכרחים אנו לומר כמש"ל דמאי דקאמר בגמרא פסק מר"ן אבל אין הכי נמי פשוט הוא דאם לא פרע עדיין הלוקח חייב הוא לפרוע כמש"ל וכמו שמפורש מדברי הג"ה זאת וק"ל: הדרן למאי דאתן עלה שראובן זה פטור מדמי הכלי שנטל השר מידו ונתנו לכותי ועדיפא מזה אמינא אפי' אם המצא ימצא דשמעון תפוסים בידו מעות ראובן אינו יכול לעכבם בידו ולמימר שהעכו"ם העליל עליך ונטלו ממך שהרי הוא מודה שקנה אותו מגנב והגם דלא נאמר דינו דהמרדכי המובא בהג"ה אלא לענין שאין בעל היין חייב לתת לו היין דהואל ובעל הסוס מודה שהוא גנוב אזי מעמידין היין ביד בעליו אבל בנדו"ד שבעל הכלי הוא התופס נימא דאפילו מודה הוא אמור יאמר שהגם שגנוב הוא בעלילה באו עליו העכומי"ם ההמה ולא בעליו גמורים אלא אפשר בעליו עכומי"ם אחרים המה וזה בעלילה באו עליו ונטלוהו דזה אינו דגם אופן זה מצינו סעד וסמך מדברי המרדכי

שפסק ג"כ מור"ם בסו"ס שנ"ו וז"ל ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר ובא כותי ואמר שנגנב ממנו והוציאו מליקח שני בדיניהם אם הגנב מפורסם צריך הישראל ראשון להחזיר לשני מעותיו ואם אינו מפורסם א"צ להחזיר לשני מעותיו דיכול לומר שמא הכיתי משקר ע"כ הרי לפניך דבגנב מפורסם אם יבוא איזה כותי דשקר קאמר ובא כותי מאן דהו ואמר שהוא שלו עכ"ז אפילו היו המעות ביד לוקח ראשין עכ"ז מחויב איהו להחזירם ללוקח שני וא"כ גם כאן הואל ושמעון זה הואל ואי הוי מידה דכלי זה לקוח מגנב אם יבוא כותי מאן דהו ויוציאו בדיניהם אפי' יהיו תפוסים בידו המעות השואל הזה מחויב הוא להחזירם דהואל וידע שהוא גנב הדר דינו כאותה הג"ה ממש דסו"ס שנ"ו דהגם דהתם גנב מפורסם נאמר אדרבה זה דידע שהדבר גנוב מיגרע גרע אפילו מגנב מפורסם דהא יש סברת הפוסקים דס"ל דאפילו בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק וכמו שהביא מור"ם בסי' שנ"ו ס"ב ועכ"ז בידע שהוא גנוב כ"ע מודו דלא עשו בו תקנת השוק והילך לשין מור"ם וי"א דאף בגנב מפורסם עשו תקנת השוק וצריך להחזיר ללוקח מעותיו אלא א"כ ידע הלוקח שהוא גנוב שאז צריך להחזיר בלא דמים עכ"ל הרי לפניך מדברי מור"ם אלו דבידע הלוקח שהדבר גנוב הוא מיגרע גרע מלוקח דבר מגנב מפורסם וא"כ באומרך דברי מור"ם אלו דסו"ס שנ"ו פסיק ותני דאפילו קנה מגנב מפורסם חייב להחזיר ללוקח שני כ"ש בידע שהוא גנוב דמחויב הוא להחזיר וכמ"ש הסמ"ע ג"כ בסו"ס שנ"ו סק"ג יעו"ש:

ואין להשתבש ולו' דלא דבר מור"ם ואמר אלא א"כ ידע שהוא גנוב שהוא שמחויב להחזיר בלא דמים אלא לסברת הפוסקים דס"ל דאפילו בגנב מפורסם עשו תקנת השוק ע"ז סיים דדוקא בידע הלוקח שהחפץ גנוב ונימא דהכוונה תרתי בעינן לקח מן המפורסם וידע שהוא גנוב בזה הוא דמחזיר ואינו נוטל דמים אבל בגנב שאינו מפורסם נימא דאפי' בידע שהוא גנוב עכ"ז עשו בו תקנת השוק אלבא דכ"ע וא"כ השתא הדר דינו דגנב מפורסם הוא מיגרע גרע מגנב שאינו מפורסם אפי' בידוע שגנב וא"כ הדרן למאי דאתן עלה דלא דבר מור"ם בסו"ס שנ"ו דאפי' היו המעות תפוסים ביד לוקח ראשון דמחויב להחזירם ללוקח שני אם ביא יבוא איזה כותי ויטלם ממנו בדיניהם אלא דוקא אם ליקח זה הלוקח ראשון מגנב מפורסם והוא אלבא דמר"ן והפוסקים דפסקי מיגרע גרע מי שלוקח מגנב מפורסם אבל בכהאי נדו"ד דשמעון זה לקח מגנב שאינו מפורסם נימא דלא גרע כחו להחזיר לראובן אם יהיו בידו נכסי ראובן דהא לא גרע כ"ך הואל ועשו בו תקנת השיק לפי האי סלקא דעתין דהשתא דמור"ם לא הגריע כח אם ידע שהוא

גנוב אלא בקינה מן המפורסם ואלבא דסברת הפוסקים דס"ל דאפילו בגנב מפורסם עשו תקנת השוק:

אלא באמת זה שבוש גדול ולא תיסק אדעתין כלל דהא זיל בתר טעמא לסברת הפוסקים דס"ל דבגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק והוא פסק מר"ן משום דהואל ומידע ידע הלוקח הזה שהמוכר הזה הוא גנב הו"ל לחוש לעצמו ולא יקנה ואיהו דאפסיד אנפשיה דסתמא כל מה שקנה מיד זה גנוב הוא וא"כ איהו דאפסיד אנפשיה וא"כ באומרך אפי' משום דסתמא כל מה שבידו הוא גנוב והו"ל לחוש לנפשו משו"ה לא עשו בו תקנת השיק וא"כ מכ"ש וק"ו בקינה מאדם דעלמא שאינו ידוע גנב וקנה ממנו איזה חפץ ומידע ידע דחפץ זה הוא גנוב אין לך מאבד עצמו יותר מזה וממנה נמי יש לדון לסברת הי"א שהביא מור"ם דבגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק ס"ל דאפילו קנה מגנב מפורסם שמא אין הדבר גנוב אבל בקונה דבר הגנוב הרי נתברר לו שהוא גניב ולא הו"ל לקנותו וא"כ בידע שהוא גניב אפילו יקנה אותו מאדם דעלמא כו"ע מודו דלית ביה תקנת השוק ואין להשתבש בזה ובפרט הכי כתב בפירוש השב מאמר קדישין סימן שנ"ו סק"ט וז"ל אלא א"כ ידע הלוקח שזה הדבר פירוש זה שמכר לו הוא עצמו גנב ומכרו לו ולי נראה בזה אף בגנב שאינו מפורסם כיון שידע שזה הכלי גנוב עכ"ל הרי לך בפירוש דבידע שהוא גנוב אפילו משאינו מפורסם הוא מיגרע גרע בלוקח מגנב מפורסם וא"כ הואל ומור"ם כאן בסו"ס שנ"ו פסיק ותני דלוקח מגנב מפורסם חייב להחזיר אפילו היה בידו מעות לוקח שני מכ"ש בקונה מאדם דעלמא וידע שהוא גנוב דהוא גרוע יותר ואפילו אם יהיו בידו מעות ראובן זה מחויב הוא להחזירם וזה פשוט:

ולענין מה שהפסיד שמעין בהוצאת השוחדות להציל עצמו אם ראובן חייב בהם כמ"ש בשאלה או לא אציגה נא לפניך בקיצור מה שראיתי להרב מאמר קדישין סו"ס שנ"ו שכתב וז"ל כתב בתשובת רש"ל אם קנה אחד מחבירי שום דבר בחזקת גנוב והראהו לכותי ובא ע"י הזק גדול והציל זה את עצמו בנפש חבירו ואמר שקנהו מזה ועי"ך נגרש זה מביתו ומהונו דין מסור יש לו ומחויב לשלם כל ההיזק ודומה לזה כתב המרדכי שאם העליל השר על יהודי אחד בעבור חבירו שאין לו לגלות ואם גילהו יש לו דין מוסר ואף בדין ישראל הוא פטור מאחר שהעלילה בא עליו ומזלו גרם אמנם אם המוכר לא הגיד לזה שגנובה ממנו פטור הלוקח דיאמר לו אלו הודעתני שהיא גנובה לא הראיתיה בפני כותי:

הרי לפניך מתשובת רש"ל זאת דלמוסר יחשב ראובן זה במה שהציל עצמו על ידי שהראה להם את חבירו וכעין זה ממש פסק מור"ם ביור"ד סי' רל"ב סי"ב וז"ל שני יהודים

שהכו זה את זה וגזר השלטון אחר העדות אם יענשו המכה יותר מדינו נקרא אונס ואם אינם יכולים להשמט וצריכין להגיד יעידו ויגידו וישלמו לניזק נזקו ואל יצילו עצמם בממון חבריהם עכ"ל ושם מפורש דאפילו היתה גזרת השלטון ע"י חרם עכ"ז לצד שאינו יכול למלט יגיד וישלם וא"כ מכ"ש לכאן דמן הראוי היה השר מעליל עליו והיה הוא מפסיד ומציל עצמו והוא לבדו הלשין את שמעין ותפשו השר פשוט דמיקרי רי ראובן זה מציל עצמו בממון חבירו וחייב לשלם כל מה שהפסיד שמעון:

אכין יש לפטור ראובן זה מסוף דברי תשובת רש"ל שכתבנו שכתב בסו"ד וז"ל אמנם אם המוכר לא הגיד לזה שגניבה ממנו פטור הלוקח די"ל אלו הודעתני שהוא גנוב לא הראיתיה בפני כותי ע"כ וא"כ גם כאן הואל ולא גילה לו שהוא גנוב ואיהו גרם לו הפיטור ודומייא ממש כזה ג"כ כתב הרב צרור החיים דף צ"ט וז"ל עשה זיוף בכסף ומכרו המוכר בחנותו והלוקח מכר לעכו"ם ומצא זיוף ובזבז ממון המוכר חייב שהוא מטעה את הרבים ע"ס שפ"ו דאפילו גרמא בנזקין אי הוה שביחיה חייב כ"ש נדו"ז ובזה לא שייך התראה שכבר מכר הזיוף לחבירו ומזיק הוא לשלם הפסידו עכ"ל וא"כ הוא ממש כעין נדו"ד וא"כ הואל והמשאיל הטעהו ולא הודיעו א"כ בדין הוא אפילו אם היה ראובן זה משלם מכיסיה דין הוא שיחזור על שמעון ויוציא ממנו מכ"ש שמעיקרא הראה להם את שמעון והשר תפס ממנו לא נכנס זה בדין מציל עצמו בממון חבירו כלל וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רו

שאלה במותב חלתא כחדא הוינא וכו' והעידו הר' אלעזר אדהאן והר' יוסף ן' יתאח נר"ו והעידו בתוע"ג וקאלו בזה"ל עדותם לשי"ת באיין כאנו בזוזהום גאלסין פחוואנתהום חתא כא יראוו דוד לעסרי מסרוף עלא הר' אברהם אזראד דמתו' סאלי יע"ה וכא יקוללו זיד לענד לקאייד ומעאה דוד ן' צפט וסלם בנבנישתי ודוד ה' קאבד פיידו סי דראהם וכא יגוות אזיוו תראוו יא אומת נביא האד ליהודי כא יכדם רהאטייא פמדנת אצלטאן ושל"ם הנז' ג"כ כא יוגות אזיוו תראוו האד ליהודי כא יכדם רהאטייא פמדנת אצלטאן ותזמעו עליהום בזאף דל גוים ואברהם הנז' כא יגוות אנא בלאה ובצרע משה רבינו וואס כא תחבו תיתמו אולאדי מני וכא יראוו אברהם כא יבוש ברזליהום וויקולהום אנא פעאר לאה ועארכום ומא קבלוסי מנו וקאלהום אברהם ה' לדוד לעסרי ולדוד ן' צפט ולשל"ם ה' וואס יחלכום מן לאה חבתו תשרופוני וואזבוה וקאלולו חבנא גיר נשרופוך ועבאווה

לדאר לקאייד עכס"ע וחתומים ב' עדים על זה ועתה יורינו מו"ץ אם יש למוסרים הנז' דין מוסר ע"כ:

תשובה לזה הוא נראה ברור דדין מוסרים יש לאנשים ההמה דוד ודוד ושל"ם הנז' כפי מה שהעידו שדוד כאן מסרוף עלא אברהם הנז' ודוד ושל"ם צועקים ככרוכיא דברי המסירות ובשלשתם יחד נועדו והוליכו אותו לבית השר ומאותה הליכה יצא לו הזיק גדול בודאי דמוסרים גמורים יחשבו: והגם שהעדים הנז' לא הזכירו בעידותם שבהליכתם לבית השר דברו עמו דברי המסירות אלא הוליכוהו לבית השר דוקא וא"כ איכא למימר הגם שהוליכוהו לבית השר אפשר שהאנשים האלה לא דברו מאומה והשר שמע הדבר מאדם אחר ועשה בו מה שעשה זה לא יתכן דמדתפשוהו והוליכוהו אדעתה דהכי עד גדר שהיה אומר להם חבתו תשרופוני והם אומרים חבנא נשרופוך כמ"ש בקב"ע ואדעתה דהכי הוליכוהו פשוט דתחת ידם היתה המכשלה ונעשה בו מה שנעשה:

והגם שכתב מור"ם סי' שפ"ת סט"ו משם הרמב"ן וז"ל מי שמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות ונשמע לשר וגרם היזק אעפ"ך אין לו דין מוסר ופטור מן התשלומין יעו"ש אין ממנו סתירה לפס"ד זה דלא דבר הרמב"ן אלא היכא שהיה מדבר ולא עשה שום פועל בידים אבל בנדו"ז שהיה תפיס בידם והוליכוהו כדי למוסרו לשר ומאותה הליכה יצא לו הזיק כאשר יגידו כל יושבי שער עירו בודאי אין לך מיסר גדול מזה:

וגדולה מזה ראיתי להרב החבי"ב ז"ל בספרו בע"י חי"י סי' רכ"ח שנשאל על ראובן ושמעון שהיו מתקוטטים זע"ז ובתוך הדברים אמר ראובן לשמעון בלשון תוגרמה בפני כמה אנשים אתם חייבים מיתה למלך שיש לכם מלך ואתם מורדים בו שכולם בני מיתה ע"כ וכתב עליו הרב ע"ז עוד לאלוה מילין דבנדו"ד אפי' לדעת הרמב"ן חייב בידי אדם חדא דהרמב"ן היה הנדון שהמלשין ההוא לא דבר הדברים לתוגרמיים אלא שצעק חמס ובצעקתו שמעו העכומי"ם מה שהיה אומר אבל בנדון שלנו שהמוסר אמר מה שאמר לעכומי"ם אף בדיני אדם יחייב הרמב"ן ואם תימצי לומר דאף במדבר לעכומי"ם פוטר הרמב"ן ז"ל שאני נדון הרמב"ן דלא בריא הזיקא אבל הכא דבריא הזיקא אף הרמב"ן ז"ל יחייב וכן מצאתי בתשו' להרב המוסמך מוהר"ר אלישע גאליקו ז"ל שנשאל על הנדון שנשאל עליו מהר"ם מטראני ז"ל והשיב הרב ז"ל דחייב לפרוע ההיזק אף לדעת הרמב"ן הואל וברי היזקא ואם בנדון שלו כתב הרב דברי היזקא כ"ש בנדון שלנו עכ"ל בע"י חי"י: הרי עיניך הרואות דהרמב"ן לא דבר אלא במדבר ונשמע הדבר וגם בדלא ברי היזקא ובשביל זה פוטר הרמב"ן וממנו דייק הרב הנז' דבמקום דאיכא אפילו ריעותא חדא

מודה הרמב"ן דחייב בדיני אדם א"כ מכ"ש נדו"ד שהיה מדבר לעכומי"ם וצועקים בפה מלא אזיוו תראוו יא אומת נביא וכו' דזה עדיף אפי' מנדונו של הרב בע"י חי"י שנדון הרב בע"י חי"י לא היה צועק לעכו"ם לומר להם אזיוו תראוו כנדו"ד אלא שהיה מדבר בלשון תוגרמה בפני עכו"ם והיה מדבר בלשון תוגרמה כדי שיבינו התוגרמים ועכ"ז חייב הרב מכ"ש נדו"ד שהיה אומר להם בואו וראו וכמ"ש בקב"ע אזיוו תראוו בודאי שהרמב"ן יודה שחייב בדיני אדם:

וגם מצד ההיזק אין בריא הזיקא יותר מנדו"ד ופשוט הוא דעדיף הוא אפילו מדינו של הרב בע"י חי"י דהא נדונו של הרב בע"י חי"י לא היה אומר אלא אתם מורדים במלך ולא אמר מאיזה טעם הם מורדים ויכולים לומר ששקר דבר שהם מורדים אבל בנדו"ז שהיה דראהם פיידהום והם צועקים אזיוו תראיו דהיינו שמראין להם הפשע והמרד בעיניהם שהוא הדראהם שבידם וידוע דמי שעוסק בזיוף המטבעות אין לך הקפדה שמקפידים המלכות יותר מזה וסכנה גדולה היא זו ואין מי שיגין עליו מיד השלטון בזה וכמו שנהיה בו הדבר הרע הזה ולא מצאו כל אנשי חיל ידיהם לדבר עליו לשלטון א"כ פשוט וברור הוא דנדו"ז עדיף מנדון הרב בע"י חי"י ואין אומר ואין דברים:

וגם בנדו"ז כבר כתבנו דלא נגע ולא פגע בדברי הרמב"ן כלל דכל דברי הרמב"ן אינם אלא במדבר בפיו דוקא ולא בעושה מעשה בפועל אבל נדו"ד שהיה תפוס בידם ומשם הוליכוהו לבית השר פשוט היא דמזיקים בידים הם ומוסרים יקראו וחייבים לשלם לאברהם הנז' כל מה שהפסיד שוחד והוצאות שבאו עליו מכח התפיסה ממיטב שבנכסיהם וגם צריכים לשלם לו דמי הבטלה שביטלוהו ממלאכתו ביומי התפיסה וכמ"ש מור"ם בס' שפ"ח ס"ז וז"ל וכן אם גרם לו תפיסה חייב לשלם לו כל מה שהזיקו דהוי כמזיק בידים יעו"ש. אלא נראה פשיט דהגם דכתב מור"ם חייב לשלם לו כל היזקו בודאי דאין חייב לשלם אלא כדין. פועל בטל דהגם דמיחשיב מזיק בידים אינו חייב לשלם לו אלא כפועל בטל וכמ"ש מר"ן בס' ת"ך סי"א ז"ל הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו אין נותן לו אלא שבת בלבד עכל"ה ובדין השבת כתב שם מר"ן סי"ז וז"ל כיצד משערין השבת נותן לו כל שבתו של כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה וכו' ושם פירש הסמ"ע כיצד משערין היינו נחזי אדם כמה ראוי ליטול ולישב בטל ממלאכה שהוא עושה ויש חלוק בין אם מלאכתו מלאכה כבדה דאז יש הפריש גדול בין מה שתופיס במלאכתו למה שרוצה לישב בטל ובין אם מלאכתו קלה דאז אין הפריש כ"ך שאין אדם רוצה לישב בטל זולת אם יהיה הפרש דבר מועט יעו"ש וא"כ גם נדו"ד הגם דמי שגרם תפיסה למזיק בידים יתקרי וחייב לשלם הרי מזיק

בידים פסק מר"ן דהשבת הוא כפועל בטל כמ"ש ובנדו"ד נראה פשוט דכל מה שהפסיד אברהם הנז' אפלו לא יברר בעדים כמה הפסיד עכ"ז דינו הוא שישבע ויטול והגם דמסור הוא איבעייא דלא אפשיטה בפרק הכונס אם הוא מהנשבעים וניטלים או לא ולא אפשיטה ופסק הרמב"ם ושאר פוסקים דהמע"ה וכוותייהו פסק מר"ן בקצר בס' שפ"ח סי"ז ה"מ במוסר ממון חבירו אבל במסירות שיש בה סכנת הגוף הרי מצינו להר"מ שכתב וז"ל וכתב מהרי"ל סי' פ"ו בתשובה הא דאין הנמסר נשבע ונוטל היינו דוקא שמסר ממונו אבל אם מסר גופו מיקרי מזיק בידים ונשבע הנמסר ונוטל ופסקו בהג"ה סי' ה' ס"ז יעו"ש וא"כ גם בנדו"ד בודאי דדינו הוא שישבע ויטול דהא אין לך מסירת הגוף יותר מזה שהלשינו עליו שהוא עוסק בזיופים ומשחית מטבע המלך וסכנה גדולה יש בדבר כמ"ש לעיל:

ועדיפא מזה ראיתי להרב כמוהר"ר יוא"ל זלה"ה בסי' ק"ו שכתב דמי שהלשינוהו שגנב הרי זה מיקרי מסירת הגוף ודיני הוא שישבע ויטול וא"כ באומרך שאפי' גנב שאין נוגע נזק למלך עכ"ז למוסר הגוף יחשב הואל והמלך מקפיד א"כ מכ"ש במשחות מטבע המלך שנוגע הדבר למלך ומקפיד הרבה על זה בודאי דלמוסר הגוף יחשב ודינו הוא שישבע ויטול:

והגם דמהרי"ל נקט בלישניה אבל מוסר גופו של חבירו וכו' ובלשון זה נקט מור"ם בהג"ה אין לנו לו' דוקא במוסר בידים אלא אפי' הלשינו בפה ומכח דבורו הרע נתפס למסירת הגוף יחשב וסיפא דדברי מור"ם תוכיח שכתב וכן אם גרם לו תפיסה דהוי כמזיק בידים יעו"ש:

הרי מלשון זה משמע דאפי' גרמא בעלמא בלי מסירה בידים אלא בפה מוסר יתקרי ומלשון זה ג"כ הוכיח הש"ך שם בסקל"ו דדברי מור"ם הם אפילו במוסר בפה לחוד מיחשיב מוסר והגם דהרב הש"ך דחה סברת מהרי"ל דפסק מור"ם ואית ליה דלא מיחשיב למסירת הגוף אלא מוסר בידים אבל בדביר בעלמא לא עכ"ז אנן כדברי מור"ם קי"ל ומה גם דדבריו הם מוסכמים מגדולי עולם מהרי"ל ומהרש"ל ומהר"ם לובלין יעו"ש וא"כ קם דינא ע"פ העדות שביד אברהם הנז' כל הפסיד שיכול לבררו בעדים הרי זה נוטלו בלי שבועה ודבר שאין לבררו בעדים דינו הוא שישבע בנק"ח ווטול:

והגם ששלשה פושעי ישראל האלה שלחו מהתם להכא קב"ע שהעידו בה יצחק בן יאיון ומסעוד בוהדאנא וז"ן הצריך וקאלו עידות דייאלנא לשי"ת באין קדאמנא בסחאל דל מרראת תסרעא של"ם בנבנישתי עלא אברהם אזראד וקאללו קארי מן האד לחראם דתקצוץ דדרהם ראך קטעתלנא רזקנא ורזק אולאדנא חראם עליך האדסי מכס"ע

וחתומים ע"ז שע"ך וא"כ לכאורה נראה דאין על המוסרים אשמת דבר וכמ"ש הר"מ בס' שפ"ח משם מהר"ם מרזבורק זלה"ה וז"ל מי שרודף רבים בעסקיו כגון שעוסק במטבעות או בגזירת מטבעות וכדומה לזה אם התרה בו הקהל ולא השגיח יכולים למוסרו לעכו"ם ופסקו ג"כ סי"ב וא"כ הואל והעדים הנז' מעידים ששל"ם הנז' שהוא אחד מהמוסרים התרה עליו נימא דמאי דעבד במסירתו כדין עבד אפילו הכי לא נפטרו המוסרים הנז' מדינא דמסירות מכמה טעמי:

חדא דצריכים המוסרים הנז' לברר מעיקרא שאברהם הנז' עסוק בזיופים ואזי אם יתחייבו אח"כ יש לה ההתראה על מי תחול אבל אם לא יבררו מעיקרא שהיה עוסק בזיופים מאי אהני התראתם דא"כ אין לדבר סוף ולא שבקת חיי דכל אחד יאמר לחבירו בפני עדים הרני מתרה בך אם תעסוק בזיופים אמסור אותך ואח"כ ילך וימסור איתו אפילו מעולם לא נעשה שום דבר אלא בודאי דצריך לברר מעיקרא דהוא עוסק בזיופים וכמו שמדוקדק מדברי מהר"ם ז"ל מי שעוסק בזיופים דהיינו ידוע שהוא עוסק וא"כ בנדו"ד שאין בידם עדות שזה דרכי של אברהם הנז' שהוא עוסק בזיופים אין בהתראתו כלום ולאו מפי המוסרים אנו חיים:

זאת ועוד אחרת אפי' אם יבררו שהיה עוסק בזיופים קידם התראה עכ"ז צריכים לך לברר דאחר התראה ג"כ לא מנע עצמו מלעסוק בדבר הרע וכמ"ש ג"כ בדברי מהר"ם ז"ל ולא השגיח יכולים למוסרו א"כ גם כאן הואל ואין להם עדים דלא השגיח בהתראה אין בדבריהם כלל:

ועוד בה שלישיה דהתראה זה מעיקרא לא שמה התראה דהא לא התרו בו מעיקרא לו' לו שאם ישנה באולתו שילך וידבר עליו לשלטון דסתם התראה בודאי כך הוא דצריך להודיעו מעונשי הדבר כדי לסלק עצמו מדבר זה ואפילו אם ירצה האדם להתעקש ולומר דאין צריך להודיעו בהתראתו מעונשי הדבר הואל ומהר"ם לא פירש הדבר בדבריו אלא כתב בדבריו אם התרו בו ולא השגיח וכו' ואני אומר אפילו לא פירש דבריו בודאי סתמו כפירושו דבמאי סמכה דעתו לאתפחד מהתראה זו אלא אפילו למי שירצה להתעקש ולומר דאפילו התרה בו סתם שאל יעשה עוד מה שהוא עושה וע"פ אותה התראה יכול אח"כ לילך למוסרו עכ"ז בהתראה שלפנינו אלבא דכו"ע יודו דלא שמה התראה דהא בכאן גילה דבריו דלא נתכוון להתראה אלא למונעו מן האיסור שהוא עושה ולא משום שום סכנה כלל וכמ"ש בקב"ע חראם עליך תקטעלנא רזקנא ורזק אולאדנא חראם עליך האד סי משמע דכוונתו הוא להתרות בו משום איסור שגורם להם בזה חוסר הפרנסה

דהכוונה שעל ידי רבוי דרהם למקצץ מתעקש בידם האלסרף אבל משום סכנה אין אפילו ריח התראת סכנה בדברי התראה זאת וא"כ בודאי דלאו שמה התראה:

ועל ארבעה ל"ו אשיבנו דנדו"ד לא ידעתי מעיקרא מה סכנה היתה למוסרים ה' אפי' נימא דאברהם ה' דרכו לקציץ הדרהם בשלמא אם היתה מלאכה זאת דתקציץ אדרהם אינה ידועה כ"א להאלסראפייא לבד אם כן אמרינן סכנה יש בדבר להאלסראפייא הואל ומלאכה זאת ידועה להם ויאמר המושל שמתחת ידם היתה המכשלה אבל בנדו"ד דבכל עיר ועיר יש לאלפים ולרבבות כמה דרהם מקצץ ואין אנו יודעים מאן מחתיך להו אם הוא מי שמלאכתו סראפי או סוחר או מבעלי שאר אומנות או עכו"ם או ישראל דכו"ע ידעי למעבד זה ונוסף ג"כ שהדרהם הולך בכל יום ויום מעיר לעיר ובפרט לדאר לבידא שהיא ערי הסוחרים הנז' ובכל יום ויום הולך לה הדרהם מכל ערי המערב כידוע ומעולם לא נתפסו בעלי מלאכה מיוחסת לזה כי אין אנו יודעים בשלמי הרעה הזאת א"כ מה סכנה יש להאסראפייא הנז' להתרות בו והוא פלא דאין לשום אחד בזה שום סכנה כי אם למי שנתפס בידים שעוסק בזה ואין לזרים אתו:

והגם דמהר"ם מרטבורק ז"ל אחשיביה להאי דמחתך המטבעות לסכנת רבים בודאי דנדון דידיה איירי בעושה איזה זיוף וכו' הידוע דבעליו מיוחדים לעשות זה דאזי המלך כשרואה ההפסיד שולח על בני אותה אומנות בזה בודאי יכולים למחות בו כדי שלא יסתכנו בני אומנותו אבל בנדו"ד שאין מלאכה זאת מיוחדת ומיוחסת לשום אדם. פשוט דאין הסכנה אלא למי שנתפס עסוק בדבר הרע הזה וע"ז נאמר כל איש עונו ישא ואין לזרים אתו ואין זה צריכה לפנים ובודאי דקב"ע ששלחו המוסרים בטילה ומבוטלת היא וחייבים הם לשלם במיטבה:

אלא דצריכים אנן למודעי דהואל וקב"ע שביד אברהם הנז' לא נתקבלה בפני המוסרים ה' צריכים העדים ה' לחזור ולהעיד בפני המוסרים הנז' כמ"ש מר"ן והגם דבס' שפ"ח פסק מר"ן דמוסר מקבלים עדות שלא בפניו הרי דברי מר"ן אלו עיקרם ממה שהביא הטור משם אביו הרא"ש ז"ל ושם מפורש דלא אמר הרא"ש אלא במוסר שהוחזק מוסר ג' פעמים בזה הוא דכתב הרא"ש דמקבלים עדות שלא בפניו אבל במוסר פעם אחת בודאי דצריך לקבל עדות בפני ואלילי דברי מר"ן זה בקצר הייתי אומר דבעדות המוסר להוציא ממנו ממון אפילו במוחזק ג' פעמים אין לקבל עדות שלא בפניו להוציא ממנו ממון אלא צריך בפניו דוקא דעד כאן לא קאמר רבינו הרא"ש דבמוחזק מקבלים אפילו שלא בפניו אלא כדי לאבד גופו מן העולם. דהמוסר. גופו קל מממונו דהא גמרא ערוכה דמוסר מצוה לאבד גופו ופסקוה כל הפוסקים וגם מר"ן בקצר אבל לאבד ממיני לא

מצינו שום היתר ואפי' להוציא ממונו ממנו ע"י שבועת הנמסר סלקה בתיקו ופסקוה דהמע"ה וכמש"ל והתם אפילו במוחזק למסור ג' פעמים לא עשו בי תקנת נגזל לישבע הנמסר ויטול הרי לפניך דממונו הואל וראוי הוא ליורשים חסו עליו חז"ל יותר מגופו וא"ך מן הראוי מדברי הרא"ש אלו אין לנו לו' דבהוחזק למסור ג' פעמים מקבלים עליו עדות כדי להוציא ממנו ממון:

אלא דהואל ומר"ן בקצר פסק סתם דמוסר מקבלים עדות שלא בפניו משמע דדבריו הם בין על עדות כדי לאבד גופו בין על עדות להוציא ממנו ממין מקבלים שלא בפניו הואל וסתם לה סתומי ומה גם דכתב לפסק זה אחר דיני הוצאת ממון מן המוסר קודם שכתב דיני איבוד גופו יעי"ש וכן ראיתי להרב תוש"י בח"א סי"ח שכתב דמוסר שהוחזק למסור ג' פעמים מקבלים עדות שלא בפניו להוציא ממנו ממון ונרגש ממה שכתבתי דדברי הרא"ש אינם אלא לאבדו מן העולם וכתב כמ"ש הואל ומר"ן בשולחנו הטהור בסתם מוכח דאין לחלק וגם נתן טעם הואל ומר"ן כתב דין זה קודם שכת' דין שממיתין אותו ע"י גוים ונהניתי שנתכוונתי לדעת עליון ואין לומר דהשתא דאזלינן בתר סתמא דמר"ן ואמרינן דאפילו הרא"ש לא דבר אלא בלאבד גופו ועכ"ז הואל ומר"ן סתם דבריו בקצר אמרינן בלהוציא ממנו ממון דבר א"כ נימא ג"כ הגם דהרא"ש לא כתב דינו אלא בשהוחזק למסור ג' פעמים נימא ג"כ הואל ומר"ן ג"כ סתם דבריו וכתב דמוסר מקבלים עדות שלא בפניו סתם ולא פירש בהוחזק ג' פעמים נימא דס"ל דלהוציא ממנו ממון מקבלים אפילו בלא הוחזק:

זה לא יתכן דבשלמא לקבל עדות שלא בפניו אחר שהוחזק נימא דמר"ן ס"ל והגם דהרא"ש לא כתב דינו אלא בלאבד גופו עכ"ז גם בממון בודאי כן דטעם האמור שם בלאבד גופו שכתב הרא"ש דהואל והוא מוחזק אם אין אנו מקבלים עדותו שלא בפניו אין אנו יכולים לקבל דהואל ומוחזק הוא גם באותה שעה של הקבלה ילך וימסור לפיכך תקנו שיקבלו שלא בפניו וטעם זה יוצדק גם בעדות שבאים להוציא ממנו ממון ולפיכך כתב מר"ן דדין אחד להם אחר שהוחזק מקבלים שלא בפניו גם להוציא ממנו ממון אבל להקיל בעדות להוציא ממון ונימא דגם בפעם הראשון מקבלים שלא בפניו זה לא יתכן דמהיכן הוא מקור דין זה ודיו לבא מן הדין שהוא הממון להיות כנדון שהוא לאבד גופו דמצריך בו הרא"ש עד שיוחזק ובפרט דכבר ביררנו דממונו חמור מגופו וא"כ באומרך אפי' לאבד גופו בעינן הוחזק מכ"ש להוציא ממין:

והגם שראיתי להרב כמוהר"ר יוא"ל זלה"ה ח"ב בסי' ק"ו שכתב בפשיטות לחלק דלא הצריך הרא"ש הוחזק ג' פעמים אלא לאבד גופו אבל לענין עדות להוציא ממון לא בעינן

הוחזק ואני הפעוט תמהתי תמיהא גדולה דלא מלבד דפסק זה שכתב בח"ב סיק"ו סתיר פסק דידיה הכתוב בח"א סי"ח שהבאתי לעיל שהרב הנז' מסכים עם כמה חכמים דמצריכי דאם בא להוציא ממנו ממון שיהיה קב"ע בפניו עד שיוחזק מסרן ג' פעמים וא"כ פסקיו סתראי נינהו והגם דיכולים אנו לומר דבסוף ימיו חזר הרב הנז' מדבריו הראשונים וחזר לפסוק דלהוציא ממון לא בעינן עד שיוחזק ג' פעמים עכ"ז פסק זה האחרון לא נתחוור לי. חדא דמאיזה מקום מובן זה מדברי הרא"ש ובפרט כבר בירורתי לך דממונו חמיר מגופו ואפילו אם נבוא להקל בממונו דיינו להשוותו לגופו וליבעי עד שיוחזק ג"פ סוף דבר הגם דגברא רבה אמר מילתא אין לסמוך עליו בזה דלא מלבד מה שהקשיתי עליו. הרי מצאתי להרב המופלא מורי זקיני המלאך רפאל ביבאס שכתב על דברי הרב הנז' וז"ל עיין בשו"ת להרב אד"א זלה"ה דף מ"ו ע"ב שהעלה דבלא הוחזק צריך בפניו דוקא וכתוב שם שגם הרב מוהריב"ם ס"ל כוותיה גם רבני מראקש ז"ל הכי ס"ל וכל רבני המערב ז"ל הכי ס"ל זולת חכמי מקנאס ובודאי כוותיה דרב אד"א נקטינן דרב חיליה ורב גובריה בחכמת העיון ובפרט דרבים קיימי כוותיה א"כ ודאי דכוותיה נקטינן עכ"ל א"כ פשוט וברור הוא דצריך שיעידו העדים פעם אחרת בפני המוסרים ואם תהיה עדותם מכוונת לעידות הכתובה בקב"ע אזי המוסרים חייבים לשלם במטב"א ואם שנו בעדותם כאשר יעידו בפעם השנייה בפני המוסרים כן יקום וכמ"ש מור"ם בסתם דבריו בסי' כ"ח סט"ו יעו"ש זהו מה שנלע"ד וצוי"מ וימ"ן ח' לניסן ש"ש כצאת השמש בגבורתו לפ"ק פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רז

באו לפני לדין ראובן ושמעון שהיו שותפין ולקחו מקח אחד מעכו"ם והיה לראובן בריוח המקח ג"ח ולשמעון ח"ד והיה ראובן הוא המביא את המקח בהקפה מן העכו"ם ופעם אחת שכח העכו"ם לראובן סך חמשה דורוס דמי מקח אחד שהיה בסך חמשה דורוס שהיו מוכנים ביד ראובן לפורעו ושכחם לו העכו"ם ובקש ממנו שמעון ליתן לו חלקו במה ששכח להם העכו"ם ונתן לו דורו ורביע העולה לו בחלקו והלך כל אחד לדרכו ואחר עבור ארבעה חדשים נתקוטטו בשניהם יחד ורצה שמעון ללך להגיד לעכו"ם אשר שכח לראובן החמשה דורוס וע"ז בא ראובן קובל ומתרעם שרוצה למוסרו ומה דינו ע"כ: תשובה לזה בקיצור הנה ראיתי למור"ם בסי' שמ"ח ס"ב שכתב וז"ל וטעות עכו"ם כגון להטעותו או להפקיע הלואתו מותר ובלבד שלא יוודע לו דליכא חלול

השם בדבר וי"א דאסור להטעותו אלא אם טעה מעצמו שרי ע"כ הרי מדברי מור"ם אלו יתברר לך דשכחה זאת ששכח העכו"ם לראובן זכה ראובן ואין עליו שום איסור כלל ולא מבעייא לסברת הטור שפסק כאן מור"ם בסברא קמייתא דאפילו להטעותו בידים ולהפקיע הלואתו בידים עכ"ז ס"ל דשרי ואנן הכי קי"ל כסברא קמייתא הואל ומור"ם הביאה בסתם א"כ מכ"ש בכאן ששכח לו העכו"ם מצד עצמו פשוט דמותר אלא אפילו לסברת המרדכי בפרק הגוזל שהביא מור"ם אח"כ שכתב בשם י"א דדוקא אם טעה מעצמו הוא דמותר גם כאן מכ"ש בשכח לו גם הוא דמותר דהא ראובן זה גם הוא לא הטעה הגוי ולא הפקיע בידים ופשוט:

ואין להשיב ולומר דהא לפי סברא בתרייתא שהביא מור"ם דדוקא אם טעה מעצמו הוא דמותר הרי כתב הש"ך בסק"ג משם הישׁ"ש דמ"מ יאמר לו הישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ע"כ וא"כ הרי אפילו בטעה מעצמו צריך הישראל לומ' לעכו"ם ראה שעל חשבונך אני סומך ואם לא אמר אסור וסברא זאת שהביא הש"ך משם הישׁ"ש לא רחוקה היא והרמב"ם בעצמו הכי פסיק ותני בפי"א מהל' גזילה ואבידה הל"ד וז"ל טעות העכו"ם הוא כאבידתו והוא שטעה מעצמו אבל להטעותו אסור כיצד כגון שעשה העכו"ם חשבון וטעה וצריך שיאמר לו ישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ואיני יודע אלא מה שאתה אומר אני נותן לך כגון זה מיתר אבל אם לא אמ"ל כן אסור שמא יתכוון העכו"ם לבודקו ונמצא שׁ"ש מתחלל ע"כ נמצינו למדין דסברא זאת שהביא הש"ך דאפילו בטעה מעצמו צריך שיאמר לו ראה שעל חשבונך אני סומך מוסכמת היא מהרמב"ם ומהרב יש"ש ואם כן בנדו"ד דהגם שהעכו"ם בעצמו שכח נימא הואל ולא אמר ראובן לעכו"ם ראה שעל חשבונך אני סומך אסור ולא זכה ראובן:

אלא דכד דייקת זה אינו דאם האמת כן הוא דמור"ם כאן הכי ס"ל דבעינן שיאמר לו ראה שעל חשבונך אני סומך למה לא סיים הכי בדבריו דצריך שיאמר לו ראה שעל חשבונך אני סומך גם יש לדקדק דמור"ם שהביא דין זה בשם י"א הביאו משם המרדכי בפרק הגוזל קמא דפ"ג וכמו שמבואר בדרכי משה דמשם הוא מקור דין זה וכמו שרשם ג"כ המרשים על סוף הג"ה זאת דמשם הוא וע"ז יש להקשות למה מור"ם הרחיק עדיו להביא דין מן המרדכי הרי הרמב"ם פסיק ותני הכי ומשם הי"ל להביא דין זה או לפחות הי"ל להביאו בשם שניהם:

אלא דנראה פשוט דמור"ם אזיל בשיטת המ"מ שכתב שם וז"ל מיהו מהך דשמואל ורבינא משמע התם דא"ץ שיאמר לו ראה שעל חשבונך אני סומך ורב כהנא דעבד הכי ממידת חסידות הוא דעבד עכ"ל הרי מדברי המגיד אלו מוכח דפליג אהרמב"ם

וס"ל דא"ץ לו' לו שעליך אני סומך וגם מור"ם בראותו דברי המגיד אלו לא רצה לפסוק הלכה זאת מהרמב"ם כדי שלא לסיים עלה סיום דברי הרמב"ם והוצרך לפוסקה מדברי המרדכי ומדברי המרדכי שם פשוט דא"ץ לו' לו ראה שעל חשבונך אני סומך דהא מצינו בד"מ שכתב הטעם למה אסור להטעות העכו"ם וז"ל כתב המרדכי דאסור להטעות לעכו"ם דהא אפי' גניבת דעתו אסור כ"ש להטעותו מיהו אם טעה מעצמו שרי עכ"ל מכאן יתברר לך דהמרדכי דלא סיים בדבריו כדברי הרמב"ם דצריך שיאמר לו ראה וכו' בודאי דלא ס"ל הכי דהכי מוכח מטעמיה מדיהיב טעמא למה אסור להטעותו דהא אפילו גניבת דעתו אסור ואי אמרת דאפילו בטעה מעצמו צריך שיאמר לו ראה וכו' הוא דמותר לדעת המרדכי הרי תיקשי לך למה כתב הטעם דאסור להטעותו משום דמצינו דאפילו גניבת הדעת אסור הרי תיפוק לך מטעמא אחרינא דחיישינן משום חלול השם דהא אפילו בטעה מעצמו כתב הרמב"ם דאסור מטעם שמא יתכוון העכו"ם לבודקו ונמצא ש"ש מתחלל יעו"ש בדבריו ומכ"ש היכא שהישראל מטעהו בודאי אין לך חלול ה' יותר מזה וא"כ למה המרדכי ז"ל הוצרך ללמוד מגניבת דעתו דאסור:

אלא בודאי דהמרדכי לא חייש לאותו טעם שנתן הרמב"ם דשמא יהיה איזה חלול ע"י שיתכוון לבודקו אלא מטעמא אחרינא הוא דאסור משום דילפינן מגניבת הדעת דאסור גם זה אסור וא"כ יוצדק לך היכא דטעה מעצמו דלא עשה הוא ולא מידי וליכא גניבת הדעת בודאי דמותר וא"ץ לומר ראה שעל חשבונך וכו' דהא ביררנו דסברת המרדכי היא לא חייש לאותו טעם: איך שיהיה לסברת מור"ם שבסעי' זה לא מבעייא לסברה קמייתא שהביא בסתם והכי קי"ל פשיטא דזכה ראובן ואין עליו שום איסור אלא אפיל לסברת החולקים שהביא בשם י"א אפי"ה כאן זכה דהא מעצמו טעה העכו"ם: אלא דעדיפא מינה מצינו כאן אפילו לסברת רבינו הרמב"ם והרב יש"ש שהביא הש"ך דמצריכים שיאמר לו ראה שעל חשבונך אני סומך בכאן בשכחה כו"ע מודו דא"ץ כבר כתבנו דהרמב"ם דמצריך שיאמר לו טעמו בצדו כתוב דאסור משום שמא יתכוון העכו"ם לבודקו ונמצא ש"ש מתחלל ע"כ וטעם זה יוצדק בחשבון שמחשב העכו"ם בפיו וישראל. אזי אח"כ יאמר לו העכו"ם לישראל שהוא גנב ורמאי שראהו מוטעה ולא הזכירו והסכים על ידו אזי פשוט דלגזול אותי נתכוונת ויש חלול ה' אבל בשכחה שהעכו"ם שכח ולא בא לקבל מעותיו מה חלול ה' יש אפילו יזכור העכו"ם אחר כמה שנים ויבוא לתבוע לא יש כאן חלול ה' כלל דבשעה שיבוא לתבוע יתנם לו ומה חלול ה' יש דאי משום שהישראל עכבם בידו ולא הוליכם לו זה אינו חלול ה' דכך דרכם של הלקוחות שכל זמן שאין המוכרים תובעים מעותיהם זהו נחת רוח שלהם לעכב בידם

המעות להסתחרר בהם ואין בזה שום חלול ח"ו אם כן פשוט וברור דאפילו הרמב"ם מודה דזכה ראובן:

וכל זה הוא לשיקלא וטרייא דוקא שהרי פסק מר"ן לפנינו ערוך ומסודר בסי' קפ"ג ס"ח וז"ל ראובן שלח את שמעון ליקח לו בגד בהקפה וכשיגיע זמן הפרעון נתן לו המעות לפרוע ונמצא שהמוכר שכחם צריך להחזירם לראובן ואינו יכול לומר רוצה אני לעכבם בידי שמא לאחר זמן יזכרם הכותי וגם אינו יכול לומר רוצה אני לקדש את ה' ולהחזירם לכותי ע"כ הרי לפניך דבסברת העכו"ם אפילו היו ביד השליח זכה בהם המשלח וחייב להחזירם לו מכ"ש בנדו"ד שהם ביד ראובן הזוכה פשוט דזכה בהם: גם אין לפקפק בדינינו זה מהא דכתב הש"ך בסי' שמ"ח סק"ג כ"כ משם הישו"ש ז"ל וז"ל וגם הפקעת הלואתו לא התירו אלא בשחייב לשלם לו דרך מכם או דרך חוב אבל מה שהוא דרך מקח אסור עכ"ל ואם כן גם כאן כשהשכחה נתהוית מכח מקח נימא דאסור:

דז"א דהא פסק הש"ע בסי' קפ"ג קרי בחיל דשכחת העכו"ם זכה בה אפילו אתייא מכח המקח וכמ"ש וא"ץ להאריך ואולי דגם הישו"ש דס"ל דבהפקעת ההלואה דוקא דרך מכס ולא דרך מקח אפשר דס"ל דוקא בהפקעה הוא דס"ל הכי אבל בשכחה אפי' תהיה דרך מקח זכה דיש לחלק ביניהם ועיין להרב שדה הארץ סי' יו"ד שתמה טל הישו"ש דמניין הוציא דדרך מקח אסור וז"ל הלא שמואל ורבינא ורב כהנא וכולהו תנאי היה המעשה דרך מקח וטעה או במנין הנחושת או דתחת הנחושת היה זהב וגם טעו במעות שלקחו ואפי"ה מותר ומהם תצא תורה לדעת מה יעשה ישראל ודעת הרב ישו"ש צ"ע עכ"ל הרי לפניך דאפילו בהפקעה עצמה ס"ל להשד"ה דמותר אפילו דרך. מקח מכ"ש השכחה דאיכא למימר דאפילו הרב ישו"ש יודה ובפרט כל לגבי דידן כיתר דמו דאנן אתכא דמר"ן סמכינן וכבר כתבנו דהכי פסק מר"ן בסי' קפ"ג יעו"ש ועדיפא מזה בנדו"ד לגבי דידיה הואל ועבר זה זמן רב ושכח העכו"ם מדעתו אין לך אבידה יותר מזה והמחזירה הרי הוא בכלל המחזיר אבידת עכו"ם דאמר בפרק הנשרפין דע"ו דמחזיר אבידת עכו"ם עליו הכתוב אומר לא יאבה ה' סלוח לו ועובר על משום למען ספות הרוה את הצמאה ופסקו מר"ן בש"ע סי' רס"ו ס"א יעו"ש:

ואחרי הודיע אלדי"ם אותנו את כל זאת דזכה ראובן במעות ששלח לו העכו"ם וליזיל ליכול וליחדי וממוניה הוא פשוט שאם הלוך ילך שמעין ויגיד לעכו"ם את כל המאורע ויצטרך ראובן להחזיר מה שלקח פשוט דחייב שמעון לשלם לראובן מעות שהוציא העכו"ם ממנו מדין מוסר כמ"ש בש"ע סי' שפ"ח ס"ב יעו"ש:

ואין להשתבש ולו' דדוקא לא חייבו בדין מסור אלא אם מפסידו ממין דידיה אבל בכאן דלא הפסידו שלו אלא נתכוון להחזיר לעכו"ם מעותיו נימא דאין עליו אשמת דבר ודומייא לזה מצינו קצת בסי' שפ"ח סי"ב שפסק שם מור"ם וז"ל מי שרוצה לברוח מן העיר ולא לשלם לכותי מה שחייב ואחד גילה הדבר אין לו דין מסור שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב ומ"מ רעה גדולה עשה עכ"ל ואם כן גם כאן נימא הכי. הס כי לא להזכיר דרב המרחק ביניהם דהתם מעולם לא זכה הישראל ועדיין העכו"ם תובעו אלא שרצה לברוח ממנו אבל הכא כבר זכה ודידיה הוא וכל המפסידו כאלו נוטל נפשו ממנו ולא קרב זה אל זה כלל:

ואדרבה נדו"ד הרי מתברר יוצא מדברי הטור בס' קס"ד ס"ו ומדברי הרב"י ופסקו מור"ם ג"כ בס' קצ"ד ס"ב בדין הקונה קרקע מן העכו"ם וקודם שנכתב השטר קדם ישראל אחר והחזיק בו ופסק שם דזכה ישראל השני המחזיק וע"ז סיים שם מור"ם דאם בא ישראל הראשון להשתדל ע"י כותי להוציאו מיד השני נקרא מוסר עכל"ה הרי לפניך דדינא יתיב וספרין פתיחו דהואל וזכה באיזה דבר איזה ישראל כל מי שילך וילשינו לעכו"ם והעכו"ם יבוא ויוציאו ממנו אותו המלשין דין מוסר יש לו והמעיין שם יראה דנדו"ד הוא קו"ח מהתם דהתם הישראל הראשון שהוליך ומלשון מן הראוי הוא היה הקינה וישראל השני נקרא רשע מדין עני המהפך וכו' כמ"ש מור"ם ועכ"ז הואל וזכה אסור להלשינו כדי להוציאה העכו"ם מידו ולהחזירה לו מכ"ש נדו"ד דאדרבה הוכחנו דאם לא יזכה ראובן בשכחה זו ולהחזירה אדרבה עובר משום למען ספות הרוה וכו' וגם ישראל השני אין לו תועלת במלשינותו בודאי דדין מסור יקרא וחייב להחזיר כל מה שיקח העכו"ם ודיי והותר בראייה זאת:

ואחרי זמן זמנים כרגע נראה לי ספר חדש ממש ז"ש יורו משפטיך ליעקב שחבר הרב כמהר"י אביחצירה זלה"ה ושם ראיתי שהביא בסי' אחד וז"ל כתב הרב מטה שמעון דישראל שמצא מציאה של עכו"ם ונטלה והלך ישראל אחר והגיד לעכו"ם בעל המציאה ובא העכו"ם והוציאה מן ישראל המוצאה הרי זה דין מסור יש לו וחייב לשלם לישראל המוצאה כל דמי המציאה עכ"ל והרב הנז' כתב עליו תמיהה גדולה ותמיהתו הוא שדבריו הם היפך דברי מור"ם דסי' שפ"ח שכתב במי שרוצה לברוח והלך ישראל אחר והגיד הדבר דאין עליו דין מסור ומכח זה כתב איהו דפטור ותו לא מידי יעו"ש ואני הפעוט בראותי דברי הרב מטה שמעון ששתי ושמחתי שנתכוונתי אל האמת כדברי הרב מט"ש והגם דהרב כמהרי"א זלה"ה כתב תמיהתו עליו לא ידענא על מי סמך כי בטח לתמוה על הרב מט"ש דרב גובריה ורב חיליה ואדרבה חייב איהו לשתות בצמא

את דבריו ומה גם דהראייה שהביא בידו אחהמ"ר ונשיקות עפר מעל קברו דמנא תבירה היא ודחוייא קרו לה כמש"ל דלא קרב זה אל זה כלל ועמו הסליחה וקם דינא כסברת הרב מט"ש מכל מה שכתבנו ואין פקפוק כלל זהו משנלע"ד בזה וצוי"מ וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רה

להיות שראובן זה דרכו הולך להסתחרר באהלי קדר שמוליך לשם סחורות ונושא ונותן בהם והן היום שכר פועל אחד לעבוד עמו בעבודתו ולישא וליתן עמו בכל אשר הוא עושה וזמן השכירות הוא ששה חדשים ואחר שהלכו לשם ועברו איזה חדשים רצה ראובן ליכנס לביתו וכל אשר יש לו: נתן ביד הפועל דידיה להסתחרר בו עד אשר יצא הוא מהעירה וכן היה ויהי כבוא ראובן העירה ונשאר הפועל נושא ונותן שם ויהי באישון לילה ואפילה באו גנבים למקום אשר הפועל חונה שם וגנבו לו רוב הסחורה אשר הניח לו ראובן המשכיר וע"ז נפשם לשאו"ל הגיעה מה יהיה משפט הפועל הזה אם דין ש"ש אית ליה או דין ש"ח יומ"ץ:
תשובה לזה הנה ידוע דדין הפועל הוא במחלוקת שנוי אם יש לו דין ש"ש או לא דמצינו למר"ן בסי' ש"ו שכתב כל האומנים ש"ש הן וכו' וכתב הסמ"ע שם בסק"א וז"ל ובדרישה הוכחתי דדוקא באומן דקבלנות קאמר דהוי ש"ש משא"ך פועל שכיר יום ואף דלכאורה האי טעמא שייך נמי בשכיר יום יש לחלק דכיון דהשכירות שנותנים להם אינו בשביל השמירה אלא עבור המלאכה שמתקנים ועוסקים בו אלא שבהנאה שנתנו לו לתקן ולא לאחר באותו הנאה מיחשיב לשו"ש והנאה כזו אינה שייכה כי אם בקבלן שמניח אותה מלאכה בידו עד גמרו ונתנו לו שכרו משא"ך שכיר יום שהיום ניתן לזה ומחר לאחר וכל כה"ג אין שייך לומר בו בהנאה שנתנו לו וכו' דהא לא נתנו לו אלא עבור שנזדמין לפניו זה והראייה שלמחר יתנהו לאחר ועוד יש לחלק דסתם קבלן עושה מלאכה בביתו ושייך בו שמירת הכלי מגניבה ואבידה מביתו משא"ך בשכיר יום דמסתמא הוא עושה המלאכה בבית הבעלים ואין השמירה עליו עכ"ל:
מכאן למדנו דלהסמ"ע ס"ל דהפועל לא מיקרי שו"ש מכח הנהו תרי טעמי שכתב אכין הרב הש"ך שם בסק"א תמה על הסמ"ע וכתב דלא ידע מנ"ל ופסק איהו דגם הפועל דין שו"ש יש לו וכתב שכן פסק הרב"ח אלא דכתב דהרב"ח פסק דלא מקרי הפועל ש"ש אלא אם הוליך המלאכה לביתו דוקא אבל אם לא הוליכה אלא היה עושה מלאכתו בבית

בעל הבית לא הוי ש"ש ואיהו אוסיף מדידיה וכתב דלדעתו אפי' עושה הפועל מלאכתו בביתו אפי"ה הוי ש"ש זהו תוכן דבריו יעו"ש:

וראיתי להרב מאמר קדישין בסי' ש"ו שכתב וזל"ה ובאמת אפי' שכיר יום שעושה מלאכתו בביתו הוי ש"ש וכ"ך הרב"ח עכל"ה הרי לפניך דהפועל אם עושה המלאכה בביתו לכו"ע ס"ל דהוי ש"ש בין להרב"ח ובין להש"ך ובין להרמ"ק כולהו סברי דהוי ש"ש וגם הסמ"ע עצמו הכי ס"ל דאם הוא בביתו הוי ש"ש דהגם דהסמ"ע מחלק בין שכיר לקבלן בתרי חלוקים דבחילוק הראשון מחלק ואומר דשאני קבלן הואיל ונתן לו מלאכתו וכו' לא כן פועל דלמחר יביא פועל אחר וכו' יעו"ש כמש"ל ולפי חלוק זה בודאי דאין לנו לחלק כלל בין אם יהיה הפועל עושה מלאכתו בביתו או בבית בעל הבית אפי"ה לא הוי ש"ש עכ"ז הרי מצאנו דהדר ויהיב טעם אחר וכתב וז"ל ועוד יש לחלק דסתם קבלן עושה מלאכה בביתו וכו' ומצינו להרב מאמר קדישין שכתב וז"ל דגם הסמ"ע הדר מסיק בסוף דבריו בזה"ל משא"ך בשכיר יום דמסתמא הוא עושה המלאכה בבית הבעלים דאין השמירה עליו עכ"ל משמע הא אם עושה בביתו הוי ש"ש עכ"ל הרב מאמר קדישין נמצינו למידין דליכא מאן דפליג כלל בפועל שעושה מלאכתו בביתו סברא מוסכמת דהוי ש"ש: אכין בפועל שעושה מלאכתו בבית בעה"ב אדרבא סברת כל הנהו פוסקים דלא הוי ש"ש זולת הרש"ך דוקא שהחמיר עליו ואחשביה לש"ש ולא מצאנו לו חבה בזה ובודאי כהנהו להקת הפוסקים דיינין הואיל והפועל הוא המוחזק. ומעתה הבוא נבוא לנדו"ד דאם בזמן שראובן מסתחרר הוא בעצמו והפועל עמו אירע איזה גניבה באהל שהם מסתחררים בו פשוט דלא הוי זה הפועל ש"ש דהוי כאלו עושה המלאכה בבית בעה"ב דפטור הפועל כסברת כל הנהו פוסקים ומטעם השני של הסמ"ע הואיל ועושה לו מלאכה בביתו של בעה"ב אין השמירה עליו אלא על בעה"ב א"כ גם כאן הואיל ועושה המלאכה עם בעה"ב עצמו הרי השמירה על בעה"ב עצמו שהוא ראובן:

אבל בכגון נדו"ד שהניח ראובן מלאכתו ביד הפועל ואיהו בא לעיר לכאורה נראה דחייב הפועל דהדר דיניה כפועל שעושה מלאכתו בביתו דהוכחנו דכו"ע ס"ל דהוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה דהגם דבמקום שמסתחרר בו הפועל לאו בביתו דבעה"ב ממש היא אלא רשות הרבים והואל שמסתחררים בו הנקרא קיטון הוא של בעה"ב עכ"ז דינו כדין פועל שעושה מלאכתו בביתו דהא זיל בתר טעמא למה בעושה הפועל בביתו נחשבוהו לש"ש לאו משום שהקרקע הבית הוא שלו אלא מילתא בטעמא דכשהפועל בבית בעה"ב אמרי' דלא בא זה לשמור המלאכה דהואיל והיא בבית בעה"ב אזי מוטלת השמירה על בעה"ב דאיהו הרי שם והוא ישמור את כליו לא כן בעושה בביתו הואיל ואין בעה"ב לפניו בודאי

דעיקר השמירה היא על הפועל דאם לא שמרה איהו מי ישמור אותם הואיל וברשותו הם לכך מתחייב הוא בשמירה וכדין שו"ש ובנדו"ד נמי שכל אשר יש לו נתן בידו בודאי דאיהו הוא המחוייב בשמירה ולית דין ולית דיין:

אלא דלפי האמת מצאתי און לי בנדו"ד לפטור הפועל הזה דהא כאן קרינן אם בעליו עמו לא ישלם דהא הפועל הזה לא עליו לבד מוטלת המלאכה אלא הוא עובד עם בעה"ב בכנופייא ומצאנו ראינו למר"ן בסי' רצ"א ס"ה שכתב וז"ל יש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור או הניח לפניו ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע וכו' וכתב הסמ"ע סק"ח וז"ל ונסתלקו הבעלים משמירה חדא באידך תלייא כיון דנסתלקו הבעלים משמירתם נמצא דמוטל עליו לשמרו מאחר דקבל עליו לשמרו ועוד דאי לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא הוו שומרים קצת עמו בתחילת השמירה הו"ל שמירה בבעלים וכמ"ש בטו' בסו"ס זה הרי מפורש יוצא מדברי הסמ"ע אלו דאם עדיין לא נסתלקו הבעלים ועדיין שומרים הם פטור דהוי שמירה בבעלים וא"כ ה"ה בנדו"ד נמי דהואיל וגם הבעה"ב מתעסק בעסק זה וגם הוא שומר עם הפועל הוא דינו ממש של הסמ"ע והוי שמירה בבעלים:

והגם שזה הפעם בשעת הגניבה לא היה ראובן בעל הסחורה מתעסק עם הפועל עכ"ז בעליו עמו במלאכתו קרינן וכמ"ש מר"ן בסכ"ח שכתב וזל"ה אם בעליו עמו לא ישלם בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ או היו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל אע"פ שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד פטור אבל אם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה ואח"כ שכר הבעלים או שאלם אע"פ שהיו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שנאבד פטור עכ"ל הרי פרשה פתוחה לפניך דאם היה עמו בתחילת השמירה אפי' לא היה אח"כ קרינן ביה אם בעליו עמו ופטור וא"כ בנדו"ד לפי דעת הסמ"ע דמחשיב לנדו"ד שמירה בבעלים הרי היה ראובן עם הפועל בתחילת העבודה שהוא תחילת השמירה וא"כ אפי' לא היה שם בשעת הגניבה פטור ואין פקפוק בדבר:

והגם דמצאנו ראינו להש"ך בסי' רצ"א סקי"ב דפקפק בעיקר דינו דהסמ"ע וכתב דלא דמי שמי' בבעלים שכתב הסמ"ע לשמי' בבעלים דסו"ס רצ"א דמדמה לה הסמ"ע דינו וגם כתב דלא דמי למ"ש מר"ן בסי' שמ"ו ס"ד יעו"ש בדברי הש"ך סקי"ב עכ"ז פשיט דפטור הפועל הזה דיכול לטעון קי"ל כהסמ"ע ובפרט דאפילו לא היה תפוס כוותיה דהסמ"ע נקטינן דהא אפילו הש"ך פקפק בדברי הסמ"ע לא החליט לפסוק הדין דלא כוותיה אלא הניח הדבר בצ"ע ואין לנו להניח פשיטותו של הסמ"ע מכח פקפוקו של

הש"ך וזה פשוט: וגם דעדיפא מזה אמינא דבנדו"ד אפי' הרש"ך יודה דפטור דהוי שמי' בבעלים דראיתי להרב מאמר קדישין שכתב דהרב עטרת צבי זלה"ה סתר דברי הש"ך אלו ואיהו ז"ל כתב על עט"ך דלא דק וכתב איהו מדידיה לפרש דברי הש"ך דמה דכתב הש"ך על דינו דהסמ"ע דלא דמי לסו"ס זה כמו שדימה אותו הסמ"ע הכוונה היא דר"ל דשם מבואר להדייא דוקא השאילה והשאיל הבעלים וכו' אבל נשאלין מעצמן י"ל דלא הוי שאלה בבעלים ומ"ש הש"ך דלקמן סי' שמ"ו לא משמע כן ר"ל לפמ"ש המחבר שם וז"ל השאיל לו בהמתו או השכירו למשוי והלך לסעדה ולהטעינה הוי שאלה בבעלים אע"פ שנשאל לו מעצמו וכו' משמע דדוקא שעשה עמו מלאכה הוי שאלה בבעלים דאל"ך הול"ל רבותא טפי דאפי' שמי' בעלמא הוי שמירה בבעלים עכ"ל הרי לך בפשיטות מדברי הרב מאמר קדישין דלא פליג הש"ך על הסמ"ע אלא דוקא בנשאל מעצמו לשמי' לבדו אבל בנשאל לבדו לעבוד עבודה הוי שמירה בבעלים אפי' לדעת הש"ך וא"כ במכ"ש נדו"ד דהיא עבודה גמורה ולא נשאל מעצמו אלא אדרבה הוא בעל העבודה וזה אינו אלא פועל שמסייעו פשוט דאפי' הניחו לבדו לעבוד והוא נכנס לעיר הויא שמירה בבעלים ופטור ואפילו פשע פטור כדין כל שימר שפטור אפילו בפשיעה בבעלים וכמ"ש בסו"ס רצ"א סכ"ח יעו"ש. זהו הנלע"ד וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רט

להיות שהר' לוי נתן קשו"ט [בגד] אחד לראובן החייט לתקן אותו לו והאומן הנז' הניחו בתיבה אחת בתוך ביתו ואחר עבור איזה ימים בא להוציאו מן התיבה לתתו לבעליו ונמצא בו שני נקבים גדולים שעשו אותם בו עכברי רשיע ועל זה טען בעל הכלי שלא יקבל מידו האלקשוט הנז' אלא יתן לו דמיו ויצחק החייט השיב שלא מלבד שלא יתן לו כל דמי האלקשוט אלא אפילו פחת ההפסיד שעשו העכברים לא ישלם לו כי הוא שמר כראוי ומה בידו לעשות ע"כ הגיעו דבריהם:

תשובה לזה הוא הנה דין זה הרי הוא מבואר בדברי מור"ם בס' רצ"א סי"ג שכתב וז"ל י"א דסתם תיבות חתורות אצל העכברים וצריך להשים בגדים וכדומה על נס ולא להניחו בתיבות והכל הוא לפי הענין עכ"ל הנה מדברי מור"ם אלו מוכח דאפילו לגבי השומר חנם דבו עסיק בסי' רצ"א עכ"ז אחשביה מור"ם דפשיעה הויא להניח הבגדים בתיבות במקום דשכיחי עכברים ואפילו שמ"ח חייב בתשלומין מכ"ש נדו"ד שהוא שו"ש:

והגם דמור"ם כתב דין זה בשם י"א לא יש כאן שום מחלוקת בין דברי מור"ם אלו עם דברי מר"ן דלעיל מניה דהגם דמר"ן כתב שם בסעיף הנז' וז"ל כיצד דרך השומרים הכל לפי הפיקדון יש פיקדון שדרך שמירתו להניחו בבית שער וכו' ויש פיקדון שדרך להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו כגון בגדי משי וכלי זהב וכסף וכיוצא עכ"ל ועל זה סיים מור"ם י"א דסתם תיבות וכו' הנז' אל תטעה לומר דמר"ן דכתב ויש פיקדון שדרך להניחו בתיבה וכו' ס"ל דאפילו לגבי העכברים הויא שמירה הפך דברי מור"ם דזה לא יתכן דמדברי מר"ן אין כאן שום רמז כלל. דלא דבר מר"ן ואמר דהתיבה מקרייא שמירה לאותם הדברים שכתב כגון בגדי משי וכו' אלא דוקא לענין גניבה ואבידה דאם השומר חנם הניח אותם דברים תוך התיבה לא מקרייא פשיעה דאין יד כל האדם שולטת שם והויא שמירה כראוי אבל לגבי העכברים מזה לא יש רמז כלל בדברי מר"ן ועל זה בא מור"ם להשמיענו דין זה דעכברי ולא כתבה מור"ם בשם י"א אלא משום דאותה סברה היא יחידאה שהוא המרדכי פרק כיצד הרגל וכדקי"ל דדרך מר"ן ומור"ם לכתוב סברא יחידאה בשם י"א דגם מטעם אחר דהואל והאי דינא דהמרדכי יש חולקים עליה והוא רצה לפסוק כהאי סברא דהמרדכי לכך כתבה בשם י"א לרמוז ריש מי שחולק בזה דכעין זה ממש כתב הרב בנ"י חי"י סי' ת"ך שכתב שם דמה שכתב שם מר"ן וי"א שמנדין אותו וכו' היינו משום דאותה סברא יש חולקים עליה והגם דאיהו לא קריב אלא לאותה סברא בלחוד עכ"ז כתבה בשם י"א לרמוז דדבר זה הוא במחלוקת שנוי ואיהו בחר וקריב אותה סברא יע"ש וגם אנן בדידן הכא נמי נימא הכי דהואל והדבר במחלוקת שנוי כתב איהו הסברא שרצה לקריב בשם י"א ואין כאן שום מחלוקת בין מר"ן ומור"ם ובפר דכן מוכח מן הלשון עצמו שכתב בזה הלשון י"א ולא כתב כדרכו בכל מקום וי"א בוא"ו שהוא קאי על דברים הראשונים של מר"ן אלא בודאי דלא בא לחלוק אלא לכתוב דין חדש מה שלא השמיענו מר"ן ומה שכתבה בשם י"א הוא מהטעמים שזכרנו:

גם יש ראיה דמר"ן ז"ל אזיל ומודה כסברת מור"ם זה דתיבה חתורה אצל העכברים היא מהא דמצינו למר"ן באו"ח סי' תל"ד בדיני בדיקת חמץ דכתב שם שאחר הבדיקה יהיה נזהר בחמץ שמשייר להצניעו דהיינו שיכפה עליו כלי או יתלנו באויר או יניחנו בתיבה מקום שאין עכבר יכול לבוא עכ"ל והקשה שם הבאה"ט סק"ד וז"ל בתיבה ובחו"מ סי' רצ"א סי"ג פסק דתיבה חתורה אצל עכברים ע"ש וי"ל ודו"ק עכ"ל הרב באה"ט וראיתי להרב מאמר קדישין ז"ל שתרץ לקושייא הנז' וז"ל יניחנו בתיבה אפע"פ שפסק רמ"א בחומ"ש דסתם תיבות חתורות אצל עכברים מ"מ יש תקנה לתת מים לפני התיבה דתו ליכא למיחש ליהו דאין העכברים עשוים לקלקל אלא מחמת צמאון וכמ"ש מהרש"ל

בב"ק ובזה נסתלקה קושיית הרב באה"ט ועוד יש לחלק דאינם עשוים לחתור חתירה אחת בלילה אחת ומילתא דלא שכיחה הוא וק"ל עכ"ל הרי לפניך מדברי הבאה"ט והרב מאמר מה דס"ל דגם מר"ן עצמו אזיל ומודה דסתם תיבות חתורות אצל העכברים דאי לא תימא הכי אלא דמר"ן לא ס"ל כדברי הג"ה זאת א"כ מה מקשו על מר"ן דיניח אותו חמץ בתיבה עם דברי מור"ם דס"ל סתם תיבות חתורות הרי יש בידינו לומר דמר"ן לא ס"ל כאותה הג"ה דס"ל סתם תיבות חתורות אצל העכברים:

אלא בודאי דמוכרחים אנו לומר דאדרבה מסתמת דברי מור"ם דכתב שם בסי' רצ"א בלשון י"א חסירה וא"ו בודאי דלא בא לחלוק אלא דאזיל ומוסיף על דברי מר"ן הראשונים וס"ל למור"ם דגם מר"ן אזיל ומודה לדיניה דסתם תיבות חתורות הם אצל העכברים ותרווייהו בחדא סברא אזלי ועל זה מצאה מקום קושיית הרב באה"ט והרב מא' מרדכי מקום לנוח דהיאך בדיני בדיקת חמץ פסק מר"ן דיניחנו בתיבה הרי בחומ"ש מוכח דס"ל דסתם תיבות חתורות ואותה סברא היא מוסכמת:

ואין לומר דאין מכאן ראיה דנימא דכוונת קושיית הרב באה"ט והרב מאמר מרדכי לא על פסק מר"ן היא דיכולים אנו לומר דמר"ן לא ס"ל דסתם תיבות חתורות אלא על מור"ם דבס' תל"ד בדין בדיקת חמץ לא הגיה כלום ועל זה הוקשה ליהו דהיאך לא הגיה כלום דמחזי דאזיל ומודה לדברי מר"ן דס"ל יניחנו בתיבה וא"כ קשה על מור"ם זה לא יתכן דמדקדוק דברי הרב באה"ט והרב הנז' מוכח דקושייתו היא על פסק מר"ן מדלא פירשו בדבריהם דקשייה על מור"ם דלא הגיה כלום אלא קבעו קושייתם על פסק רבינו א"כ מוכח דס"ל דמר"ן עצמו מודה ואזיל לסברת מור"ם דסתם תיבות חתירות הם אצל העכברים המורם מן האמור דיש לנו לסמוך על פסק מור"ם זה דסי' רצ"א דסתם תיבות חתורות הם והמניח בתיבה במקום דשכיחי עכברים פושע יתקרי ואפי' ש"ח חייב לשלם מכ"ש בנדון דידן שהוא שומר שכר:

אך עומד לנגדנו מה שכתב הרב הש"ך בסי' קי"ט וז"ל סתם תיבות חתורות וכו' היינו כשיש בהם מאכל ואם שם בסמוך מים בעינן שיכולים העכברים לשתות פטור לפי שאין דרך העכברים לקלקל בגדים רק מחמת צמאון כל זה במהרש"ל פ"ב דב"ק עכ"ל וכן כתב ג"כ הרב מאמר קדישין יעו"ש הרי מדברי הש"ך אלו הטיל תנאי בדברי מור"ם דלא מקרי התיבה חתורה אלא בתנאי שיהיה מאכל בתיבה וגם לא יהיה מים לפני התיבה ובנדו"ד אמר החייט הנז' שהתיבה הנז' מעולם לא הכנים שם מאכל אלא מיוחדת היא אצלו לתת בה בגדים יקרים גם נוסף על זה שהתיבה הנז' לעולם לילה ויום מונח לפניה שני ספלים של מים סמיך לתיבה ממש שמונחים שם לרחוץ מהם לילה ויומם פניהם

וידיהם וא"כ הרי אדרבה כאן נמצאו תרתי לטיבותה ומן הראוי לנו לומר דפטור יצחק הנז' דאין כאן שום פשיעה כלל שהרי שמר כדרך השמירה ומה שמוטל עליו עשאו: אלא שעדיין יש להסתפק ולומר דאה"ן אפילו ננית שהאמת כן הוא שהתיבה לא היה בה מאכל גם נמצא שם מים בסמוך עכ"ז איכא למימר דזה יוצדק לנו דלא עשה יצחק הנז' שום פשיעה והתינח אם יצחק הנז' היה לו דין שומר חנם הוא ופטור דלא עשה שום פשיעה אבל האמת לא כן הוא דהחייט הנז' מחשיב לשומר שכר כמ"ש מר"ן בס' ס"ו ס"א כל האומנים שומרי שכר הם וכו' יעו"ש ומצינו בדין חיוב דשומר שכר פסק מר"ן בסי' ש"ג דחייב הוא בגניבה ואבידה ואפילו שמר כראוי ונתן הכספים בקרקע תחת הקרקע בעומק מאה אמה שאי אפשר לגונבה משם אלא ע"י מחילות עכ"ז חייב השומר ואין לו פטור אלא מן האונסים כגון בא על השומר לסטים מזוין יעו"ש בס' ש"ג ס"ב וס"ג ויעו"ש ועל זה יש לספוקי בהני עכברי רשיעי אם הניח בתיבה הנז' כדאמרנו שלא היה שם מאכל או היה שם מים מונחים ועכ"ז לא נמנעו מליכנס לתיבה כיצד נדייניה אם כדין גנב דלא הוה אונס גמור וחייב החייט הנז' או כדין אונס דלסטים מזוין חשיב ופטור:

וראיתי לברר זה מדברי הד"מ בסי' רצ"א שממנו חוצבה אותה הג"ה שכתב מור"ם סי"ג וז"ל הד"מ שם בסי' רצ"א מעשה בא לידינו באחד שהלוה לחבירו על משכונות ונקבוהו עכברים ובא הדבר לפני רבותינו ופסקו דאם הוא בגד חשוב שדרך להניחו בתיבה והניחו מבחוץ ודאי מקרי פשיעה ואם הם בגדים שדרכם להניחן בחוץ אם שומר חנם פטור ואם הוא שומר שכר חייב דהו"ל לקנות חבל לעשות ממנו נס להצילו מהעכברים כדאמרינן גבי רועה שהיה לו לקדם ברועים ומקלות ש"ח בחנם וש"ש בשכר עכ"ל אבל במרדכי פרק כיצד הרגל כתב דסתם תיבות חתורות הם אצל העכברים וחייב הנפקד אם שם בגדיו בהם דהוה ליה להשים אותו על נס עכ"ל הד"מ הרי מכאן מבורר דנקיבת העכברים לאונס גדול כלסטים מזוין חשיבא דהא מתחלת דברי המרדכי כן מפורש דהא שאלתו הוא בנקב המשכון ביד המלוה וקי"ל דהמלוה על המשכון הוי שומר שכר ועם כל זה השיבו ופסקו דאם הוא בגד חשוב שדרך להניחה בתיבה והניחו מבחוץ ודאי מקרי פשיעה הרי דלא חייבו אלא בהניחו בחוץ דון מינה הא בתיבה הוה המלוה פטור אפילו הוא שומר שכר דאל"ך הו"ל להשיב על אותו ענין דבכל ענין חייב הואל והמלוה שומר שכר אלא בודאי דאפילו המלוה פטור היכא שנתן המשכון בתיבה ונקבוהו העכברים וכן מפורש נמי בפשיטות מסוף דבריהם שכתבו ואם הם בגדים שדרכן להניחן בחוץ אם הוא ש"ח פטור ואם שומר שכר חייב משמע דדוקא בהניחם

בחוץ ולא קנה חתול הוא דחייב הא אם במציאות יהיה בתיבה אפילו במקום דשכיחי עכברים ולא היה חתול הוא פטור אפילו הוא שומר שכר הרי לפניך דנקיבת העכברים לאונס גמור חשיבה מדפטיר שם אפילו שומר שכר ומילתא בטעמא דהואל וס"ל דתיבות לאו חתורות הם אצל העכברים א"כ מעולם לא תיסק אדעתין שיבואו לשם העכברים בשום אופן שבעולם ואין לך אונס גדול יותר מזה וא"כ משם נלמוד ג"כ לגבי דידן דקי"ל כסברת המרדכי דפסיק מור"ם כוותיה דסתם תיבות חתורות הם אצל העכברים הרי הש"ך כתב דדוקא לא פליג המרדכי וס"ל הכי אלא דוקא בתיבה שיש בה מאכלים אבל אם אין בה מאכל אין מדרך העכברים כלל לחתור התיבה ואזיל ומודה לסברת רבותיו של הד"מ דאפילו שומר שכר שהניח הוא פטור דלאונס גמור יחשיב וא"כ בנדו"ד שהר"י החייט אמר שתיבה זאת מעולם לא הכניס בה מאכל ונוסף על זה ששם שם מים סמיך לילה ויומם בודאי פטור: אלא דאחר החקירות ודרישות על יד שעמדה לנגדי היאך יצאו מפי אותו צדיק הוא מהרש"ל חלילה ואם דברים שאין להם קיום שלפי דבריו תיבה שאין בה מאכל לכו"ע לאו חתורה היא אלבא דכו"ע ובהיו מים סמוך אפילו בתיבה שיש בה מאכל עכ"ז גם היא לא שייך שתהיה חתורה ואנן קא חזינן הכא דיש תרתי לטיבותא שהתיבה לא יש בה מאכל ונוסף על זה סמיכת המים ועכ"ז נחתרה התיבה ועל זה חקרתי כדי להעמיד דברי אותו צדיק זיע"א ואחר החקירות הודה החייט שהתיבה במקום החבור סגירת התיבה יש שם חור פתוח שהוא בתיבה מיום עשותה דיכולים העכברים להכניס ממנו ולצאת ואזי אמרתי לו כמה גדולים דברי חכמים שאין שום דבר יוצא חלילה מפיהם לבטלה דבודאי תיבה כזאת שהיא חתורה ועומדת הוי כאלו הניח הבגד בבית בחוץ במקום שעוברים ושבים העכברים דאפילו לסברת רבותינו שהביא בתחילה הד"מ מודו הכא דחייב וקם דינא דחייב יצחק הנז' דפושע גמור יתקרי אפילו אי הוה שו"ח מכ"ש דשו"ש קרו ליה:

אלא דפש גבן לברורי לראות היעמדו דברי לוי בעל הקסוט שאינו רוצה לקבל הקסוט באומרו שהואל ונשחת אינו רוצה ללובשו ויתן לו כל דמי שוויו וראיתי שדבר זה הוא נכנס במחלוקת הסמ"ע והש"ך בס' ע"ב סז"ך דשם כתב הסמ"ע סקפ"ד דאם נפחת המשכון למלוה אין הלוה. צריך לקבל המשכון ויתן לו דמיו אלא יחליט לו המשכון למלוה דכיון דנפחת בפשיעתו אין ביד המלוה כח להזקיקו ליטפל בו למוכרו יעו"ש והש"ך שם בסקי"ז חלק עליו וכתב דמפני שנפחת המשכון אצלו אין צריך ליקח המשכון בחובו דלא יהיה אלא שואל ומזיק בידים הא קי"ל אין שמין לשואל ולמזיק אלא לגנב ולגזלן בלבד וכדלקמן סי' שד"ם ור"ס ת"ג עכל"ה של הש"ך א"כ ממנו נלמוד לנדו"ד

דהחייט הזה הגם דשו"ש הוא דינו כדין מלוה על משכון דבמחלוקת הוא שנוי ואין על החייט ליתן אלא דמי הפחת דוקא ותו לא מידי זהו מה שנלע"ד וצוי"מ וימ"ן כ"ד החותם פה סאלי יע"ה:

אחרי מופלג בא לידי ספר הנחמד משכנות הרועים וראיתי שם במערכת שי"ן אות פ"א שנשאל ממש כעין נדו"ד דהיינו שהיו לו משכנות אצל המלוה והניחם בתיבה ודחקו העכברים ונקבו וכתב שם דפטור המלוה וטעמא דידיה הוא דהגם דמור"ם כתב בסי' רצ"א סתם תיבות חתורות וכו' הוא הפך דברי מר"ן דכתב שם אם הניחו בתיבה הוי שמירה ותכלית דבריו היא דמור"ם שם פליג על דברי מר"ן הפך ממ"ש אני עני דלדעתי אין להם שום מחלוקת וראיתי לו שם שכתב דמדברי הדרישה נראה דפליג והביא דברי הרב"י אשר הביא דברי הרמב"ם שהם פסק הש"ע ואח"כ הביא דברי המרדכי שכוותיהו פסק מור"ם ולא כתב שהם חלוקים ואיהו ז"ל תמה עליו דמה זו שתיקה שהביא דבריהם של הרמב"ם והמרדכי זה אחר זה ושתק הוה ליה לומר דפליג בהדייהו ולדעתי נראה דאדרבה לא פליגי ויפה שתיקתו גם ראיתי שכתב שראה להרב ראש יוסף ז"ל שזה הלכה העלה דמר"ן ומור"ם פליגי יעו"ש ולכך פסק איהו כסברת הש"ע ופוטר המלוה ולא ידעתי מה יענה הרב הנז' בקושיית הבאה"ט אשר הבאתי בראיותי לעיל וגם למה מור"ם כתב בלשון י"א חסירה וא"ו דממנה הוכחתי דלא פליגי אלא להוסיף אתא. סוף דבר תהלי"ת עכ"פ בעקר הדין דין אמת דנתי דלא חייבתי אלא משום שהתיבה היתה נקיבה והיה לו חור בדלתו ועכבר נכנס ועכבר יוצא ועייל בלא בר א"כ זה פשוט דלא נכנס כלל בסוג הניח בתיבה דכאלו הניחם בחוץ דמי דליכא מאן דפליג דחייב והדין דין אמת. החותם צעיר ומואס כל תאוה:

רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רי

להיות שמסעוד נתן ליודא הכתף להביא לו משא של סחורות ומכללם כרך אחד כרוך וקשור כמו שבאים הכריכות מערי אדום שכל כרך יש בו עשרה פיסא"ס ויאודא הנז' כשהביא הסחורה הנז' הניחה לפני עכו"ם אחד והלך לעשות איזה עסק ואח"כ חזר לקח הסחורה עם הכריכה והוליכה ליד מסעוד הנז' וכשפתח מסעוד הכריכה לא מצא בה כמנין הכריכות אלא מצא פייסא אחת חסירה ותבע ליאודא לשלם לו החסרון ויהודה טוען כמו שנתת בידי הכרך כן הבאתי אותו לידך ואיני יודע אם היה הכרך חסר או נגנב מיד העכו"ם שהנחתיו לפניו יומ"ץ:

תשובה לדעתי פשוט דדין זה היא ממש מה שכתב מור"ס בסו"ס רצ"ח וז"ל מפקיד שאמר נגנב לי מן הפיקדון והשומר אומר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטור ע"כ וכתב שם הסמ"ע סק"ה ובסמ"ע סי' רצ"א סקי"ב דהכוונה היא שאין השומר מידה אלא אומר איני יודע אם נגנב או לא נגנב אלא מה שהנחת אתה נוטל יעו"ש וא"כ ממש הוא נדון דידן שגם כאן שאומר איני יודע אם זהו שנתת בידי או נחסר אינו חייב אלא הסית שאינו יודע ופטור:

ואל תשיבני דשאני נדו"ד הואל וזה הכתף פשע שהלך והניחה לפני העכו"ם והוי כשומר שמסר דחייב וא"כ נימא דבודאי מי שנמסרה לו הוא שגנבה וא"כ הואל ויהודה זה פשע יתחייב דזה אינו דהא דברי מור"ם אלו שכתב ישבע הסית ויפטר הם איירי במקום שפשע השומר שהיה בענין אם היה מודה שנגנב או אם יש עדים שנגנב הוה חייב לשלם הלאו הכי אם השומר לא פשע א"כ למה ישבע כל עקר שאינו יודע שנגנב מן הדין פטור אפילו מזה השבועה הואל ואלו היה מודה לא היה מתחייב ממין אלא שבועת השומרים דוקא וא"כ הרי פסק מר"ן בס' הנז' סכ"ה וז"ל כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם הודה לא יתחייב ממון אפע"פ שכפר אין מחייבין אותו הסית וכו' וכתב שם הסמ"ע סקע"ב לא יתחייב הסית אפע"פ שהוא מחויב שבועה בהודאתי עכ"ל הרי לפניך דבמקום שאין ההודאה מחייבתו ממון אלא שבועה לא יתחייב על הכפירה כלל וא"כ גם כאן אי אמרינן דשלא במקום פשיעה איירי א"כ הואל ואמר איני יודע אם נגנב או לא פטור הוא אפילו מהסית הואל ואי הוה מודה שנגנב לא היתה מוטלת עליו חוב התשלומין כי אם שבועת השומרים דוקא אלא ודאי דבמקום שפשע איירי דאי הוה מודה היה חייב מעות איירי ולכך חייב הסית:

שוב ראיתי בד"מ שהביא תשובת הרשב"א שממנה מקור דין זה ושם מבואר מתחלת דבריו ומסוף דבריו דבפושע קא מיירי והילך דברי הד"מ וז"ל כתב הרשב"א אחד שהפקיד בית מלא פירות וטען שנגנב לו והנפקד אומר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטור ולא דמי להההיא דשק צרור וכו' דהתם השומר מודה שנגנב וכו' אבל כאן השומר אומר איני יודע ולכך פטור אפילו נכנסו ויצאו אנשים לשם לא אמרינן שודאי גנבו עכ"ל הרי לפניך הן ממה שהקשה מההיא דשק צרור דהתם במקום שחייב לשלם קא מיירי ומשם מקשה לכאן שמע מינה דגם כאן במקום שאם הודה חייב לשלם קא מיירי הן מסוף דבריו שכתב בפשיטות ואפילו נכנסו ויצאו בני אדם שמע מינה דבמקום שפשע הוא ועכ"ז הואל ואינו יודע פטור והוא ממש כנדו"ד:

אלא דבנדו"ד מפשט פשיטא לי דאפילו הסית אינו צריך דהא מסעוד זה גם לו לא נתברר ודאי שהכריכה היה בה עשרה פיסאס אלא טענתו היא משים שהוא מעמיד דבר על חזקתו דהואל והכריכות אלו כולם סתמם באים בהם עשרה שכך שולחים אותם מערי אדום גם זו מסתמה היתה שלימה וזו אינה טענה לומר דמחשיבה טענתיה לטענת ודאי דדילמא בערי אדום טעו בענין ובמקום עשרה עשו תשע ועוד כמה חששות יש דיש לתלות בהם דלא נאבד מיד הכתף מאומה ואין בטענת מסעוד כי אם טענת ספק ואין עליו כי אם חר"ס כדין כל טענת ספק דכתב מר"ן בס' ע"ה יעו"ש:

שוב ראיתי להרב כמוהר"י ן' וואליד ז"ל בח"ב סל"ג שנשאל בראובן ששלח משואות לשמעון ושמעון שלחם ליד אדם אחר אשר לא הורשה לשלחם לו דהוי שומר שמסר לשומר ואח"כ נמצאו אלו משואות חסירים במשקל ולא ידעינן אם חסרון זה נולד קודם ביאתם ליד שמעון והוי פטור דתלינן בחמר או באו חסירים או שמא לאחר שבאו לידו נולד חסרון זה וחייב:

סימן ריא

שאילה מעי"ת אג"מור יע"ה ראובן נתן לשמעון עסקה והניח לו משכון עליה כלי זהב ובדולח וראובן זה דרכו יש לו שני בתים בחצרו אחת לן בה בלילה הוא וב"ב ואחת מיוחדת לו להניח שם ממונו וחפציו ושם שם הניח ראובן המשכונות עם חפציו ובלילה אחת באו גנבים שודדי לילה וגנבו כל אשר לראובן ומכללם המשכונות של שמעון ועל זה תבע שמעון לראובן באמור שהמשכונות היו שוים יותר מסך שהיו ממושכנים בו וא"כ צריך לגדל ראובן פרע תשלום דמי שווין וראובן טוען כמה טענות לפטור עצמו יען כי ראובן היא צורבא מרבנן נר"ו ומתוך מה שהשבתי יתבררו טענותיו על כן לא רציתי להאריך לכתוב כל לשון השאלה שבא אלי והשואל ששלח אלי השאלה הוא הרב הדומ"ץ בעיר אזמיר כמוהר"ר אלישע ן' וואעיש נר"ו:

תשובה לזה תחלה וראש יש להסתפק בנדו"ד שנתן עסקה על המשכון אם הוא קרוי שו"ש כדין מלוה על המשכון או לא וספיקה נקיט ואתי דהואל ולא נקרא מלוה על המשכון ש"ש אלא משום פרוטה דר"י ופרוטה דר"י טעמי ופירושו הוא כמ"ש בתשובת הרשב"א ז"ל הביאה הרב"י ריש סע"ב והביאה הסמ"ע סק"ט והש"ך סק"ו דהטעם הוא משום דהמלוה על המשכון מצוה קעביד וכו' וא"כ התינח שמלוה לחבירו לשם ג"ח אבל אם מלוה לי לשם רוחא כהאי נדו"ד דלשם עסקה נתכוון ולהנאתו היא דורש נימא דאינו קרוי שו"ש הואל ולא נתכוון לשם ג"ח בהלואה זו אלא דזה אינו ואדרבא יש מצוה

בנותן עסקה יותר מהלואה וכמ"ש הרמב"ם בפרק עשירי מהל' מ"ע שמנה שם שמונה מעלות בצדקה וכו' ומעלה הראשונה היא מי שמלוה לחבירו ועושה לו שותף ועסקה ופסקה מר"ן ביור"ד סרמ"ט ס"ו יע"ש דמשם באורה דיש מצוה בנותן לחבירו מעות להשתחרר בהם ומחזיק בידו מצוה בו יותר מהלואה גרידא וא"כ פשוט דהמלוה בתורת עסקה כנדו"ד שו"ש מקרי:

והגם דראיתי להרב הש"ך בס' ע"ב סקפ"א שכתב דמהריב"ל ז"ל נסתפק בזה אי הוי שו"ש או לא יע"ש שכתב דמהריב"ל הניח הדבר בצ"ע יע"ש אין מזה סתירה לנדו"ד דספיקו של מהריב"ל הוא אלבא דהפוסקים דס"ל המלוה על המשכון לא הוי שו"ש משום פרוטה דר"י לכך נסתפק אם הוא שו"ש משום ספק ריוח שעתיד לבוא לידו אי לא יעי"ש אבל אנן דקי"ל כסברת מר"ן דמשום מצוה קרוי שו"ש אפילו נניח דמחשש שמא יהיה ריוח שמא לא יהיה לא הוי שו"ש עכ"פ הרי יש כאן חיוב להיות שו"ש מטעם דר"י ופשוט וכן נראה מדקדו' דברי מהריב"ל דלא נסתפק אלא אלבא דהפו' דס"ל מלוה על המשכון לא הוי שו"ש וזה נראה מדקדוק דבריו שכתב וז"ל ואפשר דבנדו"ד כל אפייא שוין דהוי שו"ש עכ"ל הרי לך מלשון זה יתברר דלא נסתפק אלא אלבא דהפוסקים דס"ל מלוה על המשכון ש"ח הוי נסתפק אם בזה יודו להפוסקים דס"ל שומר שכר הוי ופשוט:

שוב ראיתי להרב כנה"ג בס' ע"ב בהגה"ט אות ח' שכתב ז"ל מי שיש בידו משכון בתורת קאמבי"ו לכ"ע ש"ש הוי רשד"ם חמ"ש סתכ"ט וכן הוא בסמ"ע ואין נראה כן מדברי מהר"י אדרב"י ז"ל ס' שמ"ג ומהריב"ל ז"ל סקט"ו נסתפק בדבריו עכ"ל מכאן גם כן יתברר לך דלא נסתפקי ונחלקו אלא אי אמרינן דהוי ש"ש אלבא דכו"ע או לא אבל לגבי מאן דס"ל דמקרי מלוה על המשכון ש"ש משום פרוטה דר"י פשיטא דהמלוה בתורת קאמבי"ו ש"ש הוי ופשוט:

גם מה שעלה על דעת החכם השואל להסתפק בנדו"ד אם יקרא שו"ש על משכון זה הואל ומשכון זה א"ץ לשטוח וניעור א"כ לא הוי עליו שו"ש אחר המחילה מכבודו הן אמת דטעם זה מצאני אותו לרבינו הטור בסו"ס ע"ב סל"ד שנשאל בראובן ששכר חבית משמעון ונתן לו משכון על החבית ועל השכר שם כתב הטור דהוי שו"ש המשכיר על המשכון משום שטוח וניעור יעו"ש וממנו היא מקיר פסק הש"ע דס' ע"ב סמ"ג דפסק המלוה את חבירו על המשכון ופרעו ואמר ליה תן לי משכוני אמר ליה לך עתה ובא למחר ואיידי דביני ביני נגנב דחייב וטעמו הוא כמ"ש בטור משום דעדיין הוא חייב בשטוח וניעור יעו"ש בסמ"ע ובש"ך אך המעיין שם דלא כתב שם הטור אותו טעם אלא בנדון דידיה דקבל המשכון על שכר החבית דלא היה שם שכר של שום מצוה בשביל

השכירות הוצרכו שם לטעם ניעור ושטוח וממנה למד מר"ן להלואה אם כבר החזירה ונשאר בידו המשכון דאזי כלתה מצות הלואה עכ"ז חייב משום שטוח וכו' אבל בנדו"ד שקבל המשכון על הלואה שיש בה מצוה כבר כתבנו משם הרשב"א דלאו משום שטוח לחוד הוא דמתחייב אלא משום שהלוהו הוי שו"ש משים דאלו מתרמי ליה ענייא בשעה שהיה מלוהו היה פטור בשביל זה הוי שו"ש אין אומר ואין דברים ועיין בש"ך סע"ב סקל"ו שממנו תראה ותרוה וממנו ג"כ תלמד לנדו"ד אפילו לא שייך שטיח וניעור שו"ש הוי משום שעת הלואה כדאמרן:

ובפרט אפילו לא שייך שטוח לא שייך לחלק אפי' במקום שאין מחייבין אותו אלא משום שטוח וניעור כההיא דהטור ומר"ן סמ"ג דהא מצאתי ראיתי להרב כנה"ג בס' ע"ב הגה"ט ס' ס"ז שכתב וז"ל טעמא משום פרוטה דר"י נכתב בצדו ואין חלוק בין דברים שיש בהם שטיחה לדברים דלא שייך בהו שטיחה כגון טבעית וכיוצא מהרשד"ם חלק חומ"ש סצ"ח עכ"ל הרי לך דחלוק זה לא נזכר ולא נפקד:

ומעתה הביא נביא למה שרצה החכם המלוה לפטור עצמו במה שנתן המשכון במקום הראוי להשתמר עם מעותיו דהוי שמירה כראוי אמת נכון הדבר דהואל ועשאם בתיבה וכו' במקום שרגיל לתת מעותיו יצא ידי חובתו דהגם שפסק מר"ן בס' רצ"א סט"ו דהאידנא כספים וכו' אין להם שמירה אלא בקרקע וכו' הרי חזר בסי"ח וכתב דדוקא בשעה שגנבים מצוים וכו' וסיים שם מור"ם דהכל כפי דרך המקום וכפי הזמן וא"כ אם בעיר אזמיר הוא מקום שאין גנבים מצוים ודאי יאה ויאה לומר דאותו מקום שנתנם בו הוי שמירה מעולה וכן פסקו האחרונים הלכה למעשה הרב תוש"י ח"ב סמ"ג והרב ויאמר יצחק בס' כ"ט ועיין בס' זכו"ל אות שי"ן יע"ש:

ואל תטעה לומר דלא כתב מר"ן בסי"ח דין זה דסגי בתיבה כל מקום לפי העת וכו' אלא דוקא בש"ח והראיה דאותו דין לא כתבו אלא בס' רצ"א שהם דיני ש"ח אבל לגבי שו"ש אימא דאין להם שמירה אלא בקרקע זה אינו דכבר עמד על זה הרה"ג מהר"ש חסין ז"ל בספר משפטים ישרים סיו"ד וזה הלכה העלה מן הסברא ומן הגמרא דדין זה בין בש"ח בין בשו"ש יעו"ע ואין חילק:

ומה גם לפי מאי דמצינו להרב כנה"ג הובאו דבריו בס' זכו"ל אות שי"ן ובס' קנין פירות אות שי"ן שכתב ז"ל דלא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע אלא דוקא פיקדון צריך קרקע אבל משכון כל ששמרו בתיבה פטור יעו"ש א"כ מדברי כנה"ג אלו נלמד לגבי משכון כל שעשאו בתיבה הוי כמי שנתנו בקרקע:

אך סוף כל סוף לא ידעתי בטענתו זאת של החכם נהי באמת הוי שמירה מעולה ודאי לא עדיפא משמירת קרקע ועכ"ז לגבי שו"ש מה יעלה ומה יוסיף לגבי גניבה ואבידה הרי הש"ע פסק כדעת רי"ו שאפילו נתנם בעומק מאה אמות וגם נם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו או קפץ עליו חולי חייב ואפילו הקיפו חומת ברזל ואפילו אם אלו היה שם לא היה יכול להציל חייב בגניבה ואבידה אלא א"כ היה שם ולא היה יכול להציל ע"כ לשון מר"ן וא"כ מה צד יש לפטור בשמירה זו המעולה שעשה החכם יותר מהני שפסק הש"ע אתמיהא:

ומה שרצה לפטור עצמו מכח דברי הרב זכות אבות שכתב בחד טעמא לפטור הקומסרי"ו מגניבה כעין אינם משום שאינו נוטל שכר בהדייא על השמירה ומכח זה מדמה הח' נדון שלו לגניבה כעין אונס והואל ואינו מקבל שכר בהדייא לא יתחייב בגניבה זו שהיא כעין אונס גם בזה לא צדק בטענתו דהגם דספר זה של זכות אבות לא זכינו לאורו לעיין הדבר על בוריו כי החכם השואל כתב דבריו בקיצור עכ"פ לפי המובן יש לחלק בין נדון האלקומסארי"ו למלוה על המשכון דבשלמא האלקומסארי"ו טעמו דהוי שו"ש משום דהוי דומייה דמתעסק שהוא שו"ש על חלק הפיקדון בההיא הנאה דמשכח זוזי למעבד בהו עסקא וכמ"ש בב"י יור"ד סקע"ו ובש"ע ס"ה וכן הסרסור אפע"ג דאינו נוטל שכר על השמירה הוי שומר שכר בההיא הנאה דנותנים לו למכור ולא לאחר וכמ"ש הש"ע בס' קפ"ה ס"ז יע"ש בב"י ובסמ"ע סקי"ח וכן האומנים בס' ש"ו בההיא הנאה שמניחים אחרים ונותנים לו יע"ש בזה הוא דאיכא למימר הואל ואינם מקבלים שכר להדייא אלא משום הנאה בעלמא שיש ליהו ואינם מרויחים ממון בשביל השמירה הוא דפטרי ליה מגניבה כעין אונם אבל במלוה על המשכון שבאמת נוטל שכר ממון דהיינו פרוטה דר"י הן על שעת הלואה שהוא נותן לו המעות אם מתרמי ליה ענייא פטור משום עוסק במצוה הן אח"כ בשעת שטוח וניעור ג"כ מרויח פרוטה דר"י א"כ הרי נוטל שכר בהדייא קרינן ביה וחייב:

ומה גם הרי מצינו בדין מלוה על משכון שפסק ללשון הרמב"ם שכתב ז"ל ואם נאנס המשכון כגון שנלקח בלסטים מזויין וכיוצא בו משאר אונס ישבע המלוה וכו' הרי לך דלא פטר הש"ע אלא במקום לסטים מזויין כמו שפטר בס' ש"ג בדין שו"ש בלשון אחד נקט לתרוויהו כמו שנקט שם לסטים מזויין כך נקט כאן:

ועדיפא מזה עיין להכנה"ג בס' ע"ב שרצה לפרש בדברי הרמב"ם והש"ע דכתבנו ואם נלקח בלסטים מזויין וכו' מלשון זה רצה לפרש דמצריך הרמב"ם והש"ע עד שיודע לנו שהמלוה נשלל ממונו וכל חפציו בלסטים מזויין אך לא ידענו אם נשלל גם המשכון

או לא אבל אם לא נתברר לנו אם נשלל ממונו איכא למימר דאין המלוה נאמן לומר נאנס המשכון יע"ש הרי לך בפשיטות דצריך שיהיה המשכון נאבד באונס של השלל של לסטים מזויין: שוב אחרי זאת פקח ה' עיני וראיתי להרה"ג זי"ע ן' נאים זלה"ה סמ"א שנשאל בנדון אחד כעין האומנים שהם שומרי שכר וכתב ז"ל אלא שיש לבעל דין לחלוק לפוטרו אפילו הוא שו"ש ממה שכתב מהרש"ך ז"ל במלוה על המשכון דהוי שו"ש דלא אמרו בפרק השוכר את הפועלים שו"ש לא מהני ליה טעמא דמאי הו"ל למעבד משום דאמר ליה להכי יהבית אגרא לנטורי אלא דוקא בנותן שכר להדייא אמנם במלוה על המשכון דלא הוי שו"ש אלא משום פרוטה דר"י בההיא ודאי לא דינין כההיא דש"ש וכן דעת מהר"ם ן' חביב הובאה בס' גנת ורדים וא"ת א"כ לפי זה למאי הלכתה קרייה שו"ש כבר תרץ מהר"ם ן' חביב דאיכא למימר היכא דנגנבה באונס גדול דלא אסיק אדעתיה דשו"ש משום פרוטה דר"י פטור אלא דלשון הרמב"ם פ"י מהל' שכירות שכתב וז"ל לפיכך אם אבד המשכון או נגנב חייב בדמיו ואם נלקח בלסטים מזויין וכיוצא בו משאר אונסין ישבע שנאנס יע"ש וכן הוא לשין מר"ן בש"ע הרי לגבי מלוה על המשכון דהוי שו"ש משום פרוטה דרב יוסף אפילו הכי לא מפטר אלא באונס דלסטים מזויין הפך חלוק הרבנים ה' שוב מצאתי להרה"ג מל"מ שהשיג על מהרש"ך ז"ל על חלוקו וא"כ נפל פיתא בבירא דלא מהני חלוק זה עכל"ה ובראותי זה הגם שראיתי שמה שהייתי רוצה לחלק בין האלקומסארי"ו למלוה על המשכון מהרש"ך לא כן דעתו וס"ל דגם מלוה על המשכון לא מקרי קבל שכר להדייא עכ"פ בעיקר הדין ששתי שנתכוונתי דלפי פסק הש"ע לא ס"ל הכי אלא ס"ל דמלוה על המשכון דינו כדין שו"ש להתחייב בגניבה באונס ובודאי דרב זכות אבות לא ראה ספר זרע יעקב זלה"ה דכתב דדעת הש"ע הכי הוא הפך מהרש"ך ומהר"ם ן' חביב שמהם הביא דבריו הרב גנת ורדים שממנו הרב ז"א הביא ראיותיו ואלו דברי הרב זי"ע דדעת מר"ן הכי הוא הפך אותם רבנים לא היה פוסק כן ומה גם דודאי הרב לא סמך פסקו עליה אלא עשה ממנה סניף בעלמא דהא לא פטר בדינו אלא משום כמה טעמים וכדי להרבות חבילות הראיות עשה גם דברי הרבנים סניף ותו לא מידי:

אך באמת מצאנו לו ארוכה ומרפא להחכם המלוה ממה שטען שיש לו שני בתים אחת מהם מיוחדת לו לבית מלונו ואחת מיוחדת להניח שם חפציו וממונו והממשכן בידו הוא שמעון חתנו של החכם ומידע ידע דמר חמיו שם מניח חפציו ובכללם מידע ידע דגם משכון זה שמה ינוח בכלל חפציו של מר חמיו נר"ו מטעם זה יש לפטור דהדר דינו כההיא של האלקומסארי"ו שפטר בו הרב זכות אבות הן אמת דחזה הוית להרב זרע

יעקב ז"ל שגם איהו מנ"ר עלה בדעתו לפטור מכח דברי מהרש"ך ומהר"ם דכתבו דכל שהראה לו באיזה מקום מניח פקדונו וסבר וקבל אפילו בשכר פטור דהו"ל כמו שהתנה והיא היא שהביא הרב ז"א משם גנת ורדים ואפילו הכי ראיתי לו להרב זרע יעקב הנז' שדחה אותה בשתי ידים הן מצד דמהרש"ח ומהרא"ש ומצד"ק לא סמכו על הוראה זו ודעדיפא מניה והיא העיקר לדידן דקי"ל כפסקי מר"ן בין לאוקמי בין לאפוקי הרי מצינו לו אפילו הניחו בקרקע עומק מאה אמה דלא סלקא לי' דעתיה למפקיד לעשות שמירה יותר מזה עכ"ז חייב השו"ש וא"כ גם כאן אפי' ראה אותו בעל הפיקדון היכן הניחו חייב ע"ש בס' זי"ע ז"ל וא"כ מן הראוי לומר דאין לסמוך על ההיא דמהרש"ך ומהר"ם שהביא הרב גנת ורדים ומהם פטר הרב ז"א אלא דראה ראיתי לרבותינו הרב יעב"ץ זלה"ה הובאו דבריו בס' כר"ח סק"ל ששם נשאל על מי שהיתה דרכו להסתחרר בחנותו ובלילה הוא לן בביתו ובאה לו סחורה למוכרה בקומסיון ונגנבה בלילה ופסק הרב הנז' זלה"ה מאחר שהדבר ידוע דהעכו"ם שהוא ממונה בלילה לשמור החנות בלילה לא נשאר על ראובן שום שמירה בלילה ועלו עמו רבני צפרו ז"ל בהסכמה עכ"ל וכן אחר זה ראיתי לרבני פאס האחרונים ה"ה הרה"ג מוהר"ר יעקב סרירו ומוהר"ר יעב"ץ האחרון ומוהר"ר ראובן סרירו ומוהרר"ח ן' זמרא ומהררו"י הצרפתי כולם שבחוהו להיא דהרבנים יעב"ץ ורבני צפרו דהואל וידוע שאין עליו שום שמירה בלילה הוי כאלו התנה שאין עליו שמירת לילה ולכך פטור א"כ הכי אתפוס בנדו"ד דהואל ושמעון הממשכן מידע ידע דמר חמיו נר"ו הניח המשכון עם חפציו וברור לו שהבית שיש בה חפצים לא ילין בה מר חמיו אלא שמירתה תהיה על ידי נטר מתא בלילה הוי דינה כההיא דהרב יעב"ץ ז"ל ומי כמוהו מורה וא"כ על פי סברא זו יש לפטור החכם הנז' דוקא אבל לא להוציא מיד הלוה הואל וסברא זו יש חולקים עליה כמ"ש הרב זי"ע שהם מהרח"ש ומהרא"ש ומשפט צדק ומה גם לדעתו דעת מר"ן הכי הוא בודאין דאין להוציא מיד הלוה ודו"ק ומעתה לא נפקא מינה לדינא במה ששאל החכם מהו הדין במה שבעל המשכון אומר שהוא שוה שלש מאות דורוס והחכם מכחישו דהשתא אם האמת הוא ששמעון הסכים להניח המשכון בבית הזה שאין מר חמיו לן שם א"כ הרי בררנו שאין להם זע"ז כלום אלא החכם נשבע שהתנה עמו דהיינו דהראה לו מקום הנחת המשכון וכו' דהוי כאלו התנה ומאותו בית נגנב ופטור:

אך אם באמת לא יתברר דהכי הוא ויתחייב הח' לשלם מדין שו"ש אזי באנו לחלוקי דינים המוזכרים בס' ע"ב מס"ט ואלך אין לנו עוד להאריך בהם הרי הם ערוכים על השולחן:

אך למודעי אני צריך שאם הוזקק המלוה לישבע אפי' שבועת השומרים שהיא דאורייתא דיי ליה בתפלין כמ"ש מר"ן בס' פ"ז סט"ו. זה משנלע"ד בסדר חשן משפט כאן שנה אתה סת"ר לי פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ריב

פועל שהשכיר עצמו בקוש"ח שישרת לפלוני מהיום (וע"ס זמן פלוני ורצה לחזור בו בתוך הזמן אם יכול לחזור. הנה מצינו להרב ב"י בסי' של"ג שהביא משם מהרי"ק שורש קכ"ב דפועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום ואפילו כבר קיבל שכירותו ואין לו במה לשלם אפי"ה יכול לחזור בו משום כי לי בני ישראל עבדים והמעות ישארו עליו חוב ופסקו ג"כ בקצר בסי' הנז' ס"ג וא"כ אילולי הקוש"ח שקיבל הפועל הזה ודאי דיכול לחזור בו אפילו קבל כבר השכירות ובנדו"ד היה נראה לכאורה לומר דמשום הקנין לחוד אינו יכול לחזור וכמ"ש מר"ן בב"י סי' הנז' וז"ל כתב הריטב"א בתשובה משם רבותיו שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי אתא שלא יוכל לחזור בו עכ"ל א"כ מלשון הריטב"א זה היה נראה לכאורה לומר דאין הפועל יכול לחזור בו משום הקנין לחוד:

אלא דראיתי להש"ך בסי' של"ג סקי"ג שכתב דנראה ששאר כל הפוסקים שלא חלקו בכך לא ס"ל הכי וכתב שכן משמע מהרא"ש פרק הזהב ומרבינו ירוחם ושאר פוסקים וע"ז כתב הש"ך דלדעתו פשוט דאפילו בקנין לא נשתעבד הפועל וכתב ג"כ דגם מר"ן שלא חילק בקצר בין קבל הפועל בקנין ללא קבל ש"מ שחזר בו מאותה דהריטב"א וס"ל דאפילו קבל בקנין הוי קנין דברים ובסוף דבריו כתב דמצא להריב"ש כדבריו ונתן שמחה בלבו יע"ש א"כ הואל והש"ך פליג אההיא דהריטב"א והביא כמה פוסקים דקיימי כוותיה וכתב דהגם דמר"ן והד"מ הביאו דברי הריטב"א בסתם להלכה אפי"ה בסדורו לש"ע חזר בו א"כ בודאי דכוותיה דהש"ך נקטינן וא"כ אפילו קבל הפועל בקנין יכול לחזור בו מטעם כי לי בני ישראל וכו':

אלא דצריך אני למודעי בנדו"ד שהוסיף הפועל הזה לקבל השכירות בש"ח אי אמרינן מחויב הוא מכח שבועתו או לא הנה דין זה דבמקום דלא מהני קנין אם מהנייה השבועה היא מחלוקת בין גדולי עולם אי אמרינן קנין אין כאן שבועה אין כאן או אמרינן דנשתעבד מכח שבועתו ומצינו למור"ם שפסק בסי' ע"ג ס"ח ובסי' ר"ז סי"ט בדיני אסמכתא דאפילו לא נשתעבד בקנין להתחייב בדבר שלא בא לעולם עכ"ז נשתעבד מכח ש"ח יע"ש א"כ

בודאי כוותיה דמור"ם נקטינן הואל וס"ל הכי דכוותיה קימ"ל כנגד כמה פוסקים במקום דלא גילה מר"ן דעתו וא"כ גם כאן נראה לכאורה דהגם דלא נתחייב הפועל הזה מכח הקנין עכ"ז נתחייב מכח הש"ח:

אלא דאחר החיפוש מצאתי להרב כר"ח דף ס"ט שכתב משם מהרימ"ט דלא אמרינן דבמקום דלא מהני קנין תהנה הש"ח אלא היכא דאי יהיב ליה לא הוי גזל בידו כגון באסמכתא ובדבר שלא בלע"ו דמדין מתנה יהיב ליה כדאמרינן מדינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה אבל אם היה יכול לתובעו אח"כ בדין ולהוציא ממונו ממנו משום גזל אזי קנין אין כאן שבועה א"כ עכ"ל וא"כ ממנו יש ללמוד נמי דבעודו המשרת הזה לבעל הבית עובר הבע"ה משום ובאחיכם בני ישראל לא תעבודו (נוסף גם הפועל עובר שמוכר עצמו לעבד) וא"כ סברא הוא הואל ויש צד איסור בדבר ודאי דיכול הפועל לחזור בי והוי דומייא דההיא דמהרימ"ט שכתב דלא נשתעבד מכח הש"ח אלא במקום דאי יהיב ליה אין איסור גזל בדבר דאמרינן במתנה יהיב ליה אבל במקום דמקרי גזל לא נשתעבד וא"כ גם כאן הואל ובעובדו אותו עובר הבעה"ב יכול הפועל למונעו והגם דמטי בה התם מהרימ"ט משום שיכול אח"כ להוציא ממנו משום גזל אבל בנדו"ד אחר שיעבוד אותו אין כאן שום הוצאה מידו עכ"ז יכול למנוע אותו מן האיסור:

גם ראיתי להרב צו"ד דף מ"ח ע"ב שכתב משם מהריב"ל וז"ל כתב מוהריב"ל דאע"ג דאשכחן בכמה דוכתי דהיכא דלא מהני הקנין מטעם האסמכתא או מטעם דבר שלא בלע"ו דאמרינן דאע"ג דקנין לא מהני השבועה מהני דוקא כד ההיא מילתא דפשיטא לכ"ע דאין אותו קנין מהני כגון באסמכתא או דבר שלא בא לעולם דליכא פלוגתא דרבוותא אז השבועה קיימת בודאי דודאי אדעתא דהכי נשבע לחייב עצמו מכח השבועה מה שלא חייב עצמו והיכא דלא הויא מילתא דבריר ואיכא פלוגתא דרבוותא מ"ל דטעה שהיה סבור שהיה מחויב מצד הקנין ונתפייס וחי"ע ביותר מכח השבועה וה"ל כנדרי טעות עכ"ל וא"כ דון מינה ואוקי באתרין בנדו"ד דכבר ביררנו דפועל שקבל קנין היא במחלוקת שנויה דלהריטב"א והרב"י והד"מ מהני קנין ואינו יכול לחזור בו והש"ך ושאר פוסקים שהביא הם דס"ל שלא מהני קנין וא"כ הואל ודבר זה הוא מחלוקת דרבוותא יכול זה לומר דנדרי טעות הוא דלא נתכוון אלא לשעבד עצמו מכח הקנין דנדמו לומר דקנין לחוד מהני ולא הוסיף הש"ח אלא להחזיק הקנין ועכשיו נתברר לו דמכח הקנין לא נשתעבד וא"כ גם מכח הש"ח לא נשתעבד ולא הוי אלא כנדרי טעות וממילא קנין א"כ שבועה א"כ ודו"ק והצו"מ וימ"ן. משנת תרמ"ה לפ"ק פה סאלי יע"ה הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ריג

שאול שאל האיש הבחו"ן אברהם לעסרי נר"ו ואמר הלא תדעו הלא תשמעו שהני"ח הר' דוד הכהן נר"ו הלך אצל התוגר סי' דון הנדון ואמר לו הלא תדע שאברהם הנז' איש שלומך אשר בטחת בו ועומד ומשרתך בעסק המשא והמתן בחצר זה דרכו שכל איש אשר אתה נושה בו הולך ולוקח ממנו שוחד ואזי אם יהיה איזה אדם בטל ממלאכתו או איזה אדם הולך ומתמוטט נותן לו שוחד שלא יבוא ויגיד לך הדברים וזה לך האות מפלוני לקח כו"כ ומפלוני כו"כ וכו' וכשמוע התוגר הנז' את הדברים האלה היטב חרה לו ואצה לגרש את אברהם ה' ולא יעמוד עוד על משמרתו באמור לו כי איש שלומו אוכל לחמו הגדיל עליו עקב וע"ז שאל הר' אברהם הנז' האם יש לדוד ה' משפט כתוב בדיננו להוציא ממני ממון או איזה עונש אזי הוא מיכן להביא עדים על כל האמור ויעשה משפט כתוב הא לאו הכי שתיקתו יפה מדבורו:

והיתה תשובתי אליו הלא תדע דבדינינו אין אנו יכולים לדון אלא בדבר שיש בו פסידא כגון אם הפסידו איזה ממון ע"פ אלה הדברים אזי נרדפה לדעת מה לעשות לו משפט כתוב כדין מסור אבל הואל ולא הפסיד באמירתו זאת שום דבר אלא שעל פי דבריו פסיק ליה לחיותיה אין בידינו לעשות לו שים דבר זולת דברי מיסר ותרועה בפה עד אשר הלוך ילך אצל התוגר הנז' במענה רך ישיב חמה עד שיחזור התוגר ויקבל לאברהם הנז' לעמוד על משמרתו כקדם וכבתחילה ואל ישוב עוד לכסלה ושומע לנו ישכון בטח מעונשי שמים וה' יתקננו בעצה טובה אכי"ר:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

הנה אם היה הר' אברהם לעסרי הנז' נדחה ממקומו שדחה אותו האדומי הנז' ויביא עדים שדוד ה' הלשין עליו להגוי ה' והוציא עליו דבר שהוא מקבל שוחד מאחרים ומזיק להגוי הנז' הנה לא מבעייא שנקרא רשע ומכריזין עליו שעשה מעשה רשע כדין עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה אע"פ שמתכוון להנאת עצמו נקרא רשע וכ"כ מר"ן סיס"א וס"ב גבי מלמד כ"ש הכא שאינו נוטלה לעצמו בוראי הגמור שנקרא רשע:

וגדולה מזי פסק מור"ם סי' שפ"ח סי"ב מי שרוצה לברוח ולא ישלם לגוים מה שחייב להם ואחד גילה הדבר וכו' מ"מ רעה גדולה עשה ע"ש עוד בה שמוטל על הב"ד לנדותו על שהוציא דבר על חבירו וביישו כמ"ש מר"ן סית"ך סל"ח וי"א שמנדין אותו עד שיפייס המבייש וכן סתם מר"ן בס"א או לקונסו ממון כמ"ש מור"ם סיפ"ו וי"א דמחרימין שהרי אם יתברר שהוא אמת קונסין אותו ע"ש עוד בה שלכאורה נראה שחייב לשלם לו הזיקו שקפח לו פרנסתו ושמין לו כפועל בטל מההיא דפסק מור"ם סי' שפ"ו וז"ל י"א דבכל

גרמא בניזקין אם הוא דבר דשכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לגוי ובא שמעון ואמ"ל שאינו שוה כו"כ חייב לשלם לו ואפשר דכי האי גוונא הוי כמסור עכ"ל ואע"פ שהרש"ך שם סקכ"ה מסיק בכונת מור"ם דמיירי כשהגוי מחזיק המקח ומחסר לראובן בשביל דרכו של לוי ע"ש הנה מלשון הרב בד"מ לא משמע הכי כלל שהרי הוא ז"ל הקשה על הוראת מהר"ם דהרי אין ההזיק נעשה מיד ע"ש ובשלמא אם הגוי מחסר לו המקח אתי שפיר שאין ההזיק נעשה מיד שהרי אפשר שימכרנו כמו כן בסך זה אלא שאח"כ כשמוכרו בפחות אזי נעשה ההזיק אבל אם אומר שהגוי מחזיק המקח ומחסר לו ממין ע"פ דיבורו של שמעון א"כ הרי ההזיק נעשה מיד וגם מסתמות דברי מור"ם מש' להדייא דאיירי בכל גוונא ואפי"ה חייבו מתחילה מטעם א' דהוא שכיח ורגיל וסיים עוד בטעם ב' בדרך אפשר דהוי כמסור וא"כ לפי פירושינו זה האמיתי הרי הדברים ק"ו ומה התם שהיה זה בתחילת המקח חייבו מהנך תרי טעמים הכא בנדו"ד שהיה כבר שכור אצלו זה כמה ויושב לבטח ומתפרנס וזה בא ומקפח לו פשיטא דהוי כמוסר גמור ועוד דנדו"ד גרע וחמיר מההיא דמור"ם דההיא דמור"ם לא אמר דבר של גנאי אלא שאינו שוה כו"כ אבל בנדו"ד שהלשינו והוציא עליו דבה שהוא מקבל שוחד מהב"ח ובזה מזיק להגוי אדונו פשיטא דהוי מסירות גמורה. סו"ד. נ"ל שאם יביא עדים הר"א שהר"ד הלשין עליו לגוי כדברים הנז' או שהר"ד הודה בזה לפני עדים כשרים וכ"ש אם הודה לפני ב"ד שמוטל על הב"ד לקונסו אע"פ שלא הועילו מעשיו אלא על מה שביישו והוציא עליו דבר כדי לקפח פרנסתו ראוי לקונסו כפי ראות עינינו זהו הנלע"ד בזה. ע"ה יוסף ברידוגו סי"ט ראיתי מ"ש הרב למעלה ראש מתחילה וע"ס ונהרא מסיפי"ה מסרי"ך במאי דכתב דלכאורה נראה לדעת הגבו"ה לחייבו ליתן לו כפועל בטל מההיא דמהר"ם מרזבור"ק זלה"ה שכתב מור"ם בסי' שפ"ו ס"ג לפי דעת הי"א דבכל גרמה וכו' ואנא ברייא קלה אמינא אחהמח"ר ממו"ר דלא קרב זה אל זה דאפילו נניח כסברת ר"ם דהתם בהחזיר לו המקח קמיירי שלא כדעת הש"ך אפי"ה לא דמי לנדו"ד דהתם בשעה שנגמר המקח באותו שיוי שהושוואו ביניהם נעשה המקח כאלו שוה אותו הסך וכשהחזירו ואינו מוכרו אח"כ באותו הסך הוי כאלו הפסידו ממון ולקח לו מדמי אותו חפץ כו"ך ודוגמא לדבר ממש מצאתי ראיתי להרב כמוהרב"ו זלה"ה בסיל"ג שנשאל על ראובן ששלח לשמעון סחירה למוכרה בעיר רבאט והמקבל שינה ושלחה לעיר מראקס ונמכרה שם פחות ממה שהיתה ראויה לימכר בעיר רבאט והעלה הרב בפסקו דצריך המקבל לשלם הפחת שבין מה שהיתה ראויה לימכר בעיר רבאט למה שנפחתה עכשיו בעיר מראקס ואפילו בריוח שהיה ראוי להיות בידו

במכר של רבאט חייב לשלם יעו"ש וטעמא דמילתא דהואל והגיעה לעי"ת רבאט הדר להיות שוויה של אותה סחורה כפי אותו השער והוי כמפסידו בידים ונדו"ד נמי הואל והשוואו ביניהם בשווייה המוכר עם העכו"ם חזרה שוה כו"ך והוי כמפסידו ממון גמור אלא דהמפסיד זה לא עשאו בידים אלא גרמא בנזיקין דוקא ולכך מן הדין פטור ואינו חייב אלא משום דהוי דבר שכיח או כמסור וכו' אבל נדו"ד לא יש פסידת ממון כי אם מניעת הריוח שמנעו ממה שעתיד להרויח ומניעת הריוח לא מקרייא פסידה כמ"ש יע"ש: וכעין זה נמי הוא פסק מר"ן בסי' רל"ז ס"ב שכתב אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו וכו' משמע דוקא אסורה הוא דאיכא אם עבר ושכר עצמו אבל לחייבו ממין לתת למלמד הראשון כדין פועל בטל זה לא שמענו ולך נא וראה מ"ש מור"ם בס' שפ"ח ס"ז במי שגרם לחבירו תפיסה דמשם יש ללמוד לנדו"ד דלא מיבעייא לס' הש"ך דפליג על סברת מור"ם ובעי מסירה בידים דוקא אבל בדבור לא אלא אפילו לסברת מור"ם דמחייב על אותה תפיסה אפילו היתה ע"י דבור הרי התם מפורש טעמו בצדו משום דהוי כמזיק בידים הרי לפניך דדוקא אם נתפס דכאלו הוזק מיד המוסר אזי מחייבינן ליה משום אותה תפיסה לתת שכר בטלתו אבל כגון דא שע"י דבורו של דוד גרש יגרש אותו דוקא מה חיוב ממון יש בעולם: ועדיפא מזה פסק מר"ן בסי' ת"ך סי"א וז"ל הכניסו בחדר וסגר עליו הדלת וביטלו ממלאכתו אינו נותן לו אלא השבת בלבד אבל אם כבר היה בחדר וסגר עליו מלצאת הוי גרמא בניזקין ופטור מדיני אדם ע"ך הרי לפניך דאפילו סגר הדלת בעדו דעשה מעשה בגוף הדלת וממנה נמשך לו הבטלה עכ"ז פטור מכ"ש בכאן דלא עשה שום מעשה בידו לא בגוף אברהם ולא בדבור אחר כי אם בדבורא בעלמא לא תסק אדעתין שיהיה כאן שום חיוב על דוד הנז':

שוב זכיתי אחר שחיפוש וראיתי להרב תרומת הדשן סי' מ"ג שנשאל על אחד שהיה ש"ץ בקהל אחד ובא אדם אחר והוציא עליו ש"ר וסלקוהו הקהל ממנויו ובא לתבוע אותו שליח שנסתלק לאותו אדם שגרם הסילוק באמור לו דפסיק ליה לחיותיה וגם גרם לו ש"ר ופסק הרב דעל מה דפסיק ליה לחיותיה עונשו מסור לשמים כדין גרמא בניזקין ועל מה שהוציא עליו ש"ר לשקר חיובו נדוי וכו' יעו"ש והוא ממש כעין נדו"ד תהלי"ת שנמצא הדבר מפורש סו"ד לעניית דעתי לא תיסק שיהיה כאן שום חיוב ממון:

גם מ"ש רו"ם שמוטל על הבדי"ץ לנדותו על שהוציא ס"ר וביישו כמ"ש מר"ן סת"כ סל"ח וי"א שמנדין אותו עד שיפייס המבוייש וכן סתם מר"ן בס"א ע"ך דב"ק בזה אמת נכון הדבר הוא אמת ותורתו אמת שכן הוא סתמא דמר"ן וכך היא דעתו כמ"ש הסמ"ע סקמ"ח ועוד אוסיפה לך דגם מור"ם עצמו שכתב וי"א דמכין אותו מכת מרדות וכו' לא

כך דעתו אלא כדעת מר"ן בסי' קמ"ו בסוס"א שכתב כאן דכן כתב הרב בני חיי סי' ת"ך דגם מור"ם מודה לסברת מר"ן דמנדינן ליה ומ"ש בהגהותיו בסי' ת"ך סברת המרדכי לא לחלוק בא אלא לתרץ עכ"ל הרב בני חיי הצריך לנו איך שיהיה לכל הסברות המבייש את חבירו מנדין אותו:

אכן לא ידענו מה ביוש יש בדבר הזה שיתחייב עליו נדוי הר"ד דאם באנו לחייבי משום דאמר כן לפני בני ישראל שאברהם הזה הוא מקבל מתנות מאת היהודים ומחפה עליהם ואינו אומר לתגר אדרבא כו"ע אמרי זכור לטוב על אשר ל"ו טוב עשה בעמיו ואין כאן שום ביוש ואם הביוש הוא משום שנתבייש בפני הנוצרי ששמע הנוצרי שאיש שלומו הגדיל עליו עקב ומזה נתבייש על זה אין לחייבו דעכו"ם לאו בני בושה נינהו וגמרא ערוכה שנינו בנדה די"ז בית פלוני היו משמשין מטותיהן בפני עבדיהם ושפחותיהם ומאי דרוש שבו לכם פה עם החמור עם הדומה לחמור ע"ך הרי לך דאין אדם מתבייש מפניהם והגם דלא איפסיקא הכי הלכתא אלא אסור לשמש מטתו בפני כל אדם חי כמ"ש מר"ן באו"ח סי' ר"ם ס"ו היינו טעמא משום צניעות ופריצות וכמו שמבואר הטעם בלבו"ש יע"ש בסי' ר"ם ס"ו אבל אלולי טעם דפריצות ליכא משום בושת דהואל ונמשל לחמור איני מתבייש מהם וא"ך מכ"ש דנלמד ממנו לנדו"ד שאין לזה שום בושת:

ודעדיפא מזה והוא טעם כעיקר בנדו"ד הוא דיודע לכת"ר דדברים בגו דדבר זה לא מוצנע ולא מוסתר הוא וההוא אמר והוא יעשה לאמת דבריו בכתות כתות של בני אדם שמעידים בדבר וא"ך אפילו אי הוה דבר זה יש בו איסור כאסורי תורה שחייבים עליהם כריתות ומיתות ב"ד הוא פטור הר"ד מנדוי של הוצאת שם רע וכמו שמסיק מור"ם ההג"ה של סי' ת"ך סל"ח וז"ל הקורא לחבירו עבד או ממזר והוא אמת פטור ע"ך הרי מבואר דכשיאמר האמת פטור ואין כאן על מה לחול שום חיוב נדוי:

גם מ"ש רו"ם דעל פי הדברים אשר דבר לרשע יתקרי וראוי להכריז בבתי כנסיות שעשה מעשה רשע אמת הדבר שכך פסק מר"ן בסי' רל"ז ס"א בדין עני המהפך לקנות איזה דבר או להשכיר עצמו ובא אחר ונוטלו וכו' וכתב הסמ"ע סק"א דמכריזין וכו' אכן ומה אעשה הואל וכבר שמענו וראינו במח"ק שכמה בני אדם הוסיפו על חבריהם בקרקעות של כותים וסלקו אותם מהם ע"י שהוקרו עליהם ולא ראינו אתכם רבותינו שאתם מופלגים ממנו בחכמה ובמנין נהגתם בהם שום הכרזה מה יענו ויכריזו אזובי קיר כמוני נער ולא אדע ואין אנו אומרים אלא גדול ציפורנן של ראשונים וראו עיניכם הישרים והביטו מ"ש הד"מ בסי"ב משם מהרי"ו ופסקו בקצר בהג"ה ס"א בשם יש מי שכתב דעכשיו נוהגין שלא למחות בעוברי עבירה משום סכנה בדבר שמא ימסרנו למלכות עכ"ל וא"ך

גם באופנים אלו הגם דלא שייך פחד כל כך דמסי' למלכות עכ"פ יש שנאה ותחרות בדבר ויוציא קלקול לדיין מזה ע"ז אינם מעמידי משפטי הדת על תלם בדבר זה שהוא אינו עבירה גדולה כל כך:

וכעין זה ג"ך פסק מר"ן בסי"ז ס"ג בענין ישיבת בעלי דינין דכתב שם מר"ן בס"ג כבר נהגו כל ב"ד ישראל לאחר התלמוד שמושיבין בע"ד וגם העדים כדי להסיר המחלוקת שאין בנו להעמיד משפטי הדת על תלם עכ"ל הרי לך אפלו בדבר שהוא מצוה דאורייתא דועמדו שני האנשים וכו' עכ"ז משום המחלוקת נמנעו מכ"ש לדבר הזה שיש מחלוקת וחשש לדיינים כ"ז נראה להליץ יושר:

ואנא ברייא קלה כמות שהיא אמינא אחהמח"ר ממו"ר דאפילו מן הדין אין להכריז בדבר הזה דאפשר דלא אמרו מכריזין עליו בבה"ך שעשה מעשה רשע אלא דוקא באותו נדון שהיה העני מהפך לקנות איזה דבר והלך אחר וקנאו או השכיר עצמו וכו' בזה הוא דאמרינן דמכריזין עליו שעשה מעשה רשע וע"י ששומע ההכרזה שהוא רשע ומתבזה יכול לחזור מדרכו הרעה ויחזיר המקח לעני שהיה מהפך או יסלק עצמו מהשכירות ויחזור העני הראשון שהיה רוצה לשכור עצמו ויהיה נשכר לאותו בעה"ב אבל בכגון דא שכבר הערל דתה אותו בשתי ידים ומה תקנה תהיה עוד בהכרזה זאת ומה יועילו חכמים בתקנתם בהכרזה זאת כבר אבד סברו ופסק שכויו ודמייה למה שפסק מר"ן בב"י בסי' כ"ה סי"ב וז"ל כתב הרשב"א בתשובה מי שפרע מקצת חובו והשליש השטר עד שיפרע השאר והלך השליש והחזירו למלוה וחזר וגבה בו כל החוב פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא בניזקין ואם עדיין לא גבה משמתין ליה עד דמקבל עליה כל אונסה דאתי ללוה מחמת אותו שטר דכל גרמא בניזקין מחייבינן את הגורם לסלקו עכ"ל הרי לך דדוקא אם עדיין לא נעשה ההזיק דעדיין לא גבה הוא דמשמתינן האל"ה כבר מה שהיה היה ואין כאן שמתא וסברא זאת של הרשב"א פסקה מור"ם בסי' כ"ה יע"ש ובסמ"ע ובמר"ן סי' קע"א ס"מ ומור"ם סי' שפ"ו ס"ג מכל הנהו פסקי דינים ונושאי כליהם משמע דאם עבר ונעשה ההזיק לא משמתינן ליה וא"ך גם כאן אם אמת היה הדבר שכבר נדחה ושוב אינו נראה מה יועיל הכרזה בזה: אלא משום דשמא יש תוחלת ממושכה שיכול להיות שע"י שהלוך ילך ובכה ומתחנן דוד הנז' לפני התגר הנז' ויאמר חטאתי וישר העויתי ולא דברתי זאת אלא משום איבה אזי היתה תשובתי שאין לנו אלא לתת לו מוסר ותרועה בפה בדברים קשים ומרים על אשר עיוות ועשה מעשה רשע ואין לו תיקון אלא שילך לפני התוגר ויאמר חטאתי וכו' ואז ושב ורפא לי. זהו הנלפקו"ד בזה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ריד

תחלה וראש נבאר מה דינו של המבייש בדברים ואח"ך נפרט כל מאמר ומאמר מה דינו הנה בדין המבייש בדברים מצינו למר"ן בש"ע סת"ך סט"ל כתב המבייש חבירו בדברים עון גדול הוא ואין המחרף ומגדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע וגם רוח וכל המלבין פני אדם כשר מישראל אין לו חלק לעולם הבא ואעפ"ך אינו בר תשלומין ובסל"ח ג"ך פסק דפטור מן התשלומין דהיינו תשלומי קנס אך סיים וכתב וז"ל ויש לב"ד בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראו וי"א שמנדין אותו עד שיפייס המבוייש ע"ך וכתב הסמ"ע בס' קמ"ח דמה שכתב מר"ן בשם י"א שמנדין וכו' כך פסק בסתם לעיל בסוף ס"א ולא כתבה בשם י"א אלא וכו' ע"ש ועדיפא מזה ראיתי להרב בני חיי שכתב דגם מור"ם שסיים על דברי הש"ע וכתב וי"א דמכין אותו וכו' לא לחלוק אתא אלא דגם הוא ס"ל דמנדין ליה כפסק הש"ע בס"א ובס' ת"כ בשם י"א ומה שכתב בהגהותיו סברת המרדכי לא לחלוק אלא לתרץ על דברי הש"ע למה כתבה בשם י"א משום דאיכא סברת המרדכי דס"ל דמכין אותו וכו' ע"ש בדברי הרב"ח בס' ת"ך איך שיהיה נקטינן בין לדעת מר"ן ומור"ם כולהו סברי מרנן דהמבייש בר נדוי הוא:

אלא דהואל וביוש הדברים לאו כל אפייא שוים כמה דברים מחזי לבני אדם שיש בהם ביוש דברים ומצינו לרבותינו דלא אחשובינהו לביוש ולא חייבו עליהם כלום כמ"ש מהר"ם מרזבור"ק על מי שקורא לחבירו טמא או כלב או שאר חרופין אין בהם דין אלא צריך לפייס חבירו והביא דבריו הסמ"ע סקנ"ה ע"ש וכן יש כמה דברים שאינו מתחייב עליהם משים שיכול הוא לתרץ דבריו כמ"ש מור"ם שם בס' ת"ך סל"ח ע"ך אין לנו לנדות ולא לענוש אלא במה שבא בדבריהם פורש מי שהוא בר נדוי בר נדוי בר מלקות בר מלקות על כן מוכרחים להביא על כל קוץ וקוץ מאי דאתמר ביה מדברי רז"ל ע"ה:

ראשונה על מאי דנשאלנא מקמי טיבותיה על מי שאמר לחבירו רשע מדברי מור"ם מוכח דבר עונש הוא מדבריו שכתב בהג"ה וז"ל הקורא לחבירו מלשין בן מלשין אם הוא לבד מלשין פטור וכן הקורא לרשע בן צדיק רשע בן רשע ע"ך משמע דלא מצא לו פטור אלא משום שהוא ידוע מלשין או רשע ואם אינו ידוע חייב ומאי דנקט רשע בן צדיק לאי כונתו לומר דאם אינו אמת יהיה חייב משום אביו הצדיק הידוע אבל על אדם סתמא פטור זה אינו וכונתו היא להודיעך שאם אמת הדבר שהוא רשע אפי' אביו צדיק פטור משום את אביה היא מחללת שדרשו ממנה הכי כמ"ש הסמ"ע סקנ"ה אבל

אם לא היה אמת ודאי חייב אפילו על אביו והראיה מהאומר מלשין בן מלשין אפילו אביו אינו בסוג צדיק ידוע אלא אדם פשוט אם הבן אינו מלשין חייב המבייש ודו"ק איך שיהיה מדברי מור"ם נראה פשוט דרשע בכלל ביוש הוא ומן הראוי לומר הואל ובכלל ביוש הוא הדרן לדינא דמר"ן דבר נדוי הוא: אלא דראיתי דדבר זה הוא מקורו בש"ס בקדושין דף כ"ח דשם תניא האומר לחבירו עבד יהיה בנדוי ממזר סופג את הארבעים רשע יורד עמו לחייו ע"כ והנה בפירוש יורד עמו לחייו יש בה שני פירושים רש"י פירש וז"ל כלומר לזה אין ב"ד נזקקין אבל הוא מותר לשנאותו ולמעט פרנסתו ע"כ וכן מטין דברי מהרש"ל בתשובה הביאם הרב בנ"י חי"י בדף קע"ז וכן הם דברי הר"ן אבל מהר"ם מרטנבורק משם ר"י פירש דיורד עמו לחייו היינו להכותו הואל ולא נזהר בלאו דלא תונו וכו' והביא דבריו הסמ"ע בסקנ"ו יע"ש ובודאי דדעת מור"ם ז"ל לפרש כפירוש ר"י דכתב מהר"ם מרז"ב מדנקט בדבריו וכתב וכן הקורא לחבירו רשע בן צדיק רשע בן רשע. והוא אמת פטור וכו' ממלת פטור משמע דאם אינו אמת חייב ולא יוצדק מלת החיוב כי אם על פירוש ר"י שפירש ביורד עמו לחייו אבל לפירוש רש"י והר"ן ומהרש"ל לא יוצדק חייב נקטינן מכאן לדינא אלבא דמור"ם דהאומר לחבירו רשע חייב מלקות: ומצינו להרב בני חיי סת"ך בהגב"י שכתב משם כנה"ג בס' הנז' הגב"י סנ"ו וז"ל אין שום התנצלות לקורא רשע למי שאינו ראוי לקוראו שיאמר הוא שראוי לקרותו רשע על מה שהרשיע עמו לדעתו כי אדם מועד לעולם לענין נזקין וכן לענין קללה וחרוף המבי"ט ח"ג סר"ו עכל"ה וא"כ פשוט דהאומר לחבירו רשע בר מלקות הוא:

שנית במה ששאלת במי שקורא לחבירו גנב כבר כתבנו והוכחנו דבקורא לחבירו רשע בר מלקות הוא ומצינו להסמ"ע בסקנ"ו משם מהר"ם מרטנבורק ז"ל וז"ל ואם קראו עובר על חרם מלשין או גנב הוי כקוראו רשע וכו' וא"כ הרי דינם מפורש דגם הוא בר מלקות ע"ש וכן כתב הרב בני חיי בהגהות הב"י משם כנה"ג שכתב משם מהרש"ל דהאומר לחבירו גנב לוקה מדה כנגד מדה הוא חשד את חבירו שעבר על לאו דלא תגנוב ובר מלקות הוא על ידי זה משלמין לו כמדתו ולוקה ע"ש:

שלישית למי שקורא לחבירו נואף גם הוא בכלל אלו ובר מלקות הוא כמו שהשוה אותו הרב מהרמ"ם שהביא הסמ"ע שם וז"ל הקורא לחבירו ממזר או עבד או רשע אי נואף או פסול או נבל לוקה הרי לך דדינו שוה לרשע ובר מלקות הוא ג"כ וכן כתב הרב בנ"י חי"י משם כנה"ג משם רש"ל דג בזה משלמין לו כמדתו ולוקה:

רביעית על האומר לחבירו שהוא ממזר בזה הוא עיקר דינא דגמרא דקדושין דתניא האומר לחבירו ממזר סופג את הארבעים ע"ש ומשם למדו לשאר דברים למידן בהו מדה

כנגד מדה כדאמרן משם רש"ל והרי כתב דינו הסמ"ע משם מהר"ם מרטנבורק כדאמרן האומר לחבירו ממזר עבד וכו' הרי זה לוקה ע"ש ועדיפא מזה ראיתי בבני חיי בהגהות הרב"י משם כנה"ג בס' כ"א שכתב וז"ל כתב הר"ן בפ"ק דקדושין גבי ממזר סופג את הארבעים שהוא מכת מרדות וכתב רש"ל דאפשר לסימנא בעלמא נקטיה כלומר שהוא מדרבנן אבל לא להכותו מכת יסורין וכן ראיתי מורים בזמנינו ומיהו משום מיגדר מילתא יכולין להוסיף עליו ולהכפותו על העמוד ולהכותו מכת מרדות וזה תלוי בראיית ב"ד עכ"ל הרי לך דלדעת הר"ן יש לנו להחמיר בלקותו יותר ע"ש: ומ"ש בסכ"ד שכתב דמי שקוראים אותו ממזר אסור למחול משום שנוגעין או בכבוד אביו או אמו יע"ש נקטינן לדינא שעל ארבעת רבעיה"ן דאמרן על כל אחת חייב מלקות ואם אמר כן לאדם אחד שנכללו בו ארבעה אבות נזיקין חייב ארבע מלקיות דהכי מצינן ג"כ בהגהות הרב"ח להגב"י משם כנה"ג סל"ד שכתב וז"ל קראו גוי ממזר גנב זייפן חייב ארבעה מלקיות מהר"ם לובלין סמ"ו מהרי"ק שורש ק"פ מהר"י גאלאנטי סמ"ח עכ"ל הרי לפניך דחייב לקבל עונשו על כל דבור ודבור שיצא מפיו אפילו כל דבריו נגד אדם אחד:

ומעתה נתנה ראש לשאר הדברים על מי שאמר לחבירו ארור הן אמת דהיה בדעתינו לדון מסברא דבר נדוי מדינא דש"ס דקדושין דהאומר לחבירו עבד משמתין אותי ע"ש ופירש שם ר"ת בתוס' שהוא מדה נגד מדה הוא אמר לחבירו עבד שהוא ארור כך מקללין אותו בארור דהיינו נדוי עכל"ה וא"כ גם האומר לחבירו ארור צריך לשלם לו מדה כמדתו וכאלו אמר לו עבד אלא דעמד לנגדינו דברי מהר"ם מרטנבורק שהביא הסמ"ע בסקנ"ו שכתב האומר לחבירו ממזר או עבד לוקה וכו' וא"כ אפילו חשבינן ארור כמו עבד בכלל מלקות הוא הן אמת דצל"ע כעת על דברי מהר"ם דפסק האומר לחבירו עבד שהוא במלקות שהוא נגד הברייתא שהביא בקדושין דאמרן דמנדינן על כל פנים לאפס הפנאי להתיישב ועכ"פ במלת ארור מצאנו מפורש דבר נדוי הוא שכן כתב ג"כ הרב בנ"י חי"י משם כנה"ג בהגב"י סל"א וז"ל הקורא לחבירו ארור חייב נדוי וכתב שכך מצא תשובה כת"י ע"ש וכתב שטוב עשה שנדהו ע"ש:

ובמי שאמר על עצמו שזינה עם אשת איש הילך לשון הרא"ם הביאו הרב"ח הגב"י ס"ב על שיכור שחירף וגדף את אשת קרובו ואמר שטמא אותה ואת אמה אם היה דין זה באיש שהיה שפוי בדעתו על צד הגדר היינו מנדין אותו כדי שלא תהיינה בנות ישראל הפקר בפי הכל אבל עכשיו שלא היה זה אלא בעת שהגיע לשכרותו של לוט ירדתי למדרגה אחת וחייבתי אותו מלקות ע"כ הרי לפניך דכל שלא הגיע לשכרותו של לוט בר נדוי הוא וכ"כ ג"כ מהרשד"ם הביאו ג"כ בהגב"י משם כנה"ג ס"ז שכתב וז"ל ראיתי

למהרשד"ם סקפ"ג שכתב דהאומר לחבירו ששכב עם אשתו וטימא אותה מנדינן ליה ע"כ א"כ עלה בידינו דהאומר שטמא אשת איש בר נדוי הוא הן אמת דעמד לנגדינו דברי מהר"ם מרט' ז"ל שהביא הד"מ משם נמוקי מהר"ם מרט' והביאו הסמ"ע בסקנ"ט וז"ל והקורא לאשת חבירו זונה או פרוצה לוקה ארבע מלקיות וגו' ע"ש וא"כ איכא למימר דהדבר במחלוקת שנוי ודיינין לי' במלקות הקלה משום דיכול לומר קי"ל אלא דקושיא זאת כבר הרב כנה"ג בהגב"י הביא דברי מהר"ם הנז' והביא שגם מהר"ם אסרלס כך פסק כמהר"ם מרטנבורק ואח"כ כתב דברי הרא"ם ומהרשד"ם דאמרן שמחייבים נדוי והקשה עליהם מדברי מהר"ם מרטנבורק הנז' והעלה תרוץ יפה לחלק בדבריהם וז"ל וי"ל לדעת הרא"ם ומהרשד"ם שלא חייבו נדוי בנדון שלהם אלא משום לתא דידיה שאם היה קורא אותה זונה מלקין אותו אבל כיון שהחציף פניו לומר שהוא שכב אותה ולפי דבריו שכב עם אשת איש מנדינן ליה עכל"ה וא"כ בר נדוי הוא גם לזה ועיין להרב זכו"ל או"ח שכתב וז"ל עיין להרב ברכי יוסף ז"ל בתי"ד ס' של"ד שכתב וז"ל מי שרוצה לקלקל אשה על בעלה ולהשניאה בעיניו חייב נדוי הרשב"ץ ח"ג סרמ"ט עכ"ל ומדין האומר לעיל דאם אמר לחבירו ארבעה או חמשה חרופין חייב על כל אחת ואחת הוא הדין אם היה עמהם איזה גדוף כגון אם הוסיף לו גם מלת ארור מלבד המלקות צריך לנדותו ג"כ: ומענין המדבר רע על שוכני עפר הרי דינו מבואר בדברי מור"ם בהג"ה סל"ח וז"ל המדבר רע על שוכני עפר צריך לקבל עליו תעניות ותשובה ועונש ממון כפי הנראה לב"ד ואם קבורים סמוך לו ילך על קבריהם ויבקש מחילה מהם ואם הם רחוקים ישלח לשם שלוחו ע"ש וכתב שם הסמ"ע סקנ"ג דהשליח יקח שנים מהעיר שנקבר בה וילך על קברו ויבקש מחילה בשם המשלח ע"כ מדברי מור"ם אלו נראה דדי להם בבקשת מחילה כנ"ל א"כ נראה לע"ד לחלק דלא דבר מור"ם אלא במדבר רע כגון שהוציא איזה לשון הרע שאינו מדברים שמתחייב עליהם מלקות או נדוי אבל אם השר"ע הוא מדברים שחייב עליהם עונש הרי הוא מפורש במר"ן או"ח סתר"ו ס"ג וז"ל תקנת קדמונינו וחרם שלא להוציא ש"ר על המתים ע"כ ובזה לא סגי בבקשת מחילה לחוד אלא צריך התרה מן החרם כדי לצרפו לעשרה כההיא דפסק מר"ן בחומ"ש סת"ך ס"א וז"ל י"א דיש חרם קדמונינו באדם המכה לחבירו וצריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה וכו' וכתב הסמ"ע דהואל ויש חרם הרי הוא מנודה ועומד ואין צריך לנדותו עתה וכתב דמכאן יש ללמוד לכל מקום שאמרו חרם קדמונינו או חר"ג הדין כך דבנדוי הוא עומד עד שיתירו לו ע"ש וא"ך פשוט דדברי מור"ם בהג"ה זאת דסת"ך דפסק דבבקשת מחילה סגי היינו במדבר רע שאין בו הוצאת ש"ר:

וכן מוכרחים אנחנו לומר ג"ך דהכי הוא כי היכי דלא תקשה לן דברי מהר"ם מרזבורק אהדדי שהרי פסק מור"ם שפסק כאן דמדבר על שוכני עפר בבקשה דיי הוא מדברי מהר"ם ה' כמו שבא הדבר מפורש בהד"מ ע"ש ומצינו להרב"ח בהגהות הכנה"ג להרב"י סכ"ג כתב וז"ל המספר בגנותן של מתים סופג את הארבעים כיצד אמר לחבירו בן הנדה או בן הזונה והם מתים סופג שמונים כי היכי דלתציל מדינה של גהינם ואם אביו או אמו בחיים סופג את הארבעים משום כבודם של חיים נמוקי מהר"ם מרזבורק דיני בושת סי"ח עכ"ל וא"ך דבריו סתראי נינהו אלא ודאי דיש לחלק כדאמרן:

ועל מאי דשאיל מר על מי שמחרף לשלשה או ארבעה בני אדם פשוט דצריך להלקותו על כל אחד ואחד וקו"ח מדין האמור לעיל דאם אמר לאחד ממזר וארור וכו' שחייב מלקות על כל דבור ודבור שיצא מפיו אפילו הם נגד אדם אחד מכ"ש נגד שנים או שלשה גופות והגם דהוה דיי בקו"ח זה עכ"פ אציגה נא לפניך גרגיר אחד ממה שמצאתי להרב"ח ג"ך בהגב"י סל"א משם הכנה"ג וז"ל המחרף שתי נפשות מישראל פשיטא שילקה עבור שניהם רש"ל בתשובה ועיין מהרשד"ם חי"ד ס"ק עוד שם בסל"ב וז"ל אפילו תאמר שהקורא לחבירו ממזר אינו לוקה אלא אחת אם קרא לשני אחים ממזרים סופג ארבעים על כל אחד רש"ל בתשובה סנ"ח עכ"ל א"ך נקטינן לדינא מי שדבר רע כנגד שלשה או ארבעה חייב לעשות דין עם כל אחד לבדו על כל דבור ודבור: אלא דבדיני הנדוי נראה דנדוי לאחד נדוי למאה דהוי כמי שתכפוהו אבילות דבשבעה אחת דיי וכן הביאנו לעיל משם הרא"ם על מי שאמר טמא אשה ובתה לא חייבו אלא נדוי אחד אפילו היו שני גופות מכ"ש נגד גוף אחד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן רטו

ראובן שהיה מתקוטט עם שמעון ולוי ונכנס תחת ידיהם שלם ויצא חבול מה דינו אם יהיה דינו כדין נחבל שדינו הוא לישבע וליטול או נימא דהואל ונכנס תחת יד שניהם אינו נאמן לומר שזה הוא שחבל וזיל הכא קמדחי ליה זיל הכא קמדחי ליה. הנה מדינא דמר"ן דס"ק סט"ז אין ממנו הוכחה לשום צד והדבר בספיקו עומד דהא לשון מר"ן הוא זה הנחבל כיצד ראוהו עדים שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול ולא ראוהו בשעה שחבל בו וזה אומר חבלת בי וז"א לא חבלתי בך ה"ז נשבע ונוטל עכל"ה ומלשון זה יש לדייק לכאן ולכאן דהא מדכתב ראוהו שנכנס תחת יד חבירו משמע חבירו אחד דוקא ולא יד שנים דהיכא שנכנס בתחת יד אדם אחד שהוא רשות אדם אחד אמרינן זהו שהאמינו

חז"ל לישבע וליטול דלית ליה במה ליתלי אבל היכא שהיו שני בני אדם ונכנס זה תחת רשותם ויצא לו' שאחד מהם חבל בו והוא פלוני נימא דלא האמינוהו חז"ל דאיכא למימר שהוא בחר בזה שלא חבל בו יותר ממי שחבל הואל והוא עשיר וזה מדוקדק חבירו אחד ולא שנים והגם שיש לנו לו' דלעולם אפילו בנכנס תחת יד רשות שנים יהי נאמן בשבועה ומר"ן לישנא דמתניתן נקט ומתניתין עצמה אורחה דמילתא נקטה ולא שאני לן בין אחד לשנים לכן ראיתי לברר ספק זה מלשון הש"ס בשבועות דף מ"ו ע"ב וז"ל:

מתניתין הנחבל כיצד ראוהו עדים שנכנס תחת יד חבירו שלם ויצא חבול ה"ז נשבע ונוטל:

גמרא א"ר יהודא אמר שמואל לא שנו אלא במקום שיכול לחבל בעצמו אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל בלא שבועה וליחוש דילמא נתחכך בכותל תני רבי חייא כגון שעלתה לו נשיכה בגבו או בין אצילי ידיו ודילמא אחר עבד ליה דליכא אחר עד כאן לשון הגמרא:

ומעקרא רציתי להוכיח זה ממאי דאמר בגמרא ודילמא נתחכך בכותל דכוונתו הוא דהואל ויש לנו לתלות בחיכוך הכותל א"ך נצריכוהו שבועה הרי לפניך דאפילו במקום שיש לנו לתלות דשמא הנתבע לא עשה לו חבלה זאת אלא הוא נתחכך ועשאה בעצמו עכ"ז לא הוקשה לו לתלמודא אלא למה לא מצריכינן ליה שבועה דמשמע דבשבועה מיהת נוטל ולא אסיק אדעתיה לומר דלא יטול כלל אפילו בשבועה וא"ך מזה הייתי רוצה לדון דגם בנכנס ברשות שנים דין הוא דישבע ויטול דהא אותו אחר שאנו מסופקים שמא חבל דוגמא דידיה היינו מסופקים בו עצמו שמא חבל בעצמו ועכ"ז בשבועה נוטל א"ך אחר נמי במקום עצמו קאי אלא דלא ניחא לי בזה דאיכא למדחי ולו' דשאני במקום דאית לן למיתלי ביה דוקא לזה נאמן לישבע וליטול משום דהוי קצת חזקה שאין אדם מחבל בעצמו להרויח ממון לכך איכא למימר הואל ולאו אורחא דמילתא לחבול בעצמו לכך זיכו לו שישבע ויטול אבל בנכנס תחת שנים איכא למימר זיל הכא קמדחי לי וזיל הכא קמדחי ליה כמש"ל אימא דאינו נאמן אלא דהדבר מתברר ממאי דמקשה תלמודא באחרונה דילמא אחר עבד ליה. דליכא אחר ע"ך הרי כוונת הש"ס להקשות דילמא אחר עבד ליה לא היתה כוונתו להקשות אלא דילמא אחר עבד ליה ולא יטול בלא שבועה אלא ישבע ויטול הרי מדברי הש"ס מוכח דאפילו במקום תרתי נשבע ונוטל דאין לומר דכוונת הש"ס לומר ודילמא אחר עבד ליה ולא יטול כלל אפי' בשבועה דזה לא יתכן דהא מילתיה דשמואל קאי על המתניתין דקתני נחבל נשבע ונוטל דאי אמרת במקום דליכא למיחש לאחר כגון שנכנס תחת רשות אחד דוקא דליכא חששא דאחר א"ך מה

מקשה תלמודא על שמואל הרי מילתיה דשמואל לא קאי אלא על המתניתין ובא לחלוק ולומר דיש חלוקים במקומות החבלה וא"ך מאי מקשה על שמואל ודילמא אחר הרי הוא על המתניתין איירי ומתני' בדליכא אחר אלא בודאי צריך אתה לומר דבמקום שבועה לא שאני לן בין נכנס תחת יד אחד או שנים דנאמן בשבועה ולא מקשה הש"ס ודילמא אחר אלא להצריכו שבועה ולא כשמואל דמאמינו בלי שבועה ולזה השיבו דליכא אחר זהו בבירור גמור מדברי הגמרא וא"ך מה שפסק מר"ן בס"ץ נכנס תחת יד חבירו לישנא דמתני' נקט וגם מסוף דבריו יש לדייק כן דהא פסיק ליה להיא דא"ר יהודא אמר שמואל שכתב בסוף דבריו ואם יש הוכחה שזה חבל בו כגון אם תהיה החבלה במקום שא"א לחבל בעצמו ואין אחר עמהם יעו"ש וגם מדבריו יש לדייק כן וא"ך פשוט הוא דהדין הוא אפילו בנכנס תחת יד שנים דין הוא דישבע ויטול ותול"מ וצוי"מ וימ"ן בסיון התרמ"ו: הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רטז

לעי"ת רבאט יע"א שאלה אשה שהיה בעלה טוען עליה שאינה ראויה לביאה שדלתותיה סגורות והיא היתה מודה לו ואח"ך מת בעלה והיא טוענת שנתרפאית אם מותרת להתייבם יומ"ץ:

ראיתי מ"ש ידידי שהאשה זאת מקרייא ספק איילונית כך דעתי נוטה הגם לדעת הרב"י לא מצריך ארבעה סימנים אלא לפוטרה אפילו מן החליצה אבל להכניסה בספק אילונית איכא למימר אפילו בחד סמנא הגם דלא קרי לה ודאי אילונית עכ"פ מקרייה ספק אילונית:

ולא מלבד שיש לומר דדעת הש"ע הכי הוא כדי דלא לאפושי בפלוגתא וגם דמדברי הפ"ת מוכח כן עוד יש להביא סעיד וסמך ממה שמצינו דמקור דין זה דפסק הש"ע ס"ב ספק אילונית חולצת ולא מתיבמת הוא מדברי רבינו הטו"ר כמ"ש הבאה"ג שמשם חוצבו דברי הש"ע אלו והואל ומשם חוצבו הרי מצינו לרבינו הטו"ר הוא הסובר דבחד סימנא מקרייא אילונית וא"ך מה שפסק ספק אילונית הוא אפילו על חד סימנא וא"ך הואל ובמקורו בטו"ר כך הוא פירושו גם הש"ע שהעתיקו ממני מסתמא לא חלק עליו בזה אלא הדין כדמותו וכצלמו דדוחק לומר דהש"ע העתיק עקר הדין דספק אילונית וכוונתו קאי על אילונית דידיה דבארבעה סמנים זה דוחק שלא נראה דפירוש הדין הוא כמו שפירשו הטור במקורו:

ובפרט דאין אנו צריכין לזה שמדברי הרב"י בס' מ"ד משם מבורר ברור גמור דאפילו מאן דבעי ארבעה סמנים לאילונית בחד סימן הוי ספק שהרי מצאנו שם לרבינו הטו"ר שכתב דאילונית אינה צריכה גט וכתב שם דבחד סימנא הויא אילונית והוסיף עוד רבינו הטו"ר דספק אילונית צריכה גט ע"כ ומצינו להרב"י שם שהקשה על דברי רבינו הטו"ר וז"ל הרב"י ואיכא למידק היכי משכחת לה אילונית הא אם אין בה שום סימן אפילו לכלל ספק לא באת ואם יש לה אפילו סמן אחד הרי היא אילונית ודאי וצ"ל כגון שאותו סימן שנראה בה אינו מבורר יפה אבל מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' אישות נראה שצריך שיהיו כל הסימנים האלו וכן נראה מדברי רבינו ירוחם עכ"ל ודברי הרב"י אלו פשוטים לפניהם ולאחריהם דכוונתו מעיקרא להקשות על דברי הטו"ר היאך ימצא ספק אילונית והוצרך לישב ועל זה הוסיף וכתב אבל מדברי הרמב"ם וכו' כוונתו לומר דלא שהוצרכנו ליישב באופן זה אלא לדעת הטור דס"ל בחר סימנא הויא אילונית אבל לדעת הרמב"ם דס"ל דבעי ארבעה סימנים לאילונית לא תקשה היאך יהיה נמצא ספק אילונית דאיכא למימר דכל שאין ארבעה בשלימות לא הויא אילונית אלא ספק אילונית ופשוט וא"כ הרי מבורר דאפי' מאן דמצריך ארבעה לקרותה ספק אפי' בחד סגי:

אלא דהספק אצלי אלבא דהרמב"ם דס"ל דבעי ארבעה סימנים לאילונית ובחד סימנא הויא ספק אילונית מהו הדין אם בחד סימנא עצמו יש להסתפק כגון שאותו סימן אינו מבורר יפה מהו הדין בנדו"ד אם יכולה להתייבם או לא דבשלמא לדעת הטו"ר דבחד סימנא הויא ודאי אילונית בספק סימנא אסור משום ספיקא דאורייתא לחומרא אבל לדעת הרמב"ם יש להסתפק דהואל ואין הסימן נכר יפה דילמא לאו סימן מסימני אילונית הוא זה ואת"ל דסימן זה הוא מסימני אילונית עכ"ז דילמא לאו אילונית היא הואל ואין לה ארבעה סימנים בשלימות וא"כ מכח ס"ס יש לנו להתירה להתייבם והגם שכבר יש בידינו באורך וברוחב מדברי רבותינו ראשונים ואחרו' דאין אנו צריכים שיהיה ס"ס מתהפך עכ"ז בנדו"ד הרי הוא מהופך ועומד בדרך זה ספק אי בחד סימנא הויא אילונית או בעי ארבעה ואת"ל אפי' בחד הויא אילונית דילמא אין זה הסימן מסימני אילונית ונוח הוא להתהפך והיה מקום כאן להאריך ולהרחיב הדבר בנדו"ד דיש ספק ספיקא מהו הדין אלבא דהרמב"ם אלא לא רציתי לטרוח בכדי הואל וראיתי להרב"ש בסקע"ב סק"ג שציין על דברי הש"ע דפסק ספק אילונית חולצת ולא מתייבמת כתב איהו בסק"ג ז"ל ספק אילונית היינו הסימן אילונית שיש בה אין נכר יפה במ"ש בב"י סע"ד עכ"ל הרי לך דהרב"ש מפרש דמאי דפסק הש"מ כאן ספק אילונית חולצת ולא מתייבמת פירושו ממש כמ"ש הטו"ר דאפילו בחד סימן שאינו מבורר הוי ספק אילונית

וא"ך הואל ולדעת הרב"ש הש"ע הכי פסיקא ליה הכי נקטינן וא"ך הואל והבעל היה אומר שאינה ראויה לאיש והיא היתה מודה לו מן הראוי שלא להתייבם:

אך לעת עתה הואל ואומרת שעשאה רפואות ועלתה לה ארוכה וגם הנשים מעידות עליה ודאי דאין כאן שום פקפוק דעל פי עדות הנשים יש להתירה ליבם מההיא דסימן קנ"ה סט"ו דמשם התיר הש"ע ע"י בדיקת הנשים ביך להחמיר להצריכה גט בין להקל להתירה לשוק בלא גט כמ"ש שם הדבר מפורש בב"ש ובשאר מפרשים וא"ך גם כאן עדות הנשים מהנייא והגם דמצינו שם בסעיף ט"ו הנז' סיים מור"ם על דברי הש"ע וכתב ז"ל ועיין לקמן סקס"ט אם נשים נאמנות על שנותיה ע"ך ושם בס' קס"ט בש"ע סי"א פסק הש"ע ז"ל אין סומכין בענין השנים לא על פי קרובים ולא ע"פ נשים אלא ע"פ עדים כשרים להעיד ע"ך וא"ך מחזי. דדברי מור"ם אלו דס' קנ"ה סט"ו דאחר עיין לקמן סקס"ט מחוי לכאורה דבא להקשות דברי מר"ן אלו דפסק סימן קנ"ה סומכין על הנשים ושם בס' קס"ט פסק דאיך לסמוך על הנשים ואיך מחזי דברי מר"ן סתראי אין זה כלום שהרי מצינו להגאון מוהר"א ז"ל שפירש לדברי מור"ם אלו וז"ל ועיין לקמן סקס"ט וכו' כוונתו דהחלוק ביניהם משום דכאן הוא מילתא דעבידא לגלוי וכו' הרי לך דהגאון כוונתו לפרש דברי מור"ם דכוונתו לומר דשאני הכא הואל ועבידא לגלוי סומכין על הנשים לאפוקי שם בעדות השנים דלא עבידא לגלוי לא התירו עדות הנשים וא"כ ממנו נילף לנדו"ד דגם כאן אין לך מילתא דעבידא לגלוי יותר מזה דהיאך יתירוה ליבם ויאמרו שהיא ראויה להיות דרוסת איש ויום מחר מנשא ליבם או לאיש אחר ויבא להכחישם זה לא יתכן ובודאי דסומכין על עדותייהו אפילו להקיל לה להתייבם:

וכן אחר החיפוש ראיתי בדברי הפוסקים דדבר זה מקרי מילתא דעבידא לאגלוי שהרי מצינו להרה"ג מהריט"ץ זלה"ה ס"מ נשאל באשה שהעידו עליה גויות שהיא אטומה מה דינה ועל זה כתב ז"ל שוב מצאתי בדברי ראבי"ה דד"ת פסק אפילו נשים שאין נאמנות לומר מת בעלה נאמנות בבדיקה הואל ומדי דעבידא לאגלוי הוא הא קמן דאפילו נשים שאינם נאמנות לומר מת בעלה נאמנות וכו' א"ך גם בעדות זו מהני גויה עכל"ה הרי ולך דמחשיב לנדו"ד כאותם מדות שהכשירו בהם הנשים דמילתא דעבידא לאגלוי ש"מ דעדות ענין אשה אטומה מילתא דעבידא לאגלוי הוא ובלאו הכי הכי מפורש יוצא מדברי מר"ן דס' קי"ז דנשים כשירות לברר אם היא ראויה לאיש או לא יע"ש וא"ך הואל ומר"ן מצינו לו בס' ט"ו דבמילתא דעבידא לאגלוי הכשרות ממנו נלמד לנדו"ד וכשרות להתייבם:

גם ראיתי להטו"ז בס' קס"ט שכתב על מאי דפסק הש"ע שם דאין מקבלים עדות נשים על השנים וכו' כתב איהו בסק"ח ז"ל שאין מקבלים עדות נשים אלא ע"פ עדים וכו' כיון שהיינו מוחזקים בו בחזקת קטן אין נאמנים להוציאו מאותה חזקה עכ"ל וא"ך על פי דבריו אלה יפרש הא דפסק באן בס' קנ"ה דהנשים נאמנות להעיד על שתי שערות אפילו להקל היינו משום דאדרבא באו להעמידה על חזקתה שעדיין היא קטנה וממנו נבוא לנדו"ד שבאו להעידה שהיא כשאר נשים להתירה ליבם פשוט דעידותן עדות ואל יקשה לומר אדרבא כאן הואל והבעל היה אומר שאינה ראויה לבעל והיא הייתה מודה לו נימא אדרבא הוחזקה באיסור ונשים אזלו בעדותן באו להוציאה מחזקה או נימא דאין עדותן עדות והגם דבנדו"ד לא הוחלטה חזקתה מה היא דלא מבעייא לדעת הרמב"ם דאין כאן אלא ספק ספיקא כבאמרן אלא אפילו לדעת הטור הרי אין כאן אלא ספק אילונית ואין כאן חזקה גמורה עכ"ז הרי הוחזקה ע"פ ועל פי בעלה שהיא אינה ראויה לאיש הואל ואינה ראויה לאיש ודאי אסורה ליבם דהואל ואינה ראויה לאיש א"כ הויא אשת אח שלא במקום מצוה וא"כ הואל והוחזקה שאינה ראויה לאיש היאך הנשים אלו יוציאוה מחזקתה לפי דעת הטו"ז הנז' אלא דלפי האמת דדין נדו"ד אין כאן חשש אילונית ואין כאן אלא מכה המונעת התשמיש לפי דברי הבעל שאומר שאינה ראויה לאיש ודבר העומד להתרפאות הוא זה ולא נכנסה בחזקה לומר הוחזקה כדי לומר דהנשים באו להעיד נגד החזקה ובמקום שמעידים נגד החזקה לא הוכשרו אלא דבנדו"ד לא הויא עלה מעולם שם אילונית ודאי אלא חולי המעכיבה מן התשמיש וכן מצאתי בס' כר"ת חלק אהע"ז סצ"ז דלא מחשיב לכעין זה אילונית כלל ששם הביא השיבת הרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שנשאל באשה שטען עליה בעלה שאינה ראויה לאיש ושלח הרב נשים ובדקו אותה ואמרו כדברי הבעל ופסק הרב דאין לה לא כתובה ולא תוספת ולא מתנה וכתב דהגם דבאילנית שנינו דיש לה תוספת שאני התם אילונית חזיא לביאה אלא דלאו בת פריה ורביה היא ולפיכך יש לה תוספת משום חיבת ביאה אבל בנדו"ד דמקום אטום ומעכיב ולא חזיא לביאה אין לה תוספת עכל"ה הרי לך דכעין נדו"ד שאינה ראויה לביאה הואל ודלתותיה סגורות לא נכנסה בסוג אילונית וא"ך הואל וחולה בעלמא היא הרי אומרת שנתרפאת והנשים מעידות עליה:

וכעין זה ממש נשאל הרב מהריט"ץ בס"מ שנשאל באשה שטען עליה בעלה שהיא סגורה ומסוגרת ואינה ראויה לאיש ובדקוה הנשים ואמרו כדבריו אח"ך הלכה אצל גויה אחרת ואמרה כן ועשתה לה רפואה והעידה עליה הגויה שנתרפאת האשה אלא שאח"ך אמרו נשים אחרות שלא עלתה לה אותה רפואה והייתה עדיין צריכה לרפואה

כך היה המעשה בקיצור ודעת הרב שם היה שקיל וטרי להכשיר עדות הגויה שאמרה שעשתה לה רפואה והגם שהיא גויה לא גרעה מדין רופא שמאכילין ע"פ ביום הכפורים יעו"ש דבריו אלא הואל ושאר נשים הכחישוה לא צדקו דבריה יעו"ש דמשם יתברר לך דבמוחזקת שהיא חתומה ואטומה מהני ומהני עדות נשים לומר שנתרפאה יע"ש:

ועיין בס' משפטים ישרים להרב הגדול כמוהרר"ב זלה"ה סקכ"ב ששם הביא מעשה באשה שטען עליה בעלה שהיא אטומה ואינו יכול לשמש שחזרה ונתרפאת אח"ך והולידה יע"ש ובאמת כן שמענו וראינו במי שהיה טוען כך ואח"ך הולידה בנים ובנות. שוב ראיתי להרב תור"ת חס"ד בס' צ"ז שכתב כן בפשיטות דשאני דין סגורה ואטומה מדין אילונית וכתב כן ג"ך משם מהרש"ך שהדבר ברור כך יע"ש וא"ך ידידי סמוך לבו לא ייירא להתירה להתייבם בלי שום פקפוק כלל:

וראיתי להידיד אחי נועם שכתב וז"ל ונראה שיש לסמוך על בדיקת נשים וכמ"ש מר"ן בס' קנ"ה סט"ו לענין שתי שערות ואף דבנדו"ד עדות הנשים מכחישות לטענת הבעל אפילו הכי נראה דמהני עדות נשים וראיה ממ"ש מר"ן אהע"ז סקי"ז ס"ב ז"ל ואם הבעל טוען וכו' עכל"ה הגם דלכאורה היה מקום לשדות נרגא בראיה זו ולומר דלא העמידו עדות נשים להכחיש הבעל דוקא בעדות ממון לפורעה בכתובה אבל בכאן שבהכחשתם מתירים אשת אח ליבם נימא איסורא ממונא לא ילפינן אלא דלפי האמת ראיתי לרבינו מהריט"ץ ז"ל דחשיב שם בעדות הנשים שמכחישות לבעל שאינה אטומה דהיא יותר מן האיסור הואל ובעדותם מוציאים האשה מן הבעל ומוציאים הממון הוא עדיף מן האיסור יע"ש ובפרט דלא היה כאן הכחשה בנדו"ד לבעל שהרי האשה אמרה שעשתה רפואות ויכול להיות כדבריה ואלו היה הבעל קיים לא היה מכחישה: גם ראיתי לידידי שנדחק ממה שראה להר' פת"ש שאמר אין לסמוך על עדות נשים וכו' אין נדון הרב דומה לנדו"ד דהרב שם דבר שיעידו שיש לה דדים ובעדות הדדים עיין להרב ב"ש בס' קס"ט סק"ז דשם מצריך לדעת הש"ע עדות אנשים בעדות הדדים יעו"ש דבריו באורך:

ומעתה הואל ויבמה זאת בת יבום היא נחזי אנן ביבם זה שלא רצה ליבם אלא לחלוץ הנה אם באנו מצד הדין אפילו לגבי דידן דקי"ל מצות יבים קודמת עכ"ז אין אנו יכולים לכוף אותו ליבם הן אמת דלעולם קשה לי על כמה וכמה שראינו מנעורינו ועד עתה שהיבם שאינו רוצה ליבם מזקיק את יבמתו ללכת למקום ששם הב"ד עושים סדר החליצה ועל זה קשה למה אין כופין ליבם ולא יצטרך להוציאה ממקומה שהגם שהאומר שלא ליבם ושלא לחלוץ כופין איתו לחלוץ ולא ליבם כמ"ש הש"ע בס' קס"א ס"ד התינח במקום שפוטרה בחליצה ואינו מזקיקה לצאת אבל במזקיקה לצאת מנ"ל דאין כופין אותו ליבם

ומאי שנא מהנהו דפסק הש"ע שם אמר הגדול המתינו עד שיגדל אחי יעו"ש סעיף ה' דאין שומעין לו יע"ש והטעם הוא כמו שמפורש בהרב"י משום דשהויי מצוה לא משהינן וא"ך היאך נהגו להשהות המצוה לעשות רצין היבם ולהזקיקה לדלג על הערי"ם ולקפץ על הגבעות לדחות מצות יבום ולקיים מצות חליצה ועיין להרב"ש בס' קס"א ס"ו שהביא משם הרב"ח בסדר חליצה מעשה שהיה שהיתה היבמה עם יבם קטן בפאריז והיבם גדול ששים מיל רחוק מפאריז אפילו הכי כפה מהר"י מינ"ץ את יבם קטן מזה ראיה דלאו ברחוק הדרך תלוי מילתא אלא אם היבם בעיר אחרת והיבמה ענייה אין לה להשכיר שליח לשם להודיע עכ"ל הרי מכאן דאין לשהות המצוה אפילו במקום ששים מיל שהוא יום ומחצה מכ"ש במקום שמשהין אותה זמן רב ובענוי הדרך ובהוצאה מרובה לכאורה נראה דזה מילתא דתמיהא: אלא דלפי האמת אין כאן תמיהא דזיל בתר טעמא אפילו לדעת הרמב"ם והש"ע דקאי בשטתיה דס"ל מצות יבום קודמת למצות חליצה ועכ"ז ס"ל דכופין לחלוץ ואין כופין ליבה הטעם הוא כמ"ש הרב משם הר"ש בן הרשב"ץ משום דאין אדם דר עם נחש בכפיפה וא"ך עתה הכל יבוא על נכון דאין סתירה מההיא דפסק הש"ע בס"ה אמר המתינו וכו' דהתם מיירי שהקטן המוכן כאן רוצה ליבם או לחלוץ אלא שאומר המתינו דמצוה בגדול לזה אין שומעין לו אלא מצוה בו שהוא מזומן ויעשה מה שלבו חפץ ולא לשהות המצוה וכן ההיא מעשה שהביא הרב"ח מיירי ברוצה לעשות חליצה אלא שיש מי שגדול ממנו והוא רחוק לכך אמר לא משהינן אבל אם הוה רוצה לחלוץ ולא ליבם הגם שהחליצה צריך שהוי גדול והוצאות הדרך עכ"ז מטעם אין אדם דר עם נחש בכפיפה אין לנו לכפות ליבם כלל וכמנהג הראשונים כן הוא וא"ך גם בנדו"ד אם לא רצה ליבם אין עליו אשמח דבר ויכול להזקיקה לילך למקום הבדי"ץ ששם סדר החליצה:

וראיתי לידידי שנסתפק בזה לצד שיהיו מוכרחים לילך לעיר אחרת נסתפק כת"ר על מי מוטל לשלם כל ההוצאות אם על היבם מוטל לשלם כל ההוצאות של הדרכים שלו ושלה כיון שהעכוב של היבום בא מצדו או אם נימא שהיא תשלם חלקה והוא חלקו ע"ך ספקיה דכת"ר ולא ידעתי למה ידידי גם אל השלשי לא בא להסתפק או דילמא היא תשלם הכל חלקה וחלקו הואל וזכות דידה היא בדבר הזה כדי לפטור עצמה היא מוטלת עליה לשוכרו כדי לפוטרה:

אלא דהאמת אתו הגם דמצינו למהרשד"ם באהע"ז סקי"ד שפסק ביבם שהיתה היבמה צריכה לילך לו ולא עשו כן אלא הוא הלך אצלה פסק דהאשה מחויבת לשלם לו הוצאותיו ושכר טורחו ובטלתו יע"ש והביאו הבאה"ט בס' קס"ו סקי"ג יע"ש דלא חייב

הרב שם לשלם לו שט"ו והוצאותיו אלא התם שלא היה מוטל עליו לצאת ממקומו והיתה היא צריכה להוציא הוצאות לילך אצלו והוא הלך אצלה בדין הוא שחייבת לשלם לו הוצאותיו מדין הניח שלו והציל של חבירו שצריך לשלם לו דמי אבידתו יע"ש אבל בכגון נדו"ד שבדי"ק במקומותינו לא נהגו לעשות סדר חליצה מימות הראשונים ומוכרחים לילך למדינה אחרת היינו דינא דמור"ם דפסק בס' קס"ו ס"א ז"ל וכן אם היה דר במקום שאין יודעים סדר החליצה אין לדיינים לילך אחריו אלא כופין אותו לילך למקום הועד ויפטור את יבמתו ע"ך ופשט הלשון מורה דכופין אותו לילך שם והוצאותיו עליו ואין לפרש דכופין אותו קאי על ההליכה דהיינו כופין אותו שילך הוא עצמו ולא להביא לפניו דיינים אבל עכ"פ ההוצאות של הדרך יהיו על האשה זה אינו חדא דפשט הלשון לא משמע כן אלא משמע כופין אותו שילך למקום ב"ד ולא איכפת לן בהוצאתו אלא יהיה מוכרח עליו לילך למקום שיפטרה ובודאי הוצאותיו עליו:

ועוד אי הוה הדין שהיבמה תשלם לו לא לשתמיט שום פוסק מלהשמיענו זאת ועוד הרואה שם בתשובת מהרשד"ם ממנה ישפוט דלא חייב הרב אלא הואל והיתה היבמה צריכה לילך אצלו ולהוציא הוצאות והוא עשה חסד והלך אצלה בשביל זה דוקא הוא דחייב כדמפורש שם טעמו דהואל והיתה צריכה לילך אצלו ולהוציא הוצאות והוא הלך אצלה הוה ליה כאלו זה בא בכדו וזה בא בחביתו ושפך את היין והציל הדבש דחייב לשלם לו דמי יינו ע"ש וא"ך פשוט דהוצאות עצמו עליו קאי ואין לנו להסתפק בו אלא דגם מה שנסתפק כת"ר הואל ועכב עליה היבום ישלם גם דמי הוצאותיה גם זה אינו לפי הטעם הנז"ל דאין אדם דר עם נחש מה בידו לעשות הרי דעדיפא מזה משהין המצוה ומניחין אותה להזקיקה לדלג על הערי"ם לבקש במקום שעושין חליצה ואין כופין אותה לייבם מההוא טעמא א"ך מכ"ש שאין לחייבו מההוא טעמא ממון דאפילו אי הוה מחייבין ליה ליבם שלא להשהות המצוה משום הפסד ממון אין לחייבו הואל ולא הוי כי אם גרמא בעלמא. זהו מה שנלע"ד לעת כזאת וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן ריז

ראיתי מר"ן באו"ח סי' ע"ה ס"ה שכתב ערוה בעששית ורואה אותה דרך דפנותיה אסור לקרות כנגדה דכתיב ולא יראה בך ערות דבר והא מתחזייא וראיתי להרב נ"ע זלה"ה בספרו משבצו"ת זה"ב סק"א שנשאל על מי שהיה קורא ק"ש כנגד מראה אחת והיה נראה מן המראה צל ערוה אחת שהיתה במקום אחר נגד אותה מראה מי אמרינן דהוי

אותו צל כמו ערוה בעששית ואסור או דילמא דשאני בצל הואיל ואין כאן גוף הערוה כי אם צל בעלמא אין כאן איסור ערוה עכ"ד וע"ש שפשט השאלה לאסור יעו"ש:
ואני הדל אעיקרא דמילתא תמיהא לי מילתא דלקו"ד נראה דמעיקרא אין כאן ספק שהרי לשון הש"ס בברכות דף כ"ה ע"ב אמר רבא צואה בעששית מותר לקרות ק"ש כנגדה ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה דצואה בכסוי תלייא מילתא דכתיב וכסית את צאתך ובערוה בראיה תלה הכתוב דכתיב ולא יראה בך ערות דבר והא מתחזייא וכן פסק מר"ן בסי' ע"ה בתרויהו והנה יש לחקור מילתא בטעמא למה הכתוב תלה ערוה בראיה וצואה בכסוי דמאי שנא זה מזה אלא דצריך לומר דבערוה הטעם הוא משום הרהור הלב ועינא וליבא תרי סרסורי עבירה וכמו שמצינו שאסור לקרות כנגד כמה דברים המביאים לידי הרהור עבירה כמו שתראה בסי' ע"ה דפסקה מר"ן וא"ך גם כאן הגם שאין כאן גוף הערוה עכ"פ לא נמלט מהרהור הלב וטרדת הדעת דהרי עיניך הרואות דאם היתה ערוה לפניו והחזיר פניו ממנה ה"ז מותר לקרות אפי' היא לפניו וכן אם היה רוחץ במים עכורים שאין לבי רואה את הערוה ה"ז מותר כמ"ש מר"ן פסקי דינים אלו בסי' ע"ה וע"ד לא"ך בצואה צריך להרחיק ממנה לפחות ד' אמות כדי שיהיה מחנהו קדוש א"כ צריך לומר דבערוה טעמא דלא החמירו בה אם החזיר פניו משום דאין כאן הרהור וטעם זה הרי הוא מפורש יוצא מהש"ס ג"כ דקפידת הכתוב על הראיה הוא משום הרהור מהא דקאמר שם בש"ס ערות עכו"ם אסור לקרות כנגדה ואוקי שם הש"ס דישראל פשיטא דאסור ודעכו"ם איצטריכא ליה ס"ד אמינא הואל וכתיב בהו אשר בשר חמורים בשרם קמ"ל והנה מדברי הגמ' אלו בודאי דפשיטא דטעם הערוה דישראל הוא משום הרהור דאי אמרת משום דהוי דבר מאוס כצואה א"כ מאי קמ"ל בערות עכו"ם דכ"ש הוא דהוי דבר מאוס יותר משל ישראל אלא ודאי דזה לא קס"ד ולא קס"ד אלא מטעם הרהור וע"ז הוצרך לומר דהוה ס"ד לומר דלא דאין הרהור בערות העכו"ם כמו ערות חמור קמ"ל:
הרי הדבר מפורש יוצא דאיסור הערוה הוא משום הרהור וא"כ אין מקום לספיקו של הרב זלה"ה דודאי מידי הרהור לא נפיק אפי' ע"י צל: ודומה לזה מצינו בכמה מקומות הזהירונו חז"ל דאסור להסתכל בבגדי צבעוני אשה אפי' בזמן שמונחים בבית וכו' משום דהוא יודעה אתי לידי הרהור הרי אפי' ע"י ציור הדעת חיישינן להרהור מכ"ש היכא דיש צורה ממש ודוגמא לזה מצינו ג"כ פסק מר"ן בסי' צ' סכ"ו כל מקום שאין קורים בו ק"ש אין מתפללים בו וכשם שמרחיקין מצואה וכו' ומערוה וכו' כך מרחיקין לתפלה עכל"ה ומצינו למר"ן שם בסכ"ג פסק וז"ל הבגדים המצויירים אע"פ שאינם בולטים אין נכון להתפלל כנגדם וכו' יעו"ש הרי לפניך אפי' אין כאן צורה בולטת דהוא דבר האסור

אין להתפלל לפניו משום דמיחזי כאלו יש כאן גוף האיסור ומנה נלמד לנדו"ד וכמה הוכחות יש מזה אלא שאין דבר זה ראוי להאריך בו יותר מדאי ובלא"ה כך הסכימה דעתו של הרב ז"ל לאסור ודו"ק:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ריח

הנה כתב מר"ן באו"ח סנ"ו ס"ה וז"ל יאחר שסיים הקדיש פוסע ג' פסיעות ואח"כ אומר עושה שלום ע"כ וראיתי להרב מטה יהודה לכמוהרי"ע זלה"ה שכתב וז"ל ר"ל לאחר הקדיש של תתקבל שאחר התפלה כדמוכח מתשובת תרומת הדשן סי"ג דלא מיירי אלא בתפלה של חזרת הש"ץ שאינו פוסע בסיום התפלה שכבר פסע בעמידה בלחש ובחזרה ממתין עד אחר קדיש תתקבל ואז פוסע ותעלה לו פסיעה זו לתפלתו כל הנך תחנונים שאומרים אחר התפלה הוא כתפלה אריכתא יעו"ש וכ"כ הלבוש בסי' קכ"ב והביאו מג"א סקי"ג אבל קדיש שאינו אחר תפלת החזרה אין לפסוע והש"ע דסתם ולא פירש נראה דסמך על התפשטות המנהג שאין פוסעים בשאר הקדישים כי אם הש"ץ אחר קדיש תתקבל ביום שמתפללים בחזרה דוקא עכ"ל למדנו מכל דברי הרב הנז' שאין שייך שום פסיעה אחר שום קדיש זולת קדיש תתקבל שאחר החזרה דוקא: ועל זה אני מסופק בקדיש תתקבל שאומר הש"ץ בליל שבת אחר ברכת מעין שבע אם ברכת מעין שבע חשיבה כתפלת חזרה וחייב לפסוע בקדיש שאחריה אי לא:
ואמרתי אני דספק זה יתברר לנו ממ"ש הטור בסי' רס"ח וז"ל כתב רב עמר"ם גאו"ן טעה ולא הזכיר של שבת בערבית מחזירין אותו ורב משה גאון כתב יחיד שטעה ולא הזכיר אתה קדשה בליל שבת אם שמע מש"ץ ברכת מעין שבע מראש ועד סוף יצא ורב נטוראי כתב אפי' לא התפלל שבע ברכות כלל ושמע מש"ץ ברכה הנז' מראש וע"ם יצא הרי לדעת הגאונים הנז' ה"ה הרב משה ורב נטוראי דברכת מעין שבע כחזרת התפלה דמייא וכמו דקי"ל דש"ץ פוטר בחזרתו לתפלה למי שטעה כמ"ש בסי' קכ"ד סי"ב הכא נמי פוטר הש"ץ למי שלא התפלל כלל א"כ ש"מ דבמקום חזרה קיימא והגם דרבינו הטור תמה על פסק הגאונים הנז' דהיאך יוצא היחיד בברכת מעין שבע והוקשה לו בין על פסק רבינו משה ומכ"ש על פסק רבינו נטוראי עכ"ז הרי הרב"י ישב תמיהתו על הגאונים ויהיב טעם לשבח דהואיל ותפלת ערבית רשות הקילו בה ואמרו דיוצא בתפי' ברכה מעין שבע לכל מר כדאית ליה והכי פסק בש"ע בקצר סי' הנז' סי"ג כסברת רב נטוראי דאפי' לא התפלל כלל ושמע ברכה מעין שבע מראש ועד סוף יצא:

גם ראיתי להרב מט"י בסי' תקפ"ב דין ג' וז"ל כתב הרב שכנה"ג דגם בברכה מעין ז' אם טעה ואמר האל הקדוש אם עדיין לא חתם הברכה חוזר להמלך הקדוש שאין כמוהו ואם כבר חתם חוזר לראש יעו"ש ונראה עיקר כסברתו ודלא כהרב פר"ח דכתב דלא נתקנה אלא משום סכנה ולכך אין מזכירין בה ענין היום דחותם בשל שבת לבד א"כ בטעה אין מחזירים אותו וכתב שכן דעת מהרש"א ז"ל יעו"ש דהרי במקום תפלה ממש למי שטעה בתפלה ויוצא י"ח כשישמענה מפי ש"ץ וכו' וכו' והטעות שיהיה בה דיני כדין טעות שבגוף התפלה עכ"ל ובראותי דברי הרב הנז' שמחתי ועלצתי שהרב הנז' ס"ל דברכה מעין ז' דין תפלה גמורה יש לה ולדין חזרה תחשב א"כ קם דינא דצריך ג' פסיעות אחר קדיש תתקבל כדין שאר קדישים שאחר החזרה:

ואגב דאתא לידן האי דינא נימא ביה מילתא דראיתי להרב חיד"א בס' הבהיר מחזיק ברכה שכתב על האי דינא דכתב מר"ן בסי' רס"ח דאם לא התפלל כלל ושמע ברכה מעין ז' דיצא וכתב הוא ז"ל ס"ט וז"ל ליל שבת ויו"ט אם שכח והתפלל תפלת יום טוב לבד ולא הזכיר שבת ושמע ברכה מעין שבע מהש"ץ כולה נראה דיצא לפי מה שפסק בדין זה מידי דהוה לאוכל פירות מעין ז' ומזונות דדינא הוא לכוללם בברכה מעין שלש ואם שכח ובירך על המחיה לחוד דפשיטא דמברך על העץ אח"כ לחוד וה"ה הכא כנז"ל עכ"ל ואני הפעוט ראיתי ולא אבין דהיאך יצא דין זה מההיא דמר"ן דשכח של שבת ולא היה צריך להתפלל אלא של שבת לכך כששמע ברכה מעין ז' דיש בה הזכרת שבת מהני: אבל בשבת שחל ביו"ט דצריך להתפלל שבת ויו"ט בברכה אחת א"כ כשהתפלל של יום טוב לבד ולא הזכיר של שבת א"כ כאילו לא התפלל כלל דצריך לחזור ולהתפלל וכששמע ברכה מעי"ש א"כ כאלו חזר והתפלל של שבת לבד ולא הזכיר של יו"ט והיא צריך להזכיר של יו"ט ושבת בברכה אחת וא"כ לא תקן כלל:

גם מה שדימה דין זה למי שאכל פירות העץ ומזונות ובירך על המחיה לבד דצריך אח"כ לברך ברכת העץ לחוד אין הנדון דומה לראיה דהתם שאכל מזונות והעץ וכי היה מחוייב לאכול מזונות ועץ ולברך עליהם בכללות הרי התם אם יאכל מזונות חייב לברך על המחיה וכשיאכל העץ צריך לברך על העץ וכשיאכלם בבת אחת כדי שלא להרבות בברכות שלא לצורך כללינהו בבת אחת וא"כ אם עבר ולא בירך אלא על אחד מהם חייב לחזור ולברך על מה ששכח אבל בשבת ויו"ט דכך תקנו חכמים ברכה אחת לשבת ויו"ט א"כ לא תקן כלל אם יברך על כל אחת בפ"ע:

ועלה בדעתי להביא ראיה לדין זה של הרב מההיא דפסק מר"ן בסי' קכ"ד ס"י דמי ששכח יעלה ויבוא בר"ח או בחולו של מיעד דדינו הוא דאם כיוון לחזרת הש"ץ מראש וע"ס

דיצא יעו"ש וא"כ גם כאן נראה לכאורה דגם כאן נימא הכי דאם שכח שבת כאילו שכח יעלה ויבוא דיש לה תיקון בחזרת הש"ץ וברכה מעי"ז נמי במקום חזרה קיימא:
אלא דכל זה לא ניחא לי דהא יש לחלק דשאני התם דנפטר אם שכח יעלה ויבוא הואל ובחזרת הש"ץ חוזר כל התפלה כולה אבל כאן שאינו חוזר כל התפלה כולה אלא הזכרת שבת לא מהני ורבינו הטור הקשה על דברי הגאונים הנז' וכשרצה להביא ראיה מדין זה דסי' קכ"ד דחה דחייה זאת שכתבנו והניח הדבר בצ"ע על הגאונים והוצרך הרב"י לתרץ על הגאונים דטעמם הוא הואל ותפלת ערבית רשות הקילו בה וא"כ הדרן לדברינו הראשונים התינח היכא דלא היה צריך להתפלל אלא של שבת לחוד ולא התפלל ושמע ברכה מעי"ז בזה אמרינן דיצא הואל ותפלת ערבית רשות אבל היכא דהיה צריך להתפלל של שבת ויו"ט ולא הזכיר של שבת לא סגי במה שישמע ברכה מעין ז' הואיל ובעינן להזכיר שתיהם ביחד וכמש"ל סו"ד נשאר הדבר אצלי בתימה:
ואחר החיפוש מצאתי להרב מאמר מרדכי בסי' רס"ח שנסתפק בספיקו של הרב מחזיק ברכה הנז' ומעיקרא רצה גם הוא לדון בספיקו כמ"ש הרב מחב"ר מכח ההיא דסי' רס"ח לחוד וגם מההיא דסי' קכ"ד ולבסוף דחה ראיותיו כמו שדחיתי אני עני וששתי שנתכוונתי לדעת עליון אבל מההיא שדימה המחב"ר דין זה למי שאכל מזונות ועץ לא הזכיר כלל כי לא זכר שר מדברי מחב"ר כלל דודאי לא ראה ספר מחב"ר דבזמן אחד היו הרב חיד"א והרב מאמר מרדכי איך שיהיה הרב הנז' העלה לבסוף היפך דברי מחב"ר והצריך לחזור ולהתפלל למי שלא זכר שבת בתפלה של יו"ט אפי' שמע ברכה מעין ז' מראש וע"ס ואפי' התפלל אח"כ כל שבע ברכות דשבת יעו"ש וכתב הרב הנז' שאחר זמן מצא להרב א"ר ז"ל שפסק כדבריו דצריך לחזור ולהתפלל וצוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן ריט

נשאלתי בראובן שכבדו אוזניו מזוקן וצריך להגביה קולו כדי שישמיע לאזניו מהו הדין לענין התפלה דמצינו להש"ע סק"א ס"ב שכתב ז"ל לא יתפלל בלבו לבד אלא מחתך הדברים בשפתיו ומשמיע לאזניו בלחש ולא ישמיע קולו וכו' ועל זה נפל הספק בזקן אם יכול להגביה קולו עד שישמיע לאזניו או די ליה במה שמחתיך בשפתיו אפילו אינו משמיע לאזניו:
דבר זה הרי פשוטו יוצא מדברי הרב שפתי חכמים בחומש פרשת וארא פרשה ח' ששם הרב ש"ח סק"ג הביא קושיית הראשונים שהקשו על מה שבא כתוב בפסוק

ויצעק משה על דבר הצפרדעים וכו' ועל זה כתב הרש"ח ז"ל מקשים העולם למה שינה הכתוב בצפרדעים ויצעק משה וכו' ובשאר כתיב ויעתר משה אל ה' י"ל משום דאמרינן המתפלל צריך להשמיע לאוזניו מה שמוציא מפיו וכאן היו הצפרדעים צועקים כמ"ש רש"י בסמוך והוצרך להרים קולו בתפילתו כדי להשמיע לאוזניו תפילתו עכ"ל הרי לך שצריך להרים קילו כדי שישמיע לאזניו ואין כאן משום מחוסרי אמנה חלילה הואל ויש טעם להשמעת קול אין בזה משום מח"א וכמו שאמרו בירושלמי דרב כד הוה מצלי בביתיה הוה מצלי בקלא עד דילפן מניה בני ביתיה צלותא ועיין להכנה"ג בס' ק"א שהביא משם רלב"ח ז"ל הטעם למה שנהגו שהשליח צבור עם הקהל מתפללים שלש ראשונות ישלש אחרונות בקול רם מטעם דצריך להגביה כדי שיאמרו קדושה ומידים בקול אין בי משים מח"א ועיין עוד שם ותמצא טעם לכל מקום שיש הגבהת קול בתפלה ומפני הטעם יצא מחשש מח"א וכן ג"כ בנדו"ד ואין כאן מקום להאריך וק"ל:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכ

על מה ששאלת בחתן שהיה בבית הכנסת ויצא אחר תפלת י"ח בעודם בברכת כהנים מהי הדין אם יכולים הצבור לומר נפילת אפים ותחנונים או דילמא הואל ובהתחלת התפילה היתה אדעתא שלא לומר תחנונים הואל והיה החתן שם א"כ הוי כתפילת יו"ט דלא שייך לומר תחנונים:
גם מהו הדין במקום שרוצה החתן לעשות השבע ברכות אחר חצות כמו איזה משפחות שמנהגם כך מה דינם של הבה"כ שהתפלל שם החתן הזה תפלת שחרית אם יכולים לומר סליחות ואף הוא אימר עמהם הואיל ורחוק הדבר של הקידושין והשבע ברכות מן התפלה או דילמא הואיל ועתיד לעשות השבע ברכות בו ביום הוי כיום טוב שלו ויהיה הוא פטור ומשכינהו גברא לגברי שכל בני בה"כ לא יאמרו תחנונים בשבילו יומ"ק:
תשובה לשאלה הראשונה הרי הדבר מפורש יוצא בהרדב"ז חלק ראשון סקע"ט ששם כתב ז"ל אין לומר תחנון בבה"כ שהחתן שם כיון שהם לו ימי המשתה ושמחה וקו"ח מבה"כ שיש בו בעל המילה משום דכתיב ביה שש אנכי על אמרתך וגו' כ"ש שמחת חיפה ואם אין הצבור רוצים לבטל נפילת אפים מוטב שיצא אחר ברכת כהנים עכל"ה הרי מכאן ברור דאם יצא החתן מבה"כ כדי להניח הצבור לומר תחנונים אדרבא הרי הו טוב:

וכן ראיתי למהר"י חאגיז זלה"ה בס' הלק"ט ח"א סכ"א שנשאל ממש כנדו"ד והשיב על זה נראה מהפסקים והכתבים ס"פ דרגילין החתנים לצאת כדי שיאמרו הצבור יעו"ש הרי דהרב מביא מהפסקים והכתבים גם כן אם יצא החתן הוא טוב לומר תחנונים הרי לך דלאו בתר התחלה אזלינן:

והגם דראיתי שם להרב הלק"ט אחר שהביא דברי הפסקים והכתבים הנז"ל סיים איהו וכתב ז"ל וקשה דהרי אם יצאו ולא נשארו עשרה בבה"כ גומרים הקדיש וכו' משמע דבתר התחלה גמרינן עכ"ל וכוונתו רצויה דכוונתי לומר כמו שם דאזלינן בתר התחלה גם כן סברה הוא למיזל בתר התחלה והואל ותפילה זו הותחלה אדעתא דחתן הדין הוא אפילו יצא אין אומרים תחנונים זהו כוונתו וא"כ על פי קושייתו זאת נראה דהרב הלק"ט חולק וא"כ מן הראוי ניזל בתריה לפי מאי דכתב הרב ברכי יוסף סקל"א משם מהר"י מולכ"ו ז"ל כשיש ספק אם יפלו על פניהם יותר טוב שלא ליפול דנפ"א רשות ואם לא יפול אין בכך כלום יע"ש וא"כ גם כאן הואיל והדבר הוא במחלוקת עוב היא שלא לפול:

אלא דרואה אנכי דהואיל ולדעת הרדב"ז הדבר פשוט וכן הדבר פשיט בפסקים וכתבים דאדרבא טוב לצאת כדי לומר תחנונים ודאי אין לנו להניח סברת חבל נביאים בשביל סברא יחידאה של הלק"ט ומה גם דהלק"ט עצמו לא חלק על הכתבים בפירוש אלא הקשה על סברתם וסליק בתימא ואפשר דהגם דסלק בתימא אפשר לענין דינא לא חלק עליהם ודוגמא לדבר כשסלק התלמוד בקשיא אין אנו משגיחין באותה קושיא ואין ההלכה נופלת מכח דסליק התלמיד והניח הדבר בקשיא גם כאן הכי כוונתו ופשוט ימה גם דהקו' שהקשה הרב שערי תרוצים והחלוקים לא ננעלו לה ופשוט דשאני כשהתחילו בעשרה הרי כאלו הם באמצע התפלה והואיל והתחילו הדבר גומרים אותו דהואיל והתחילו הקדיש היאך פוסקים וכן הקדושה והוא הדין התחילו העמידה של תפלת י"ח גומרים הקדיש תתקבל דחשבינן כאלו הוא סיים תפלת י"ח ולכך כל שהתחילו צריך לגמור ולא לפסיק בתפלה:

אבל אם התחילו להתפלל והיה החתן שם בבה"כ ויצא היאך יוצדקו לומר הואל והתחילו בתר התחלה אזלינן מה טיבה של סברה זו הרי כל עיקר שאין אומרים תחנון הוא כדי שלא לעשות מגמת נפש לחתן והואיל וכבר יצא מאיזה טעם יהיו פטורים. גם באמת צריך לדעת מי תלה הנפילת אפים ושאר תחנונים עם התפלה וכי זה תלוי בזה כדי לומר הואיל ותפלה זו הותחלה בעוד החתן שם לא חלה עליהם חובת התחנונים ובתר התחלה אזלינן על זה יש להקשות מי חלה התפלה בתחנונים הרי התפלה לחוד

והתחנונים לחוד וזה לבדה וזה לבדו והאיך נאמר דהואל והתחלת התפלה במעמד החתן יהיו פטורים מן התחנונים:

ועוד לפי דברי הרב הנז' היה לי לומר ג"כ דאם אחר שהתחילו להתפלל באמצע התפלה נכנס החתן אין משגיחין בו דהואיל והותחלה ולא היה שם החתן נתחייבה התפלה באמירת התחנונים דבתר התחלה אזלינן וזה דבר תימא להאמר שיהיה החתן יושב והצבור אומרים סליחות וזה קשה לשמוע וגם הרב עצמו לא זכר מזה ונראה דבזה סובר דאם החתן נכנס באמצע ההפלה אין אומרים סליחות ובאמת קשה לפי דבריו גם בענין זה היה לומר דבנכנס החתן באמצע התפלה יהיו צריכים לומר הסליחות הואל ובתר התחלה אזלינן. על כן נראה דקושיית הרב מתרצא במאי דאמרן ולעולם תפסינן כסברת הרדב"ז והפסקים וכתבים ואדרבא טוב לחתן לצאת בברכת כהנים כדי שיוכלו הקהל לומר נפילת אפים וסליחות מכ"ש ביצא מצד עצמו ודאי שהצבור אומרים נפ"א וסליחות ופשוט:

גם מה ששאלת שנית בחתן שרצינו לעשות החופה אחר חצות היום ובבוקר התפלל שחרית עם הצבור מהו דינם באמירת סליחות באמת מדעתי דנתי דהואל ולעת ערב הוא דרוצה ליכנס לחופה א"כ לעת עתה מאיזה טעם אפילו הוא עצמו למה יבטל תחנונים הרי עדיין לא חל עליו שם של חתנות הואל ועדיין לא קדש הכלה ולא בירך הז' ברכות ואל יקשה בעיניך מאי שנא ממנהגינו אנן שעושים השבע ברכות אחר כ תפלת שחרית ג"כ למה אנחנו אין אומרים הסליחות בתפילה שים בה החתן הרי ג"כ עדיין לא קדש וכו' ועל זה יש להשיב דשנא ושנא דבשלמא כשאנו עושים השבע ברכות סמיך לתפלה הרי בבוא החתן לתפלה מזומן ומקושט ליכנס לחופה אותה תפלה חשיבה התחלת החופה שהרי אנחנו מתפללים בשירות ותשבחות השייכים לחתן וכלה ומשם הליך ונסיע לבית הכלה אבל כשרוצה לעשות השבע ברכות לעת ערב בודאי אותו בוקר אפילו לגבי החתן עצמו אין בו עדיפות ביקר זה לבטל ממני עצמו עול נפילת אפים ותחנונים כי עדיין רחוק הוא בינו ובין החופה ועדיין לא הזמין עצמו ליכנס לחופה על כן אין בו שום רבותה בוקר זה מבוקרו של אתמול שלשום אפילו לגבי דידיה מכ"ש לבני בה"כ שהתפלל עמהם כל זה דנתי מדעתי:

ברם גם זה מצאתי מפורש בהררב"ז ג"כ שם בסקע"ט ששם כתב ז"ל כתב מהרר"י ז"ל שאפילו ביום ששי בשחרית בבה"כ נראה דאין לומר תחינה הואיל ובאותו יום נכנס לחופה כילי יומי חדא מילתא היא ומועד דיליה הוא וראיה מערב פסח דאין אומרים למנצח וכו' ע"כ ועל זה סיים הרדב"ז ז"ל ולא ראינו מנהג זה מימינו שעדיין לא נקרא

חתן ולא חל עליו שום דבר חתונה והראיה שהביא מערב פסח שאני התם שהיא מצוה המוטלת על הצבור ומן הבוקר הם עוסקים בפסח שיהיה מוכן להם בין הערבים והיה אפשר ללמוד מראיתו ז"ל לענין החתן עצמו שיהיה פטור מנפילת אפים וכו' אבל לפטור כל הקהל בשבילו אין משם ראיה עכ"ל המתבונן בדברים אלו יראה דמיירי במקום שעושים שבע ברכות ביום ששי לעת ערב איירי מדמדמה לערב פסח ש"מ דגם נדון דידהו הכי הוא ומזה אמר מהרר"י ז"ל דאין אומרים תחנונים בבוקר דומייא דערב פסח ולדעת הרדב"ז לא כן הוא כמ"ש לעיל הרי לך דהדבר במחלוקת שנוי בין מהר"י והרדב"ז ואנן בדידן ודאי יש לנו לסמוך על הרדב"ז הואל והעיד העיד בנו מנ"ר דמעולם לא ראה מנהג זה אלא המנהג הוא לומר בבוקר סליחות אך החתן עצמו א"א הרי הרדב"ז עצמו עלה בהסכמה דהואל והחתן עצמו לגבי דידיה הוי יום טוב שלו איהי לא יאמר סליחות ותחנונים דהוי כערב יום טוב דידיה ותו לא מידי וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכא

לעי"ת תיטוואן יע"א על מאי דשאיל מר מינן בלשונו הטהור בראובן שבירך על היין ושמעו המסובין אם המסובין יכולים לשתות מים ג"כ בלי ברכה הואל וקיי"ל יין פוטר שאר משקים או דילמא דיו שיפטור יין אחר בברכתו ולא דאתי מחמתיה שהוא ג"כ לגבי השומעים אלה היו דברי פה קדוש אב"א יומ"ץ:

הנה לקוצ"ד נראה פשוט מן הסברא ומן הגמרא דיכולים השומעים לשתות גם המים ושאר משקים על סמך ברכת היין ששמעו. מן הסברא הוא דודאי אין לחלק דמאותו טעם שיכול השומע לשתית היין על סמך ברכת המברך משום דחשבינן לזה השומע כאלו הוא עצמו בירך אותה ברכה ששמע כמו דקי"ל בברכת הנהנין שאם המברך רוצה ליהנות יכול לפטור את חבירו דברכתו עולה לו ולחבירו וכמו שבא הדבר מפורש בהרב"י ובש"ע סרי"ג ובס' קס"ו סי"א ובקע"ד ס"ח יעו"ש ובמקומות אחרים א"כ מאותו טעם שיכול השומע לשתות היין דחשבינן דמה שבירך חבירו כאלו הוא עצמו בירך א"כ הוא הדין שיכול לשתות גם שאר משקים שברכת היין פוטרתם:

ועיניך תחזינה מישרים בברכת המוציא שאחד מברך לכולן וכבר קי"ל דברכת המוציא פוטרת כל הדברים הבאים מחמת הסעודה וכל המסובין אוכלין דברים הבאים מחמת הסעודה על סמך ברכת המוציא שאכלו האם נאמר שלא נפטר השומע אלא מברכת הפת דוקא ולא מברכת שאר דברים הטפלים לו שהם באים תוך הסעודה אלא דין הוא

שהשומע אוכל פת וכל הטפל על סמך ברכת המברך א"כ גם מי שבירך על היין הדין הוא שכל שאר משקים נפטרים בברכתו הוי דין השומע ברכתו כדין שומע ברכת המוציא: ואין לחלוק ולומר דלענין זה מגרע גרע ברכת היין מברכת הפת ולומר דדוקא בפת הוא דמצי השומע לפטור עצמו גם מדברים הטפלים הואיל ובאמת אדעתא דהכי יושבים לאכול כדי לאכול הפת בדברים השייכים לסעודה לא כן ביין וכי דעת מי ששותה היין יהיה מוכרח לשתות שאר משקים וא"כ נימא דיו השומע לשתות יין על סמך ברכת המברך ולא שאר משקים. ולכאורה נימא דיש סמך לחילוק זה מדברי הטו"ז בס' קע"ד סק"ב ששם הביא מדברי המרדכי דדוקא אם היו שאר משקים לפניו בשעה שמברך על היין אז פטר אותם היין ואם לא היו לפניו לא נפטרו יע"ש לא כן בדברים הבאים מענין הסעודה שברכת המוציא פטרתן לא כן הוא אלא אפילו לא היו לפניו ברכת המוציא פוטרתן וא"כ לכאורה נראה שהטועה יכול לטעות ולומר דברכת היין גריעה מברכת המוציא גם לענין זה:

אלא דזה אינו מכמה טעמי חדא אפילו נימא דברכת המוציא כוחה עדיף מברכת היין דברכת המוציא פוטרת כל הדברים הבאים אפילו לא היו מונחים בשעת ברכה לא כן ברכת היין הוא מטעם גריעותא אינו פוטר אלא במונחים השאר משקים עכ"פ נקוט מהא דבמונחים השאר משקים לפני היין הוי דינם מיהת לפחות כדברים הבאים מחמת הם הסעודה אפי' אינם מונחים וא"כ כמו ששם בדברים הבאים תוך הסעודה כל השומעים ברכת המוציא אוכלים הפת ודברים הבאים על סמך ברכת המברך הוא הדין ברכת היין כל השומעים דין הוא שישתו היין ושאר משקים המונחים בשעת שמברך ברכת היין ודו"ק: ומה גם הדבר מוכרע ממקומו דמה שפסק המרדכי דברכת היין אינה פוטרת שאר משקים אלא במונחין בשעת ברכה לאו משום דברכת היין גריעא חלילה אלא דבר ידוע דיין ופת אגב חשיבותן קבעו ברכה לעצמן ופוטרות הטפלים להן אלא טעמו דהמרדכי בצדו משים דהאידנא ליכא קביעות על היין יע"ש במקורו ולפיכך צריך שיהיו שאר משקים מונחים וא"כ הרי לך שאין שום גריעותא מצד ברכת היין אלא מצד שאין קביעות פסק המרדכי להיות שאר משקים מונחים א"כ פשוט אם היו מונחים שאר משקים בשעת ברכת היין פשוט דיכול השומע לשתות גם שאר משקים בלי ברכה:

ועיין להמג"א סר"ח סקנ"ד שאחר שהביא דברי המרדכי שכתב דבעינן שיהיו שאר משקים מונחים משום דליכא קביעות על היין האידנא יע"ש שסיים על זה ז"ל ושל"ה כתב דיש קבע ליין כמ"ש סימן רי"ג א"כ הוי כסעודה וכו' עכל"ה ובאמת כן מצינו למר"ן הקדוש דפסיק ותני בס' רי"ג ס"א ששקולים הם היין ופת לכל דבר יע"ש בש"ע

ובמפרשיו ומשם תלמד דלדעת מר"ן דלא מחלק מיסבר סבר דגם ליין יש לו דין קביעות גם האידנא וא"כ פשוט כמו שהשומע ברכת המוציא נפטר גם מברכת דברים הבאים תוך הסעודה אפי' לא היו מונחים הוא הדין ברכת היין תהיה פוטרת שאר משקים אפי' לא היו מונחים דשקולים הם ויבואו שניהם:

שוב ראיתי להרב כהר"ש בס' קע"ד שכתב דהגם שהמרדכי כתב דהיין אינו פוטר שאר משקים אלא במונחין האמת הוא שהמרדכי כתב כן לפי שיטתו דס"ל דהשתא ליכא קביעות לשתות יין אבל לדעת הטוש"ע שפסקו בס' רי"ג דיש קביעות בודאי דס"ל דאין לחלק ויין פוטר שאר משקים אפילו אינם לפנינו יע"ש. נקטינן מכל האמור דלא מבעייא לדעת הטו"ר ומר"ן דאין חלוק כלל בין ברכת המוציא לברכת היין דגם היין יש לו קביעות בודאי כמו שברכת המוציא פוטרת השומע מברכת שאר דברים הבאים תוך הסעודה כך ודאי ברכת היין פוטרת השומע אפילו מברכת שאר המשקים אלא אפילו לדעת המרדכי דס"ל האידנא אין קביעות ליין ובעי שאר משקים להיות מונחים בשעת הברכה עכ"פ הרי ביררנו לעיל דעכ"פ אם היו מונחים פשיטא דנפטר השומע דחשבינן מה שבירך המברך כאלו השומע בירך בעצמו וכמו שהמברך עצמו יהיה נפטר מברכת שאר משקים גם השומע כן הואיל וחשיב כאלו הוא עצמו בירך:

ועדיפא מזה פסק מור"ם ס"ו ששם פסק הש"ע דאם שח בין ברכה לאכילה צריך לחזור ולברך ועל זה סיים מור"ם וכתב ז"ל דהיינו דוקא ששח קודם שאכל הבוצע אבל אח"כ לא הוי שיחה הפסק אע"פ שעדיין לא אכלו המסובין דכבר יצאו כולם באכילת הבוצע וכו' הרי לך מדברי מור"ם אלו דחשבינן לשומע כאלו בירך הוא ואכל הוא דהיינו אפי' לענין אכילה חשבינן מה שאכל המברך כאלו אכל השומע מכ"ש לענין להיות פטור השומע מברכת שאר משקים בודאי חשבינן מה שבירך המברך כאילו בירך השומע עצמו ובודאי המברך יוצא בברכתו לשאר משקים:

והגם דדברי מור"ם שהבאנו לרוחה דמילתא למילף מינייהו קי"ח לנדו"ד באמת הג"ה זו היא סברת הרוק"ח וכבר ראינו להרב"י שחלק על סברא זו בטוטו"ד וכבר קלסיה הרב טו"ז לסברת הרב"י יעו"ע עכ"פ הרי טעמו דהרב"י הוא דהגם דחשבינן באמת שזה השומע כאלו הוא עצמו מברך עכ"פ הרי במברך עצמו אם הפסיק צריך לחזור ולברך יעו"ש נקוט מיהא דלענין דינא דידן ברור כשמש דאין לחלק בין מברך לשומע כולהו בברכת היין יהיו נפטרים מברכת שאר משקים לכל מר כדאית ליה כדאמרן להמרדכי דוקא במונחין ולהטוש"ע אפילו אינם מונחים זהו משנלע"ד לדון בזה:

שוב אחרי זאת בהשקפה נגה לנגד עיני דברי הבאה"ט סו"ס קע"ד שכתב משם הרב גינ"ת ורדי"ם ז"ל מה שנוהגים בסעודות גדולות שלאחר שמברכין ברכת היין על כוס יין מביאין עוד משקה שקורין קאווי כדי ליישב דעתי של אדם ממאכלו אין לברך על אותם קאווי עכ"ל. א"ך הוי שאלת הידיד כאלו היא מפורשת דהא עיקר דברי הרב שפוטר מברכת הקאווי משום שהיתה ברכת המזון על כוס מן היין ובשביל זה פטרו מברכת הקאווי הואיל והיין פוטר שאר משקים והדבר מוכרע משם דהא ברכת היין שלשם היא ברכת כוס של ברכת מזון וכוס ברכת מזון הוא ביד האורח או ביד גדול המסובין והוא המברך ושאר המסובין שומעין ועכ"ז בברכתו נפטרו השומעים גם מברכת הקאווי ופשוט:

אלא דרך אגב אמינא דהרב גינ"ת ורדי"ם גם הוא אזיל בשיטת הש"ע דברכת היין פוטרת שאר משקים אפילו אינם מונחים לפניו דהא דרך הקאווי' להביאו לפני המסובין אחר שכבר ברכו על כוס ברכת המזון ועכ"ז נפטר בברכת היין ש"מ דהרב גינ"ת ורדי"ם כך פסיקא ליה דיין פוטר שאר משקים אפילו אינם מונחים בשעת ברכה ואין כאן מקום להאריך דלקוצ"ד דבר פשוט הוא והוצרכתי להרחיב בדברים קצת אולי זהו רצין הידיד ולרום הח' והשלום וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכב

לטיטוואן יע"א שאלה אחת אני שואל מאת כת"ר אם מותר ללמוד ולהתפלל ולברך בגילוי הראש מן הדין או לאו דהיינו אם כת"ר מצא בתלמוד או במדרש או בארבעה טורים דוקא שמביאים ראיה מן התלמוד לאסור גלוי הראש בתפלה וכו' כי לעניות דעתי הוא מותר משום שמצאתי שלפי דברי יוב"ע הוא מותר וז"ל בתרגום שופטים ה' פסוק לבי לחוקקי ישראל וכו' אמרה דבורה בנבואה אנא שליחא לשבחא לספרי ישראל דכד הות עקתא ההיא לא פסקו מלמידרש באורייתא וכדו יאי להון דיתבין בבתי כנשתא בריש גלי ומאלפין ית עמא פתגמי אורייתא ומברכין ומודים קדם ה' וכו' ואע"ג שתיבת ריש גלי מורה על החירות שלא היה עליהם עול מלכות והיו ישראל לומדים ביד רמה לעיני כל כמו שתרגם אונקלוס ביד רמה בריש גלי עכ"ז מדאפקה יוב"ע בלשון הזה שמע מינה שהוא מיתר שאם היה אסור לא הו"ל לתרגמו בלשון זה שמובן ממנו שהוא מותר ואני יודע שלפי דברי הזוהר הוא אסור אך כל דברי הזוהר הם מלי דחסידותא וכוונתי בשאלתו מהו מצד הדין יומ"ץ מהדוב"ש וכו' יצחק בארג"ילון נר"י:

תשובה לזה הנה איתא במסכת שבת ד"י אמר אביי למ"ד תפלת ערבית רשות כיון דשרא ליה המייניה לא מטרחינן ליה מתקיף לה רב ששת ליקו הכי ולצלי משום שנאמר הכון לקראת אלהיך ישראל עכ"ל הגמרא הצריך ומצינו להרב בע"ל התרומו"ת הביאו הטור אי"ח סי' צ"א שכתב ז"ל דמן הגמרא הנז' יש ללמוד שצריך אדם לאזור אזור בשעת תפלה אפילו יש לו אבנט שאין לבו רואה את הערוה ויכסה ראשו אלה היו דברי בע"ל התרומו"ת הרי לדעתו מכריח מן הגמרא שאסור להתפלל בראש מגולה:

והגם שבאמת שראינו מדברי בע"ל התר מו"ת אלו שדקדק מן הגמרא לא מילתא פסיקתא היא דהא מצינו להתוס' שם בשבת שכתבו משם מחזו"ר ויטר"י ז"ל דהטעם דבעינן לאזור המיינו בשעת תפלה הוא משום שלא יהיה לבו רואה את הערוה ודוקא להם שלא היה להם מכנסים לכך היו צריכים לאזור שעת תפלה אבל לדידן שיש לנו אבנט של מכנסים אין אנו צריכים לאזור עכ"ל וכן היא דעת הר"ן והרא"ש אלא שהוסיף הרא"ש וכתב דהגם שמצד הדין מותר בלי חגור היכא שהיה לבוש אבנט עכ"ז מצוה לאזור אזור וא"ך לכאורה היה מקום לטעות ולומר דלא מצאנו חבר לבע"ל התרומו"ת שאוסר גילוי ראש בתפלה דדוקא בע"ל התרומו"ת אוסר גילוי ראש לפי פירושו בגמרא שאוסר להתפלל בלי חגורה אפילו היה עליו אבנט שאין לבו רואה את הערוה עכ"ז אסור בלי חגור משום הכון לקראת אלהיך מזה למד דהוא הדין שלא יתפלל בגילוי הראש אבל לדעת התוס' והרא"ש והר"ן דס"ל שהאיסור הוא דוקא במקום שלבו רואה את הפרוה והיכא דלבוש אבנט אין צריך חגור נימא כמו שאין צריך חגורה לדידהו הוא הדין אין צריך כיסוי ראש דלא שייך נ"ך בו טעם ערוה:

אלא דזה אינו דדבר פשוט הוא דאפילו לדעת התוס' וכו' שמתירים להתפלל בלי חגורה במקום אבנט לא יחלקו על סברת בע"ל התרומו"ת בגילוי הראש דדבר ידוע הוא דגילוי הראש הוא פתיחות הרבה וחוצפה לפני המקום וזה מוכח מדברי בע"ל התרומו"ת שהביאנו למעלה שהוכיח מן הגמרא שאסור להתפלל בלי אזור ובראש מגולה ובאמת לנו יש לב לדעת מהיכן למד בע"ל התרומו"ת מהגמרא הנז' דגילוי ראש אסור הרי לא נזכר בגמרא כי אם התרת המיינו אלא מוכרח לומר דמדאסרו להתפלל בלי חגורה משום הכון וכו' מכ"ש שאסור בגילוי הראש שמן הסברא פשוט שהוא חוצפה יותר וא"ך הואל וגילוי ראש פשיט דגרוע הוא אף אנן נמי נימא דהגם שהתוס' והרא"ש ס"ל דבמקום אבנט אין צריך חגורה ודלא כבע"ל התרומו"ת עכ"ז בגילוי ראש שהוא גרע יותר לא יחלקו על בע"ל התרומו"ת:

וחלוק זה לא נפלא ולא רחוק הוא דהא מצינו לרבינו ירוחם ז"ל הביא דבריו הרב"י או"ח סי' צ"א ז"ל כתב רבי' ירוחם שיש מי שכתב שמי שרגיל לחגור כל היום אם התר חגורתו קודם תפלה צריך לחזור ולחגור אבל מי שהולך כל היום בלי חגורה אין צריך לאזור בתפלה פירוש ודיי ליה באבנט ע"כ הרי לך דדעת רבינו ירוחם כדעת התוס' וכו' דבמקום שאין לבו רואה את הערוה מותר להתפלל בלי חגורה במקום אבנט:

עוד מצינו להרב"י שהביא משם רבינו ירוחם וכתב ז"ל כתב רבי' ירוחם נתיב י"ו שאסור לברך בגילוי הראש ע"כ הרי לפניך דגם רבי' ירוחם מתיר להתפלל בלי חגורה במקום אבנט עם כ"ז בגילוי הראש אוסר וא"כ אף אנן נימא דהכי הוא דעת התוס' והרא"ש והר"ן ולא מפשינן פלוגתא בינייהו: א"כ הרי לך מיוסד מן הגמרא שאסור להתפלל בגילוי הראש לדעת בע"ל התרומו"ת ומוסכמים ודאי הפוסקים הנז' תוספו' והרא"ש והר"ן וכדעת רבי' ירוחם הנז' וכן בא מפורש דעת הרמב"ם שכתב בפ"ה מהלכות תפלה הלכ"ה ז"ל ולא יעמוד בתפלה באפונדתו ולא בראש מגולה וכו' הרי עיניך הפקוחות תחזינה מישרים דמן הגמרא וגדולי הפוסקים אסור לעמוד בתפלה בגילוי הראש:

אך לענין שאר ברכות בזה מצינו לרבנן איתגורי אתגור דהא מצינו להרב"י שהביא לדברי הר"ן וכתב ז"ל וכתב הר"ן דדוקא לענין תפלה דהיינו י"ח ברכות אבל שאר ברכות דיין בלי חגורה דהא חברין בבלאי הוו שריין המייניהו ומברכים המוציא וברה"מ ובהגהו"ת מיימוניו"ת כתבו בפ"ה מהלכות תפלה דהא דאמרינן אסור להתפלל בלי חגורה הני מלי תפלת י"ח אבל לענין ק"ש ושאר ברכות אין לחוש בחגורה רק שלא יהיה לבו רואה את הערוה וכו' ורבינו ירוחם כתב שאסור לברך בגילוי הראש ובמס' סופרים פרק י"ד כתוב פוחח ונראים כרעיו או בגדיו פרומים או מי שראשו מגולה פורס על שמע וי"א דמי שכרעיו ובגדיו פרומים פורס אבל לא בראש מגילה דבראש מגולה אינו רשאי להוציא הזכרת השם מפיו ע"כ נראה שהיא מחלוקת אם מותר לברך בגלוי הראש או אם אסור וכיון דרבינו ירוחם ס"ל כמ"ד אסור הכי נקטינן עכ"ל הרב מר"ן ב"י הרי לך דגילוי הראש לברכות הוא במחלוקת שנוי ואנן בדידן מהכרעת מר"ן לא נזוז כמו שכתוב בידינו דאין לזוז מדבריו הן מה שערך בשולחנו הטהור הן מה שהביא בביתו הנאמן ובכאן הרי הכרייע בב"י כרבינו ירוחם וכוותיה פסק ג"כ בש"ע דמצד הדין אסור להזכיר ש"ש בגלוי הראש כמ"ש יעו"ש בש"ע סי' צ"א ובמפרשיו: ולענין הלימוד הואיל והדבר נכתב בעטיו של נח"ץ על כן חדלתי מלחפש בחדרי הפוסקים ועוד טעם כעיקר הואיל וכל הפוסקים הגדולים שהזכרתי לפניך מדבריהם מוכח דלא חשו כי אם במקום הזכרת ה' דוקא אבל הלימוד נראה פשוט מדבריהם דמצד הדין מותר ודין גרמא דעצירא"ה מלבוא בפרישה

ודרישה בפוסקים אך אציגה נא לפניך דברי רש"ל אשר הובאו בכנה"ג או"ח סי' צ"א ז"ל לא הזכיר הטור גילוי הראש כי אם לגבי תפלה לא לגבי ק"ש אבל מה אעשה שהעם נהגו בו איסור ואין להקל בפניהם ושמעתי על חכם אחד כשהיה לומד היה לומד בגלוי הראש מכל מקים אף שאין איסור בדבר ולא משום מדת חסידות כשאינו מזכיר ה' מכל מקום לתלמיד חכם יש ליזהר אפילו לומד בחדרו ואם אינו יכול להניח על ראשו דבר יכסה ראשו בבגד וכו' רש"ל בתשובה סמ"ב עכ"ל הרב כנה"ג:

ומעתה עיניך תראינה דשלש חלוקות בדבר. ראשון בקודש לענין תפלה כבר הוכחנו דאליבא דכ"ע אסור להתפלל בגילוי ראש ויסוד איסור זה מהגמרא הנז':

שני בקודש ג"כ בענין הברכות הואיל ובהם הזכרת קדושת ה' הדבר שנוי במחלוקת וכבר הורה זקן מר"ן מלכא שמדברי האוסרים לא נזוז:

שלישי בתרומה היא תורת ה' תמימה הרי הוכיח התייר הגדול שמותר ללמוד בגילוי הראש זהו מה שנלע"ד להשיב לעת כזאת על עיקר דינא:

ומעתה אשים דברתי להשתעשע בדברות קודשו אשר שרטט וכתב בראש אמיר. הידיד הוכיח מדברי יב"ע מכח מה שכתב בתרגום בריש גלי וכו'. מזה מוכח ליה שמותר להתפלל בגילוי ראש באמת אתמיהא הואל והידיד נגלו אליו תעלומות חכמה דתרגום ביד רמה היינו ריש גלי מי הביאך לפרש ריש גלי גלוי ראש ולהתיר דבר האסור ואם משום דלא הו"ל ליב"ע לתרגם ולכתוב לשון שיטעו בו בני אדם כמ"ש כת"ר לא ידעתי כוונתך בזה הואיל ותרגום יד רמה הוא ריש גלי מוכרח לתרגם בלשון זה כי לא מצאנו תרגום ליד רמה כי אם ריש גלי ובכאן הואיל והיה צריך לכתוב שישראל היו לומדים ביד רמה והוא תרגם אותה בתרגום מוכרח הוא לומר ריש גלי במקום יד רמה: עוד אתמיהא היכן מצא הידיד תרגום ראש מגולה הוא ריש גלי הרי אונקלוס תרגם ופרע ראש האשה ויפרע ית רישא דאיתתא וא"כ ג"כ הו"ל ליוב"ע לתרגם ברישא פריעא אלא פשוט דכוונת ריש גלי הוא יד רמה ואין כאן מקום לטעות:

ועוד היאך תיסק אדעתין לפרש דריש גלי פריעת ראש היתכן לומר דדבורה ביום שמחתה שבאה לפאר ולרומם ישראל וקדושתם תזכיר גנותם בתוך שבחם דהגם שמצד הדין אין אסור מצד מלי דחסידותא לא כן הוא כמ"ש כת"ר עצמו שמדברי הזוהר הוא איסור גדול ועתיד דברי הזוהר להיות נקבע הלכה למעשה לעתיד לבוא א"כ גילוי ראש הוא גנאי להם שלא היו נזהרים בו מצד חסידות. והילך מאי דאיתא בגמרא דר"ה חייב אדם להקביל פני רבו ברגל שנאמר מדוע את הולכת אליו היום לא חודש ולא שבת ע"כ וכבר נתקשו רז"ל בזה פתח ברגל ומביא חודש ושבת ופירשוה על פי טעם הידוע דכל

עיקר חיוב האדם להקביל פני רבו ברגל הוא משום שהתורה חייבה אותנו בזמן הבית לעלות וליראות פני האדון ה' והן היום שאין לנו מקדש הרואה פני ה"ח כרואה פני שכינה ויהיה נחשב לו כאלו נתראה במקדש ועל זה חייבו לאדם לראות פני רבו ברגל הואיל וליכא מקדש אבל בזמן בהמ"ק אין חייב לראות פני רבו כי קיים ליה בדרבא מניה עולת ראיה:

ומצאנו ג"כ מאי דאיתא במדרש על פסוק והיה מדי חוב"ת ומדי שבת בשבתו יבוא וכו' דראויים היו ישראל לעלות וליראות מדי חוב"ח ומדי שבת וכו' אלא שחם עליהם המקום להקל מעליהם הטורח אבל לעתיד לבוא כעב תעופנה ויבואו מדי חוב"ח ומדי שבת בשבתו אלה היו דברי המדרש ולכך בשונמית שהיתה בזמן הבית לא הזכיר בה הכתיב מועד ורגל יען כי השונמית היתה בזמן הבית והיתה עולה לרגל אך מצד חסידותה היתה דרכה לקיים אפי' מצות העתידות לעתיד ומפני שהיה לה טור לעלות לבהמ"ק בשבתות וחודשים היתה מקיימת המצוה בראיית פני הרב והיה נחשב לה לראיית פני האדון ה' ולכך לא אמר לה אלא מדוע את הולכת אליו היום לא חודש וכו' והרגל לא הזכיר יען הואיל ובזמן הבית היתה לא היתה צריכה לילך אצל הרב כי קיים לה בדרבא מניה עליית המקדש על כ"פ מהשונמית למדו הואיל והיתה מדי חיב"ח ומדי שבת בשבתו הולכת אצל רבה לקיים מצות ראיה מזה למדו לדידן דאין לנו מקדש חל עלינו להקביל פני הרב ברגל שהיא מצוה הכתובה בתורה לקיים עולת ראיה זה אחד מן הפירושים שנאמרו בגמרא זאת ומזה תלמד שהכתוב השמיענו קדושתה וחסידותה דשונמית שהיתה מקיימת אפילו מצות העתידות להיות וא"כ מן הראוי גם דבורה הואיל ובאה לשבח ולפאר את ישראל היאך בקריאתה זו הילולה שמהללת את ישראל מן הראוי לה להללם שהיו שומרים אפילו מלי דחסידותא ובכאן לא מלבד שלא שבחה אותם שהיו שומרים מלי דחסידותא אלא אדרבא מגנה אותם שלא היו נזהרים מגילוי הראש שהוא דבר שעתידה התורה לאוסרו מן הדין חלילה על כן פשוט שאין שום טעות מפורש מתרגום יב"ע ופירושו הוא תרגום יד רמה ותו לא מדי:

ומה שרמז הידיד כי בספר ימי ישראל הביא סעיד וסמיך מדברי רש"ל שמותר להתפלל בגלוי הראש הרי הצגתי לפניך דברי כנה"ג שהביא לתשובת רש"ל ד"ס ע"ב ומשם תראה דלא התיר רש"ל לענין תפלה אלא לענין הזכרת ה' בברכות וק"ש ואפילו טל הזכרת ה' וק"ש הרי כתב מה אעשה שהעם נהגו בו איסור ואין להקל ואנן בדידן בלאו הכי כבר הבאתי לך דאין לנו כי אם דברי מר"ן שאסר מדינא:

ומה שכתב ידידי שדברי הזוהר אינם הלכה וכו' לא אמרו זה אלא דבר שהתירו מפורש בתלמוד ולדברי הזוהר אסור אבל דבר שלא נתפרש בתלמוד והזוהר אוסרו אליו תשמעון כמו שכתוב כלל זה בכל ספרי האחרונים ופוק חזי כמה דינים מביא הרב"י משם הזוהר עיין בב"י או"ח ואין כאן מקום להאריך:

הן אמת היה מקום כאן להשתבש ולומר דבזמנינו זה שנהגו העולם רובו ככולו שהם בני אירופא לעשות כבוד קטן לגדול בגילוי הראש נימא חלילה דלא נשאר איסור בגילוי הראש ואדרבא דרך כבוד בהכי הוא ודבר זה נראה לכאורה יש לו יסוד מדברי הרמב"ם שמצינו לו בהלכות תפלה פרק ה' כתב ז"ל לא יתפלל ברגלים מגולות אם דרך אנשי המקום שלא יעמדו בפני הגדולים אלא בבתי רגלים עכ"ל א"כ מזה יש לטעות הואיל ודרך כבוד של תפלה הוא שצריך להתנהג בה כדרך שעומדים בפני הגדולים א"כ בערי אירופא שדרכם לעמוד בפני גדולים בגילוי הראש אף בתפלה יהיה צריך לנהוג כן והגם דזה הוא הפך מה שמצינו בתורת' הקדושה שהרי בעת שנגלה הקב"ה למשה בסנה לא אמר לו הסר כובעך מעל ראשך אלא אמ"ל של נעליך מעל רגליך וכן בעת שנגלה המלאך ליהושע אמר לו ג"כ של נעלך וא"כ הרי מן התורה דרך הכבוד הוא בהסרת מנעלים דוקא עדיין יש להשיב אפשר משום שבאותו זמן היה דרכם לכבד קטן לגדול בהסרת המנעלים אבל בזמנינו זה בערי אירופא שנהפך סיפא לרישא נימא גם בתפלה לפני המקום צריך לנהוג כן:

אלא דזה אינו דלא אמרה הרמב"ם אלא לגבי מנעלים דאם אינו לובש מנעלים הוי פוחח וערום ודרך ביזיון הוא לעמוד לפני המקום כך משום הכון לקראת אלהיך ישראל משום שאין יכול לעמוד לפני גדולים כך וא"כ מכ"ש בתפלה לפני המקום אבל הכובע אינו דרך בזיון דאדרבא דרך הכביד הוא להיות האדם ראשו מכוסה וכל המוסיף כבוד מוסיף להתכסות בכובע יקר כי זהו כבודו אך כשעומד האדם ורוצה לחלוק כבוד למי שגדול ממנו עומד בגילוי הראש אך זה יוצדק בין האדם לחבירו אבל לגבי המקום גלוי הראש הוא ממעט יראת שמים כמו שהזהירונו רבותינו על זה קמאי ובתראי: וסברא זו אינה בדויה מן הלב שזה זמן ראיתי בספר אחד מרבני אשכנז האחרונים אשר לעת כזאת גבר צ"ר של שכחה ולא ידעתי מבטן מי יצאו הדברים או מדברי הרב חתם סופר או מוהרר"א זלה"ה ששם בא כתוב שאחד מן המתפלספים רצה לעשות סברא זו דהיינו הואיל ובארץ מולדתם שהיא אחת מערי אירופא הכבוד אצלם לכבד קטן לגדול בגילוי הראש יהיה כך מנהגם בתפלה והרב הנז' מחה על קודקודו והפיל וביטל סברתו מכל וכל: אם כן איפוא אין לנו אלא מה שבא כתוב בדברי רז"ל ונקטינן מצד הדין בתפלה

לכ"ע אסור גלוי הראש ולברכות וק"ש הגם שהדבר שנוי במחלוקת ג"כ כבר הכריע מר"ן דקי"ל כוותיה לתפוס כסברת האוסרים ולדברי תורה הרי מהרש"ל ז"ל כתב דאין בו איסור אך לת"ח לא נאה ולא יאה מצד חסידות. זה משנלע"ד לעת כזאת וצוי"מ וימ"ן החו"פ כ"ב לתמוז שנת תרס"ו לפ"ק פה סאלי יע"א הצעיר רפאל אנקאווא י"צ:

סימן רכ"ג

לדאר לבידא יע"א ע"ע ס"ת של הר"מ מראג"י הי"ו. ראיתי מה שכתב הרב הפוסק ותחילת דברי פיהו פתח במחלוקת הרא"ם ומהר"ם אלשיך זלה"ה שהביא הרב בני חיי ומה שנסתפק הרב מי קרוי מוחזק והניח בצ"ע ומזה יצא הידיד להסתפק בנדו"ד שיש הכחשה בין המקדיש ובין הפרנס מי קרוי מוחזק ופשיט ספיקא דידיה דהמקדיש קרוי מוחזק הואיל וגילה דעתו מעיקרא א"כ הרי לא יצא מרשותו והדר דיניה כההיא דסע"ב וקל"ג וכו' והנה הגם דראיה זאת היא ראיה אמיתית תמיהא לי איך לא שת לבו להביא ראיה מדברי הפוסקים שהביא בדבריו דמתחילה הביא דברי מהר"ם אלשיך דס"ל דאם נפל מחלוקת בין המקדיש והקהל הקהל הוו מוחזקין ובסוף דבריו הביא דברי מהר"ם ן' דאנאן זלה"ה ולאו דברי מהר"ס ן' דאנאן זלה"ה נינהו אלא דברי מהרש"ך זלה"ה ומוהר"ם ז"ל העתיק אותם מספרו כמו שמפורשין שם ושם פסק מהרש"ך דישבע המקדיש ש"מ דהמקדיש הוי מוחזק ולא הקהל וא"כ הדבר במחלוקת והיאך הניח הרב בני חיי הדבר בצ"ע דודאי לא נעלם ממנו סכר מהרש"ך שהרי בכל מקום מביא דבריו ז"ל ובפרט יש להקשות ג"כ על הר בני חיי הואיל ומיחזה חזה דהרב מהר"ם אלשיך ס"ל דהקהל הוו מוחזקין ולא מצא כנגדו חולק למה הניח הדבר בצ"ע דהגם דפליגי באם הניחו סתם אי זכו בו בני הבהכ"נ או לא עכ"פ לענין חזקה לא פליגי מי הוי מוחזק וא"כ הואיל ומהר"ם אלשיך גילה דעתו דהקהל הם המוחזקין ממנו נפשוט הדברים אלא דמוכרחים אנחנו לומר דאין זה כלום וזה בזה תלוי דעד כאן לא קאמר מהר"ם אלשיך ז"ל דהקהל הוו מוחזקין אלא משום דס"ל דאם הניחו סתם הוא בחזקת הקהל ואינו יכול להוציאו מידם א"כ זה שבא לטעון טעון שהתנה אדרבא הוא המוציא מחזקת הקהל אבל לדעת הרא"ם דס"ל דיכול הוא להוציאו מאותו בהכ"נ ולהוליכו לכל מקום שירצה ודחי יסבור דבחזקתו הוא עומד והם המוצאים אותו מחזקתו ועליהם להביא ראיה והן הן סברת מהרש"ך והוא מכת הסוברים דאפילו הניחו בסתם יכול להוציאו כמו שכתב בסוף דבריו על כן קם ליה ברשותיה והוא המוחזק וישבע נגד הקהל:

ועל זה נסתפק הרב בני חיי מי קרוי מוחזק לומר קי"ל כסברת הפוסק הזה דהיינו אם הקהל יכולים לומר קי"ל כמהר"ם אלשיך ובסתם זכו ובהכחשה עליו להביא ראיה או המקדיש יאמר קי"ל כהרא"ם ומהרש"ך וכו' ועכ"פ אתייא מביניא דאם גילה דעתו דלא הקדישו כנדו"ד אפילו מהר"ם אלשיך יודה דהמקדיש הוי מוחזק ולא נכנס במחלוקת כלל א"כ מדברי הפוסקים הללו כולם נראה פשוט דבנדו"ד ודאי המקדיש הוא המוחזק: אלא דכל זה משנה שאינה צריכה ולא היה צריך ידיד הפוסק להביא ממרחק לחמו הואיל ופתו מצויה לפניו הוא פסק מר"ן הקדוש דס"ל דאם הקדישו סתם יכול להוציאו והוא קרוי מוחזק והוא מה שפסק בש"ע או"ח סקנ"ג סי"ח וז"ל יש מי שאומר שס"ת שהוחזק שהיה של אבותיו של ראובן אין הצבור יכולים להחזיק בו ע"כ וכתב הטו"ז שם בסקט"ו וז"ל הטעם בב"י ז"ל בשם מהרי"ק דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתה על מנת כן שיקראו בו רבים ושיהיה תמיד מונח בבהכ"נ עד יום פקוד אותו הבעלים וכו' ובתשובת רש"ל סט"ז כתוב באחד שנתן ס"ת בהיכל כמה שנים וכו' ואח"כ רצה לקחתה לאו כל כמיניה דחזקה שהוא אקדישה והוא המוציא ועליו הראיה וכו'. ונראה שהוא חולק על פסק הש"ע כאן שהוא בשם מהרי"ק דס"ל דאין הקהל נקראים מוחזקים וכן מסתבר כיון שידוע שהיתה שלו מתחלה היאך יחזיקוהו הקהל להוציא מחזקה שלו וכו' ע"כ וכן כתב הרב עט"ז דמהרש"ל פליג על דין זה דמר"ן ע"ש הרי מוכח בפשיטות דמר"ן הוא מכת הסוברים דאם הניח ס"ת בבהכ"נ בסתם יכיל אח"כ לקחתו והוא הקרוי מוחזק ואפי' היורשים נקראים מוחזקים ויכולים להוציאו וזה פשוט:

הן אמת דלכאורה נראה דפסקי מר"ן אלו דסעיף זה עם סי"ח נראה כסתראי שבסי"ח פסק שכלי של כסף שמביאים להבהכ"נ הקהל יכולים לתופסן שישארו בחזקת הקדש וכו' ע"ש והני פסקי דינים תרוייהו מפסקי מהרי"ק כמו שמבוארים בב"י וקשיין אהדדי. ולכשאני לעצמי רציתי לתרץ פסקי מר"ן אלו דבסי"ח לא איירי במי שבא ואמר שרוצה הוא להוליך הכלי כסף לבהכ"נ אחרת אלא דשם איירי במי שרצה להוציאן לחולין כמו שמפורש בדבריו ובכאן בס"ך איירי במי שרצה להוציאן מבהכ"נ זו לבהכ"נ אחרת בזה הדין עם המקדיש והוא המוחזק אלא דלפי האמת מכח כמה דקדוקים שאין להאריך בהם נראה דפסק פסק מר"ן בס"ך הוא דהוא בחזקתו אפילו כדי למוכרו ולהוציא דמיו לחולין וכסתם דבריו דבחומ"ש בסי' צ"ז סכ"ג דבע"ח נוטל ס"ת ועיין להרב תוש"י שפסק בפשיטות דסתם מר"ן איירי אפי' הניחו בהיכל כלי שהניחו בסתם יכול בע"ח לגבותו ע"ש וא"כ גם דברי מר"ן כאן הכי אזלי שיכול להוציאו לחולין והדרא קושייא לדוכתה אלא דראיתי להרב מאמ"ר מרדכ"י שנרגש בזה ותירץ על זה וז"ל ראיתי במהרי"ק ז"ל

הביאו מר"ן ז"ל שכתב דאין חזקה בס"ת שהדבר ידוע דמתחילה נעשה ע"ד שיקראו בו רבים עד יום פקוד אותו הבעלים ע"כ וכפי הנראה כתוב כדי ליישב ההיא דסי"ח וכמ"ש בלבו"ש וכן נראה מדברי הטו"ז סקי"ד עכ"ל וכן ראיתי בספר הבאה"ט ביור"ד בסי' רנ"ט סק"ב שכן תרץ משם הרב שארי"ת יוס"ף יעו"ש:

איך שיהיה נקטינן לדעת מר"ן דבמניח ס"ת סתם בהיכל הגם דלא ידענו כוונתו אם להקדיש נתכוון או לא הואיל והיה ידוע שמתחילה היה שלו אין להוציאו מרשותו והוא המוחזק גם אנן בדידן שבשעה ראשונה הקדישו על תנאי שבכל מקום אשר תדרוך כף רגלו יוליכנו בידו אין להוציאו מרשותו והוא המוחזק אליבא דמר"ן הואיל ומעיקרא הכי הוא ידוע אין להוציא מרשותו ופשוט הוא:

ועיין להרב מוהרי"ע ז"ל בספרו מט"ה יאוד"א ז"ל שרצה לחלוק על הרב הטו"ז ועט"ז דכתבו דמר"ן פליג על סברת מהרש"ל שכתבנו וכתב בסקנ"ג סק"ג וז"ל ואינו מוכרח דהא מהר"י קולין ז"ל שהביא מר"ן כתב דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו ע"מ כן שיקראו בו רבים ושיהיה תמיד מונח בבית הכנסת עד יום פקוד אותו הבעלים ע"כ וא"כ כיון דמתחילתו היה ע"מ כן הרי חזקה היתה לו של אבותיו אפילו אחר שהונח בבהכ"נ לכך לא פקעה חזקה בלא ראיה אבל רש"ל ז"ל מיירי בסתם ואדרבה אמרינן דחזקה אקדשה כיון דלא גילה דעתו ע"ש וא"ך מוהרי"ע זלה"ה פליג על הרבנים דסברי דמר"ן ס"ל דבסתם הרי הוא בחזקת היורשים עכ"פ לגבי דידן אנן לנדו"ד יש ממנו סייעתא דבהניחה בהיכל עפ"י התנאי הרי הוא ברשותו ואליבא דכ"ע נדו"ד אליבא דמר"ן מודו דהרי הוא בחזקתו ופשוט:

ומעתה הואיל ובירורנו דהדין דין אמת דה"ר משה נר"ו המקדיש הוא קרוי מחזיק ויכול להוליך הס"ת לכל מקום אשר ירצה הדרן לדינא דטענת הר"ן נר"ו דאומר דהתנה עמו שיניחנו לדון בו כדינה דמהרש"ך שהביא מהר"ם ן' דאנאן ז"ל דישבע המקדיש הסת הן אמת נראה לכאורה דאין סברה זאת של מהרש"ך מוסכמת דהא מצינו למהריט"ץ בספרו סר"י שנשאל בראובן שהקדיש ס"ת ע"מ שאם ילך מעיר הזאת לעיר אחרת שיהיה לי רשות להוליכו לכל מקום אשר ירצה ונפטר ראובן ובא הבע"ח ותפס הס"ת מביתו באומרו שהזכות שהיה בו לנפטר להוליכו לכ"מ שירצה מה ששוה אותו הזכות במעות הוא תופס. גם בן הנפטר תובע הס"ת לירש הוא הזכות להוליכו לכל מקום שירצה ע"ש ומהרי"ט ג"ך נשאל שאלה זאת בספרו בח"ב בחיור"ד ס"ה גם הוא ושניהם הסכימו ושוים הם לטובה דאין זה כי אם טובת הנאה ואינה ממון לא לבע"ח לגבות ולא ליורש לירש ע"ש עליהם וא"ך הוא הואיל ולטובת הנאה חשיבה הדרן לדינא דמר"ן דספ"ז סל"ה

דאין נשבעים עליה ע"ש ולדינא דספ"ז דסכ"ה ג"ך דכל שבועה שאין בהודאתה יוצא ממון אין משביעין ואפילו חרם אין מחרימין יעו"ש וא"ך מחזי דהרבנים האל מהרי"ט ומהריט"ץ פליגי על מהרש"ך. וא"ך יכול לומר קי"ל ויפטר עצמו אפילו מן חר"ם אלא כד דייקינן נראה דלא פליג דהרבנים האלה משאילתם מוכח דהמחלוקת היתה בין היורש ובין הבע"ח ולתרוויהו ליכא תביעת ממון אלא תביעת טובת הנאה בזה הוא דפסקו דטובת הנאה ממון אבל בכגון מהרש"ך איירי במקדיש שרצה להוציא מתחת יד הקהל דהוי לגבי דידהו פסידת ממון שיהיו מוכרחים לקנות ספר במקומו בזה כו"ע יודו דצריך לישבע: וכן מצאתי בס' פת"ש לחומ"ש ספ"ח סקכ"ט שכתב באמצע דבריו וז"ל עוד מעשה באשה אחת עשירה שמת בעלה והניח ס"ת בבית איש אחד ואמרה האלמנה תוך שבעת ימי אבלה בזה"ל (כתוב הוא בלשון אשכנז ע"ע) ועד אחד העיד ע"ז בתו"ע והאלמנה הודית לדברי העד רק שאמרה שהטילה תנאי בזה אם תהיה דירתה בעיר הנז"ל והעד מכחישה שלא שמע שום תנאי ונשאל אם מחויבת לישבע להכחיש העד והאריך בדברי הש"ך הנז"ל וכתב דלכאורה חייבת האלמנה לישבע שד"א להכחיש העד וכו' אמנם כל זה אם היה הס"ת בשעת אמירתה שייך לאלמנה וכו' עכל"ה הרי לפניך דלא פטרה משבועה אלא משום דלא הוה ס"ת שייך לאלמנה הלאו הכי חייבת לישבע וכפסק הרב מהרש"ך הנז"ל:

וא"ך גם כאן בנדו"ד הואיל ותביעתו של ה"ר משה היא נגד הקהל מוטל עליו לישבע והואיל והר"ן הפרנס הוא עד בדבר מוטל עליו לישבע שד"א כמ"ש הרב פת"ש והגם שהוא פרנס הרי פסק מר"ן בסל"ז ס"ט הגזברים כל זמן שאין להם הנאה להם ולקרוביהם כשרים להעיד ע"ך ובכאן ג"ך מצד הפרנסות ודאי לא מטייא ליה ולקרוביו שום הנאה ויכול להעיד אך הואיל ואפי' בלי צד הפרנסות מצינו שיש לו צד נגיעה ואינו יכול להעיד מההיא דפסק מר"ן ג"ך בסל"ז סי"ט בדין בני העיר שנגנב ס"ת שלהם שאין דנין ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר ע"ש על כן גם כאן אין עדותו עדות אלא דוקא באופן אם יש להם ס"ת אחרת באותה בה"ך וכמו שכתב מר"ן בס"ז סי"ב בדייני דהדיינים וכתב מור"ם בסל"ז סי"ט דהוא הדין בעדים ע"ש אבל אם אין להם ס"ת אחרת נוגע הוא ואיני יכול להעיד והגם דמר"ן עצמי סל"ז סכ"ב כתב דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם ועל ההקדשות וכו' וכו' ע"ש הרי מצינו להרב מוהר"י ן' וואליד זלה"ה ז"ל בח"ב ס"ל שהאריך הרחיב בדין זה להביא להקת הפוסקים דהאי דינא דוקא בהקדישות שהקדישו הצבור אבל לגבי הקדש שהקדיש היחיד לזה לא קבלו עליהם לדון ולהעיד כבני העיר ע"ש וא"ך הדרן לדינא דוקא אם יהיה להם ס"ת אחרת יכול הר"ן

הנז' להעיד ויזקיקהו לשבועה דאורייתא הלאו הכי נוגע הוי. זהו משנלע"ד להשיב בזה להפקת רצון החכם הפוסק שנדרש למה שלא היה אם היה דבנדו"ד הרי עדיו וחותמיו לפניו ופשוט דיוציא הספר להוליכו לאיזה מקום שירצה ולית דין ולית דיין ופשוט וצוי"ם יימ"ן החותם בין כס"א לעשו"ר משנתינו זאת לראו"ת טו"ב לפ"ק הלכ"ד הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכד

לעי"ת טאנז"א יע"א על אודות אשה אחת חמותו של סניור שלמה ן' עבו נר"ו שנתנה ס"ת בבה"ך בעיר טאנזא יע"א והיא אמרה שבעת הנתינה התנית בת"ג לפני שע"ך שהרשות בידה להוציאו מבה"ך ולהוליכו לכל מקום אשר תאוה נפשה והתנאי לא נכתב והעדים שכחו והן בעתה בעלת הספר רצתה להוציא הספר לעיר דאר לבידא ולהביאו בידה והקהל של בה"ך טוענים שהיא לא התנית שום תנאי ומאחר שהכניסה הס"ת בסתם בלי שום תנאי כבר זכו הם בס"ת והרי הוא בחזקתם ואינה יכולה להוציאו ועל זה שאל השואל מהו שורת הדין יומ"ץ:

קושטא קאי דעינינו ראתה מחלוקת הראשונים כמלאכים הלא המה הראשון אדם מהר"ם אלשיך זלה"ה הובאו דבריו בס' בנ"י חי"י חיור"ד סרנ"ב דס"ל במקדיש ס"ת אפי' הניחו סתם ולא פירש שרצונו להשקיעו שם באותו בה"ך ששם הניחו עכ"ז זכו בו בני בה"ך ואינו יכול להוציאו לבה"ך אחרת יעו"ש ובשיטתיה אזיל הרב מהרי"ט ומהריט"ץ כאשר כתב הרב בנ"י חי"י ז"ל נוסף על זה ה"ר משפטי שמואל והרב פמ"א גם הם אזלי בשיטת מהר"ם אלשי"ך הביא דבריהם הרב שמש צדקה חיור"ד סי"ד ע"ע:

וכנגד זה הוא הגאון הרא"ם ז"ל דס"ל דההקדשות שמקדיש האדם ומניחם בבה"ך יכול הוא להוציאם ולהוליכם לבה"ך אחרת שהוא מתפלל בה וכו' ובשיטתיה אזיל הרב מוהריב"ל וגם הרב מוהרש"ך גם הוא הכי נטתה דעתו של הרב בני חיי לבסוף דמהרש"ך בשיטת הרא"ם אזיל וכפירוש הרב פח"ד שפירש בדברי מהרש"ך יעו"ש בס' כ"ח סרכ"ח נוסף על זה הרב המבי"ט הכי ס"ל הביא דבריו הרב שמש צדקה יעו"ש:

אך כל זה דוקא במקדיש ואח"כ הניחו בבהכ"נ בסתם בזה הוא דנחלקו הרבנים הללו מיימינים והללו משמיאלים הואיל והוא קידש לה' שכבר הקדישו אבל אם לא קרא עליו שם הקדש בזה לא נחלקו וכמו שמוכרע מדברי הרב בנ"י חי"י בפירושו שרצה לפרש בדברי הרב מהרש"ך דבמניח סתם איירי אבל במקדיש ואח"כ הניחו סתם אזיל מהרש"ך בשיטת מהר"ם אלשי"ך ז"ל ועל פי פירוש זה משם בארה דאפי' מאן דס"ל דבמקדיש

והניח סתם אינו יכול להוציאו שהוא מהר"ם אלשי"ך וסיעתו עכ"ז היכא דלא קרא עליו שם הקדש מודה דיכול להוציאו יעו"ש בס' בנ"י חי"י וכ"כ הרב ש"ץ בפשיטות דבדלא קרא עליו שם הקדש לא דברו כלל והרשות בידו להוציאו וא"כ נקטינן בדלא קרא עליו שם הקדש לא נחלקו:

ועל פי זה ג"כ יש לנו לפרש דהכי פסק מר"ן בש"ע או"ח סקנ"ג ס"ך שכתב וז"ל יש מי שאומר שס"ת שהוחזק שהיה של אבותיו של ראובן אין הצבור יכולים להחזיק בו ע"כ והוא מפסק מהריק"ו שורש ע' הובאו דבריו בב"י וא"כ מן הראוי להשוות דעתו לדעת הרבנים הנז"ל דבמניח ס"ת בהיכל סתם ולא קרא עליו שם הקדש מיירי ומה גם דהכי מוכח מדברי הטו"ז בסקט"ו שהביא לתשובת רש"ל סט"ו שנשאל במי שהניח ס"ת בהיכל ומשם מדבריו מוכח דבמניח סתם איירי ופסק מהרש"ל דאין יכול להוציאו יעו"ש וכתב הרב הטו"ז דפסק מהרש"ל הוא חולק על פסק זה של הש"ע א"כ ש"מ מדשווינהו חלוקים ש"מ גם מר"ן אפי' במניח סתם ולא פירש שאינו מקדישו איירי דאל"כ לא הו"ל לשווינהו חלוקים גם הרב עט"ז אזיל בשיטת טו"ז זה יעו"ש וכן נמי דעת הרב שארית יוסף הביא דבריו הש"ך בס' רנ"ט סק"ו במאי דהוקשה לו פסקי מהריק"ו דפסק מר"ן באו"ח סקנ"ג סי"ח בכלי כסף שנהגו להביאם וכו' דאין להוציאם מאי שנא מס"ת דפסק ג"כ הש"ע בס"ך שאין הצבור יכולים להחזיק בהם ופסקי דינים אלו נראים כסתראי והוצרך לתרץ דשאני ס"ת הואיל ודרכו להניחו בהיכל דוקא וכו' לא כן בכלי כסף שאין דרכם להניחם שם בבהכ"נ מסתמא לא הניחם אלא משום דהקדישם יעו"ש ועל תירוץ זה הסכים הש"ך וקלסיה יעו"ש מתירוץ זה וחילוקו מבורר דס"ל דגם בס"ת במניח סתם איירי ולא בדפירש שיכול ליטלו ועכ"ז הואיל ואין לנו אומד הדעת שהקדישו אין להוציא מחזקתו:

הן אמת דתרוץ זה של הרב שארי"ת יוס"ף תמוה מאוד במה שכתב לא כן בכלי כסף שאין דרכם להניחם שם וזה הניחם וכו' דבר תימה הוא שהרי דברי מהריק"ו והש"ע מפורשים דלא היו מונחים בבהכ"נ איירי אלא מוליכם בחגים ובמועדים דוקא והם הפך דבריו שפירש איהו בדברי מהריק"ו וקושייא זו כבר נתעורר בה הרב שמש צדקה ומכח זה סתר תירוצו: אך עכ"פ נקטינן לדעתו של הש"ך והרב שארית יוסף וטו"ז ועט"ז דמר"ן בס"ך פירושו הוא במניח ס"ת סתם ולא היה עליו שם הקדש הגם דלא ידעינן דעתיה עכ"ז אין להוציא מחזקת הבעלים וגם יורשיו יכולים הם להוציאו וא"כ על פי דעת הרבנים האלה הנז"ל ודעדיפא על פי פסק מר"ן זה דעליו קא סמיכנא על פי פירוש זה של הטו"ז ועט"ז והש"ך וש"י הדין נותן באשה הזאת הואיל ובני בהכ"נ נראה מדבריהם שהיא

הנחתו בסתם ולא קראה עליו שם הקדש א"כ יכולה היא להוציאו על פי פסק הרבנים מהרא"ם ומהרש"ך ואפי' למהר"ם גאלאנט"י וכו' ועל פי פסק מר"ן לפי פירוש הטו"ז וכו': ברם דא עקא במאי דחזינן לכמה מפרשי הש"ע דלא ס"ל הכי תחלה וראש אביא לך מ"ש הרב מוהרי"ע ז"ל בס' מט"י בסקנ"ג וז"ל אין הצבור יכולים להחזיק בו עיין תשובת רש"ל הביאה הרב מג"ד ז"ל בסקי"ד דכתב דהבעלים נקראין מוציאין ועליהם הראיה וכתב הרב מג"ד דהוא חולק על פסק הש"ע ואינו מוכרח דהא מהריק"ו שהביא מר"ן כתב דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו ע"מ כן שיקראו בו הרבים ושיהיה תמיד מונח בבהכ"נ עד יום פקוד אותו הבעלים ע"כ וא"כ כיון דמתחילתו היה על מנת כן הרי חזקה של אבותיו היה אפילו אחר שהונח בבהכ"נ לכך לא פקעה חזקה בלא ראיה אבל רש"ל מיירי בסתם ואדרבא אמרינן חזקה אקדשיה כיון דלא היה ג"ד בהבאתו לבהכ"נ ועיין בהג"ה ש"ע ביור"ד סרנ"ט סוף ס"ב עכ"ל הרי לפניך דהרב מוהרי"ע ז"ל ס"ל דלא דבר מר"ן במניח בבהכ"נ בסתם אלא בידוע שלא הביאו להניחו אלא על דעת יטלנו יום פקוד אותו הבעלים כידוע להם ע"פ המנהג הקבוע ובזה לא פליגי מהרש"ל והש"ע ותרוויהו ס"ל כדעת מהריק"ו ומרא"ח ולא פליגי כמו שנבאר בס"ד:

וכן נמי מבורר יוצא כדעת הרב הנז' בלבוש סקנ"ג ס"ק שכתב וז"ל ס"ת וכו' שכן הדרך שמשאילין ס"ת לבהכ"נ ושתהיה מונחת שם עד יום פקוד הבעלים אותה וכיון שכן אין שייך בה טענת חזקה ע"כ הרי לך דחילוקו של הלבוש כדברי הרב מוהרי"ע ז"ל וכן ראיתי לרב אחרון חביב הרב מאמר מרדכי שכתב בסקנ"ג סק"ג וז"ל לכאורה יש להקשות דמ"ש מסי"ח דאמרינן הקהל רשאין לתופסן וכו' וראיתי במהריק"ו הביאו מר"ן ז"ל שכתב דאין חזקה בס"ת שהדבר ידוע מעיקרא נעשה ע"ד שיקראו בו ברבים עד יום פקוד אותו הבעלים ע"כ וכפי הנראה כתב כן כדי ליישב ההיא דסי"ח וכ"מ בלבוש עכ"ל הרי לך דלזה נתכוון הלבוש בטעמו וכן דעת הרב מאמר מרדכי הנז' דמר"ן בס"ך מיירי דוקא בידוע ומפורסם המנהג דכל מי שמניח ס"ת בהיכל איני מניחו אלא עד יום פקוד אותו יטלנו לא כן בסי"ח בכלי כסף דלא היה מנהג קבוע וידוע ופשוט:

וכן נמי בא הדבר מפורש ג"כ בדברי הרב מג"א בקנ"ג שכתב על פסק הש"ע דסי"ח שכלי כסף שנהגו להביאם וכו' דיכולים הקהל לתופסן כתב המג"א סקמ"ג וז"ל ואיתא במהרי"ק שורש קס"א דאפילו יש מנהג להוציאם לחולין אין לילך אחריו ע"ש ועכשיו המנהג פשוט שנשארים ברשות הבעלים וא"כ כאלו התנו בעליהם עסקנ"ד ס"ח עכ"ל ופירש שם הרב מחצי"ת השק"ל בכוונתו ז"ל דאפילו יש מנהג וכו' אין לילך אחריו וכו' ר"ל דלא הוי בימיו מנהג קבוע זה ולכן כתב מג"א דעכשיו המנהג פשיט וכו' והוי כאלו

התנו ומהאי טעמא כתב מהריק"ו ז"ל גופיה בתשובה היש מי שאומר שכתב בש"ע ס"ך שבס"ת אין הצבור יכולים להחזיק דבס"ת גם בימי מהרי"ק היה מנהג קבוע וכמ"ש הרב"י בשמו וז"ל דלא שייך חזקה בס"ת העשוי מתחילתו ע"מ שיקראו בו רבים ושיהיה תמיד מונח בבהכ"נ עד יום פקוד אותו הבעלים עכ"ל הרי לך ג"כ דהרב מחצי"ת השק"ל גם הוא דעתו במג"א דמר"ן בס"ך בדהיה מנהג ידוע וקבוע איירי הלאו הכי דין ס"ת כדין כלי כסף דסי"ח ותו לא מדי:

וכן נמי ראיתי לרב אחרון היא חת"ס סופ"ר בחח"מ סקמ"ג שנשאל על ענין ס"ת ובאגב בתוך דבריו כתב וז"ל והנה יש שני מיני ס"ת אחד של צבור ממש שקנו בדמיהם ואותו נמכר על ידי שבעה טוב"ה והשני ס"ת שמסרו היחיד לצבור וגם אותו שייך לצבור ואין היחיד יכול להוציאו כמבואר בש"ע או"ח בסקנ"ג ובמג"א ומ"מ אין הצבור יכולים למוכרו וכו' עכל"ה ולכאורה דברי הרב תמוהים היכן נמצא בדברי הש"ע ובמג"א ז"ל סקמ"ג דס"ת שמסרו לצבור אין יכול להוציאו מידם אדרבא שם בס"ך פסק הש"ע בהפך ובמג"א לא נזכר מזה כלל אלא ודאי מוכרחים לומר דהרב חת"ם סופ"ר ז"ל מעשה דידיה היה בס"ת שלא הקדישוהו בעליו איירי וגם לא היה מנהג קבוע שמניחים אותו עד יום פקוד אותו בעליו איירי על כן פסיקא ליה מילתא דהואיל והניחו בסתם ולא היה מנהג קבוע דין הוא שאין יכול להוציאו ויסד דינו מדברי הש"ע ע"פ דברי המג"א סקמ"ג שמבורר בו דדינא דסי"ח בדלא היה מנהג קבוע איירי וא"ך לא שאני לן בין ס"ת לכלי כסף דהואיל וליכא מנהג קבוע מסתמא אמרינן אקדישיה א"ך מוכרח לדעתו של הרב ח"ס דגם הוא סובר דפסק מר"ן בס"ך בס"ת בהיה מנהג קבוע וידוע איירי כמו תרוץ הרבנים האלו שהביאנו דעתם באחרונה. ועדיפא מזה הוא דכך הוא פסק מרן מור"ם עצמו ביור"ד סרנ"ט סוף ס"ב שכתב וז"ל וכל זה במקום שאין מנהג ידוע בעיר אבל במקום שנוהגים שהגבאים או בני העיר משנים לכל מה שירצו או אפי' במקום שנוהגים שאדם משים איזה דבר בבהכ"נ כגון ס"ת או כלי כסף וכדומה וכשירצה חוזר ולוקחו וכשיורד מנכסיו מוכרו לאחרים הולכים אחר המנהג דכל המקדש אדעתא דמנהג הוא מקדש ולב ב"ד מתנה עליהם ובלבד שיהיה מנהג קבוע עכ"ל וכתב הרב המרשים דדין זה פסקי מור"ם מדברי מוהריק"ו שורש קס"א יעו"ש ובדקתי בהרב"י ביור"ד וראיתי דדברי מוהריק"ו שורש קס"א שהביא לא נזכר בהם ס"ת כי אם נרות ושלשלאות שמביאים לבה"ך דשם שם כתב אם היה מנהג קבוע וכו' אבל ס"ת לא נזכר ומהיכן למד מור"ם גם לס"ת אלא ודאי דמור"ם הכי פסיקא ליה דאין חלוק לדעת מוהריק"ו בין שלשלאו' לס"ת כולהו דין אחד להם דאם יש מנהג קבוע להוציאם בין בין ואם אין מנהג קביע

אינו יכול להוציא לא לכלי כסף ולא לס"ת וא"ך הוא מוכרח לדעת מור"ם לפרש דמאי דפסק מהריק"ו שורש ע' והביאו הרב"י באו"ח בסקנ"ג ופסקו בש"ע ס"ך דיכול להוציא הס"ת הוא דוקא ביש מנהג קבוע וידוע ומפורסם ומאי דפסק בש"ע מדברי מוהריק"ו בכלי כסף שאינו יכול להוציא וכו' הוא במקום שאין מנהג מפורסם נמצינו למידין דמר"ן ומור"ם בשיטה חדא קיימי על פי פירוש המג"א וכו' בדברי מר"ן וכולהו מפסקי מהריק"ו ובסגנון אחד נתנבאו והן הם דברי הרב מוהרי"ע זלה"ה בספרו מט"י שהביאנו לעיל שכתב דלא כדעת הרב מג"ד אלא דס"ל דלא פליגי מר"ן בש"ע ס"ך עם מהרש"ל אלא דמהרש"ל איירי במניח סתם והש"ע איירי בהיה מנהג קבוע דודאי לא אקדשיה וכתב על זה בסוף דבריו וז"ל ועיין בהג"ה ביור"ד רנ"ט סוס"ב ע"ך כוונתו לומר דכמו דפירש כאן איהו בדברי מר"ן כן הוא מפורש בדברי מור"ם ביור"ד סרנ"ט זוהי כוונתו ותו לא מדי נמצא לדעת הרב דינא דמר"ן הוא דמור"ם:

ובאמת לע"ד נראה דמוכרחים לומר כן דאצ"ך אם אמור נאמר דמור"ם פליג דלדעת מר"ן במניח סתם אפי' ליכא מנהג קבוע ומור"ם ביור"ד פליג ובעי מנהג קבוע וכמו שפירשו לדברי מר"ן הטו"ז והעט"ז וכו' א"כ יש להקשות על מור"ם למה בש"ע או"ח סקנ"ג ס"ך לא הגיה כלום שם במפה ולומר דדוקא אם יש מנהג קבוע וכמו שכתב ביור"ד ומה זו שתיקה אלא ודאי דלא נזכר ולא עלה על דעתו של מור"ם לפרש דברי מר"ן דס"ך אפילו באין מנהג ידוע איירי חדא הואיל ומדברי מהריק"ו כך מפורשים דבהיה מנהג קבוע איירי והגם דמר"ן סתם הדברים עכ"פ סתמו כפירושו הואיל ובסי"ח פסק בכלי כסף במקום שאין מנהג אין יכול להוציאו משם מוכרע לכאן דבים מנהג איירי ולכך לא הוצרך להגיה וא"כ ודאי מר"ן ומור"ם בחד שיטה קיימי ואפילו מי שירצה להתעקש בזה עכ"פ הדרן לכללין דכל מקום שלא גילה מר"ן דעתו נקטינן כמור"ם ומור"ם הרי גילה דעתו דבמקום שאין מנהג ידוע אין להוציא ומה גם דגם מר"ן גילה דעתו קרינן כאן: נקטינן מכאן הואיל ומצינו להני חבל נביאים הרמג"א ומחצית השקל דאזיל בשיטתיה ומוהרי"ע והרמ"א מרדכי ז"ל והרב חת"ם סופ"ר דכולהו סברי דמר"ן לא פליג על מהרש"ל ולא דבר מר"ן אלא בדהיה מנהג קבוע וידוע וגם הרב הלבו"ש הכי פסיקא ליה ועילא מכל זה הוא מור"ם דקי"ל כוותיה גילה דעתו דבתר מנהג קבוע אזלינן הכי נקטינן: ועל פי הנחה זו ג"כ בדברי מר"ן כך יש לנו לפרש דברי הש"ע בחומ"ש ס' צ"ז סכ"ג דכתב וז"ל ואפילו ת"ח אין מניחין לו ספריו ואפי' ס"ת וכו' צריכים אנו לומר דמר"ן אזיל לשיטתיה באו"ח קנ"ג ס"ך דהיינו במקום דאיכא מנהג קבוע לקחת ספרו בידו לעת פקודתו איירי ופשוט ולדעתי ג"כ פשוט דלזה נתכוין הרב פת"ש בחומ"ש צ"ז סק"ט

שכתב וז"ל ואפי' ס"ת עיין בספר חתם סופר ח"מ סקמ"ג מ"ש בזה ע"כ ודברי ח"ס שרמז כאן הרב פת"ש הן הם שהבאתי לעיל ובודאי דלזה נתכוון הרב פת"ש לומר דהרב ח"ס מפרש דוקא באם יש מנהג קבוע דאם אין מנהג רי פסק בס' קמ"ג דאין יכולים להוציא מיד הצבור:

הן אמת דחזה הוית להרב יוא"ל בס' תוש"י סמ"ג דכתב שם וז"ל דסתם ס"ת דלא הקדישו בע"ח גובה ממנו וכמ"ש בס' צ"ז סכ"ג ה"מ בסתם ס"ת שלא הקדישו וכו' אבל אם הקדישו אינו גובה ממנו יעו"ש בדבריו עד לסוף הפסק דמשם מבואר יוצא דבעינן דוקא שיקדישנו בפירוש הוא דאין יכול להוציאו וכל שלא הקדישו אלא הניחו בסתם יכול להוציאו ולא תלה במנהג כלל וממנו משמע דדברי הש"ע בחומ"ש אפילו במניח סתם איירי כל שלא הקדישו בפירוש יכול להוציאו וא"ך ממנו נלמד גם לנדו"ד לדעתי נראה דאין לסמוך על פסק זה דהרב יוא"ל זלה"ה גם הוא אזיל בשיטת טו"ז והש"ך והרב ש"י דס"ל דמהרש"ל ז"ל חלוק על הש"ע וכמו שהובאו דבריו ג"ך בס' ע"ד דעל פי דברי הש"ך וש"י וטו"ז סמך מר ניהו רבה פיסקו יעו"ש ואנן בדידן לפנינו נגלו ספרי הפוסקים קמאי ובתראי כגון הרב מוהרי"ע והרב מאמ"ר מרדכ"י והרב ח"ס ומה גם לא ידענו מה נענה בדברי מור"ם על הגם דרב יוסף סינ"י וחביבם דברי דוד על הפסקנים בנדון כזה אין דעתי נוטה להניח כל להקת הפוסקים ומור"ם על גביהם דמזכו לצבור במקום שאין מנהג ואנן ניקום ונוציא מידם:

גם ראיתי בס' שמש צדקה חלק יור"ד סי"ד שמיישיב לדעתו הני פסקי דמהריק"ו דסי"ח וס"ך וכתב וז"ל לכן לבי אומר לי דמהריק"ו ז"ל בשיטת מהרש"ך אזיל דבס"ת ס"ל דאדעתא דהכי הניחו כדי שיהיה מונח שם לקריאת הרבים עד יום פקוד אותו הבעלים דעיקר כוונתו היתה לקרות בו הוא ובניו בכל מקום שילך והיה עמו וקרא בו כל ימי חייו הוא ובניו כל הימים אבל בכלי כסף דליכא למימר הכי ודאי אחר מיתתו זכו הקהל וכו' עכל"ה והנה לפי טעם זה נראה דגם הוא יכול לפרש דברי מר"ן דבמניח סתם מיירי אבל עכ"פ אפי' לפי טעם זה היינו דוקא אם היה בעל הס"ת איש המחוייב במצות דדעתו הוא משום וקרא בו כל ימי חייו הוא ובניו אבל בנדו"ד שבעלת הס"ת היא אשה דלא מפקידא במצוה זאת כמ"ש בעל ספר החינו"ך במצוה תרי"ג שכתב מצות עשה שכל איש מישראל יכתוב ס"ת שנאמר כתבו לכם וכו' ומצוה זאת נוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים ולא בנקבות ע"ך וא"ך בנדו"ד ליכא טעמא דמהרש"ך דדעתו הוא ללמוד כל ימי חייו וא"ך הדר דינא דס"ח של אשה כדין כלי כסף שאין יכול להוציאם לא הוא ולא זרעו עיין בטו"ז בסקנ"ג סקי"ד ע"ש:

והגם דבטעמו דמהרש"ך נקט דדעתו הוא כדי לקרות בו הוא ובניו כל הימים וכן פסק מר"ן דיכולים בניו להוציאו וא"ך לפי טעמו דהרב שמש צדקה שאומר דמר"ן עצמו טעמו הוא כמהרש"ך משום וקרא בו וכו' א"ך הרי מר"ן פסק דגם בניו יכולים להוציאו ובודאי משום וקרא בו הוא ובניו כל הימים וכמ"ש מהרש"ך ואיך נדו"ד ג"ך הגם דאשה זאת לאו בת קריאה היא דילמא דעתה משום בניה:

אלא דזה אינו דודאי משום הבן לחוד לא אמרי' לא הקדישתו ולא הניחתו להשתקע בבה"ך בשביל שיקרא בו בנה דבשלמא אם איהו עצמו בר קריאה אמרינן מסתמא לא אקדשיה בשביל קריאתו וא"ך הואיל ולא אקדשיה הגם דכבר מת יכולים הבנים להוציאו דהואיל ומעולם לא הוקדש וברשות האב הוה קאי והם אתו מכח האב אבל אם הוא לאו בר קריאה ודאי דאין האב בדעתו שלא יהיה הקדש וישאר לבניו כדי ללמוד בו וחילי הוא ממה שמצאתי ראיתי להרב ש"ץ שהביא לתשובת מהרי"ט חי"ד ס"ד שנסתפק בס"ת שהקדישוהו בעליו בלשון זה אני מקדיש ס"ת זה ע"מ שאם אלך מהעיר הזאת עם ביתי שיהיה לי רשות להוליכו עמי לכל מקום שאלך וכו' ומבעייא ליה אם נשאר אותו זכות ליורשיו אחריו להוליכו לכל מקום וכו' ויש להסתפק בנדו"ד שאם לעצמו לא שייר בגוף הס"ת אלא מצות קריאה בלבד מי אמרינן דכי קפיד אדידיה דוקא משום מצוה דידיה שחייב להיות לו ס"ת לעצמו ואם יניחנו ויצא לא קיים המצוה בהכי אבל בנו שאינו יוצא בשל אבותיו כדאמרינן בסנהדרין בפ"ג דאעפ"י שהניחו לו אבותיו ס"ת מצוה לכתוב משלו הלכך לא קפיד שיוליכנו בנו עמו וכו' ומוהריט"ץ בס' ר"י נשאל על זה והשיב דלאחר מותו בטלה זכותו דדוקא בעודו בחיים התנה משום וקרא בו אבל משום בניו לא עכל"ה וכתב הרב ש"ץ על דבריהם אלו וז"ל שמעינן מינה תרתי חדא וכו' דמילתא דמהרי"ט מספיקא ליה דדילמא לדידיה דוקא שייר משום מצוה דידיה ולא בבנו שאינו יוצא בשל אביו למהריט"ץ פשיטא ליה דדוקא לעצמו ולא לזרעו עכל"ה של הרב ש"ץ ז"ל הרי לפניך דלעולם אין כוונת האב להיות על הבן שישאיר הס"ת בשביל בנו דהואיל ואין הבן יוצא בשל אב מעולם לאו דעתיה עלויה וא"כ מוכרח לומר כדאמרן דמאי דפסק מר"ן בס"ך דבניו יכולים להוציא הס"ת וס"ל להרב ש"ץ דטעם מר"ן הוא כדעת מהרש"ך משום דודאי לא אקדשיה מטעם קרא דכתיב והיתה עמו וכו' לאו למימרא דגם מה שמוציאים אותו בניו הוא דדעת האב שלא יהיה ג"כ מוקדש בשביל בנו אלא דלעולם דעתו על עצמו דוקא וא"כ הואיל ומשום עצמו לחוד לא אקדשיה א"כ נשאר ברשות האב ואזי בניו ירשו זכותו ודו"ק וא"כ אתייא מביניא על האשה הזאת

דלאו בת קריאה היא הדר דינה בס"ת זה כדין כלי כסף ומשום קריאת בניה הרי ביררנו דאין דעת האדם על הבן מכ"ש האשה:

ועדיפא מזה האשה הזאת בלאו הכי מן השאלה מבורר דלאו בת בנים היא ובתה יורשתה וא"כ פשוט דס"ת זה דין כלי כסף יש לו אליבא דכל הפוסקים שהביאנו בשיטתינו ונוסף ע"ז גם הרב שמש צדקה:

תבנא לדינא הואיל וביררנו לדעת הרב מג"א והרב מחצית השקל והרב מוהרי"ע ומאמר מרדכי והרב ח"ס דדעת מר"ן דס"ך היא דוקא במקום מנהג קבוע וידוע ובמקום שאין מנהג ידוע והניחו בסתם אינו יכול להוציאו כדעת מהרש"ל וגם הרב הלבוש הכי ס"ל וכמה פוסקים אחרים ועילא על כולהו כדאמרן דמור"ם דקי"ל כוותיה הכי פסיקא ליה א"כ קם דינא דאין אשה זו יכולה להוציא מיד הקהל האומרים דהכניסתו סתם ועליה להביא ראיה שהיא התנית כדי שתוציא מהם דהמע"ה והגם דהרב יואל בס' ע"ד בפסק דידיה כתב דהיורשים קרוים מוחזקים יעו"ש כבר כתבנו דהרב יואל הוא מכת הסוברים דדברי מר"ן דס"כ אפי' במניח סתם ולא פירש שיטלו איירי ואפי' במקום שאין מנהג קבוע וכבר כתבנו דאין לנו להניח דברי חבל נביאים דמפרשי בהפך וניקום ונוציא מיד הצבור ותו לא מידי:

אך כל זה שכתבתי הוא הלכה למעשה ע"פ הדין אך באמת מידע ידענא כמה בני אדם שנתמוטטו אנשים ונשים וירדו מנכסיהם רח"ל והוציאו הס"ת שלהם מהיכל הקודש ימכרו אותם למצוא טרף לביתם ולשלם לנוגשים אצים וכד שאלנו לזקנים אמרו שכך נהגו כל מי שלא כתב בפירוש ספרי קודש לה' עדיין יד הבעלים שולטת בהם לעשות בהם חפצם ורצונם ואפילו תפוחי זהב וכסף שעושים לביה"כ שמוליכים בחגים ובמועדים כך אנחנו נוהגים וא"כ הדר דינא ע"פ המנהג הואיל והמנהג ידוע ומפורסם דכל מי שהקדיש סתם עדיין לא יצא מרשותו ויכול להוציאו בכל עת וזמן א"כ גם אשה זאת יכולה להוציא הואיל והכניסתו סתם ולא הקדישה אותו ע"פ דברי הקהל במאמרם שאמרו:

והגם דנראה מדבריהם שאומרת שהיא התנית שתוציאנו בכל עת וזמן נראה דס"ת עשאה אותו הקדש דלפי מה שכתוב בשאלה שהיא אמרה שבעת הנתינה התנית בת"ג לפני שע"ך שהרשות בידה להוציא הס"ת מבה"כ לכ"מ אשר תאוה נפשה הן לבה"כ אחרת הן לעיר אחרת וכו' מדברים אלה נראה פשוט שעשתה אותו הקדש דאל"כ למה הוצרכה להתנות הואיל ולפי מה דכתבנו ע"פ המנהג כל זמן שלא הקדישה יכולה להוציאו למה הוצרכה להתנות וכעין זה ממש כתב הרב פח"ד על דברי מהרש"ך דמפרש בהם

דמהרש"ך ודאי בדהקדיש איירי דאל"כ למה הוצרך בעל הס"ת להתנות דגם שם היה תנאי כנדון זה ומכח זה הוצרך הרב מהרש"ך לומר מדהתנה בדהקדישו מיירי והודה לו לבסוף הרב בני חיי להרב פח"ד וכן נמי הרב שמש צדקה ז"ל קיים גם הוא פירוש דברי הרב פח"ד דמהרש"ך הגם דדבריו סתומים ודאי בדהקדישו מיירי מכח קושיא זו דאל"כ למה התנה וא"כ גם כאן הואיל והאשה אמרה שהתנית נראה דודאי הקדישה אותו:

ומה גם בנדו"ד כך מוכח מדבריה שאמרה התנית להוציאו מבה"כ זו ולהוליכו לבה"כ אחרת ש"מ דאין לה כח אלא להוליכו מחיל אל חיל לא להוציאו לחולין וא"כ לפי זה דהקדישה אותו אפי' יהיה מנהג קבוע שכל מכניס ס"ת סתם מוציאו בכאן שהוא הקדש ליכא מנהג וא"כ הדרן לדינא דמחלוקת הראשונים מהר"ם אלשי"ך והרא"ם וכו' ובפרט דמר"ן בדין זה גילה דעתו בדבר שהוא הקדיש שאין יכול להוציאו כמ"ש בכלי כסף בסי"ח דהואיל ומסתמא אמרינן הקדישם פסק שם דאין יכול להוציא מבה"כ שהיו שם ועיין טו"ז שם סקי"ד:

אלא דגם לזה מצאנו ארוכה ומרפא דהואל והקהל המוחים בידה אינם טוענים שהיא הקדישתו אלא מפיה אנו חיים א"כ גם כאן ממ"נ יש בידה יכולת להוציאו דאי כדעת הקהל שהכניסתו סתם דלא שמעו ההקדש כבר ביררנו ע"פ המנהג יכולה להוציאו ואי אמרינן ס"ת זו שאמרה היא הקדישתו לית ביה מנהג הרי גם היא אמרה שהיא התנית והפה שאסר. הוא הפה שהתיר וסברא זו ממש כתבה הרב שמש צדקה בחיור"ד סי"ד שכתב משם מהר"ם אלש"ך וז"ל שם ועוד כתב אך אם יש לומר שכיון שלא נודע היותו כ"א על פיו והוא אומר שהיה בתנאי כאשר נאמינהו במאי דאמר שהקדישו נאמינהו ג"כ במה שהיה תנאי עכל"ה ע"ש א"כ אין לסתור הדין ע"פ טענת דבריה ודיינין כאן ממ"נ תוציאנו דאם הוא כדברי הקהל כבר אמרנו המנהג הוא להוציא ואם כדבריה שהיא הקדישתו הרי אמרה תנאי היה והפה שאסר התיר ותו לא מידי. כ"ד הצעיר החותם בסדר לשמור מצותיו וחוקותיו הכתובה בספר התורה הזה. כאן שנ"ה ה"ן צדק לפרט מה"פ פה סאלי יע"ה וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכה

תשובה לקהל פארא בראזיל יע"א. יודע למעלתכם על מה שבקשתם ממני לחוות דעתי הקלה בענין הפרוכת שעשו נשים זונות לבה"כ גם מה שמביאים נדרים ונדבות לביה"כ הי"ג אם מותר לקבל מהם או לא וההוא אמר שהוצרך לשאול משמכם להוציא מלב

האומרים שיש איסור בדבר משום לא תביא אתנן וכו': דעו לכם ידידים דעיקר האי קרא לא קאי אלא על הקורבן שקרב ע"ג המזבח דוקא הוא שאסור להביאו מן האתנן ומה שקרוי אתנן הוא האומר לזונה הילך טלה בשכרך והבעלי לי זהו שאסור להקריב ע"ג המזבח הוא עצמו אבל אם נתן לה מעות ולקחה בהם קורבן הרי זה כשר זהו דין אתנן האמור בתורה כמו שמפורש כל זה במסכת תמורה דף כ"ט ופסקו הרמב"ם הל' איסורי מזבח פ"ד יעוין כל זה שם באורך דמשם באר"ה דלא נאמרו איסורי אתנן זונה אלא לאיסור קרבן דוקא ע"ג המזבח אבל לעשות מהאתנן עצמו שאר מצות אין לזה עיקר לא מן הגמרא ולא מדברי שלשה עמודי הוראה ולא מדברי שאר פוסקים זולת דוקא מדברי רבינו ירוחם נתיב כ"ג והביאו הד"מ באו"ח סקנ"ג ס"י ופסקו במפה שם סנ"ג ז"ל אסור לעשות מאתנן זונה דבר של מצוה כגון בית הכנסת או ס"ת ודוקא מהאתנן עצמו אבל אם נתנו לה מעות באתנן מותר לקנות דבר מצוה עכל"ה וכתב שם המג"א סקמ"ה וזל"ה ונ"ל דבבה"כ נקטינן לקולא דאינו אלא מדרבנן דקרא משתעי דוקא בבית המקדש וכו' ולכן נקטינן בספיקו לקולא וכו' יעו"ש:

א"ך אתאן לנדו"ד אין כאן שום איסור כלל חדא אפילו אי הוה ידוע לנו דמעות אלו ממש שקנו בהם הפרוכת או שהתנדבו הן הם המעות שקבלה מהבועל באתנן עכ"ז מותר לקנות מהם דבר של מצוה כמו שמפורש בגמרא ובהרמב"ם כמ"ש לעיל וכמ"ש רי"ו עצמו שפסק מור"ם כאן וכתב ז"ל אבל אם נתנו לה מעות באתנן מותר לקנות בהם דבר מצוה וכו' מכ"ש בנדו"ד דאין ידוע דמה שמתנדבים הזונות אם הם ממעות אתננם עצמו או ממעות אחרים שאין שם אתנן עליהם דכמה מעות שנוטלים הזונות ואין שם אתנן עליהם עיין בקצור בבאה"ט או"ח סקנ"ג סקל"א א"כ פשוט דמותר בלי שום פקפוק דהא אפי' אם היו יהיה לנו ספק אם הפרוכת עצמה קבלה באתנן ושם אתנן עלה או שמא קנתה אותה ממעות אתנן הרי זה הפרוכת מותרת מכח שהדבר ספק דילמא היא עצמה נתקבלה באתנן או דילמא קנויה ממעות אתנן דאזי אליבא דכ"ע אפי' רי"ו ס"ל מותר וכמש"ל פסק מור"ם משמו עכ"ז הואיל והדבר ספק הרי קי"ל דספיקו מותר כמש"ל משם המג"א קו"ח בן בנו של קו"ח דודאי אין מדרך ליתן פרוכת באתנן ובודאי אינה אלא קנויה במעות וספק אם קנויה ממעות ששם אתנן עליהם אין זה נכנס בגדר שים ספק והיתר גמור הוא:

ומה גם לכשתידוק דמעות נשים אלו לא נכנסו בכלל איסור זה דאתנן זונה דהא שם במור"ם בס' קנ"ג סיים וכתב ז"ל ולא מיקרי זונה אלא איסור ערוה אבל אלו הפנויות הקדשות שמקדישות דבר מותר לקבל מהם ע"כ ופירוש איסור עריות הם העריות

המפורשים בתורה כגון אחותו או אשת איש וכו' וכו' דהיינו מי שחייב על ביאתה כרת זהו שקרויה זונה ואתננה אסור לדבר מצוה לדעת רי"ו דפסק מור"ם אבל כל מי שאינו בחיוב כרת אין בה שום איסור אתנן לדבר מצוה כמ"ש מור"ם הנז' בהג"ה:

הן אמת דלגבי איסור זונה לכהן מצינו להש"ע באהע"ז ס"ז ס"ח שם כתב וז"ל איזו היא זונה כל שאינה בת ישראל וכו' אבל הנבעלה לאחד מאיסורי לאווין השוין בכל או מאיסורי עשה ואין צריך לומר למי שהיא אסורה לו משום ערוה או לכותי ועבד הואיל והיא אסורה לינשא לו הרי זה זונה וכו' עכל"ה וא"כ הרי מצינו דלא בעינן שתהיה בחיוב כרת אלא כל שהיא באיסור לאו וגם הנבעלת לכותי ועבד הרי זה קרויה זונה וא"כ גם זונות אלו המופקרות לשכור עצמן לא ימנע שנבעלים לעבדים ולכותים עכ"ז לא קרב זה אל זה דדוקא לאיסור כהונה הוא דהחמירו לעשות זונה מחייבי לאוין ומחייבי עשה ומהנבעלות למי שהוא פסול להן אבל לענין המקדיש לדבר מצוה לא אסרו אלא אתנן זונה שהיא בחייבי כרת דוקא וכמ"ש כל זה המג"א בס' קנ"ג ס"ק מ"ח בסוף דבריו ז"ל וכתב כאן איסור ערוה כלומר דוקא חייבי כריתות כיון שיש מחלוקת בחייבי לאוין נקטינן לקולא כאן שהאיסור מדרבנן וכמ"ש לעיל עכל"ה:

נקטינן מכל האמור דמעיקרא ובראשונה אין ראוי לכנות כלל שם אתנן זונה על הפנויות האלו הואיל והם כי אם מופקרות בעלמא ואין עליהם חיוב כרת דהיינו אינם מחייבי כריתות ובפרט אפי' אלו היו זונות אלו ממחויבי כריתות אין לנו לאסור אלא דוקא הדבר עצמו שניתן להם באתנן אותו דבר עצמו הוא שאסור לו להביאו בעיניו אבל למוכרו ולהביא חליפיו דבר מצוה או יתנו לה מעות באתננה ותקנה בהם דבר מצוה מאן יהיב לבית אלהינו משופרי שופרי. כל זה הוא מדינא:

אבל אם נראה בעיניכם הפקוחות לאסור אס"ר משום מגדר מלתא שעל ידי זה יהיו גדורים מן העריות הטוב בעיניכם תעשו וה' אלהיכם יעזרכם על דבר כבוד שמו אכי"ר בסדר והתקדשתם והייתם קדושים כאן שנ"ה נאד"ר בקד"ש פה סאלי יע"ה וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכו

ישראל ועכו"ם שכרו רחיים הטוחן ע"י בהמות בשותפות כיצד יתנהגו להתיר שכר שבת בין על טחינת הריחיים בין על הבהמות שהם ג"כ בשותפת והעכו"ם טוחן בהם בשבת יומ"ץ:

תשובה הנה מצאנו לרבינו הטו"ר בס' רמ"ה שכתב ז"ל ישראל ועכו"ם שקבלו שדה בשותפות לא יאמר ישראל לעכו"ם טול אתה חלקך בשבת ואני בחול ואפי' לא אמר כן אלא כשבאין לחשבון אומר הישראל אטול יום הראשון נגד יום שבת שנטלת אסור אבל אם מתחילה כשקבלו השותפות התנו שיטול העכו"ם של שבת והישראל יום ראשון כנגדו מותר ור"י היה מתיר בתנור שקבלו בשותפת אפילו לא התנו דדוקא בשדה אסור לפי שחלק הישראל מתעלה ומתרבה באותה מלאכה שעשה העכו"ם בשבת אבל בתנור שאין חלק ישראל מתעלה בכך מותר לחלק ולומר יהיה שלי בחול ושלך בשבת ור"ת אוסר וכן דעת הרמב"ם ז"ל שכתב ומשתתף עם העכו"ם במלאכה או בסחורה אם התנו וכו' ומלאכה דומה לתנור שאין חלק ישראל מתעלה במה שהעכו"ם עושה ואסור בלא התנו וכו' ואם לא התנו תחלה וגם לא באו לומר שיקח הישראל יום אחד כנגד השבת אלא חלקי סתם מבעייא ולא אפשיטא וכתב א"א הרא"ש ז"ל כיון דספיקא דרבנן הוא אזלינן לקולא ואין צריך להניח לעכו"ם ליטול שכר השבתות לבדו אבל מדברי הרמב"ם ז"ל יראה לחומרא שכתב ואם לא התנו ושכר השבת אינו ידוע יראה לי שהעכו"ם יטול שביעית השכר והשאר חולקין בשוה עכל"ה וראינו שם להרב"י ז"ל שכתב דמה שהיה מתיר ר"י לא עשה ההיתר בהחליט אלא כמו שמוכח מדברי התוס' שהיה רוצה להתיר וחזר בו והביא ראיה לדברי ר"ת דאוסר וסיים הרב"י וכתב דכן מדוקדק מלשון רבינו הטור שכתב ור"י היה מתיר דמשמע היה מתיר מתחלה אבל לא בסוף שהרי הודה לדברי ר"ת ע"כ והגם שראיתי להרב הלק"ט ח"ב סק"פ שחלק על הרב"י במה שפירש בדברי הטו"ר הכי וזל"ה הלק"ט כתב הרב"י או"ח סרמ"ה גבי ור"י היה מתיר בתנור שקבלו בשותפות דהטור דייק בלישניה לומר ור"י היה מתיר דמשמע היה מתיר בתחלה אבל לא לבסוף אין זה ראיה דבכמה דוכתין אשכחן בהאי לישנא ובס' הר"ע הר"מ מרוטנבורק היה אומר ובס' תקס"ג ר"ת היה אומר דהוה קבלת תענית בהרהור בשעת מנחה והוא ז"ל פסק כן אלא אדרבא איכא למימר דהיה אומר ר"ל מרגילא בפומיה כדאמרן בהנהו היה אומר דמס' אבות עכ"ל עכ"פ אנן בדידן לא איכפת לן דאין לנו אלא דברי מר"ן דלא סבר כלל לסברת ר"י לא בב"י ולא בש"ע וגם דברי הלק"ט לא נתכוון בדבריו אלו לפסוק כר"י אלא כוונתו לדקדק על מה שדקדק הרב"י בדברי הטו"ר שאין בדקדוקו דקדוק אבל לעיקר דינא ודאי לא יחלוק. ובעיקר דקדוקו לקוצ"ד נראה דבשלמא היה אומר הואיל ומלתא יתירתא היא צריך לומר מרגלא בפומיה הלאו הכי מאי היה אומר דלא הול"ל אלא ר' פלוני אומר ועל זה הוצרכו לפרש מרגילא בפומיה ויגד עליו רעו שמואל הקטן אומר בנפול אויבך אל תשמח דמקרא מלא ומוכרח לפרשו מרגילא בפומיה אבל בכאן

ר"י היה מתיר אם נפרש היה רגיל למה צריך לומר היה רגיל דיי ליה ור"י התיר וכו' ואנן ידעינן שלעולם עומד הוא בסברתו אלא ודאי היה מתיר שבכאן פירושו הוא היה מתיר בתחילה ואח"כ חזר בו: אלא דלפי חילוק זה יש לדקדק עליו ממ"ש הרב הנז' שבס' תר"ע שם כתוב מהר"ם מרוטנבורק היה אומר ובס' תקס"ג ר"ת היה אומר וכו' דהתם נמי להלכה אמרו זה ומה היה אומר אם נפרש היה אומר כך לעולם הרי דיי לומר מהר"ם מרוטנבורק פסק ור"ת פסק על כן נלע"ד לחלק עוד ולומר דשאני היה אומר ושאני היה מתיר והחלוק הוא דבשלמא היה אומר משמע שהיה אומר הדברים באמירה ומוציא הדברים לפועל אבל היה מתיר יכול להתפרש היה מתיר מצד הסברא שהיה מסביר לומר כך אבל חזר בו ולא הוציא הדברים לפועל ולא כתבתי זה אלא שעשוע בעלמא.

ולענין דינא נקטינן מדברי הטו"ר והרב"י דלכל הדעות כל שלא התנו קודם השותפ' אסור לומר טול אתה חלקך בשבת ואני בחול ואפי' לא אמר כן בפירוש אלא כשבאין לחשבון אומר הישראל אטול אני של יום ראשון נגד שבת אסור והכי מצינו למר"ן בש"ע פסק הכי ז"ל ישראל ועכו"ם שיש להם שדה או תנור או מרחץ או רחיים של מים בשותפ' או שהם שותפים בסחורה אם התנו מתחלה בשעה שבאו להשתתף שיהיה שכר השבת לעכו"ם לבדו אם מעט ואם הרבה ושכר יום אחד נגד יום השבת לישראל לבדו מותר ואם לא התנו בתחילה כשיבואו לחלוק נוטל העכו"ם שכר השבתות והשאר חולקין ואם לא הי' שכר השבת ידוע יטול העכו"ם לבדו שביעית השכר והשאר חולקין ע"כ.

אך מה שנשאר לנו לברר הוא אם לא התנו וגם לא באו לומר שיקח הישראל יום אחד נגד השבת מהו הדין דהנה מצינו לרבינו הטו"ר שכתב דזה היא בעייא ולא אפשיטא והרא"ש כתב כיון דספיקא דרבנן הוא אזלינן לקולא אבל מדברי הרמב"ם יראה לחומרא יעו"ע בזה יש להסתפק אי תפסינן כסברת הרא"ש הואיל וכתב בפשיטות אזלינן לקולא או אזלינן לחומרא כנראה מדברי הרמב"ם והיה נראה לקוצ"ד דלא שבקינן פשטותיה דהרא"ש וליזיל בתר מה שלא בא מפורש בדברי הרמב"ם אלא מה שנראה מדבריו ומה גם במילי דרבנן מן הראוי לומר דספיקא דרבנן לקולא:

אלא דגם בזה הרי מצינו להרב"י שכתב דמדברי הרמב"ם נראה דאזלינן לחומרא שכתב ואם לא התנו אסור לישראל ליקח שכר השבתות משמע דבכל ענין אסור וכתב הרב המגיד שם שכן היא דעת המפרשים וכתב הר"ן בספ"ק דע"ז שכן דעת הרי"ף ונתן טעם לדבריו ולענין הלכה כיון דהרי"ף והרמב"ם מסכימים לאיסור הכי נקטינן ע"כ א"כ הואיל והרב"י הכי פסיקה ליה דאזלינן לחומרא והכי נקטינן והגם שמצינו למור"ם שם בס' רמ"ה ס"א שפסק לסברת הרא"ש וכתב ז"ל ויש מתירין השכר בדיעבד אפילו לא

התנו וחלקו סתם ונ"ל דבהפסד גדול יש לסמוך עלייהו ע"כ אך אנן אין לנו אלא דברי מר"ן בב"י שכתב דכהרמב"ם נקטינן וגם בש"ע הכי מוכח דלא הביא כי אם סברת רמב"ם דכתב דאם לא התנו העכו"ם נוטל שכר השבתות כלם או חלק שביעי מזה מוכח דליכא שום צד התיר זולת זה דוקא ואין לסמוך על הרא"ש בזה בשום אופן כלל ועיין למוהרי"ע זלה"ה שאחר שהביא דברי הרא"ש הנז' ורצה לדקדק מדבריו שכתב ויש מתירין השכר בדיעבד וכו' דלאו דוקא בחלקו כבר בדיעבד אלא אפי' עדיין לא חלקו וראה שהעכו"ם רצונו לחלוק מה שהרויח יכול לשתוק ולא ימנע מלחלוק בשוה דהואיל וזה בעייא דלא אפשיטא אפשר אפי' לכתחילה קודם חלוקה מותר ולא אמר לשון דיעבד על אם כבר חלקו אלא דיעבד קאי על אם לא התנו דהיינו דיעבד ולא התנה ואחר שכתב הרב הנז' כל זה חזר עוד וכתב ואולי דהרא"ש עצמו הגם שכתב דהיא בעייא דלא אפשיטא ובמילי דרבנן אזלינן לקולא עכ"ז לא רצה לסמוך על סברתו ולא התיר כי אם דוקא בדיעבד וחלקו במקום הפסד מרובה ועוד סיים הרב הנז' ואנן בדידן אין לסמוך על סברת הרא"ש זו ואין לנו אלא דברי המ"מ דאין שום התיר כלל כי אם דוקא ליטול העכו"ם שכר שבת לבדו או חלק שביעי עיניך תראינה אפי' עבר העכו"ם וחלק עמו אסור ליהנות משכר שבת שבא לידו מיד העכו"ם:

ודע וראה שאפילו לדעת הרא"ש שמתיר היכא דלא התנה וחלקו בסתם מצינו להרב מוהרי"ע זלה"ה שכתב דלא התיר הרא"ש אלא דוקא יום כנגד יום אבל לחלוק הכל בשוה חלקים שוים דלפעמים ריוח העכו"ם בשבת הוא מרובה לכ"ע אסור עכ"ל הרי לפניך דלדעת מר"ן האוסר לאו דוקא בבאו לחלוק בשוה אלא אפי' בשעת החלוקה נוטל העכו"ם שכר שבת והישראל לוקח נגדו יום אחד המעט הא אם רב לדעת מר"ן כל אופן אסור:

ומעתה הואיל וביררנו דלדעת מר"ן כל שלא התנו קודם השותפ' שיטול העכו"ם יום השבת וישראל יום אחד כנגדו א"כ לא יש כאן שום צד להתיר אלא שיפרידו השותפ' ויחזרו להתנות קודם השותפות וכמ"ש הש"ע שם ס"ג יע"ש. הן אמת דלכאורה עלה במחשבה לומר דאם הישראל הזה והעכו"ם נהגו שותפת לעשות כל יום ויום העבודה בשותפת ויום השבת עושה העכו"ם לבדו עלה בדעתינו להתיר ע"פ סברא זו והיא סברת הר"ן שהביאה מור"ם בס' רמ"ה ס"א ז"ל וי"א שכל זה לא מיירי אלא בשותפת שכל אחד עוסק לבדו וכו' יע"ש ועל פי סברא זו עלה בדעתינו להתיר מיהא עבודת הריחיים בשבת על ידי עכו"ם אבל לא הבהמות המשותפות בין העכו"ם ובין הישראל דהגם דמר"ן לא כתב דין זה דהר"ן אלא מור"ם הביאו בשם י"א עלה בדעתינו לומר דמר"ן גם

הוא אינו חולק על סברא זו דהגם דמצינו להרב"י בס' רמ"ה אחר שהביא סברא זו של הר"ן דפסק דישראל ועכו"ם שלקחו מרחץ בשותפת ועכו"ם מחממו בשבת בשביל חלקו ונותן מחצית מה שמשתכר בו לישראל ובימות החול מחממים אותו בשניהם כתב הר"ן דמותר דהעכו"ם אדעתא דנפשיה קעביד וכו' ומצינו להרב"י הנז' אחר שהביא סברא זו של הר"ן סיים וכתב וז"ל ואין נראה שיהיה דעת הרמב"ם שהרי כתב המשתתף עם העכו"ם במלאכה או בסחורה כשיבואו לחלוק נוטל העכו"ם שכר השבתות כולן ומשמע דבחול שניהם עושים ובשבת העכו"ם לבדו ואפי' הכי העכו"ם יטול שכר שבת לבדו ואם כדברי הר"ן הו"ל למשרי דהא העכו"ם כי עביד מלאכה בשבת אדעתא דנפשיה קא עביד ואולם לפי מ"ש לא תקשה לך וכו' דאולי הר"ן מפרש דמאי דאסר הרמב"ם הוא בדעכו"ם עושה בשבת וישראל עושה ג"כ נגדו יום אחד נגד השבת אפי' יהיו כל שאר הימים עושים בשניהם יחד הוא דאסר הרמב"ם אבל אם יהיו שניהם יחד מתעסקים במלאכה או בסחורה ובשבת מתעסק בה העכו"ם לבדו שרי לישראל ליטול חלקו וכו' כנ"ל ליישב דברי הרמב"ם לדעת הר"ן שאל"כ הוה ליה לכתוב שהר"ן חולק עכל"ה של הרב"י וא"כ מן הראוי לסמוך על מור"ם שהביא סברא זו של הר"ן כי הגם שהרב"י מתחילה פקפק עליה מדברי הרמב"ם הרי חזר ופירש דברי הרמב"ם אליבא דהר"ן דלדעתו אין הרמב"ם חולק עליו הן אמת דלא מכריחה מילתא לומר דהרב"י דעתו למסקנא דהרמב"ם לא פליג על הר"ן דהא כתב בלשונו בזה"ל כן נראה ליישב דברי הרמב"ם אליבא דהר"ן שאל"כ הוה ליה לכתוב שהר"ן חולק ע"כ מלשון זה נראה דלא בא ליישב אלא לדעת הר"ן כיצד יפרש דברי הרמב"ם ולמה לא כתב שהוא חולק אבל לדעתו של הרב"י נראה דהרמב"ם חילק על הר"ן וא"כ הואיל ולהרב"י לא ס"ל כהר"ן אלא כהרמב"ם דחולק מן הראוי אין לסמוך על דברי הר"ן אלו הגם שפסקם מור"ם אך עכ"פ הואיל ולפי מסקנת הרב"י לא מכריעא מילתא באמת אם בישובו זה שהשוה דעת הרמב"ם לדעת הר"ן אם כוונתו היא לפי מסקנא זו דגם לדעתו הכי הוא או דוקא לא בא אלא ליישב הרמב"ם לדעת הר"ן עכ"פ הואיל ומדברי הרב"י לא מכריעא מילתא וספוקי מספיקא לן בהבנתו ומצינו למור"ם שפסק כן בפשיטות אין לנו להניח פשיטותו של מור"ם מכח מאי דמספיקא לן בדברי הרב"י כל זה נלע"ד:

אך ומה נענה דמצאנו לגדולי ישראל דלא ס"ל הכי דהא מצאנו ראינו להרה"ג מהרש"א בספרו משחד"ר בישראל שקנה עם עכו"ם אחד צידת הדגים שאין מי שיצוד דגים אלא הם או שלוחיהם ובשבת העכו"ם צדים מהו הדין ואחר שצדד שם לאסור ולהתיר הביא לבסוף וכתב והנה לדעת י"א שהביא מור"ם שם בס' רמ"ה הכא בנדו"ד שרי שכתבו

שכל זה לא מיירי אלא בשותפ' שכל אחד עוסק לבדו וכו' אך לדעת סברת מר"ן משמע דלא מפליג בהכי עכל"ה וכן ראינו להרב מוהרי"ע זלה"ה שכתב וזל"ה והגם דחזר מר"ן וכתב דאפשר דגם הרמב"ם לא מיירי אלא בשכל אחד עוסק ביומו יעו"ש הואיל וכאן בש"ע לא הזכיר חלוק הר"ן ז"ל משמע דדעתו להחמיר כנראה מסתם דברי הרמב"ם וכן מוכח מלשון רש"י ז"ל שכתב וז"ל ומשקבלוה הוטלה על שניהם לעסוק בה ביחד ע"כ וכן נראה עיקר דאע"ג דמור"ם ז"ל בהג"ה כתב חלוק הר"ן בשם י"א אין לתפוס אלא דברי הש"ע דבתריה גרירנא עכ"ל וא"כ ע"פ דבריהם אלו לא נמצא שום התיר כי אם זולת מ"ש הש"ע ס"ג להפריד השותפת כדאמרן:

גם היה מקום כאן להתיר להם מעשה הריחיים על ידי שישכיר הישראל חלקו בשבתות לעכו"ם וכמו שבא הדבר בב"י משם הגהות אשר"י ופסקו מור"ם ס"ג ז"ל ואם ירצה להשכיר לעכו"ם חלקו בשבת או לשוכרו בקבולת שרי וכו' אך הלא מצינו להרב מג"א זלה"ה שם סק"ח שכתב ז"ל נ"ל דוקא מעיקרא קודם שקבלוהו רשאי לומר תן לי כו"כ מעות וטול אתה לבדך בשבת אבל לאחר שקבלוהו אסור אלא א"כ אי אפשר בענין אחר דאז שרי יעו"ש הרי לדעת הרב מג"א דלא התיר לשוכרו או בקבולת אלא דוקא בתחילת השותפת אבל אם כבר נשתתפו ולא התנו לא שרי אלא א"א בענין אחר:

והגם דהרב מוהרי"ט ז"ל ראיתי לו שחלק על מג"א דכתב דדין זה דהגהות אשר"י דפסק מור"ם דיכול להשכיר לא איירי אלא מעיקרה קודם השותפת וכו' והרב הנז' חלק על המג"א וכתב דלא כן הוא אלא הגהות אשר"י איירי אפי' בנשתתפו כבר ולא התנו עכ"ז בדין זה דשדה ומרחץ וריחיים מודה הוא לדברי המג"א דאין להתיר שכירות וקבלנות אלא במקום דאי אפשר להפריד חבילות השותפת ולחזור ולהתנות והילך דברי הרב הנז' הצריך לנו ז"ל ודלא כמו שכתב הרב מג"א סק"ה דלא שרי להשכיר באופן הנז' אלא דוקא מעיקרא קודם שקבלוהו וכו' יעו"ש דליתא לענ"ד וגם הרב גופיה כתב לבסוף דאם א"א לבטל השיתוף אז שרי משום פסידא ומיהו בדאפשר לבטל השיתוף אין להתיר דאע"ג דהך דמטבע דהגהות אשר"י לא נזכר ביטול השיתוף שאני התם דקבלו המטבע מן המלך ומלכותא לא הדרא והוי לא אפשר עכל"ה וא"כ ע"פ הדברים האלה נחזי אנן נדו"ד אם הוא דבר שא"א לתקן בביטול השיתוף אזי יש לנו לסמוך על דברי הגהות אשר"י ומור"ם שפסקם כי הגם שהרב הטו"ז פקפק בזה ואסר לשכור כל ימי השבתות לחוד כי אם דוקא בהבלעה יעו"ע אין לנו אלא דברי מור"ם דקי"ל כוותיה ובפרט הרי מצינו להרב מוהרי"ע שדחה דברי הטו"ז ביד נטויה יעו"ע והדר כדאמרן דא"א לבטל השיתוף יש לנו להשען על דברי הג"ה זאת אך אם אפשר לבטל השיתוף ולחזור ולהתנות בודאי דצריך

למיעבד הכי והוא צד היותר טוב ומוסכם אליבא דכו"ע והוא מה שפסק מר"ן ס"ג ז"ל היכא שלא התנו בתחילה יש תיקון ע"י שיחזיר להם המוכר דמי הקרקע או ימכרוהו לאיש אחר ויחזרו ויקנוהו בשותפות ויתנו בשעת קנייה וכו' וא"כ הכי שפיר למיעבד: והנה מעיקרא עלה על דעתי לומר דיכולים לבטל השותפות באופן זה דהיינו שהישראל ימכור חלקו בריחיים ובבהמות לעכו"ם במקום דליכא טרחא דהיינו להקנות הישראל חלקו בריחיים וגם בבהמות באופן המועיל בדינינו דהיינו קנין הקרקע של בית הריחיים עם הריחיים הואיל ומחוברת היא לקרקע הדר דינה כקרקע ותהיה נקנית לעכו"ם ע"י כסף ושטר והבהמות ע"י כסף לחוד כמו שתראה כל זה בחומ"ש סקצ"ד או לעשות בשניהם דרך ישר להקנות הכל לעכו"ם ע"י קנין סודר דפסק ר"ת דמועיל להקנות הישראל לעכו"ם בק"ס בין קרקע בין מטלטלים ופסקה מר"ן בס' קכ"ג סק"ל יע"ש והגם שהש"ך שם פקפק על הוראה זו של ר"ת יע"ש וכתב דמהרשד"ם ס כתב דסברת ר"ת יחידאה היא לא כן הוא דהא מצינו להרב מג"א סקמ"א סק"א שהביא משם הש"ג בדין מכירת חמץ דניקניהו לעכו"ם בחליפין א"כ לאו יחידאה היא ועדיפא מזה עיניך תראינה בס' מש"ה מערכת:

ח' אות ע"ט שהאריך בענין זה והעלה דדברי ר"ת שרירים וקיימים וכתב דכן היא דעת הרי"ף והרמב"ם ופוסקים אחרים ובלאו הכי אין אנו צריכים לזה הואיל ומר"ן פסק לסברת ר"ת בפשיטות וכתב שם בס' קכ"ג סי"ד ז"ל יכולים לשלוח הרשאה ביד עכו"ם ובלבד שיזהר מלכתוב וקנינא מניה דאין שליחות וזכייה לעכו"ם אלא יכתוב וקנה העכו"ם ע"כ והואיל ומר"ן הכי פסיקא ליה הכי נקטינן אלא דצריך ליזהר דלא ליקנו העכו"ם מהישראל בסודר דידהו אלא לעשות הקנין בסודר העכו"ם וכמו שבא הדבר מפורש בס' מוצב"י ס"י ובע"ט סופ"ר להרב הנז' שכתב דכוונת מר"ן היא דהעכו"ם צריך ליתן סודרו לישראל ויאחוז הישראל ויקנה לו חובו או פקדונו ויכתוב בשטר וקנה העכו"ם כלומר שהעכו"ם בעצמו קנה בק"ס ע"כ וא"כ הכי צריך למיעבד ואחר שיקנה הכל לעכו"ם אזי אם ירצה לקחת ממנו במחצה ולהשתתף עמו יתנו תחילה על הדרך שפסק הש"ע ס"ג ואזי ליכול וליחדי: אלא דעדיין לבי מהסס בתיקון זו של פרידות השותפות על הדרך הנז' לפי מה שראיתי למר"ן בש"ע ס"צ שכתב וז"ל היכא דלא התנו בתחילה יש תיקון על ידי שיחזיר להם המוכר דמי הקרקע או ימכרוהו לאיש אחר ויחזרו ויקנוהו בשות' ויתנו בשעת קנייה וכו' מלשון זה נראה דצריך תקון גדול לבטול השותפות דהיינו שיחזרו אותה למוכר או למוכרה לאיש אחר דאזי מפרסמא מילתא דנעשה פרידה גמורה ואין שום מרמה ותחבולה בדבר וכן נראה מדברי המג"א סק"ז

שכתב שצריך קנין חדש ועיין בחומ"ש סקצ"ד לענין קנין עכו"ם עכ"ל מזה מוכח דצריך פרידת השותפות כדחזי מן דינא ועיין להרב מוהררי"ע זלה"ה שכתב ז"ל ונראה דצריך שיהיה בטול השותפות באופן המועיל עפ"י הדין דהיינו בהחזרת הקרקע שצריך קנין סודר וקריעת שטר המכר הראשון עם החזרת הדמים וכן בביטול השותפות שבחנות צריכין לירד לחשבון על מה שהניחו כבר ויטול כל אחד חלקו לביתו שיעשה בו קנין משיכה ויקרעו שטר השותפות וכן כשקבלו קרקע בשותפות] אופן הביטול הוא כשיטלו כל אחד כלי אומנתו שהניח לאותה מלאכה וכו' וכו' יע"ש וא"כ מיחזי דצריך להיות פרידת השותפות מבוררת וא"כ מיחזי מלשון זה שכתב מר"ן דצריך להחזיר המכר למוכר או למוכרו לאיש אחר משמע דלא מהני אלא באופן זה דעל ידי זה יהיה הדבר ניכר לעין כל אבל למכור אחד לחבירו נראה דלא מהני דאל"כ למה הוצרך לומר שימכור לאיש אחר הו"ל לומר ימכור הישראל לעכו"ם או עכו"ם לישראל ויחזרו יתנו וישתתפו.

גם יש לדקדק דתקון זה דימכור אחד לחבירו לא מהני מה שראיתי להמג"א והרב מוהרי"ע זלה"ה שהביאנו דבריהם לעיל שכתבו על אותו פסק דפסק מור"ם דאם ירצה לשכור לעכו"ם חלק בשבתות בשכירות או בקבלנות שרי וכו' כתבו דדוקא במקום דלא אפשר לתקן ע"י פרידת השותפות אבל אם יכול לתקן על ידי שיפרידו חבילת השותפות ואח"כ יחזרו וישתתפו צריך לתקן הדבר על ידי שיפרדו ויחזרו ויתנו וישתתפו כמש"ל משם ואם באמת לפי תקון זה שכתבנו שהישראל יכול למכור חלקו לעכו"ם בק"ס או באופן קנייה אחרת ואח"כ יחזרו וישתתפו הרי לעולם הדבר קל הוא בעיניהם לעשות תקון זה אלא ודאי דלא מהני תקון זה אלא צריך על ידי בטול מכר הבעלים או למכור לאיש זר וזה על הרוב קשה המציאות הן אמת דמזה אין דקדוק כל כך דאפשר אפילו משותף לחבירו יהיה קשה הדבר כגון שאין לו הישראל אמונה בחבירו למכור לו או העכו"ם בישראל או אפשר בשאין השותף לפנינו לעשות עמו תקון בטול השותפת כגון שהלך למדינה אחרת והניח אחר להשתמש במקומו ולא שקלת מציאות מעלמא אופן המעכב:

אך מדקדוק לשון מר"ן הנז"ל נראה דלא מהני התקון שכתבנו שהישראל ימכור לעכו"ם על ידי ק"ס מדלא הזכיר מר"ן תקון זה:

אלא דבאמת הגם דמר"ן לא הזכיר בתקון הבטול כי אם להחזיר הדבר למוכר שמכרו להם או למוכרו שניהם לאיש זר עכ"ז לא חזרתי מסברתי שכתבתי דיכול לעשות התקון הנז' להקנות לעכו"ם על ידי ק"ס כי למה יגרע תקון זה הואל והוא סברת גדולי ישראל והש"ע פסקו בס' קכ"ג כמש"ל ועל זה לא נחה דעתי עד שמצאתי סעיד וסמיך לדבר

דהנה ידוע דהמשהה חמצו בפסח ולא בטלו עובר עליו מדאורייתא בשני לאוין בל יראה ובל ימצא ומצינו להש"ע או"ח ס' תמ"א ס"א שכתב ז"ל עכו"ם שהלוה לישראל על חמצו ומשכנו בידו ואמר ליה מעכשיו יהא שלך אם לא אפרע לך לזמן פלוני והגיע הזמן ולא פרעו מותר ע"כ וכתב שם המג"א סק"א ז"ל ומשכנו בידו אבל אם לא משכנו ביד העכו"ם רק שהעכו"ם הלוה לו עליו והחמץ עדיין מונח ברשות ישראל אפע"ג דאמר ליה מעכשיו לא גרע מחמצי של עכו"ם ברשות ישראל והאחריות על ישראל דאסיר ובשלט"י גבורי"ם כתב אם הקנהו לעכו"ם בק"ם אי באגב קרקע אפע"פ שלא מסרו לעכו"ם עד אחר פסח שרי עכ"ל הרי לפניך דאפילו במקום איסור לאוין דאורייתא מהני ק"ס מכ"ש בנדו"ד דאין כאן איסור דאורייתא לא מבעייא בדין הריחיים דאין ישראל מחוייב על שביתת כלים אלא אפי' על הבהמות המשותפות אין כאן משום שביתת בהמתו וכמו שבא הדבר מפורש בתשובת הריב"ש הביאה הרב"י סו"ס רמ"ה יעו"ש שהביא תשובת הריב"ש שנשאל על שני יהודים שהיו שותפים עם עכו"ם בבהמות ולטחון בריחיים וכו' שכתב שם בסיף תשובתי זל"ה וגם יש טעם להתיר לפי שעכו"ם לא ימנע מלעשות מלאכה בבהמות כיין שיש לו חלק בהם אין הישראל נוטל שכר שבת כיון שכבר התנו מתחילה אבל אם לא התנו אלא עד אחר שנשתתפו אומרים טול אתה חלקך בשבת ואני בחיל זה אסור אף אם אין כאן משום שביתת בהמתו מאחר שיש לעכו"ם חלק בבהמות ואינו נמנע מלעשות בהם מלאכה על כרחו של ישראל עדיין יש איסור בלוקח ריוח יום החיל נגד יום השבת שלא בהבלעה וכגון זה שלא התנו מתחילה יותר היה אפשר להתיר בשלא יאמר לו כלל טול אתה חלקך אלא שיתן העכו"ם חלקם בריוח של השביע ביחד לפי שאז יקבלו שכר שבת בהבלעה ומשום שביתת בהמה ליכא כיון שהעכו"ם עושה בה מלאכה בשבת מחמת חלקו בעל כרחו של ישראל אלא שעשו הישראלים איסור תחילה להשתתף עם העכו"ם בלא תנאי והעכו"ם עושה מלאכה בבהמות על כורחם ע"ך עיניך תראינה דגם לגבי הבהמות אין כאן איסור דאורייתא לדעת הריב"ש ז"ל וכן הביא דבריו לדינא הרב מג"א בסי' רמ"ו סקי"ג וכתב דכן כתב מהר"ל ן' חביב יעו"ש הן אמת דלדעת ריצב"א והכלב"ו הביא דבריהם הרב"י שם סו"ס רמ"ה דס"ל דאפילו בהמה המשותפת עם העכו"ם הגם שהעכו"ם עושה בה המלאכה בשבת בע"ך של ישראל עכ"ז עובר על שביתת הבהמה יעו"ש וראיתי להרב מחצי"ת השק"ל בס' רמ"ו סקי"ג כתב דמר"ן לא פסק כהריב"ש דהיכא דהעכו"ם שותף בבהמה ליכא משום שביתת בהמתו כמבואר פה בש"ע עכ"ל מכל זה נקוט מיהא דאיסור בהמות נכנס במחלוקת אם יש בו איסור שביתה או לא וא"ך הואיל ומצינו דבאיסור לאי דאורייתא דבל יראה ובל

ימצא מהני תקון ק"ס מכ"ש לענין שביתת הבהמה אפילו לדעת ריצב"א והכלב"ו ודאי מהני ופשוט הוא והגם שלא מצינו למר"ן כתב אלא מחזיר למוכר או ימכרו לאחרים לאו כרוכלא ליחשיב וליזיל ובפרט אפשר דמר"ן כתב זה לצד היותר טוב כדי להיות הדבר מפורסם אבל במקום דלא אפשר כגון נדו"ד דיש טורח גדול למצוא כן אזי יש לנו לתקן על ידי ק"ס דכעין זה מצינו להרב"י שם בסו"ס רמ"ה ששם בתוך תשובת הריצב"א שם כתוב וז"ל ויראה שאם ישראל מזהיר את העכו"ם האריס שלא לעשות בה מלאכה בשבת ואם יעבור ויעשה בה מלאכה בשבת תהיה אחריות שבת עליו אפי' מאונסין שרי דאם בא לעשות בה מלאכה אינה בהמת ישראל שהרי קנאה העכו"ם להתחייב בה וכן שמעתי שהורה מורי הרב הגדול כה"ר יעקב בי רב ז"ל אלא שהצריך להעלותו בערכאות ולכתוב שם כן ונראה דלא הצריך כן אלא כדי לזכות לישראל אם יעשה כן העכו"ם מלאכה בבהמה בשבת ויארע בה אונס שלא יכול להכחיש שלא התנו כן דאלו לענין האיסור אפילו ביני לבין עצמו מותר ואפשר דמשום איסור נמי הצריך כן לחוש לדברי האוסרים להשאיל בהמה לעכו"ם על סמך הפקר דבינו ובין עצמו עכל"ה והן הם הדברים שפסק בש"ע סרמ"ו ס"ה יעו"ש הרי לך דעל צד היותר טוב יכתוב לפרסם הדבר וא"ך גם מה שכתב מר"ן לבטל המכר באופן שיחזירו המכר למוכר או ימכרו לאחרים לא כתב כן אלא על צד היותר טוב ואי לא מצא לעשות כן משום טירחא וכדומה לית דין ולית דיין דמותר לעשות הדבר אפילו בינם לבין העכו"ם להקנות לו בק"ס ואח"ך יחזרו ויתנו וישתתפו זהו משנלע"ד:

עוד נראה לע"ד להתיר בנדו"ד לפי מה שאמרו וידוע הוא דישראל זה השותף אין לי ידיעה במלאכה זו של הריחיים כלל ואינו מתעסק כלל בעסק זה אלא כל המלאכה נעשית על ידי העכו"ם מראש ועד סוף ולא נתכוון ישראל זה בשותפות עם העכו"ם אלא הואיל והעכו"ם לא יכיל למיקם לשכור הריחיים ולקנות הבהמות כי איש עני הוא על כן ישראל זה נשתתף עמו ונתן לו ממון כדי למיקם בספוקיה על זה אמרתי אני ללבי דלא יגרע נדו"ז מדין דהרמב"ם דפסק הש"ע בס' רמ"ה ס"ד ז"ל יכול ישראל ליתן לעכו"ם מעות להתעסק בהם ואעפ"כ שהעכו"ם נושא ונותן בהם בשבת חילק עמו כל השכר בשוה לפי שאין מלאכה זו מוטלת על ישראל לעשותה שנאמר שהעכו"ם עושה שליחותו וכן אין העסק ניכר ממי הוא ע"ך הרי לדעת מר"ן הואיל ואין הישראל מוטלת עליו העבודה מותר להשתתף ולקחת כל השכר בשוה וכן באמת כתב המג"א ריש סי' תמ"ה בדין ישראל ועכו"ם שיש להם שדה בשותפות וכו' דכתב שם הש"ע על זה כתב המג"א שם ז"ל תנור אפע"פ שאין חלק הישראל מתרבה כשעושה העכו"ם בשבת כמו בשדה אפילו

הכי אסור כיון שהוא מחוייב לעשות גם בשבת כשא"ל עשה אתה בשבת ואני בחיל הוי כאלו מעמיד פועל לעשות בידים וא"ך אם אין עושין כלים רק שהעכו"ם מסיק התנור ואופים בו ונותנים שכירות אע"פ דהישראל אסיר לקבל השכירות משום שכר שבת מ"מ רשאי לחלוק סתם בהבלעה כמ"ש ב"י יעו"ש וכן כתב הרב מוהרי"ע זלה"ה בסוף דבריו בס' רמ"ה סו"ס ק"ח ז"ל ודע דדבר פשוט הוא דאם אין הישראל עוסק כלל במלאכה אפי' בחול רק שהעכו"ם מסיק התנור ואופה בי ונותן שכירות מותר לכו"ע לחלוק עם העכו"ם שותפו בשוה וכמי שכתב הרב מג"א ריש הסימן יעי"ש עכ"ל וא"ך הואל ובכאן הישראל אין לו עסק כלל במלאכה זו והכל מוטל על העכו"ם מותר והגם שהישראל גם הוא יושב בריחיים לשמור העכו"ם כמה מדות נטחנו משים חשש העכו"ם שלא יגנוב עם כל זה לא מקרי הישראל מתעסק בעסק זה הואל והישראל אם ירצה לילך ולהניח העכו"ם לבדו זהו נחת רוח של עכו"ם בודאי דלא מיקרי הישראל יש לו התעסקות בענין זה דלא מקרי הישראל מתעסק בעסק זה וכמו שמדוקדק מלשון המג"א שכתבנו שכתב בזה"ל אסור כיין שהוא מחוייב לעשות גם בשבת כשאומר לו עשה אתה בשבת ואני בחול וכו' מכאן מוכח דדיקא ביש עליו חיוב לעשות וכן נראה נמי מדברי מור"ם דסו"ס רמ"ה שעל מה שכתב מר"ן שם יכול ישראל ליתן מעות לעכו"ם להתעסק בהם מפני שאין מלאכה זו מוטלת על הישראל וכו' סיים מור"ם וכתב ז"ל ודוקא בכהאי גוונא שהעכו"ם נישא ונותן לחוד עם המעות אבל אם כל אחד עוסק ביומו וצריך הישראל לעסוק נגד מה שעסק העכו"ם בשבת אסיר וכו' וכו' הרי לך דלא אסרו אלא כשהיה בתורת חוב על הישראל אבל כשאין עליו בתורת חוב להתעסק אבל מתעסק הוא מנדבת לבו אין בו שום איסור מכ"ש בנדו"ד שאינו מתעסק אפי' מנדבת לבי אלא לפעמים הולך הוא או שלוחו לראות שלא יגנוב העכו"ם ואם לא ירצה הרשות בידו אין כאן שום איסור ומותר. אך מה שעומד לנגדינו הוא לשון הש"ע שכתב ביה"ל יכול ישראל ליתן לעכו"ם מעות להתעסק בהם וכו' וכן אם אין העסק ניכר ממי הוא ע"ך לפי לשון זה נראה דאם העסק ניכר של מי הוא אסור וא"ך נדו"ד דידוע דפלוני והעכו"ם שותף נראה דאסור: אלא דלזה מצאתי ארוכה ומרפא מדברי הרב מוהרי"ע זלה"ה שכתב וז"ל אבל לטעם השני שכתב הש"ע דאין העסק ניכר ממי הוא קשה דאף אם הוא ניכר מאי וזה שכתב רב שכתוב בתשובת הגאונים בשם ר' שרירא ז"ל שהביא מר"ן בסמוך שכתב וז"ל אבל היכא דאיכא חנותא דידיעה בשותפות דיליה אסור ע"ך אינו ר"ל הפרסום אלא ר"ל כדמסיק התם דהיכא דשותפין אינון וישראל ועבדי תרווייהו יכו' שהוא החלוק שכתב בהג"ה בסמוך והתם בתשובה הנז' כתב הדין בסתם חלוקת ההתיר וחלוקת האיסור

כלל ואח"ך פרט בדרך פרט דוק ותשכח ועל חלוקת ההיתר כתב הטעם דהא מותר לישראל לשכור שדהו לעכו"ם ואע"ג דקעביד בשבתא ע"ך וכיון דמשכירות שדה יליף לה מוכח דאפילו במפורסם דומייא דשדה דידוע שהוא של ישראל שרי וכן מוכח ג"ך מדין שותפין שעוסקים שאינם ביחד והתם הרי ניכר שישראל יושב ועוסק עמו בכל יום ואעפ"ך לא אסרינן ליה אלא מטעם דמחזי העכו"ם שלוחו ולכך נראה לומר דר"ל בטעם זה שאפילו העסק של ישראל ואינו ניכר הישראל מי הוא זה מישראל ואיזהו פלוני או פלוני בשם יקרא והיינו לשון אין העסק ניכר ממי הוא ולא נקט לשון אינו ניכר שהוא של ישראל ומ"מ נראה לענין דינא דאפי' ניכר וידוע שהוא של פלוני ישראל מותר תדע שהרי בשכירות כלים כתב מר"ן ב"י בס' רט"ו בשם הרוקח דאסור להשכיר ספינה או עגלה לעכו"ם להוליכה במים בשבת ויו"ט וכתב מר"ן עליה דהא אליבא דב"ש אבל לבית הלל הא אמרו אין אדם מצווה על שביתת כליו והתם מסתמא ידוע הספינה של מי היא ואפי"ה מותר אליבא דב"ה דקי"ל כוותיהו ע"כ עיניך תראינה שהרב הגדול אחרון חביב מוהרי"ע זלה"ה כתב דלעיקר דינא אפילו בידוע ישראל השותף מותר וא"כ משכוני נפשין לפרש מה שכתב מר"ן וכן אין העסק ניכר ממי הוא ע"כ צריך לפרש דהיינו אינו ניכר העסק ממי הוא הכוונה מי הוא זה שמחוייב להיות מוטל עליו עסק זה דהואיל ואין ידוע על מי מוטל להתעסק אם על העכו"ם לבדו או גם על הישראל מותר ותלינן ואמרינן דודאי לא נעשה אלא על צד ההיתר שיתעסק העכו"ם לבדו דוקא ומה נעמו לפי זה דברי מור"ם דסיים על דברי מר"ן וכתב בזה"ל ודוקא בכהאי גוונא שהעכו"ם נושא ונותן עם המעות לבדו אבל אם כל אחד עוסק ביומו וישראל צריך לעסוק נגד העכו"ם אסור עכל"ה מכאן מבורר מדברי מור"ם דאפילו בידוע ישראל השותף אלא כל שאין מתעסק כל אחד ביומו מותר וא"כ קם דינא דגם מטעם זה יש להתיר בנדו"ד והגם דראיתי להרב מוהרי"ע ז"ל שבסוף דבריו העתיק דברי הרב זק"ן אהר"ן וכתב ז"ל ועיין בס' זק"ן אהר"ן סרכ"ו שכתב דהא דמתעסק דסעיף זה מיירי בלי קביעות מקום אבל בקבוע בחנות אפילו העכו"ם יישב לבדו דינו כמו שניהם מתעסקים ע"ש עכ"ל והנה הרב מוהרי"ע זלה"ה הגם שהביא דברי הרב זק"ן אהר"ן לא פירש שחותיו אם דעתו לפסוק כן אך מדהביאם סוף דבריו ושתק מיחזי דכוותיה פסיקא ליה אך דברי הרב באו סתומים שכתב הא דמתעסק דסעיף זה מיירי בלי קביעות מקום אבל בקבוע בחנות אפילו העכו"ם יושב לבדו וכו' לשון זה יכול לפרשו לתרי אנפין אופן הראשון יכולני לומר דהכוונה היא דוקא אם העסק אינו נעשה בחנות אלא העכו"ם קבל עיסקא ומסתחרר בה לילך אנה ואנה ולית ליה חנות קבוע אבל אם יש לו חנית קבוע אסור

דהוי כאלו שניהם עסוקים ועל פירוש זה קשה בעיני היאך יוצדק דבריו עם מה שכתבו הפוסקים והש"ע דבשדה ומרחץ ותנור וריחיים אם התנו מותר והרי אין לך מקום קבוע מותר ועכ"ז היכא דהתני מותר וא"כ גם כאן הואיל ובעיסקא יש צד ההתיר הואיל ומעות אין מוזהר על שביתתם א"כ מאי איכפת אם יעשה העסק במקום קבוע גם מדברי הרב תשובת הגאונים מפורש שם דבעסק החנות נשאלו ותשובתם היתה דבנתעסקו כל אחד ביומו הוא דאסור כמו שנראה מדברי התשובה הנז' וכמו שפירשה הרב מוהרי"ע הנז' הרי לך דאפי' בחנות דהוא מקום קבוע מותר ואם נפרש באופן אחר דמה דכתב הרב זק"ן אהר"ן וכל זה לא מיירי אלא בלי קביעות מקום אבל בקבוע בחנות אפילו העכו"ם יושב לבדו וכו' הכוונה היא דמיירי שהעכו"ם קבוע בחנות אלא שאם הישראל יושב גם הוא בקביעות עמו הגם שאין מוטלת עליו העבודה אלא שהעכו"ם יושב לבדו לעבודה והישראל אינו עובד אסור אלא דפירש זה דוחק בלשון הרב עכ"פ הואיל וספר הרב אינו בידינו לדעת פירוש דבריו נלע"ד להתיר נדו"ד לכל הפירושים הנז' דאם באנו לפרש כפירוש הראשון שפירשנו בדברי הרב א"כ הרי הוכחנו דמותר אפילו בקביעות חנות ואם כפירוש השני הרי בנדו"ד הישראל אינו יושב בקביעות אלא לפעמים מתראה אצל העכו"ם הוא או שלוחו ואינו יושב בקביעות לומר דא"כ הוי דינו ניכר ופשוט וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר ע"ה ב"ה רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכז

על אודות מה שנשאלתי מגבר דחיל חטאין ששכר בהמה מחמר עכו"ם להביאו מעיר לעיר והתנה עמו שאם יצטרכו לשבות בדרך ישבתו בדרך וכן היה אך ביום השבת פתע פתאום מה שלא עלה במחשבה נפל עליהם פחד ליסטים וכמעט נפל עליהם פחד סכנת נפשות והוכרח החמר לנסוע ביום השבת והישראל השוכר מהחמר נפל לפני רגלי העכו"ם והתחנן לנגדו עד בלי די עוד הרצהו ברצ"י כסף ולא אבה העכו"ם לשמוע אליו יען כי העכו"ם אליו נגלו הדברים שאם ישאר שם בנפשו דמיו בו ועל זה הוצרך הישראל לילך למסעו בעל כרחו הלוך ילך ובכו על המקרה הרע אשר קרהו מה שלא עלה על לבו הן היום שאול שאל האיש מה תשובתו על חטאתו אשרי ילדתו וירבו כמותו אכי"ר:

תשובה לזה הנה ראיתי למור"ם או"ח סו"ס של"ד ששם כתב ז"ל אם עבר וחלל שבת במקום דלא הו"ל לחלל צריך להתענות ארבעים יום שני חמישי ושני ולא יאכל בשר ולא ישתה יין ויתן במקום חטאת וכו' ע"ך הנה דין זה לא נאמר אלא במקום חיוב חטאת

הוא דחייבוהו לתת י"ח פשטים במקום חיוב חטאת אבל בנדו"ד שהחייב היא הולכת הדרך אין כאן חיוב חטאת לפי דברי הידיד השואל אשר במאמרו דבר שלא הלך כי אם שלוש שעות דוקא א"ך אין כאן כי אם תחומין דרבנן אליבא דכו"ע דהא דע לך דעיקר התחום הוא ילפי ליה רבנן ממה שכתוב בתורה שבו איש תחתיו אל יצא איש ממקומו ביום השביעי דהיינו אסר להם הכתוב שלא לצאת חוץ למחנה ישראל ללקט המן וידוע דמחנה ישראל היה מחזיק שלשה פרסאות על שלשה פרסאות שהם שנים עשר מיל ואסרו חכמים שלא יצא חוץ למחנה אבל תוך המחנה מותר לילך מקצה זה עד קצה זה שהיא י"ב מיל מכאן למדו דחוץ לי"ב מיל אסור אך נחלקו הפוסקים בזה אפילו בי"ב מיל עצמו נחלקו בו רבנן אי הוי אסור מדאורייתא או מדרבנן וכמו שבא הדבר מפורש בהרב"י או"ח סי' שצ"ז ששם כתב ז"ל ומ"ש אינו אלא מדרבנן כן כתבו הרי"פ והרא"ש בספ"ק דערובין ומיהו חוץ לי"ב מיל כתב הרי"פ דבירושלמי קאמר דהוי מדאורייתא וכ"ך הרמב"ם בפרק נ"ז וכתב הר"ב המגי"ד שכן היא הסכמת הגאונים אבל הרח"ש והמרדכ"י כתבו דלגמרא דידן אפילו חוץ מי"ב מיל לא מיתסר אלא מדרבנן וכן כתב הרב המגיד שלדעת זו הסכימו הרמב"ן והרשב"א עכ"ל הרי לך אפילו מהלך י"ב מיל נכנס במחלוקת אם הוא איסור דאורייתא או דרבנן ומדברי הרב"י שהביא דברי רבותינו האומרים שי"ב מיל מדרבנן באחרונה מזה מוכח דכך נטתה דעתו כסברת האומרים די"ב מיל מדרבנן וכמו כן ג"ך פסק מור"ם בש"ע סו"ס ש"ה שכתב שם ז"ל וכ"ש דאין לחוש שהרועה יצא חוץ לתחום דהא תחומין דרבנן ע"ך וע"ש בבאה"ט שכן כתב משם הרב הלבו"ש דכתב גם הוא דתחומין דרבנן מזה יש לדון דאפילו יהיה האדם מתהלך כל היום כלו לא היה כאן כי אם איסור דרבנן והרב"י ב"י ממנו משמע ס"ל דרוב הפוסקים ס"ל דתחומין אינם אלא מדרבנן וגם מר"ן ומור"ם דקי"ל הלכתא כוותייהו הכי ס"ל וכדכתבנו:

אלא דעדיפא מזה חזינא הכא הואל ולא הלך כי אם שלשה שעות דוקא זה לא נכנס במחלוקת ואליבא דכ"ע אין איסורו אלא מדרבנן דהא כבר ידוע דרבותינו נתנו שיעור למהלך אדם ביום עשרה פרסאות שהם ארבעים מילין כידוע דהפרסה היא ארבע מלין וכשתחלק העשרה פרסאות שהם מהלך אדם ביום לי"ב שעות של יום יעלה לכל פרסה שעה וחומש שעה שהיא שעה וי"ב מוניטון לכל פרסה שהיא ארבעה מילין דהוי כל מיל יש בו רביע שעה ושלשה מוניטון שהם בין הכל שמונה עשר מינוט בכל מיל דהוי הפרסה שיעור שעה וחומש שעה כנז"ל וחשבון זה ידוע הוא לכל פותח ספר וכדי שלא להאריך לעיין במקומות באורך הרי דיי לך בשולחן המלך ש"ע או"ח סי' רס"א יע"ש

בס"א בדברי הש"ע ומור"ם ויתברר לך חשבון כמה זמן יש בכל מיל ותמצא מדוקדק שהמיל הוא שמנה עשר מוניטון א"ך י"ב מלין יעלה בהם שלשה שעות וחצי וששה מינוט וא"ך הידיד ההולך שלא הלך כי אם שלשה שעות דוקא הרי לא יש כאן כי אם שיעור עשרה מילין בדיוק דוקא ואפי' זה העשרה עצמם אינם כלם אסורים אלא שמנה אלפים מהם דוקא יען כי במקום שקנו השביתה שהיא האלקצבא היה מותר לילך משם אלפים אמה כידוע וא"ך לא הלך באיסור כי אם שמונת אלפים ושיעור זה כל שהוא פחות מי"ב מיל לכו"ע אין איסורו אלא מדרבנן:

והגם שיש כאן מקום לומר דכל זה יוצדק לן לצד אם היה הולך על רגליו דאזי כל מה ששערנו אמת על פי חשבון רז"ל דמהלך אדם בינוני עשרה פרסאות ביום ואזי אליבא דכו"ע מהלך שלוש שעות שהלך אין בהם כי אם תחומין דרבנן אך הואיל והידיד היה רכוב ומנהיג נכנסנו בתרי ספיקות איסור דאורייתא דמהלך בהמה שלשה שעות אליבא דכ"ע בודאי עבר י"ב מיל ויש כאן איסור תחומין דאורייתא לדעת הירושלמי:

והנם דמצינו ברכוב על גבי בהמה להרב"י דס"ל אין בי איסור לפי מאי דקי"ל דאין תחומין למעלה מעשרה כמ"ש הרב"י יעו"ש בס' רס"ו ובמג"א סק"ז יעו"ש ובמחצית השקל באורך עכ"פ אפילו נניח כך עכ"ז לא יצאנו מאיסור דאורייתא דלא ימנע מלהלוך שלשה שעות על הבהמה ולא יפשוט רגליו למטה ובודאי שיהיה פושטם שיהיו תלויות למטה ומצינו להרב מג"א בס' רס"ו סק"ז שכתב שאם רגליו תלויות למטה מעשרה פשיטא דאיכא איסור תחומין ונכנסנו במחלוקת אם עבר מדאורייתא או מדרבנן:

גם יש כאן איסור מחמר שהוא מדאורייתא כדדרשו בשבת דף קכ"ג מפסוק לא תעשה כל מלאכה אתה ובהמתך וכו' ופירש"י אתה ובהמתך ואיזהו סתם מלאכה העשויה על ידי שניהם זו היא שהיא טעונה והוא מחמר ע"ך ופסקו הרמב"ם פרק עשרים מהלכות שבת הל"א יע"ש ואפילו הנהיג בקול לבד עבר על איסור מחמר דאורייתא וכמו שפסק הרמב"ם פ"ך מהלכות שבת הל"ו והביאו מור"ם בס' רס"ו ס"ז יעו"ש:

עכ"פ אפילו נניח כך הידיד פטור מי"ח פשטים הואיל ואיסורים אלו אין בהם חיוב חטאת דהא איסור מחמר אפילו מלקות אין בו כדפסק הרמב"ם בריש פרק עשרים מהלכות שבת ובדין תחומין אפילו לדעת הרמב"ם דס"ל די"ב מיל מדאורייתא ומחויב עליו מלקות כדפסק בפר' ז"ך מהל' שבת הל"א יעו"ש עכ"פ חיוב חטאת אין בו וא"ך אין חיוב לתת הי"ח פשטים הבאים במקום חטאת. אך מצד התעניות ארבעים יום לכאורה נראה דחייב כדין מכבה הדליקה דפסק מור"ם בס' של"ד כנז"ל ואפי' אלו לא הוה כאן שום איסור דאורייתא אלא מדרבנן היה נראה דחיוב התעניות יש כאן וכמו שבא הדבר

מפורש במג"א שם בס' של"ד סקל"ג שכתב ז"ל צריך להתענות אפילו בתחומין דרבנן ויכול לדחותם לימות החורף כמ"ש סי' תקס"ח ע"ך א"ך אפי' אלו לא היה כאן כי אם איסור דרבנן עכ"ז מדין ארבעים העניות לא יצא: אך כל זה הוא במחלל שבת במזיד בשביל הצלת ממון וכמו שמבורר שם מלשון מור"ם שכתב שם בסימן של"ד ז"ל וכל הדינים הנז' בדיני הדליקה הני מילי בימיהם אבל בזמן הזה חותם השרויים בין העכו"ם והוא חשש סכנת נפשות כתבו הראשונים והאחרונים ז"ל שמותר לכבות דליקתם בשבת משום דיש כאן סכנת נפשות והזריז הרי זה משובח ומ"מ הכל לפי הענין אם היו בטוחים ודאי שלא יהיה להם סכנה בדבר אסור לכבות אבל בחשש סכנת ספק מותר לכבות אפי' הדליקה בביתו של עכו"ם וכן נוהגים ודוקא לכבות הדליקה דהוי מלאכה שאינה צריכה לגופה ויש סכנה אם לא יכבה אבל אסור לחלל שבת כדי להציל ממון ואם עבר וחלל צריך להתענות וכו' הרי לך דבמקום חשש סכנת נפשות מותר לכתחילה לכבות האש שהיא מלאכה גמורה מכ"ש עובדא דידן:

ואל תשיבני דלא התירו אלא בכבוי הואל והיא מלאכה שאינה צריכה לגופה דוקא וכמו שרמז מור"ם בדבריו שכתב ז"ל ודוקא לכבות הדליקה שהיא מלאכה שאינה צריכה לגופה וכו' אבל שאר חילולים נימא דאסור אפילו במקום חשש ספק סכנת נפשות זה אינו דכללא הוא בידינו דאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש וכדי לקצר לך יעיין הידיד בש"ע או"ח דמשם באורה לנדו"ד דהנה זה בא הדבר מפורש באר היטב בדברי מר"ן בס' רמ"ח ס"ד שכתב היוצאים בשיירא במדבר והכל יודעים שהם צריכים לחלל שבת כי מפני הסכנה לא יוכלו להתעכב במדבר בשבת שלשה ימים קודם השבת אסורים לצאת וביום ראשון ובשני ובשלישי מותר לצאת ואם אח"ך יארע לו סכנה ויצטרך לחלל שבת מפני פקוח נפש מותר ואין כאן חלול והעולה לארץ ישראל יכול לפרוש אפי' בע"ש ופוסק עמהם לשבות ואם אחר שיהיו במדבר לא ירצו לשבות עמו יכול לצאת עמהם חוץ לתחום מפני פקוח נפש ע"ך וסיים מור"ם י"א שכל מקום שאדם הולך לסחורה או לראות פני חבירו חשיב הכל דבר מצוה ואינו חשוב דבר הרשות רק כשהולך לטייל ועל כן נהגו בקצת מקומות להקיל בהפלגת שבת בספינה והליכת שיירא תוך שלשה ימים כי חושבים הכל דבר מצוה ואין למחות בידם ויש להם על מה שיסמוכו ע"ך א"ך אתאן לנדו"ד הוא עדיף אפילו מדין ראשון דכתב הש"ע דאם יוצא באחד בשבת או שני ושלישי מותר לצאת אפילו במקום שיודעים שהם צריכים לחלל שבת מפני הסכנה עכ"ז מותר מפני פקוח נפש מכ"ש בנדו"ד דמעולם לא ס"ד שיהיה צריך לחלל שבת כלל אלא

שאח"ך אירע אונס ופחד שאמרו לו העכו"ם מוכרח להיות סכנה ופחד בודאי דמותר לחלל לכתחילה משום פקוח נפש:
ומה גם בנדו"ד דהליכה של מצוה שנו כאן לבוא האיש לביתו לפקח על עסקיו ועל בני ביתו ומעולם לא אסיק אדעתייהו שום חשש סכנה נוסף על זה שמעיקרא בזמן השכירות התנו עם העכו"ם לשבות בדרך אלא שאח"ך אירע אונס ופחד סכנת נפשות מי שם פה לאדם לומר דיש חשש איסור בחלול שבת זה בהליכתו חוץ לתחום ח"ו הרי זה מותר גמור ואין עליו שום תענית ועיין במג"א שם בס' רמ"ח סקט"ז שכתב ז"ל ואם מתייירא להתעכב במדבר שמא יפגעו בו ליסטים ויגזלו ממנו הבהמה ולא יוכל ללכת ברגליו או אם יקחו ממונו לא יוכל לחיות עוד או אם יקחו מלבושיו בזמן הקור כמעט ימות בקרירות כל אחד מאלו מיקרי סכנת נפשות ומותר לילך עמהם ע"ך הרי לך אפילו באחת מאלה סכנה מכ"ש בנדו"ד שכל הספיקות ב"מ שלשה המה מטיב"י צע"ד היו ב"מ כמעט עלו ובאו בנדו"ד ונוסף עליהם אפילו סכנת הנפש עצמה מיד הליסטים היתה מילתא דשכיחא מאין ולאין ח"ו לחייבו מן הדין בשום תענית אם לא מצד חסידות יתירה הרשות ביד האדם להתחסד עם קונו ולעשות מה שלבו חפץ והבא להטהר מסייעין אותו ועליו תבוא ב"ט וצוי"ם וימ"ן:
ע"ה רפאל אנקאווא שלי"ט אכי"ר:

סימן רכח

על מאי דנשאלנה מקמי טיבותיה על שק של קמח שנמצא בו גרעין מצואה של העכבר הנה תחילה וראש אברר לך עיקר הדין בנפל המים עצמם על הקמח ונתייבש ואח"ך נבוא לנדו"ד הנה מצאנו למר"ן באו"ח סתס"ו ס"ד כתב וז"ל אם נתייבש הלחלוחית לא מהני ריקוד וכו' ומצאנו ראינו לרבותינו מפרשי הש"ע שהרעישו עליו העולם היאך פסק לא מהני ריקוד הא קי"ל דקמח בקמח בטל בס' זהו קושייתם ועל קושייא זאת ראיתי להרב מג"א שתירץ כיון שיש שם פירורין בעין חו"ן ע"ך ובדרך זו ג"ך הלך הרב ח"י ז"ל יעו"ש והטו"ז בס' תנ"ג סק"ב תירץ דמאי דקי"ל קמח בקמח מתערב יפה ויפה דוקא אם נתערבו בטחינה אחת בריחיים אבל אם נתערבו אח"ך לא מהני ריקוד כההיא דס' תס"ו ס"ד הואיל, והחימוץ נעשה אחר הטחינה ע"ך וראיתי להלבו"ש ג"ך שנרגש מזה וכתב וז"ל אבל אם נתייבש הלחלוחית לא מהני ריקוד אם נת"ל הרבה דמפריך החמץ ויעבור דרך נקבי הנפה ומתערב עם השאר ואסור לאוכלו בפסח אם היה הרבה מלוחלח שלא נתבטל בס' אלא ירקדנו וישמרנו עד אחר הפסח עכל"ה מלשון זה ראה

תראה דלא אסר אם נתייבש אלא אם אין ששים לבטלו וא"ך הגם דקי"ל קמח בקמח מתערב דוקא אם יהיה ששים ובכאן אין ס' גם ראיתי להרב מוהרי"ע זלה"ה בס' תס"ו שתירץ דלעולם לדעת מר"ן קמח בקמח הוי לח בלח מיהו הנ"מ במתערב יפה ויפה אבל בהך גוונא דנתייבש ומיפרך הרי הוא עומד במקום אחד ואינו מתערב אלא במקומות הסמוכים לו ויש לחוש כשיבוא לאפות מאותו קמח תוך הפסח יקח ממקום שאין בו מן ההתר ששים והרי לא נתבטל עכל"ה: ומעתה אחרי הודיע אלדי"ם אותנו את כל זאת יש לנו לברר דעת הני פוסקים לדעת מר"ן נמצינו למדין אלבא דהרב מג"א והח"י דס"ל דפירורין שאני א"ך תפסינן לדעתייהו אליבא דמר"ן דלא מהני ריקוד וכן לדעת הטו"ז כל שהוא לאחר הטחינה לא מהני הרקדה וא"ך לא נשאר בידינו על מי להשען לדעת מר"ן בקמח שנפל עליו המים ונתייבש כי אם על דעת הלבו"ש דכתב דההיא דס' תס"ו איירי בדליכא ששים אבל במקום דיש ס' מהני לבטלו אפילו לאפותו תוך הפסח עצמו וכן נמי יש לנו אליבא דהרב מט"י דכתב ז"ל דכל היכא דנתייבש ומפריך הרי הוא עומד במקום אחד ואינו מהערב אלא במקומות הסמוכים לו ויש לחוש כשיבוא לאפות מאותו הקמח תוך פסח שיקח ממקום שאין מן ההתר ס' והרי לא נתבטל ואין לומר שיערבנו עכשיו תחילה בידים עירוב גמור ואח"ך יאפנו דא"ך נמצא מבטל אסור לכתחילה דהרי אין כוונתו בתערובת זה אלא כדי להתירו ולא דמי לטוחן דכתב הטו"ר גבי חטים הנשוכים מאכילת עכבר דסי' תנ"ג דהתם מכוין לטחון והביטול ממילא אתי עכל"ה א"ך מדבריו אלה נלמד דמר"ן לא איירי אלא בקמח שנפל עליו מים אחר ההרקדה דלא שייך ביה שיתערב יפה ויפה אלא בבא לבטלו וזה אסור אבל בקמח שעדיין לא רקדו אותו בזה מודה דאפילו תוך הפסח עצמו מותר הואיל וצריך לרקדו לא פעם ולא שתים כדרך שמרקדים הקמח וזה הוא דבר מוכרח א"ך בודאי דאפילו תוך הפסח מותר הואיל ואין כוונתו לבטל והדרן לדין רבינו הטו"ר האמור א"ך נמצינו למדין אליבא דהלבו"ש והרב מטה יאודה ז"ל דיש תקין ברקוד אליבא דמר"ן במקום דאיכא ששים לבטלו ולא נשאר לנו בדברי מר"ן אלא הרב מג"א והטו"ז והח"י זלה"ה:

אלא דעכ"ז נלע"ד דאפילו לדעת הרב הטו"ז והח"י יכולני לומר דעד כאן לא קא מיירי דאין לו ערוב גמור וחיישי' לפתיתין אלא בבא לאפותו תוך הפסח עצמו אבל בבא לאפותו קודם הפסח פשיט דמותר וכן מדוקדק מדברי הטו"ז עצמו בס' תנ"ג סק"ב שכתב זל"ה אבל בסי' תס"ו דבא החימוץ אחר הטחינה דנתייבש הלחלולית שעל השק ונעשה חמץ וא"ך בתוך הפסח אסור לאפותו לעשותו חתיכה אחת משום הכי גם קודם הפסח אסור לאפותו דודאי אתי לאפותו תוך הפסח ובזה מחמיר טפי מסמ"ק שמקיל באפייתו

קודם הפסח כנ"ל ליישב עכל"ה הרי לפניך דהטו"ז כתב בפשיטות דאפיה קודם הפסח מותר וס"ל דלא אסר מר"ן אפי' קודם הפסח אלא מטעם גזירה דילמא אתי לאפותו תוך הפסח וא"ך לגבי דידן דמעולם לא נראה במדינותינו האפייה תוך הפסח ליכא למיגזר מידי כלל וכן יש לנו ג"ך לחלק בדברי הח"י ז"ל דאפושי פלוגתא לא מפשינן בינו ובין הרב הלבו"ש והרב מט"י דס"ל דאפילו תוך הפסח עצמו מותר וגם בזה יהיה שוים דעת הרב ח"י והטו"ז דקודם הפסח מותר אם אפה אותו:

וכן ראיתי להרב מהרי"ט הובאו דבריו בספ' הפר"ח דמחלק כך בפירוש דמר"ן ס"ל דקמח בקמח בטל בששים וההיא דסי' תס"ו דפסק דלא מהני ריקוד היינו בבא לאפותו תוך הפסח אבל כל שאפאו קודם הפסח ס"ל דמותר וכן ראיתי שם להפר"ח שתירץ דברי מר"ן בשני תירוצים ובתירוץ הראשון שם תירץ כדעת מהרי"ט דיש חלוק באפייה קודם פסח דמותר ובתוך הפסח לא ובתירוץ שני תירץ באופן אחר והגם דמאותו תירוץ השני נראה דלא ס"ל לחלק בין אפייה דקודם פסח לתוך הפסח עכ"פ הרי ראיתי להרב מאמ"ר מרדכ"י שכתב דכתירוץ ראשון נקטינן דהגם דלתירוץ בתרא שהביא אפילו לאפותו קודם פסח אסור מ"מ נראה ברור מתוך דבריו שדעתו נוטה להתיר למאן דאית ליה אינו חוזר וניעור עכל"ה:

א"ך נקטינן לדעת כל הפוסקים דאפילו נתייבש ונפרך מהני ריקוד ואפייה קודם פסח ולא עמד לנגדינו אלא הרב מג"א דמיחזי מדבריו דאפי' אפייה קודם הפסח לא מהני והוא ממה שהביא אח"ך שם סברת הב"ח בדין העכברים דלא מצא שום תיקון אפילו באכלו העכברים קידם הפסח ואנן בדידן בודאי דיש לנו לתפוס סברת הני חבל נביאים שכולם עלו בסגנון אחד אליבא דמר"ן דקי"ל כוותיה דאפייה קודם פסח מהנייא וכוותיהו יש לנו לפסוק ולא כנראה מסברת המג"א ובפרט דעיניך תראנה בס' הרב מאמ"ר מרדכ"י שהרבה תמיהותיו על סברת המג"א וא"ך לנו יש להשען על השאר פוסקים המתירים קמח שנפל עליו מים ונתייבש שירקדנו יפה ויאפנו קודם הפסח וליכול וליחדי וכן ראיתי להרב אד"א זלה"ה בס' מעי"ן גני"ם דפסיק ותני בדיני יבש ביבש כגון חטים מחומצות שנתערבו קודם פסח ונתבטלו בששים וחממום קודם פסח יחזרו וחממום בפסח דנאסרו ודוקא אם אפאם וטחנם ואפאם קודם דכבר נעשו גוף אחד כדין לח בלח הוא דמותר עכל"ה הרי לפניך מדברי הרב דבאפייה קודם הפסח אפילו יבש הדר דינו להיות כדין לח בלח ומותר:

וכן ראינו לרבנן סבוראי ובתראי דעבדו הלכה למעשה הכי הראשון הוא הרב מאמ"ר מרדכ"י יעו"ע דפסק הלכה למעשה דאם אפה קודם פסח לית דין ולית דיין דמותר יעו"ע

בסי' תנ"ג ותס"ו יעו"ש גם הרב שערי תשובה בס' תס"ו סקי"ב שם כתב וז"ל עיין פנ"י יהוש"ע ס"ט שכתב בקמח שנפל לטיט או מים ונתייבש מותר לאפותו קודם פסח אחר הניהול יפה דבזה אין חשש למאי דקי"ל אינו חוזר וניעור וכן הורתי הלכה למעשה פעמים שלש ע"ע ועיין בס' גו"ר כלל ד' ס"י באמצע התשובה שכתב שאם נתלחלח קודם פסח ונתייבש מותר לאפותו קודם הפסח וכו' וכן ראיתי להרב אחרון כמוה"ר דוד מועטי זלה"ה בס' צוף דבש סק"ט שכתב וז"ל ומזה אני אומר שאם אירע שרקדו שק של קמח ובו נמצא פירורין מקמח שנפלו עליו מים ונתייבש כיון שבריקוד שלנו מתערב יפה יפה ואין כוונתו בריקוד ההוא כדי לערבו להתירו אלא לברר הסולת ולהפריש המורסן והסובין וכיוצא שהוא ודאי נתערב יפה דאף את"ל שנשארו פירורין שעברו מנקבי הנפה הרי נתבטל בששים ומותר לאפות ממנו אפילו תוך הפסח ומכ"ש שאם עשה ממנו מצות קודם הפסח שנתבטלו בלישה ומותר כן נ"ל עכ"ל:

וא"ך הואיל וברתי לך דאפי' נפל עליו מים ונתייבש מותר לאפותו קודם הפסח מכ"ש נדו"ד שנמצא גרעין צואה של עכבר לא נגע ולא פגע בתורת ספק ואפי' לדעת המג"א שאמרנו דלא מהנייא אפייה שקודם הפסח הני מילי בבאו מים בודאי דיש לו על מי יחול הספק שמא נשארו פירורין אבל בנדו"ד דלא נולד לנו ספק כלל אפי' המג"א יודה ואיכא למימר אפי' תוך הפסח מותר דאחזוקי אסורא לא מחזיקינן דהגם דנמצא שם גרעין של צואת עכבר מאן לימא לן דמציאת הצואה היתה על ידי שהיה שם עכבר ונשך או השתין אליבא דמאן דס"ל דשתן העכבר מחמיץ דילמא מעלמא אתייא ולא היה כאן שום עכבר ואחזוקי איסורא לא מחזיקינן ודמי זה למ"ש הרב ח"י סי' תנ"ד סק"א שכתב וז"ל ואם נמצא שבולת מקש תוך מאכל הנימוח ואין בשבולת שום תבואה מי איכא למיחש דשמא היה שם תבואה ונפלה תוך התבשיל הנימוח ואינו ניכר עיין בס' תורת השלמים שאלה ס"ז ולקמן סי' תס"ה במ"א סק"ה דאחזוקי אסורא לא מחזיקינן ובאיסור משהו דרבנן ואמרינן דכולהו נפל בשעת דישה עכ"ל א"כ ממנו תלמוד לנדו"ד נמי דנמצא גרעין דצואה ולא ידעינן אם היה עמה רוק או שתן לא מחזיקינן אלא אמרינן דהאי צואה מעלמא אתייא ואין כאן שום חמוץ דצואת עכבר אין בה שום חימוץ כלל עיין בס' תס"ו בח"י סקי"ד ומג"א סק"י יעו"ש וא"כ לא נשאר לנו אלא חשש שמא היה שם שתן או רוק של עכבר אחזוקי איסורא לא מחזיקינן ועיין להר' מאמר מרדכי בס' תנ"ג בנדון דידיה אין צריך להביאו ואין לנו להביא אלא מ"ש בסוף דבריו ז"ל ונלע"ד דאף מי שלבו נוקפו וירצה להחמיר מסתייה שיחמיר בודאי חמץ אבל בספק חמץ כנדו"ד דאמור

לא נפול מן הבצק לתוך החטין נראה דאין להחמיר כלל ועיקר והבא להחמיר אינו אלא מן המתמיהין דאף המחמיר לא החמיר אלא בודאי לא בספק עד כאן לשונו ע"ע:
ואין זה ענין למ"ש המג"א משם הרב"ח בדין אם נשכה רק השק ואיכא ספק שמא לא אכלה כלום אפי' נמצא בפסח מותר להשהותו ואסור לאוכלו ואפילו נמצא קודם פסח דדילמא איכא חמץ ונתייבש ע"כ אין נדו"ד דומה להתם דהתם עינינו רואות שהיה כאן עכבר ונשך השק וקרע אותו ונשאר לנו חשש אחד דשמא באותו נשוך נשכו גם הקמח ונתחמץ ברוק אבל בנדו"ד דיש לנו חשש כל עיקר אם גרעין זה מעלמא קא אהייא ולא היה שם שום עכבר א"כ בודאי מותר דהוי הדבר ס"ס ספק מעלמא אתי גרעין זה ולא היה שם עכבר על גבי הקמח זה כלל וכך הדעת נוטה דגרעין זה מבית הריחיים אתי הואיל ואותו מקום מלא מזה אפשר נפל על השק או על הקופה בעת ששופכים זה לזה והרבה מציאות יש לאלפים ולרבבות ואת"ל שהיה שם העכבר ע"ג הקמח וממנו נפל צואה זאת דילמא לא עשה שום נישוך כלל ולא השתין בקמח אלא עשה צואה זאת והלך לו.
וכעין זה ממש כתב הרב מ"מ וז"ל והנה יש לדקדק בחטין שנמצא בתוכם צואת חתולים וכיוצא מה דינם וכו' נלפע"ד אין לאסור דאחזוקי איסורא לא מחזיקינן די"ל שלא הוציאו הרעי על החטין ממש אלא בריחוק משם ועוד דשמא לא השתינו כלל ועוד אף אם השתינו על החטין דילמא לא נתחמץ ואף אם נתחמץ קצת אינו אלא מיעוטא דמיעוטא ועוד דעיקר מי רגלים שנוי במחלוקת ונוסף על זה דעת הפר"ח וח"י דדוקא מי רגלים דאדם הוא דמחמיצין ולכן אין לנו להחמיר כלל עכל"ה הרי לפניך דהרב עשה מעיקרא ס"ס שמא החתול עשה הצואה מרחיק ולא על החיטין כלל ואפי' את"ל על החיטין שמא לא עשה מי רגלים כלל וא"ך גם אנא נמי בנדו"ד נעשה ס"ס דילמא העכבר לא היה ע"ג הקמח כלל ומעלמא אתי גרעין זה ואת"ל שהיה העכבר ע"ג הקמח דילמא עשה הצואה ולא השתין כלל ומותר מכח ס"ס כמבואר בהלכות פסח במקומות הרבה דבמקום ס"ס ליכא בעולם מאן דאסר והגם דהרב מאמ"ר מרדכ"י הוסיף לעשות ספיקות אחרים ועוד וכו' וכו' כמש"ל לא עשה כל אותם ספיקות אלא לרוחב דמילתא דבס"ס לחוד מהני ולא הוסיף כל הנהו ספיקי אלא לתוספת טובה והגם דס"ס זה אינו מתהפך אפילו הכי מהני. וכדי שלא לבוא במאריך טרחא להביא לך דיני הס"ס שמהם תלמוד דאפילו אינו מתהפך מהני הואל והדבר נחוץ אמרתי להביא לך דבר אחד וממנו תלמוד דהנה מצאתי להרב הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שכתב לרבני סאלי יע"א והשיב להם ע"ע האורז של פאס יע"א שדרכן לצחצחו במורסן והוא כתב להם שנהגו להתירו בפסח על ידי חליטה דבזה יהיה ס"ס שמא לא היה בו מורסן ואת"ל היה בו דילמא נחלט וכתב על זה וזל"ה

ואפע"ג דס"ס זה אינו מתהפך דאם נתחיל ונאמר שמא הרתיח יפה שוב לא נוכל לומר את"ל לא הרתיח שמא לא נשאר מורסן דבלא נשאר מורסן ליכא לפלוגי בין הרתיח ללא הרתיח וכיון שאמרת את"ל לא הרתיח על כרחך כוונתך לומר שלא נחלט המורסן ובנשאר קא מיירי מכל מקום הרי חלוק הש"ך סוף סי' ק"י מטור יור"ד בכללי ס"ס ושכן נמצא בתשובות הרמ"ע סקכ"ו דעד כאן לא בעינן ס"ס המתהפך אלא היכא דלא הוברר איזה ספק נולד ראשון אז בעינן שיתהפכו הספיקות דאי לא פ"ה מאי חזית למפתח בהדין ספיקא דאידך גריר בתריה זיל לאידך, גיסא ופתח בחבריה וליכא אלא חד ספיקא ולחומרא בדאורייתא אבל אי איתרמי דחד ספיקא איגלי ברישא והדר איגלי אידך לא שייך למימר הכי. והביא ראיה הש"ך מההיא דנמצאת צפורן יושבת לו בגבו ספק נכנס ארי או לא ואת"ל נכנס שמא לא דרס אלא בכותל נתחכך ואפע"פ שאינו מתהפך הוי ס"ס דהא אין לנו להתחיל ספק דרס או לא דא"ך הרי אתה תופס דודאי נכנס וליתא לכך צריך להתחיל וכו' יעו"ע הכא נמי בנדו"ד דאין לנו להתחיל ספק הרתיחה וכו' דא"ך אתה תופס בודאי נשאר מורסן וליתא לכך צריך להתחיל שמא לא נשאר כלל מן המורסן שזהו הספק שנולד ראשון ואח"ך את"ל נשאר שמא נחלט יפה ומכ"ש שהאחרונים ז"ל לא קיימו וקבלו עליהם כלל זה וכמו שהאריך בזה הפר"ח בסו"ס ק"י מטיור"ד בכללי ס"ס הארוכים כלל י"ג ובכללי הקצרים סעיף ל"ח והעלה דלא בעינן מתהפך כלל יעו"ע מ"מ בין למור ובין למור בנדו"ד איכא תרי ספיקי באופן המועיל עכל"ה וא"ך מדברי הרבנים הנז' יתברר לך דבס"ס דנדו"ד הכל מותר ואין פוצה פה וגם הרב מאמ"ר מרדכ"י לא הוסיף כל הנך ספיקי אלא לרווחא דמילתא ומה גם דגם בנדו"ד יוצדקי כל הנהו ספיקי דכתב הרב דגם בכאן יש לנו לומר דשמא מעלמא אתייא צואה זאת ולא נגע שום עכבר בקמח ואת"ל היה שם איזה עכבר וממנו נפל גרעין זה דילמא לא עשה כי אם צואה זאת ולא השתין ולא עשה שום רוק ואת"ל עשה שתן או רוק ונתייבש דילמא לא יעבור דרך הנפה ואת"ל יעבור אינו אלא מיעוטא דמיעוטא ועוד גם כאן עיקר דין שתן ורוק העכבר במחלוקת הפוסקים הוא שנוי עיין בח"י סי' תנ"ג סקי"ב דמשם בארה דגם ברוק יש סברת הפוסקים דס"ל דהוי מי פירות ואינו מחמיץ יעו"ש א"ך לא נשאר שום פקפוק בהיתר קמח זאת כלל דלא דמי להההיא דהב"ח שהביא המג"א כלל ובפרט דהמג"א עצמו דלא סמך עצמו על סברת הב"ח אלא הביא אח"ך סברת מהר"ם לובלין בשק קמח שנישוך שירקדנו ויאפנו קודם הפסח ויאכל אותו בימות הפסח אלא דמשום הטוב והישר כתב דיקח קמח אחר לשני לילות הראשונות יעו"ש והכוונה היא דיקח קמח ללילות הראשונות לכזית דמצת מצוה בלילה הראשונה והשנייה אבל לאכילת

הסעודה אפילו בלילה הראשונה ודאי מותר זהו כוונתו ומילתא בטעמא דהואל וקמח מצת מצוה פסקו הפוסקים דלצד היותר טוב ישמור אותו אפילו משעת קצירה וכמ"ש מר"ן סי' תנ"ג ס"ד יעו"ש ועיין להפר"ח דס"ל דאם לא היו משעת קצירה לא יצא ידי חובתו יעו"ש על כן מהר"ם מלובלין ז"ל החמיר ליקח מקמח אחר למצת מצוה וא"ך הרי עיניך הרואות דהרב מג"א עצמו לא סמך עצמו על הרב"ח אלא הביא סברת מהר"ם באחרונה דודאי דעתו לפסוק כוותיה אפילו בנשיכת עכבר דאין שם כי אם ספק אחד אבל בנדו"ד ליכא מאן דיחוש לזה כלל דאפילו אלו לא היו כאן כי אם תרי ספיקי ליכול וליחדי מכ"ש כמה וכמה ספיקי עלו ובאו כדאמרן בודאי דהתיר ומותר:

ושוב ראיתי בספר בית הבחירה בדיני חיטי דפסחא סי"ג שכתב משם הגאון מהרי"ך ז"ל וז"ל קמח של מצות אם נמצאו בו עכברים מתים עיין להגאון זרע אמת בס' מ"ז שכתב דינהלו אותו קמח פעם אחרת בנפה יותר דקה וכל מה שנשאר למעלה מהנפה הוא שאסור עכ"ל הרי לפניך דאפילו נמצא העכבר מת ושלם דיי בניהול ולא אסר כי אם הסובין הנשארים למעלה שלא ירצו לעבור בנפה והשאר מותר למצות ואין זה סותר אפילו לסברת הרב"ח דיכולני לפרש דבריו בענין דגם הרב"ח יודה והגם שאין נדו"ד נוגע לנדו"ז של הרב זרע אמת דנדו"ד עלו ובאו בו כמה ספיקי כדאמרן ואין בו אפילו חשש נדנוד עכ"פ להרבות לך צדדי ההתר הבאתי לך גם דבר זה דמיחזי כמילתא דתמיהא ועכ"ז מותר ומעתה בפה מלא יאכלו ענוים וישבעו ויהללו ה' דורשיו. מאתי אהובך החותם בניסן תרנ"א פה סאלי יע"א וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רכט

לעי"ת מקנאם יע"א להרב המובהק הדומ"ץ כמוהר"ר שלמה ברדוגו נר"ו. בענין האלסוקא"ר אם יש סעיד וסמיך או מנהג למי שירצה לצנן סוקא"ר קאלב ולשתות בו קאפי ביומי הפסח באמת עיני לא ראו מי שנהג מנהג זה במחז"ק אלא איזה פעמים כשרואים איזה בני אדם שיומי החג קרבו ויאתיון ועדין לא נראה בעליל הסוקא"ר הנהוג לשתות בו האלקאפ"י אז יש בני אדם מצפצפים בקולם לאמר שאם לא נראה סוקאר הנהוג הרי סוקאר קאלב מונח בקופסא וממנו נשתה על ידי סנון כך שמעתי אומרים אך מעולם לא עמדו על זה:

ובאמת לענד"ן דיש לסמוך על תקון הסנון לפי מה שבא כתוב בספרי הקודש רבנן בתראי דמדבריהם יוצא דיש להתירו אפילו בלי סנון הראשון אדם הוא הרב החביב בשכנה"ג

כתב ז"ל הסוקאר וכו' מור"ם כתב דאסור לאוכלו וכו' זהו מנהג האשכנזים אבל אנחנו נהגינן התר אף לאוכלו משום דאומן לא מרע נפשיה דאי מערב בו קמח יש קפידא לרפואה ורוב הסוקאר עושים אותו לרפואה ע"כ וכן כתב הרפ"ח בס' תס"ז על דברי מור"ם ז"ל וסוקאר אסור לאוכלו וכו' כל פרטי דינים אלו תלוים כפי מה שידוע במנהג העיר אם מערבים בו קמח או סולת או מקצתה או כולה וכמ"ש בסמוך לענין דבש ובאמת דהאומן לא מרע נפשיה וכמ"ש הר"ן פ' אין עומדין דכל דאיכא למיקפד במילתא תגר לא מרע נפשיה ואע"ג דליכא למיקם עלה דמילתא ע"כ ואעפ"כ אם הדבר ידוע שאחד מהם זייף הסוקאר הרי הורע חזקתן של התגרים ויש להם דין שאר אנשים עכ"ל הרי לך דלדעת רבנן סבוראי ובתראי סברי מרנן דאין חשש באכילת הסוקאר מטעם אומן לאי מרע לאומנותיה ואפילו במקום דליכא למיקם עלה דמילתא מותר משום הטעם הנז' אם לא דוקא דחזינן ברור הריעותא:

והגם דמור"ם סתם לן סתומי במפה ס"ח ז"ל דסוקאר אסור לאוכלו וכו' יע"ש ובנושאי כליו אין לנו לסתור דברי רבנן בתראי מכח דברי מור"ם הנז' יען שהרי מצאנו ראינו להרה"ג בספרו בנ"י חי"י ס' תס"ז הגב"י שהביא דברי הרב כנה"ג הנז' והוסיף מדיליה וכתב ז"ל ואני שמעתי מפי אומנים בקיאים שעושים המרקחות שלא יוכלו האומנים לערב קמח או חלב חטה בתוך הסוקאר דכשיש בו דכשיש בו ערוב קמח או חשש חמץ כשמבשיל הסוקאר נעשה הקמח או החלב חטה כעין כדור שחור בשולי הקדרה וכבר היה אחד מן הרוקחים שערב בתוך הסוקאר קמח וכשבשלו אותו נעשה כעין כדור וענשוהו וא"ך אנן קא חזינן בהאלסוקאר בין של ויניציא"ה בין של מצרים שמבשלים אותו ולא נעשה כדור אין חשש לערוב כלל ולפי זה כיון מהר"ם די ביטון דהת"ה לא אסר אלא במרקחות משום ששם הזיוף אינו ניכר אבל בסוקאר שניכר הזיוף אין לחוש ומלבד הטעם שכתב הרב כנה"ג מהטעם שכתבנו אין לבי נוקפי באכילת הסוקאר ובודאי שהרב בעל המפה לא סיימוה קמיה ולא שמיע ליה הטעמים שכתבנו שהוא טעם נכון עכ"ל הרי לך דלא לחלוק על מור"ם באו אלא להתיר לפי הטעמים דנגלו להם ולא למור"ם וא"ך הרי גדולי עולם מעידין בגדולתן על הסוקאר של מצרים שאין בו חשש חמוץ ומהם נקח בקו"ח להאלסיקאר הנעשה בערי אדום ודאי שהוא עדיף מהם בכשרית ואין להסתפק בו כלל וקו"ח זה מפורש יוצא מדברי הגאון מוהר"ר חיד"א זלה"ה במחב"ר תס"ז ס"ה שכתב ז"ל ומאי דחיישי רבנן בסוקאר העשוי במצרים דהפועלים טובלין פתן ביערת דבש וכמ"ש מהר"י זיין זלה"ה בתשובותיו וכו' אלו החששות הם בגלילותינו שהם ערביים אבל בערי אדום חקרתי כמה פעמים ושמעתי מפי המרובין דליתנהו לחששות

אלו לא מינה ולא מקצתה עכ"ל הרי לך מדברי רב אחרון חביב זלה"ה שדעתו היא שהאלסוקאר מותר בפסח ולא נצרכה אלא להעדפה לסלק מהאלסוקאר של ערי אדום אפי' חשש טבול בשעת מלאכה דמדהוצרך לסלק אפילו חשש טבול ממנו תלמד דעתו היא דמותר באכילה נקטינן מזה בהאלסוקאר המצוי בינינו לדעת כל הני רבנן סבוראי ובתראי המקיל לאוכלו לא הפסיד:

ואין מקום להסתפק ולומר מי יודע שהאלסוקאר שדברו בו הני רבנן הוא הסוקאר קאלב שלנו אפשר הם דברו בסוקאר האדום שהוא כמין עפר כידוע. זה אינו כי אדרבה הסוקאר הבא לפנינו כעין כובע הוא עדיף וליכא חשש תערובת יותר משאר מינים וכמ"ש הרב מג"א בס' תס"ז סק"ט ז"ל ושמעתי מהאומנים המתקנים אותו שאותו שעשוי ככובע אין בו קמח וכו' עכל"ה הרי לך דסוקאר קאלב שלט הוא עדיף משאר מינים:

ועד אחורן ראיתי להרב מאמ"ר מרדכ"י תס"ז סק"י שכתב ז"ל וסוקאר אסור לאוכלו וכו' הנה המנהג במדינות אלו לאכול דבש וסוקאר מלבד יחידים שנהגו פרישות בעצמם שלא לאכול סוקאר הואיל ונפיק מפומיה דמור"ם לאסור ולא ראו למר"ן דכתב התירה כמ"ש בדבריו וכו' אח"ך נראה לי דמר"ן שכתב התר בדבש הוא הדין בסוקאר וגם כי שמענו דאין לחוש לזיוף כלל בסוקאר ובפרט באותו שעשוי ככובע ואפע"ך לא מלאני לבי להתיר עד שבא לידי ספר כנה"ג וראיתי לו שכתב שבכל מקומותיהם נהגו התר ודלא כמור"ם ז"ל ומן אז והלאה נהגו התר בסוקאר על ידי התרה עיין יור"ד רי"ד בהיות שנראה ברור שמנהג מקומות אלו שלא כדברי מור"ם אלא שקצת יחידים נהגו סלסול בעצמם שלא לאוכלו והמחמיר יחמיר לעצמו והמקיל לא הפסיד והנה כל הדברים האלו תלוים במנהג האומנים אם דרכם לזייף והכל לפי המקום והזמן וזה יתבאר מדברי האחרונים עכל"ה הרי לך מדברי רב אחרון חביב גם הוא מפורש דסוקאר העשוי ככובע הוא עדיף משאר סוקאר: גם יתבאר לך שהסוקאר פראנסיץ שדבר בו הרב אין בו חשש כלל יען כי הוא כתב בראותו דברי כנה"ג נהגו התר ואח"ך סיים בדבריו וכתב ז"ל והכל לפי המקום יכו' מזה מבורר דבמקומו שהנהיגו התר ברור להם דליכא חמץ ומודע לבינה כי הרב ה' מקומו הוא ערי איטאלייא וידוע דאיטלייא ופראנסא כאחד הם נחשבין ומלאכתם שוה וא"ך הרי גם הרב אחרון אחרון חביב נוסף גם הוא מן המתירים ועל מי יש לנו להשען יותר מהני חבל נביאים:

אך מדבריו שכתב דלא התר אלא משום דלא נהגו במקומותיהם כמור"ם וכו' נראה דכוונתו לומר דהואל ומנהג איטאלייא היא ללכת כדעת מר"ן ולא כמור"ם א"ך הדר דינייהו דמה שנהגו מקודם לאסור הסוקאר הוא לאו מדינה אלא משים חומרא ובזה

מצא פתח להתר על ידי התרה משום דברים המותרים ואחרים נהגו בהם איסור ורצו להתירם צריך התרה כמ"ש בס' רי"ד וכו' זהו כוונתו ובאמת לכאורה נראה דיש לתמוה עליו דהא אפילו במקומות שנהגו ללכת אחר פסקי מר"ן עכ"פ במקום דלא גילה מר"ן דעתו הרי אזלינן בתר מור"ם וא"ך הואל ומר"ן כאן בש"ע לא גילה דעתו ומור"ם גילה דעתו מן הראוי מן הדין צריך לילך אחר דעת מור"ם והואל ומן הדין צריך לילך אחר מור"ם א"ך הרי הסוקאר אסור מן הדין ולא משום מנהג והיאך נטתה דעתו של הרב להתיר מההיא דיור"ד סרי"ד אלא דנראה פשוט דהרב סמך על מ"ש דבריו אשר במאמרו מערי"ב ערבי"ם דהואל ומצא להרב"י התר הדבש מאותו טעם ברור שיתיר גם הסוקאר כלי שום פקפוק וא"ך הואל ולדעתו הרב"י ס"ל דהסוקאר מותר א"ך פשוט דמן הראוי לילך אחר דעת מר"ן אפילו לא גילה דעתו בש"ע אלא בב"י כמו שכתוב כלל זה אצלינו כמה מקומות משם הראשונים וא"ך הדר דינא להיות הסוקאר מן הדין מותר כדעת הרב"י אך מצד חומרא נהגו לאוסר כדעת מור"ם. בזה יוצדק בודאי למי שירצה לחזור להתירו יכול להתירו על ידי התרה כמ"ש ההיא דסרי"ד:

אך באמת לפי קוצר דעתי אפילו התרה לא צריך לפי מה שכתבנו לעיל משם הרב בנ"י חי"י שכתב דאפילו לדעת מור"ם אי הוה שמיע ליה אותם טעמים שנגלו להם לא היה אוסרו וכמש"ל א"ך הוי חומרא בטעות והדר דינא למ"ש הש"ע בס' רי"ד ז"ל אבל הנוהגים אסור בדברים המותרים מחמת שסוברים שהם אסורים לא הוי כאלו קבלום בנדר ע"ך וא"ך אפילו התרה לא צריך אלא אם ירצה להחמיר ועיין בס' מחב"ר ופת"ש ומהר"י אירגאס זלה"ה כיוצא בזה בדין הנוהגים לאכול מצה משעת קצירה ואח"ך וכו' יע"ש:

הדרן למאי דאתן עלה הרי לפנינו דמי שירצה לאכול הסוקאר עצמו יש לו על מי לסמוך מכ"ש אם רוצה לאוכלו על ידי סנון בודאי דאין מי שיאסור בזה וגם שבדין הסנון נפל מחלוקת אי מהני לברר התערובת חמץ דהא מצינו למור"ם תמ"ז ס"ד שכתב פת שנפל ליין אפע"פ שנטלו משם אסור בפסח דחיישינן שמא נשארו פרורין ונותנים טעם בפסח ע"ך וכתב שם הטו"ז דלא מהני סנון שמא יש דקין מאד ויוצאין דרך המסננת יע"ש וכנגד זה מצינו להמג"א סקי"ג כתב דמהני סנון ואם סננו לכו"ע שרי יע"ש שכ"ך משם הש"ך וכן כתב הרב"ח יע"ש והרב ח"י ז"ל שם הכריע גם הוא דסנון מהני יען דאפילו נחוש שמא ישארו איזה פרורין הרי הם דק דק והוי לח בלח שאינו חו"ן יע"ש א"ך הרי רוב מנין הם המתירים ומה גם נוסף עליהם ביתר שאת מ"ש הרב מוהרי"ע זלה"ה שמדקדוק דברי מור"ם עצמו ס"ל דהסנון מהני יעו"ש שמדקדק כן מדברי מור"ם באמת הדקדוק המורגש

לעין כל בדברי מור"ם דבאמת יש לנו לדעת מה היא כוונת מור"ם שכתב בלשונו הטהור ז"ל פת שנפל ליין אפע"פ שנטלו משם אסור בפסח דחיישינן שמא נשארו בו פרורין וניתנים טעם בפסח ע"ך ובאמת הרואה יתמה אי חיישינן שמא נשארו בו פרורין א"ך אין אנו צריכים לטעם משום דנותנים טעם בפסח דתיפוק ליה שמא יאכל פרורין עצמם ומכח דקדוק זה הכריע הרב מוהרי"ע ז"ל דודאי מור"ם ס"ל דדעת הרשב"א בעל סברא זו ס"ל דהסנון מהני אך חיישינן דילמא לא יסננו קודם פסח וישאר שם תוך הפסח ונותנים טעם תוך הפסח ואזי אפילו יסננו הואל ויהיה טעמא תוך הפסח אסור דחמץ תוך הפסח במשהו בין בממשו בין בטעמי כך הכריע הרב מוהרי"ע זלה"ה בדברי מור"ם ומזה יצא לדין שאם סננו קודם פסח לדעת מור"ם מהני וסיים הרב בסוף דבריו וכתב ז"ל והרב מגן דוד שכתב על דברי מור"ם דסנון לא מהני דשמא יש דקין ויוצאין דר הנפה ע"ך דמשמע מדבריו שכך היא דעת מור"ם ליתא והעקר הוא כדכתיבנא בס"ד אלה היו דברי מוהרי"ע ז"ל ועיין ג"ך להרב ערך השולחן בספרו חוקת הפסח שכך דעתו נוטה דסנון מהני יע"ש הרי לך חבל נביאים דפסקי בסכינא חריפא דסנון קודם פסח מהני ועליהם יש להשען:

אלא דעדיפא מזה אמינא ולא אבוש דלגבי הסוקאר אפילו הטו"ז יודה דמהני ביה סנון קודם הפסח דאיכא למימר דעד כאן לא כתב הטו"ז דסנון לא מהני אלא דוקא במקום דאיכא ודאי חמץ כגון התם דנפל פת ביין וכו' דהואל והיה שם ודאי חמץ אין בידינו אלא ספק אחד דילמא ע"י סנון לא נשארו בו פרורין או דילמא עברו דרך הנפה הלכך משום חד ספיקא אסור אבל בסוקאר שאינו אלא חששא בעלמא דילמא יש בו תערובות חמץ כל עקר אזי אפילו הטו"ז יודה הואל ויש כאן ס"ס דילמא לא היה חשש חמץ כלל ואת"ל היה שם תערובת דילמא כשסננו אותו לא עבר כלל דרך נקבי הנפה ובזה אפילו הטו"ז יודה דס"ס מהני בכל אסורין של תורה והגם שאין ס"ס זה מתהפך כבר יש בידינו כתוב באורך מקמאי ובתראי דלא בעינן מתהפך גם לפי הכללים ס"ס זה לא בעינן מתהפך עיין בכללי הס"ס שהביא הש"ך דוק ותשכח ואין כאן מקום להאריך יען כי הלא מצאנו ראינו גם הדבר הזה ערוך על ספר הישר הפר"ח בס' תמ"ז שכתב על דינא דפת שנפל ביין וכו' דפסק מור"ם כתב איהו ז"ל ומה שכתב שמא נשארו בו פרורין ונ"ט בפסח קשה דצונן אינו מבליע ואינו מפליט וי"ל דמיירי ששהה בו מעת לעת ויש לו דין כבוש ואסור וכמ"ש לקמן בס' תס"ז ס"ב ויותר נראה לומר דטעמא הוי שמא יבוא לאכול משהו מן הפרורין בפסח וכיון דודאי איכא חמץ לא שרינן ליה לסננו לפי שמשהו אין לו שיעור ואפשר שיעבור דרך הנפה איזה פרור ולכך אסרוהו ועיין במור"ם לקמן תס"ז

סו"ס י"ב עכ"ל ושם בס' תס"ז סו"ס י"ב מצאנו לו שכתב ז"ל ומ"ש הרב"י בסוף סימן זה בשם האגו"ר בשם מהר"י מולי"ן דבארות של עכו"ם שיש לחוש שמא יש חמץ ברור שיש לסנן המים בבגד נקי בכל פעם ששואב ע"ך אלמא דסנון מהני ההוא איירי בחמץ שאינו ידוע אבל אי ידעינן בודאי שהיה שם חמץ לא מהני סנון וכדכתיבנא וכן מתשובת הרשב"א וכו' ודלא כמו שהבין מור"ם בהג"ה תמ"ז ס"ד שכתב שם כן נראה לי עכ"ל הרי לך מפורש לדעת הרפ"ח דבסוקאר פשוט דמהני סנון קודם פסח ולא מבעייא לפי תרוץ הראשון של הפר"ח דכתב דטעם פת ביין דפסק הרשב"א דאסור הוא מטעם כבוש וכו' ודאי דאינו אסור מטעם זה אלא דוקא בבא לסננו תוך הפסח דאז מיהב יהיב טעמא תוך הפסח אבל קודם הפסח בודאי דמהני סנון וכמו שבא הדבר מפורש יוצא בדברי הרב מוהרי"ע כנז"ל שכתב דכן הדין יוצא מתרוץ הראשון של הפר"ח כמש"ל משמו והוסיף הרב הנז' וכתב דכן היא דעת רבו זלה"ה דדעתו היא כתרוץ הראשון של הפר"ח וא"ך אפילו ידעינן שהיה שם חמץ כגון ההיא דפת ביין עכ"ז מהני הסנון קודם הפסח כדאמרן אלא אפילו לתרוץ השני של הפר"ח דכתב דדעת הרשב"א הוא דלא מהני סנון עכ"ז הרי פרשה פתוחה לפניך שפירש בדבריו בס' תס"ז סו"ס י"ב דדוקא בפת ביין שנפל שם דיש ודאי חמץ אבל כל שהוא ספק אי הוה שם חמץ מהני סנון הרי לפניך דאפילו מאן דס"ל סנון לא מהני בפת שנפל ליין עכ"ז בסוקאר יודה דמהני ביה סנון קודם הפסח וגם הטו"ז בודאי יודה ופשוט דטעמיה דהפר"ח דמחלק בין היה שם חמץ ודאי למקום דליכא אלא חשש פשוט דטעמו הוא דבמקום דליכא אלא חשש הוי ס"ס כדאמרן ובשביל זה מותר ועיין בס' ח"י תס"ז סקכ"א שהרבה ארבה כמה ספיקות בסוקאר וזל"ה האלסוקאר יש בו כמה חששי טובא דילמא לא נתערב ואת"ל נתערב דילמא נתבטל קודם הפסח ואה"ל לא נתבטל דילמא לא ערבו בו סולת מחטים לתותים ומי פירות אין מחמיצין ואת"ל לתתו דילמא לא נתחמץ עכל"ה הרי לך דרבו כמו רבו הספיקות בסוקאר וא"ך פשוט דכל מאן דקפיד בסנון הפת ביין בזה יודה וכדעת הרפ"ח הנז':

ובדרך אגב אמרתי לתרץ מה שהקשה לפי האמת מה יענה הטו"ז דס"ל דדעת מור"ם היא דלא מהני סנון וחיישינן דילמא יעברו הפתיתין דרך נקבי הנפה א"ך מה יענה במה שיש לדקדק בדברי מור"ם למה הוצרך לסיים ולומר דילמא ישארו פרורין ויהבי טעמא הרי תיפוק לך דילמא יאכל הפתיתין עצמם וכמ"ש הרב מוהרי"ע זלה"ה כמש"ל על כן אמרתי דהטו"ז באמת יאמר לך דהאמת הוא דמור"ם יסבור סנון לא מהני ומור"ם נתכוון בפסק זה של פת שנפל ביין לאסור כל היין לשתות ממנו אפילו מעט ולהניח השאר ועל זה אם היה בא מור"ם לאסור מחשש דילמא נשארו בו פתיתין משום דילמא עברו

דרך נקבי הנפה וחיישינן דילמא יאכל הפתיתין עצמם אי מטעם זה היה מן הראוי לומר דאם ירצה לשתות מעט ולהניח מעט לתוי מותר משום דבאותו מעט שרוצה לשתות יש בו ס"ס דילמא לאחר הסנון לא נשאר שום חמץ ואת"ל דילמא עבר איזה פרור דילמא בהאי מעט שרוצה לשתות לא יש בו שום פרור אלא הפרורין שעברו נשארו בין המונח ואין זה ס"ס משם אחד דקי"ל דלא הוי ס"ס אלא ס"ס זה שפיר מתקרי ס"ס דהואל וסננו לא נשאר לומר דיש בו ודאי חמץ אלא ספק חמץ א"ך הדר דינו כההיא דס' תל"ט של עכבר שנטל ונכנס לבית בדוק ולא ידעינן אי חמץ נטל או מצה דלא צריך בדיקה הואל וספק הדבר אם חמץ נטל או מצה יע"ש במג"א סק"א ודוק וא"ך משום זה הוצרך מור"ם לסיים ולומר דילמא נשארו פתיתין ויהבי טעמא וכו' לומר לך דהגם שמצד דילמא יאכל הפתיתין עצמן היה מן הראוי להתיר לו לשתות מעט ולהניח מעט לתלות בו ולומר דאפילו את"ל עברו איזה פתיתין נשארו במונח ויהיה המעט שרוצה לשתות מותר על זה סיים דגם אותו המועט אסור דדילמא נשארו איזה פרורין ואזי אפילו את"ל דבשותה מעט יהיה מותר מכח ס"ס כאמור עכ"ז אסור מטעם אחר דילמא אותן פרורין שנשארו מיהב יהבי טעמא בכל היין תוך הפסח ודו"ק:

המורם מכל האמור דבסוקאר שאינו אלא חששא בעלמא ליכא מאן דאוסר על ידי סנון ועדיפא מזה ראיתי להרב מוהרי"ע זלה"ה דף ק"ח שכתב ז"ל וסוקאר הבא מפרטוגאל מוחזק שאין בו זיוף ונאכל בפסח וכ"ש אותו שהוא כעין כובע שאין בו חשש חמוץ ואמר לי מורי זלה"ה דהסוקאר כשנעשה במים הוא נמס ונעשה מים ואם יש בו סולת הוא נגבל ונעשה כעין עיסה וניכר עכל"ה הרי לך דאפילו אם יהיה בו ודאי חמץ בסוקאר מהני בו סנון שהרי ניכר לעין כל ולא יעבור הכדור במסננת מכ"ש במקום דילמא יש בו ודאי לית מאן דאסר וא"ך הרוצה לסנן לצורך פסח ליכול וליחדי על סמך דעת המקובצת דליכא שום חשש כל זה נ"ל להלכה להתיר ולא להורות מה שלא נהגו קדמונינו:

וכל זה לרווחה דמילתא כדי לייסד מן הדין שאין שום איסור מן הדין דבלאו הכי תסגי לן יקר סהדותא מה שכבר העד העד בנו האיש אדיני האר"ש הרב המפורסם מו"ד דין אב"א למלכה זלה"ה בספר למודי ה' דפ"ד ע"ב שכתב ז"ל וכן סוקאר אינגליז הנקרא בלשון ערבי קאלב יכול לסננו קודם פסח ושותים אותו בפסח וכן העלה הרב נודע ביהודה וכן ראיתי להרב של האשכנזים בלונדרים כמהר"ר שלמה הירשיל זלה"ה שהיה מפורסם בחסידות והיה נוהג כן בסוקאר פולין ושמעתי מפי מגידי אמת שהיה אומר להם שהגדולים שהיו לפניו כך היו נוהגים והתירו מפורסם להם וכן ראיתי כמה מקומות במערב ומקומות אחרים שנהגו כן בפשיטות ומכללם צווירא יע"ה וסוקאר

הבא בתיבות גדולות ממקומו אין בו חשש איסור כלל כפי מה ששאלתי בכמה מקומות והשיבו ששם הקמח ביותר ביוקר ובר מן דין לא מרעי אומנתייהו אחר שלפעמים נצרך לאיזה רפואה ואם הקמח מנגד הרפואה יהיה מזיק ועקר החשש הוא אינו אלא אחר שיוריקוהו בבארלים קטנים שאלו הבארילים הם באים מאמריקא ואיטאלייא מלאים קמח וכשמוריקים מהם קמח עושים בהם האל עכל"ה הרי הבאתי לפניך מאי דאתמר על הסוקאר מקמאי ובתראי ומה שנלע"ד מדקדוק דברי הפוסקים והעולה מכל זה שיכול לסנן הסוקאר קאלב ולאוכלו בפסח והגם שבמקומינו מעולם לא ראיתי עושים כן עכ"פ אם הידיד רצה לסמוך על כל מה שבא כתוב סמוך לבו לא ירא זהו הנלע"ד. הלכ"ד החותם בסדר להורות א"ת בני ישראל כאן שנה הסת"ר אסתר פה פאלי יע"ה וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רל

האידנא נוהגים לעשות סעודה המפסקת של ט"ב בתבשיל של עדשים ואחר אכילת התבשיל חוזרים ואוכלים בצים שלוקים וכוונתם זכר לאבילות וע"ז אמינא אנא דמנהג זה טעות הוא ואסור הדבר משום שני תבשילין דפסק הש"ע ריש תקנ"ב ע"ש וראיה לזה מהא דכתב מר"ן שם ס"ה וז"ל נוהגים לאכול עדשים עם בצים מבושלים בתוכם שהם מאכל אבלים ע"ך וכתב המג"א שם סק"ה דדוקא אם דרכם בכך כל השנה כמ"ש בס"ג ובטור כתב עדשים או בצים וכ"ך הלבוש ע"ך מכאן מוכח דבתרווייהו בזה אחר זה ליכא מאן דמתיר דתרי תבשלין נינהו וים מי שטעה לייסד המנהג מדברי מור"ם שסיים וכתב ויש נוהגים לאכול בצים קשים שהוא ג"ך מאכל אבלים ע"ך ורצה לומר דמור"ם בא לומר דנהגו להוסיף באכילתם בצים הואל והוא מנהג אבילות וזה טעות גמור דבסעיף זה לא היתה כאן כוונת מר"ן ומור"ם לאורויי לן דשני תבשילין מותר או אסור אלא בכאן בא להשמעינו באיזה דבר ראוי לעשות סעודה המפסקת וכמו שכתב אח"ך בס"ו מי שאפשר וכו' ועל זה כתב כאן תחלה בס"ה נהגו לעשות הסעודה במאכלי אבלים בתבשיל עדשים עם בצים מבושלים וכו' ועל זה בא לומר מור"ם שיש מי שלא נהגו בכך אלא נהגו בבצים קשים וכו' שהוא ג"כ דרך אבילות והוא על דרך מ"ש מר"ן ביור"ד ס' שמ"ח ס"ט שכתב שם יש נהגו להברות בעדשים ויש נהגו להברות בבצים ע"ש וגם כאן להכי נתכוון מרן ומור"ם אבל תרוייהו ודאי אסורין משום שני תבשילין אפילו מאכל אבילים וכמו שמוכח מדברי הטור והמג"א שכתבתי לך:

ואין להשתבש ולומר דהואל והבצים שלוקין במים לא הוו תבשיל והוו כאלו עודם חיים ולא נאסרו דזה שיבוש דשלוקין הוא יותר ממבושלים כמו שדקדק הרב ח"ק יעק"ב בהלכות פסח סימן תע"ג סק"ך מלשון המשנה דשלוק הוא יותר מן המבושלים עיין שם וכן כתב הרב מט"ה יהוד"ה ז"ל בסימן ס"ג על דברי מור"ם דכתב וצלי הרי הוא כמבושל כתב הרב הנז' דהמרדכי יליף דין זה מדין ערובי תבשילין. ואף אנן נמי נילף מהתם לכבוש ושלוק דמקרו תבשיל דהא תניא בפ"ב דביצה תבשיל זה צלי ואפילו כבוש ושלוק ומבושל ע"ך וע"ש דלמד במכ"ש למעוטן ע"ש בדבריו איך שיהיה מכאן מדברי הרבנים מוכח דשלוק אסור כמבושל וא"ך פשוט שאסור לאכול בצים בסעודה המפסקת אחר תבשיל של עדשים גם אין להתיר מפני שאוכלים אותם בסוף הסעודה לגמרי דהוי כאלו אוכלים דרך פירות בקינוח הסעודה דגם זה אינו דהא מצאתי ראיתי להרב זכו"ל ח"א א"ט שכתב וז"ל דין עט"ב וסעודה המפסקת סימן תקנ"ב ושני תבשילין שאסרו אין חלוק בין דבר הנאכל כמות שהוא חי לדבר שאינו נאכל כמות שהוא חי וכן אין חלוק בין צלי למבושל וכן אין חלוק לאוכלן בדרך תבשיל או כדרך הפירות בקינוח סעודה אלא בכל גוונא אסור לאכול פירות צלויין בקינוח סעודה המפסקת מהר"ם ן' חביב בב"י הברכ"י יצ"ו עכ"ל:

והגם דמנהג קדמון הוא פשוט בעיני דודאי דורות הראשונים היו אוכלים אותם אחר הסעודה דודאי מותר כמ"ש מותר לאכול כל זמן שלא קבל עליו בפירוש שלא לאכול עיין מר"ן ומור"ם ריש תקנ"ג ובודאי כך היו הרא"ש נוהגים ובדורות אלו האחרונים טעו וחזרו לאוכלם תוך הסעודה וזה ודאי לא שפיר עבדי וק"ל:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלא

בירור עשרת אלפים ככר שנתן המן בישראל הוא כנגד מחצית השקל של ששים רבוא וידוע דששים רבוא של מחצית השקל עולה בהם שלש מאות אלף שקל שהם כולם מאת ככר הכסף כדאמר קרא בפר' פקודי והחשבון הוא שעי"ז עולים מאת ככר בשלש מאות אלף שקלים החשבון הוא כי ידוע הככר ששים מנה והמנה יש בו כ"ה שקלים נמצא עולה בככר חמשה עשר מאות שקלים ולפי שככר של קודש כפול על שלנו היה אם כן נמצא ככר של קודש יש בו ק"ך מנה וכל מנה יש בו כ"ה שקלים הוי הככר שלשת אלפים נמצא כולם מחצית השקל של כל הששים רביא שהם שש מאות אלף מחציות שהם שלש מאות אלף שקלים עולה בהצטרפם לערך שלשת אלפים לכל ככר עולה בין הכל

מאה ככר בשנה וידוע דכל בר ישראל אינו מחוייב ליתן מחצית השקל כי אם בהיותו מבן עשרים שנה ומעלה ושנות חיי האדם הם חמשים שנה נמלא עולה למחצית השקל לששים רבוא בכל החמשים שנה סך ת"ק ככרים שהם חמשת אלפים לערך החשבון שכתבנו מאה ככר בכל שנה עולה בחמשים שנה ת"ק שהם חמשת אלפים ככר קידש וידוע דמנה של קודש כפול היה כאשר ביררנו א"ך חמשת אלפים שקלים עולה בהם עשרה אלפים מככר שלנו והוא מה שנתן המן לאחשורוש במקנת ישראל ועיין ברש"י פרשת פקודי ורא"ש משבי"ר בחידושיו למגילה ודו"ק:

וז"ל עיר מקלט בפר' כי תשא מצאתי בשם רבינו חננאל וז"ל שקלתי רביעית דם של אדם אשר שיערו רז"ל שהנשמה תלויה בו היא משקל כ"ה סלעים ומשקל השקל שבתורה הוא סלע נמצאת מחצית השקל הוא חצי סלע וכשתחלוק רביעית הדם על חצאי סלעים יהיו חמשים סלעים והלכה היא כבית הלל שתרומה בינונית היא אחד מחמשים נמצא חצי הסלע היא התרומה שהיא חיותו של אדם וזוהי התרומה הנזכרת במחצית השקל כתוב לכפר על נפשותיכם ועוד כמה טעמים וע"ש ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלב

על מה שנסתפק כת"ר אם האכסנאי הסמוך על שולחן אחרים חייב במשלוח מנות או לא ע"ך:

תשובה זה אין צריכה לפנים דהא מצינו מימרא בגמרא מגילה ד"ז שם איתמר אביי בר אבין ור"ח בר אבין הוו מחלפי סעודתייהו להדדי ע"ך ומצינו להר"ן דפירש דהכוונה היא דלא היה לאחד מהם כדי לשליח ולהשאיר לעצמו לפיכך כל אחד היה שולח סעודתו זל"ז כדי לאכול סעודת פורים ולקיים משלוח מנות ע"ך ורש"י פירשה מחלפי סעודתייהו זה אוכל עם זה בפורים של שנה זו ובשני סועד חבירו עמו ע"ך והנה מצינו להרב"י דהקשה על פירש"י דלפי פירושו זה דזה היה סועד עם זה בשנה זו דהיינו בשנה זו לא היה עושה שום דבר אלא היה אוכל עם חבירו וזה ג"ך לשנה האחרת לא היה עושה שום דבר א"ך לא היו מקיימים מצות משלוח מנות איש לרעהו וא"ת שהיו שולחין מנות איש לרעהו א"ך מאי קמ"ל עכ"ל ובשביל קושייא זאת נייד הרב מפרש"י ופסק בש"ע בס' תרצ"ה ס"ד כפירוש הר"ן ז"ל ואם אין לו מחליף עם חבירו זה שולח לזה סעודתו וזה שולח לזה סעודתו כדי לקיים ומשלוח מנות איש לרעהו ע"ך והנה מצאנו להמג"א ס' תרצ"ה סקי"ב כתב ז"ל ונ"ל דמי שאוכל על שולחן חבירו ולא הכין לו כלום פטור

ממשלוח מנות וכן משמע קצת ברש"י גבי מחלפי סעודתייהו להדדי מ"מ צ"ע וטוב להחמיר ע"ך הרי לפניך דהרב מג"א נתכוון לתרץ הקושייא שהקשה הרב"י על רש"י והניחה בצ"ע לזה בא מג"א לתרץ הואל ולא הכין פטור ממשלוח מנות א"ך מזה תלמד לדעת הרב"י דהקשה כן על רש"י והניח בצ"ע הרי בפירוש דלא ס"ל דמי שלא הכין יהיה פטור אלא דהאמת הוא אפילו לא הכין מחויב ועומד ודלא כהמג"א גם הרטו"ז ראיתי לו שהביא קושיות הרב"י על רש"י ותירץ לה באופן אחר ודלא כתרוץ המג"א גם הרב"ח ופר"ח תרצו באופן אחר דמדבריהם שהוצרכו לתרץ באופנים שונים ולא תרצו כהרב המג"א ש"מ דכולהו סברי מרנן דלא כהמג"א וא"ך ראוי לפסוק בזרוע הנטויה דאכסנאי הסמוך על שולחן אחרים חייב הן מצד דכל הפוסקים ס"ל דחייב זולת מג"א דיחידאה הוא בסברא זו ומה גם אפילו המג"א עצמו לא החליט הדין אלא הניח הדבר בצ"ע והחמיר בדבר כמ"ש בדבריו לבסוף וטוב להחמיר ומה גם דמר"ן דאתכא דידיה סמכינן כבר גליתי לך דבפשיטות ס"ל דלא כהמג"א ולפי שיטתיה פסק בש"ע כשטת הר"ן דמזה תשמע דלא ס"ל כדעת המג"א ופשוט יצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלג

חלק יור"ד סימן רל"ג:

השוחטים הטריפו בהמה אחת והלך הטבח ומכר שני הירכים של הבהמה לעכו"ם אחד ותכף ומיד כשהוליך העכו"ם לביתו הירכים חזרו השוחטי' והתירו הבהמה ועל זה בא לפני הקצב בעל הבהמה לשאול אם מותר לילך לבית העכו"ם להחזיר הירכים למוכרם לישראלים ושאלתי את פיו אם יש לו סימן או טביעות עינא וענה ואמר שכולם יש להם בהם טביעות עינא וגם סימנא בכל ירך וירך והתרתי להם על פי פסק מר"ן בס' ס"ג דמהני טביעות עינא או סימנא מכ"ש במקום שנים כנדו"ד והגם דמר"ן לא הזכיר הסימן או טביעות העין מהני אלא באם הניחו בביתו כדכתב ז"ל ולא עוד אלא הלוקח בשר והניחו בביתו ונעלם מן העין אסור אלא א"כ וכו' אבל באם ניתן ביד עכו"ם לא נזכר בפירוש אם מהני טביעות עין או סימנא עכ"ז בודאי אין לחלק כלל דהואיל וההתיר הוא על ידי טביעות עין או סימן יכול לברר שזה הוא מה לי אם הניחו בביתו או ניתן ביד עכו"ם פשוט דשוים הם:

ועדיפא מזה ראיתי להש"ך כתב דהרב עט"ז ס"ל דאם ישראל ראה עכו"ם שקנה בשר כשר מישראל מותר אותו. הבשר ולא חייש להעלמת העין והגם דהש"ך דחק דבריו וס"ל

דאפילו בדידעינן שקנה בשר כשר הרי זה אסור משום בשר שנתעלם מהעין יעו"ש דוקא לא אסר אלא במקום שאין ט"ע או סימנא אבל בכהאי גוונא דיש טביעות עינא או סימ' מכ"ש תרוויהו בודאי דגם הטו"ז יודה:

גם עדיפא מזה ראיתי להטו"ז ממעשה דהמרדכי שהביא שם מוכח דאפי' בטביעות עין של שחיטה ס"ל להרב"י דמהנייא אפילו לרב מכ"ש ללוי וגם לפי פירוש רש"ל והב"ח בדברי המרדכי שהביא שם מוכח גם הם יודו לסברת הב"י ולא פליגי עליו כי אם בפירוש המרדכי יעו"ש ואפילו לסברת הטו"ז דחלק על רש"ל והב"ח בפירוש המרדכי ויצא לחלק בחילוק חדש בדברי המרדכי וס"ל דרב לא התיר בט"ע אלא במקום דליכא חשש אחלופי הרי פירש דמקום דליכא חשש אחלופי הוא כגון גוי שלקח בשר והוא נדו"ד נמצא דנדו"ד אין אנו צריכין לסברת ר"ת דהוצרך לפסוק כלוי אלא בנדו"ד אפי' רב מודה ודו"ק:

הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן רלד

הנה ידוע דקימ"ל הלכה למעשה בכל יום דבשר שנמלח בלי ניקור דרכנו הוא לנקר החלב ולשקול אותו אם יהיה בבשר הנמלח ס' כנגד החלב אזי שרינן ליה ואפי' אם יהיה הבשר חתיכות הרבה עם כ"ז מצטרפים לס' לבטל החלב ואם אין ס' בכל הבשר אזי הוא אסור זהו הלכה למעשה שביררנו. והן היום אמרתי אני ללבי לחזות עיקר מקור הדין ומוצאי ובפותחי ספר מר"ן ביור"ד בסיק"ה ס"ט דשם הוא עיקרא דהאי דינא תמהתי על המראה מפני שמצאתי למר"ן שפסק שם דבשר שנמלח בלי ניקור והיו בבשר חתיכות הרבה אין מצטרפים לס' לבטל החלב וצריך ס' בכל חתיכה כנגד החלב וע"ז נשתוממתי בשעתא לדעת עיקר מנהגינו שהוא היפך פסקיה דמר"ן דקי"ל כוותיה מנ"ל:

ואמרתי אני ללבי דנהגו כן היפך האי פסק דמר"ן משום קושיית הטו"ז בסקכ"ב דהקשה על האי פסקא שהוא היפך מאי דפסק בסעיף ז' והניח הקושיא בצ"ע וע"ז אמרתי דעמא דבר כפסק מר"ן בסעיף ז' וכקושית הטו"ז אלא דעכ"ז לא נחה דעתי חדא דהא קימ"ל דאם מר"ן פסקיו סתרי אהדדי אזלינן בתר בתרא וא"כ גם כאן הו"ל להלוך אחר האי פסקא דס"ט דהם משנה בתרא ובפרט הרי מצינו להרב נקודו"ת הכס"ף ז"ל מיישב קושית הט"ז וא"כ ודאי מוטב לחלק כדבריו כדי ליישב דברי הט"ז מלהניח דברי מר"ן סתראי: גם עלה בדעתי לו' דמנהגינו דמבטלים בס' הוא משום דחשיב כאלו יש רוטב בבשר בשעת המליחה הואיל ודרכנו לרחוץ הבשר היטב ואח"כ מולחים אותה וא"כ הוי

כאלו יש כאן רוטב ומפעפע האיסור ליצא מחתיכה לחתיכה ויצטרפו החתיכות לבטל האיסור אכן כ"ז איננו שוה לי דהא רחיצת הבשר קודם מליחה אינה מן המנהג אלא מן הדין כמ"ש מר"ן בתחילת דין מליחה דמצריך בחיוב גמור לרחוץ הבשר ואח"כ מולחו ועכ"ז לא חשיב להיא רחיצה רוטב לפעפע האיסור ולצרף החתיכות וע"ז נשתוממתי לידע היכן מקור מנהג אבותינו:

והן היום בחיפושי בספרי הקודש ראיתי לרבינו מהריט"ץ זלה"ה בספרו סס"ד שהביא דברי מר"ן דסיק"ה הנז' ותמה עליו תמיהות גדולות על פסק זה וכתב דהאי פסקא דמר"ן לא מצאו לא בהרי"ף ולא בהרמב"ם ולא בהרא"ש והרשב"א אלא היא קושיא ופריקא של התוספות ומשם פסק מר"ן כן ומר ניהו רבינו מהריט"ץ דחה האי פסקא בשתי ידים ופסק כמנהגינו אנן לבטל החלב בס' אפי' יהיו כמה חתיכות מצטרפין יעו"ש ועכ"ז לא נחה דעתי כ"כ הואיל ואנן בני מערבא בתר פסקי מר"ן גרירי ולא נחה דעתי עד שאינה ה' לידי ספר זכו"ל וראיתי בח"ב חלק יור"ד אות מ' שכתב וז"ל מלח כשהבשר שמן צריך ס' בכל חתיכה וחתיכה ואין מצטרפים לבטל החלב דאין החלב מפעפע מחתיכה לחתיכה בלי רוטב כ"כ מר"ן סי' ק"ה ס"ט וז"ל הרב שיורי ברכה יור"ד סי' ק"ה אות ז' קשה הא אמרינן לעיל דחתיכת איסור הנוגעת בחברתה בצלי צריך ס' אלמא אפי' בלי רוטב מפעפע האיסור מחתיכה לחתיכה וא"ל דהתם באיסור שמן והכא בכחוש דא"כ אמאי צריך בכל א' ס' נגד האיסור ואין לחלק בין צלייה למליחה דהא קי"ל מליח הרי הוא כרותח אבל האמת הוא דעיקר הדין כמ"ש הש"ע לעי' דחלב מפעפע מחתיכה לחתיכה בלא רוטב ולפ"ז אין כאן ס' נגד האיסור והחתיכות כלם מצטרפות לבטל האיסור משום שהאיסור מפעפע האיסור בהם וכן המנהג בעירנו מראקי"ש יע"א שהיא עיר גדולה של חכמים ושל סופרים ואין לפקפק בזה הגהות רבני המערב כ"י עכ"ל הרב שיו"ב עכ"ל וכראותי זאת שמחתי ועלצתי שזכיתי לדעת עיקרן ויסודן של דברים וה' יסיר מסוה הקליפה והעורון מעינינו וכתבתי זה למזכרת לאות לדעת שורש הדברים וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלה

נשאלתי מת"ת אחד שקנה ליטרא וחצי של בשר לשבת ולא ניקר אותו מן החלב וכשהוליכו לביתו לקחה אותו אשתו מידו ונדמה לה שהוא מנוקר ומלחה אותו ביחד ואח"כ לקחה ממנו חתיכה אחת מראש הצלע שברור לנו שיש בו חלב גם לקחה חתיכה אחרת מבשר הצואר שברור לנו שאין בו חלב כלל ועשתה מהם תבשיל שיעור שיאכלו

ממנו חמשה או ששה בני אדם שכל אחד ממלאים לו קערה אחת הנקרא טאייפ'ור והחתיכה שהיה בה החלב ההוא אמר שלצד המרבה תמצא בה שיעור חצי אוקייא בין העצם והבשר והחלב שבאותה חתיכה ועכשיו נפשו לשאו"ל הגיעה מה יהיה דין הבשר שנשאר בלי בישול ומה יהיה משפט התבשיל עם הכלים אם הם מותרים או אסורים ע"כ:

והיתה תשובתי ללבי דהנה ידוע דחלב האיברים אין איסורו אלא מדרבנן ואין איסור מדאורייתא אלא שלשה מיני חלבים בלבד וכמ"ש הרמב"ם פ"ז מהל' מ"א וז"ל שלשה חלבים הם שחייבים עליהם כרת חלב שעל הקרב ושעל שתי הכליות ושעל הכסלים עכל"ה יעו"ש וזולת זה כל החלבים האסו' שבגוף אינם אלא מדרבנן וכבר עמד ע"ז הר' אור"ח לצדי"ק וביטל סברת מורה אחד שהיה אומר שבירכים יש חלב דאורייתא ואיהו ז"ל עמד נגד המורה וביטל הוראתו בדחיות ובראיות ברורות יע"ש בס' אורח לצדיק והן היום כך ראיתי להרב מחזיק ברכה בחידושיו ליור"ד סי' ס"ד ס"ד וז"ל חלב שבירך הורה רב אחד שהוא חלב דאו' וכו' ושהוא תותב קרום ונקלף והיא בכלל חלב הכסלים ובס' אורח לצדיק הביא כל דבריו ודחאם באורך וברוחב ושם מבואר השגות הרב המורה על דבריו והמחבר אזר חיל ונהפך אל הרודף להשיב ד"ל תשובותיו וקרי עליה ואם ד"ל הוא ואין ידו משגת ע"ש באורך גדול ע"ך הרי מדברי הרב גאון מוהר"ר חיד"א מוכח דכדברי הרב איר"ח לצדי"ק צדיק הוא יצדיק דינו ובפרט דלא פליג הרב המירה אלא בחלב הירכים אבל בחלב הדפנות בזה לא נחלק שום אדם בעילם וכו"ע מודו דרבנן הוא וא"ך זכינו לדין דהאי ספיקא דקמן ספיקא דרבנן הוא דלא ידעינן אם בהצטרף כל הבשר יכול להיות שנמצא בו ששים כנגד האיסור ומותר או יכול להיות לא תמצא בו ששים כנגד החלב אכן האי חלב עצמו דרבנן הוא כמש"ל וא"ך דין הוא שיהיה ספיקא דרבנן לקולא כדקי"ל בכל מקום ובפרט ביור"ד סקי"א דשם מבואר דבאיסור דרבנן ספיקו לקולא וא"ך מותר:

ואל תשיבני דהיאך יוצדק לו' דבר זה דהא בשר שנמלח בלי נקור פסק מר"ן ביור"ד בסיק"ה ס"ט דבעינן בכל חתיכה שיהיה בה ס' כנגד האיסור ושיעור זה אינו בידינו בחתיכות אלו שלפנינו הרי כבר ידוע דאנן לא קי"ל כהאי פסקא דמר"ן זה אלא כפסקו קמא בסעיף ז' דשם מבואר בו דס"ל דחלב מפעפע מחתיכה לחתיכה וכמו שתמה עליו הרב טו"ז סקכ"ב וכן המה רבינו מהריט"ץ בשאלותיו על פסק זה של מר"ן בביתו הנאמן דלא מצא לו סמך משום פוסק זולת קושייא אחת מרבותינו בעלי התוספות יע"ש דלסוף העלה דהאמת הוא דחלב מפעפע וכל החתיכות מצטרפים לבטל האיסור וכן

מנהגינו בערי המערב וכן ראיתי יסוד למנהג זה שהביא אותו הרב זכו"ל בח"ב דיור"ד אות מ' שכתב משם הרב חיד"א שכתב דכך הוא מנהג המערב וכבר כתבתי זה מזה לעיל בספרי זה באורך איך שיהיה עלה בידינו דאין צריך ס' אלא לכנגד האיסור וכל החתיכות מצטרפים וא"ך הואל ומסופקים אנחנו אם היה כאן יותר מחלק אחד משש שמא לא היה בחלב זה אלא פחות מחלק משש אין לאסור בשר זה דספיקא דרבנן לקולא וכעין זה מצאתי ראיתי להרב עיקרי הד"ט בדיני חלב ודם אות ל"ד וז"ל השיב תשובה מאהבה למהר"ם נאוירא ז"ל בדין חתיכת שומן שלא נוקרה מקרומיה האסורים משום חלב ונמלחה ואחר המליחה הדיחוה יחד בחתיכת בשר שלא נמלחה ונשתהו שם ביחד שיעור רביע שעה גם דרכה של אשה למלוח בלא דעת השומן עם הקרומים של חלב והשיב להתיר אף שלא נודע אם היו שם ששים נגד הקרום ובשילוה אחר הניקור שאחר המליחה כל שהוא לצורך שבת עכל"ה הרי לפניך מדברי הרב דמשמע דבעינן ס' כנגד הקרומות של חלב שהיו בשומן ועכ"ז הואל והיה הדבר ספק אם היה ס' או לא אפי"ה התיר וא"ך גם כאן נראה להתיר אם יהיה חלב זה שנשאר בחתיכות אלו פחות מששים דאיכא למימר גם אם תצרף אותו שבישלו אפשר שלא יהיה יותר מחלק מששים וספיקא דרבנן לקולא. אלא דעכ"ז לא יכולתי להתיר ולא רציתי לסמוך על עצמי לבדי בזה ובפרט דזה הוא מה שנראה בהשקפה בלי חפוש מחפוש ולכן אמרתי לו שיכול הוא למוכרו לנכרים דאין פסידא כ"ך וכן עשה:

אכן בתבשיל מה יהיה דינו פשוט דהתיר ומותר הוא דלא מיבעייא דאם היה הדבר בספק אם היה בו באותה חתיכה חלב או לא פשוט דזה התבשיל מותר דהא אין כאן שום איסור כלל דהא אפילו לגבי החתיכות שנשארו לא מצאנו בהם חלק אחד משש מכ"ש כשתצרף עמהם האי חתיכה שנתבשלה ואפי' אם היו יהיה שהדבר ספק אם היה כאן חלב בחתיכה זאת והוי הדבר ספק שמא כשתצרף חלב זה עם חלב החתיכות שמא לא יהיו ששים של התיר כנגד האיסור כדאמרן לעיל ולא נראה להתירה מכח דספיקא דרבנן לקולא אלא נראה להחמיר בה כדין אסורין דאורייתא עכ"ז נראה לכאורה לומר דמותר מכח ספק ספיקה ספק שמא לא היה בה חלב כלל ואם תמ"ל היה בה שמא אפילו כשתצרפם יחד כלם תמצא בחלב שיעור האיסור דהייני יותר מחלק אחד משש:

והגם דס"ס זה אינו מתהפך דהא הופוכי היא ספק היה בו יותר מאחד משש ואסור וכו' וא"ך אין כאן היפוך כלל ודבר ידוע מ"ש הש"ך בכללי ס"ס סק"י סקי"ג דכל ס"ס שאינו מתהפך לא מקרי ס"ס. אין מזה סתירה דהא כתב הרב חוות דעת עליו ואמר דלא אמר ס"ס שאינו מתהפך לא מקרי ס"ס אלא דוקא בס"ס שיכול להתחיל הספק

בספק זה או זה אבל במקום שצריך להתחיל בספק הראשון אין צריך להתהפך כגון מי שבשל בתוך י"ב חודש דהוי ס"ס דידיה שמא אין בו תולעת ואת"ל יש בו תולעת שמא נימוח ושם לא שייך להתחיל הספק כי אם דוקא ספק יש בו תולעת וכו' בזה אפילו אינו מתהפך יע"ש בחוו"ת דע"ת סק"י סקי"ג שיש לו על כללי הש"ך יע"ש וא"ך גם כאן לא יוכל להתחיל כי אם דוקא ספק יש בו חלב ספק אין בו ואת"ל יש בו שמא בהצטרפם יחד יתבטל האיסור:

אלא דלפי האמת אין כאן ס"ס לפי מאי דכתב הש"ך גם כאן בכלל ס"ס בסקי"א וז"ל אם השני ספיקות הם משם אחד אינו ס"ס כגון הנושא קטנה ונבעלה תחתיו אעפ"י שיש כאן ס"ס ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון שמא בעודה קטנה נבעלה ופתוי קטנה אונס הוא אפי"ה אסורה עליו דמ"מ אי אתה מתירא אלא משום אונס והרי הכל שם אונס אחד הוא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וא"כ גם כאן שם אחד הוא דהא עינינו הרואות שבשר זה שנתבשל ושנשאר כולו נמלח עם החלב וא"כ הספק הראשון שמא אותה החתיכה שנתבשלה לא היה בה חלב וא"כ כל הבשר מותר הואל ויש ס' כנגדו באשר עינינו רואות ואם תמ"ל שהיה בה חלב שמא בהצטרפם ג"כ יש ס' בבשר של התיר כנגדו וא"כ הרי בין לספק הראשון בין לספק השני חד טעמא אית להו להתיר וא"כ אין זה ס"ס כלל:

גם אין להתיר מכח ס"ס אחרינא דהיינו ספק שמא בהצטרפם יהיה אסור שמא יהיה מותר ואת"ל אסור שמא יש בתבשיל זה ס' כנגד האי חתיכה וא"כ נימא דאם אנו מסופקים בתבשיל אם יש בו ס' נגד החתיכה שנתבשלה נימא דמותר אלא דגם בזה אין כאן ס"ס ואין כאן כי אם ספק אחד דהא החתיכה שנתבשלה ידוע הוא שיש בה החלב ומה לי בהצטרף אותה עם הבשר אם יהיה ניתר הבשר או לא וכי כשנצטרף איתה עם הבשר ויותר כל הבשר האם נאמר דהחתיכה שוב אינה צריכה נקור ויותר החלב אלא דהבשר מותר וצריך נקור דחלב במקומו עומד וא"כ בחתיכה זאת הואל וברור דיש בה החלב א"כ צריך אח"כ ששים לבטלו וא"כ אם יהיה הדבר בספק אם התבשיל יש בו ששים לבטל החלב או לא אם כן אין כאן כי אם ספק אחד:

אלא דכפי האמת אין לפנינו שום ספק דהא אין אנו צריכים לשער אלא דוקא כנגד החלב דהא קי"ל דאין החתיכה נעשית נבלה אלא דוקא בבשר בחלב אבל בכל מין איסור אין החתיכה נעשית נבלה וכמ"ש בסיצ"ב ס"ד דאין החתיכה נעשית נבלה אלא בבשר וחלב אבל בשאר איסור כגון חלב שנבלע בחתיכה ואין בה ששים לבטלו ואח"כ בשילוה עם אחרות א"ץ אלא ס' כנגד החלב ואז אפילו החתיכה עצמה חוזרת להיות מותרת עכל"ה א"כ הרי מוכח דאין משערין אלא מה שכנגד החלב וא"כ פשוט דהתבשיל מותר דהא יש

בקדירה יותר ממאתים חלקים כנגד החלב שהיה בחתיכה זאת ואין להסתפק: ועדיפא מזה ראיתי דכאן הואל וחחיכת הבשר כל גופה אין בו אלא שיעור חצי אוקייא פשוט הוא דמצוי ונמצא כאן ששים של תבשיל אפילו כנגד כל החתיכה עצמה דהא שיעור שמשערים לבטל בששים הוא אי הוה מין במינו הוא ע"י משקל אבל מין בשאינו מינו כגון נדו"ד בשר עם התבשיל ביטולו הוא ושיעירו בכמות דכן פסק הפר"ח בסיצ"ט ס"ד דמי שמשער במשקל הוא טועה ואין ההשערה אלא בכמות ולא במשקל יע"ש וכ"כ הרב עיקרי הד"ט בדיני תערובת איסור סק"ה משם הרב זרע יעקב דאין ההשערה אלא בכמות דוקא ובס' הפר"ח יע"ש וא"כ פשוט דאפילו חשבינן כל החתיכה כולה נבלה יש ס' כנגד כולה הואל והיא חתיכה קטנה ואין אומר ואין דברים והתבשיל מותר: ולענין החתיכה עצמה של הבשר אם מותר לאוכלה אין להאריך בזה והילך פסק הרב המשביר הובא בס' המנהגים כת"י וז"ל מעשה שהיה בבשר שנמלח בלי ניקור מן החלב ולאחר מליחה נתבשל ובמליחה לא היה ששים בבשר לבטל הרוב שבו ואחר הבישול הי' ס' בקדירה לבטל האיסור ע"י המרק והתבשיל נראה שאפילו למ"ש הש"ע סוצ"ב בחתיכה של איסור שנתבשלה ולא היה ס' בתבשיל לבטלה ואח"כ נפלה לתבשיל אחר שאין צריך ס' רק כנגד האיסור הבלוע בה וחתיכה מותרת דלא אמרינן בשאר איסורין חתיכה נעשית נבלה ובס' ק"ו פסק דחתיכה עצמה אסורה מ"מ המורם אם נאסרה תחילה ע"י מליחה דקי"ל דהא איכא למ"ד באיסור שנמלח עם ההיתר סגי בקליפה מ"מ נראה דהכא גבי מליחה לא נאסרה החתיכה וכי נתבשלה ואיכא ס' לבטלה חתיכה עצמה מותרת וק"ל כן נראה משביר והסכימו החברים כן מצאתי כתוב א"ך הרי הורה זקן דאפי' חתיכת בשר שנתבשלה מותר לאוכלה הואיל ויש ס' כנגדה:

ולענין הכלים אגב ראיתי לכתוב כאן למזכרת בעלמא ולומר דבנדו"ד אפי' אם לא ידענו בבירור אם ס' בבירור בתבשיל זה אם לאו דממנו היינו רוצים לאסור התבשיל דהוה חשבינן לאסור חלב זה דאיסור דאורייתא ולא התרנו התבשיל אלא משום דנתברר שהיה בטל בששים עכ"ז בכלים אין להחמיר דהא עיקר התבשיל לא אסרתי לך אותו אלא משום דמיראי ההוראה אנן דמן הראוי היה להתירו הואל וספיקא דרבנן הוא ע"כ דיי להחמיר בתבשיל ולהתיר בכלים אחר עבור מעל"ע ועדיפא מזה מצאתי להרב זכו"ל בח"א חיו"ד אות ך' שכתב וז"ל עצמות של כתף שנמצאו שבורין כף וקולית וצומת הגידין מכיון ששלשתן אסורים אינם אסורים אלא משום ספיקא הכלים מותרים אחר שיניחם כ"ד שעות שיתפגמו הרב שלמה עמאר זלה"ה הובא בס' סמ"א דחי"י ושכן מצא להרב בא"ר עש"ק יע"ש אמנם הרב סמ"א דחי"י סתר ראיותיו והעלה לאסור הכלים דאין

להם תקנה ושכן מצא להרב מנחת יעקב שהעלה כן וכתב ודלא כמהרשד"ם ס"ס ל"ה ובאר עשק שהתירו הכלים ושכן מצא למהרנ"ח לאסור יעוש"ב זולת בקולית שנמצאת שאשי"י שאז הכלים מותרים מאחר שאחרונים מתירים גם התרנגולת אבל שאר ספיקא דאסור טריפיות ודאי דלא שרינן הכלים אפילו אחר עבור מעל"ע וכ"ז הובא בס' שמש צדקה וכתב ע"ז המגיה וה"ה דיש להתיר הכלים בכה"ג בפרק שני הנקרא שוק כשהקשר למעלה מצומת הגידין אע"פ שאשי"י וכן אנו נוהגים יעו"ש עכל"ה הרי לפניך דאפילו במקום שהתבשיל אסור משום ספיקא רבו הדעות להתיר הכלים והגם דיש ג"ך כמה פוסקים דאוסרים הכלים וראוי לחוש לדבריהם הני מילי במקום שהיה התבשיל אסור משום הספק אבל בכגון דא דהתבשיל מותר מכח ספיקא דרבנן הוה דיי לן לאסור התבשיל מכח החומרא שלא רציתי להתיר ולסמוך על דעתי הואל ולא חפשתי מצפוני דינים הללו כל צרכי לפי קוצר השעה אכן בכלים אין להחמיר. כל זה הוא ללא צורך שעה אלא למזכרת כי כבר ביררתי שיש ס' בתבשיל והותר כולו. גם ראיתי להעלות על ספר מה שראיתי בס' כת"י קטן הכמות בלוי וקרוע וזה מה שמצאתי ראובן קנה בשר מן הטבח והוליכו לביתו ואשתו לקחתו ומלחתו ובשלתו ובעת האכילה נסתפק אם היה הבשר יש בו שום חלב והיה צריך נקור או לא היה בו חלב ולא היה צריך נקור כי המעשה היה שקנה הבשר ולא נקרו והעלה הרב דמותר חדא דדמייא דא לט' חנויות מוכרי בשר כשירה ואחת של איסור ונסתפק ממי קנה דאמרינן כל מאן דפריש מרובא פריש וגם כאן רוב בשר שבבהמה א"צ נקור ואמרינן מבשר שלא היה בו נקור קנה ועוד הרי יש כאן ס"ס שמא היה בו חלב שמא לא היה בו ואת"ל היה בו שמא לא היה אלא דבר מועט שיש ס' בהתיר כנגדו עכ"ל הרב המשביר זלה"ה ולפי מ"ש אני עני היה נראה דכאן לא היה צריך לדמות לט' חנויות וכו' דהא בכאן אין אלא ספיקא דרבנן דכבר ביררנו דחלב האיברים אינו אלא מדרבנן דדוחק לומר דדברי הרב הם דשמא בשר זה היה בו חלב דאורייתא:

גם מה שהוצרך להרב להתיר מכח ס"ס ג"ך לפי דברי היה דיי בספק אחד הואל ומדרבנן הוא:

וגם קשה על הרב הנז' דמתיר מכח ס"ס הרי כבר כתבנו כללה דהש"ך דכל ס"ס שאינו מתהפך לא מיקרי ס"ס ובכאן אינו מתהפך אלא דע"ז אפשר לתרץ כמש"ל משם הרב חוות דעת דמחלק דבס"ס שאינו יכול לתפוס כל אחד ראשון אלא צריך להזכיר הריעותא מקודם בזה אין צריך להיפוכו וא"כ יכולים לומר דכך הוא דעתו של הרב או יכולים לומר דהרב לא הוצרך להתיר מכח ההיא דט' חנויות וגם מה שעשה ס"ס שאינו מתהפך

הוא לרוחא דמילתא הואיל ואין איסורו מדרבנן ע"ך הואל ואיכא לאסתפוקי בדעת הרב על כן צל"ע כעת בדינא בספיקא דרבנן כי מדברי הרב נראה דמצריך לס"ס אפילו הוא מדרבנן ועיין להרב זכו"ל חא"ח אות ס' מה שכתב בספיקא דרבנן ולכשאפנה אשנ"ה בעה"ו וצוי"מ וימ"ן כי"ר פה סלא יע"ה:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלו

נשאלתי באשה אחת שקנה בעלה כחל של בהמה ועמדה האשה ועשתה הכחל הנז' כליע דהיינו חתכה אותו על האורך והרוחב ועשתה אותו כעין חבל ארוך ושטחה אותו בשמש עד שנתיבש כמו שמיבשין האלכליע שאין נשאר בהם שום לחלוחית כלל ואח"ך מיגגה אותו במחבת בשמן עם כליע אחרים של בשר מה דינם:
נלע"ד דזה מותר גמור ולא מבעיא לסברת הרמב"ם ושאר פוסקים דקיימי כוותיה וכוותיהו פסק מר"ן בס"ק ס"א וז"ל ואם קרעו שתי וערב וטחו בכותל עד שלא נשארה בו לחלוחית חלב מותר לבשלו עם הבשר וכו' ע"ש ועיין להרב בית יהודה בחלק יור"ד סל"ו שהשיב לשואל אותו שכך נהגו בעירו כסברת הרמב"ם ז"ל ורוב הפוסקים דקיימי כוותיה א"ך פשוט דנדו"ד מותר דהגם דלא היה כאן טיחה בכותל עכ"פ כבר ידוע דדרך האלכליע הוא ליקח חתיכה של בשר וקורעה עד שעושה אותה כעין חבל ארוך ודק זה עדיף מטיחה בכותל וכמ"ש מור"ם שם בסל"ק וז"ל ומה שנהגו לקורעו ולחותכו כמה פעמים שתי וערב על פני כולה עדיף ומהני יותר מטיחה בכותל ע"ש א"ך הרי לדעת מר"ן דפסק כהרמב"ם וכו' ודאי דזה מותר אפילו לכתחילה לטגנם עם הבשר:
אלא אפילו לסברת רש"י והסמ"ק והסמ"ג שכתב מר"ן בס"ב וז"ל נהגו שלא לבשלו עם בשר כלל ולבשלו בלא בשר בטיגון או בפשטידא מצריכין קריעה שתי וערב וטיחה בכותל וכו' א"ך נראה דעם הבשר לא מהני שום תיקון עכ"פ היינו לכתחילה אבל בדיעבד מצינו למור"ם שסיים וכתב וז"ל ואם עבר ובשלו אם קרעו שתו"ע וטחו בכותל יש להתיר בדיעבד במקום הפסד מרובה אבל בלאו הכי אין להתיר ע"ך ובכאן הרי יש כאן הפסד מרובה דאם יאסרו ילכו כולם לאבוד הכחל והבשר דאפילו ימצא איזה עכו"ם שיקנה ממנו לא יקח אפילו מחצה במעותיו ומצינו להרב לקה"מ הביאו הרב זכו"ל ח"א חיור"ד או"ה דס"ל דשיעור הפסד מרובה היא שמפסיד במכירתו יותר משתות הקרן וכתב דהיא ג"ך סברת הרב נ"ש והרב עוד הביא סברת הרב שבות יעקב דפליג וכתב דאין לו שיעור כי אם לפי ראות עיני המירה העשיר לפי עושרו והעני לפי עוניו ולפי

הזמן והמקום וצדדי ההוראה להקל יעו"ש ובכאן נמצאו תרתי לטיבותא הן לדעת הלה"ק הרי כבר אמרנו דאם בא למוכרו אין שוה למחצה כלל ולדעת הרב שבות יעקב בנדו"ד בעלת השאלה היא בתכלית העוני ופחות מזה הויא לגבה הפסד מרובה ובפרט דמעשה זה היה בימים טובים של פסח ודאי אין לך זמן להתיר הפסד מרובה יותר מזה ויש עוד סברות המקילי בהפסד מרובה יותר מזה אלא שאין אנו צריכים להאריך בהם ובודאי דלהפסד מרובה יחשב והגם דחזה הוית להש"ך שהביא סברת הרב הב"ח דס"ל הא דמהני להתיר בדיעבד במקום הפסד מרובה היינו דיקא בנתבשל לבדו אבל אם נתבשל עם הבשר אפילו במקום הפסד מרובה לא מהני הרי הש"ך שם חלק עליו ומתיר אפילו עם הבשר וכתב דהכי נקטינן להתיר ולסמוך על רמ"א ובפרט באיסור דרבנן ע"ש:

נוסף על זה בנדו"ד אפשר אפילו הב"ח ודאי יודה לפי מ"ש מור"ם דבקורעו הרבה ולחותכו דהוא עדיף מקרע ש"ו וטיחה בכותל הרי גם כאן כבר ביררנו דדרך האלכליע לקרוע הבשר לאורכו הרבה קרעים ואח"ך מחתכים אותם לחתיכות קטנים גם הב"ח יודה הואל ועביד מעשה כזה שהוא עדיף מטיחה בכותל:

ועדיפא מכל זה הוא בהאלכליע פשוט דליכא מאן דאוסר דידוע דהאלכליע דרכם לשוטחם בחבל שנים ושלשה ימים לעיני השמש והירח עד שמתייבשין בשמש ומצינו להד"מ שכתב וז"ל ובש"ד והיכא דנתייבש הכחל מאוד ונתבשלה עם בשר הורה ר"י להתיר אפילו לפירש"י דחלב שחוטה דרבנן וביבש לא גזרו ובהג"ה שם דלאחר שלשים יום מקרי יבש עכ"ל מהר"י עכ"ל הד"מ וסברות אלו העלה אותם במפה בס"ב דנתייבש אפילו בשל עם בשר מיתר ע"ש והגם דבד"מ ובמפה כתב דלאחר שלשים יום מקרי יבש ובהאלכליע אינם מתערבים ליבש יותר משנים ושלשה ימים יש לחלק דעד כאן לא הוצרכו שלשים יום אלא אם היה הבשר מונח בבית שלא במקום השמש אבל בהאלכליע שמייבשין אותם בשמש ומחזה חזינן שיבשי מה לי יבשו בשלשים יום או ביום אחד וזו הסברא מבוארת היא בהש"ך והביאה הבאה"ט סקי"ג וגם אי חזינן דיבשה היא ממש דאפילו תוך שלשים יום מותר ע"ך הרי לך דביבש כגון האלכליע יש להתיר אלבא דכו"ע ואי לא מסתפינא הייתי אומר דהאלכליע יש להתיר אפילו לכתחילה אלבא דכו"ע מכא מאי דאמרן דמעקרא לוקחים החתיכה של בשר וקורעים אותה לקרעים הרבה הרבה עד שנעשה כחבל ארוך ואח"ך קודם הטיגון במחבת חותכים אותה לחתיכות הרבה ובזה כבר ביררנו דהוא עדיף משו"ע וטיחה בכותל ונוסף על זה שאח"ך מיבשין אותם בשמש עד שמתיבש והושחרו פניו של הבשר וכך נעשה בכחל זה נראה דליכא מאן דאוסר אפילו לכתחילה הואל ונעשו בו תרתי לטיבותא אלא הואל ועקר הדבר אינו אלא

משום מנהג דנהגו שלא לבשל הבשר עם הכחל כלל וכמ"ש הרב"י ע"ש על כן ודאי אין לחלוק כלל וכמו דנהגו שלא לבשלו אפילו קרעו וטחי דודאי נתמצה דמו כך אין לנו להתירו לכתחילה בהוסיף לו מעלה על מעלתו דהיינו יבשו בשמש אבל דיעבד כנדו"ד בר התירא דבר התירא הוא ופשוט וצוי"מ יימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלז

נשאלתי בראובן שהיו לו בשותפות שתי פרות הוא ועכו"ם אחד והם היו ביד העכו"ם מטפל בהם ומגדלם ואחר זמן הלך העכו"ם ומכר אחת מהם ולקח את דמיה מיד הקונה והוציאם בעסקיו ולאחר זמן בא אצל ראובן ואמ"ל ידיע ליהוי לך שכבר מכרתי פרה אחת בסך כו"ך ועתה בחר לך אם תרצה תקח מחצה בדמי הבהמה שמכרתי ותהא השנייה ביניכו בשותפות ואם תרצה אקח אני לעצמי דמי הבהמה שמכרתי ותהא השנייה לאחריותך וענה ראובן ואמר כאשר דברת כן יקום שתקח אתה המעות והשניה תהיה לאחריותי והלך הגוי לדרכו אחר זמן נתעברה הפרה וילדה בכור זכר ועל זה שאל השואל אם הבכור הזה קודש הוא לאלק"יו או לא יומ"ץ:
תשובה לזה הוא לכאורה נראה דבכור זה בקדושתו עומד דהא כבר נסתלק העכו"ם ממנה ונשארה של ראובן ולא נשארה אצל העכו"ם אלא להטפל בה לצורך ישראל בלבד ודין זה הוא דכתב מור"ם ביור"ד ס"ס ש"כ בהג"ה וז"ל עכו"ם שקבל בהמת ישראל ליטפל בה ואין לו חלק בה רק קיבל אחריות שלה חייבת בבכורה עכל"ה וא"כ כ"ש נדו"ד שאין על העכו"ם שום אחריות בודאי דקרינן לה בהמת ישראל לחוד וחייבת בבכורה כל זה נראה לכאורה: אבל כד דייקת שפיר תראה שאין בהמה זו חייבת בבכורה דהא מעיקרא היתה בהמה זו משותפת עם העכו"ם היא וחבירתה וא"כ היתה פטורה מן הבכורה והגם שכבר נתפשרו ביניהם ונטל לעצמו מעות הראשונה וראובן ברר לעצמו השנייה לכשתדוק דבכור זה אין בו ממש דבמאי נקנית פרה זאת לראובן הרי מיום שנשתתף ראובן בבהמות אלו עם העכו"ם היי ברשות העכו"ם ועד היום עדיין פרה השנייה ברשות העכו"ם ומעולם לא עשה בה ראובן שום דבר של קנייה לא משיכה ולא קנין אחר והגם שהעכו"ם מכר לראובן חלק שיש לו בה בעד חלק המעות של ראובן שקיבל בראשונה וקי"ל דישראל קונה מן העכו"ם במעות אלבא דכו"ע כמ"ש הרמב"ם פ"א דזכייה ופירשוה המ"מ והכ"מ שם דעכו"ם קונה מישראל במעות וישראל קונה מעכו"ם במעות יע"ש והביא דבריהם הסמ"ע בריש סי' קצ"ד סק"א והגם דכתב הסמ"ע

שם דהרמב"ן ושאר גאונים פליגי על הרמב"ם וס"ל דעכו"ם אינו קינה מישראל במעות ה"מ עכו"ם מישראל אבל ישראל מיד עכו"ם ליכא שום מחלוקת וכ"ע ס"ל דישראל קונה מעכו"ם במעות וכן פסק מור"ם סו"ס קצ"ד דישראל קונה מן העכו"ם במעות וא"ך הישראל זה הואל וקנה חלקו מן העכו"ם בחלק המעות שהיו לו בידו א"ך נימא דקנה ראובן בהמה זאת מיד העכו"ם במעות אלו:

עכ"ז לא קנה ראובן דהא ראובן זה לא נתן המעות לעכו"ם מידו אלא במעות שהיו לו ממכירת בהמה הראשונה וא"ך כאלו קונה ממנו בהלואה והרי קי"ל דהלואה אין בה שום קנין דהא כתב הטור בס' ר"ד ס"ו וז"ל כתב הרמב"ם ז"ל אבל אם היה לו חוב עליו ואמר מכור לי בחוב שיש לי עליך ונתרצה המוכר הרי זה כמי שנותן דמים עתה והחוזר בו מקבל מ"ש ובקרקע בכהאי גוונא קונה לגמרי אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב דאפילו המעות הם בעין ביד הלוה לא קנה דמלוה להוצאה נתנה ואינו נותן לו עתה כלום עכל"ה וכתב הרב"י שם וז"ל אבל א"א ז"ל כתב וכו' כבר כתבתי בסי' קצ"ט שדעת הרמב"ן והראב"ד והרשב"א והר"ן כדעת הרא"ש עכל"ה וא"ך מכאן מוכח דהרב"י ס"ל דכוותיה דהרא"ש נקטינן דאין שום קנין במעות לא במטלטלין למ"ש ולא בקרקע לענין קנייה והגם דדין זה פסקו מר"ן בס' ר"ד ס"י ולא הביא כי אם סברת הרמב"ם בשם י"א נראה לי פשוט דמאי דסיים שם וי"ח אין לטעות ולומר דמד' מור"ם היא אותה הג"ה אלא נלע"ד דסיום דברי מר"ן היא וא"ך נקטינן כסברת הרא"ש שהביא בשם י"ח הואל והביאה בסוף וקי"ל דנקטינן כי"א בתרא ובפרט דהא מדברי הרב"י בסר"ד נראה דדעתו היא לפסוק כסברת הרא"ש הואל ומביא כמה פוסקים לסברת הרא"ש ובודאי דדעתו היא לפסוק כוותיה וכן נראה מדבריו דבס' קצ"ט דדעתו היא לפסוק כסברת הרא"ש:

ועדיפא מזה מצינו בפירוש בקציר דפסק בסו"ס קצ"ה דכתב שכירות ומשכונה אינם נקנים במלוה ע"ך וסיים עלה מור"ם הטעם משום דהווין כמכר ואין קונים במלוה עכל"ה הרי לפניך דדעתו דמר"ן בש"ע כסברת הרא"ש דמעות אין בהם קנין לקרקע ומדלית בהו קנין לקרקע ה"ה דאין בהם שום קנין אחר לענין מ"ש הואל ומלוה הם אינם ראוין קנות: וא"ך זכינו לנדו"ד דקנה מן העכו"ם במעות שהיה נושה בו והוו הלואה גביה בודאי דלא קנה ראובן דהגם כבר כתבנו דישראל קונה מן העכו"ם במעות והעמידו הדבר על ד"ת היינו דוקא במקום דיש קנין מדאורייתא אבל במקום דליכא קנין אפילו מדאורייתא כההיא דקרקע ומ"ש דקי"ל דמעות קונות בהם ועכ"ז במלוה ליכא שום קנין הכא נמי אין קונה במלוה מן העכו"ם. ואין לומר דנדו"ז יקנה ראובן אפילו בהלואה הואל ודמים זה נעשו הלואה גבי העכו"ם מכח מכר פרה הראשונה והוי כההיא דקיימא לן דישראל

המוכר לחבירו איזה דבר ונשארו המעות ביד הלוקח ואח"ך אמר המוכר לקונה תמכור לי דבר אחד במעות שיש לי בידך דקי"ל דקנה זה המוכר דבכהאי גוונא העמידו הדבר על ד"ת והלכה זאת פסקה הרב"י בס' קצ"ט דנקטינן כסברת רוב הפוסקים אפילו רב האי פליג כרוב הפוסקים נקטינן ופסקה נמי בש"ע בס' הנז' וא"ך גם כאן נימא הכי אין זה דמוי כלל ורב המרחק ביניהם דהתם מיירי במי שקנה הדבר לעצמו ואח"ך מכר למוכר דבר אחר בזה הוא דמהני הקנין באותם המעות שהרי הטעם מפורש בב"י בסי' קצ"ט והביאו ג"ך הסמ"ע סק"ג משום דחשבינן כאלו דבר הנקנה מיד המוכר הראשון חשבינן ליה כאלו הוא עדיין בעין והוי כחליפין אבל בנדו"ז שהעכו"ם הזה לא לקח הפרה לעצמו אלא מכרה לאחרים ולקח המעות מיד האחרים זה לא נגע ולא פגע כלל ולא יולדק אותו הטעם ולא הוי כי אם הלואה וכבר בררנו דבהלואה לא קנה:

גם אין לומר דסו"ס יקנה ראובן מעכו"ם זה במעות אלו מטעמא אחרינא והטעם הוא הואל ומעות אלו לא באו ליד העכו"ם בתורת הלואה אלא מכר בהמת השותפות וא"ך חלק המעות של ראובן שבידו לא הוו הלואה אלא כדין פקדון הואל ולא באו המעות ליד העכו"ם בתורת הלואה אלא מכר העכו"ם הבהמה של שותפות בודאי דחלק השותף שבידו יקרא פקדון גביה ולא הלואה וא"ך הוי כאלו קנה ממנו במעות פקדון שיש לו בידו אפי"ה אין כאן שום קנין דהא עכו"ם זה כבר בשעת הקנייה שקנה ממנו ראובן במעות שבידו היה כבר הוציאם העכו"ם בעסקיו ומצינו למר"ן דפסק בס' רצ"ב ס"ז וז"ל ואם כבר נשתמש בהם חייב באונסים אפי' אחר שהחזירם ע"ך וכתב הש"ך סק"ח וז"ל לשון הרי"פ ה"ל הלואה גביה וקמו ליה ברשותיה עכ"ל וסיים שם הש"ך דכוונת הרי"פ היא דמחשיב כלוה גמור אפילו לענין פסול המטבע וכו' יע"ש וא"ך הואל והוי ליה עכו"ם זה לזה הדרן לדינא דלעיל. ואפילו אם עדיין לא הוציא העכו"ם המעות נלע"ד דלא קנה בהם דהא משעה שמכר הבהמה ונשאר חלק ראובן בידו יש לו רשות להעכו"ם להשתמש דהא דינו הוי כאלו הפקיד ביד השולחני מעות אחרים דיש לו רשות להשתמש כמ"ש מר"ן בס' רצ"ב ס"ז וכתב שם הש"ך סק"ח דאפילו תובע אותם המפקיד קודם שיוציאם אין צריך להחזיר אותם המעות עצמם אלא יכול ליתן לו מעות אחרים יע"ש וא"ך הואל וברשותו להוציאן וכאלו הם שלו א"ך בודאי דלא יקנה בהם דהא כבר כתבנו דקי"ל כהרא"ש דס"ל דבהלואה לא קנה לא קרקע ולא למ"ש דהא בלשון זה כתב הטו"ר בסר"ד א"א ז"ל כתב שלא קנה אפילו המעות עדיין בעין ביד הלוה דמלוה להוצאה נתנה ואינו נותן לו עתה כלום ע"ך א"ך ממנו יש ללמוד לנדו"ד נמי דהואל ואי בעי הנפקד להוציאן מוציאם והוי כאלו אדעתא דהכי נתנם לו א"ך הדרן לדינא דלא קנה ישראל זה מן העכו"ם

שותפו וא"ך הואל ולא קנה ויכול כל אחד לחזור בחבירו א"ך הוי בהמת השותפות ופטורה מן הבכורה ואפילו אם העכו"ם יקיים דבורו ויתננה לישראל זה יכול לזכות בה ואין קדושה בבכור זה דהשתא הוא דקנייה ישראל זה וכבר היתה פטורה מן הבכורה. אלא דפש גבן לברורי אם נימא הואל ובדיני עכו"ם האי קנייה שקנה ראובן מעכו"ם זה על ידי מעות שהיו לו בידו הוי קנין ואין שום אחד מהם יכול לחזור א"ך נימא דברשותיה דראובן קיימה זה אינו מעלה ואינו מוריד דהעקר הוא כדינינו נקטינן וכמ"ש הרב מג"א בס' קמ"ח סק"ד בענין מכירת החמץ שהוכיח מכמה מקומות דבתר דיני ישראל אזלינן ולא בתר דיני עכו"ם יעו"ש וא"ך הואל ובדינינו האי קנייה לא הוי קנין א"ך עד כען הוי שותפי נינהו ואפי' יקיים העכו"ם דבורו ויתננה לראובן כמי שפסקו ביניהם לא הוי אלא כמתנה בעלמא ולא חל הקנין אלא עד שימשוך אותה ראובן הנז' לרשותו וכבר היתה פטירה מדין שותפות העכו"ם:

גם יש לפטור בהמה זאת מטעמא אחרינא דהא מצינו בדורותינו המלך נוטל בכל חג שלהם סך קצוב לכל בהמה וגם בעל הבהמה זאת משלם עליה בכל חג וא"ך הואל ויד המלך באמצע הוי כשותף העכו"ם והוא דין המבורר בגמרא והביאו הטור ביור"ד סי' ש"ך וז"ל בהמת ארנונא פטורה מן הבכורה פירוש שהמלך נוטל ממנה מעשר וכו' וכתב הרב"י דאפע"ג דמצי הישראל לסלוקי העכו"ם בזוזי אפילו הכי פטורה דכל כמה דלא סליק המלך ידו חשיבא יד עכו"ם באמצע ופסקו בש"ע ס"ה יע"ש וא"ך גם נדו"ד הגם שהעכו"ם מעקרו אינו נוטל המס כי אם מעות אפילו הכי חשיבא יד העכו"ם באמצע דהא היכא שאין לבעל הבהמה בידו מעות לשלם למלך הסך הקצוב עליה המלך נוטל הבהמה ומוכרה ונוטל ממנה הסך הקצוב לו עליה א"ך פשיטא דליד עכו"ם באמצע יחשב דאין לך יד עכו"ם באמצע יותר מזה ופטורה הבהמה. זהו הנראה לקוצר דעתי לעת כזאת לכתוב בהיתר בכור זה להלכה ולא למעשה עד שיסכימו יושבי כסאות להורות את בני ישראל. כ"ד הצב"י החותם בסדר "יזל מים מדליו" דהאי שתא תרמ"ה פה סאלי יע"ה והצוי"מ וימ"ן: הצעיר רפאל אנקאווא ס"ט:

סימן רלח

נשאלתי בתרנגולת אחת שאכלה סם המות הנקרא זאזגא"ר ביום שלישי באשמורת הבוקר ושהתה עד יום רביעי לעת ערב ורצה בעלה לשוחטה ולאוכלה מחשש שמא תמות אם מותרת או לא:

תשובה לזה הוא הנה מצינו למר"ן בש"ע ביור"ד סו"ס ס"ב שפסק וזל"ה אכלה סם המות של אדם או הכישה נחש וכיוצא בו מותרת משום טריפה ואסורה משום סכנת נפשות עכ"ל וא"כ גם התרנגולת זה הואל ואכלה האלזאזגאר וידוע דסם הנקרא זאזגאר הוא ממית האדם א"כ ראוי לאסור תרנגולת זאת:

אלא דראיתי להרב פר"ח בס"ס סק"ו שכתב וז"ל ואסורה משום סכנת נפשות פירוש אם לא נשתנה הסם המות בגוף הבהמה אבל אם נשתנה בגופה שוב אינו מזיק כ"פ הרמב"ם בפרק י"ב מהלכות רוצח וכ"מ שם עכ"ל והנה דין השיעור כמה ישהה בגוף העוף ויקרא שנוי זה לא מצאתי מפורש בשום פוסק אכן יש לברר דבר זה ממה שמצינו בדברי המשנה בפרק אחד עשר דאהלות מ"ז כלב שאכל בשר המת ומת הכלב אם יש בצוארו פותח טפח ה"ז מביא את הטומאה וכו' וכמה תשהה במעיו שלשה ימים מעת לעת בעופות ובדגים כדי שתפול לאור ותשרף ר' יהודה ן' בתירא אומר בעופות ובדגים מעת לעת עכ"ל המשנה ומצינו להרמב"ם בפרק עשרים מהלכות טומאה הלכה ד' שפסק כר"י ן' בתירא דבעינן מעל"ע יע"ש וא"כ זכינו לנדו"ד הואיל והתרנגולת עבר עליה מעל"ע בודאי דנתעכל סם זה במעיה ונשתנה ובפרט באכילת תרנגולת זאת אפשר יכולני לומר דבזה יש לסמוך על ר"ש דאמר דלא בעי' מעל"ע אלא סגי בשיעור מועט כדי שתפול לאור ותשרף דעד כאן לא פליג ר"י ב"ב על ר"ש ומצריך מעל"ע אלא באכילת הבשר שהוא דבר עב וקשה קצת ולכך צריך כ"ד שעות לעיכול אבל בנדו"ד שאכלה סם המות טחון ומעורב בקמח בודאי דיודה ר"י ב"ב לר"ש וסגי לן בזמן קטן דהיינו כדי שיפול לאור וישרף: וכעין חלוק זה ראיתי לרבינו שמשון במשנה הנז' שכתב וז"ל כדי שתפול לאור ותשרף יש רוצים להתיר מכאן תרנגולת שנמצאת בה חטה בפסח אע"פ שנתבשלה עמה משום דנתעכלה החטה במעים ולאו מילתא היא חדא שצריך לחלק בין אסור לטומאה ועוד דאם אמרו בבשר דרכיך יאמרו בחטה דקושי דיש לחלק כמ"ש במנחות וכו' יע"ש:

הרי לפניך דיש לחלק בין דבר רך לקשה ומן הסברא הי' דיי לנו לומר בנדו"ז אפילו בזמן מועט נימא ודאי נשתנה סם זה במעי התרנגולת ומותרת לאוכלה:

והגם שראיתי להרב שער המים בס"ס סק"ו שחלק על דברי הפר"ח דכתב משמיה דהרמב"ם דאם נשתהה ונשתנה מותר וכתב איהו דאפילו נשתנה אסור וא"כ מן הראוי יש לנו לחוש לדברי הרב שער המים דחמירא סכנתא אפי"ה בנדו"ד אפילו לשער המים מותרת דהא הרב שער המים מפרש דברי הרמב"ם דאמר דבהמה שאכלה סם המות הממית את האדם ונשתנה בגופה וכו' פירשה איהו האי דנשתנה וכו' לאו אבהמה

קאי אלא אאדם וכוונתו לומר דאם אכלה סם שממית את האדם בעת בואו לגוף תכף קודם שישתנה אזי אמרינן דגם הבהמה בודאי בלעה ממנו אפילו אם יהי' בעין ואסורה הבהמה דהא סם זה לעת בואו בגוף האדם ממיתו ואפילו מקיא אותו אח"כ מת האדם דכבר עשה פעולתו וא"כ גם בהמה כבר עשה בה פעולתו ואסורה הבהמה לאוכלה אבל אם אכלה סם שאינו ממית האדם אלא עד אחר שמשתנה בגופו אזי אם אכלה אותה הבהמה מותרת דסם הממית תכף אחר השנוי וא"כ בהמה זאת שעדיין לא מתה בודאי עדיין לא נשתנה בגופה:

וא"כ הואיל ועדיין לא נשתנה עדיין לא עשה שום פועל כלל בגוף הבהמה ולכך מותרת לשוחטה ולהשליך בני מעיה לחוץ ולאכול את בשרה דהא לא בלע כלל מן הסם קודם השנוי זוהי תוכן דברי הרב שער המים בתוספת ביאור ובהטעמת הדברים ממני אני עני:

וא"כ זכינו לדון בנדו"ד דאם באנו לסברת הרפ"ח הרי גם כאן בודאי נשתנה הסם ומותרת כמש"ל:

אלא אפילו לסברת הרב שער המים מותרת האי תרנגולא דהאי סם זה שאכלה הנקרא זאזגאר ידיע לכו"ע שאינו ממית את האדם אלא עד שמשתנה בגופו אבל קודם שמשתנה אין ממית והראייה דהא כשאדם אוכל סם זה ומקיאו אין מת ממנו וכל שהאדם מקיא אותו ואינו מת בודאי שאינו ממית אלא עד אחר השינוי וכמ"ש הרב הנז' בפירוש מפורש דדבר שממית קודם השינוי אפילו אם יקיאנו האדם אפילו הכי מוכרח למות וא"כ הואיל וסם זה אינו ממית את האדם קודם השינוי א"כ תרנגולת זאת שאכלה אותו ועדיין לא מתה בודאי לא נשתנה והגם שכתבנו לעיל דזמן השינוי הוא למרבה כ"ד שעות ה"מ בסתמא אבל כגון דא דקיי"ל דאחר השינוי בודאי תמות והאי עדיין קיימת אמרינן בודאי דלא נשתנה דאם נשתנה היתה מתה תכף וא"כ בודאי לא נשתנה ולא עשה לה עדיין בגופה שום פועל גם י"ל אפילו ראוי להתעכל בזמן זה ובודאי נתעכל אפשר לא אכלה סם הרבה שיש בו כדי להמית ולפיכך אפילו נשתנה בגופה מה שאכלה לא מתה ומותרת היא לאוכלה אפי' לדברי הרב שער המים:

והגם שמצאתי ראיתי להרב כרת"י ופלת"י ס"ס סק"ד שכתב דברי הרמב"ם בסתם דכתב אם נשתנה מותר וכתב הרב הנז' דאין לסמוך על דברי הרמב"ם א"ך משמע דאין שום חלוק כלל אלא כל שאכלה סם המות אסורה מכמה טעמי יע"ש אין לסמוך עליו הואל והוא יחידאה לגבי הרב פר"ח והרב שער המים ומהגם דהא בא לומר דאין לסמוך בזה על דברי הרמב"ם ולא ידעתי על מי סמך כי בטח לומר מילתא בדרגא נג"ד הר"ם במז"ל שהיה בקי גדול בחדרי התורה ובחדרי הרפואות ומי כמוהו מורה את דרך החיים ואין

לנו אלא לשתות בצמא את דבריו ומה גם דבנדו"ד איכ"ל דאפילו הרב כרו"פ יודה הואל ואכלה הסם דק דק בקמח ובנקל יתעכל וזה שהתה ומן רב בודאי דמודה בזה ואין כאן שום ספק סכנה:

היא העולה דתרנגולת זאת שריא ומותרת היא אלבא דכו"ע והצוי"מ וימ"ן. כה דבר החותם פה סלא יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רלט

תשובה לרבאט יע"ה. על מאי דנשאלנה מהידיד אברהם אוהבי נר"ו על י אודות חביות של עץ מלאים יין שבאו לו מעיר מוגאדור עם הספינה ביד הערלים בלי חותמות אלא המשלח עשה להם דרך זה דהיינו סתם הנקב שלהם הדק הטיב בטאפ"א ואח"ך נתן על האטאפא לוח של בדיל ותקעו סביב במסמרות נטועים ואח"ך הכניס כל ברמיל בשק של כיס ותפר אותו בתפירות אלא שעשה התפירות מבחוץ וגם לא למעלה מהשק שום חותם כלל מה יהיה משפט היין ומעשהו זהו תכלית דברי הידיד נר"ו:

הנה ידוע בעיקר דין שליחות היין על ידי עכו"ם נפל בזה מחלוקת בין גדולי עולם דלדעת כמה גדולים סברי דאינו מותר אלא על ידי חב"ח אבל בחותם א' אפילו בדיעבד אסור בשתיה והוא פסק מר"ן בש"ע יור"ד סק"ל ס"ב יע"ש ולדעת ר"ת וסיעת מרחמוהי ס"ל דבדיעב' מותר אפילו בשתיה על ידי חותם אחד וכוותיה פסק מור"ם בש"ה ובכמה מקומות ואנן בדידן פסק מר"ן ממנו אין לזוז והילך מה שראיתי להרב גאון ירושלם בעל חק"ל הובאו דבריו בס' יש"ל שכתב וז"ל מה שעלה הוא דבשולח יין על ידי עכו"ם מבורר הדבר מפום אריוותא דבעינן שני חותמות כאשר אסף איש טהור גאון הזמן מה"ר חק"ל ז"ל ביור"ד קצ"ח ששם כתב שכן היא דעת בה"ג והר"ם והר"י גאון והרשב"א והמאיר"י והרשב"ץ ובנו רשב"ש ובנו יכי"ן ובוע"ז והראב"ד וריו"ר והטו"ר ובנו והשה"ג והר"ן ומר"ן הקדוש בב"י יחד כולם ובודאי דהכי נקטינן:

והגם דבדיעבד רבו המתירים ובפרט רבני אשכנז הנגררים אחד הוראות מור"ם גם ראיתי להטו"ז בס' קי"ח כתב דכ"ע מודים דבדיעבד שרי דהא עקר הטעם דמצריכין שני חותמות אפע"פ שהוא מדרבנן הוא מצד חיבת היין שעליו ובזה"ז לאו עובדי ע"ז הם וא"ך איך שייך חיבת היין וממילא לכו"ע דיי בחותם אחד עכ"ז אין לנו אלא דברי מר"ן אנן ההולכים בעקבותיו עכ"ל וכן ראיתי לרב אחרון חביב בספרו צרור החיים דצ"ה שהביא דברי החק"ל ה' והוסיף על זה וכתב וז"ל וגדולה מזה כתב כנה"ג בחיור"ד

סק"ז דבמחלוקת הפוסקים שהכריע הב"י חשיב כודאי אסור ולא מהני ס"ס ובעינן שני חותמות לדעת מר"ן אפילו בדיעבד ולא משחין אנחנא לרוב אחרונים שהכריעו להתיר נגד מר"ן שכבר כתב הרב חיד"א בברכ"י סכ"ה דמאן דעביד כמר"ן עביד כמאתים רבנן ע"ך וא"ך אחר שיסדנו דמפסק מר"ן לא נזוז ואין להתיר על ידי חותם אחד אפילו בדיעבד א"ך יש לנו לדעת חביות אלו אם לדונם דיש להם שני חותמות או חותם אחד או כלל כלל לא:

הנה מצאנו ראינו בדין חב"ח פרושו מר"ן בסק"ל ס"ד דאם סתם החבית בכלי שאינו מהודק כדרך שסותמין כל אדם וטח בטיט הרי זה חותם אחד ואם היה הכלי מהודק וטח עליו למעלה הרי חותם תוך חותם ע"ך והנה בנדו"ד שסתם מקודם האלטאפא בעץ עגול כמו שדרך לסותמה הדק הטיב הטיב הדק ודאי דלסימן אחד יחשב וכמ"ש כאן מר"ן דאם היה הכלי מהודק הוי סימן אחד ואין לומר דמאי דכתב מר"ן דאם הדק הסתימה הטיב הוי סימן היינו דוקא במקום שאין דרכה להדיקה והוא שינה והדיק הוא דהוי סימן וכמו שנראה לכאורה מלשונו שכתב בתחילת דבריו ובסוף דבריו ג"ך שכתב וכן כל שנוי שמשנה וכו' דמזה משמע דבשנוי תליא מילתא וא"ך חביות אלו הואל ודרכם לסתום הטאפא הדק הטיב לא הוי שנוי זה אינו דעקר הטעם דהשנוי הוא שעל ידי השנוי יהיה טורח לזיוף ומונע עצמו וכל דבר שהוא משונה יש בו טורח וגם כאן הואל ומהודק הטיב הדק יש טורח הרבה להסיר הטאפא וצריך קורדום ומכות גדולות א"ך בודאי הוא הדין שכתב מר"ן דכלי מהודק חשיב סימן וכן נמצא בגליון מהרש"א הנדפס ביור"ד החדשים נמצא כתוב כאן בס' זה ס"א וז"ל בתשובת עבוד"ת הגרשונ"י כשהברזא מהודק יפה עד שצריך טורח רב לפותחו הוי כחותם אחד והוסיף עוד וכתב וז"ל בתשובת עבה"ג סנ"ז כתב כשמשלחין היין למרחקים ויודע שצריך לפורקו ולטענו ודאי מהדקין הטיב המגיפה כפיטורא בפי הוושט א"ך הוי חותם אחד וכ"ך בתשובת מהרי"ל עכ"ל הרי לפניך דהטאפא שלנו שסותמים אותה עד שהיא משתקעת בשולי הנקב עד שנעשית שוה בשוה לדופני החבית ממש הוא כפיטירא בפי ושט דלדעת עבוה"ג ומהרי"ל ומהרש"א דלסימן אחד יחשיב:

ואפילו מי שירצה להתעקש לומר דסתימת הטאפו דידן לא הוי קשר משונה ראינו להרב מהריב"ו בח"א ס"ץ ששם הביא משם הרב משחד"ר סקי"ח שכתב דלדעת הרמב"ם כשיהיה עם הקשירה חותם אחד משונה אף אם הקשירה אינה משונה הוי חב"ח וכתב דדברי מר"ן בס"ד הם דברי הרמב"ם יע"ש הרי לך לדברי משחד"ר דאפילו קשר הנהוג לסימן אחד יחשב ולפי מה שנביא אח"ך בס"ד לקמן שיש כאן סימן אחר א"ך הוי חותם

תוך חותם וכן ג"ך פסק הרב מהריב"ו בס' צ"ג ששם פסק דכסוי מגופה אם היא מהודקת הויא סימן ובצירוף סימן אחר יהיה מותר דהוי חב"ח יעו"ש דמשם באירה דבאופן שהיתה המגופא מהודקת אפילו לא יהיה עליה לוח של בדיל הוי סימן א"ך ברירא לן דהמגופא היא לבדה חשיבה סימן אחד:

ואפילו לפי מה שנרגש הרב מהריב"ו ז"ל מדברי הרב מהר"י ן' סאמון ז"ל שהביא מספרו עדות ביהוסף סט"ל שדימה הקשירה הנהוגה לדין המפתח ואח"כ הביא דברי הרב בני חיי ולבסוף כתב על דבריהם וז"ל נקטינן מדברי הרבנים דהקשירה אף שאינה משינה כמפתח חשיבא עכ"ל עכ"ף אנן לדידן נמי נקוט מיהא פלגא דאפילו מי שירצה לומר דסתימת הטאפא המהודקת לא חשיבה סימן מפתח מיהא הוי. ומעתה נרדפה לדעת מה דינו ג"ך של הטס של בדיל שעשו על ה טאפא ותקעו אותו במסמרות נטועים מה דינו אם דין חותם משונה אית ליה או גם הוא לדין מפתח יקרא. הנה אחר החיפוש מצאתי ראיתי להרב פחד יצחק ז"ל אות בש"ר ששם נשאל בדין אחד ששלח לחבירו לעיר אחרת על ידי עכו"ם חלקת צווארי אווזים מלאים בשר מונחים בתיבה במסמרות נטועים בלי שום חותם יע"ש שבתשובתו פסק כמור"ם דבסימן אחד סגי ואחר שקלא וטריא כתב וז"ל ואחר העיון אומר דלא גריעא התיבה קבועה במסמרות ממפתח ומגופת החבית דהתיר בה הרב עב"ה ז"ל והביא דבריו בעל לקט הקמח וז"ל יען הכל תלוי בטרחא מרובה כי לא טרח ומזייף ומאחר שהחבית זו לא היה באפשר לפותחו כי אם על ידי טורח מחמת כי פקק העץ הוא הדוק ומהודק שאי אפשר להוציאו און כי אם בטורח גדול נחשב כחותם אחד ע"ך גם בעל פרח מטה אהרן הוכיח דהרמב"ם והתוס' ור"ת והרא"ש וריב"א הם מסכימים לדעת אחת שסתימת חבית היינו חותם אלא שצריך שתהיה מהודקת והטיחה שעליה אז הקשירה היינו חותם שני ודאי הגמור דטרחא יתירא איכא לפתוח התיבה הקבועה במסמרות יותר מלהסיר מגופת החבית עכ"ל והביא דבריו הרב עקרי הד"ט בדיני בשר וגבינה יע"ש. מדברי הרב ה' מוכח וברור דזה הבדיל התקוע במסמרות יקרא סימן כדין מגופא או לפחות לא גרע ממפתח ומטעם זה התיר דינו יעו"ש:

והגם דראה ראיתי להרב בעל שמש צדקה ז"ל שרצה לפקפק על האי סברא מסוף דבריו מוכח דגם היא מינח ניחא ליה לומר דלפחות דין מפתח יש למסמרות ולא היה עקר פקפוקו אלא משום דמור"ם עצמו לא התיר על ידי מפתח לחוד יע"ש ועדיפא מכילהו שם בשמש צדקה שם הגה"ת בן רב המחבר הגדיל תמהותיו על המחבר היאך תיסק אדעתין לומר דתקיעת המסמרות יהיה נגרע מן המפתח זה לא תיסק אדעתין וכתב דהאמת הוא דין תקיעת המסמרות לא יגרע ממגופת עץ וכפיית כלי שהוא מהודק יפה

דהתיר בי הרב עבודת הגרשוני ואפילו הרב בעל שבות יעקב שפקפק עליו בדין הברזה עכ"ז אודויי אודי ליה היכא דאיכא טרחא בהסרת המגופא ובודאי דמסמרו' לא גריעי ממפתח ובודאי צדקו דברי הרב פחד יצחק ז"ל עכ"ל נקטינן מכאן דהבדיל הזה התקוע במסמרות לפחות לא גרע ממפתח אלבא דכו"ע:

וכ"ש לפי מה שראיתי להרב מהריב"ו ז"ל בס"ץ שכתב וז"ל ומה גם למ"ש הרב בני חיי דקשר הנהוג עדיף ממפתח ודאי דתפירות הנוהגים עדיפי ממפתח ובס' עדות ביהוסף כתב דטורח הוא להתיר התפירות ולחזור ולתופרן שצריך להביא מחט וחוט ואף דהרב בני חיי אין ולאו ורפייא בידיה מ"מ בתפירות הנהוגות דעדיף מקשר יודה עכ"ל:

הרי לפניך דהתפירות חשיב ליהו סימן משום עדיפותן וא"ך כל מי שעיני בשר לו ידוע ידע דכ"ש הוא להבדיל התקוע במסמרות דצריך טורח רב בהסרתן ובחזרתן וג"ך צריך להביא בדיל אחר ומסמרות אחרים וקרדום ודאי הם עדיפי מתפירות שכתב הרב מהר"י ן' סאמון ז"ל שהם עדיפי מקשר הנהוג והגם דלעיל הבאנו משם הרבנים פחד יצחק וסיעת מרחמוהי דס"ל דתקיעת מסמרות כמפתח לאו בהחליט כתבו כדין המפתח אלא דבריהם הוא על דרך אפי' אם תמצא לומר כדין מפתח עכ"ז מותר זהו כוונתם אבל איכא למימר דדין סימן גמור אית ליהו והעד על זה שהרי הרב המגי"ה בדברי הרב שמ"ש צדק"ה כתב וז"ל דהאמת הוא דין תקיעת המסמרות לא יגרע ממגופא וכפיית כלי המהודק דהתיר בו עבודת הגרשוני ואפילו הרב שבו"י הודה לו וכו' עיין לעיל דבריהם הרי לך דמעדיף למסמרות מכפיית כלי ומגופה המהודקת שכתב הרב עב"ה וכבר הבאנו דברי עבודת הגרשוני לעיל שהביא דבריו גליון מהרש"א דמגופא המהודקת דין סימן גמור יש לה א"ך פשוט דכוונתו לומר דגם המסמרות דין סימן יש להם אלא על דרך את"ל נקטו דבריהם דאפילו נאמרו כדין המפתח מותר דוק ותשכח:

מעתה זכינו לנדו"ד הנה ביררנו דלדעת הרב עב"ה והרב מהריב"ו ומהרי"ל ז"ל ומהרש"א שהביא דבריהם בגליון וגם לדעת הרבנים המסכימים לדבריהם שהם הרב פחד יצחק שנסתייע מדבריהם הוא והרב שמ"ש צדקה ובנו וכתבו דגם הרב שבו"י מסכים לדעת עבודת הגרשוני הני פשוט הוא דסברי קשר הנהוג הוי סימן א"ך גם הטאפא המהודקת אפי' אי חשבינן לה שהוא קשר נהוג א"ך הרי יש בידינו סימן אחד:

ואפילו למאן דפליג וס"ל דקשר הנהוג לא הוי סימן גמור שהם הרב משחד"ר והרב בני חיי המסופק ומהר"י ן' שאמון ז"ל שהביא דבריהם הרב מהריב"ו ז"ל עכ"פ אף לדבריהם מדין מפתח לא אתמעטו וכמ"ש הרב מהריב"ו ז"ל יע"ש וגם כן ביררנו דהתפירות הם עדיפי מקשר הנהוג אלבא דכ"ע ולדעתי פשוט דהמסמרות הם עדיפי מהתפירות ומדברי

הרבנים פחד יצחק וסיעת מרחמוהי עדיפי הם ודאי ממגופא המהודקת ולפחות לא גרעי ממפתח: מעתה לא נשאר שום פקפוק בחביות אלו דהתיר ומותר הם ולא מבעייא לסברה הפוסקים הנז"ל דסבירא להו דקשר הנהוג הוי סימן א"ך מכ"ש דהמסמרות הוי סימן א"ך הרי יש כאן שני סמנים משונים והוי חותם בתוך חותם: ואפילו לסברת הפוסקים דס"ל קשר שאינו משונה לא הוי סימן גמור אלא דינו כדין מפתח עכ"פ בדין המסמרות דלא גריעי מתפירות יודו דהוי סימן גמור משונה וא"ך הרי יש כאן מפתח וסימן והרי מר"ן פסק בס' קי"ח ס"ד ובס' ק"ל ס"ו דמפתח וחותם הוי כב' חותמות ופשוט דמותר ולית דין ולית דיין:

אלא אפילו הבוא נבוא לתבוע כל החומרות ולתפוס כסברת האומרים דמגופא המהודקת לא הוי קשר משונה וגם נאמר דקשר שאינו משונה והוא נהוג לא הוי אלא כמפתח דוקא וגם אמור נאמר דדברי פחד יצחק וסיעת מרחמוהי בדוקא אמרו דלא הוי מסמרות אלא כדין מפתח דוקא עכ"פ הרי יש כאן שני מפתחות שהם הטאפא מפתח אחד והבדיל מפתח שני והנה דין של שני מפתחות הגם דמר"ן לא גילה דעתו מה דינם עכ"פ הרי מצאנו להפר"ח בסימן ק"ח שפסק ותני בלי שום חולק דלדעת מר"ן המחבר שני מפתחות הוי במקום חותם גמור וכתב דזה פשוט וברור אלה היו דברי הפר"ח וא"ך אפילו לפי שטה זו דחשבינן ליהו לזה הטאפא והבדיל לשני מפתחות הרי עלו ובאו במקום סימן גמור והואל ומצאנו סימן גמור הרי מצאנו ארוכה ומרפא שבאו החביות מכוסים בשקים ותפורים הגם שהם תפורים מבחוץ ואין עליהם שום סימן הרי מצאנו להרב מהריב"ו זלה"ה פסיק ותני בסימן ץ' דאפי' מאן דס"ל קשר הנהוג לא הוי סימן אלא דינו כמפתח עכ"פ בתפירות אלבא דכ"ע יודו אפילו הם מבחוץ ובלי שום שנוי הם עדיפי מקשר נהוג ודין סימן יש להו כמש"ל וא"ך לא מבעייא לדעת מהריב"ו זלה"ה אפילו לפי שטה זו הרי יש כאן שני מפתחות וסימן ועלו ובאו בחותם תוך חותם ואפילו אי לא הוו התפירות עדיפי עכ"פ לא יגרעו גם הם ממפתח וא"ך הוו שלשה מפתחות דל מהם שנים להוו כסימן מובהק וחד לדין מפתח וא"ך הוו מפתח וסימן דפסק מר"ן הוו כשני חותמות וכל זה לרווחא דמילתא:

שוב ראיתי להרב ישמח לב חד מרבני ירושלים תוב"ב בספרו חיור"ד ס"ח שכתב שאלה אודות חביות יין כשר שהושלחו מעי"ת איזמיר יע"ה לעה"ק ירושלים ונמצאו סגורות יפה יפה דהיינו הברזות מהודקות יפה בפה החבית ואולם החתימות אשר עליהם כפי המכתב אשר שלחו מהתם שנתנו על גבי הברזות זפת ועליו ציירו החותם של שם פלוני ונתקלקלו ולא נשאר ניכר אפילו אות אחת כי הזפת דק עד לעפר מקובץ תחת חתיכת

טינקי"ל [הוא הבדיל] שקבעו ע"ג החותמות ליתר שמירה שלא יתקלקלו ומונח שם הטינקי"ל במסמרות נטועים סביב לזפת וכאשר הוסר הטינקי"ל שם נמצא תחת הזפת דק ככפור בלי הכיר שום רושם וצורה ונסתפקנו בהיותינו במושב הדין בבדי"ץ מה יהיה משפטו של היין ובעל היין דוחק זהו השאלה ופסק בו הרב להתירן ונתן טעמיה להתיר ומכללם כתב וז"ל אלא לנדו"ד אין אנו צריכים לזה שהרי יש כאן חותם ראשון וחותם שני שהוא הטינקי"ל במסמרות נטועים דודאי חשיב חותם דלא גרע מהעור שכתב מור"ם בהג"ה דהגם דהרב ז"ל הצריך עוד תנאים כבר כתב הרטו"ז משם המ"ב ז"ל שלא כתב כן אלא לרווחא דמילתא ועיין שם בשמ"ש צדק"ה על תיבה סתומה במסמרות נטועים ואחרי שיש כאן חותם שני ודאי חשיבה הברזה חותם והרי יש כאן שני חותמות עכ"ל וש"ל נהניתי כשראיתי ושוב הביא הרב הנז' לרווחא דמילתא טעמים אחרים לנדו"ד שהוא גרוע מנדו"ד שנוסף עוד שהוא מכוסה בשק ותפור וכתב שם הרב הנז' שכך עלתה הסכמת רבני ב"ד הצדק של ירושלים תוב"ב בלי שום פקפוק יע"ש:

מעתה מהדרנא אנא דהגם דבררנו דהטאפא המהודקת והבדיל הנתון עליה הוו תרי חותמות או לפחות וכו' כדאמרן לעיל עכ"פ התינח אלו היו החביות אלו של חרס אבל בחביות של עץ שיש חשש בין הנסרים כדפסק מר"ן בסק"ל ס"א דצריך שיעשה החביות בשק ויהיו התפירות בפנים ואח"ך סימן בראש השק ובכאן לא סימן הוי והתפירות הם מבחוץ:

אלא דלזה אין אנו צריכים לבוא במאריך טרח"א דכבר עמד על זה הרב המוסמך הוא הרב מהריב"ו ז"ל בס"ץ וכבר הורה זקן דהואל והוא מחופה בשק התפירות הם סימן כדאמרן ומר"ן לא הצריך התפירות מבפנים אלא לכתחילה והתיר הרב החביות שהיו כנדו"ד ועדיפא מזה בס' צ"א נשאל אפילו כשבאו החביות בלי כסוי כלל והביא סברת הרב יכי"ן ובוע"ז דס"ל דמר"ן אוסר אפילו בדיעבד ועכ"ז התיר שם מכמה טעמי וכולהו טעמי יוצדקו כאן ג"ך ובפרט לא הוצרך לכולהו טעמי אלא משום שהיו החביות בלי כסוי כלל אבל במקום כסוי כנדו"ד כבר הורה בס"ץ דליכא למיחש כלל:

ולסיים בכי טוב אמינא מילתא חדתא הנלע"ד וראוי לסמוך עליה אי לא מסתפינא דלע"ד נראה דבזמנינו זה אין לנו לחוש לכולהו חששות דהצריכו רבותינו שיהיו התפירות מבפנים וכו' דעד כאן לא דברו אלא בשלוח עם העכו"ם או בספינה כדרך שהיו הספינות ההולכות לרוח היום דדרכם הוא כשמקבלים שק או חבית או איזה דבר להוליכו מעיר לעיר דרכם לתת כתב ידם וחתימתם הנקראת פולסייא על המידה ועל המשקל ועל כל האחריות דגניבה ומזה אם לפעמים יקרה לשלוח ידם בפקדון לגנוב ממנו או להחליף

צריכים הם לתקן השק או החבית כמקודם וכבתחילה כאשר קבלוהו מיד הבעלים כדי שלא יהיו נתפסים כגנב בזה איכא לספוקי שמא גנבו או החליפו והחזירו הדבר לכמות שהוא שלא יבואו לדינא ודייני ועל זה ודאי צריך תפירות מבפנים לסימן אבל בהני האל פאפורי"ם של זה הזמן שאינם חותמים לא על המידה ולא על המשקל ולא על שום דבר אלא כותבים בפולסייא הגיע לידם חבית או שק וכדומה וההוא אמר שיש בו דבר פלוני והם אינם חותמים אלא ההוא אמר ותו לא מדי ומזה נשתרבב שמידי יום יום באים הסחורות יש שקים לי מספר באים קרעים קרעים והסחורות יוצאים מהם ונאבדים ויש כמה בראמיל וסנאדק באים שבר אל שבר יחדיו ידובקו ובזה הזמן אפילו האלפארדוס באו קרעים קרעים ואין פוצה פיו ומצפצף יען כי זה דבר ידוע הואל והאלפאפורי"ס יש בהם עבודה רבה ומדי יום יום הסחורות עושים בהם פריקה וטעינה בלתי חמלה וחנינה מוכרח שיארע בהם קלקולים הרבה ועינינו ראו בהאלפאפו"ר לוקחים המלחים הסחורות בתורת גניבה ואין דובר דבר ומניחים השק קרוע ודאי בכנדו"ד שבאו האלחביות מכוסים בשקים כסוי גמור ותפורים ודאי ליכא למיחש כלל שמא לקחו מהם או החליפו והחזירו ותפרו אותם כמו שהיו דזה לא יתכן דמי הכריחם לחזור ולתפור בודאי הגמור אלו קרעו השק והוציאו היין לא היו מחזרים אותו לכמות שהיה הואל ואין עליהם הכרח וא"ך עכשיו שבאו כמו שאמר המשלח שמכוסים בשקים זו עדות גמורה שלא נגעו ולא פגעו:

וסברא זו לא נפלאת ולא רחוקה היא ויש לנו פסק מר"ן ז"ל כעין זה ממש בלי שום שנוי והוא מה שפסק מר"ן ביור"ד סקכ"ט סי"ב וז"ל חיל שנכנס לעיר ונכנס לבית ישראל בשעת שלום חביות פתוחות אסורות והסתומות במגופא של טיט מותרות ע"ך וכתב הש"ך סקל"א וז"ל מותרות שזה ראיה שלא פתחום שאם פתחום לא חזרו לסותמן שאין אימת אדם עליהם הר"ן עכ"ל הרי עיניך הרואות דבמקום שאין אימה ליכא חשש ובנדו"ד ליכא אימא כדאמרן וכידוע דבר זה לעיני אומייא ועממיא דוק ותשכח ועדיפא מזה כעין סברא זו הביאה הרב מוהרח"פ זלה"ה בהתיר עגונא דאיתתא בטבע במים שאין להם סוף בזמנינו זה שהאלטיראגרא"ף מצוי ע"ע הרי דיש לנו לדין בכל דבר לזמנו ולשעתו: גם היה בידינו להביא צדדי ההתיר הן מצד אומנא לא מרע לאומנותיה וכו' הן מצד קולות היין בזמנינו זה אך הטירחא יותר יגיעת בשר דלדעתי מההתרים הראשונים דיי והותר: אך מצוה וחיובא רמייא על הידיד לילך בקום עשה לפני מעלת ידידי ואו"ע חבה עין ימין הדו"מ כמוהר"ר יקותיאל נר"ו ראש על ארץ רב"ה מחניכי קדוש להסכים על ההתיר כי כך היא דרכה של תורה וצוי"מ וימ"ן ש"א לשבט תרנ"ה פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט ראיתי כל מ"ש רב רחומאי ורב נהוראי המלאך רפאל יצ"ו יהיה בעזרו ושמרו כרועה עדרו אשר האריך למעניתו להביא ראיות חזקות להתיר היין הנז"ל והדברים ראויין למי שאמרן ולהפקת רציני הוצרכתי לבוא על החיתום פה ראבט יע"ה:

הצעיר יקותיאל בירדוגו סי"ט:

סימן רמ

ראובן משכן ביתו ביד שמעון והשכירה ללוי או דר בה שמעין עצמו מהו הדין אם יכול אח"ך שמעון להשכירה בעצמו או לא ע"ך:

הנה ראיתי בס' כר"ח ס"ן בחלק יור"ד שכתב ז"ל מי שמשכן ביתו ופינה דירתו ממנה והיה בעל המעות דר בה או משכירה לאחרים זמן מה אפע"פ שחזר אח"ך בעל הקרקע ודר בביתו בלי העמדת שוכר הרי אפסקיה אחר מקרי וראיה ממ"ש הרמב"ם פ"ה ממלו"ל וז"ל שהרי זה עומד בשדהו כשהיה ונותן לזה שכר וכו' משמע דוקא משום שרואין אותו נשאר עומד במקומו כמו שהיה מקודם ולא יצא ממנו כלל הא אם יצא ממנו זמן מה שאכן נודע הדבר שמשכנו אין פרסים גדול מזה שו"ת מוהריב"ץ זלה"ה עכ"ל: ולעניות דעתי אני איש צעיר פסק זה הוא תמוה בעיני דהא דין זה דהרמב"ם הוא גמרא ערוכה במציעא דס"ח ע"א דשם תני איתמר אמר רבא לית הלכתא כחכירי נרשאי דכתבי הכי משכן ליה פלוני ארעיה לפלוני והדר חכרה מיניה אימת קנייה דאקנייה נהליה והאידנא דכתבי הכי קנינא מניה שהינא כמה עידני והדר חכרה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין שפיר דמי ולאו מילתא היא ע"ך ופירש"י שהינא כמה עדנין ביד המלוה ופשה הוא ואכל בנכייתא והדר חכרה מניה שפיר דמי דכיון דשהייה גביה ואכל תלה שנין מה לי עבד בה איהו ומה לי חבריה ע"ך הוסיף עוד רש"י ופירש דלאו מילתא היא דאפילו שהייה נמי אסור דרבית גמורה היא וכו' ע"ך הרי לך דהגמרא במסקנא אמרה דלאו מילתא דאפילו שהתה ביד המלוה ואכלה עכ"ז אסור לחזור ולהשכירה לו ואפילו שהתה בידו שלוש שנים לפירש"י אסור משום רבית קציצה:

והרא"ש ג"ך הכי פירשה לשמעתתא דפירוש לאו מילתא היא כוונת הגמרא דאפילו שהתה ביד המלוה אסור יע"ש ועיין בפסקיו שכתב ז"ל מי שהלוה על השדה אסור להחכירה ללוה בדבר ידוע לשנה אפילו כתב בשטר ששהתה בידו זמן רב קודם שהחכירה ע"ך הרי לך גם מדברי הרא"ש דלעולם אסור למלוה לחזור ולהחכירה ללוה וכן פירשה הרב הנמק"י ושהינא כמה עידנין דמחזי כירד בה וקנאה לפירותיה והדר

חכרה להאי ולא מחזי כרבית ואפילו הכי אסיקנא דלאו מילתא היא ואפילו שהייה גביה כמה שנים ועשה ואכל בנכייתא אסור לחוכרה לבעל השדה דאפילו בהכי מחזי כרבית ע"ך וא"ך הואל ומצינו לרש"י והרא"ש והנמק"י כולהו מפרשי הגמרא דפירושא דלאו מילתא היא אפילו שהתה ביד המלוה והיה דר בה או אוכל פירותיה עכ"ז אסור לחזור ולהחכירה ללוה מי הביאנו לפרש בדברי הרמב"ם בשביל דקדוק קל שכתב בדבריו שהרי זה עומד בשדהו וכו' ניקום אנן לומר דכוונתו לומר דכוונתו של הרמב"ם היא דוקא בדלא יצאה מיד הלוה הא אם יצאת ועמדה ביד המלוה או שכר אחר זמן מה נימא מותר ופליג על הני אוריין תלתאי הנז' הרי יכולים לפרש דכוונת הרמב"ם שאמר שהרי זה עומד בשדהו כשהיה וכו' הכוונה היא הרי הלוה הזה עומד בשדהו כשהיה וכו' היינו כמו שהיה מעקרא שהיה דר בה בשביל שהיא שלו ואפילו בדהיתה מופסקת כבר על יד המלוה או על ידי אחר הרי כשחזר לדור בה הדרה כמו מעקרא שהיה דר בה וא"ך שכירות זו אינה אלא שכר הלואה:

ועוד לא ידעתי לפי דברי הרב הנז"ל זלה"ה היאך יפרש הרמב"ם מאי דאתמר בתלמודא ולאו מילתא היא אם נפרש דכוונת הרמב"ם לומר דפירושא דתלמודא הכי הוא דכוונת התלמוד לומר דוהאידנא דקא כתבי הכי קנינא מניה שהינא כמה עידני והדר חכרה וכו' דהיינו כתב הכי שהינא אבל באמת הוא דלא יצאה כלל מתחת ידו של הלוה אלא כותבים הכי בכתיבה בעלמא ומעולם לא יצאה מיד הלוה אבל אם יצאה לא דבר בזה התלמוד כלל זה לא יתכן לפרש הכי חלילה היאך נאמר דמעקרא יסביר תלמודא דבשביל דכתבי שהינא אפילו לא שהתה דהיינו שלא יצאת יהיה מותר על זה יש לתמוה חדא מי התיר לנו להעיד שקר לומר שהינא והיא לא יצאה ולא שהתה ועוד בשביל ששקר ואמר שהתה יהיה מותר הרבית אפילו לא יצאת זה פלא ועיין בטור ובפרישה בס' קס"ד דליכא למימר כלל דאם לא יצאת יעלה על הדעת שיהיה מותר חלילה יע"ש ועוד דאם הרמב"ם מפרש פירושא דתלמודא הכי הוא דאיירי בדלא שהתה אלא שהעדים כותבים כן אבל בשהתה דהיינו יצאת מיד לוה ליד מלוה בזה לא דבר תלמודא א"ך הרי לפי זה לא אסר תלמודא במסקנא אלא היכא דלא שהתה וכתבו העדים שהתה א"ך הו"ל להרמב"ם להשמיענו זה דאסור להשכיר אפילו כתבו העדים ששהתה ולא הו"ל לסתום אלא לכתוב דין הכתוב בתלמוד כאורחיה ועוד לא הו"ל למפרשי הרמב"ם לשתוק מלהשמיענו חדוש רב כזה דהרמב"ם מפרש שטה אחרת בש"ס דלא כרש"י והרא"ש והנמק"י ומה זו שתיקה: גם אין לפרש דהרמב"ם יפרש מאי דאמר בתלמודא והאידנא דכתבי שטרא וקנינא ושהינא עידן רב וכו' הכוונה היא שהיה זמן רב שפינה אותה

הלוה אבל לא דר בה המלוה ולא אדם אחר אלא שהתה ריקנית ועל זה אסיק אדעתיה דתלמודא הואל ושהתה פנויה אפי' יחזור וישכירנה ללוה לדור בה מותר ועל זה הוא דאמר תלמודא ולא היא אבל באמת אם דר בה המלוה או אפסקיה אחר מותר גם זה לא יתכן דהואל ולא ירד לה המלוה לדור בה הוא או אחר והמלוה אכל פירות מאיזה טעם נתיר להשכירה ללוה הרי כל טעם העיקר שמתירין באפסקיה אחר לפי הסלקא דעתין הוא משום דהוי כאלו מכרה לו לפירות ואזי אפילו יחזור להשכירה ללוה מותר ואפילו על זה אסיק תלמודא דלא היא אבל כל דלא ירד המלוה או אחר מהיכן תיסק אדעתין שיהיה מותר לחזור ללוה לשוכרה הרי לא היתה שום הוכחה כלל דהוי של מלוה וחזר ושכרה ללוה וא"ך זה ג"ך לא תיסק אדעתין לומר דהרמב"ם יפרש הכי ומה גם על פירוש זו יקשה לן דלא הו"ל למפרשי הרמב"ם לשתוק מלומר דהרמב"ם מפרש כך לתלמודא ושתיקה הוי כהודאה דהרמב"ם בשטת רש"י והרא"ש הנמק"י אזיל ופשוט:

גם אם באנו לומר כדברי הרב מוהריב"ץ זלה"ה דמדקדוק דברי הרמב"ם נדון דבאפסקיה או המלוה או אחר שרי ואם יקשה לך כדאמרן היאך יפרש הרמב"ם מאי דאמר תלמודא והאידנא וכו' נימא דהרמב"ם לא הו"ל הגרסא כמו שכתובה לפנינו בתלמוד אלא הו"ל הכי חכירי נרשאי דכתבי הכי משכן לו פלוני ארעא לפלוני והדר חכרה מניה אימת קנייה דאקנייה נהליה ע"ך הוה הגירסא לפניו ותו לא מדי ובזה נסתלקו הקושיות שהקשינו היאך יפרש הרמב"ם מאי דסיים תלמודא דאיכא למימר דלא היה לפניו כל שים מילתא יתירתא זולת מה שכתבנו:

גם על זה עדיין קשה דלא מלבד הדוחק לשבש הספרים עוד עדיין קשה דהו"ל למפרשי הרמב"ם לומר מכח דבריו מוכח דס"ל דבאפסקיה אחר שרי ולא הו"ל להרמב"ם בגירסתו כמ"ש לפנינו ומה זו שתיקה אלא ודאי דאין מוכח מדברי הרמב"ם שום דקדוק ומאי דכתב הרמב"ם כמו שהיתה כוונתו לומר כדאמרן דהרמב"ם בא לפסוק דלעולם אסיר למלוה להשכירה ללוה סתם בכל אופן בין אפסקיה אחר או לא דאותו חלוק דסלקא דעתיה דתלמודא מעקרא נפל ונהרס הואל וסיים תלמודא ולאו מילתא היא א"כ הדר דינו של הרמב"ם דאמר אסיר להשכיר פסקה בכל אופן ומאי דכתב בלשוני שהרי זה עומד בשדהו כשהיה כוונתו לנתינת טעם דהואל ושכרה לו והוא עומד בה הוי כמו שדר בה כשהיה שלו קודם הלואה א"ך מחזי דבשביל ההלואה הוא דמשלם שכירות מדחו"ח ופשוט:

ועיין בש"ע ביור"ד קס"ד ס"א ובקע"ב ס"ב דכתב מי שהיתה שדה ממושכנת לא יחזור וישכיר אותה לבעל השדה ע"ך הרי למר"ן כתב סתמו משמע דבכל ענין אסור ואם האמת

כדברי הרב שמדקדקם מדברי הרמב"ם הכי הואל וכתב שהרי זה עומד בשדהו וכו' א"ך מר"ן דקי"ל כוותיה הרי לא כתב חלוק זה ומדסתם נראה דבכל ענין אוסר ועיין להש"ך בס' קס"ד שכתב דלא יחזור וישכירה ללוה אפילו כתוב בשטר ששהתה ביד המלוה הזמן רב קודם שהשכירה ללוה ואפילו האמת נמי הכי אסור עכל"ה יע"ש ונהניתי ש"ל שמצאתי און לי שהדבר מפורש על כן בפה מלא אחר המחילה ונשיקת עפר מתחת רצפת הקדוש גאון זלה"ה בהאי פסקו זהו מה שנלע"ד וצוי"מ וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רמא

תשובה להידיד החכם כהה"ר עמרם צבע נר"ו על מאי דשאיל הידיד מינן על מה שרבתה המספחת בבני עמינו להסתפר מעכו"ם האם הדבר אסיר או מותר ע"ך:
באמת לא ידעתי על מה הוטבעו, אדני השאלה אם על פאות הראש והזקן הלא הם כתובים על ספר שולחן המלך יור"ד קפ"א ס"ד יעו"ש שכתב אסור להיות ניקף אפילו על ידי עכו"ם יע"ש ופשיט:
ואם כוונתך היא על תגלחת הראש גם זה ערוך על הספר בסקנ"ו דפסק שם הש"ע ס"א דאין מסתפרין מעכו"ם אלא במקום שמצוים שם בני אדם או אם אותו עכו"ם מדמה שאותו ישראל הוא אדם חשוב ע"ך והכי קי"ל לדינא דהגם דשם סיים מור"ם טל דברי הש"ע הנז' וכתב ז"ל ויש מחמירים שלא להסתפר מעכו"ם אפילו במקום רבים בתער אם לא שיראה במראה הרי סיים עוד וכתב ונהגו להקל כסברא ראשונה יע"ש הרי לך דמור"ם עצמו הגם שהביא סברת המחמירים דבעו על ידי מראה הרי חזר וכתב דנהגו כסברא הראשונה וא"ך קם דינא כדברי הש"ע הנז':
ואם על מה שנהגו האידנא להסתפר מעכו"ם ביחידות בינם לבין עכו"ם במקום שאין בני אדם מצוים גם בזה יש להם על מה שיסמוכו והיא סברת הדרישה שהביא הש"ך בסקנ"ו סק"ב שכתב ז"ל ונראה הא דנהגו להקל היינו משום דאנו נותנים להם שכר וכתב הגה"א דבשכר מותר עכ"ל והגם דהש"ך הקשה על דברי הדרי"ש וחלק עליו יעו"ע הרי מצינו להרב לחם יהודה שחזק לדברי הדרישה וכתב ז"ל ולעד"ן דמותר מטעם דכתב הפרישה דנהגו להקל משום דאנו נותנים שכר ולא חיישינן וכמ"ש מור"ם בס' קנ"ה דאם עושה בשכר בכל ענין מותר דחייש לפסידא דאגרא ומכ"ש להרוג בידים ע"ך וא"ך הואל והרב בית לחם יהודה דחה דברי הש"ך וחזק דברי הדרישה ועשה לה סמוכות מדברי

מור"ם ודאי הכי נקטינן כפסק מור"ם דקי"ל כוותיה ובמקום דעביד העכו"ם בשכר בכל ענין מותר:

אך דע וראה דכל זה הוא מצד הדין אבל מצד היהדות ויראת ה' הריני מעתיק לך דברי הרב חמדת ימים ח"א ס"ך ד"ג שכתב שם מוסר על המסתפרים מהעכו"ם וכו' ובסוף דבריו כתב בזה"ל ונוסף גם היא כי תניח חרב טמאה ואין להעבירו על הראש קדוש דלא לאתערבא צולמא דידיה בצולמא דעע"ז כמ"ש מהר"י זלה"ה ובזוהר ויחי דרי"ט ע"ב וענין הטבילה אשר יטבול אח"ך איננה מעלה הטומאה ההיא כאשר עלה על רוח רבים כי רוח הולך ולא ישוב מפני כל כופר אלא הבעל נפש לא יגלח כי אם על ידי ישראל ובכן קדוש יהיה ואנכי שמעתי ממורי ז"ל תקון לזה במקום דלא שכיחי ספרי ישראל לכוון בעת התגלחת בשם אלהי"ם ברבוע א' א"ל אל"ה אלה"י אלהי"ם ויאמר ויברא אלהים את האדם בצלמו בצלם אלהים ברא אותו ויכוון אותו ברבוע הנז' ובכן לא ימוש צלם אלהים מעל פניו עכל"ה הרי לך כמה קשה התגלחת מיד עכו"ם על כן שומר נפשו ירחק מזה ועליו תבוא ברכת טוב וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאוא סי"ט:

סימן רמב

עמדו לפני לד"ת שת' ראובן תובע לשמעון שמכר לו תרנגולת אחת וכששחטה באותו רגע מצא בה בבני מעיים האלזדרי (אבעבועות) ועל זה טען ואמר שיחזיר לו מעותיו שהרי זה מקרי טעות:

תשובה הד"א שחייב שמעון להחזיר המעות לראובן מהא דכתב מר"ן סרל"ב סי"א המוכר בהמה, ונמצאת טריפה הרי זה מקח טעות וא"ך גם כאן הואל ושחיטת התרנגולת הייתה תכף לקנייתה ודאי שהאלזדר"י נעשה ברשות מוכר וכדכתב מר"ן ג"ך סי"ב בטרפות דסרכה דהוי מקח טעות וכתב הסמ"ע סקכ"ו דמירי בסרכה עבה או ששחטה מיד א"ך אף אנן בדידן הואל ויש בה רבוי האלזדר"י וגם שחטה מיד בודאי לית דין ולית דיין דחייב שמעון להחזיר והגם שסיים מר"ן בסי"ב וכתב וי"ח וסיים שם מור"ם הטעם משום דהוי דבר דשכיח ובודאי סלקא דעתיה ומחל וא"ך אף אנן נימא בהאלזדר"י הואל והוא דבר שכיח אימא דס"ד ומחל אפילו הכי אין לנו אלא דברי מר"ן הראשונים שכתב בסתם. גם יש חלוק בין שכיח דסרכה לשכיח דהאלזדר"י שהאלזדר"י לא שכיח כ"ך כמו הסרכה והחוש יעיד על זה. והנה בעקר איסור האלזדר"י הרי כתבו האחרונים שהוא אסיר דאין אנן בקיאים בבדיקת האלזדר"י הנמצא בבני מעיים של עוף בס' פת"ש ביור"ד

ובספרי האחרונים כידוע וכך הוא המנהג וא"ך ודאי חוזר הלוקח במקח טעות והגם דעקר איסורו הוא מכח מיעוט הבקיאות אפעפ"ך הוי מקח טעות וכדכתב מור"ם בס' רל"ב וז"ל ואפילו טריפה שאנו אוסרין מכח ספק מבטל המקח וכתב הסמ"ע סקכ"ט דמכח ספק הוא ספק דחומרות הגאונים דאי לא תימא הכי מה חדש מור"ם בזה הא גם טרפות דסרכה אנו מטריפים מכח ספק שאין אנו בקיאים לבדוק ע"ך הרי דמעוט הבקיאות מביאה למקח טעות וא"ך אנן בדידן הגם דבקיאים בבדיקת בני מעיים דבהמה גדולה עכ"ז אין אנו בקיאים בבני מעיים של עוף והדר דינו כבדיקת הסרכא אלבא דמר"ן וא"ך מכל אלה הדברים נראה שיכול ראובן לחזור על שמעון בדין טעות הואל ולאו גברא דעביד לגדל תרנגולים לבצים אלא לאכילה דאי הוה עביד לגדל לבצים בודאי יכול שמעון לומר לאו לשחיטה מכרתי לך וכדכתב מר"ן בס' ר"ג אלא הואל והוא גברא דעביד מדי יום יום לקנות לשחיטה בודאי דחוזר מדין טעות וזה ברור וגם דלקוצ"ד אין זה צריך לפנים להפקת רצון השואל לאיזה טעם כתבתי זה שנת התרמ"ב לפ"ק:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רמג

לעיר רבאט להרה"ג מוהר"ר יוסף ברדוגו נר"ו על מה שנסתפק כת"ר על הגט שנתגרשה בו אשת ימין וכתבתם בגט שם ימין ועכשיו אגלאי מילתא שמצאו בכתובה שלו כתוב שמו בנימין וכת"ר מסתפק אם צריך לכתוב לה גט אחר בשם בנימין או לא:
לקוצד"ן דאין צריך הואל וידוע לכל באי שער עירו שימין שמו ומעולם לא קרא לו שום אדם בשם בנימין ומנין לנו להוליד לו שם חדש ובפרט שכך הוא חותם לעולם ימין כאשר חתימתו מעידה עליו בשטרות ובאגרות ועל זה יש לנו להשען וכמ"ש מר"ן באהע"ז סקכ"ט סי"ח ומור"ם סכ"ב יע"ש וא"ך הואל ולעולם חותם ימין ודאי כך שמו:
והגם דמצינו כתוב בשטר כתובה שלו בנימין אין לנו להסתפק דילמא בנימין שמו דספר כתובה אין ממנו ראיה וכמו שמצינו להרה"ג מוהר"ח פאלאג'י זיע"א בספר חו"ש דף ק' ע"ד שכתב ז"ל ראיתי להרב מוהרי"ם בספר פא"ת י"ם רס"א שכתב וז"ל גירש יעקב ן' אברהם לאשתו שרה ולא נכתב אלא המכונית דמתקריא מרקאדא ולא כתבנו שם אביה מפני ספק השם שהיה נקרא גרשון ולא היה שטר כתובה בידו לראות אם היה גרשון בנון או במים עיין להרב ג"פ יע"ש עכ"ל כי מן הבאר תמהנ"י ואחהמ"ר קשה במה שכתב שלא היה בידו הכתובה לראות וכו' הרי קי"ל דאין ללמוד מספר כתובה וכמ"ש בס' הלק"ט בקונט' לגיטין דף נ"ד ע"ג במעשה זה שהביא הרב ג"פ שאין ללמוד

מספר כתובה עכל"ה של הרב מוהר"ח פאלאג"י זלה"ה הרי עיניך תראנה מדברי הרה"ג הלק"ט והרה"ג אחרון חביב מוהרח"פ זלה"ה דאק ללמוד כלל מספר כתובה:
ואפילו לדעת מוהרי"ם זלה"ה שכתב דלא מצא ספר כתובה ללמוד ממנו פשוט דלא אמרה הרב אלא משום דלא מצא ממה ללמוד דהיינו לא מצא חתימת ידו שתעיד על שמו לכך רצה ללמוד מספר כתובה אבל במקום שחתימתו נכרת ולעולם חתם ימין פשוט דאפילו הרב פאת ים שהוא הרב מהרי"ם יודה דבתר חתימתו אזלינן:
וכן ג"ך ראיתי להרב הנז' ס"ן שנשאל בספק שבא לפניו בשם אבי המגרש שנקרא בשם גרשון בנין וכך כתוב בכתובה יעקב ן' גרשון בנון אבל אביו לא היה יודע לכתוב לראות בחתימתו היאך היה חותם וגם לא נודע עקר שמו בשעת לידה על איזה סמך קראוהו בשם זה אם הוא גרשון במים כמו בן משה רבינו או גרשון בנון על שם גרשון של משפחת הלוי ע"ך לשון השאלה של הרב הנז' הרי דהרב הנז' לא נסתפק אלא במקום שאינו יודע לכתוב אבל במקום שיודע לכתוב אפילו הוה שטר כתובה קמן עכ"ז בתר חתימתו אזלינן: גם בכלל דבריו שם ראיתי לו שכתב וז"ל ומוהר"ר הגדול מהרי"ך בעל ספר ב"ך ז"ל כתב בספרו שם בסדר הגט וז"ל מסר יעקב בן גרשון ביד שלוחי שני גטין כריתות להוליכן לאשתו הראשון בשם גרשון בנון ומלא וא"ו והשני גרשום במי"ם לבסוף והטעם מפני הספק דבפומייהו דאינשי קרו ליה גרשון הנז' בנון וגם הש"ץ העידו שכך קורין לו לס"ת ואולם אינו יודע לכתוב כדי לדעת איך חותם וגם בני העיר אומרים שאין שם גרשון בעיר הזאת ועכ"ז לא מלאני לבי לפוטרה בגט אחד עכל"ה הרי לפניך מלשונו זה שכתב ואולם לא היה יודע לחתום כדי לדעת איך חותם וכו' מלשון זה נראה דאם היינו יודעים חתימתו היינו הולכים אחריה אפילו במקום שהיו בני עירו יודעים ששמו גרשון ולא שמעו שם גרשום בעירם וגם אפילו היה הש"ץ קורא אותו עכ"ז היה הרב הולך אחר החתימה אפילו היא נגד מה שעמא דבר ליה וגם נגד ש"ץ עכ"ז חתימתו עדיפא וא"כ קו"ח בנדו"ד שהולכים אחר החתימה שהרי מה שקורים אותו שלוחי צבור לס"ת הוא סמך גדול לכתוב בגט אותו שם והרי הוא הלכה פסוקה בידינו וכמ"ש מר"ן ומור"ם בס' קכ"ט סי"ח סכ"ב יע"ש ועכ"ז נראה מדברי הרב הנז' דאם חתימת ידו מנגדת להש"ץ אזלינן בתר חתימת ידו מכ"ש בנדו"ז שכל בני עירו קורים אותו ימין ואין מנגד לו אלא הכתובה שבה כתוב בה בנימין וכבר כתבנו משם הרבנים הנז' דאין ללמוד מספר כתובה פשוט וברור הוא דאפילו המצא ימצא שום פוסק דלמדין מספר כתובה עכ"ז היכא שיהיה חתימתו נגד הכתובה ודאי בתר החתימה אזלינן מכח דברינו הנז"ל ומכח הקו"ח הנז':

שוב ראיתי בספר כרם חמר להרה"ג מו"ד נר"ו בספר עט סופר של הגאון מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שכתב משם הרב גור טל אשה שהיתה שמה שרה וכולי עלמא קורין אותה סרור והסופר כתב בכתובה שרה ולא סרור על זה כתב הרב דשטר כתובה אינו כגט שיפסל מפני שנוי השם וזה ברור ונראה לעינים עכ"ל הרי גם מכאן תוכחת מגולה דספר כתובה לא מעלה ולא מוריד כי הואל ואפילו נכתב שלא בדקדוק אינו נפסל על זה ודאי דאין למדין ממנו אולי שלא בדקדוק נכתב נוסף על זה בנדו"ד נופך שפי"ר שהסופר שכתב זה הכתובה הלא הוא מעיד בגודלו שאין ברור לו אם שמו ימין או בנימין אלא שמעצמו כתב זה השם א"ך אזדא לה אסמכתה של האי כתובה:

ומה גם דידוע ומקובל בידינו שאין קורין שם בנימין אלא למי שילדה אותו אמו ומתה וכמו דאירע לבנימין ן' יעקב שאחר לידתו מתה רחל וקראוהו בנימין על שם בן אוני ועל זה בני אדם יש להם ניחוש לקרות שם זה וא"ך ימין זה שאמו ואביו גדלוהו פשוט דימין קראוהו והגם דכתבנו לעיל דהרב מוהרי"ך זלה"ה כתב בס' ב"ך בזה"ל וגם בני עירו אומרים שאין שם גרשון בעיר הזאת ועכ"ז לא מלאו לבו להתיר בגט אחד כמש"ל עכ"ז לא כתב הרב הנז' כך אלא משום שלא שמעו שם גרשון בעירם בלא טעם כלל אבל בכגון נדו"ד שאין קורין שם בנימין אלא למי שמתה אמו אבל מי שלא מתה אמו אין קורין אותו בשם בנימין הסברא נותנת לילך אחר קבלה זו לומר דודאי ימי שמו:

עוד נוסף על זה אפילו אי לא הוה חתימת ידו והיה כאן מקום להסתפק אם ימין שמו או בנימין אפילו. הכי יש לנו להוכיח בנדו"ז דימין שמו דדמיא האי מילתא למ"ש מר"ן סקכ"ט ז"ל אם לא נודע אם שמו אליה או אליהו יכתוב אליהו וכתב הרב"ש שם סקמ"א הטעם כי מסתמא אדם מסיק שם בנו על שם אליהו הנביא והוא נכתב בוא"ו יע"ש ומצינו ג"ך זה האיש הוא נקרא על שם זקינו ובדקנו בשטרות של כתיבות של זרעו של זקינו ובשאר שטרות ומצאנו שם זקינו כתוב בשם ימין וגם העידו לפנינו ת"ח שזקינו ימין היה שמו ידוע בעיר וא"ך פשוט דגם זה שאנו דנים עליו ודאי על שם זקינו נקרא וימין שמו. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רמד

לעי"ת אזמוד יע"ה על מה ששאלת בשטר מתנה שיצא לפני רו"ם ולא נמצא כתוב בו כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא מה דינו נלע"ד דאין לגרוע מתנה זו מכח זה דהא מצינו למר"ן סרמ"ב ס"ה כתב דהאידנא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב בכל שטרי

מתנתא הכי הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתי שיכתוב כמנהג הסופרים הלכך הוי כאומר כתבוהו בשוקה וחתמוהו בפרהסיא ע"ך ואין לומר דדעת מר"ן הוא דהואל והוא דבר דנהגו לכותבו אפילו לא אמרו הנותן רשאים הסופרים לכותבו אבל היכא דיצא השטר לפנינו ואין כתוב בו כך נימא דלא מהני. זה אינו דהא אם דין זה הוא דאתא לאשמועינן הרי כבר כתב מר"ן בס' ס"א דדבר דנהגו בני המדינה לכותבו כגון כתבוהו בשוקה וכדומה כל מי שמקנה בסידר ודאי דעתו הוא לכותבו ורשאים הסופרים לכותבו וא"ך מה אתא עוד לאשמועינן:

ועוד אפילו נימא דכוונת מר"ן כך היא עכ"ז ברור לי דאפילו לא כתבוהו כאלו כתבוהו דמי שהרי כתב מר"ן בס' מ"ב סט"ו דלשון שרגילים לכתוב בשטרות אע"פ שאינו מתקון חכמים אלא לשון שנהגו ההדיוטות לכתוב במקום ההוא ואפילו לא נכתב נין אחריו כאלו נכתב ע"ך וא"ך בנדו"ד הואל ומנהגנו הוא לכתוב כתבוהו בשוקא הוי כאלו נכתב ודנין אחריו דקל וחומר הוא מדבר שלא נהגו לכותבו אלא מלשון ההדיוטות דדבר כזה שהוא תקון גמור ודאי אפילו לא נכתב בו כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא דיינין ליה כאלו נכתב דמי:

גם יש לדון דין זה מסברא דהואל וכתב מר"ן בס' ס"א דדבר זה נהגו לכותבו כגון נאמנות וכתבוהו בשוקא וכו' אפילו לא התנו עכ"ז יכולין לכותבו א"ך ה"ה אפילו לא כתבוהו דהואל והיה בידם רשות לכותבו א"ך עד כען יכולים הסופרים לקרוע השטר הראשון שלא היה כתוב בו ויכתבו אחר במקומו והגם שאין רשאים הסופרים לכתוב שטר אחר שטר הואל וכבר גמרו שליחותם כמ"ש בס' מ"א ס"א והסמ"ע שם מ"מ היכא דחסירו מן השטר איזה דבר יכולים לקורעו ולכתוב שטר אחר במקומו שעדיין לא גמרו שליחותם מיקרו הואל ולא יצא הדבר מתיקן וכמ"ש בס' מ"ט ס"ו וכתב שם מור"ם דבכל שאר טעות חוזרים וכותבים אחר א"ך גם כאן יצא לנו הדין ממה נפשך דאם חשבינן ליה כאלו נכתב א"ך הוי שטר כשר ודיינין עליה ואי לא חשבינן ליה כאלו נכתב ולא דיינין עליה א"ך ברור הדבר דשט"ז דלא כתיבא ביה כאלו כתיבא:

גם מדברי הסמ"ע בס' זה נראה פשוט דכוונתו לומר דהאידנא דנהגו לא חיישינן לסתמא הכוונה היא על השטר קאי אפילו אין כתיב לפנינו ולא אזהרה לסופרים לכותבו דהא כתב מר"ן בס' רמ"ב ס"ג וז"ל לפיכך כל שטר שאין כתוב בו כתבוהו בשוקא חיישינן למתנה מסותרת וכתב הסמ"ע סק"ו וז"ל לפיכך וכו' בסמוך ס"ה יתבאר דהאי דינא אין לדקדק בו בדיעבד ע"ך הרי כוונת הסמ"ע לומר דמר"ן ס"ה אדין שטר שאין כתוב בו כתבוהו בשוקא האידנא קאי וזה ברור:

גם ראיתי להרב מוהריב"ו זלה"ה בלקוטיו אות מים שכתב ז"ל מתנה שלא היה כתוב בה גלויה ומפורסמת ואח"ך באו עדים החותמים ואמרו שהיתה מפורסמת נאמנים מהר"ם אלשי"ך ס' ס"ד עכ"ל הרי עיניך הרואות דבמקום דמוכרח לכותבה דהיינו מן הדין ולא אחר האידנא שנהגו לכותבו דכתב מר"ן ס"ה דמהר"ם אלשי"ך מצד הדין דבר ועכ"ז אית ליה דאם אינו כתוב יכולים להעיד עליו וממנו יוצא לנדו"ד דנהגו לכותבו א"ך אפילו אם אינו כתוב אנן סהדי דהוי כאלו כתוב והשטר אינו מעלה ואינו מוריד ואין לומר דהואל ולא נכתב שמא כך התנו בפרוש דלא ליכתוב כתבוהו בשוקא וכו' זה אינו דבסתמא ודאי לא אמרינן התנה והראייה לזה מדין אחריות במכר דקי"ל דאפילו מכר לו בסתם ויצא השטר לפנינו סתום אמרינן אחריות טעות סופר הוא:

גם ראיתי להרב הנז' שכתב בלקוטיו אות מי"ם וז"ל מי שנתן מתנה לחבירו ולא כתב לו מתהומא דארעא עד רום רקיעא וכו' והעלה הרב יעב"ץ זלה"ה דכיון שנתבאר בס' מ"ב דלשון שנהגו לכתוב בשטרות אע"פ שאינו מתקון חז"ל וכו' אע"פ שלא נכתב דנים אותו כאלו נכתב ודבר ידוע שבכל השטרות נהגו הסופרים לכתוב מתהומא דארעא א"ך אפילו לא נכתב דנים אותו כאלו נכתב וששתי כעל כל הון דדון מינה ואוקי באתרין ג"ך דנהגו לכתוב כתבוהו בשוקא ודאי דדנין בו כאלו נכתב:

ואחרי כותבי ראיתי להרב"י בס' הנז' שפירש בדברי רבינו הרא"ש מריה דהאי דינא שני פרושים שכתבנו לעיל ודעתו נוטה לפרש בדברי רבינו הרא"ש כפירוש השני שפירש דהיינו אם לא צוה הנותן שיכתבו אפילו הכי יכולים לכותבו אבל אם יצא השטר סתום לפנינו בזה לא דבר הרא"ש ודעת מר"ן בב"י הוא כהאי פירוש השני דהא נסתייע מדברי התוספ' וגם כתב דדעת רבינו הטו"ר הוא כפירוש הראשון שפירש בדברי הרא"ש מדכתב רבינו הטור בדבריו האידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה בשוקא וכו' אין לפרש כפירוש השני אלא כפירוש הראשון ע"ש עכ"ל הצריך א"ך יצא לנו לדברי מר"ן כאן בסעיף ה' דלא כתב כדברי הטו"ר אלא כתב דהאידנא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב בכל שטרי וכו' והן הן דברי הרא"ש ממש שהביא הרב"י דלא כתב כדברי הטו"ר א"ך בודאי הואל ולא נקט כדברי הטור ש"מ דדעתו הוא כפירוש השני דפירש דדברי הרא"ש הם אפילו לא צוה לכתוב כתבוהו כאלו צוה ויכולים לכותבו וא"ך מכאן איכא למימר דיצא לנו הדין בהפך דאיכא למימר דדוקא לא בעי לצוות לכתוב אבל בעינן שיצא כתוב לפנינו בפירוש כתבוהו בשוקא וכו' אבל אם לא נכתב איכא למימר שמא משנה מסותרת היא אלא דחלילה לנו לפרש פירוש זה והאמת. הוא דאי לא מצרכינן ליה למימר לן כתבוהו בשוקא א"ך הוא הדין אפילו לא יצא כתוב לפנינו דהא אדעתא

דהכי נתן כדי שיכתבו הואל ומנהג ידוע ובודאי מה שלא כתבוהו הסופרים הוא ט"ס והנפקותא בין שני הפירושים שכתב הרב"י ז"ל בפירוש הרא"ש הוא בין פירוש הראשון לפירוש השני דלפירוש הראשון איכא למימר לא בעינן שיהיה כתוב בשטר ותלינן בט"ס. אבל עכ"פ צריך שיאמר אותו הנותן בפירוש אבל בפירוש השני אפילו לא אמרו הנותן כאלו אמרו ומכ"ש הכתיבה אינה מעלה ואינה מורדת דלא יתכן לומר דלפירוש השני הזה דאפילו לא בעי אמירת הנותן לימא עכ"פ בעינן שיהיה כתוב בשטר הלא"ה נימא דמתנתא טמירתא היא ובצוואת הנותן לא כתבוהו דזה לא יתכן דהרי מר"ן כבר פסק בס' מ"ב דלשון שרגילים לכתוב בשטרות אפילו הוא מלשין הדיוטות דיינין ליה אפילו לא נכתב כאלו נכתב ואין לומר דהתם נמי מירי בדאמרו המתחייב בשעת הקנין אבל בסתמא לא דיינין ליה מטעם שמא המתחייב התנה שלא לכותבו דזה אינו דהא מפסק מר"ן בס' ס"א דכתב דדבר דנהגו בני המדינה וכו' וגם מסעיף ה' דס' רמ"ב דפסק בהם מר"ן דאפילו נתחייב בסתמא יכולים לכותבו א"ך אפילו בשטר שיצא לפנינו בדלא כתיבה ביה לא נגרע כחו הואל ויכולים לקורעו ולכתוב אחר במקומו והדר דינו דאם לא נכתב כנכתב דמי וכבר הוכחתי לך כל זה לעיל וגם מדברי הסמ"ע סק"ו ומדברי מהר"ם אלשי"ך ומדברי הרב מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה שהובאו דבריהם בלקוטי מוהריב"ו כמש"ל:
אחר כל אלה אנה ה' לידי ספר משח"א דרבות"א וראיתי שם בס' רמ"ב שהביא דברי הרא"ש ודברי הרב"י ובסוף דבריו כתב דדברי מר"ן בש"ע ס"ה הם כפירוש השני שהביא בדברי הרא"ש והוכיח במישור דלפירוש השני בודאי אפילו לא יאמר ולא נכתב וששתי ועלצתי שהנחני ה' דרך אמת אלא שבכלל דבריו הביא דברי הרב כנה"ג והוכיח מדברי הטור דאפילו לסברת פירוש הראשון סבר דאפילו לא אמרו ג"ך הנותן ולא נכתב בשטר הוי כאלו נכתב ואמרו מכח הנהו ראיות שהוכיח מהם אלא דע"ז יש קצת דוחק לומר דלא נפקא מינה לדינא בין הני תרי לישנא הוא ז"ל סוף דבריו כתב משם הרב המאסף אות ט"ו שהביא מחלוקת בזה בין האחרונים אי איכא נפקותא בין הני תרי לישני או לא גם כתב שהרב ד"ן הביא מחלוקת אי תפסינן כלישנא קמא או כלישנא בתרא:
איך שיהיה אנן בדידן אפילו אי אמרינן יש מחלוקת בין הני תרי לישני הרי בררנו דלישנא בתרא אפילו לא אמרו ולא כתבוהו כאלו כתבו וכמו שהסכים הרב משחד"ר זלה"ה לזה וכבר אמרנו דדברי מר"ן בס"ה הם כלישנא בתרא וגם הרב מסכים לזה וגם דברי הסמ"ע יבואו על נכון שכתב בסק"ו לפיכך כל שטר בסמוך ס"ה יתבאר דין האידנא וכו' יע"ש יבואו ודאי על נכון דהגם דדברי מר"ן הם על הנותן קאי דאין צריך לומר כתבוהו עכ"פ ממנו יצא לנו הדין בשטר שלא נמצא כתוב דהואל ואם לא אמרו חשבינן

ליה כאלו אמרו א"ך אפילו לא נכתב הוי כנכתב דהסופרים בודאי טעו ולא כתבוהו משום דלא בקאים בדינא ולא ידעו דאפילו לא אמרו כאלו אמרו. זהו משנלע"ד בזה להלכה ולמעשה ולכת"ר החיים והשלום מאהובך הדוב"ש החותם בט"ו לאליל תרמ"ג וצוי"ם וימ"ן:

אהובך רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רמה

תשובה לעיר אספי יע"ה שאלה להיות שכהר"א ן' שבת יש לו חצר בעיר אספי וסמוך לה מקים של הממשלה יר"ה שהיה מעקרא טאחונא (בית רחים) שיש לה פתח לר"ה כשבנה הר"א הנז' החצר הנז' הוסיף לטחונא הנז' פתח אחר קטן לחצירו הנז' והיה משתמש בטאחונא הנז' ואח"ך נסע לארץ ישראל וכשרצה לילך השכיר החצר הנז' לערל אחד והיה הערל משתמש בחצר ובטאחונא ה' ואח"ך מכר חצי החצר וחצי זכות חזקת האלטאתונא לכה"ר אברהם סבעוני נר"ו כמה שיגיע שטר מכר ליד כת"ר י"ץ והערל שדר בהחצר כשראה שכהר"א סבעוני קנה החצר וחצי החזקה ונתברר לו שכהר"א ן' שבת מעולם לא שכר האלטאחונא מאת הפקיד של האלמכזן ומעולם לא שלם שום שכירות הלך הערל ושכר האלטאחונא מאה הפקיד ועברה מחלוקת גדולה בין הערל ובין כהרא"ס ה' ולא רצה הערל לא לעקור דירתו מן החצר ולא רצה ג"ך לשלם שכירות החצר ה' באומרו עד שיבוא לכאן כהראב"ש או עד שישלח הרשאה מיוחדת כהראב"ש על החלק שלו לכמוהר"א הסבעוני נר"ו וכך דנו אותם הקונסוליס שצריך כמהר"א סבעוני תהיה בידו הרשאה על חלק כהר"א ן' שבת וכתב לו כמהרא"ם לכהראב"ש על זה לשלוח לו הרשאה על חלקו ולא רצה כי אמר שהערל אהובו אינו רוצה לשלוח הרשאה כנגדו להיות מתנגד לו אך כתב לו באגרת הרי יש לך שטר מכר חצי החצר וחצי זכות האלטאחונא ותוכל לעשות עמו משפט על הכל וכן היה הלך כהרא"ס לטאנזא וזברטאל והוצרך לעשות אבוגאדו (טוען) ספאניול ואינגליז והוציא על זה תשע מאות וחמשה עשר דורוס וסך ששה וארבעים יברא (לי"ש) ינגליז ונצח ש"ל בדין והוציא מהערל בולעו מפיו קרקע ושכירות שעברה והיום תובע כהרא"ם לכהר"א ן' שבת בהוצאות שהוציא ושאל ממעלתך אם צריך הר"א ן' שבת לשלם הכל הואל ומעקרא לא רצה לשלוח לו הרשאה שאלמלי שלח לו מקודם לא היתה שום מחלוקת עם הערל וביד כהרא"ם אגרות מיד כהראב"ש שילך לטאנזא ויעשה אבוגאדו והלך ברשותו אז יודיעני כת"ר אם אינו צריך לשלם כהראב"ש כ"א חצי ההוצאה יען כי כהראב"ש טוען שכמהרא"ס הלך

לטאנזא על חלקו ובאגב דבר על הכל או לא ישלם כלל שום דבר ועל מבוכה זו הלכו אצל הקונסול ודן אותם הקונסול שהחצר תשאר סגורה והמפתח בידו עד שיודיענו מי"ץ מהו דין תורה כי שניהם קבלו לעשות דין תוש"ת גם טוען כמהרא"ם שכהר"א ן' שבת מכר לו חצי זכות החזקה בכלל המכר ובחושבו שהוא היה שוכר האלטאחונא מאת האלמכזן כמנהג העולם בקרקעות האלמכזן ועכשיו נתברר למפריע שאין לו בה שום חזקה על הכל יומ"ץ הי"ז חמשה ימים לסיון התרס"ט ע"ה יעקב מרסייאנו נר"ו:

ראיתי מה שנסתפק הרב השואל נר"ו תחלה וראש האם יהיה מחויב כהר"א ן' שבת נר"ו לשלם כל ההוצאות שהוציא כמהר"א הסבעוני נר"ו שעל ידם היתה הצלת החצר והאלטאחונא וטעמא טעים לספק זה כי לא הוצרך לכל זה אלא משום שלא היתה בידו הרשאה מיד כהראב"ש נר"ו והואל והעכבה היתה מיד כהראב"ש שלא רצה לשלחה אליו דין גרמא שבא הערל בעקיפין עד שהוצרך כמהרא"ם נר"ו להוציא כמה הוצאות ומטעם זה נסתפק הרב השואל אם יהיה כהראב"ש חייב הכל מכיסו:

באמת אתמיהא על האי ספיקא דמי הביאהו עד הלום לכהה"ר אב"ש להיות חייב לעשות לכמוהרא"ם נר"ו מורשה על ממונו כדי שנאמר עליו הואל ולא הרשהו יהיה חייב:

הן אמת דמן הראוי היה לכהראב"ש להרשות לכמוהרא"ם כדי להציל ממונו וכמו דאיתא בגמרא כתובות פרק מי שהיה נשוי ב' דשם אמר הנהו תרי שטרי דאתו לקמיה דרב יוסף חד הוה כתיב ביה בחמשה בניסן וחד בניסן סתמא אוקמיה רב יוסף להההוא גברא דהוה כתיב בחמשה בניסן בנכסי אמר ליה אידך ואנא אפסיד אמר ליה את ידך על התחתונה אמור בר עשרין את א"ל ונכתוב לי מור טרפא מאייר ואיל מצי אמר לך את בר חד בניסן והנחתי לך מקום לגבות מאי תקנתיה ליכתבו הרשאה זל"ז עכ"ל הש"ס ופסקו מר"ן בש"ע חומ"ש סמ"ג סר"ג יע"ש א"ך מן הראוי לכאורה נראה דיש לדון מוה קו"ח דהשתא ומה דאפילו התם דלא היה שום פסידא לבר חמשה בניסן שהרי כבר אוקמיה רב יוסף בנכסי עכ"ז עשו לו תקנה לכתוב הרשאה למי ששטרו כתוב בניסן סתמא כדי שלא יפסיד ויטרוף מיד ישראל חבירו מכ"ש בנדו"ד שבא להציל מיד ערל ונוסף על זה שגם כהראב"ש יש לו תועלת להיות הצלה גם לחלקו מיד הערל א"ך נראה פשוט דמן הראוי היה צריך לכתוב לו הרשאה להציל ממונו:

אלא דעכ"ז אין לחייבו מטעם זה דהא מצינו להריא"ז שם בפרק מי שהיה נשוי שכתב דהגם שאמרו יכתבו הרשאה עכ"ז אין יכול לכוף את חבירו שיכתוב לו הרשאה אם

לא ירצה יעו"ע א"ך מה מקום יש להסתפק לומר הואל ולא רצה לשלוח לו הרשאה שנחייבהו לשלם ההוצאות שהוציא:

והגם שלפי האמת מן הראוי לומר הואל ובנדו"ד נראה לכאורה דעל ידי שלוח ההרשאה היה תועלת לכמוהרא"ס ולא היה שום פסידא לכהראב"ש וא"ך מן הראוי לכפות אותו כמו דקי"ל דבמקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום וקי"ל הלכתא הכי וכמו שפסק הרמב"ם ופסקו בש"ע חומ"ש סקפ"ד ס"א יע"ש ועיין במור"ם שס"ג ס"ו ועין בס' פת"ש חומ"ש סק"ע דאין כאן מקום להאריך ויע"ש ומשם יתברר לך דבמקום שזה נהנה וזה אינו חסר כופין אותו על מדת סדום עכ"ז חלילה מלהסתפק אם יש לחייבו מכח זה חדא דמי יימר כאן שכהאראב"ש אינו חסר הרי טעמו בצדו שהטרל הוא אהובו ואין רצונו לעשות לו שום נגוד ובודאי יש לו הנאה ממנו וזה טעם הנגלה שבא כתוב לפנינו ומי יימר דיש לו טעמים נסתרות שלא רצה לגלותם דבענין כזה לא קרינן כאן זה נהנה וזה אינו חסר:

ובפרט אפילו במקום שחייב משום זה נהנה וזה אינו חסר עכ"ז לצד שלא רצה אפילו הגיע הזיק למי שכנגדו ודאי דאין לחייבו דהא אפילו נרמא בנזקין כגון הדוחף מטבע של חבירו או פחת צורתה וזורק כלי מראש הגג וכו' וכו' השנוים בס' שפ"ו ס"ג יעו"ע דאפילו עשה מעשה בידים שפחת הצורה וכו' הואל ואינו אלא גרמא בעלמא פטור מכ"ש במקום שהיה מחויב לעשות טובה דוקא משום זה נהנה וז"א חסר הרי זה מדת סדום ואין שם מזיק עליו אלא מניעת טובה ודאי פטור ואין זה צריך לפנים:

אך במה שנפל מחלוקת ביניהם אם יהיו ההוצאות על שניהם או על כמהרא"ש לבדו זו טענה הנשמעת ולברר דין זה הנה מצינו להד"מ בחומ"ש סימן רס"ב ס"ה שם הביא תשובת מהר"ם פדוואה זלה"ה שכתב על ראובן ושמעון שנחבשו על נפשם ועמד שמעון והוציא הוצאות על זה ובתוך כך יצא ראובן מן המאסר ופסק שם דאפילו התנה עמו תחלה לשלם לו דומה כמאן דירד להציל ולא הציל דאין לו אלא שכרו וכאן אפילו שכרו אין לו דהא לא נהנה ראובן במה שהוציא ע"ך לשון הרב מהר"ם פדוואה זלה"ה והד"מ שם כתב וצ"ע בתשובת מוהר"ם שבפרק הגוזל בתרא לא משמע כן כדברי מהר"ם פדוואה דשם בתשובת מהר"ם שבמרדכי בשותפין שהיה להם משכון ותפסו השר וכו' והוציא אחד הוצאות והציל וכו' דמשמע הפך תשובת מהר"ם פדוואה זלה"ה ואפשר לחלק בין יצא ראובן מאליו בין לא יצא רק שהיה יכול לעלות ולצאת דבתשובת מוהר"ם במרדכ"י לא יצא לגמרי רק שהיה אפשר לו לצאת ולכן פסק שם דאית ליה שכרו עכ"ל הד"מ הרי מדברי הד"מ אלו נפקא מינה לדינא דאם נתפשו שניהם ואחד הוציא הוצאות

וחבירו יצא בתוך כך ולא היתה הנאת יציאתו מכח הוצאות חבירו הרי זה פטור והיא היא תשובת מהר"ם פדוואה ואם נהנה מהוצאות חבירו כגון שעל ידי חבירו יצא גם הוא הגם שהיה יכול לעלות ולצאת בלי הוצאות חבירו עכ"ז יש לו שכר והיא היא תשובת מוהר"ם שבמרדכ"י הנז' וע"פ ישובו לתשובות אלו פסק במפ"ה בס' רס"ד ס"ד ז"ל וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות אם השני יצא מן המאסר בלי השתדלות חבירו אין חייב ליתן לחבירו כלום הואל ולא התנה ואם לא יצא רק על ידי השתדלות האחר לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפא אפע"פ שהאמת אתו מ"מ חייב ליתן כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד כן נ"ל ע"ך:

וא"כ אתאן לנדו"ד שעל ידי ההוצאות שעשה כמוהרא"ס נר"ו היתה הצלת כל החצר עם האלטאחונא אזי נחזי אנן אם באמת היתה יכולת ביד כהראב"ש נר"ו להציל את שלו משום שאפשר יש לו יד תקיפא א"ך זהו מה שפסק מור"ם הנז' דחייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד ופירושו הוא כמ"ש הרב נתיבו"ת המשפ"ט שכתב ז"ל כפי מה שנהנה דהיינו שמין כמה אדם רוצה ליתן שלא יהיה צריך להשתמש באלמות עכ"ל יעו"ע:

ואם כהראב"ש לא היתה ידו תקיפא ולא יוכל להציל בלי השתדלות שעשה כמוהרא"ס אזי הדר דינא שכל מה שהוציא כמוהרא"ס נר"ו צריך לשלם מחצה וכמו שמדוקדק מתשובת מוהר"ם דפסק מור"ם בזה"ל ואם לא יצא רק על ידי השתדלות האחר לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפא אפע"פ שהאמת אתו וכו' משמע דוקא בדידו תקיפא הוא דפסק דאינו משלם רק מה שנהנה הא אם באמת לא היתה ידו תקיפה חייב לשלם חלקו בכל ההוצאות וכן כתב בפשיטות ג"ך הרב נתיבו"ת המשפ"ט סק"ט ז"ל ואם לא יצא רק על ידי השתדלות ואז חייב ליתן כל ההוצאות כיון שלא היה יכול לצאת בלתי הוצאות אלו עכ"ל וא"ך גם כאן הכי הוא נחזי אנן אם לא היתה ידו הקיפא צריך לשלם חלקו בהוצאות:

אלא דיש לחקור במעשה זה לפי מה שסיים שם מור"ם בהג"ה וכתב ז"ל ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשביל חבירו דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל ההוצאות אלו אינו חייב ליתן לו כלום דזה נהנה וזה אינו חסר לכן יש מי שפסק מי שהציל ספריו וספרי חבירו אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום ונ"ל דוקא שורד תחלה להציל שלו אלא שהציל ג"ך של חבירו עמו אבל אם ירד על דעת שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו וכמו שנתבאר כן נ"ל ע"ך וא"ך אתאן לנדו"ד אפי' אם נברר דלא היתה יד כההראב"ש. נר"ו

תקיפא להציל בלי השתדלות כמוהרא"ס עכ"ז צריך לברר דלא היה צריך להוציא כל ההוצאות אלו על חלקו לבד ולא הוצרך להוצאה מרובה כזאת אלא בשביל הכל ואזי יהיה חיובא רמייא על כהראב"ש לשלם חצי ההוצאה אבל אם נראה לבדי"ן דהוצאות אלו היה צריך להוציאם אפילו בשביל חלקו לבד אזי כהראב"ש נר"ו הוא פטיר ועטיר: זולת אם יתברר הדבר שכמהרא"ס נר"ו ירד מתחילה אדעתא להציל חלקו וחלק חבירו אזי הדר דינא למ"ש מור"ם דאם ירד על דעת שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה ע"ך ודע לך דדין זה הן במה שפטר מור"ם במקום דלא היה צריך להרבות בשביל חבירו הן במה שחייב אם ירד על דעת שניהם וכו' בתרוויהו איירי בדלא היה חבירו יכול להציל בלי השתדלותו של חבירו ועכ"ז דאם אפילו בשביל עצמו היה צריך להוציא הוצאה מרובה זאת חבירו פטור וג"ך דוקא באם לא היה חבירו יכול להציל בלי השתדלות זה הוא דחייב אם ירד על דעת שניהם וכמו שמובן כל זה מסגנון דברי מור"ם הנז' ובפרט דכן בא הדבר מפורש בנתיבו"ת המשפ"ט קחנו משם כי אין להאריך ולא צורך: ומעתה משפט נבחרה לנו אם האמת היא כמ"ש כתוב בשאלה בזה"ל שהראב"ש נר"ו כתב לו לכמוהרא"ס. נר"ו ליצץ לטאנזא ולעשות אבוגאדו כמו שכתוב באגרות שביד כהרא"ס נר"ו וברשותו הלך עכל"ה אם באמת הכי הוא שמבורר מן האגרות שברשותו הלך לעשות אבוגאדו על עסק שניהם ע"ך אין אנו צריכים לכל מה שכתבנו אלא הדר דינו לפסק מוהרי"ק שפסק מור"ם בס' קפ"ב ס"ג ז"ל מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוא הוציא עליו הוצאות אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה אין צריך להחזיר לו דלא אסיק אדעתיה שיוציא כ"ך אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות חייב לשלם לו ואם יש טענה ביניהם ע"ל סי' ס"א ס"ג וסי' צ"ג ס"ד ע"ך וא"ך גם כאן אם נתברר מן האגרות שברשותו הלך לדון על דעת שניהם הדין הוא שיתחייב כהראב"ש מחצה בהוצאות:
והגם דלא היתה שליחותו אלא מפי כתבו ולא היה קנין ולא עדים על שליחות זה עכ"ז נעשה שלוחו לכל דבר וכמ"ש הש"ע שם בסי' קפ"ב ס"א יע"ש וממילא חייב לשלם מחצה בהוצאות:
אלא דצריך לברר דההוצאות לא היו יותר מהרגילות וכמ"ש מור"ם ואזי יתחייב מחצה ע"פ שבועתו של כמהרא"ס נר"ו כמבואר בסי' ס"א ובסי' צ"ג ס"ד יע"ש:
אלא הואל וכמוהרא"ס גבר חכם בעו"ז הרי דינו ערוך בש"ע בסי' פ"ז סט"ו דת"ח נשבע בתפילין והגם דהש"ע הטיל תנאי בזה וכתב בזה"ל וי"מ דה"מ בפעם ראשונה אבל מכאן ואילך הרי הוא כשאר כל אדם ובספר תורה ע"ך כבר הורה זקן הגאון מוהריב"ע זלה"ה הובאו דבריו בס' משפ"ט וצב"י ס"ד שנשאל על מי להביא ראיה שזו שבועה ראשונה

כדי שיפטר מס"ת ועוד מה היא נקראת שבועה ראשונה אם דוקא אם לא נשבע בנדוי או אפילו נשבע בנדוי או בחרם או בשבועת התורה סתם כמו שנשבעים הרבה בני אדם ואומרים אוחק אתורה וכדומה לא תקרא שבועתו ראשונה עכ"ל השואל ועל זה השיב הגאון מוהריב"ע זלה"ה ז"ל ועל ענין השבועה עליכם להביא ראיה שכבר נשבע פעם אחרת בחפץ דהמע"ה וכו' עכל"ה א"ך מכאן באורה דעל כמוהר"א בן שבת לברר שכבר נשבע כמוהרא"ס איזה פעם בס"ת ואם לא ברר אין להשביעו כי אם בתפלין:

והגם דשבועה זאת הוא בא ליטול אין שום חלוק כמו"ש בידינו ואין כאן מקום להאריך הרי לפניך ערוך הדין אם נתברר מן האגרות שברשותו הלך כמוהר"א סבעוני נר"ו לטאנזא וזברטאל לדון דחייב לשלם מחצה: ואם לא נתברר הדבר הדר דינא לפסק מור"ם שפסק בהג"ה כמש"ל בכל חלקיה דהיינו נחזי אנן אם כמוהרא"ס מעקרא לא ירד לעשות המשפט כי אם על חלקו ובתוך כך נצול גם חלק כהראב"ש אזי אין על כהה"ר אברהם ן' שבת שום חיוב כלל לא הוצאות ולא אפילו שכר טו' ועמלו כלל:

ואם לא היתה הצלת חלק כהראב"ש גם אלא על ידי השדתלותו של כמוהרא"ס הלאו הכי לא היה נצול חלקו של כהראב"ש אזי נחזי אנן אם יכול לברר כהראב"ש הנז' שידו תקיפא והיה יכול להוציא מהערל חלקו בלי השתדלות כמהרא"ס אזי מחויב כהראב"ש לשלם לכמוהרא"ס מה שההנהו דהייני שמין כמה אדם רוצה ליתן שלא יהיה צריך להשתמש באלמות וזה יכול להיות על ידי שומת התגרים הידועים לזה:

ואם לא היתה ידו של כהראב"ש נר"ו תקיפא להוציא מיד הערל חלקו בלי השתדלות של כמוהרא"ס נר"ו הזו מחוייב כהראב"ש הנז' לשלם מחצה בהוצאות:

ואם נראה לבדי"ץ שכל מה שהוציא כמוהרא"ס הנז' היה צריך להוציאו על הצלת חלקו לבדו ולא הרבה גם בשביל חלק כהראב"ש בזה נחזי אנן אם מעקרא כמוהרא"ס ה' לא ירד לדון כי אם על חלקו ובדרך אגב נצול גם חלק כהראב"ש הגם שלא היתה יד כהראב"ש תקיפא להציל ולא נצול כי אם דרך אגב שנידון כמוהרא"ס על חלקו ובדרך אגב ניצול גם חלק כהראב"ש נר"ו עכ"ז פטור כהראב"ש מכל וכל:

אך אם באמת מעקרא ירד כמוהרא"ס לדון על הכל אזי אפי' יתברר באמת שאפילו אלו לא ירד לידון כי אם על חלקו היה צריך לכל הוצאה זאת עכ"ז חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו והנה דע וראה דפירוש מה שנהנה שכתב מור"ם בחלוקה זאת נלע"ד דפירושה הוא לא כמו פירוש כפי מה שנהנה וכו' דכתב מור"ם לעיל בהג"ה זו אלא דבכאן פירוש מה שנהנה דכתוב כאן היינו לשלם מחצה בהוצאות וכמו שנראה מדברי הרב נתיבו"ת המשפ"ט שכתב וז"ל ואם ירד על דעת שניהם חייב ליתן לו מה

שנהנה הטעם כיון דא"א להציל בלי הוצאות ממילא כל אחד יכול לכוף את חבירו ליתן כמו שיירא שעמד עליה גייס דהדין הוא הואל וכופין זא"ז משלמין בשוה הוא הדין כאן וכן מבורר מדבריו של הרב הנז' בסי' קע"ח יעו"ע וכן מטין דברי מהר"ם איסרלאס בתשובה הביא דבריו הרב החביב במהדורה בהגהות הטור סי"ו ז"ל במקום דא"א להציל זה בלא זה ודאי ההוצאה הוא לאמצע מהר"ם איסרלאס ז"ל ספ"ו עכ"ל והגם שאין תשובת מהר"ם איסרלאס זלה"ה לפנינו לדעת במאי דבר סתמו כפירושו דודאי במקום כנדו"ד דבר דאין לכהראב"ש יד תקיפא ואלולי לא עמד בדין כמוהרא"ס לא היה חלקו נצול ואדעתא דשניהם ירד בזה הוא שדבר והגם אפילו יהיה במונח שהיה יכול העומד על חלקו לבד יהיה צריך להוציא כל ההוצאות עכ"ז הואל ולחבירו לא היה שום הצלה זולת זה כמו שתלה הגאון מהר"ם איסרלאס הטעם והסבה משום טעם זה א"ך אפילו במקום שהיה צריך העומד לידון להוציא כל ההוצאות על חלקו לבד עכ"ז הואל והציל בעמידתו גם חלק חבירו חייב לשלם לו חלקו בהוצאות והן הם פירוש דברי מור"ם הכתובים באופן זה שישלם לו מה שההנהו וכו' ולא כתב כפי' מה שההנהו כמו שכתוב בריש ההג"ה לרמוז דמה שההנהו הכתוב כאן היינו מה שהיה צריך להוציא על חלקו להצילו:

וכן מוכרח לפרש כדברי אלו מסיום דבריו שסיים וכתב על זה ז"ל וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואל ולא צויתך אלא צריך לתת לו שכרו ע"ך ושכרו שצריך לשלם היינו שכרו הראוי לו כאלו הוא שכרו בידו לעבוד לו א"ך גם מה שכתב למעלה מזה מה שההנהו ודאי הכי הוא דהיינו מה שהיה ראוי לשלם על הצלת חלקו צריך הוא לשלם למציל זה שעשה עמו טובה שהשביחו והחזיר לו הקרקע שלו שנשבית ביד הערל ולא היתה לה הצלה כי אם על ידי דייני ודיינא שטרח ויגע כמורא"ס נר"ו ואלולי אופן זה לא היתה יד כהראב"ש תקיפא להציל על כן קם דינא לשלם מחצה באופן זה זהו משנלע"ד בזה:

ומעתה הבוא נבוא למ"ש כתוב בשאלה שטען כמוהרא"ס נר"ו שהוא קנה חזקת האלטאחונא לחושבו כי כהראב"ש נר"ו החזיק בה כראוי והן היום נגלה אליו שלא היתה שכורה בידו והרי זה מקח טעות:

דע וראה שזכיות החזקה היא תלויה במנהג המקומות דכן נמצא כתוב להרה"ג כמוהריב"ם זלה"ה שכתב ז"ל תקינו הרבנים הראשונים בשאלונקי שהם מוהר"י בן חביב וחביריו זלה"ה מין אחד בחזקה ונתפשטה בכל תפוצות ישראל והיא זו שישראל שסייע לגוי בבנין קרקעו או נכנס ונשתמש בה ראשון זכה הישראל מיד בחזקה וזהו הנקראת

חזקת ישוב ובזה יש מנהגים כיצד יזכה הישראל בחזקה זו דהיינו מנהג פאס יע"ה הוא שמיד שנכנס בה הראשון וישב בה זכה בחזקה ולא בעינן שיפרע לו שכירות הקרקע וכו' ומנהג טיטאוון נהגו ע"פ הרבנים הא' מוהרר"י הלוי ומוהר"ח ארובאם זלה"ה ואחריהם כל ישרי לב דבעי שני תנאים אחד שישתמש בו והשני שיפרע השכירות שלה לגוי בעדים עכל"ה יעו"ע וא"ך אתאן לעיר סאפי יע"ה אם היא אין מנהגה ידוע כמאן הם נגררים אם כמתא טיטוואן או כפאס יע"ה א"ך יכול כהר"א ן' שבת לומר דהמנהג הוא כפאס הן מצד דרוב ערי המערב אחריה נגררים הן מצד דהמוציא מחבירו עליו הראיה ודו"ק:

ואם ידוע באמת שמנהגם הוא כטיטוואן א"ך בודאי לא זכה כהראב"ש נר"ו מעקרא בחזקה זו וצריך לאשתעוי דינא בהדי כמהרא"ס הנז' ולברר טענותיהם כיצד היו הדברים ביניהם בשעת מכירה ואזי נרדפה לדעת מה יעשה ישראל אם יתבטל המקח או לאו וע"פ תשובת כהראב"ש על טענה זו יתברר הדין:

הן אמת דלכאורה נראה לומר דמעולם לא זכה בחזקתה כהראב"ש אפילו אלו היה משלם השכירות וטעמא הוא הנה ידוע דהטעם לזכות בחזקות הוא דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר וכמו שמבואר בעקר תקנות החזקה ובספרי הפוסקים א"ך אתאן לנכסי המלכות דלאו כהפקר נינהו דהא קי"ל דלהפקיע הלואת עכו"ם מותר כידוע פסק מור"ם בסי' שמ"ח ס"ב ז"ל וטעות כותי כגון להטעותו בחשבון או להפקיע הלואתו מותר ובלבד שלא יודע לו דליכא חלול ה' וי"א דאסור להטעותו אלא א"ך טעה מעצמו ע"ך והגם דסברא קמא ס"ל דמותר להפקיע ובהפקעה לא פליגי גם י"א בתרא ולכו"ע מותר להפקיע במקום דליכא חלול ה' עכ"ז הרי בסי' שס"ט מדברי הש"ע ומור"ם ס"ו שהדין מוסכם שאסור לגנוב מהמלך אפילו המלך כותי מטעם דקי"ל ד"ד דינא וא"ך מזה נראה דנכסי המלך לאו כהפקיר נינהו ואין שים אדם יכול לזכות ולעשות חזקה בקרקע המלך:

ובאמת כן נמצא כתוב בפסק אחד של הראשונים שפסקו בחצר של בית נקסי"ס דתיטוואן שלקח המלך מן הבעלים בחובו ורמא אותו המלך על בני העיר לקחתה ממנו וכשלוקחוה בני העיר באו הבעלים לתבוע חזקה ופסקו דאין להם חזקה מטעם דינא דמלכותא דינא יעויין זה בס' כר"ה ח"ב סקע"ה יעו"ש וא"ך לפי זה טענת כמוהרא"ס מגן שויא דאפי' נניח כדבריו דמכר לו האלטאחונא ולעת עתה נתוודע דלא היה פורע שכירות זה אינו מעלה ואינו מוריד דאפילו היה פורע לא עלתה לו חזקה וכמו שפסקו הרבנים הנז' דאפילו בחזקת קרקע אמרו דלא נשארה לבעלים הראשונים מכח דינא דמלכותא מכ"ש שלא יזכה בחזקת ישוב בנכסי המלך וא"ך ודינא יתיב דנכסי המלך

אין בהם חזקה א"ך אפילו נזכר שמכר חצי חזקת האלטאחונא ודאי לא היתה כוונתו על חזקה הידועה לכו"ע שכאלו זכה מן ההפקר ברביע הקרקע אלא הכוונה היא במלת חזקה זו היינו זכיית התשמיש שהיה מחזיק להשתמש בה מכח שהיה לו מאת המלך או זולתו ותו לא מדי וא"ך אין פתחון פה לכמהרא"ס לטעון שכוונתי היא לחזקה גמורה נתכוון הואל והדבר ידוע דאין חזקה בנכסי המלך בודאי גם הוא מידע ידע:

אלא דעמד לנגדנו דברי הרב הגדול כמוהרי"ע זלה"ה בספר בי"ת יהוד"ה ח"ב ספ"א ששם הביא תשובת הרדב"ז וכתב עליה ואוקי לדינא דגם במה שלקח המלך יש חזקה יע"ש:

ועוד ראינו להרה"ג המלאך ר"ב זלה"ה בס' משי"ש סקי"ג ששם דעתו נוטה לפסוק כהר"ן דס"ל דמפקיע ומבריח מכס מן המלך הוי כהפקעת הלואת עכו"ם דשרי יעו"ע שהצריך להסביר הדבר כדעת הר"ן וטעמא של הרב משום דחזה בעינא דשפיר חזי דרוב העולם מנהגא נהוג להבריח מן המכס יעו"ע מזה מוכח דס"ל דגם נכסי עכו"ם הרי הם כהפקר והכי נהוג עלמא:

ועד אחורן עיין להרב וי"ץ ח"ב סקע"ט ומשם יתברר לך ביש חזקה בנכסי השררה וא"ך הואל ורב טביומי חתים עלה ודאי הכי נהוג עלמא והדרן למאי דאמרן דאם יתברר דמנהג אספי יע"ה הוא כמנהג טיטוון יע"א א"ך צריך צריך לשמוע טענת כה"ר אב' ן' שבת מה יענה ע"ז ואזי נרדפה לדעת מה יעשה ישראל במקח זה. זהו הנלע"ד וצוי"ם וימ"ן הי"ז יום שלשה עשר לסיון התרס"ט פה סאלי יע"ה:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רמו

לעיר תהלה טיטוואן שאלות אלו שאלם ממני החכם השלם והותיק מזר"ק טהור מתחסד עם קונו כהר"ר יצחק ברג'ילון נר"ו בכמוהר"ר יעקב זלה"ה: למעלת או"ע וכו' כמוהר"ר רפאל אנקווה נר"ו וכו' סבת שורות אלו על אודות לשין רש"י ז"ל שופטים י"ח על פסוק מי הביאך הלום וגו' כתב רש"י יש כאן תמיהות הרבה לא מזרעו של משה רבינו אתה שכתוב בו אל תקרב הלום ומי שם פה לאדם ומה זה בידך ע"ך. אתמיהא לי על רש"י שהרי פסוק זה הביאו בגמרא בבא בתרא דק"י וז"ל אמר ליה לא ממשה אתית דכתיב ביה אל תקרב הלום לאו ממשה אתית דכתיב ביה מזה בידך לאו ממשה אתית דכתיב ביה ואתה פה עמוד עמדי היאך תעשה כהן לע"ז וכו' ג"ך ילקוט השמעוני הביא פסוק

זה כלשון הגמרא ועל זה קשה למה רש"י החליף הפסוק שהביאה הגמרא של ואתה פה וגו' והלך להביא פסוק מי שם פה וגו' על זה תמיהא לי:

סימן רמז

גם כן קשה לי על לשון רש"י בדברי הימים א' ס' מ"א שכתב על פסוק ויהוצדק הלך בהגלות ה' את יהודה וירושלים ז"ל ומה שכתב בס' חגי א' יהושע בן יהוצדק הכהן הגדול לא יהוצדק שמש מעולם בכהונה גדולה דהא הוגלה לבבל בימי יכניה וכו' פירוש רש"י זה נראה הפך מדרש שיר השירים רבה קמתי אני וגו' אמר ריש לקיש מקודש הבית שלא עלה עזרא באותה שעה שאלו עלה עזרא באותה שעה היה לשטן לקטרג ולומר מוטב שישמש עזרא בכהונה גדולה מלשמש יהושע בן יהוצדק כהן גדול ויהושע היה כהן גדול בן כהן גדול אבל עזרא על ידי שהיה אדם צדיק לא היה ראוי לשמש בכהונה גדולה כמותו וכו' בענין זה נראה שרש"י הפך המדרש ומן המדרש נראה שמוסכם הוא וליכא מאן דפליג שהוא כהן גדול בן כהן גדול:

סימן רמח

ג"ך יודיעני כת"ר מה שנלע"ד אם הוא אמת והוא משנלע"ד שפירוש דברי הימים המכונה בשם רש"י אינו מרש"י שהוא רבינו שלמה יצחקי מאור התורה מכמה טעמי. הראשון הוא שרש"י בחומש פירש עד כי יבא שלה מלך המשיח ובדברי הימים ב' יו"ד על פסוק ט"ו כי היתה נסיבה וגו' למען הקים ה' את דברו כתב כמו שמפורש במלכים א' י"ח להסיר ממנו עשרת השבטים וליתן לירבעם וזה לא יסור שבט מיהודה לא ידח ממלכותו עד כי יבא שלה פתרון עד כי יבא יהודה שילה להמלך שם רחבעם ושם לו יקהת עמים להמליכו ושם נחלקה המלכות ואבד מלכות של עשרת השבטים וכו' וכו' וזה הפירוש הוא מה שפירש רשב"ם על התורה מזה מובן שפירוש דברי הימים אינו מרש"י אלא הוא מדברי רשב"ם. ג"ך פסוק ויקרא משה להושע בן נון יהושע יה יושיעך מעצת מרגלים ובדברי הימים ל"ו פסוק ד' ויסב את שמו יהויקים כתב רש"י כן דרך המלכים והשרים שמכנים את משרתיהם שם שהם רוצים דוגמא ויקרא פרעה שם יוסף וגו' וכן ויקרא משה להושע ן' נון יהושע וגו' עיניך תראינה שבחומש כתב פירוש ובדברי הימים פירש פירוש אחר. גם כן יש כמה פסוקים שפירש אותם בדברי הימים הפך מה שפירש בחומש. מזה מוכח שפירש"י שבדברי הימים אינו מפירש"י אלא מרשב"ם. והמופת החותך שאינו מדברי רש"י ממה שמצינו בדברי הימים כ"ג פסיק י"ד השדרות

שם כתוב פירש"י מקום מבוא המלך מביתו לבית ה' וכו' זה ראיה עצומה שאינו מפרש"י אלא אדם גדול אחר הוא שמפרש בדברי הימים ומביא לשון רש"י. והגם שעלה על דעתי לומר שהוא מרשב"ם מלשון זה האחרון שכתבנו נראה שאיני מפרשב"ם דאם הוא מרשב"ם לא הו"ל לכתוב פירש רש"י וכו' דהוה ליה לכתוב ומורי זקיני פירש אלא ודאי איזה חכם אחר הוא שפירש דברי הימים. ג"ך ראיה אחרת שהפירש"י שבדברי הימים אינו מרש"י שהרי בדברי הימים א' סמן ה' פסוק ל"ו כתב רש"י יש מפרשים וכו' וי"א אומרים וכו' ולא זה וזה יש בהם רוח חיים וכו' וכו' מזה מוכח שאינו מרש"י שרש"י עליו השלום היה עניו גדול ובעל ענוה גדולה לא יאמר על דברי חכמים אלו ואלו אין בהם רוח חיים:

סימן רמט

גם כן מעלתו היקרה יאיר עיני במה שראיתי בהקדמת רד"ק על יהושע בסוף ההקדמה כתב ז"ל גם אכתוב טעם הכתיב וקרי וכתיב ולא קרי וקרי ולא כתיב כאשר אוכל לתת טעם לשניהם כל אחד במקומו ונראה כי מלות האלה נמצאו כן לפי שבגלות ראשונה אבדו הספרים ונטלטלו והחכמים יודעי התורה אנשי כ"ה שהחזירו התורה ליושנה מצאו מחלוקת בספרים והלכו בהם אחר הרוב לפי דעתם ובמקום שלא השיגה דעתם על הברור כתבו האחד ולא נקדו או כתבו מבחוץ ולא כתבו מבפנים וכן כתבו בדרך אחד מבפנים ובדרך אחר מבחוץ וכו' וכו' ועל זה קשה לי הרי בגמרא דנדרים אמרו שהקרי ולא כתיב והכתיב ולא קרי וכו' וכו' הלכה למשה מסיני וא"ך קשה על רד"ק שדבריו הם הפך תלמוד ערוך:

סימן רנ

גם כן קשה לי על פירוש רש"י בתהלים מזמור ע"ח שבפסוק עשרים שהוא הן הכה צור וגו' אם יכין שאר לעמו שם פירש"י מלת שאר בשר ובפסוק ז"ך שהוא וימטר עליו כעפר שאר וגו' חזר ופירש עוד שאר בשר וכו' ולא ידעתי תרתי למה לי:

סימן רנא

גם כן בדברי הימים א' סמן ט"ו פסוק כ"ד על פסוק וברכיה ואלקנה שוערים לארון כתב רש"י ורד"ק אפע"פ שהיו שוערים היו ג"ך משוררים ואני בזכרוני ראיתי בתלמוד פעם אחת היה יהודה ן' פדידא נועל דלתות הבית ובא בן לוי אחר לסייע אותו ואמר לו יהודה

ן' פדידא שאינו יכול לסייעו שבן לוי שיסייע אחר במלאכתו חייב מיתה זהו מה שנשאר בזכרוני וכת"ר כל רז לא אניס ליה והיאך יוצדק פירש"י ורד"ק שפירשו שהיו שוערים והיו ג"ך משוררים אתמיהא:

סימן רנב

גם כן מצאתי לרד"ק בפירושו לזכריה כתב על פסוק ראשון בחדש השמיני בש' שתים וגו' בן עדו הנביא לאמר הנביא שב על זכריה ואפשר גם עדוא היה נביא ואמרו כי הוא עדוא החוזה גם מצאנו במדרש עדוא הנביא לא נתבאר במדרש אם עדוא היה נביא או לא והאמת הוא מה שכתוב בדברי הימים ב' סימן י"ג פסוק כ"ב ויתר דברי אביה ודרכיו ודבריו כתובים במדרש הנביא עדוא ועל זה אני קשה לי על רד"ק היאך נעלם ממנו מה שבא כתוב במסכת מגילה דט"ו אמר עולא כל ששמו ושם אביו מפורש כבנביאים בידוע שהוא נביא בן נביא שמו ולא שם אביו בידוע שהוא נביא ולא בן נביא וכו' א"ך זכריה או ברכיה או עדוא כלם נביאים והיאך רד"ק מסתפק בעדו אם הוא נביא או לא ובפרט הרי פסוק גמור בעזרא סימן ה' פסוק א' והתנבי חגי נביאה וזכריה בר עדו נביאיא וכו' שמובן מזה הפסוק שזכריה ועדו שניהם נביאים הוו ע"ך. וכדי לא להטריח על כת"ר מבקש אני מחילה וכו' להעמידני על כל הכתוב וכו' מהצעיר וכו':

הצעיר יצחק ברג'ילון נר"ו וזאת היתה תשובתי אליו על ראשון ראשון א על ראשון ראשון בקדש נהדר מאי דנשאלנה מקמי טיבותיה להשיב על דברי רש"י דשופטים י"ח דאייתי בידיה פסוק מי שם פה לאדם והניח הפסוק שהביא בגמרא ואתה פה עמוד וגו' באמת קושיא זאת מרפסא איגרי היאך הלך להביא ממרחק לחמו גם יש להקשות עוד לפחות הו"ל למימר כסדר הזה הרבה תמיהות יש לו מזרעו של משה שנאמר בו אל תקרב הלום ומה זה בידך ומי שם פה דאזי להוו כסדר הגמרא דאל תקרב ראשונה ושניה לה מה זה בידך דהוו צודקים הלום דמשה נגד הלום דבני דן ונגד מה זה בידך מה אתה עושה בזה ונגד מה אתה עושה פ"ה הו"ל לרש"י להביא מי שם פ"ה לפי שטתו דודאי אפי' לפי שטת רש"י צריך הוא לומר דפסוק מי שם פה הוא נגד פסוק מה לך פה דאז יהיה נדרש נאמר כאן פה ונאמר כאן פה הגם דאינם שוים דמשה פ"ה דידיה נקודה בסגלתה ופ"ה דבני דן נקודה בחולם ואינם שוים במבטא עכ"פ באותיות שוים הם אבל לומר דלרש"י מי שם פה לאדם נגד מה אתה עושה בזה זה לא יתכן דאין שום תיבה בפסוק דמי שם פה צודקת נגד מ"ה את"ה עוש"ה בז"ה א"ך מן הראוי הו"ל לרש"י לסדר תמיהת מה זה בידך קודם מי שם פה ואז להוו סדורות על מקראות דבני דן ולמה הפך שניה לשלשית ודו"ק:

ואני אמרתי בחופזי ליישב דברי רש"י ולומר דמאי דהביא רש"י פסוק זה של מי שם פה לאו כוונתו למדרשיה נגד מה אתה עושה בזה או נגד מה לך פה אלא רש"י הביא תמיהא זו דמי שם פה מדרשה דנפשיה ולא ממה שנמצא בגמרא ורצה להוסיף תמיהא אחרת מדרשה דידיה ורצה לדרוש אותה ממלת מ"י הביאך הנאמר בבני דן לזה בא לדרוש רש"י דבמלת מ"י זו רמזו לו לאו מזרע של משה את הנאמר לו מ"י שם וגו' ואל יקשה בעיניך דלפי זה הו"ל לרש"י להקדים תמיהת מ"י שם פה בראש הואל ודרשא זו נמשכה ממלת מ"י הנאמר ראשונה בפסוק בני דן מ"י הביאך ואח"ך יביא תמיהת אל תקרב הלום שהוא צודק נגד הלום האמור בסוף פסוק דבני דן אל יקשה בעיניך דבר זה דהואל ועסוק בפסוק מ"י הביאך עד הלום שכולו דבור אחד הביא עליו דרשה האמורה בגמרא בראשון ואח"ך חזר לדרוש מהאי דבור ddדרשה דידיה אפילו היא רמוזה בתחלת הדבור גם יש לומר דרצה להביא דרשת הלום תחילה משום פסוק אל תקרב הלום הוא האמור ראשון למשה בתחילת הדבור בסנה ואח"ך דרשה דידיה הואל ומי שם פה הוא המאוחר ועל זה יבוא דברי רש"י על נכון ואין כאן לא הפך מן הגמרא לא הפוך בתמיהות אלא דרש"י דרשה דתמיהא ראשונה היא האמורה בגמרא תחילה ודרשה דתמיהא שניה שכתב רש"י היא מדידיה כדאמרן ממלת מ"י ותמיהא שלשית שכתב רש"י דמה זה בידך היא נגד מה אתה עושה בזה וכמ"ש בגמרא ולא פליג חלילה על הגמרא אלא ddדרשה דתמיהא שלשית האמורה בגמרא לא הטריח עצמו רש"י להביאה או נשמטה מהעתקת המדפיס:

ואל תתמה כיצד יבוא רש"י למדרש דרשה מדנפשיה מן הקראי מה שלא נדרש בגמרא אין זו תמיהא דכל מפרשי התורה כולם נתנבאו בסגנון אחד דאפילו פסוק שנדרש בגמרא יכול כל אחד לדורשו כפי מה שהשיגה דעתו מכ"ש דרשה זו דלא נדרשה בגמרא ונתחדשה לרש"י למדרש מדידיה דרשת מ"י מ"י ודאי דיכול למדרשה מדעתיה גם אין להתעקש ולומר ddדרשה זו שנויה משאר דרשות שיכול האדם לדרוש מדעתו דכאן הואל והתמיהות נמשכות מן המלות כגון זה דנאמר כאן הלום ונאמר כאן הלום וגו' וכן נמי מה שרצה לדרוש רש"י נאמר כאן מ"י ונאמר כאן מ"י א"ך הוו דרשות אלו כעין ג"ש דקיימה לן דאין אדם דן גזרה שוה מדעתו אלא א"ך קבלה מרבו ורש"י היאך דריש ג"ש מה שלא נמצא בגמרא זו אינה קושייה דכלל זה דאין אדם דן ג"ש מעצמו לא נאמר אלא דלא למדרש ולחדש איזה דין מדיני התורה אבל זו שהיא דרשא בעלמא כל מאי דמצינן למדרש יש בה קבול שכר וא"ך על פי שטה זו דרש"י לא נייד חלילה מדרשות הגמרא גם לא הפך סדר הדרשות מהסדר שנסדרו בגמרא אלא תמיהות הראשונות שכתב רש"י תרוייהו מפסוק ראשון חדא דגמרא וחדא מדידיה ותמיהא שלשית שכתב רש"י היא

תמיהא שנייה הנאמרה בגמרא על פסוק מה אתה עושה בזה אך דרשא שלשית האמורה בגמרא לא הביאה רש"י ואינו מכחיש בה זהו מה שנראה לי דרך שקלא וטרייא:
אבל לפי האמת דחיקא לי מילתא מכח תלתא טעמי חדא דצריך אתה לדעת מאין נמשך להם לבעלי התלמוד למדרש מדברי בני דן דשלש תמיהות תמהו על יהונתן והיכן נרמזו תמיהות אלו בפסוק אלא דצריך לומר כמ"ש מהרש"א והרי"ף משום דקשה ליהו לרבותינו דכל השאלות האלו דמי הביאך ומה אתה וגו' ומה לך וגו' נראה כולם כשאלה חדא ומלות כפולות נינהו לכך הוצרכו למדרש בהו דלדרשא אתו א"ך לפי זה לא יוצדק לומר דרש"י דריש מלת מ"י הביאך וגו' היאך נגד מ"י שם פה וגו' דמלת מ"י האמורה כאן בבני דן אין בה שום יתיר כלל דהיאך יאמרו ומוכרח לומר מ"י הביאך וגו' והויה מלת מ"י כמו מלת מה אתה עושה ומה לך וגו' דלא דרשינן מדי ממלת מה הואל וצריכים הם להכתב א"ך גם מלת מ"י צריכה להכתב וא"ך לא יוצדק למדרש שום דרשה ממלה הצריכה לגופיה:
זאת ועוד דאם רש"י דרשה דידיה קאמר יש להקשות דגם דבאמת יכול לדרוש מה שירצה עכ"פ היאך דרשה דידיה הביא אותה ודרשה שלשית הנאמרה בגמרא על פסוק מה לך לא הביא אותה לפחות הו"ל כמו שהביא דרשה דידיה הו"ל להביא גם דרשת הגמרא דהיינו תמיהא השלשית ולא להוי יציבא בארעה וגיורא בשמי שמיא. גם יש לומר דלא שייך לומר דרש"י דריש תמיהא אחרת דהא מצינו להרי"ף זלה"ה בס' עין יעקב כתב וז"ל לאו ממשה אתית וכו' צריך לישב הלא כמה דברים נאמרו במשה ואמאי הכא הני תלתא וכו' ואפשר דכיון שלקח מיכה ליהונתן להיות כהן אמרו לו לאו ממשה קא אתית דכתיב ביה אל הקרב הלום שהוא מענין הקרבן לפי שאין הכהונה אלא לאהרן וא"ך תמהו עליו איך בקש יהונתן להיות כהן וכן מה שאמרו לו תמיהא מפסוק מה זה בידך ומפסוק ואתה פה עמוד עשה להם הרב שייכות דלא יוצדקו המיהות בני דן כי אם מאותם פסוקים דיהונתן עשה סתירה ממה שעשה מש"ר זקנו ע"ה אבל מפסוק מ"י שם פה לא יוצדק ממנו שום סתירה למעשה יהונתן כלל וא"ך כיצד נאמר דרש"י בא לדרוש דרשא דמ"י מ"י:
אלא האמת מה שהוא אמת נראה לע"ד דלשון זה של רש"י שבוש וטעות נפל בו ונתחלף להם פסוק דואתה פ"ה עם פסוק מי שם פ"ה וגרם למשתבשים טעות זה הואל וקא חזו דפסוק אל תקרב הלום נאמר בסנה ופסוק מה זה בידך נאמר ג"ך בסנה והם התחלת הדבור עם משה זה גרם להם חילוף ואתה פ"ה וגו' עם פסוק מי שם פ"ה הואל ופסוק מי שם פה נאמר גם הוא בסנה בתחלת הדבור עם משה אבל האמת רש"י לא היתה

גרסתו אלא כפי הסדור בגמרא דבתרא והיא האמת ותו לא מדי. ולא כתבתי זה עד שעיינתי בגמרות ישנים ובגמרות בנבנשתי גם חפשתי באגדות ירושלמי שבידי ממסכת ברכות עד סוף נדה ולא נמצא כלל שום גירסא אחרת ובפרט שהידיד כתב נמצא במדרש השמעוני כמו גירסת גמרא דידן אזי אמרתי ודאי טעות ושבוש הספרים נפל בספרים ותו לא מידי:

ב על מאי דקשה ליה להידיד על דברי רש"י של דברי הימים קפיטל ה' דכתב דיהוצדק מעולם לא שמש בכהונה גדולה הוא הפך מדרש רבה דכתב על פסוק קמתי אני וגו' משם ר"ל דיהושע כהן גדול בן כ"ג והידיד כתב דהמדרש הזה מוסכם ואין עליו חולקין אלה היו דברות קודשי. אחר המחילה הנה אביא לך מאי דאתמר בגמרא וממנו תלמוד דמדרש זה א"ך בחלוקות תשי"ת למו דע ידידי דבמסכת יומא ד"ט איתא יראת ה' תוסיף ימים זה מקדש ראשון שעמד ארבע מאות ועשר שנים ולא שמשו בו אלא י"ח כהנים גדולים ע"ך וכתבו התוספות על זה דיש חלופי גירסאות כאן וריב"א גרים שמונה כהנים כדכתיב בהדייא בדברי הימים א' עזריה אשר כהן בבית אשר בנה שלמה 1. אמריה 2. אחיטוב 3. צדוק 4. שלם 5. חלקיה 6. עזריה 7. שריה 8. ויהוצדק הלך בגלות את יהודה וגו' הרי לפי גירסת ריב"א ז"ל דגריס ח' הרי מפורש דלא שמש יהוצדק בכהונה גדולה דהלוך הלך בגלות וכו' עוד הוסיפו התוספות וכתבו וז"ל אמנם בכל הספרים ובספרי פרשת פנחס ובירושלמי גרסינן י"ח ונראה לי לקיים גירסת הספרים ותשעה כהנים גדולים היו עד יהוצדק וסגני כהונה שמתקנים לכל אחד סגן תחתיו הרי י"ח וכו' עוד כתבו אי נמי נ"ל די"ח כהנים דקאמר היינו מפנחס ואילך שנתנה לו ולזרעו אחריו ומיהו אותם כהנים לא שמשו כולם בבית ראשון אלא מימות המשכן והכי פירושו ושמשו בו י"ח כלומר שמשו בו כהנים כל כך עד שהשלימו לחשבון י"ח עם אותם ששמשו מעיקרא וכן מצאתי בספר ד"ה אלעזר. פנחס. אבישוע 1. בקי 2. עזי 3. זרחיה 4. מריות 5. אמריה 6. אחיטוב 7. צדוק 8. אחימעץ 9. עזריהו 10. יוחנן 11. עזריה 12. אמריה 13. אחיטוב 14. צדוק 15. שלם 16. חלקיה 17. עזריה 18. שריה. יהוצדק. הרי מאבישוע עד שריה יש י"ח כהנים ולא שריה בכלל לפי ששריה גלה בגלות יכניה ולא חשיב באותם י"ח כהנים אלא אותם ששמשו כל ימיהם אבל שריה שגלה בגלות יכוניהו ויהוצדק שגלה בגלות צדקיה לא חשיב עכל"ה של התוספות הרי לפניך לפי גירסת ריב"א דגרים בגמרא ח' דוקא א"ך מעזריה עד שריה נשלמו שמונה ויהוצדק אינו עולה מהמנין וא"ך לפי גירסת ריב"א הרי גמרא דידן חלוקה על המדרש דשיר השירים גם לפי גירסת הספרים שכתבו התוספ' דגרסי י"ח לפי תרוץ ראשון אתי שפיר דיהוצדק היה כהן גדול כמ"ש במדרש

שהרי לא נשלם מנין תשעה כהנים אלא על ידי שיהיה יהוצדק מן הענין להוו תשעה עם תשעה סגנים הוו י"ח ולפי פירוש זה יוצדק גמרא ומדרש שוים דיהוצדק כהן גדול היה אך לפירושם האחרון דכתבנו מפורש דלא מבעייא יהוצדק אלא אפילו שריה אביו לא חשיב ליה כהן גדול הואל ושניהם הלכו בגלות א"ך בין אם נגרוס בגמרא ח' כהנים כגירסת ריב"א בין אם נגרוס י"ח ונפרש החשבון כפירוש בתרא של התוספ' הרי גמרא בבלית שלנו חלוקה על המדרש וכן הריטב"א על הגמרא ז"ל גם הוא הלך בשיטה זו שיהוצדק לא היה כהן גדול דגם הוא כתב משם ר"ת דגורסין ח' כהנים ויהוצדק אינו מן המנין והוקשה לו להריטב"א וז"ל ואפע"ג דכתיב יהושע ן' יהוצדק הכהן הגדול ליהושע הוא הקורא כהן גדול שכהן בבית שני וכמו שמצינו דוד ן' ישי מלך ישראל דלא היה ישי מלך עכ"ל ובשיטה זו ג"ך הלכו האחרונים עיין בש"ך בחומ"ש סמ"ט סקי"ד שכך ס"ל דיהוצדק לא היה כהן גדול יעו"ש:

ובדרך אגב ראיתי לכתוב לך מה שהוקשה לי בלימודי זה עתה על דברי המדרש של שיר השירים שכתב לי כת"ר דר"ל אמר דיהושע כהן גדול בן כהן גדול לנו יש לב לדעת ר"ל כיצד היא דעתו וכיצד נפרש אלביה כמה כהנים שמשו בבית ראשון שהרי לא מצאנו שחלק על דרשה זו דדריש ר' יוחנן על יראת ה' תוסיף וכו' ומדמצינו לא חלק על ריו"ח בפירוש כדרכו בכל מקום ודאי אמרינן בדרשה זו מסכים לדעת ר' יוחנן רביה ולזה צריכים לדעת כיצד מפרשין אלביה אם גם הוא יסבור דח' כהנים שמשו וכגירסת ריב"א בדברי ר' יוחנן זה לא יתכן דלפי זה כיצד יתקיים דבריו אלו עם מה שדרש בשיר השירים שהרי לפי זה אדרבא שריה אביו דעזרא היה כהן גדול דגם הוא בכלל השמונה כדאמרן לעיל ויהוצדק אבי יהושע אדרבא לא היה כהן ואזי יסבור די"ח כהנים שמשו ופירושם הוא כמ"ש התוס' בפירושם האחרון גם זה לא יתכן דהא ג"ך יהוצדק לא היה כהן גדול על פי פירוש זה ואזי יסבור באמת די"ח כהנים שמשו ופירושם הוא כמו שפירשו התוס' בפירוש ראשין דהיינו תשעה כהנים ותשעה סגנים הם י"ח דאזי יהיה גם יהוצדק מן המנין של כהנים גדולים על זה יש להקשות דהא במדרש סיים וז"ל שהיה לו לשטן לקטרג וכו' ויהושע בן יהוצדק היה כהן גדול בן כהן גדול אבל עזרא על ידי שהיה אדם צדיק לא היה ראוי לשמש בכהונה גדולה כמותו ע"ך מכאן נראה דיהושע היה גדול כחו שהיה כהן גדול בן כהן גדול לא כן עזרא דלא היה בן כ"ג וא"ך לפי פירוש זה אם נאמר דר"ש ן' לקיש ס"ל דרשת יראת ה' תוסיף וגם הוא ס"ל די"ח כהנים שמשו וכפירוש ראשון של התוס' א"ך הרי גם עזרא אביו היה כהן גדול דאביו של עזרא הוא שריה אביו

דיהוצדק דעזרא ויהוצדק אחים הוו א"ך מאי אולמיה דיהושע מעזרא הרי תרווייהו בני כ"ג הוו:

אלא דאחר ההתבוננות נראה לי דר"ש ן' לקיש גם הוא יסבור כדעת ר' יוחנן דיראת ה' תוסיף ימים זה בית ראשון וס"ל די"ח כהנים הוו ושריה ויהוצדק כהנים גדולים הוו וא"ך יהושע הוה כהן גדול ן' כהן גדול וגם עזרא בן כ"ג והעדיפות שיש ליהושע יותר מעזרא לפי דעת המדרש הוא לפי מה שראיתי להרשב"ץ בספרו מגן אבות בפרק א' פסקא ב' שכתב וז"ל שמעון הצדיק כהן גדול היה ובמסכת פרה אמרו שהוא עשה פרה אדומה אחר עזרא הכהן שהיה דודו של אביו כי שריה הכהן היה אבי יהוצדק ואבי עזרא ולא שמש עזרא באותה גדולה כדי שלא יעקור שלשלת יוחסין ממקומה כמו שנזכר במדרש חזית ע"ך הרי לך דהגם דעזרא הוא בן שריה כהן גדול דלכל הפירושים כשתאמר יהוצדק היה כהן גדול שריה ודאי היה כהן גדול אלא דעזרא רצה לזכות הנחלה ליהושע ולזרעו שהם בני אחיו כדי שיהיה השלשלת ארוכה ולא תפסוק וא"ך אם היה עולה היתה מדת הדין מקטרגת ואתי להפסיק השלשלת מבני יהוצדק ותחזור לעזרא ואז לא תהיה השלשלת ארוכה כל כך וזהו כוונת המדרש שאמר יהושע ן' כ"ג פירוש דור אחר נוסף וכוונתו לומר דגם יהושע ן' כהן גדול היה ואז יש שלשלת ארוכה ומזה לא עלה עזרא כדי שלא תקטרג מדת הדין ואתי למפסק ודו"ק:

ג ומה שרצה הידיד להוכיח דרש"י דדברי הימים אינו מפרש"י של התורה והוכיח כן 1. מכח מה שפירש בדברי הימים ב' יו"ד פסוק ט"ו כי היתה נסיבה וגו' 2. גם כן ממה שפירש בדברי הימים ל"ו פסוק ד' וכו' דשני הפירושים הם הפך פירש"י בחומש והוסיף עוד לתת מופת לזה 3. ממה שכתב בדברי הימים כ"ב פסוק י"א ורבינו שלמה ז"ל פירש וכו' ומזה נתאמת לך דרש"י זה אינו רש"י הידוע לנו והוא רשב"ם ואח"ך בעמוד השני חזר עוד הידיד להוכיח דרש"י דדברי הימים אינו רש"י הידוע מכח 4. מה שמצא בדברי הימים א' ה' פסוק ל"ו שאמר רש"י יש מפרשים וכו' ויש אומרים וכו' ולא זה וזה יש בהם רוח חיים וכו' והוכיח מעלתו בודאי לאו רש"י הידוע הוא זה דרש"י היה עניו ולא נאה לו לדבר כדברים האלה גם עתה בדף השני חזר בו מלומר דפירש"י הוא דרשב"ם הואל ומצא כתוב בו ורש"י פירש ואי הוא באמת רשב"ם הו"ל לומר ומו"ז פירש ע"ך אלה היו הוכחות הידיד:

הנה מה שרצה להוכיח ממה שאמר יש מפרשים וכו' וי"א וכו' ולא זה וזה וכו' אחר המחילה אין מזה ראיה דכך היא דרכה של תורה דמי לנו גדול בענוה כמר"ן בית יוסף בדורו ומכח ענוהנותיה זכה להיות נקבעת הלכה כמותו בכל מקום כבית הלל ומצאנו

לו בבית יוסף אהע"ז סי"ז שם הביא תשובת הגאון מהר"א מוורדון זלה"ה והביא עליה חולקים ולבסוף כתב דדברי הרב מוורדון ז"ל אין להם על מה שיסמוכו וכל הגס לבו בהוראה להתיר אשה על פי תשובה זו עתיד ליתן את הדין לכן שומר נפשו ירחק ממנה ע"ך הרי דמר"ן גדול הענוים דבר קשות נגד מי שגדול ממני וטעמא דמילתא הוא כמ"ש הרב חיד"א זלה"ה וז"ל דהגם דאין מדרך מר"ן לספר בגנות מי שפוסק דלא כוותיה ומשנתו היא משנת חסידים שינה מדתו על תשובת מהר"א מוורדון משום מעשה שהיה שרצו לפסוק כאותה תשובה על זה הוכרח לדבר קשות שלא יקבעו כאותה תשובה עכ"ל דברי הרב חיד"א זלה"ה ואני מצאתי כדבריו אלה בב"י בחומ"ש ס"ס שכתב הרב"י וז"ל וזה דבר פשוט ומבואר דכל דיינה דלא דאין הכי לאו דיינה הוא וטועה בדבר משנה וראוי לסלקו מדיינות והוצרכתי לכתוב זה לפי שראיתי מי שטעה בזה והחזיק בזה לעשות מעשה כטעותו אחר שחלקו עליו כל בעלי הוראה עכ"ל וראיתי להש"ך בס' ס' שכתב דהחולק הוא הרב המבי"ט זלה"ה שהיה גדול בדורו ועכ"ז כדי לעקר הדבר ולא יזכר הוצרך לדבר קשות נגד אדם גדול גם יש דוגמא לזה והם השגו"ת הראב"ד על הרמב"ם שדבר בהם קשות והראשונים יהבו טעם לדבר כעין זה שכתבנו וכנודע לכל פותח ספר וא"ך כאן הואל ורש"י רצה לעקר פירוש י"א ויש מפרשים הוצרך לומר ולא זה וזה יש בהם רוח חיים ודו"ק:

ומה שרצה לומר גם כן דאינו מפירוש רשב"ם הואל ולא כתב ומו"ז פירש גם מזה אין ראיה ועיין בפסחים דף ק"ה ע"ב בפירוש רשב"ם ד"ה וסדרנא ששם נמצא כתוב כך מפרש רש"י וכו' וכן יש בהרבה מקומות בפירוש רשב"ם שאומר לפעמים ורש"י פירש ולפעמים אומר ור' שלמה ולא קפיד לומר מו"ז ע"ע:

אך מה שהוכיח מדברי הימים כ"ב ומדברי הימים ל"ו שאינו מפרש"י הידוע יישר כחך האמת כן הוא והילך מה שכתב הרב חיד"א בספרו שם הגדולים מערכת שי"ן אות זיין וז"ל רש"י פירש תנ"ך אך פירוש דברי הימים אינו מרש"י כדכתיבני בספרי הקטן שער יוסף דק"ו ותוספות ביומא דף ט' ע"א ד"ה וכו' כתבו והרב יעקב בש"ה ז"ל בשם רבו יקותיאל הלוי כתב דעזריה לא היה בימי שלמה ושוב מצאתי כן בפירוש ד"ה שפירשו תלמידי רב סעדייה גאון ע"ך וכן הוא בפירוש ד"ה א' ס"ה שבידינו עכ"ל הרב חיד"א זלה"ה הרי לך דדברות קודשו עלו כהוגן שפירש"י ד"ה אינו מדברי רש"י הידוע וגם אינו מפירש רשב"ם כמו שניבא הידיד אלא הרי הוא מפירוש תלמידי רבינו סעדייה גאון כמ"ש הרב ה' וק"ל:

ד מעתה הבוא נבוא למאי דקשה לידיד פחד יצחק יהיה בעזרו להקשות על הקדמת רד"ק זלה"ה שכתב בה בזה"ל ונראה כי מלות האלה נמצאו לפי שבגלות ראשונה אבדו הספרים וכו' מן גמרת נדרים דאמר ר"י קריין ולא כתיבן וכתיבן ולא קריין הלכה למשה מסיני וכו' אמת הדבר דיש להקשות כיצד יתקיימו דברי רד"ק לפי מימרא זו דר' יצחק ולכאורה רציתי לישב ולומר דגם רד"ק לא נעלם ממנו גמרא זו דנדרים חלילה כי מי כמוהו מורה אלא בודאי כונתו היא דאין לנו הל"ם אלא מאי דאתמר בגמרא ותו לא מדי ורד"ק דבר במאי דלא נזכר בגמרא זהו מה שנלע"ד אך הבטתי וראיתי דזה הקרי ולא כתיב והכתיב ולא קרי דאמר ר"י כגון פרת דבלתך וכו' לא נמצא כי אם שבעה דקריין ולא כתיבן וארבעה דכתיבן ולא קריין והם הם שמנה ר' יצחק א"ך כיצד יתקיימו דברי רד"ק דהא ליכא בתנ"ך אלא מה שמנה ר"י:

גם הוא אסיק אדעתין דכל המחוסר אות אחת כי כמה יש תיבות בני ארבע אותיות ונקראים בן שלש אותיות ויש להפך בן שלש או ארבע ונקראים בן חמש או שש אותיות והייתי אומר דבזה דבר רד"ק וס"ל דלא הוו הלכה למשה מסיני אלא הנהו דכתב ר' יצחק בגמרא ותו לא מידי אלא דגם זה קשה בעיני מזה שראיתי לתשובת הרשב"א ז"ל הביאה הרב"י באו"ח סו"ס קמ"א וז"ל הרשב"א שאלת כיון שאסור לקרות בתורה אפילו אות אחת שלא מן הכתב היאך ש"ץ קורא ישכבנה והכתיב ישגלנה וכן כל תיבה שיש בה קרי וכתיב שכולם כתובים בתורה כפי המסורת ולא כפי המקרא תשובה זו הלכה למשה מסיני וכמ"ש בפרק אין בין המודר מקרא סופרים ועטור סופרים קריין ולא כתיבן כתיבן ולא קריין הלמ"מ עכ"ל ותשובה זו פסקה מר"ן בש"ע סקמ"א ס"ח יעו"ש א"ך לפי תשובה זו נראה דגם מה שלא נכתב כאן בגמרא כגון ישגלנה וישכבנה כולהו נכללו בכלל הלכה למשה ואם אמור נאמר דרד"ק ס"ל מאי דאתמר בגמרא הלכה ותו לא קשה לומר דרשב"א ורד"ק פלגאי נינהו וכיצד הפוסקים לא הביאו מחלוקת בזה:

הן אמת דקשה על דברי רשב"א דחשיב ישגלנה וישכבנה בכלל קרי וכתיב וקרי ולא כתיב דמן הגמרא משמע דלא חשיב קרי ולא כתיב אלא כגון אותם הנמנים בגמרא כגון פר"ת דבלת' ואיש כאשר ישאל וגו' דמלות אלו אין במקומן כלל שום אות כתובה כי אם הנקודות וכן כתוב ולא קרי כגון נ"א דיסלח וגו' דשם כתובין התיבות ואינם נקראים כלל יעו"ש אבל זה שיש תיבות כתובות כגון ישגלנה וקריין ישכבנה כיצד חשיב לה בכלל קרי ולא כתיב וכתיב ולא קרי:

אלא דקושייא זאת מצאתי לה ארוכה ומרפא מדברי חד מקמאי בספרו זרע אברהם דף פ"ז ע"א שהקשה קושייא זו על הרשב"א ותרץ וז"ל אך לפי האמת דגם זה דישגלה

וישכבנה נכללת בכלל קריין ולא כתיבן כתיבן ולא קריין כיון דהכתיב ישגלנה ואינה נקראת כך הרי כתיב ולא קרי וכיון שאנו קורין ישכבנה הרי קרי ולא כתיב ושפיר אמר רשב"א כמ"ש בפרק אין בין המודר עכ"ל א"ך נחה שקטה דהרשב"א ס"ל דזו בכלל קרי ולא כתיב וכתיב ולא קרי:

אך לפי זה יש לנו לדעת דהואל וכל הני גירסאות נכללו בכלל קרי ולא כתיב וכתיב ולא קרי למה בתלמודא דידן לא מנה כי אם אותם שסדר לנו הלא הרבה יש בתנ"ך ובפרט כגון הני שהם בתורה לא מנה מהם כלל דהגם דשם בגמרא מנה זאת דהמצוה ויש מי שפירש אותה שהיא בסדר ואתחנן הרי רש"י והר"ן והרא"ש כולם חלקו וכתבו דלא נמצא בסדורים כלל זאת דואתחנן יע"ש וא"ך למה בגמרא זכר כלל מקרי וכתיב הנמצאים בתורה:

אלא דגם לזה מצאתי אחר החיפוש להרב דעת קדושים באותיותיו לאו"ח אות ס"ת דשם הביא דברי הרדב"ז דגם הוא כתב כהרשב"א דכל השנוים כגון ישכבנה וישגלנה הלמ"מ הם והרב ה' הקשה קושיתנו זאת השנייה וז"ל וא"ת א"ך למה ר"י בגמרא לא מייתי אלא הני דאינם כתובים בתירה צ"ל דלא מייתי הכא אלא אותם שהם תיבות שלמות דקריין ולא כתיבן או להפך אבל בעפולים וישגלנה שהוא הפוך מלה במלה אחרת לא מייתי יע"ש עתה דע וראי שנתיישבו הקושיות על דעת הרשב"א ז"ל ובזה אדרבה נתחזקה הקושייא על רד"ק דלפי מה שכתבנו נמצא גם מה שנמצא כתוב מלה אחת וקרינן מלה אחרת הכל הלמ"מ ואיך יוצדק דברי הרד"ק:

אלא דלפי האמת נראה הרד"ק לא נעלם ממני שום דבר אלא ס"ל דהגם דיש הלכה למ"מ עכ"פ ודאי כל הני חילופי גירסאות הנמצאות בתנ"ך לאו כולהו הלכתה נינהו כגון כמה מלות שנמצאו נקודים מחולפים מן הקרי אל הכתיב וכמה מלות שחסרים אות אחת מן המלה ובקריאה קורין נוסף אות או להפך שכמה תיבות קורין אותם חסר אות אחת או שתי אותיות הרבה יש מזה ומזה למאות וגם זה נכלל בכלל קרי ולא כתיב וכתיב ולא קרי וכמ"ש הרב דעת קדושים על מה שכתב על ישגלנה וישכבנה דהם בכלל קרי ולא כתיב וכתיב ולא קרי אף אני אומר דרד"ק גם הוא תיבה שנקראת נקודותיה מחולפים או נקראת בתוספת אות אחת או שתים או בחסרון אות אחת או שתים כדאמרן בזה ס"ל לרד"ק דתיבות אלו נתהוו מכח טלטול ואבוד הספרים ולכך כתבו על פי רוב הספרים ועל פי מה שנסתפקו ודברי רד"ק ז"ל לא נפלאים ולא רחוקים הם והלכה ערוכה היא במסכת סופרים פרק ששי הלכה ד' ששם כתוב וז"ל אמר ר"ש ן' לקיש שלשה ספרים נמצאו בעזרה ספר מעון"ה ספר זאטו"ט ספר הי"א באחד מצאו כתוב מעון ובשנים

מעונה אלהי קדם וקיימו שנים ובטלו אחד. באחד מצאו כתוב וישלח זאטוטי בני ישראל ובשנים מצאו את נערי בני ישראל וקיימו השנים. באחד מצאו אחד עשר הוא ושנים אחד עשר היא ע"ך. הרי לך דכמה מלות הוגהו על פי הספרים ונפל טעות בספרי הקדמונים ואנשי כנה"ג הגיהו ואיך גם אנן נאמר דלזה נתכוון רד"ק על כמה חילופי גירסאות שיש בנביאים מינים ממינים שונים יש חילוף לאותיות שאינם כתובים ונקראו ויש כתובים ואינם נקראים יש כמה חלוף לכתיבות שהם נקודים בנקודות מיוחדות ואינם נקראים באותם נקודות אלא בנקודות הבאים מבחוץ ויש שאינם נקודים כלל מבפנים ונקודים מבחוץ הרבה יש מכל מין ומין בודאי דכל זה לא הלכה למשה הם אלא בחילופי הגירסאות של הזמן ומהטלטולים וכמו שהביא הרד"ק בשרשים שהוא עקר ספר הדקדוק שלי ועיין בספר מנחת ש"י מלא מזה:

גם אציגה נא לפניך מה שנמצא כתוב במגילת אסתר יהודיים וקרינן יהודים אחשרש וקרינן אחשורש הפרוזים וקרינן הפרזים עתודים וקרינן עתדים וכו' האם נאמר דגם זו הלמ"מ זה לא יתכן שהרי כששלחה אסתר לחכמים כתבוני לדורות לא רצו לכותבה להיות בין הכתובים עד שדרשו מקרא כתוב זאת וגו' ועל זה סמכו לכותבה יעויין כל זה במגילה ד"ז ואי אמרת דגם אותיות אלו דאסתר הלמ"מ כיצד לא רצו לכותבה הרי לפי זה גם היא נמסרה להם מסיני כמו שאר נביאים דקי"ל כולהו מסיני נאמרו אלא ודאי דמלות אלו דמגילה מכח טלטול הספרים נשתבשו בהם ולכך נכתבו כך וא"ך כך לי נמי בדברי נביאים כמה מלוה נשתבשו בהם ולכך נכתבו כך ולזה נתכוון רד"ק ז"ל.

ולזה יש לכוון מה שכתב רד"ק קרי וכתיב קרי ולא כתיב כתיב ולא קרי וכו' קרי וכתיב הכוונה כגון כמה מלות שבאו בנביאים כתובה מלה חדא וקרינן מלה אחרת דזה נקרא קרי וכתיב שהרי יש כאן קרי ויש כתיב ומה דאמר קרי ולא כתיב כגון כמה מלות שיש בהם אותיות חסרים כגון נשקה וקרינן נשקע"ה בס' עמים והרבה מזה הרי עיין קרי ולא כתיב ויש כתיבה שהיא בת חמש אותיות ונקראת בת שלש או ארבע וזה נקרא כתיב ולא קרי וזה סליק מכח שבוש הספרים ויבוא הכל על נכון רד"ק כסברת הרשב"א וכולהו סברי מרנן למימרת ר"י דנדרים ותו לא מידי:

אלא דעדיפא מזה אפי' אי בעינא למימר כדס"ד מעיקרא למימר דרד"ק לא ס"ל כהרשב"א אלא ס"ל מאי דאתמר במימרת ר"י הלכה למשה מסיני הוא דהוי הלכה אבל מאי דלא מנה ר"י אינו הלכה גם לזה יש סעיד וסמיך מדברי הגמרא דבגמרא דמגילה דף כ"ה שם נאמר ת"ר כל המקראות הכתובים בתורה לגנאי קורין אותם לשבח כגון ישגלנה וכו' למחראות למוצאות וכו' ע"ך לשון הגמרא ומצינו למהרש"א שכתב וז"ל טעם לכל

אלו השנוים שיש במקראות משום דגנאי הוא להוציא דבר מגונה מפיו ככתבו ברבים אלא לשון מושאל דלשון שכיבה אינו לשון משגל באשה דהא מצינו וישכב במקום ההוא אלא שהוא לשון מושאל בלשון נקיה למשגל באשה וכן כל הני דמייתי בנביאים וכו' ויש לדקדק כיון דבתורה שנוי הקריאה דישגלנה ישכבנה וכן תשגלנה דנביאים בישעיה ובזכריה קרי בהו תשכבנה וכן איפה לא שגלת דירמיה קרי בה שכבת א"ך הכא נמי בנצבה שגל לימינך דתהלים והשגל לימינו דנחמיה אמאי לא קרי ביה נמי בלשון נקייה מלשון שכיבה וי"ל דלא אמרו קורין אותו לשבח אלא ברבים בב"ה בס"ת ישכבנה במקום ישגלנה והכי נמי תשגלנה דנביאים דאית בהו קריאה למפטיר ברבים בעי שנוי משום דגנאי הוא ברבים וכן כל הני שנויי המקראות דמייתי בנביאים עכ"ל מהרש"א מכאן יתברר לך דמהרש"א ס"ל דקראי דתורה נמי ישגלנה וישכבנה לאו הלמ"מ הם והוא הפך הרשב"א והרדב"ז שכתבנו לעיל משמם דליכא למימר דמהרש"א לא בא לומר דאינם הלכה למשה אלא בא לתת טעם לפסוקים אלו שהם הלכה בא לתת טעם להלכה למה שינתה אותם דזה אינו דהיכן מצאנו באיזה מקום לרז"ל שנתנו טעם להלכה שבאו כאן לתת טעם להלכה ומה אלו אף אלו דכולהו חוקי תורה נינהו ועוד דאי אמרן דלא בא אלא לתת טעם להלכה יש להקשות טל מה שכתב בהנהו דנביאים הואל וקרינן ליהו ברבים בהפטרה הוכרחה ההלכה לשנות אותם ללשון נקי זו תימה וכי הפטרות מדאורייתא בשלמא קריאת ס"ת מצינו דאוקי בגמרא מסכת קמא דמתקנת משה היתה ועזרא לא תיקן אלא שני וחמשי ותלתא גברי וכו' יעו"ש אבל הפטרות אינם מדאורייתא כדי שתבוא עליהם ההלכה ומה גם אפילו תורה עצמה לא נצטוה עליה משה מסיני לקרות בס"ת ברבים אלא תקנה בעלמא עשה משה מתקנות דידיה והיאך יבואו ההלכות על מאי דעתיד לתקנו חכמים ונביאים זה לא יתכן אלא האמת מה שהוא אמת דמהרש"א ס"ל דהאי ברייתא לא ס"ל ישכבנה וישגלנה הלמ"מ הם אלא שינו איתם בשביל הטעם דוקא ובמקום שנראה להם לשנות שינו ובמקום שלא נראה להם לשנות לא שינו ולדעת מהרש"א מוכרחים אנו לומר דמימרא דר"י דנדרים לאו בהפך ברייתא זו דמגילה אלא מוכרחים לומר דר' יצחק לא ס"ל קריין ולא כתיבן וכו' הלמ"מ אלא הני שמנה דוקה אבל שאר מקראות כגון ישכבנה וישגלנה וכו' וגם דנביאים לאו הלכתא נינהו אלא כל אחד טעמו בצדו ולא פליגי ברייתא ור"י זהו ודאי דעת מהרש"א וא"ך יכולים למיהדר לרישא ולומר כדקא ס"ד דרד"ק כך ס"ל דדוקא מאי דאמר ר"י הוא דהוי הלכתא אבל שאר שנוים בין דהתורה בין דנביאים לאו הלכתא וכל אחד משונה מטעמו ודו"ק והיה כאן עוד מקום להאריך ולהביא כמה סברות אך תקצר היריעה על כן במקום שאמרו

לקצר שנו כאן: ה ועל מה שהוקשה להידיד על רש"י ג"ך שבתהלים מזמור ע"ח בפסוק ך' פירש שאר בשר ואח"ך בפסוק ז"ך חזר עוד לכתוב שאר בשר ע"ך. אמינא לך דבר הגם דהוא שלא לצורך כי כך דרכו של רש"י לפרש בכל עת וזמן אך הואל והם פסוקים קרובים ומחזי כותרת על כן אמינא לך דבר המתיישב על הלב דהנה בפסוק ראשון שהוא פסוק ך' ודאי דשם צריך לפרש המלה ומה שחזר ושנאו בפסוק ז"ך הוא משום דאיכא למיטעי ולא נפרש שם שאר בשר והטעות הוא דהנה בפסוק ז"ך שם כתוב וית"ן לה"ם כעפ"ר שא"ר וכחו"ל ימי"ם עו"ף ועל פי דקדוק הלשון הו"ל למימר וית"ן לה"ם שא"ר כעפ"ר או לפחות הו"ל לנקד ולכתוב כעפר שתהיה כעפר באתנחתא ואזי יהיה פירושה ויתן להם כעפר כמו עפר מילתא פסיקתא דהיינו נתן להם כעפר ומה נתן להם שאר אבל עכשיו שמלת כעפר בנקוד סגול וכו' הוי כמלה מורדפת והוה ס"ד למימר דמה שאמר ויתן להם כעפר שאר היינו פירושה כעפר של שאר דס"ד שאר שם מקום הוא והוי פירושה כמו וכחול ימים שהוא חול של ימים כך לי הוה טעינן למימר דכוונת הפסוק כך היא ויתן להם כעפר של שאר וכחול ימים עוף כנף דהיינו עוף כנף הרבה מאד כעפר וכחול ובאמת לא כן הוא על כן רש"י כדי שלא תטעי הוצרך לחזור ולפרש שאר בשר ואזי לא תפרש מלת כעפר מורדפת אלא מילתא פסיקתא ומה נתן להם שאר ודו"ק: ו ומעתה משכוני נפשין למאי דהוקשה להידיד על דברי רש"י ורד"ק דדברי הימים ט"ו פסוק כ"ד ששם כתבו אפע"פ שהיו שוערים היו ג"ך משוררים וידידי הוקשה לו ממה דאיתא בגמרא שפעם אחת היה יהודה ן פדייה משוער ובא ן' לוי וכו' ולא זכר שם באיזה גמרא הוא עניין זה ע"ך. גמרא זו ערכין דף י"א ע"ב ששם נאמר בקיצור אמר אביי נקטינן משורר ששיער בשל חבירו במיתה שנאמר והחונים וכו' וסיים שם עלה בגמרא והביא ברייתא אחת דתניא מעשה ברבי יהושע בר חנינה שהלך לסייע בהגפת דלתות לר' יוחנן ן' גודגדה אמר לו בני חזור בך לאחורך שאתה מן המשוררים עכל"ה וזו הלכה העלה הרמב"ם בפ"ג מהלכות כלי המקדש הל' י"א כמימרא דאביי יע"ש א"ך לכאורה נראה דקשייא על רש"י ורד"ק וכמ"ש מעלת הידיד: אלא דרואה אנכי שהידיד לא כווין יפה בפירוש רד"ק ואיך לא ראה ידידי מה שכתב רד"ק בפסוק י"ח על מ"ש הפסוק ועובד אדום ויעיאל השוערים פירש רד"ק פירוש שהיו שוערים לארון אחר שהציגו הארון באהל אשר נטה לו או שהיו שוערים מתחלה כשהיה הארון בשילה ונוב וגבעון ע"ך הרי לך הרד"ק נדחק בקרא דממנו משתמע לכאורה דבזמן שהיו משוררים היו ג"ך שוערים וזה שלא כדת דמשורר אין יכול להיות שוער או הפך ועל זה הוצרך לפרש דהכוונה לאו בזמן אחד איירי אלא כוונת הקרא לומר עובד אדום ויעיאל שהיה משוער ולאו בזמן

שהיה משורר אלא או קודם לזמן זה או אחר שהציגו הארון באהל אשר נטה לו א"ך הרי רד"ק נשמר לפרש דלאו בזמן אחד איירי וא"ך היאך תיסק אדעתין לומר דכאן מפרש שבזמן אחד היה שוער המשורר אלא דכוונת רש"י ורד"ק בפסוק כ"ד לומר דכאן בפסוק כ"ד הוא מונה הלוים המשוררים בחצוצרות וסיים ועובד אדו"ם ויחי"ה שוערי"ם לארון הרי הם מן המשוררים ואיך יפול שיהיו שוערים הואל והם משוררים לזה כתבו רש"י ורד"ק כלומר אפע"פ שהיו שוערים כבר לא תימא דשוב לא יוכלו לשורר אח"ך אלא אפילו היו כבר מן השוערים חזרו להיות משוררים ולא בזמן אחד:

ואל יקשה בעיניך למה להו לרש"י ולרד"ק לפרש כך הו"ל להניח פירוש הפסוק כפשוטו דעובד אדו"ם ויחי"ה היו שוערים נימא דהפסוק כוונתו לו' שהיו שוערים ולא שוררים זה לא יתכן חדא דהו"ל לקרא למנות אותם בפסוק כ"ג עם ברכי"ה ואלקנ"ה ששם מנה שוערים לארון ושם הו"ל להוסיף גם עוב"ד ויחי"ה:

גם רש"י בפסוק י"ח שם כתב וז"ל לפיכך נעשו משוררים חוץ משנים ברכי"ה ואלקנ"ה וכו' הרי לך דלא היו מן השוערים כי אם ברכי"ה ואלקנ"ה ולא עוב"ד ויחי"ה אלא ודאי על מעיקרא קאמר שאפע"פ שהיו שומרים תחלה נעשו משוררים זהו כוונת רד"ק ורש"י וכפירושנו זה בדברי רש"י ורד"ק כן הוא ממש בפירוש המצודות שכתב בפסוק כ"ד זה וז"ל ועובד אדום אולי הוא אחר ולא זה האמור למעלה ע"ך הוסיף עוד פירש שוערים לארון גם המה היו מאז שוערים ועתה שבו להיות משוררים ע"ך והן הם פירש"י ורד"ק ותו לא מידי:

ז ומה שהקשה ידידי על דברי רד"ק שכתב בתחילת זכריה שנסתפק לו במה שכתב הפסוק זכריה ן' עדו הנביא אם עדוא נביא היה או לאו והידיד הוקשה לו מגמרא דמגילה דט"ו דשם אמר עולא כל מקום ששמו ושם אביו בנביאות בידוע שהוא נביא ן' נביא ע"ך הגיעו דברות קודשו דאיך נסתפק רד"ק זהו נגד הגמרא ובפרט מן. הפסוק מוכח דעדו היה נביא כמ"ש בעזרא והתנבי חגי נביאה וזכריה ן' עדו נביאיא ע"ך הנה מן הגמרא לא קשה דאיכא למימר דעד כאן לא אמר בגמרא כל שנזכר שמי ושם אביו בנבואה גם אביו נביא היינו אם תהיה ההזכרה בסתם בפסוק כגון דברי ירמיהו ן' חלקיהו חזון ישעיהו ן' אמוץ דלא נאמר חזון ישעיהו ן' אמוץ הנביא לזה אמרינן הואל ואמר חזון ישעיהו ן' אמוץ סתם הוא ואביו נביאים אבל כאן שהוסיף לומר זכריהו ן' עדו הנביא ולא אמר סתם זכריה ן' עדו או הו"ל למימר זכריה ן' עדו הנביאים ש"מ. דמלת הנביא לא קאי אלא על אחד ולא ידעינן על מאי קאי האי הנביא אם על זכריה וא"ך אביו לא הוה נביא או קאי על עדו ונשמע דעדו היה נביא וזהו הספק שנפל לו לרד"ק בפסוק מדלא אמר

הנביאים ואמר לשון יחיד לא ידע רד"ק אם על זכריה והוי פסוק זה כגון פסוק דוד בן ישי מלך ישראל דלא קאי מלת המלכות כי אם על דוד וגם כן פסוק דיהושע בן צדוק הכהן הגדול דלא קאי כי אם על יהושע למאן דסבירא ליה דיהוצדק לא שמש מעולם או נימא דילמא עדו נביא היה הואל ומצינו עדו החוזה גם מצאנו פסוק בד"ה שכתוב מדרש עדו הנביא והוא עדו זה אביו של זכריה ועליו קאי הנביא או דילמא דעדו אביו של זכריה לאו הוא עדו החוזה ולאו הוא בעל המדרש וא"ך לא הוא נביא ולא קאי נביא כי אם על זכריה כדאמרן וא"ך אין כאן קושייא מן הגמרא:

אך מה שרצה להוכיח מפסוק עזרא דכתב וזכריה בר עדו נביאיא גם לדעתי נראה שהיא הוכחה אמתית ואין לנו לדחות כי אם אולי מלשון תרגום אין הוכחה דדלמא לשון תרגום דרכו להאריך והגם דכתב והתנבי חגי נביאה חזר עוד לומר וזכריה בר עדו נביאיא והאי נביאיא חזר עוד לאומרה על חגי ועל זכריה ולא על עדו והוא דוחק גם ראיתי לפרש פירוש אחר ולא נתיישב בעיני וצריך להתיישב עוד. זהו מה שנראה ליישב בעטיו של נח"ץ לעת כזאת שנת ששו"ן ושמחה ישיגו מאהובך הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רנג

נשאלתי על אודות מבוי שאינו מפולש ובסוף המבוי היה חצר בנויה של ראובן ובצד שכנגד החצר הזה היתה עדיין בקעה שעדיין בעליה לא בנו אותה ובין החצר הבנויה ובינה היה חלל המבוי המגיע עד קיר החומה הסותמת המבוי והן היום עמד ראובן בעל החצר הבנויה ובנה כותל בגבול הבקעה שכנגדו והכניס החלל של המבוי שבין חצירו הבנויה להבקעה והכניס מן החלל של המבוי מ"מ כאורך חצי הבקעה הכניסו לרשותו ובנה עליו ויקף ועל זה בא בעל הבקעה לתבוע למה הכניס חלל המבוי שכנגד הבקעה לרשותו הלא רצונו לבנות הבקעה חצר ושם שם סוף הבקעה רצוני לפתוח שער החצר ולעת עתה למה סתמת לי המקום וראובן טוען הלא הבקעה עדיין ארוכה מארץ מדה ותוכל לעשות פתח שער החצר בראש הבקעה שעדיין המבוי פרוץ כנגדה יומ"ץ:

הנה במה שטען ראובן שמה שהכניס לרשותו קדם וזכה מן ההפקר לקוצ"ד לא כן ידמה דהא מבואות שאינם מפולשים לאו הפקר נינהו ולא רשות הרבים נינהו אלא של כל בני המבוי הוא קרקע המבוי דהיינו של בעלי החצירות הוא כולם שותפים בו כמ"ש הרמב"ם פרק ה' מהל"ש הלכ"ד שכתב אחד חצר השותפין ואחד מבני מבוי שאינו מפולש בני מבוי מעכבים זה על זה שלא להשתמש במבוי אלא בדברים שדרך בני אדם להשתמש במבואות ע"ך הרי לך מדברי הרמב"ם חצר ומבוי שוים דהיינו כמו שבחצר מעכבים

מצד שהם שותפים כך טעם המבוי משום שהם שותפים וכמו שכתב טעמו הרב המגי"ד שכתב שבני מבוי כופים וכו' פשוט הוא אחר שהרשות משותפת ביניהם ע"ך ועדיפא מזה פסק שם בפר"ו הלכה י"א שכתב אחד מבני מבוי שאינו מפולש שבקש ליעשות רופא וכו' בני מבוי מעכבין עליו וכן מי שיש לו בית בחצר בשותפות לא ישכירנו לאומן וכו' ע"ך ומר"ן פסקם להני דינים בס' קנ"ו ס"א יע"ש וזה דבר ברור הוא דהמבוי דין שותפות יש לו:

ואל יקשה מה שמצינו להרמב"ם שפסק באותו פרק בדין מבוי שאינו מפולש שיש בו חמש חצירות שכלם משתמשות עם החיצונה והחיצונה משתמשת לעצמה וכו' והוא פסק הש"ע סקס"ב ס"ו יע"ש ואם באמת כל בני המבוי שותפים במבוי למה העליונה אינה משתמשת אלא מפתחה ולמעלה דוקא:

זה אינו דקדוק אה"ן מעקרא בשעת הבניין אלו היה רוצה לבנות פתח חצירו לצד פנימית המבוי בודאי היה לו רשות יען כי מעקרא קנוי לו קרקע המבוי כל מה שכנגד כותל חצירו לעשות בו פתח באיזה מקום שירצה אבל אחר שבנה פתחו לצד חוץ הרי מחל שעבודו ושותפות שהיתה לו לפנים וזכו בו חבריו שלפנים ממנו ונסתלק כחו משם:

ועדיפא מזה ג"ך פסק הרמב"ם והש"ע סקס"ב ס"ד דמי שהיה לו פתח במבוי שאיני מפולש אם סתמו ופרץ פצמיו שוב אינו יכול לפותחו יע"ש הרי לך אפילו היה לו הפתח והיה לו שעבוד נגד אותו הפתח ולחוץ עכ"ז הואל וסלק שעבודו פקע כחו וזכותו מכ"ש במי שעשה פתחו מעקרא לצד החיצונה של המבוי בודאי רקן זכותו וכחו מפתח חצירו ולפנים מן המבוי: וכן כתב בפשיטות ג"ך הרה"ג מהר"ם אלשי"ך זלה"ה בס' פ"ה יע"ש בתוך שאלתו שכתב דלהחיצון אין לו אלא מפתח ביהו דלדידיה לא מקרי חצר השותפין אלא מפתח ביתו ולחוץ אפילו חצירו משוך כלפי פנים ומצד ביתו ולפנים לא מקרי אלא חצר השותפין של פנימיים יעי"ע:

ומעתה הואל ומבוי דין מקום שותפות יש לו א"ך ראובן זה שבנה והכניס מן המבוי מה שבינו ובין שמעון בודאי לא טוב עשה יען כי מקום זה לאי הפקר יפן כי קנוי הוא לשמעון ג"ך להשתמש שם וא"ך הוי כאלו הכניס קרקע שמעין לרשותו דדין הוא דהדרא ארעא למאריה ואין דין זה נכנס בדין זה נהנה וזה אינו חסר דאין לך חסרון יותר מזה שהרי היה יכול שמעון בעל הבקעה לעשות הפתח בסוף הבקעה לפנימיות המבוי יפתח אחר בתחילת הבקעה לצד חוץ והיה יכול להשתמש מסוף הבקעה עד תחילת המבוי ולעת עתה הואל ובנה ראובן והכניס מן המבוי מה שכנגד הבקעה ויום מחר או מחרתו יבוא לבנות חצר בבקעתו ולא ימצא מקום פתח כי אם מצד הבקעה ולחוץ לצד המבוי

והרבה פסידות ודוחקות יש לו כידוע כל זה לעין כל ולא נכנס זה בדין זה נהנה וזה אינו חסר ועיין בס' קע"ד ובמר"ן ובמור"ם ס' שס"ג ובדברי הפת"ש בס' ק"ע ושם בס' שס"ג ומדבריהם שם יתברר לך דאפילו במקום שיכול האדם לעכב על חבירו וימצא ריוח לא מקרי זה נהנה וזה אינו חסר מכ"ש בנדו"ד חסרונו גדול:

וא"ך הוא מן הראוי לומר דהדרא ארעא לארה כפסק מור"ם ם בס' ש"ס ס"ג יעו"ש ועיין שם בפת"ש שהביא משם המבי"ט שכתב דאם לא נעשה במזיד אלא הבנאים הכניסו בשוגג חצי אמה מרשות ראובן לרשות שמעון אין צריך לסתור ורבו החולקים על זה יע"ש וכוותייהו ודאי נקטינן דארעא בחזקת מרה קמא ועד כאן לא נחלקו אלא במכניס שוגג אבל במזיד ליכא מאן דפליג דהדרא למרה קמא:

ואין לדון גם בדין זה לדין שוגג ולומר דהואל ולפי דעת ראובן זה לא עשה שום השגת גבול יען כי לדעתו הואל והניח לבעל הבקעה מקום לפתח חצירו ומשם ולמטה לא יהיה לו רשות להשתמש בעל בקעה זו הואל ופתח חצירו יהיה מראש הבקעה לא יהיה לו כי אם מצד חוץ למבוי א"ך מקום זה שנשאר פנוי הרי אין לו מי שישתמשו עמו כי ראובן זה פתח חצירו היא פנימיית יותר מפתח זה שיפתח בעל הבקעה הזאת וא"ך אין תשמיש שם כי אם לו לבדו וא"ך הואל ומחשבתו היא זו דלכך עמד וסתם היתכן לומר דשוגג יתקרי דבר זה תפל מבלי מלח יען כי מי שיחשוב מחשבה זו שחבירו יעשה פתח לצד וישאר לו מקום פנוי להשתמש בו לבדו וגם לסותמו כדעת הר"י אלברצלוני זלה"ה שהביא הטור ס' קס"ב א"ך חכם רשום יתקרי והואל והוא חכם אין לו מפלט לומר שוגג הייתי דהא גמרא ערוכה שנינו בב"ק דצ"ה ששם רצה להוכיח דר"מ קנים אפילו בשוגג והוכחתו מברייתא דקתני אלבא דר"מ מי שגזל שדה מחבירו ומכרה לאחר והשביחה והרי היא יוצאת מתחת ידו כשהוא גובה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת, השבח מנכסים בני חורין וקאמר תלמודא עלה מאי לאו בעם הארץ דלא ידע דקרקע אינה נגזלת שהוא שוגג ואפילו הכי קאתי בעל קרקע ושקיל לארעא ושבחא אמרי לא בלוקח ת"ח וידע וכו' ע"ך הרי גמרא ערוכה דסתם ת"ח מידע ידע מכ"ש כאן שזה ראובן הבונה לא בנה אלא משום שידע בחדרי הפוסקים דלצד שיעשה הפתח בעל הבקעה לצד חוץ למבוי לא נשאר לו תשמיש בסוף המבוי כי אם לו לבדו ומידע ידע דיכול לסתום היאך יהיה נעלם ממנו שבעל הבקעה שותף במבוי ויש לו רשות לעשות לו פתח גם הוא בסוף חצירו וישתמש בכל אורך חצירו ויכול לפתוח הרבה פתחים למקום חלילה לומר דזה שגגת תלמוד כי אם עולה זדון:

אך נראה לעד"ן דיש ארוכה ומרפא לראובן זה דההחזיק במה שבנה הואל ובעל הבקעה ראה ושתק ולא הקפיד מה זו שתיקה אין כאן כי אם מחילה דהא עדיפא מזה מצינו להרמב"ם פ"ה מהל"ש שכתב ז"ל אחד מבני חצר שהעמיד בהמה או רחים בחצר ולא מיחה בו שותפו הרי זה מעכב עליה כל זמן שירצה ואם העמיד בפני בהמה זו וכיוצא מחיצה גביהה עשרה טפחים החזיק שהשותפין מקפידין על המחיצה והואל והניחו מחל עכל"ה והגם דדין זה דשותף בחצר שהעמיד בהמה וכו' או העמיד מחיצה וכו' לא הביאו מר"ן בש"ע ולא הביא בש"ע כי אם דינא דהעמיד בהמה בחצר חבירו יעוין עליו בש"ע סו"ס ק"ם שהביא דין דהיה מעמיד בהמה במקום מסויים בחצר חבירו וכו' ודין מעמיד בחצר השותפין לא הביאו הרי מצינו להסמ"ע שם סקכ"ב שכתב ז"ל בין שהעמיד מחיצה וכו' המחבר קצר והעתיק מ"ש הרמב"ם פי"ב דטוען ולא העתיק מה שכתב בפ"ה דשכנים דשם חלק בין חצר חבירו לחצר השותפין וממ"ש הרמב"ם שם והמ"מ נתבאר לך וכו' דבחצר השותפין אין הדבר תלוי בחזקת שלש שנים כלל אלא דאם העמיד מחיצה הוי חזקה לאלתר ומדשתק אמרינן דמחל לגמרי לאלתר ע"ש ותמצא כן מבואר בהמ"מ ע"ך הרי לך דלדעת הסמ"ע כתב דלדעת מר"ן כהרמב"ם ס"ל דשותף שהעמיד מחיצה וראה ושתק מחל והגם דמצינו למור"ם שם דלא כן היא דעתו אלא כתב ז"ל ואפילו היה לו חלק בחצר בשותפות וכו' הוי חזקה למה שהחזיק וכו' דמשמע שם דבעי ג"ך חזקת שלש שנים וכמו שכתב שם הסמ"ע דאפשר דמור"ם פסק להלכה כדעת הריב"ש דגם בשותפין בחצר צריך שלשה שנים וא"ך הואל ומר"ן לא כתב בפשיטות דין דהעמיד דשותף שהעמיד מחיצה בפשיטות ומור"ם כתב דשותף שעשה דבר שדרכן להקפיד בחצר השותפין דהיינו מחיצה וכיוצא דינו הוא דבעי ג' שנים א"ך הואל ומר"ן לא כתב הדין בפשיטות ומור"ם גילה דעתו דבשותף בחצר בעי ג"ש נימא הואל ומור"ם גילה דעתו ניזיל בתריה כדקי"ל במקום שמר"ן לא גילה דעתו ומור"ם גילה דעתו אזלינן בתריה: זה אינו דהא כתב הסמ"ע בפשיטות דמר"ן קצר ולא העתיק וכו' דמשמע דלפסק זה שפסק הש"ע שהוא מדברי הרמב"ם מוכרח לחלק בין דין חצר חבירו לחצר השותפין וא"ך הואל והש"ע הביא פסק זה של הרמב"ם מוכרח לומר דס"ל חלוק זה לא כן מור"ם אזיל בשטת הריב"ש וא"ך הואל והש"ע ס"ל חלוק זה דבחצר השותפין כל שהעמיד מחיצה וראה חבירו ושתק מחל הכי נקטינן:

וכן ראיתי להרה"ג מוהר"ר רפאל ברדוגו זלה"ה בס' משי"ש ח"ב קל"ט שפסק וכתב ז"ל דעת הש"ע כפי מה שבאר הסמ"ע בס' ק"ם סקכ"ב דאם היה חצר השותפין אם העמיד

מחיצה לאלתר הוי חזקה עכל"ה וא"ך הכי ודאי נקטינן וא"ך הואל ובעל הבקעה ראה ושתק ודאי מחל:

הן אמת דחזה הוית להרב משה"א סק"ך שכתב ז"ל עסמ"ע סקכ"ב וכו' משא"ך בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לענין שיהיה יכול להעמיד בהמות דכיון שהחצר עשוי לכניסה ויציאה דרכן להקפיד על העמדת בהמה וכשהעמיד מחיצה מחל וכו' אבל אם השותף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד דינו כאחר דבעי ג"ש וכו' עכל"ה וכן ג"ך קצר בס' משה"ך זל"ה אבל אם השותף טוען ג"ך על גוף הקרקע ולומר שהשני לא ישתמש במקום הזה כלל שקנה אותו לגמרי משותפין בעינן ג"ך חזקת ג"ש וטענה כמבואר בס' קמ"ט ע"ך וא"ך על פי הדברים האלה בנדו"ד שגדר ויקף חלק מהמבוי כדי להשתמש בו ולא ישתמש בו בעל הבקעה כלל נימא דלא עלתה לו חזקה לראובן בשתיקת בעל הבקעה:

אלא דעכ"ז נלע"ד דמהנייא שתיקה דהא כל מטרין לא אייתינן ראיה אלא דשתיקה מהנייא והגם דבחצר אמרינן דבעי ג"ש אם רצה להחזיק בו לבדו ולא ישתמש בו חבירו כלל דוקא לא אמרו כן אלא בחצר השותפין שהם מבוררין שהוא בודאי שלהם ורשות שניהם שוה דקנין שניהם הוא בזה שהעמיד מחיצה ורצה לרקן זכות חבירו לגמרי בעינן עד שיטעון עליו שמכר לו ובעינן חזקת ג"ש אבל בשותפות המבוי שאין להם כי אם תשמיש מועט בו נוסף על זה שאם פתח פתח בראש המבוי שוב אין יכול לפתוח בסוף המבוי כמבואר כל זה באורך בס' קס"ב ס"ו יע"ש א"ך הרי גלוי מילתא דהואל ופתח בראש המבוי מחל בתשמיש המבוי שמפתח חצירו ולמטה כמ"ש שם בס' קס"ב יעו"ש אף אני אביא דהואל וראה ושתק הוי גלוי מילתא דמחל לראובן במה שראהו בנה ויקף ובודאי דעתו היא לעשות פתח חצירו מראש הבקעה ולכך שתק ומחל:

ופשוט לקוצ"ד דבנדו"ד אפילו הריב"ש בעל סברא דפסק מור"ם כוותיה דאפילו בחצר השותפין בעינן חזקת ג"ש דוקא בחצר השותפין דיד שניהם שוה והאחד רצה להחזיק בתשמיש על ידי מחיצה הוא לבדו בזה הוא דבעי ג"ש וטענה אבלי במבוי דלא היה לו עדיין תשמיש ולא הוה ידעינן אם דעתו היתה לעשות פתח בסוף הבקעה ויהיה לו תשמיש במקום שבנה ויקף ראובן או לא היה דעתו כך אלא דעתו היתה לעשות שער החצר בראש הבקעה ולא יהיה לו תשמיש בסוף הבקעה בזה נראה פשוט דהואל ועמד ראובן ובנה ושמעון בעל הבקעה ראה ושתק זה הוי גלוי מילתא שמחל במה שבנה ראובן ועשה בדעתו לעשות הפתח בראש הבקעה ותו לו מדי ויש בידי להביא עוד ראיות לזה

מכמה מקומות אלא הואל ולא הועמד הדבר על קו הדין וגם אין הפנאי מסכים אמרתי עת לחשות שנו כאן. כאן שנה תרס"ג לפ"ק:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רנד

ראיתי מה ששאל כת"ר האם יש לזכות לראובן מה שבנה מכח ס"ס ע"ך. הנה תחילה וראש נראה לע"ד דלא היתה כוונת כת"ר לעשות ספק ספיקא אלא להגדיל כח הספק דוקא יען כי בדיני ממונות לא נפקא מינה לדינא בין חד ספיקא לתרי ספיקי כי הגם שמצאנו דבר זה נכנס במחלוקת הפוסקים בס"ס בדיני ממונות זה לעומת זה דיש סברת הפוסקים דסברי מרנן דבס"ס יכול אפילו להוציא מיד המוחזק ולעומת זה יש סברת הפוסקים דס"ל אין חלוק ואפילו בס"ס לא מפקינן מיד המוחזק עיין להרב החבי"ב בס' כנה"ג סכ"ה יעו"ע עכ"פ כבר הורה זקן הרה"ג מהרח"ש בתשובה הובאה בספר משפ"ט צד"ק ח"א ס"ב שכבר נתפשט המנהג דבס"ס אין מוציאין מיד המוחזק ומצינו להרב כנה"ג בס' כ"ה בכללי הקי"ל אות ע"ה כתב ז"ל דכן אנו דנים הרבה פעמים הלכה למעשה דבס"ס ין מוציאין מיד המוחזק יע"ש וא"ך הואל והקרקע בחזקת מרא קמא קיימא כמו שכתב בס' פח"י דאפילו במקום ספק ספיקא מעמידין אותה בחזקת מרא קמא א"ך לא נפקא ולא מדי בין ספק אחד לס"ס בנדון דידן:
גם לא ידעתי הואל והידיד בא לדון מדין ס"ס למה לא שת לבו לדקדק בס"ס שבנדו"ד שאינו מתהפך מה דינו כי ס"ס דנדון זה הרי הוא אינו מתהפך כי באומרך בתחילת הספק ספק היה להחצר הזה פתח לפנים למבוי ספק לא היה מבפנים אלא מבחוץ א"ך לא תוכל עוד לעשות ספק האחר דהיאך תאמר ואת"ל היה מבפנים דילמא לא היה כאן מעולם שום חצר על זה אתמיהא דהואל ונסתפק אם היה הפתח מבפנים או מבחוץ א"ך הרי החזקת שהיתה החצר בפנים ויש לה פתח א"ך שוב אין אתה יכול לומר דילמא לא היתה שום חצר בנויה: וא"ך הואל וספק זה אינו מתהפך לכאורה נראה דלא מקרי ס"ס כמ"ש הרש"ך ביור"ד סו"ס ק"י בכללי ס"ס אלא דנראה דבנדו"ד הגם שאינו מתהפך ס"ס מקרי והוא ע"פ דברי הש"ך שם דמצינו לו שם הביא תשובת הרב מנחם עזריה זלה"ה שנשאל בדין עוף אחד שנשבר העצם מן הארכובה ולמעלה ואין עור ובשר חופים את רובו ולא הרגיש השוחט בשבירה זו בשעת שחיטה אם יש להתירו מכח ס"ס שמא לאחר שחיטה ואת"ל קודם שחיטה שמא לא יצא לחוץ קודם שחיטה וכתב על זה ז"ל תשובה כבר ידעת שאין מתירין שום איסור מכח ס"ס אלא בזמן ששני הספיקות

מתהפכין וכאן אי אפשר להפכן א"ך אין זה כי אם ספק אחד עכ"ל וסיים הש"ך על דברי הרב ז"ל דרצונו לומר דליכא למימר את"ל יצא לחוץ שמא לאחר שחיטה דלאחר שחיטה לא שייך לפלוגי בין יצא לחוץ או לא דכיון שאמרת את"ל יצא לחוץ על כורחך קודם שחיטה הוא וכו' והיתה מסקנתו דהרב ש"ך דהואל ואינו מתהפך לא מקרי ס"ס אלא דהוקשה לו על זה ממה שמצא לתשובת הרשב"א שכתב דאם נכנס לעדר ומצא צפורן של ארי יושבת לו בגבו של איל וספק נכנס ארי ודרס או לא מותר מכח ס"ס ספק נכנס ספק לא נכנס ואת"ל נכנס שמא צפורן זה לא מיד הארי אלא בכותל נתחכך עכ"ל והרי ס"ס זה אינו מתהפך דליכא למימר את"ל מן הארי שמא לא נכנס זהו קושייתו והוצרך לתרץ י"ל דשאני הכא גבי נשבר העצם דהשני ספיקות הם בגוף העצם א"ך כיון ששניהם בגוף אחד מאן לימא לן להתחיל שמא לאחר שחיטה אימא לאידך גיסא שמא יצא לחוץ ולא תוכל שוב לומר כלל שמא לאחר שחיטה אבל הכא כשתרצה לומר שמא צפורן זה מיד הארי הוא א"ך תתפוס שודאי נכנס וא"ך היאך תתפוס מתחילה בודאי ועל כורחך מתחילה צריך אתה לדון אם נכנס כלל או לא ואת"ל נכנס שמא לא דרס וצפורן זה מהכותל הוא ואף שלא תוכל להפכו מקרי ס"ס כיון דהספק הראשון שמא לא נכנס וכו' יעו"ש שהביא כמה חזוקים לחלוק זה: וע"פ חלוקו זה ראיתי להרה"ג מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה עשה ס"ס להתיר אורז של עי"ת פ' אם לאוכלו בפסח על ידי שירחץ אותו במים ובשעת בשולו ישליכנו ברותחין דאזי הוי ס"ס ספק נשאר מורסן מעורב באורז זה ספק לא נשאר ואת"ל נשאר דילמא נחלט ברותחין וכתב על זה דהגם דס"ס זה אינו מתהפך כי באומרך ספק הוחלט ספק לא הוחלט א"ך הרי אתה מחזיק שעדיין בו מורסן וא"ך היאך תוכל עוד לומר ואת"ל לא הוחלט דילמא לא נשאר בו מורסן אלא דבנדו"ד האי ס"ס מוכרח להתחיל הספק באופן זה דהיינו ספק נשאר מורסן ספק לא נשאר ואזי יחול עליו הספק שמא נחלט והגם שאינו מתהפך מקרי ס"ס וכמו שחלק הש"ך בס' ק"י בין ההיא דהרב מנחם עזריה לתשובת הרשב"א יעו"ש:

וא"ך אתאן לנדו"ד הואל ומוכרח להתחיל גם כאן הספק בסדר זה דהיינו ספק היתה החצר בנויה ספק לא היתה ולסיים עליו ואת"ל היתה דילמא בחוץ היתה הפתח הגם שאינו מתהפך לא איכפת לן הואל ובעינן לעשות שני ספיקות יהיה מוכרח להתחיל בספק היתה החצר בנויה או לא דאם באנו להתחיל בספק פתח החצר בפנים היתה או בחוץ א"ך הרי אתה מחזיק שהיתה כאן חצר א"ך שוב אין אתה יכול לומר ואת"ל זו בפנים דילמא לא היתה כאן חצר כלל וא"ך הואל וצריך לעשות כסדר הוה להתחיל תחילה ספק אם היתה כאן חצר או לא היתה ואח"ך נבוא לומר ואת"ל היתה דילמא

בחוץ היתה הגם שאינו מתהפך מקרי ס"ס ועיין להרב יעב"ץ שכתב דסברת האחרונים הסכימו אפילו ס"ס שאינו מתהפך מקרי ס"ס:
אך באמת נדו"ד אפילו אי הוה מתהפך לא מקרי ס"ס והוא ע"פ מה שמצאנו מדברי התוספ' בכתובות ד"ט שכתבו ז"ל ואכתי הא יש ס"ס ספק באונס ספק ברצון ואת"ל ברצון דילמא בעודה קטנה דפתוי קטנה אונס הוא וי"ל דשם אונס חד הוא עכ"ל והביא דבריהם ג"ך הש"ך בכללי הס"ס אות י"א וכתב דכן היא הסכמת הפוסקים דכל שאתה רוצה לעשות ס"ס ואתה רוצה להתיר מטעם אחד בין בספיקא קמא בין בספיקא בתרא לא הוי ס"ס יעו"ש וכן מצינו להרב מג"א בס' תל"ט שנשתמש בכלל זה יעו"ש סק"ב שכתב דלא אמרינן בדין עכבר נכנס ועכבר יוצא ס"ס באופן זה דהיינו שמא אכלו ואת"ל לא אכלו שמא הוציאו העכבר השני דזה מקרי חד ספיקא שמא לא נשאר החמץ בבית או לא דמה לי אכלו או לא הוציאו יע"ש וא"ך אתאן לנדו"ד ג"ך באומרך שמא לא היתה כאן חצר וזכה ראובן ולפי דעתך זכה מן ההפקר ואת"ל היתה דילמא בחוץ לבניין זה היתה וכל מה שבנה ראובן זכה מן ההפקר נמצא שני ספיקות אלו מטעם אחד אתה רוצה לזכות ראובן מכח זכה מן ההפקר ומה לי היתה או לא היתה הואל ומטעם אחד אתה רוצה לזכותו לא מקרי אלא ספק אחד וא"ך נדו"ד לא ראיתי בו שום זכייה לראובן מצד הס"ס שרצה כת"ר לעשות הן מצד דס"ס בממונא אינו מעלה ואין מוריד ובפרט דאין כאן ס"ס בנדו"ד הואל ותרי הספיקי משם אחד נוהוי הנלע"ד החותם בשנתינו זאת התרס"ב לפ"ק צוי"ם וימ"ן:
הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט:

סימן רנה

על מאי דשאיל מו"ר מינן לחוות דעתנו בחצר של שותפין שאחד מהם כאן ואחד מהם במקום אחר והחצר נתרועעה על זה עמד השותף שבכאן ובנה ושכלל החצר ובנה בה עליות מה שלא היו בה מקודם גם הוסיף בחצר ועשה בה בור של מים הנקרא עטפיי"א כדי שירדו לה מי גשמים לשתות מהם כל השנה נוסף על זה ציור וכיור ואחר כלותו מעשות כל אלה בא לשאול כיצד יהיה לו עם השותף שאינו כאן בגביית חלקו המגיע לו אלא היו תוכן דבריו יומ"ץ: תשובה לכאורה נראה דכל דבר הנוסף על מה שהיה מקודם אפילו בנין העליות שבנה אך למותר יחשב כי הגם שכתב הרמב"ם ופסקו הש"ע בס' שע"ה דהחצירות הם ראוין לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות וכו' ואפילו עמד אחד שאינו שותף ובנה חשבינן ליה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו וכו' מכ"ש בנדו"ד

שהם שותפין ומן הראוי לומר דהשותף יכול לכפות שותפו לבנות עמו גם העליות בחצר השותפות אך כל זה יוצדק אלו לא היתה החצר מקודם לזה בנוייה ומשוכללת. אלא עדיין לא הושלמה בבנין הוה הדין כדאמרן אך הואל וכבר היתה מושלמת ומשוכללת מימות אביהן הדרן לדינא דפסק מור"ם בס' קנ"ד ס"א ז"ל שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל אלא כמו שבנאו או קנאו או ירשיה יש להם לנהוג בו ע"כ וא"ך גם כאן הואל ומימות אביהם נשתכללה החצר ולא נשתעבדה אלא לפתחים שהיו בה מקודם ודאי מה שעמדו ובנו העליות והפתחים יותר הם כיתור דמי וחלוק זה הרי הוא מפורש יוצא מדברי הרב כמוה"ר יואל זל"ה בח"ב סק"ט יע"ש שכתב זל"ה ומ"מ נראה לחלק בפשיטות שזה שאין יכול לשנות ממה שבנאו הוא דוקא אם גמרו בנין החצר שנראה מתוך מעשיהם שהשלימו הבנין שהיה בדעתם לבנות דאז שייך לומר שלא נשתעבדה החצר אלא לאותם פתחים וכו' אבל כל שעסוקים ובבנין ולא נתייאשו ממנו נראה פשוט שיכולים לעשות עליות וכו' יע"ש הרי מפורש חלוק זה שאחר שנשתכללה החצר לא מבעיא שאין שום שותף יכול לכוף חבירו לבנות עליות אלא אדרבא חבירו יכול לעכב עליו מלבנות ולהרבות פתחים למקום:

והגם ששם שם באותו פסק בא רמוז דרבני מקנאס זלה"ה פסקו וכתבו דהא דפסק מור"ם ריש קנ"ד שאין אחד מהשותפים בחצר יכול לשנות וכו' אלא דוקא כשקנאו או ירשו הבתים כמות שהם לפי שלא נשתעבדה החצר אלא לאותם פתחים שהיו בשעת הקנייה והירושה אבל אם בנאום הם עצמם כ"א יבנה בקרקע שלו אע"פ שהחצר בשותפות כולם יכול להוסיף כל אחד מהם פתחים אחרים כמו שירצה לעולם כמו שהיה כחו מעקרא קידם הבניין לבנות כמה בתים ועליות ולהוציא פתחים לחצר ע"ך ואני לקוצד"ן דהגם דראיתי להרב יואל זלה"ה דחה דבריהם ולא שני ליה בין ירשו וקנאו לעמדו ובנו יע"ש לקוצ"ד נראה דמה שפסקו רבני מקנאס אמת יהגה חכם ודבריהם מיוסדים על פי דברי רבינו ירוחם שהביא הרב"י סו"ס קס"ד שכתב שם בדין הבית והעלייה של שנים ובא בעל העלייה לשנות וכו' על זה כתב הרב"י דברי רבינו ירוחם דאם לקחוה מתחילה בנויה או ירשוה כך אינו יכול להכביד יותר מתחילה שאם היתה בנויה שקמים לא יבנינה ארזים ואם הם בנו אותה מתחילה כגון שלקחו חורבה יכול בעל העלייה להכביד יותר ממה שהכביד מתחילה כגון שמתחילה בנה שקמים ועכשיו רוצה לבנות ארזים כי מתחילה אם היה רוצה היה בינה ארזים ולא הפסיד מה שבנה שקמים כ"ך הה"ר יונה בפרק ראשון דבתרא עכ"ל הרב"י וחלוק זה לא נמצא שם עליו חולק ועיין להגהות הדרישה"ה ופרישה"ה שמפורש שם טעמא ותבלין להאי חלוקה יעו"ש ודין זה פסקו מור"ם בס' קס"ד

ס"ז יעו"ש וא"ך מזה ודאי למדו רבני מקנאס לחלק ג"ך בנדו"ד דהוספת הפתחים דיש חלוק בין קנו וירשו לבנו דודאי אין לחלק בנושאים ויש ללמוד משם ואי לא מסתפינא אמינא דהרה"ג מוהר"ר יוא"ל זלה"ה אשתמטתיה דין זה דפסק מור"ם איך שיהיה עכ"פ אתאן לנדו"ד דמיירי בחצר שירשו הוא מוסכם אלבא דכ"ע וא"ך הואל והיתה משוכללת נראה דלא היה לו כח לזה השותף הבונה להוסיף שום עלייה ושום חדר:

ועוד אפילו בבנו הם עצמם לא אמרו רבני מקנאס שיכול להוסיף ולבנות כל זמן שירצה אלא בכגון נדון שדברו בו דהייני שהיו משתמשים בחצר וכל אחד חלקו מבורר ורצה להוסיף בחלקו פתחים ועליות יכול לעשות חו"ר אבל בכגון נדו"ד שהם שותפים בבתים ובכל מקום ומקום ודאי הואל וכך בנו מימים הראשונים וגמרו הבנין הרי גילו דעתם שאינם רוצים לבנות עוד וכמו שפירשו שזהו הבנין ותו לא וכמו שמובן הדבר לפי הטעם המובא בהגהו"ת הפרישה"ה והדרישה"ה על דברי רבינו ירוחם כנז"ל יע"ש וא"ך בנדו"ד שהם שותפים בכל החצר ובכל הבתים אפילו אלו היתה החצר הזאת הם בנאוה היה כל אחד יכול לעכב על חבירו שלא יוסיף עוד שום פתח: וא"ך לכאורה נראה דהיה דינו כאן לדון אותו על פי פסק מור"ם ס' קע"ח ס"ג דבבנין שאינו צריך אם הוא מוחה יכול לומר לו טול עצך ואבניך וא"ך נדו"ד הואל ואלו היה השותף כאן היה יכול למחות בו שלא יבנה או אפילו עבר ובנה יאמר לו טול עצך ואבניך א"ך מה מקום כאן נשאר לזה השותף לבוא לב"ד לשאול מהם שיעשו לו תקון כדי להיות לו פרעון על מה שהוציא על חלק השותף:

אך לפי האמת נלע"ד דכל מה שכתבנו הוא אלו היתה החצר עדיין קיימת ועמד זה השותף ובנה עוד עליות וכו' הוא דהוי הדין הכי ברם לעת עתה שכבר החצר הנז' הוחצו נתיבותיה ונטו כותליה ולא נשארה ראויה לדירה והוצרכו לחדש חדשים נלע"ד דהרשות נתונה ביד השותף לבנות עוד בתים ועליות נוספים כאשר יראה טוב וישר הואל ועינינו רואות בזמנינו זה מנהגא נהוג כל מי שהשפיע לו ה' טובה אפילו חצירו עומדת על קמותיה מפיל חומותיה ארצה ומפלי לעשות בה בנינים מצוינים מכ"ש מי שבא לבנות הנהרסות אפילו אינו מן המושפעים דוחק עצמו ובונה ומחדש בה בתים ועליות כאשר ידו משגת והואל ומנהגא נהוג גם אלו השותפין כל מה שעשו להוסיף בתים ועליות ברשות עשו וכמ"ש מור"ם בס' קס"ד ס"ו ששם פסק הש"ע שבעל העלייה אינו יכול לשנות ממה שהיה הכותל בגובה ולא בכובד התקרה ועל זה סיים מור"ם וכתב דאס היה המנהג לשנות אזלינן בתריה יעו"ש וממנו נלמד לנדו"ד הואל ולעת כזאת נתפשט המנהג לבנות עליות ודיוטאות וכו' א"ך מה שעשו השותפים האלו ברשות עשו אפילו

נימא דבזמן בניין החצר בתחילתה לא היה מנהג לעשות עליות ואדעתא דאותו מנהג עכ"פ לעת עתה הואל ומנהגא נהוג שכל אחד מחדש חדשים וכל מי שנהרסה חצירו עומד ובונה בה מה שלא היה מקודם גם זה השותף מה שעשה לעת עתה לפי מנהג הזמן כדין עשה:

ולאחר החפוש כאשר דמיתי כן מצאתי בפשיטות להרה"ג מוהריב"ו זלה"ה שפסק כן בס' קפ"ב שנשאל בחצר שהיתה משותפת בין משה אלכרראט ובין יורשי אחיו ובית אחת מהחצר נטו כותליו ליפול ואינו ראוי לדירה ורצה הר"מ הנז' לבנות הבית ולתקנו לדירה וגם לבנות פוק"י הוא עלייה בחצר הנז' ועל זה השיב ז"ל ועל עניין האלפוקי שרוצה הר"ם לבנות אם מנהג המדינה לבנות פוקי בחצירות יכול הר"מ לבנות האלפוקי יע"ש הרי משם ברירה שאפילו היתה החצר כבר מסויימת ולא נטתה דעתו לבנות כי אם לעת עתה הואל ונפלה הבית ונהרסה הוזקק לבנות רצה לעשות האלפוקי עכ"ז פסק הרב שיכול לבנות ובודאי דדעתו של הרב שפסק כן הוא על סמך דברי מור"ם דס' קס"ד שרמזתי אני עני לעיל:

איך שיהיה מה שנלע"ד הוא דמה שבנה השותף בתים ועליות הוי דינו כאלו נטע שדה העשויה ליטע אך מה שבנו בור ודות וציור וכיור ודאי אך למותר הוא ודינו כמ"ש הש"ע בס' קס"א דפסק שם בני חצר כופין זל"ז לעשות וכו' אבל ציור אינו כופהו וכו' יע"ש:

ועל פי האמור נלע"ד דלענין הוצאות בתים ועליות דינייהו הוא שהב"ד ימשכנו אותם בידם עד שיפדו השותפים חלקם המגיע להם הואל ואינם לפנינו לפרוע חלקם ותקנה זו שממשכנים חלק השותף ע"פ בדי"ץ הוא כאשר הורו המורים רבנן הראשונים זיע"א שהגם שהדבר במחלוקת הוא שנוי דלדעת רש"י בדין הבית והעלייה ס"ל בעל העלייה יורד ודר דוקא אבל להשכיר ולקחת השכר אסור דהוי שכר הלואה ולדעת התוספ' לא כן הוא ויש מן הפוסקים שפסקו כדעת רש"י והדברים מעלים ארוכה אך רבנן סבוראי ובתראי הכריעו דיכול לשכור כמו לדור וכן כתב הרב נתיבו"ת המשפ"ט ס' קס"ד יע"ש וכן פסק הרב הגדול מוהר"ב בס' משי"ש:

ועדיפא מזה עיין להרב משה"ר מער' שי"ן דשם פסק כבעתא בכותחא דהשותף בונה ודר או שוכר כרצונו עד שישלם לי ואין חשש רבית כלל ומחלק בין דינא דפסק מור"ם בס' שע"ה דאם השכירה לאחרים וקבל שכר דמנכין לו מה שקבל וכו' התם דוקא הואל ואין לו עסק באותה קרקע אלא הלך ובנאה מעצמו אבל בשותף שיש לו חלק דין הוא דאפילו השכירה אין מנכין לו כלל יעו"ש וא"ך מן הראוי לפסוק דהבדי"ץ ממשכנים לו

כל מה שבנה בעד הוצאותיו ואזי ידור וישכור כרצונו עד שיתן לו הוצאותיו וכמו שפסק הרה"ג המלאך ר"ב זלה"ה:

אך הואל ומצינו להרה"ג מוהריב"ו זלה"ה שהוא אחרון חביב בס' קפ"ב ששם נשאל על מה שרמזנו לעיל שהר"מ לכרראט כשנפלה להם הבית בחצר המשותפ' ורצה לחדש בה בניין הבית והאלפוקי על זה פסק להם שיכול לבנות הבית והאלפוקי ואם אין ביד השותפים במה לשלם חלקם ימשכנו הבית בידו ויהנה בפירות השבח שהשביח בבניין מחמת ההוצאות שהוציא דהיינו שישומו הבית כמות שהוא עכשיו כמה שוה שכירותו בכ"ח והגם שאינו ראוי לדירה אפשר שראוי הוא לדבר אחר ואחר שיבנה אותו ישומו השמאים כמה שוה השכירות בכ"ח דרך משל אם עכשיו שוה שני אוקיות ואחר שיבנה יהיה שוה שבעה אוקיות יפרע לשותף בכל חודש מה שעולה להם מהשני אוקיות כפי שעור חלקם ויהנה הוא בחמשה אוקיות שהשביח מחמת הוצאות הבניין עד שיפדו ע"ך ונלע"ד דגם הרב משה"ר והרב נתיבו"ת המשפ"ט יודו בתיקון זה ומה שלא זכרו מזה אפשר משום שהם דברו בבית ועלייה ושם לא היה מקום הבית שוה לכלום קודם התיקון ולא היה ראוי לשום שכירות או אפשר דלא הוצרכו לבאר דבר זה יכל כוונתם היתה אלא לשכור ולדור כדי ליהנות מה שכנגד הוצאותיו וגם הרב מוהר"ב זלה"ה יכולני לומר דמה שבאו דבריו סתומים ולא פירש דלא יהנה השותף אלא בריוח שנתהווה מכח הוצאותיו אפשר דנדון שדבר בו הרב היה מקום שקודם תקונו לא היה שוה כלום אבל אה"ן אלו היה מקום שהיה ראוי לשוכרו בדבר מועט אפשר יפסוק הרב שלא יהנה השותף שהוציא ההוצאות אלא בריוח שנתהווה מהוצאותיו זהו מה שנלע"ד בדין הבתים שנתרועעו:

אבל בדין הבתים והעליות שלא היו מעולם ופנים חדשות באו לכאן בזה ודאי לא היה שום ריוח כלל ממקומם כי אין אדם שוכר האויר וא"ך כל מה שירויח משכירותם יזכה שותף הבונה עד שיקח הוצאותיו דדבר שלא היה בעולם דין הוא שיקח הוצאות הנאתו כמו דאמרן וכמו שמוכרע הדבר דכתבנו וכן כתב ג"ך בפשיטות הרב מוהריב"ו זלה"ה בפסק הנז' שסיים וכתב ז"ל ועל עניין האלפוקי שרוצה הר"מ לבנות אם מנהג המדינה לבנות פוקי בחצירות יכול הר"מ הנז' לבנות האלפוקי ואם אין לשותפים במה לשלם חלקם צריכים הם למשכנו כדי שיכול ליהנות בפירות שכירות הדיורים בעד ההוצאות שיוציא בבניין וכן היו דנים במחז"ק ב"ד שלפנינו חלקם בחיים וגם אנחנו הולכים בעקבותיהם עכל"ה הרי מפורש דבמשכונת האלפוקי לא כתב שום נכוי מהשכירות כי פנים חדשות באו לכאן ודין הוא שיטלו כל השכירות בעד הוצאותם:

והגם שבאמת הבונה חורבתו של חבירו מצינו למור"ם ס' שע"ה שפסק דאם היה משכירה מנכין השכירות מההוצאות כבר מלתינו אמורה משם הרב משה"ר דשאני התם הואל ואין לו שום שתוף בקרקעו אלא ירד מעצמו ובנה לא כן בשותף וכמי שהביאנו דבריו לעיל:

ומה גם דעדיפא מזה מצינו להרה"ג מוהר"ר רפאל ברדוגי זלה"ה בס' משי"ש ח"ב ס' קפ"ז שכתב בענין הבינה חורבתו של חבירו והיה משכירה הדין הוא הואל ומצינו למר"ן בב"י הביא דברי רי"ו בסוף ס' שע"ה בלי שום חולק וכו' פשוט דאינו משלם אלא שכר הקרקע כמו שהיה שוה קודם הבנינים ואינו משלם שכר הבנינים יעו"ש והרב מוהר"ר יוא"ל זלה"ה חזק דבריו יעו"ע בח"ב סוף ס"ג שכתב ז"ל ומ"ש הח' הפוסק כמוה"ר ר"ב נר"ו שהבונה חורבתו ודר בה שאין להעלות לו שכר שלים כמו שהיתה אחר הבניין כי הפירות ההם נתהוו על ידי מעותיו והוצאותיו אלה כמ"ש הרא"ש ורבינו ירוח"ם שהביא הרב"י בסו"ס שע"ה ז"ל כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליו בית עכ"ל היא סברא אמתית דאיך זה יבנה וישכלל הבית ויאכל הלה וחדי ואף שמדברי מורים שע"ה משמע קצת דמשום שחרוריתא מגלגלין עליו הכל דמשמע דמנכה לו כל שכרו אין השכל נותנת אלא כדברי הרא"ש ורי"ו שהביא הרב"י עכ"ל מזה תדון דאין לבעל הקרקע אלא מה שהיה מרויח קודם הבניין דוקא וא"ך במקום שלא היה מרויח אין לו כלום אפילו בבונה חורבתו של חבירו מכ"ש בנדו"ד שהם שותפים:

וא"ך לקוצד"ן שישומו השמאים שומת בניין הבתים והעליות שנתחדשו בבניין הראוי לעשות וישומו כמה שכירות היתה שוה ג"ך החצר קודם הבניין והתקין ואזי יתמשכנו ביד השותף בחלק הנוגע לשותף בההוצאות בחלקו ויהיה מנכין לו מההוצאות שעור חלקו שיהיה מגיע לו בשכירות שהיתה ראויה חצר זה להרויח קודם התיקון ותו לא מדי: ונגד מה שהוציא השותף הזה בדברים שהם אך למותר דהיינו ציור וכיור ובור ודות שלא נהגו בהם במח"ק בזה ישומו אותם השמאים כמה ראוי להוציא בהם ויעשה קב"ע שהוא הוציאם מכיסו ואזי הנאתם ג"ך תהיה לבונה לבדו ואהנייה ליה השומה והעדות לעת מצוא שימצא כאן השותף ויבא לאשתעי דינא עם זה השותף הבינה אם יאמר לו טול עצך ואבניך אזי תשאר כל הנאת דבר היתר לבונה ואם גילה דעתו דניחא לי אזי ישלם חלקו וכמ"ש בס' קס"א יעו"ש. זהו הנלע"ד בקצור בסדר כי תבנה בית חדש כאן שנה תרס"ב לפ"ק פה סאלי יע"ה וצוי"מ וימ"ן:

הצעיר רפאל אנקאווא סי"ט יה"ר כמו שזכיתני להקריב לפניך קרבן בקול רנ"ה כן תזכיני להעלות לפניך קרבן שלמי"ם שאר תשובותי שתחת ידי המה אכי"ר. לקט שכחה יען

כי ראיתי לרבנן הקודמים כמה מהם אחר שחתמו ספריהם היקרים עשו סגולה ותועלת גדולה שבאו בנופך שפי"ר בתוספת ערוכה מלקוטי דינים מספרי הקודש קמאי ובתראי עד אשר כל רואיהם ישתאה, על כן גם אני הצעיר אמרתי ברגלם אעבורה. והגם שכתוב וערוך לפני קרוב לאלפים דינים מלוקטים לא בא מן הכתובים אלא קצת גרגרים מכל או"א יען כי כבר קדמוני רבנן קמאי ולא באתי אלא בלקוטי הנמושות לקוטי בתר לקוטי מה שלא העלו רבנן בספריהם ואין כאן כי אם לקט שכחה:

אות א' אשה שלותה ואח"ך נשאת עיין בש"ך ס' ס' ס"ק ה' דס"ל דחייב הבעל לשלם ממה שהכניסה לו ועיין בספר זכור לא' חלק אהע"ז אות אלף ועיין באהע"ז סצ"א ס"ד ובמר"ן סקל"ב ס"ב ובסמ"ע וש"ך שם ומהריט"ץ רל"ה ובכר"ח ח"א חיור"ד סמ"ג וש"ך סו"ס קי"ב ועיין באהע"ז במור"ם ספ"ו ובספר פח"י א"א ובספר חתם סופר סנ"ה יעו"ע:

אשה שלותה או קנתה איזה דבר אחר שנשאת אם הבעל חייב לשלם או לא עיין בחומ"ש סצ"ו סעיף אחרון ועיין שם בש"ך ועיין בזכול"א בח' אהע"ז אות א' ועיין בס' שער שלמה ספ"ז ובס' צו"ד דף נ"ו ע"ע:

אונאה ישראל וגוי שותפים וקנה מהם ישראל אחד סחורה ונתאנה אם אינו יכול לחזור על העכו"ם משתלם הכל מהישראל אבל אם בדיניהם יכול להשתלם מן העכו"ם אלא שהוא אלם הישראל משלם חלקו ותו לא עיין בזכל"א חו"מ א"א ובמר"ן שצ"א ובש"ך ס"ז ובס' ת"י סל"ב ול"ד ול"ה ול"ו ול"ז ובס' גור אריה ס' רכ"ז סק"א ע"ש:

אשה שהחזיקה בשל יתומים גוזרין עליה לקונסה שלא תנשא עיין מור"ם סי' שנ"ח ס"ה יע"ש:

אבדה ראובן נפל מידו חפץ ומצאו גוי ואח"ך מכרו לישראל ובא עכשיו ראובן ותובעו להחזיר לו עיין בס' גושפנקא דמלכא דף מ"ה ע"ב ועיין בספר שדה הארץ סי"ג ועיין סוף ס' שנ"ז ודו"ק:

ראובן ושמעון שנתפזרו להם מעות כל אחד מכיסו ובקשו ומצא ראובן קצת ושמעון טוען שיתן לו מעט ממה שמצא ויתן לו שכרו הדין עם ראובן עיין מר"ן ס' רס"ב סי"ד ועיין שד"ה האר"ץ סי"ב יעו"ע:

אומדנא היכא שנמצא אומדנא דמוכח שהמת עדיין בידו דמי המלוה ע"פ חשבונותנו עיין מהריט"ץ שאלה י"ו:

יורש שהוציא שטר על ראובן והאומדנות מוכיחות שהשטר מזוייף או פרוע אזלינן בתר אומדנא דמוכח בדיני ממונות להחזיק המוחזק בשלו בע"י חי"י סיו"ד יע"ש:

אנס ישראל אנס דלא ציית דינא דינו כגוי אנס באה"ט סו"ס רכ"ה ע"ש: אפוטרופוס אפוטרופוס ששכר נכסי הקטן אחר שהגדיל או קודם שהגדיל ושכרו לזמן מרובה עיין בס' בע"י חי"י סר"ו תוך התשובה ע"ש: מי שבידו נכסי יתומים ומת לא טענינן ליורשים שמא פרע אביהם כנה"ג עס"ה סק"ח סקל"א:

אות ב' בכור אם יטול פ"ש בשכירות הקרקע בין מיתת אביו לזמן חלוקה עיין בס' גושפנק"א דמלכ"א סמ"ח יע"ש:

אות ג' גבייה אם הלוה של ראובן נושה מנה בשמעון וכתב עליו שיפרענו כל זמן שיתבענו המלוה יכול ראובן להוציא ממנו אפע"פ שהמלוה שלו מרחיב לו הזמן טו"ז משם הריב"ש הביאו הבאה"ט סיעז צ"ט סק"ח יע"ש: המקדיש ס"ת אין אשה ובע"ח גובים ממנו אפילו אם הקדישו בשעת מיתה אין האשה יכולה לגבות ממנו עיין בס' תוש"י ח"ב סמ"ג ובחו"מ סקי"ז ס"ז ובמשחד"ר ס' ק"ז ע"ש:

אם המלוה מאוחר בא לגבות מטלטלין או מעות אין לומר לו שיתן ערב שאם יבוא מלוה מוקדם גו"א סק"ו ע"ע:

גרמא בנזקין סופר שכתב שטר לראובן ונתנו ביד שמעון אביו עיין בש"ך ס' ס"ו סקכ"ז אי הוי כמאבד בידים או גרמא דוקא ע"ש:

גניבה היכא דהיה ראוי להוציא הכלי שלו מיד הגנב ואזל אדם וקנאו מוציאין מיד הלוקח בלי מעות ש"ך בס' שנ"ו סק"ח ועיין בב"י סט"ו משם הריב"ש זלה"ה:

מי שהכיר באחד שרצה לגנוב לחבירו ולא הגיד לו ראוי לעונשו עיין בסמ"ע שנ"ו סק"ג:

מי שנגנב ממנו כסף או זהב וראו איש מקולקל בדרכיו שהיה בידו כסף וזהב והיה רוצה להתיכו בחנות אומנים שונים ואומדנות אחרות והורה רשד"ם למסור אותו לערכאות בשביל חוב קרוב לשווי הכסף עד שיודה תרומ"ת הדש"ן תי"ו תי"ז פ"ך לשון גו"א סו"ס ט"ו ועיין בס' כר"ח סקמ"ב ועיין משכנות הרועים אות מים סקי"ג והטור ס' ס"ה ע"ע:

גזים ולא עביד הא דאמרינן גזים אינש ולא עביד כתב הטו"ז ס"ק משם התוספ' דלא נאמר כלל זה במי שהוחזק ע"ש:

אות דלת דיינים גוי וישראל הבאים לדון לפני דייני ישראל דיינין ליה במאי דניחא ליה דהיינו אם יש לו נח"ר בדיני כותים דיינין ליה כדין הכותים, כן ראיתי להרב יוא"ל בתוש"י ח"ב סימן צ"ז ועיין בס' ש"ו בדין כותי שמכר שטר לישראל ועיין בס' קכ"ו בש"ך ס"ק צ"ט ועיין בגושפנק"א דמלכ"א דמ"א ועיין בגוא"ל סו"ס ועיין בס' התקנות בכותי ששם פסק דין כתוב שהרבנים שם פסקו דדוקא אם הגוי לא היה בידו שטר כתוב בעדי

ישראל אבל אם היה בידי שטר בסופרי ישראל דיינין ליה כדינינו ועיין וי"ץ סט"ז דף נ"ה ע"א:

מי שהתנה על חבירו שלא ידון בדיני ישראל אלא בדיני כותים, אם הוא ממון שמותר לדייני ישראל לדון עליו ידון בדיני ישראל וידונו אותו כדיני עכו"ם ואם הוא ממון שאסור לדייני ישראל לדון עליו כמו הלואה שעברה שמיטה עליה הרי זה ידון עמו לפני דייני עכו"ם, עיין בסמ"ע בס' ס"א סקי"ד ועיין בס' שס"ט בהג"ה האחרונה יע"ש:

כתב הרב יוא"ל זלה"ה ח"ב סק"ד דהא דכתב מר"ן בס"ט דאסור להשיב על טענת אחד מבעלי דינין ולכתוב פסק היינו אם בע"ד וכו' אבל אם בעל דין השואל הוא עני או יתום מותר ע"ש:

אם אחד אומר נתדיין בדין תורה וחבירו אומר נתדיין בדין הסוחרים הדין הוא שצריך להתדיין בדין תורה ואם קבלו קנין להתדיין ע"פ הסוחרים צריך לקיים הקנין ואם בשעת הקנין הזכיר ע"פ סוחר פלוני ואח"ך אותו סוחר לא רלה לדיין אותם בטל הקנין והשבועה בע"י חי"י סי"ג ע"ש: ת"ח דסני שומעניה ובזה לראש הקברנים אין למנותו פרנס על הצבור ואפילו ימנוהו מעבירים אותו בע"י חי"י ס"ז:

אם הנתבע רוצה לפסול השטר והדיין רואה שיש בו זכות אלא שאין התובע טוען הזכות חייב הדיין לפסוק ע"פ ראיתו גו"א סט"ו סק"ב:

אות ה' הרשאה מי שהוא מסופק בדבר ואינו יודע האמת יכול להרשות לקרובו ומשביע לנתבע הסת וכן אם מוחזק ירשה לקרובו וישבע קרובו ויפטר עיין ש"ך בס' ע"ה סקמ"ב ובס' קכ"ג סק"ך שכתב כן ע"ש: הודאה מי שהיה חבירו נושה בו מנה והיה רוצה ללכת לעיר אחרת ועכבו המלוה והודה לו במאתים ואח"ז חזר לביתו ונתישב בדעתו ודקדק שלא היה לו מאתים פטור עיין צרו"ר החיי"ם:

שנים או שלשה חברים שאמר אחד מהם אנו עשינו זה ושתקו האחרים הויא לגבייהו שתיקה כהודאה עיין באה"ט סו"ס קל"ח משם הרדב"ז זלה"ה משכנו"ת הרועי"ם מער' שי"ן אות רכ"ג ומר"ן ספ"א ובפת"ש שם: ראובן שלוה משמעון פ"א ושניה ואח"ך שלח לו פ"ג וכתב בזה"ל תערף די סלפתלנא האדו 2 דנובאת ודאבא נחבוך תסלפנא פ"ג והחתים עמו גם לוי ולוי היום טוען שהלואות הראשונות לא חתם עליהם לא נפטר מזה עיין משח"א דרבות"א שיש חלוקים בזה ע"ש סימן מי"ם:

אות ח' חזקה מי שהחזיק במקום בה"ך אין חבירו יכול לישב במקומו ולהסירו ואם במקום שכותבין שמות על המקומות הוי כשטר עיין סי' ק"ס ס"חב הג"ה גם נקרא קרקע לגבות ממנו בע"ח כמ"ש בס' צ"ו גם נקרא קרקע למצרנות גו"א סק"ם סק"ז ע"ש:

המחזיק להפנות בבהכ"ס של חבירו לא הוי חזקה עיין מהרי"ד חחמ"ש סמ"ב ועיין זכול"א חחמ"ש אות נו"ן ואם החזיק לשאוב מבאר חבירו ג"ך יכול למונעו מאמר קדישין סק"ם סקכ"ד ע"ע:

אם גוי קנה מישראל קרקע והקנה גם כח הנשאר לו מכח חזקה ורקן כל כחו לא נשארה לו חזקה עיין וי"ץ סע"ז דף נ"ה ע"א יעו"ש:

מי שמוחזק בכלי תחת ידו וחבירו טוען שהוא שלו ויוציאנו לעדים לראותו אם מחייבים אותו להוציאו עיין בס' קל"ד ס"א ובסמ"ע סע"ב ס"ק ק"ו ע"ע:

אות ט' טופס השטר אם נקנה בכתיבה ומסירה עיין להרב גו"א דרמון זלה"ה הלכות מלו"ל יע"ש דמהני:

אם הנתבע אומר לחבירו תן הטפסה מן השטר שיש לך עלי עיין במר"ן סו"ס י"ג ובסמ"ע ובגר"א ובס' בע"י חי"י ועיין בסה"ק ספר פעמונ"י זה"ב סט"ו:

אם בע"ד שיצא חייב בדינו אומר לזכאי תן לי הטפסה מפס"ד שיש בידך עיין בספרי הקטן קרנ"י רא"ם:

יכול לכתוב המלוה טופס מכתב יד ויכתבו בו שכת"י נתקיים בבדי"ץ ויכול לתבוע בו את ההלואה שלו כ"ך הרב גוא"ל ריש ס' ס"ט ע"ע:

אות יו"ד יורשים במקום דאין גובין מיורשים קטנים אם לא הניח להם אביהם אלא שעור שיפרעו בו החוב הרי זה ינתן ביד אפוטרופים ולא יהנו כי אם מן הריוח עד שיגדלו עיין גו"א סק"ח סק"ז וגו"א סק"י סק"ב ובסה"ק קרני ראם סכ"ט יע"ש:

יטרא מי ששלח ליטרא לחבירו אפילו תהיה האליטרא יוצאה מתחת מי שיצאתה עליו אינו נפטר מדמי החוב עד שיהיה חתימת השליח עליה שקבל המעות כך פסק הרב יוא"ל סק"ד יעו"ע בחלק ב':

ראובן שחתם על ליטרא כדי שיפרע אותה בזמנה וביום הזמן חזר בו ואומר לא יש בידי שום ממון של המשלח והיה סבור שישלח לו ולא שלח עיין בס' גו"א למהר"ם דרמון ועיין בס' גושפנק"א דמלכ"א יעו"ע דפליגי ע"ש: אות כא"ף כתב יד ראובן שאומר לשמעון הנה יש בידי כתב ממך שמכרת סחורתי והוא יותר ממה שאמרת שמכרת לי הדין עם ראובן עיין בהרב"י סס"ט מחס"ה ועיין בסמ"ע ס"ט סקי"ב ועיין בש"ך סקט"ו ובטו"ז: במקום שמנהג הוא שאין אדם פורע כתב יד עד שקורעו או תופסו מיד המלוה אפילו אין בו נאמנות אינו נאמן לומר פרעתי גו"א סס"ט ועיין מ"ש מזה בסה"ק קרני ראם סכ"ח יע"ש:

במקום שבדיני עכו"ם אינו נאמן לומר על הכת"י פרעתי אם נאמר גם בדיני ישראל לא יהיה נאמן הואל ומסתמא לא יניחו בידו מחשש שמא יתבענו בערכאות עיין שם שהניח בצ"ע:

אות למ"ד לא תהוי באעבורי אחסנתא הוא דוקא מברא לברא אפילו מבישא לטבא ובשניהם פשוטים אבל מפשוט לת"ח אין בו משום אעבורי אחס' משה"ר מערכת ח' אות ס"א:

גם דוקא במקום בנים אבל במקום שאין לו בנים מותר להעביר מיורש ליורש כן ראיתי בס' צו"ד:

אות מי"ם מקח טעות ראובן שקנה בגד ופרע המעות ואחר איזה שעות אמר שמצא בו נקב והמוכר משיב לא כי אלא בדקתיו עיין זרע יעקב סכ"א שהעלה דאם כבר פרעו אינו נאמן אפילו בשבועה ואם עדיין לא פרעו נשבע ונפטר: הא דכתב מר"ן בס' רל"ד שחט פרה ומכרה ונודע שהיא טריפה מה שאכלו אכלו ויחזיר הדמים וכו' מיירי בידע המוכר שהיא טריפה ובמזיד מכרה עיין יור"ד ס' קי"ט בבאה"ט סקי"ד ובס' אדמת קודש סע"ה וזכול"א אות אלף בערך אונאה ובס' גוא"ל חומ"ש סרכ"ז סק"א:

מכר לחבירו קרקע המשותף לו עם חבירו ולא הודיע אל הלוקח התנאים שיש לו עם שותפו הוי מקח טעות גוא"ל חו"מ רל"ב וזכול"א אות אלף ע"ש: מכר הבית ונמצאת מושכרת ואינו יכול להוציאו הוי מקח טעות גוא"ל ס' שי"ב סק"ו:

קהל שהסכימו שלא ימכר דבר פלוני אלא לשומת כו"ך והלך לוקח אחד וקנה ביותר ואח"ך ידע הוי מקח טעות וחייב המוכר להחזיר הדמים שהוסיף עליו עיין מהריט"ץ סי"ז באורך:

ראובן ושמעון שמכרו סוסים לגוי וראובן הכנים סוס אחד בעל מום ומכרו אותם לגוי ואח"ך בא הגוי ותבע לשמעון והחזיר לו הסוס בעל מום ראובן פטור עיין ספר גו"א דף רט"ז:

מכר לחבירו שט"ח ונמצא שט"ע הוי מקח טעות כנה"ג סס"ו אות פ"ג: מלבושים מי שהקנה לחבירו כל בגדיו ומלבושיו ונמצאו לו בגדים חתיכות בגד שעדיין לא תפרום וגם חדשים שהם תפורים ומעולם לא לבשן עיין במ"ק סו"ס רמ"ח דשם מבואר דאם הוא עדיין לא נתפר כו"ע מודו דלא נכנס בכלל בגדים ואם הם תפורין ועדיין לא לבשם במחלוקת בין המחבר שם ובין הרב שבות יעקב יע"ש:

מקח וממכר מי שמכר קרקעותיו מחמת עלילה ועברה העלילה בטל המקח אפילו חזר אח"ך ונתרצה במקח עיין מור"ם ק"ץ ועיין בס' דמש"ק אליעז"ר דפירש דוקא אם המכירה לא היתה תעקרא בסתם ע"ש:

מכר לגוי מטביע בחזקת כסף והגוי מכרו לישראל ואח"ך נתגלה שהיה בו זהב יכול המוכר הראשין לחזור על ישראל הקונה עיין שד"ה האר"ץ שאלה י"ג ועיין גושפנק"א דמלכ"א ס' מ"ה ובמור"ם רל"ב סי"ח ובזכול"א אות אלף יע"ש:

לוקח שקנה איזה דבר ובשעת המקח אמר שהוא קונה בשביל פלוני וכו' ואח"ך אותו פלוני לא רצה לקחת עיין בס' בני חיי סר"ל הגה"ט: מצות שמכריזין עליהם בק"ק אפע"פ שהוא ע"י דבור בעלמא קנה והמנהג עקר זכול"א חחמ"ש אות ק' יע"ש:

מצרנות מי שמכר את חצירו אין בעל החנות הסמוכה לה יכול לזכות מדין מצרנות עיין בס' בר"א משם מוהרי"ע זלה"ה:

מי שמכר קרקע לחבירו ובשעת הקנין התנה ואמר שאין ברצונו למוכרה לשום אחד זולת ללוקח זה ואם יבוא בעל המצר לזכות בו הרי זה אין ברצונו למכור הרי זה אח"ך יכול לבטל אם יבוא בעל המצר. לסלקו כ"ך הטו"ז סק"ו ע"ש:

מסים אין לדקדק במנהגי הקהל במסים דאי מצרכת ליהו מנהג הוותקין לעולם תהיה מריבה ביניהם תרומ"ת הדש"ן עיין בס' התקנות דף ע"ג ע"ב ועיין בס' מאמר קדישין סקנ"ה סקל"ו יעו"ש:

בני עיר אחת שהיו פורעים האלגזייא ביד השר כל אחד לבדו והיה קצבה לגדול שבהם ואח"ך פשרו השר ועשה להם שיפרעו סך מיוחד בכללות והן היום טענו בני העיר על העשירים שיפרעו לפי הממון עיין מהריט"ץ זלה"ה:

מחילה אפע"ג דאין מחילה אלא בחוב ולא במטלטלין וכ"ש בקרקע וכמ"ש רמ"א בס' רע"א ס"ג אם היתה המחילה בקנין עיין תוש"י ח"ב ועיין צרו"ר החיי"ם דף ק"א ע"ב ועיין כר"ח סק"ד ועיין במ"ק סרע"א סק"ך ובב"י ריש סל"ו ובס' משה"ר אות מים ס' סמ"ך יעו"ע:

מחל לחבירו בלבו ואח"ך רוצה להוציא ממנו הוי גזל זכול"א ח"ב אות מים ומשה"ר אות מחילה יעו"ש:

מתנה מי שאמר לחבירו ליתן לו מתנה במקום דסמכא דעתו לא מצי. הדר ביה עיין בס' רמ"ג ס"ב ובש"ך ספ"ז סקנ"א ומר"ן סר"ד ס"ט ובס' ריי"ב וביור"ד ס' רנ"ח:

נתן מתנה על מנת שלא ימכור אותה המקבל ועבר המקבל ומכרה אפילו אומר שיחזור ויפדה אותה נתבטל המתנה מעקרא עיין כרם חמר ח"א סקע"ד ע"ע: מציל עצמו בממון

חבירו מי שהיה בידו חפץ חבירו והולך וראה אותו עכו"ם ורדפו אותי על עסקי עצמו ומחמת שיוכל לילך במהירות השליך אותו חפץ ונאבד הרי זה חייב עיין מהריט"ץ קפ"א ועיין בס' שפ"ח ובס' ש"ך ס"ג יע"ש:

ראובן שהיו בידו נכסי חבירו ובאו עליו לסטים ואמר להם זה ממון שלי וזה של חבירי ולקחו את של חבירו והניחו את שלו לא מקרי זה מציל ממונו בממון חבירו מהריט"ץ קפ"ה ע"ש:

אות נו"ן נתפס על חבירו אם אדם נתפס על חבירו עיין סע"ב ס"ח ובס' קכ"ח ובס' צ"ג סקל"ג ובס' שפ"ח ס"ו ועיין בס' גושפנק"א דמלכ"א דמ"ח ועיין בד"מ קכ"ח ס"ב ועיין להרב זי"ע סכ"ט שהעלה לבסוף דקנסינן ליה יעו"ש ולקוצ"ד לא נחה דעתי ממ"ש שפסק מר"ן ס' שס"ג ס"ג יעו"ש ובסמ"ע ודו"ק:

מי שנתפס בעד חבירו ונתחייב לו אח"ך מצד עצמו לפורעו ואח"ך בא לומר שנתחייב בטעות עיין דינים אלו בס' גושפנק"א דמלכ"א דף מ"ח ע"ג יעו"ש:

ראובן ושמעון שבקש מהם האלבאס"ה שיחליפו זהובים ושמעון נתן זהובים מזויפים ונתפסו שניהם ופזרו ממון חייב שמעון לשלם כל ההזק עיין בזכו"ל ח"ב אות נו"ן חח"מ ועיין בצרו"ר החיי"ם דף צ"ט ועיין משפטי"ם ישרי"ם ח"א ס' קכ"ג דומה לזה יע"ש:

ראובן ושמעון שהטיל עליהם המלך סך ממין ואחד אין לו ממה לפרוע אם מחויבים הקהל לפרוע בעדו או הוי כשנים שלוו כאחד עיין בצרו"ר החיי"ם דצ"ט ע"א יע"ש:

מי שהיה אצל שמעון כשלוה מעכו"ם ולימים עמד הגוי ונפרע מהעומד אם צריך שמעון לחזור ולפורעו עיין גושפנק"א דמנכ"א דף מ"ח ע"ג יע"ש: ישראל שהכה שליח השר ושלח השר אחר היהודים והפסידו ממון על זה אין הישראל המכה חייב לשלם ועיין בד"מ סקכ"ח ס"ב יע"ש:

נדרים נדר שהוא להנאתו של חבירו ס"ל לר"ת הגם שאם התירו מותר עכ"ז לכתחילה צריך בפני חבירו עיין סמ"ע סר"ז סקנ"ג ועיין שם דאם אינו רוצה לפרוע מכח שבועתו מנדין אותו וכו' ועיין ביור"ד סרכ"ח ועיין תוש"י ח"ב סכ"ג יעו"ש:

נזקין ישראל שתבע לחבירו שבהמתו אכלה לו או הזיקה ממונו ויש לו ע"א והעיד העד שלא היה בעל הבהמה עומד בשעת ההזק פטור עיין בש"ך סע"ב סקמ"ט ובס' ץ' סקנ"ח ובבאה"ט ועיין בס' קכ"ו סי"ד ובש"ך ס' ס"ו סקמ"ב ע"ע:

הזק שמיעה לא מקרי הזק גוא"ל סקנ"ד סק"ד והרב ק"פ מערכת נון יע"ש: כתב כנה"ג ראובן שיש לו מקום חרוב סמוך לביתו של שמעון ועושה אשפה ואומר לראובן או בנה מקומך או גדור עלי שלא יהיו משליכים שם זבל ויהיה לי הזק הדין עמו ואם אומר

שאין לו ההוצאה יכריחוהו למכור למי שיכול לבנותו או לגדור מסגרת השלחן סו"ס קנ"ה ומאמ"ר קדישי"ן שם וכבר כתבתי דזה יוצדק אפילו אלבא די"ח שכתב שם מור"ם סו"ס קנ"ה ע"ש: בית שיש עליה עליות שניים ושלשים ונפלה דליקה בבית ומחמת זה בעל העלייה שבר גג עלייתו ומזה נצול הבית והעלייה ולא נשרפו העלה בס' ש"י דגם התחתונים צריכים ליתן לסיוע הגג עיין מאמר קדישין סו"ס קס"ג ועיין בבנ"י חי"י סו"ס ש"ג בהגב"י יעו"ש:

אות עיי"ן עקול מי ששכר סוס מחבירו ובא בע"ח של המשכיר לעקלו עיין בחומ"ש ס"ס ובס' שי"ב ועיין בס' זכו"ל אות עקול יע"ש:

ערב ראובן שהלך אצל סוחר אחד לקנות ממנו סחורה ואמר לו דע לך שאני קונה אותה לשמעון אבל אני אפרע לך. והם בתוך הדברים בא שליח שמעון ואמר לו לראובן כה אמר לך שמעון צריך שתקנה בהרחבת זמן הרבה ולא אסתייע מילתא ויפרדו איש מעל אחיו ואח"כ באותו היום אסתייע מילתא ועמדו במ"ג יחד וקנה הסחורה ה' שמעון הנז' מן הסוחר וראובן היה עומד ושותק ואחר כך תבע הסוחר לראובן לפרוע לו ע"פ דבריו הראשונים וראובן משיב מה לי ולך זה הדברים היה כבר בבוקר ואח"ך לא היה זה בדעתי עיין בס' גושפנקא דמלכא דף נ"ב שהעלה שם דחייב ראובן יע"ש:

ערב שלא בשעת מתן מעות דלא נשתעבד אם היה הלוה נושה מעות בערב עיין בש"ך סקצ"ו וסקכ"ב ובסי' קכ"ט ס"ג בהג"ה ובש"ך שם ובס' משחא דרבותא סקכ"ט בנמוקי מהרש"א ועיין בסמנים שעשה מוהר"ח קצבי זלה"ה בספר צרור החיים יעו"ש:

ראובן נתחייב לשמעון בדבר שלא בא לעולם דהיינו בתורת קנין בכח הקוש"ח דחייב לקיים שבועתו ונכנס לוי ערב בעדו אע"פ שראובן חייב לקיים שבועתו לוי פטור זולת אם גם לוי יקבל הערבות בקוש"ח עיין זכול"א אות עיין:

ערב שנתערב שלא בשעת מתן מעות ונתן כתב יד עיין בס' גור אריה דרמון שהביא דברי מוהרי"ע זלה"ה דממנו מוכח דלא נשתעבד יעו"ש:

קהל שכתבו וחתמו להעמיד ולקיים להחכם פלוני סך מה לשנה אע"פ שלא כתבו שהם ער"ק עכ"ז יכול החכם לגבות ממי שירצה כ"כ הרב תור"ת חס"ד ועיין זכול"א אות עיין:

ראובן היה חייב לשמעון וכשדחקו לפרוע לו נכנסו אביו בעד בנו וזקפן עליו במלוה ומת אביו של ראובן ולא הניח כלום וחזר שמעון לתבוע חובו מראובן וטען ראובן שכבר שמעון זקפם על אביו אפילו הכי חייב הבן עיין בס' צרור החיים דצ"ח ועיין בספרי אשר קרית"י לי קרנ"י רא"ם סי' קי"ז יעו"ש:

שנים שלוו כאחד ונזקף השטר בשם אחד מהם לא נפטר השני מן הערבות עיין מהריב"ו ז"ל סקכ"ה יעו"ש:

ראובן שנתערב לשמעון בעד גוי אחד והגוי מכחיש הערב חייב עיין בס' שד"ה האר"ץ ס"ד וזכול"א אות אלף בערך אונאה ע"ש:

אין הלוה חייב לפרוע לערב אלא המנה של הלואה ולא מה שהפסיד בשבילו וכן נמי אם יאמר הלוה לערב לא תפרע לו מסך כך וכך עיין מאמר קדשין סו"ס קכ"ט ודו"ק:

ראובן הלוה מנה לשמעון בערבות יאודה והיה אח"כ ראובן נושא ונותן עם שמעון ומקיף אותו ומלוה לו ופורע לו וחוזר ומקיף וכו' והיה נשאר נושה בו לעולם שעור דמי הערבות אין יאודה יכול לומר דמעות הערבות כבר נפרע והני אחריני נינהו אלא עד שישלם לו פעם אחת עד גמורה ואזי אם יקיף לו לא יהיה לו דין ערב מאמ"ר קדשי"ן משם כנה"ג סו"ס קל"ב ועיין גם בש"ך סקכ"ט סק"ו ע"פ:

כתב הרב כמוהר"י טולידאנו זלה"ה לוה שלוה מראובן בשטר ושמעון ערב ומתו גם שניהם הלוה והערב ובא המלוה ליפרע מיורשי הערב ופרעו היורשים וכתב להם המלוה התקבלתי דמי החוב מיורשי הערב ובאים יורשי הערב לתבוע מיורשי הלוה נ"ל דהיורשים פטורים דטענין ליהו דילמא אבוהון מעצמו נכנס ערב ולא הרשהו הלוה לפרוע דאזי הוו פטורים כדפסק מר"ן ז"ל סקל"ב וכן סתם מר"ן קל"א ס"ב ונ"ל דאם הוא עני ואין לו במה לפרוע בזה לא דבר מר"ן ז"ל ע"כ מכת"י הרב הנז' ואני המלקט העתקתי דברים מכת"י שהעתיקם:

מי שמכר חפץ לחבירו אדעתא שיעמיד לו ערב על המעות ולבש אותו הקונה החפץ ואח"כ הביא לו הערב הוי ערב בשעת מתן מעות סממע קכ"ט סק"ו וספר בעי חיי ספ"ט יעו"ש:

ערכאות ערכאות נאמרת גם על הוועד ישראלים הדיוטות לאו על הגוים דוקא ד"מ סי"ד סק"ו:

ספר הערכי חשוב כעדים עיין מאמר קדשין סי' תל"ג סק"ז ע"ש:

עדים מנהג הסופרים להציע בתחילת שטר המכירה או משכונה ענין מורה שאותה חצר היא של ראובן וחותמין על זה ואח"כ בא שמעון וערער ואמר שראובן אין לו כי אם שליש או רביע והוא מכר כולה אין מביאין ראיה מאותה הצעה שראובן לקחה כולה זכה בה כולה שהרי עדים יש כאן שכולה שלו לא נאמרה אותה הצעה בתורת עדות אלא דברי הממשכן או המוכר שאמר לסופרים כן ואין ללמוד ממנה שאותה חצר כולה של ראובן כן פסקו חכמי פ'אס ומקנאס יע"א וסמך ידו עליהם הרב מוהריב"ם נר"ו והביא

ראיה ממ"ש המרדכי והביאו מור"ם בהג"ה ריש סרל"ח יע"ש בלשון המרדכי במקומו בבאור שהוא מבואר יותר ממה שהביא מור"ם בהג"ה בס' הנז' הרי שאם הציעו בתחילת השטר לכתוב איזה דבר או מכר או מתנה או משכונא אין נמנעים הסופרים לכתוב אותה הצעה שהיא לפי הממשכן או המוכר וכו' והטעם לפי שאין למידין מן ההצעה ע"כ מצאתי מכת"י הקדושים ועיין ריש סי' ר"ז בהג"ה ועיין בני יאודה סי"ג ע"ש:

עד המחויב מי שפרע אם ראוי להעיד או מקרי נוגע עיין הש"ך סרכ"ב סק"ב דהעלה דשפיר מקרי עד ע"ש:

אות פ' פשיעה ראובן שלח סחורה לשמעון לשולחם למדינה אחרת ושמעון טעה וכתב בפולסייה במקום חמשה עשר תיבות כתב שנים עשר חייב שמעון בנ"י חי"י סו"ס שפ"ו ועיין כרם חמר סקכ"ח יעו"ש:

פועלים בעל הבית שעשה כלי למשרת שלו ויצא מאתו בתוך הזמן יכיל להסירם לו אבל בזמנו לא עיין בבאה"ג ס' של"ט בסופו ובזכול"א ס"א אות מי"ם בפסקת מחילה ועיין בס' פחד יצחק אות בגד שכן כתב הרב"י בחו"מ ס' של"ב ע"ש:

מלמד שקצבו לו יותר מדאי אינו נוטל רק שכר טורחו ולא יותר דהוי דבר שבמצוה והו"ל כשדכן עיין זכול"א אות מי"ם:

פקדון מי שנתן מעות ראובן עם מעותיו ונאבד קצת מהם עיין במור"ם סרצ"ב ס"ו ובפירות עיין שם במר"ן ובס' רנ"ג ובזכול"א אות ה"א ובש"ך רצ"ב סקכ"ח ובמשח"א דרבות"א ע"ש:

מי שבא בטענה שהדבר שתחת ידו פקדון הוא צריך להראות המפקיד עיין ש"ך ספ"ח סק"ג והש"ך ס"ק סק"ט יע"ש:

פרו ורבו אסור לאשת איש לשתות כוס עקרין ואם שתתה צריך הבעל להוציאה וכן האיש שנסתרס ג"ך צריך להוציא עיין צו"פ דב"ש דף ז"ך ע"ב יעו"ש: אם מותר ליקח אחות אבי אמו עיין בזה מחלוקת ועיין סי' צ"ט יע"ש: מי שבא על אשת איש ולא נתפרסם הדבר ואח"ך מת בעל האשה אם מותר לו ליקח אותה או אסור עיין מהריט"ץ שהעלה לאסור ע"ש:

אות ץ' צוואת שכ"מ שהיה כתוב בה מעכשיו או מעתה ולא קנו מידו דאינה מתנה כמ"ש בס' ר"ן אפילו אם יאמרו העדים שהמצוה לא אמר מעכשיו אלא שהם ליפוי כח כתבו כן אינם נאמנים דלא דמי לנאמנות דסי' ע"א סי"ד דנאמנים דהתם כיון שרגילים הסופרים וכו' דין הוא שנאמין ללוה הטוען כך שהעדים אמרו כך לסופרי דשטרי ונכון

הדבר להחזיק הממון ביד הלוה משא"ך דהוא להוציא הממון מחזקת היורשים ואין רגילות כמו הנאמנות מהרש"ך ח"ב ס"ה יעו"ש:

צדקה מי שנדר שמן זית לבה"ך ועד שלא שלם נדרו נזדמן לו ענייה קרובתו להנשא יכול לתת נדריו לצורך נשואי קרובתו בית יהודה ח"ב ס"ד: עני שבא מעיר אחרת לקבץ צדקה והגבאים הגבו לו צדקה והביאו ליד הגזבר אין הגזבר יכול לנכות לו מהם לצורך עניים אחרים בית יהודה ח"ב ס"ט: אות ק' קנין סודר יכול אדם לעשות ק"ס בכלי שהוא ממושכן בידו כן כתבו התוספות במציעא פ"ב ע"ב ד"ה אמור דאמר יע"ש:

על מ"ש מר"ן דמי שקבל ק"ס אינו יכול לחזור בו אלא אם עדיין עסוקים באותו ענין ראיתי בספר בה"ח קי"ט שהביא מחכמי פאס דתקינו לו הראשונים שעה אחת להתבונן ובתוך השעה יכול לחזור יעו"ש ולא ראיתי במקומינו מנהג זה אני המלקט:

קטן קטן שיודע בטיב משא ומתן לא בעינן שיהיה בקי לגמרי בסחורות אלא כל שיודע להבין קצת במו"מ דהיינו יודע הפרש בין דבר גדול לדבר קטן אפילו אינו יודע מעצמו אלא מסברי ליה ומסבר כ"ך משחד"ר רל"ה ועיין גם במהריט"ץ ס"ח:

קנס כתב בתשובת שער אפרים ראובן שעשה מקח עם שמעין להעמיד לו סחורה לזמן פלוני ונתקשר עמו בקנס גדול ונתן משכון על הקנס וקודם שעבר הזמן בא לוי ואמר אני שמעתי בברור שלא יבוא שמעון לזמנו ונתרצה ליטול ממנו הקנס בכן אני מוכן להעמיד לך סחורה כפי המקח שלך כדי שלא יהיו דו"ד על שמעון וראובן אמר לאו בע"ד דידי את ופסק הדין עם שמעון שפטור מקנס דזכין לאדם שלא בפניו אע"ג שמחויב לזה מאמר קדשין סר"ז סקכ"ד יע"ש:

אות ריש רבית ראיתי למהר"ם בחדושיו למציעא דס"ג ד"ה כשמשך וכו' דאסור סאה בסאה הוא דוקא אם אכלן הלוה אבל עדיין מונחים בעינם אין כאן איסור ואפילו יוקרו מותר להחזירם בעינם:

ראובן שלקח מעות מגוי ברבית ובא שמעון ואמר לראובן תן לי אותם מעות ואני אעלה הרבית לכותי וכן היה והיה מעלה שמעון רבית לכותי ואחר ימים רצה שמעון לנכות לראובן הרבית שהיה מעלה לו מהקרן הדין עמו עיין ש"ך סע"ב ס"ק קס"ג שכתב כן משם מהר"ם אלשיך זלה"ה:

זה לשון מהרש"ל בח"ג ס' ס"ד מי שנתן מעות לאוהבו ואותו האהוב נתחייב לתת לו כל מה שירויח באותו ממון ולא יהנה מן הריוח אפילו פש"ן וקבל כל האחריות עליו ועוד נתחייב שאם לא ירויח באותו הממון שבעה למאה שהוא ישלם מממוני עד הסך הנז' מותר גמיר הוא יע"ש ועיין בס' צו"ף דב"ש למוהר"ד מועטי ז"ל סז"ן:

מי שמשכן שום דבר אצל חבירו ובהגיע הזמן בא המלוה והתרה בי שאם לא יפרע אותו ימשכנו ברבית והלך ומשכנו עיין בס' ע"ג דנראה ממנו דיכול להלוות עליו וחייב לפרוע הואל והתרה בי ועיין ויאמר יצחק ח"א יור"ד ס' ס"ח:

שנים שלוו מגוי ברבית ובהגיע זמן הפירעון אחד הזמין חלקו ואמר לחבירו להזמין גם הוא חלקו ואם לאו הוא יפרע כל הרבית לגוי אסור כן כתב הרב צרו"ר החיים דף צ"ח אך ראיתי בספר כת"י מועתק מרבני פאס הקדמונים שחייבו השותף ודמו אותה לפסק הש"ע ומור"ם בסקל"א ס"ח שכתב בסוף דאם הוא עני פטור ולא דבר מר"ן בעני ע"כ:

שטר של יתומים גדולים שכתוב בו קרוב לשכר ורחוק מההפסד כשר עיין בצרור החיים דף צ"ט ועיין מה שכתבתי אני המלקט בספרי הק' פעמונ"י זה"ב סר"ץ דלענין הפירות אסור לקחתם ולא אמרו שהשטר כשר אלא לאפוקי דלא נימא שהשטר פסול:

אם מותר האדם לעשות סיגורו לחבירו על סחורותיו וכו' או נימא יש חששת רבית עיין ש"ך ביור"ד דיני הרבית:

ראובן שאמר לשמעון קנה סחורה פלונית מלוי ואני אקנה אותה ממך ואתן לך ריוח ותמתין לי הוי רבית עיין זכול"א חיור"ד אות רי"ש ועיין בתוש"י ס' ע"ג בח"ב יעו"ש:

מקבל עסקה שהפסיד או לא הפסיד אלא שלא הרויח אם צריך ליטול שכר טורחו מן הקרן או לא עיין בס' קע"ז ביור"ד ס"ב ובש"ך סק"ט ובמר"ן ס"ד יבטו"ז סק"ט ובמר"ן שם סכ"ז וסכ"ח ובטו"ז שם ובלבוש סכ"ח יעו"ש: אות שי"ן ראובן שנתחייב הסת לשמעון ושמעון ג"ך נתחייב הסת לראובן ורצה כל אחד להפך שבועתו על חבירו יעמוד הדבר כן עד שיתרצו ואם לא נתרצו ישבעו שניהם עיין בס' ע"ב סכ"ח ועיין פת"ש סי' צ"ג שכתב דיגרילו ע"ך:

אחד שתבע לשנים בטענת ודאי שיש לו מנה ביד אחד מהם ואיני יודע איזה הוא אין לו עליהם כי אם חר"ס כ"ך הרב מוהריב"ו זלה"ה ס' מ"ו יע"ש: דיין שיודע האמת ויודע שאם ישבע התובע או הנתבע ישבע לשקר יכול להפך השבועה צרור החיים דצ"ח:

עד אחד ואינו יכול לישבע להכחישו דקיימא לן משואיל"ם דוקא כשאין לו מיגו דפרעתי או החזרתי אבל יש לו מיגו נאמן וישבע ויפסיד והטעם כיון שהוא וכו' עיין בצרור החיים דף צ"ח ע"ב:

מי שנשבע על שטרות שיש לו שכל מה שיגבה יניח אותו על השטר ואח"ך נתחייב שבועה מה דינו עיין כרם תמר סק"ח:

שותף שחלק עם חבירו והתנה עמו שישבע לו חייב לישבע לו בעת שירצה עיין טו"ז בס' ס"ט באותה שאלה:

מי שנתחייב שבועה צריך לישבע בשם או בכנוי כמ"ש בס' פ"ז ולא כמו שמשביעים ואומרים חוק האד תורה כ"ך הטו"ז ביור"ד סו"ס רי"ב יע"ש ואם אחז הספר בידו יכול לישבע יעו"ש:

מי שנשבע לפרוע לפלוני מאתיים ביום פלוני ובאותו יום של הזמן נאנס ולא נזדמן לו כי אם מנה אם חייב לתת המנה או אין צריך לתת לו אפילו המנה עיין במל"ם פ"ה מהל' שבועות הל"ך ואם היה הדבר בקנס אם חייב לשלם כל הקנס או לערך מה שלא בא לידי גבייה עיין טו"ז סע"ג ואם אדם תפס קנין שיעשה דבר פלוני ובאותו יום נאנס אם אמרינן מחויב יום מחר וכו' עיין בבאה"ט סכ"א סק"ב יעו"ש:

מי שנתחייב שבועה דאורייתא ואמר שהוא חשוד הרי זה שכנגדו נשבע ונוטל והגם דאין אדם משים עצמו רשע הודאת בע"ד כמאה עדים דמי עיין תוספ' יו"ט פרק שביעי דשבועות משנה ד' ועיין מר"ן סי' צ"ב ס"ה ובס' משר"ר יעו"ש:

הא דכתב הש"ך והסמ"ע בסי' ע"ב והש"ך ספ"ז סקס"א דמשויל"ם דאין עד המסייעו פוטר עיין להרב נחלת עזריאל בחדושיו למס' שבועות דדוקא אם הלוה מסופק כגון אומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא אבל בטוען ודאי לא יעו"ע דף ל"ב ע"ב:

שליש שטר היוצא מתחת יד שליש ואין ידוע אם פרוע אם לאו עיין דינו בס' נ"ו ועיין בש"ך בס' ע"א סקז"ך דאם הלוה אומר השבע לי או החזר לי שטרי הדין עם הלוה ואם המלוה אומר השבע אתה יתפשרו יע"ש:

שותף אם השותף אומר לחבירו בשעת חלוקה אכתוב עליך שאם יבוא דבר תקלה תשלים עמי הדין עמו עיין סו"ס צ"ג:

ראובן ושמעון שנשתתפו וכל אחד הטיל סך קצוב והתנו אפילו מצב"ד ונתן עסקה לזולת ממנו לא הוי בכלל מצב"ד עיין סקע"ו סי"א ובכרם חמר סר"ה ובזכול"א:

שותפין שעשו חשבון ונתפרדו ושוב שאל שותף אחד מחבירו איזה תביעות ממון מצד השותפות כיון דלא תבע בזמן טהרת החשבון נראה שמחל בני אהרן סק"ו ועיין זכול"א אות מי"ם בפסקת שותפין ועיין פחד יצחק אות עלילה ומשה"ר אות ח' ותוש"י סל"ג:

כותל שבין שני השותפים שנפל יבנוהו בין שניהם אפילו יש לאחד פי שנים בחצר יעשו הכותל לחצאין דכיון שהוא לשמירה מפני הזק ראיה כל אחד צריך לסלק הזק ראייתו מי שיש לו חלק אחד כמי שיש לו שני חלקים קנ"ז ס"ג ומטעם זה נראה דגם בפתח החצר שפסק בס' קס"א ס"ג שגובין לפי הממון א"ך זה שיש לו שני חלקים והוא עני וזה יש לו חלק אחד והוא עשיר העשיר שיש לו חלק אחד יתן יותר כיון שהפתח לשמירת הממון היא עשוי אבל שני שותפים בחצר זה יש לו חלק אחד וזה שני חלקים וצריכין

לחדת רצפת קרקע החצר שהתיקון הוא לצורך תשמיש החצר כל אחד יתן לפי חלקו אפע"פ שאותו שיש לו חלק אחד יש לו שני בתים קטנים באותו חלק ובעל שני חלקים יש לו שני בתים גדולים לא יפרע לפי ערך הבתים אלא לפי החלקים ע"ך מצאתי מכת"י רבנים קדמונים זלה"ה:

עוד ראיתי שכתבו ז"ל עוד מתבאר מסימן קנ"ז ס"ג דדוקא בשותפין בחצר שרצו לחלוק אזי יעשו הכותל בין שניהם יחד אבל אם היתה החצר לא' ואח"ך מכר חציה או רביע לאחר כופין הלוקח לבנות הכותל משלו לחלוק ביניהם שכל מי שמוכר לאחר דעתו שהקונה יסלק הזקו עיין ריש קנ"ח בד"ה ע"ש:

מה שנוהגים שאחד קונה בהמה ואח"ך באים אחרים ומשתתפים עמו ונמצאת טריפה נראה דפטור דאדעתא דהכי נשתתפו עמו שיהיה עליהם ההפסד כיון שנהגו כך וכן שנשחטה במצות כולן ההפסד הוא על כולם והרי כאלו התנו בפרוש כ"ך הרשב"ץ בס' יבי"ן שמוע"ה דף י"ד ועיין סרל"ב סע"א יע"ש: שנים שנשתתפו וקנו איזה דבר והתנו שאם אחד מהם רוצה להסתלק חבירו חייב לשלם לו חלקו וליטלו ממני צריך לשלם לו כפי שעת פרידת השותפות אם הוקר או הוזל עיין מ"ק סקע"ו סקי"א ועיין במר"ן קע"ו ס"מ ובבאה"ט בסוף הסימן ובטו"ז דלא תקשה דברי מ"ק עם דברי מר"ן דס"מ הנז' ודו"ק: שנים שהיו שותפין ונטל אחד מהקרן שלו ועשה בו עסק עם אחרים אם הרויח לאמצע ואם הפסד הוא לעצמו וריוח הבית יתחלק לפי הממון כי לא נשתעבדו לחלוק אלא לפי מעותיו עיין מ"ק סקט"ו סקל"א ועיין בס' ויאמר יצחק ס' ס':

שטר שטר שאינו מקוים והלוה מודה בו יכול לגבות בו ממשעבדי ש"ך סע"ח סקמ"ח וגו"א ריש ס' פ"ב וריש סמ"ו ועיין ש"ך סק"ו סעיף ק"ו יעו"ע: מי שטוען על השטר מזוייף הוא וכבר נשבע ונפטר עיין בס' גו"א ריש סמ"ו ובבאה"ט סוף סימן ע"ה יע"ש:

שליח שליח שנאבדו מידו מעות בדרך עיין בס' רצ"א ס"ך ובש"ך סקכ"ו ועיין בס' קפ"ז ועיין בזכו"ל אות שי"ן בענין שומר שנתן מעות באיגבי ועיין סמ"ע רצ"א סקל"א ובש"ך רצ"ב סקכ"ג ובמהריט"ץ סימן י"ג יע"ש: ראובן שלח מעות לשמעון לקנות לו בהם שעוה ובהיות שלא מצא השעוה הלבישם בסחורה אחרת ושלח עם הספינה לראובן ואמר לו שאם ירצה לקבל אותם במקום השעוה מוטב ואם לאו יתנם ביד חבירו וחבירו יתן לו כו"ך שעוה וכשהגיעה הספינה לא רצה לקבלם ונתרצה לקחה השעוה מיד חבירו ואיידי דביני ביני עד שלא הגיעה הסחורה ליד שום אחד מהם הוקרה אותה סחורה והוזלה השעוה וחזר בו ראובן והלך ותפסה מן הספינה הדין עם שמעון ומוציאין אותה מיד ראובן דבר"י יוס"ף שאלה מ"ז ע"ש:

גוי לגוי נעשה שליח ונפקא מינה לענין מכירת חמץ בפסח עיין בס' רמ"ג בש"ך סק"ה ועיין באו"ח ס' תמ"ח סק"ד יע"ש אך ראיתי בכת"י של ראשונים שכתבו ז"ל בתרומ"ת הדש"ן משמע אפילו גוי לגוי אין שליחות ולא כמו מ"ב ס' צ"ו שפסק בפשיטות דגוי לגוי יש שליחות ועיין מהרש"ך סקי"ד דפסק נמי כתוה"ד כ"ך בנ"י שמוא"ל ס"ה סקי"ד י"ט יע"ש:

ראובן ששלח סחורה לשמעון ואמר לו שהיא של לוי ואח"ך לקח ממנו הממון חייב שמעון לפרוע עיין בס' כר"ח סט"ו ובס' בנ"י חי"י סו"ס ר"ץ יע"ש: ראובן ששלח לשמעון סחורה למוכרה לו ואמר לו דע שהסחורה הנז' יש ללוי בה המחצה ומכור אותה לנו ושמעון הוציא עליה הוצאות כדרך כל הארץ ולימים כשמכר הסחורה לא הגיעה לדמי ההוצאות ובא לתבוע ראובן לשלם לו וראובן טוען אין אני רוצה לשלם כי אם המחצית שלי ולוי יפרע היתר העלה מהריט"ץ בשאלה קל"ו דראובן ישלם הכל והוא יתבע השותף ע"ש: ראו ק שלח פקדון לשמעון ביד ליי והלך לוי למד"ה אי אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו ויכול ראובן לטעון ודאי נגד שמעון או לא עיין גו"א סקנ"ה סק"א שכתב דלא אמרינן חזקת שליח עושה שליחותו אלא בדבר האסור יעו"ש:

ראובן שלח עם לוי מעות לשמעון לשומרם לו ואחר זמן החזירם לו עם אותו שליח עיין בסמ"ע סקכ"ה סקי"ד:

ישראל ששלח ממון לפרוע חובת גוים ביד ישראל חבירו אם הלך ופרע לישראל אחר הוא פושע וממנו גם ב"ד אינם יכולים לכוף השליח לפרוע לישראל גם בס' מ"ק סו"ס קע"ו וא"ך לענ"ד נראה דגוי בר זכייה הוא ומדאמר ישראל המשלח לישראל השליח לפרוע להכותים זכו הכותים וראיתי להרב משה"כ דין זה בצ"ע יעו"ש:

שעבוד לוה ולוה ואח"ך קנה ומשכן את הקרקע ביד המאוחר כדין סוריא זכה המאוחר עיין תוש"י סקכ"ה ובצרור החיים דף ק"ג:

שכירות שנים שותפים בקרקע אחד ואחד מהם שכר שכר כל הבית קנה השוכר אפילו אח"ך בא השותף לערער עיין מור"ם סי' שס"ג ס"ו ועיין זכול"א אות שותף ועיין וי"ץ אות שין ובבני חיי ס' שי"ב:

ראובן שכר סוס משמעון על שמנה ימים ואחר עבור יום אחד חזר ושכר שמעון עצמו עם כל הסוסים שיש לו וזה הראשון בכלל על שני חדשים ואח"ך מת זה הסוס הראשון או איתרע ביה שום פסידא פטור וחשיב שכירות בבעלים ופטור עיין בטו"ז סקע"ו ובבאה"ט יעו"ש:

שררה שררה אינה נקנית לבדה בלי קרקע עמה תוש"י ח"א שאלה ט' יעו"ע: מפתחות חלק אהע"ז סי' א' דין עגונא דאיתתא ע"פ גוי מסל"ת. סי' ב' עדים שבאו להתיר העגונא ע"פ מה ששמעו מהגוי ולא ספרו דברי הגוי אב"א אלא העידו המכוון ואמרו שהגוי שספר להם מסל"ת הוה מהו הדין. סי' ג' בדין עגונא דאיתתא ג"ך. סי' ד' שני בחורים שהעידו שנכשלו שניהם יחד בא"א רח"ל מהו שתאסר על בעלה. סי' ה' עד אחד במעשה כעור מה"ד. סי' ו' עדי כעור אם מפסדין הכתובה. סי' ז' אחד שקדש בתולה לפני שני עדים ועד אחד מעיד שאמר לה הרי את מקודשת ולא שמע תיבת לי והעד השני שמע שהאיש היה מדבר אך לא הבין מה היה מדבר כלל מהו הדין אם הוי קדושין או לא. סי' ח' קדש וכתב כתובה ולא הספיק לכנוס עד שמת מהו הדין בגביית הכתובה. סי' ט' מי שנשא אשה בעיר דאר לבידא וכתבי בכתובה שהדירה תהיה לרצונו ואחר הנשואין הוליכה לעירו ואח"ך חזר הוא ואשתו לדור בדאר לבידא אם יוכל עוד להוליכה לעירו או לא סי' י' כתובה שכתוב בה והכל כפי התנאים והיה פקפוק בלשון התנאים. סי' י"א נשא אשה שנייה ומת הבעל ולא נמצאת הכתובה ביד האלמנה ונפל הספק אם כתובתה כד"ת או כמנהג המגורשים כיצד יגבו לה. סי' י"ב איש ואשתו שחדשו הכתובה ולאחר מיתת האיש לא נמצא כתוב שיהיה ע"פ חעי"ץ גם נמצא כתוב שהאמינה בעלה. סי' י"ג בענין כתובה שהוציאה האשה שחדש לה בעלה אך לא נמצא כתוב שבטלו מקודם כתובה א'. סי' י"ד כלה שמתה תוך י"ב חודש רח"ל כיצד יתנהגו בחלוקה. סי' ט"ו עברו עשר שנים ולא ילדה לו אשתו ירצה לקחת לו אשה אחרת והראשונה טוענת לייחד לה כתובתה. סי' י"ו כיצד כותבין אישטרילייא בגט. סי' י"ז כיצד כותבין סוליקא בגט.. סי' י"ח נשתטית אשתו ורצה להניח לה כתובתה בבדי"ץ ויפטר ממנה. סי' רי"ו אשה שהיתה לה מכה ברחמה והיו אומרים שהיא איילונית אח"ך מת הבעל והאשה אומרת שכבר נתרפאה והרי היא כשאר נשים מימות הבעל ועתה נפלה לפני יבם אם מותרת להתייבם. סי' רמ"ג גט שנכתב בו שם ימי"ן ואח"ך נפל הספק אולי בנימין שמו. חלק חומ"ש הל' טוען ונטען סי' י"ט קהל מקנאס כל אחד יש לו חזקה בקרקעות שבהאלמלאח והגוף הוא של האלנאדר והן היום הלכו ראובן ושמעון וקנו הגוף מאת האלנאדר ועל זה עמדו כל אחד שיש לו חזקה לזכות בגוף הקרקע שיש לו בו חזקה מה"ד. סי' כ' ראובן שקנה משמעון שט"ח שיש לו על לוי בחצי דמיו ואחר קנייתו היה אימר שלא קנאו לעצמו אלא לזכות הלוה מה דינו גם שם נזכר מענין מי נקרא מסרב לדין והוצאות הסרבנות. סי' כ"א ראובן משכן קרקע ביד שמעון ונתן לו לוי שוכר והן היום לא רצה לוי השוכר לשלם חדא משום דהקרקע לא שויא כל כך כמו ששכרה עוד טוען דהוא

לא בא כי אם להתיר ולא לשלם מכיסו. סי' כ"ב אשה שהאמינה לאחיה בשעת מותה על אשר יאמר כה"ז. סי' כ"ג שטר שכירות שכתוב בו בקש"מ מיד פלוני וכו' שהשכיר לפלוני החצר מיום ר"ח תשרי הב"ק עד יום פלוני. סי' כ"ד מחל לחבירו שלא בפניו בשט"ח שנושה בו אך נשאר השטר ביד המלוה אי הויא מחילה. סי' כ"ה ראובן משכן קרקעו ביד שמעון ונתחייב ראובן בסך מה בעד שכירות הקרקע ותנאי מפורש יוצא בשטר שאם ראובן לא יפרע סך השכירות מדי חו"ח גם סך קצוב מהקרן בכל חודש ויעברו שלשה זמנים אזי הרשות נתונה ביד שמעון למכור הקרקע ועברו שלשה חודשים ולא פרע ושמעון לא מכר והן היום הקרקע הוזל הרבה וטוען ראובן ששמעון פושע הוא על אשר לא מכר בזמן שעברו שלשה חודשים שלא פרע. סי' כ"ו ראובן שתבע ליורשי שמעון על אשר שלח למורישם סחורה למוכרה לו והיורשים אומרים אין להם ידיעה וראובן טוען שיוציאו פנקס שמעון מורישם לדון עליו. סי' כ"ז ראובן שהודה בשעת מותו שפלוני נושה בו כו"ך אם מהנייא הודאתו לגבות בלי שבועה נגד כתובת האשה. סי' כ"ח קנה יטרא ומכרה לחבירו וחבירו לחבירו ולא רצו בעלי הבנק לשלם האליטרא מהו הדין בזה הקונה האחרון אם יהיה דינו עם המוכר לו האחרון או יוכל הוא לחזור על המוכרים הראשונים. סי' כ"ט שותפים שנתפרדו ובעת פרידתם נשאר בידם מנכסי הזולת מאתיים דורוס ונתרצו ביניהם שישאר מאה ביד כל אחד מהם עד יום דרוש אותם המלוה מידם והן היום מת אחד מן השותפים ותבע השותף האחר מן היורשים הסך מאה דורוס לקחת אותם מידם שלא יתאכלו המעות ויהיה הוא חייב בפרעונם. סי' ל' גוי אחד נכנס לחנות שמעון ונפל לו שם כיס מלא מעות ומצאו הפועל של שמעון אח"ך בא הגוי לתבוע לשמעון בעל החנות ואומר לו שבחנותו נפל לו הכיס ובודאי שמעון מצאו מהו הדין אם חייב הפועל להחזיר המציאה לשמעון להחזירה לגוי או נימא הפועל זכה ושמעון לשתעי דינא עם הגוי. סי' ל"א תשובה לע"ת פאס על דינא דאומדנא ועל דין שותף ששינה בשותפות. סי' ל"ב יבם שהגבה ליבמתו הקרקע שהניח בעלה הראשון בכתובתה קודם היבום ואח"ך התנה עמה שתכניסם לו בתורת נכסי מלוג ואח"ך יבם אותה מהו הדין אם אותה גבייה שהגבה לה קודם היבום מהנייא או לא. סי' ל"ג ראובן מכר לשמעון כריכות של סחורה שלדעתם כל כרך יש בו עשרה דוזינאת ואח"ך כשבא לראובן האלפאתורא של סחורה לראובן הודיעו שבכל כרך יש בו חמשה עשר דוזינאת כיצד יהיה דין המוכר עם שמעון הלוקח. סי' ל"ד ראובן נתן מאה דורוס בתו"ע לשמעון ויהיה רביע לראובן בהפסד ובריוח והן היום טען שמעון שהפסיד סך יותר מקרן העסקה כפלי כפלים מהו הדין אם מחויב ראובן לשלם רביע מכל ההפסד או דוקא רביע הקרן.

סי' ל"ה קרקע משותף בין ראובן שהוא מעיר סאלי שמנהגם לעשות גוא"א עם שמעון שמעיר רבאט שמנהגם הוא שלא לעשות גוא"א והחצר הוא בעיר סאלי ועל זה השותף שמעיר רבאט טוען שלא יעשה גוא"א כמנהג עירו מהו הדין. סי' ל"ו ראובן שיש עליו חובות ואין לו מה לפרוע ורוצה לילך לו לעיר אחרת וקרוביו אומרים לו שלא ילך והם ישלמו החובות והוא אינו רוצה מהו הדין אם בעלי חובות יכולים לכפותו לישב כדי שישתלמו מקרוביו. סי' ל"ז יורשי ראובן הוציאו שטר על שמעון ושמעון הביא עדים שראובן הודה בפניהם ששטר זה פרוע. סי' ל"ח ראובן הוליך יטרא אחת לשמעון לפורעה לו וכתב לו על גבה שביום פלוני יפרע אותה כמנהג ואח"ך נמצא הודאה על גבה שכבר נפרע בה אלא שהיא עדיין ביד ראובן ונפלה הכחשה ביניהם מה"ד. סי' ל"ט ראובן מכר לשמעון סחורה מאלטורנא והן היום הלך לוי ולקח משמעון מקצת סחורה ולא רצה לפרוע כי טוען שהוא נושה בשמעון. סי' מ' מתעסק שעשה הקפות מסחורות השותפות אם חייב לעמוד על הגבאות או לא. סי' מ"א ראובן היה נושה חוב או עסקה בשמעון ושמעון הטמין הממון ביד לוי עד שברח מן העיר שמסרם בידו מה"ד אם יכול ראובן לתבוע ללוי. סי' מ"ב בעל שמתה אשתו וקודם חלוקה הלך ומכר קרקע שלו מה"ד אם היורשים של האשה יכולים להוציא חלקם מיד הלוקח. סי' מ"ג ראובן שנתפס ביד הגוים לפרוע סך מה ובהיותו תפוס אמר להם שהוא נושה בשמעון סך מה והראה להם השטר ונתפס שמעון לפרוע ושוב עמדו ראובן ושמעון לדין ונמצא השטר פרוע והגוים עדיין תופסים לשמעון על השטר אם יתחייב ראובן באמירתו לגוי וכו'. סי' מ"ד שמעון מכר ביתו לגוי ונשארה לו החזקה והלך ראובן והשכיר הבית מן הגוי ודר בה ימים ושנים אח"ך בא שמעון לתבוע דמי חזקתו וראובן טוען כי הוא שלם לגוי כל השכירות. סי' מ"ה חכם אחד משכן בית הכנסת הגוף והשררה ואח"ך חל"ש ובאו יורשי החכם ואשתו הנשואה כפי המנהג לחלוק כיצד תהיה פדיית המשכונה. סי' מ"ו עד שלא הספיק לחתום בשטר עד שנטה למות מה תקון יעשו. סי' מ"ז שטר שכתוב בו שנתחייב דוד ליצחק באלף דורוס סתם ואחר חתום שטרות יצא שלמה ערב וכתב בשטר ערבנות שיצא ערב בעד אלף דורוס פראנסיס מהו הדין המלוה עם הלוה והערב. סי' מ"ח שותפים שלקחו מראובן בהקפה וכשבא ראובן לתבוע לאחד משותפים טען שחבירו אמר לו שפרעו. סי' מ"ט ראובן שהיה בידו קצת סחורה של שמעון וקצת סחורה של לוי והסחורות שוות ובא יהודא בשט"ח שבידו ועקל סחורת לוי מה עשה לוי הלך בעורמה ולקח סחורתו עתה בא יהודא ואומר שלוי סחורת שמעון לקח ומה שעדיין מונח ביד הנפקד היא של לוי. סי' נ' אשת שמעון השאילה כלי לראובן למשכינו ביד

לוי ולוי ידע מזה הדבר והן היום לאחר שפדה ראובן הכלי להחזירו לאשה רצה עוד לוי לעקלו בידו בשביל חוב אחד שנושה בראובן. סי' נ"א ראובן תבע לשמעון מנה לי בידך ושמעון טוען יודע אני שהלויתני אבל איני יודע אם פרעתיך אבל יש לו עד אחד שיודע שפרעו. סי' נ"ב ראובן שמת ונמצא בין שטרותיו שט"ח שנתחייב ראובן לבנו הקטן מסך מה מפאת ירושת אמו מה"ד. סי' נ"ג ראובן תבע לשמעון תביעה אחת ושמעון טוען הלא אתה אחר זה הזמן נתחייבת לי בשטר ואם איתא שהיה לך תביעה לא היה לך להתחייב. סי' נ"ד עשה חבירו שליח לקנות לו סחורה מעיר אחרת וכשהביאה לו אמר שקנאה לו יותר מהדמים שמסר בידו יען כי הוא האמינו לומר כו"ך קניתיה אך המשלח מעכב לפרוע לו התוספת כי יש לו. עד"א שאמר לו שבפחות ממה שמסר בידו קנאה מהו הדין. סי' נ"ה ראובן נתן רשות לשמעון למשכן ביתו ביד הזולת ויטול שמעון לעצמו המעות והתנה עמו שאחר שנה יפדה וכל זמן שלא יפדנה חייב בשכירות הבית אם מותר. סי' נ"ו עקר השאלה היא אם המעות שבהאלבאנקו שהכניסה האשה לבעלה אם מוחזק יקראו וירש איתם הבעל או ראוי ולא ירש עוד בתשובה שם נמשכו דינים הרבה. סי' נ"ז ראובן ושמעון שנדונו בבדי"ץ וזכה ראובן בדינו וכתבו בדי"ץ פסק דין לזכותו ושמעון טוען על ראובן לתת בידו העתקה מהפסקים לילך לבתי דינים אחרים לחפש זכותו מהו הדין. סי' נ"ח שטר שכתוב בו בזה"ל נתחייב יהודה לתו"ל ביד פלונית מאה וחמשים דורוס בעין כשילך לעיר לזבווא ויבא לכאן וכשיבוא לכאן באותה שעה חל הפירעון והן היום מת יהודה בלזבווא אם חייבים היורשים לפרוע. סי' נ"ט ראובן שהיה מוחזק לכל בני עירו מכח אזה אומדנות שיש בידו מאתיים דורוס של הקדש ואחר מות ראובן רצו הקהל מכח חזקת האומדנא להוציא מיורשיו המאתיים דורוס. סי' ס' בענין מה שנהגו הדיינים לומר ללוה שיקבל חר"ס שאין לו מעות בעין ואח"ך יסדר נכסיו וישבע כתקנת הגאונים גם שם כתוב מדין גוא"א באורך. סי' ס"א שני אחים שותפים ומת אחד מהם והניח בן קטן והאח הנשאר עשה פנקס ואומר שמצא ריוח מהו הדין הואל ואומר שיש בידו ריוח האם יחשב למשיב אבידה ויהיה פטור מהשבועה. גם שם מדין אם יוכל השותף לומר לא אשבע עד שיגדל הקטן אולי ימחול לי. גם שם מדין מורדת. סי' ס"ב קנה סחורה ובא לתבוע למוכר שמצא בה מום והמוכר אומר לו היה לך לבודקה אותה שעה והלוקח טוען אתה הבטחתני כי טובה היא ועליך סמכתי. סי' ס"ג נוי שהוליך סחורה לראובן לאהלי קדר ולא נמצא שם ראובן ושמעון קבלה מיד הגוי עד שיבא ראובן לקחתה ושמעון הניחה ג"ך פקדון אצל שלמה אחיו ונאנסה בלסטים כיצד יהיה דינם. סי' ס"ד יורשים שמכרו קרקע בכללות ויש מהם שעדיין לא הגיעו לכלל עשרים. סי' ס"ה

בדין שותפין שחלקו ונשאר סך מה של אחד מהשותפים ביד חבירו מהו הדין אם חייב לשלם לו מעות בעיין או יכול לכפותו לקחת קרקע או מטלטלים בשומא. סי' ס"ו יורשי מוהרי"ל ז"ל הוציאו שט"ח על יורשי הראב"ש נ"ע ולא הניח הראב"ש כי אם חזקת חנות ורצו יורשי מוהרי"ל לזכות בה והיורשים טוענים שהם הוציאו על אביהם צורכי קבורה וכו' מכיסם ורוצים הם להחזיק בה בעד מה שהוציאו. סי' ס"ז ה"ד מרדכי לובאטון ז"ל השיא בנו יצחק בחייו והכניסו בבית אחד לחופה עמו בחצר אך נשאר מרדכי גם הוא מניח באותו בית איזה חפץ והן היום אחר מות מרדכי תבעוהו אחיו על כל מה שנמצא תחת ידו מעות וחפצים ושטרות של אביהם שהם תחת ידו ויצחק הנז' טוען כי הוא נושה באביו וכו' מי קרוי מוחזק. סי' ס"ח אשה הבאה לטרוף ממשעבדי במאי תהיה נשבעת אם בס"ת או בתפלין:

סי' ס"ט אודות אשה אחת שהיתה מתקוטטת עם בעלה שלא היה זן אותה ולימים עמדה ולקחה ממנו סך מה ומחלה לו בכתובתה אי הויא מחילה או מכירה גם מדין מחילה באונס יע"ש. סי' ע' ראובן היה מסתחרר בעיר בראזיל וכשרצה לבא למערב היה עדיין בידו קצת סחורה ועמד ומכרה לאברהם הכהן שהיה עדיין שם מסתחררים ואחר עבור כמה זמן בא לכאן הר' אברהם כהן ועמד ראובן ותבעו לגדל פרע ועל זה טען אברהם הנז' כי הן בעודנו בעיר בראזיל כבר מטה ידו ובא עד השברים ועל זה עמדו עמו כת הנושים בו ועשה עמהם משפט העיר ומכלל בעלי חובות הזכיר מה שנושה בו גם ראובן והפרישו לו חלקו המגיע לו בכלל בעלי חובות וראובן טוען שלא יעשה עמו כי אם דין תורתינו הקדושה מה"ד. סי' ע"א פירוש האי מילתא דאמרו רבנן לצורך שעה מבטלין דברי ב"ד הגדול ממנו בחכמה ובמנין. סי' ע"ב שנים שותפים בחצר ועמדו ומשכנוה ביד ראובן וחזר כל אחד ושכר חלקו מהממשכן מהו הדין אם יכול כל אחד לפדות חלקו ע"ש כוונת השואל. סי' ע"ג ראובן שדך בתו עם שמעון ועשו קנס אך לא כתבו שטר בעדים אלא כתבו כתב יד בקוש"מ והעדים העידו שלא נטל קנין אלא חתם על הכתי' לבד. סי' ע"ד טענת פרוזבול נגד אלמנה ויורשים. סי' ע"ה ראובן משכן ביתו ביד שמעון ועמד שמעון והוציא דלתות הבית החוצה והוזקו אם חייב שמעון לשלם. סי' ע"ו ראובן תפס מעות שמעון באמור לו כי הוא נושה בלוי ולוי נושה בשמעון ושמעון טוען אינו בדין שתתפוס מעותי וישאר שטר חובי ביד לוי מהו הדין. סי' ע"ז ראובן אמר לשמעון מנה לי בידך ושמעון אמר להד"מ והי"ז בפני הדיין ובא עד"א והכחיש לשמעון בפני הדיין ואמר לו בפני נתנם לך חזר שמעון ואמר נתנם לי והחזרתי אותם לו. סי' ע"ח מראה דינר לשולחני ואח"ך נמצא הדינר רע ובעל הדינר שנתנו טוען על המקבל השבע

לי שזהו הדינר שנתתי לך ועלי לשלם במיטבה ולא רצה לישבע ובא לתבוע השולחני לשלם לו מה"ד. סי' ע"ט השכיר ביתו לחבירו והשכירות היתה על תנאי שיתקין בהבית עשרים קורות בבנין והאומן אמר לשוכר שאין צריכה אלא תקון עשרה קורות דוקא מהו הדין. גם התנה המשכיר על השוכר שלא יכניס פרותיו לאמצעה של חצר ועבר השוכר על תנאו והכניסם. סי' פ' ראובן לקח מקח משמעון ונתן לו ראובן דמי המקח והניחם לפניו בחנותו ואחר זמן בא לחשוב אותם דמים ומצא בהם יתרון ונדמה לו שראובן טעה בחשבון ונתנם לו יתירים והלך אצלו והחזירם לו ואחר שהחזירם לו נזכר שאיהו הוא שהניח אותו סך היתר שם עם אותם המעות שלקח מראובן מהו הדין. סי' פ"א אליהו ויעקב עשו שותפות במכירת הטובאק והתנו שהלוקח שיבא לקנות מליטרא ולמטה ימכור אותה יעקב לבדו ועל זה טען יעקב שגם בבוא איזה לוקח לקנות יותר מהאליטרא יתן הוא משלו האליטרא ומה שלמעלה הוא שיהיה משל השותפות: