

הקדמת המחבר פתח השער אודה ה' החונן ליתוש או זכוב כנפי חסד לעוף במ בהיכלי מלכים ולקחת חבל בתענוגות בני אדם אשר חנן גם שפל אנוש כמוני להושיבי עם נדיבי עמו בעמק המלך עיקו"ת טבריא לתורה אברך את ה' אשר יעצני להתאבק בעפר רגלי רבניה גאוויה ושופטיה עד כי מהודם ושפעם אצלתי לי ברכה אפאר את שם כבודם אשר בטובם עשו שאינו זוכה כזוכה ומאחר עלות הביאו וחנכו הדל באלפי לשרת בקדש ופתחו שעריו להבין ולהורות ולהשיב שואלו דבר הלכה.

והזמן אסף בחפניו כמה תשובות ממה שנאלצתי לכותבם ויהיו למשמרת באמתחתי עד אשר העיר ה' אוהבי ומיודעי והם הרהיבוני לחלקם ביעקב ולהדפיס'ם בישראל ואני נעתרתי להם למקצת כפי אשר תשיג ידי למוצא הכסף כי רב הוא מחיר הדפוס בימים האלה. קראתיו בשם יש מאין לא להתגדל חלילה כי אנכי ממציא יש מאין.

הלא ידעתי עצמי כי לא בינת אדם לי גם ביש המצוי מזולתי גם תוכנו יעיד עליו כי תורת ראשונים הוא ואין כל חדש. אבל מטרת השם להודיע בשער בת רבים כי הממציא הוא אין ולאפס נחשב ורק ישות זה נמצא בו (ולרמוז תוכן הספר ומבטן מי יצא כי הוא נוט' ישיב שואל מאת אליאו ילוז נרון) ועדי בשחק נאמן.

ובכן אעתיר למביא אותי עד הלום כן יזכני להוציא לאור בימי שאר חלקים מספרי זה ושאר חלקי סה"ק פתח אליהו (דרושים וחדושים בתנ"ך) וספר הלכות אישות (על גטין וקדושין ומיאונין) וס' מצוה ותורה (ביאור רחב על מוני המצות ודרשות השייך לזה) ובשמו אשא כפי לשמחני בפרי בטני חכם בני רי"ח טוב ובניו הי"ו ואחותו הגדולה ובעלה ובנותיה הי"ו ואחיותיהם הבתולות בחיק ירא"י ישמרם וינצרום ויתברכו בכרכה המשולשת וכל טוב סלה גם ברכות יעטה ראש המשתדלים.

פריו קדש הלולים. גיס'א דנהר'א האברך השנון הרב נטע נעמן.

כמה"ר ישראל אתורג'מאן הי"ו אשר הוא היה מעיר לעזור. יואל אלוק לשמרו בכל דרכיו וכל אשר הוא עושה ה' מצליח וישמח האב ביוצאי חלציו אמן.

מעלת הדפוס לש"ס ופוס' ידועה ( עיין מ"ש בעניי בפתח אליאו ח"א דטו"ב) והרא"ש כתב דמצות כתיבת ס"ת היא לדורות ראשונים והאיזנא המצוה היא בכתיבת הש"ס ופירושיהם (עיין בטוש"ע יו"ד סי' ע"ר ובפנ"ד והש"ך דלדידיה אין מצוה בזה"ז בס"ת רק באלו) וגם למרן ודעמיה החולקים וסוברים דלא נתבטלה מצות כתי' ס"ת בזה"ז עיין בלבוש דבכתיבת ס"ת לא נגמרה המצוה עד שיכתוב או יקנה הש"ס ופוסקים (ועיין בס' תעלומות לב ח"א ביו"ד סי' ח' האריך בזה וכתב שם דהרוצה לעשות נח"ר לנשמת קרוביו יותר טוב לקנות (ולהדפיס ש"ס ופוס' משיכתוב ס"ת) ובכן שפתי רננות יהלל פי לעוזרים אותי במצוה הגדולה הזאת וחובה מוטלת לחרוט מפעלם הטוב לזכר עולם עיין בד"מ ביו"ד סי' רמ"ז משם הרשב"א שמדת חכמים ומנהג ותיקין ליתן שכר לעושי מצוה ולכתוב שם המקדיש לזכרון) וצדקתם עומדת לעד ואלה שמותם בחצריהם ובטירותם.

ידידי הרב המובהק כמה"ר מנשה חמווי הי"ו פעיק טבריא ת"ו. הרב המופלא רב אהבה כמה"ר אברהם אביכזיר הי"ו בעוב"י נא אמן יע"א.

הגביר המרומם הגזבר מחזיק ברכה מו' משיח פוזיילוף הוא ובניו הי"ו בסמרקנד. הגביר המרומם החכם השלם רצ"ו מו' אהרן הכהן ואחיו הגביר היקר מו' רפאל ובנו הנעים נתנאל צבי הי"ו.

לעילוי נשמת אביהם הצדיק מו' יצחק בן מו' גד ז"ל באנדיג'אן יע"א. בעי"ת נז' אחיהם הגכיר היקר ונעלה מו' יוסף חיים יצחקוף ובניו היקרים נסים יוחנן אבא הי"ו.

בעי"ת נז' הגביר היקר ונכבד מו' ציון בן עבד רחמאן כהן הי"ו ובניו עזרא נריה חנניה הי"ו. איש תבונות הגביר המרומם ירא אלד'ים מו' משיח יאונוף הי"ו בקוקאן יע"א.

משכיל וחשוב הגביר היקר מו' חיים הכהן הי"ו בבוכארה. בעי"ת נז' ידידי הגביר היקר מו' שמואל רחמים הי"ו ובניו רפאל אבי ישי ר' מאיר ציון צבי הי"ו.

הגביר המרומם ונעלה איש חמודות מו' אבא חייא הי"ו בתשכנד יע"א. האחים המבורכים הגבאים היקרים מו' משיח ומו' יעקב בני הגביר הזקן מו' אהרן חייקוף הי"ו בעיר תורכסתאן.

האחים המבורכים משכילים יזהירו ביראת ד' והמה חכמים אוהבי ורעי סי' אליהו אלחייאני וסי' יחיה הי"ו בני האיש המהולל יוסף הצדיק ז"ל. בנא אמון יע"א.

אלה יעמדו על הברכה חלף עבודתם. מאת ה" משכורתם.

לכל נדבותם. גם בניהם זרעם נכון לפניהם.

ואני אברכם וחותם בברכה פעי"ק טבריא ת"ו באייר דהאי שתא התרס"ט בא סימן ויש תקוה לאחרית"ך לפ"ק המחבר אליהו ילזו ס"טיש מאין אורח חיים סימן א נשאלתי מיר"א וסר מרע אודות המנהג לומר מזמורים במוצאי שב"ק קודם ערבית ומושכים עד שחשיכה משום אפוקי יומא אי שפיר עבדי גם גוי החולב בהמת ישראל בשבת אם מותר לישראל לאחוז לו הבהמה כדי שלא תברח: ואומר על ראשון ראיתי במקומות רבים של חכמים ושל סופרים וגם בעיק"ו ת"ו נוהגים לומר במוש"ק מזמורים מלוקטים וי"א תמניא אפי עד לדוד ברוך וכו' ונראה יסודם ממ"ש מור"ם ז"ל בסי' רצ"ב שבין מנחה למעריב נהגו לומר פרקי אבות בקיץ ושיר המעלות בחורף.

ואף כי הברכ"י ז"ל סי' רל"ח הביא מגורי האר"י ז"ל שאין ללמוד מקרא בלילה ועשה לו סמוכות מהילקוט וחזר ודחה ועיין במנחת אהרן ז"ל כלל י"ט וכ"א ופתח הדביר ח"ב סי' רל"ז קמח סלת דס"ד יפה ללב בא"ח סי' רל"ב גם הם עשו סמוכין דרבנן לזה עפ"י הפשט ודחו. מ"מ כ"ז בחול אבל בשבת הנה הרב ביוסף אומץ סי' נ"ד הביא שמנהג ירושלים וחברון יוב"ב שאומרים תהלים באשמורת ורב גדול ומקובל (הוא הרב הק' מהר"ש שרעבי זיע"א כמ"ש בח"ש ח"ב דכ"ט) אמר אליו שאין תהלים בכלל המקרא וכו' ואסיק דהבא לשאול אותו יאמר לו שיש לו סמך אבל לעצמו הוא ירא בלילי החול רק בליל שב"ק לא היה נמנע מק"ו מליל ששי שהותר בו המקרא משום שהוא מכין לשבת ע"כ ומינה יש לדון לליל מוצ"ש דעד חצות אסר האריז"ל לומר הוידוי וכ"ש עד זמן סעודה רביעית שעדין תוס' נשמה יתירה כידוע וק"ו לקודם ערבית שאסור גם בעשיית מלאכה.

ובפרט במזמורי תהלים שגם בימי החול אמרו להתיר ועיין להרב המקובל אמ"ל ניניו ז"ל בשפת אמת העיד שבק"ק בית אל אומרים תהלים גם בחול ותימה על הרה"ג רב פעלים ח"ב סי' ב' שכתב דהבא לשאול אותו על קריאת תהלים באשמורת יאמ"ל שוא"ת עדיף ונראה כחו בזה ממ"ש בהשמטות פתח עינים בברכות ב' הך דתהלים בדרך אפשר ולא בהחלט אבל הנה לפנינו מנהג בית אל.

וגם כי בב' מקומות כתב הגאון חיד"א ז"ל זה בהחלט וסמי חדא מקמי תרתי. ואם תראה מ"ש בשעה"כ שער וי"ו דרוש א' וז"ל מוז"ל לא היה נוהג לומר א"ב וכל אותם השירי מעלות ומזמורים וכו' אל תסוב לאחור דהא סמוך לזה כתב שהיה אומר ויתן לך וכל אותם הפסוקים ומאי שנא (עיין בבאה"ט סוס"י רצ"ט) אלא הכונה שלא היה מקפיד לאומרם כנוהגים.

והעד ממ"ש בפע"ח (דפוס קראעיץ) שער שבת סופכ"ג וז"ל א"ב של תמניא אפי שנהגו לומר קודם ערבית לא נהג לאומרם ולא חשש לזה. ומכל האמור תצא תורה ליסוד המנהג ששאלת עליו: ועל אחרון הלא ידעת כי החולב הוא משום מפרק וגם עיין בסי' תקל"ז גבי גוי הבא לדיר שדה שגם אם הוא שכיר שבת וכו' בחוה"מ מסייעין אותו אבל בשבת לא ובסי' שי"ו המשסה כלב אחר ח"ה בשבת הוי צידה ושם אין אחד יכול לנעול שנים חייבים באופן דמסייע במלאכה הוי כעושה כולה.

ואפי' בשאר איסורים כי הוא עיין ביו"ד סי' קפ"א דנקרא מסייע בהקפה כשמטה עצמו אליו להקיפו וא"כ לכאורה דה"ו כשאוחז בהמה הוי מסייע דבלאו ידידה לא הוי מצי הגוי לגמור מלאכתו אלא דיש לדחות כיון שאין זה מסייע ממש בגוף החליבה רק גורם וצ"ע איזה גורם יתחייב עליו בשבת ואפ' שהדבר תלוי בחילוקים שבין גרמא לדד"ג בח"מ והדברים ארוכים ואין פנאי כי לענד"ן דבלא"ה איכא איסורא בזה.

דהגם דאין לחוש בזה. משום טלטול במקצת דהזזת אבר הבהמה כיון דאיכא צב"ח כמ"ש בסי' ש"ח גבי מדדין בהמה בחצר אם היא צריכה לכך ועיין בב"י משם הר"ן דתנאי צריכה לכך.

איצטריך משום שיהיה צב"ח וה"ן איכא צב"ח אם לא יחלוב ומפנ"ז הגם דבסי' ש"ז לא הותרה אמירה לגוי רק בשבות דרבנן עכ"ז התירו בסי' ש"ה לומר לגוי לחלוב דאתי צב"ח דאורייתא ומבטל מידי דרבנן וכמ"ש בסו"פ מפנין גבי בהמה שנפלה לאמת המים מביא כרים ומניח תחתיה אע"ג דמבטל כלי מהיכנו ע"ש ופסקה מר"ן בסי' ש"ה.

וגם אין לחוש לס' הרמב"ם בסי' ש"ח למריטת נוצות גבי אחיזת תרנגולת (בש"ע וטור כתבו משום שמגבהת עצמה מהארץ ונמצא מטלטה) עפ"י מה שתי' הא"ר ויא"ה ותוס' שבת קו' המ"א על הרמב"ם ז"ל דהא אין מתכוין למרוט ואמרו דהוי פסיק רישיה משום דתרנגולת דרכה להשמט וודאי ימרוט וא"כ זה אינו שייך בבהמה.

ולשמוש בבע"ח ג"כ אין לחוש כיון שאינו מתכוין להשתמש לצרכו רק לצרכה ובלא"ה כיון דשמוש בבע"ח אינו אלא מדרבנן אתי צב"ח ודחי ליה. ומשום צידה אין לחוש אפי' להגהות אלפאסי שמביא מור"ם סוס"י שי"ו כי בד"מ כתב להדיא בשם דפרות ורחלים ושאר בהמות שרי ולא אסרו רק חיה ועוף שברשותו ע"כ: מ"מ יש לאסור דהא גם בלא

אחיזת בהמה מפני שנראה שעושה לצורך ישראל כתבו היש אומרים שצריך לקנותו מהגוי בדבר מועט ועיין במחז"ב סי' רמ"ו דכוותיהו ראוי לפסוק כי המה הרבים רק המ"א ז"ל בסי' ש"ה כתב דהעולם סומכים על ס' ראשונה משום צב"ח והתנה שיחלוב תוך האוכל משום דליהוי שבות דשבות.

וע"ש מה שהק' על הב"ח ז"ל בענין השפחות הנשכרות לבעה"ב לכל מלאכה בכל השנה שא"ץ לומר להם טול החלב דהא בסי' רנ"ב קי"ל אף בקצץ אסור לעשות המלאכה בבית ישראל. וכן תראה במור"ם סוס"י ש"ז הטעם להיתר עכו"ם המביאים תבואה לבית ישראל בשבת משום דאינם של ישראל אלא לאחר המדידה וגוי במלאכת עצמו הוא עוסק וכ"כ גבי גבינות הא לא"ה כל שהוא עושה בממון ישראל ל"מ שאינו עושה בבית ישראל אלא אפילו בביתו לא יוכל ישראל לעמוד בפניו וכ"כ להדיא הגו"ר ז"ל א"ח כ"ג סי' א"ך ועיין במור"ם סי' רמ"ד שכתב ויזהר שלא ישב הישראל אצל הגוי בשעה שעוסק במלאכה וטעם הדבר משום ממצוא חפצך שאסור אפי' לטייל לראות עסקיו ומשום שלא יהיה נראה שהגוי עושה בשבילו ואף כי הט"ז התיר לעמוד שם לשמור מגנבה מלבד שרבים חולקים עליו עיין מטה יאודה ויא"ה ז"ל מ"מ גם הוא לא התיר רק לשמור מגנבה והזהיר שלא ידבר באותו עסק כלל ע"ש ונמצא מכל האמור דגם בענין שהתירו לגוי לעשותו ל"מ שאסור בבית ישראל אלא גם בביתו אסור ליש' לעמוד בפניו וכ"ש לדבר עמו באותו עסק וממילא אפי' למנהג שהתירו לחלוב פשיטא שאסור לו לחלוב בבית הישראל וגם חוץ לביתו לא יעמוד בפניו וכ"ש שלא לאחוז הבהמה דעדיף מדבור באותו עסק.

ושמעתי מקשים בזה דא"כ איך התירו החלב וכו' הרי לפ"ז יהיה חלב שחלבו גוי ואין יש' רואהו ותימה עליהם דהרי ביו"ד סי' קט"ו מפו' דאם ידוע שאין בעדר דבר טמא אעפ"י שישאל מבחוץ ואינו רואה שרי ע"ש. זהו דעתי ואתה תבחר: סימן ב' להפקת ר"ץ אגלה דעתי במחלוקתם לש"ש אודות קדושה דסדרא וביוצר אם מפסיק להם כמ"ש בא"ח סי' ס"ו דלקדושה מפסיק ותלו לה כיפי באידך דסי' נ"ט אי קדושות הללו יחיד אומרם וס"ל להרב שכנגדו דלמ"ד יחי"א אין בהם קדושה וא"כ לא יפסיק ודעתו שדעת מרן להלכה כדעה זו ומר סבר דאף לדעה זו יפסיק ואתיא בק"ו מכבוד בשר ודם.

וכ"ש דנראה מהב"י שדעתו להלכה כמ"ד דאין יחי"א. והרב ב"ד של שלמה בח"מ סי' ז' כתב בהא גופה דמרן פסק כי"א בתרא זת"ד: ואומר דלפי קוצ"ד דב"ז מחלוקת קדומה היא לראשונים בשמע קול רעמים דלהמג"א סי' ס"ו סק"ה מפסיק וגם הבנ"ח ז"ל בשם ח"ח כתב דאף דבר שאינו קדושה יפסיק מכח ק"ו דכבי"ד אמנם הא"ר ז"ל פקפק בזה על המג"א והרב בכור שור בברכות די"ג חלק וס"ל דאין להפסיק רק לדבר שבקדושה ועיין במחז"ב וקשר גודל נמשך בזה והרב מטה יאודה סי' נ"ט הכריע כן להלכה והנוב"י ז"ל כתב דגם המג"א ז"ל לא אמרה רק במצוה עוברת כגון קול רעמים שאם לא יפסיק לברך הוי חסרון לא יוכל להמנות.

וא"כ למאי דקמן למ"ד יחי"א ואין בהם דין קדושה דין הוא דאין להפסיק כס' הרבים הנז' וכ"ש לחילוק הנוב"י ז"ל ומהך ראייה שהביא הרב"ש ז"ל לדבריו ממור"ם סי' ס"ו

דאין להפסיק רק לאמן דהאל הקדוש וש"ת מטעמייהו ולא לשאר אמנים מכח ק"ו דכבו"ד יש להוכיח שגם דעת מרן כן דהא למר ס"ל דאפי' לשני אמנים הנז' אינו מפסיק.

וכן יש להוכיח דעתו ממ"ש בסי' ס"ו כהרשב"א דאינו מפסיק לקרות בתורה דלא מהני הך ק"ו להפסיק רק לדבר שבקדושה וברכו ומודים כטעם המוזכר באחרונים דלא כהרב המנהיג דס"ל להפסיק לקריאה נמי מכח הק"ו ודב"ז מוכרח הוא להרשב"א נמי כדי שלא יסתור עצמו כי בתשו' תקס"ב הביאה הב"י בסי' ס"ו ס"ל דלקדושה וכו' מפסיק מכח הק"ו ואילו בקריאה לא אהני ליה הק"ו ועיין במחצ"ה על סק"ח ונמצא דלמ"ד יחי"א משום דאין להם דין קדושה הדין יוצא דאין להפסיק להם מכח הק"ו רק למ"ד אין יחי"א וס"ל דהגם דהם ספו"ד מ"מ כיון דתקון ראשונים הוא אית להו דין קדושה וכמ"ש הטור סי' קל"ב משם ר"ץ גאון נראה דלדידהו הדין להפסיק: והשתא נעמוד על המחקר כמאן פסק מרן ז"ל ובאורו נלך דלכאורה כיון שהביא דעת שאין יחי"א בי"א בתרא נראה שכן דעתו כמ"ש הכנה"ג בא"ח סי' שי"ח ובכללי הפוס' אוס"ב דהלכה כ"א בתרא והרב י"מ בכללי הש"ע אוי"ג וטו"ב האריך בזה וכת"ר הביא דברי ב"ד ש"ש ז"ל ובאמת סוגיין דעלמא הלכה כ"א בתרא אבל זו היא שקשה דא"כ אמאי סיים מרן ויש לחוש לדבריהם הא בלא"ה ההלכה כן ודרך הפוס' להעיר ע"ז במקום שכותב מרן כן וגם הרב"ד ש"ש השיב מזה על השו"ג ז"ל וישב ע"ש: ואני בעניי אומר טעם מרן ז"ל בכאן עפ"י מ"ש במ"א והוכחתי ממ"ש בבד"ה ביו"ד סי' קע"ג גבי טרשא דר"ן דהגם דהרי"ף והרמב"ם אוסרים וכוותייהו ראוי לפסוק כיון שנתפשט המנהג להתיר כהרא"ש ז"ל הכי נקטינן.

ע"כ דמינה נילף לכ"מ שנתפשט המנהג כחזק מ"ד הגם שאין ההלכה כן כמנהג נקטינן. וא"כ בנד"ד המעיין בב"י יראה שדעתו להלכה כהזוה"ק שאין היחי"א זולת שנתפשט המנהג שיחי"א והיה ראוי לתפוש כמנהג זולת ששם האריך ומצא תקון לשניהם יחד באמירה בטעמים ולכן בש"ע תפש בי"א בתרא דהיא ההלכה כזוה"ק וכיון שיש תקון למנהג ההופך ההלכה ולהלכה באמירת הטעמים כתב ויש לחוש וכו' לומר דלולא התקון היה המנהג עוקר ההלכה.

ובזה נמצא טוטו"ד למ"ש בסי' תקס"ד בפשיטות שי"ג מדות אין היחי"א אלא בטעמים והמעייין בטוב"י יראה שנחלקו גמבזה כמו קד"ס וא"כ הי"ל להביא י"א וי"א ויש לחוש וכו' כמ"ש שם ומאי שנא. אבל לפי האמור ניחא דהתם בב"י כתב שהמנהג הוא שאין היחי"א וא"כ העיקר להלכה כן היא לפיכך לא חש למ"ד דיחי"א (הגם דבת"ה סי' ח' נראה דהיה בזה שינוי מנהגים אולי בימיו כך פשט המנהג) ונ"מ השתא דמרן מודה דהעיקר כמנהג ויחי"א רק כיון שיש תקון יש לחוש.

וא"כ מי שאינו יודע טעמים יכול לאומרם ביחיד משא"כ גבי י"ג מדות וכמובן ומחלוקת מור"ם בזה הוא דגם לכתחילה יאמרם בלתי טעמים כיון דהעיקר כמנהג תו אין לחוש לסודי הזוה"ק ולפי"ז מודים דרבנן שאין להם דין קדושה ובזה ניחא מה שתמה כת"ר על הרב קשר גודל שכתב נתפשט המנהג לומר קדושה דיוצר בלי נגון דאמאי לא זכר את יוסף דצריך לאומרה בנגון ומזה הסכים דלא בא רק להעתיק דברי מור"ם אבל ליה ס"ל דיש לה דין קדושה ממה שהעתיק דברי מרן של סי' נ"ה במתחיל קדושה ביו"ד

ויצאו מקצתם דגומר והתם בקד"ס ויוצר איירי דאי של תפלת י"ח דינה לחודיה קאי שם דאם התחיל אבות גומר עם הקדושה וגם ממה שהעתיק דינו דמג"א בסי' קל"ב בנכנס לבהכנ"ס ומצא צבור אומרים קד"ס אומרה עמהם וכו' ש"מ דהכי ס"ל דאין יחי"א ע"כ.

ולדעתי אין הדבר כן ומילי דמר לד"ה הם (שהרי לא ציין אל מקור הדברים) דכיון דגם מרן מודה דאזלינן בתר התפשטות המנהג ובימיו נתפשט לאומרם בלי נגון כן ראוי לעשות לד"ה ומה שהעתיק הך דסי' נ"ה גם דלא נפ"מ מידי לקד"ס ויוצר השתא הוא למילף מינה לדתפלת י"ח (והעד דלא הוצרך להעתיק הך דאם התחיל אבות) ומה שהעתיק הך דמג"א ז"ל אין להוכיח כלום דהא להמג"א גופיה תיקשי דהוא נמשך אחר פסק מור"ם ואמאי חייבו לומר עם הצבור אם לא שנאמר דכיון שיש לתקן ואין הפסד למה ימנע והגם דיש הפסד קל שלא יאמרנה עוד במקומה אשמועינן דאין זה הפסד כיעו"ש.

וגם הרב לכונה זו העתיקה וליכא הוכחה מזה: ולכאורה היה נראה עוד להוכיח שאין בקדושות הללו דין קדושה לדעת מרן ממ"ש בסי' ק"ט יחיד העומד בתפלה ושמע קד"ס אינו אומר קדוש עמהם שאין הקדושות שוות דר"ל דקדושת י"ח עדיפא מקד"ס אלא דהוק' לי ע"ז דא"כ מאי טעמא אינו אומר דמוסף דודאי אית לה דין קדושה לזה התבוננתי בשרש דבר ומצאתיו לכונה אחרת כי בב"י הביא משם הרשב"א ב' טעמים שאינו אומר קד"ס עמהם הא דלא אמרה הגאון רק כשהוא עומד עם הצבור במקום אחד והב' שאין סדר הקדושות אחד ומשם למד מרן גם לדמוסף וס"ל דהרשב"א פליג עם המ"ך ע"ש והד"מ כתב דגם הרשב"א לא אמרה רק בקד"ס דהיא ספו"ד וכו' ומודה בדמוסף ובדרישה כתב דמאי דיליף מרן הוא מטעם ראשון דהרשב"א והוא שייך גם למוסף.

ואני עני לא זכיתי להבין כי בש"ע כתב טעם דאין הקדושות שוות ובכ"ז פסק כהרשב"א גם למוסף. רק אם נפרש בדוחק שאין הקדושות שוות כלו' שאין מקום קדושת היחיד והצבור שוים כטעם הא'.

אבל לפקו"ד כי מרן מבין אין הקדושות שוות דהיינו שאין סדר לשונם שוה ואיך יפסיק שהרי הגאון לא התיר רק לומר עם הש"ץ מלה במלה וכיון שאין הלשון מכוון ה"ז לא יתכן וא"כ טע"ז שייך גם למוסף שלשונו משונה מדי"ח עיין בטוב"י סי' רפ"ה ורפ"ו ותכ"ג ונייד מהבנת מור"ם משום שהיא ספו"ד דלהרשב"א ז"ל מאי נפ"מ בזה והרי הב"י בסי' נ"ט כתב משמו דס"ל אין היחי"א (ומור"ם יאמר דנהי דהיא קדושה מ"מ קדושת י"ח עדיפא) ובהא א"ש דיליף גם מטעם שני שתפש בש"ע לדמוסף נמי.

ולזה אין הכרע להוכיח מזה בדעת מרן שאין להם דין קדושה זולתי דהענין נראה נכון ממש"ל ואינו יכול להפסיק לדעת מרן ז"ל ותבלין אני מוסיף בזה דלכל הפחות אין מכחיש שדעת מרן לצאת י"ח שתי הדעות וא"כ בשלמא כשיחי"א בטעמים הרייצא ידי שניהם אבל כשמפסיק במה יצא חובת מ"ד דיחי"א ואין להם דין קדושה: עוד אני אומר דאפי' לכשתמצא לומר דדעת מרן להלכה דיש להם דין קדושה כיון דהוכחנו לעיל דהיכא דלא אפשר היחי"א מכח מנהג דינא הוי דלא יפסיק כמ"ש מרן בב"י סי' ס"ו

משם מהרי"א ז"ל זהגם דבירושלמי אמרו להפסיק לאמן דהאל הקדוש משום שהיא סוף הראשונות ולדש"ת משום שהיא סוף אמצעיות עכ"ז אין מפסיק לדשים שלום אע"ג דהיא סוף האחרונות משום דיכול לאומרה ביחיד וכ"פ מור"ם ועיין במ"א סק"ז ונראים יסוד הדברים מברכות דכ"א בנכנס ומצא צבור מתפללים דלר"ה אם יכול להגיע למודים אינו ממתין ולריב"ל אם יכול להגיע לקדושה וקאמר התם בהא פליגי אם יחיד אומר קדושה או לא ע"ש דמשמע דאם היחי"א אינו ממתין לה ועיין בסי' ק"ט ובמ"א שם ומבואר בהרא"ש ובאחרונים דמשם למדו כי הדברים דמתין להם הן אותם שמפסיק להם ונמצא המשקל אחד ולזה כתב מהרי"א בדשים שלום שאינו מפסיק כיון שיכול היחיד לאומרה כמו גבי המתנה.

ומזה תדין למ"ש דמכח המנהג היחיד אומר קד"ס ויוצר דממילא אינו מפסיק להם. ובזה נבין טעם ק"ש דהת"ה סי' ג' ורבינו יונה בפ"ג דברכות כתבו שאין דבר שבקדושה יותר ממנה.

ועכ"ז כתב שם הת"ה ז"ל כי המדקדקים דשם בק"ש וברכותיה ושומעים צבור אומרים פסוק ראשון אינם מפסיקים אלא מנגנים אותם תיבות וכ"פ בש"ע סי' ס"ה ואמאי (נהי דבנגון יוצאים י"ח הך דדבר שהצבור עוסקים בו) והלא דין הוא להפסיק לדבר שבקדושה אבל כיון שיחי"א אין מפסיקין.

ודלא כהרב שכנגדו שעשה יסוד מק"ש ורצה לדמות לה סד"ק אפי' למ"ד אין היחי"א דאין הדמיון עולה יפה. ועל יסודו קשה דא"כ בטלת כל דין הפסקה לדבר שבקדושה.

גם מה שדחה לו כת"ר דהתם כל עיקר הנגון אינו רק שלא יהיה נראה ככופר בקבלת מ"ש. אינו נכון דהא רבינו יונה צווח אין לך דב"ש יותר מזה וא"כ דב"ש לא תקנת.

גם מה שרצה לומר דאנה"ן דלמ"ד יחי"א פליג וס"ל דלק"ש נמי מפסיקין ולמ"ד אין יחי"א סבר דקדושה עדיפא מק"ש. לדבר הזה יסלח דהרי הוכחנו דדבר שהיחי"א אפי' הוי דב"ש אין מפסיקין לו.

(וגם בהך דקדושה עדיפא הרואה ברבינו יונה יראה דפשיט"ל שאין מי שיכחיש בזה דק"ש עדיפא מהכל ועכ"ז היחי"א משום גזרת מלך ודברת במ בשבתך בביתך וכו' משא"כ בקדושה דכתיב ונקדשתי בתוך בני"י) ובזה ניחא הך דסי' ק"ט בנכנס ומצא צבור מתפללים וכו' דלא התנה להמתין על קד"ס ודיוצר.

כיון דבסי' נ"ט נראה דעתו להלכה כי"א בתרא. אלא כיון שפשט המנהג לאומרם ביחיד א"ץ להמתין ואין להשיב עמ"ש ממ"ש בסי' ס"ט גבי פורס על שמע דאומר גם ברכת יוצר כי הטעם מפורש בב"י שם אפי' למ"ד יחי"א דמשום שאמרו ברכו נתחייבו בברכה אבל לא משום קדושה שבה זהו הנלע"ד כעת שאין להפסיק להנך קדושות ועה"ס כי גבהו דרכיו מדרכנו וכך היא דרכה של תורה: סימן ג שאלתני ידידי להודיעך עיקר הדין ושרשו אי דינא הוי להקדים לבישת טלית לתפלין או להפך.

וכן מי שאין ידו משגת לקנות שתיהן איזה מהם קודם: תשובה מה ידעתי ולא תדע. מה גם בדברים המפורשים על השה"ט וסביביו כידוע.

אבל להפקת ר"ץ לא אשלחנו ריקם. ושרש דבר נמצא בא"ח סי' כ"ה בטור וז"ל ואחר שנתעטף בציצית יניח תפלין.

וע"ש בב"י מ"ש משם הנמק"י והר"י ז"ל ב' טעמים משום דמצות ציצית שקולה כנגד כל המצות ראוי להקדימה ועוד שהיא תדירה וכו' וכתב עוד משם האגור בשם הזוה"ק בשעה דבר נש קאים בעי לזכאה גרמיה בקדמיתא לבתריקבל עליה האי עול לפרשא על רישיה פרישו דמצוה לבתר אתקשר קשורא דיחודא דאינהו תפלין והביא משם גדולי מקובלי ספרד שמי שאין לו טלית קטן ודאי ילבוש טלית ואח"כ תפלין אבל מי שלבוש טלית קטן יניח תפלין תחילה ואח"כ טלית וכו' ונהגו העולם להתעטף בציצית תחילה ולפי מנהגם יזהרו שלא ישימו כיס תפלין למעלה כדי שלא יפגע בהם תחילה ויצטרך להניחם קודם הציצית משום שלא יעבור על המצות דאע"ג דגבי תפלין אם פגע בשל ראש תחילה יסלקנה ויניח של יד תחילה כמ"ש בס"י כ"ח התם שאני דכתיב והיה לאות על ירך והדר לטוטפות בין עיניך ודרשינן נמי מקרא כל זמן שבין עיניך יהיו שתים ומשו"ה מוטב שיעבור עה"מ משיעבור אמאי דכתיב באורייתא אבל הכא דאין לנו דמצות ציצית קודמת אלא מאסמכתא מוטב שתדחה אסמכתא זו משיעבור עה"מ ע"כ.

ותחילה צריכים אנו לעמוד על דברי מרן ז"ל דלכאורה נראה ח"ו דלאו סיפיה רישיה דממ"ש לדחות הך דאין מעה"מ מקמי והיה לאות וכו' דכתי' באורייתא משמע דאמעה"מ הוי דרבנן דאל"ה מאי אולמיה דהאי מהאי וממ"ש לדחות קדימת הציצית דהיא אסמכתא מקמי אמעה"מ משמע דאלימא מדאורייתא היא לדחות האס' וכן אחר האמת מפו' ממ"ש רש"י ביומא דל"ג ע"א בטעם קדימת דשון מזבח הפנימי להטבת חמש נרות שאמרו כדריש לקיש דאמר אין מעבירין עה"מ ופירש"י דנפק"ל במכילתא מקרא ושמרתם את המצות קרי ביה את המצוות לא תמתין לה עד שתחמיץ ע"ש.

ועיין במגלה ד"ו ע"ב והשתא אמאי מסלק תפלין של ראש משום והיה לאות הא אמעה"מ נמי דאורייתא הוא. וכן נמי ק' מ"ש בס"פ להקדים תפלין לעלית דאין קדימתה אלא אס' דכיון דהנמק"י והר"י יהבי טעמא משום תדיר קודם הנה בזבחים דפ"ט ע"א והוריות די"ב ע"ב מפקי לה מקרא דכתיב מלבד עולת הבקר אשר לעולת התמיד תעשו את אלה למימרא דעולת התמיד דתדיר תקדום למוספין ע"ש.

וע"ז עלה במחשבה לתרץ דמרן לא קאי אלא למי שיש להם טלית קטן ואעפ"י כ' נוהגים להקדים טלית גדול דל"ש בהו טעם תדיר כמפ' שם אלא מנהג שנהגו ומשו"ה קרי ליה אס'. אמנם ראיתי להרב ארעא דרבנן מע' תי"ו אות תרמ"ד שהבין דמרן ז"ל אעיקרא דדברי הנמק"י קאי ועכ"ז קרי לה אס' ומפנ"ז החזיק עליו בקו' זו ע"ש ואחר ההתבוננות ראיתי שהדין עמו ממ"ש בש"ע ס"א אותה אזהרה של הנחת כיס תפלין למטה גבי מי שאין לו אלא טלית גדול דאילו מי שיש לו טלית קטן כתב דינו בתר הכי בס"ב.

וש"מ דס"ל דאין להקפיד בהך דתדיר מקמי אמעה"מ וכ"כ להדיא בט"ז ע"ש וא"כ הדק"ל והרב עפרא דארעא ז"ל תי' כי מרן לא ביאר מהו האס' והנמק"י כתב ב' טעמים וא"כ מרן קאי אטעמא קמא דמצות ציצית שקולה וכו' וליה קרי אס' ולא לטעם תדיר כי ס"ל דטעם הראשון עיקר ותדע דבש"ע כתב טעם אחר משום שמעלין בק' ע"כ.



ואנכי עפר לא זכיתי להבין דמנ"ל דטעם ראשון הוא אס' וכיון דנ"מ לדינא להקדים מכחו לבישת טלית מי יימר דלאו דאורייתא היא ועיין בארעא דרבנן מע"א אות א' ומה שהוכיח ממ"ש בש"ע טעם אחר מה זו הוכחה דטעם ראשון עיקר והרי אינו מעין טעם הראשון ואדרבה נראה שהוא ההפך כי לטעם מעלין בק' נראה דתפלין עדיפא מציצית דלא כטעם הראשון של הנמק"י ז"ל.

ועלה בדעתי ליישב עוד דמאי דקרי ליה מרן אס' משום דאינו מפורש בהדיא דתדיר קודם רק לגבי תמידין ומוספין ולשאר התורה אינו אלא מבנין אב והרמב"ם קרי לדבר הלמד ביי"ג מדות דברי סופרים עיין בפ"א מה' אישות גבי קדושי כסף וע"ש בה"ה ובכ"מ. ובזה ינוח לי לשון הלבוש ז"ל בס"י זה דנראה ח"ו סותר מרישיה לסיפיה דבתחילה כתב יתעטף בטלית קודם התפלין משום דקי"ל תדיר קודם וילפינן לה מקראי וכו' ולבסוף כתב לחלק בין אי פגע בתפלין קו' הטלית לפגע בתפלין של ראש ברישא וז"ל דהתםמוטב שיעבור עה"מ משיעבור על מה דכתיב באורייתא אבל הכא שאין לנו שמצות ציצית קודמת אלא מהטעמים שהזכרתי ואינם כתובות בתורה בפירוש מוטב שידחו וכו' ולא יעבור עה"מ דילפינן מקרא ושמרתם וכו' ע"כ והרי כתב ברישא דתדיר נמי ילפינן מקראי ולפמ"ש ניחא דס"ל הגם דילפי' מקראי אינו רק לגבי תו"מ אבל לשאר מילי לא ילפי' רק מבנין אב ומשו"ה כתב לבסוף ואינם כתובות בתורה בפירוש ולא דמי לאמעה"מ דדריש מגופיה דקרא לכל המצות ועד"ז כתב נמי בס"י תרפ"ט להקדים ספר של ר"ח לשל חנוכה וז"ל דבפירוש ריבתי תורה דתדיר קודם דכתיב מלבד וכו' וזה בנה אב דבכל מקום תדיר קודם ע"כ כלו' דבפ"י ריבתי תורה גבי תו"מ ולשאר מילי ילפינן בבנין אב.

ודלא כהרב עושה שלום במע' תדיר שחשב ליישב דברי הלבוש כמ"ש וחזר בו מהך דס"י תרפ"ט דלדידי אין דבר חוש'ש והכל כונה אחת. ובזה נמי ניחא דברי הט"ז דהכא כתב כדברי הב"י ז"ל דתדיר הוי אס' ובס"י תרפ"א סק"א כתב שהוא כלל בתורה ע"ש משום דס"ל דלשאר מילי דילפי' ליה מבנין אב אין דינו רק כאס' אמנם כל זה נדחה מפני דהא המעיין בקדושי כסף יראה דגם להרמב"ם ודעימיה דקרו להו מד"ס אינו רק לענין השם אבל כחם ככח שטר וביאה ממש דסו"ס דאורייתא נינהו וא"כ למה יגרע הך דתדיר משום שהוא מבנין אב.

גם המעיין בפ' התדיר דפ"ט יראה דאביי אמר דמגופא דקרא נפקא ועיין פירש"י דמיתורא דקרא ידענו שכל התדיר קודם וכ"כ רע"ב שם וכ"כ התו' ביומא ד"ג ע"ב ד"ה זה בנה אב וא"כ הוי ממש כהך דאמעה"מ ולמה ידחה מפניו. לכן נלע"ד ליישב דעת מרן ז"ל עפ"י מה שיש להעיר עוד בדב"ק בש"ע דנקט טעם קדימת הטלית משום מעלין בק' דמנ"ל הא ולא הוזכר בב"י כלל ותו דהא ודאי מוכרח לומר דגם הך דמעלין בק' ס"ל דהיא אס' דאלת"ה אמאי כשפגע בתפלין ברישא פסק דיניחם קודם הטלית להך טעמא ומאי אולמיה דאמעה"מ מהך אם לא דהיא אס' וכנז' וכ"כ הלב"ש ז"ל בהגהותיו על הט"ז סק"א ואילו בזבחים דצ"ט ע"א אשכחן להדיא דנסיב לה קרא את מחתות החטאים האלה וכו' ועשו אותם וכו' צפוי למזבח בתחילה תשמישי מזבח ועכשיו גופו של מזבח ע"ש ותו דלכאורה נראה דאין זה ענין למעלין בקדש דלא אתמר אלא לעצם

הדבר להעלותו מקדושה קלה לקדושה חמורה אבל להקדים דבר על דבר איפכא תנינן בפ' כל התדיר דפ"ט כל המקודש מחבירו קודם חבירו והכא היה ראוי להקדים תפלין דהיא קדושה יותר כמשמעות הש"ע והוא מפורש במגלה דכ"ו דחשיב טלית תשמישי מצוה ונרתק תפלין והרצועות תשמישי קדושה והגם טלית תדיר הוא מבע"ל בזבחים ד"ץ תדיר ומקודש הי מינייהו קדים ולא איפשוטא וא"כ מאי חזית.

ובזה ראיתי להרב דגול מרבבה והשאגת אריה ז"ל סי' כ"ח השיגו על הש"ע. והרב יד אפרים סק"א תי' דמרן כל סמוכין דיליה להקדים טלית אינו רק מטעם תדיר כמ"ש בב"י אלא משום דלא תיקשי דהא תפלין מקודש וזה בעיני דלא איפשיטא ומאי חזית לזה כתב טעם נמי משום שמעלין בק' ולא דמי לבעיא דתדיר ומקודש כיון שהיא מצוה שבגוף יש לו לעלות בק' ונראה שהעתיק זה מליקוטי מהרי"ו וכתבו לסניף זת"ד.

ואני הדל אחה"ר מלבד כי הש"א ז"ל שם תמה מאד אהך טעמא דתדיר ודחאו ע"ש ואיך אנן נעשהו יתד התקועה לס' מרן ז"ל עוד בה דגם למטוניה העיקר דט' תדיר חסר מן הספר ואיך שבק העיקר וכתב הסניף: ולזה נלע"ד דמכח מה שהקשו הש"א ז"ל שם וגם הרב בני חיי ז"ל בסי' כ"ה והמני"ח ז"ל בהלק"ט סי' נ"ד וש"מ"ץ א"ח סי' ט"ו וט"ז על טעמי הנמק"י ז"ל כאשר יעמוד המעיין עליהם נדחו מקמיה דמר מרן ולא סמך מלך זולת על טעם הזוה"ק דמעלה הגוף מקדושה לקדושה וס"ל למר דמאי דקי"ל כל המקודש מחבירו קודם אינורק כשאין עצם דבר מחברם אבל כשיש עצם מחבר ומשתף שניהם יחד כהא דגוף אחד לובש טלית ותפלין הוי איפכא דמתחיל בשאינו מקודש ומסיים במקודש משום דמעלין בק' ובעי להעלות הגוף מקדושה לקדושה וכה"ג אשכחן במנחות דט"ל כשהוא מתחיל מתחיל בלבן משום דהקדים הכתוב מין כנף לתכלת ואח"כ קושר בתכלת וכשהוא מסיים בלבן משום דמעלין בק' ופירש"י כיון דאקדמיה קרא למין כנף ש"מ חשיב הוא הלכך אי מסיים בתכלת הו"ל מוריד סוף הציצית מתחילתה ע"כ הרי דהגם דהלכך מקודש והו"ל לאקדומיה מתחילה וע"ס משום הציצית שהוא משתפם ולגבי דידיה בעי להעלות בק' מסיים בלבן.

והשתא מרן לא קאי אטעמי דנמק"י ז"ל דאנה"ן אי הוו קיימי כיון דשורשם מדאורייתא לא היה נדחה קדימת טלית מקמי תפלין גם כי פגע ביה ברישא משום אמעה"מ זולת לטעם הזוה"ק קאי ועליה קאמר שידחה מקמי הך דאמעה"מ וקרי ליה אס' הגם דמעלין בק' נמי מקרא אתי וכמ"ש משום דכל גופו לא נאמר זולת בהוספת קדושה בדבר שקדמה בו קדושה מקמי הכי ולא כשיש לפניו שתי עניינים אחד מקודש מחבירו שהדין היה להקדים המקו' ורק משום המחברם נהפך הסדר.

דזה אינו מפורש והי"ל לומר מאי חזית אלא משום דאסמכוה אהך דמעלין בק' הקדמנו שאינו מקו' ולפיכך כשיתחבר בהדי מקודש קודם מילתא אחריתי כהך דאמעה"מ פשיטא דניהדר לקמייתא דמקו' קודם וניסמי חזא מקמי תרתי והך דלבן הגם שהתחיל בו וחזר לתכלת לקיים מעלין בק'. ליכא התם משום אמעה"מ כיון שבפגעו בו ברישא התחיל במצוה וקשר ממנו תו ליתא לאמעה"מ ושפיר יכול לקיים שתיהן משא"כ בהך דפגע בתפלין.

ולפי האמור ניחא כל דברי מרן בב"י ובש"ע ונימוקו עמו שעזב טעמי הנמק"י ומקורו ברוך להך דמעלין בק' מדברי הזוה"ק ושפיר מצי סבר דתדיר מדאורייתא הוי ולא כתב טעם אס' רק על טעם הזוה"ק מכח מאי דכתיבנא ולא נשאר להרגיש זולת במה שדחה הך דאמעה"מ מקמי והיה לאות וראיתי להרב ארעא דרבנן מע"א או"א שעמד בזה ע"ד התו' ביומא שכתבו טע"ז ותו' דשאני התם שהקדימה תורה בפ' תפלין של יד לשל ראש וגם דרשו כ"ז שבין עיניך יהיו שתים ולזה אמעה"מ נדחית מפניה דחדא נדחית מקמי תרתי ע"ש.

ולמאי דאוקימנא דמרן בב"י לא קאי אטעם תדיר ולא דחאו מקמי אמעה"מ ניחא מאי דהוה ק' לכאורה ממ"ש בפ' התכלת דנ"ט בעא מיניה רחב"א מר"ח צבור שאין להן תמידין ומוספין איזה מהם קודם ומוקי לה בתמידין דלמחר ומוספין דהאיזנא תמידין עדיפי שכן תדיר או"ד מוספין עדיפי דהו"ל מקודש אמרי תניתוה וכו' ולמאי דס"ד דמרן גם לט' תדיר קאמר דנדחה מקמי אמעה"מ מאי בעייתא גם אם תדיר עדיף הרי מוספין קדמי ברישא ואמעה"מ אבל למ"ש א"ש.

והגם דאי מהא לחודה לא איריא דאפי' למאי דס"ד ניחא עפ"י מה שראיתי לחכם צבי ז"ל סי' ק"ו שחילק מסוגייתא זו למ"ש בפ"ק דמ"ק על קרא דאורח חיים פן תפלוס דבמצוה שא"א לעשותה ע"י אחרים אין להעביר עה"מ אפי' מקלה לחמורה דהתם מיירי בשני מינים משו"ה אין מעבירין משא"כ בפ' התכלת דתמידין ומוספין כולהו ענין קרבנות וכחדא מצוה חשיבי לפיכך מבע"ל ע"ש ולדב"ק א"ש דברי מרן מהך סוגייתא גם למאי דס"ד (ועיין לשא"י ז"ל פר' צו ד"ה עד וכו' מה שתמה על הח"ץ).

ועי' ברכ"י או"ח סי"ץ או"ג מה שהק' עליו) מ"מ מ"ש ליישב נכון בעיני: ונחזור לעיקר שאלתו הראשונה דלכל הדברות דעת מרן להלכה בב"י ובש"ע דמי שיש לו טלית קטן יקדים הנחת תפלין ומי שאין לו אלא טלית גדול ילבשנו תחילה ואח"כ יניח תפלין ומור"ם בהגה כתב דאף טלית גדול קודם לתפלין כמנהג העולם זולת השאגת אריה ז"ל בסי' כ"ח פלפל לעקור טעם הנמק"י והעלה דאיזה שירצה מהם יקדים והגם שהתפלין הוא תדיר ומקו' מ"מכיון שהטלית היא רשות אם הקדימה למצוה לית לן בה והביא סמוכות לזה ע"ש.

ואחה"ר הנה הזוה"ק צווח דאיהי פרישו דמצוה ונהי דאינה חובה לאהדורי בתרה מ"מ כי בעי לעטופי בבגד בן ארבע כנפות מי לא מיחייב בציצית וכבר כתבנו בקוצ"ד דטעם הב"י מסתמך ואזיל עפ"י הזוה"ק והגם כי הגאון ז"ל הפיל חומה נשגבה טעם הנמק"י אכתי פש גבן דברי הזוה"ק ועיין בברכ"י סי' זה או"ד שדעת הרדב"ז ז"ל כדעת מרן ממש ומינה לא תזוע רק משום מנהג העולם אין לשנות כמ"ש מור"ם.

ואפשר טעם המנהג משום דלאו כ"ע דינא גמירי ואם מי שיש לו טלית קטן יקדים התפלין יליף מיניה גם מי שאין לו וכבר כתב האגור דזה איסור עפ"י הזוה"ק ולכן אין לשנות: ולענין שאלתו השנית כשאין ידו משגת לקנות שתיהן איזה מהם קודם. לפמ"ש הש"א ז"ל.

דתפלין תדיר ומקו' לא תיבעי לך דודאי תפלין קודמת. אבל לפמש"ל בדעת הב"י ז"ל דאיחור לבישת התפלין משום מעלין בק' בהא מיבע"ל דהא לא תליא הא בהא.

ועיין להכנה"ג ז"ל בסי' כ"ה שפסק דטלית קודמת מטעם דשקולה ככל המצות וכ"כ בשכנה"ג שאחר כמה שנים ראה טע"ז וגם טעמא דהיא תדיר בדברי הנמק"י ז"ל והי"א השיגו דדברי נמק"י הובאו ב"י וכבר קדמו בקו' זאת הרב בנ"ח ז"ל והבליעה בנעימה ע"ש וגם תמה עליו בעיקר הדין דאין מדברי הנמק"י ראייה דהתם שאני ששתיהן לפניו ולהקדים קאמר ותי' דאפ' דהא בהא תליא וכיוצא בזה כתב הרמב"ם ז"ל פי"א מה' בכורים וכו' עש"ב.

ואני עני תמה דאיך ס"ד דלא תליא הא בהא והלא בזבחים ד"ץ איבע"ל תדיר ומקו' איזה מהן קודם וכן במנחות דנ"ט איבע"ל כשאין היד משגת לקנות שתייהם איזה מהן קודם והתו' בב' מקומות הנז' תמהו אמאי לא מיייתי ראיות דהכא להתם ודהתם להכא א"כ ודאי דס"ל דא ודא אחת היא והגם כי הח"ץ ז"ל בתשו' הנז' תי' תמיהתם דבזבחים כרי שאין שם לתא דאין מעבירין עה"מ כי שתיהן לפניו ובהכי אתו הראיות דהתם משא"כ במנחות דמיירי במוספין דהאידין דלמחר ויש מעה"מ ולא שייכי רק הראיות דמייתי התם עיין בברכ"י ס"ן או"ג שהאריך ע"ד ומ"מ גם לדבריו מודה דבטלית ותפלין שזמנם שוה ול"ש מעביר עה"מ דאין ס' לחלק בין קדימת מעשה לקדימת קניה ודלא כס"ד להבנ"ח ז"ל (ועיין להרב פנים מאירות וגם להרב חק נתן בחדושיהם על זבחים מ"ש בדברי התו') עוד הוסיף לתמוה הבנ"ח ז"ל דאיך פסק כנה"ג להקדים הטלית משום תדיר והלא התפלין מקו' ובעיא היא איזה מהן קודם.

והגם דבירושלמי פ' בא לו איפשיטא דתדיר קודם איך שבק תלמודין מקמי הירוש' והביא כי רע"ב בפ' כל התדיר משנ"ה כתב אע"ג דלא איפשיטא נראה דתדיר קודם ע"ש. ולשטה זו כתב הנמק"י דציצית קודם ע"כ והנה גם הט"ז בא"ח סי' תרפ"א כתב כרע"ב דאע"ג דלא איפשיט בעיין נראה דתדיר קודם כיון שהוא כלל בתורה ומקראי ילפינן ליה ותמה עליו הש"א ז"ל שם דהא גם מקודש ילפי ליה מקראי ע"ש וזה נ"ל עפ"י מ"ש התיו"ט ז"ל ע"ד רע"ב ז"ל לחלק דתדיר נפיק מקרא דמלבד עולת הבקר וכו' אבל מקודש אע"ג דאית לן בנה אב לכל חטאות ודם חטאת דריש מקרא מ"מ לא שמעינן טעמא משום דמקודש הוא ע"ש וזהו נמי דעת הט"ז ונתיישב הדין דהנמק"י והכנה"ג ז"ל אבל הרב בנ"ח ז"ל שם פליג בעיקר הדין וס"ל להקדים תפלין כי הוא מקודם ועוד משום טעם קרקפתא דלא מנח תפלין ועוד שמצא בס' חרדים דתפלין נמי שקול ככל המצות גם הרב המני"ח בהלק"ט סי' נ"ד כן דעתו והביא הך טעם דשקול וכו' משם הרא"ש שהבי"ד ב"י סי' ל"ז.

ונראה כי הבנ"ח ז"ל נזהר מלהביא מדברי הרא"ש יען כי לשונו הוא שאין לך גדול בכל המצות כמ"ע דתפלין שהוקשה כל התורה לתפלין. ואין מזה הכרח רק שהתפלין גדולה מכלמצוה פרטית ולא ככל המצות ולזה הביא עצות מרחוק.

ובמדבר קדמות הביא דשקולה ככל המצות משם מדרש שוח"ט ואני הדל לא מצאתי בשוח"ט לפנינו בפ' כי אם בתורת ה' חפצו רק ששקולה כת"ת ע"ש וכבר ידעת המבוכה

אי תלמוד גדול או מעשה גדול עין בסופ"ק דקידושין ובמפז"ל. סו"ד דהלכה זו במח' שנויה בין הכנה"ג והבנ"ח והמני"ח ז"ל.

וכן חזרה ונשנית בס' שמ"ץ סי' ט"ו בין הרב המחבר ובין הרב שבתי מלוקיו ז"ל כי הרש"מ ז"ל הביא חבילות ראיות לסתור דברי הכנה"ג ז"ל ומכללם כי הקורא ק"ש בלא תפלין כאילו מעיד עדות שקר בעצמו. ונהי דלכאורה יש לפקפק בטע"ז ממ"ש המ"א ז"ל סוסי' כ"ד משם הזוה"ק דבלא ציצית נמי הוי כמעיד עדות שקר בעצמו הנה הרב י"א אוקי הך דהזוה"ק דוקא בלובש טלית בת ד' כנפות ולא הטיל בה ציצית משא"כ מי שלא לבש כלל.

ואינו דומה לתפלין. אבל הרב המחבר חזק זרועות הכנה"ג ותמה על הרב עולת תמיד ז"ל שחלק עליו.

ולדעתי שאין תימה על הע"ת ז"ל כי מר ניהו כתב ע"ד מרן בטעם קדימת ציצית משום מעלין בק' דמשמע דקדושת תפלין עדיפא אעג"ב דאמר' שקולה ציצית כנגד כל המצות מ"מ קדושת תפלין עדיפא ומיהו מי שאין בידו לקנות שתיהם יקדים תפלין משום דפושעי' בגופן הוא קרקפתא דלא מנח תפלין ודלא כמ"ש כנה"ג וכו'.

והשמ"ץ ז"ל תמה דאין הקדושה סבה לקדימה דהא קריאת מגלה דוחה עבודה לגמרי כמ"ש הט"ז בא"ח סי' תרפ"ז משום פרסומי ניסא אע"ג דהעבודה קדושה ודאי ע"ש ולדידי אחזה"ר האמת כהע"ת דהקדושה סבה לקדימה ודאי וכמפורש בזבחים והוריות כל המקודש קודם ואפי' לגבי תדיר איבע"ל מי מהן קודם וקריאת מגלה שאני דגזרת הכתוב היא משפחה ומשפחה מכאן שהכהנים מבטלים מעבודתם ובאין לשמוע ועיין להט"ז שם שכתב דמהך קרא נפקא וה"ז דומה למ"ש מב"י ז"ל טעם להעביר עה"מ כי פגע בשל ראש תחילה משום שמפורש והיה לאות וכו' והדר לטוטפות וכו' דה"ט ודאי משום גזה"כ וכמש"ל: באופן דלדחות הא מקמי הא הוי פד"ר וראיתי להברכ"י ז"ל סי' כ"ה שהעלה להלכה דדברי האחרונים עיקר דתפלין קודמת זולת אם מוצא תפלין בשאלה יקנה ציצית וכמ"ש האחרונים ז"ל.

וכיון דהרב מרא דארעא דישראל הסכים כן להלכה ומסתבר כוותיה דהלכה ככתראי מינה לא תזוע. זה מה שראיתי להשיבך ידידי בנחיצה רבה כי עתותי ספורות ומה גם כי הענין קמחא טחינא ואינו סובל אריכות מאי"ן: סימן ד' נשאל מעמדי מע' הגמו"ן החכם הש' יר"א רצ"ו מו' אהרן הכהן הי"ו מעיר אנדיג'אן יע"א לדעת מה יעשה ישראל ביום השבת בענין המכונות (פאבריקאס) הידועים למלאכות וגופם לישראל ועומדים ג"כ בבתייהם שיש להם אחוזה בכפרי גוים הרחוקים תחום שבת מערי יש' וכל המלאכה נעשית ע"י גוים השכורים כו"ך לשנה או לכל חדש וכל ריוח המלאכה שתהיה בין בשבת בין בחול היא לבעלים.

וכן יש מכונות שהגוי שותף בהם עם הישראל ומהם יש שחוזר ושוכר חלק הגוי שותפו בסך קצוב לכמה שנים. ויען כי הפועלים אינם חפצים לבטל מלאכתם ביום השבת דשכיחי להו טובא מקומות אחרים לעבוד עבודתם בין בחול בין בשבת והבעלים נבוכים הם כדת מה לעשות ע"כ שואלים הלכו לגהות להם מזור למלאכת שבת.

ואני עני הגם כי איני מאנשיה וקשה עלי דליקרו לי מחיל שבי משום לאפרושי מאיסורא.  
יצאתי אחרי הקוצרי'.

ללמוד מפי ספרים. אופן המועיל מתי'ר אסורי'ם.

וזה החלי.

וה"א יעזור לי: על אודות הנך שיש לגוי שותפות בהם הדין מפורש בא"ח סי' רמ"ה  
דאין היתר רק שיתנו ביניהם מתחילת השותפו' ששכר שבת יהיה לגוי לבדו בין רב  
למעט ויו"א ליש' לבדו או שיחזרו למכור עסק השות' וכו' (מכר גמור כמפו' באחרונים)  
ויחזרו לקנותו בשות' ויתנו בשעת הקניה כנז' ואז גם אם בשעת חלוקה נתרצה הגוי  
לחלוק בשוה שרי.

הא לא"ה אין תקון שיטול ישראל משכר שבת כלום דהו"ל כמעמיד פועל לעבוד יום  
השבת והוא נגדו בחול (עיין טע"ז בב"י ואחרונים) רק הגוי יטול שכר כל השבתות  
לבדו אם ידוע ואם אינו ידוע יטול שביעית מכל הריוח יעוש"ב ובנד"ד דלא התנו  
מתחילה וקשה להם למכור ולחזור לקנות ולהתנות צריכים תרופה ממ"א.

ואין להקל בנ"ד דהם עצמם אינם עוסקים במלאכה רק ע"י פועלים ולטעות דהיינו הך  
שכתב המ"א ז"ל סק"א שאם הם אינם עושים כלום רק שהגוי מסיק ואופה בתנור ונותן  
שכירות דרשאי יש' לקבל חלקו בהבלעה ולא חיישינן שיאמרו לצורך יש' הוא עושה  
כיון שיש לגוי חלק בו ע"כ דלא קרב זה אל זה והתם מיירי בגוי הבא מעצמו ואופה פתו  
דלאו בשליחותיהו קא עביד מה שא"כ הכא דבשליחותיהו קא אתו הנך פועלים נהי  
דאין כאן איסור שכר שבת דהוי בהבלעה וגם לא מראית העין כיון שיש לגוי חלק בו  
מ"מ הרי יש כאן משום מעמיד פועל וז"פ.

ואין לומר דנ"ד דהפועלים שכורים בקבולת כו"ך לזמן פ' אין כאן מעמיד פועל דגוי  
אדד"ן עביד לדידן דאתכא דמרן סמכינן והוא פסק בש"ע סי' רמ"ד ס' הרמב"ם בסתם  
דשכר לו גוי לשנה או לשתים שיארוג לו בגד או יכתוב לו וכו' דמותר ואע"ג דהביא ס'  
הראב"ד דפליג בקבולת זמן בשם יש מי שאומר הא קי"ל סתם ואח"ך מחלוקת ה' כסתם  
דלא שמה מתיא מכמה טעמי.

חזא דפסק בהגה דכששכרו לכל המלאכות שיצטרך תו"ז השכירות לכ"ע אסור וטעם  
הדבר עיין במ"א סקי"ו דקרוב הדבר שיצטרך למחר למלאכה אחרת ונמצא מרויח היש'  
בשבת ע"ש ונ"ד נמי דמצויה להם המלאכה והפועל מחויב לעסוק בכל אשר ימצא לו  
הוי דכוותה וכמ"ש לקמן והגם כי הרב נוב"י קמא סי' ל"ח וגם בהגהותיו בדגול מרבבה  
כתב דהב"י ז"ל לא ברירא ליה אי הרמב"ם מודה בהכי עכ"פ ספקא הוי בדעתו.

ועוד כי הט"ז בסק"ה והמ"א בסק"א כתבו דאם השוכר מקפיד על הפועל שלא לישב  
איזה יום בטל גם הרמב"ם מודה דאסור ועל מבוכה זו עמדו הרבנים מהר"י אירגאס  
ז"ל בסי' ט' הבין דהרמב"ם מתיר גם במקפיד והשיג על הדב"א ז"ל סי' קל"ב שכתב  
להפך ונסתייע מהרב הלבוש ומנח"ך ז"ל שכתבו כדבריו אבל הרב מים רבים סי' ט"ו  
וט"ז שקו"ט טובא עמו לעמוד לימין הדב"ש ז"ל וגם הרב זרע אמת ח"א סי' ל"ב כתב  
כי פשט הרמב"ם כדב"ש ז"ל וכן הרב מטה יאודה סי' רמ"ד סק"י או"ג חזק זרועות

הדב"ש ז"ל וגם הרב דבר"י ז"ל גופיה להלכה לא זו מדברי הט"ז ומ"א ז"ל וכיון שכן  
בנ"ד אנ"ס דהבעלים מקפידים אם הפועלים עצלים ובטלים ואסור.

וע"ע להרב פנים מאירות סי' ל"ח בח"א יצא לחלק דלא התיר הרמב"ם אלא לשכור  
לדבר מיוחד כגון אריגת בגד וכתבת ספר והשנה תספיק לאותו דבר גם בלי שבתות  
דאז לא נ"מ מידי לישראל וגוי אדד"ע משא"ך בשכור לכל מה שיבא לידו דאז ודאי  
נהנה הישראל במה שבא לידו בשבת והביא ראיה לזה מדברי הרא"ש ע"ש ואנכי הרואה  
דמקור דב"ק נובעים ממ"ש הב"י ז"ל סי' רמ"ג ע"ד הטור דמותר להשכיר תנור ומרחץ  
בקבלנות במקום שאין שמו עליו דמהרי"א ז"ל כתב דא"א לגרוס בקבלנות דגם  
המתירים קבלנות דוקא בשדה ובית שאעפ"י שלא יעשה המלאכה בשבת ישלים ביום  
אחר אבל מרחץ ותנור שאם לא יעשה המלאכה בשבת יפסיד ישראל ריוח אותו יום  
נמצא יש' נהנה ממלאכת שבת ע"ש הרי דברי הפנ"מ כבר אתאמרו משמיה דגאון  
מהרי"א ז"ל והגם כי הב"י כתב ע"ד דאפשר לדחות טעם זה וביאור דבריו נתחבטו בהם  
המפז"ל ע"ש לט"ז סק"ב ולתוספת שבת סק"ב מ"מלהלכה כולהו מודו לדברי מהרי"א  
וגם רמ"א ז"ל שם סק"ב כתב כן והנוב"י ז"ל מה"ת בסי' כ"ט כ"כ בפשיטות ובסי' ל"ח  
הוסיף דל"מ אם רוחצים ומחממים המרחץ תמיד דאז אין תועלת רק ליש' ולא לגוי אלא  
אפי' מרחץ שאין מחממים אותו אלא למי שבא בשעתו דאסור דאטו אם ידחם הגוי היום  
יבוא למחר אולי ילכו למקום אחר ואולי היום פנויים ומחר לא וא"כ מחשש זה הוא  
מוכרח לחמם להם בשבת ואדעתא דיש' עביד שלא יפסיד ול"ד לסופר ואורג דהתם  
בפועל תליא מילתא אם יעשה היום או מחורתו משא"כ במרחץ וכו' דבבאים תליא  
מילתא ע"ש אך בנד"ד דשייכי ביה הנך טעמי ואפ' דהרמב"ם ז"ל מודה בהו לאסור לא  
אשכחן להתיר בו.

ואשר ראה והתקין הרב דבר"י ז"ל בנדונו למסור העורות לתקנם בסך קצוב בזמן רב  
או מעט דגוי אדד"ע לא שייך הכא בנד"ד דאין שם דבר מיוחד לקצוב עליו וכל יום ויום  
הפעולות חדשים לבקרים: ולזה חשבתי דרכי לתקן להם עפ"י מ"ש מור"ם בסי' רמ"ד  
ס"ב דגם בלא התנו יכול היאודי להשכיר חלקו לשותפו הגוי או לשוכרו בקבולת וכמ"ש  
לעיל סי' רמ"ד גבי מכס ע"כ והנה מדתלה לה כיפי בהך דמכס נראה לכאורה דמתיר  
גם בשוכר לו חלקו של שבתות לבד או בשוכרו בקבולת לכשיגבה ק' דינרין יטול כו"ך  
וייחד לו שבתות כלו' שהתנו בזה דוקא על יום השבת.

אלא דלקו"ד אי אפשר להתיר בכה"ג חדא דהנה מקור דין קבולת במכס הוא מדברי  
המרדכי הביאם הב"י בסי' רמ"ד ושם מבואר דטעם ההיתר הגם שקובע לו שכרו  
לשבתות משום פסידא שרי והך נמי דשוכר לו חלקו לשבתות לבד מקורה מהג"א גבי  
לוקה מטבע מהמלך הבי"ד הב"י סי' רמ"ה והוק"ל עליהם איך התירו לשכור לו  
לשבתות לבד הרי גבי שדה וכו' לא הותר ש"ש אלא בהבלעה ות"י דשרי משום פסידא  
כמכס ע"ש ועיין למג"א סי' רמ"ד סקי"ח שחולק על הב"י ז"ל וס"ל דלא שרו משום  
פסידא אלא בשוכר גוי בקבולת דהוי ש"ש בהבלעה אבל במשכיר לו ריוח השבתות  
דהוי ש"ש שלא בהבלעה אסור גם במקום פסידא ע"ש ונהי דלא צייתנן ליה בהא נגד  
מין מ"מ גם מרן אינו מתיר אלא במקום הפסד רב כמכס ומטבע ולא בכל הפסד וכבר

תמה כן הט"ז בסי' רמ"ה סק"ג והמט"י סי' רמ"ד סקי"א הסכים עמו וכ"ש למ"ש הפנ"מ סי' ל"ח דלא התירו רק גבי מכס דמפסיד מקרן ולא בהפסד מניעת הריוח כמרחץ ותנור וכ"כ מחצית השקל סי' רמ"ה סק"ח בדעת המ"א סי' רמ"ד סקי"ח דזהו החילוק בין מרחץ למכס לדעת הרב"י ע"ש ועוד אני תמה דהמתחקה בשורש דברי ב"י גבי מכס יבין מקו' ותירוצו שם דלא סגי להתיר מטעם פסידא לחוד רק אם לא נתיר לו יתבהל מהפסדו ויבא לידי מלאכה דאורייתא כמו גבי מכס שיבא לכתוב וכ"ן מוכרח להניח בדעתו במה שתי' על הג"א דשרו לשכור גוי למטבע משום פסידא דאי לא שרית ליה אתי להכות בפטיש וכו'.

וא"כ היכא דלא אתי לידי איסור תורה הגם דאיכא פסידא לא שרינן ליה וכ"כ הט"ז סי' רמ"ד סק"ו ומ"א שם סקי"ו לדעת ב"י רק שהם חלקו עליו וא"כ מור"ם דקאי על דברי הש"ע ומוזכר שם בלא התנו גם מקח וממכר דאין בו איסורא דאורייתא היכי מתיר לשכור לו חלקו או להשכירו בקבולת אפי' אי הוי פסידא.

לכן נראה עיקר כמ"ש המ"א ז"ל סי' רמ"ה סק"ח במסקנת ביאור דברי מור"ם דלא התיר רק בשוכר לו חלקו לשנים או ג' ימים ולא ייחד לו שבת או בשוכר לו בקבולת לכשתגבה ק' דינרין אתן לך כו"ך וגם בזה לא ייחד לו יום השבת דאז הו"ל ש"ש בהבלעה ושרי גם בלא פסידא ומשום מראית עין ליכא כיון שיש לגוי חלק בו.

ומ"מ אין אני רואה לסמוך להתיר בנ"ד זולת אם ישכיר לו חלקו בהבלעה כנז' או אם ישכירנו בקבולת כה"ג שיהיה לו חלק בגוף הריוח המגיע לישראל בכל המלאכה כו"ך לק' דכה"ג אריסות היא זוולא קבלנות אבל בקבולת דכשתגבה ק' דינרין אתן לך כו"ך דהריוח ליש' ומשלם לגוי מכיסו אכתי יש לפקפק בה ממה שנראה בתחילת דברי המ"א ז"ל שם דיש בזה משום מעמיד פועל ולא שרי אלא היכא שא"א להפריד השותפות ולחזור ולהתנות ומשום פסידא וגם למסקנת דבריו שכתב דבקבולת ולא ייחד לו שבת שרי התנה המחזה"ש ז"ל שמי שהקמח והעיסה שלו הוא ע"ש לאפוקי אם היה פועל ששכרו היש' דיש כאן משום מעמיד פועל ע"ש אבל כשיש לו חלק מגוף הריוח פשיטא דאין כאן מעמיד פועל דהא כל האחרונים מסכימים בהיתר זה ויש מהם מתירים גם בהיות כל התנור ליש' וזה פשוט בדעת הש"ע היכא דהתנור אין שם בעליו עליו כגון שנתפרסם שנה אחר שנה שהוא משכירו וכן אם המנהג וכו' דשרי ליתנו באריסות ול"ח משום מעמיד פועל ואיך המ"א ז"ל יחלוק בזה ועיין ליד אפרים סי' רמ"ג סק"ב דהניח כן לדעת המ"א ז"ל דתנור מדינא שרי באריסות כיון שיש לגוי חלק בריוח אדד"ע הגם שיש ליש' נמי ריוח וכ"כ לבו"ש שם סק"א ועיין בתוס' שבת ז"ל והגם דבלא"ה היה מקום לחלוק על מחזה"ש בהבנת המ"א ז"ל ולומר דלא חש למעמיד פועל רק למאי דס"ד מעיקרא דמור"ם מתיר בקבולת גם בייחד לו שבת דכיון דכולהו יומי הוא עובד עבודתו וביום השבת שוכר גוי הגם שהוא בקבולת לא מיפרסמא מלתא ומיחזי כמעמיד פועל משא"ך למסקנא דמיירי בלא ייחד לו שבת מ"מ לצאת ידי חובת המחזה"ש ז"ל נכון לעשות כמ"ש שהקבולת תהיה שכרו מגוף הריוח בכל המלאכה דאז אין כאן לא מעמיד פועל ולא ש"ש שלא בהבלעה.



ועם היות שאם המלאכה מצוייה למכונות תמיד יומם ולילה אכתי לא יצאנו יד"ח הפנ"מ ז"ל דנראה מדב"ק דכה"ג אסור גם ביש לו חלק בגוף הריוח. עכ"ז לעד"ן שאין לחוש כי הוא עצמו הרגיש שם ניגוד לדבריו מתשו' רש"ל הוב"ד במ"א סי' רמ"ד ביש' ששכר מלח וכו' שמותר להשכיר לגוי בקבלנות (וכן יש הרגשה נגדו מהך דמכס ומטבע דמצוי להם תדיר ויקפיד היש' בביטול הגוי אפי' שעה אחת) ותי' דמיירי שאינם עושים יומם ולילה ואין היש' מקפיד ואחה"ר הוא דחוק איך לא יקפיד בגביית מכס ומלח כיון שאם יבטל השבתות ודאי יפסיד.

גם סתמיות שאר הפוס' בהיתר אריס לא משמע כוותיה והרי הרב ז"ל לדרכו לא מצא היתר בהוט' של זכוכית שהאש תמיד תוקד וכו' בדרך אריסות ואילו הנח"ל סי' י"ג ודתי ודין סי' וי"ו התירוהו בדרך אריסות ע"ע וכן תראה בנוב"י סי' ל"ח עלה ע"ד הרב השואל לאסור האריסות לדבר המצוי תמיד והגאון ז"ל דחאו בב' ידים וכתב דכיון שהגוי מפסיד אם לא יעשה גם אם ירויח היש' כשיעשה אמרי' גוי אדד"ע ושרי וע"ש סי' כ"ט.

ובהא ודאי יש לסמוך על הרבנים הנז' נגד הפנ"מ בפרט דעיקר הדבר מזרעו וספקו לקולא עיין להדב"ש ז"ל סי' קל"ב וכ"ש הכא דיש פסידא דשכר פועלים דהו"ל כמפסיד מקרן עיין בזר"א סי' ל"א דיצא מזה תרי או תלת ספיקי כמובן ובודאי יש להקל עין זר"א ז"ל שם. וע"כ לדעתי הקל דמ"ש נכון הוא להתיר להם לשכור לשותף הגוי חלקם באחד למאה מגוף הריוח ולא ייחד לו שבת או להשכיר לו חלקו על ב' ימים בשבת ויום שבת בגוייהו ואין שום חשש: איכו השתא ארדה נא ואראה בהנך שאין לגוי שותפות בהם או אותם שחזר היאודי ושכר חלק שותפו לזמן דגם הם חשיבי ככולם לישראל לדעת ר"א והג"א שהביא המ"א בסי' רמ"ו סק"ח דאע"ג דקי"ל שכירות לא קניא אלא לענין אונאה מ"מ בשוכר בהמה מגוי בשבת שכירות קניא לחומרא ועיין ביו"ד סי' קנ"א מה תיקון יועיל להם כיון שהם מפורסמים והבית מחובר ומבואר שם בסי' רמ"ג ורמ"ד דהו"ל כתנור ומרחץ דשם ישראל נקרא עליהם ואין משכירים אותם לגוי ולשכור הגוי לעבוד בהם והריוח יהיה לישראל עין בב"י סי' רמ"ה שהביא משם הר"ר א והג"א דאפי' התנועם הפועל מתחילת הפעולה ליקח שכר שבת והבעלים יקחו שאר הימים לא מהני תנאי כיון שאין לפועל חלק בגוף התנור והמ"א פסק כוותייהו שם סק"ג כתב דאם התנו שיטול הגוי ב' או ג' ימים והיש' כנגדו דהו"ל ש"ש בהבלעה דמותר לדידהו והתוס' שבת סק"ה הוסיף אפי' בלא התנו אם הגוי ויש' חולקים שכר כל יום ויום שרי דהו"ל כאריס ע"ש ומרן ב"י ז"ל גם בעיקר דברי הר"ר א כתב דהתו' והרא"ש פליגי עליה וס"ל דבכל התנו סגי אפי' כשאין לגוי חלק בגופו וכתב הרב מטה יאודה דכיון דבש"ע השמיט הך דר"א והג"א ש"מ דלא סל"ה והכי נקטינן וא"כ היה נראה לכאורה דבהתנה עמו לקבל הפועל חלק שבת והוא שכר הימים דשרי למרן ז"ל ולהמ"א נמי אם התנה שיקבל הפועל ב' וג' ימים והוא נגדו דהו"ל הבלעה שרי ובאריסות שיהיה לפועל חלק בריוח עצמו שרי גם בלא התנו אבל באמת זה אינו דכל הנך התירים אינם רק להציל ממעמיד פועל ומאיסור ש"ש ולא שייכי רק כשאין שם ישראל נק' על הפאבריק וכמו שמפוי' שם במ"א ז"ל אבל הכא דשם הישראל עליה מה יועיל זה.

ונהי דלדעת מרן כי התו' והרא"ש לא ס"ל כהרר"א כשהתנו ואפשר דעתם משום דבתנאי הו"ל כשותף מתחילה בגוף הפאבריק עיין במחה"ש בביאור המ"א ז"ל וא"כ אין כאן משום מעמיד פועל כיון שיש לגוי חלק בו מ"מ אחה"ר מהמט"י ז"ל דכתב בפשיטות מדהשמיט הש"ע דברי הג"א ש"מ דלא סל"ה ולע"ד הדבר צ"ת אי אמרינן מדהשמיט וכו' בכולהו דוכתי והדברים ארוכים בפוס' ואכמ"ל מה גם כי התקון הזה קשה לשמוט להתנות עם כל פועל בפ"ע ודילמא משתלי ומחללי שבתא.

ולהקל בלא התנו ולא ניחוש למראית העין אחר שהפאבריקאס עומדים בכפרי הגוים רחוקים מיש' האיכא תשו' אשכנזית הביאה הב"י ופסקה מור"ם דחיישי לאורחים דמקלעי להתם ויש אריכות דברים גם בזה עין בנוב"י קמא סי' י"ב ותנינא ל"ח גם להקל בהנך דשכרו מאת הגוים שותפיהם ממ"ש מור"ם סי' רמ"ג דבשכר מגוי וחזר ושכר לגוי אחר דשרי ואין כאן משום מראית עין אין דעתי נוחה דבב"י מבואר דלא מיירי אלא בלא ישב בה ישראל מעולם ונ"ד כבר הבעלים ישבו בה לפנים ונק' שמם עליה: לפיכך לא מצאתי דרך ישרה דשויא לכולהו כ"א זאת שיעשו שטר הבעלים הנז' עם האומן הגדול ראש הפועלים שיש לו שותפות עמהם בגוף הפאבריק ובבית שעומדת בו ואפי' חלק אחד ממאה וכן יתחייב לשלם בהוצאות הצריכות לערך זה ויטול חלק בריוח לערך.

ונוסף ע"ז יעשו לו פרוטה מכל משקל בצ"ט חלקים הנשארים לזכותם ויתנו לו ברירה בידו שאם לא ירצה לעמוד עמהם לחשבון שיטול תמורת זה מכל משקל כו"ך פרוטות ואז יוכל הוא לשכור פועלים לעבוד ביום השבת גם בלי קבולת רק שלא תהיה עמו יד ישראל בזה. דבזה אין כאן משום מראית עין כיון שיש לו חלק בגוף הפאבריק והבית. גם משום מעמיד פועל ליכא כיון שיש לו בחלקם חלק מהריוח. ומשום ש"ש נמי ליכא כיון שיש לו חלק גם בריוח החול והו"ל בהבלעה.

והפועלים ששוכר הדד"ע. גם תיקון אחר פשוט אי ניחא להו לבעלים שישתפו הגוי עמהם בחלק שביעי מגוף הפאבריק והבית ויתנו עמו בתחלת השות' שיום השבת יטול הוא לבדו ושאר הימים להם לבדם כפסק הש"ע בס"י רמ"ה ושכר ימים טובים יטלנו הגוי וראיתי לנח"ל ז"ל בנדונו שלא התנה רק שיהיה לו חלק בגוף התנור כו"ך וחלק בריוח לערך הנז' בלי שיהיה לו ריוח מחלק היש' ולמד כן מדברי הר"ן הובאו ביתה יוסף סי' רמ"ה ופסקם מור"ם.

ואני לא ידעתי איך סמך מלך ע"ז כיון דהב"י ספוקי מספק"ל אי הרמב"ם מודה בזה להר"ן וכמו שיעו"ש. הן אמת כי הרב שם עביד מעליותא לנדונו כיון שהתנו מתחילה בכך ולדעתי הקל אפשר לחלק דלא מהני התנו רקכשיהיה כל שכר שבת לגוי ויש' נגדו בחול דנימא שמעיק' מעולם לא הוטל מלאכת שבת על יש' או אפי' יש ליש' עם הגוי אינו כ"א ביש לגוי חלק בגוף הריוח שנוגע ליש' אבל להעלות ב' מדרגות שיהיה ליש' לבדו כל חלקו של שבת איני יודע אם יועיל תנאי להרמב"ם ז"ל: וראיתי להזר"א סי' ל"א ול"ב דדרך להתיר כמ"ש להיות חלק לגוי בגוף הריוח רק ממה שביקש תרופה שם למראית עין משום שהם חוץ לתחום או משום פסידא כיעו"ש נראה שאין בתנאי התירו שיהיה הגוי שותף גם בגוף התנור שא"כ היה זה מציל לחשש מראית עין ולדידי טוב

וישר מ"ש כי נכון הוא להציל מהכל אבל חוץ לתחום ופסידא רפויי מרפיין בידן וכמ"ש) ובוזה ניצולים אנחנו מפקפוק הרב מט"י בסי' רמ"ד על ההתירים של הרב פנ"מ ז"ל שכתב כיון ששם יש' נק' עליהם מה תועיל האריסות לגוי ע"ש ולמ"ש גם הרב ז"ל יודה כיון שיש לגוי חלק בגופן ונתפרסם הדבר ע"י שטר אין שם יש' נק' עליהן.

וזאת להודיע דגם למ"ש אין לו ליש' לעמוד ע"ג הפועלים בשבת אם לא כשעמד לשמור מגנבה דבזה מתיר הט"ז סו"ס רמ"ד ואעפ"י שגם בזה נחלקו עליו המט"י ותוס' שבת שם מ"מ סיים התוס' שבת הנח להם ליש' מוטב שיהיו שוגגין גם המשבצות זהב כתב שנהגו כהט"ז ז"ל זהו מה שנלע"ד להשיב בנחיצה ולחיצת הזמן.

וצריך למודעי כי לשני הדרכים הנז' שכתבתי להתיר מתוקן מה שהבנתי עתה כי יזדמן איזה שב"ק אשר אין מצוי מהזולת צמר גפן לנקותו ומנקים צמר גפן של היאודי בעל המכונה כדי שלא יהיו פנוים. ולכאורה היה קשה מאד להתיר זה דנהי דהוי מלאכת תלוש וקי"ל בסי' רנ"ב נותן עורות לעבדן אפי' עם חשכה וגם אין המלאכה מפורסמת שהיא של ישראל דמאן יהיב סייארא בצמר גפן זה אם הוא של ישראל או של גוי וגם אין המקום מפורסם דעבדי לה בגו ביתא אבל מ"מ הרי בעינן שיקוץ דמים והכא הפועלים שוכרים אותם על חדש או ימים ואינם קוצצים להם שכר מיוחד למלאכה גם מכח זה כתבנו לעיל דמקפידים הבעלים שלא יהיו בטלים גם בשבת והו"ל כאומר לעשות לו בשבת גם בעינן שיהיה בבית הגוי וכמ"ש כ"ז בסי' רנ"ב והכא בית ישראל הוא אבל למ"ש בב' דרכים הנז' שיהיה לגוי שותפות אפי' בכל דהוא בבית והמכונה ובריוח יצאנו חובת כ"ז דהבית הוא של הגוי השותף נמי וא"כ הרי הוא בביתו של גוי וכיון שיש לו חלק אדעתא דנפשיה עביד ומכחו פלחי הנך פועלי ועיקר המלאכה נמסרת לו ולא להם והוא כבר ידוע לו כמה לוקחים מכל משקל מצמר גפן חלף עבודתו וא"כ גם כשלא קצץ בעל הבית הו"ל כקצץ וכמ"ש המ"א ז"ל שם דכלים לכובס שקצבתם ידוע מסתמא היינו קציצה.

וכיון דאדעתא דנפשיה עביד והוא יודע מתי יעשה מלאכה של זה ומלאכה של זה אם ביום שב"ק או לאחריו הו"ל היאודי בעל המכונה שותפו כאיש זר שמוסר לו צמר גפן ואינו אומר לו לעשות ביום השבת' דאם הגוי עושה ביום השבת אדעתא דנפשיה עביד ועיין להרב לחמי תודה להרה"ג מהרי"ש באסאן ז"ל שהאריך בסי' ג' להתיר מלאכת תלוש של ישראל בשבת גם כשהיא תוך חנותו הידועה לו רק ישכור החנות לגוי בערכאותיהם הגם שיוסיף לו בשכר פעולתו אותה שכירות שפורע לו בעד החנות והכה על קדקוד האוסר בזה ופוצץ פקפוקיו שפקפק דכיון שבחול היאודי נכנס ויוצא לחנות הנז' ושמה עליו ואין זה אלא הערמה לא מהני וכתב עליו דמ"ש זה מורם בסי' רמ"ג ס"ב אינו ענין לזה דהתם עושה מלאכה בגוף השדה או התנור או המרחץ לפיכך כל ששמה עליו אסור אבל הכא אינו עושה בגוף החנות רק המלאי בתוכה ונהי דאם היה מתעסק עמו בחול גם בחנות היה מקום לחוש אבל הכא שאין היאודי עושה מלאכה עמו גם בחול רק נכנס ובא לראות אין שום חשש מפני זה.

וגם אודות ההערמה האריך שם בפרטיה ודקדוקיה ומסיק כללא דמילתא דכל הערמה בדרבנן היכא דאיכא הוכחה במעשה ממש שריא והכא הרי עביד מעשה ושכר לו הבית

ה"נ בנ"ד הרי אמרנו לו שיעשו שטר שותפות או בדרך ראשון או בשני ועוד כתב שם דכיון דכונתו לסלק האיסור מעליו ואינו אומר בפיו הפך מזה אין זה הערמה ע"ש ודון לדידן והוי מסייע למ"ש: ומכאן מודעה כי השאלה הנז' באה לידי ע"י אמצעי שלם האי ג'יסא דנהר'א אחד אחוז תוך מורשי לבבי הרב כמוה"ר ישראל אתורג'מאן הי"ו הנמצא באנדיג'אן כעת.

וכשהגיעה תשו' זאת לידו שרטט וכתב אלי מה שעלה בדעתו בזה לפום חורפיה חדא פלפלה. וגם דלה דלה.

מים מבורות עמוקים. מספרי הפוסקים.

אופן תוך האופן להתיר וכתב שכיון שראה דברי אז ידע דדבריו אינם קיימים להלכה אלא דמ"מ קשה בעיניו האופן שהתנתי לעשות שותפות עם האומן הגדול גם בגוף המכונה והחצר וכו' ואסיק לדעתו כי די והותר אם יכתוב בעל הפאבריק קונטראקע במלכות עם המנהל שהוא יעמיד פועלים והוא המוציא הוא המביא ודבר אין ליש' עמהם גם בהיותו שם וחלף כ"ז יטול המנהל חלק מגוף הריוח לשליש ולרביע כפי מה שישתוו וכו' כפי מ"ש בעוניי (רק השיתוף קשה להם מאד ואולי מפנ"ז לא יתקנו הדבר ח"ו) ואין כאן משום מעמיד פועל גם יהיה לימים רבים דהו"ל ש"ש בהבלעה.

ואין לחוש עוד ג"כ למראית העין אי משום שהפאבריק עומד חוץ לתחום. ואי משום דקרוב הדבר כיון שנעשה הקונטראקע ע"י המלכות קלא אית ליה וחברך חברא אית ליה.

ואי משום פסידא גם מהקרן דלפעמים ע"י שלא ימצא פועלים משום בטולם בשבת יעבור הגבול אשר יגבול עם הסוחרים לתת להם הצמר גפן מתוקן ויצטרכו לקנות מהזולת ביוקר ויחוייב לשלם להם ההפרש וזה עדיף מהפסד דמכם וכו' עכת"ד ובאמת שמחתי בתורתו. בפרט בימי גלותו.

ואומר שש אנכי על אמרתך יה"ר יפוצו מעינותיך חוצה ותעש לך שם כשם הגדולים אמן. ומ"מ תמה אני על יופי שכלו כי הן אמת שכיוון לדעת עליון הזר"א בסי' ל"א ול"ב דגם בלי שות' בגוף העסק ומקומו רק בחלק מהריוח התיר משום שיש' העומדים בשעת העסק יודעים שהמנהל יש לו חלק בריוח ויסודו ממ"ש מור"ם ס"ב דאם אינם רוחצים רק ב"ב שרי.

וזה לדידי חיישינן ליה למה שהק' הט"ז והמ"א בסי' רמ"ד עם הכתוב שם ברמ"א שיש לחוש לב"ב שיחשדו אותו ולפי תי' המ"א שם אנה"ן יש להתיר בנ"ד לפי דעתו דבעשוי ע"י מלכות הכל יודעים אבל להע"ז שלא מצא מענה וכתב דהך דסי' רמ"ד להלכה מה יושיענו דיודעים הלא גם בזה אסר בסי' רמ"ד וכ"ש דהיסוד רעוע במ"ש דהכל יודעים דעשוי ע"י מלכות ומרן פסק ליה ואי משום חברך חברא אית ליה ה"ז שייך גם בעשוי ע"י ב' עדים ואמאי לא אשתמיט שום פוסק לתקן ההיתר בזה ולא התירו בסי' רמ"ג רק בפרסום או במנהג.

גם טעם פסידא כתבו הרב שם ואני בעוניי ערערתני בהיתר זה בגוף הפס"ד כמה ערעורים וגם לבסוף כשהבאתי דברי הזר"א כתבתי בסוגר אבל חוץ לתחום ומשום

פסידא רפיין בידי ומדוע לא חש לזה. ומ"מ אם אמת הדבר כי ח"ו זה יעמוד נגדם שלא לתקן מודה אני דגם בלא שות' במכונה די להם במ"ש כי יש להם על מה שיסמוכו ובפרט לפמ"ש ה' זרע אמת שם דכיון שנמסר למנהל העסק קודם השבת אין כאן רק איסור דרבנן ויש להקל בדרבנן ובפרט שיש פד"ר וצו"מ: סימן ה על ריב בני ישראל באחת מערי התימן שהניח מטתו של צו"מ ברחוב בי"ט שני ויספדו שם והרב השד"ר מעי"ק תו' הוא וחכמי הישיבה הי"ו מיחו בם והשיבו דשרי עפ"י הי"מ שהביא רשב"ם ז"ל בב"ב ד"ק ע"ב שהמעמדות שעושים אחר קבורה הם להבריא הרוחות מעלהמלוין ואינם הספד.

אבל המוחים עודם מחזיקים כי מנהג הערים הנז' הוא עפ"י הרמב"ם ז"ל והוא פירש במגילה פ"ד משנה ג' כי המעמדות עושים אותם בעת הלוייה וכ"פ רש"י ורע"ב ולא לאחר קבורה כהי"מ הנז'. ועוד המתירים הוסיפו צר'ה לעשות כן בחוה"מ גם לאדם פשוט ותבקע הארץ לקולם לדעת הדין עם מי: תשו' יסוד טענת המתירים לא ידעתי דאפי' להי"מ שהביא הרשב"ם ז"ל וכנראה שהוא המנהג שכתב הכל בו בה' אבל וז"ל ואח"כ עושים המעמדות כדי שיפסקו מן המלוין רוחות רעות שלוו את המת ע"כ.

לא כ"כ רק לאחר חזרתם מבית הקברות ולא קודם דאז לא שייך הברחת רוחות מן המלוין עדיין ובפרט שהרשב"ם ז"ל דחה ס' הנז'. ואם כונתם ללמוד משם טעם למעמדם הנז' להבריא הרוחות מן המת לא מהמלוין וכמ"ש ה' מטה משה סי' תשפ"ט לענין הקפות לא ידעתי מי המנהיג הראשון רק שכתבו שכך נהגו להבריא רוחות רעות מן המת ע"כ ורצו לדון דדא ודא אחת היא.

תימה עליהם איך המט"מ לא ידע מי המנהיג הראשון וגם הכנה"ג סי' שפ"ו לא מצא סמך להקפות רק מחי' אגודה וגם הגאון חיים שאל ח"ב סי' כ"ה כתב שלא ראה בפוס' ראשונים ואחרונים מנהג ההקפות זולת במעבר יבק ומה כל החרדה אם הטעם להבריא הרוחות מהמת כבר מפו' בספרן של ראשונים.

הן אמת כי מור"ם ביו"ד סי' שנ"ח כתב י"א כשמגיעים עם המת לבית הקברות מעמידים אותו כל ד"א קודם שנקבר וכתב הלבוש והבי"ד הש"ך ז"ל טעם הדבר להבריא רוחות רעות מן המת וזהו כדבריהם דמוכרח לפרש כונת המט"מ והח"ש ז"ל מה שלא מצאו הוא שיצערך הקפות ולא יספיקו המעמדות.

אבל מ"מ תימה עליהם כי גם מור"ם והלבוש ז"ל כתבו דביום שאין אומרים צדוק הדין אין עושין המעמדות והמה הימים שאין אומרים בהם תחנון לדעת מור"ם והלבוש ז"ל עצמם ביו"ד סי' ת"א עוד תיוהא קא חזינא במנהגם שעושים מעמדות רחוק מבית הקברות דהוא נגד הש"ס בב"ב ד"ק אחתיה דרמי בר פפא הות נסיבת ליה לרב איזיא שכבא עבד לה מעמד ומושב וכו' אביי אמר בהא נמי טעה שאין עושין אלא בבה"ק והוא עשה בעיר וכ"כ הנמק"י שם ומסקינן דטעות לעשות מעמדות ומושבות אלא בבה"ק וכו' ע"כ וגם הרמב"ם ז"ל שהם סומכין עליו כתב בפ"ב מה' אבל אין פוחתין מז' מעמדות וכו' ואין עושין אלא ביום ראשון ובבה"ק וכו' ע"ש והגם שהרשב"ם שם בד"ה מקום שעמדו פי' שעומדים ויושבים שם סמוך לבה"ק וכפירש"י על הרי"ף מ"מ סמוך לבה"ק ובה"ק חד הוא והגם דהש"ס מיירי במעמדות שעושים אחר קבורה מ"מ יש

להוכיח כן גם למנהג של המעמדות שקודם קבורה ממה שהק' שם בב"ב מתיבי אמר רב יאודה ביאודה בראשונה לא היו פוחתין מז' מעמדות ומושבות למת וכו' אמ"ל א"כ אף בשבת מותר לעשות כן.

ואי אמרת בביה"ק וביום ראשון ביה"ק בשבת מאי בעי. בעיר הסמוכה לביה"ק דאמטיוה בין השמשות ע"כ.

והשתא בשלמא אם המעמדות אחר קבורה משכחת לה דאמטיוה בין השמשות ונקבר ואח"כ עשו מעמדות בשבת אבל אם הם קודם קבורה וגם בריחוק מביה"ק א"כ ודאי נעשו ביום ששי כיון דאמטיוה בין השמשות אם לא שנאמר שאין מקום לעשות המעמדות רק בביה"ק או סמוך ממש דהשתא א"ש דאמטיוה בין השמשות והיה קברו מוכן ועשו מעמדות דאז נק' יום השבת ואז קברוהו): איברא זאת מצאתי להרב ב"י עאיאש ז"ל במנהגי ארג"ל השייכים ליו"ט וחזו"מ שכתב נוהגין לומר צ"ה וכו' וכן בענין הקפה שעושין למת עושין ביו"ט כמו בחול עיין להזכור"ל א"ח אות יו"ד ד"ה יו"ט ולכאורה זה היפך ממ"ש מור"ם והלבוש אם לא שנאמר דדוקא בדרך הלוח היו עושים ההקפות וס"ל כמ"ש לקמן משם חכמי גרמיזא בענין צ"ה דהתירו לאומרו ביו"ט בדרך הלוח אבל להניח המטה ברחוב כמנהגם נראה דאסור דכל שהייה מרגלת ההספד וכמשמעות המשנה במ"ק אין מניחים המטה ברחוב שלא להרגיל ההספד וכלשון הזה כתב הרמב"ם בפ"א מה' אבל והש"ע יו"ד סי' ת"א ובב"י משם הנמק"י והלבוש כתבו כלשון הזה אסור להרגיל ההספד בחוה"מ לפיכך אמרו אין מניחין את המטה ברחוב בחוה"מ שלא להרגיל ההספד וכן לא יוליכו את המת וכו' עד שיהיה הקבר מזומן כדי שלא ישהו הרבה בביה"ק וירגילו את ההספד ע"כ.

ועיין בש"ע א"ח סי' תקמ"ז והטור ביו"ד אסר הנחת המטה בסתם והרי פשוט מדברי רמב"ם פ"ב מאבל דאין הנחת המטה בכלל מעמדות וז"ל כדרך שעושין מעמד ומושב לאנשים כך עושין לנשים וכו' אבל אין מניחין מטת האשה ברחוב ע"כ. וא"כ גם לדידהו דעושים מעמדות ולא בעבור הספד איך כוללים בהם גם הנחת המטה שמרגלת הספד.

וכ"ש שיש לערער עליהם במה שסיפר השד"ר הי"ו כי שני ת"ח פתחו במגלת איכה וקנינות וצ"ה וטפחו על פניהם וסיפרו שבחי המת עד שגעו כל העם בבכיה והתנצלו שאין בקול משום הספד והדרשה תדרש וכו' שאין נקרא הספד רק טפוח על לב וכמ"ש במ"ק דכ"ז אמר עולא הספד על לב דכתיב על שדים סופדים.

ואחד הרואה שכל דבריהם הבל הבלים דהא בטוי"ד סי' שמ"ד כתב ומצותו שירים קולו וע"ש בב"י וגם הב"ח מקורו הערה מברכות ד"ו אגרא דהספדא דלויי ופירש"י ורמב"ן שהוא הרמת קול והביאו הירוש' שאמרו מצוה לצווח על המתים דכתיב האנק דום ועיין בזקן אהרן סי' ל"ח מה שהאריך לאסור ולהוכיח אודות הקנינות שאומרים בשבת חזון וגדולה מזו כתב ה' שבט יאודה סי' שמ"ד שאף קול נמוך רק שיהיה מעורר הבכי די בזה למצות ההספד והוא העיקר ע"כ.

ולפ"ז מ"ש עולה הספד על לב רבותא קמ"ל דגם בזה יוצא ידי הספד אבל הרמת קול ודאי עדיף והוא מצוה מן המובחר וכמ"ש הטור ומצותו שירים קולו. ובזה ניחא מ"ש

בסוף מ"ק מאן דיספד יספדוניה מאן דידל ידלוניה ופרש"י מאן דידל שמרים קולו בבכיה.

וכיון שהרמת קול היא עצמה הספד א"כ היינו מאן דיספד וכו' אבל עיקר ההספד הוא מ"ש עולא והדלווי הוא מצוה מן המובחר. באופן דעבדו איסורא רבה בהרמתם קול נהי גם מ"ש והדרשה תדרש שכחו מ"ש המג"א א"ח סוס"י תקמ"ז וז"ל עיין ביו"ד סי' ת"ג דמשמע כשאין אומרים צ"ה אין אומרים שבחו של מת דהא נמי מרגיל את ההספד וא"כ אסור לדרוש עליו וע"ש בהגהות מהר"ב פראנקל ז"ל דהא בהא תליא: ועתה נברר איסור ההספד מתי אסור.

הנה הרמב"ם ז"ל פי"א מה' אבל כתב שהמועד אסור בהספד וכו' וכן אין מספידין את המת בחנוכה ופורים ור"ח וכו' בד"א בשאר העם אבל ת"ח שמת סופדין אותו במועד וכו' אבל לא ביו"ט שני ואין סופדין אותו בימים אלו אלא בפניו וכו' אבל הטוהש"ע בא"ח סי' תקמ"ז ויו"ד סי' ת"א לא ביארו רק דין ההספד בחוה"מ וסתמו דין י"ט שני ומ"מ מרן גילה דעתו בכ"מ שכתב ע"ד הרמב"ם ז"ל אבל לא ביו"ט שני טעמא דמסתבר הוא כיון שהוא במקום יו"ט דאורייתא.

והנראה דמחמת פשיטות דין זה לא הוצרכו הטוש"ע לבארו והוא ממ"ש רב פפא במ"ק דכ"ז אין מועד בפני ת"ח וכ"ש חנוכה ופורים והו"ל לאשמועינן רבותא טפי דאין יו"ט שני בפני ת"ח אלא ודאי אין שום סברא להספיד גם לת"ח ביום שני ואין לומר דאדרבה פשיט"ל להיפך משום דקיי"ל יו"ט שני לגבי מת כחול שוייהו רבנן דהא הר"ן בפ"ק דמ"ק הבי"ד הבי"י שם ובכ"מ פי"א מאבל כתב איכא מ"ד יו"ט שני כחול שוייהו רבנן וקורעין בו וכו' ואינו נראה שאין אלו עסקיו של מת ע"כ וא"כ ההספד נמי דכוותיה ויפה דנו חכמי הישיבה והביאו משם מהר"ן והכלבו וגם מאשל אברהם בא"ח סי' תקמ"ז שכתב משם החס"ל ז"ל דאין מספידין ביו"ט שני אף לת"ח וגדולה מזו י"ל דגם בחוה"מ אסור לדרוש ולהספידעל ת"ח בזמן הזה והגם שמדברי הרמב"ם וגם הלבוש בסי' תר"ע וסי' תרצ"ו נראה שמותר לדרוש על ת"ח בפניו בחוה"מ מ"מ המג"א בס"ס תקמ"ז כתב ע"ז דאין בזמננו דין ת"ח שיודע הלכה בכ"מ כמ"ש מהרי"ו ועיין בברכ"י יו"ד סי' ת"א שכתב לדעת מהרי"ו ודעמיה אפי' דין צו"מ אין לנו בזה"ז.

וכ"ש לענין הספד בחוה"מ דבעינן דין ת"ח היודע הלכה בכ"מ כמ"ש הטור בא"ח סי' תקמ"ז וכ"כ אשל אברהם בסי' ת"ך רק שהביא ספקו של האליה רבה ז"ל אם מותר לדרוש על ת"ח בחנוכה ופורים דאפשר דקילי מחוה"מ והרב מחצ"ה בסי' ת"ך ציין להט"ז ונראה כונתו בזה למ"ש הט"ז ז"ל דגם בחנוכה ופורים יש בהם איסור מדין התלמוד לענין צ"ה אפי' לאדם גדול.

ורצה ללמוד מזה גם לענין הדרוש ע"ש ונמצינו למדין מכל הנז' דגם בחנוכה וכו' וכ"ש בחוה"מ וכ"ש ביו"ט שני דאסור להספיד וגם לדרוש בשבח המת ואפי' ת"ח ובפניו: רק צריך לבאר דלא נאסר הדרוש זולת אם תכליתו לעורר הבכי בשבחי המת אבל כשהתכלית בו לעורר נרדמים לשוב אל ה' כי המת נקי ובשלי הצער הגדול שרי וכאשר מצאנו למהרי"מ ט"ט בדרוש ב' לאחרי מות וז"ל תוקף קדושת היום חוסמת היא את העוברים בעמק הבכ"ה וכו' וכן היה מזהיר הנביא על ימים המקודשים דכתיב כי קדוש

היום לאלד'ינו ואל תעצבו כי חדות ה' מעוזכם ואולם אם באנו לחקור למה מצאתנו כל זאת מה חרי האף הגדול הזה וכו' ע"ז ידו כל הדוים ואפי' בשבת ומותר לעורר ולהתאונן למען נחדל מעושק ידינו לתקן את אשר עוותנו שהרי מצינו במקום שנאסר קרחה וגדידה הותר אצל תורה ומצות כדאשכחן ברע"ק שפגע במטתו של ר"א היה מכה בבשרו עד שהיה דמו שותת וכמ"ש התו' שם בפ' ארבע מיתות ואף זו כיוצא בה ע"כ (עיין להט"ך דקס"ב ושא"י סדר אמור תמהו מה דמות יערוך הרב ז"ל דבשבת נאסר כ"מ צער לא כן בשרט דהותר אפי' על ספינתו שטבעה).

וצפיחית בדבש סי' כ"ה והרמ"ז שם סי' כ"ו תי' דכח הדימוי כמו שכתבו התו' לדחות משום כבוד תורה עשה דשרט כן למד הרב לדחות איסור הספד בשבת משום כ"ת. ואחמה"ר המעיין ברא"ם ס' קדושים יראה שדרך בדרך התו' ועכ"ז כתב בטעם רע"ק משום דשרט לא נאסר רק על מת ולא על דבר אחר ואינו תלוי בכבוד תורה וא"כ גם מהרימ"ט ודאי לא יחלוק ע"ז בכונת התו'.

אך לעד"ן בכונת הרב דעיקר ההיתר להתאונן ע"ד מ"ש המג"א ז"ל א"ח סי' פר"ח סקי"ג משם מהר"מ דכשיש מאורע וצריך אדם לרחמים יבקש ויפול על פניו וכו' וכן בט"ז סק"ד כתב ובזה הסכים הרמב"ם להטור דאחר שרואין שאפס עצור ועזוב ואין מושיע יש לצעוק ולהתחנן אל ה' בשבת ע"כ.

ומכח זה ערך הרז"ל המאורעות שם והתיר להתאונן ולשוב רק הרגיש דאנה"ן דשרי אך בהתלבשותם בשבחי המת ופתיך בהו ענין הספד מי יימר דשרי לזה הביא ראייה מדברי התו' דהתירו השרט משום דעיקרו על דבר אחר שהיא התורה והמצוה הגם דלעין רואה הוא על המת ולא איכפת גם הרב בינה לעתים דרוש ע"ג בהספדו על הרב עליון מהרימ"ט ז"ל אזיל בשיטתו וכתב כי לא היה תכלית המכוון אלא מה שיועילונו בדבריהם אלא להתעורר אל בקשת תקון מעוותינו וכו' והגם כי הרב ז"ל המתיק הענין דאין זה צער אלא שמחה אינו רק להרכיב הענין בקרא דחדות ה' אבל עיקר טעמו כטעם הרז"ל: אפס עין רואה להשא"י ז"ל בדרוש אמור התיר להספיד על הצדיקים והרבה להביא ראיות ע"ז ואחמה"ר יש לדחותם לקיים דברי האוסרים א' מ"ש ממיתת בני אהרן שהיה בר"ח ניסן שהוקם בו המשכן והיה שמחה לפניו ית' כיום בריאת שמים וארץ ועכ"ז משום כבוד תורה כתיב ואחיכם כל בית ישראל יבכו וכו' ע"כ אחדהרואה למהרימ"ט שם אדרבה משם הוכיח שלא לערבב השמחה בהספד מדהוזהרו אהרן ובניו ראשיכם אל תפרעו ואהרן קבל שכר על השתיקה וא"כ לדבריו מוכרח לומר דמ"ש ואחיכם כל בי"ש יבכו הוא ליום אחר ואין משם ראייה.

ב' הביא ראייה מהתו' דע"ז די"א ע"א דתנן עוקרים על המלכים ואין בו משום דרכי האמורי והק' והאיכא צער ב"ח דבשלמא בל תשחית ליכא כיון דלכבודו של מלך אין כאן השחתה וכו' ותי' דשאני כבוד מלך שהוא כבוד לכל ישראל ואתי כבוד דרבים ודחי צב"ח ע"כ. ודקדק הרז"ל שמעינן מזה דמשום כבוד מלכים עוקרים איסור ב"ת ואיסור צב"ח כ"ש דמשום כבוד חכמים הותר צער בשבת דת"ח עדיף ממלך כמ"ש התו' פ"ב דסנהדרין גבי ינאי המלך עמוד על רגליך דודאי כ"ת עדיף ודחי עשה דועמדו אבל כבוד מלך אינו דוחה עכתד"ק.



(לא ידעתי איך כתב דכבוד מלך דחי תרי ב"ת וצב"ח כיון דבתו' להדיא מפו' דלא דחי רק צב"ח אבל לגבי השחתה לאו דדחי לה אלא שאין זה קרוי השחתה לגבי גדולת מלך. ונראה דוחקם דאינו דוחה ממה שנראה בסוגייתא דאם היה שם משום דרכי האמורי לא היה נדחה משום כבוד מלך וא"כ מאי שנא דידחה ב"ת והגם דבתו' ב"מ דל"ב נראה דדחי תרוייהו אין כאן מקום ישוב זה ועיין בדרוש שבסו"ס לחם שלמה) והנה צ"ל לשטת הרב מאי אולמיה דמ"ע דועמדו דאינו נדחה מפני כבוד מלכות מצב"ח דנדחה ולכן נראה לדקדק מדברי התו' דל"א גם בצב"ח דנדחה רק בכבוד מלכות דכה"ג אחרי מותו דאינו כבו"מ לחוד רק כבוד רבים.

הנמשך מזה כי יאמרו בגויים כמה נאה אומה זו מכבדים מלכם וממילא כיון דהוא כבוד מלכות דפתיך ביה כבוד רבים הרי נכלל בזה גם כבוד תורה דהא בכלל רבים איכא כמה ת"ח וכו' ומשום תרוייהו נדחה צב"ח (וג"ז לא יספיק רק לחד ולא לתרי ב"ת וצב"ח) משא"ך בכבו"מ דחיים דלא מיפרסם ביה כבוד רבים לא דחי ועמדו וה"ה כב"ת לחוד לא לידחי צער שבת ומאי דדחי כ"ת עשה דועמדו היינו בשוא"ת ולא מידי דקו"ע ואזדא הראיה.

ג' הביא ראיה מפ"ק דמגילה שאמרו כהנים בעבודתם וכו' מבטלים ובאים לשמוע מקרא מגילה מכאן שמכו של בית רבי שמבטלים ת"ת ובאים לשמוע מק"מ והק' ועבודה חמירא מת"ת וכו' וחילקו בין ת"ת דיחיד לת"ת דרבים והק' ות"ת דיחיד קיל והאמ"ר ב"ר הונא אין מועד בפני ת"ח וכ"ש חנוכה ופורים ופי' התו' דמבטלינן מק"מ מפני הספד ת"ח ואסיקו דת"ת דיחיד קיל אבל כבוד תורה דיחיד חמיר ור"ל כמו ת"ת דרבים דדחי עבודה וא"כ כיון דקי"ל עבודה דוחה שבת כ"ש כבוד תורה שדוחה עבודה כת"ת דרבים שידחה שבת זתד"ק.

ולעד"ן אח"ה שאין המשקל בדחיות שוה דהא המעיין בסוגייתא יראה דלא איירי רק לענין קדימה ולא לבטולי הא מקמי הא ועיין בא"ח סי' תרפ"ז דאע"ג דמק"מ קודם לכל מצות דאורייתא מת מצוה קודם למק"מ ואעפ"כ כל מצוה מבטלת מק"מ ומת מצוה מתבטל ממק"מ כי אפשר לקוברו אח"כ ה"ן אע"ג דעבודה דקילא דוחה שבת משום במועדו אין ללמוד לכב"ת דהא אפשר להספידו אח"ך.

ובאמת לא ידעתי מה יענה הרב לפסק הרמב"ם בי"ב מאבל דאפי' ביו"ט שני אין מספידין לת"ח אפי' בפניו וכ"ש בשבת. שו"ר להרב צפיחית בדבש סי' כ"ה דמעיקרא שקו"ע להתיר הספד בשבת גם לכל אדם ותלה לה כיפי בהא אי אמרינן עונג שבת דאורייתא או דרבנן וההספד הוא דרבנן כמ"ש הרמב"ם בפ"ד מאבל ואסיק דגם למ"ד עונג שבת דאורייתא לאו דאורייתא גמור כזכור ושמור וכו' ונדחה מקמי הספד הגם דהוי דדבריהם מ"מ הוי בכלל ג"ח דהוי דאורייתא ע"ש.

והוא פלא להתיר הספד לכל אדם נגד ש"ס מפורש בב"ב ד"ק דקאמרי ליה רבנן לר' יאודה א"כ אף בשבת מותר לעשות כן כלו' אם אינם אומרים הספד אלא עמדו יקרים אף בשבת מותר לעשות כן וכפירוש מהר"י בן מיגאש ז"ל הבי"ד בשי' מקובצת ומשמע דאם אומרים הספד בשבת אסור לעשות כן. ומוכרח לומר דאפילו להסוברים עונג שבת דרבנן ההספד אינו ביטול עונג אלא ענין צער כמתענה בשבת דזה ודאי אסור לכ"ע

וכמ"ש הרב ז"ל שם ודבר הלמד הוא מאבלות דאינו נוהג בשבת כמ"ש בירושלמי הבי"ד התו' במ"ק דכ"ו ע"ב ברכת ה' היא תעשיר זו שבת ולא יוסיף עצב עמה זו אבלות ע"כ.

ועיין למהרימ"ט בקרית ספר יו"ד בה' אבל וז"ל אין אבלות בשבת דאין עשה דאבלות דוחה ל"ת ועשה דשבת וכן בי"ט אין אבלות נוהג בהם מה"ט. עוד הביא ראיה הרז"ל להתיר ממ"ש הרב בנימין זאב סי' ר"י כשמת ר"א היה בוכה רע"ק ואמ"ל תלמידיו רבי למה אתה בוכה והלא שבת היא אמ"ל עונג דידי הוא וכן מצא בב"י סי' פר"ח שהביא הך עובדא על מיתת בנו של רע"ק ע"ש ובזה האמת אתו דלא הותר רק למי שמצטער הרבה ולא יוכל להתאפק היפך אדברה וירוח לי אבל שאר אדם ובפרט הדרשן שאדברה יעורר דאבון נפש לא נמצא היתר כעת ועיין להרב זקן אהרן סי' ל"ח שחילק בזה וגם הרב הנז' עצמו עמדו נגדו דברי הזק"א הנז' ולא מצא קיום למנהג הדרושים זולת משום התעוררות התשובה.

ועיין לו שחתר לזווג ס' המג"א למהרימ"ט ובינה לעתים ז"ל ולא יכול והביא מעשה רב שכתב השו"ג א"ח סי' תקמ"ז שבשנת תמ"ט חוה"מ סוכות נח נפשיה דמהרי"ק ז"ל ודרש עליו כמהר"ש אמארי"ליו ז"ל ולדידי זווגם עולה יפה דהמג"א לא אסר רק בספור שבחי המת לעורר הבכי ומהרימ"ט לא התיר רק בדרוש המעורר לתשו' גם שיהיה מעט שבחים ברצוא ושוב והרב צ"ב ז"ל עצמו חשש לדברי המג"א ז"ל והזהיר לדורש לשמור פיו ולקצר שלא יבא להרגיל ההספד: אתאן השתא לענין צ"ה שאמר השד"ר שאמרוהו ביו"ט שני.

ועיין בטו"ד סי' ת"א פלוגתא דרבנותא בזה ובש"ע פסק כרמב"ן ותלמידי רש"י דאומרים צ"ה וקדיש דרבנן וכן ביו"ט שני בטור כתוב טעמם דאין זה הספד וחלול יו"ט אלא הודאה וכו') אבל רמ"א כתב ויש חולקין שלא לומר צדוק הדין במועד וכן המנהג פשוט וכו' שלא לומר צ"ה בכל ימים שאין בהם תחנון ע"כ.

(לא איתבריר מי הם החולקים דלהרי"ץ גיאת אין לאומרו גם בחנוכה ופורים ולרבינו משולם על אדם גדול מותר גם במועד ולחכמי גרמיזא יש להתיר בדרך הלוך ולתשו' הגאונים יש להתיר בעונים כאחת. ואפ"ל דהמה חכמי מגנצא ז"ל דל"א במועד רק לאדם גדול ולא לשאר אדם והגם דלא פירט דין אדם גדול יגיד עליו רעו מ"ש הט"ז א"ח סי' ת"ך שנסתפקו ביום פטירת המ"א שביום ל"ג לעומר אם יאמרו צ"ה והעיד אדם אחד ששמע מרמ"א ז"ל שאומרים על אדם גדול ואמרו.

והגם שהט"ז כתב שאין לסמוך ע"ז רק ליום ל"ג ולא לר"ח וחנוכה ופורים ועיין להפנ"מ ח"ב מ"ח שהשיג עליו אפשר דגם הט"ז לא כ"כ רק לפי המנהג אבל בעיקר הדין יודה דלאדם גדול גם במועד אומרים) וגם מרן בב"י סי' ת"א העיד בנו דאנו נוהגין לומר צ"ה בכל חדש ניסן ובסיון עד יום י"ג ומעיוה"ך עד הסוכות ואין אנו נמנעים כ"א בימים טובים ע"כ נמצא המנהג שלא לומר בי"ט היפך הדין.

וא"כ אתם גם אתם המנהג עיקר לכם בזה ומ"מ גם אם נהגו לומר ביו"ט צריך למיעבד שיאמר האבל לבדו כי הרב יכין ובוועז ח"א סי' כ"ה כתב לענין צ"ה ביו"ט מחלוקת בין החכמים וכו' ואנחנו בכאן אלגזאייר מניחין אותם לרצונם וכו' ומוטב שיהיו שוגגין ולא

יהיו מזידין ע"כ (עיין בעיקרי הד"ט א"ח סי' כ"ג או"ד שכתב וה"ה בחה"מ) והעיד הרב המגיה שם כי באלג'יר נהגו שביו"ט שני קורא האבל לבדו ולכן טוב וישר לעשות כן גם הם וחלילה להקל באחד מהעניינים הנז' שביארנו פן ח"ו המיקל יפסיד להיות מחלל יו"ט וכמשמעות דברי תלמידי רש"י שהביא הטור סי'ת"א דצ"ה אם יאמרנו אין זה הספד וחלול יו"ט משמע דההספד הוא חלול יו"ט ופסק הרמב"ם בהת"ת פ"ו דאחד מכ"ד דברים שמנדין עליהם המחלל יו"ט שני והש"ע א"ח סי' תצ"ו כתב שמנדין למי שמזלזל בו ועיין בסנהדרין דצ"ט ואבות פ"ג דר"א המודעי דריש מקרא דאת דבר ה' בזה המבזה את המועדות אין לו חלק לעוה"ב וכפי' הרמב"ם בהלכות תשובה פ"ג ופירש"י מועדות חולו ש"מ.

וא"כ כ"ש ליו"ט שני לכן שומר נפשו ירחק וכ"ש כי לא טובה השמועה אשר שמענו שאומרים צ"ה ושאר פסוקים במבואות המטונפות ובברכות דכ"ד אמרו היה קורא ק"ש והגיע למבואות המטונפות פוסק לא פסק מאי אמ"ר מיאשא עהכ"א גם אני נתתי להם חקים לא טובים ר"א אמר הוי מושכי העון בחבלי השוא רב אדא ב"א אמר כי דבר ה' בזה ע"כ.

ולעיל מזה דימו כל ד"ת לק"ש לענין זה וכ"פ הרמב"ם פ"ג מה' ק"ש וז"ל ולא ק"ש בלבד אמרו אלא כל ענין שהוא מדברי הקודש אסור וכו' ובמקום הטנופת וכו' וכן בש"ע א"ח סי' פ"ה ומי לא יירא וירעד מלהבות אש הללו. והנוהג הפך מזה אין במנהגו ממש ועיין למהריק"ו שורש ח' דאין מנהג מבטל הלכה אפי' בדבר שבממון אלא הוא מנהג קבוע עפ"י ותיקין ויש לו ראייה מן התורה וכו' וכ"ש במנהג הרע הזה שעוקר דין תורה עש"ב.

זהו הנראה להשיב על הנז' ושומע לי ישכן בטח: סימן ו' קהל שיש להם עזר הבשר מימי קדם אשר ממנו יותן פרס לת"ח ועניים וכו' ומפני המחלוקת קמו אנשים נכבדים לקעקע ביצת העזר הנז' והביאו שו"ב לשחוט מבלי עזר הנז' והבטיחו להתנדב נדבות ידועות לת"ח והעניים והכת שכנגדם מיאנו בזה והטילו חרם על השו"ב הנז' שלא ישחטו עוד והם לא שמעו לקולם.

מה יהיה המשפט בזה: ואען ואומר הנה השאלה חתומה ניתנה ויש בה כמה סעיפים. ראשונה אם חרם זה דינו כחרמי הקהל השתא דעברו ושחטו יש לדון בזה אם שחיטתם כשרה אם לא.

דלכאורה הא תליא בהך דתמורה ד"ד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד דלאביי אי עביד מהני דאל"ה אמאי לקי ולרבא לא מהני והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא וכו' ע"ש וכיון דקי"ל בכולי תלמודא הלכתא כרבא לגבי אביי בר מיע"ל קג"ם בהא נמי אעל"מ והו"ל מתה ולא שחוטה כמ"ש מהרשד"ם ביו"ד דס"ט ע"ג.

וכ"ן דעת הרמב"ם בפ"ג מה' מלו"ל גבי חובל בגד אלמנה וכלי אוכל נפש שפסק שאם חבל מחזירין ממנו בע"כ. וכתבו שם הכ"מ והלח"מ משם הריב"ש סי' תפ"ח הטעם דפסק כרבא דאעל"מ ושאני לאו דלא תבא אל ביתו דמהני ואינו מחזיר רק כסות יום

ביום וכו' משום דכתיב השב תשיב וכו' מכלל דמעיקרא לא וכו' ה"ה בפ"א מגזלה ה"ט.

איברא דהלח"מ תמה ע"ז דאחר שפסק בבגד אלמנה אם אבד או נשרף לוקה מכלל דמעיק' לא וה"ט משום שניתק לעשה שאמרה תורה אם חבול תחבול ודרז"ל אפ' שלא ברשות עכ"ז השב אכולהו נמי קאי והרי הוא שנה ללא תבא וכו' וגם הסמ"ע סי' צ"ז סקי"ד פשיט"ל הכי וס"ל דאע"מ ובסקט"ו ביאר דעת הרמב"ם שכתב מחזירין ממנו בע"כ דהיינו דוקא בעת צרכן ובסה"ד כתב והא דכתב הריב"ש וכו' אהא דכתב הרמב"ם בבגד אלמנה דאתיא כרבא ישבתי בדרישה (בדרישה אין זכר לתשו' ריב"ש) ומהרי"ע בס' לח"י ח"ב ד"ו כתב לא ידע איך יתיישבו דברי ריב"ש לדרך הסמ"ע ולי ההדיוט נ"ל כונת הסמ"ע לדחות דברי הריב"ש ולומר דבמ"ש בדרישה גבי כלי אוכל נפש דמחזיר בעת צורכן יתיישב דעת הרמב"ם בדרך זה בבגד אלמנה ואין לשפוט דפסק כרבא וכמ"ש הריב"ש.

אבל הגד"ת שע"א ח"ה והבני יאודה שם שקו"ט בדעת רמב"ם ואסיקו דפסק כרבא והבנ"י הוכיח זה מפ"א דשמיטהויובל גבי א"י אינה נמכרת לצמיתות שפסק ואם מכר שניהם עוברים בל"ת ואין מעשיהם מועילים (ע"ש מ"ש על המג"א שלא הבין השגת הרמב"ן מ"ש אין זה מתנהג בסוגייה שלא הזכיר זה במח' אביי ורבא.

ואח"ה שמה שהבין הוא ז"ל בכונת ההשגה שר"ל אמאי לא הק' מזה לאביי היא הבנת המג"א עצמה וע"ז תי' שאין הכרח להקשות על איזה דעת מכל המקומות) ולענ"ד שאין זה הוכחה דשאנ"ה דגלי קרא שלא יהנה בה מכירה מדכתיב כי לי כל הארץ ופירש"י אל תרע עיניך בה שאינה שלך ובהא כ"ע מודו ועיין בספר פנים מאירות ח"א סי' ל"ד ובתי כהונה בית ועד דע"ה שניהם נתכוונו לומר טעמו של הרמב"ם כן גבי מעשר שכתב בפ"ו מבכורות ויראה לי שהמוכר מעשר לא עשה כלום ולפיכך אינו לוקה וישבו בזה קו' הלח"מ שם ומינה להא כיון דכתיב כי לי כל הארץ גילה שאינה שלו דליזבנה.

והב"כ ז"ל כתב כן לגבי יפת תואר שפסק בה' מלכים דאינה מכורה משום דלאו ברשותיה היא לזבונה אלא לשהוייה גביה גם הראיה שכתב הבנ"י שם ממ"ש בריש ה' תמורה דאחד מהשותפין שהמיר לוקה ואין התמורה קודש יש לדחות עפ"י מ"ש הלח"מ שם ד"ה ועוד לפי גירסת רש"י דקאמ"ל רבא לאביי דלאו דתמורה הוי שוה בכל ונראה דקבלה מיניה משו"ה לקי ומ"מ לאביי לא מהני משום דגלי רחמנא בדבר שהיה בכלל ויצא וכו' עש"ב.

וכן ראיתי להרב חק נתן בתמורה ד"ו האריך להוכיח דהרמב"ם פסק כאביי ויישב המקומות הסותרים ונ"ט לזה משום דהש"ס תלי פלוגתייהו בתי' הם בהוויתן יהיו במח' ר' יונתן ור' יאשיה וקאי אביי כשטת ר' יאשיה ואנן קי"ל ה' כר' יאשיה. ומאי דלא מני הדא עם יע"ל קג"ם משום דלא מיירי רק בפלוגתא דנפשייהו ולא בדתלייא באחרני ע"ש (עיין להי"מ כלל ה' הביא מח' בזה ודעתו נוטה דבכלהו ה' כרבא והוכיח כן הרמב"ם ז"ל רק אפשר דשאני הא אם נפסוק כרבא תיקשי הלכתא אהלכתא) (ומה שיש להרגיש לשיטתו דא"כ אמאי לא אשכח תלמודא לאוקומי פלוגתייהו רק בשינוי קונה לימא דבדר"י ור"י פליגי כבר עמד ע"ז השער אפרים סי' קי"ג דפ"א ע"א בגוף הסוגייה

ותי' ע"ש ומה שנראה מדב"ק שם דאזיל בשיטת הסו' דהרמב"ם פסק כרבא צריך להתיישב מה יענה להך דעיוה"כ דמוכח מינה הרב ח"ן שם דודאי פסק כאביי.

ופלא על ח"ן אמאי לא העיר עליו) וכן ראיתי להמש"ל סופ"ג מה' גירושין וריש פ"ח מה' מלו"ל כתב בשם מהרש"י דרבינו פסק כאביי ממ"ש בכותב גט בשבת דבמזיד אינה מגורשת משום שהעדים פסולין דלרבא בל"ז נמי אעל"מ וסיים דיש לדחות. גם הלח"מ פ"ו מבכורות ה"ה דעתו נוטה שפסק רבינו כאביי וה"ט לפי פירש"י שפי' דפליגי בשינוי קונה כגון גזל עצים ועשאן כלים דלאביי מהני וכיון דקי"ל בכ"מ שינוי קונה א"כ הלכתא כאביי.

אלא שדחה זה מדברי הר"מ בפ"א מגזלה דסבר בדעת רבינו דחומד עבד חבירו עובר בל"ת והמקח קיים והוק"ל מרבא ותי' דכיון דשינוי קונה ה"ן מעות קונות הרי דגם לרבא שינוי קונה ומ"ש דפליגי בשינוי קונה הוא כפי' הא' דרש"י ע"כ (מוהרי"מ"ט ז"ל ח"א סי' ס"ט כתב דפירש"י זה אינו אלא גליון דלדבריו ק' הלכתא אהלכתא ותו דרבא גופיה בב"ק דצ"ט במאי דאמרין רשב"י וב"ש וראב"י וכו' כולהו ס"ל שינוי במקומו עומד ופריך ר"פ איכפול כל הני תנאי לאשמועינן כב"ש השיב רבא ממאי דילמא כ"ע שינוי קונה אלא העיקר כפי' קמא דרש"י ע"כ ויש להליץ בעד אותו פירוש דרבא דילמא קאמר ולא ברירא ליה להלכה.

ותו עפ"י מאי דקי"ל אין ה' כשטה י"ל איפכא דאביי ר"ל לכ"ע שינוי במקומו עומד וזוהי השטה ויהיה הדין דשינוי קונה ורבא השיב דכולהו ס"ל שינוי קונה ואין הלכה כשטה כפי' בתרא דרש"י אמת כי הדחיה בלשון דילמא במח' הוא שנוי בין הת"ה והרשב"א אי ליהוי ה' כאותה שטה או לא עיין בכנה"גיו"ד סי' נ"ט הגב"י אוכ"ח ובי"מ כלל א' אונ"ט אך י"ל דכ"ז לגבי דידן אבל שנאמר דרבא לזה נתכוון אפ' דכ"ע יודו) ולע"ד יש לפקפק בדחיה זו כי הרב"ך שם פתח דבריו כתב על דברי ה"ה ז"ל דלית להו פתרי תריצי והאריך ליישב ועיין שעה"מ ה' גזלה ומלבד זה הנה יל"ד דאמאי איצטריך ה"ה לקיים המקח משום מעות קונות כשינוי והיה די במ"ש לקמיה על השגת הראב"ד שאינו חייב בתשלומין מפני שהאיסור היה בההשתדלות וכיון שאח"כ מרצונו מכר אין כאן חיוב השבה ע"ש ועוד הנה הלח"מ בריש פ"י ממכירה הק' ליסוד ה"ה שאעפ"י שעבר המקח קיים דא"כ מאי מקשה הש"ס בהכונס ס"ב על מ"ש חמסן יהיב דמי והא"ר הונא תליוה וזבין זביניה זביני דאנה"ן עבר על חמס ועכ"ז הווי זביני ע"ש. ואני מוסיף בזה דהיא גופה תיקשי בסוגייתא לס' אביי דאע"מ. מאי קושיא ולפחות הו"ל לומר הניחא לאביי.

לכן נראה לישב כ"ז עפ"י מ"ש התו' תמורה ד"ו ד"ה שאני וכו' דגם אביי לא אמר אע"מ רק בדבר שנתכוון בו לאיסור אבל אם דעתו שהוא עושה בהיתר הו"ל זכיה בטעות וחוזרת כמ"ש התו' ב"מ דקט"ו ד"ה וחייב וכ"פ מהריט"ץ סוס"י י"ו וסי' קס"ג והנה בב"מ ד"ה מוקי הש"ס לר"ה גופיה דלא תחמוד לאינשי בלא זוזי משמע וא"כ בזוזי טועה הוא דשרי והשתא שפיר פריך כיון דחמסן יהיב דמי בזה טועה הוא דשרי וחוזר לכ"ע ואמאי אמר"ה דזביניה זביני ומשני כשאמר המוכר רוצה אני דאז זכיתו לאו מכח דמים לחוד אלא מכח דבור המוכר שאינו בטעות ולזה זביניה זביני ומ"מ פשיטא דלא

זכה רק כשיתן דמים דאל"ה הגם דאיכא דעת מקנה לוקח במה זכה וה"ז דומה לשינוי קונה דבשינוי זכה הגוזל ובוזה יתיישבו דברי ה"ה ז"ל דבלא אוקמתא דדמים קונים אע"ג דמבין שהרמב"ם איירי באומר רוצה אני ובוזה תנוח הקו' שראוי להק' גם לאביי מדין זכייה בטעות דהדרא ואיך רבינו פסק שזכה.

ונאמר דמכח רוצה אני אין כאן השבה וכמ"ש בדבור אחרון מ"מ אכתי קשה דליכא בזה רק דעת מקנה ואכתי זכייה בטעות הואי וזהו מה שנתעורר להק' בדבור ראשון בין לאביי בין לרבא אלא שהק' בפשיטות מדברי רבא וה"ה לאביי מכח זכייה בטעות ולזה תי' בדמים קנה כמו בשינוי וסמך על מה שיבאר לקמיה דבאמירת רוצה אני אזדא זכייה בטעות.

ונמצא מזה שאין הכרע דסובר בדעת רבינו כרבא (הגם כי הלשון דחוק הענין נאות) ומ"מ עם שי"ל כן וגם רבים הם הסוברים דהרמב"ם פסק כאביי וממילא בנ"ד יש לדון דשחיטתם כשרה מה נעשה להלח"מ שאין מבין כן בה"ה גם הרמב"ן בפ"י עה"ת ובסה"מ נראין דבריו שפוסק כרבא גם בתשו' הרא"ש כ"ה סי' ד' וכ"ז סי' ד' פסק כרבא.

וכ"כ בהגמ"ר סוף שבועות רמז תשפ"ד פסק ר"י ב"פ מי שנשבע או קבל בחרם שלא יתן דבר או לא ימכור ועבר וכו' אין במעשיו כלום כדאמר בכתובות כיון דאמור רבנן לא ליזבון אי זבן לא הוי זביני וכו' ובפ"ק דתמורה אמר אביי כל מילתא דאמר ל"ת וכו' ולרבא לא מהני וה' כרבא לגבי אביי בר מיע"ל קג"ם ע"כ.

ואין לחלק דאין זה אמור רק במידי דאורייתא אבל לא בדרבנן וחרם הקהל נאמר שהוא מדרבנן ואע"מ וכמ"ש הרב חיים מבורך ז"ל בתשו' שער אפרים סי' קי"ג דמלבד שהרב המחבר חלק עליו באורך והבנ"ח בח"מ סי' ר"ח ויו"ד סי' של"ד אסיק הכי וגם הקה"י אלגאזי מע"כ אוקס"ב תמה על הרח"ם הנז'.

וגם בתשו' מהרשד"ם יו"ד סי' קט"ו אף שפקפק לחלק בין דאורייתא לדרבנן נגד הרב השואל חזר והודה שראוי להחמיר. עוד בה עיין להרב חק"ל יו"ד ח"ב סי' רי"ח דאף דהסכמה בלי חרם איפליגו בה אי הוייא דאורייתא או דרבנן אבל בחרם לכ"ע הוייא דאורייתא וממילא בנ"ד נראה לכאורה לכ"ע דאע"מ ושחיטתם נבלה: אבל אחר הישוב נראה דבנ"ד אע"מ מכמהטעמי ונרחיב הדברים הנה בטוח"מ סי' ר"ח פסק דמקח הנעשה באיסור כגון שהוסיף במקח בשביל המתנת מעות המקח קיים ובב"י הביא מקור הדברים ודחה דברי הגמ"ר הנז' מהלכה ובש"ע פסק דהמקח קיים והגיה מור"ם וכן אם נשבע שלא למכור ע"כ רק הסמ"ע תמה דלדבריהם ק' דרבא דסבר במכר גלימא בזווי דרביתא שהמקח קיים (עיין בב"י) אדרבא בתמורה דס"ל אעל"מ.

וכתב אלא שיש לחלק דמקח הנעשה באיסור או הוסיף במקח. טעמא דקיים כיון שמחזיר מעות דרבית א"כ לא נשאר במקח מצד עצמו שום איסור ולא קנסין התירא משום איסורא משא"כ בנשבע שלא למכור דא"א שיתקיים המקח בלתי איסור שעובר על שבועתו ע"כ עיין למהרש"ך ח"א סי' קנ"ז מ"ש בזה ולדעתי שכונתי כהסמ"ע דלא כתורת חסד סי' רס"ט שנראה שיש ביניהם חילוק והב"ך שם כתב שאין שחר לדברי מהרש"ך ז"ל ואם דברי מהרש"ך כסמ"ע אין שם קו' דלהדיא כתב הסמ"ע ל"ק התירא

משום איסורא משא"כ בנשבע וכו' והיא כונת מהרש"ך ז"ל) (ועיין בבנ"ח סי' ר"ח שתמה על מהרש"ך ז"ל מהך דמוכר בשבת מעשיו קיימים דהרי התם א"א שיתקיים המקח בלתי איסור שבת וכן הק' הט"ז שם להסמ"ע ז"ל והוא פלא על הש"ך סק"ב שכתב ע"ד הסמ"ע ובהכי ניחא הך דטבח ומכר בשבת ועבר ואקני דמעשיו קיימים והוא כלפי לייא.

שו"ר להבית אברהם סי' קכ"א סוף או"ב כתב וז"ל אך דבדברי סמ"ע לא יתיישב כמה הערות שהעיר מהרי"ט אף דהש"ך כתב דבזה ניחא וכן הק' בס' בנ"ח למהרש"ך שתי כהסמ"ע ע"כ והרי בקצור העיר לכל מ"ש) והש"ך ז"ל בסק"ב כתב וז"ל אלא ודאי שאני בכל הני כיון דאפשר לעשות בהיתר משא"כ בכל הני דתמורה או בנשבע שא"א לעשות אם לא שיעבור ע"כ ולכאורה דב"ק צ"ב דאם ר"ל דאפשר לעשות בהיתר ורק איסור שבת וכיוצא בא מחוץ וכחילוק הט"ז שם וכן דעת מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' ש"פ ע"ש א"כ מאי קאמר משא"כ בנשבע וכו' והלא גם הוא המקח מצד עצמו כשר רק איסור שבועה רביע מחוץ ואם ר"ל דשאני מקח רבית שהיה בידו לעשותו בהיתר משא"כ בנשבע א"כ במה יתרץ הך דמקח שבת שאי אפשר לעשותו בהיתר בשבת ואי משום דאפשר בחול א"כ בנשבע נמי אפשר דמתשיל אשבועתו.

וכן הק' בתשו' מהרשד"ם יו"ד סי' קמ"ב ואפשר כונתו דשאני מקח שבת ורבית שבזמן שאיסור זה רביע עליה מ"מ השאירה לו התורה זמן אחר לעשות המקח דהיינו בחול ובלי רבית משא"כ בנשבע שבזמן שאוסרת אותו השבועה אין לו שום עת למכור זולת אי מתשיל דאז אין שום איסור כלל וליכא לומר רחמנ"א ל"ת כלל.

ועיין בא"ח סי' של"ט במחצ"ה על מג"א סק"י שהביא דברי הסמ"ע והש"ך בשיטה אחת ומובן כמ"ש בכונת הש"ך ז"ל. והנה המעיין בשרש דבר יראה דהרא"ש ז"ל הוא שדייק מדברי רבא דמקח הנעשה באיסור קיים ולפי"ז לכאורה ק' על הסמ"ע והש"ך ז"ל שבאו לזווג דין זה עם הך דהגמ"ר דבנשבע ועבר ל"מ דהא בתשו' הרא"ש כלל ז' סי' ד' נשאל בתקנה שעשו בחרם שיהיה כל כתיבת השטר מסופר בדה"ץ ואם לאו לא יגבו בו ואח"כ עשו תקנה להפך ששנים מבוררים יכתבו ושטה אחרונה כתי' הסופר ולא התירו החרם אי יכלי לגבות בשטרות ההם והשיב לא יפה עשו להכשיל הקהל בחרם ומ"מ לא נפסלו השטרות וכו' והקהל יש להם כח לשנות התקנה ולא דמי למח' אביי ורבא וכו' וקי"ל כרבא וכו' דהתם פליגי במצות שא"א לבטלן אבל בתקנה וכו' וגם אפשר לבטל החרם לכ"ע מהני ועוד חכם עוקר את הנדר מעיקרו וכשיתירו החרם כאילו לא היה מעולם וכו' ע"כ הרי יש חרם הקהל כשבועה ועכ"ז אע"מ.

אבל אחר החיפוש ליתא דהא הש"ך ז"ל ביו"ד סי' רכ"ח סקצ"ו הק' תשו' הרא"ש ז"ל אהדדי דבכ"ה סי' ד' על חרם הקהל שלא למכור מקומות בהכנ"ס שעשו הסכמה להפך למכור כתבאם התירו החרם הראשון המכר קיים ואי לא לא ולפמ"ש בכלל ז' הנז' הרי יש להם כח לשנות ותי' דהתם מיירי שהתירו החרם הראשון לבסוף והשאלה היתה רק מפני שעשו השטרות קודם לזה והשיב דאין לפוסלם כיון שלבסוף הותר החרם וכמ"ש ועוד דחכם עוקר את הנדר וכו' זת"ד וא"כ אם לא הותר החרם ודאי דל"מ וזווג הרא"ש והגמ"ר עולה יפה ועיין להלח"ר סי' ס"ג ופרמ"א ח"א סי' נ"ד שכתבו כהש"ך ז"ל

(הלח"י עייאש ח"ב סי' כ"ט נסתפק בביאור דברי הש"ך והוק"ל לכל צד וליסוד שכתבתי בביאורו דה"ט דהרא"ש משום שהתירו לבסוף לק"מ) גם הש"ך ז"ל בסוה"ד הביא דברי מהר"א ששון על זה בסי' ר"י וכתב קיצר בדבריו ואולי כיוון למ"ש ע"כ (אחה"ר קשה להעמיס זה בכונת מהרא"ש מדכתב לא מפני זה יהיה השטר פסול שהוא מה עשה ולדרך הש"ך כן היל"ל שהרי לסוף הותר החרם.

אבל אפש' כונתו למ"ש הט"ז סקמ"ד לתרץ אותה תשו' דהרא"ש כלל זי"ן סי' ד' עם תשו' אחרת באותו כלל סי' וי"ו דכתב להפך וז"ל צבור שהחרימו על דבר ואח"כ החרימו להפך ולא התירו הראשון אין השני כלום. וע"ז תי' דאנה"ן חרם הראשון קיים לעבור עליו אבל המכירה קיימת וז"פ דברי מהרא"ש שגם הוא לא הק' רק מכלל ז' לאותו כלל ולא לכלל ה' דקו' כלל ה' הט"ז לא מצא לה ארוכה ע"ש) ועיין להבנ"ח ז"ל מה שיישב לתשו' הרא"ש אהדדי והבני יאודה שם העיר עליו ואיהו דידיה תי' דבתשו' מכירת מקומות בהכנ"ס פירשו בהסכמה להדייא שאם מכרו מכירתן בטלה וזה אינו ענין למח' אביי ורבא וכו' משא"כ בתקנת הסופר דלא הוה אלא הטלת חרם בסתם וכו' וכן חילק מהראנ"ח סי' כ"ה בין שתי הסכמות גם הרב פר"ת יו"ד סי' א' סקי"ט ס"ל בנדונו דוקא כשקנסו הקהל להדייא וכ"מ מהש"ך שם סקל"ח והחילוק אמיתי רק שק' לענ"ד כי בתשו' הסופר נמי מפורש להדייא שכל שטר שלא יהיה מכת' הסופר לא יגבו בו.

וכן ראיתי להרב ד"ן ז"ל באה"ע סי' ג"ן חי' דאותה דשטרות משום שהוא חוב לאחרים שלא יפסידו בעלי השטרות אוקמה אדין תורה משא"כ וכו' וגם לדידיה ק' דהא הך דמכירת מקומות הוי חוב לאחרים שלא יפסידו הקונים ובכל זה ביטל המכירה. ולע"ד המעט אפ"ל כי הרא"ש סובר בתשו' הנז' כהגמ"ר דאעל"מ וכמ"ש הסמ"ע והש"ך אלא דבהך דשטרות הטעם שלא בטלו ההסכמה הראשונה לגמרי דהא הסופר כותב שיטה אחרונה רק ששינו בה שיהיו עמו שני ברורים ולזה הגם שלא התירוה השטרות כשרים וכן דקדק הרא"ש וכתב והקהל יש להם כח לשנות ההסכמה לא לבטל ויהיב טעמא שכיון שיש להם כח לבטלה לגמרי בהתרה כן נמי יש להם כח לשנות גם בלי התרה.

( המעיין בתורת חסד סי' כ"ד בקהל שהסכימו שכל שטר שלא יהיה מסופר העיר וחתום בו יהיה פסול והב"ד נתנו רשות לאחר לכתוב שטר מחילה פעמיים שלש וברביעית כתב בלי רשות. יראה לכאורה דהוא הפך תשו' הרא"ש דשטרות דשם קיים שטר הרביעי שלא כיוונו על סופר העיר שהיה אז אלא על מי שיהיה סופר העיר וכיון שב"ד מינוהו הרי הוא סופר העיר ואילו הרא"ש לא קיים מטע"ז דהברורים ג"כ נתמנו מהקהל ועכ"ז איצטריך לטעם שהקהל יכולים לבטל וכו'.

גם מי סנו ליה טעמי הרא"ש עד שהלך לטעם אחר אלא שאפ' לישב זה לפי מה שחשש הרב בסי' רס"ט להגמ"ר ומהרי"ו דאעל"מ. וגם לקמייתא י"ל דשנייא היא דהרא"ש שתקנו שיטה אחרונה תהיה מסופר ב"ד א"כ גילו דאותם הברורים גם עתה אינם סוב"ד) ומעתה הרבה פתחים לישב תשו' הרא"ש אהדדי ודלא כמו שהבין הרב מהר"י הלוי ז"ל כ"ד סי' כ"ד דטעם הרא"ש בהך דשטרות משום דכיון שיש בידם לבטל אע"ג שלא בטלוה מהני והוק"ל ע"ז מאי מקשו בתמורה לרבא מגזל עצים ועשאן כלים דמשלם



כשעת הגזלה אימא דהטעם הוא משום שהיה יכול לבטל האיסור ולהשיב הגזלה קודם שעשאן כלים ולפי כל האמורנתבאר שאין זה כונת הרא"ש ז"ל.

ומ"מ לית מינייהו פירכא למה שכתבו הסמ"ע והש"ך לזווג הרא"ש כהגמ"ר. אך שיש להרגיש על חילוקם מהך דפריך מגזל עצים וכו' מאי פירכא והלא יכול לעשות זה בהיתר אף בזמן שאסר עליו הכתוב הגזל.

והרואה למה שתי' הבנ"ח בח"מ סי' ר"ח בהגה"ט ושע"א סי' קי"ג לקו' מהר"י הלוי הנז' יבין שיתיישב זה גם לסמ"ע וש"ך ז"ל ואין להאריך. גם היש"ש פ' משילין די"ח החזיק בהך דהגמ"ר וכתב וז"ל וצריך לחלק בין איסור שבת לשבועתו שאיבד כחו וזכותו ועוד שבת מצינו שנדחה אצל חול משא"כ בשבועה ע"כ (יש לתמוה על מג"א א"ח סי' של"ט סק"י שכתב חי' הא' מדנפשיה לישב קו' היש"ש והרי בפ"א אתמר ביש"ש.

גם הט"ז א"ח סוס"י תקכ"ד כתב על היש"ש בחי' הא' איני מכיר מה חי' יש בין זל"ז ואדרבה מצינו חומר באיסור כולל כגון שבת ואנכי לא ידעתי דאנה"ן שבת חמיר משבועה רק דמטעם אחר אצל"מ משום דאיהו אפסיד אנפשיה כמ"ש המ"א שם. עוד הק' עליו במ"ש דשבת נדחה אצל חולה מה ענין זה לכאן ותו דמקח באיסור רבית הוי תיובתיה ע"כ.

ואני אומר דלגרסתנו נדחה אצל חול ר"ל שאפשר לעשות בחול וכונתו כחי' הש"ך ומקח דרבית לא הוי תיובתיה וגם לגרסתו אצל חולה ר"ל דבזה קליש איסוריה משבועה וג"ז שייך במקח רבית דנדחה גבי יתומים ות"ח כמפ"ו במקומו) גם מהרי"ו סי' קנ"ו פסק כהגמ"ר ומכחו דהוא גברא רבא ובתרא הורה מהרשד"ם יו"ד סי' קט"ו הלכה למעשה להחמיר כהגמ"ר.

איברא דכתשו' חו"מ סי' ש"פ נראה דכל שהמקח נכון בעצמו ואיסורא רביע עליה מחוץ אע"מ וזה דלא כהגמ"ר אלא דכבר הבנ"ח ז"ל בלא"ה נרגש מתשו' דיו"ד סי' קמ"ב שפסק כהתו' דבדה האיסור מלבו אע"מ ות"י דחכמי הקהל לאו בודה מלבו הוא ובזה תתיישב הך נמי ע"ש ועיין במהריט"ץ סי' י"ו דעובר על חרם הקהל אע"מ והש"ך ביו"ד סי' ר"ל והב"ח שם הסכימו דהוי ספקא דדינא והמע"ה.

ומהראנ"ח ח"א סי' מ"ב חשש להחמיר בביטול מודעי דגט מהך דהגמ"ר ובסי' ס"ח גבי עבר על חרם הקהל וקדש כתב אע"ג דיש להקל מהך דהגמ"ר סניף זה אינו כדאי וכו' ונראה דלהחמיר חש לה ולא להקל ובהך דסי' כ"ה דנראה דלא קם באפיה הך דהגמ"ר משום דהוא מידי דממונא והבעל מוחזק לא הו"מ למיפק מניה אבל מ"מ מסי' נ"ו דהנדון כסי' מ"ב ועכ"ז לא חש להחמיר מהך דהגמ"ר נראה שהחליט לדון תמיד כהנך מורי הוראה דסי' מ"ב דאין לחוש להגמ"ר הנז"ל: ומעתה נסדר סדר המערכה מאן רבנן דפליגי אהגמ"ר הנז' והנה הנם התו' בתמורה שם דבבדה האיסור מלבו ס"ל דמהני.

וכ"כ הרא"ש לשטת הט"ז וכ"כ הבנ"י דהרא"ש תופש במושלם כהתו' כיון דאזיל בשטתם וכתב אמאי לא מוקי הש"ס פלוגתייהו בנשבע ש"מ דליכא שום אופן בנשבע דל"מ. גם מהרא"ש וד"ן כתבו אליביה דנשבע ויש חוב לאחרים מהני והבנ"ח ז"ל

ומהר"י הלוי ושע"א כולם כתבו דהרא"ש כהתו' רק הבנ"ח כתב שיודה דל"מ בדעתו  
לבטל השבועה וההסכמה.

גם הריב"ש ז"ל בסי' קפ"ו סבר כהתו' ועיין למהרשד"ם שם סי' קט"ו כתב דגם רבים  
החולקים עם הריב"ש דבדיעבד אינו מותר ס"ל כהתו' מדלא יהבי טעמא דאעל"מ והש"ג  
בס"פ משילין הכי ס"ל ע"ש ובתשו' בע"ח ח"מ ח"ב סי' מ"ג האריך וכתב שמהריק"ש  
בחי' והרדב"ז סי' כ"ט דחו דברי הגמ"ר ומני"ר ז"ל נטתה ד"ע כן.

גם מהרא"ש בסי' ס"ט פסק דנשבע שלא ימכור למצרן ומכר דמהני גם הרב מהר"מ  
אלשיך סי' ע"ה הביאו בנ"ח בשטת החולקים על הגמ"ר אלא דהרב בית אברהם שם  
באו"פ כתב דשאני הך דמהרמ"א שאפשר לקיים המקח בהיתר. גם הרב גו"ר ח"מ כ"ג  
סי' ל"א הסכים לדעת מהריק"ש דלא כהגמ"ר והרב טל אורות אה"ע סי' א' פסק כהני  
רבוותא והביא הרא"ם בסי' י"ז והרדב"ז ז"ל שהעתיקו תשו' הרשב"א בעבר על חרם  
הקהל וקדש דקדושי קדושין ש"מ דס"ל דלא כהגמ"ר וגם הפר"ח.

בק"א סי' ל"ח דחה דברי ה' והט"ז בח"מ סי' ר"ח דחה דברי הסמ"ע וחילק דכל שהענין  
מצד עצמו נאות רק האיסור בא מחוץ אע"מ (הרב בית אברהם שם או"ב הק' ע"ז ממה  
שהק' התו' בתמורה לרבא דהא שוחט חמץ על הפסח אע"מ וכשר ותו' דבירוש' אייתי  
קרא להכשיר ולהט"ז מאי קו' כיון דהאיסור בא מבחוץ ע"ש ומאי דלא ק' לאביי אמאי  
איצטריך קר להכשיר י"ל עפ"י מ"ש בחולין דקט"ו איצטריך קר להכשיר משום כל  
שתיעבתי לך הרי הוא בבל תאכל כמו מעשה שבת דאיצטריך קרא למישרי קדש היא  
ואין מעשיה קדש עיין למודי ה' למוד פ"ג ד"ה וראיתי ולקו' רב"א י"ל בדוחק דמ"מ לא  
דמי למקח שבת דהתם אין המקח מצד עצמו גורם שום איסור רק הזמן וכל מקח בזה"ז  
אסור משא"כ שחיטה על חמץ דכל שחיטה שהיה חוץ מפסח נמצא דלא כל האיסור בא  
מחוץ אלא שזה וזה גורם) ומהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ס"ט דחה ס' הגמזר בב' ידים וחילק  
דלא שייך אעל"מ אלא כגון הך דתמורה דכשאנו מבטלים מעשיו נתקן האיסור וכו'  
והביא ראיה לסתור הך ס' משוחט פסח על חמץ דכשר ומהני ע"ש (הרב"א שם תמה  
ע"ז דכבר הק' התו' משוחט פסח ותירצו ויש ליישב דמהרימ"ט שם הביא זאת מהתו'  
דתמיד נשחט דס"ג ושם כתבו דכשר מטעם דלא שנה עליו הכתוב לעכב ולשטה זו מק'  
דאנה"ן לא שנה עליו הכתוב ומ"מ לרבא ל"מ אם לא מטעם מהרימ"ט ואח"ז ראיתי  
להשעה"מ פ"ג מגרושין הי"ט שדבריו מורים כן וש"ש) גם מהריט"ץ ז"ל בסי' י"ז  
חילק כנז' וטיין עוד למהרימ"ט סי' קל"ח הביא ס' המרדכי וכתב שזה כיו"ד שנים כתב  
לאחד מחכמי ויניצייה שחשב לומר כזאת על חרם הקהל והקיפו בחבילות תשו'  
הסותרים לזה וישתקע הדבר ולא יאמר וכן בח"ב סי' ט"ל ומ' בקדש אשה נגד הסכמת  
הקהל קיים הקדושין ובד"ן ע"א כתב הנה זה כשלש שנים על הקדושין שהיו  
באנדריפולי (הוא הך דסי' קל"ח) כתבתי והוכחתי דאפי' היה מוכח שהעדים ידעו והזידו  
ועברו על החרם לא מפני כן נתבטלו הקידושין וכו'.

וכ"כ עוד בסי' נ"ח דנ"ט סוע"ב דמוכח מכ"ז דמר לא חייש כלל להך דהגמ"ר ולא שני  
ליה בין עבר על שבועתו לעבר על חרם הקהל. ומזה אני תמה על הד"ן ז"ל שהעלה  
דגם הגמ"ר לא כתבו דל"מ רק במידי דמונא ומשום קנסא אבל בגרושין וקדושין מודו

דמהני והוכיח זה מהך דמהרימ"ט ח"ב סי' מ' דלא זכר להגמ"ר ש"מ דס"ל שגם הם מודים בקדושין והוא פלא דהא הך דסי' קל"ח בקדושין איירי ועכ"ז נרגש מהגמ"ר לולא שדחאה מכמה שמועות כיעו"ש.

שו"ר להטל אורות שהעיר עליו כן ואך את זה ק"ל להט"א דהמעין בדב"ק יראה דפשיט"ל שמהרימ"ט חזר בו ממה שדחה הגמ"ר בסי' ס"ט ובסי' קל"ח פסק כוותיה ומ"ש ישתקע הדבר ולא יאמר ר"ל שלא יעשה כן ולא יועילו הקדושין ואחה"מ היא הבנה זרה וכונתו שתשתקע הס' זאת והקי' קידושין והעד כי בסי' מ' זכר הך דסי' קל"ח וכמש"ל ומכח זה קיים הקדושין וכל תשו' עולות בקנה אחד ולא פלגן בהדייהו.

והנה ראיתי להד"ן ז"ל אסוף דינא כתב וז"ל אעפ"י שמהרש"ך ח"ב סי' קכ"ט וק"ל והלח"ר סי' למ"ד לא החמירו בההוא עובדא גופיה מחמת השבועה שנשבע שלא לבטל המודעה אפ"ל דאשתמטייהו הך דהתו' דתמורה או חששו למרדכי דפליג אתוס' ע"כ ולע"ד קשה לשמוע על מארי תלמודא כי אשתמיט להו תוס' רק הנראה דמטעמא אחרנא שם ס"ל דגם התו' מודו דל"מ וכאשר יובן מדברי הלח"ר ז"ל שאחר דשו"ט בביטול מודעא דמהני וכו' כתב ועוד אני אומר דכה"ג דנשבע אפי' במכירה ל"מ וכו' דאמרינן ודאי חזקה שאינו עובר על שבועתו ולא גמר ומקנה אלא המודעות הם קיימים ע"כ נראה מדב"ק דלאו מכח חומר השבועה דהעוברעליה אעל"מ כתב דהמודעה קיימת דאנה"ן מי שנשבע שלא למכור בלי מסי' מודעא ועבר מהני אבל זה שבאנו לבטל המכירה מכח המודעא והוא ביטל המודעה אמרינן דהבטול לא היה מלבו דמסתמא לא יעבור על השבועה שנשבע שלא לבטל ונמצא שלא ביטל וכן יש לדקדק גם בלשון מהרש"ך בסי' קכ"ט וז"ל וגם יש טעם אחר לבטל זה הגט כיון שנשבע המגרש וכו' יראה שחזק וקיים מודעתו והאונסין באופן שלא יהיה להם בטול ע"כ דהנראה שהכל חוזר אל כח המודעא וכמ"ש ולפי"ז מהרש"ך והלח"ר ז"ל גם הם משלנו ומצו סברי כהתוס' ז"ל ומאחר עלות כל הני רבוותא דנקטי כהתו' ובפרט שמרן ז"ל בב"י דחה הגמ"ר וכ"פ בש"ע וגם מור"ם ז"ל בהגה כ"ד (מ"ש הב"ח דספוקי מספק"ל והש"ך ביו"ד כתב שכן עיקר והמע"ה עיין לכנה"ג סי' ר"ח הגה"ט או"ט תמה דא"כ הי"ל למור"ם להביא הגמ"ר בח"מ כי שם ביתו ולא ביו"ד ומזה הוכיח שדעתו כהתו' ורק ביו"ד לימד דעת לקונה שיראת שדי ע"פ יחלוף שלא יכשיל המוכר בשבו' וכ"כ הד"ן אה"ע סי' ג"ן דעצה טובה קמ"ל והבית אברהם סי' קי"ט באה"ע דלהרמ"א תלייא בלשון הנשבע שאם אמר שלא ימכור מהני ואם פ"י שאין מכירתו מכירה ל"מ ע"ש) להלכה וא"כ ודאי הכי נקטינן ובנ"ד השו"ב שעברו על אותו החרם שחיטתם כשרה ובפרט שאפי' החולקים וחוששים לזווג הך דהגמ"ר להלכה באיזה חילוקים המתבונן במ יראה דכולם שייכי להתיר שחיטת השו"ב דנ"ד ואין להאריך: אך את זה ראה חדש מצאתי להקצות החשן בסי' ר"ח יצא לידון בדבר חדש דגם התוס' ז"ל לא פליגי אלא בנשבע שלא לגרש דהתם באמת מן התורה אע"מ דהבא על אשתו פטור כמ"ש התוס' גבי אונס שגירש דאתקוש מיתה לגרושין אלא דהוה ס"ד לרבא דיחזיר כמו אונס לכך אמרו דכיון דהאיסור בדוי מלבו לא יחזיר (עיין פמ"א ח"א סי' ס"ח שלא הבין כן בתו' ותמה עליהם והב"א שם אוי"ג תי' כהקצה"ח) ולחילוקו נראה דנפל פיתא בבירא דלא מהני בבדה מלבו רק בנשבע לגרש ולא בנ"ד.

אבל אחר המח' הנה דב"ק נגד שטת כל הפוס' דלא שני להו. וגם הגאון חת"ס ז"ל ביו"ד סי"ו כתב עליו ובמחכ"ת דבריו אינם והעלה להלכה ולמעשה בשוחט הנשבע שלא לשחוט בגבול חבירו ועבר ושחט דשחיתתו כשרה משום שאין גוף הדבר נעשה באיסור שנית משום שבדה מלבו ואפי' בחרמי צבור שלישית וכו' ע"ש כי האריך בישוב תשו' הרא"ש ודברי ה"ה דגזלה ותמצא מעדנים (שם רצה לחלק דאעל"מ הוא בדאורייתא ולא בדרבנן וכו' וסיים שצדקו דברי מהר"י הורוויץ בנוב"י קמא סי' ע"ו דבדרבנן ל"א אעל"מ ולחנם השיגו הנוב"י סי' ע"ז ותמיה אני כי המעיין שם יראה דקיימי בחרגמ"ה והחרם לכ"ע דאורייתא וע"ש לנוב"י פשיט"ל דחרגמ"ה אלים כוחיה לדחות איסור דאורייתא ופלוגתם שם היא לענין בדה האיסור) גם הנתיבות משפט בסי' ר"ח החזיק בחי' מהרימ"ט דאם בביטול המעשה יתוקן האיסור אעל"מ ובזה נ"ט לשוחט פסח על החמץ שהק' התו' מינה ומאי קו' כיון דאפשר לעשות בהיתר להש"ך אע"מ ומשו"ה כשר ות' דהיה ראוי להיות אעל"מ כיון שאם נבטל מעשה השחיטה הו"ל כנוחר ומעקר ובזה לא יקרא עובר על לא תשחט וכו' ע"ש דלפי"ד גם בנשבע שלא לשחוט כיון שבביטול מעשה השחי' יתוקן האיסור ראוי לומר ל"מ והרב חת"ס שם כתב שכן דן על זה הרב הנז' בספרו חו"ד יו"ד סי' א' ולפי"ז ראוי לחוש בנ"ד אלא כיון שראינו למהרימ"ט המוליד ומצמיח זאת שם לא קם הכי לדינא מפני חילוק התו' דבודה איסור אע"מ הכי נקטינן: איכו השתא ניחזי אם יש לחוש בכאן לטענת מה כח ב"ד יפה שעשו הקהל חרם שלא לשחוט כאשר חשש הבנ"ח שם ולכאורה הדין עמו כנראה מתשו' מהרימ"ט דסי' קל"ח שכתב גבי תקנה שלא לקדש שחז"ל כשהתקינו התקנה לא נתכוונו אלא להפקיע דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם ע"ש.

אמנם עין רואה להרב ז"ל בח"ב סי' מ' בד"ה השרש השלישי ביטל זה ביטול גמור דאפי' לסוברים שיפקיעו משום מה כח ב"ד יפה דוקא כשפירשו כן בתקנתם אבל בתקנה סתומה לאו הכי הוא ועיין בפרמ"א ח"א סי' ס"ח דקל"ה ע"א. (חי' הרב בזה אפשר יסודו עפ"י מ"ש הבנ"ח שם ובאה"ע סי' קמ"א דק' הלכתא אהלכתא דבפ' השולח פסק רב נחמן כרבי דס"ל דאם ביטל הגט מבוטל ול"א מה כח ב"ד אלא במידי דמונא ולא באיסורא ואילו בפ' מי שאחזו דע"ג פסקו הפוס' כרבה ורבא בגט ש"מ שאם עמד אינו חוזר דאפקעינהו רבנן לקי' מיניה ות' דהתם פירשו דבריהם שאינו חוזר משא"כ בתקנת ר"ג הזקן שלא התקין רק שלא יהיה עושה ב"ד ומבטלו במ"א ואין בכללה שאם עשה אינו בטל אפס דלכאורה לפי החילוק דפ' השולח דבמידי דמונא אמרינן מה כח ב"ד יפה אין ללמוד לנ"ד כיון דהוא ממון להטריף הבהמה גם בסתומה ראוי לומר מה כח ב"ד יפה אבל הנה כתבתי לעי' מהבנ"י וכן למד ממהראנ"ח סי' כ"ה לחלק כנז' בין מפורשת לסתומה והתם איירי גם בממון ע"ש ולהם אנו שומעין): ועוד יש לחלק דל"א מה כח ב"ד יפה רק בתקנתם בלתי חרם ואיסור.

אבל בנ"ד דאיכא חרם אין שייך מה כבד"י דהא עובר על דבריהם נלכד בחרם ועיין להט"ז סוס"י תקכ"ד דבזה דחה ראיית הגמ"ר מהך דכתובות דכל היכא דאמור רבנן לא ליזבון זבן לא הוי זביני דהתם ה"ט משום מה כבד"י ושאני הך דהעובר אין לו איסור אחר משא"כ בעובר שנלכד באיסור ע"ש ושור"ר להרב"ד יו"ד סי' א' שכתב כן בנדונו.

ומכל האמור בין תבין טעם הרא"ש ז"ל בתחלת כלל ז על קהל שהטילו שלא ישחוט שום אדם זולת הטבח של הקהל והלך אחד ושחט שאסר שחיתתו מכה דהצבור רשאין להסיע על קצתן וכו' ולאסור המותר וכו' ולקנוס וכו' ואילו משום אעל"מ לא העלה ע"ד שפתיו אין זה שברור דס"ל דבחרמי צבור ל"ש אעל"מ וכן הגאון נוב"י בספרו צל"ח על דע"ג העלה דכ"מ דאמ"ר לא תזבח וזבח ל"מ זביחה והו"ל כמתה ואילו בנוב"י יו"ד סי' א' בשו"ב שנשבע שלא יכשיר שום בהמה כתב דנהי דראוי לעונש אבל שחיתתו כשרה.

ש"מ דס"ל בנשבע ל"ש אעל"מ ורק הבית אברהם ז"ל ביו"ד סי' ט"ו בנדונו שהוא כנדון הנוב"י החמיר משום דלשאר הפוס' אע"מ וכו' ע"ש. ואני הדל אספתי באומרי'ם רבים וגדולים חק"ל דלדידהו אין לחוש וכו"ל וכרגע נראה לי ספר חזו"ן ז"ל וראיתו כמציץ מדקכ"ד עד קנ"ב מאריך בזה מר טובב הולך לפסוק כאביי והרב המגיה פוסק כרבא ושקו"ט טובא בכלל דבריהם דברי ואין לי פנאי להתווכח ולהשתעשע בדב"ק רק בתר כללא מובן מהם דבנ"ד ל"ש אעל"מ ובפרט למ"ש הפנים מאירות ח"א סי' ל"ד דכל שהוא עושה איסור וחבירו לא כ"ע מודו דמהני ע"ש פשוט דאפי' למאן דס"ל בזה אעל"מ אינו רק בשוחט בהמתו ולא בהמת חבירו וד"ב.

וגם למה שחשש הבנ"ח שם להחמיר מפני דהרא"ש ל"א דמהני רק ביכול להתירה משא"כ נדר השחוק וכו' ואחריו החזיק בזה ה' בית אברהם בתשו' אה"ע וגם החת"ס שם בטעם השלישי כ"כ נראה דחרם דנ"ד יש לו התרה והגם שהוא בעבור הגאבילה והיא לדב"מ לפרנס בה עניים ות"ח וידוע בסי' רכ"ח דבהסכמה דסייג לתורה ודב"מ אינם יכולים להתיר מ"מ נבאר בזה בע"ה דישי לה התרה.

והוא כי תקון הגאבילה מחו לה אמוחא גדולי עולם ולתקן על נכסי אחרים הבאים מחוץ עיין למהרש"ך ז"ל ח"א סי' קפ"ד וח"ב סי' נ"ה ומהראנ"ח ח"א סי' נ"ט ומהרא"ש סי' ס"ט האריכו בזה שלא יוכלו לכפות על זה כ"א מטעמו עש"ב והרב לח"ר סי' ס"ג דן את הדין שאין לגאבילה מקום קיום ודקדק מדברי רבו מהרשד"ם דדוקא בתקנה שנמשך היזק ממון רב לישראל יכולים הרוב לכופף למיעוט גם בפס"ל ורו"ל אבל בגאבילה אפי' לצורך צדקה אין להם לעשות צדקה בממון אחרים וכו' ואם ירצו יתנו כולם בשוה לפי ערך הממון וכו' גם הרב הכהן בפסקיו ח"א דקנ"ט על שרצו להחרים צמר המרוטה ויהיו המעות לצרכי צבור וראובן מוחה כתב שהדין עם ראובן ע"כ.

הנה ראינו ג' עמודים מרחיקים ענין הגאבילה גם לדב"מ גם הרב פ"מ ח"א סי' ד' האריך וכתב לא מן השם הוא זה להקל מעליהם ולהעמיס על מי וכו' ועל יתומים ואלמנות וכו' וכיון דכונתם להשתכר הו"ל כהך דזקן שנידה לצורך עצמו אין שומעין לו דמיירי שרוצה ואפי' למ"ד דגם בזה שומעין לו כ"ז הוא וכו' אבל להסכים לדבר הרשות לקחת ממון אחרים וכו' אין תקנתם קיימת בלי דעת כולם זולת למסכימים וכו' וכן חי' רב"א סי' כ"ה וכו' וקרוב לזה כתב ה' משא מלך דמ"ב ולא עוד אלא שגם מהרשד"ם המכריע שתקנת הרוב קיימת בפס"ל ורו"ל וכתב דהר"ם ומהריק"א ל"א אלא כשתקנתם היא שלא כתורה וכו' הנה בנ"ד שלא כתורה מיקרי דהאיכא יתומים ואלמנות וכו' ע"כ.

והגם דלכאורה נראה דסותר עצמו ח"ו דהכא הגם שההסכמה בחרם לא חש ואילו בח"ב סי' קי"א בגאבילא שהטילו על האורחים קיימה הרב וכו' ונ"ט עוד מפני החרם שבה וספקו להחמיר מ"מ בורכא היא מדבריו בתחלת הך דח"ב שכתב שאם היתה לבני העיר היה מקום להביא הך דרשאיין בני העיר וכו' כלומר דמינה דן ואסיק בח"א דבגאבילא אין רשאיין וכן בסוף התשו' תי' לתמיהתו ע"ד מהרא"ש ז"ל דמוכרחים משום דהתם היו בני העיר מוחזים ע"ש וש"מ דלבני העיר אין ממש גם בחרם אבל לבאים מחוץ יוכלו לכופף ולפחות משום ס' חרם נחמיר.

ובזה ניחא נמי דברי הכנה"ג ז"ל כי המעיין לו בח"מ סי' קנ"ו הגב"י אומ"א יראה שדן כהפ"מ בח"ב כוותיה וכטעמיה ומני"ר הוא השואל להפ"מ ואילו בבע"ח ח"מ ח"א סי' רמ"ד נשאל על גאבילא שנמשכה שתי שנים ויצאו עוררים לבטלה ושקו"ט אי הרוב יכו"ל למיעוט ולבסוף כתב דכל המחלוקות הללו אינם אלא לתקן תקנות לבני עירם אבל בגאבילא לכ"ע אין כח ברוב לכופף וכן מצא למהראד"ב וכו' ולכ"ע אינן יכולים לתקן גאבילא על בני העיר אפי' לצדקה ע"כ ובתו"ד מפורש שאעפ"י שהתקנה בחרם ולכאורה הוו כסותרים אם לא שיש לחלק דדוקא כשהנזק מגיע לבני העיר והם מוחזים אזי אין קיום לגאבילא משא"כ לאורחים וכו'.

והנה תשו' מהרש"ך ז"ל בזה לדידי צ"י כי בח"ב סי' כ"ז כתב שאעפ"י שתהיה הסכמת הגאבילא בחרם אין חלות לחרם ואעפ"י שהיא לצדקה אין זו צדקה כ"א צעקת גזל ועושק. ואילו בח"ג סי' מ"ה שט"ו מבוררים הסכימו בגאבילא כדי לחלק לבעלי תורה ולצנועים כתב כיון שהדבר ספק אם יש לה קיום הדין לקיימה כיון שיש בה חרם וס' חרם להחמיר ע"ש ואפ' דהך דח"ג היתה באופן נאות דליכא פס"ל ורו"ל ולא היה עיקר ערעורם רק על התמנות הברורים או כמ"ש הרב שם וז"ל ואפ' את"ל שאין לספק בזה אלא שהיא בטלה מצד הדין ויהיה רשות למוחזים למחות מ"מ עבירה היא בידם נראה שנתעורר ממ"ש בתשו' אחרות דמצד הדין אין לחוש ואפ' מצד החרם ולזה כתב דמ"מ עבירה היא בקום משום קפוח פרנסת ת"ח ועניים וכו'.

ומהרי"ט ז"ל בח"מ סי' י"ג אף הוא היה מתכוין להרחיק ענין הגאבילא רק לפדיון שבויים קיימה ומשמע דלצדקה אחרת לא וכ"כ הכנה"ג שם אומ"ב והרב דבר"י אירגאס בס' למ"ד נסתייע מהם. ועיין להר"ש סי' פ"ב ופ"ד ובס' פ"ד יצא עת'ק מעשה הכתב ששלח מר ומהרי"ק לפיליבי אודות גאבילא הבשר והאריך להודיע מחומרות וחרמות וקללות שהטילו השד"ר מהר"מ זאבי ומהרש"ף ומהר"ן רוזיליו ומהרא"ך פרחיה אודות הגאבילא שרצו להטיל על בעלי כיסין וכ"ש בהך דבשר דנוגעת גם לעניים ומילט קא לייטי בכל אלות התורה למקיימיה ולא ישמעו לשום מורה היתרא ע"ש ועיין להרב בני משה שלטון סי' יו"ד והרב מגן גבורים סי' וי"ו האריכו בביטולהגאבילא גם הרב זכו"ל אביגדור סי' נ"ו חפץ בביטולה והביא מ"ש מהרח"א ז"ל בתקנות שבס' חיים וחסד שאסורה והיא גזל עניים רק מה שהיה מקודם וגם ממהר"י בשן סי' צ"ח דהו"ל כמתנים על הגזל ואין זה תקנת הקהל אלא חטאת הקהל היא ע"ש.

גם הרב דברי מרדכי קריספין ח"מ סי' י"ב צווח ע"ז וכתב משם ה' חנן אלד'ים כי ה' יריב ריבם וקבע קובעיהם נפש ואפ' כונתם לצדקה אין זה כ"א צעקה וגזל. והרב בתי

כהונה בבית דין סי' כ"א שקו"ט בזה ולבסוף כתב לענין הפאטוריס אם מגיע להם פסידא מהגאבילא על סחורת האורחים אין ביד בני העיר לכוף וכו' זולת אם יש מנהג על אופן שכתב מהראנ"ח ז"ל.

וגם כי ראיתי לכנה"ג בסי' קס"ג הגה"ט אוק"ג שאם הולכים המעות לת"ח ולשוחטים חייב הת"ח וכו' וכן המנהג בכל המקומות כבר תרגמה המט"ש ח"ג בס' מירא דכייא סי' למ"ד דדוקא כשעיקר הגאבילא עבור שכר השוחטים אף כי נמשך ממנה גם סיוע לת"ח לא איכפת דאין דרך הצבור לדקדק אפריטי אבל כשהיא רק לצדקה לא וכו' ואפי' עשו בחרם אין החרם חל ותמה על החב"י סי' ק"ב שדן שאין היחיד יכול לעכב בגאבילא ע"ש ועיין לגדול אחרון בס' משא חיים מע"ג אוטו"ב שהאריך בביטולה אפי' לת"ת רק לפ"ש משום דאכ"ע רמי ע"ש.

א"כ איפה אחרי ראות מלין דרבנן בהרחקתה פשיטא דגם אם קבלוה מרצונם יוכלו להתירה וממילא אין חשש משום החרם לומר דאעל"מ גם לחששת הבנ"ח ז"ל. וע' להדבר"י סי' ל' שכתב שאפי' אי עבוד לה לפד"ש דמדינא שרי עכ"ז יוכלו להתירה: ועתה עת לדבר מצד החרם הנז' עצמו שעשאוהו הקהל על השו"ב דדל מהכא ענין הגאבילא לצדקה מ"מ הרי הרא"ש בתחילת כלל ז' החמיר בו מצד שהצבור מסייעין על קצותם ויאכלו לאסור דבר המותר ולקנוס וכו' וכ"פ בש"ע יו"ד סי' א'.

ולכאורה היה נראה לרפאת שבר זה ממה ששלחו מתם להודיע כי אע"ג שמטילי החרם הם רוב נפשות אבל המביאים השו"ב הם שועי העיר וגביריה וא"כ הנה הרא"ש ז"ל בכלל ז' סי' ג' כתב דבעסקי ממון הולכים אחר רוב ממון כההיא דשיירא ההולכת במדבר וכו' ולא יתכן שרוב נפשות הנותנים מיעוט המס יגזרו חרם על העשירים כפי דעתם ע"כ ומהרשד"ם א"ח סי' ל"ז האריך בזה והביא מתורתן של ראשונים מהריק"ו שו' למ"ד והריטב"א בשם הר"י שאפי' יו"ד בנ"א נכבדים ועשירים ותשעים דלת עם ליו"ד אנו שומעין וכו' ולמד מפסקי הרא"ש בפ"ק דע"ז דהכי ס"ל ע"ש (פלא אמאי לא זכר תשו' הרא"ש הנז' המפורשת והביאה הבד"ה סי' רכ"ח והרחיק נדוד לדיוק מפסקים) וכדבריו דן הרב מגן גבורים בסי' י"ב שם וכ"פ מורם בח"מ סי' קס"ג ס"ג ע"ש.

וא"כ נ"ד נמי לרוב ממון אנו שומעים והחרם שלא מרצונם אינו חל. אבל ראיתי להרב פ"מ ח"א סי' י"ד שנמצא מהגדולים שחלקו על מהרשד"ם בזה.

גם החק"ל בח"מ ח"א דקע"א כתב משם מהרי"א סי' רכ"ד וצ"ץ סי' פ' וכו"ש יו"ד סי' כ"ב ודב"מ ח"מ סי' נ"ב סברי דרוב נפשות והם רוב פורעי מס הוי רוב ואזלינן בתריה. גם מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ס"ט כתב חלילה להבין דהרא"ש לעולם בת"ר ממון אזיל אלא לאפוקי מי שאינו פורע כלל אבל הפורעים בין רב למעט הם בכלל הרוב ע"ש וכנה"ג סי' קס"ג הגב"י אורנ"ה ישב דעת רבו לכל הפוס' וגם הדבר"י שם סי' למ"ד הורה כדבריו ולפ"ז בנ"ד נמי שהכל אוכלים בשר ופורעים גאבילא יחד עשיר ואביון לרוב נפשות צייתין ואפי' לדברי הסמ"ע בסי' קס"ג שכתב בדעת הרא"ש שאפשר ס"ל כמחצה על מחצה חשיבי א"כ הו"ל ס' חרם.

אמנם יש צדדים אחרים בזה כי ודאי לא היה החרם במעמד כל הקהל ועיין בכנה"ג סי' י"ג הגב"י אוכ"ב אסיפת זקנים בזה ושם באות כ"ו כתב דגם בהסכמת הקהל בעינן כן וגם לדברי המשא מלך שהביא באוט"ל מ"מ נ"ד יש בו הפסד ליחידיו ולכ"ע בעי רומ"כע"ש איברא כי הרב משפט צדק בח"א סי' נ"ד תלה ג"ז בפד"ר מ"מ רצה לבטל החרם מכח ס"ס שמא הלכה שאין הרוב כופין למיעוט ואת"ל שכופין שמא דוקא כשהיה במעמד הכל אלא שביטל זה משום שאינו מתהפך אמנם בנ"ד שהוא על אודות הגאבילה דבלא"ה הכל מרחיקים אותה אפ"ל למוצא איזה ס' נגד זה מ"מ רווחא שמעתתא בס"ס מתהפך שמא הרוב אין כופין בגאבילה ואת"ל שכופין שמא דוקא הרוב דממון הוא הרוב כמהרשד"ם ז"ל ואת"ל רוב דנפשות כנז' שמא בעינן רמת"כ דוקא והווי תלתא ספיקי ויש בהם התהפכות כמובן וגם בזה נרויח לצאת י"ח מ"ד דס"ס בפד"ר חד הוא דבתלתא ספיקי מודה ככתוב אצלי במ"א.

וכעת נראה אלי ס' שפת אמת וראיתו בח"מ סי' ח' בביטול הסתירה הששית עמד בזה והעלה דלכל הפוס' בעינן רמ"כ ותמה על ה' משא מלך שכתב דבמסים לא בעינן ולא מצא לו חבר. וכ"ע דאין לפקפק מצד שמסרו עניינם לברורים והיו שם כל הברורים כיון שמנויים לא היה ברמ"כ אין במעשיהם ממש ע"ש ועיין להפ"מ ח"א סי' ד' שכ"כ שאם לא נתמנו במעמד כל העיר או לפחות שלא ימחו במינוי בשעתו דאין להם דין זט"ה במידי דרו"ל ופס"ל.

עוד הוסיף השפ"א ז"ל שם דאפ"ל מקימי הסכמת הגאבילה הם הרבים ויהיה לה דין מסים דלכ"ע הרבים מוחזקים עכ"ז בפלוגתא לא מצי למטען שהם מוחזקים ואחר דשקו"ט בזה הביא משם הפ"מ ח"ג בסוף הספר והכנה"ג שכתבו דבזה"ז לא הווי הרבים מוחזקים וציינן לתשו' בע"ח ח"א סי' ק"ה וחיים שאל ח"א סי"ל ושמחת יו"ט סי' ל"ב וסיים דאין לומר כיון דאיכא פד"ר יאמרו קי"ל יען דהמחלוקת היא במי נקרא מוחזק וכמ"ש בכנה"ג כללי קי"ל אבל היחידים התפוסים בממון הם יאמרו קי"ל ע"כ וכן ראיתי לס' חדש ממש דרכי תשובה על יו"ד בסי' א' אור"ח הביא מס' משפט שלום או"ה וי"ו דלא מהני פיסול השחיטה אלא במעמד כל העיר ויישב מנהג העולם שמסכימים בחתימות עפי"ד הברכ"י בח"מ סי' י"ג ועכשיו נשתנו המנהגים ובאור"ט כתב דכ"ז במידי דממונא אבל באיסורא כגון פיסול השחיטה גם היום ל"מ אלא באסיפת כל העיר ע"ש והנה צד זה נתחזק מדברי הפוס' לבטל חרם דנ"ד שלא היה במעמד הכל: ועוד יש להקל בנ"ד ממ"ש הפר"ת בסי' א' סקי"ט דטעם הרא"ש שהחמיר בחרם הקהל הוא משום קנס וזה לא שייך רק כשקנסו הקהל לכל שוחט בעת החרם שתהיה שחיטתו אסורה וכו' וא"כ בנ"ד שהחרם היה בסתם שלא ישחוט ל"ש קנס רק ראיתי להרב ב"ד יו"ד סי' א' חולק בזה וס"ל דבלא חרם בעינן שיפרשו אבל בחרם אי"צ שיפרשו ובס' שמ"ח סכ"ב כתב דגם בחרם ולא פירשו יש להקל בהפס"מ.

עוד חי' שם הרב"ד ז"ל דהתם שאסר הרא"ש השחיטה מכח החרם מפני שהחרימו מחשש שלא ישחוט מי שאינו הגון דאז הוי דומה לחשוד לאותו דבר משא"ך כשאסרו מפני השגת גבול ע"כ ועיין להרב קרית ארבע בתשו' סי' י"ב שמכח חי' זה היקל במה שהחרימו לצורך קיום הגאבילה ודן כן מדברי הגר"א מוילנא וכ"כ שם הדר"ת משם



הרב בשו"ת שבסוף ש"ע שלו ע"ש ומינה לנ"ד והגם כי הקר"א ז"ל פקפק מדברי הב"ד ז"ל שכתב דלמעשה אין לסמוך על הטעמים הנז' מ"מ הנה היקל שם בצירוף שלא שמע השוחט מפי הרבנים כלום הגם ששמע אח"כ כמפורש שם וה"ן בנ"ד הרי לא שמעו השו"ב מפיהם כלום וגדולה מזו הביא הדר"ת שם ס"ק ר"ט משארית יוסף סי' כ"ב דצריך הכרזה ככל פסולי עדות ואי לא לא מתסרא שחי' ועוד מחסרון ההכרזה הנז' יש להקל לאותם שלא החרימו ויש ללמוד דב"ז מהנוב"י קמא ביו"ד סי' א' שעמד בתשו' הרא"ש שמתחילה אסר מן הדין לקהל דשוו אנפשייהו חתי' דאיסורא ולבסוף אסר משום קנס שעבר השוחט וכו' וסיים וכ"ז כשהוכרז החרם ועבר השוחט אבל כשלא הוכרז אף שעבר על ציווי הקהל אין לקונסו שיהיה חשוד מ"מ כיון שאסרו שחיטתואסור להם מצד הקבלה ומותר לבני עיר אחרת ע"כ ומוכן דמה שלא התיר שם רק לעיר אחרת הוא משום שכל בה"ע הסכימו הא לא"ה היה מתיר לאותם שלא הסכימו גם באותה העיר ועיין להגאון חת"ס ח"ו סי' מ"ד שכתב בנדונו מ"מ הבשר שוייא אנפשייה חתיכא דאיסורא לא מטעם פיסול השו"ב לשעבר אלא מטעם שבועתם וחרמם שלא לאכול בשר וכו' ע"ש גם בס' חכמת שלמה הנספח לס' הר המור סי' וי"ו ד"ה ועוד בה שלישייה אוקי דברי הרא"ש שאינו אוסר רק לאותם שהטילו החרם ע"ש ונמצא בנ"ד נמי אותם שלא החרימו מותר להם ובפרט שלא הוכרז וכאמור.

ועוד דבלא"ה תמהו רבים על מה שנראה מדברי הרא"ש שהחמיר מכח שעברו על החרם והרי חשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה ויישבו וא"כ אין לך בזה אלא חדושו וכל שיש חי' מהנדון לאותה תשו' יש להקל והנה החק"ל ז"ל יו"ד ח"א סי' קנ"ו רמי אתשו' הרא"ש דכלל נ"ח סי' ד' שפסק בשו"ב שהעיד שקר והעבירוהו עד שיעשה תשו' וכו' ועשה דיש לחוש לתשו' מרומית דמאי נ"מ והלא הרא"ש עצמו פסק דמומר לאחד מהעבירות מותר לאכול משחיטתו בלי בדיקת סכין וכו' ואחד מהתי' שתי' שדעת הרא"ש כהרמב"ן ז"ל דדוקא בשו"ב דרך עראי מותר אבל בקבוע לרבים לא מן ה' ליכנס רבים במקום ספק איסור עש"ב ולדברי הרב בנ"ד דהשו"ב קבוע לרבים מצד זה ראוי להחמיר אבל הא ליתא ממה שיראה המעיין להחק"ל בח"מ סי' קנ"ב שעמד להשיב במה שהק' עליו הרב ידי משה ז"ל וחיזק את דבריו ולבסוף סיים ואף שיש חולקים בזה י"ל דהיינו דוקא בסתם ב"א אבל בנחשד לדבר איסור מי הוא המכריח לרבים לאכול בשר מידו כל שמוצאין שוחט בקי וכשר ממנו ע"כ.

הנה לא כתב אלא מי הוא המכריח אבל לא שאסורים מן הדין והכל תלוי ברצונם וכ"כ בפשיטות הרב מ"ב בס' נדיב לב ח"א לאה"ע וח"מ תשו' א' שנשמטה מיו"ד שהביא דברי מהרח"ף ז"ל שאין על הרב ר' אבהו ז"ל תימה ועליהם סמך וכתב וכיון שהצבור לא רצו בו ע"כ גזרו שלא יוכל להיות שוחט מתא והוא פשוט וברור שאין כאן שום חשש איסור כ"א רצון בעלים ע"כ.

ומי כמוהו בקי במילי דאבוה ז"ל ועוד יש ללמוד מדברי מהרח"ף ז"ל שם דדברי החק"ל לא היו מדינא רק בדרך גדר וסייג עשו כן שכתב ז"ל ולא נפלאת וכו' כי גזרתנו באותו שגזרנו עליו שלא להיות שוחט מתא לא היה מן הדין אלא לגדר וסייג וכאשר ראינו

לעט"ר מז"ה בחק"ל יו"ד סי' קנ"ו וכו' דמזה נראה הטעם שם משום גדר ולא מן הדין וא"כ כשירצו הקהל הכל תלוי ברצונם.

ומכל האמור תורה יוצאת בנ"ד דאין שום איסור בשחיטת השו"ב דנ"ד מכח החרם הנז': אולם דא עקא מכח ההסכמה הקדומה אשר דשו בה כמה שנים לפרוע וידעי ומחלי ואיך עתה יוכלו לבטלה וכמ"ש מהרי"א ז"ל בסוס"י ס"ג וז"ל כ"ש בנ"ד וכו' אם מכח המעשה שבכל השנים שעברו לא פרע כ"א הסך אשר התנה עם הק"ק ואין מי שימחה בידו וסברו וקבלו מה שעשו ומה שתקנו הזט"ה וכו' לכן ראוי לאנשי הק"ק לקיים עליהם ולהיות עושים את אשר החלו לעשות ע"כ: אבל גם דבר זה אינו מעכב ורבים חולקים בו דכיון דכ"ע לאו דינא גמירי וסברו דהסכמה זו דינה ככל ההסכמות החזקות ומפני כן לא מיחו השתא יכולים למחות.

וכ"כ מהרשד"ם ליו"ד סי' צ"ז ועם זה אני אומר שאפי' תימה שהוכרזה ההסכמה וכו' יכולים הם לומר מה ששתקנו היה מחמת שחשבנו כי הסכימו כל הדיינים ואנשי מעמד בזה אבל עתה שנתברר לנו שלא נעשה בהסכמת הרוב מהם אין אנו רוצים לקיימה וכיוצא בזה כתב הרשב"א ע"כ גם רב"א בסי' ל"ט כתב וז"ל וכ"ש בנ"ד דאפשר להם לומר דלפיכך לא ערערו עד עתה לפי שהיו חושבים דמאחר שפורע בחברון נפטר ממסי עזה ועתה נתגלה להם שלא נפטר לפיכך ערערו ע"כ ועיין להרב מש"ץ ח"א סי' כ"ו גם מהריב"ל ח"א סי' מ"ד למד מתשו' הרמב"ם וז"ל הרי לך בהדיא שאפי' נהגו בהסכמה בחושבם שהיו מחוייבים לקיימה אחר שנודע להם עפ"י חכמים שהיא בטלה פשיטא שקבלתם היתה בטעות ומכאן והלאה אינם חייבים לקיימה ע"כ.

וכיוצא בזה כתב בח"ב סי' ע"ב ע"ש והלח"ר בסי' ס"ג הבי"ד ואסיק להלכה כמותו גם הרב ד"ן בח"מ סי' כ"ט כתב על טענתם שמאחר שלא שאלו עד עתה מחלו כבר כתב הרב הפוסק והביא ראיה מרב"א סי' ל"ט גם מצאתי למהריק"ש בהגהות סי' קס"ג כתב שהיה בעיר יב"ח ולא תבעו ממנו מס לא הוייא מחילה וכו' ע"ש וכן הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' ק"ה ובכנה"ג סי' קס"ג הגב"י אוק"ח הביא מהרמ"ם סי' י"ז ורב"א הנז' דמה ששתקו לא הוי מחילה.

והסכים דגם בשתיקה דע"י מעשה היכא שיש לתלות על מה שתקו לא הוי מחילה. (הנה הרב שם הרגיש מהך דהגוזל דקי"ו ע"ב דאמרין שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד אחד מהן והציל מגייס הציל לאמצע ואם אמר אציל לעצמי הציל לעצמו דמוקי הש"ס סיפא ביכולים להציל ע"י הדחק אי גלי דעתיה לעצמו לא גלי דעתיה לאמצע ופירש"י אמר לעצמי ושמעו הבעלים ושתקו וכו' אסחו אדעתיהו וגילו דאייאוש וכו' וכו'.

דמוכח מזה דכיון דיצאו ולא מיחו אסחו אדעתייהו ות' דשאנ"ה דהמוחל עביד מעשה אבל היכא דנמחל עביד מעשה אפשר דלא הוי מחילה ע"ש. לא ידעתי מהיכן הבין בש"ס דמיירי שהמוחל עביד מעשה ואפ' דהבין מועמד אחד מהן כלו' שעמד במקומו להציל והשאר ברחו מהגייס דהשתא בבריחתם עבדו מעשה ואין ללמוד מזה לנ"ד דכיון שפרעו הרי המוחל עביד מעשה ואין להם לבטל דכ"ז הוא אם אין להם במה לתלות השתיקה אבל כשיש במה לתלות מפו' במרוצת דבריו דאפי' עביד מעשה אין זה מחי' ועוד ראיתי להרב באותו חלק סי' רמ"ד עמד בחק' זאת לענין הגאבילא שפרעו מקודם שנראה

מדברי מהרמ"א בתשו' ע"ג ומהרשד"ם יו"ד סי' קכ"ז דכל שקבלו עליהם איזה תקון שוב אינם יכולים למחות.

והביא לעומת זה דברי מהריב"ל והראד"ב ז"ל הנז' וכתב דכיון דהוי פד"ר יכולים לפטור עצמם בקי"ל ושוב כתב דאפי' מהרמ"א ומהרשד"ם ל"א אלא בידעו מקודם שמן הדין יכולים שלא לקבל וקבלו אבל כשתחילה לא היה ערעור וחשבו שכן שוה"ד כ"ע מודו דיכולים לבטל ע"ש והוא נ"ד ממש.

ועיין להרב מט"ש ח"ג סי' רל"א והגה"ט אופ"ב ובמירא דכייא סי"ל שהביא מהרב כמהר"א נחום ז"ל שהסכמת הגאבילא הגם שדשו בה רבים שנים רבות לצדקה והספקת ת"ח יכולים לבטלה. זאת ועוד אחרת אפי' אם נאמר שקבלתם לא היתה בטעות מה שאינו כן מ"מ יש להם טענה אחרת עד כה סבלנו מכאן ואילך אין אנו יכולים וכמ"ש המרדכי בפ"ק דב"ב משם מהר"ם וז"ל ואף אם עד עכשיו נהגו מאליהן שלא ליקח המס ממה שיש ביד בנ"א משל אחרים יכולים מקצתם עתה למחות ולומר עד כה סבלנו ע"כ והבי"ד הכנה"ג סי' קס"ה הגב"י אורל"ג והפרמ"א ח"א סי' ס"א דן כן גם מהר"י קצבי סוסי' ט"ו הגם שכתב דר"ת פליג אמהר"מ בעיקר הדין וכו' מ"מ בעלמא וכו' יכולים לומר עד כה סבלנו וכו' ואפי' שיהיו המערערים מיעוט נגד הרוב ע"ש.

גם מהרח"ש ח"ג סי' ק"ב דן את הדין מב' טעמים הנז' וז"ל ועוד נראה שהגם שלא תבעו שנה או שנתיים יכולים לתבוע בשנים אחרות כמו וכו' ואף שנאמר שהמס אין דרך להעביר את השנה מ"מ יכולים הם לתבוע כיון שלא פירשו כך שלא תבעו אותה שנה והנה כתב המרדכי בפ"ק דב"ב וכו' הרי דבמידי דלאו מס הוא יכולים לתבוע למפרע דשתיקה לאו מחילה וכ"ש להבא דיכולים לומר עד כה סבלנו וכו' והגם דממ"ש הרב יכולים הם לתבוע כיון שלא פירשו וכו' משמע הא אם יש הסכמה מפורשת כגון נ"ד וכ"ש אם נהגו לפרוע לא מצו תו למיטען עד כה סבלנו מוכרח לדחוק ולהשוותו עם הפוס' הנז' דלא דקדק לכתוב כן בנדונו רק משום דהתם לא היה להם במה לתלות שתיקתם כיון דכ"ע ידעי דהך מאמר המלך גזז"מ אבל כשיש במה לתלות גם הרב יחליט דהגם שפירשו מצו לומר עד כה סבלנו.

ועיין להרב תורת חסד בס' עדות ביעקב סי' נ"ח שכתב לבסוף דאין לומר כיון שיושבי צור הגם שירדו מכבודם והודם היו פורעים המס נראה דקבלו עלייהו הא ודאי בורכא היא דמצו למיטען עביד איניש דזבין דיניה וגם יכולים לומר עד כה חשבנו לסכול וכו' והביא ראיה מהמרדכי הנז' ע"ש גם העדוב"י סי' נ"ט כתב שכל דבריו האמת והצדק וכו' וא"כ כל מה שויתרו עד עכשיו היה מחוסר ידיעה ומחילה בטעות אינה מחילה וכו' וראוי לחייבם להחזיר מה שנטלו מהם אך כיון שהמעות אינם בעין אין לחייבם להחזיר ע"ש גם הרב דב"מ ח"ג סי' י"א קאי בשטה זאת.

ועיין להחק"ל ז"ל בח"מ סי' קט"ו דקע"ח ע"א הביא דהרב ב"ך ח"ב סי' י"ז כתב דאם פעמיים שלש החזיקו במנהג אחר שנתברר להם שיכולים לשנותו אמרינן דסבור וקבל וכתב עליו דאין דברי יחיד וגם הוא בספק עומדים במקום רבים וגדולים הסוברים דיכו"ל עד כה סבלנו ע"ש. גם נכדו במשא חיים מע"ג אוטו"ב אחז במעוז שתי טענות דעד כה סבלנו וכו' ושלא ידעו העניינים את הדין וכו' ודן מדברי הלח"ר ז"ל דאפי' אם

הבינונים קבלו הגאבילא כיון שהדי"ן לבטלה מצד העניים גם הבינונים יטענו לא קבלנו רק אדעתא שיקבלו כולם ע"ש ונמצאו שתי טענות דמחילה בטעות ודעד כה סבלנו וכו' חיים וקיימים מפ"ס וספרים.

זולת מהרי"א ז"ל בסי' ס"ג שהבאתי בריש אמיר וגם הרב מ"ץ ח"א סי' כ"א שדן כוותיה נראה שחולקים בזה וכמו שראיתי בס' בני אברהם ח"מ דצ"ד בדברי הרב מהר"ח מודעי ז"ל שכתב דמהרח"ש ז"ל הסובר דהגם שעבר זמן ולא תבעו יכולים לתבוע הוא יחיד לגביהם ע"ש. ומ"מ י"ל דבנ"ד גם הם יודו ממש"ש מהרח"מ הנז' ורצה לזווג דעת מהרי"ק הנז' עם דעת מהרח"ש ז"ל וחילק ביניהם דמהרי"ק לא דיבר רק בשותק ואין לנו הוכחה שקבל ברצון משא"כ בנדון דמהרח"ש ודידיה דנעשה בתחילה פשר ופיטורין בין הכתות די"ל דמזה נתרצו באמת ומחלו ונשאר מהרח"ש יחיד עש"ב.

ונמצא דמחלוקת מהרח"ש ומהרי"א וכו' לפי"ז אינה רק בעשו פשר וכיוצא דיש הוכחה של רצוי משא"כ בדמהרי"ק כ"ע מודו וא"כ נ"ד נמי שהיו פורעים בלחש גם מהרי"א והמ"ץ ז"ל יודו. ובפרט דמהרח"מ עצמו שם זיכה אותם מכח מחילה בטעות דשייך הכא נמי כי חשבו מעיקרא שאינם יכולים לבטל מן הדין והשתא שנודע להם הם מוחים.

איברא כי הבנ"א שם דצ"ו השיג על הרח"מ וכתב דאם באמת חלוקים מהרי"א והמ"ץ עם מהרח"ש יחלקו גם בזה שלא יהיו נאמנים לומר טועים בדין היינו אלא דאין כאן מחלוקת וטעם מהרח"ש ז"ל התם משום שגילו דעתם ולא רצו לחתום מתחילה יכולים למחות משא"כ בנדון מהרי"א ע"ש. דלפי"ד משמע דכל שלא היה איזה גלוי דעת מתחילה שוב אינם יכולים למחות.

אבל הנה להקת הפוס' שהבאתי לפניך דסברי מרנן דגם בסתם יכולים למחות אח"כ ומ"ש. בהגה"ה שם מרבני סאלוניק וקושטא ז"ל שהפשרה קיימת משום שלא מיחו אפשר דהטעם מפני שהיה הדבר בפשר מתחילה וכחילוק מהר"ח מודעי ז"ל ומכל זה אני תמיה על הרב קרית ארבע סי' י"ג דקפ"ט על טענת המנגדים שאמרו דקבלה בטעות הואי בחושבם שמחוייבים לקיימה דחתמו כל הזט"ה ואחר שנתברר דלא חתמו כולם קבלה בטעות הואי שרצה לסייעם מס' מהרח"ש ושוב כתב דאינה מוסכמת וחוסמת היא מכל גדולי הפוס' והביא הך דמהרח"מ ובנ"א והמגיה דלא חשו לה ע"ש.

ותמהים הם חדא שנראה טענתם בטעות הואי ולא טענת עד כה סבלנו ולא מכאן ולהבא דבה איירי הרבנים הנז' כאשר גם מהרח"מ קיים נדונו מכחקבלה בטעות ותו דרבים הם דקיימי בשטת מהרח"ש והוא עצמו זכרם לענינו ובאותו פרק באותו מקום מפורש בהם כס' מהרח"ש וגם מהרח"מ לא כתב שהוא יחיד זולת כאשר נעשה הפשר בתחילה: באופן שמכל האמור נפשטה שאלתם דאי משום החרם ל"מ שאין כח בידם לאסור הבשר ששחטו השו"ב אלא דגם יכולים הם לבטלו מכל וכל ככל הכתוב ומה גם אם צודקים בטענתם דלא היה רק לקנטר עיין להכנה"ג ח"מ סי' רל"א הגה"ט אוצ"א ואי משום ההסכמה הקדומה הנה נתבאר כי טובים השנים טענות דקבלה בטעות הואי וגם עד כה סבלנו שאם יפול האחד יש שני להקימו.

אך עכ"ז איני אומר קבלו דעתי עד אשר יורו המורים ובפרט אם לא יתקנו מוצא לכסף להספקת הת"ח והעניים ח"ו מאן ספין לאורויי היתרא בדבר שחיי נפש תלויים בו וכמ"ש מהרש"ך ז"ל בח"ג סי' מ"ה בסוף התשו' וז"ל ואפ"ל שאין לספק בזה אלא שהיא בטלה מצד הדין מ"מ רואה אני שהמוחים בהסכמה הזאת עבירה היא בידם וכו' לכן הטוב והישר שיתרצו ויתפייסו הברורים יחד עם הק"ק לקיים עליהם ההסכמה הזאת דלא להשנאה מינה ועליהם תבא ברכת טוב ע"כ.

וכל דב"ק מלהבות אש הם משום קפוח פרנסה אשר כלתה פרוטה מכיס חסורי מחסרא. כן ראוי להיות בנ"ד להשתוות ביניהם ולשים שלום אין קול ענות גבורה.

ובדבר הזה ה' צבאות יגן עליהם מכל צרה. אמן.

הכ"ד מאי"ן: סימן ז' הוה עובדא בעיר גדולה שמנהגם להעמיד שני שו"ב במקולין ליותר זהירות ויהי היום בא שו"ב אחר ליכנס עמהם ויש מקרוביו ואוהביו מחזיקים בידו ומפחד השו"ב הקודמים פן תעשה ידיו תושיה ויפתה אחד מהם להתחבר אליו ואז יגבר כי יהיה במקולין שני שו"ב כמנהג לזה עשו כת"י בין שניהם וז"ן אנחנו הח"מ קב"ע קבלה גמורה וחלוטה ברצוננו הטוב בלי שום אונס ובלי שום הכרח שאחד מאתנו אסור עליו איסור גמור וחמור לצרף עם פ' שרוצה להיות בכאן שו"ב עם שנינו ואפ"י אם ח"ו יכריחו אנשי העיר אותנו לצרף עמו בענין שו"ב אזי שחיתתנו אסורה על העיר זו כקדשים והוא כנדר ע"ד רבים שאין לו התרה עולמית והכל נעשה בכל תוקף איסור הנדר שיוכל לחול עפ"י דעת חז"ל בביטול מו' וכו' בכל תוקף עז כתחז"ל ולא יהיה בכח שום אדם לבטל כל הכתוב כאן אפ"י כקוצה של יו"ד וכ"ז קב"ע ברצ"ה ובעה"ח פ' ופ'.

בפ"ע חו"מ קבלו עליהם פ' ופ' הנ"ל באיסור גמור בפ"י בדבור פיהם כפי כל המפורש לעיל וחתמו בחת"י הנז' וע"ז בעה"ח פ' ופ' אחרי כן נפסל אחד מהשו"ב הנז' פיסול גמור והעבירוהו הבדה"ץ מהיות עוד שו"ב. וקם השו"ב החדש ליכנס במקומו ותעל לבת המחלוקת ע"ז בין הקהלות וסו"ד עשו אופנים לשלום ומכללם שיכנס השו"ב החדש במקולין ובאו לשאול אם יש להתירו להשו"ב הישן הנשאר בחזקתו להצטרף עמו או לא: ואשיב בקצור לאפס הפנאי.

הנה גם אם אין השו"ב נאמן לומר שלא נדר בפה רק כתבו בכתב דאז לא הו"ל נדר כמ"ש מור"ם בסי' רל"ב סי"ב משום דהא העדים מעידים שקב"ע באיסור בדבור פיהם וכמ"ש הש"ך ז"ל שם משם הסמ"ע. מ"מ נאמן הוא באומרו שמ"ש והכל נעשה בכל תוקף איסור הנדר שיוכל לחול וכו' שזה לא היה רק נכתב לגוזמא דהא העדים אין עדותם מכחיש זה וממילא אין לנו לדון רק על הלשון הכתוב פה.

ובזה נראה לצדד: ראשית מ"ש בתחילה שאחד מאתנו אסור עליו לצרף הגם שעיקר הנדר להתפיס בדבר הנדור ובכאן אסרו סתם עיין בסי' ר"ד מ"מ הרי הטור כתב שם שמי שאומר אסור עלי ככר זה הוי נמי נדר ועיין בב"י שתמה מאי נמידקאמר ובפ"ד תי' משום דהוה ס"ד לומר דאסור עליו דקאמר הוא כדבר האסור ואנן בעינן להתפיס בדבר הנדור קמ"ל דסתמא בדבר הנדור התפיס ועיין בט"ז שם ולא דמי לייני יין נסך וכו' דסי' ר"ה דהתם להדיא התפיס בדבר האסור משא"כ באוסר סתם כנ"ד דהוי לשון

נדר מ"מ גם בזה גם במה שאסרו שחיתתם כקדשים על בני העיר יש בזה שתי חסרונות דצירוף וגם שחיטה הוי דבר שלב"ל וגם דבר שאין בו ממש.

ונהי דבאיסור הצירוף על עצמם מהני הגם שלא בא לעולם וכמ"ש בסוס"י ר"ד אדם אוסר על עצמו דבר שלב"ל וכו' מ"מ לגבי מה שאסרו שחיתתם על העיר לא מהני דכן מדוקדק ממ"ש אדם אוסר ע"ע ולא על אחרים וכבר נחלקו בזה בשו"ת בני יעקב ששון סי' ו' מני"ר הרב המחבר ומהר"א אלפאנדרי ז"ל דלהרב המחבר אדם אוסר שחיתתו דלהבא גם על אחרים ולמהר"א אלפאנדרי ז"ל לא וכן הסכים הרב שעה"מ פ"ג מה' נדרים כשטת מהר"א ז"ל הנז' והבי"ד הפת"ש בסי' כ"ד.

ולפ"ז א"ץ שאלה רק על מה שאסרו הצירוף ולא על איסור השחיטה רק משום שאסרו על העיר והרי הם בכלל ולהם מהני גם לדשלב"ל מפנ"ז יצטרכו התרה. אבל מטעם שהוא דבר שאין בו ממש נראה דאין הנדר חל כמ"ש בסי' רי"ג ומטעם זה הסכים גם הרב בני יעקב ז"ל עם מהר"א ז"ל דאוסר שחיתתו אין נדרו חל ועי"ש דהגם דבסי' רי"ג קי"ל דצריך שאלה מדרבנן הוא כתב כמה טעמים דבאוסר שחיתתו על אחרים אפי' מדרבנן א"ץ.

ומ"מ לפמ"ש דגם הם בכלל וגם איסור הצירוף דלדידהו הוי נראה דצריכים שאלה מדרבנן. וגם דנראה ג"כ דלשון אסור לצרף כלשון שלא אוכל בסי' ר"ו ס"ה דהוי נדר בלשון שבועה וסתם מרן כהרא"ש דלא הוי גם ידות נדרים מ"מ מידי שאלה לא יצא שלא ינהגו קלות ראש בנדרים כמש"ש.

ומ"מ מצאתי פתח פתוח לרוחה ממה שנערך בשאלה דכל עיקר האיסור היה שלא יבגדו זה בזה ויתחבר אחד מהם עם השו"ב החדש והשני ישאר יחידי והשתא שנפסל אחד מהם הרי הנשאר קשה לו לעמוד מנגד ואין שני להקימו ועיין בסי' רי"ח דאזלינן בתר כונת הנודר והכא הדבר מפורסם שאין כונתם רק לקשור על השו"ב החדש אם הם בחברה אחת וכשנתפרדה החבילה אין כאן נדרים.

והדבר מפורש בסי' רכ"ח ס"מ בשנים שנדרו לעלות לא"י והאחד מתעכב חבירו פטור ועיין בש"ך דבין מתעכב בדין או שלא כדין חבירו פטור דלא נדר אלא להיות בחברה אחת. והגם שבסוס"י רל"א כתב מור"ם דשנים שנדרו שלא לדבר עם פ' ועבר אחד מהם השני חייב מלבד דהמבי"ט חולק בזה בח"ב סי' רס"ד ומדמה גם זה לתשו' הרא"ש ע"ש בש"ך וכיון דלכל המרבה אי"צ שאלה אלא מדרבנן ספק דרבנן להקל עוד בה דמור"ם עצמו שם חילק דכשתלויים זה בזה וקשה לאחד לקיים השבועה בלתי חבירו דפטור וה"ן בנ"ד כבר כתבנו דקשה לו לעמוד מנגד ופטור.

ומעתה אף כי אמרו דהו"ל כנדר ע"ד רבים א"ץ התרה דנעקר הנדר מעיקרו ואדעתא דהכי לא נדר. ועוד דזה לא הוי באמת ע"ד רבים רק שאמרו דהוי כנדר ע"ד רבים ולא ע"ד רבים דהכונה בזה רק להפליג שלא יהיה לו התרה כמו שסיימו שאין לו התרה ואין זה רק דברים בעלמא כמ"ש בסי' רכ"ט ס"ז ומ"מ כדי שלא יהיה מילתא דתמיהא ושלא יאמרו התירו פרושים את הדבר אחר שהרציתי דברי אלה לפני מי שגדול הגאון המפורסם בעל המחבר רידב"ז הי"ו על הירושלמי.

והסכים על ידי בהיתר זה ליויפ"ך התרנו להשו"ב הנז' בפתח וחרטה. ולו גילינו דלא חשנו ע"ד רבים אפי' שהיו שלשה חבירו הנודר וב' עדים ולדעת הי"א בסי' רכ"ח סכ"ו דגם בזה אין לו התרה מ"מ כיון דבזה ימנע קטטות וכו' הוי לדב"מ וגם שזה צרכי רבים ומפורש שם דמתירים.

ולא חשנו דליהוי נוגעים בדבר והו"ל כמתיר נדרי עצמו שאסר שחיטתו עלינו וכמ"ש הטור והריב"ש בפ"י הירושלמי בסי' רכ"ח כיון דמרן בב"י תמה עליהם ואסיק דאוסרהנייתו על בני העיר נשאל לחכם שבעיר ועליה דמר סמכינן ובזה תלי"ת נגמר השלום. מאי"ן: סימן ח' נשאלתי מכת"ר אשר הוא תושב עי"ק טבריא ת"ו הנוהגים מיעוך ומשמוש בסרכות כמנהג שזכר מור"ם בסי' ט"ל ועתה בצאתו לחו"ל אדעתא לחזור וראה שבודקים הסרכות בסכינא דחליש פומא החמיר על עצמו שלא לאכול רק מבשר שאינה נפוחה והסכין לא בדק להם.

אך באורך הזמן שראה שמזה מטריח על בעה"ב לשחוט לו בן עוף וגם שנמנע ללכת לכמה סעודות וגדול כבוד הבריות וגם שכמה אורחים כמוהו לא חשחין על דנא וכו' חש לה מר ליוהרא ולזות שפתים ובעי למיעבד התרה ושואל דעתי קלה כמות שהיא אי מצי למיעבד או לא. ואען ואומר הנה לכבוד כת"ר דחיתי חבילי טרדי'ן ואמרתי להשיבו מה שעיינתי בזה בדרך קצרה בלי פלפול ליום ולילה עד חצות ומה שהבנתי הוא דיש ד' סוגים בתורת המנהגות.

א) מנהג שטעו בדמיונם שדב"ז אסור ולזה נהגו להחמיר ודינו מפורש בתו' פ' מקום שנהגו דנ"א ד"ה אי אתה רשאי וכו' והרא"ש ובעל המאור שם ובעל ההשלמה והרמב"ם והה"ר אסמעאל הביאם מהר"מ אלשקאר סי' מ"ב ורי"ו נ"ב ח"ה והטור ומרן יו"ד סי' רי"ד והלבוש ומהרש"ל בתשו' סי' נ"ד ופר"ח א"ח סי' תצ"ו מנהגי איסור סי' א' כולו סברי דא"ץ התרה ומתירין גם בפני בנ"א שאינן בני תורה והרמב"ן והר"ן בפמ"ש סוברים דלת"ח בעי התרה ול"ש אינן בני תורה גם בהתרה לא מהני ולהרא"ה והריטב"א גם לשאינן בני תורה מתירין כשבאו לישאל עיין כ"ז במטה אשר מדק"ל עדקל"א ואנו כיון דמרן ז"ל הוא מכת הראשונה כוותיה נקטינן.

ב) דבר שידעו שהוא מותר ועכ"ז נהגו איסור משום סייג ופרישות. בזה דעת התוס' והרא"ש והרב"י שם דמהני להו התרה ע"י שאלת חכם ולהרמב"ן ז"ל והרשב"א ח"א תשו' צ"ח ועמהם מרבוואתא הבי"ד המט"א שם דקל"ב ס"ל דלא מהני והר"ן לפי פי' הרב"י ס"ל דלא מהני אבל מוהר"ח ש בתשו' שבס' ר"ב אנגיל סי' וי"ו תמה עליו מר"ן בפ' בתרא דנדרים שהביא דברי הרי"ך דמשמע מינייהו דלסייג ולפרישות מהני התרה והמט"א ז"ל שם רצה לישב זאת עפ"י מה שח"י הפר"ח שם בא"ח דגם להרמב"ן והרשב"א דס"ל לא מהני מודו במי שקבל להתענות או שלא לאכול בשר ושאר סיגופין דמהני התרה ובזה דיבר הר"ן בנדרים ובהורמנותיהו אני אומר דמרן לא ס"ל לחלק בהכי דהא בשה"ט כתב בתעניות וסיגופין דמהני התרה ועלה קאמר ויש מי שאומר דמשום סייג ופרישות אינו מועיל התרה הרי דלא שני ליה למר.

עכ"פ נקטינן דדעתו ז"ל בסייג ופרישות דמהני התרה ומסתמיות לישניה מש' דגם ת"ח בזה בעי התרה וכ"מ בהדיא בב"י שם ועיין באשל אברהם שם סי' רי"ד. והכי נקטינן.

ג') דבר שיש בו מחלוקת ונהגו כדברי האוסר. בזה כתב מהרשד"ם ח"א סי' מ' דגם להרא"ש ודעמיה דמהני בסייג התרה הכא לא מהני וכו' אעפ"י שאין נראה כן מדברי הר"ן ז"ל בפ' מ"ש ע"כ והמשא מלך ח"ז בנעילת שערים חקירה א' כתב דמהר"ן לא מוכח מידי ומהר"ש ז"ל שם קיים דבריו אבל המ"ץ ח"א סי' ל"ב פשפש ומצא והדב"מ סי' ל"ב מס' זו היקל בנ"ד ע"ש.

ועכ"פ להקת האחרונים תפשו כמהרשד"ם ז"ל עיין מ"ץ סי' ל"א ול"ב ר"ב אנגיל סי' ז' וח' כנה"ג יו"ד הגה"ט או"ט משם מהרי"ט מהרש"ך ח"א סי' קע"ח מטה יוסף ח"ב סי' א"ב וזולתם עיין מט"א שם דקל"ג ושם בע"א הוכיח ממהרשד"ם וממהרש"ך דלא נאמרו הדברים רק ברבים נגד רבים ולא ביחיד נגד רבים גם הדב"מ שם כתב דל"א מהרשד"ם אלא בפלג מורין כן וכו' אבל כשהרוב מתירין יש להתיר ובע"ג כתב ממהר"ש שם ונאמן שמואל סי' כ"ח ומהרי"ק ש"ז ל"ל שאם עקר דירתו ממקום שנהג בו כדברי האוסר וקבע דירתו במקום המתירין פקע מנהגו.

ד') מה שנהגו בו האבות איסור והבנים נמשכו אחר אבותיהם. דעת מהרשד"ם שם דל"מ התרה וכו' וכתב שאין נראה כן מדברי מהרי"ק ביו"ד סי' רי"ד.

ודברי מרן שם בפ"א אתמר ואוקי ההיא דבני בישן וכו' שלא התיר להם רבי יוחנן היינו ממילא אבל אם היו נשאלין בפתח וחרטה היה מתיר והמ"מ ז"ל בחק"י ב' כתב שדעת הרא"ש כהב"י ומהר"ש כתב שאין הכרע אבל המט"א שם דקל"א הוכיח שדעת הרא"ש כב"י והביא ירושלמי מפו' כדבריו גם הפר"ח שם פסק כן ועם שהמט"א ז"ל אסף הרבה ס' החולקים ע"ז ומידי פלוגתא לא נפיק לדידן לא נ"מ מידי אחר שדעת מרן כן דמהני ה"ן: וידוע תדע כי מהר"ש שם ונאמן שמואל סי' כ"ח ומט"א דקל"ד הביא מתשו' חו"י סי' קכ"ו ומהר"מ חאגיז בהלק"ט סי' ק"ג שכתבו דגם למחמירים בחלוקת נ"ד הנז' מודו דאם הלך למקומות המקילים ואין דעתו לחזור אפי' התרה לא בעי אבל כל שדעתו לחזור מפורש בדברי מהר"ש ונאמן שמואל הנז' שדינו למחמירים כיושב במקומו ע"ש ותבין: והשתא בנ"ד שמחמירים בנפיחה כדברי האוסרים עיין בפר"ת סי' ט"ל מדע"ב עדע"ט שהרעיש העולם אודות הנפיחה שעושים במערב ובדמ"א מנה המחמירים שהם גדולי עולם א"כ ה"ז מסוג הג' דגם למרן ל"מ התרה ומה גם שהוא מנהג אבות וכמה גדולים נחלקו על מרן בזה כנז' דל"מ התרה.

והרי לפניך מ"ש הפר"ת שם דע"ח והנה במנהג שנהגו שלא להכשיר ע"י נפיחה ל"מ לדעת וכו' אלא אפי' לדעת הרא"ש מנהג זה יש בו ג' דברים מהד' שכתבתי שאין להם התרה. א') דנהגו ככמה פוס' דסברי לאסור.

ב') מסתמא דרך להיות עפ"י חכם והוי מנהג חשוב. ג') שכבר קבלוהו אבותיהם וכו' ושוב אין לו התרה וכו' וכל המתיר מתיר שלא כרצונו ית' (כ"כ בדע"ט) ואי עבוד התרה ונהגו להתיר מנהג בטעות הוא וצריך כפרה וכו' ע"ש וא"כ מי יקל ראש בזה ואין להקל ולומר דמעיקרא עי"ק כיון שממעכין אתרא דמכשירין בנפיחה הוא דליתא דהא להדיא כתב מור"ם טעם המנהג משום שתולין שאין זה סירכא אלא ריר.



ועיין בש"ך דגם למנהג זה המקנחים בסמרטוט מאכילים טרפות ליש' וא"כ אינם כמורין להתיר הנפיחה ואי משום אלא תטוש לחוד הו"מ להקל כיון שכת"ר אבותיו היו ממקום המקילין דאע"ג דביו"ד סי' רי"ב פסק בש"ע דהבאים לדור בעיר חייבים לעשות כתקנתם מ"מ בב"י נוטה להקל בזה בהתרה והמ"ץ התיר מכת ס' דרבנן אבל משום קמייתא דמנהג זה נתייסד עפ"י האוסרים לכאורה אין לזה תקון.

אך הנה בנד"ז שכתב כת"ר דאיכא לזות שפתים וכו' ומזה ימשך לו מחלוקת נראה דמותר כי ידוע הוא דבדיקת הריאה הוא מדרבנן ועיין לזרע אמת בסי' קכ"ב וא"כ הנה הרא"ש כתב בפ' מ"ש וז"ל ול"מ כי היא דאיתרא שיש לו לנהוג כחומרי מקום שהלך לשם ואל ישנה מפני המחלוקת אלא אפי' ההולך ממקום שמחמירין למקילין ואפי' דעתו לחזור יש לנהוג כקו"מ שהלך לשם מפני המחלוקת בדבר שניכר בו שינוי מנהג ע"כ.

וע"ז סמך מהרשד"ם בסי' פ"ה וכתב הרי לך שמותר לעשות איסור בקו"ע מפני המחלוקת ובתנאי שלא יהיה אסור מה"ת גם מהריק"ו שו' ט' כתב משם הרי"ץ גיאת ומה שנהגו במקומות אין משנים אעפ"י שמנהגים אחרים יותר מתוקנים מהם דחיישי' דילמא אתו לאינצויי ע"כ ובתשו' מהר"ש הנז"ל כתב וגדולה מזו כתב הרא"ש וכו' ומהר"ב אנגיל שם וגם מגן גבורים סי' ח' השוו דעת הר"ן להרא"ש בזה דלא כמהר"א מוטל ז"ל ע"ש והגם כי הפר"ח בא"ח סי' תצ"ו סקט"ז כתב ע"ז וז"ל ומילתא דפשיטא היא דהיינו דוקא להקל ממנהג בדבר שנהג בו איסור אבל מילתא דמעיקר הדין אסירא אף שאיסורו אינו אלא מדרבנן ל"ש גדול השלום והתקוטט עמהם אלף פעמים וכו' ע"ש ל"א הרב רק בדבר שאיסורו פשוט מדרבנן בלי חולק וכגון יין נסך שהכריח שם ממנו אבלובנ"ד דעיקר הדבר במח' הוא ונהוג כדברי האוסר יודה הרב דבמקום המקילין יקל כי גדול הש'.

אף שהראיות שהביא שם מאמוראים שגם במידי דרבנן והיו חולקים באיסורו ועכ"ז לא הקילו במקום המקילים אלא משום דס"ל להקל וכו' מורים דס"ל דגם במידי דפלוגתא קאמר. י"ל בין פלוגתא דידהו לפלוגתא דהפוס' ז"ל עפ"י מ"ש הפר"ת סי' ט"ל דע"ח לעניינו וז"ל אין הכרח מאמוראי כלל דאמוראי שאני דלא תלו זייניהו באחריני אלא אדעתם ד"ע סמכי ולהכי כל מילתא דברירא להו דהכין הוא אלימא להו סברתם למימר עלה כי הוא זה וכו' משא"כ כל דתלי זייניה באחריני דהיינו גאונים ופוסקים דדייקי מימרי ולישני וסברי אפום מאי דמשתמע להו כל כי האי לא אלים סבריהו לדחויי וכו' ה"ן י"ל דס"ל לפר"ח שאלמלא אותם אמוראים הוו סברי להחמיר הוה אלימא להו סברתייהו והו"ל כאיסור פשוט בלי חולק ולא היו מקילים.

ומזה מביא ראייה לדין באיסור דרבנן הפשוט אבל באיסור השנוי במח' הפוס' דתלו זייניהו באחריני אין משם ראייה ועוד היום יודה הרב דכיון דאין בו רק חומרת מנהג שנהגו כדברי האוסר במקום המקילין אין לו לשנות מפני הש'. ומ"מ הרב מהר"א מוטאל ז"ל שם בתשו' מהר"ב אנגיל ז"ל כתב להדיא בדבר שנהגו בו כדברי האוסר או משום סייג דעת הר"ן שאם דעתו לחזור יעשה כמקומו.

(פלא על המט"א דקל"ח איך חיבר ס' הרב הנז' להפר"ח ולדידי אין זוגם עולה יפה) ועיין בגו"ר יו"ד כ"ג סי' ה' הביא מהרמב"ן במלחמות פ' מ"ש דבדאיתרא אי נהוג בעירו

היתר והלך למקום המחמירים יקל לעצמו ואין בזה מפני המחלוקת וכו' ע"ש דנראה מכ"ש במחמיר והלך למקילים דיחמיר לעצמו וכ"ז נראה דלא כמש"ל אבל הנה הגו"ר ז"ל שם תמה על הרמב"ן דיו"ט שני יוכיח שפשט איסורו בכל ישראל וא"כ לפי"ז לא היה ראוי להקפיד על בני"י הבאים לחו"ל שלא לעשות מלאכה בפרהסי' דהא כל הגולה יודעים דבני א"י לא פליגי עלייהו (כן הוק"ל מדעתי על מהר"א מוטאל דהא שלוחי א"י בחו"ל לובשים תפילין ביו"ט שני בצניעא ואמאי ושו"ש שכ"כ הגו"ר) הילכך נראה דלא סמכינן אהרמב"ן ע"כ.

והגם כי הרב מטה יוסף ביו"ד סי' א' דחה דברי הגו"ר ויישב דעת הרמב"ן ע"ש בד"ב הרי המט"א שם דקל"ח כתב שדבריו צ"ע וכ"ן מדברי הריטב"א משם רבותיו הבי"ד הרדב"ז ח"א סי' רצ"ו כי בדבר שאין האיסור מבורר ולא מוכרע לא ישנה מפני המחלוקת ע"כ וע"ש להרדב"ז שהיה מחמיר ע"ע שלא לאכול הבידנגאן משום ודאי ערלה לפי מה ששאל מהגננין ועפ"י מ"ש הכפ"פ ולמי מה שהוכיח בראיות ברורות מהרמב"ם ועכ"ז לא אסר לעולם מפני שרב האי גאון קורא אותו בפה"א ולא היה נמנע מלאכול אצל הבעלי בתים וכו' ומי שרוצה להחמיר יכבד וישב בביתו שגורם מחלוקת וש"ח וח"ה ע"כ.

וא"כ בנד"ז שאיסור הנפיחה גם שרבו בו האוסרים הרי רבו המתירים לעומתם הו"ל אין איסורו מבורר וראוי לסמוך על הני רבותא דבמקום המקילים לא יחמיר מפני המחלוקת: ואם יש לעמוד בזה הוא היכא שרוצה לאכול בשר בצניעא ולא מצי דרוב הבהמות צריכים נפיחה היכי ליעביד והנה מצאתי תשו' למהרשד"ם ז"ל נראות כסותרות בענין זה כי ביו"ד סי' מ' נשאל מק"ק סופיאה במה שהיו נוהגים כמה קולות בענין הבשר ולימים באו האונגארוש ונהגו כמה חומרות ולא ערערו כי היה הבשר בשופע ואח"כ נעשה בדוחק ושאלו אם יש היתר לחזור למנהגם הראשון.

וגם על הנפיחה שהיו מחמירים גם הם עתה שהבשר בדוחק אם יכולים להתיר לעשות הנפיחה והשיב שעל אותם קולות יש היתר למנהגם וכו' ומ"מ הטוב והישר לעשות התרה בפני ג' וכו' אבל בענין הנפיחה אין אני מסכים להתיר אפי' ע"י התרה וכו' גם אתם ק"ק סופיאה אשר נהגתם איסור נפיחה וכו' איני רואה מקום להתיר וכו' ע"כ.

הרי שהחמיר בהתרת הנפיחה ואילו בסי' מ"ב השיב לק"ק סידרוקפצי שבאו מסאלוניק ונגררו אחר האשכנזים שקדמום שהם מחמירים בנפיחה ואחר איו"ש בקשו להתיר הנפיחה והשיבם דמצו להתיר בפתח וחרטה ע"ש. אבל נראה החילוק ברור דהך דסידרוקפצי שאני משום שעיקרם מסאלוניק שמתירים הנפיחה ורק בכואם שמה נמשכו אחר האשכנזים משום חומרי מקום שהלך לשם אמטו"ל סגי להו בהתרה משא"ך בק"ק סופיאה שהם עצמם מתחילה היו מחמירים בנפיחה וכ"מ למהר"ש נ' מאיור בתשו' ר' ברוך אנגיל סי' ט' שתי' כן גם החק"ל א"ח סי' צ"ה דר"ה הבין כן בחילוקם ע"ש.

ולפי"ז בנ"ד דמעיקרא קבלו עלייהו חומרת הנפיחה נראה שאין להתיר. ועיין למהרש"ך ח"א סי' קמ"ח ומהרי"א סי' נ"ב גם הם נשאלו על ק"ק סופיאה והסכימו לד' מהרשד"ם ז"ל: אמנם אחר החיפוש מצאתי תרופה גם לזה מדברי הרב נאמן שמואל ז"ל דאע"ג דבסי' כ"ח נשאל על בני פטרין שלא היו אוכלים בנפיחה וכשבאו לעיר לארסו שאוכלים

בנפיחה מה דינם והשיב דכיון שהלכו למקום שנהגו היתר ואין דעתם לחזור שרי ולא דיבר בזה מהרשד"ם ע"ש ונראה דנ"ד שדעתו לחזור לא.

הנה בסי' כ"ט חזר ע"ע זה ולמד מדברי מהרח"ש ז"ל שתועיל להם התרה בג' דכיון דיש מחלוקת בדבר שנהגו כדברי האוסר או משום מנהג האבות אם תועיל ההתרה או לא הו"ל פלוגתא במידי דרבנן וס' דרבנן לקולא ונתיר להם לכתחילה ומהריב"ל שהחמיר הוא בלי התרת שלשה. וכ"ע טעם אחר ממה שראה למהרח"ש הטעם למי שעקר דירתו דמתירין לו משום דהוי כאילו התנה מתחילה לכך וכשעקר דירתו פקע מנהגו הראשון ממילא.

ואע"ג שמהריב"ל עומד נגד טעם זה מ"מ בנ"ד שכל ימי עולם כשהיו הולכים אנשי פטרץ בארצות אחרים אין גם אחד שהיה נזהר לאכול בלי נפיחה ואין אומר להם דבר כנראה שלא היו נוהגים שלא לאכול משום שקבלו עליהם דברי האוסרים אלא משום שהיו להם טבחים גוים וכו' ועפ"י שני דברים אלו נתפייסתי במה שהתרתי להם לאכול בלי נפיחה ע"כ.

ולפי"ז בנד"ד נמי שייכי ב' טעמים הנז' דמשום ספקא נוכל לעשות להם התרה וגם כי רבים הם היוצאים לחו"ל ומהם כמה רבנים חסידי עליון ואינם נזהרים דמזה מוכח דלא נהגו להחמיר מפני ס' האוסרין אלא מפני שבא"י נמצא להם בשר בשופע וכשיבקשו ולא ימצאו מותרים הם בפתח וחרטה אף שדעתם לחזור.

וכן מצאתי להדב"מ יו"ד סי' ל"ה שהתיר מדברי ה' נאמן ש' ז"ל להנך בחורים מיאנינא וקורפו ההולכים ללמוד תורה בסאלוניק ששם מתירין הנפיחה ויוסף אומץ לנדונו דלו יהיה אלא ספק אם קבלו ס' האוסר או לא הלא יש לצרף ס' אחר מדברי המ"ץ ח"ב סי' מ"ז שמא כשקבלו עליהם פירשו שאינם מקבלים לשם נדר והו"ל ס"ס מתהפך ואפי' בס' חד אזלינן לקולא כיון שהוא מידי דרבנן ולרווחא דמילתא טוב שיתירו להם ע"ש.

ודון לנ"ד וכן הרב ב"ד יו"ד סי' ה' התיר ליושבי יאנינא לבטל מנהגם שהיו אוכלים בלי נפיחה והשתא יש להם דוחק בבשר מאותו טעם שכשהיו הולכים למקום המקילים לא היו נזהרים וכו' וסיים דאין לומר שהיו טועים דהא ודאי המה ראו לשלפניהם וכו' עד דורות הראשונים ע"ש ומזה נילף ג"כ לנ"ד דאין לתלות בטועים ח"ו.

ועיין להמג"א א"ח סי' קס"ח סקי"ב שהביא ממהרי"ל דבחורים ההולכים במגנצא ואוכלים מבדיקות הקולות שמקילין שם אין לחוש דכתב במרדכי דאין אנו בקיאים בחומרי מקום שיצא משם. והתם באין דעתם לחזור מיירי כדמוכח מהמג"א ואע"ג דתמה ע"ז דאם אין אנו בקיאים יש לנו להחמיר ות' דמשום שאין אנו בקיאים מספק אין למחות ע"ש דנראה דהמחמיר תע"ב י"ל דכ"ז בלא התרה אבל בהתרה גם לכתחילה אין להחמיר והרי טעם אחר להתיר בנ"ד.

וכן למדתי טעם אחר להתיר מדברי מהר"ש ן' מאיור שם בתשו' ר' ברוך אנגיל שנ"ט לסאלוניק שבטלו מנהגם וחזרו לאכול בנפיחה משום דמריבוי הסירכות שמיו"ד בהמות יהיה שתים לאכול וח' טרפות וא"א להם לאכול בשר ואדעתא דהכי לא נהגו איסור ע"כ. ובנ"ד נמי דכוותה אם לא נתיר לאורח לא ימצא בשר לאכול.

והדב"ש ז"לבסי" ש"ך כתב על הספרדים ההולכים למקומות האשכנזי שמקילים בבדיקות. שאם ידעו הריעותא יש להם להשמט פעם אחת ולא ישנה מבלי שירגישו בטעם חומרתו אלא יתלה בסבה אחרת וכמ"ש בפסחים וכו' ואם בסתם בשר כיון בדדיקת הריאה דרבנן ובבא זאב ונטל הריאה פסק מהרי"ק בסי" ט"ל דהבהמה מותרת כ"ש היכא די ש' באיזה פיסול מיעוטא דלא שכיח וכו' ורק הזהיר על בדיקת הסכין יע"ש.

ומכל האמור רווח לן נד"ד ואפי' שדעתו לחזור עכ"ז מותר לאכול מבשר נפיחה ומצד הטוב והישר יעשה התרה לנדרו. ועם שראיתי להרב שו"ג יו"ד סי' ט' סתר דברי הדב"מ ז"ל והביא שראה מנהג קורפו שמה שמחמירים הוא מפני שסברו כהאוסרים וכו' ועוד דהראיה שהביא מסוחרים וכו' אם היה מביא משלוחי א"י החרשתי שהם נזהרים מלאכול בנפיחה ומה לך להביא ראיה מעמי הארץ וכו' מ"מ בנד"ז הנה שאלנו לשו"ב אם יש להם ספר מנהגים והשיבו לא רק נוהגים כמו שראו לשלפניהם ומי יודע דמה שנהגו כן הוא משום שהיה הבשר בריוח גם מה שהביא ראיה משלוחי א"י וכו' גם אנחנו גם הזקנים אשר בשער עדים שאינם נזהרים בזה רק אחד מאלף ויהי לפלא וחלילה לשווייניהו לשארא טועים וגם הנזהרים מאן לימא לן דמדינא הוא משום קבלת ס' האוסר ולא משום זהירות יתירה וכו' וגם הדב"מ שם סי' יו"ד חזר לקיים דבריו ואף כי השו"ג עוד לא שב אפו וכתב ככחי אז כחי עתה וכתב ע"ד רבי הרב ב"ד שהתיר לבני יאנינא שאם היה רואה שמנהגם מיוסד עפ"י מרן לא היה מתיר להם הנפיחה מ"מ מדבריו האחרונים אלו משמע דלא תקע עצמו רק שראה בעינו שמנהגם מיוסד עפ"י ס' האוסר משא"כ לדידן דלא נמצא כתוב שום דבר ואנחנו לא נדע יש לדון כהדב"מ ז"ל.

בר מן דין מצאתי קולא אחרת יליד חו"ל מקום שמקילין בנפיחה ובא לא"י הוא וכל דכוותיה ממ"ש מהרי"א סי' נ"ב על אודות סופיאה שאם תושביה לא נהגו כך משום קבלה שקבלו עליהם אלא שהיו נגררים אחר האונגרוש ומנהגם פשיטא שאין כאן לא שורש ולא מנהג לא קבלה ולא נדר לא בענין הנפיחה ולא בשאר מנהגים שהרי כתב המרדכי בשם הר"ם על מי שנהג איסור בדבר היתר שצריך שאלת חכם דוקא אם בשעה שהתחיל לנהוג דעתו לנהוג כן לעולם וכו' (לא הבנתי מה שכלל גם הנפיחה דהא בגוף השאלה במהרשד"ם מפורש דהנפיחה קבלוה עליהם מקודם האונגרוש ואפ' דמפנ"ז כתב לבסוף דהנפיחה אין לה התרה הגם שלשונו אינו סובל זה) וכן באותה תשו' דמהר"ש בדי"ד נטה להתיר לבני סאלוניק מטעם שנגררו אחר תושבי איזמיר לחומר אלא כיוונו לאסור ולנהוג וכו' ע"ש.

נמצא דכל שלא היתה כונתו תחילה לקבל רק דממילא נמשך משום חו"מ שהלך לשם או מסבה אחרת וכגון כת"ר ודומיו אינו חייב רק בהיותו במקום ההוא ולא במקום המקילין ומזה אמצא זכות גם להני שד"ר ילידי א"י דהא ק"ט איך אנן בעי"ק דאתכא דמרן סמכינן אוכלים ממיעוץ ומשמוש אחר שהוא ז"ל אוסר.

ולפי ההשערה אפ"ל דאחר דבנין אחרון בעי"ק היה ע"י הרב הק' מרן מהר"ח א ז"ל והוא וקהלו מאיזמיר המתירים בנפיחה כן הנהיגו עד שבאו ק"ק אשכנזים והנהיגו מיעוץ ומשמוש נגררו אחריהם ולפי"ז בצאתם מן הק' יוכלו לאכול בנפיחה כעיקר דינם כיון

דלאו בתורת קבלה נהגו כאשכנזים (אך על עה"ק צפת"ו ק' ובפרט דמהרשד"ם סי' מ' ומהרח"ש שם העידו שמנהגם לאסור נפיחה) רק מדברי השו"ג שם נראה דהני שד"ר גם אם הם ילידי חו"ל אסור להם הנפיחה זולת אם התנו בבואם אל הק' דלאו בתורת קבלה נהגו וסתמיות מהרי"א ומהרח"ש ז"ל נגד כבודו ונראה דס"ל דגם בסתם ל"מ קבלה זהו הנלע"ד וכת"ר יבחר: ולא נכחד דתיוהא חזינא בכתבי הק' שנראה שהיה נזהר גם מגיעולי כלים ודב"ז פשוט בהגה סי' ס"ד ס"ז דאין חוששין וע"ש בש"ך וט"ז והרדב"ז ח"א סי' רצ"ו יהיב כמה טעמי להתיר.

גם הכנה"ג סי' א' הגב"י או"מ ומ"א וסי' ט"להגב"י רצ"א רמז אל ספרים אחרים ועיין בדב"מ שם סי' ל"ד והשו"ג שם סי' י"ד וכולם סוברים דגם לכתחילה לא יזהר מהכלים רק הפר"ח בא"ח סי' תצ"ה סכ"ב וכ"ד נראה דעתו דדוקא בדיעבד והרואה דברי הרדב"ז כמה צווחות צווח לנזהרים ואינם חשים למחלוקת ודאי יפרוש מזה וכ"ז להתלמד למ"א אבל לכת"ר הנה כתבתי לע"ד דכשיעשה ההתרה יאכל בשר כנפשו שובעו וה' יורנו דרך יבחר וש': מכאן מודעה כי מע' הרב השואל הי"ו השיב על דברי אלה בדקדוקים וכו' ואני ישבתי לו הכל בכתב מפורש ויען כי רובם ככולם הם דקדוקי עניות ופלפול היולי וחוששני לאיבוד הנייר השמטתים ולא אזכיר רק אחת מהנה במה שהק' עמ"ש דבדיקת הריאה דרבנן ולזה לא ישנה מפני המחלוקת דא"כ אמאי אמרו ריאה שניקבה טריפה וכו' והביא מ"ש האשל אברהם משם הדב"ש סי' ר"ס דהיכא דהוחזקה ריעותא בבהמה מדינא צריך לבדוק זהו"ל כהך דהפר"ח דבאיסור דרבנן פשוט ישנה מפני המחלוקת זת"ד.

ואני השבתי דמלבד דחשד בכשרים שאני לא דברתי רק עליו ודומיו שאינו יוצא למקולין ולא ידע שיש ריעותא רק מהסתם שעושים נפיחה. עוד בה מה לו לצעוק נגדי כיון שמהרח"ש והנמשכים אחריו שחששו להך דהרא"ש לא חילקו בין ידע הריעותא ללא ידע גם הרדב"ז בענין הבידנגאן שחשש לערלה הלא היא ברבת איסור תורה ועכ"ז פסק דלא ישנה מפני המחלוקת ושרש דבר דהרא"ש הוא בדאיתרא וגם היא לאוסרים בה היא דב"ת כמ"ש הכפ"פ דע"א ע"ב דנפקא מכל החלב גם הבאתי מהדב"ש בסי' ש"ך דאפי' ידע שיש שם ריעותא ישמיט עצמו רק פעם אחת באופן שלא ירגישו ובאמת אני בעצמי עמדתי מרעיד דהא קי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר וא"כ איך מפני הש' נקל כמיקל ולא נחוש למחמיר עד שראיתי בפר"ת סי' ט"ל לבת אש המחלוקת שהיתה להגאון מהר"ח גאגין ז"ל עם בני דורו שהוא היה אוסר הנפיחה והם היו מתירין ונצחו בעזרת השררה וביקש מהם להודיעו טעמם והודיעוהו דל"א בשל תורה הלך אחר המחמיר רק במחלוקת הש"ס ולא במח' הפו' אלא כל הרואה בדעתו טעם נכון ויפה יסמוך עליו להתיר גם בשל תורה ולצד המנהג שנהגו והבי"ר ע"ז מהרמב"ם.

והרב הק' מהר"ח בן עטר ז"ל קלסיה לזה רק שיהיה בראיות ברורות. וא"כ ה"ט דנפיחה ובדינגאן שלא נמצא במ' בש"ס רק בפוס' וא"כ מי שהלך למקום שנהגו להקל לא ישנה.

ודאיתרא עם היות כי היא מח' בש"ס נוכ"ל דאנה"ן בזמננו אם הלך למקומות המקילים ישנה והרדב"ז הכי מייתי מינה דודאי בזמן הש"ס מח' הש"ס כמחלוקת הפוס' לזמננו

והיה חשיבא להו ענין הדאיתרא דרבנן ולפיכך לא היו משנים מפני המחלוקת א"כ נעשה גם אנחנו בזמננו במח' הפוס' אם לא שיהיה מדאורייתא כלו' שהוא מח' בש"ס דאז הוי דאורייתא.

ומה שהק' דברי הדב"ש אהדדי דהא בסי' ר"ס כתב כשידע שיש ריעותא צריך לבדוק מדינא אין זה קו' דהתם מיירי בריעותא הברורה שאין בה שינוי מנהגים אבל כשהיא תלויה במנהג אנה"ן הדין כמ"ש בסי' ש"ך. וכעת מצאתי ג"כ להרב לב שמח יו"ד סי' ד' שנשאל שאלת מהרח"ש על בני איזמיר והבאים לשם מהסביבות שמנהגם לאסור הנפיחה וגם אנשי סאלוניק הבאים נהגו כמותם אבל כעת רבו גם מגירוש קאסטיליא והבשר בדוחק ורוצים לאכול בנפיחה כי סאלוניק וקאסטיליא היו אוכלים בנפיחה והשיב באורך שיעשו התרה על מנהגם וכי תימא הרי הרשב"א וכו' סוברים דמנהג חומרא אין לו היתר וכיון דאיכא פד"ר במילתא דטרפות דאיסורא דאורייתא הוא לחומרא אית לן למיזל.

תשו' דב"ז פשוטה דעיקר הספק בנפיחה אם היא מותרת או אסורה כבר נפשט לבני סאלוניק להתיר כמנהגם ועתה אין אנו באים לדון אלא מצד מנהג אם הוא מנהג או לא והמנהג דרבנן וכו' ואם תאמר התינח לבני סאלוניק אבל הראשונים שהיתה אסורה להם הנפיחה מאי איכא למימר. גם בזה ישלהשיב דכיון דאיסור הנפיחה מעיקרו שנוי במחלוקת ואם נהגו בו מתחילה להתיר לא היה בידינו לכופם ומאי דכפינן להו השתא הוא מכח המנהג והמנהג דרבנן כל ספק שיהיה בו לקולא ע"כ.

וכן ראיתי עוד לה' מים החיים צירולייא במי תמציות ליו"ד סי' ז' שעמד לברר במנהג הנפיחה אי דאורייתא או דרבנן וכתב וז"ל העולה מן המקובץ דבאתרא דנהיגי לאסור לא משום שהכריעו חכמים כס' האוסרים שתהיה נחשבת איסור דאורייתא אלא משום חומרא וכו' ומדרבנן הוא דקיימי בכל יחל.

גם בסי' ח' כתב בסוף התשו' הרי לפניך שמותר לאכול בשר נפיחה כשמתארחי' באתרא דנהיגי היתר שלא לשנות וכו' כיון דלית ביה איסור תורה וכו' ומר בריה בסי' ט' חיזק זרועותיו גם השיג עלי כת"ר במה שישבתי מנהג עי"ק ת"ו להקל במיעוץ משום שנמשכו אחר מנהג איזמיר כי גם באיזמיר הם מהמחמירים וכו' התשו' בזה מבוארת ממ"ש הלב"ש דשינוי מנהגים היה באיזמיר שבתחילה היו מחמירים ולבסוף הקילו עפ"י הוראת הרבנים הנז' וכאשר תראה מנהג הקולא בכנה"ג סי' ט"ל.

ומ"מ הדרי בי לפי מה שציין להרב זבחי תרועה שכתב דבשנת התג"ן נדרו נדר חמור באיזמיר לאסור הנפיחה. וידוע בס' זמרת הארץ דמרן מהרח"א זצ"ל לא בא אל הק' עד ש' הת"ק שכבר היו אסורים וכת"ר הליץ עפ"י דברי הפר"ח דמדוחק הבשר יעשו התרה ואפ' כן עשו בעי"ק.

ולי אינו נראה דהפר"ח לא אמרה רק בקבלת מנהג ולא כשהם אסורים מן הדין ובעי"ק מן הדין אסורים אחר פסק מרן. וכעת למדתי ישוב מהלב"ש הנז' במ"ש להתיר לאיזמיר משום דהיא עיר חדשה ודינה לימשך אחר סאלוניק שבאו רובם משם והגם דמתחילה

נמשכו אחר הראשונים לא נביט רק על עת קבע המקולין ולא יקרא מנהג רק מה שיעשו הרוב המצויין בעת קבע המקולין ע"ש.

ואפי' דהכי הוה בעי"ק דלא הוקבע המקולין עד שהיו הרוב אשכנזי ועבוד כוותיהו כי גם עי"ק דין עיר חדשה יש לה זהו מה שנלע"ד להשיב: מאי"ן סימן ט' אודות מה ששאלו בענין ק"ן טלאים שנשחטו ונבדקו כולם במקולין רק אחד מהם הניחוהו לבדקו בעיר וכששאל השו"ב על ראשו השיב הקצב שנתערבה במקולין עם שאר הראשים אשר לערך מאה מהם כבר נמכרו ונשארו חמשים שהביאום לחנות ובאו לישאל אם יבדק הטלה וימצא טרפה מה משפט הראשים והקצב השיב שישליכו אחת מהם והשאר מותר וכת"ר השיב שימכרו אותו טלה לגוי מבלי בדיקה ולא ישליכו אחד מהראשים וטעמו משום קנס לקצב ומשום שמא ימצא טרפה ויש לחוש לתערובת הראש משום דבר שבמנין ומשום חתיכה הראויה להתכבד ומשום בריה שאינה בטלה ואפי' אי דינו כיבש כיבש דחזד בתרי בטל כשמבשלו הו"ל כיבש בלח ומין בשא"מ אבל כשלא נבדק מלבד דכבר פירשו ממקום קביעות וכל דפריש מרובא פריש הגם דהכא לא נשאר מידי ולא ידע מה דינו) עוד בה דזה דומה לבא כלב ונטל בני מעיה דכשר והגם דהתם יש מחמירין היינו בבדיקת הריאה דהו"ל מיעוט המצוי אבל בטלה דהו"ל מיעוט שאינו מצוי מודו דכשר והגם דהתם דוקא בדיעבד ה"ן דיעבד הוא דלא באנו להתיר רק הראש שנתערב כבר ודומה להך דיכול להשליך הראש וכו' משום דהוי מיעוט דלא שכיח והגם דטע"ז קלוש דא"כ אמאי לא התירו בטלאים להשליך הריאה בלי בדיקה מ"מ התם אפי' לכתחילה והכא דיעבד דה"ן דומה ומפני שאין בידו ספרים שאל חו"ד בזה: ואני בעוניי יען כי רואה אנכי שישתנה הדין מדין למקום השאלה לדידן אין לנו לנטות מפסק מב"י ז"ל בין לקולא בין לחומרא אבל לדידהו שתופסי' דגל הקי"ל בממונא כאשר האריכו הכנה"ג וחש"ש ומט"ש וברכ"י בח"מ סי' כ"ה הנה באיסורא להקל אינם זזים מהכרעתו כמ"ש בכנה"ג יו"ד סי' ק"ז ולהחמיר חוששים לשכנגדו כמ"ש החק"ל ח"א ליו"ד סי' קכ"ז ע"ש.

לזה אמרתי לברר ספקותיוהנז' לדידן ולדידהו ומשם תצא תורה. א') ענין בריה עיין בש"ע סי"ק ס"א שצריך להיות דבר שאסור מתחילתו לאפוקי עוף שנתבל ועיין בש"ך סק"ד בכ"ש נטרף ועיינתי בב"י ולא מצאתי שום חולק בזה ועיין בכנה"ג הגב"י או"ג מ"ש משם הש"ד ודחאו וא"כ אין כאן דין בריה.

ב') ענין חה"ל לדידן פשיטא שאין לחוש מכמה טעמי אי ממ"ש בש"ע סי' ק"א דלא חשיב חה"ל רק במבושלת ואי משום שפסק שם דתרנגולת בנוצתה לא חשיב חה"ל ובהגה כתוב דה"ה לרגלים וראש שלא נחרכו משערן ומפו' שם דמיירי גם אם הסירו הנוצה והשער אחר התערובת ובש"ך שם הט' דאינו חוזר וניעור ואי משום מש"ש דבריה וחה"ל לא שייך כ"א בשלמים ולא במרוסקין אפי' נתרסקו אחר התערובת ובהגה אפי' נודע התערובת קודם הריסוק והכא הראש א"א שלא יתרסק דאין דרך לבשלו שלם ואינם מתכוונים לבטל האיסור דלאו כ"ע דינא גמירי.

אבל לדידהו הנה בטוב"י מפורש דלהרא"ש כיון שראויה להתכבד כשיסירו הנוצה או כשתבשל חה"ל היא וגם כי הכנה"ג בהגב"י או' ל"ז כתב משם הפוס' דראשי הבהמות

והרגלים אעפ"י שלא נחרכו חה"ל הם. ומ"מ גם לדידהו נראה שאין לחוש עפ"י פסק מור"ם בס"א דבספק אזלינן לקולא וכן נמשכו בזה הט"ז והש"ך שם והכנה"ג בהגה"ט או"ג וה"ן הרי יש ס' משום פד"ר ובפרט כי בטעם הריסוק עוד לא נמצא חולק בו.

ג') ענין דבר שבמנין גם הוא לדידן הנה פסק הש"ע סי' ק"י דדוקא דבר חשוב אוסר במינו בכל שהוא וכו' אבל שאר דברים אעפ"י שדרכן לימנות הרי אלו בשיעורן ועיין בש"ך שר"ל אעפ"י שלעולם אינם נמכרים באומד אלא במנין והגם שלכאורה נראה שזה סותר למ"ש בסי' פ"ו דביצת נבלה וטרפה וכו' אפ"ל נתערבה באלף כולם אסורות ובב"י מפורש הטעם מבעה"ת דהוא משום דבר שבמנין כבר עמדו האחרונים ע"ז עיין בט"ז וש"ך ופר"ח שם סי' פ"ו והפר"ת שם יישב דבסי' פ"ו מיירי בביצת עוף גדול דבלא"ה הוא דבר חשוב ודב"ח לא בטיל.

גם הבאה"ג תי' דמשום דלהרמב"ם ביצת ריקום אפרוח הוי בריה ולהראב"ד נמי כל ביצת לפיכך סתם מעיקרא ביצה אינה בטלה משום בריה ושוב חילק בין ביצת אפרוח לשאין בה אפרוח ע"כ (המשבצות זהב הק' וז"ל ומ"ש הבאה"ג ק' דבסי' פ"ו מיירי בלא אפרוח שכ"כ ביצת נבלה. ולא ידעתי מאי קו' דביאור דבריו דתני והדר מפרש ומריש כתב ביצת נבלה הכולל ב' סוגים גם באפרוח ולזה סתם דאינה בטלה ושוב פירש באיזה סוג מדבר) והמורם מכולם דמ"ש בסי' ק"י עיקר וכ"כ להדיא הפר"ח והבאה"ג סי' ק"י ע"ש רק ראיתי להכנה"ג בהגב"י סי' ק"י אוי"ו תי' ב' תי' הא' כהבאה"ג והב' כהפר"ת רק הוסיף בזה דהטעם בסי' פ"ו משום דבזה"ז הביצה היא דב"ח ונמכרת במנין ע"ש.

ומזה נראה דכ"ש הוא לראש כבש דהוי דב"ח ונמכר במנין דאינו בטל אבל לו יהי אלא שיש פלוגתא אי הוי דב"ח או לא כבר כתבתי דמור"ם פסק דאזלינן לקולא וכ"כ נמי הכא בסי' ק"י ס"א ועיין בש"ך. רק דלגבי דידהו אין זה מציל מכח מה שפסק מור"ם שם דכל שדרכו תמיד לימנות אינו בטל ומדחש כת"ר לדבר שבמנין נראה דבמקומם דרך הראש תמיד לימכר במנין ואע"ג דהש"ע פסק שאין זה דב"ש ומיהו הוי פלוגתא ויש להקל כמש"ל.

אין הנדון דומה דהתם קיימא תקנת חז"ל דדבר שבמנין אינו בטל כשהוא דב"ח ומסופקים גם בשאינו חשוב אבל הכא הספק הוא בעיקר הדין אי גזרו על דבר שבמנין הגם דפשיט"ל דהדבר הוא דבר שבמנין ואולי באמת גזרו ואם נעשה להיפך תתבטל התקנה לגמרי והגם שיש פנים אדרבה להקל בזה הדבר צ"י.

ומ"מ יש צד אחר להקל גם לדידהו כי בסי' ק"א כתב הש"ך סק"ז דמשמע מהש"ע והפוס' דתרנגולת בנוצתה גם בכלל דבר שבמנין אינה כיון שמחוסרת מעשה ודלא כהת"ח כלל מ שכתב דחה"ל אינה אבל הויא דב"ש ומלבד דהרב מנחת יעקב סק"ו כתב על הש"ך ששגג כי גם הת"ח הוא בס' הפוס' גם הרב ש"ך נראה שדעתו לפסוק כהפוס' הנז' שכ"כ בסי' ק"י ולענין דינא על סי' ק"א סק"זכונתו לעורר ע"ז רק דהכנה"ג סי' ק"י הגה"ט או"ט נראה משם דיש מח' הפוס' בזה ע"ש.

וא"כ הגם דהיא פד"ר ומינה נילף להראש שאינה מוחרכת שהיא במחלוקת אי הויא דב"ש או לא ניהדר לכללין דספק בזה יש להקל בו: אלא דעוד לבי מהסס במה שדמיית



ספק דפד"ר לספק מציאות שדיבר בו מור"ם כי עיקר דינו דמור"ם הוא מדברי הארוך כלל נ"ה והכנה"ג בסי' ק"י הגה"ט או"ב תמה עליו דלדבריו במח' הפוס' אי הלכה כר"י דאמר את שדרכו לימנות או הלכה כר"ל דאמר כל שדרכו לימנות למה פסק לחומרא כאותם הפוס' כר"ל כיון דהס' הוי אי הוי דברים שדרכן לימנות או לא ומה גם דבכ"מ הלכה כר"י לגבי ר"ל בר מתלת.

ותי' ואולי יש חילוק בין ס' דפד"ר לס' דמציאות ומשום דאמרינן הניחא לר"ל וכו' ע"ש. הנה לדב"ק י"ל דאין להקל רק בס' דמציאות ולא בס' דפלוגתא.

(הגם כי לטעמו שנתן לפסק הארוך שפסק כר"ל הוא משום דקאמר הש"ס הניחא וכו' נמצא שלא נשאר עוד מקום לס' ומשו"ה הוברר הדין כר"ל ולא נשאר עוד ס' דודאי ענין דב"ש הוא כל שדרכו לימנות משא"כ בשאר פד"ר) מ"מ בנד"ד גם בלא זה פתח פתוח להקל גם בענין דב"ש מכח ס"ס והוא ס' אי ה' כסוברים דכל דב"ש הוא בטל ואת"ל דה' כסוברים שאינו בטל שמא הראש דמחוסר מעשה אינו נקרא דבר שבמנין והוי מתהפך כמובן.

וכבר הורה גבר בחק"ל מ"ב יו"ד סי"א דליכא למאן דסבר ס"ס בפד"ר רק חד הוא הראד"ב ז"ל ונהוג עלמא דלא כוותיה וכ"ש בנ"ד דכל עיקר החומרות אינן אלא מדרבנן ובזה תמו כל חששות בנ"ד לא משום בריה ולא משום דבר שבמנין ולא משום חה"ל. ובפרט אי לא רגילי אינשי יקירי למיכלינהו במקום השאלה דאז ודאי לא הוי חה"ל וכמו שתלה העיקר בזה הכנה"ג סי' ק"א הגהב"י אות ל"ז וז"ל אמר המאסף וכו' ולענין מעשה טובה עצת הש"ך ז"ל וכו' דהכל תלוי לפי המקום והזמן וכו' ואם בכל זה הוי ספק ספיקא דרבנן לקולא ע"ש: אך את זה עדין נשאר לבאר להך טעמא שכתבתי לעיל דבחתירה חיה אין דין חה"ל דלכאורה פסקי הש"ע בזה סתרי אהדדי דהא בסי' ק"י ס"ה גבי תערובת במקולין פסק דמה שנלקח קודם שנפל הספק שרי דכל מאי דפריש מרובא פריש אבל מכאן ואילך אסור אפי' חתיכה שאינה ראויה להתכבד שאין הכל בקיין בזה ויטעו בין ראויה לשאינה ראויה ועיין בב"י מקור הדברים מהרשב"א דמעיקר הדין מותר חתיכה שאינה ראויה דבטלה משום יבש ביבש רק משום חה"ל גזרו דאינה בטלה ע"ש.

וכיון דקיימינן במקולין שהבשר עודנו חי אפי' חה"ל תהיה בטלה ובשלמא הרשב"א אפשר דס"ל כהרא"ש ז"ל אבל מרן שפסק בסי' ק"א דחתירה חיה אינה ראויה להתכבד (טעמו בבד"ה דפד"ר היא ונקטי' כמיקל וזה דלא כחי' הכנה"ג לעיל) מדוע שינה טעמו כאן. ולא מצאתי מתעורר בזה ודוחק לומר דלי"ח שבשם כתב זה דהכא סתם לה מר כהרשב"א והתם סתם להפך וקי"ל סתם וי"א ה' כסתם וק' הלכתא אהלכתא אבל זאת מצאתי להכנה"ג ז"ל סי' ק"א הגה"ט אוט"ו הק' בתרנגולת בנוצתה דתפו"ל משום חתיכה חיה ותי' דאי לאו משום נוצה הו"ל חה"ל משום דחזיא לאומצא וכמ"ש בשבת דקכ"ח שאני בר אווזא דחזי לאומצא ע"כ.

וא"כ נוכ"ל דפסק הש"ע בסי' ק"י הוא משום חתיכה דחזיא לאומצא דהו"ל חה"ל גזרו. ועם כי הרב ל"א רק בבשר תרנגולת וכ"מ מהש"ס דדוקא בר אווזא דרכיך עיין בא"ח סי' ש"ח סל"א שכתב בשר חי אפי' תפל שאינו מלוח מותר לטלטלו משום דחזי לאומצא

ועיין בט"ז ישוב קו' הב"ח מה שמחלק בין בשר אווזא לשאר בשר והמ"א סקנ"ו כתב משם ס' יראים דמיירי בבשר דרכיך וחזי לכוס נמצא דגם בשר הרך בבהמה חזי לאומצא הוא וממילא הו"ל זה"ל.

וא"כ בנ"ד יפה כתבנו כיון דמיירי בבשר הראש דלאו רכיך וטב אינו זה"ל. ודינא הוא דאותם הראשים שפירשו קודם שנודע הספק דבלא"ה מותרים משום כל דפריש וגם הנשארם מותרים מדין ביטול חד בתרי.

וכ"ז לדידן אבל לדידהו הגם שכתבתי לעיל דמשום ס' אי הוה זה"ל או לא יהינן לה דין שאינה ראויה מ"מ יש להם מחלוקת אחרת בזה דהטור חלק על הרשב"א במה שאסר הנשארם אחר ידיעת הס' משום חומרא וכתב דמן הדין אסורים דכל קבוע כמע"מ דמי ואסור בכל דבר. אמת כי הב"י תמה עליו דאין זה דין קבוע רק דין יבש ביבש והדרישה והד"מ ישבו דמיירי בנפל טרפה במקולין ולא נודע אבל כשנתערבו החתיכות מודה דיבש ביבש הוא והט"ז הק' עליהם וישב באופן אחר דההפרש הוא בין נתערבה חתיכה אחת לנתערב גוף שלם שיש בו כמה חתיכות דבזה ל"ש ביטול חד בתרי וכו' והפר"ח חלק עליו דגם בזה מודה הטור דחד בתרי הוא.

ולדברי כולם נראה דבנ"ד דהוא חתיכה אחת ונודע המקולין מודה הטור מ"מ אכתי הבנת הב"י שהבין דהטור בכל אופן מיירי היא נגדנו. ועיין בפרישה סי"ט בשם הב"י והש"ך סקי"ד ובש"ך סקכ"ט כתב דנקטינן כהרא"ש והטור וכשבאנו לחוש לקבוע אפי' אי לא חשיב ליה קבוע כ"א מדרבנן עכ"ז יש לנו לדון בו מ"ש מרן שם ס"ו וז"ל בע"ח וכו' שנתערבו בהיתר וכו' אפי' אם פירש אחד מן הרוב אחר שנודעו התערובות אסור והוא שהפרישו במתכוין אבל אם פירש ממילא שרי ובש"ך סקל"ו כתב כי הרא"ש והרבה פוס' ס"ל דאפי' פירש ממילא אסור שמא יחזור ויקח מהקבוע וא"כ לדידהו יש להם לחוש אפי' פירש ממילא וכ"ש דאותם הראשים הנשארם חזרו והוקבעו בחנות ויש מח' בזה דלהש"ך בדעת רמ"א ס"ל דאין כאן קבוע אבל הפר"ח סקכ"ח ס"ל דהדרו לקבעייהו קמא.

ויש להם להחמיר כהפר"ח ואפי' למור"ם והש"ך דוקא בפירשו אחת אחת ולא בפירשו מחציתם בבת אחת כמ"ש הש"ך סקל"ד ואפי' בפירשו אחת אחת עכ"ז השנים האחרונים אסורים והשתא שחזרו ונתערבו ה"ז דומה למ"ש מרן ס"ח וס"ט דאינו מתבטל בשתי תערובות וצריך שלשה ע"ש. כ"ז היה ראוי לחוש בנד"ז לדידהו ומ"מ יש להם פתח היתר מס"ס ספק דאין דין קבוע רק בט' חנויות וכו' ואחת מוכרת וכו' ולא זולתו ואת"ל כהטור דמלבד הך קבוע איכא גווני קבוע אחרניני שמא גם הטור לא פליג בנד"ד וכדברי הד"מ והפרישה והט"ז ודלא כהבנת הב"י ומתהפך הכי ס' אי הך תערובת ליכא מאן דיהיב ליה דין קבוע ואת"ל דגם בזה פליג הטור שמא ה' כהרשב"א ז"ל.

וכבר כתבתי דמהני ס"ס בפד"ר ובפרט כי במ"א הוכחתי כשיש חולקים בפ' איזה פוסק כמח' זו בביאור דברי הטור ולא נאמרו דברי הפוס' להדיא הו"ל כתלתא ס' דמהני לכ"ע בפד"ר ולא נשאר בזה פקפוק מצד קבוע אלא דינו כיבש ביבש דחד בתרי בטול ומה שחש כת"ר כשחזרו ונתבשלו הדין דין אמת מפורש בסי' ק"ט דיבש ביבש כשחזר ונתבשל אסור אם אין שם ששים מפני שהרוטב בנותן טעם ונבלע בחתיכות.

ואפילו לאכול כ"א בפני עצמה ע"ש. אבל כ"ז כשבשלן כולם ביחד כמפורש שם אבל כשבישל מקצתם לצד אחד ומקצתן לצד אחר מותר.

וכ"כ שם להדיא הב"י משם הרשב"א ז"ל וא"כ בנד"ד שיש חמשים ראשים ואי אפשר לבשלן בבת אחת ל"ש דין זה. וכן למד הב"ח מדברי הרשב"א והפליג דאפילו בשלן כ"א בפ"ע קודם שנודע לו התערובות עכ"ז שרי והגם דהש"ך סקי"ב והפר"ח תמהו עליו דקודם שנודע התערובות גרע טפי מ"מ כולו מודו דבנ"ד דנתבשלו אחר ידיעת התערובות ודאי שרי.

רק יש לנו להחמיר להשליך אחת מהן כמ"ש מורם שם וכת"ר בחר לו למכור הטלה בלי בדיקה ולא למכור ראש אחת מהראשים וניחזי אנן איזה מהם יכשר יותר: ותחילה נבין דמיון כת"ר זה לבא גוי ונטל הריאה דאפילו יש מחמירים מודו בטלה דאין סרכות מצויות וכו'. ודמיונו כאריה הלא הוא כתוב בסי' ט"ל ס"ב אך באמת תחול הרגשתו אמאי לא התירו בטלאים להשליך הריאה כמו שהתירו להשליך הראש.

אך התי' לזה פשוט כמ"ש בשמ"ח סי' ל"ט ס"א דכשגזרו בבדיקת הריאה משום מיעוט המצוי לא חילקו אפילו ביונקים זולת כאשר נאנסהדאז חילקו מכיון דלא שכיח ביונקים סרכות מסתמא לא גזרו. וצריך לדעת טעם למחמירים בנאבדה ריאת הגסות אמאי ל"א בדיעבד לא גזרו וצ"ל כמ"ש הפר"ח סק"ד דגזרתם גם בדיעבד דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם וכ"א ישליך הריאה.

ולפ"ז מוכרח דבאבוד ריאת הטלאים לא נכנס זה בכלל הגזרה כו"ע. וא"כ כשיהיה הטלה לפנינו כנ"ד מחוייב לבדוק דהוה בכלל הגזרה ולא יועיל דיעבד דתערובת הראש שכתב כת"ר וכ"ש לטעם הפר"ח סק"ג למחמירים בנאבדה משום דמצויים הסרכות והו"ל כס' שקול וכיון שבידינו לבררו ה"ז ס' דאורייתא דמוכרח הקולא בטלאים משום דאינו ס' שקול והו"ל כס' דרבנן והרי גם בזה כל שבידינו לברר חייבים לברר ואם נקל מפני תערובת הראש הו"ל כמזיד שלא בדק שכתב הריב"ש סי' תצ"ז ועיין להש"ך והפר"ח הכא דהוי כמבטל איסור לכתחילה והבשר אסור והגם שהפר"ח סק"ב פליג בזה וגם התב"ש הרהר באיסור מ"מ כתב שאין לזוז מדבריהם ע"ש ואין זה דומה להשלכת הראש דהתם מעולם לא גזור רבנן לבדוק משא"כ הכא וא"כ לכאורה נראה דלא כמ"ש כת"ר.

אמנם ראיתי שה' עמו וה' כמותו כיון שאם היה נבדק והיה נמצא טרפה לא היינו נמלטים מס' תערובת דאינו ניתר רק מחמת ביטול ברוב והאוכלן לא יותר רק בזה אח"ז ולכן טוב שלא לבדוק מלבדוק וכמ"ש הרב בה"י שם סי' ל"א עכשיו נוהגים שלא לפתוח שום ראש מגדים וטלאים בחזש תמוז משום דשכיחי בהו מים וא"א ליזהר כשפותחין אם יהיה מכוסה לכן סמכינן ארובא אבל בשאר ימות השנה פותחין ולא משליכין ולא סמכי' ארובא ע"כ.

והגם כי התב"ש סק"ה תמה עליו דאיפכא מסתברא וכו' ע"ש זהו פלא כי דין הרב"ה מפורש בהגה סי' ל"ג ס"ט גבי אווזות שמלעיטין אותם שיש תקנה לבדוק משום נקיבת

הוושט ושם כתב יותר היה טוב שלא לבדוק כלל ולסמוך ארובה מלבדוק ולהקל במקום דאיכא ריעותא ע"ש וה"ז דומה לדין הרב"ה.

ומ"ש אבל בשאר ימות' השנה וכו' אינו אלא מצד חומרא ולא מדינא. והגם דיש לדחות דל"א מור"ם והרב"ה ז"ל רק התם דלא גזרו חז"ל לבדוק משא"כ בבדיקת הריאה דנ"ד מ"מ דוחק לחלק בכך כיון דסו"ס גם נדונותיהם הוא מידי דשכיח ומכלל האמור ההיתר של הראשים הנז' הוא בשופי כאשר הורה גבר מלמד שהלכה כמותו ויה"ר שלא נכשל בדבר הלכה: יען כי בחפזון גדול כתבתי כל מ"ש מבלי חיפוש והיה עוד לבי קוהה עלי עתה אודיע לכת"ר כי אינה ה' לידי ס' אהל יוסף ז"ל וראיתו בסי' כ"ה במעשה קרוב לזה שאחר ששחט השו"ב ל"ד טלאים ויצאו מתח"י בחזקת כשרות ונתערבו הראשים והריאות יחד הביאו לפניו רביע טלה סרוך מבית השחיטה עד משך ז' צלעות על פני שטח הדופן עד השדרה וכו' ובה"ץ רצו להחמיר בתערובת ההיא ולחייב השו"ב בהפסד ומני"ר חלק עליהם להקל והביא הך דנאבדה הריאה ה"ן כיון שלא עמדו לברר אם היה הרוב בדופן צר הו"ל כנאבדה והרגיש מחומרת מור"ם בהך דנאבדה וכתב דגם הוא מיקל בהפס"מ או טלה מלבד דהחומרא היא ס' הראב"ד שהשיג על הרמב"ם פי"ח משחיטה ובכ"מ דחאה וכ"פ הרשד"ם סי' ט"ל ומ"ד וכו'.

גם הביא הך דקבוע דהרשב"א דמשום שמא חז"ל החמיר גם באינה ראויה והכא ל"ש חז"ל כי הראשים והריאות חיות' הנה ואע"ג די"ח וכו' כבר עמדתי בזה וגמרתיו אומר דקבלנו הוראות מרן באו"ה כמ"ש בס' הכללים כלל י"ד וט"ו (הם הכללים שבשו"ג ודלא כמש"ל משם החק"ל דלהחמיר לא) ואע"ג דפשט מרן בסי' ק"י נראה דגם חתיכה חיה יש לה דין חז"ל עמדתי בזה בחבורי לש"ע סי' ק"י (איננו בידי) גם לא נחרכו הראשים משערן ואין להן דין חז"ל וגם דין חז"ל אינו רק בשלימה ומחוייב לקרוע הלב והריאה למליחה וגם הראש להוציא המוח וכו' ונמצא שאין ראייה לאוסרם וגדולה מזו עיין להגו"ר כלל א' ליו"ד סי' וי"ו על ז' בהמות שנשחטו במקולין ונמצא טרפות באחת מהם ונפלס' תערובת בבשר שלוקחים השו"ב מבהמות וכבר נמכר דהבדה"ץ התירו מטעם תערובת יבש ביבש.

והשיג עליהם דבהיתר זה צריך כמה חומרות גם טעם כל דפריש מרובא פריש הוק' להם דלא נשאר שיעור כזה ושבו לטעם הראשון דהגם דצריך כמה חומרות הכא כיון דלאו בריא הוא שכל אחד יש בידו תערובת איסור וכו' וזיל הכא קמדחי תלינן להקל וכו' והרבה דיות נשתפכו בינם ובין הרב המחבר ובסי' י"ד דצ"ז הודה להם ומצא היתר נכון דהראשונים שלקחו ודאי שרי משום כל דפריש וכו' והאחרונים כיון דאין שם תערובת יבש ביבש בודאי כי אפשר דהראשונים לקחוהו אין כאן אלא ספק וכיון דכל החומרות מדרבנן ותו דקבוע זה דרבנן סד"ר לקולא.

אכן עדין צריך תקון דאפ' לבא לאיסור תורה כשמבשלן יחד ולא יהיה ששים בקדרה לבטל וטעם כעיקר דאורייתא וכו' מ"מ האיכא ס"ס ס' דלא יש באחרונים תערובת איסור כלל ואת"ל יש שמא כשנתבשל היה ששים נגדו ע"כ. וסיים הרב ללמוד להתיר גם בנדונו מס"ס עש"ב.

וכל דב"ק ודברי הגו"ר ובדה"ץ שם מסייע שיש בו ממש למש"ל ועיין לה' זרע אמת יו"ד סי' ל"א עמד באותו מח' דהב"ח והש"ך אם בשלם בשתי קדרות קודם שנודע התערובת והחזיק במעוז הב"ח להלכה ולמעשה ושמח לבי כי הלכה זו יצאה בהינומא וצווי"מ: סימן יו"ד נשאלתי על אחת הערים שמולחים התרנגולת בנוצתה וגם מתוכה בפנים ואח"כ מולגים אותה בכלי ראשון על סיר רותח אי שפיר עבדי או לא.

והשבתי בקצרה חלילה להקל בזה לכתחילה. (א) דהגם שהרשב"א ז"ל בת"ה והבי"ד הטושו"ע יו"ד סי' ע"א.

כתב גבי מליחת הראש דאין השער שבראש מעכב מלפלוט דם ומולח על השער וכ"כ מור"ם סי' ס"ח בהגה ס"ו וכ"כ שם בד"מ וסיים וצ"ע אי מלח תרנגולת עם נוצתה אי מהני בה מליחה כמו שער וראיתי שנוהגין למלוח תרנגולת עם הנוצה ולמולגה אח"כ ע"כ. מ"מ הנה לא ידענו אופן המנהג הזה שראה ז"ל וכדי שלא יהיה מעשה לסתור הצ"ע שלו ז"ל יש לנו לפרש שהיו מולגים בכלי שני וחוזרים ומולחים אחרי כן דאין מליחה הראשונה שעל הנוצות גומרת.

ויסוד המנהג עפ"י הי"א שכתב הרשב"א גבי שערות הראש עיין בטור רס"י ע"א. וגם אם המנהג כפשטו מ"מ מור"ם ז"ל נסתפק והצ"ע ולא סמך על המנהג ומי יבא אחרי המלך להקל בספק איסור דם דאורייתא.

(ב) כי המולחים לא ידעו ולא יבינו לחלק לקחת העוף מצד הרגלים ולזרוק עליו מלח או לקחתו מצד הראש. ואם יקחוהו מצד הראש ויזרקו המלח זה דבר שהשכל מחייבו ואין בו שום ספק כי המלח לא יגע אל הבשר כלל מאחר שסדר הבריאה בנוצות שתחילת צמיחתם מצד ראש העוף ומתפשטים בלבוש לעוף לצד רגליו והמה מגן אליו לבלתי נגוע בקצהו שום דבר ומפנ"ז איפסיקא הלכתא בסי' ס"ח סיו"ד גבי עירו מכלי ראשון דסגי בקליפה דאם ראש העוף למעלה כשמערה עליו א"ץ קליפה כי הנוצה מגינה ע"ש ואם במים שדרכו לפעפע הועיל הגנת הנוצה מדוע לא תועיל גבי מלח שלא יכנס לשם ועיין להג' חת"ס ח"ו סי' ס"א אודות המורה שהורה להסיר נוצות העוף קודם שהיה במים שכתב כי יפה הורה והדמיון לטלפי רגלי הבהמה אינו עולה יפה דא"כ יאמר גם במליחה שתועיל על גבי הנוצות כמו שמועיל לטלפי הבהמה ולא אאמין שיטעה בזה שום אדם כי נוצות העוף הוא גשם נפרד מגוף העוף ומפסיק בין המלח והמים שלא יפעלו בגוף העוף משא"כ בטלפים שהם מחוברים לגוף הרגל כמו העצם שסביב המוח שבתוכו וכו' וע"ש שמחלק בשריה בין כשראש העוף למעלה או כשראשו למטה וכמ"ש ולפי המנהג שהזכיר מור"ם ז"ל פשיטא שאינו רק לנזהרים למלוח ולזרוק מצד הרגלים ואולי שמחשש חוסר האזהרה נסתפק מור"ם ז"ל אם יועיל.

(ג) אמת זאת מצאנו למהר"ם מלובלין ז"ל בתשו' סי' כ"ט כתב בזה"ל תרנגולת נמלחה ע"ג נוצה כנהוג וכו' והשפ"ד בסי' ס"ח סקכ"ו כתב עלה הנפק וז"ל הנה מ"ש נמלחה ע"ג נוצה כנהוג זה אמת ויצויב דמהני מליחה ע"ג נוצה כמו ע"ג שער ועד"מ כתב נוהגים למלוח ע"ג נוצה ע"כ (זה פלא מדוע שכח ספקו של מור"ם) אבל הגאון מהרש"ק ז"ל בהגהותיו שם כתב דאין הוראה זו ברורה ובירר בחוש שאין דמיון לנוצה וכנפים גדולות עם השער כלל ולא קרב זה אלא העצם שמועיל מליחתו למוח שבפנים וביאר שמ"ש

נוהגים למלוך ע"ג נוצה היינו נוצה קטנה ולא כנפים הרחבים ושוכבים זע"ז וכ"כ השפ"ד עצמו בסי' נ"ט והתוי"ט פ"א דטהרות בשם הרמב"ם ע"כ וכן כדמות ראייה ממ"ש רש"י בפרשת תרומה ועזים נוצה של עזים הוא השער הדק והרך) וא"כ אלו המולחים גם על הנוצות והכנפים הגדולים והרחבים אין זה מליחה.

(ד) שגם ע"ג שער שהתיר הרשב"א ז"ל מצאנו להלק"ט ז"ל ח"ב סי' רל"ג שכתב דלא התיר רק בשער שברגלי השור שהוא שער דק אבל בצמר ארוך שברגלי הכבשים איך יעלה על הדעת שיתיר ודייק בזה לישניה דהרשב"א דלא הזכיר רק שער ולא צמר והגם שהשו"ג בסי' ע"א פקפק בדקדוקו מדשתיק הרשב"א ולא חילק מ"מ כתב שהדין דין אמת שאם יש צמר בראש או ברגל הכבש אין המלח פולט הדם שאינו נוגע בבשר ואם כן אמרו בצמר לאו כ"ש הוא גבי נוצה הרחבה והשוכבת זה על זה: לכן מכל האמור לא מצאתי טעם למנהג העיר הזאת לסמוך על מליחתם שעל גבי נוצה והגם דמה שעשו עד עתה עשוי דהוי כדיעבד וכיון שמולחים העוף מבפנים עיין בסי' ס"ח ס"ד דהעוף אם לא מלחו רק מבפנים מותר מ"מ מלבד דמור"ם כתב ויש אוסרים אפ"ל כדיעבד גם מרן לא התיר רק כדיעבד ולא לכתחילה ומאן ספין להורות בזה היתר גם לכתחילה מכאן ולהבא ושומר נפשו ירחק סחור סחור.

ועליו תבא ברכת טוב: סימן י"א גם נשאלתי מתם אודות שליח מגביר אחד שקנה לו ספרים מיד סרסור שהיה אומר כי בעליהם עניים וכשהגיעו ליד הגביר מצא כתוב בהם שהם קנויים ממעשר כספים. ושואל אם הזכות בלמודם הוא לו או לא: והשבתי דלע"ד זכות הוא לו מכמה טעמי.

(א) הגם שהט"ז ביו"ד סי' רמ"ט סק"א הבי"ד הדרישה כי במעות מעשר יקנה ספרים וכתב דצריך לכתוב עליהם שהם ממעשר למען ידעו בניו אחריו ולא יחזיקו בהם מילתא דמסתברא דל"א זה רק בבנים עשירים ולא בעניים דמאי שנא מעניים דעלמא ועיין בש"ך סק"ג משם מהר"ם סי' ע"ה דמעות מעשר ליתנם לבניו הגדולים ולאביו כשאין בעיר תקנה לתתם לכיס צדקה וסיים אפ"ל כשיכולת בידו לפרנסם ממ"א כמ"ש סי' רנ"א ע"כ וכ"כ ב"י משם מרדכי בסי' רנ"א הבי"ד הט"ז שם סק"ג והש"ך סק"ח כתב דבנדר צדקה סתם בחייו יוכל לתתה לקרוביו ע"ש וא"ת אנה"ן בחייו אבל השתא דלאחר מותו יד כל העניים שוה.

שתי תשובות בדבר חדא כיון דקי"ל חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מאן לימא לן שלא נתנם להם בחייו כיון דיצאו מתח"י למוכרם ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן כי אין טוען נגדם. ועוד כי בנודר צדקה הביא בזה מח' הפוס' הב"י סי' רנ"א י"א דקרוביו קודמים לכל אדם וי"א דאין להם קדימה ומדברי הר"מ נראה דאם כבר באו ליד גבאי אין להם קדימה משא"כ כשעדין לא באו וכ"ן דעת מרן בש"ע שכתב מי שנתן מעות לגבאים לצדקה אין לו ולא ליורשיו כח בהם משמע אם כבר נתן ומור"ם כתב חי' זה בהגה שם להדיא ומהרש"ך ח"ב סי' ל"ח הפריז דכשלא באו ליד גבאי אין כאן מחלוקת וא"כ בנ"ד שנדר סתם ולא באו ליד גבאי ויורשיו עניים פשיטא דהם קודמים ודידהו הוי וגם לתנאי מור"ם שיהיו עניים בעת הנדר הרי נחקרונודע כי היורשי' המוכרים הנז' עניים הם מעיקרא ובפרט למ"ש השכנה"ג אוי"ח משם מהרש"ח סי' ל"ה דמח' הפו'

הוא בעשירים והענו אבל בעניים מתחילה לא נחלק אדם ע"ש דלפ"ז הכרעת מרן בין באו ללא באו היא גם בעשירים והענו.

ועוד אני אומר דלו יהי דגם בזה מחלוקת מ"מ זכו מכח תפיסתם ומאן מפיך מינייהו ב) לעד"ן דכיון דמסתמא היו מפורסמים הספרים האלה שהם של מעשר והיה ודאי משאילן לאחרים (כי זהו דינם כמ"ש הפרישה ועין בב"ד ש"ש יו"ד סי' א' מה שהאריך בזה ובשאר ענין מעשר) ונמכרו בתוך השוק הו"ל יאוש (מסתם גנבה יאוש בעלים לא שייך בכאן עפ"י מ"ש התו' בב"ק דקי"ד ע"ב ד"ה המכיר דבספרים אין רגילות להתייאש.

גם ממ"ש הש"ך סי' שנ"ג סק"ד דלא הוי סג"ב רק בידוע שהבעלים ידעו מן הגנבה) וידוע בסי' שנ"ו ס"ג דביאוש ושינוי רשות קנה לוקח רק מחזיר הדמים כשקנה מגנב מפורסם וכשאינו מפורסם קנה ולא יחזיר והכא איכא יאוש ושינוי רשות והגנב אינו מפורסם. ואפי' אם אין זה יאוש הדין הוא דבאינו מפורסם מחזיר החפץ ומקבל דמיו והכא מאן יהיב ליה דמיה.

ועוד דכיון דליכא עדים על הגנבה אני אומר שהבעלים מכרום לאחר (ה"ן הממונים מכרום לאחר) ולקחום היורשים ממנו ודב"ז ש"ס ערוך בב"ק דקי"ד ע"ש. ומכ"ז נראה דהגביר הקונה דיליה נינהו ילמוד וישאיל לאחרים וזכות הרבים תלוי בו.

וה' אהבו: סימן י"ב פעי"ק טבריא ת"ו שטר משכנתא הנהוג ביניהם כך הוא שאיך בעד המעות שנטו"ק פ' מפ' השכיר לו הבית בתו"ש גו"ש מהיום הנז"מ וע"ס וכו' ובמשלם שנייא אילין תיפוק ארעא דא בלא כסף. ופעמים שמתנה המשכיר לסלק השוכר אחר זמן מה ויביא לו מעותיו בניכוי שנים שעברו ופעמים שהשוכר מתנה כן.

ופעמים ששניהם מתנים וידוע הוא כשמגיע הגבול שגובלים פודים המשכנתא והשת"א הכא מעשה שהיה שחצר מהכוללות נתמשכן ליחיד. וגבלו ההטבה מן הכוללות ליחיד ולא ממנו להם.

ורצו הכוללות לפדותה ששוה ששים וממושכנת בשלשים והשוכר ממאן באומו כי היא שכורה לו ע"ס אלף הששי והוא לא התנה על עצמו שיחזירנה לזמן ההוא. והם משיבים לו דמכח המנהג דנהגו שהגם שהתנאי מצד אחד הצד השני פודה בזמן המוגבל הו"ל כהתנו וכן נהוג נמי בשטר מכר ושכירות שעושים ההטבה מצד המוכר דוקא ועכ"ז בהגיע הזמן המוגבל כופהו הקונה להחזיר לו מעותיו אפי' בבדה"ץ וגם אומד"ד שאין אדם שוכר שוה אלף במאה וסתמם להחזיר.

ושמו עלי עין רבנן לעיין בדי"ז ודברם נחוץ להשיב בקצור מפני שהז"ג. ואני בעוניי אמרתי תחילה לעיין בשני הסוגים מכר והטבה ומשכנתא לענין רבית.

כי מכר והטבה לכאורה נראה תמוה ממ"ש ביו"ד ר"ס קע"ד וח"מ סי' ר"ז דמכר קרקע והתנה המוכר שיחזירנו לו כשיהיו לו המעות דהתנאי קיים ואסור ללוקח לאכול פירות דזוזי כהלואה גביה. ולכאורה נראה דגם בהתנה לוקח כנ"ד אם התנאי קיים אין זה מכר אלא הלואה כמדוקדק בלשון הש"ע דיו"ד אבל אם אמ"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות אחזיר לך הקרקע אין כאן תנאי וכו' לפיכך הלוקח אוכל פירות משמע דאם הוא תנאי אסור לאכול פירות והגם דבח"מ פסק כלשון הרמב"ם דכשאמ"ל הלוקח מדעתו

וכו' התנאי קיים והלוקח אוכל פירות כבר תמה הטור על הרמב"ם וז"ל ואיני מבין דבריו כיון שחושב אותו תנאי וצריך הלוקח לקיימו היאך יאכל הפירות וצ"י.

א"כ להש"ע בח"מ נראה שפסק כלשון הרמב"ם וביו"ד כהטור. חוץ מזה יש להרגיש ברמב"ם פי"א ממכירה וכלשונו כתב בש"ע ח"מ סי' ר"ז וז"ל וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בזמן פ' וכו' הרי המכר קיים ויחזיר נראה דבין התנה לוקח או מוכר סתם ולאקפיד ארביית ואילו לקמיה כתב בהתנה לוקח דהוי רביית קצוצה אבל זאת י"ל כי ה"ה כתב עד"ר ג"ז פשוט פא"ן כמו שית' לקמן ובב"י כתב ע"ד הטור דלא חש לכתוב דין זה מפני שהוא בכלל מ"ש לקמיה מכר קרקע והתנה מוכר ע"ש כונתם דהתנו והד"מ מעיקרא אשמועינן קיום התנאי והדר אשמועינן איסור הרביית.

אבל קמייטא קשה. ובחפשי ללמוד זכות למנהג יש' מצאתי טעמי תריצי.

א') דהני שטרי דידן אחר שקנו מידו על המכר ונגמר אז חוזרים וקונים ממנו על ההטבה ועיין בכ"מ ובב"י סי' ר"ז דבזה תי' קו' הטור להרמב"ם דהגם שהתנאי קיים וקנו ממנו כיון דמיירי בהכי דנעשה אחר גמר המקח שרי לאכול פירות דהוי כאילו חוזר ומוכרה לו עש"ב וכ"כ בב"י ליו"ד סי' קע"ד משם הרשב"א ופסקה בש"ע שאם נעשה התנאי אחר המקח אפי' שעה אחת ה"ז מכר גמור ואפי' עשה לו שטר ע"ז בקנין ובכל מיני חזוקים חסד הוא שרוצה להתחסד עמו ולהחזיר לו מקחו ע"כ.

ובזה אין דבר סת'ר בש"ע מיו"ד לח"מ דלעולם כשהתנאי קיים אסור לאכול פירות כיו"ד אך כ"ז כשהתנה בעת המקח אבל אחר גמר המקח כהך דח"מ התנאי קיים ושרי לאכול פירות. גם בזה יוכל להתיישב מה שסתם בסי' ר"ז ס"ה בהתנו המוכר ולוקח ולא פירש מהו לענין רביית משום דמיירי בתנאי שאחר גמר המקח ועיין בש"ך סי' ר"ז שכ"כ משם הב"ח ובבע"ח ליו"ד סי' קפ"ח כ"כ משם כמה פוסקים והעלה דאין בזה אפי' רביית דרבנן.

ב) כי הסמ"ע בסק"י חי' דבס"ה שסתם בש"ע בהתנה לוקח ולא חשש לרביית מיירי שקבעו זמן שתהיה קנוייה עד זמן פ' ומנהו והלאה אם יתן לו מעות יחזירנה לו לכן הוי כמשכנתא בנכייטא באתרא דלא מסלקי וגם האוסרים שם משום דבתורת הלואה נתן לו יודו הכא דבתורת מכר ירד והו"ל כמתנה ע"מ להחזיר ובס"ו מיירי בלא קבע לו זמן וכדבריו כתב המבי"ט ח"א סי' ק' ובכמה תשו' מח"ב בשם רב עמרם גאון ועיין בפ"מ ח"ב סי' פ"ט דבמקבעו זמן שלא לסלק אלא אחריו דהתנאי קיים ולוקח אוכל פירות.

ועיין לה' שבט בנימין סי' פ"ה שהביא דברי מרן והסמ"ע להתיר ההטבה. ובנ"ד נמי הרי קובעים זמן שלא לסלק.

ג) למ"ש המש"ה א' בסי' ר"ז ומח"א פי"ג ממלו"ל דבאומר ע"מ שתחזירנה לי אפי' בשעת המכר שרי דמשמע עד שעת החזרה הוא מכור ולא אסור באומר כשיהיו לי מעות רק בל"א על מנת ע"ש אלא דבזה הרבה להשיב החק"ל ז"ל ח"ב מיו"ד סי' י"ח ומסתיין תרי טעמי הנז'. ועיין בשיו"ב ליו"ד סי' קע"ד כתב משם הרמב"ח ז"ל להתיר במו"ש והטבה רק שיכתבו ההטבה יום או יומים אחר המו"ש ונתמרמר על פשוט המנהג לעשותם תכופים ואמר שלבא לכלל היתר צריך שיקבעו זמן שלא יפדה הקרקע ע"ש.



ואחה"ר לא זכיתי להבין כיון שמרן לא התנה שיהיו רחוקים רק אחר גמר המקח מדוע סגי ליה למר דעתו ח"ו ואנן אתכא דידיה סמכינן ובחר בדרך הסמ"ע ומ"מ ג"ז ניחא לדידן. והרב חוקי חיים סי' כ"ה עמד על ההטבה דידן ולא זכר לא מדברי מרן ולא מהסמ"ע אלא שסמך יסוד ההיתר מפני שתולין הדבר ברצון הלוקח והביא שכ"כ הרדב"ז בישנות סי' שכ"ב ותקל"ב שאין בזה חשש רבית אפי' דרבנן ומעשים בכל יום ע"ש.

ולכאורה הדבר תמוה דנהי דמהש"ס ופוס' מוכח דכשהדבר תלוי ברצון לוקח שרי אינו רק כשהוא לטובת המוכר אבל כשהתנאי שהלוקח יכפה למוכר לא שמענו ומשכנתא דסורא תוכיח במכ"ש דהתם הלואה יכול לסלק והמלוה אסור להתנות לגבות חובו הכא דהמוכר אסור להתנות לכ"ש דלוקח אסור להתנות לכפותו אלא דודאי גם הרב ל"א רק בהטבות דידן דהתנאי הוא אחר גמר המקח ומחלק בין משכנתא דתחילתה הלואה להכא דזביני.

מ"מ הרב ז"ל הוא מן המתירין. ומה שיש לפקפק מדברי מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' כ"ג בזה שהחמיר משום שאין מתכונים למכר ואין זה כ"א הלואה וכו' המשה"א שהיקל מטעם שמתנים בע"מ מ"מ חשש להא דמהרימ"ט ע"ש כבר האריך בזה החק"ל שם סי' כ"ב לתת טעם למתירים ובסי' כ"ג כתב דאף בגילו דעתם בשעת המכר בקצבת הריוח וכו' דלא איכפת.

ובסי' כ"ד הוסיף דאפי' לא הווי גמירי דינא ועשו באופן האסור ושוב הודיעום ועשו בדרך היתר לא נאמר סמכו על מעשה הראשון וכו' וגם מה שמחזיר המקח בלי מכר חדש וקנין אין זה הוכחה דמתחילה להלואה איכוונו די"ל ס"ד להחזיר בלא שטר כיון שתחילתם שלו עש"ב ובלא"ה מהרימ"ט ז"ל כתב שהעידו לו שהרב רבי אבהו המבי"ט לארץ ותרעד ז"ל כמה פעמים כפה והחזיר המקח לבעליו ואילו לענין שכי' הקרקע בימים שהיתה בידו לא הגידו לו שהוציא ע"ש וק"ו לדורותינו יתמי דיתמי: ובענין המשכנתא ג"כ יש לעמוד במה שמתנה ממשכן לסלק לשוכר דהן אמת שהרא"ש בפ' איזהו נשך דס"ז כתב להדיא דמשכנתא דסורא מצי לסלק לזה ולמלוה וללוה וכן נמצא נוסחא ברמב"ם פ"ו מה' מלו"ל שכתב בממשכן בית או שדה וכו' שאין זה אלא כמי ששכר ממנו בפחות ואם התנה בעל השדה עמו שכ"ז שיביא לו מעותיו ינכה לו יו"ד בכל שנה ויסלקו ממנה ה"ז מותר וכן אם התנה המלוה וכו' וכן קיים גרסא זו מהריט"ץ ז"ל סי' רמ"א מטעם דאינה אלא שכירות ול"ש התנה לזה ל"ש התנה מלוה כל תנאי שבשכי' קיים.

אבל מרן בכ"מ לא ניח"ל דגריס גם בשניה וכן אם התנה לזה ומוקי כפל הבבות אחת בבית ואחת בשדה. והרמ"ש"ל קיים הגי' אם התנה המלוה והשיאה לכוונה אחרת דהיינו שהתנה לטובת הלואה ע"ש.

ובפרט לטעם ה"ה והרמב"ן שם דעיקר ההיתר משום דל"מ מלוה לסלק ללוה. ועיין באבק"ר סי' קי"ב הוב"ד במבי"ט ח"א סי' רנ"ט שעלה ע"ד להתיר גם סלוק מלוה לטעם התו' והרא"ש דהו"ל כלוקח פירות בפחות ולט' הרמב"ם דהוי כשוכר בפחות ורצה

לדחוק גם לדעת ה"ה ז"ל ושוב החמיר ע"ש ובש"ע כתב טעם ההיתר משום דל"מ מלוה לסלק.

והמבי"ט שם הפריז דגם לטעם התוס' או הרמב"ם ל"מ לסלק רק לזה דכיון דברצונו הוא הו"ל מקח גמור לגבי מלוה דבדידיה קפדינן וכו' גם הש"ך בסי' קע"ד הגם שהאריך לדחוק בדברי הכל ט' ההיתר מפני שכותב ובמשלם שנייא אליו תפוק וכו' סיים דפשט דברי ה"ה משום דל"מ מלוה לסלק וכן דעת הש"ע ע"כ ולפיכך אנו חייבים לבקש עזר למנהג שמתנים שהמלוה יסלק.

ועלה ע"ד לומר דה"ן אם אחר שגמרו ענין המשכנתא בקנין עשו תנאי לסלק המלוה בקנין אחר שפיר דמי כמש"ל במכר והטבה. והגם כי באבקי"ר שם כתב וז"ל ואפי' למ"ש ה"ה ט' ההיתר מפני שאין כח ביד המלוה לגבות וכו' אפ"ל שזהו גדר משכנתא דסורא ואחר שנעשית משכנתא זו כהלכתה אם אח"כ רצו להתנות שיוכל בעל המעות לגבות וכו' ומ"מ יש לבע"ד לחלוק שכיון שבתנאי זה מתבטל טעם משכנתא דסורא הו"ל כאילו עקרו המשכנתא דסורא ועשו המעות מלוה ואסור לדעת ה"ה ע"כ דמשמע דגם אחר גמר המשכנתא אם עשו התנאי יש לבע"ד לחלוק י"ל דמירי שהכל בקנין אחד ומ"ש ואחר שנעשית המשכנתא כלו' שאמרו ובמשלם שנייא אליו וכו' דזהו גדר משד"ס ועכ"ז הוה ס"ד להתיר ולא דמי לתנאי חזרה בשעת המכר דהתם בתנאי החזרה מתבטל המקח לגמרי למפרע ולא הי"ל חלות דחוזרים הדמים בשלמות משא"כ הכא דמנכה הדמים על זמן שהיתה בידו והו"ל כשוכר או לוקח פירות בפחות וכמו שחילק הט"ז (והם דברי הב"י בסוה"ס"י שם) סי' קע"ד בין תנאי דמוכר דל"מ להתנות לסלק לתנאי דשכי' דמצי משכיר להתנות לסלק לשוכר ע"ש ובזה הוא דמצי בע"ד לחלוק אבל כשנגמר ענין המשכנתא בקנין ושוב עשו קנין אחר לסלק י"ל דלא יחלוק אדם דמאי שנא ממה שהתירו בזה גבי מכר.

אלא דזה צ"ע כי י"ל בהפך דמאי דס"ד למרן להתיר הוא דוקא בנעשה קנין אחר אחר גמר קנין דמשכנתא כהוראת פשט ואחר שנעשית וכו' ולא בנעשו בקנין אחד דהתם ודאי לא ס"ד להתיר כי התנאי מבטל המעשה והדרי זווי הלואה ועכ"ז יש לבע"ד לחלוק דאם התירו אחר הגמר במכר הוא מפני שעיקרו מכר משא"כ במשכנתא דעיקרה הלואה.

והגדר להוציאה מזה הוא שאין המלוה יכול לכפות. וא"כ גם אם התנו אח"כ הרי נפל הגדר ועיין בט"ז וש"ך בסי' קע"ב שכ"כ לט' האוסרין במשד"ס אחריות על הלואה גם אם נתן לו דבר קצוב מפני שזהו גדר היתירה וכשיפול תחזור הלואה ובסי' קע"ד כתב הט"ז דאין זה רק במשכנתא דעיקרה מלוה ולא בשכי' ומכר ע"ש ובב"י סוס"י קע"ד (מ"מ עוד לא זכיתי להבין חו' מרן בתשו' הנז' כיון שעשו גבול לד' שנים ואז אח"כ יוכל לכפותו דזה הוי כשכי' ע"מ להחזיר לשטת הסמ"ע לעיל ונראה דבזה לא יפול גדר ההיתר לאותו זמן): ומ"מ בשטרי דידן שאין שם לא שם הלואה ולא שם משכנתא נראה דאין זה אלא שטר שכי' וכ"כ המט"ש בח"ג בתשו' סי' י"ב דיש להם דין שכי' ולא דין משכנתא וא"כ הרי הרמב"ם כתב דכל תנאי שבשכי' קיים וע"ש במהריט"ץ דרצה ללמוד זה משכי' גם למשד"ס והרב כהונת עולם סי' מ"ג דמ"ו ע"ג כתב וז"ל ותו דעכ"פ כל תנאי שבשכי' קיים ויכולים להתנות זה לסלק וזה להסתלק בתוך הזמן וכו': שו"ר

מח' בזה בין שני המאוה"ג בפני יצחק ח"א סי' וא"ו דהרה"ג המלאך רפאל מאמאן ז"ל כתב דשטרי דידן שטרי שכי' הם ומצי המלוה להתנות לסלק ושאני משד"ס דעיקרה מלוה וכמו שמצאנו בק' אחריות על המלוה דבמשכנתא אסור בסי' קע"ב ובשוכר בפחות שרי בסי' קע"ד אבל הרה"ג המחבר הי"ו אסר למלוה לסלק גם בשכירות ועשה סמוכות מדנקט בב"י וש"ע סי' קע"ד בשוכר בפחות דמצי משכיר להתנות ואילו גבי שוכר לא קתני ותו דאשמועי' רבותא בשוכר בפחות דשרי קבלת אחריות על המשכיר ואילו תנאי המלוה לסלק לא אשמועי' ע"ש ואחה"ר מכת"ר אין הכרח מזה לדחות דברי הרה"ג מלך ר"ם ז"ל דמאי דלא נקט בשוכר בפחות דהשוכר יתנה לסלק משום דלאו אורחא דשוכר בפחות להתנות לרעתו שיפדה וזהו הטעם עצמו דלא אשמועי' רק רבותא דק' אחריות דאנה"ן דדי"ז שוה לתנאי דמצי השוכר לסלק כי המעיין בה"ה יראה משם הרמב"ן דהיתר משד"ס תלוי בב' ענינים שהמלוה לא יוכל לסלק והאחריות היא על בעל המעות וכיון דבשוכר בפחות התיר האחריות על בעל הקרקע ה"ה שמותר המלוה לסלק זולת משום דלאו אורחא להתנות השוכר לזה השמיטו (אפ' זהו ט' מרן בתשו' דלא סייעיה לה"ה ממ"ש הרמב"ם תנאה במשד"ס גבי לזה ולא גבי מלוה כמ"ש הרב המבי"ט שם משום דאין הכרח כמ"ש) ומה שלמד עוד כי בב"י סי' קע"ד יליף דין שוכר בפחות דמצי משכיר להתנות ממ"ש הרמב"ם במשד"ס וכן אם התנה הלוה ה"ז מותר דאין זה אלא כשכי' וכל תנאי שבשכי' קיים ועכ"ז באבק"ר אחר שעלה ע"ד להתיר גם בתנאי מלוה הדר ביה מכח דברי ה"ה וס"ל דאף דהוי כשכי' עכ"ז לא מצי מלוה להתנות ע"כ נראה שמבין כי מרן נותן למשכנתא דין שכירות ומזה יצא לו דכיון דהדר ביה ממשכנתא כן הדר ביה משכי'.

וזה תימה דא"כ כשם שאסר ק' אחריות לבעל המעות במשכנתא כן יהיה אסור בשכי' ואיפכא שמעינן דבשכי' התיר ק' האחריות ובודאי ה"ט משום דזה עיקרו מלוה וזה עיקרו שכירות. וכן יש לחלק בתנאי סלוק המלוה.

ולא יליף מרן ממשכנתא אלא ממ"ש הרמב"ם וכל תנאי שבשכי' קיים מזה יליף לתנאי לזה וה"ה לתנאי מלוה. ומ"ש ממהרימ"ט ח"א סי' כ"ג דמאי מהני שם שכי' כיון דמעיקרא שם משכנתא קרו לה ועיין בריב"ש סי' ש"ה דאין הלשון גורם וכו' זה קמחא טחינא הוא ועיין להלח"ר סי' ר"ח מגדולי הפוס' דכל מאי דמצינן לתרוצי דבורייהו להוציאם מאיסור רבית דאחזוקי אינשי ברשיעי למ"ח והחק"ל ז"ל ח"ב דיו"ד האריך לקיים מנהגן של ישראל ומ"ש דיש לשאת ולתת בדבריו לא שבקינן תורת חיים הרחבה מני ים ממשא ומתן סתום וסוגיין דעלמא הכי ולזה לא ידענו עדין כח לדחות דברי הרה"ג מוה"ר ז"ל לולע"ד כן יש לדון ובפרט שגם הרה"ג פנ"י הי"ו התיר שם מכח המנהג וכו' והדין עמו דקי"ל בח"מ סי' ל"ז וסי' מ"ב וסי' ס"א וע"א דמנהג מבטל הלכה כמ"ש בסי' רל"ב והארכתי בזה במ"א: ומעתה ניהדר אנפין לעיקר השאלה אי מצו הלווים שהם הכוללות בנ"ד לכפות למלוה להחזיר להם הקרקע אחר הגבול שהתנה הוא לסלקם אע"ג שהם לא התנו.

ומריש נדעה נרדפה טעם המנהג בשטרי מו"ש שאע"ג שההטבה היא דוקא מצד המוכר עכ"ז מעשים בכל יום שגם בב"ד כופה המוכר ללוקח להחזיר לו המקח ומצאנו במכר

המשכונות במי שמוכר לו החפץ בסתם וכשמביא המעות חוזר ומוכרו לו ביוקר שעמדו בזה קמאי ובתראי והחק"ל ביו"ד ח"ב סי' י"ט הביא מח' בזה אי מצי הלוקח להחזיק מקחו או לא ולבסוף אסיק מלהקת הפוס' דרבו וסו' דמקח הנעשה להתיר רבית מקח גמור הוא ויכול להחזיק בו דא"ך הו"ל הלואה ויש בו משום רבית ע"ש והרה"ג מהריט"א ז"ל שם בסי' ק' אחר שעלה ע"ד לומר לדעת המח"א ז"ל דבאומר מוכר ע"מ שתחזיר לי המקח כשאביא מעות דשרי דכיון דיש מנהג בעיר דמחזיר לו המקח כשמביא מעות וגם אומד"ד שלא מכר לו שוה מנה במאתים מצינן למימר דגם במכר בסתם הו"ל כהתנה בפ"י בע"מ ולא מצי להחזיק במקחו ודימה זה לדקי"ל בא"ח סי' תרנ"ז הנותן לחבירו לולב בסתם חייב להחזיר דהו"ל כאילו התנה וכן בח"מ סי' קצ"ה לענין ק"ס כתב מור"ם דאי תפס לא מפקינן מניה דסתמא ע"מ להחזיר יהיב וכו' לבסוף חזר ואמר דכיון דהני רבוותא סו' דמצי להחזיק וטעמם אי משום דלא ס"ל כהמח"א או משום דל"מ ע"מ להחזיר אלא במפרש ולא בסתם וס"ל דמצי תפיס הסודר או משום דשאני כשיש דעת אחרת מעכבת א"כ מידי ס' לא נפקא ויכול להחזיק במקח כידוע מתשו' הכרם להרשב"א ז"ל ע"ש (פלא אמאי לא זכרו סוגיא בדוכתה גבי מכר להתיר רבית דביו"ד סי' קס"ט גבי משכון גוי שביד ישראל ומכר אותו היש' לישראל אחר דמור"ם בסי"ח כתב להדיא ואם בא הראשון לפדות המשכון ואין השני רוצה להחזיר לו הרשות בידו דהוי לגמרי כשלו.

וכן דקדקו המפז"ל מלשון הש"ע שכתב ואם לאחר זמן רצה שני לחזור וליטול מהראשון קרן ורבית ולהחזיר לו משכונו מותר מדכתב רצה שני ש"מ דברצון שני תלוי הדבר ולא ברצון ראשון ע"ש) וא"כ איך דייני דייני לכפותו להוציא ממנו המקח והגם שראיתי בנדיב לב ח"ב סי' הוכיח מתשו' מהריט"א ז"ל דכשגילה דעתו שבא להחזיר המקח ושוב חזר בו מאיזה סיבה דמפקינן מיניה.

אין זה מספיק לדידן שכופין גם בלא גילה דעתו. ועלה ע"ד לתת טעם למנהג משום שאנו אין לנו רק דעת מרן ז"ל ובח"מ סי' קצ"ה פסק דאם אמר הקונה תקנה סודר זה ותקנה לי חפציך לאחר שלשים יום ל"ק מפני שבשעה שיש לו לקנות כבר החזיר הסודר לקונה ופי' בב"י משום דקיי"ל אפי' תפס הסודר המקנה מפקינן מניה והתם בסתם מסר לו הסודר ואיכא דעת אחרת מעכבת ועכ"ז מהני האומדנא להחזיר ולא ס"ל כטעמים דיהיב מהריט"א להני רבוותא אלא דהדרי בי משום דכ"ז הוא עפ"י יסוד המח"א דבאומר ע"מ אין כאן רבית והוספנו גם הסתם באומד"ד.

ומרן ודאי דלא ס"ל כהמח"א שלא מצא היתר רק במתנה לאחר המקח ולא במתנה בעתו ובנפול היסוד נפל הבנין של הסתם והאומדנא. ונאמר דהאומדנא תועיל גם לסתמא שהתנה אחר המקח.

זה לא שמענו שמהאומדנא נאמר שעשה מעשה חדש: לזה לבי אומר לי לפי מה שראיתי ודקדקתי בס' הפוס' שדברו בזה ולא מצאתי בהם שזכרו ההטבה מהמוכר כמנהגנו רק ההטבה מלוקח למוכר זולת הרב חוקי חיים ז"ל סי' כ"ה הוא שזכר מנהגנו נראה שהמנהג היה פשוט בתחילה לעשות מלוקח למוכר ומחדש הוא שנהגו לעשות ממוכר וא"כ הנה ידוע הוא דתנאי הנהוג במנהג פשוט וכן כל דבר אע"ג שלא נכתב הו"ל

כנכתבוכמ"ש מור"ם סי' קס"ט גבי משכון גוי שמשכנו ליש' חבירו שאם התנו מתחילה שצריך לחזור וליתנו לו כשבא לפדותו הכל לפי תנאם ואפ' דאפי' מסתמא הו"ל כהתנו כיון שהמנהג כך ע"ש וכן תמצא בח"מ סו' סי' מ"ב וסי' ס"א ס"ה וסי' ע"א.

וא"כ ה"ן כיון שמתחילה היה מנהג פשוט לעשות הטבה מלוקח אע"ג דלא נכתב כנכתב דמי. (ואם יראה באיזה פוסק שהגם שמנהגם היה להחזיר כתבו שיכול להחזיק י"ל דלא היה המנהג פשוט כ"כ ואיבע"ל לפרושי כמ"ש בסי' ע"א גבי נאמנות.

או משום דלא מוכחא מילתא. דאדעתא דמנהג עביד ואולי מתחי' למכר גמור נתכוון דדוקא כשיש עדים או הוכחה דאדעתא דמנהג עביד יש לסמוך על המנהג) ובזה יש לישב קו' הש"ך והט"ז על מורם דהיכי שרי להתנות והלא בסי' קע"ד קי"ל לכשאביא לך מעות תחזירם דאסור משום רבית (מלבד שי"ל דמורם קאי על תנאי שנעשה אחר גמר המשכון וכדעת הש"ע) די"ל לדעת הסמ"ע דמועיל התנאי גם בשעת המקח אם גבלו זמן לפדיון ואם המנהג פשוט גם בסתם הו"ל כהתנו.

וכמ"ש דבהכי איירי מור"ם ובזה יתישב מ"ש מהרימ"ט סי' כ"ג עדות על הרב מר אביו ז"ל דכמה פעמים הוציא המקח מהלוקח כשרצה להחזיק בו שמתחילה היה דעתם למשכן ולא למכור לחלוטין וכדין עשה אף שלא התנו החזרה וכו' (אף כי עדות זה נראה נגד מ"ש המבי"ט ח"א וב' דשפיר מצי להחזיק במקח עיין להפ"מ ח"ב סי' פ"ח שכתב דבזקנותו חזר בו ועשה מעשה להוציא) וסיים מהרימ"ט דאע"ג דהוציא המקח השכי' לא הוציא ע"ש.

והשתא איכא למידק כיון דאיירי דלא התנו מחזרה ממ"ן אי ס"ל דמשו"ה המקח קיים ואוכל השכי' היכי מפיק המקח ואי ס"ל דהמכר אינו מכר היכי שביק להו השכי' ואם אין הדור יפה הלא כח הרב יפה אלא נראה עפ"י מ"ש המבי"ט שם ח"ב דבזמנו נקבצו לתקן ענין המכירות שלא יהיה רבית ותקנו והשתא א"ש שאחר שנתפשט אופן ההיתר שוב לא היו מתנים כי היו סומכים על המנהג וס"ל למר שפשוט המנהג הו"ל כהתנו ולפיכך הוציא המקח ושייר השכי' דהו"ל כהתנו באוה"מ ובזה תמצא טוטו"ד למ"ש הרב נאמן שמואל סי' י"ט בנ"ד שהלוקחים הטיבו חסדם להחזיר למוכרים ונשרפו הבתים והלוקחים תובעים להחזיר להם מעותיהם דרבני ויניציא פטרום משום מכת מדינה והרב המחבר פטרם משום שאין זה השבה ע"ש.

ולכאורה ק' דבלא"ה פטורים כי הלוקחים הם שהטיבו להחזיר ולא המוכרים אלא ודאי נראה דמנהגם היה להתנות זע"ז וזע"ז ומשו"ה אף דאשתלי להו ולא התנו הו"ל כהתנו והיו חייבים לפדות לולא הטעמים הנז'. ומעתה עם כי ראיתי להרב חוקי חיים סי' י"ב הוא ומר שמואל העליר ומרהי"ע ז"ל כולם שקו"ט בהך אומדנא דמהריט"א ז"ל אם תספיק ע"ש מ"מ מסתיין התפשטות המנהג דבזה הוי סתמא כאילו התנו.

והגם די"ל שאנה"נ דנחית שוכר להתנות ועכ"ז לא התנו המשכירים נימא דהם לא הקפידו גם בזה בבע"ח יו"ד סי' קפ"ח גבי לי ולא ליורשי שכתב דבמידי דמעיקר הדין היה יכול להתנות הו"ל כהתנה הל"א מדזה התנה וזה לא התנה מחל ע"ש. ומינה להני

שטרי שכי' דידן דמלבד המנהג הפשוט ועוד היום רבים הם המתנים זע"ז וזע"ז וא"כ מאן דאשתלי ולא התנה הו"ל כהתנה.

עוד בה תרתי לטיבותא חדא דמעיקר הדין מצי משכיר להתנות גם בעת השכי' ולא אחרי הגמר דומה לתנאי ע"מ שכתב המח"א ובזה מהני האומדנא דאין אדם שוכר שוה מאתיים במנה אלא אדעתא דיחזיר ומהני האומדנא כאילו התנה בשעת מעשה כהך דסודר ולולב לדעת מרן. ועוד אפ"י היה בזה מח' אין זה דומה למ"ש מהריט"א ז"ל דיכול להחזיק במקח מכח קי"ל דשאנ"ה דהוי מכר והלוקח הוא המוחזק מתשו' הכרם אבל הכא דשכי' הוי הא קי"ל בסי' שי"ב דבעל הקרקע הוא המוחזק.

וא"כ השוכר דנ"ד שרוצה להחזיק בשכי' יותר מזמן שקצבו להטבה אין לו על מה שיסמוך. ומצאתי און לי להלח"ש בחזקתהבתים סי' י"ג ס"ג במשכנתות שהם מכר והטבה והשכן מזיק בהיז"ר מי ימחה בו בעה"ק או הממושכנת אצלו שהביא דברי העדוב"י סי' ג"ן שהמושכנת בידו הוא ימחה ולטעמיה אזיל בסי' מ"ז שפסק שאין האלמנה גובה כתו' ולא בע"ח חובו ממותר המשכנתא דהו"ל ראוי וכו' והוא ז"ל כתב ובכך אנן בדידן האינדנא קחזינן מנהג פשוט בכל ב"ד וכו' דמגבים לאל' ובע"ח וכו' באופן דחלקו על הרז"ל וס"ל דזה קרקע בעלים הראשונים ומוחזק וכו' דאעפ"י שכותב לו מכי' החלטית בלא הטבה אם הדמים מודיעים דבתורת משכנתא אתא לידיה מחייבים הלוקח לקבל המעות ולהחזיר הקרקע וכו' ועיין בס' בית דוד סי' פ"ח ופ"ט ועוד ראה לדברינו שאנו רואים מעשים בכל יום במוכר במשכנתות הנז' שחוזר ומוכר לאחר תוה"ז הקצוב ומתקיים המכר לשני והוא קם תחתיו ולדברי העדוב"י ז"ל הרי אין אדם מוכר דבר שאינו שלו ודאי משכנתא היא ולא כתב מכר רק לאלומי מילתא וכ"ן המנהג הפשוט שבעה"ק הוא המוחזק בהיז"ר וכו' ומעולם לא ערער אדם וכו' וגם העדוב"י דקל"ו ע"ג קרי להו משכנתות ע"כ הנה הרב מקיים מש"ל אי משום האומדנא ואי משום פישוט המנהג וכמ"ש: ואם נפשך לומר דבנד"ז כתוב בשטר ק' ס' הפוסק ואולי ימצא השוכר איזה פוסק לזכותו גם לזה י"ל דמלבד שהרב מ"ס המלך ז"ל בחק"ל מ"ב ח"מ סי' י"ג כתב שאין לישען ע"ז והרב המחבר אף שפקפק בראיותיו עמד נגדו מ"ש מהרימ"ט ז"ל דבמידי דלא ידע כמה מחיל ל"מ מחילה ובסוף כתב דאין ולא ורפיא בידיה ונמשך מזה מח' באחרונים וא"כ יוכלו המשכירים לומר קי"ל עוד בה נראה דבנד"ז אחר שפשט המנהג בעי"ק ת"ו לדון כן ליכא מאן דפליג דאין תקון זה מועיל כי הרב מ"ס המלך ז"ל דחה תקון זה ממש' בש"ע סי' ס"א ס"ו שטר שנכתב בו שיוכל לירד לנכסי לווה ולמכור בלא שומא והכרזה לא מהני והחק"ל שם הליץ דהתם מיירי בכתב נגד המנהג וכדבריו מפו' ממש בסי' ק"ג ס"ז וא"כ גם הסו' דמועיל תקון זה מודו בכותב נגד המנהג דל"מ: ולמאי דאוקימנא דהו"ל כהתנו ביניהם לסלק זא"ז אחר זמן ההטבה א"כ בנ"ד אם מכרו הכוללות הבית הנז' יוכל הקונה להוציא השוכר בכלות זמן ההטבה כדין השכי' בסי' שי"ב דמוכר ביתו השכורה תוה"ז אין הקונה יכול להוציא ולאחזה"ז מוציא ואפ"י אם יש לשט"ד דין שטר משד"ס פסק שם וז"ל משכנו לשנים ידועות כו"ך לשנה כ"ז שלא יפדנו וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול ליקחנו מיד המלוה תוך השנה אבל אחר השנה יכול ליקחנו והתם במשד"ס איירי דבר לחוד מתיר הש"ע ביו"ד והתנה לווה לסלק או שמנהג העיר לסלק ועכ"ז תוך השנה אינו יכול ליקחנו

משום דסתם משכנתא שתא וכמ"ש בב"י אבל אחר השנה לא וכ"כ להדיא בב"י שם ראש הסימן משם הירוש' וזהו קצור פ"ה השייך לנו דר' איסא עבד עובדא בבית של אחד שהיה ממושכן אצל יאודי אחר במשד"ס או כל ימיו כו"ך לשנה כל זמן שלא יפדנה ולא הי"ל מעות לפדותה והורה כר' אמי שיצא מיד אבל משכיר בית לשנה וצריך למוכרה מחמת דוחקו צריך להניח שוכר בבית עד שישלים זמנו כר"ז עכ"ל הב"י הרי דבמשד"ס שיוכל לסלקו או בשכ"ל לאחר זמנו מצי הקונה להוציאו מן הבית חוצה.

ומינה לנד"ד דהקונה יוציא השוכר זהנלע"ד במה ששניתי בין הפרקים ואם יסכימו עמי בעלי הוראה ישמח לבי: סימן י"ג שאלת חכם מני"ר הרה"ג כמהר"ר מרדכי נ' גו הי"ו שמזה כחמשים שנה אשר מע' הרב הק' הרמ"ז זצ"ל בהתאסף ראשי עם יחד שבטי ישראל בשבת תשובה דרוש דרש להם מחומר איסור הוצאה ולא זזו משם עד שגזר בחרם אל יצא איש מקיר העיר החוצה ביום השביעי וההיום בעוה"ר באו פריצים ועוברים בשאט בנפש.

ולא עוד אלא שמריבוי האוכלוסין רבים קבעו דירתם מחוץ לעיר. גם רבים דרים שם בפקודת הרופאים לשנות האויר ולכן גם היראים לא ידעו עוד להזהר מלצאת ולבוא לבקר איש את רעהו ואת קרובו משום קנאה ושנאה.

והרב גדולת מרדכי הי"ו ידו פרש ש'ר בספרי הפוס' בכחא דהיתרא. ואגב ענותנותיה בדיק לן מר לחוות דעתי בזה: ואנא זעירא הגם כי ראיתי להרב שער אפרים ז"ל סי' ע"ב אייתי בידיה להקת הפוס' שבורחים מהתרת ההסכמות כבורח מן הנחש ומה יעשו אזובי קיר כמוני אבל משום עשה דכבוד תורה חל עלי חובה לשנות פרק זה ולחלקו לחלקים ומעכ"ת בחכמתו ירחק או יקרב: א) צריך לדעת אם יכולת ביד ב"ד לכוף הצבור לתקנותיהם.

ונראה פשוט דיכולים הם ממ"ש מרן בח"מ סי' ב' כל ב"ד וכו' ואפי' וכו' ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם והגיה מור"ם וכן נוהגין וכו' אעפ"י שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד ב"ד רק להכריח הצבור רק במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם וכו'. ומדברי מור"ם משמע דלס' ראשונה יכולים להכריח גם בגזרות חדשות וכיון דמרן פסק כן כוותיה נקטינן והגם דיש לדון דגם מרן ס"ל דהולכין אחר המנהג והכא לא ידענו המנהג מ"מ בנ"ד דהוי מגדר מילתא עיין בד"מ דגם מהר"ם דהוא מהסו' דאינם יכולים לכוף מודה דבמגדר מילתא כופין ועיין בסמ"ע סקי"ג: ב) אם די"ז נוהג גם בדין יחידי כנ"ד (מלשון הש"ע שכתב ודוקא גדול הדור י"ל דקאי אב"ד גם מ"ש כגון רב נחמן י"ל הוא ובית דינו) ועיין להרב בית יאודה חו"מ סי' א' הביא מח' בזה דלהמרדכי בפ"ק דב"ב סי' תר"ו גם יחיד הממונה יכול להכריח אבל הרשב"א בסי' תרי"ז הוב"ד ברי"ו נ"ד ח"ב כתב והדין הוא כך אם העמידום על דבר ידוע מן הצבור אפי' אחד כל מה שעשה עשוי וכו' ואם העמידום בסתם לפקח ע"כ ענייני העיר וכו' אין גזרתם וחרמם ומה שעשו קיים וכו' ע"כ והרב מים רבים ח"ב דנ"ז כתב משם הר"ן דר"פ בני העיר דיחיד אינו מכריח ובנדונו העלה דבשביל שנתייחד מינוי הרב לאותו דבר או משום דבלא"ה כולם הסכימו לדבריו לכך מה שעשה עשוי ע"ש (הרב הפוסק הבי"ר מפרמ"א ח"א סי' ד' שכתב ואין לפקפק על התקנה כי הרב אור שרגא עשאה

ואינה הסכמת רבים וכו' דס"ל דיחיד כופה והוא פלא כי הפרמ"א עצמו חזר ופקפק מדברי הרשב"א הנז' וכיון שהוא מח' ויש בכאן חרם ס' חרם להחמיר בהגם שהחק"ל ביו"ד ח"ב סי' רי"ח האריך באיסור ההסכמה אי הוי מדאורייתא או מדרבנן ובדפ"ה ע"ב כתב דאין ס' דאין בתקנת הקהל בלי חרם איסור דאורייתא ע"ש מ"מ המעיין שם יראה דליכא מאן דפליג בחרם דהוא ודאי מה"ת וס' להחמיר והגם דלפי המחלוקת הנז' הוי ס' בגוף החרם ובכה"ג ס"ל למהריב"ל ח"א סי' ע"א דספקו להקל.

הנה הרב שער אשר חו"מ סי' טו"ב דן ממוהרח"ש סי' ס"א ומהראנ"ח ח"א סי' כ"ה דבכה"ג ספקו להחמיר ועו"כ דאפי' מהריב"ל ודעימיה ל"פ אלא היכא שהס' הוא אם יש חרם אבל כשברור שיש חרם וס' אי חל או לא מודו לחומרא ועם כי המשפטי שמואל סי' ס"ה ושער אפרים סי' קי"ב פליגי אמהרח"ש ודעימיה ס' חרם להחמיר ע"כ והגם דיש לעשות ס"ס ספק אי יכולים הממונים להכריח לקהל גם במה שאינו מנהג מקדם ואת"ל דיכולים מ"מ אולי היחיד אינו יכול וכמפורש לעי' המחלוקות בזה מ"מ כיון דהוא למגדר מילתא וכתבנו דבזה כ"ע מודו א"כ פקע הס' הראשון ובפרט שהוא נגד דעת מרן ז"ל והרב בעי חיי סי' ק"ז וק"ם כתב דאינו בסוג ס' כלל והגם כי החק"ל ביו"ד סי' קכ"ז והנדיב לב ח"ב סי' ס"ג והחיד"א בעין זוכר או"ס כתבו דמיחשיב ס' מ"מ לא פלט ממח' וכ"ש דאית ביה מגדר מילתא כאמור.

ועוד שכבר קבלו הסכמתוועיין בסמ"ע סקי"ב דאפי' קבלה באמירה סגי וה"ה ליחיד וכמש"ל משם הפרמ"א ז"ל וליכא למימר דכל דין קבלה הנז' הוא רק במה שיגזרו הממונים לפי שעה ולא לדורות כאשר ידוקדק מדברי הטור שם שהזכיר הוראת שעה וביותר מפו' בהרמב"ם שכתב ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה ולא שיקבעו הלכה לדורות ע"כ דליתא דלא כ"כ רק משום דאיירי בדינים וקנסות דהם לפי"ש שאין לך בו אלא חדושו ולא לדורות אבל הסכמות ועניינים שיתקנו רשאים הם גם לדורות מהך דרשאיין בני העיר להסיע על קצתן וכו' ופוק חזי דלא אשתמיט שום פוסק לחלק בין אותה שעה לאח"ז ואפשר דכיון שהם שלוחיהם ש"ץ ואפוטרופוסים להם כמ"ש הרשב"א סי' תרי"ז יש להם כח לחייב גם בניהם אחריהם וכמ"ש ביו"ד סי' רכ"ח סל"ה דנהי שאין יכולים להשביע הנוולדים מצו לנדות ולהחרים וגם בלי חרם נמי מידי דהוא גדר וסייג לתורה קבלת הרבים חלה עליהם ועל זרעם וגם על הבא לדור כמ"ש ביו"ד סי' רי"ד ומסתברא כן כיון דכל גדול שהמחוהו עליהם דינו כב"ד הגדול הרי ב"ד הגדול גזרותיהם ותקנותיהם קיימים לדורות.

ועיין להרב דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' ל"א כתב להדיא משם מהר"מ אלשיך ז"ל דזט"ה תקנתם נמשכת אף לדורות הבאים ואפי' במידי דממונא וז"ל קצורן של דברים שבכל תקנות וכו' ע"ש. איברא כי בשכנה"ג סי' רכ"ח הגה"ט אורל"ט כתב משם הרא"ם דלהרמב"ם וסיעתו דוקא גדולי הדור וכו' אבל גדולי העיר ואיקלים אין יכולת בידם לגזור ולתקן ושם באורנ"ה תלה בזה דלהרמב"ם אין נדויים וחרמם חל ע"ש ולפי"ז האיכא ס"ס חדש אם גדולי העיר יכולים לתקן ואת"ל דדינם שוה שמא דוקא רבים ולא יחיד.



לזה י"ל מלבד דס' זה הוא נגד מרן שכתב טובי העיר יכולים לכופף וכתבנו דיש מח' בס"ס נגד מרן עוד בה דיש לחלק ולומר ע"כ ל"ק הרשב"א דיחיד אינו יכול לכופף אלא בעשאה לבדו משא"כ בנד"ד דהיה באסיפת הקהל או רובו עיין בס"ח סל"ד דהעיקר הוא הרוב ושמעו ושתקו יודה גם הרשב"א ז"ל דחרם זה קיים ועיין להחק"ל ביו"ד ח"ב דפ"ח ע"ד שכתב וז"ל ומה גם שאינה הסכמת הרב כ"א הסכמת הממונים אלא שנעשית בעצתו כדקי"ל בח"מ סי' רל"א דבכל הסכמת הקהל בעינן דעת חבר עיר ע"ש וה"ן בנ"ד הרי היו הקהל והממונים מסתמא והוי הסכמת רבים רק היא בהסכמת חב"ע ולא דמי להך דפרמ"א דאיצטריך להליץ בעד הסכמת הרב אור שרגא ז"ל שהיה יחיד דהתם לא היה שום אדם עמו משא"כ בנד"ד וכן באופן דנתברר דנ"ד יש לו דין חרם הקהל דהוא קיים מיד ולדורות: וניחזי אנן דין הסכמת רבים מה יעשה בה.

הנה בהסכמה בלי חרם רבו האומרים דהיא דאורייתא כמ"ש בבעי חיי יו"ד סי' ה' משם מהרש"ך ח"ג סי' ק"ח. גם הרב בית שלמה חסון ביו"ד סי' י"ב כתב טעם הסוברים דנשבע נגד תקנת הקהל ה"ז שבועת שוא הוא משום דנשבע לבטל המצוה דלא תסור (החק"ל שם סי' רי"ח תמה ע"ז מהרמב"ם בה' ממרים דלא תסור ל"ש רק בב"ד הגדול ואפי' להחנוך וס' הזכרונות דקאי על כל ב"ד אינו רק בגזרתם לחכמת התורה לא בגזרה דתקון העיר וישב בב' אופנים אי משום דקי"ל רוב כופין למיעוט וא"כ מכח זה א"א לעמוד בשבועתו הו"ל אחד מסוגים דשבועת שוא דהיינו נשבע על דבר שאין בידו לעשות.

או משום דתקנותיהם בחרם ע"כ. וק' על תי' ראשון דהא רש"י מהסו' דהוי ש"ש ובשבועות דכ"ה פירש"י אהך דשבועה שלא יישן ג' ימים מלקין אותו ויישן משום דהוי ש"ש שאי אפשר הוא ומשנשבע יצאה לשקר ע"ש דמשמע בדאפשר הגם שאינה בידו אינה ש"ש דכשנשבע לא יצאה לשקר וא"כ הכא אפשר הוא שיסע למקום אחר ותתקיים שבועתו ועיין בכנה"ג הגב"י אורל"ג דלרש"י אפי' קדמה שבועתו להסכמתם הוי ש"ש שולפי טעם החק"ל צריך להלקותו תכף שנשבע כדין נשבע בדלא אפשר ואמאי אולי לא יסכימו כל ימי חייו ולזה י"ל שכיון שאם יסכימו יעבור הו"ל יצאה לבטלה דומיא דנשבע לבטל את המצוה אבל קמייתא ק' הרב הביא שם דברי מהרשד"ם שנראין כסותרין כי ביו"ד סי' קי"ז תלה מח' אם רוב כופין למיעוט במח' אחרת אם אחרי רבים להטות דוקא בתורה ובמצות או כדעת רש"י דאפי' לדבר הרשות וסיים וא"כ כל תקנה שהיא לצורך צבור הוי דב"ת ואילו בסוף התשו' וגם בס' קנ"ג כתב דוקא הסכמה בחרם ס' להחמיר וטרח ליישבו ולא מצא ע"ש.

ועכ"פ למדנו שדעת רש"י דרוב כופי"ל גם בדבר הרשות הוא מה"ת ואפ' דלזה ס"ל דהוי ש"ש) ולעד"ן דבהא פליגי דהסו' דהוי ש"ש ס"ל דרוב כופי"ל משום אחרי רבים והוי דאורייתא משום דהשתא הו"ל דבר שנעשה במנין שצריך מנין אחר להתירו מד"ת וכמ"ש בביצה ד"ה אמר רב יוסף מנ"ל דכתיב לך אמור להם שובו לכם לאהליכם.

וקאמר התם וכ"ת ה"מ בדאורייתא אבל בדרבנן לא ת"ש כרם רבעי וכו' ומשו"ה הו"ל נשבע לבטל דבר מה"ת דהויא ש"ש. אבל הסו' דלא הוי ש"ש ס"ל דהך דצ"מ אחר להתירו גם בדרבנן אינו רק מדר' והך דאחרי רבים בהסכמות אינה מדאורייתא וא"כ

הנשבע לעבור על ההסכמה שבועה חלה כמ"ש הטוש"ע ביו"ד סי' רל"ט בנשבע לעבור על דרבנן ואפ"ל להרמב"ם שכתב הב"י א"ח סי' תי"ח דאינה חלה גם בדרבנן י"ל דס"ל דהסכמה היא דבר הרשות ואליבא דכ"ע חלה.

הא מיהא טעמים רבים איכא לסו' דכח ההסכמה היא מדאורייתא ויתיישבו בזה תמיהות החק"ל ז"ל שם. וכ"ש בהיותה בחרם כנ"ד דלכ"ע הוייא דאורייתא.

(הגם כי ביו"ד סי' ר"ח ס"ד כתב שנדוי הוא דרבנן עיין בטוב"י סי' של"ד כמה דברים שהחרם חמור מנדוי ומהריב"ל ח"א כלל ה' סי' ל"ד כתב להדיא משם הרשב"א דנדוי דרבנן חרם דאורייתא ועוד עיין להש"ך סקי"ד שכתב דמ"ש נדוי דרבנן היינו לגבי המזלזל בדברים שהמנודה חייב לנהוג אבל קבל דבר בנדוי ועבר עבר מדאורייתא ולמד כן מהריב"ש ע"ש.

( ובפרט דנ"ד הוי למגדר מילתא ומתבאר מדברי מהרשד"ם והחק"ל ז"ל שם דלכ"ע הוייא מדאורייתא: ומ"ש הרב הפוסק להקל בנ"ד משום דלא עלה ע"ד הרב הגוזר שבאחרית הימים יבואו לידי מכשול וכו' אחה"ר אנכי לא ידעתי דהרי זה נולד דלא שכיח ואין פותחין בו כמ"ש בס"י רכ"ח סי"ב אין פותחין אלא בדבר ההוה וכו' וזה לא שכיח וכמו שהק' הפ"מ ח"ב סי' נ"ד על תשו' הרא"ש בקלקלה אחות המשודכת וכו' דאדעתא דהכי לא נשבע וכו' דהא אין פותחין בזה דאינו מצוי שתקלקל ע"ש.

ואם הרב אמרה ביחיד כ"ש ברבים וכמו שחילק הרב שמ"ץ סי' כ"ה דיחיד תקיף יצריה יותר מהצבור ע"ש. ואם כונתו להתיר משום אומדנא דאמדינן דעתיה אם היה יודע כן לא היה גוזר והו"ל כתולה נדרו בדבר ואעפ"י שלא פירש מכח האומדנא הו"ל כפירש כמ"ש מהר"י אירגאס בתשו' מים רבים ח"ב סי' ס"א מ"מ הנה אסיק שם דל"א הכי רק באומד"ד ובריאה וטובה והאריך בזה משם הפוס' מהראנ"ח ח"ב סי' מ"ח ורב"א סי' כ"ה משם התשב"ץ והרא"ם ח"א סי' י"ו ובנ"ד היכא מוכח ואולי גם אם ידע היה גודר דרכיהם בגזית ולימא להו להשביע יצרם.

ובפרט שכתב שם משם הפ"מ ז"ל דכל שפירשו הסבה בהסכמתם והסבה קיימת אין האומד"ד מצלת ע"ש. וה"ן הרי בדרוש הזכיר הרב הסבה ועודה קיימת עד היום והמעין בתשו' פ"מ ז"ל הנז' יראה שיש לבטל מאי דהוה ס"ד להקל בכאן מכח נולד שמריבווי אוכלוסין הוכרחו לדור חוץ לעיר וכו' ומזה נמשך לצאת וכו' כמ"ש בשאלה וזה נולד דשכיח הוא כי כל הערים אלה להם להרחיב גבולם ברוב הימים דליתא יען כי גם הרב שם דנ"ד כה"ג שהחרימו על כל המתפלל ביו"ד חוץ לבהכנ"ס ורצה להקל מחמת נולד דריבווי אוכלוסין הרב השואל שם ומני"ר השיבו דל"ש ואפ"ל למטוניה דשכיחצריך שאלת חכם וחרמי צבור אין להתיר בפתח וחרטה כמ"ש בס' תוי"ש סי' רי"ג משם מהרי"ט ז"ל ואף שהביא שהרמב"ן חולק מי יקל ראש נגד מהרי"ט בס' חרם ע"ש ואוקי באתרין.

ומהא אידחייא לה נמי מה שהיה ראוי לחזק דברי ה"ה הי"ו ממ"ש מור"ם דאע"ג דאין פותחין בנולד וכו' אם מתחרט מעיקרו מכח הנולד מיקרי חרטה ומתירין לו עיין סי"ג וע"ש בש"ך דמזה נהגו לפתוח בנולד וא"כ זהו כונתו דכיון דהצבור מתחרטים נפתח

להם בנולד זה. דליתא כיון דחרטה בחרמי צבור היא במח' וס' חרם להחמיר: אכן נראה דמצד שאנו דנין בנ"ד שהוא כחרמי קהל נמצא שחומרו קולו והוא כי ראש הסו' בחרמי צבור שאינן ניתרין בפתח וחרטה ע"י חכם הוא הרשב"א ז"ל בכמה תשו' כאשר יעו"ש בס' תוי"ש ואעפ"כ בכולן מפורש דכשיסכימו הקהל להתיר הרי הן מותרין וכ"כ התוי"ש דק"י ע"ד משם הרמב"ן ע"ד הקהל חומרא וקולא וכו' והט' דכשהם מחרימים על דעת מנהגם מחרימים שיוכלו להתיר לעצמם כשירצו ועיין בב"י סי' רכ"ח הביא כמה ראשונים דהכי ס"ל רק הרא"ש והטור כתבו טעם אחר משום דמעיקרא אין מכוונים לחרם אלא כעין גזרה ונדוי לעובר על גזרתם ע"ש ובש"ע פסק כהרא"ש והטור וכטעמם ובזה אין אנחנו אחראים לחקור אחר מנהג כל עיר כמו שחשש מהריב"ל ח"ד סי' ד' דאנן כש"ע קי"ל ולפי טעם הרא"ש שפסק הדין שוה בכל עיר ועיר שאין דעתם מתחילה רק לגזרה (לפי טעם זה נראה דוקא חרמי צבור א"ץ התרה משא"כ חרם יחיד וכמ"ש הרא"ש להדיא בסו"פ שבועות שתיים וא"ת איך מתירין חרמי צבור בלי פו"ח וכו' י"ל דאין להם דין חרם אלא כעין גזרה ודלא כהתשב"ץ שהביא בב"י סי' רכ"ח שכתב קבל עליו חרם ונדוי לעשות וכו' מתירין לו בלי פתח וחרטה וא"כ ק' איך פסק בש"ע כתרתי הכא פסק כהרא"ש ובס"ח וגם בס' רכ"ט ס"ח פסק כתשב"ץ ומאי חדושא דחרם צבור ודמייתי דהשינוי הוא דח"ץ א"ץ התרה ולא פו"ח אבל דיחיד נהי דל"ב פו"ח אבל התרה בחכם מיהא בעי וכמדוקדק מדברי הש"ע סי' רכ"ט אלא דמדברי התשב"ץ מוכח דגם התרה בחכם ל"ב שהבי"ר מחרם השבטים שהתירו לעצמם ואולי כיון שהיו יו"ד ח"ץ הם משא"כ ביחיד ועיין לבית יאודה ח"מ סי' א' שהק' איך בש"ע פסק כתשב"ץ נגד הרא"ש ותי' ודחה והנלע"ד כתבתי) ועיין להרב מהר"י אירגאס מס' למ"ד ואילך וכל קדושים עמו דכשהקהל רוצים להתיר לעצמם כולם הודו דיכולים להתיר ול"פ רק באופן ההתרה איך תהיה ומינה לנד"ד כיון שהקהל עתה רוצים להתיר יתירו לעצמם: אפס כי זאת עומדת לנגדי בנד"ד דהוי מגדר מילתא ואשכחן בש"ע ס' רכ"ח סכ"ח דאם ההסכמה גדר לרבים או סייג לתורה וכו' אינם יכולים להתירה.

וכן כתב בסט"ו בנדר של שחוק דגם אם התירוהו י"מ ויש אוסרין ועיקר המח' עיין בב"י שם שרבינו טוביה אומר דעתה בזה"ז יש להתיר נדר של קוביא כי כמו שגגה היא שאינם יכולים להתאפק ולמשול ברוחם אבל הרשב"א כתב שאלת מי שנשבע שלא ישחוק וכו' מסתברא דאין נזקקין לו דשחוק בקוביא עבירה היא ואין מתירין לו נדר לעבור ואם מפני שלא יכשילנו יצרו לעבור על שבועתו ישביע את יצרו ואין אומרים לאלו שיזדקקו לדבר עבירה קטנה כדי שלא יעשה עבירה גדולה ע"כ.

ועיין להריב"ש בס' קע"ח דלמגדר מילתא לא מצו הקהל להתיר. ומתוך אותה תשו' יראה המעיין דאזדא לה טענת השואל בס' משפטים ישרים למהרש"ח סי' פ"ד וכ"כ מהר"י הלוי סי' כ"ו דיש לחלק בצבור שכיון שעל דעתם נשבעו יתירו כרצונם אפי' דבר איסור דהא הריב"ש שם נתעורר בזה וכתב שאין דעת הקהל שיתקבצו הקהל למישרי איסורא ע"ש.

וא"כ בנ"ד דהוי מג"מ נראה לכאורה דאין להתיר ואין לומר דכיון שהחרם היה לכל הקהל ועברו מקצתם הרי הותרו בשאר כאך דהרא"ש כלל ח' ופסקה בש"ע סי' רכ"ח

בשנים שנשבעו יחד ללכת לא"י וכו' ע"ש כי מהריב"ל ח"א כלל ה' סי' ל"ט והרמש"ן סי' נ"ה כתבו דדין זה ל"ש בחרם ע"ש טעמם: אמנם הנה מור"ם שם בסט"ו הגיה ואם יש מכשול בנדר זה כגון שיש לחוש שיעבור בלא התרה מתירין לו לכתחילה וכו' וה"ן הנה כתוב בשאלה דיש עוברים בשאט בנפש וגם היראים יש לחוש להם וכו' והגם שהש"ך ז"ל כתב דמור"ם לשיטתיה אזיל בתשו' דאין חולק על ר"ט ז"ל והנה ראינו שהרשב"א חולק ע"כ מ"מ הרב ב"י ח"ב סי' ק' השיב דודאי לא אישתמיט למור"ם ס' הרשב"א ז"ל והיא בב"י אלא דהרשב"א לא מיירי רק בסתם בני אדם דאפי' אומר שמא יתקפנו יצרו אין לחוש לדבריו וישביע את יצרו ומודה הוא באמוד לעבור דמתירין לו דמוטב לאכול בשר תמותות שחוטות וכו' ובכה"ג הוא דאיירי מור"ם ודלא כהש"ך ולכך מור"ם כתב די"ז בסתם ולא בשם י"א ללמדנו דבכה"ג כ"ע מודים וכו' דניח"ל דליעביד איסורא זוטא ולא ליעביד איסורא רבה ואע"ג דאין אומרים לאדם חטוא כדי שיזכה חבירך והכא המתירים עושים איסור להתיר דבר האסור מ"מ יש חילוקים בזה כדאיתא בתו' פ"ק דשבת ובפ' בכל מערבין וכו' ותדע דהא בסי' ר"ח איתא דנודר נדר דאורייתא ועבר קונסין אותו לנהוג איסור כימים שנהג בהם היתר זולת אם יש מכשול בדבר כגון שנדר בדבר שאינו יכול ליזהר בו דמתירין לו מיד ואע"ג דהתם ההתרה על מה שכבר עבר והכא על העתיד שיעבור מ"מ הס' נותנת דבדאיכא מכשול בכ"ג מתירין עכתד"ק.

והנה הרב הפוסק הי"ו הבי"ד והקיפם בחבילות של קושיות ואשיבה ידי עליהם. ראשונה במ"ש דחי' יש בתו' אהך דאין אומ"ל חטוא וכו' הק' דהא הרשב"א בהך דשחוק גופה כתב אין אומ"ל חטוא ואפי' למ"ש דהרשב"א מיירי בסתם וכו' מה יועיל אמוד לזה.

וגדולה מזאת כתב הב"י בא"ח סי' ש"ו משם הרשב"א במי ששלחו לו בשבת שהוציאו בתו להמירה בחזקה אם ישם לדרך פעמיו דאין אומ"ל חטוא וכו' דל"א ניח"ל לחבר למיעבד איסורא זוטא וכו' רק כשאותו איסור בא לע"ה ע"י חבר ע"ש זת"ד ה"ה הי"ו ואני אומר לישרי לן מר דלא שת לבו בתשו' הנז' דשם כתוב פן יפחידוה להמיר וכו' וגם כתוב מי דחינן מספק זה את השבת הרי דבס' מיירי ואין בזה כדאי לדחות דברי הרב"י דמיירי בודאי ואמיד.

גם מ"ש והנה בענין השחוק דאיירי הרשב"א ל"ש חלוקים של התו' שהרי ודאי פושע הוא וליכא מצוה רבה ע"כ. לא ידעתי אמאי הסרת מכשול ונדרים אינו מצוה רבה ועיין בשער אפרים סי' ע"ב ושער אשר סי' י"ג שכתבו משם הריב"ש סי' תס"א דאין לך מצוה גדולה מזו וכת"ר גם הוא לקמיה כ"כ משם הד"ר סי' רכ"ד ועוד הנה פשוט בכונת הרבי"א הנז' דכיון למ"ש התו' בשבת ד"ה ועירובין דל"ב ד"ה ולא והשולח דמ"א ד"ה כופין לישב הך דשפחה דמשום שנהגו בה מנהג הפקר כפו רבה לשחררה דהט' משום שהיתה להוטה וא"א שלא תכשיל בני אדם ודמי לאונסים ועוד דהו"ל כמצוה דרבים ע"כ.

ומזה למד הרב לנדונו דהוי מצוה דרבים ואי אפשר מלהכשל דשרי. ותימה על ה"ה שכתב דמהתו' נראה דלא סמכו רק אתי' דפושע כי הרואה בדב"ק יראה שאחר התו' הנז' עוד היה ק' להם משפחה ולא מצאו מענה זולת בתו' דמכשול ומצוה דרבים וראיתי

לו שהרגיש בזה כי בפי השולח כתבו תי' דמצוה דרבים ומ"מ כתב דאין ללמוד משם דהם לא כתבו זאת רק גבי שפחה דכשאנו עושי' איסור שחרור אנו נמלטים מאיסור ההפקר שנהגו בה מכל וכל משא"כ בנדר השחוק דבהתרה נמלטים מהחרם אבל נמשך איסור השחוק וכן חי' הפמ"א סי' מ"ד לישב קו' מהריב"ל על הרשב"א מהך דשפחה ע"כ.

ולדידי אחה"ר גם מהפרמ"א ז"ל נראה שלא תי' כלום כי המדקדק בדברי הרשב"א יראה ששתי מניעות היו לו בהתרת נדר השחוק אחת מצד הנודר דאין מתירין לו כדי שיכשל ויעבור על האיסור מכאן ולהבא ואחת מצד המתירים איך יעשו איסור להתיר האיסור מפני תקנת אחר וז"ש ואין מתירין לו לעבור וכו' ואין אומרים לאלו שיזדקקו וכו' חדא ועוד, קאמר.

ועל מניעה שמצד המתירים הוא שהק' מהריב"ל משפחה ומה יועיל לתרץ דשאנ"ה שעודו נלכד באיסור והלא הרשב"א עשאו טעם בפני עצמו. מעתה ע"ד זה סובב הרבי"א לצאת י"ח הרשב"א דעל המניעה מצד הנודר כתב מוטב שיאכלו בשר וכו' ועל המניעה מצד המתיר כתב יש חי' בתו' וכמ"ש (מ"ש ה"ה מהמ"א דהכל תלוי להתו' בתו' דפושע ע"ע סי' רמ"ד סוסק"א לא בא לאפוקי שאר תי' רק תי' דדוקא כשהאיסור בא על ידו דזה ודאי דחאוהו התו' מהך דשפחה אבל תי' מצוה דרבים מודה המג"א וכ"כ המחצ"ה ע"ש אמת כי האליה רבה סי' ש"ו כתב משם המ"א דהעיקר תלוי בפושע ונראה דפשיט"ל כן ממה שאסר לאחרים לרדות היכא שפשע ואע"ג דמצו"ד היא להציל האופה מאיסור שבת נראה דס"ל הכל תלוי בפושע ומ"מ מהא לא איריאי דהתו' י"ל דסמכו על תי' מצוה רבה וס"ל דוקא כהך דשפחה דמלבד הצלתו מרויחו שיקיים עשה דפו"ר בקו"ע משא"כ ברדייה דאין שם קו"ע ואין זה נגד פסק הנ"ש בשמע שבנו יצא להמיר שיחלל שבת דהתם נמי מלבד הצלת נפשו מל"ת מרויחו במ"ע) ועד"ז הביא הראיה מהך דסי' ר"ח למניעה שמצדה מתיר דביש מכשול שרי והוק"ל דאכתי יש המניעה שמצד הנודר שמתירין לו לעשות איסור להבא ותי' דהסברא נותנת והס' היא מוטב שיאכלו בשר תמותות שחוטות וכמ"ש בתחילה.

זהו ביאור דב"ק וחזקים הם וברורים אלא דלענין הלכה אין נראה לסמוך על הרבי"א כי נהי דהרב ודאי דס"ל דגם מרן מודה למור"ם באמוד לעבור דאם לא כן מה נועיל בס' מור"ם דלאו אדידיה סמכינן נגד מרן מ"מ הרי ה"ה הקשה שפיר דא"א לומר בדעת מרן כן כי בב"י ז"ל כתב ר"ט כתב וכו' אבל הרשב"א וכו' משמע דס"ל דפליגי (לזה י"ל עפ"י מ"ש מור"ם בתשו' ולדעתי אין חולק בזה לפי דורנו וכו' ש"מ דס"ל דמסתמא כל בני הדור אמדי לעבור.

ושוים הם ר"ט והרשב"א בזה. ובהא ס"ל למרן דלא כוותיה דבסתם אדם גם בזה"ז פליגי ביה אבל בידוע דאמיד בכל דור מודים בו דנתיר לו) ועוד כי הש"ך ז"ל חולק על הרבי"א עיין סי' רכ"ח סקכ"ח ובסי' ר"ח סקי"ב ובפלוגתא ס' חרם להחמיר ועוד דגם הרב בסוף התשו' לא התיר להם לשחוק רק בקוואניס ואפ' טעמו כמ"ש מהר"י אירגאס במשד"ר סי' רכ"ח סכ"ח דבהיתר הקוואניס לא יהיה עוד יצרם תוקפם.

ועוד הרב יוסף אומץ בסי' פ"ו כתב שראה למהרי"ע בכת"י שחזר בו גם מהיתר הקוואנים ע"ש וא"כ אין לסמוך על הך תשובה: אבל מ"מ ודאי דיש היתר בזה מכח ס"ס אפי' לדעת הש"ך ס' אי הלכה כר"ט דבדאיכא מכשול מתירין אפי' נדר של איסור ואת"ל כהרשב"א אפשר דהלכה כהרבי"א דבאמוד לעבור כולם מודים ומובן שהוא מתהפך והכא בנ"ד הרי אמודים לעבור והגם דהוי ס"ס בפד"ר ומהריב"ל בח"ב סי' ב' וח"ג סי' מ"א ונ"ד ומהרש"ך בנאספות סי' י"ז כתבו דחד הוא כבר עמד ע"ז הרה"ג ח"ד בדרא בחק"ל מ"ב סי' א' והעלה באו"ב דנ"ז ס"ס לכל הפוס' זולת מהראד"ב ז"ל ולא חש לה מאחר דרבים לוחמים והגם דהרב שער אשר ח"א סי' י"ג והרב שערי רחמים אה"ע סי' כ"ז עודם מדברים לצאת י"ח מהראד"ב בתלתא ספיקי דכ"ע מודים כמ"ש השע"א משם ה' מקור ברוך סי' כ"ה וכן ראיתי להעדוב"י סי' י"ז ה"ן יש לעשות ס' שלישי כי בתו"ש סי' קס"ט כתב ואף שהסכימו חכמי קושטא וסאלוניק היו כותבים לתקנו ולהסיר מכשול מדרך עם ה' ועיין בתשו' שעא"פ הנז' האריך להביא ראיה דאפי' מ"ע נדחית משום מכשול לרבים שמזה נראה דגם החולקים כשיש מכשול היינו דוקא במכשול דיחיד אבל במכשול דרבים כ"ע מודו ואמת כי מהר"י הלוי כ"ד סי' ז"ך פליג ע"כ הנז' וס"ל אפי' בקהל שהיו הרבהנכשלים מהם עכ"ז לא מצו להתיר דאין מיקל בזה רק רבינו טוביה וכו' וס"ל דמרן לא חש לה והרב מהרשד"ם ביו"ד סי' פ"ד קאי בשטת מהר"י הלוי ז"ל וכתבו דאדרבה יש להקל ביחיד מרבים ע"ש ומ"מ הו"ל ספק שלישי דאת"ל דגם באמיד איכא פלוגתא היינו דוקא ביחיד ולא ברבים.

אלא דאכתי יש לפקפק בס' חד מהני ספיקי כי ס' הרבי"א יחידאה היא נגד הש"ך ומהר"י הלוי והרשד"ם ז"ל ועיין שם בחק"ל מ"ב סי' א' דס' יחיד נגד רבים לא מיחשב לס' כלל. ומ"מ ה"ה הי"ו כתב דבמי שראינו שכבר עבר אין בזה שום פלוגתא דיתירו לו והגם דמהר"י הלוי איירי בשכבר עברו ועכ"ז החמיר והביא ממהריב"ל ח"ד סי' ד' דאפי' הרבה נכשלו בחרם אין להתיר ועיין בעה"ש סי' רכ"ח סקי"ו שכתב משם הרא"ם דאפי' בעובר להדיא לא הקלו בסי' ר"ח אלא בקנס ולא במקום דלית ליה היתר מדינא מ"מ לפי מ"ש בשאלה דרבו המתפרצים אשר לא ישמעו לקול מלחשים נראה דגם מהר"י הלוי ז"ל יודה כי שם תמה מהר"י הלוי ז"ל למה לא יוכיחו האנשים העוברים וישוּבו אל ה' וכו' נראה דוקא במי שמוכיחים אותו ומקבל הא"ה מתירים לו.

ויפה דן הרב הפוסק הי"ו. ובפרט דתרי ספיקי די לדעת החק"ל ז"ל והכי סוגיין דעלמא וכ"ש כי העה"ש סי' רכ"ח סקי"ו הביא דברי הרבי"א וסיים וכ"כ הר"ן בתשו' נ"א דאם ודאי עובר על שבועתו טוב להתיר לו דהוי לדב"מ ובזה מצאנו חבר להרבי"א ועיין בפחד יצחק אות חרם דנ"ד ע"ג שכ"כ בפשיטות לדעת הר"ן ומהר"י אדרבי ז"ל בסי' רכ"ד והדרו תלתא ספיקי לדוכתייהו: והנה אם היינו באים להתיר רק כח החרם ונשאיר ההסכמה במקומה לא היינו צריכים להתיר דס"ס יען כי עיקר האיסור הוא ביוצא במשאוי והוסיפו בהסכמה גם ליוצא ריקם וגדרו אותו בחרם ובכיוצא בזה מצאנו למב"י שכתב מהרשב"א עצמו הרי שכללו בחרם שכל מי שיעבור יהיה מנודה אם יוכלו להתיר את הנדוי אם לאו כיון שנעשה לקיום החרם וכמו שאין מתירין חרם שהחרימו שלא לשחוק בקוביא כך אין מתירין את הנדוי דעו כל מי שעבר יכולין להתיר בדרך וכו' וכן נראה שמתירין את הנדוי אפי' מכאן ולהבא שאין מתירין בזה גוף האיסור ממש אלא

הקנס הוא שמתירין ואיסור השחוק במקומו עומד ע"כ ודון מינה לנ"ד שאין היתר החרם בגוף האיסור ממש.

שוב מצאתי שזכיתי בזה לדעת קדוש מהרש"ח במשפטים ישרים סי' פ"ד שעלה במחשבה לחלק דדוקא בהסכמה של שחוק דכי דלית להסכמה פגע באיסור אמרה הרשב"א אבל במידי אחרינא דכי דלית לחרם אכתי לא פגע באיסורא נימא דמצו להתיר ודחה זה מהך דהריב"ש ז"ל סי' קע"ח דכד מדלית נמי ההסכמה וימכרו החטים לערלים אכתי לא הוא איסורא דאולי לא יתעוללו ואפי"ה אסר ורצה לחזק ח"י מהך דהרשב"א הנז"ל ולבסוף כתב אלא שנראה שכונת הרשב"א שמה שקנסו אחר שעשו האיסור דהיינו בחרם יש בידם לבטל אפי' שימשך מזה שיעברו וכו' אבל ההסכמה עצמה לא וכו' מפני שעשאוה לגדר וסייג ע"ש.

הרי דגוף החרם לא איכפת להתיר וכן יש ללמוד ממ"ש המים רבים ח"ב סי' ס"ג גבי הסכמה בחרם על גאבילה לפדיון שבויים שכתב דמה שאין היתר להסכמה שהיא לגדר או מצוה היינו כשתפול המצות ע"י התרה או תשאר במקום פרוץ וההסכמה גדר לה. משא"כ בהיתר פרט זה לא תפול מצות פ"ש דאפשר לקיימה ממקום אחר ע"ש.

ולמוד לנ"ד דבהיתר החרם ותשאר ההסכמה לא יפול האיסור: ועוד אני רואה פתח תקוה גם להיתר ההסכמה גופה מחמת פרצת הדור וכמ"ש השמ"ץ סי' כ"ה בהיתר הסכמה של שחוק אחר שטרח וכו' כתב אמנם לבי אומר לי שה פזורה ישראל ואין כח ב"ד יפה לרעתם וכו' ומה יש עוד לעשות כ"א לישען על מהרשד"ם יו"ד סי' פ"ד שכתב כי צריך האדם לחפש ולמצוא זכות וכו' ואפי' שמצד הדין הגמור נראה שאין תקנה להסכמה זו מ"מ ראיתי בתשו' מהרי"ק וכו' ע"כ וכ"ן מתשו' מהרלנ"ח וכו' אמנם עכ"ז לבי נוקפי להיות הדבר בחרם ומילתא דאיסורא אבל מה נעשה ע"ש.

הנה הגם שאין תקנה מצד הדין אפי' ההסכמה בחרם ומילתא דאיסורא סמכו להתיר מפני הפרצה וכ' אילן גדול לסמוך עליו הרב עדות ביהוסף שהביא במים רבים דאנו רואים מעשים בכל יום כמה הסכמות שנעשים בחרם ופעמים למגדר מלתא ועכ"ז עוברים עליהם ואין פוצה פה והמסכימים עצמם מבטלים אותם בלי שום שאלת חכם וכו' ובודאי הטעם משום דהו"ל כאשה נודרת ע"ד בעלה וכאילו התנו בפ"י שבעת שירצו להתיר שיהיו מותרים ע"ש.

דגם בע"ה אמרינן מסתמא ראו אבותיהם וכו' וסתמן כפירושן אף דלא ידעו איך ולמה. וא"כ כ"ש בנ"ד החרם והסכמה זאת היתה ע"י חכם ומומחה חזקת חבר שכך היה דעתו מתחילה שבעת שירצו להתיר יהיו מותרים ונראה שזהו דעת הדברי יוסף ז"ל הוא והרבנים שם מסי' למ"ד ואילך דכל שקו"ט דידיהו לא היתה רק אם יפקיעו ההסכמה בלי התרה אבל אם יסכימו להתירה פשיט"ל דמצו ואמאי הרי התם מיירי בגאבילא דפד"ש דאין לך מצוה גדולה ממנה אם לא מטעם הנז' דפשט המנהג וידעי כ"ע דנדרי ציבור כאשה הנודרת וגם בלא תנאי כאילו התנו וכדברי העדוב"י הנז' והגם שהרב מים רבים בסי' ס"ג נתעורר ע"ד מהרי"א הנז' וכתב מ"ש מ"מ קשה הדבר איך לא הרגישו כל הרבנים הנז' ואפי' כלאחר יד לולא מטעם שכתבתי והרב מים רבים שם עמד משום שנדרו באלד"י יש' די"ס בכנה"ג סי' רכ"ח הגה"ט או"ה דאין להם התרה וכתב דסו'

לדב"מ מתירין ונד"ד הוי לדב"מ כיון שהם מוכרחים להתיר מצוה להרים מכשול  
החרם כמ"ש בהגב"י שם בשם הראד"ב ורשד"ם והש"ך וכו' וצריך להבין מאי שנא הא  
מהך דנדר שחוק שלא הקילו בה משום הרמת מכשול וי"ל דגם הרב לא היקל בזה  
בנדונו רק משום שהיו עוברים וכמ"ש"ל משם הפוס' ולא באמודים לעבור: ועוד נראה  
פתח טוב להתיר ההסכמה הזאת בב"ד ממ"ש הרמב"ם פ"ב מה' ממרים הרי שגזרו ב"ד  
ודימו שרוב הצבור יכולים לעמוד בה ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב  
הקהל ה"ז בטלה ואינם רשאים לכופף את העם ללכת בה.

גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות ולאחר זמן עמד ב"ד אחר  
ובדק וראה שאין אותה גזרה פושטת יש לו רשות לבטל ואפי' היה פחות מהם ע"כ ועיין  
בכ"מ הביא מקור הדין מע"ז דל"א שר"י נשיאה היכי שרי משחא וכו' ומסיק לדעת  
הרמב"ם דהכי יליף שרי"ן לא היה גדול כראשונים וגם היה סייג לתורה כמ"ש בשבת  
על שמנן משום יינן ואפי"ה התירו לפי שלא פשט איסורו.

וא"ת והיכי סמך ר"י נשיאה על מה שבדק שמא בימי הראשונים נתפשט ואח"כ פקפקו  
בה ומתוך כך היה נ"ל שאפי' בתחילה נתפשטה כיון שעכשיו אין רוב צבור נוהגין בה  
מתירין אותה וכו' אלא דלא משמע כן מפירש"י אלא שבדק רי"ן ומצא שבשום זמן לא  
פשט איסורו ע"כ. הנה לולא דעת רש"י נראה ממרן שאפי' פשטה דהיינו שרוב הצבור  
יכולין לעמוד בה (דאל"ה היכי תפשוט והא בהא תלייא כמ"ש הרא"ם סי' נ"ו הבי"ד  
הלח"מ שם) כיון דהשתא אין רובם נוהגים בה מתירין אותה.

ובנ"ד הרי עתה אין רובם נוהגין בה. ואפי' לדחייתו מרש"י הנה נראה בנד"ד דלא ישבו  
ב"ד ובדקו וראו שנתפשטה מקדם רק מהסתם חוששין שפשטה ובזה נראה דגם רש"י  
יודה ודב"ז נלמד מתורת מהרש"ח סי' פ"ד שהביא בנדונו דברי מרן ודחייתו ואח"כ  
כתב דאם היה הדבר בסתם ואח"כ רואים שלא נתפשטה די בזה לבטלה ואין הכרח  
מרש"י ולא מהרמב"ם והוסיף עוד דגם אם יכולין לעמוד אלא שאין רוצין כל שהדבר  
קשה להם הרבה מיקרי דבר שאין הצבור יכולים לעמוד בו והוכיח זה מגזרת השמן  
ומדברי הרמב"ם ע"ש ועיין בחק"ל ח"מ ח"א סי' קט"ו שלמד מתשו' הרא"ם סי'  
נ"ז דאעפ"י שנהגו בהסכמה כמה שנים והיו יכולים לעמוד והשתא אינם יכולים דמצו  
לבטלה ע"ש: ועוד הביא הרב הפוסק הי"ו פתח אחר להתיר ההסכמה הנז' מדברי  
מהריב"ל כלל ה' סי' ד' דכשההסכמה קרובה להפסד ורחוקה מהריוח שיוכלו להתירה.

וכתב שצודקת הראיה לזה מדברי הרמב"ן בשם רב האי גאון על רבים שקבלו על עצמן  
שיעשו תעניות או תקונים ואח"כ נודע להם כי טוב וישר לשנות הדבר שיש לשנות וכו'  
ואם חזרמו רשאים הם להתיר ובלבד שיראה ההיתר והשנוי כי טוב ע"ש. ומדבריו  
וגם ממהרשד"ם יו"ד סוס"י קכ"ב ומ"ץ ח"ב סי' כ"ה למד להקל השע"א בתשו' הצמר  
הנז'.

ולמד הרב הפוסק מדברי הרמב"ן שהביא מהריב"ל ז"ל דגם במגדר מילתא מועיל צד  
זה להתיר וא"כ גם נד"ד רחוק מהריוח וקרוב להפסד הוא. כי מלבד שלא הועילו  
בתקנתם לפריצים אפשר שגם היראים יהיו מוכרחים לעבור ח"ו כנז' בשאלה עכת"ד.



ואני אומר דמדברי השער אפרים סי' ע"ב מוכח דאפ"י הועילו בתקנתם אי מטי להו פסידא סגי להתיר וא"כ בנד"ד די במאי דמטי להו פסידא כמה שעוברים על החרם וגם היראים נזוקים אם ימנעו מלצאת ואם יצאו נכשלים בחרם. והגם כי יש לחלק מנדונות הרבנים הנז' לנד"ד דהתם קודם ההסכמה היתה תועלת לקהל ויתרו בו נגד תועלת ההסכמה וא"כ כשהגיע ההפסד מההסכמה יתירו ויחזור הריוח למקומו משא"כ בנד"ד דלא היה שום תועלת קודם ההסכמה מ"מ המעיין בס' מש"ץ ז"ל שם יראה דנ"ד לא גרמה ההסכמה שום הפסד רק שלא היה ממנה תועלת ועכ"ז היקל.

והגם דיש לחלק עוד בין הנדונות ולומר דטעם מגדר מילתא שלא יהיה ניתר משום שהקב"ה מסכים בגדר ואינו מסכים בהיתר כמ"ש הריב"ש ז"ל בתשו' החטה. וא"כ בשלמא כשההסכמה היא לתועלת הקהל וראו שאין בה תועלת דגם דהוי למג"מ יסכים הקב"ה בהתרתה כיון שאדרבה זהו תקנתם אבל כשההסכמה מתחילתה אין בה כ"א צורך גבוה נימא דהגם שיסכימו הם הקב"ה לא יסכים מ"מ מדברי הרמב"ן שהביא מהריב"ל דגם כשקבלו תעניות וכו' יכולים לשנות כשראו כי טוב משמע דגם בצורך גבוה לחוד אמור ומקוים גם הפתח שמצא הרב הפוסק להיתר הסכמה דנ"ד: אמנם פש גבן לעמוד בנד"ד שהמתקנים סעו המה למנוחות ועכשיו הדור יתום והולך העולם ומתמעט ותנן בעדויות אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין.

וכבר הרב הפוסק פקח עיניו ע"ז והביא מ"ש הפרמ"א סי' מ"ד ונ"ד וס"ט מח' הראשונים דלהרמב"ם בפ"ב מממרים גזרה שפשטה ברוב יש' ב"ד גדול יכול לבטל ולא קטן ואם היא סייג ופשטה אפ"י אליאו אין שומעין לו לבטל ולהר"ן וגם הראב"ד (עיין בלח"מ שם) בכל דבר שפשט איסורו אפ"י אליאו אש"ל ואם לא פשט ורוב צבור יכולין לעמוד גדול מבטל ולא קטן ואם לא פשט מפני שאין רוב צבור יכולין לעמוד אפ"י קטן מבטל ומה"ט דן הפרמ"א שם דאפ"י הסכמה לדבר הרשות וב"ד האחרון גדול מהראשון עכ"ז מידי פלוגתא לא נפקא ולחו' דס' חרם להחמיר ע"ש (לא זכיתי לדע"ק במ"ש ואם לחשך אדם לומר שהיא גזרה שאין הצבור יכולים לעמוד בה וכו' כבר שאלתי ע"ז וכו' ור"ל שהוגד לו שרוב הצבור יכולים לעמוד וכו' ותימה דודאי מיירי בפשטה דאל"ה אפ"י רוב צבור יכולים לעמוד ואפ"י להר"ן והראב"ד גדול יכול לבטל וא"כ כיון דפשטה מה יתן דאין רוב צבור יכולים לעמוד והלא ג"ז מידי פלוגתא לא יצא ולהר"ן והראב"ד כל שפשטה ואפ"י אינה סייג אפ"י אליאו אש"ל).

ומדברי הפרמ"א יש להחמיר זולת זאת מצאנו להרב זכרון יוסף ביו"ד סי' י"ד עמד בזה והעלה דבהסכמות הקהל כשם שהם בעצמם יכולים להתיר כך בניהם אחריהם והו"ל כהתנו מתחילה לכך וכמ"ש הפוס' בסי' רכ"ח וכו' משא"כ גבי תקנות ב"ד דל"ש למימר הכי ע"ש. ולדבריו הרי גם נד"ד הסכמת הצבור היא הגם שהראב"ד הוא שהטיל החרם לא היה זה בבית דינו רק תוך בהכנ"ס במעמד הקהל וכ"כ החק"ל יו"ד ח"ב דפ"ח ע"ד כי אתשיל להק' דאין ב"ד וכו' וז"ל ומה גם שאינה הסכמת הרב כ"א הסכמת הממונים אלא שנעשית בעצתו וכו' ע"ש ובהסכמת הצבור כתב הזכר"י ז"ל דהבנים יכולים להתיר.

אך בזאת הרואה שם בחק"ל יראה דמאי דפשיט"ל להזכר"י מיבע"ל למר והאריך בזה מדפ"ה עדפ"ח וסו"ד אסיק דבטול הסכמה קדומה בפלוגתא מתנייא איכא מ"ד דדוקא בתקנת ב"ד הגדול אין ב"ד יכו"ל ואיכא מ"ד דגם בזה"ז בעינן גדול ממנו וגם הביא דברי מהריב"ל ח"ד סי' ד' דפשיט"ל דגם בזה"ז בעי גדול אלא דלמנהגנו דנהגו להתיר בלי התרת חכם ה"ן נהגו לבטל גם בב"ד קטן ויש לחקור אחר המנהג ע"ש ולפי"ז חזר הדבר למחלוקת אלא דמ"מ יש ללמוד ממנו להתיר בס"ס כמ"ש הרב שם ע"ע דהיינו ס' אם הדין הנז' דאין יכו"ל שייך דוקא בתקנות בדה"ג ולא בהסכמות ואת"ל גם בזה"ז דילמא כמהריב"ל דכיון דנהגו להתיר בלי התרת חכם כן נהגו גם בב"ד קטן.

וע"ש שפקפק בהסכמה דלמג"מ דמהריב"ל לא נסתפק בה וכתב דאכתי לפי הטעם דבזה"ז לא בעי בדה"ג אין טעם לחלק בין מג"מ לדבר הרשות וה"ן שייך ס"ס הנז' בנ"ד והגם כי הרב כהונת עולם בקו' לה' נדרים דע"ה הק' על הפרמ"א שהוא עצמו כתב בס' מ"ד ונ"ד דמידי ס' לא נפקא ע"ש וה"ן יש לנו לתמוה על החק"ל ז"ל איך עשה ס"ס ממהריב"ל והוא ז"ל כתב דיש לחקור אחר המנהג.

וא"כ אולי לא נהגו להתיר בב"ד קטן. ולפ"ז אזדא ליה ס"ס הנז' ומאין התרופה לנ"ד י"ל דהאיכא ס' הזכר"י שחילק בין בדה"ג להסכמות דמסתמא הו"ל כהתנו להתיר גם בניהם בלי חקירה אחר המנהג וכ"כ שם משם החו"י סי' קכ"ד והיכי נעביד דילמא ל"ש אין ב"ד יכו"ל רק בבדה"ג ולא בב"ד דזה"ז כמ"ש החק"ל ואת"ל דגם בזה"ז שמא ל"ש בהסכמות דהו"ל כהתנו.

(עיינן להרב מים רבים ח"ב סי' ס"א וס"ב מה שפלפל בנ"ד אי קבלוה עליהם ועל זרעם ובסי' ס"ב כתב דאפי' יש הוכחה שקבלוה עליהם ועל זרעם יוכלו להתיר ולא ידעתי אמאי לא נתעורר מהך דאין ב"ד יכו"ל וכו') והגם דהרא"ם מחמיר שלא לעשות ס"ס לכתחילה בתשו' סי' כ"ה כבר עמדתי במ"א ע"ז והוכחתי מאחרונים דדחייה היא זו ועיין בדב"מ יו"ד סי' ל"א ואפי' לאחרונים שיצאו י"ח זה בתלתא ספיקי ה"ן יש ס' שלישי כי הי"מ כלל א' כתב משם ש"מ דבדבר שנשתנה ואילו היה אותו ב"ד קיים היה מסכים בו בזה ל"א אין ב"ד יכו"ל וכו' דאין זה ביטול דבריו ומזה כתב הרב הפוסק דאילו היו חיים וקיימים הרב וקהלו היו מסכימים דודאי אין העיקר תלוי בשינוי הדבר דהו"ל נתבטל הטעם דזה מח' הוא בין הרמב"ם להראב"ד ואיך היד מלאכי הביאו בשתיקה אלא הדבר תלוי באם היה קיים היה מסכים מאיזה סבה שתהיה.

והנה כדבריו נמצא בס' תוי"ש סי' קס"ח שכתב ול"מ אותו ב' שתיקן שיכול לבטל והכל לפי צורך השעה אלא אפי' ב"ד אחר ואפי' שלא יהיה גדול כ"כ בחכמה ובמנין וכ"כ הג"א בהך דאמרו ומן הסכנה ואילך וכו' וז"ל ואע"ג דאין ב"ד וכו' אם יעשו כאותה שדחו שאם היה אותו ב"ד קיים היה מסכים להתיר אין זה ביטול דבריו והמימוני כתב וכו' ע"ש.

הילכך כל ב"ד וב"ד מבטל הדברים כפי צורך השעה וכו' ע"כ. (החק"ל שם דפ"ז תמה על התוי"ש איך לא חש לס' הרמב"ם דאפי' נתבטל הטעם אין ב"ד יכו"ל והראיה מהג"א ליתא דהתם מיירי באותו ב"ד עצמו והג"א עצמו הביא שם דברי הרמב"ם והוא משטת הראב"ד קאמר לה ע"כ.

ולפי חומר הנושא י"ל דס"ל דב' ענינים הם והיכא שנתגלה שהיו מוטעים מתחילה בסבה שתקנו עליה כהך דכתובות שתקנו מנה לאלמנה וחזו דמזלזלי וידעו שהיו מוטעים מתחילה והדרו תקינו לה מאתים וכו' בזה גם הרמב"ם מודה אבל היכא שהסבה עומדת במשך הזמן נתבטלה בהא פליג הרמב"ם ומפני שנדון התוי"ש הוא מסוג הראשון הבי"ר לו מהג"א דגם הרמב"ם מודה והנה הביא דברי הרמב"ם באורך להוכיח החילוק שבין הנושאים) ולו יהי דזה תלוי במח' הרמב"ם והראב"ד בנתבטל הטעם כמו שנראה מהחק"ל ז"ל שם מ"מ יועיל לספק שלישי.

וראיתי להרב הפוסק הי"ו למד מדברי השער אשר סי' י"ג שכיון שלא הועילו בתקנתם מצו להתיר נראה דר"ל דיועיל זה גם לגבי הך דאין ב"ד יכו"ל וכ"כ להדיא השע"א שם. ואין אני רואה שום גילוי לזה באותם הפוס' שהיקלו מטע"ז דהם לא מיירי רק באותו קהל עצמו לא בבאים אחריהם אמת כי מהרשד"ם ביו"ד סי' קכ"ב בנדונו כתב ויען כי לעת כזאת מסדרי ההסכמה אינם בגדר אחד כי מהם מתו ומהם מחו"ל וכו' ע"ש.

הרי דמהם מתו ועכ"ז היקל מטעם הנז' הגם דיש לחלק בין מתו מקצתם למתו כולם מ"מ מדברי יוסף אירגאס בסי' ל"ג נראה להדיא כנז' דבתר דקיימי רבנן בהך כללא דאין ב"ד יכו"ל התירו מטעם דכיון שנעשית ההסכמה לטובתם וכו' ע"ש: המורם מכל האמור מריש עד כען דיש כמה פתחים להיתר החרם וההסכמה כנז' מטעמים האמורים למעלה וראה זה חדש הבאתי עתה להקל משום מגדר מילתא כי הפר"ח בא"ח סי' תצ"ו סק"ב לביאור דיני מנהגי איסור הק' עמ"ש בסי' רכ"ח דהסכמה לסייג אין לה התרה ממ"ש בסי' רי"ד בדברים המותרים ונהגו בהם איסור משום סייג דפסק מרן בסתם דע"י חרטה יתיר וקי"ל כסתם ובפרט שמור"ם כ' דהמנהג כס' ראשונה.

וכ"פ בא"ח סוס"י תרכ"ד והצ"ע ודעתו לפסוק כסי' רי"ד ע"ש והדב"מ ביו"ד סי' ל"ד ומט"א דקל"ד ע"ב רצו לחלק בין יחיד לצבור ודחו ועה"ש בסי' רי"ד סק"ב תי' משם מק"ק ז"ל דהך דסי' רכ"ח היינו בלא חרטה אבל בחרטה יתיר ודחה דבריו דבריב"ש סי' קע"ח וקפ"ה ושצ"ה מפו' דאין לו התרה כלל (לא ידעתי מה זו דחיה דנהי דהריב"ש הכי ס"ל נימא דהש"ע פסק כהרא"ש שהביא בב"י סי' רי"ד כדי להשוות פסקיו.

לע"ד נראה לתרץ דחמירא ההסכמה מדבר שנהגו בו רבים בלי הסכמה עיין בריב"ש סי' תע"ז אבל אם אין תקנה וכו' מצד ההסכמה אלא מצד מנהג נראה שהוא בלתי ישר וכו' ועיין חק"ל ח"מ ח"א סי' קט"ו דק"ע ע"ג דהאריך בחו' ההסכמה ממנהג וכ"מ מלשו' הש"ע סי' רי"ד ס"ב קבלת הרבים חלה עליהם וע"ז אפי' שלא קבלו בהסכמה וכו' מאפי' משמע דעדיפא) וא"כ הרי דבחרטה י"ל כמהרח"א ז"ל דלהש"ע נוכל להתיר.

ואי משום אין ב"ד יכו"ל די במש"ל ועיין בדבר"י סי' ל"ה דהרא"ך ז"ל כתב לדעת הרשב"א אפי' לא בטלה הסבה יכול אפי' ב"ד קטן דהו"ל כהתנו על חרמי צבור וכ"ז הכריחני לפי שלא מצאתי בדברי האחרונים מצריכים ב"ד גדול כמותם ע"כ. חזי מאן גב"ר קמסהיד ולכן בעת שיסכימו הקהל או רובם להתירה יתירו כמ"ש הרא"ש בכלל ה' סי' ד' ואפי' אם המיעוט מוחים לא צייטנין להו כמ"ש כ"ו סי' ה' רק לדידהו לא הותר עיין בב"י וש"ע סי' רכ"ח: ואופן ההתרה הביא התוי"ש דקי"ב משם התשב"ץ ג' דרכים הא' בהפרה מפי עצמם כשיאמרו הם או שלוחם הותר החרם.

הב' יעמידו ג' מומחים וישאלו בפניהם ויתירו להם. הג' ג"ד בלבד שיאמרו כך נראה לנו שהסכמה זאת ראויה להתבטל ואם כי אופן השני הוא קשה להם וגם כתבנו לעיל ממהרי"ט דח"ץ אינם ניתרים בחרטה וכו' הנה לפנינו ב' דרכים.

והגם שהדבר"י סי"ל החמיר שיתקבצו כל פורעי המס ועפ"י רובם יקו"ד נראה דהתם משום שמינוי הזט"ה לא היה כ"א מהמלכות אבל כשהמינוי הוא מהק"ק יספיקו הם אך מ"ש הני שד"ר דחברון שם שיהיו החכמים עמהם גם הכא צריך מטעמים כי מתחילה נעשה בצירוף החכם ומש"ש מהרא"ך בסי' ל"ה שם ד"ע שיש מחמירים עד שיסכימו כולם לכן הנכון שיתאספו כל הקהל וכו' נראה דלאו מדינא אלא נכון ודיבטו"ה עם החכמים ומותרים להם לכל הקה"ק וכבר כתב המש"ץ ח"ב סי' נ"ה דבהתרה זו גם העוברים יהיו מותרים רק ינהגו איסור כימים שנהגו בהם היתר וכו' זהו הנלע"ד וכת"ר עמו מקור החכמה יבחר ויקרב: סימן י"ד יעקב איש תם יושב אהלים וצריה דעניותא רדיף אבתריה על פת לחם יפשע לכלכל עולליו ועשיו אחיו מומר גמור ונשוי עם בת אל נכר דרכו צלחה בנכסים רבים ויחונן את נפש אחיו יעקב ונפשות ביתו.

בסך קצוב בכל שנה. ועתה קם חולם חלום והגי' שהרב פ' צוהו בחלום להפריש יעקב מחברתו הקדושה כי הוא מועל בחרם ולכן יעקב התנפל להגי' לו כדת של תורה אם יחוש לזה או לא: ונתון אל לבי כי מצוה רבה היא לברר הלכה זו משום פקוח נפשות וארא והנה מקור דב"ז הוא מש"ס דסנהדרין דמ"ד חטא ישראל אמ"ר אבא בר זבדא אעפ"י שחטא ישראל הוא היינו דאמרי אינשי אסא דקאי ביני חלפי אסא שמיה ואסא קרו ליה וכן אמרו בבכורות ד"ל ע"ב ובפ' החולץ דמ"ז על גר שחזר לסורו דכישראל מומר הוא ואי קדיש קדושיו קדושין ע"ש וכ"פ הרמב"ם פ"ד מאישות והטור אה"ע סי' מ"ד.

ובס' מים עמוקים סי' ל"א האריך בזה הרשב"ש ז"ל לענין קדושין דיש' גמור הוא וכתב דאעפ"י שהרמב"ם בפ"ג מגרושין כתב יש' שהמיר לע"ז וכו' הרי הוא כגוי לכל דבריו לאו למימרא דאין קדושיו ואין גרושיו כיש' דא"כ יהיה סותר עצמו וכן הגיה עליו מהרי"ך בצ"ע אלא לומר שפסול לכתוב גט דכותב לדעת עצמו כגוי וכ"כ כהר"ש ז"ל ע"כ.

ועיין למהרד"ך ז"ל בית כ"ד שהאריך מסוגיות ומגאונים דקדושיו קדושין ותל' דברי הרמב"ם כנז' וכתב שמצא לבעה"ג שכתב בגר שחזר לסורו הרי הוא כגוי ופירשה ר"י דלאו לקדושין וגרושין אמרה אלא להרחיקו ושמח דהוי כפירושו בדברי הרמב"ם ע"ש והרגיש ממ"ש הרמב"ם פ"ב מע"ז ישראל שעע"ז הרי הוא כגוי וכו' ופירשה לענין הרחקה ודקדק זה ממ"ש ה"ה כגוי ולא גוי עש"ב.

ועיין למהר"י מינץ סי' י"א דכל שקו"ט דידיה בקדושי מומר אינה רק משום דהוי בפני פסולי עדות ולא משום שהוא גוי גם ס' יראים בסי' מ"ז הבי"ד סמ"ג עשין קס"ב פשיט"ל דלענין קדושין ישראל הוי ומור"ם בתשו' ס"ב האריך ופשיט"ל דהוי קדושין זולת ס' הגאונים הביאה העטור והזכירם בב"י אה"ע סי' מ"ד משמע דס"ל מומר לחלל שבתות בפרהסיא הוא גוי גמור ואין קדושיו קדושין וגם מהר"י מינץ סי' י"ב הוב"ד במים עמוקים סי' ל"א כתב משם ר"ט דקדושי מומר חומרא בעלמא הם ודקדק כן מדברי

ריא"ז ובנו דחומרא הם כהך דע"מ שאני צ"ג מקודשת שמא הרהר תשו' ע"ש ומ"מ לענין הלכה לית מאן דחש להא והרשב"ש שם כתב כי רבינו יונה ביטל דברי הגאונים ולא הסכים עמהם אחד מהגאונים האחרים וכו' ע"ש.

והטור נמי לא כתב דבריהם רק בדרך סתם וי"א דקי"ל הלכה כסתם. והרשב"א לאלפים סי' רמ"ב כתב דמשומד מטמא באהל וחי' דדוקא גבי רבית והחזרת אבדה דתלה הכתוב באחזה וכו' האי לאו אחינו הוא ואין ראוי להתחסד עמו משא"כ בטומאה דבאדם תלה רחמנא ולא עוד אלא דהוא בכלל בנים כר"מ בסופ"ק דקדושין דגם בזמן שאינם ערש"מ נק' בנים ואע"ג דר"מ ור"י ה' כר"י הכא ר"מ דייקי קראי כוותיה ועוד דר"י נמי מכלל בנים מפיך להו מכלל אדם לא מפיך להו ע"ש.

ואע"ג דבסי' שט"ו כתב מומר לנסך יין וכו' הוי מומר לכה"ת כולה לאו דהוי כגוי אלא לענין הרחקה. דהא בסי' רמ"ב פי' דלטומאה וקדושין וגט הוי כיש' גמור.

וכן לענין ירושה רבים סוברים דיש' גמור הוא ויורש את אביו דבר תורה רק חז"ל קנסוהו וכמ"ש הטור ח"מ סי' רפ"ג מהרמב"ם פ"ו דנחלות והרא"ש בפסקים פ"ק דקדושין והב"י שם הביא שרש דבר מקדושין די"ח א"ר יוחנן גוי יורש את אביו דב"ת דכתי' כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר ודילמא יש' משומד שאני אלא מהכא וכו' ע"כ.

והביא משם המרדכי דגם ראבי"ה הכי ס"ל אלא שכתב משם רב צדק גאון ור"ח דמומר אינו יורש והא דפריך ודילמא וכו' ה"פ דילמא יש' משומד והוריש לבניו את הר שעיר ע"ש. וכן בפסקי ריקאנטי סי' שמ"ב הביא דרגמ"א סובר דאינו יורש דב"ת.

ועיין בהג"א פי"ג וזכיתי לראות שרש דברי הגאונים בס' חמדה גנוזה הנד"מ סי' נ"ב וז"ל וששאלתם אי משומד יורש את אביו ישראל כך הראונו מן השמים שאינו יורש מ"ט כיון דאשתמד נפק ליה מקדושתא דיש' ודאבוה דאשכחן דלא הוי קדושה אלא לבר יש' דמתייחס בתר אבוה דכתי' ונתתי לך ולזרעך אחרריך מי שזרעו מיוחס אחריו וכו' וכ"מ באברהם כי גר יהיה זרעך וישמעאל לא פרע חובו אלא יצחק שנא' כי ביצחק יקרא וכו' וכן לירושה אינו יורש וכו' וא"ת הא דאר"י גוי יורש את אביו דב"ת התם יורש את אביו גוי וכו' וכ"פ רצ"ג ואמ"ל במתיבתא דילמא את אביו יש' אמ"ל אי הר עשו דיצחק וירתיה עשו כדאמריתו השתא דלאו דיצחק הוה ה"ק כי ירושה לעשו להוריש לבניו גוים וקאמרינן ודילמא שאני עשו דיש' משומד וירתי ליה בניה וכו' ע"ש ומכ"ז מפורש שדעת רצ"ג שיש' מומר אינו יורש את אביו דב"ת דאל"ה מאי ק"ל מהך דגוי יורש.

ומדוע הרגיש מדילמא יש' משומד אנה"ן דמדאורייתא ירתי ואיהו מדרבנן אלא מוכרח דס"ל דמדב"ת אינו יורש וכמו שהבין המרדכי הנז' ואחר שהביא דברי ר"ץ ור"ח כתב ולראבי"ה נראה דירוש רק חז"ל הפקיעו ממונו דמשמע דמח' הגאון וראבי"ה הוא דבב"ת ומדרבנן שוים הם. וכ"כ מהרד"ך בית כ"ח חדר ב' בכונת הגאון ובריש בית כ"ד נמי כ"כ והוכיח דאי מדרבנן קאמר מאי ק"ל וכו' וסבר לה כהר"י שכתב בס' הדיינים תשו' לרבינו משולם דאינו יורש את אביו והביא דבריו ריב"ה וכו' והביא ראייה מהפסוק

וא"כ אית לן למימר שמפני שגילה קרא אינו יורש אבל כשלא גילה בנו הוא לכל דבר כיש' עש"ב (מ"ש והבי"ד ריב"ה הוא מ"ש הטוח"מ סי' רפ"ג תשו' אביו ז"ל כ"י סי' יו"ד שהביא תשו' רמש"ו ז"ל דאייתי ראייה מק' ונתתי לך ולזרעך.

וכו' וע"ש שהרא"ש כתב דק' אס' בעלמא ולפי המוצע מתשו' הגאון א"א לומר כן אלא דס"ל דב"ת גמור ואפ' דלא סיימו קמיה תשו' הגאון הנז' וכן תי' מהרד"ך בבית כ"ח מתשו' הרא"ש לפסקים דפסק יורש דבזמן כת"י הפסקים עוד לא ראה תשו' הגאון ע"ש) אלא שראיתי למהרש"ך ח"א סי' קל"ז.

פירש בדברי הגאון דמדרבנן קאמר ותמה על מונח מהרד"ך שכתב דס"ל אינו יורש דב"ת דמנ"ל הא דאת"ל דמ"ש ודילמא יש' משומד שאני הוא להוריש אבל מנ"ל דאינו יורש ואי משום לך ולזרעך וכו' לא הוי כ"א אס' כמ"ש הרא"ש ותו דלא הוזכר מזה בדברי הרב הכהן הנז' ע"ש ובעיני יפלא איך לא הוזכר במהרד"ך הנה לפניך מפורש דאהך קרא סמיך וכו' ומ"ש מנ"ל הא לפי ההכרחיות דלעיל מי יוכל להכחיש דהגאונים סברי אינו יורש דב"ת ועיין גם למהרי"ל ז"ל סי"ך שכתב בזה"ל אם נשתמד בחיי אביו ושוב מת אביו לראבי"ה יורש ולגאונים לא וראבי"ה גופו כתב אם ראו ב"ד להפקיר וכו' ע"כ.

משמע לראבי"ה דוקא מדרבנן ולגאונים גם מה"ת ועיין למהרי"מ ט"ז ח"מ סי' מ"א שגם הוא פשיט"ל דלהגאונים אינו יורש מה"ת ולהרמב"ם והרא"ש דוקא מדרבנן (ע"ש הביא תשו' רש"י במומר שהפקיד ביד יש' ומת והנפקד רוצה לזכות והקרובים רוצים לירש שהשיב אם יש עדים לנפקד שתבעו המומר והשיב לא אתן זכה הנפקד ואין כח בדיינים להוציא דמומר לע"ז מין הוא וגופו וממונו הפקר כמסור וכו' והק' עליו דמשמע דס"ל כהרא"ש ורמב"ם וכו' ואם מטעם הפקר הוא דקנסינן ליה הרי הרא"ש כתב דראויים לו אם ישוב.

והרמב"ם כתב דראויים לבניו והיכי דיינינן להו דין הפקר ותי' דאינהו מודו לרש"י בנכסי עצמו של המומר דכל הקודם זכה והוא מודה להם בנכסי אביו דחשבינן ליה כמאן דליתיה ובניו תחתיו לירש וכו' ודקדק על רש"י למה הצריך שתבע אותו ואמר לא אתן כדי שתהיה זכיה בכונה בלא"ה רשותו של אדם קונה לו ותי' הטעם משום דדינו כמינין דגופן וממונם מופקע לשלוח בו יד אבל כל שלא שלח יד עדין ברשותא דמאריה קאי.

ול"ח הפקר נכסיו ואם מת ממילא זכו היורשים וכו' והשתא דאתית להכי אפשר דרש"י בשטת הגאונים אמרה ולא בשטת האחרונים דלדידהו ל"ח הפקר וזוכה הוא אם ישוב או בניו אחריו עכ"ל הרב. והמח"א ז"ל בה' קנין חצר סי' ט' כתב ע"ד שאינם נכונים דלא איפליגו אלא במומר יורש ולא במוריש ורש"י נמי ל"ק אלא בשקדם ונתכון לזכות בחייו שאין כאן משום גזל דאם גופו שרי ממונו לכ"ש וכתב כן אפי' למ"ד ממון מסור אסור לאבדו בידים משום זר"מ די"ל נהי דאסור לאבדו אבל דין גזל לית ביה ואפי' גזלו מתוך ביתו זכה ע"כ.

ולעד"ן דדברי מהרי"מ ט"ז נכונים הם וידע לה מר דמומר מוריש אך במה שיצא מתחת"י מחיים ס"ל לדעת רש"י דזה תלוי במח' אי יורש דלמ"ד הופקעה נחלתו מה"ת

ה"ן ונפקע ממונו היוצא מתחת"י ולמ"ד מדרבנן דוקא ה"ן הוי הפקר מדרבנן ונ"מ גם בזה אם ישוב או לבניו אחריו וישאר הממון קיים ביד הנפקד אם הוציא אותו מתחת"י או לא ודקדק הרב מלשון רש"י דקאמר וממונו הפקר כמסור דס"ל כהרא"ש והרמב"ם מדלא כתב הופקע דר"ל לית ליה תו שום זכיה בגויה וע"ז הק' אמאי זכה הנפקד לגמרי כדין הפקר וכו' ותי' וכו' ושוב כאשר הכריח לבסוף דמלת הפקר דקאמר רש"י היינו הפקעה ממש כיון שנתכון לזכות בו ושלח בו יד כתב והשתא דאתית להכי וכו' כלו' דמעיק' הכריחה אותנו מלת הפקר לומר דרש"י סובר כבתראי אבל השתא שפירשנוה הפקעה אפשר דבשטת הגאונים אמרה ובסגנון זה אין עוד תלונה על מהרימ"ט.

ותימה בעיני על המח"א ז"ל שכתב דס' רש"י אתיא אפי' למ"ד ממון מסור אסור לאבדו דמ"מ מותר לגזולו דהמעייין בגוף תשו' רש"י הביאה הב"י יראה שכתב וז"ל ונראה דאין כח בדיינים להוציא דאתמר וכו' והשתא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ה"ז זכה ע"כ. וגם מהרימ"ט כ"כ בסוף התשו' ואפי' תימא דלכ"ע חשיב הפקר נראה דל"א רש"י ז"ל אלא מכח ההיא דהגוזל וכו' וס"ל לרש"י כיון דל"א הלכתא וכו' הגם דמלת נראה שכתב מהרימ"ט קשה להלום דהרי רש"י להדיא כ"כ י"ל דמלת נראה נמשכת להחילוק שכתב לקמיה דשאנ"ה דבהיתרא אתא לידיה (ועייין במש"ל פ"ה ממלו"ל מ"ש על ס' רש"י) וראיתי לו שם מתמיה עמ"ש הת"ה סי' שמ"ט לתרץ אהך דכתב המרדכי וז"ל ונראה לראבי"ה אפי' לדברי הגאון (דאינו יורש מה"ת) דהאב יורש את בנו המשומד דאמאי קנסינן לאב וכן בעל יורש את אשתו המשומדת אפי' מת מורישה אחר שנשתמדה וכו' וכ"פ ראבי"ה הלכה למעשה ע"כ.

והק' בעת"ה דאיך זכה הבעל מכחה והא בשעה שנשתמדה לא היתה בת ירושה ותי' דכיון דמה"ת מומר יורש לא שקלי רבנן מניה כ"כ ואית ליה זכיה לקרובו הראוי לירש דלדידיה יהבי רבנן ולא לקרוב המוריש וע"ז הק' מהרימ"ט דהא המרדכי כתב דנראה לראבי"ה אפי' לדברי הגאון וכו' והגאון מה"ת קאמר וכ"ר לו למעלה מזה תמה על הב"י שכתב דמ"ש המרדכי וכ"פ ראבי"ה הלכה למעשה היא אותה תשו' דראבי"ה שהזכיר הב"י בסי' רפ"ג על מי שמת והניח ג' בנות והומרה דבעלה יורש ע"ש דמאי איריא דהתם שאני שהומרה אחר שמת עכת"ד.

ולי ההדיוט אפ"ל דמ"ש המרדכי ונראה לראבי"ה אפי' לדברי הגאון לא קאי רק על דין האב יורש ולא על דין הבעל ודין בעל יורש למדו מדברי ראבי"ה מאותה תשו' דג' בנות כמ"ש הב"י ז"ל ולא ס"ל לחלק בין המירה קודם מיתת האב לאח"כ משום דס"ל דדי"ז כתבו ראבי"ה לשיטתו דדוקא מדרבנן הפקיעו הירושה ולא הפקיעוה כ"ך כמ"ש הת"ה ז"ל ועל כונה זו סובבים הת"ה והב"י בכונת המרדכי ז"ל ואין עליהם תימה עכ"פ לענין ירושת מומר למדנו דמח' היא בין הראשונים אי לית ליה ירושה מה"ת או מד"ס וגם הסוברי' דמדאורייתא היא כבר כתב מהרד"ך ז"ל דדוקא התם דגלי קרא אבל בדברים אחרים ישראל גמור הוא: וכן לענין להלוותו ברבית כתב הטור ביו"ד סי' קנ"ט מומר מותר להלוותו ברבית כיון שאין אנו מצוין להחיותו וע"ש בב"י שרמז להקת המתירים דהגם דהרא"ש והטור כתבו מומר בסתם דהוא לע"ז מילתא פסיקתא נקטי אבל ה"ה מומר אוכל נבלות להכעיס מותר להלוותו ברבית כמ"ש התו' וההגהות במקומות הנז'

והנה לכאורה ק' ממ"ש הנמק"י פ' איזהו נשך אמתניתין דאין מקבלין צ"ב משם ר"ת דמותר להלוות ברבית לבן המשומדת מק"ו דגופו והוק"ל הרי מוסר דגופו שרי וממונו אסור דילמא נפיק מיניה זר"מ ות"י דבמשומד לע"ז ליכא למימר הכי כיון שנטמע בין הגוים וכן הבעה"ת שער מ"ו כתב מהרמב"ן כר"ת וחי' כנז' דשאני מומר לע"ז.

וא"כ אמאי התו' לא חשו במומר אוכל נבלות להכעיס לזר"מ ואפ' דה"ט כמ"ש התו' בע"ז דכ"ו אהך דתני ר' אבהו קמיה דר"י המינין והמסורות והמומרין מורידין ולא מעלין אמ"ל אני שונה לכל אבדת אחיך לרבנות את המומר ואת אמרת מורידין סמי מכאן מומר ולישני כאן באוכל נבלות לתיאבון כאן להכעיס.

להכעיס מין הוא פירש"י והא תנא ליה רישא מינין ע"כ והק' התו' מאי פריך אימא מורידין ואפי"ה משיבין לו אבדה משום זר"מ ות"י דמוהשבותו דאיתרבי אבדת ממונו משם איתרבי אבדת גופו ומומר לתיאבון וכו' אתה מצווה להחיותו ומיהו מומרים של עכשיו להכעיס הן וכל להכעיס אי אתה מצווה להחיותו כדמשמע מההיא דפ' השולח וכו' ומותר ליקח מהן רבית וכו' דלא קרינן ביה וחי אחיך עמך וכו' אבל מסור מגרע גרע מניה ובכ"מ שונה מסור אצל מין ולא אתרבי אצל אבדה ושמא וכו' עש"ב.

והשתא תיקשי דאמאי כד ס"ד דלתיאבון כמסור הק' דבממוני חיישי לזר"מ ולבסוף כשכתבו דמסור גרע מיניה וא"כ להכעיס הוי כוותיה דמסור אמאי לא חשו לזר"מ בלהכעיס כמסור אלא מוכרח דס"ל דכמו בלתיאבון אמר"י כשם דאיתרבי ממונו מוהשבותו כן איתרבי גופו כך להכעיס דאישתמיט גופו מוהשבותו כדמוכח מפ' השולח כן ממונו דגוף וממון משקל אחד להם משא"ך מוסר דלא אימעטי גופו אלא מכח רודף עיין בתוה"מ סי' שפ"ח אבל אין טעם לאבד ממונו רק למ"ד בב"ק דקי"ט התיר משום שלא יהיה ממונו חמור מגופו ובר פלוגתיה חולק דכיון דלא אימעוט להדיא לא אהני ק"ו דאיכא למפרך משום זר"מ או י"ל עוד דס"ל שאין לחוש לזר"מ רק באיבוד ממונו בלתי הנאה למאבד משא"כ ברבית דאגר נטר הוא ותועלת הוא למלוה מפנ"כ אי איכא וחי אחיך אין אבל משום זרעו לא ועיין בח"מ סי' שפ"ח גבי מסור נמי שכתב מור"ם דדוקא לאבד בידים אסור אבל לקחת לעצמו שרי.

וא"כ זהו טעם הב"י שכ"כ לדעת הרא"ש והטור. אך הב"ח פליג על הב"י וס"ל דהטור והרא"ש לא התירו במומר להכעיס ואין להקל וכו' וכ"ש דרש"י בתשו' ושאר גדולים אוסרים להלוות גם למומר שיצא מהכלל ע"ש.

וראיתי להרב מש"ל בפ"ה מהמלו"ל האריך בזה משם כמה פוס' דלא מוזפינן למומר להכעיס ברבית ועמד נגדו מ"ש בע"ז דלא מהדרינן ליה אבדה ות"י דל"ח רק לאבד ממונו בידים אבל לטרוח ולהציל לו לא וכו' וכתב דבזה ניצול מקו' התו' שם ע"כ (אמת כי חי' זה מבואר בס' יראים סי' מ"ז הביאו הסמ"ג עשין קס"ב אבל התו' שם ספוקי מספק"ל בזה שכתבו לא מצינו מסור דאתרבי גבי אבדה כלו' ולא חיישינן בזה לזר"מ וסיימו שמא מאן דאית ליה ממון מסור אסור ה"ה אבדתו משום יכין וכו' וא"כ לשיטתם לא ידעתי איך ניצול מקושייתם.



שו"ר לה' ווי העמודים בסי' מ"ז כתב על המש"ל ז"ל שלא ראה במהר"מ מלובלין שפי' כונת התו' כמ"ש הוא ז"ל. ואני אומר אפי' דהא קשיתיה להמש"ל דא"כ אמאי לא תי' התו' בקיצור דשאני מסור דלא איתרבי לאבדה משא"כ מומר והוצרכו להך דמקרא דאיתרבי ממונו איתרבי גופו כקו' הרמ"מ שם אלא די"ל דהוצרכו לזה להך צד שכתבו דאין חילוק בין אבדה לממון משום יכין ולזה הניחו דמ"מ במומר איתרבי גופו להדיא ולכן המש"ל כתב דלדידיה דפשיט"ל החילוק בין אבדה לשאר ממון ניצול מקו' התו' מבלי צריכות לטעם דאיתרבי גופו) ומ"מ כתב שם המש"ל לדעת התו' דמלויין למומר להכעיס ברבית וטעמם משום דמעטיה קרא בהדיא לפיכך ל"ח לזר"מ כמ"ש בעניותי ושו"ש שזכיתי לדע"ק רק מני"ר כתב המיעוט מדכתיב וחי אחיך ע"ש ועיין בתשו' ח"ץ סי' מ"ג שכתב וז"ל ומה שרצה הב"ח ז"ל לדמות מומר למסור דממונו אסור וכו' משום יכין וכו' ה"ן אסור להלוותו ברבית וכו' נלע"ד דדוקא גבי איבוד ממונו שלא מדעתו הוא דאיכא משום יכין וכו' אבל בנותן מדעתו לא דאטו אי בעי מומר או מסור ליתן מדעתו לאחרים ולהניח את בניו אין מה שעשה עשוי וכו' ע"ש.

ואנכי לא זכיתי להבין דנהי דטעם כעיקר הוא זה למתירים אבל מה לו ולב"ח ז"ל שבהיא האוסרים רבים ונכבדים וחוששים לזר"מ ובודאי טעמם ונימוקם דהו"ל כנוטל רבית מהזרע עצמו דאז אפי' מדעתיה אסור כמ"ש בב"מ דס"א תאמר ברבית דמדעתיה ע"ש וכן שם בדס"ב גזלנין מאי ניהו מלוי ברבית.

ומה דמות לנותן בתורת מתנה ודברי הב"ח וחומרנו משום האוסרים חיים וקיימים: הראת לדעת דלהלוותו לומר ברבית יש אוסרים ויש מתירים אך המתירים חלוקים בטעמם די"ס משום שלא יהיה ממונו חמור מגופו והתו' כתבו משום שאין אנו מצווים להחיותו וכו' וכ"כ בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ל"ו והרמב"ן הבי"ד בעה"ת והמש"ל שם כתב משום שאינו אח וכ"כ ס' יראים סי' מ"ז הבי"ד הסמ"ג עשין קס"ב והאוסרים שם בבעה"ת ובסמ"ג טעמם דלא נפיק מכלל אחוה וס' רש"י ודעימיה הביאם הרמב"ן בתשו' הנז' משום דאם אין אנו מצווים להחיותו מ"מ הוא מצווה ואיך נעבור על לפני עור ובתשו' דשייכי לס' משפטים שם כתב ראבי"ה משם האוסרים בטעם זה ושכן פסק זקנו והוא ז"ל חיזק דבריהם מהך דאני שונה לכל אבדת אחיך לרבות המומר וכו' ואם מוזהרים להחזיר אבדתו ק"ו שלא נקח ממנו רבית ע"ש (המש"ל ז"ל הק' ע"ז דהתשו' הנז' מיירי במומר לע"ז ומאי מייתי ראייה מהסוגיא דלא איתרבי רק להכעיס בנבלות אבל מין מפו' דאין מחזירין אבדתו ועיין למהר"י הלוי סי' נ"ג דקט"ו שהעתיק בדברי ראבי"ה באותה תשו' שזקנו אסר להלוות רבית למומר ישמעאל ולפי גרסתו אין כאן קו' דישמעאל לאו עו"ע"ז נינהו והמומר לדתם אינו מין.

אגב אורחין ראיתי למהר"י הלוי שם הק' לשיטת רא"מ ז"ל דלתיאבון אע"ג דיצא מכלל אחוה איתרבי להשבת אבדה דממון שלו הוא א"כ אמאי הסמ"ג דאזיל לשיטתיה התיר במומר לישמעאל ליטול ממנו רבית וכו' ותי' ולדידי עדיפא מינה הו"ל לאקשווי מסוגיא גופה שם דקאמר קסבר מומר להכעיס מין הוא כלו' ותנא ליה רישא ובודאי אין מחזירין אבדתו ולדברי רא"מ תיקשי אמאי אלא ודאין זה קו' משום דלולא ריבוי לכל אבדת אחיך הו"א כיון דכל מומר יצא מכלל אחוה גם לתיאבון הוה מפקענין ממונא מיניה וכיון

דהך ריבויא הוא דאהדריה אית לן לאוקמיה דוקא בדמסתבר דהיינו לתיאבון וזהו טעם המתירים (במומר לישמעאל) והרדב"ז ז"ל ח"א סי' י"ב הביא מחלוקת זו וכתב להכריע מדיליה כמתירים שכיון שכפר באלדי יש' והודה בע"ז הרי הוא כגוי גמור לענין זה ואעפ"י שקדושיו תופסים חומרא דאשת איש שאני אבל לענין רבית אפקרוה רבנן לממוניה ועבדוה מתנה משום דקלקלו מעשיהם כדגרסי בירו' דע"ז דכותאי שרי להלוותן ברבית משום שקלקלו מעשיהם והא דאמרי' לכל אבדת אחיך לרבית המומר וכו' התם בלתיאבון ואפי' להכעיס ובשאר עבירות אבל מומר לע"ז הרי הוא כגוי לדברזה ע"כ.

ולכאורה דב"ק הם קשי ההבנה דמה שהכריע מדעתו במומר לע"ז דהוא כגוי מפו' שם בע"ז דמין מורידין וכו' ול"ק להו רק אמומר וביותר יפלא דנראה מדב"ק דאינו רק מדרבנן שהפקירו ממונו. ועוד דלמטוניה ז"ל מאי ק"ל מהך דלכל אבדת אחיך וכו' נימא דהתם מדאורייתא ומ"מ חז"ל הפקירו ממונו משום קלקול מעשיו גם הראיה מהירוש' אינה מכרעת דהא גם האוסרים ראו הירוש' ועכ"ז אסרו כמו שיראה הרואה בדב"ק ואפשר טעמם דכיון דמומר איתרבי להדיא לממונו לא ראו חז"ל להפקירו ככותי וכמש"ל משם מהרש"ך ז"ל לס' הגאונים בירוש' מומר דכיון דאיתרבי להדיא לירוש' לא רצו חז"ל להפקיעה והנראה לישיב דב"ק דס"ל דכיון דלא אשכחן ריבויא להדיא במומר לע"ז אית לן לאוקמא במסתבר לתאבון ולמרבה גם להכעיס דשאר עבירות ולא במומר לע"ז דאיהו נשאר בספק אי איתרבי או לא ומאי דפשיט בש"ס דמורידין אין ללמוד לענין ממונו.

אבל מ"מ מכח קלקול מעשים יש להכריע בו שהוא כגוי לממון ולא לענין קדושין משום חומרא דאשת איש. זהו תורף כונתו ז"ל: וכל זה להלוותו ברבית אבל להלוות ממנו עיין בטור והתו' והנמק"י והרמב"ן הנ"ל במקומותם ז"ל דאסור וטעמם דנהי דלדידן שרי משום שאין אנו מצווים להחיותו (או משאר טעמים הנז') אבל איהו מוזהר עלן וחייב במצות ע"ש זולת דלכולהו פשיט"ל והרמב"ן ז"ל ספוקי מספק"ל (עיין בגד"ת שם תמה ממ"ש הרמב"ן שמצא במס' כותים דתני אבל מלוים אותם ולווין מהן ברבית ונראה דבגירי אמת תני לה.

ואני אומר דלהפוס' הנז' פשיט"ל דבגירי אריות איירי והרמב"ן מספק"ל) ונמצא לפ"ז דבין בקדושי מומר בין בירוש' בין ברבית דידיה כ"ע סברי דיש' גמור הוא (רק ס' הגאונים בקדושין) ועיין למהר"י הלוי סי' נ"ב שתמה על מי שרצה לפטור המומר מעשה דוחי אחיך וכו' דלכ"ע לדידיה מוזהר במצות הוא.

גם הש"ך ביו"ד סי' קנ"ט שתמה בכותים דאינם כמומר דעשאוים גוים גמורים ע"ש מודה הוא במומר וע"ש בפת"ש שתמה משם ה' תפארת צבי גם בכותים דנהי דעשאוים וכו' מ"מ מי הפקיע אותם ממצות. ומה שיראה לכאורה נגד זה מדתניא בגטין דמ"ה סת"מ שכתבן מין ומסור נכרי עע"ז ועבד אשה וקטן וכותי ויש' מומר פסולין שנא' וקשרתם וכתבתם כל שישנו בקשירה ישנו בכתיבה וכל שאינו בקשירה אינו בכתיבה.

לאו למימרא דיש' מומר אינו חייב בקשירה אלא כלו' שפרק מעליו עול מלקשור וכפירש"י להדיא שם וז"ל עבד ואשה אינן בקשירה דמ"ע שהז"ג הוא מומר ומסור הרי

פרקו מעליהן עול ועיין בתו' דע"ז דכ"ו ד"ה וכי כתבו דהך היקישא ל"ש רק משום עבד ואשה והנך פיסוליהו משום שאינן כותבים לשמן ונקטינהו באגב) וכ"כ הרמב"ם פ"א מה' תפלין סתו"מ שכתבן וכו' הרי אלו פסולין ויגנזו שנא' וקשרתם וכתבתם כל שמוזהר על הקשירה (לאפוקי עבד ואשה) ומאמין בה (לאפוקי מין המומר) הוא שכותב ע"כ ומרן בכ"מ מקורו הערה מהש"ס ופירש"י ע"ש ובא"ח סי' ל"ט כ"כ בב"י להדיא ע"ד הרמב"ם וז"ל כלו' מומר ומסור כיון שפרקו עול אינם מאמינים במצות וכך הם דברי רש"י ע"כ (אגב ארחין ראיתו שם בכ"מ כתב ונראה דהאי מומר הוא לכה"ת כולה דאי לדבר אחד מאי איריא מסור אפי' לאחת משאר עבירות פסול אבל בב"י בא"ח שם כתב דהך מומר בלהכעיס במצוה אחת ומוסר אפי' לתאבון משום דחמיר או מוסר נמי להכעיס ואיצטריך משום דלא כתיב איסורו בתורה להדיא אלא מלא תעמוד על דם רעך ס"ד דלא הוי פורק עול קמ"ל ע"כ.

וק"ל בגויה טובא חדא אמאי לא אוקי תרוייהו בלהכעיס אלא במומר לשאר עבירות בעי פרהסיא וכמ"ש בחולין ד"ה אפי' מומר לחלל שבתות וגם ברגיל עיין בתו' חולין די"ד ד"ה השוחט והרמב"ם פ"ג מה' מעה"ק כ"כ ואילו מוסר בתרי סהדי די עיין בחוה"מ סי' שפ"ח. ועוד למאי דבעי למימר בכ"מ דבמומר לכה"ת איירי נראה דזה מין הוי דנהי דאיפליגוביו"ד סי' קנ"ח במומר אוכל נבלות להכעיס דלהרמב"ם הוי מין ולהטור הוי מומר מודים הם במומר לכה"ת דהוי מין וגדולה מזו כתב הר"ן פ' אין מעמידין דכ"ו דלא איפליגו רב אחא ורבינא אי מומר להכעיס לד"א הוי מין או מומר רק בשאר דברים אבל מחלל שבתות בפרהסיא לכ"ע הוי מין כמ"ש בחולין דמומר לכה"ת הוא ולפ"ז קשה תרתי חדא דמין הא תני ליה רישא המין והמסור ותו דהב"י שם בס"י קנ"ח כתב דהנפקותא בין הטור להרמב"ם הוא דאי הוי מין ס"ת שכתבו ישרף ואי מומר דוקא פסול ויגנז.

וא"כ לפי מה שהוכחנו דלכה"ת מין הוי אמאי כתב הרמב"ם הרי אלו פסולין ותגדל התימה דהתם בב"י כתב טעם להרי"ף והרמב"ם דאפי' להכעיס בד"א הוי מין הגם דקי"ל במח' ר"א ורבינא ה' כדברי המיקל משום מ"ש הר"ן ז"ל דכיון דבמח' זו איכא קולות וחומרות ואשכחן לר"י דפשיט"ל דמין הוי כוותיה נקטינן וכ"פ בש"ע שם דמין הוי ומורידין והשתא אפי' למ"ש בב"י א"ח (מומר להכעיס בד"א איירי יחולו ע"ז הקו' הנז' וביותר יפלא מ"ש בש"ע א"ח סי' ל"ט ס"ת שכתבו מומר לע"א פסול ויגנז.

דהא מומר לע"ז מפורש התם בפא"מ דלכ"ע הוי מין וא"כ הול"ל ישרף. ובפרט דבין בכ"מ בין בש"ע לא עלה ע"ד לאוקומי במומר לע"ז ואין מצא זה.

ולזה ראיתי להיד אפרים שכתב מכח הכרח דהאי מומר לע"א הוא נוט' לעבירה אחת והנאני. וראיתי להמג"א שם סק"ג הק' ממש"ש פסול דנראה דלא הוי מין ואילו ביו"ד סי' קנ"ח פ' דהוי מין והצ"ע.

והנלע"ד בזה דנהי דבב"י ביו"ד נראה שנטה דעתו למ"ש הר"ן דלהרמב"ם אפי' בלהכעיס בד"א הוי מין וס"ת שלו ישרף הדר ביה מזה ממה שדקדק בדברי הרמב"ם בה' תפלין שכתב סתו"מ שכתבן אפיקורוס ישרפו כתבן כותי או יש' מומר פסולין ויגנזו ולא פירש מהו האפיקורוס כדפי' בפ"ד מרוצח היו"ד דהיינו עובר להכעיס אפי' בד"א

ולזה הביא בה"ת פירש"י דאפיקורוס הוא אדוק בע"ז כגון כהניהם ישרף דודאי לשם ע"ז כתבו ע"ש וס"ל למר דנהי דלענין הורדה הדין הוא דמומר לד"א הוי כמין אבל לענין ס"ת לא ישרף עד שיהיה אדוק בע"ז משום סתם מחשבתו ולזה כתב הרמב"ם דאפיקורוס סתם ובזה תנוח קושית הר"ן להרמב"ם דבאמת אזלינן בתר כללא דה' כמיקל ולפיכך בהורדה דאיהו קולא לדידן פסקנו דמין הוי ועיין בכ"מ פ"ד מרוצח הי"א למה פסק דמין הוי אבל בשרפת ס"ת דהוי, חומרא כמ"ש הב"י שם פסקנו דהוי מומר ואין שורפין.

והגם דבה' יסוה"ת פ"ו ה"ח כתב אפיקורוס יש' שכתב ס"ת שורפין אותו וכו' מפני שאינו מאמין בקדושת השם וכו' וטע"ז שייך לפחות במומר לכה"ת להכעיס י"ל אנה"ן אלא שמ"ש הכ"מ דבמומר לכה"ת איירי היינו עובר לתאבון דזה ודאי מאמין בק"ה מומר הוי ולא מין כמ"ש בפ"ג מה' תשובה ה"ט וע"ש בכ"מ ראייה לדברינו דנטה מדברי הר"ן וס"ל דלקולא פוסק הרמב"ם במח' ר"א ורבינא.

וכיון דהתם לא נ"מ מידי דבין מומר או מין אין לו חלק לעוה"ב תפש כמיקל ועיין בס' הל"מ פ"א מגזו"א ואכמ"ל ומומר להכעיס בד"א נמי מאמין בק"ה הוא ומ"ש הרמב"ם בפ"ב מע"ז ה"ה האפיקורוסי הם התרים וכו' עד שנמצאו עוברים על גופ"ת להכעיס וכו' התם בעוברים על הרבה גופ"ת ולא על אחת שו"ר להכנה"ג ח"מ סי' תכ"ה הגב"י או"ח האריך ופלפל בענין זה ובדברי הרמב"ם ממקום למקום ולפמ"ש דכל שהוא קולא לדידן נפסוק כמיקל יתיישבו כמה מקומות) ומה שרצו המעיינים לדון מדברי הר"ן שהביא הב"י יו"ד סי' רפ"ט וז"ל דנראה מדברי הרמב"ם ורש"י דפסוליהו דהני מדאורייתא ואחרים פירשו דמסור ומומר מדינא איתנהו בקשירה אלא דמדרבנן וכו' עשאוהו כאילו אינו בקשירה וכו' ע"כ דמשמע דלרש"י והרמב"ם אינן בקשירה שאינן מחוייבין בדוקא היא כי הנה מפורש ברש"י ורמב"ם דמחוייבים רק שאינן מאמינים והיינו דליתנהו בקשירה אלא כלו' דלרש"י הגם שהם מחוייבים כיון שאינן מאמינים יקראו ליתנהו בקשירה והכתוב פסלם.

ואחרים ס"ל דכיון דהם מחוייבים ל"ש למימר בהו ליתנהו בקשירה ואינן בכלל כל שישנו אלא מדרבנן פסלו כתיבתם וז"פ ועיין בב"י א"ח סי' ל"ט ניתנה ראש לענין שאלתנו מכל האמור מפו' דמומר חייב בכל המצות וגם צדקה בכלל אבל צריך לדעת אי מקבלינן מניה כיון דטובה היא לו וכמ"ש בילקוט רות ושם האיש אשר עשיתי עמו תני ר' אושעיא יותר ממה שבעה"ב עושה עם העני העני עושה עם הבעה"ב וכו' וא"כ הא תנן המינין וכו' מורידין ולא מעלין וכ"פ הרמב"ם פ"ד מה' רוצח היו"ד ופי"א מה' עדות ופ"י מה' ע"ז (הכ"מ בה' רוצח מפני שלא כתב הרמב"ם המסורות אמר נראה דגריס בברייתא האפיקורוסין במקומם והוא פלא דהא בה' עדות כתב הרמב"ם המוסרים והאפיקורוסין והמומרין גם בה' ע"ז כתב המוסרים ואפיקורוסי' והשמיט מומרין אפ' משום דס"ל לענין הורדה מומר להכעיס בכלל מין הוא ועיין בלח"מ בה"ע למה פירט שם המומר ועיין ביו"ד סי' קנ"ח דמני הטור מינין ומוסרין ומומר ואפיקורוס וכתב הב"י דמ"ש רבינו והאפיקורוסי' שם בברייתא בנוס' הרי"ף והרא"ש.

ומדוע לא ניח"ל לומר כן גם להרמב"ם דגריס לכולהו בברייתא ואי משום שהשמיט מוסר בה' רוצח נאמר דסמך על שאר מקומות שהזכירו ובפרט שכבר חרץ משפטו ביחוד פ"ח מחובל ע"ש וכ"ן להשיב בעד הטור ח"מ סי' תכ"ה שהשמיט מוסר משום שזן דינו כבר בסי' שפ"ח) גם בש"ע יו"ד וח"מ במקומותם פסק דגם מומר להכעיס מצוה להורגו.

ואפ"ל במומר לתיאבון יש לדון אי מקבלין כיון דהוי זה כמו העלאה והרמב"ם בה' רוצח שם מחלק בין ישראל העומד ברשעו דזה אסור להצילו אם נטה למות אבל מי שאינו עומד ברשעו מצוה להצילו ע"ש ובכ"מ שם כתב דשניהם לתיאבון רק דזה עומד ברשעו וזה אינו עומד וכ"פ בש"ע יו"ד וח"מ כלשון הרמב"ם ולענין אבדה פ' הרמב"ם בפ"א מה' גזו"א דלתיאבון מצוה להשיב לו אבדתו ולא חילק בין עומד ברשעו ללא עמד נראה שסמך בזה עמ"ש בה' רוצח הנז'.

(המש"ל שם כתב שה"ה בפ"ג מאיסורי ביאה כתב דברים תמוהים מאד נראה שכוונתו למ"ש ה"ה ע"ד הרמב"ם שם בה"ז דגר שמל וטבל יצא מכלל הגוים וכו' ואפ"ל חזר וע"ז הרי הוא כישר' מומר וכו' ומצוה להחזיר אבדתו דהוא ממה שנתבאר בפ"א מגזלה שמחזירין אבדת מומר והוא שיהיה מומר לתיאבון ע"כ וק' להמש"ל ע"ז מה שהק' שם הכ"מ ז"ל דמאי לתיאבון שייך בע"ז ומ"ש רבינו ומצוה להחזיר אבדתו לאו אחזר וע"ז אלא קאי למ"ש הואיל ומל יצא מכלל הגוים ע"ש.

ולולא מסתפינא אמינא למלט ה"ה ז"ל דלא ניח"ל בפ"ל הכ"מ משום דא"כ ברישא הול"ל ומצוה להחזיר ולזה אוקמא אסיפא ולא אכולה אף בחזר וע"ז אלא אחזר ומילי מילי קתני שאם חזר וע"ז קדושיו קדושין ואם חזר ואכל נבלה לתאבון דוקא מחזירין אבדתו וקמ"ל דגם בכלל אחוה ישנו אלא שקיצר) ואין לדמות דינו לב"ן שכתב הרמב"ם פ"ו ד מה' מלכים נתן צדקה מקבלין ממנו ונותנין אותה לעניי ישראל אבל גוי נותנים אותה לעניי גויים ע"ש דאדרבה משם ראייה כי ב"ן דשם הוא גר תושב וכמ"ש הכ"מ שם ובגר תושב כתב הרמב"ם שם הי"ב שנוהגין עמו בדרך ארץ וג"ח כישר' גמור משא"כ בגוי וכ"פ בפ"ו ד מה' ע"ז דלעכו"ם אסור ליתן מתנת חנם אבל נותן הוא לגר תושב ומומר לתיאבון לגוי דמי ולא לגר תושב כמ"ש שם בה"א וב' ואדרבא גריע מיניה כמ"ש בה"א דלגוי לא יצילנו אבל לאבדו אסור ואילו אפיקורוס מורדין.

גם בה"ב אסר לרפאת לגוי רק אם משום איבה מותר בשכר ולא בחנם ואילו לגר תושב גם בחנם א"כ גר תושב עדיף מגוי וגוי עדיף מאפיקורוס רק במומר לתיאבון השוה אותו בה' רוצח לעכו"ם ומ"מ ודאי דלא דמי לגר תושב (בהבדל זה אני תמה במ"ש הרב וויהעמודים בסי' מ"ז ס"ג לתמוה על הסמ"ג שכתב אבל הגוים וכו' לא מעלין ולא מורידין דהא קי"ל כחכמים בע"ז דס"ד איזהו גר תושב כל שקבל עליו ז"מ ב"ן ומוקמינן לה להחיותו א"כ בעינן שיקיים כל ז"מ ועוד כתב הרמב"ם פ"ד מהא"ב דאין גר תושב נוהג בזה"ז ע"כ.

נראה מק"ו דמחיין ולא מורידין אחת היא ולהכי ק"ל ואחה"ר הנה הוכחנו דגוי דינו דאין מורידין אבל אין נותנין לו מתנת חנם ובזה איירי הסמ"ג אבל גר תושב מחיין נמי משלנו כיש' שו"ר להעה"ש יו"ד סי' קנ"ח העיר עליו גם אני תמה עמ"ש הב"י שם

ביו"ד דפי' אין מורידין בגוי היינו שאין מצוה אבל אינו אסור דזה היפך דברי הרמב"ם הנז' שכתב אסור וראיתי להט"ז שם הק' כן ובנק"ה חילק בין קבל עליו ז"מ ללא קבל ואח"ה מלבד מ"ש דגם בלא קבל אסור עוד בה בקבל מאי איריאי דאינו אסור והלא גר תושב מצוה להחיותו נמי שו"ר להכנה"ג ח"מ סי' תכ"ה הגב"י או"ב תמה כן על הב"י עצמו) ובפרט למ"ש החק יעקב בסי' תמ"ה לענין חמצן של עוברי עבירה דמותר מפני שהן מחליפין וכו' דמשא"כ במומרין דהשתא דכולם מיקרי להכעיס ע"ש ולפ"ז הם גרועים גם מגוי אלא דהרה"ג מהרח"פ ז"ל בגנזי חיים מע' מ"ם אול"א תמה עליו מהב"ח יו"ד סי' ש"מ ומהרד"ך בית י"א ומהר"ש הלוי יו"ד סי' כ"ט דכולם סוברים אדרבה בזה"ז כולם לתיאבון והביא מהרב אות אמת מ"ש על נוסח הוידוי להכעיסך נתכונתי תמה אני אם יש בדור הזה מתכוין להכעיס.

ומ"מ הנה הביא הרב שם למהרשד"ם ביו"ד רס"י רצ"א ולהרב חיים וחסד למהר"ח מוסאפיא ד"ץ שכתבו הנוסח להכעיסך נתכונתי שיורה זה כהחק יעקב וא"כ לא פלט זה ממחלוקת. ומ"מ במומר כנ"ד דהוא מטמיע עצמו לעע"ז כבר פסק מור"ם יו"ד סי' קנ"ח דזה ודאי מומר להכעיס ומורידין ולא מעלין והנה אם באנו לדמות גרמת זכות הצדקה למתנה היה מקום לחלק בין גוי למומר דנהי דגוי אסור לו מתנת חנם אבל למומר שרי דהא הרד"ך בבית כ"ד וכ"ח בחזרתו כתב על האנוסים דכיון שיש בידם לשוב ולא שבו הו"ל מומרים להכעיס וכ"כ מרן בב"י יו"ד סי' קנ"ט ע"ד התו' ע"ש ועכ"ז כתב הכנה"ג ח"מ סי' רנ"ו הגה"ט או"ז משם מהרשד"ם ז"ל דעם דקי"ל ש"מ שצויה לתת מתנה לגוי אין שומעין לו אין האנוסים בכלל וכ"פ משם מהר"א גאליקו ז"ל דמה שנותן הנותן מדעתו לא מזדקקין לקנוס ולהפקיר וכו' ונלע"ד הטעם בזה דהגם דמומר גריע מגוי לענין הורדה מ"מ אין זה כ"א מדרבנן אבל במתנה דמדאורייתא אסירא לגוי ולא למומר לא ראו חז"ל לקונסו בנותן לו מדעתו.

ונ"מ דאם בא לימלך קודם הנתינה אנה"ן נימא ליה לא יתן אבל נתן לא. והכנה"ג שם כתב טעם המתנה משום שמא יחזור ליהדות.

ולדבריו גם לכתחילה נמי ובפרט בנ"ד דהוא אחיו ומכירו והתו' בריש ע"ז ד"ה אסור כתבו משם הירוש' דאיסור לשאת ולתת ביום אידם לגוי מכירו שרי וכ"כ להדיא בנח"ל סי' כ"ה משם חכם אחד דאפי' נימא דמשומד בכלל איסור מתנת חנם עכ"ז למכירו שרי עפ"י דברי התו' הנ"ל: אך הנח"ל שם תמה עליו איך מסתפק אם אסור ליתן מתנה למשומד פשיטא דאסור כיון דמין הוא וגרע מגוי ואסור להחיותו וכו' והגם דלט' הכנה"ג אולי יחזור ליהדות אין קושיא כי הגם שהרמב"ם בפ"ב מע"ז כתב דמומר לע"ז וכו' אין מקבלין אותו בתשו' לעולם הלח"מ שם הוכיח מהרמב"ם גופיה שאפשר לו לשוב ויישב הדבר והת"ה בסי' קצ"ח פסקו מור"ם ביו"ד סי' קנ"ח כתב דאדרבה אין מחמירים עליהם שלא יחזרו לסורם.

מ"מ מה נענה לס' הנח"ל דאסור המתנה גם הכנה"ג שם כ"כ ממהריב"ל בתשו' כ"י והדבר במחלוקת וכ"ש די"ל דכ"ע מודו בגרמת זכות שאינו מרגיש בה שיחזור ליהדות דאסיר: אלא דנלע"ד אדרבה זיל לאידך גיסא דגם החולקים במתנה לאסור מודו בגרמת זכות המגעתלו מן השמים דשרי ממ"ש התו' בברכות ד"ז ע"א ד"ה ההוא צדוקי דאע"ג

דקי"ל הצדוקין מורידין ולא מעלין היינו בידי אדם אבל ביד"ש לאו אורח ארעא להענישם ולהטריחם ולהורגם ועיין בתו' ע"ז ד"ד ע"ב ד"ה ש"מ לאו וכו' ואע"ג דהתם להענישם קאמרי והכא למנוע מהם זכות מ"מ זכר לדבר הוא דיש לחלק בין בידי אדם לביד"ש ובפרט דגרמת זכות מדין העלאה איהו והרי כתבו דגם להטריחם שהיא מעלין לאו אורח ארעא (במומר לתיאבון אפי' כמה פעמים פשיט"ל דשרי ממ"ש הטוי"ד סי' רנ"א דאם רצה לעשות עמו לפניו משוה"ד עושה והרב"י כתב שכ"ד הרמב"ם ועיין שם בש"ע בהגה דעבריינ לתיאבון אין איסור בדבר אם רוצים לפדותו אבל אין מחוייבין בכך וע"ש בש"ך וט"ז דהך מומר לתיאבון אפי' רגיל כמה פעמים אבל פעם אחת מצוה נמי לפדותו והגם כי העה"ש שם או"ב הק' ע"ז דמאי פריך בע"ז אני שונה לכל אבדת אחיך לרבות המומר ואת אמרת מורידין לישני כאן במומר הרגיל כאן בפעם אחת ע"ש.

אחה"ר לק"מ דלא מצי מוקים ברגיל דא"כ הוי דינו כמינין וכו' הנשנים שם דאסור להצילם ואילו אנן לא קיי"ל הכי ברגיל אלא דאינו חייב להציל אבל הרשות בידו להציל כדין רועי בהמה שהם מומרין לתיאבון ונשנו שם ברישא. והגם דהרמב"ם ערבינהו לרועי בהמה עם גוים ודין עכו"ם שאסור להציל כבר עמד ע"ז הכנה"ג ח"מ סי' תכ"ה הגב"י או"ב והוכיח דלצדדין קתני ועיין להרב תאיר נרי יו"ד סי' ו' אריכות בדברי הפוס' ויש לעמוד בהם אלא שאכמ"ל.

וע"ש להעה"ש שכתב דמומר כזה דעת הרמב"ם ותו' וסמ"ג שמצוה נמי להחיותו והרב בכור שור בחי' לגטין תמה על הש"ע ואחרונים למה לא כתבו כן גם הפת"ש שם סק"א כתב משם החו"י קל"ט וכנס"י ל"ח דכל שאינו להכעיס אפי' עבר. כמה פעמים מצוה להחיותו כמ"ש הבכ"ש ז"ל.

וע"כ שם מהבכ"ש דס' להכעיס או לתיאבון ודאי מצוה להחיותו ויש ללמוד מזה לזה"ז שהבאתי מח' במומרין בזה"ז אי להכעיס או לתיאבון וס' הוא דמצוה להחיותו) וכן יש להוכיח דמידי דביד"ש או כפרה שרי גם במומר להכעיס ממ"ש בסנהדרין דמ"ז נבזה בעיניו נמאס זה חזקיה מלך יאודה שגירר עצמות אביו וכו' והודו לו מאי טעמא כי היכי דתיהוי ליה כפרה לאבוה.

(עיין פירש"י בפי' נבזה בעיניו דמחלפא שיטתיה מהכא למכות דכ"ד וכן מ"ש הכא גירר עצמות אביו כדי שיתסרו אחרים ובברכות דיו"ד מפני שהיה רשע ביזהו ובפסחים דנ"ו כתב משום כפרה ומשום ק"ה ועיין למהר"י הלוי סי' מ"ט כתב דרש"י ל"ג הכא משום כפרה ופי' דפסחים הוי תיובתיה) ואע"ג דהתם בבעית קבורה אי משום בזיונא או משום כפרה קאמר הש"ס האי דצדיק הוא תיהוי ליה כפרה הנך לא תיהוי להו כפרה ופירש"י לא ניח"ל לקובה"ו דליהוי להו כפרה לפי שאף על פתח קברם לא היו חוזרים ע"כ.

הנה בלא"ה ק' דא"כ איך חזקיהו עביד כפרה לאבוה ואי משום כבוד או"א שאני כיון שאין רצונו של הקב"ה בכך הרי תנן במציעא יכול אמ"ל אביו הטמא וכו' ישמע לו ת"ל אני ה' כולכם חייבין בכבודי. אם לא דהתם שאני שגילה קרא דלא יקברו והטעם כמ"ש רש"י שיודע תעלומות צפה והביט שאלו אף על פתח קברם לא היו חוזרים משא"כ רשעים אחרוני עבדינן להו כפרה.

וכן בדין נמי מדאמרין התם בדמ"ז בהרוגי ב"ד דמיתתן כפרתן ומסיק התם דמיתה וקבורה בעינן. גם התו' בדמ"ו ד"ה קבורה כתבו דבקבורה ודאי איכא כפרה והבעיא היא מי הוי עיקר אי בזיונא או קבורה.

והרמב"ם פסק פט"ו מסנהדרין מ"מ לקבור כל הרוגי ב"ד ביום ההריגה והשתא הרי גם מגדף ועווע"ז בכלל הם ואיך עבדינן להו כפרה והרמב"ם בפ"א מה' אבל והטור סי' שמ"ה גבי מומרים ומוסרים נזהרו לכתוב שאין מתעסקים עמהם ואין מתאבלים ואילו קבורה לא הזכירו נראה דפשיט"ל שקוברים אותם וכ"כ להדיא הב"י בס' של"ד משם הקונדריסין בשם הרשב"א וכ"מ הוא ז"ל ברשב"א סי' תשס"ג ועיין למהר"י הלוי סי' מ"ט במומרתדאין מתאבלין אבל קוברין אותה.

וכן ראיתי למהרד"ך בתשו' י"א שבן המשומד יאמר על אביו קדיש ולא הוי זה"ת ומייתי ראייה מהך דחזקיהו וכו' וממ"ש בחגיגה דט"ו על ר"מ דאמר על אחר מוטב דלידייניה וליתי לעלמא דאתי מתי אמות ואעלה עשן מקברו וסיים ונראה דר"מ לזכות את רבו קאמר וכו' נראה דלא הוה גריס מוטב דלידייניה מפנ"ז כתב ונראה) וגם מור"ם בתשו' סי' פ"א פשיט"ל כן שכתב על דברי הת"ה לקרות לבן המשומד בשם אבי אביו ולא בשם אביו דלאו מדינא הוא אלא עצה טובה כדי שיתבייש אביו ויתכפר לו כמו שמצינו בחזקיהו ע"ש והגם שמהרד"ך כתב ואם לחשך אדם לומר נהי שיש לו לבן לזכות את אביו וכו' ושקו"ט אי מיחייב הבן לכבד את אביו רשע ע"ש משמע דדוקא משום כבוד או"א אמר כן ולא לעשות כפרה לאחרני.

נראה שאין הכונה כן ולא שנא אלא משום דאתשיל התם לענין קדימת בני הכשרים לקדיש ואם זה לא יתחייב משום כיבוד או"א נהי דמצי לכפר עליו מ"מ הם יקדמו לזה שקו"ט דג"ז הוא חייב בכבודו ואין להם דין קדימה עליו וממקום שבא הרב יש להוכיח כן דהא התם תמה ר"י על ר"מ ואמר גבורתא למיקלי רביה חד הוה בינא ולא מצינן לאצוליה מתי אמות ואעלה עשן מקברו וכן הוה ופירש"י חד הוה וכו' תלמיד אחד היה בינינו ונכשל וכו' משמע דר' יוחנן לא היה תלמידו דאחר ועכ"ז הצילו.

גם אין לחלק בזה דכל הראיות הנז' הם דוקא לאח"מ ולא מחיים דהא קאמר התם דר"מ תקפיה ועייליה לבי מדרשא וכו' הרי דגם מחיים רדף לזכותו הגם ששמע שובו בנים חוץ מאחר אלא שלא עלתה לו. ומכ"ז משמע ומובן דגם מומר להכעיס שאינו אב ולא רב ועודנו חי מצינן לקרב לו הזכות והתועלת דביד"ש ולא דמי לתועלת דבידי אדם ומ"ש מור"ם יו"ד סי' שע"ו מומר שנהרג בידי עכו"ם בניו אומרים עליו קדיש.

פשיטא דה"ה לכל מומר אלא משום קדימה לאחרים נקט שנהרג בידי עכו"ם: ומזה מצאנו נחת וטוטו"ד למה שנוהגים ליטול צדקה גם מהמומרים ואינם מבחינים בין טוב לרע כי שרי לגרום להם זכות והגם כי מהר"ש הלוי סי' כ"ט פקפק על ראיות מהרד"ך דשאני זכות שמביאין לו ע"י עונש מאמירת קדיש ועשית מצות לזכותו ומהיכא תיתי שמותר עש"ב.

מ"מ מהרד"ך דרב גובריה אמרה וגם מור"ם בש"ע שם פסקה ובפרט דבצדקה דנותן משלו והו"ל כעונש דמחסר ממונו גם מהרש"ה ז"ל יודה ואין לתמוה בזה דמומר דקיי"ל



מורידין וכו' מותר לקבל ממנו צדקה ועכו"ם דעדיף מניה כמש"ל אסור לקבל מניה כמ"ש הרמב"ם בפיו"ד ממלכים דאפ"י דמשום איבה מקבלין ינתן לעניי גוים ועיקר הדבר מב"ב דיו"ד ע"ב גבי עובדא דאיפרא הורמיז שדרא וכו' משום ביבוש קצירה תשברנה ע"ש די"ל התם הטעם כמו שפירש"י ביבוש וכו' כשתכלה זכות שבידם וייבש לחלוחית מעשה הצדקה שלהם אז ישברו ע"כ כלו' תשבר אומתן ונצא משעבוד מלכיות וכ"א שם דה"ע דחסד לאומים חטאת שאין עושין אלא שתמשך מלכותן ונמצא לפ"ז דקבלת הצדקה מהם היא נזק גדול לכללות האומה לפיכך אין מקבלין מה משא"כ צדקת מומר שאינה נזק לנו אלא משום גרמת תועלת לו הא למדת בתועלת ביד"ש שרי למעבד ליה והעד לזה מה שמתיר הש"ע יו"ד סי' רנ"ד לקבל מן הגוי אם אין היש' יכול לחיות בצדקת ישראל שאז אם אינו יכול ליטול מן הגוי בצניעא אף בפרהסיא שרי ע"ש.

דנראה הטעם כיון דמניעת הקבלה אינו רק משום הנזק שלנו משו"ה כשאינו יכול לחיות שרי ובפרהסיא החמירו משום ח"ה כמ"ש במס' סנהדרין דכ"ה וע"ש פירש"י ואי לא סגי בלא"ה מותר. ועיין בפרישה שתי' אמאי ליחיד שרי בצניעא ולגבאי אסור משום דיחיד הוא נהנה ע"ש (ונראה מטע"ז לחלק בין יחיד ליחיד לכללות מכללות).

דמיחיד ליחיד ליכא משך מלכות כ"כ לפיכך שרי בצניעא או בפרהסיא אי לא סגי בלא"ה משא"כ מכלל לכלל דאיכא משך מלכות גדולה כאיפרא הורמיז לזה לא התירו רק משום שלום מלכות והרמב"ם בפיו"ד ממלכים מיירי בפרהסיא ומשום ש"מ מקבלין ומשום ביבוש"ק ינתן לעניי גויים וסמך עמ"ש בפ"ח מה' מתנות עניים כמ"ש הלח"מ ומש"ל שם ובזה מתיישב קו' הט"ז בס"י רנ"ז סק"ב) ומעתה מ"ש מור"ם ביו"ד סי' רנ"ד דעכו"ם אם מנדבין דבר לבהכנ"ס מקבלין מהן אבל לא מן המומר אין ללמוד משם לצדקה דהתם עיקר הדבר ממהרי"ו שלמד כן מתו' דב"ב ד"ח ד"ה יתיב דמדמו שרגא דבי כנישתא לקרבן ובקרבן אשכחן בנזיר דס"ב איש איש לרבות נכרים שנודרים נדרים ונדבות כיש' ואילו מומר אמרו בחולין ד"ה מכם להוציא את המומר וכן אמרו בסנהדרין דקי"ב קדשי מזבח של עיר הנדחת ימותו אמ"ר יוחנן זבח רשעים תועבה ע"ש וא"כ התם שאני דרבי קרא לגוי ומיעט לומר משא"כ צדקה דטעמא משום כפרה בומר עבדינן ליה כפרה משא"כ גוי דאיכא משך מלכות וכ"כ להדיא בהג"א פ"ק דב"ב מאי שנא צדקה דאין מקבלין מגוי מנדרים ונדבות ות"י דנו"נ אין באים לכפרה וצדקה מכפרת ע"ש וכ"ן לדקדק מהב"י ז"ל דבסי' רנ"ט גבי יחיד שהתנדב נר לבהכנ"ס הביא דברי התו' וכתב מ"ך על דבריהם מדקא מדמו שרגא לקרבן ש"מ דמומר שהתנדב נר אין מקבלין וכו' ואילו בס"י רנ"ד אייתי דברי התו' ולא כתב המ"ך הנז' משום דהתם קאי לענין צדקה ובצדקה גם מומר מקבלין וכ"ן ממהר"י ברונא סי' רע"ו שכתב על מומר שהתנדב מפת ס"ת דאין מקבלין משום זבח רשעים תועבה ע"ש משמע דמניעת כלי בהכנ"ס לאו מטעם מניעת זכותו אלא משום זר"ת.

וכ"מ לס' החסידים סי' תרפ"ח שכתב בומר שאמר לצבור תשכירו לי לכתוב ס"ת במעות שלי לקרות בו בבהכנ"ס לא יקבלו ממנו שמא לאח"ז יאמר תשיבו לי ס"ת שלי וכו' ע"כ (עיין ערכין ד"ו ע"א גבי גוי שהתנדב לבד"ה שחלקו בין בתחילה לבסוף וע"ש בתו' ד"ה הא לכתחילה) ולא חש בה לגרמת זכותו.

ומאי דלא חש לקבל מיניה משום שאין מקבלין קרבן ממומר נראה דס"ל דל"ש דימוי לקרבן רק במתנדב גוף הדבר אבל מעות לקנות דלהוצאה ניתנו אין בזה זר"ת וכ"ן דעת הא"ר בא"ח סי' קנ"ד סקי"ז גבי מומר שנתן נר אסור להדליקו כתב ואם נתן מעות לקנות בהם ס"ת מקבלין ס"ח. להורות על החילוק הנז' וזה היה נראה להעמיס בכונת המבי"ט ח"א סי' רי"ד שכתב במומר שהקדיש בית אחד לבהכנ"ס ומכרו אח"כ דאע"ג דאמרי' מכם להוציא את המומר היינו בקרבן ודמי ליה אבל בהקדש לעניים והקדיש בית לבהכנ"ס מקבלין וכיון שהקדשו הקדש אין ממכרו ממכר ע"ש די"ל דמיירי בהקדיש מעות לבנות בהכנ"ס או בית לפירותיה לצורך בהכנ"ס אבל בית ממש ה"ז דומה לקרבן ודלא כהש"ך יו"ד סי' רנ"ד סק"ה שעשאו חולק עם מור"ם שם (ועיין לשכנה"ג שם הגה"ט כתב גוי שהקדיש לעניים או לבהכנ"ס מקבלין ממנו מבי"ט ח"א סי' רי"ד) והוא תימה דהמבי"ט לא איירי אלא במומר ויש לדון איפכא כיון דחשיב ליה כצדקה אין לקבלו מהגוי והלבוש בסי' רנ"ד כתב וכ"ז כשנותנין מעות לצדקה אבל אם מנדבין דבר לבהכנ"ס מקבלין וכו' אבל מן המשומד אין מקבלין כלום ועיין סי' רנ"ט ס"ד ע"כ ולכאורה נראה דס"ל דאין מקבלין ממומר לא צדקה ולא דבר לבהכנ"ס אבל הנראה לדחוק בכונתו דרמז לכתוב בסי' רנ"ט דבגוי דמקבלין הוא דוקא כשיאמר לדעת ישראל הפרשתי ואם לא אמר כן לא שמא יחשוב בלבו לע"ז ולזה כתב אין מקבלין כלום ר"ל דמומר במידי דדמי לקרבן בין יאמר בין לא יאמר אין מקבלין וההפרש דגוי דבורו מבטל מחשבתו לע"ז ויש' מומר אין ע"ז שלו בטלה ואפ' דזהו דעתו בא"ח סי' קנ"ד במומר שנתן שעוה לבהכנ"ס וכו' אסור להדליקו בבהכנ"ס דשמא דעתו לע"ז כלו' ושוב אינו יכול לבטלה וכמ"ש הט"ז יו"ד סי' קל"ט סק"א ודלא כמ"ש הדרישה ע"ש אבל בצדקה אנה"ן דס"ל להלבוש דמקבלין.

(אך לא ידעתי מדוע בא"ח כתב הט' דשמא דעתו לע"ז ולא מטעם דדמי לקרבן ואין מקבלין ואפ' דהתם אשמועי' דגם בדיעבד שקיבלו ממנו אין מדליקין מע' הנז' וכן דקדק מור"ם וכתב אסור להדליק ולא אין מקבלין) ומכל זה אני תמה במ"ש השבו"י ח"ג סי' פ"ה על פושע שנדר בכשרותו אי רשאי לקבל ממנו הצדקה אחר שנעשה פושע ותמה על השואל מאי מספק"ל דכיון דכתב מור"ם שאין מקבלין מהם דבר לבהכנ"ס כ"ש שאין מקבלין מהם צדקה מק"ו דגוי וכתב שדברי המבי"ט הם כהלכתא בלא טעמא ותמה על הש"ך למה העתיקם וכתב שאין לחלק במה שנדר קודם פשעו לאח"כ (עיין במש"ל פ"ג משגגות ה"ז שהאריך בראיות כן) דאין מקבלין ע"ש ושרי ליה מאריה במאי דבהית טובא להמבי"ט והש"ך ז"ל ומכל מה שהוכחתי נראה שהדין עמהם וכעת לא מצאתי לו חבר מפורש זולת מ"ש המחצ"ה בא"ח סי' קנ"ד על המג"א סקי"ח וז"ל ר"ל דבגוי נהי דאין מקבלין ממנו צדקה וכו' מ"מ קרבן נדבה מקבלין וכו' אבל מומר מיעטו קרא אפי' מקרבן ע"ש וגם עליו יפלא: והגם דמדברי הרשב"ש סי' קמ"ג נראה שסובר כן שכתב אם מקבלין מפת ס"ת ממשומדת משום שהיא גויה שאין מקבלים מידי גוים דבר כזה כדאיתא בפ"ק דערכין ובפ"ק דבתרא בענין זה הורה א"א מוה"ר כמה פעמים להיתר דחיישי' לאיבה וכו' ע"כ מדרמז לפ"ק דערכין דהתם מקור דילמא הדרי ולפ"ק דבתרא דהתם מקור ביבוש קצירה יורה דיהיב לזה דין צדקה ועכ"ז לולא איבה היה פוסק שאין מקבלין כהשבו"י ז"ל.

לע"ד א"א לומר כן כי מפת ס"ת לכ"ע דמיא לקרבן וגם השבו"י יודה בזה ולכן לולא דמסתפינא הו"א דט"ס נפל בדבריו וכצ"ל בפ"ק דערכין ובפ"ק דחולין דשם מקור הענין דאין מקבלין קרבנות מהמומר וה"ט דהרשב"ש אבל בצדקה מודה דמקבלין מהן ועכ"פ הנה גם הרב ז"ל הודה דמקבלין מהן משום איבה.

ושרש הדבר נראה מהך דע"ז דכ"ו דמק' בהך דמינין מורידין ולא מעלין השתא אחותי מחתינן אסוקי מיבעיית אמ"ר ששת לא נצרכא שאם היתה מעלה בבור מגררא דנקיט ליה עילא ע"כ משמע דדוקא בעילא דמצי לישתמיט מוריד הא לא"ה חיישי' לאיבה ועיין בטו"ד סי' קנ"ח ובש"ע והט"ז שם.

ומה שיש להקשות כנגד היסוד דהנחנו דמצינן למיעבד כפרה למשומד מסוגיית דחולין ד"ה דמפיק מכם להוציא את המומר ופריך והא מהכא נפקא מהתם נפקא מעם הארץ פרט למומר ומת' צריכי דאי אשמו' חטאת משום דלכפרה הוא אבל עולה דדורון הוא אימא ליקביל מיניה ואי אשמועינן עולה משום דלאו חיובא הוא אבל חטאת דחיובא הוא אימא ליקביל מניה צריכא ע"כ דמשמע דקרא דחטאת איצטריך שאין לקבל ממנו מידי דמכפר.

(ומינה לצדקה דמכפרת כמש"ל משם הג"א והפת"ע בב"ב דיו"ד הוכיח ממדרשי' כהפ"מ דגם בחטא מזיד מכפרת ועיין להרב ידות נדרים יו"ד סי' רנ"ד סק"ד מ"ש על הפ"מ ז"ל) י"ל דה"פ הסוגיית דאי אשמועינן חטאת הו"א הטעם משום כפרה ואי אשמועינן עולה הו"א הטעם משום חיובא אבל השתא דאשמועי' תרוייהו אין הטעם לא משום כפרה ולא משום חיובא אלא גזרת הכתוב משום זר"ת וממילא במילי אחרוני מקבלין הגם דאית בהו כפרה.

אלא דרואה אנכי דפי' זה תלוי במח' הרמב"ם והראב"ד בפ"ד מה' ע"ז כי הרמב"ם כתב קדשי מזבח דעיר הנדחת והבכור והמעשר שבתוכה תמימים ימותו זבח רשעים תועבה והראב"ד השיגו עיין בכ"מ דאין כאן זר"ת שאינן דורון כשאר זבחים ולא מכפרים שום כפרה. נראה דהרמב"ם סובר פי' הסו' כמ"ש דבגזרת הכתוב היא בכל זבח אבל הראב"ד מפרש כפשטא דשמעתתא דדוקא קרבן דאית ביה כפרה או דורון וכו' וא"כ מינה לכל מידי דמכפר אין מקבלין מהם.

ומ"מ י"ל דגם הראב"ד ל"א אלא בקרבן דמכפר ואין ללמוד לצדקה ודכוותה וה"ט כי בב"ק ד"מ אמרו דחטאות ואשמות דלכפרה אתו אין ממשכנין דאתו למזבח אבל בכופר דלחבריה הוא מיבע"ל אי ממשכנין והרמב"ם פיו"ד מהנ"מ פסק דממשכנין על הכופר עיין בהה"מ והלח"מ נמצא דלאינשי שמיע להו כפרה דגבוה ולא כפרה הניתנת להדיוט וא"כ הנה הידו"ן שם או"ב חילק דל"ש ביבוס קצירה אלא היכא שהגוי מתכוין לצדקה כהלכתה ולהתכפר בה ומינה דלהראב"ד אין ללמוד מקרבן משום דשמיע ליה דאיהו לכפרה אין לקבל משא"כ בצדקה דלא שמיע ליה כפרה דידה ועיין להפת"ע שם שדימה בזה צדקה אלא הכופר ובפרט שדי לנו שהרמב"ם שפוסקין כמותו ס"ל דמצינן לכפר על המומר.

ואם תראה מ"ש ה' בית אהרן ח"א מע' סמך או"ב שאסר הספרים שהדפיסו המינין משום עושה צדקה בכל עת וצדקתם מארכת גלותנו ועיין לרמ"א בתשו' סי' יו"ד שהזהיר למנוע מהם חסד ע"כ אל תבהל דהתם במינים גויים מיירי דאי מיני יש' כבר כתבתי מתשו' מור"ם דמותר לכפר בעדם ועיין להמש"ץ ח"ב סי' ט' דק"ל איך תקנו למינים אל תהי תקוה והרי אמרו והשב לב פושעיהם לעבדך והאריך בזה ואכמ"ל: אך עדיין ק"ל ממ"ש בב"ב ד"ד ובבא בן בוטא איך השיאו עצה להורודוס לבנות בהמ"ק משום דקטלינהו לכולהו רבנן והאמר"י אמר רב ואיתימא ריב"ל מפנ"מ נענש דניאל מפני שהשיא עצה לנבוכדנצאר וכו' ות"י שאני עבד דחייב במצות ואיבע"א שאני בהמ"ק דאי לאו מלכות לא אתבני ע"כ וכת"י בתרא פסק הרמב"ם פי"ב מרוצח הט"ו.

והשתא בשלמא לת"י ראשון מומר דמי לעבד דמיחייב במצות ולפיכך מותר לגרום לו זכות אבל לת"י אחרון לא שני לן בין גוי לעבד ומומר רק הדבר תלוי במידי דלא סגי בלא"ה כבנין בהמ"ק וכ"ר להזרע אמת ח"ב סי' קי"ב הק' מזה על הפרו"ד בסי' רנ"ד שחילק בצדקת גוי דליחיד דאית ליה הנאה מקבל משא"כ הגבאי עי"ש (על הפו"ד יש להליץ דגם הוא קאי על דברי הטור במ"ש היכא דלא אפשר לחיות בצדקת יש' אזי מקבל וזה עולה כתי' בתרא ועיין להרב ב"ה וידות נדרים שם תמהו דנראה מהש"ע דבצניעא שרי גם אם יכול לחיות מישראל.

הידו"ן ת"י דבש"ע לא קאי על פיסול עדות לזה לא אסר רק בפרהסיא ובש"ס איירי לענין פסולי עדות והוא פלא איך עלה ע"ד שאינו אסור ואינו חמס יפסל לעדות ובשלמא אי הוה מתרץ דהש"ע ס"ל כרמב"ם דפסוליהו דהני לעדות משום שמקבלים בפרהסיא ובזויים כאוכל בשוק כאשר כ"כ באמת בח"מ סי' ל"ד ומפנ"כ יש צד לפוסלם גם בצניעא אי מצו לאתזוני מיש' ומבזו נפשייהו ניהא אבל שיהיה מותר מהדין ועכ"ז יקרא רשע דחמס אין הדעת סובלת ועיין להפרה"א ח"ב סופ"י דמלכים דין יו"ד ומ"מ אפשר דגם לת"י בתרא דלא ניה"ל בת"י דעבד מיחייב במצות אינו כ"א בעבד דלא מיחייב כ"א במצות דהאשה חייבת אבל במומר דחייב בכל המצות מודה דמותר להשיאו עצה.

וכן יש לדקדק מלשון הרמב"ם פי"ב מרוצח שכתב ואסור להשיא עצה טובה לעע"ז ועבד רשע ולא כתב לעע"ז ולרשע סתם. (לפ"ז יתיישב מה שנראה מתשו' הרשב"ש דלעיל דאשה מומרת אין מקבלין ממנה כגוי משום דאינה חייבת כ"כ כאיש אלא שדוחק לחלק בין מומרת למומר) או אפשר ה"ט דנהי שעבד שחזר לגיותו דינו כיש' מומר בטוש"ע יו"ד סי' רס"ז מ"מ להשוותו לו לגרמת זכות לה דכיון שסורו רע אית לה חזקה שלא יחזור ליהדות משא"כ מומר דרובם חרטה וטעם המתירים לתת לו מתנה הוא משום שמא יחזור ליהדות כמש"ל ולזה נקט הרמב"ם עבד דוקא ואיך שיהיה הנה הרמב"ם נקט דוקא עבד אבל מומר מותר להשיאו ע"ט ולגרום לו זכות ולו יהיה אלא ספק עיין להרב פני דוד ס' תולדות א"ו דאיסור מומר לחלל שבתות לשחוט ולקבל ממנו קרבן אינו רק מדרבנן וכ"מ מהש"ך יו"ד סי' ב' סק"ב וס' דרבנן לקולא.

ואפי' במומרים דאיסורם מה"ת מ"מ האיכא פלוגתא אי צדקה דמי לקרבן שאין מקבלין ואיכא פלוגתא אחריתא אי מומרים בזה"ז להכעיס או ליתאבון ואיכא תו כמה חילוקים בזה האמורים לעיל דמיניהו איתרבו ספיקי וס"ס גם בדאורייתא מהני ושרי וגם

מצד חלול ה' ליכא כמ"ש הזר"א ריש סי' קי"ב דל"מ לסוברים דגם בגוי ליכא ח"ה אלא גם רש"י ז"ל שסובר כן מודה הוא בשאין פושט יד לקבל מנבזים ושפלים כאחד הרקים דליכא ח"ה: וכל זה להתלמד במקום אחר אבל בנ"ד הרבה פתחים יש להתיר בלא זה חדא דמה שמקבל מאחיו הוא בצניעא והפרישה כתב על מה שנראה מש"ע ס"א דמקבלין מהגוי בצניעא הוא ביחיד ומה שנראה מס"ב דלא הוא בגבאי ועמש"ל לישב עליו קו' הזר"א ז"ל דמר קאי אהיכא דלא אפשר ליה לאתזוני באו"א ובנד"ד נמי אין חונן אותו מלבד אחיו ועוד דכיון שהוא אחיו יהיב ליה בתורת רחמנות והט"ז והידו"ן ז"ל כתבו שם לחלק דכשהוא מצד רחמנות שרי.

ובפרט דלאו לשם צדקה יהיב רק לשם מתנה והרמ"ה בחי' לבתרא סי' קל"ב כתב וה"מ צדקה אבל מתנה שרי צא ולמד מדניאל שקבל מנבוכדנצאר וירמיה מנבוזראדן וכו' ע"ש ועוד לפי מש"ל לחלק בין כללות לכללות כגון מלך ושר שנותנים לגבאי דאז גם בצניעא אסור משום ביבו"ק דשייך בזה המשכת מלכות אבל מיחיד ליחיד דל"ש אינו אסור כ"א בפרהסיא.

ועתה מצאתי להפרה"א פיו"ד ממלכים היו"ד הביא דברי הרב שנות חיים ז"ל שדקדק כן מדברי הרמב"ם ממ"ש מלך ושר כנראה דוקא מלך ושר משום שעושין כדי שתמשך מלכותן לכן שייך ביבו"ק וכו' ומן הזין היה שלא יקבלוהו מהם אם לא מפני שלו"מ אבל בכותי הדיוט דמה שנותן צדקה היינו לכפר עוונותיו לא שייך ביבו"ק ולכך כתב שמקבלין ממנו אף דליכא ש"מ ע"כ.

ומה שתמה עליו הפרה"א ז"ל שם והזר"א דלדבריו אמאי כתב הרמב"ם בכותי הדיוט דינתן לעני עכו"ם והלא בהדיוט ליכא משום ביבו"ק י"ל דהרמב"ם מיירי במקבל בפרהסיא וילמד תחתון מעליון צדקת גר תושב דכתב דמקבלין והתם בפרהסיא ומשו"ה ח"ה אסור אף דליכא ביבו"ק משא"כ בשר וכו' דבצניעא נמי אסור משום ביבו"ק ומה שהאריך הזר"א דלהרמב"ם ואפי' לרש"י ליכא איסור פרהסיא כ"א במחזר לקבל וכו' אין זה מוכרח לדעת השנ"ח ובזה אזדו להו הוכחות הפרה"א מהך טייעא דנדר שרגא לבי כנישתא וממה שחלקו הג"א מנדרים ונדבות לצדקה דמוכח דגם בהדיוט איכא משום ביבו"ק ע"ש דלאו מתייא דהתם נמי בפרהסיא ולא משום ביבו"ק והתו' לא הרגישו בטייעא משום ביבו"ק רק משום שידעו בו רבים והו"ל פרהסיא כמ"ש הידו"ן דזהו ענין פרהסיא (ומ"ש הפרה"א שם דאדרבה אם אינן עושין רק לימשך מלכותן חסד לאומים חטאת הוא להם).

אח"ה אשתמיט מקולמוסו מ"ש הפרישה דנהי דחטאת הוא להם שאינה שוה לצדקת ישראל מ"מ מכפרת ע"ש. עוד ראיתו מתמיה עמ"ש הפרשת דרכים ד"מ דטעם שאאע"ה היה מגייר עוברים ושבים כדי שיצאו מכלל ב"ן ויקראו בנים דאל"ה אסור לתת להם צדקה ע"ש דהא הרמב"ם בה' מלכים פסק דב"ן מצוה לזונו ולהחיותו ואם משום ההיא דטורסנורופוס משל דבנים ועבדים י"ל דמיירי בכותים עו"ז ולפי שאינם מודים להאל ית' אינם נק' בנים זת"ד ז"ל ואני תמה דהך דטורסנורופוס בב"ב דיו"ד מוכחת דשקו"ט עם רע"ק בעניי יש' ולא בכותים.

ואפילו למטוניה אין מקשין על הדרשן דר"ל שאאע"ה היה עושה גם לצאת חובת המין ולא שהיה צריך מן הדין וכ"ש שנראה דמחוייב להיות כן כי הרמב"ם פי"ד מהא"ב פסק בזמן שאין היובל נוהג אין מקבלין גר תושב וגם הראב"ד מודה לו שאין מצווין להחיותו מיהא וזמן אאע"ה לא היה היובל נוהג ולא היה מצוה לזון ב"ן לזה חוייב לגיירן (לגמרי) ועיין להפדה"א שם הביא גירסת הרי"ף שמסכמת לחילוק השנות חיים ז"ל וממילא בהדיוט איכא פתח אחר לקבל ממנו בצניעא ועיין להזר"א שם במסקנא דבעילא כל דהו מדחי איסור ביבוק"ק בקו"ע ואי"ץ פקו"ן רק גם דקדוקי עניות שרי והבנין ציון סי' פ"ה כתב להתיר גם בפרהסיאכשהגוי נותן מעצמו ונמצא מכל האמור ההיתר בשופי לאח עני דנ"ד לקבל מאחיו העשיר אף שהוא מומר ועל חולם החלום עיין ביו"ד סי' רנ"ט בהג"ה דדברי חלומות לא מעלין ולא מורידין והוא ש"ס ערוך בסנהדרין ד"ל ע"א ומה שיש להתיישב בזה מהך דנידוהו או נשבע בחלום אין כאן מקומו ולית ליה למיחש וצוי"מ וירים מכשול מדרך עמו: סימן ט"ו אחב"י קהלות האשכנזים הי"ו בארה"ק לקיום ישובם קבלו עליהם אחיהם שברוסיא לקבוע קופות בבתיהם וכו' ולתת שמה כל איש מסת ידו והגבאים הממונים בחתי' אנשי ארץ ישראל מחזירין תדיר לקבץ כל הכסף הנמצא שמה ושולחים לגבאים שבא"י הממונים גם הם מהעניים לחלקם ביעקב ת"ח ועניים ועתה אחד מגבאי חו"ל מיעט ההכנסה לגבאי א"י ממה ששולח מאז.

ואחר החקירה נודע להם שמינה גבאים אחרים בא"י מתחת ידו ושולח להם באומר דהמתנדבים אדעתא דידיה יהבי ולמאן די יצבי יתנינה. ולכן גבאים הישנים ועניים העטופים ברעב דורשי משפט אם יש כח להרב הגבאי הנז' לעשות כן או לא: ואני בעוניי שועת עניים שמעו אזני ולכן נטפלתי להשיב וחלילה לי לחשוד שהרב הנז' זוכה לעצמו בטענתו הנז' אחר שהדבר מפו' בחק"ל יו"ד ח"ג דק"ך ע"א וז"ל ולא הותר כלל שיקח מעות העניים לצורכו אע"ג שהנודרים נדרו על דעתו ע"ש ולא דמי להך דקטיעא בר שלום בע"ז דיו"ד שאמר נכסי לרע"ק וחביריו ודרש רע"ק והיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו דהתם שאני שהזכיר שם רע"ק וכפירש"י שם.

ופשיטא דאינו משנה רק לצדקה אחרת או עניים אחרים וסומך בזה עמ"ש בש"ע יו"ד ואם היה חכם גדול במדינה שהכל גובים על דעתו והוא יחלק לעניים כפי מה שירצה ה"ז יכול לשנותו וכו' ובהגה וה"ה לגבאי הממונה מבני העיר. גם הרב מים שאל יו"ד סי' רנ"ט נתן כח זה לגבאי קושטא לשנות בנדבות השלוחות אליהם לשם ירושת"ו ודלא כמהר"מ אלשקאר ריש סי' ע"א ומהרי"א סי' ע"ב וה"ט דכל הניתן על ידם לדעתם ניתן אם להניחם אם לתתם לאחרים ע"ש: אמנם אי מהא לא איריאי ושאני הכא דהגבאי הזה אין המתנדבים נותנים לו רק עפ"י מינויו מא"י ושליח דא"י הוא וכל המשנה מדעת השליח בטל שליחותו עיין בחו"מ מס' קפ"ב ואילך ועיין במהריק"ו שו"ו במינה אשתו על ארנקי ש"ץ.

אבל נדון המים שאל כח הגבאים היה מהנדיבים וגם לשון הש"ע מדוקדק כן שכתב והוא יחלק לעניים וכו' דיש רשות בידו לשנות משא"כ נד"ד. ואפילו אי יהיבין ליה דין חבר עיר מה שאינו הנה הרב משפטי שמואל סי' ס"ג חילק דאין די"ז נוהג רק בנדבה מחודשת ולא בדבר הנעשה קודם בא חבר עיר.

ועוד כיון דידוע שתחילתו היה לת"ת ל"ש למימר אדעתא דידיה יהבי ע"ש וה"ן בנד"ד גבול זה גבלו ראשונים מזה רבות בשנים טרם לידת הגבאי הזה וגם ידוע הוא לצדקת א"י ול"ש בו אד"ד יהבי. ובזה אזיל סמוכין דיליה מההגה שכתב וה"ה לגבאי.

כיון דחבר עיר יכול לשנות לצורכי העיר ואפי' לדבר הרשות כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ו ואילו גבאי רק לדב"מ וכמש"ש הש"ך סק"ח והמח"א ה' צדקה ס"י וי"א והחק"ל שם סי' ק"ז ועכ"ז חב"ע אינו יכול לשנות בגוונא דנד"ד א"כ כ"ש הוא לגבאי: וגדולה מזו אני רואה דאפי' בני העיר עצמם אינם יכולים לשנות בנד"ד ואפי' מעני לעני.

כי המעיין בטוב"י סי' רנ"ו ורנ"ט יראה שהמקילים בשינוי המה הרמב"ם ור"ת והרא"ש וכוותייהו פסק הש"ע ולדעתם כתב הטור משם אביו ז"ל דדוקא קופה ותמחוי שאם יחסר יגבו להם פעם אחרת יכולים לשנות אבל במקרה שגבו לצורך עניים וכו' לא ישנו ואפי' לצורך עניים אחרים. וא"כ בנד"ד שאם יחסר אין מכריח למתנדבים להתנדב פעם אחרת אין לשנות והגם שבב"י הביא דברי הרא"ש ופי' שדעתו לומר דהך דירוש' שאין מוחים ביד הפרנסים היינו בבאים לשנות לדבר שהוא צורך עניים הנה הכ"מ תמה עליו ממ"ש הטור דאפי' לצורך עניים אסור והגם שהש"ך יישב דמיירי דוקא בראו שיש צורך בדבר המטה יוסף ח"ב סי' י"ב הרבה להשיב ע"ז וישב דל"א הב"י רק לצורך אותו עני עצמו כגון לשנת מכסות למזון וכו' אבל מעני לעני לא ע"ש והגם שמהריק"ו בשו"ה הבי"ד הב"י שם ח"י באו"א דלא הרא"ש שלא לשנות במקום פסידא דלא הדר רק בעניים ידועים אבל עניי ירושת"ו דאינם ידועים אפי' פסידא דלא הדר מצו לשנויי לפחות לדב"מ כבר החק"ל ביו"ד ח"ג סי' ק"ה העלה דרבו החולקים עליו וס"ל אפי' באינם ידועים אינם יכולים לשנות רק באם יצטרכו יגבו להם פעם אחרת וכ"כ המח"א ה' צדקה סי' יו"ד ועיין במטה יוסף ח"ב סי' י"א דמהרמ"ח ז"ל סבר יכולים לשנות גם בפסידא דלא הדר והמחבר ז"ל האריך לחלוק עליו ובדמ"ו פי' דברי הרא"ש בפסקיו לב"ב דגבאי מותר לשנות לדב"מ אפי' לא יפרענה עוד דמיירי בחוזר וגובה להם אם יחסר ע"ש וכ"פ המח"א שם וא"כ בנד"ד לא מצי לשנויי אפי' לדב"מ כיון דהוא פסידא דלא הדר.

ובפרט דנראה דגם מהריק"ו יודה בנד"ד מתלת טעמי. א' דהמתחקה בדב"ק שם יבין דעיקר החילוק הוא תלוי בממון הנגבה להתחלק קו"פ מיד דאז הו"ל בעלים ידועים אבל בממון הקדש דהוא קרן קיים ורק הפירות מתחלקים דאז אין להם זכיה בגוף והדבר ידוע כי ברוב הימים מתים ונדים ונעים ומתחלפים העניים בזה הו"ל בעלים שאינם ידועים כי לא ייחזו שום עני ומסרו הדבר לבני העיר או הגבאים לתת לאשר יחפצו והחילוק הזה מפורש היטב בהעתקת דברי מהריק"ו במהרימ"ט ח"א סי' ס"ג כי שינה לשונו לבאר זאת שו"ר: להחת"ס ח"ו סי' ז"ך שחילק כן מנדונו לדמהריק"ו ומהרימ"ט וכתב דמיתה וגלות במעט זמן ל"ש ובזה יש לתרץ מה שנראה לכאורה סתירה בתשו' מהרימ"ט ח"ב בענין רבית שלווים גבאי עה"ק ירושת"ו דבסי' ט"ל כתב דאפי' שהם נתלים בתשו' הרשב"א שהתיר רבית בהק' עניים מפני שאין לממון זה בעלים ידועים ואסיק דהיכא דאיכא עניים דקייץ להו ארוחת תמיד ממון שיש לו תובעים הוא וכו' ובר מן דין בנד"ד כל בני העיר מיקרו בעלים שממון הבא מחו"ל ניתן לצרכי העיר וכו' ואילו

בסי' מ"ה התיר והעיד שכן נהגו בא"י וכתב לא מטעם דממון עניים הוא אלא דהני עניים לאו בעלי ממון מיקרו וגם אין להם בגוף הקרן כלום ואינם זוכים אלא העתידין לבא ע"כ (עיין בשכנה"ג ליו"ד בתחילתו בתשו' לטירייתא הרגיש בזה ותל' דבסי' ט"ל בא לאפוקי מהרשב"א שהתיר מטעם שהעניים לאו בעלים מיוחדים וע"ז כתב דכיון דקייץ הו"ל מיוחדים ובסי' מ"ה התיר מטעם שאין להם חלק בגוף וכו' לאו בעלי הקרן מיקרו ע"כ נראה שמבין שתיהם מיירי בהקדש קרן קיימת וא"כ אין זכות תולה להבין החילוק ואמאי בסי' ט"ל לא התיר מט' סי' מ"ה) ולפי האמור ניחא דבסי' ט"ל מיירי במעות שמתחלקים קו"פ ובסי' מ"ה מיירי בקרן קיימת והפירות דוקא מתחלקים.

וכ"ר להרב שער אשר ח"מ בדס"ה דחה מה שלמד ה' חוקי חיים בסי' מ"ז מתשו' אבק"ר סי' פ"ג בהקדוש לת"ח שאינם מבוררים דהגם דאין ברירה חייב מדין נדר וכתב דשאני הת"ח דהקדוש לעניי א"י והרי הם מבוררים כל שהיה עני באותה שעה. לא כן במי שלא היה רוצה שיזכו כל הת"ח שבא"י רק יו"ד מהם את אשר יבחר ושייך בזה דין ברירה מי ימר דזכו ע"ש שחילוקו כמ"ש.

ועתה בא לידי קונטרס הנד"מ בעה"ק ירושת"ו בש' תר"ן ושם ראיתי גזרת עירין שלא לשנות נדבות רמב"ה אפי' לפדיון שבויים ואפי' להלוותם על משכון זהב וכסף אלא יהיו צרורים ומונחים עד בא הגבאי וכו' ובשם הגרע"א וקרוב לשלשים גאו' עמו אסרו לשנות המעות הנז' לשום ענין והגאון מהר"ח מואלזין ז"ל כתב ע"ז הטיבו אשר דברו וכו' שלא לשנות וכו' כ"א שיומסר לכבוד וכו' דאינהו בקיאי בענייני אה"ק והיאך לחלק וכו' ומודעת זאת שבני מדינות האחרים מושכים ידיהם מכל וכל ומטילים אותם על אנשי מדינתם בזה כ"ע מודים שהם נק' עניי עירנו אף אם היו יושבים במדבר (לאפוקי מהב"ח שכתב דעניי עירך קודמים אפי' לגבי עניי א"י ול"א בספרי עניי א"י קודמים רק לגבי עיר אחרת ועיין בס' יוסף אומץ סי' י"ט שביאר בהוכחות דהכונה גם לגבי עניי העיר) והואיל ובחרו לישוב על אדמה"ק על התורה וכו' נקראים עניי אה"ק ועניי עירנו וכל הפושט ידו ליגע הן במעות ארה"ק והן במעות רמב"ה ה"ז קובע נפשות וכו' ע"כ.

והרי מדב"ק יצאנו י"ח מהריק"ו ז"ל דכיון דכל בני מדינה מתנדבים לבני מדינתם דוקא הו"ל עניים ידועים ואין רשות לשנות. וזה ג"כ יש לדייק ממ"ש הגאונים הנז' איסור אפי' להלוותן ולכאורה יפלא דהא התו' בערכין דאסרי השינוי עכ"ז מפרשי הברייתא דקתני ומותר לכל מה שירצו היינו להלוותן.

אלא ודאי שני להו להרבנים הנז' מעות אלו דיש להם בעלים ידועים וכל היכא דאיתנהו ברשותיהו קיימי לפיכך אסרו גם ההלוואה שלא מדעתם. ועיין להרב אמת ליעקב נינו ז"ל בשפת אמת דקכ"ד במתנדב לרמב"ה דאינו יוצא י"ח נדרו עד שיגיענו לעה"ק טבריא ת"ו.

(זהו לספרדי' הנודרים דוקא לעה"ק טבת"ו ולא לאשכנזי' הקובעי' קופות לדאה"ק יחד) ואפי' אם ידור לשם עניי עירו ותלי זייניה ברמב"ה הרי הוא בסוג נודר ואינו מקיים עד שישלחנו לעי"ק טבריא ת"ו ע"כ. והגם שמהר"ח"ף ז"ל בלב חיים ח"ב סי' ק"ס פליג עליה במפרש לעניי עירו אודי ליה וקלסיה בנודר סתם דהוא לטבריא אתר מותביה דרמב"ה זיע"א ועיין במטה יוסף ח"ב ס"י במכתב גאוני הדור הסמוך למרן זיע"א



שכתבו והנוגע בהקדש המוקדש לשם טבריא כנוגע בבבת עינו וכו' וגם סנהדרי גדולה וגאוני עולם יקבוהו בחוייא דרבנן דלית ליה אסוותא וכו' ע"ש ועיין בשד"ח ח"ד מע' א"י או"ז האריך בדב"ז ושאל להרבנים והשיבו לו עפיה"ד שאין רשות לשנות רק נדרי רשב"י לצפת ונדרי רמב"ה לטבריא והורו לו מקור גזרת מרן ומהר"מ אלשיך ז"ל על זה והגם שמדברי החת"ס ח"ו סי' ז"ך נראה שהתיר לחלק מעות רמב"ה לעניי העיר.

ל"ש מתייא דהרואה שם יראה דהתם מתחילה היו עושים אותם עבור הדלקה או לעניי עירם והוא הפעם הראשונה ששלחם הרב לעניי א"י וא"כ כיון שעדין לא נתפשט מנהגם כן לא דן בסתם שיהיה לא"י משא"ך עתה שכבר פשט המנהג ודאי דעתו כמהרח"פ ז"ל וכ"ש במפרש להדיא לחלקם לעניי א"י שכתב שם להדיא שאסור לשנות דהו"ל עניי ידועים.

ועיין מ"ש בזה במ"א: טעם ב' דגם מהריק"ו לא התיר לגבאים לשנות בעניי שאינם ידועים אפי' במקום פסידא רק אחר שהניח יסוד דאותם הגבאים יש להם כח בני העיר שהנדיבים שולחים לידם והם מסתלקים ומניחים להם הכח כיעוי"ש וזה ל"ש בנ"ד דאין הכח מסור לגבאי חו"ל לחלק אלא גבאי א"י הם המחלקים עפ"י התקנות הנהוגות וא"כ דין גבאי הוא שייך לגבאי א"י ולא לדחו"ל ועיין למהרש"ך ח"ב סי' ל"ח כתב ובנ"ד מעות אלו שהקדיש הר"מ לא באו ליד הגבאי דהיינו הגבאי של צפת הממונה על פרנסת עניי עירם דאלו הגבאים שהמעות עתה בידם בסאלוניק אין להם תורת גבאי אלא שיהיו המעות בידם להרויח בהם ולשלוח הרויח לגבאי צפת וכו' ע"ש והשער אפרים ז"ל ד"מ ע"א למד מדברי הרב לנדונו ע"ש ופשוט דהגם שמהריק"ו נתן כח לגבאים דנדונו אע"ג שאינם בירושלים היינו משום שהם עצמם היו המחלקים לעניי משא"ך בנדונו הרבנים הנז'.

שוב מצאתי הדבר מפו' בתשו' מהר"מ אלשיך שבס' תורת חסד סי' ה' שכתב וז"ל אבל מאי דאיכא לספוקי אינו אלא בב' שלישים שציוה לאפוטרופוסי' לשלחם לא"י דהיינו לגזברי א"י דבהא לא מסר כח לאפוטרו' לחלקהצדקה אלא לשלחה לא"י ובשלחם כלתה שליחותם ודמי להא דכתב הרמב"ם פ"ט דגרושין ע"ש והגם שהרב המחבר בסי' מ"א כתב ואני אומר שליח לחוד ופרנס לחוד מחמת שיש לו טורח להשתדל ברווחים אלו המעות איכא למימר עשאם נמי שלוחים לחלק וכו' ועיין במהריק"ו ע"כ מלבד שחלילה לומר דאשתמיט למהר"מ א והמסכימים עמו דברי מהריק"ו אלא העיקר כמ"ש בכונתו דהתם היו מחלקים הם עצמם.

עוד בה נראה דגם התו"ח ז"ל יודה בנד"ד די"ל דל"א הרב שם רק מחמת שני תנאים שנמצאו בהם אי משום דממונים היו מהמתנדב י"ל דכחם ככחו ואי משום דהיו מתעסקים ברווחים י"ל אומד"ד דמסר להם כח גם לשנות. וכמו שנראה דזהו כל סמוכות מהריק"ו ז"ל וכמו שראיתי לה' מטה יוסף ז"ל שכתב שם שמהריק"ו לא התיר רק בצירוף ג' טעמים הא' שלא התנדבו לעניי מיוחדים אלא שיהיה קרן קיים הב' שמינה הפקידים לתת כפי אשר יראה בעיניהם וכו' הג' שהגזברים היו מתעסקים במעות לטרוח בהם והחק"ל שם דק"ך תמה עליו והוכיח דכל סמוכות מהריק"ו אינו רק משום שהיו טורחים וכו' ומהרי"מ ט"ח א"י סי' ס"ג נראה שסו' כהת"ח שכ"כ קצורו של דבר דהרואה

מ"ש מהריק"ו באותה תשו' יראה בבירור שהממונה שמינהו בעל המעות להתעסק ולטרוח יכול לשנות הרי רמז שני תנאים הנז' וא"כ בנד"ד דאין גם אחד מהתנאים הנ"ל דאין מתעסקים ברווחים וגם לא מינום הנדיבים רק שלוחי א"י הם מודה מהריק"ו ז"ל ובלא"ה עיין בח"מ סי' רצ"ב דמי שהופקד אצלו ממון פדיון שבויים דאם הוא לפד"ש סתם יוכל לפדות עצמו בו ואם לפ"ש ידועים חייב לשלם.

ונ"ד כתבנו דהם ידועים וגם מור"ם ביו"ד סי' רנ"ו פ' שאם פירש הנותן לעניים ידועים או לעניי העיר אין להם לשנות אפ"ל לת"ת והבאה"ט שם כתב הט' דמיד זכו אותם העניים והו"ל כבא לידם: טעם ג' דהכא כיון שמנהגם לקבוע קופות בבתי כל איש מדעתם ושם נותנים נדריהם הו"ל כליו של קונה ותכף כשבא הכסף שם קנה והגם דקי"ל בח"מ סי' ר' דכליו של קונה ברשות מקנה לא קנה מ"מ אם אמ"ל לך וקנה בכלי זה קנה וע"ש בטוב"י דכל שגילה דעתו דלא מקפיד על מקום הכלי קנה ע"ש.

וה"ן הרי מדעתם מניחים וקנו ולא יאמר אדם בזה דשרי לשנות שוב אורו עיני להגאון מפרשי הים בס' מאמר מרדכי סי' ט"ו האריך לפו"ד דאין יכולים לשנות. צדקת רמב"ה ולבסוף כתב שאין מקום לפקפק כיון דמעמידן הקופות וכו' ואף דכלי קנייתו מתורת חצר אין לתלות זה אי חצר משום יד אתרבאי ואין יד להק' דממ"ן אי צדקה כהדיוט קנתה חצרו ואי בהק' אמירתו לגבוה כמסי"ל והאריך דהמשנה גוזל את העניים וזהו טעם רוב רבני רוסייא ופולין אשר אסרו וכו' ע"ש כדברינו וכן ראיתי בשד"ח שם הביא דברי הרמ"ן יו"ד סי' ע' שאסר לשנות מעות רמב"ה והט' משום שבאו לקופה גם כתב משום דהוי פסידא דלא הדרא.

גם כתב דאותם גבאים אינם רק שלוחים דא"י ולא גבאים גם כתב ביטול טענתם דאדעתא דהכי יהבי דמי יימר כולם ידעו זאת וגם האורחים נותנים שם ודעתם לא"י עש"ב ותמצא שכיוננו בעניותין לרוב דב"ק. ובנד"ד אין מקום לשנות ח"ו ועדיפא אני אומר דלפי"ה שאין לגבאי חו"ל דין גבאי וגם שמעות רמב"ה הו"ל כבאו ליד עניי א"י א"כ אם יבקשו ממנו חשבון צריך לסדר חשבוננו ואין זה בכלל מ"ש מרן בסי' רנ"ז ולא יחשבו וכו' גם לפי"ה דהם שלוחי א"י לא נשאר מקום לשאלה אם יכולים הם למנות גבאים בא"י ולסלק הקודמים.

דכלפי לייא שבא"י יכולים לשנותם ולא הם: וגדולה מזו אני אומר דאפ"י בהסכמת בני העיר אינם מסתלקים כיון שהחזיקו במינויים זה כמה שנים ואפ"י אם היו מחזיקים בו בעצמם וכ"ש דנתמנו מתחילה בהסכמת בני העיר דכל שררה על הצבור ילפינן ממלך דכתי' ביה למען יאריך ימים על ממלכתו וכו' וכמ"ש הרמב"ם פ"א מה' מלכים ופ"ד מה' כלי המקדש ועיין בריב"ש סי' רע"ג והכנה"ג א"ח סי' ג"ן כתב דה"ה לכל שררה על הצבור הן מלך הן חכם וכו' הן גבאי במקום שלא נהגו למנות לזמן ידוע וכו' ורמז להקת הפוס' בזה והגם שמור"ם ביו"ד סי' רנ"ז כתב וכשרוצים הצבור יכולים לשנות הגבאי ולמנות אחר עיין בש"ך סק"ד דזהו דוקא בקהל שמנהגם כך משא"כ בממנים סתם ואין מנהג לשנותם וכ"כ הב"י א"ח סי' ג"ן מתשו' הרשב"א ז"ל.

וגם יש בזה איסור מעלין בקדש ואין מורידין והוא מן התורה עיין בחק"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד ומטע"ז האריך מהרח"פ ז"ל בס' רוח חיים לח"מ סי' ז"ך דאפ"י להוסיף עליהם

איכא הורדה ואסור ועוד אמתחות ספרים מלאים מזה וידועים הם ועיין להרב מים חיים אורולייא ז"ל הרבה תשו' בזה ואין להאריך וכו' גם אם כל הקהל מוחים כ"ש כשלא מיחו רק הרוב או המיעוט עיין להרו"ח שם שכתב שאפ"י יחיד מעכב בסלוקם וכ"ש הכא בכולם שבעים גיל מהם מי שם פה לומר שהגבאי שלוחם יוכל לסלקם וכ"ש היכא דאיכא דררא דממונא שיטענו העניים אין רצוננו להיות פקדוננו ביד אחר.

לכן לישרי לן מר הרב הגבאי שבחו"ל כי לא מצאתי זכות תולה בזה וחבתי בעצמי לכתוב ולחתום משום לא תכירו פנים. וכן הסכימו עמי חבירי הרבנים בי דינא רבה הי"ו ולראיה ח"ש: סימן ט"ז בדיק לן מר איך אני נוהג בהפרשת תו"מ בפירות הלקוחים מן הגוי ונגמרו ביד ישראל ולבאר הדבר בשרשו וטעמו: ואומר מה שראיתי לרבתי בזה הוא שמפרישים מהפירות אחד ממאה ועוד מעט ביד או בכלים ואומרים אחד ממאה ועוד מעט זה הרי הוא בטבלו.

היתר מאחד ממאה הוא תרומה גדולה ע"כ הפירות והאחד ממאה עם החלק המגיע למעשר ראשון מהעירות שהם בצד פ' הרי הם מעשר ראשון והאחד ממאה תרומת מעשר עליו והחלק המגיע למעשר שני מהפירות הרי הוא בצד פ' והרי הוא וחומשו וחומש חומשו מחולל על שוה פרוטה זו (או פרוטה שבכיס) ואם היא שנת מעשר עני הריני מפקיר נכסי וזוכה בו כעניי ישראל ואח"כ לוקח מעט מפירות ההם או זולתם ומחלל עליהם שו"פ שבכיסו.

ומאבד אותה היא והתרומות שלא יכשלו בהם והוא ק"ל בגווה טובא. א') מ"ש גדול אחד בתשו' רב"א סי' ב' שאעפ"י שאמרו ז"ל חטה אחת פוטרת הכרי מ"מ ל"א שמצוה לעשות כן שאעפ"י שהולכת לאיבוד צריכה שיעור דתנן וכו' אלא שזאת ביאר מהרימ"ט ח"א סי' פ"ה שכיון שהיא תרומה טמאה והולכת לאיבוד מוקמינן לה אדאורייתא וגם מאי דחזי לכהן לוילוף או להסיק תחת תבשילו לא קפדי כהני בהכי רק בשמן כתב דחזי לכהן להדלקה וקפיד ע"ש וביו"ד סי' של"א כתב סתם שיעורה בכל דהו וע"ש במור"ם.

ב') מה שמספיק להם בקריאת שם למעשר ראשון ומחזיקים אותם לעצמם מטעם שאין חזקה ללוים ויביא ראיה ויטול דגם בזה צווח אותו גדול דגם למטונייהו ראוי להיות מונח עד שיבא אליהו. ומהרימ"ט שם נהי דפליג עליה בפירות גוי משום דמצי אמר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעווי דינא בהדיה (וכ"כ בש"ע שם ס"ד) מ"מ הודה לו בפירות יש' דגזל שבט הוא וכ"כ בש"ע ס' י"ט ומפריש וכו' ונותנו ללוי ע"כ.

ג') דבקריאת שם מעשר זכה בו הלוי וכשתורם ממנו תרומת מעשר הו"ל תורם שאינו שלו בלא רשות ולא סליק אלא אליבא דאבא אלעזר בן גומל בסו"פ כל הגט וכתב מהרימ"ט שם דיחידאה היא ולית הלכתא כוותיה. אלא דהראשונים תמהו עליו כי הרמב"ם בפ"ד דתרומות הי"ב פסק כאבא אלעזר וכ"מ מהש"ע שם סכ"ח וגם הברכ"י שם האריך בזה ומ"מ הברכ"י כתב דבפירות יש' ראוי לחוש למהרימ"ט לכתחילה.

ד') דמלשון הרמב"ם פ"ב דמע"ש והש"ע סקל"ג נראה שאין לחלל פירות על פירות גם בזה"ז כ"א בדיעבד ואם מפנ"ז מחללין בתחילה על הפרוטה וחוזרין ומחללין על הפירות ג"ז מפו' בפ"ד, ממע"ש דאין מחללין מעות על פירות ומה הועילו וע"ש לאותו גדול

שתמה על מנהג המחללים על מעט קמח ומפריחים אותו לאויר תרי תמיהי חדא כיון שמנהגם ללתות הרי נטמאו ואפי' פירות שאינו יכול להגיע לירוש' אמרי' במע"ש דלא קנה מעשר וכ"ש נטמאו ועוד דאין מחללין רק על כסף שיש בו צורה אבל על פירות זה לא היה וכו' ולא מצאנוהו ברז"ל וכו' והגם שדב"ק תמוהים בזה כמשי"ל מ"מ ברמב"ם מפו' דאין מחללין ע"פ לכתחילה.

ה') מדוע מסתפקים ואומרים אם היא שנת מעש"ע כיון שש' השמיטה מוחזקת בידינו כרמב"ם וכבר תמה זה מהרימ"ט שם ואני מוסיף דגם לשיטתם מדוע במע"ש ל"א בלשון אם וכו' וי"ו) מהרימ"ט שם צווח דקי"ל הפקר בפני שלשה אבל בינו לבין עצמו לא הוי הפקר וא"כ הוי גזלת העני ואפי' הוי הפקר הרי צווח אותו גדול ממס' פאה פ"ו דהעני נותן לחבירו חלקו מעשר עני ולא יזכה בו לעצמו זולת זאת השיב מהרימ"ט אנה"ן רק שאנ"ה שבשעת הפרשה היה עשיר אלא אחר שהפקיר נעשה עני וזוכה וכו' ע"ש: שו"מ להרדב"ז סי' תשל"א נשאל על הפרשת תו"מ בירושלים והשיב וז"ל והרי לך הסדר מקבץ כל החביות או הפירות למקום אחד (משום מן המוקף) ואם לא הוכשרו לקבל טומאה מכשירן במים ומברך וכו' ומפריש כל שהוא ואומר ה"ז תרומה על כל הפירות שבבית זה (משום שלא יתבלבל בב' תרומות אבל יכול להפריש תרומה ותרומת מעשר כאחד) ומשליכה לאיבוד וכו' וחוזר וקורא שם למעשר ראשון בצפוננו או בדורמו מיירי בפירות גוי לזה סגי בקריאת שם בטענת אתינא מכח גברא וכו' כמהרימ"ט ודלא כאותו גדול) ומפריש אחד ממאה מהכל ואומר ה"ז תרומת מעשר וכו' ואם רוצה לצאת ידי מחלוקת מפריש המעשר ואח"כ מפריש ממנו תרומת מעשר אם הוא דבר הנכלל כאן וכו' ולוקח מעט (שו"פ דבציר מהכי אין מע"ש מתחלל עליו) מאותו המין (לאו דוקא לפמ"ש לקמן דבזה"ז מתחלל גם על פירות שאינו מינו אלא דיבר במצוי לפניו) אשר בא לתקן או מעות ואומר אם שנה זו א' או ב' או ד' או ה' שנוהג בה מעשר עני איני צריך כלום (ט"ס נפל בדב"ק דידוע דאבד"ה למע"ש וג"ו למעש"ע) או הריני מפקיר נכסי ומעשר עני ראוי לי.

(ס"ל כרבינו שמשון דמדאורייתא הפקר שבינו לבין עצמו סגי להציל מאיסור גזל כמו שמציל מאיסור שבת וה"ט כיון דמעשר בזה"ז הוא מדרבנן בגזל דרבנן מוקמינן אדאורייתא ול"ח למ"ש רז"ל דאין הפקר רק לאחר שלשה ימים מדרבנן מפני הרמאים ודלא כמהרימ"ט ז"ל) ואם היא שנה שלישית או ששית שמע"ש נוהג בהם מברך וכו' ואומר הרי המע"ש וכו' מחוללים ע"ז והרי הם חולין ומשליך אותו המטע לאיבוד וכו' ואם יודע באיזו שנה מהשמיטה הוא עומד א"ץ להתנות ומ"מ טוב להתנות מפני מח' הראשו' איזו שנת השמיטה (דלא כמהרימ"ט) ע"כ ונראה שהוא האילן גדול שסמכו עליו רבותינו ז"ל הקודמים.

אך לא ידעתי עדיין מה טעם הוסיפו לחלל מתחילה על הפרוטה ואז חוזרים לחלל על הפירות ואי להנצל מס' אותו גדול כי הפירות טמאים ול"ק מעשר הרי הרדב"ז ז"ל אדרבה הזהיר שיכשיר הפירות ועכ"ז לא חש לחלל עליהם ובודאי טעמו דכיון דבזה"ז בלא"ה אזלי לאיבוד אין לחוש. ועוד סו"ס חוזרים ומחללים הפרוטה ע"פ טמאים.

ואפי' נתקנו כן כדי שלא יתבלבלו לחלל על התרומות שהפרישו והם בידם לזה מחללים על הפרוטה וחוזרים לחללה ע"פ. ומ"מ עדיין צריכים אנו לדעת הטעם בחילול פירות על פירות לכתחילה: ואומר הנה מצאנו להרמב"ם פ"ד ממע"ש כתב דמחללין פירות ע"פ ממינן לכתחילה ועל שאינו מינו בדיעבד והראב"ד השיגו דמפ' לולבהגזול משמע דפרי ראשון אינו מתחלל רק על כסף ופרי שני נמי דוקא דיעבד.

וע"ש בכ"מ שורש מחלוקתם. וא"כ הגם דרש"י בפ' לולב הגזול ובקדושין דמ"ה ע"ב לחד פירושא קאים כהראב"ד מ"מ אגן כהרמב"ם מארי דארעא דיש' קי"ל ובפרט בענין תו"מ שמפני המחלוקות ביש' גזרו חרם בימי מרן הק' שלא לנהוג בתו"מ רק עפ"י הרמב"ם כמ"ש בכ"מ פ"א מתרומות והמבי"ט ח"ב סי' קצ"ז ורב"א בסי' א' וקלסינהו הרב ז"ל וכתב שכן ראוי לנהוג גם בירושלים ומה גם שבש"ע יו"ד סי' של"א סקל"ח כתב או יחלל על פירות אחרים דהוי גם לכתחילה.

אלא דעדיין ק' מ"ש הש"ע בסקל"ג חלול ע"פ בלשון דיעבד והוא בלשון הרמב"ם דפ"ב ממע"ש ואי משום דמיירי בשאינו מינו הו"ל לפרש ולא לסתום ואחר החיפוש זכיתי לראות תשו' אבק"ר סי' ד' שנשאל דלשון הרמב"ם מורה בדיעבד והמנהג לחלל גם לכתחילה והשיב וז"ל אע"ג דפשטא דלישניה משמע בדיעבד אפשר שסמך עמ"ש כמו שביארנו בהמ"א שלשם מוכח להדיא דלכתחילה נמי פודה פירות על פירות שהרי כתב או מחללין על שו"פ מפירות אחרות ע"כ ומדעיקר הילפותא היא ממ"ש בהמ"א המעיין שם יראה דנטע רבעי מחללין אותו לכתחילה וגם על שאינו מינו כמש"ש בפיו"ד הי"ו וי"ז דמחללין אותו על חטים ושעורים ולזה סמך בש"ע סקל"ח וכתב מחללין אותו בסתם דמשמע לכתחילה וגם שאינו מינו ובזה תבין תי' הכ"מ שם על השגת הראב"ד דהא ילפינן קדש ממעשר ואינו מתחלל רק על כסף שכתב וי"ל לדעת רבינו דה"מ בזמן הבית ע"כ ולכאורה יפלא דהא בפ"ד דמע"ש הוכיח לדעת הרמב"ם דגם בזמן הבית מתחלל ע"פ המע"ש עצמו אלא משום דהתם קאי על מינו דוקא והכא גם לשאינו מינו איצטריך לחלוק הזמנים (ע"ש בלח"מ שהרגיש על הכ"מ כמ"ש וגם חי' חילוקינו סתירה הנראית מהמע"ש להמ"א מלכתחילה לדיעבד ולדידי זהו כונת הכ"מ עצמו אלא שקיצר) הנה נמצא יסוד למנהג שמחללין ע"פ אפי' לכתחילה ואפי' שאינן מינן.

והוא פלא על אותו גדול שכתב זה לא שמענו ולא מצאנוהו והוא ה' פסוקות ברמב"ם גם מש"ש אנה הכסף ואנה החומש לא ידעתי האם לא יועיל החומש כשיהיה מפירות: אבל חילול מעות על הפירות הרמב"ם בפ"ד מהמע"ש כתב וז"ל אין מחללין מעות על פירות ואם חילל יעלו הפירות ויאכלו בירושלים ע"ש בכ"מ כתב ע"ז דבפ"ק דמע"ש תנן הלוקח פירות בשוגג יחזרו דמים למקומן במזיד יעלו ויאכלו בירושלים ואם אין מקדש ירקבו ורבינו לא חשש לבאר דבמזיד איירי דלשון חילול משמע דבמתכוין לחלל מיירי והרב מראה הפנים בירוש' פ"ק דמע"ש ה"ג סוד"ה הלוקח השיגו דמה ענין חילול ללוקח וכתב דשורש דברי הרמב"ם ממה שדקדק רבי חגי ממשנה דאין מעות מתחללים על פירות וכן תני בן ביבי וכו' ואסיק דגם בן ביבי לא איירי אלא לכתחילה ולא בדיעבד ומכאן שורש דברי הרמב"ם ודלא כהכ"מ ע"כ ואח"ה נראה דאשתמיט ליה כי הכ"מ בפ"ז הי"ד הביא דברי הירוש' הנז' וביאר באורך דלהרמב"ם לא שני ליה בין מקח

לחילול כמסקנת הבבלי ולעולם בשוגג יחזרו דמים למקומן ואם ברח יאכל כנגדן ובמזיד יעלו ויאכלו בירושלים וא"כ גם הכ"מ סו' דשרש דברי הרמב"ם הם ירוש' ובבלי והכא לא בא לגלות המקור רק מפני שהרמב"ם סתם וכתב ואם חילל יעלו וכו' ואי בשוגג איירי דיניהו הוי או יחזרו וכו' או יאכל וכו' משו"ה כתב דבמזיד איירי) משמע דדוקא בדיעבד מתחלל ולא לכתחילה והגם דלכאורה ק' בזה ממ"ש הכ"מ גבי מחללין פירות ע"פ לישב דעת רבינו מפלוגתא דרבנן ור"מ בסוכה במחללין על בהמות וחיות דשחוטין לכ"ע מחללין ואוקימנא בדמי דס"ל להרמב"ם דמחללין לכתחילה מעות ע"פ ממ"ש בתוספתא ע"ש (כזה כתבו התו' בסוכה שם ד"ה על חייך דמחללין לכתחילה ולרבותא דרבנן נקט לשון דיעבד ואפי' היכא דאפשר משמע מתו' דפ' הזהב דמ"ד ע"ב ד"ה טבעא דמחללין ובדלאאפשר אפי' על בהמות חייך לא גזרו רבנן ע"ש בתו' הנז' ובתו' דסוכה הנז' ובקדושין דנ"ו ד"ה במזיד ובהגוזל דצ"ז ד"ה דזבין שבזה ישבו הך דהגוזל דקאמר מעות בבל בבבל מזביננן בהו בהמה) י"ל דס"ל להרמב"ם דכל היכא שאמרו מחללין מעות ע"פ לכתחילה היינו בדמאי ומח' ר"מ ורבנן נמי הוא בדמאי וכמ"ש בירוש' פ"ק הזכירוהו התו' בסוכה ד"ה על חייך דיש מח' בזה בירוש' (עיין במעשה אורג פ"ק דמע"ש ה"ו העתיק דברי ר"א בירוש' דמוקי לה בדמאי וכתב והשאר נמחק כלו' דקיימא הך אוקמתא וזה דלא כהתו' דיש מח') אבל הראב"ד ס"ל דמיירי בודאי לפיכך השיגו.

ומפני שאם מלת מתחללין פירושה בדיעבד כ"ש דהוה ק' קושיית הראב"ד לזה ישב הכ"מ דבתוס' תני מחללין לכתחילה. ומ"מ בודאי סבר הרמב"ם דאין לחלל לכתחילה מעות ע"פ ואם חילל יעלו ויאכלו בירושלים וכו' כמ"ש בפ"ז הט"ו וט"ז (מה שנראה סתירה דבהט"ז כתב שאם לקח בהמה במזיד תעלה ותאכל בירושלים ואילו בפ"ד כתב שאם חילל על בהמה לא קנה מעשר כלו' ואם במזיד יאכל כנגדה כמו שפי' הכ"מ גבי לוקח מים ומלח ל"ק מעשר ע"ש רציתי לומר דבפ"ז מיירי בשחוטה ומ"ש תקבר היא ועורה שקנאה קודם הפשט אבל עיינתי בפיה"מ להרמב"ם שפי' תקבר ע"י עורה אם מתה ש"מ דבקנאה חיה איירי אמנם מצאתי לתו' שם בסוכה ד"ה שמא הקשו כי קושיין מהך מתניתין לרבנן (עיין למהרמ"מ) ותו' דלא גזרו רבנן רק בבעלת מום דלא חזייה לשלמים וכו' וא"כ הרמב"ם נמי בפ"ד איירי בבעלת מום דלא חזייה לכך יאכל כנגדה) ומאין סמך למנהג שמחללין גם לכתחילה.

ואפשר הטעם כיון דתו' מ בזה"ז הם מדרבנן הקילו בהם כדמאי שדינו מפו' בפ"ד דמחללין מעות ע"פ גם לכתחילה ושלא מדוחק ובזמן בהמ"ק יעלו ויאכלו בירושלים וכשאין מקדש ירקבו. או משום דס' הוא שאין מחללין ע"פ משום כי לא תוכל שאתו וא"כ אם יחזור לפדות ע"פ מה הועיל אבל בזה"ז שאין שם עלייה מאי נפק"מ וכשהוכרחו לחלל על מעות מאיזה טעם הקילו בזה.

וא"ת ישליך הפרוטה לים המלח רחוק הדבר והוי כדלא אפשר ומותר כהך דמעות בבל בבבל דמשום דלא אפשר זבן בהמה. ועיין בשנות אליאו פיה"מ להגר"א ז"ל שכתב בפ"ק דמע"ש בדמאי דאריך ושפיר לחלל מעות ע"פ לכתחילה.

ובפרט דהרבה דברים הקילו בזה"ז דהא הורו הגאונים לחלל שוה מנה על שוה פרוטה משום דלא עדיף מקדש וסתמו גם לכתחילה ובלא חקירת דמים ואילו בקדש מפו' בפ"ז

דערכין דוקא בדיעבד וגם צריך חקירת דמים והט' ודאי דבזה"ז יש להקל וע"ש בתו' סוכה ד"ה שמא. שו"מ לה' כסא אליאו ז"ל יו"ד בסי' של"א דמלבד דפשיט"ל במנהג ירושלים שמחללין פירות ע"פ תמה עליהם במה שלוקחין מעט יין מיניה וביה ומחללין עליו דכיון דעומד בטבלו וקדש הוא הרי אין מחללין הקדש על הקדש ועוד דלא חזי למיכליה וישב מדתנן בבתרא דטבול יום שמחללין על פירות ע"ה אע"ג דלא חזו לאכילה וכו' וכ"ש דהקילו בזה"ז כמה קולות ע"כ ועיין בס' תקנות ירושלים דעד האידנא נמי מחללין מיניה וביה.

(המבין יבין דזה רחוק מהך דתנן שאין מחללי' ע"פ שאינו יכול להגיע לירושלים דלא כקו' אותו גדול על המחללין ע"פ המוכשרין וכמש"ל) וגם במעות ע"פ מצאתי מפו' בהלק"ט ח"ב קמ"ג וקמ"ד בס' הפרשה כתב ואומר מע"ש בצפון והוא מחולל על שו"פ בכיסי ובו אני לוקח מעט אוכל ושורפו או קוברו וא"ץ שיהיה בו שו"פ דבשלמא בתחילה דכתיב ונתת הכסף צריך שיהיה בו שו"פ אבל בכל אשר תאווה נפשך אעפ"י ששואה כל דהו מטעם דאין אונאה להקדש וכו' ע"ש ומלבד שמצאתי און למנהג שמחללין מעות ע"פ עוד הבנתי טעמים שמפרישים תחילה על שו"פ.

משום שאולי לא ידקדקו ליקח פירות ששו"פ והתו' אמרה ונתת הכסף או משום דבזה יוכלו לחלל פרוטה אפי' על כל שהוא פירות ולא יאבדו הרבה. (עיין לו עוד ח"א סי' קל"ט ותקון הס' איך יעשו כשהלקט מרובה על שיעור לקט ונמצא טבל וחולין בכל בד ובד וקשה להפריש ע"ש שהוא מגומגם והרב הלכה רווחת כתב שהראה לחו"ר ואין פות'ר ואני זכורני שהראני ופתרתי ושכחתי.

ומ"מ בל"ס שט"ס נפל שם בחסר ויתיר וחליף והתכלית הוא זה שישאלו הבעלים על מעש"ר שעשו בפעם אחרת ונמצא שהוא טבל ויאמרו שת"ג שבלקט הרי היא בטבל זה וכן חלק תרומת מעשר שבלקט הרי היא בטבל זה ולפי שעתה נתמעט אותו מעש"ר מה שהיה ראוי להפריש על פירות הראשונים כי הפרשנו ממנו תרו"מ ות"ג של לקט לכן יאמר וחלק מעש"ר השייך מן הלקט עם החלק הנתמעט ממעש"ר (של פירות הראשונים) הרי הוא קבוע בכל מקום שהוא בצפון או בדרומו וכו' חלק דבריו עד"ז ותמצא נחת ודברי הרב מאירת עינים למנהגנו.

אבל דע ידידי דמה שמחזיקים במעשר ראשון לעצמם אינו רק בפירות הנלקחים מן הגוי ולא בשנגדלו ברשות ישראל דאותם חייב להפריש מהם ולתתם ללוי כמש"ל וגם הלק"ט שם בח"ב כ"כ להדיא ועיין בשדה הארץ ח"ג יו"ד סוס"י כ"ה סק"ד וה' שכ"כ ושם אודות מעשר זתים וענבים ובפרה"א ח"ד ה' שבת לענין הפרשת תו"מ וה' ישיב שבותנו.

איש תחת גפנו. אמן: סימן טו"ב שאול שאל אחד מיקירי עי"ק ת"ו בעל נפש אם יוכל להשכיר הבתים שיש לו פעי"ק ת"ו לחברת המיסיון שאין להם צורות הש"ו רק מאמינים באותו האיש.

ורצונו להיות ההיתר בשופי: ואני עניתי דהן אמת כי דב"ז משנה ערוכה היא בע"ז דכ"א דר' יוסי אומר בארץ ישראל משכירין להם בתים אבל לא שדות ובסורייא וכו' ובחו"ל

מוכרים אלו ואלו וקאמר בש"ס אמר"י אמר שמואל ה' כר' יוסי אבל מ"מ הנה שם במשנה סתמו ואמרו אפי' במקום שאמרו להשכיר לא לבית דירה אמרו מפני שהוא מכניס לתוכו ע"ז שנא' לא תביא תועבה אל ביתך ע"כ ולזה צריך לברר הדין מהו בימים האלה וכבר עמדו קמאי ובתראי על מה סמכו העולם בח"ל להשכיר בתים וכו' ומשם תצא תורה לנ"ד: וטרם כל נחקור אם איסור לתתא"ב מן התורה הוא דוקא במכניס הוא עצמו או גם בשוכר לגוי והגוי מכניס.

דנ"מ טובא בזה והרב תורת חיים בשטתו שם כתב וז"ל והאי קרא ע"כ אזהרה הוא שלא ישכיר ביתו לעכו"ם ויכניס בו ע"ז דאי לישראל תפו"ל מרישא דקרא פסילי אלד'יהם תשרפון ע"ש ואע"ג דמדברי הרמב"ן עה"ת נראה דמוקי הכל ליש' ורישא דקרא בע"ז עצמה וסיפיה לאסור בהנאה כל עניניה והנוין ע"ש אבל נראה שרבים ונכבדים קיימי בשטת התו"ח ז"ל.

והוא מהטעמים שסמכו למנהג שמשכירי' בחו"ל. א' התו' שם ד"ה אף במקום הביאו ראייה מתוספתא דמחלק ואינו אוסר רק שכ"י בתים ולא שכירות אוצרות וכו' אעפ"י שידוע שמכניס והטעם דלא נאסר רק כשמכניסים בקבע ולא בעראי וא"כ בזה"ז שגם לבתים אין מכניסין בקבע שרי.

ב' משם הר"ח כהן ז"ל משום דבירושלמי אמרו שבמקום שאמרו למכור משכיר אף לבית דירה ונ"ט לזה משום דבחו"ל לא מיקרי ביתך אלא בא"י. ג' משם ר"א בטעם הירושלמי משום דאף בא"י אינו אסור להכניס רק למקום שדר בו ולא בשכור ורק רבנן הוא דגזור ומפנ"כ הקלו בא"י באוצרות ובחו"ל גם בבתיים עיין כ"ז בתו' שם.

ועיין בסמ"ג לאוין מ"ח דנ"ט כאוקמתא דר"י והגם שנוטין דב"ק להתיר אף בא"י כבר הד"ד דנ"ט ע"ב כתב שאינו כן גם הרב בעה"ת בה' ע"ז סי' קמ"ד הביא מ"ש התו' ודחה ותי' עוד דשמא הירושלמי לא התיר רק לת"ח דגמר ומקני לפירות כל ימי השכירותו לא מיקרי ביתו של ישראל דס"ל לירושלמי קנין פירות כקה"ג דמי זהו טעם ד'.

רק דחה זה דאנן קי"ל לאו כקה"ג דמי והסכים לטעם ר"י ע"ש גם האגודה בפ"ק דע"ז והגה"מ פיו"ד מה' ע"ז כתבו הטעם של ר"י ובשה"ג העתיק מריא"ז שסמך ע"ד ר"י והרב"ח סי' קנ"א הביא מראב"ן סי' רצ"ה ב' טעמים. ה' דכי אמרינן לתתא"ב ה"מ בא"י שהיה ביתם מיוחד להם ואין יד גוי באמצע אבל אנו שנותנים מס מקרקעות אינו מיוחד.

ו' ועוד דסמכינן אהא דגויים שבח"ל לאו ע"ז הם ואין לחוש להכניס ע"ז שאינן אדוקין לעשותה בביתם וכו' אבל בסוריא ובארץ יון ודאי אדוקים וכו' וכתב הב"ח דר"ל דבארץ יון ודאי אדוקים ואפי"ה נהגו היתר לכן הטעם הראשון עיקר. והכל בו ה' ע"ז סי' צ"ז כתב משם רבו כדברי הר"ר אלחנן ז"ל ע"ש ומדברי כולם ז"ל נראה דעיקר האיסור הוא מן התורה ומחלקים בגוף האיסור זולת הר"א ז"ל הוא שכתב שהוא מדרבנן ונראה שלזה נתכוון התו"ח ז"ל שם שסיים וז"ל וכתבו התו' דמה שמשכירים עתה וכו' לפי שאין מכניסים שם בקבע וכ"כ בש"ע אבל הראב"ן כתב שיש מדינות דאדוקין שהם מכניסין בקבע לכך בעל נפש יחמיר על עצמו ע"כ להוכיח מדברי מרן ומור"ם שם



שתפשו עיקר החילוק בין קבע לעראי שהוא תי' ראשון של התו' דס"ל מכח זה דעיקר האיסור הוא מן התורה כמ"ש (ומ"ש אבל וכו' לכך בעל נפש יחמיר הוא משום דהוק"ל גם לסוברים שהוא מן התורה עכ"ז מריבוי החילוקים יש להתיר בס"ס וכ"ן מהש"ך שם סקי"ז לאפוקי זה כתב דאדוקין ובע"ן יחמיר ע"ע) אלא דמדברי הרא"ש ז"ל שם בע"ז אין נראה כן שעמד על המנהג והביא התו' דמחלקת בין בית דירה לאוצרות.

ופירש שהוא משום דפשטא דקרא לתתא"ב בישראל גופיה מיירי רק מדרבנן אסרו גם בשכי' לגוי ובימיהם היו רגילין להכניס בקבע לבית דירה וגזרו בה ולא לאוצר והאינדא שאין רגילין להכניס רק בשעת חולי שרי. טעם ז) ועוד נהי דלדידן שכי' לא קנייא כיון דלדידהו קנייא וידם תקיפה ואפי' נפל בית משכיר אינו יכול להוציאו הוי כמכר ע"כ הן אמת דלכאורה דברי הרא"ש הראשונים קשים להולמם דנראה דיסוד ההיתר ארכביה אתרי רכשי אליבא דר"י ואליבא דהר"א ז"ל דלטעם ר"י אפי' הוי דאורייתא כי החילוק בין קבע לעראי ולט' הר"א הוא מדרבנן די בזה דמשו"ה לא גזור מעיק' בחו"ל ואמאי ערבינהו.

אבל אחר הישוב י"ל מדלא הביא הירושלמי כלל משמע דלא ס"ל כוותיה משום דבתוס' משמע כאן וכאן אסור אפי' בחו"ל ומסתבר כן דמה טעם לחלק בין א"י לחו"ל בלתיא"ב (גם כי הר"ן בפ"ק דע"ז הביא כדברי הר"א ונתן טעם לדבר כי בא"י שנצטוינו לשרש אחר ע"ז גזור ולא בחו"ל וכ"כ ה' צפיחית בדבש דקל"ד ע"ב משם הכלבו הרא"ש מיאן בזה מפני פשט התוספתא) ולא תפש רק חילוק ר"י בין קבע לעראי וס"ל דאין טעם לחלק בזה אם עיקר האיסור מן התורה לזה הקדים שהוא מדרבנן.

(הנה למש"ל דיש חי' בין קבע לעראי גם מדאורייתא לכאורה ק' ממ"ש במכות דכ"ג ע"א המבשל גיד בחלב ביו"ט ואכלו לוקה חמש וחד מינייהו משום מבעיר בעצי אשרה ופריך ולילקי נמי משום לתתא"ב אלא הב"ע במבעיר בעצי הקדש ע"כ ונראה דאינך עצי אשרה מיירי שלא הכניסה לביתו רק בפעם הזאת דאי לא תיפו"ל דבלא"ה נתחייב משום לתתא"ב ולא מן השם דבישול הוא וא"כ קשה הא אמרת דאין איסור זה אלא בקבע ומאי פריך וא"ת דסתם קביעות הוא ג' פעמים וזה כבר הכניסו ב"פ ובפעם השלישית הבעיר דאז חל האיסור א"כ מה טעם נייד מעצי אשרה ומוקי בהקדש לימא דמ"ט אינו לוקה מלתתא"ב משום דמיירי בלא הכניס רק שני פעמים ויש לישב זאת משום דהכי ק"ל אי בעצי אשרה מיירי לוקי דהכניס שלשה פעמים וליהוי שש ואמאי תני חמש משו"ה אוקי בעצי הקדש ואין להק' דמ"מ ק' דלוקי באשרה וליהוי שש דכה"ג הק' התוס' שם ד"ה מתקיף וכו' על חורש תלם וכו' ותי' דהתם דתני יו"ט אי הוה מלקות אחרת משום יו"ט הו"ל למימני אבל הכא לא איירי התנא בהני גוונים ע"ש וה"ן אם נאמר דהתנא איירי בעצי אשרה אי איכא מלקות אחרת משום עצי אשרה הו"ל למימני אבל כשנייד לעצי הקדש הא לא איירי בהני גוונים דאשרה אבל עוד ק"ל דהתם גבי חורש תלם אחד וחייב וכו' ה"ק וליחשוב נמי חורש בעצי אשרה משום ולא ידבק בידך וכו' ואמאי לא הק' דלילקי בזה נמי משום לתתא"ב.

בשלמא לדחיית התו' שם דאין איסור זה רק בבתים ולא בפונדקאות ניחא דכ"ש בשדות דחרישה אבל לר"י דהאיסור שוה בכל רק החילוק בין קבע לעראי א"כ ה"ה בקבע

בשדה נמי לא עסקינן שהכניס לשדה זו בקבע וי"ל דגם לדידהו בשדה שאין שם ריח  
בנין אין שם לת"ת דאל ביתך אמ"ר ודי להכניס פונדקאות דבנין מיהא הוי.

כ"ז צ"ל לר"י אבל להרא"ש דחי' בין קבע לעראי הוא בהכניסו אחרים אבל בהכניס  
הוא עצמו גם בעראי אסור ואין חילוף מיושב היטב קו' הש"ס גבי מבשל גיד בע"א דודאי  
איכא לתתא"ב אבל ק' מדוע לא הק' כן גבי חורש תלם. ומ"ש דבשדות ל"ש לא יוצדק  
להרא"ש שכתב להדייא שם והתירו בשדות ואוצרות וכו' מפני שאין מכניס שם  
בקביעות.

משמע דעיקר האיסור במכניס עצמו שייך גם בשדות וקאמר בגזרתם בשוכר דבזה לא  
גזרו הא לא"ה מי הכניסו עד שיצא. וס"ד לתרץ דהנך אמוראים אין כונת כ"א בפירכתו  
לסתור פירכת חבירו רק להוסיף ומפני ששם הק' וליחשוב הזורע בנחל איתן בלאו שדה  
דידיה אם יקשה ליחשוב לתתא"ב ה"ז סותר דזה ל"ש אלא בשדה דידיה אלא שראיתי  
דשם יש פירכות סותרות כגון מסיר בדי ארון וקוצץ אילנות טובות.

גם עצי אשרה סותר להם כמובן ולזה צ"י) ומ"מ מדבריו למדנו דחילוק שבין קבע  
לעראי אדרבא יותר יתיישב אם נאמר דעיקר האיסור בשוכר לגוי הוא מדרבנן ואין  
הכרח מדברי ר"י שהוא סובר מדאורייתא גם הר"ן והכלבו ז"ל הנה תפשו לעיקר כדברי  
הר"א אך עכ"פ מדיהבי טעמא דמצות שירוש בא"י ולא בחו"ל ולא חילקו בין קבע  
לעראי נראה דמאן דמחלק בהכי סבר דעיקר האיסור מן התורה ובטעם מהרח"ך ז"ל  
משום דביתו בא"י קרוי ביתו ולא בחו"ל א"א להסתפק דר"ל מדרבנן הוא והם החמירו  
בביתו של א"י שיקרא ביתו.

דא"כ מאי מקשו ליה התו' ממזוזה דהיא דאורייתא והתם י"ל דבכ"מ קרוי ביתו לא כן  
בחומרא דרבנן י"ל דלא החמירו רק בא"י אם לא דסבר ודאי דעיקר האיסור מה"ת. גם  
טעמא דראב"ן דמשום מס אינו ביתו המיוחד וטעם סה"ת דת"ח ודאי גמר ומקני מצו  
סברי דעיקר האיסור מה"ת ואפ' להכריח דסה"ת סבר מדאורייתא ממה שדחה חילוק  
זה משום דקי"ל ק"פ לאו כקה"ג דמי ואי עיקר האיסור דרבנן הו"מ לומר דרבנן לא  
אחמור בקנין פירות.

ומהר"א ממיץ בס' יראים סי' ע"ג כתב ול"ת תועבה אל ביתך תניא אף במקום שאמרו  
להשכיר לא לבית דירה אמרו וכו' ואף המכניס בפקדון בתוך ביתו או השאיל או השכיר  
ביתו לאחרים שאלה ושכי' לא קנייא כמ"ש בפ"ק דע"ז ועובר בלא תביא וכו' והפורש  
מהם ושם דרך אראנו בישע אלדים ע"כ מוכח דסבר דהוא מן התורה ולא משום מלת  
ועובר שכתב הרב אני אומר כן דמצינו גם על דברי סופרים יאמרו מלת עובר וכהא  
גופה כתב רבינו בחיי בפ' עקב דלתתא"ב במשכיר אינו רק אסמכתא ואפי"ה כתב עובר  
גם הרב כפו"פ בפיו"ד ד"מ הגם שהביא דברי סה"ת שאין זה אלא מד"ס כתב מלת עובר  
אבל מ"מ הדבר מוכרח שהי"ל להביא עיקר האיסור של הלאו ואח"כ יאמר ובכלל זה  
אמרו ולא ישכיר ומדפתח לתתא"ב תניא וכו' וסיים ואף המכניס וכו' ש"מ דבחזא מחתא  
נינהו ודלא כהצפ"ב דקל"ח שכתב שאין דבריו אלא חומרא.

וכ"ן דברי מהר"ש ברי"ץ שהביא הצפ"ב שם בדברי מהר"מ ריקאנטי ע"ש ונמצא מכל הנז"ל דרבים סוברים דעיקר איסור זה מן התורה הגם דלעומתם ג"כ גדולים הם הסוברים דעיקרו מזרבנן מ"מ יש לחוש להם לדון בס' להחמיר ובפרט שהוא אביזרא דע"ז: ומעתה ניחזי אנן הטעמים שכתבנו משם הפוס' להקל בזה"ז אי שייכי גם בא"י או דוקא לחו"ל וז"פ דטעם הרח"ך והר"א ז"ל מפורש להדיא דוקא לחו"ל אבל טעם ר"י דיש לחלק בין קבע לעראי נראה דלא שנא וכ"כ הד"ד ז"ל לאוין מ"ח דלהנך טעמי יש חילוק אבל לטעם הסמ"ג והרא"ש והטור בנו ביו"ד סי' קנ"א כיון שאין נוהגים להכניס ע"ז לבתייהם יש טעם למנהג שנהגו להשכיר אף בא"י ע"ש אלא אי לאו דמסתפינא אמינא דבצירוף דברי הר"ן והכל בו דא"י חמירא משום דשם נצטוינו לשרש אחר ע"ז גם המחלקים בין קבע לעראי יחמירו בא"י מטעם זה גם שלא יכניסו רק בעראי.

וזה יורה מדב"ק שתפשו על מה סמכו האידנא בחו"ל ולא כתבו סתם. וגם הרא"ש שסתם יש להוכיח מטעמו האחרון דדוקא בחו"ל קאי.

והוא כי טעמו בו משום דידם תקיפה שכירות קנייא ואין זה ביתו דישראל וזה לא יתכן להתיר רק לחו"ל דאי לא"י מאי מהני אפיקתיה מלת"ת א"ב אבל בזה עילתיה ללא תחונם לא תתן להם חנייה בקרקע דבבתיים נמי שייך כדפריך הש"ס התם בפשיטות בע"ז אי הכי בתיים נמי איכא תרתי חניית קרקע והפקעת מזוזה ע"ש.

והגם דלכאורה הירוש' נראה הפך זה דבפ"ק דע"ז ה"ט פריך אהך דלא תתן להם חנייה והתנן משכירין להם בתיים בא"י ומשני בית אין מצוי להתברך מגופו שדה מצוי להתברך ופי' הפ"מ ולא אסרה תורה אלא חנייה בשדה המתברך ע"ש לו יהי כן אנן כבבלי קי"ל ועוד הנה שם במראה הפנים השיא כונת הקו' לדבר אחר דה"פ דאתה אמרת לא תתן חנייה דהיינו קנין והתנן משכירין אבל לא שדות ואמאי ל"א דשכי' אינה חנייה ות' דשדה מתברך וגזור רבנן ביה אף שכירות ולפ"ז גם הירושלמי מודה דחנייה אסירא גם בבתיים ואין לומר דנהי דחנייה שייכא גם בבתיים אינו אלא בקנין חשוב משא"כ קנין שכתב הרא"ש דהוא גרוע דא"כ הי"ל להחמיר בע"ז ולומר דאכתי ביתך הוא וכמ"ש בע"ז דט"ו למאי דס"ד בשוכר בהמתו לגוי בשבת דשכי' קנייא שהקשו והתנן אף במקום שאמרו להשכיר לא לבית דירה אמרו אלמא דשכי' לא קנייא ות' שאני ע"ז דחמיר ע"ש וליכא למימר עוד דנהי דחשיב ליה הרא"ש מכר גמור לאפוקי מלת"ת א"ב מ"מ כיון דהוי לזמן דסוף הגוי לצאת לא בא לכלל חנייה בקרקע וכפלוגתא דר"מ ור"י שם בדי"ט דר"מ סבר אין מוכרין להם במחובר לקרקע ור"י סבר מוכר הוא ע"מ לקוץ וקאמר התם משום לא תחונם ובש"ע סי' קנ"א פסק כר"י דמוכר ע"מ לקוץ ויקוץ ע"ש בב"י דנראה דהגם דאיכא איסור חנייה במחובר כיון שסופו לקוץ שרי וה"ן דכוותה דליתא דא"כ למה סגרו הדרך במכירת בתיים ושדות בא"י ולא התירו בכה"ג ואם נאמר דזה בכלל שכי' דסו"ס חוזר לבעליו לא יתכן דבשכי' אם נפל ביתו של משכיר יכול להוציא משא"כ במכר כה"ג כמו שמפורש בדברי הרא"ש והו"ל לאשמועין רבותא דג"ז שרי ואין לומר דאנה"ן מדאורייתא שרי ורבנן גזור ביה משום מכר דאין סופו לחזור דא"כ הו"ל שכירות גזרה לגזרה ובש"ס שם מפורש דלא גזרו גזרה לגזרה ועוד אם באת לומר

דאסור מיהא מדרבנן נפל היסוד דהיתר הרא"ש ז"ל אלא מוכרח דהרא"ש חשיב ליה כמכר גמור ושאני מח' ר"מ ור"י במחובר דהתם טעם הדבר דלא מכר לו שום אחוזה בקרקע רק ר"מ חושש שמא ישהה מלקוץ ויהנה מגוף הקרקע עיין ד"ך ע"ב ברש"י ד"ה משוי ליה ור"י לא חייש לשהייה דכיון שהתנה עמו יקיים תנאו וע"ש בסוגיית והמורם מזה דהטעם השני דהרא"ש לא יוצדק רק לחו"ל ולא לא"י משום דאיכא איסור חנייה ומזה אני תמה על הרב צפ"ב דקל"ו ע"א שכתב ולפי טעם הב' דאלמותגוים לשכי' ושוייה כמכר ממש א"כ גם בא"י לאו ביתך מיקרי וכן ראיתי לב' המאוה"ג ראש"ל בס' ישא איש יו"ד סי' ב' הוא וה' פני יצחק סמכו את ידיהם להתיר מתרי טעמי דהרא"ש הגם דנדון השאלה בא"י קאי והוא פלא איך לא הרגישו מאיסור חנייה בקרקע.

וכן אני מוסיף להפליא כנז' כי הצפ"ב שם הק' על סה"ת דתי' על הירוש' שהתיר בחו"ל דמיירי בת"ח דגמר ומקני פירי דזה לא סליק לדידן דקי"ל לאו כקה"ג דאמאי לא מצא מנוח לתרץ גם לדידן דמיירי שהפקיר המשכיר כל זכותו בבית כל ימי השכירות או שגמר והקנה גם הגוף לגוי כל ימי השכי' וכמ"ש בא"ח גבי שכי' בהמתו לגוי בשבת וכתב שכ"מ לה' בנימין זאב סי' קס"ד כתב אופן הב' לתרץ בעד הירוש' ותי' על סה"ת דבהפקרא לא ניח"ל משום שהוא היתר מפוקפק ובקניית הגוף לא ניח"ל משום דהירוש' איירי בשכירות אבל אה"ן דלדינא סליק שפיר ע"כ ומזה למדו להקל באותו נדון כי ראש"ל ז"ל הביא דברי ה' בנימין זאב והתיר להשואל משום שהוא ת"ח והרב פנ"י הי"ו הביא דברי הצפ"ב וסיים ובכן אנו למדין בנ"ד דראובן זה ת"ח מצי למעבד אחד מב' אופנים דמהנו להשכיר ביתו בא"י כדין איסור שבת וז"פ ע"כ.

והוא תימה דלראש"ל ק' חדא דהב"ז וסה"ת וצפ"ב לא התירו רק בחו"ל שאם יצאנו מאיסור לתתא"ב ליכא לא תחונם משא"כ בא"י ולהפנ"י הי"ו קשה תרתי הא והך דסמך בהפקר והרב צפ"ב עצמו כתב שהוא מפוקפק ועיין למהר"מ אלשקאר סי' מ"ב הביאו הכנה"ג א"ח סי' רמ"ו הגה"ט שאין לסמוך עליו רק במקום שנהגו ובעל נפש יחמיר ע"כ ותו מעיק' ק"ל איך נלמוד משבת ללתא דע"ז והלא כתבתי לעיל מהש"ס דאפי' למ"ד דשכי' קנייא בבהמתו בשבת עכ"ז בע"ז לא החמיר ובזה אזדא קו' הצפ"ב על סה"ת ע"ש ואין להאריך המורם מזה דהנך טעמי כולהו לעד"ן דל"ש להתיר בא"י: אבל הני טעמי דראב"ן דמשום מס דרמי עלייהו לא חשיב ביתך המיוחד וגם משום שאינן אדוקין וכו' שייכי גם בא"י דהא העיד הרב השואל בס' ישא איש דכותבין ע"ג הקושאן שאם לא יפרע המס יקח הקרקע המלך וכ"כ הצפ"ב שם.

וגם אינן אדוקין וכו' גם טעם שכתבו הרבנים דמשום פסידא דמונא או משום שאין יאודים מצויים להשכיר שרי שייך בא"י נמי ויש להוכיח זה ממ"ש הצפ"ב משם הרמב"ן בס' מעשה צדיקים דקל"ז וז"ל ואם אפשר בעל נפש צריך לפרוש מהם ועוד בירוש' ר' סימון היו לו כרמים נטועים בהר המלך שאל לר' יוחנן אמ"ל יבורו ואל ישכירם לגוי שאל לר' יאושוע ושרא ליה במקום שאין ישראל מצויים להשכיר וכתב הרב בכונת רמב"ן להוכיח דל"מ לר"י דאסור אלא גם ר' יאושוע לא התיר רק במקום שאין ישראל מצויים לפיכך בע"נ יפרוש ע"כ והר המלך פשיטא דבא"י הוה דהא סיים שם בירוש' כהדא בסורייא סורייא נשמענה מן הדא ופי' הפ"מ כהדא בסורייא כלו' כיון שאין ישר'

מצויים דינו כסורייא שמשכירין שדות וסורייא גופה אי ה' כר"מ או כר"ו נשמענה מן הדא ע"ש משמע דבא"י מיירי ואפי"ה התיר ר' יאושוע במקום שאין ישראל מצויים גם מדהרמב"ן מייתי ראייה משם לחו"ל ולא חילק דלא החמירו רק בא"י ש"מ דאם יש להתיר מכח זה אין חילוק: זולת דאיבעי לן לעיוני בהנך ג"כ אי קיימי לדינא או לא.

והחילוק שבין קבע לעראי מלבד מת"ל דאפשר דהרא"ש גופיה שסמך עליו לא סמך רק בחו"ל דשם לא נצטוינו על שירוש ע"ז עוד בה אני אומר דדוקא לשיטתו דס"ל עיקר האיסור הוא מדרבנן סמך מלך אבל לדידן דהוכחנו מגדולי הפוס' דמדאורייתא הוי אפשר דלא יועיל. בפרט דהתו' עצמם דחאוהו והוי ס' מה"ת אבל חי' ראשון דראב"ן דמשום המס אין זה ביתו המיוחד נראה דמהר"מ גאלאנטי ז"ל סי' ז"ן קאי בשיטתיה כי נשאל על הקרקעות שמנהר קסמי"א ואילך מה יעשו בשביעית והעלה שהם חייבים בשביעית מיהא מד"ס וביקש להם צד היתר כי מה שנאמר שדך לא וכו' ואסרה תורה בשביעית ושאר איסורין בגוף הקרקע כשהיא שלו אבל קרקעות הללו כולם הם מהמלך יר"ה וגם מוכרחים אצלם לתת חומש למלך וארבע ידות להם וכו' ובשנה השביעית ימכרו כ"א זכותו לגוי סתם אני מוכר לך כל זכות שיש לי בקרקע ואח"כ כשיעבור השביעית יחזור ויקנה אותה ואין בזה בית מיחוש כיון שאינה א"י ממש כבושה תחת ידינו וכו' ע"ש וצריכים אנו להרחיב דב"ק דנהי דהגם שהיא של המלך לא יוכל לעבדה בעצמו אם לא כשהוא אנוס משום אין עודרין עם הגוי בשביעית עיין בגטין דס"ב ע"א וע"ש בתו' אבל מ"מ למה לא הועיל התקון שכתב שימכור לגוי והוא יתעסק רק משום שהיא אינה א"י ממש וגם אם יהיה א"י הרי אינו שדהו.

ואין לומר דטעמו משום דקי"ל אין קנין לגוי בא"י להפקיע ממעשר כמ"ש הרמב"ם פ"א מתרומות היו"ד וכת' קמא דהכ"מ שם ודלא כת' בתרא דכיון שלא מצא הרב שם לחייבם רק מד"ס הדר דינייהו כסורייא ובסורייא כתב הרמב"ם שם דיש קנין לגוי להפקיע וכו' גם הכ"מ שם ה"ך כתב דכיון דהאידינא גם בא"י אין חיוב תו"מ רק מדרבנן שותפות הגוי בחלקו פטורה ע"ש ונראה דטעמו משום שאם היא א"י היה אסור למכור לגוי משום לא תחונם משו"ה איצטריך לטעם מס המלך דהשתא אין הקרקע שלנו ואין בזה משום לא תחונם (לטעמם דמשום המס אין זה ביתו המיוחד ושרי בשביעית ובשכירות וכו' לכאורה יקשה מאי דפליגי בהשולח דמ"ו בשותפות גוי וישראל בשדה דר' סבר טבל וחולין מעורבין זב"ז ורשב"ג סבר דיש' חייב ודגוי פטור ופליגי ביש ברירה אבל לכ"ע יש קנין לגוי ע"ש דאמאי דיש' חייב הרי אין זה שדהו המיוחד וי"ל דהתם שאני דהזגן כמאן דפליגי דמי ונמצא חלק ישראל כמיוחד לפיכך חייב ובלא"ה מוכרח לתרץ כן לת' בתרא דהכ"מ דכל שלא חזר ולקחה מגוי לכ"ע יש קנין וכ"כ הש"ך סי' של"א סקי"ט ע"ש): אך הנה ראיתי כי טעם המס שיפטור הוא מחלוקת ר"ת ור"י בתו' דע"ז דנ"ט ע"א בד"ה בצר שכתבו וז"ל ועל תרומות ומעשרות שאין אנו מפרישין עכשיו אף לא כקולי חו"ל אור"ת דקרקעות שלנו משועבדים הם לשרים ודינא דמלכותא הוא וכו' שיהיו משועבדות ביד נכרי ומשוקעות לו ולכן אינן שלנו.

וק' לר"י כי גם בימי החכמים היה להם קרקעות לעסקא כדאמרי' בפ' חזקת מאן דלא יהיב טסקא לא ליכול ארעא וכו' ע"כ והרא"ש הרחיב דברי ר"ת דאין אנו רק כאריסין

ותנן בפ' בתרא דחלה ישראל שהיו אריסין לעכו"ם בסורייא ר"א מחייב פירותיהן במעשר ובשביעית ור"ג פוטר ע"כ כלו' והלכה כר"ג.

והשתא מילין דרבנן ניהא לר"ת דוקא. וראיתי להצפ"ב דקל"ו הרגיש מזה לראב"ן ז"ל.

עוד תמה על ר"י דהא בפסחים ד"ו וכן ביו"ד סי' ש"ך אמרו. דבהמת ארנונא פטורה מבכורה אע"ג דמצי לסלוקי בזוזי מ"מ יד גוי באמצע ות"י דהתם שאני דהארנונא מוטלת על הוולדות עצמם רק אם יפרע יקבל הוולדות כמ"ש מהרא"י סי' ק"ל משא"כ טסקא דרמייא על הפירות רק כשלא יפרע ישתלם מהקרקע וזהו טעם ר"י דפליג אר"ת ע"ש ולפי"ז הט' דמהרמ"ג ז"ל דבנדונו נראה שהמס היה על הקרקע ממש ואין ליש' שום אחיזה רק אם יפרע אבל אחה"מ אין נראה דהא כדברי ר"ת מפורש דאותו טסקא מיירי שהן משוקעות לגוי ודוחק לו' דפליג ר"ת עם ר"י במציאות איך הוא הטסקא.

ובפרט דמהך דנדחק ר"י לחלוק מאן דלא יהיב טסקא לא ליכול ארעא משמע כן שאין ליש' שום אחיזה וע"ש דרב יאודה מכח זה אוקמא בידא דשני. ולדידי חזי עפ"י מ"ש מהר"מ זיסיקנד סי' ל"ב דבהמת ארנונא עצמה ל"ח יד גוי באמצע היכא דמצי לסלקו בזוזי רק דאם לא סילקו יטול המלך בהמה שירצה אבל אם הבחירה ליש' לסלק הוא באיזה בהמה שירצה אכתי אין יד גוי באמצע ע"ש ואפי' דבהא פליגי ר"ת ור"י דנהי דהך טסקא רמי על גוף הקרקע מ"מ מצי לסלק ליה גם בקרקע אחר ור"י סבר כמהרמ"ס דאין זה יד גוי באמצע ור"ת פליג אבל היכא דגוי אינו מסתלק אלא בבהמה שירצה הוא ובקרקע שירצה מודה ר"י לר"ת ובכה"ג מיירי בהמת ארנונא ובזה ניהא לע"ד מה שהק' עוד שם מדברי הרמב"ם פ"ד דבכורות המקבל צאן מן הגוי בממון קצוב וכו' אעפ"י שברשות ישראל הם והרי הם כקניינו הואיל ואם לא ימצא הגוי אצלו ממון יגבה מבהמות אלו וכו' פטורין מן הבכורה וכתב משם מהר"י קורקוס ז"ל דנראה מדבריו דאע"ג דעיקר השעבוד הוא על הדמים רק אם לא יפרע יגבה מבהמה עכ"ז פטור וזה יפיל גם חילוקו (הוא ת"י עפ"י מ"ש התו' במציעא ד"ע ע"ב מאי שנא הך דצאן ברזל דפטורה מבהמת ארנונא דחייבת לל"ק דרבא בפ"ק דפסחים ות"י דהתם עיקר הבהמה דיש' אלא שמשועבדת למלך וכיון דמצי לסלוקיה בזוזי לא יצתה מרשות יש' אבל מקבל צאן עיקרה דגוי היא וכ"ז שיש לו כח דאי לא יהיב זוזי תפיס הבהמה הרי לא יצאה מרשות גוי ע"כ.

ולא ידעתי איך למד משם דלא כתבו זה רק לל"ק דחייבת אבל לל"ב דפטורה וקי"ל כוותיה עיין ברמב"ם פ"ד דבכורות מוכרח דגם בעיקרה דיש' כיון שיש שעבוד לגוי פטורה והדק"ל ועוד אפי' למטוניה במה נתפיס בזה לר"י דמיירי בקרקעות דעיקרן הן למלך עיין בתו' דב"ב דנ"ה בקו' הש"ס גבי הנהו זהרורי דזבון ארעא לטסקא זבינייהו זביני דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור דהו"ל ראוי שכתבו לחלק בין ראוי דטסקא לראוי דשעבוד כתובה ומזונות דהתם ל"מ ראוי משום דצריך אדרכתא ושומא והכרזה משא"כ מס המלך ע"כ דנראה דהקרקע הוא של המלך ואינו כבע"ח וא"כ עוד היום קשה לר"י מהך דמקבל צאן) ולפמ"ש אין העיקר תלוי בהטלת שעבוד כלל רק בעת הסלוק אם הבחירה ביד היש' או ביד הגוי ובהך דמקבל צאן הנה דקדק רמב"ם וכתב ואם לא ימצא

יגבה מבהמות אלו כלו' ואין הבחירה ביד יש' להגבותו זולתם ולזה יד גוי באמצע ודאי הוא זה.

אבל בטסקא דמיירי ר"י בה י"ל שהבחירה ביד יש' היא לסלק באיזה קרקע שירצה: איברא דיש לערער בזה כיון דד"י דימה אותה טסקא לטסקא דב"ב ומדברי הראשונים ז"ל שם נראה דאינו גובה אלא מאותה קרקע עצמה ובלי המלכת בעלים כלל עיין להרמ"ה בפ' חזקת רמז רמ"ה גבי הנהו זהרורי דזבני לטסקא כתב אע"ג דלא תבעוה למארי' ארעא זבינייהו זביני והאריך שם בנ"ט וכתב דכי קא מזבני ארעא דמלכא מזבני וכו' ועיין עוד לו סי' רמ"ו כתב כן גם בש"מ דב"ב על דנ"ה כתב משם ר"י בעליות ומי שנתחייב עסקא אין בנו הבכור נוטל פ"ש לפי שהוא ראוי שכבר מופקע מבעליו ואין לו בו עוד כלום וכו' ע"ש א"כ גם טסקא דפליגי בה ר"ת ור"י נראה שאין כח לבעלים כלל בה אם לא סלקו בזווי ואין להם שום בחירה כי הקרקע של מלך וא"כ מאי טעמא דר"י: לכן הנלע"ד בטעם מחלוקת ר"ת ור"י הוא במ"ש בב"ב שאם פרע המס ומת הו"ל הנכסי' מוחזק ואם לא פרע ומת הו"ל ראוי ונמצא השתא דקודם פרעון היא של המלך ממש כמ"ש הראשונים ז"ל רק אחר פרעון דידיה היא דהו"ל כקונה מהמלך והנה מצאנו להרמב"ם פ"ה מתרומות כתב ישראל שקנה שדה מן הגוי בסוריא עד שלא הביאה שלישי וחזר ומכרה לגוי משהביאה שלישי אם חזר יש' ולקחה מהגוי פעם שנית ה"ז חייבת בתו"מ וע"ש בכ"מ מקור הדברים.

והשתא נמי בנד"ז שפיר תמצא לפעמים שהישראל פרע הטסקא עד שלא הביאה שלישי והביאה שלישי דהוי קנויה לו ונתחייבה בידו ולזה לא רצה ר"י לפטור מכח טסקא דלא דמיא לארנונא דבהמות דרמיא אוולדות וכל עוד שלא נולדו הרי הם של גוי וגם אם פרע על הנולדים עוד לו יד במה שיולד אח"כמשא"כ בארעא דלא רמי אפירי אלא על גוף הקרקע כשפרע לא נשאר יד למלך ודקדק כ"ז מדאשכחן בימי הש"ס דהוה עסקא והפרישו תו"מ אבל ר"ת ס"ל דשאני הא מקונה מגוי וכו' דהתם אחר שקנה מגוי אין סופה לחזור לו משא"כ בטסקא דבכל שנה ושנה חוזר חלילה ואם פרע בשנה הזאת וקנה הרי סופה לחזור למלך מכח טסקא דשנה הבאה וידו באמצע הוא.

ומאי דהוה בימי הש"ס טסקא אין ראייה דהא נמי הוה קרקעות דלית עלייהו טסקא כמ"ש בב"מ דק"י ארעא דלית ליה כידנא וכ"כ התו' חולין ד"ו ד"ה והתיר משם ר"ת ע"ש ומינייהו הוה מפרשי תו"מ זהו הנראה לישב בדע"ק ומ"מ למדנו דס' ראב"ן דמשום מס לא הוי ביתו במחלוקת היא שנוייה ועוד אני אומר דאפשר גם ר"ת לא יודה לראב"ן בזה והוא במה שיש לחקור דאם איתא דר"ת ז"ל סומך בכל כחו על טעם זה מדוע לא נ"ט רק לקולת התו"מ בחו"ל ולא הפקיע בזה החיוב גם מא"י ואי משום דס"ל אין קנין דגוי בא"י להפקיע הנה מצאנו לר"ת בתו' דגטין דס"ב ע"א אהך דאמרינן אין עודרין עם הגוי בשביעית שכתב באחד מהטעמים דר' ינאי מכריז פוקו וזרעו ארנונא בשביעית משום דיש קנין לנכרי בארץ להפקיע משביעית ע"ש ומוכרח לישב זאת דשם לא כתב כן רק לר' ינאי אבל להלכה הוא פוסק כמ"ד בגטין דמ"ז אין קנין לנכרי להפקיע ולזה לא התיר בתו"מ בא"י זולת דלפמש"ל משם הכ"מ דהאידינא דחיוב תו"מ מדרבנן יש קנין לעכו"ם להפקיע נסתר תי' זה ובהכרח לומר דלר"ת ס"ל חיוב תו"מ בא"י האידינא

הוא מדאורייתא דקדשה לשעתה ולעת"ל א"כ מה"ט נמי שייך איסור לתתא"ב הגם שיש חיוב המס.

והשתא דאתית להכי אפשר דגם הראב"ן לא אמרה זולת משום דס"ל דאיסור לתתא"ב הוא מדרבנן כאותם הסוברים כן אבל לדידן שחוששין למ"ד שהוא מדאורייתא אין טעם זה מציל: ויותר מזה אני אומר דהאידינא נשתנה ענין הטסקא מזמן ראב"ן ז"ל ואשכחן בש"מ לב"ב כתב משם ר"י והנמק"י בפ"ח כ"כ משמו והבי"ד הסמ"ע בח"מ סי' רע"ח סק"ל שאם אין דרך המלך ליקח הבתים עד אחר ד' וה' שנים ואז משכירם לאחרים להשתלם הטסקא שלו דאם מת האב תוך אותם השנים הו"ל מוחזק ע"ש וה"ן הנה שאלתי ליודעי הנמוס ואמרו כי אמת שחק המלך לגבות המס מגוף הקרקע אך לא ימכור הבית עבור זה עד שיעברו שנים רבות שיהיה לערך הבית ואסברוה ניהלי דאין למלך רק חוב אבל גוף הקרקע לבעלים דאל"כ מדוע בעת שיצטרך המלך להרחיב שווקים וכיוצא משלם דמיה במושלם ככתוב בפנקס השררה אין זה כ"א שודאי הגוף הוא לבעלים והטסקא היא חוב ושעבודו נוטל על הקרקע ופוק חזי פד"ר אם אין הבכור נוטל פ"ש בזה"ז מכח טסקא או נוטל עיין למהרא"ש סי' קמ"ט והחב"י בסי' ק"א ועדוב"י סי' ס' ופני אהרן ח"מ סי' ל"ה ס"ל דהוי ראוי ונגדם הרב"ד אה"ע במפתחות סוה"ס והכנה"ג בבע"ח ח"מ ח"א סי' מ' וח"ב סי' ק"ג והדב"מ אה"ע סי' ח"י וחס"ל ח"מ סי' ח' וצרור הכסף דקכ"ז והלב מבין פ"ה מה' נחלות דרי"ד ע"ב וג' וחק"ל ז"ל אה"ע סי' מ"ה דק"ב ומעשה אברהם יו"ד סי' ל"ו כולהו סברי דנוטל פי שנים בזה"ז והאריכו להביא מעשה רב מקמאי דדייני הכי וחילקו בין טסקא דידן לטסקא דזמן התלמוד ע"ע שאכמ"ל וממילא לענייננו אין להקל בלתתא"ב מטעם ראב"ן וגם הרב צפ"ב בדקל"ו רמז למח' הנז' וכתב ועכשיו שנשתנה משפט המלכות ישתנה גם הדין באיסור לתתא"ב.

והוא פלא על הרה"ג ישא איש ופנ"י שם שסמכו בכל כחם להתיר מטעם זה גם בא"י: ואשורה נא ואראה אי מהך טעמא דטסקא נפיק שריותא מצד אחר דמשום אונסא דמלכותא לפרוע המס יהיה מותר להשכיר למצוא ממה לפרוע וכן אם לא ישכיר להם יגיע לו הפסד או לא. וראיתי להצפ"ב דקל"ח והפנ"י במכתב שהתירו מטע"ז.

והפנ"י הי"ו הביא סמוכות מהך ירוש' דר' יאושוע התיר במקום שאין ישראל מצויים גם מהש"ע יו"ד סי' קנ"א דהאידינא מוכרין להם בהמה ובתוס' דע"ז דט"ו ד"ה אימור הטעם מפני שאין ישר' מצויים הרבה יחד ואם לא ימכור לגוי איכא פסידא. וכ"כ הכל בו ה' ע"ז סי' צ"ז וגם הרה"ג ראש"ל ז"ל הקל מטע"ז והוסיפו סמוכות מהך דח"מ סי' קע"ה דכשאין היש' בן המצר נותן כמו הגוי רשאי למכור לגוי רק שדחה כי זה לא שייך בא"י משום לא תחנם ומשום לתתא"ב ורוח ה' דיבר בו שכדבריו ממש כתב בס' כפו"פ פיו"ד ע"ש ואני אומר שגם הראיה מירוש' לכאורה אדרבא ראייה לסתור כיון דר' יוחנן מארי תלמודא דא"י סבר יבורו ואל ישכירם ודאי ה' כמותו וכ"מ מדברי רמב"ן שהזכיר הצפ"ב וכמש"ל אלא דהרא"ש ז"ל בע"ז דט"ו הביא ממנו סייעתא להתו' שבמקום פסידא שרי למכור בהמה לגוי משמע דה' כר' יאושוע ונראה טעמו משום דבבבלי שם דט"ו מקשה אפי' חטי ושערי נמי לא ניזבן להו ומשני אי אפשר וכן הביאו מינה ראייה



התו' ז"ל אלא דבכל זאת נראה שאין ללמוד לנ"ד משום דקשה אמאי הרא"ש לא הביא טע"ז להתיר להם השכיל בזה"ז משום פסידא כמכירת בהמה.

וצ"ל דטע"ז אינו מתיר רק היכא שא"א כלל לתקן הפסידא וכמש"ש התו' דאין להתיר רק כשקנה הסוס לעצמו ונמלך למוכרו דהוי פסידא משא"כ בלוקח להרויח ומפנ"כ בחר לו הרא"ש דרך מרווח שיתיר בכל גוונא וא"כ בנ"ד אין להתיר רק לעני שבנה בית לעצמו ומדוחקו הוכרח להשכיר ולא מצא יאודי בשיוויה הלא"ה לא.

וכ"מ להדייא בכפו"פ שם פיו"ד ששם התיר גם מכירת בתים באופן זה וכתב מסתברא דה"ה ישר' שדר בעיר שכולה גוים בא"י וכן נמי אם הוא בעיר שרובה יש' ואנסוהו וזוי ואין שם יש' שיקנה אפי' בזול דשרי ע"ש (לעד"ן ראייה לדי"ז ממ"ש בגטין דמ"ז גבי מוכר שדהו לנכרי מביא בכורים מפני תקון העולם דשתי תקנות הם דמעיקרא הוו מייתו מדאורייתא כיון דחזו דקא מזבני דסברי בקדושתיהו קיימי תקנו להם דלא ליתו פירש"י דסברי בקדושתיהו אין אנו נענשין בדבר כיון דחזו דמאן דלא סגי ליה מזבן וקא משתקען ביד נכרים הדר תקינו להו דליתו פירש"י כדי שיחזור ויפדנה ע"כ וניחזי אנן כיון דתקנה ראשונה דלא ליתו הוא כדי להודיעם שנענשים על המכיל איך מאן דלא סגי להו עבדו ומכרו ואם רשעים הם מה הועילו בתקנה דליתו והלא לא ישמעו גם לזה ולא יפדו אלא ש"מ דהעני דלא סגי ליה מותר מן הדין למכור וכדי שלא להשתקע תקינו דליתו.

אלא דיש לדחות דאנה"ן מן הדין אסור גם לעני והיו מורים התירא למכור דאמרי אנוס רח"פ ותקנו דליתו דזהו עכ"פ קל להם וישמעו) והרי דב"ק כהרא"ש ז"ל: אלא דהמעיינ מקור דבר מהרא"ש יראה שטע"ז במכירת בהמות הוא מר"י אבל ר"ת כתב טעם אחר משום שאינן בקיאות בקולנו וכו' וגם אין דרכנו להשאיל ולהשכיר ולפ"ז אין ההיתר משום פסידא וכ"כ ב"י סי' קנ"א משם הסמ"ג וע"ש בט"ז וש"ך שבש"ע פסק בטע"ז ומ"ש בחטי ושערי משום דלא אפשר פירש"י ל"א בלא איבה.

וא"כ אפ' דמשום איבה ימשך סכנת נפשות ולא משום פסידא דה' כר"י יבורו ואל ישכירם וכ"ש שלא ימכור. ולפי"ז הך טעמא נמי הוא פד"ר וכיון דיש איסור בשכיל מן התורה יש להחמיר.

ועוד אני רואה דגם למתירים משום פסידא לא התירו רק במידי דרבנן אבל במה שאסור מן התורה לא יועיל רק סכנת נפשות והוא מהתו' דגטין דס"ב ד"ה אין עודרין שכתבו טעם לר' ינאי שהתיר לזרוע בשביעית לארנונא משום דהוי סכנת נפשות אם לא יפרעו מס למלך ועוד דשביעית בזה"ז דרבנן ונהי דאסרו לעדור עם גוי אחר גבי מלך התירו (החי' בין אחר למלך נלמד מדברי מהרימ"ט ח"ב יו"ד סי' נ"ב למעיינ שם באורך כי הרב התיר משום הפסד והק' אמאי ר' ינאי התיר לכל לידרוש למאן דאפשר ליה שלאזרע וירצה בדמים ותי' שלא היה רוצה המלך שתהיה הארץ שממה וז"ש התו' ונהי דאסור לעדור וכו' כלו' למי שאפשר לו לרצות וכו' גבי מלך התירו כי לדידיה אין הבדל מטעם שלא תהיה הארץ שממה) משמע דלולא ששביעית דרבנן אין להתיר גם במקום פסידא דמלך וביותר מבואר בדבריהם בסנהדרין דכ"ו ע"א ד"ה משרבו וז"ל וא"ת ומשום ארנונא התירו לחרוש ולזרוע דהוא איסורא דאורייתא וי"ל דמיירי בשביעית

בזה"ז דרבנן א"נ י"ל דפקוח נפשות הוא וכו' ע"ש וכ"ז דלא כהכו"פ ז"ל דהתיר משום אונס ממון במכירת בתים בא"י הגם שהוא מדאורייתא.

ועוד אני למד דאפי' למ"ש דהוא דרבנן לא הספיק להם טעם פסידא לכל גוי רק לגבי מלך וראוי ללמוד מזה דלא יספיק הפסידא למאן דאפשר ליה רק אם יצטרף עמו סבה אחרת וכמ"ש מהרימ"ט בטעם המלך. והגם דבסנהדרין סתמו.

ולמד סתום מהמפורש שכתבו בגטין. ומזה אני תמה על הרב השואל במבי"ט ח"ב סי' ס"ד על ישראל ששכר שדות מגוי והניח אריסין גויים בה אם יניחם לחרוש בשביעית כיון דשכי' ליומיה ממכר הוי וכו' ואת"ל שיניחם כיון דשביעית בזה"ז דרבנן ואפי' שהגוי יכריחהו בדיניהם לרדת לאריסותו האם יכול להחזיקו בתבואה וכו' ע"ש דאיך פשיט"ל דמשום הכרח הגוי מותר להורידו כיון דשביעית מדרבנן דלא כמו שהוכחנו מהתו' הנ"ל דלמאן דאפ"ל לא יועיל טעם פסידא רק עם סבה אחרת.

ועוד אני תמה ביסודו דשכי' ליומיה ממכר הוי דזה נגד ש"ס דע"ז דט"ו דאסיק דשכי' לא קנייא וכתבו התו' דדוקא גבי אונאה דכתי' ממכר יתירה הוא דקנייא. ויותר אפלא כי גם הרב המבי"ט ז"ל השיבו על מונח זה.

אמנם לזה אפ"ל דחשו למ"ש הג"א פ"ק דע"ז משם הר"א שיש' ששכר בית מגוי אסור ליש' להניח ע"ז שם וגם בשכר ממנו בהמה וחמר אחריה בשבת חייב חטאת דשכי' קנייא קצת וגם הג"א שכתב ואין נראה סיים דטוב ליזהר ע"ש אבל לקמייתא צ"י ומ"מ לפי האמור אזדא ליה בנ"ד היתר דשכי' משום פסידא: פש גבן הטעם הב' דראב"ן שכתב וז"ל ועוד סמכינן אהא דגויים שבחו"ל לאו עע"ז ואין לחוש למכניס ע"ז לתוכו שאינן אדוקין בה לעשותה בביתם ותלינן לקולא ואמרין דילמא לא עביד ע"כ ותחילה נבין דב"ק כי בתו' דרפ"ק דע"ז ד"ה אסור לשאת ולתת ביום אידם כתבו ואין לומר דנכרים שבחו"ל לאו עוע"ז הם אלא מנהג אבותיהם בידיהם דהא אמר שמואל בגולה אסור יום אידם דוקא וכו' לכן נראה טעם ההיתר משום שנכרים שבינינו קי"ל בגוייהו דלא פלחי לע"ז וכו' הרי בטעם גויים שבחו"ל חלוק מטעם דקי"ל בגוייהו וכו' דר"ל שאינן אדוקין ומר ניהו עשאם טעם אחד ואם נאמר דכונתו לטעם ראשון דוקא דמכח מנהג אבותיהם לכן אינן אדוקין יקשה עלינו תרתי חדא דהא התו' דחו זה ועוד בלי נ"ט דאדוקין הוה סגי משום מנהג אבותיהם.

עד שראיתי להרא"ש בפסקיו שם שתמה על המנהג וכתב ופרשב"ם בשם זקנו רש"י דעכשיו אין הנכרים שבינינו עוע"ז ולא אזלי ומוזו כדאמרי' בחולין נכרים שבחו"ל וכו' ואין לאסור משום דבר שבמניין וכו' דמעיקרא לא היתה הגזרה אלא למקומות שעובדים שם ע"ז דהא שמואל קאמר דבגולה אסור יום אידם דוקא משום דלא אדיקי כולי האי וכו' הרי נראה דגם הוא ז"ל ארכביה אתרי רכשי ועיין בטוב"י סי' קנ"א ולכן מוכרח דס"ל הכי דלולא היסוד של מנהג אבותיהם לא היה מתיר היסוד דאינן אדוקין כיון דהא מיהא חזינן דפלחי ואמרי' מסתמא לע"ז מיכווני וגם מנהג אבותיהם לחוד לא יספיק אם הם אדוקים אבל בשניהם יחד מצינו לחלק בזמנים דבזמן דלא אדיקי כולי האי אסור יום אידם ובדלא אדיקי כלל גם יום אידם שרי כמש"ש הרא"ש ובאדיקי טובא הא חזינן דלאו משום מנהג אבות לחוד פלחי ולזה בארץ רוסיא דאדיקי טובא הגם שהם בחו"ל

לא מצא הראב"ן להתיר להם וכמ"ש הב"ח ז"ל וא"כ בנד"ד דחזינן דאדוקין הם באותו האיש עיין להרבבתי כהונה ח"א דס"א ע"ג שכיון שהם מאמינים בו באמונת השלוש וכו' ואפ' שמשתחוים לו לכבוד וכו' ועיין להרב צפ"ב שם תחלת התשו' נראה דבזה הם עווע"ז וא"כ כל המאמין בו אעפ"י שאין לו ש"ו וצורות נק' אדוק ואסור להכשיר לו ועיין לה' מעשה אברהם א"ח סי' ז"ך כמה הפליג הוא והרה"ג מהרח"פ ז"ל בהרחקת אותם מינים שלא יביאם לביתו ומינה דלא ישכור לדור בביתו בקבע וז"ן דעת מהר"א הלוי ז"ל בבני חיי יו"ד סי' רפ"א בהגה"ט שהחמיר באלו שקורים לאותו האיש אלוה יותר מגויי דורות הראשונים שהיו עווע"ז וכו' והגם שהבנ"ח שם חלק עליו מטעם דגויים שבחו"ל לאו עווע"ז הם כבר כתבנו שהתו' דחו טע"ז אם לא מטעם שאינן אדוקין שמשנתנה לזמנים וכמ"ש ראב"ן בארץ רוסייא ונראה דמפנ"ז לא התיר הרא"ש בשכי' בתים מה"ט משום שינוי הזמנים והביא הטעמים המרווחים יותר.

והגם כי הרב"ך שם לא החמיר רק משום שיש להם צורות ולפיכך כתב שכיון שמאמינים באותו האיש ועושים אותו לזכרו מי יימר דלא פלחי משא"כ במי שאין להם צורות כלל עכ"ז עיין להרמב"ם בסה"מ מל"ת כ"ה כתב שאזהרת לתתא"ב הוא ההרחקה ממנה ומכל מה שיתייחס אליה וכן החנוך רמז תל"ה כתב עיקר האזהרה בין לע"ז בין משמשיה וגם היראים שהבאתי לעי' הרחיב יותר ולפי"ז כיון דבמשכיר איכא לתתא"ב לאו דוקא לע"ז מזהר אלא לכל המתייחס אליה ואותם המינים אף כי לא יש להם צורות לא יבצר מהיות להם דבר אחר לכבודו וזה בכלל מ"ש במשנה מפני שמכניס בה ע"ז וכנז': בר מן דין הנה לא מצאנו מפו' במתירים שהתירו מטעם שאינן אדוקים דאיירי גם במידי דאסור מה"ת אדרבה הרא"ש שהתיר מטע"ז בלשאת ולתת עמהם מפורש בו דאיסור דב"ז מדרבנן וכמו שהק' מהך דדבר שבמנין צ"מ אחר להתירו (יש להרגיש בזה מהבעיני בע"ז ד"ו אי אסור לשאת ולתת עמהם משום הרוחה הוא פירש"י דרווח ואזיל ומודה לע"ז ועבר על לא ישמע על פיך ע"כ או משום לפני עור.

מאי נ"מ דאית ליה בהמה לדידיה משום הרוחה הא קא מרווח משום לפ"ע הא אית ליה לדידיה ע"כ דמשמע לב' הצדדים איסור מה"ת הוא. וחשבתי לת' לב' הצדדים דאין כאן רק איסור דרבנן כיון דלא ישמע על פיך אינו מן התורה רק במשביעו ממש ולא בנושא ונותן וגורם לו שיודה ורש"י כתב זה ע"ד אסמכתא וכ"מ מסה"מ להרמב"ם מל"ת י"ד דלא הזכיר בלאו זה רק שלא ישבע וכו' ולא יגרום לגוי שישבע לא הזכיר ע"ש משום דס"ל דאע"ג דתנייא בסנהדרין דס"ג ולא ישמע על פיך שלא ידור ולא יקיים בשמו ולא יגרום לאחרים עיקר האזהרה ללא ידור וכו' ולא יגרום אס' בעלמא וכן לפ"ע ג"ך נאמר שהוא רק איסור דרבנן ול"ש לפני עור מה"ת רק במוכר לו מידי דחזי לתקרובת אבל נו"ן עמו ומזמין לו מעות וכו' אין זה כ"א מדרבנן עיין בתו' שם ד"ה או דילמא.

והרי לא מצאנו איסור לפ"ע רק במושיט כוס לנזיר ולא בממציא לו מעות לקנות ומצאנו שאמרו לפ"ע במידי דרבנן עיין ע"ז דכ"א לא ישכיר שדהו לכותי וכו' הט' דכותי חורשה בחה"מ וקעבר משום לפ"ע ומלאכת חוה"מ דרבנן היא עיין בתו' ד"ה תיפו"ל שהביאו מזה ראייה דבמידי דרבנן שייך לפ"ע וכן הביאו מהך דאין מוכרין בהמה גסה ליש' החשוד למכור לנכרי ע"ש ועיין בדט"ו תו' ד"ה לנכרי מזבין וכו' רק דזה לא נתיישב לי

די"ל דאנה"ן הגם שגוף הדבר אינו אסור רק מזרבנן עכ"ז שייך ביה לפ"ע מדאורייתא ולא גרע ממשיאו עצה שאינה הוגנת לו שאף אם יעשה הדבר אין בו איסור ועכ"ז כיון שאינו הגון זה עובר אלפ"ע מה"ת.

גם לישנא דלפ"ע משמע מה"ת דאנה"ן דגם בדלא קאי בת"ע דנהרא דליכא לפ"ע הביא מח' במור"ם סי' קנ"א ס"ב אי איכא איסור מזרבנן או לא ובש"ך סק"ו כתב דל"פ אלא ביש' דשייך ב"ד מצווין להפרישו אבל בגוי כ"ע מודים. וצ"ע כי התו' והרא"ש כתבו להדיא דבגוי נמי דל"ש לפ"ע מ"מ יש איסור מזרבנן.

מ"מ ל"א אלא שחייבים להפרישו ולא לפ"ע כלשון הש"ס דהכא. גם מה שדקדקתי מסה"מ דבגורם אין איסור מה"ת נראה היפך זה מדבריו פ"ה מה' ע"ז היו"ד וי"א שכתב ואסור להשביע הגוי ביראתו וכו' ואסור לגרום לאחרים שידרו וכו' ואינו לוקה אלא הנודר בשמה ע"כ וכתב בכ"מ כלו' אעפ"י שהגורם אסור מ"מ אינו לוקה ע"כ ומדכתב ואסור להשביע וכו' ואסור לגרום משמע דאף הגורם לגוי לישבע עצמו אסור והאי איסורא מדאורייתא ודאי מדאיצטריך לומר שאינו לוקה ודלא כמש"ל וכ"מ מדברי הסמ"ג לאוין ל"ב למדקדק בלשונו שם גם הרב ס' יראים סי' ע"ה הביא הך דאיסור שותפות עם הגוי בכלל האזהרה וגדולה מזאת כתב החנוך סי' פ"ח שעיקר לא תזכירו אינו בא אלא בעוסק עם הגוי ביום חגו ומרויחו וכו' ולפי"ז צדדי הבעייתא הם מדאורייתא והדק"ל.

לזה י"ל דס"ל להרא"ש כמ"ש התו' בד"ב ד"ה אסור דאסור לשאת ולתת אינו אלא במידי דתקרובת ע"ז ולא בשאר דברים עש"ב והר"ן בריש ע"ז תי' מה שהק' לרש"י דבשלמא במכר שייך לפ"ע אבל במקח מאי לפ"ע איכא ואמר דגזרו מקח אטו מכר ע"ש והשתא י"ל דהרא"ש סבר דאין איסור מה"ת רק במידי דתקרובת אבל מ"מ גזרו בדברים אחרים אטו דתקרובת ובעיית הש"ס בתקרובת היא מאיזה טעם דנ"מ גם לנמשך שהוא דברים אחרים.

ומ"ש החנוך דאינו אלא בעוסק וכו' אפ' לדחוק דאין ר"ל לשאת ולתת אלא ר"ל שמשרת אותם או נו"ן לצורכם דוקא דהתם ודאי הרוחה איכא ואסור מה"ת זה נראה ליישב להרא"ש (ש) ש"מ דגזרה דרבנן היא ומשו"ה י"ל דה"ט שהתיר והוא יגיד על ראב"ן ז"ל ודב"ז למדתיו ממ"ש רי"ו ח"א ני"ז ח"ד וז"ל ואפשר דגויים הללו שאינם אדוקים בע"ז כל מה שעושים בצורות הללו אינו אלא לנוי ומותרים בהנאה ואסור להשהותם משום חשד אם הם בולטים וראוי להחמיר בס' איסור תורה ע"כ והנה מ"ש וראוי להחמיר ודאי דקאי על מה שהתיר מעיקרא בהנאה דאי על השהייה בלי ס' איסור תורה החמיר משום חשד, וש"מ דגם מטעם שאין אדוקים אין להקל בס' איסור תורה וכאמור: עתה אשוב אתפלא במש"ל משם הרבנים הנז' שהתקון הוא להקנות לו גוף הקרקע כל ימי השכ"ל בינו לבין עצמו וכו' דמלבד מה שתמהתי דבזה יכנס לאיסור לא תחנם הנה הרב המגיה בצפ"ב דקל"ז ע"ג הביא מבעל יד אפרים ה' שבת סי' רמ"ו דהגם דכשיש דעת אחרת מקנה א"ץ שיתכוין הזוכה לזכות היינו דוקא ביש' משום זכין לאדם שלא בפניו אבל בגוי דלית ליה דין זכיה לא ובזה ישב דברי הקצה"ח וש"פ וא"כ מה יועיל הכא שיקנה לגוי בינו לבין עצמו.

גם מ"ש שיפקיר עיין בסי' רמ"ו זהיתר ההפקר לא יועיל רק בדיעבד שכתב ואם השאילה או השכירה וכו' יפקירנו וכו' וכ"כ העט"ז שם והצ"ץ בסי' ל"ה ובבאה"ט סק"ה ואיך נתיר לכתחילה. ובפרט כי הרב צ"ץ שם הק' על המתירים במקנה בהמתו לגוי מהך דאין מוכרין להם בהמה גסה ות' דלא התירו רק משום פסידא משום שא"א ע"ש וא"כ נד"ד דאפשר להשכיר ליאודי בפחות איך נתיר וכ"ש דהמעין שם יראה דאין טעם פסידא מתיר רק באיסור דרבנן והכא איכא איסור לא תחנם.

וא"ת נהי דמהני בהנאה כזאת להתיר לתת א"כ לא הוי קנין גמור להביא לאיסור לא תחנם וכמ"ש המג"א סי' רמ"ו סקי"א דהפקר להתיר שכירות בהמה אינו הפקר לזכות שום אדם אפי' ביום השבת והצ"ץ סי"ך כתב על מכירת משכונות להיתר רבית שאם בא להחזיק בהם אינו יכול עכ"ז מהני לשרייתא דרבית והבי"ר לזה ע"ש ובפרט בזה"ז שנתחדש מכר הטאבו הא ודאי דבלא זה נראה דאינו מכר גמור להביא לאיסור לא תחנם.

אשיבך מלין כי הט"ז ז"ל תמה בסק"ה ע"ד הצ"ץ מכמה הלכות פסוקות שכל שאינו מכר גמור אינו מועיל להתיר רבית וכן ההיא דהפקר הוכיח מדברי הב"י ז"ל דהפקר גמור הוא ליום השבת. ועיין להחק"ל יו"ד ח"ב סי' י"ט ובאה"עסי' מ"ה דצ"ט ובחיו"ד הנז' סי' ק' הסכים עמו מהריט"א ז"ל דבמכ"א משכונות יכול הלוקח להחזיק במקחו ומפנ"ך הותר הרבית דלא כהצ"ץ ז"ל רק הרב מעשה אברהם יו"ד סי' ל"ז אחר שהביא סברות דיכול להחזיק במקחו כתב דכמה פעמים עשו מעשה באזמיר לכוף להחזיר המקח מכח מנהגם ואין זה מעניננו דאנן דינא קא בעינא ואודות מכר הטאבו ג"ך עיין להדב"מ ח"ב סי' מ"ב וחש"ש בתשו' שבסוף הספר העלו דאין זה מעכב ומש"ש הגאון מהריט"א ז"ל להתיר עפ"י דברי המח"א ז"ל דבמכר ע"ת שיחזירהו לו לזמן שאין בזה רבית דהא קנוי לו לאותו זמן קנין גמור כמתנה עמ"ל וכו' ואומד"ד דע"מ להחזיר הוא אפי' שלא התנה דאין אדם מוכר מאתיים במנה ע"ש אין זה מציל בנד"ד דמלבד דהרב ז"ל הביא מח' בזה עוד בה דלא דמי דהתם אם נאמר שהמכר קיים פלטינן מאיסורא אבל' הכא נהי דבקיום המכר פלטי' מלתתא"ב אבל נתפשנו באיסור לא תחנם.

ותו דאשכחן להת"ה סי' ק"ך גבי ההיתר למכור החמץ גם למכירו שברור שיחזירנו לו הרגיש ממ"ש הגמ"י דמתנה עמ"ל ל"ש מתנה בפסח ות' דע"כ אין זה אלא חומרא גבי חמץ דבכ"מ קי"ל מתנה עמ"ל שמה מתנה וא"כ די בחומרא זו גבי חמץ ולא להוסיף עליה לדמות מילתא אחריתי ע"כ וכ"כ בש"ע א"ח סי' תמ"ח עיין במ"א סק"ה וח"י סקי"ו נראה שהבינו ולא להוסיף וכו' שכתב הוא למעוטי שאר איסורין ולעד"ן לשונו לא מוכח כן אלא למעוטי שלא נוסף חומרא אחרת בחמץ) ומינה לע"ז דחמירא דמתנה עמ"ל ל"ש מתנה ובפרט לפמ"ש הרדב"ז ז"ל הבי"ד המ"א שם דטעם האיסור בחמץ משום שאם לא יקיים תנאו נמצא שעבר על לא יראה למפרע ע"ש ומינה לנד"ז שאם לא יחזיר הבית למפרע יעבור על לתתא"ב והגם כי המ"א ז"ל השיב על דבריו עיין להח"י שתמה עליו וגם המ"א ז"ל מודה בחמץ משום חומרא ומינה כ"ש הוא לענין ע"ז.

ובזה אין מקום להתיר הכא מטעם הנז'. גם מה שרצה הצפ"ב שם סוף התשו' לסייע היתרו באופן שיתנה עם הגוי שלא יכניס לשם ע"ז וכתב דבשכירות דירה אמרינן ליה וציית ע"ש.

אחה"ר הנה מור"ם סי' רמ"ו כתב אבל לא מהני תנאה עם הגוי שתנוח בשבת שאינו נאמן ע"ש ולא מצינו דסמכינן עלויה אלא היכא דמרתת כמ"ש בא"ח סי' ש"ה סכ"ה. והנה ראיתי לראש"ל בסו"ס שמחה לאיש ז"ל שהתיר למושבות בשנת השביעית למכור או ליתן המושבות לגוי מכירם שיודעים שיחזיר להם אח"כ מהך דהת"ה ז"ל והעדוב"י סי' קי"ו חיזק דין זה מהירוש' וכו' והרגיש מאיסור חניה בקרקע וכתב ובוזה אנו ניצולים מאיסור חנייה כאשר המשכיל יבין שזה הגוי ישמור המושבות ולא יגע בהם כלל רק לעת שידרוש ממנו האדון להחזיר הוא מוכן להחזיר בלי מגרעת ע"כ ואנכי לא זכיתי להבין איך ניצולנו מאיסור חנייה אי משום דלא הוי רק מכר להתיר איסור.

כבר הוכחתי היפך זה. ואי משום דסופו לחזור לא הוי מכר גם בזה הוכחתי דאסור מלת"ח ואי משום שלא חיסר כלום מהקרקע עדיין לא שמענו האיסור מכר מחובר יוכיח ההיפך ועיין למעשה אברהם יו"ד סי' ל"ו שנסתפק במוכר קרקע לגוי רק לפירות והביא ממלאכת הקדש ס' ואתחנן ד"ה לא תחנם דג"ז אסור.

וכתב דהוא אליבא דמ"ד ק"פ לאו כקה"ג דמי הכא דפירי קנויים לו עולמית כקה"ג דמי ע"כ באופן דעד עתה לא מצאתי היתר שפוי בשכי' דירה בא"י: וחשבתי למשפט ללמוד מענייני שבת אופן המתיר גם בא"י אפ"ל לסוברים דהוי דאורייתא ממ"ש הב"י בס"י רמ"ה ששאלו לרש"י על השוכרים שוורים לגוי וחורש בהם בשבת ויש מתירים אם הגוי קבל עליו אחריות מיתה וגנבה ויוקרא וזולא כי עתה הם עליו נצ"ב ויש אוסרים כיון שאין הנכרי יכול למוכרה וכו' וכן בסוס"י רמ"ה הביא מח' זו וכתב שדעת ריצב"א שמתיר אפ"ל אין רשות ביד הגוי להוציא ונראה שאם היש' מזהיר את הנכרי שלא לעשות בה מלאכה בשבת ואם יעשה יתחייב בשבת באונסיה דשרי דאם בא לעשות מלאכה הרי קנאה להתחייב באונסיה והביא שכן הורה מהר"י בירב ז"ל אלא שהצריך לכתוב כן בעש"ג ונסתפק הב"י בזה אי עצה טובה קמ"ל הרב שלא יכחיש הגוי שהתנו כן או משום שחשש לדברי האוסרין הפקר שבינו לבין עצמו הצריך הכתיבה בעש"ג לפרסם הדבר.

ובש"ע סי' רמ"ו הביא בס"ד יש מתירין ויש אוסרין לבסוף ובס"ה גבי שותפות עם הגוי בבהמה כתב כדברי מהרי"ב ז"ל. ומור"ם הגיה ואפ"ל אם הבהמה כולה של יש' וכו' רק שיפרסם הדבר ע"ש ולפ"ז נראה דתקון זה יועיל בנ"ד להשכיר לו הבית בתנאי שלא יכניס ע"ז ואם יכניס יתחייב באחריות נפילה ושריפה ויוקר וזול דנראה דאין כאן איסור לא תחנם כיון שאינו יכול להוציא הבית מתחת"י ומשום לתתא"ב ליכא דהא אם הביא קיימא ברשותיה ואין זה ביתו של יש'.

אך ראיתי להמג"א סקט"ז כתב דעת הב"י דאם הבהמה כולה שלו לא מהני כמ"ש ס"ד (ר"ל ומ"ש בס"א אינו רק בבהמת שותפות) ורמ"א הכריע להקל ע"כ ולפי"ד דעת הב"י בנד"ד דהבית כולה של יש' לא מהני. אבל לענ"ד דברי המג"א תמוהים כי בב"י אינו מחלק כלל והרי דברי הריצב"א דמיירי בבהמת שות' כתב שדעתו כמתירים ע"ש ואם

יש לחלק מאי איריאי אולי הריצב"א לא היקל רק בבהמת שות' וכ"ר בהגהות לבוש שכתב ה"ן פליגי בבהמת השות' וצ"ע ע"כ והסתירה הנראית בש"ע דבס"ד כתב מח' ובס"ה גבי שות' התיר בסתם יש לתרץ בב' פנים הא' כמ"ש בב"י ונראה שאם היש' מזהיר שלא לעשות וכו' שרי ס"ל דזה יועיל גם לאוסרים בקבלת אחריות לחוד כיון דמלבד קבלת אח' הזהיר ודאי גמר שאם יעבור על תנאו תהיה שלו.

ולכן בס"ד שלא הזכיר האזהרה הביא מח' אבל בס"ה אתא לאשמועי' דאם הזהיר שרי לכ"ע הב' דיש להעיר בש"ע דהוא פסק הלכה מדוע הזכיר שיעלה בעש"ג כמהרי"ב דאי לעצה טובה אין כאן מקומו רק לפסוק הלכות ואי לצאת דעת האוסרים בהפקר שבינו לבין עצמו וכמ"ש המג"א סקט"ו יהיה זה סותר למ"ש בס"ג דהפקר בינו לבין עצמו סגי.

ונראה דבש"ע הבין כונה אחרת בדברי מהרי"ב דס"ל נהי דקבלת אחריות מתרת מ"מ חיישינן למראית העין לזה הצריך לכתוב בעש"ג שיתפרסם הדבר ולזה בס"ד שלא הזכיר הך דעש"ג לא הכריע ובס"ה הזכירה וסתם להתיר ולפ"ז אין שינוי לב"י בין בהמת שות' לכולה שלו כל שמזהיר בתחילה ומתנה בק' אחריות בעש"ג סגי וה"ה לדידן בנד"ז: אלא דלכאורה ק' על עיקר היסוד דק' האחריות מוציאה מרשות בעלים מהך דסי' ת"מ גבי ישר' שהפקיד חמצו אצל יש' או אצל גוי דהטוב"י הביאו מח' בזה דלהרמב"ן והר"ן והרשב"א אין המפקיד עובר עליו ולר"י והרא"ש ז"ל עובר וטעם הראשונים משום דתניא במכילתא מה ביתך ברשותך אף גבולך ברשותך יצא חמצו של יש' ברשות נכרי וכו' אבל ר"י והרא"ש ס"ל דמ"מ עיקר הממון דיש' הוא והנפקד השאילו ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו וההיא דמכילתא בנכרי שהלוה ליש' על חמצו היא ע"ש והשתא ל"מ לדעת הרא"ש אלא אפי' להרמב"ן לולא היקשא דגבול לבית לא הוה ק' אחריות מפקא מרשות בעלים דאי מפקא ודגוי הוי אפי' אם הוא בבית יש' ולא קבל עליו אחריות שרי וכמ"ש בפסחים ד"ה במקבל פקדון מגוי בלי אחריות שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים ע"ש אם לא דטעמם ודאי דוקא משום היקשא אשמועי' דק' אחריות מבית הגוי מקצת שלא ברשותו איכא ועיי' לשאגת אריה סי' פ"ג שכתב לדעת הרמב"ן דגם בלי ק' אחריות רק שהוא בבית הגוי אין יש' חייב בביעור מה"ת (יש' לפלפל בדב"ק רק אכמ"ל) ולפי מונח זה יתורץ עליהם מ"ש הפנים מאירות ח"ב סי' ק"ס להביא ראייה להרא"ש ז"ל נגדם מסנהדרין דקי"ב דפקדונות עיר אחרת ואיתנהו בעיר הנדחת מותרים ופריך פשיטא לאו שללה הוא ותל' ל"צ דקבל הנפקד אחריות מ"ד כדידיה הוי קמ"ל ע"כ דמשמע בק' אחריות ל"מ מרשות בעלים ולפי"ה ניחא דאנה"ן רק גבי חמץ חידוש הוא שחידשה תורה מהיקש הנז'.

(ולכא לאקשווי ע"ז מפסחים ד"ה אמ"ל רבא לבני מחוזא בעירו חמרא דבי חילא מבתייכו דכיון דאילו מגניב ומתביד ברשותייכו קיימי ובעיתו לשלומי כדילכון דמי ואסיר וכו' דנראה דחייב תשלומין משוי ליה דידיהו. דליתא כי המעיין ברש"י ד"ה הואיל יראה דר"ש גופיה דחשיב לגורם לממון כממון דמי אינו מחשיבו ממון דמקבל אחריות רק אחר שנגנב וכו' אבל מקמי הכי לא וא"כ רבא דהחמיר לבני מחוזא גם בעודו קיים אינו רק מטעם הואיל ואילו נגנב וכו' ופריך הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי

י"ל הואיל אבל למ"ד לאו כממון ופטור גם אם נגנב מה הואיל שייך ומת' משום דכתי' לא ימצא החמרנו לומר הואיל ולל"ב קאמר דאיצטרי' לא ימצא למ"ד לאו כממון דמי משום דסד"א הואיל איתיה בעיניה לאו ברשותיה קמ"ל כלו' דהיא גופא אתא לאשמועינן דאע"ג דלאו ברשותי' אמרינן הואיל ודוק) אבל בכל התו' קבלת אחריות לא מפקא מרשות בעלים וא"כ מדוע בשכי' בהמה בשבת אמרינן דמפקא מרשותו.

ובפרט דבש"ע ק' הלכתא אהלכתא דבסי' רמ"ו פסק דמפקא ובחמץ פסק בסי' ת"מ כהרא"ש וראיתי למהריט"ץ סי' ע"ו הק' להרב"י בה' שבת דלפי"ד ק' אמאי המשאיל בהמתו לגוי בשבת חייב עליה והלא שואל חייב באונסין וחייב אונסין מפיק מרשות בעלים והגם דלחי' המג"א ז"ל דלא היקל מרן בש"ע רק בבהמת שותפות לא ק' כל זה ועיין ביא"ה שם שתי' מעצמו קו' מהריט"ץ כן.

אבל מלבד מה שהוכחתי לעי' דלא משמע כן בב"י עוד יקשה ע"ז למור"ם שהשוה בשבת בהמת שות' לכולה שלו. מדוע בה' חמץ לא הגיה על מרן דק' האחריות מפקא מרשותיה.

ועם היות דג"ז יתיישב לפמ"ש אני ההדיוט דאין דעת מר"ן ומור"ם להקל רק באזהרה לגוי שלא יעשה מלאכה או בפרסום בעש"ג ולכן בחמץ דליתנהו להני החמירו אבל מה נענה לאותם המתירים שם רק בקבלת אחריות לבדו ובהיותי עסוק בזה ראיתי להרב יאודה עייאש סי' ע"ג הק' מאי שנא בחמץ של גוי שקבל עליו ישר' אחריות דקרינן ביה שלך מטעם הואיל ואילו מגנב וכו' ואתרוג אפי' בשאלה דחייב באונסין לא קרינן ביה לכם ותי' משם מהרש"ק ז"ל דבכל ד' שומרים איכא שני צדדים צד אחד מט' חיוב התשלומין מיקרי שלו אבל כל זמן שלא נגנב ברשותיה דמריה קאי וגבי חמץ אזלינן לחומ' משום חיוב התשלומין ובאתרוג אזלינן לחומרא כיון שעדיין לא נאנס.

(מהרי"ט בס' ווי העמודים קכ"ד דקי"ד תמה עליו ממ"ש התו' בפסחים דס"ב ד"ה ב"י לרב חסדא דלית ליה הואיל לקולא רק לחומרא וז"ל נראה דר"ח לא פסק רק מדרבנן דמדאורייתא ל"ש לחלק בין חומרא לקולא ומדאורייתא ל"א הואיל כלל אפי' לחומ' ע"ש ולע"ד אין כאן תימה דלכאורה דברי התוס' סותרים למ"ש בפסחים דמ"ו ד"ה הואיל שהק' לר"א דגזר לא יקרא שם לחלה דידיה עד שתאפה כדי שלא ישהנה ותחמיץ ועובר עליה בב"י מטעם הואיל ואי מתשיל עלה דידיה הויא אמאי לא התיר לאפותה גם אחר קריאת שם הואיל ואי בעי מתשיל וכו' ותי' דכיון דהך הואיל לא שכיח ל"א להתיר ע"ש והשתא הנה לר"א ודאי דס"ל שאם תחמיץ עובר עליה מה"ת מטעם הואיל וכמ"ש בר פלוגתיה לא זהו חמץ שמוזהרין עליו בב"י ש"מ דלדידיה מוזהרין עליו הרי דס"ל דמה"ת אמרינן הואיל ועכ"ז ס"ל דלהקל ל"א ומוכרח לתרץ דל"א כן בדס"ב רק לר"ח דלית ליה הואיל רק מדרבנן וס"ל להחמיר ולא להקל וכ"מ מראייתם שם אבל לרבה דס"ל הואיל מדאורייתא שפיר יש לחלק בין חומרא לקולא כדברי מהרש"ק ז"ל ואי קשייא הא קשייא דבאמת ל"א לרבה דקי"ל כוותיה הא אמר הואיל גם לקולא כגון האופה מיו"ט לחול ע"ש ואין לומר דשאניאתרוג דהואיל דידיה אילו מגנב וכו' חייב הוי הואיל דמחוסר מעשה דא"כ מ"ט דחמץ הא מפורש התם בדס"ב דלרבה במידי דמחוסר מעשה ל"א הואיל אפי' לחומרא.



ואולי דהואיל דאילו מגנב הו"ל הואיל דלא שכיח וכבר כתבו התו' בדמ"ו דהואיל דלא שכיח אמרי' לחומרא ולא לקולא. רק מדברי רשב"א שם ד"ה הואיל נראה דפליג בזה כי הוא הק' אמאי אין יוצאין במצת מעשר שני מט' הואיל ואי בעי מתשיל ואי ס"ל דהואיל דלא שכיח ל"א לקולא הנה התו' כתבו דהאי הואיל ל"ש ומאי קו' רק אם נאמר דאנה"ן מודה הוא דהואיל דל"ש ל"א לקולא ורק ס"ל דהואיל דמתשי' שכיח הוא ואפ' דמטע"ז הוסיף להק' שם מחמץ של גבוה אמאי אינו עובר עליו מטעם הואיל ואי בעי מתשיל.

ר"ל דאפי' לדעת התו' דל"א הואיל דל"ש ואי בעי מתשיל ל"ש מ"מ מודים דאמרי' לחומרא וגם אם ימצאו תי' להך דמצת מע"ש אכתי ק"ל מחמץ של גבוה אם לא דהאי הואיל שכיח הוא ורק מטעם אחר ל"א ליה משום דכתי' בהו קדש לה'. אבל אי הוה מודה רשב"א ז"ל דהאי הואיל ל"ש יסבור כדעת התו' דלחומ' אמרי' ולא לקולא וניחא על מהרש"ק ז"ל) והרב"י ז"ל דידיה תי' דל"מ לסוברים בחמץ של גוי שביד ישראל דאינו חייב בביעור רק מדרבנן דאין כאן קו' אלא אפי' לסוברים דחייב מה"ת שאני חמץ שהחמירה בו תורה בב"י ובי"מ דבכל דהו מיקרי שלו משא"כ בשאר איסורין ע"כ (שם מהרי"ט הק' ע"ז מאי מקשה רשב"א ממצת מע"ש נימא שאני חמץ ולפמש"ל בסוגר דחזוק קו' היא מכח חמץ דגבוה ניחא) והנה ראיתי למהרי"ט ז"ל בס' ווי העמודים שם כתב דלתי' הבנ"י ניחא דלא החמרנו בפקדונות שהיו בעיר הנדחת דדוקא בחמץ יש להחמיר אבל למהרש"ק הי"ל להחמיר גם בפקדונות מטעם הואיל.

והוא ז"ל חילק מדיליה באו"א כי בכל דבר דכתיב לכם קנין הגוף משמע ולא קנין אחריות רק חמץ שאני דאתרבאי קבלת אחריות מלא ימצא והרב פנ"י הי"ו בח"א סי' ז' הבי"ד וקלסיה וכתב דזה ש"ס ערוך הוא בפסחים ד"ה וכתב דבזה ניחא הך דפקדונות וגם הך שכתבו הבאה"מ וזית רענן לפרש מ"ש בת"כ את כספך לא תתן לו בנשך כספך ולא כסף אחרים דמיירי בכסף של גוי שהפקידו ביד יש' וקבל עליו אחריות ואפי"ה שרי להלוותו ברבית ע"ש ואחה"ר מלבד דהמעיינן בפסחים יראה דלא איצטריך להו לא ימצא אלא למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי אבל למ"ד כממון דמי אמרו בפשיטות הניחא למ"ד כממון דמי משום דפשיט"ל דבעלמא נמי אמרי' הואיל וכבר פי' הסוגי'א לעי' עד"ז.

עוד בה אנכי לא ידעתי מה יענו למאי דקאמר הש"ס בפסחים דס"ב דפסל ר"ח קרבן פסח מטעם הואיל ומ"ע א"כ לא נאמר כן ברבית ופקדונות דעיר הנדחת ובשלמא הא דתנן יש' ששכר פרה מכהן יאכילנה כרשיני תרומה. אע"ג דהואיל ואי מתברא חייב בה כדידיה דמייא והו"ל גזלן באותה תרומה ניחא אי מטעם התו' משום דכהן הוא שחייב במזונותיה או מטעם רש"י דכיון דאית ליה טובת הנאה באותה תרומה ויכול ליתנה לבעל הפרה איהו ניח"ל להאכילה לבהמתו אבל רבית ופקדונות קשייא.

ולעד"ן לתרץ דנהי דבכה"ת אמרינן הואיל שאני פקדונות שראינו התורה חסה על ממון ישר' והקילה בשריפת נכסי עיה"נ כמ"ש בסנהדרין ואת כל שללה תקבוץ. לרבות נכסי רשעים שבחו"ל אר"ח ובנקבצין לתוכה.

ול"מ להרמב"ם דס"ל בזה דוקא אם בעת הדחתה כבר נקבצו לתוכה אז יאבדו משא"כ בהיו סמוכים לה אלא אפי' לרש"י דס"ל בסמוכים אם יכולים ליקבץ לתוכה ביום השרפה יאבדו עכ"ז אתי במכ"ש דל"א הואיל דהשתא ומה נכסי רשעים ורק הם חוצה לה ל"א הואיל ואילו היו בתוכה היו נשרפין השתא נמי נשריפנהו והתירתן תורה מתקבוץ נכסי אחרים המופקדים לא כ"ש דל"א הואיל.

והך נמי דרבית מיעטיה קרא מאת כספך ולא כסף אחרים למימר דל"א הואיל דאל"ה למאי אתא אי מיירי בדלא קביל אחריות למימר דאינו שלו פשיטא וגם בקבל אחריות הא קי"ל דאין זה מוציא מרשות בעלים ופשיטא אלא לומר דל"א הואיל סו"ד המורם מכל הנז' דקבלת אחריות לא מפקא מרשות בעלים וגם הואיל דאילו מגנב וכו' כיון דלא שכיח הוא ל"א ליה לקולא.

וא"כ מה טעם דהמתירים שכי' בהמה בשבת בקבלת אחריות: ואשר אני אחזה בישוב קו' זאת עפ"י מה שדקדקתי בדברי המתירים שהביא הב"י שכתב ויש מתירים אם הנכרי קבל עליו אחריות מיתה וכו' ויוקרא וזולא כי עתה הם עליו נצ"ב ע"כ ומשמע לי דגם הם ז"ל לא הספיק להם להוציאה מרשות בעלים בק' אחריות לבד אלא בק' יוקר וזול דהיינו שיקבל עליו הגוי שאם הוקרה או הוזלה מדמים שיקצוב לו בעת קבלתה ישלם הפחת ואם הותירו הותירו לו דבזה דידיה הוייא הגם שאין לו רשות להוציאה וטעם האוסרין אינו רק משום דשמא דמרה עלה יש לחוש למראית העין לפיכך תקנו זאת מרן ורבו שיפרסם הדבר בעש"ג וראיה לזה דיוקו"ז מפיק מרשות בעלים מדתנן בבכורות דט"ז המקבל צאן ברזל מן הנכרי ולדותיהן פטורים מן הבכורה פירש"י ששם לו הנכרי בהמותיו בדמים קצובים לתת לו ליו"ד שנים וכו' והוולדות שיהיו עד אותו זמן יהיו ביניהם ע"כ ופריך הש"ס למימרא דכיון דלא קבל מרה זוזא ברשותיה קיימא ורמינהי אין מקבלין צ"ב מיש' מפני שהן רבית אלמא ברשותא דמקבל קיימא פירש"י דמקבל הוא דאיחייב והוולדות דמשלם בשכר המתנת מעות יהיב דאל"ה אמאי רבית הא ברשות מרה אשבח ע"כ ותי' אמר אביי ל"ק הא דקביל עליה מרה אונסא וזולא (ר"ל לפיכך פטורים מהבכורה) הא דלא קביל עליה אונסא וזולא אמ"ל רבא אי דקביל עליה נכרי יוקו"ז צאן ברזל קרית להו וכו' ע"ש דמשמע דהעיקר תלוי בקבלת יוקו"ז והתם בגוי משום דיוקו"ז עליה פטורים מהבכורה וברבית משום דיוקו"ז על המקבל דידיה הוו ומעות הלואה גביה לזה הו"ל אגר נטר.

ועיין כ"ז מפו' ביו"ד סי' קע"ז וכן בטור שם סי' קע"ג כתב וכן מותר להקדים מעות על חבית יין ולהתנות עם המוכר שאם יוזל או יתיקר עד זמן המכיל יהיה ברשות לוקח ואם יחמיץ ברשות מוכר ואין חילוק בין מושכו לרשותו או מניחו אבל אם לא קבל הלוקח אחריות הזול אסור אפי' אם מושכו לרשותו וכ"פ בש"ע שם.

הרי פשוט דהכל תלוי בק' יוקו"ז דהיא מחשבא ליה כדידיה ואעפ"י שלא משך לא הוי אבק"ר משום קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד משא"כ להיפך. וגדולה מזו כתב הטור בסי' קע"ו וז"ל מותר להשכיר כלי ולקצוץ דמיו ולהתנות שאם ישבר באונס שישלם לו דמיו ואעפ"י שכיון ששם אותו בדמים ונתחייב באונסין הרי הדמים בהלואה אצלו והשכר שנותן מיחזי כרבית אפי"ה שרי כיון שאינו מתחייב בדמיו אא"כ ישבר וכ"ז שהוא בעין

הוא מחזירו כמות שהוא ועד שעת שבירה הוא ברשות בעלים לזולא וגם הוא נפחת נמצא שעד עתה הוא אצלו בתורת שכי' וכו' וע"ש בב"י מקור הדברים ממ"ש רב בב"מ דס"ט ספינתא אגרא ופגרא ובש"ס דימו זה למאי דתניא אעפ"י שאמרו אין מקבלין צ"ב מיש' אבל אמרו השם פרה מחבירו ואמ"ל פרתך עשויה עלי בל' דינרים ואני אעלה לך סלע אחד בחדש מותר לפי שלא עשאה דמים אלא לאחר מיתה ופירש"י ואין זה רבית כדמפרש דלא קביל עליה זולא דמחיים ולא מלוה היא וגבי ספינה נמי לא קביל עליה זולא ע"ש הרי מפורש דאפי' קבלת זולא דלאח"מ לא מפקא מרשות בעלים אלא קבלת יוקו"ז דמחיים והגם דמהטור וכן התו' בב"מ ד"ע ד"ה דקא נראה דגם בהיות יוקו"ז על הנותן לא הותר לו לקחת רק כשהכלי נפחת אצל המקבל לאו משום דס"ל דקבלת אחריות לחוד מוקמא בידא דמקבל אלא משום החידוש שחידשו חז"ל גבי רבית דקרוב לשכר ורחוק מהפסד רשע וזה מדוקדק בדברי התו' שם למבין (אין לתמוה על התו' דמהך דשם פרה מחבירו נראה דהגם שלא נפחת מדמיה שרי דומיא דמקבל צ"ב דכבר כתב הטור בדי"ז לפי שהיא ברשות בעלים עד שעת מיתה וגם נכחשת כלו' דמיירי בשם אותה לעבוד בה ונכחשת בעבודה ועיין בב"י שכתב שהטור נתכוון בזה לדברי התו' והוא פלא על הש"ך סק"ה שהביא עצות מרחוק דברי ה"ה פ"ח מה"מ לחלק בין שם פרה למקבל נצ"ב ולא זכר שהטור כתב זאת) אך זאת ק"ל בהך דספינה ושם פרה דנהי דלא קבל יוקו"ז דמחיים רק פגרא דלאח"מ אמאי לא נחמיר ברבית משום הואיל ומתה או נשברה חייב קמה ליה ברשותיה וביותר תימה דבב"מ דר"ע אמר ונהגו בני כופרא אגרא בשעת משיכה ופגרא בשעת שבירה ומק' הש"ס אטו במנהגא תליא מילתא פירש"י היכי שבקינן להו לקבל שכר הואיל וסופו לקנותה ומשני משום דמתניתא תניא דמותר נהוג מנהגא ע"ש והשתא ק' כיון דכח הקו' משום הואיל היא גופה תיקשי למתניתא וי"ל עפ"י מ"ש התו' בפסחים דמ"ו ע"ב ד"ה רבה אמר שהק' וא"ת אי אמרינן הואיל א"כ בטלת כל מלאכת שבת הואיל וראוי לחולה שיש בו סכנה ות' דכיון דלא שכיח כלל ל"א הואיל ע"כ (מש"ל לתרץ בעד מהרש"ק שחי' דל"א הואיל רק לחומרא אינו מציל נגד התו' הללו דודאי הו' תיובתיה דאין לך קולא יותר מזו לבטל מלאכות שבת מכח הואיל לולא דל"ש כלל וק"ל) הנה בדל"ש כלל ל"א הואיל ומיתה לא שכיחא ופגרא נמי ל"ש כלל.

אך עוד היום ק"ל בהך דמקדים על חבית יין דקבל המוכר אחריות חומץ ועכ"ז מותר משום דלוקח קבל יוקו"ז ואמאי ל"א הואיל ואם החמיץ לחומרא והגם שהיה אפי' לתרץ זאת משום שלפעמים גם החומץ שוה כיון וגם אם תחמיץ תהיה ברשות לוקח דמאי איכפת ליה ולא תקום ברשות מוכר רק אם יהיה בזול והו"ל תרי הואיל חד הואיל אם תחמיץ והב' הואיל שהחומץ לא ישוה כיון ובפסחים דל"ח בעי הש"ס אי אמרינן תרי הואיל או לא וע"ש בדמ"ו תו' ד"ה הואיל קמא שכתב רשב"א בפשיטות דתרי הואיל ל"א.

מ"מ בתו' דב"מ דס"ד ד"ה אי תקפה יראה משם דמפרשים תקפה לאו היינו חימוץ אלא קלקול ע"ש וזה קשה לומר שהיין המקולקל ישוה כמשובח (ע"ש סוה"ד כתבו דחמוץ שכיח) והדר הו"ל הואיל חד ואמאי ל"א וכן קשה בהך דמקבל צ"ב דגנבה ואבדה הוי שכיח ול"ש ואמאי ל"א הואיל ואילו מגנב לחומרא וצ"י: הא מיהא אשכחנא פתרי

למתירים שכי' בהמה בשבת דהיינו בקבלת יוקו"ז דבזה נפקא מרשות בעלים ואפ' דגם המג"א ז"ל לא חילק בין בהמת שותפות לכולה שלו רק מפני שהבין דמיירי בק' אחריות סתם אבל בק' יוקו"ז גם הוא ז"ל יודה דל"ש ולכאורה מזה יש לדון דאם כה יעשה בנ"ד אין בזה משום לתתא"ב אבל מ"מ הגם דאין הגוי זוכה בה לגמרי עוד לבי מהסס אם יספיק זה להוציא מאיסור לא תחנם לכן לא אהיה נחפז להתיר מטע"ז: והנה ראיתי להרה"ג פנ"י הי"ו שם בפסקו הביא להתיר מכח שפשט המנהג כמתירים והרב ד"ד העיד על א"י ומנהג מבטל ובפרט באיסור דרבנן כמו שהארכתי במ"א והעיד שראה מעשה ששכרו כת הפורטיסטאן מאת יאודים בעה"ק ירושת"ו וגם בסוריא בפני כמה רבנים ולא מיחו בידם הגם שמכניסין ע"ז לבתיהם וכו' עכתד"ק ואני הפעוט אחה"ר מכת"ר לא מלאני לבי להקל מכח זה דאחזד הרואה כמה דיות נשתפכו בענין המנהג ותמצית הדברים עיין לכנה"ג ח"מ סי' ר"א בהגה"ט ובשיירי ליו"ד סי' רי"ד הגה"ט ועיין להרב משאת משה ח"ג ביו"ד סי' ד' על היתר עלי הגפנים שהרב מהר"י זיין ז"ל תקע יסודו בזה על התפשטות המנהג להתיר והמ"מ שם סי' ה' חלק עליו וכתב דל"א מהריק"ו רק ביש מח' ונהוג כחד ולא באיסור מוסכם והרב ב"ד של שלמה יו"ד סי' י"ט עמד על דבריהם והאריך בדברי הפוס' ובדפ"ז ע"ד כתב סו"ד דמנהג שיש בו איסור תורה לא אזלינן בתריה כלל ומנהגון דרבנן אמרי אף באיסור דרבנן זולתמהריק"ו ודחו דבריו וגם הוא ל"א אלא היכא שיש לו ראייה מה"ת ומי הוא זה אשר ערב אל לבו להחזיק במנהג שיש בו עבירה אפי' מדרבנן וכ"ש באיסור תורה וכ"ז כתבתי לדעתם דנגעו בה מתורת מנהג אמנם כבר כתבתי דל"ש הכא מנהג דמה שהיו אוכלים הוא מחסרון ידיעה וכו' ואין לא ראינו ראייה ע"ש ומכ"ז הייתי נבוך בדברי הרב הי"ו עד שמצאתי דברי חפ"ץ שרמז למ"א וגם בח"א סי' ז' לענין ישראל המלוה מהעכו"ם ליש' חבירו שהביא שם דברי הבאר המים שהתיר מכח התפשטות המנהג בכל תפוצות ישראל ובזה ניצולין אנו ממח' הפוס' דבעו שיהיה המנהג עפ"י וותיקין דהתפשטותו הוא העד שהיה עפ"י וותיקין וכו' וסיים אשר בדבריו דהבאה"מ ניצולנו ממ"ש הריב"ש סי' רנ"ו דדברים האסורים בלי מח' ונהגו בהם היתר כי לא ידעו מנהג טעות הוא וגם החיד"א בשיו"ב א"ח סי' תנ"ו כתב דמנהגים שנתפשטו מדלת העם אין ראייה מהם גם החק"ל בס' סמיכה לחיים דכ"ג ע"א כ' אין לנו להתיר רק במנהג שנתפשט בימי הראשונים אבל בדורותינו שנתמעטו הלבבות וכו' אם ראינו המנהג להתיר ובאנו לומר שידעו בו חכמי הדור ולא מיחו ורבו האוסרים אין לנו לומר אלא שלא נגלו להם כל דעותיהם וחשבו שרבו המתירים ועל הכל אם אין המנהג ברוב בני העיר אלא ביחידים מנ"ל שידעו בהם והחזיק בזה בר ברתייה בס' חקק"ל ח"א יו"ד סי' ט"ל ומ' וא"ח סי' ו' ובסמ"ל יו"ד סי' ה' דל"ה ע"ש דמדברי באה"מ יצאנו י"ח שהתפשטות המנהג בכל גבול יש' הוא עד דהוא עפ"י וותיקין והאריך לתת טעם לסמוך על המנהג אפי' נגד מרן וכו' זתד"ק.

ונראה דלזה ודאי רמז מני"ר. אך לישרי לן מר דמלבד שאנכי הרואה שיש לפקפק מדברי הפוס' על יסוד באה"מ ז"ל (רק אינו בידי) עוד בה איך יצאנו בדבריו י"ח החק"ל ז"ל שכתב דהאידינא אין ראייה ממה שלא מיחו חכמי הדורות וכו' והרי כל כח הבאה"מ מהתפשטות המנהג והשתא אין שם התפשטות לדברי החק"ל ז"ל ואפי' לדברי הבאה"מ אין ראייה מהתפשטות חו"ל לא"י בנד"ד דהתם רוב מתירים והכא רוב אוסרים ואי

משום ההתפשטות בא"י גופה הרי הבאה"מ בעי ההתפשטות בכל תפוצות יש' ובפרט כמה יראים נזהרים גם היום והרי לפנינו שבאו לישאל ובפרט לפמ"ש דרבים סוברים דיש בזה איסור מה"ת וגם הבאה"מ ל"א והרי במ"מ ז"ל יראה מהשאלה דהיתר העלים פשט בכל גבול יש' ועכ"ז החמירו הוא וב"ד ש"ש ז"ל ודלא כהבאה"מ ז"ל באופן דגם בזה לא מצאתי עמוד חזק לסמוך.

והגם דבמ"א כתבתי דנראה ממרן בבד"ה ליו"ד סי' קע"ג שהביא מח' הפוס' בטרשא דר"ן ומכת המתירים הוא הרא"ש ומכת האוסרים הרי"ף והרמב"ם וכתב ולענין הלכה פשט המנהג להתיר והלך אחר המנהג כ"ש שהוא להקל בדרבנן ע"כ דס"ל לילך אחר המנהג במידי דפלוגתא אפי' באיסור תורה ממש כ"ש שהוא להקל וכו' ואפי' יהיה נגד ההלכה ממה שפסק כהרא"ש ושבק כללו לפסוק כשני עמודי ההוראה ע"ש וא"כ אנן כוותיה דמרן ניעביד מ"מ עדין לבי קוהה עלי אולי ל"א ז"ל רק בידוע שנתפשט המנהג קודם החכם האוסר או דוקא בנתפשט בכל תפוצות יש' והתם הוה קאים ליה למר הכי ואיך נילף לנ"ד: באופן דהרואה עיניו יחזו כמה נתלבטתי למצוא ההיתר בזה בשופי ולא עלתה בידי זולת אם יפקיר המשכיר ביתו באפי תלתא לכל ימי השכירות תעלה לו ארוכה מכח ס"ס בשופי והוא כי הנה הב"י בא"ח סי' רמ"ו הביא מהתו' והרא"ש והמרדכי ורי"ו וסמ"ג והטור דהפקר באפי תלתא סגי אפי' לכתחילה רק רצה לדקדק מהמרדכי דל"מ וכתב דיש לדחות והשתא הנה י"ל ספק דהשתא דאין מכניסין בקבע שרי אפי' בא"י כמ"ש הד"ד ז"ל והבאתי דזה יועיל אפי' אי הוי איסור מדאורייתא דלא כהרא"ש ואת"ל דבדאורייתא אין לחלק שמא השתא דהפקיר באפי תלתא מהני דלא הוי ביתו ומתהפך דילמא הפקר מהני ואת"ל דל"מ מ"מ הרי הכא אין מכניסין בקבע וגם לצאת ידי חובת רבינוברוך דמחמיר בס"ס דפד"ר יש לצרף ס' שלישי אולי כשפשט המנהג כחכם המתיר מהני וכמ"ש הב"ד ש"ש שם משם מהר"י שטיין ז"ל וכתבנו דזהו פשט דברי מרן בבד"ה ויש להביא ראיה לזה מהך דפריך הש"ס בב"מ ד"ע אטו במנהגא תליא מילתא ומתרץ משום דמתניתא תניא ועיין בדברי המפז"ל בש"ע דמדברי כולם נראה כשיש ערעור על המנהג ומצאנו שיש לו ע"מ לסמוך דאזלינן בתריה.

והגם כי מצאנו להרא"ם ח"א סי' כ"ה החמיר שאין להתיר מכח ס"ס לכתחילה וכן בתוספותיו על הסמ"ג גבי טומטום אינו מוציא לא את מינו ולא את שאינו מינו. כתב כן וסיים ולפי"ז אפי' ס"ס נמי דרבנן לכתחילה לא ע"ש הנה הפר"ח בסי' ק"י כללי ס"ס או"ד כתב ע"ד ולא נהירא דבכל דוכתא מקילינן בחד ספקא דרבנן ובתרי ס' דאורייתא ואפי' לכתחילה וכ"כ הרשב"א סי' תצ"ז גם הרב מהר"י הלוי ז"ל כלל ד סי' כ"ב תמה ע"ד הרא"ם והביא ראיות נגדו וסתר דוכתי דמוכחי כוותיה וכתב שמהריב"ל ח"א כ"א סי' ז' הורה הלכה למעשה להתיר לכתחילה ומהרשד"ם באה"ע סי' ל"ג כתב שכן דעת התו' אך תמה עליו בסוף התשו' כי ביו"ד סי' קי"ג נראה שסותר עצמו וסובר כהרא"ם ומהר"ל סרוואל השיב בזה דאין כונת מהרשד"ם אלא שלא לעשות ס"ס בידיים אבל כשיהיה ממילא מתיר אף לכתחילה.

ועיין להפר"ח כלל י"ח ובקצור ס"ס אומ"ו שכתב כדבריו דאין לעשות תרי ספיקי בידיים ומעתה כיון דרבנן בתראי וכן הוכיחו מקמאי נגד הרא"ם כוותיהו נקטי' וסוגיין דעלמא

הכי אזלא וגם למ"ש מהרל"ס והפר"ח דאין לעשות ס"ס בידים והכא אמרינן שיפקיר בפני ג' דהוי בידים ואזיל ליה ס' חד מ"מ פשו להו תרי ספיקי וס' רב ז"ל כבר חלקן עליה רבים ונכבדים וא"כ היא גופה הויא ס' ובפרט דיש מח' בעיקר די"ז אי הוא מה"ת או רק מדרבנן אפי' דיודה גם הוא בזה.

גם מ"ש הרב סדר אליה רבה וזוטא שע"א דמ"ז לתרין בעד הרא"ם דגם הוא ל"א רק באפשר לתקן בלא ס"ס ותמה על מהרי"ל אמאי לא הבין את זאת ע"ש ונראה להחמיר בנ"ד מכח זה מ"מ אם אי אפשר למצוא יאודים או שימצא גוי ביותר נראה דאי אפשר קרינן ביה. זהו מה שעלתה מצודתי בענין זה רק מכח ס"ס ואודות היתר לישמעאלים כבר הורה זקן בס' מזבח אדמה חיו"ד סי' קכ"א ההיתר בשופי ועיין בס' כפו"פ ד"מ ומשם באר'ה.

והיה רצוני לעמוד במאן דבעי למהוי חסידא שלא להתיר מכח ס"ס אי אריך או הוי בכלל הפטור מן הדבר ועושהו נק' הדיוט כיון דעיקר היתר ס"ס הוא משום דאזלינן בת"ר או עדיף מרובא כמ"ש הרשב"א סי' ת"א ובכללי הס"ס לש"ך ופר"ח וחק"ל ח"א ליו"ד סי' ק"י וקי"א אך ראיתי שדב"ז נוגע להך דאל ישנה אדם מפני המחלוקת היא ותנאיה וכבר הארכתי בזה במ"א קחנו משם.

ואין לכפול הדברים. ע"כ משלי ורו"מ יברר הדבר גם מפי אחרים ועליו תבא ברכת טוב: סימן ח"י נשאלתי בשני שותפים קצבים בשני חנויות אחד מוכר טרפה וחלק התחתון בכשרה והשני מוכר חלק העליון בכשרה.

ואירע אבל למוכר הטרפה וכו' ויום חמישי שבו נמכר הכשר לרבים לצורך שב"ק הוא יום שלישי לאבלו האם יוכל השני למכור בחנותו הבשר בו ביום. והשבתי לע"ד שמותר מכמה טעמי.

א') דסוגיין דעלמא להתיר בעי"ק ת"ו לשותף לשאת ולתת אחר שלשה ימים דאבלות וסמכו על הש"ל ז"ל המיקל בזה. ועיין מ"ש הפרה"א ח"ד סופי"א מאבל דסמכו על המבי"ט ז"ל המתיר לשותף האבל לפתוח חנותו המיוחדת לו והגם דמהראנ"ח ז"ל חולק בזה מ"מ לאחר ג' ימים פסק השכנה"ג להקל.

ועיין ביו"ד סי' ש"פ ובשד"ח מע' אבלות אול"ח אסף הרבה פוס' דסו' מקצת יום ג' ככולו לענין זה. והגם דיש חו' קי"ל הלכה כמיקל באבל.

ב') מפני שהזבח לצורך שב"ק ורבים (חברים הלוקחיםבשר מהקצבים אלו) צריכים להם ועיין למהרי"ש באסאן בעל לחמי תודה סי' ז' שחלק על הט"ז ז"ל והתיר לשמש בהכנ"ס לעשות נרות וכו' בימי אבלו משום שמלאכה זו אינה אסורה ביו"ט וה"ה לאבל ועוד דבפ' מי שהפך שנינו יתר ע"כ ארשב"ג אם היה אומן לרבים וספר או בלן לרבים והגיע עת הרגל ואין שם אומן אלא הוא ה"ז יעשה וכ"פ הרמב"ן והרא"ש והראב"ד ז"ל אע"ג דהרי"ף והרמב"ם לא פסקו כן די באלו.

ואפי' הרי"ף והרמב"ם ל"פ אלא באומן ספר ובלן אבל במידי דמצוה ורבים צריכים מודו ע"ש ודון לנד"ז דרבים צריכים והבשר לסעודת מצוה. ג') מלבד זה לרווחא

דמילתא צוייתי לשותף לשלוח לשותפו האבל ע"י שני עדים שהפריד חבילת השות' ואין רצונו לתת לו ריוח מעסקו.

וזה למדתי ממ"ש בתשובה מאהבה סי' שמ"א וסי' ש"פ דמנהג פראג שהאבל השותף מסלק עצמו מהשותפות בק"ס והשותף השני מתעסק לבדו. ואע"ג דמשם נראה דזהו דוקא בזמן האנינות שנהגו כן עפ"י הפוס' דמידי דאסור באבל אינו אסור באונן (עיין בחת"ס יו"ד סי' שכ"ד שמחמיר גם כשהאונן מוכר משום דאיסורא דאבלות חל עליו ונ"ט שעושים זה רק להועיל להם לאחר ג"י וגם בזה אסיק שאין דעתו נוחה מהמיקל רק שאין למחות בכח) מ"מ הנה השב יעקב יו"ד סי' ס"ג כתב במנהג פראג כי שולח השותף לאבל ע"י שני עדים שאין רצונו להיות שותף עמו דהיינו שלא יתן לו ריוח כל משך הזמן שהוא ודי בזה ולימד עליהם זכות דכיון דיש פסידא בזה הנה קי"ל בח"מ סי' קע"ו סכ"ח דבכה"ג יכול השותף לחלוק בלי דעת חבירו ועוד כיון דאין אסור לשותף רק משום הנאת האבל והרי מתנה שלא יהנה מאי איכפת ואם משום מראית העין הא איכא תרי סהדי דמפקי לקלא ע"ש (נראה דגם החת"ס יודה בשותף מטעמים הנז' ול"כ רק לאבל שכל הסחורה שלו ואינו כ"א הערמה) ועיין בעיקרי הד"ט ליו"ד סי' ל"ו סקל"א (אן) האריך בדינים אלו ומכ"ז סמכתי והריתי להקל: חאה"ע סי' י"ט אלמנה הרה לזנונים וכשאמרו לה מה טיבו של עובר זה אמרה מאיש פ' וכשר הוא כי פיתני וטבלתי לנידתי וכאשר ילדה בת ותבעה ממנו דמי הנקה כיחש בה ונשבע להד"מ ופטררהו בדה"ץ.

ועתה האם תובעת לדעת אם בתה כשרה לבא בקהל הא לא"ה תמסרנה לגוים לזונה ותהיה נטמעת בהם: ואען ואומר כי מוצא דב"ז מקדושין דע"ד. אבא שאול היה קורא לשותקי בדוקי ופריך תנינא חדא זמנא היתה מעוברת ואמ"ל מה טיבו של עובר זה אמ"ל מאיש פ' וכהן הוא ר"ג ור"א אומרים נאמנת וכו' ואמר"י אמר שמואל הלכה כר"ג חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה ולמ"ד המכשיר בה מכשיר בבתה אבא שאול מאי אתא לאשמועי' וכו' אפי' ברוב פסולים אצלה אמר רבא ה' כאבא שאול ע"כ והכי אתמר התם דע"ו גבי ארוסה שעיברה ע"ש וכ"פ הרי"ף בסו"פ אלמנה לכ"ג והרמב"ם פט"ו מהא"ב הי"א וי"ד והטור והש"ע באה"ע סי' ד' סכ"ו ועיין בב"ש סקל"ט מ"ש בשם ה"ה והר"ן ורוב הפוס' הטעם משום דבלא דבורה היה הולד ספק וכשר דמדאורייתא כשר לבא בקהל משו"ה נאמנת וכו' ע"ש.

וא"כ בנ"ד דנבדקה האם ואמרה לכשר נבעלתי הולד כשר ואפי' ברוב פסולים אצלה דהיינו קרובים נתינים וממזרים כמ"ש. כ"ש הכא דמקום השאלה עיר שרובה נכרים היא וכבר פסק בש"ע סי' ד' דהאידינא נתבלבלו האומות וכו' וא"כ כולו דין עבד וכותי אית להו ומפו' שם בסי"ט שאם באו על בת ישראל בין פנויה בין אשת איש הולד כשר ופגום לכהונה.

ואינו נקרא ס' ממזר אלא משום דילמא אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע וכמחצה ע"מ דמי ועכ"ז הא קי"ל ס' ממזר יבא רק משום מעלה עשו ביוחסין כמ"ש כ"ז בקדושין דע"ג ע"א ומעתה למאי ניהוש לה אי משום דקי"ל בזה"ז סתם פנויה בחזקת נדה שאינן טובלות הנה שם בסי"ג מפו' בבא על הנדה שאעפ"י שהולד פגום אינו ממזר אפי' מדרבנן

ובבאה"ט סקי"א כתב דהאי פגום לאו לכהונה קאמר אלא שאין משפחתו מיוחסת וכ"כ הלבוש סוס"י וי"ו וכ"ש הכא שאמרה שטבלה לנדתה דנאמנת לסלק מעליו אותו פגם כנאמנותה להכשירו בקהל ועיין למהר"י אדרבי סי' קנ"ב אי נאמנת לסלק מעל בנה גם ש"ר שהוא בן פנויה שכתב שהיא נאמנת.

ומינה לנד"ז: אך לבי מהסס בזה כיון שהנטען מכחישה בברי ובכתובות די"ו ע"א אמרו ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא ולכן באומרת בתולה נשאתני והוא מכחיש בעי' עדים שיצתה בהינומא ע"ש וכ"פ הרמב"ם בה"א פט"ו ובש"ע אה"ע סי' צ"ו סט"ו וכ"כ הגאון בעל הפלאה על משנת מאיש פ' וכהן הוא דכשהוא מכחישה הו"ל ברי וברי ול"א ר"ג.

וכ"כ הרב פ"מ ח"ג סי' מ"ג בנדונו דנאמנת בברי להכשיר הולד אפי' ברוב פסולים מיהו ההיא מיירי בדליתיה קמן דלישייליה אבל באיתיה קמן ומכחיש הולד לפחות ס' ממזר. וכן חזר לשנות לבסוף דכיון דטוען ברי נגדה יש לשפוט ס' ממזרות בבן הלז ואין ראוי להשיאו בבת יש' ולא בממזרת כ"א גיורת ע"כ.

וכן יש ללמוד מדברי הריטב"א הבי"ד הנמק"י פ' אלמנה לכ"ג וז"ל אבל בפנויה שילדה ואמרה מפ' הוא אעפ"י שנאמנת להכשירו ליוחסין מדשמואל ואבא שאול כשהוא שותק וכו' אינה נאמנת ליורשו ע"כ. משמע דוקא כשהוא שותק נאמנת ולא במכחיש וכ"כ שם לעיל מזה גבי ארוסה שעברה שאם ארוסה מכחישה ואומר דלא מינייה אינו נאמן עליה לפוסלה אבל נאמן הוא על הבן דהא ברי וברי הוא והתורה האמינה את האב על הבן וכ"כ הרמב"ם ז"ל.

ודברי הרמב"ם הם בפט"ו מהא"ב הי"ז וע"ש במ"מ מקור הדברים מכתובות די"ג ע"ב בההוא ארוס וארוסתו דאתו לקמיה דרב יוסף וכו' וגם הר"ן הבי"ד הבי"י סי' ד' כן פי' בההיא דארוס וארוסתו וכ"כ הרא"ש בתשו' כלל ל"ב ובש"ע סכ"ז גבי ארוסה ואם אינו מודה אלא מכחישה שאינו ממנו הולד ממזר ודאי.

אשר מכ"ז יש לדון דבברי וברי הולד ממזר והגם דיש לחלק דהנך רבואתא ל"א אלא גבי ארוסה מטעם דהתו' האמינה לאב משא"כ בפנויה ודלא כמ"ש הרבנים הנז' מ"מ הרי לא חלקו הם ואולי גם בפנויה כן או לפחות יודו בפנויה דס' ממזר מיהא הוי בפרט כיון שהריטב"א והפ"מ וס' הכתובה אמרו בפ' בפנויה יש לנו לומר ילמוד סתום מהמפורש: אמנם שו"ר לעומת זה להקת הפוס' דבפנויה אעפ"י שמכחישה בלא הד"מ מ"מ הולד כשר עיין להריב"ש סי' מ"א שכתב בדכ"ד ע"ב ואעפ"י שנאמנת להכשיר הולד אינה נאמנת להוציא ממון והתם במכחישה איירי כיעו"ש וכדבריו כתב מהר"מ אלשקאר סי' פ"ב ועיין למהר"י מינץ סי' ז'.

והרב אהל יעקב בסי' מ"ט בפנויה שאמרה נתעברה מראובן והוא מכחיש ונשבע ע"ז ומת והשתוקי היה מזכיר שם ראובן בעלותו לס"ת כתב דדיה שתהא נאמנת להכשירו בקהל ולא למשדייה בתריה להיות בנו לכל דבר ובסי' נ' ונ"א ביאר יותר דנאמנת להכשירו בקהל אעפ"י שמכחיש וכן בסי' נ"ב והנמשך כל הרבנים מסכימ'ם לפתח'ו בזה.



גם בנוב"י תנינא סי' מ' העלה במכחיש דאעפ"י שהיא נאמנת להכשירו לקהל אינה נאמנת להחזיקו בבנו ודאי להיות לוי וכ"כ הגרע"א בתשו' דצ"ג ע"ב ד"ה ולכאורה ע"ש. וכן רבים ושלמים כתבו כן ילאה העט למנותם.

והדבר מבואר בת"ה סי' רס"ז על פנויה שבכרה וילדה בן ואמרה ליש' נבעלתי והוא פטור מפדיון כי היא כהנת והנטען מכחיש ואומר לגוי נבעלה בהוכחות וממילא יחייב בפדיון דבת כהן לגוי הרי היא כזרה ובנה חייב בה' סלעים כדקי"ל בפ' יש בכור ואסיק הרב דנאמנת כר"ג ואב"ש וא"ת שאנ"ה דמתכחשא מההואדקאמרה מיניה מה בכך מ"מ במה שאמרה לכשר נבעלתי לא אתכחשא ואיהו לא מהימן להכחישה אלא דלאו מיניה ולא לפסול הבן ע"כ וכ"פ מור"ם בהגה סי' ד' דפנויה שאמרה זהו בן פלוני והוא אומר מממזר נתעברה אינו נאמן והיא נאמנת להכשירו ע"ש ויש להרחיב טעם הדבר אמאי לא מהימן גם בברי עפ"י מ"ש הב"מ סי' ד' סכ"ז גבי הארוס מכחיש לארוסה דכתב הש"ע הולד ממזר והאשה אינה בחזקת זונה שהק' היש"ש בפ"ז דיבמות סי' י"א ע"ז דהא בברי וברי מודה ר"ג ותהיה האשה בחזקת זונה וע"ז תי' הב"מ דלא הודה ר"ג רק כשבע"ד טוען ברי במה שנוגע אליו (כגון בתולה נשאתני ואומר לא) אבל הכא דלדידה ברי ולעולם שמא משום הכחשתו אינו אפי' ע"א כשר ולא מהימן לאפוקה מחזקתה ע"כ.

וכ"ר לה' שבילי דוד שהק' ע"ד מורם הנז' דמאי מעליותא מיניה דטוען ברי מממזר נתעברה. ותי' דברי דידה מהני לגבה דלאו משום נאמנות לחוד אלא שהוא מסלק הריעותא הואיל דלדידה ליכא ספק לא מיקרי ריעותא וה"ן לגבי בתה נסתלק הריעותא ובחזקת כשרות קיימא עש"ב.

והעולה מדבריהם ז"ל בנד"ד דאעפ"י שהוא מכחיש אינו נאמן להוציא הבת מחזקתה ואע"ג דהרב שב"ד ז"ל סיים שם דלטעם הר"ן וה"ה להכשיר הולד משום דבלא דבריה ס' ממזר מה"ת מותר יוצא דלא מהני ברי דידה לבת במקום שמכחיש מ"מ בנד"ד שגם הוא ל"א מממזר נתעברה אלא דלאו מיניה נראה דגם ה"ה והר"ן יודו ושייך טעמם לסמוך על ברי דידה דבלא"ה ס' ממזר מה"ת יבא וליכא הכחשתו בברי דממזר נתעברה וגם היש"ש יודה בזה ול"ק רק בארוסה דאין לה היתר רק בתלייתה בו וכשהוא מכחיש הו"ל לפי דבריו זונה ודאי משא"כ בפנויה דהגם דלאו מיניה אפשר לכשר אחר נבעלה.

וכן כתב הנוב"י סי' ד' במי שאמר על אשתו שהעובר אינו ממנו אלא בן זנונים שהרבנים השואלים שם דנוהו בממזר והוא ז"ל תמה עליהם שכיון שלא אמר ממזר אלא שאינו ממנו הנה הרמב"ם פט"ו מהא"ב בהט"ז כתב שהאומר עובר זה אינו בני והוא ממזר ה"ז ממזר ודאי ואילו בהי"ט כתב שהאומר אינו בני וכו' ה"ז בחזקת ממזר כלו' ס' ממזר.

והיינו דבהי"ט לא אמר שהוא ממזר רק שאינו בנו. ואולי מערבי נתעברה וכ"כ הב"ש סקנ"ב ואע"ג דהטור ס"ל דהוי ממזר ודאי מי יקל ראש להתירו בממזרת נגד הרמב"ם דמסתבר טעמיה עכת"ד.

ומינה לנ"ד בפנוייה אפי' לה"ה והר"ן דמטעמם יוצא דל"מ ברי דידה במקום ברי דידה מ"מ כשלא אמר רק דלאו מיניה י"ל דאפשר מכשר אחר נתעברה וקם ברי דידה להכשירו (כן יש להוכיח מהב"ש סקנ"ב דכתב דלשטת הטור דהוי ממזר ודאי ק' על

ה"ה דכתב דנאמנת לומר מכותי נבעלתי והולד כשר ואי ה"ה ל"א רק בלא נבדק מאי קו' והרי הטור ל"ק רק בנבדק ואמר אינו בנו ונאמנת): זולת אכתי עומד נגדי מ"ש השעה"מ שם בהא"ב הי"ז ליישב סתירת ב' הלכות הרמב"ם הנז' דבהט"ו מיירי שתלתה בבעלה לומר ממנו נתעברה דאז לא תלינן בגוי ועבד ולזה הולד ממזר ודאי משא"כ בהי"ט שהיא אינה טוענת כלום נשאר הבן בספק שמא מגוי נתעברה ובוזה השוה הטור להרמב"ם ז"ל ותמה על הב"ש עש"ב ולפי"ד נמי בנ"ד שתלתה בזה והוא מכחיש אזל הברי דידה שאין לתלות היפך טענתה ואין חילוק בין אשת איש לפנויה אלא דבא"א כיון דהורע ברי דידה בהכחשתו הו"ל ודאי ממזר ובפנויה כיון דאין כח לברי דידה מדידיה נשאר הדבר בספק ממזר.

ואפ' דה"ט דהנמק"י ופ"מ וס' כתובה שכתבו דבפנויה כשהוא מכחיש הו"ל ס' ממזר. אלא דאפ"ל דהנמק"י ס' כדעת המתירים ומאי דלא נקט מכחיש אלא שותק משום רבותא דירושה דאיירי בה דל"מ במכחיש דאינה נאמנת אלא גם שותק אינה נאמנת להורישו וכ"מ ממ"ש לבסוף וז"ל ואין הנאמנות שלה באדם מסויים יותר מאחר אלא הנאמנות שלה שנבעלה לכשר לה משום חזקה דגופה וכו' ע"כ וזה שייך גם במכחיש וכמ"ש התה"ד ז"ל.

וגם הפ"מ ז"ל י"ל דל"א רק התם דהריעה חזקתה ואמרה שנבעלה מחתנה דס"ל כל נאמנותה מכח חזקתה ומועיל גם לבתה וכמ"ש השב"ד שם בטעם הרמב"ם ולכן כשהריעה חזקתה הו"ל ס' ממזר בכח הכחשתו ונהי שכתב הרב שם דהודאתה לאו כלום שאין אדם מע"ר היינו דלא למשויה ודאי ממזר אלא ס' ממזר.

אבל כשאמרה לכשר נבעלתי והוא מכחיש דלא הריעה חזקתה יודה הרב. גם ראיתי להחת"ס אה"ע סי' כ"ט תמה ע"ד רבו ס' כתובה דבברי וברי לא מהימנא וכתב דברי וברי ל"ש רק בטענת ממון וכו' (כדברי הרב ב"מ ז"ל) וגם על העובר יש לדון דחזקת האם מועלת ואין ברי שלו מועיל נגדה וכו' (כדברי השב"ד ז"ל) ואפ"י לגבי הארוס דאמרי' שוייא אנפשיה חתי"ד הכא אין מכחישה שלא נבעלה לכשר אלא דלאו מיניה נראה שאין לכופו להוציא וכו' (כחילוק הנוב"י ז"ל) ע"כ ונמצא לפי"ז השעה"מ יחיד בדב"ז והגם דהחק"ל ח"ב לאה"ע דע"ח קאי בשיטתו הלא מחלפא שיטתו בח"א ליו"ד דקע"ז שתמה עליו ע"ש וא"כ הלכה כרבים.

אלא דאינו שוה לי כיון שבש"ע סכ"ז תפס כהטור דבמכחיש שאינו ממנו הולד ממזר ודאי נראה דס"ל כחילוק השעה"מ ועיין בב"ש ססקמ"ד מ"ש בשם הפרישה וא"כ הדבר צ"ת: ומ"מ בנד"ד שנראה מהשאלה שבהיותה מעוברת העידה שלכשר נבעלה ולא הוכחשה עד ששאלה דמי יניקה נראה דבוזה כ"ע מודו דנאמנת וכ"כ השב"ד ז"ל שם לתרץ ההיא דהכחישה הארוס דעכ"ז אינה בחזקת זונה משום דמיירי כשהעידה תחילה דאז הו"ל כשנים ואין ע"א יכול להכחישה ורמז בזה להש"ך ביו"ד סי' זכ"ר והוא מש"ש בסקי"ד ד"ה העולה בדבר דאיכא חזקה אמרי' אוקי גברא לגבי גברא ואוקי מילתא אחזקתה מיהו כ"ז בבאו בבת אחת אבל בזא"ז הא' הוא כב' עדים ואחרון ע"א וכו' והגם שפקפק שם די"ל דוקא בדבר שבערוה י"ל כן חזר והעלה דה"ה לכל מילי ע"ש וזה עולה גם לדעת ה"ה והר"ן וכ"כ השב"ד שם באוי"א ורמז לדברי הב"ש סי' ד' סק"ס

שמבואר שם דבמקום שהאמינה תורה ע"א אפי' לא פסקו הב"ד עפ"י"ו רק שהגיד שוב לא מתכחש בע"א ומפ"כ הוצרך הר"ן לתת טעם במערער חד דפוסל עדות חיה מפני שהיא מן התקנה ולא מן הדין ע"כ והגם דממקום שבא נראה לכאורה להיפך דכמו שבחיה הדין אף שהקדימה עדותה כל שלא נתקבל בב"ד מועיל ערער חד כן ראוי לדון בשאר נשים והול"ל דדינו אינו מועיל לה"ה והר"ן רק בנתקבלה עדותה בב"ד ולא בהעידה תחילה דנראה גם שלא בב"ד מ"מ דבריו חיים וקיימים כי המש"ל פט"ו מהא"ב הי"א נסתפק אם נאמנות החיה והאם מן התקנה להכשיר הולד או מן הדין ותלי זייניה בדברי הר"ן שבב"ש ומוכח מדב"ק דנ"מ לענין ערער חד דאי מן התקנה שמיה ערער ואי מן הדין לא הפשיט דנאמנות האם מן הדין ודחיה מן התקנה ע"ש ולפי"ז יפה כיוון השב"ד ז"ל דהאם שהיא מן הדין נאמנת כשהעידה תחילה גם שלא בב"ד וערער דאח"ז ל"ש ערער משא"כ בחיה וכו' ונ"ד עדות האם היא זאת ולא עדות חיה מכ"ש שיש לצרף לזה ס' הנך רבוותא דגם בהכחיש בשעת עדות ואמר מממזר נתעברה דמהימנא וק"ו לדין דלא הכחיש רק דלאו מיניה.

ויוצא מזה ג' ספקות כמובן. ועוד דמקום השאלה דידן היא עיר שרובה נכרים ורוב יש' שבה כשרים ועיין להרב נדיב לב אה"ע סי' ג' שפלפל בזה ובדי"ב כתב הכלל העולה וכו' דבלא נבדקה מהני חד רוב בפסולי קהל ול"ב תרי רובי רק ליחוסי כהונה והגם די"ח בזה וכו' מודו בנ"ד דאיכא תרי רובי רוב גוים וכולם כשרים ורוב יש' כשרים וכו' והגם דתרי רובי הללו הם בעיר וכל הקבוע כמע"מ דמי וכו' יש להתיר גם להאוסרים דאיכא ג' ספיקי ס' אזלי אינהו לגבה ואת"ל אזלא איהישמא לגוי נבעלה ואת"ל ליש' שמא לכשר נבעלה וכתב משם מ"א החק"ל ביו"ד ח"א סי' פ"ט דס"ס מועיל גם בפסולי קהל ע"ש והגם שבא רעהו הרב אחי וראש שם בסי' ד' וחקרו דגם בפסולי קהל בעי' תרי רובי והנך תרי ס' דגוים ויש' חד הוו כיון דכולם כשרים הנה בסי' ה' חזר וחזק דבריו והרב אח"ו הגם שהוסיף שנית ידו בכל פרטי דבריו בהני שתיק ליה ע"ש ומה גם דיש תלתא ס' מצד אחר שמא נאמנת גם במכחיש ואין שם שום ס' ואת"ל דאינה נאמנת והוא ס' שמא אזל איהו לגבה ואת"ל אזלא איהי שמא לכשר אזלא.

ועוד דגם למי שאין מאמינים אותה אין חושבין הולד כ"א ס' ממזר דמן התורה שרי ורק משום מעלה ביוחסי' החמירו וכשנפל עוד ס' אין עוד חשש מעלת יוחסין וכ"כ הרב צל הכסף ח"ב די"ג ע"א ע"ש ויש עוד לצרף קולא אחרת ממה שאמרה אם המרשעת שאם לא תמצא היתר לבת תתננה לגוים ליטמע בהם וכ"כ הנוב"י מ"ב סי' ז"ך אעפ"י שנטה להחמיר שם סיים וז"ל אך אחר שהזכיר הרב השואל שיש חשש שיקחזה למלכות וכו' אמרתי כיון שעכ"פ אין כאן איסור תורה וכו' שרינן ליה איסורא זוטא ולא גרע מהמבו' בא"ח סוס"י ש"ו במי שהגידו לו שרוצים לאנוס בתו להמיר דמותר ללכת בשבת.

והגם כי הרב הוצרך לומר שם דהמשודך פושע כדי שגם הרשב"א יודה. כבר אני כתבתי במ"א דכל שהוא אמוד לעבור גם אם בתחילתו לא הוי פושע אמרי' ביה חטוא כדי שיזכה חבירך והוכרחתי כן מהפוס' א"כ איפוא גם בנד"ז דנראה שהיא אמודה לתתה חל דינו דנוב"י ז"ל להקל להתירה: גם אין לחוש מלהשיאה מיהא באותה עיר שמא תפגע בקרובים וכמ"ש מרן בסי' ד' סל"ז וכן השתוקי וכו' ואיזוהי אשה שאפשר שתהיה

ערוה עליו כל אשה שאביה או אחיה קיימים בשעה שנתעברה אמו וכו' וכן חשש הרב משה ידבר בה' אישות סי' א' והנד"ל שם די"ג דלאו מילתא היא ועיין מ"ש הב"ש שם סקס"ו וז"ל כבר כתבתי שתוקי אם אין בו חשש ממזר מותר לישא אשה ואין חוששי שמא יקח אחותו כמ"ש הרמב"ם פט"ו מהא"ב ע"כ ודברי הרמב"ם מפו' בהכ"ט שאין השתוקי והאסופי אסור בכל אשה שאפשר שתהיה ערוה עליו וכו' וכבר הרב אח"ו תמה מזה על המש"י והנד"ל ז"ל והנד"ל הודה לו שנשמט וכו' ויש להורות פנים להתירה גם בקרובי האיש שתלתה בו כיון שמכחיש.

דנהי שהרמב"ם שם כתב בהי"ד הפנויה שזנתה וכו' ויראה ליש חוששי' לדבריה ויהיה הבן אסור בקרובות האיש פ' מספק וה"ה כתב דס' נכונה היא וכ"פ בש"ע סי' ד' סכ"ו מ"מ הדב"ש ז"ל סי' שנ"ח הוא וב"ד הסכימו דלא נאמר זה רק בשותק וכו' ולא במכחיש והבי"ד היא"ה בהגה"ט אונ"ו וגם הנוב"י מה"ת סי' מ' חילק כן אלא שהוא ז"ל הצריך תלמוד גם הגרע"א סי' ק"י דצ"ג נסתפק באב האומר זה אינו בני אם נאמן גם להתירו בקרובים ומ"מ נראה דלא שבקי' פשיטות הדב"ש מקמי ספיקייהו.

ובפרט דיש להמציא בזה ס"ס: אך להתירה לקהל כהונה אנכי ירא הגם דבש"ע סי' וי"ו סי"ח כתב ראוה שנבעלה או שנתעברה בעיר אפ"ל לא היה שוכן שם אלא כותי אחד וכו' ה"ז לא תנשא לכהונה שכל הקבוע כמע"מ דמי ואם נישאת לא תצא כיון שאומרת לכשר נבעלתי וכתב הב"ש סוסקל"א כשהולד כשר לקהל כשר ג"כ לכהן וא"א לחלק ביניהם אפ"ל ברוב ממזרים והיא אומרת לכשר נבעלתי כשר הולד אף לכהונה מיהו אם גרושה אז שייך בולד לכתחילה ודיעבד כי שמא כהן בא עליה והולד חלל ע"כ ונד"ז הוא באלמנה וכ"כ התוי"ט בפ"א דכתובות מ"ט שכ"ד ה"ה והר"ן ומסתפק בדעת רע"ב וכ"כ פ"ד דקדושין מ"ב וכ"ד השואל בתשו' רמ"א סי' כ"ג והנד"ל שם בדי"ג ע"א כתב וכבר נתבאר דלדעת כה"פ הולד חשוב דיעבד וכשר מ"מ לעומת זה רבו האוסרים דרמ"א שם בסי' כ"ד השיב דדין הבת כדין האם ולכתחילה לא תנשאוכן חיזק דבריו בסי' ז"ך והדב"מ דקדק מהגהת רמ"א בש"ע סו' סי"ז שכ"ד מדכתב מלת היא ובתה וצדד לדחות דברי השואל ולקיים דברי מור"ם וכן החליט רש"ל בתשו' סי' י"ז גם התוי"ט כתב מה"ה פט"ו מא"ב שהביא כן בשם מאן דהוא ובתשו' רעק"א סי' צ"א אחר דשקו"ט טובא בזה וישב דברי הב"ש כתב מאן ספין ומאן רקיע להקל נגד מור"ם ע"ש והנה חלילה לומר דאישתמיט כל אלה מהנד"ל וכתב דלכה"פ הולד חשוב דיעבד אלא נראה שלא כ"כ רק שלא להחמיר לכתחילה לענין פסולי קהל ונמצא מכל האמור דלבא בקהל ההיתר בשופי אך לקהל כהונה אין בידי להתיר וה' ימ"ן אמן.

אחז"ר בא לידי ס' גבעת שאול לבעל ס' כתובה ושם ראיתי באה"ע סי' ד' כתב דאף להיש"ש שהק' בברי וברי לא מהימנא ל"א אלא בארוס דליכא מגו אבל בפנויה דהיתה יכולה לומר לכשר נבעלתי ואמרה לפ' נאמנת במגו במקום ע"א ותמה על הכנס"י דאסר אפ"ל במקום מגו והבי"ר לדבריו מסי' ז' דשבויה שאמרה נשביתי וטהורה אני נאמנת אפ"ל במקום ע"א במגו ע"ש: סימן ד' בחור כארזים הגיד עליו שכנו שבהיותו ילד ראהו מטיל מים ועושה כיפה מנקב בתחתית הגיד שלא מנקב ראש הגויה לכן כעת נבדק

ונמצא שנקב ראש הגויה סתום אך בתחתית הגיד סמוך ממש לחבור קצוות הבשר שבראש הגיד שם יש נקב ואומר הבחור שמשם מזריע משם משתין בקלוח.

ונחקרה אמו איך ומתי נעשה זה והשיבה שבעת לדתה נחלית בקדחת והיתה רוחצת אותו מבלי דעת עד אחר שלשה חדשים מע"מ הרגיש אביו בשינוי זה והראהו למוהל בקי והשיב דלא איכפת והרבה נולדים כך. ונחקרה האם שאלו למוהל אולי קלקלו בעת המילה והשיבה איני זוכרת ואח"ז הלך אחד מהמורים ובדק הבחור אצל רופא ישראל לראות אם נובתא דש"ז חלול מהנקב ומעלה לסוף הגיד ובדקו בשפוד ברזל והיה הולך מהנקב ואילך לצד הגוף אבל לצד ראש הגויה לא רצה לעבור כלל והרופא לפי תומו אמר שמצד זה ראוי להוליד.

אך מצד ביצתו הימנית שעומדת בין הגיד והירך ולא ירדה לכיס אמר שהרוב ממין זה לדברי הרופאים אינו מוליד והמיעוט בנים יולדו להם. ואם ירצה הבחור יוכל לעשות לו נתוח להורידה לכיס.

וגם אמו היתה יכולה למעך בקטנותו והיתה יורדת לכיס. ושאל אותו המורה אם דב"ז מבטן ומהריון או מתחדש והשיב דזה א"א להיות רק ממעי אמו.

גם הבחור הזה מלא שערות גדולות בזקן עליון ותחתון ככל האנשים ונשאלתי אם יוכל לבא בקהל יש' או לא: הנה הגם שידעתי מיעוט ערכי. אבל מעוני האיש הזה אשר לא יוכל לעמוד במקום גדולים וראיתי מ"ש הפוס' ז"ל שמצו"ר להטפל בעגונא דאתתא והוא תקון לשכינה וכ"ש בטלטולא דגברא כאשר אספו נגדם רבני אزمיר בס' חו"ש ח"ב סי' י"ב וזולתם לזה נטפלתי לזעקתו הגם שאיני מופנה.

ותחילה אביא שרש דבר שהנקב פוסל בגיד מיבמות דע"ו ת"ר ניקב פסול מפני שהוא שותת נסתם כשר מפני שהוא מוליד. אך באיזה מקום בגיד יפסול הנקב שם אמר שמואל ניקב ונסתם כל שאילו נקרי ונקרע פסול ואי לאו כשר הוי בה רבא היכא אי למטה מעטרה אפי' נכרת נמי אלא בעטרה עצמה ועיין פירש"י דלמעלה מעטרה ליכא לאוקמא דהתם ודאי לא מקרע שאין הזרע דוחה ומתאסף אלא אצל נקב יציאתו ע"כ.

ובדע"ה נמי אתמר נקב למטה מעטרה רחב"א א"ס' לאכשורי אמ"ל רב אסי הכי אמר ריב"ל עטרה כל שהוא מעכבת ע"כ ופירש"י עטרה שורה גבוהה המקפת סביבות הגיד. ניקב למטה מעטרה בסוף הגיד כלפי קרקע והולך הנקב באלכסון ויוצא כנגדו למעלה מעטרה כלפי הגוף ע"כ והתו' שם פירשו באו"א ונעתיק דברי הטור אה"ע סי' ה' שנשען על דבריהם ומשם יבואר הענין וז"ל בראש הגיד יש בשר ובחבורו לגיד הוא גבוה ומקיף סביב הגיד ונקרא עטרה ואותו היקף אינו בעגול ישר אלא בעליונו של גיד מארכת העטרה כלפי הגוף ומתקצרת והולכת בתחתיתו עד קרוב לראשו של גיד ואותו הבשר אין דינו כשאר הגיד שאפי' אם נחתך כולו ולא נשאר אלא מלא החוט ע"פ רוב העטרה לצד הגוף כשר לפיכך ניקב למטה מהעטרה לצד הקרקע כשר ניקבה העטרה עצמה אם הנקב גדול שש"ז יוצא משם בשעה שרואה קרי פסול ואם לאו כשר וכו' ניקב נקב מפולש בראש הגיד בענין שבעליונו של גיד שהעטרה מארכת כלפי הגוף הוא למטה מהעטרה (כפי' התו' בניקב למעלה שכנגדו למטה) ובתחתיתו של גיד הוא למעלה

מהעטרה פסול ע"כ ומכ"ז אנו למדין דפיסול הנקב בגיד אינו בלמטה מעטרה אלא למעלה מהעטרה ובתוכה.

וגבול העטרה מהו אעפ"י שהטור הרחיב בזה לא נתבאר כל הצורך דמסגנון הדברים נראה דכל הבשר ההוא בכלל יקרא עטרה וא"כ מהו למטה מעטרה. ולענין בשר החופה רוב גובהה של עטרה ביו"ד סי' רס"ד כתב הב"י דנפל מחלוקת בין חכמי ספרד מה היא העטרה ע"ש ובאה"ע שם כתב מהריק"ש ז"ל בהגהו' דלמטה מן העטרה הוא החוט האדום הסובב דאם הוא כל הבשר הסובב ל"ש למטה מן העטרה אך גם הוא ז"ל אין דבריו מבוארים כל הצורך אם ר"ל כל החוט בין בהקיפו בעליונו לצד הגוף בין בהקיפו בתחתית הגיד הכל נקרא עטרה כדעת הפרישה שם ובזה ניתח דברי רז"ל לנתחים ואמר שיש שתי עטרות עש"ב או דוקא היקף החוט הנראה בעליון הגיד סמוך לגוף וכל הבשר עם שאר ההיקף הוא למטה מעטרה כדעת הט"ז ז"ל ומ"מ הנה רבנן בתראי רבני אזור שם בחו"ש הוכיחו והכריעו בראיות נכוחות כהט"ז להלכה ולמעשה ונמצינו למדין דבהיקף החוט בעליונו של גיד לצד הגוף שהוא עטרה ולמעלה ממנו שם הנקב פוסל אבל למטה מזה בין בשטח הבשר בין במקום ההיקף הנקב כשר.

ודע כי רבים סוברים לדעת התו' דבנקב למעלה מעטרה נמי אינו פוסל רק אם הוא מעל"ע מפולש ולא בניקב לחדרי הזרע עיין בט"ז סק"ד וב"ש סק"ט וביש"ש פ' הערל סי' י"א וכן הבין הב"ח בדעת הרמב"ם והש"ע שכתבו ניקב למטה מעטרה שכנגדו תוך העטרה (ול"א שכנגדו למעלה מעטרה) דדוקא תוך העטרה פוסל דלא גרע מקולמוס כשהוא למעלה מעטרה דכשר.

ודלא כהב"ש ז"ל דכתב למה נקטו תוך העטרה מטעם אחר דלשיטתייהו אזלי בנכרת הגיד דצריך שישתייר מהעטרה ע"פ כל הגיד (דלא כהטור דדוקא ע"פ רובה) וא"כ בכל מקום נקב פוסל בה לכן יכלו לתפוס שכנגדו תוך העטרה לאפוקי מ"ש הטור דלא פסיקא מילתא דנקב בתוכה פוסל דמאי איכפת הא אשתייר רובא עיין דבריהם באורך.

ומ"מ רבים חולקים על התו' ותופסים כס' המרדכי דלא בעי' שיהיה מפולש מעל"ע רק לחדרי הזרע וממילא בנ"ד שניקב בתחתית הגיד למעלה מעטרה ונגדו בעליון למטה מעטרה ואינו מפולש מעל"ע הגם שלכאורה נראה להקל מדברי התו' כנז' אבל האיכא מאן דפליג וכמעט ס' שקול הוא וכ"ש שהש"ע לא העתיק נקב מפולש כהטור רק נקב סתם.

ובפרט לדברי הב"ח ופרישה וב"ש דפשיט"ל דגם התו' ל"א ניקב מעל"ע זולת כשהנקב היה למטה מהעטרה בעליונו של גיד לאפוקי מהמרדכי דפליג גם בזה וס"ל דפסול גם באינו מפולש כיון שכנגדו למעלה. אבל כשהנקב הוא בתחתית מודו דדוקא במגיע לחדרי הזרע סגי ע"ש והגם שביש"ש ז"ל פ' הערל הבין בהתו' דבכל גוונא בעי' מפולש והכריע גם הוא באופן הזה מ"מ יחיד הוא בדבר והחת"ס ז"ל ח"ג סי' י"ד כתב שאין לסמוך על דבריו שם ועיין להט"ז ז"ל דבניקב בתחתיתו והנקב מוציא ש"ז דפסול גם שאינו מפולש להתו' נמי ולכן אין להקל בנ"ד מדברי התו' הנז'.

גם ודאי שאין להקל מצד ס'הרמ"מ שהביא הטור ז"ל שם דמ"ש ניקב פסול לאו אגברא קאי דאין זה כרות שפכה אלא אולד קאי משום דזה אינו מוליד ובנו פסול משום ממזרות ע"ש כיון דהטוב"י כתבו עלה הנפק ודחאוה וכל הפוס' לא סל"ה: אבל מה שיש להתיר בנד"ז הוא מצד דברי האם. ורבו השערות.

ובדיקת הרופא. ועדות השכן שמימי רגליו עושים כיפה.

ואז גם שאר סניפים יצטרפו להיתר: מצד דברי האם כיצד הנה ידוע באה"ע סי' ה' דפצ"ד וכ"ש ביד"ש כשרים לבא בקהל ועיין להרב מים חיים ראפופורט ז"ל חאה"ע סי' ג' בנמצא סמוך למילה ששה שבועות נקב ראש הגויה סתום ונקב בתחתית הגיד שממנו משתין כתב להגאון השואל שאמת אתו הוא והגאון בית אפרים ז"ל במה שדנו דכיון דראש הגויה סתום ודאי כך נולד ממעי אמו ואין להסתפק אולי נתהוה אחר היצירה ע"ש והגם כי מדברי החת"ס ז"ל בסי' י"ב יראה דאפשר שיהיה זה גם אחר היצירה ומפני שמי רגלים בחרו להם דרך אחר מזה נסתם השביל האמיתי ברירין וכו' יש לזווגם יפה דל"א הרב רק בידוע שהיה פתוח ונסתם אבל מסתמא לא.

או דגם הם ל"א רק בקטן כזה המוטל בעריסה. ורחוק מאד שנעשה לו כן מאיזה מקרה ולא בגדול כנדון החת"ס ז"ל ומינה לנ"ד לדברי האם שבן שלשה חדשים ראו כי ראש הגויה סתום והנקב הזה פתוח כיון שקטן הוא ולא ידעו לו שום מקרה גורם לזה נימא מסתמא כן נולד וכשר.

והגם שהרב פקפק שם מטעם אחר שאמרו הרופאים שהנקב היה למעלה משפופרת הזרע וחשש הרב אולי ניקב השפופרת מבפנים ומפנ"ז עובר הזרע לנקב הנה כתב הנקב בשפופרת אינו פוסל והגם דחשש אולי איסתום נובתא דש"ז דאמרו בש"ס דשלא במקומה אינה מבשלת וכו' עכ"ז התיר מס"ס אולי ממעי אמו נוצר כך ואת"ל איסתום מחדש הו"ל איסתום ע"י חולי ושמא ה' כמ"ד ע"י חולי כביד"ש והגם דשם אחד הוא דסו"ס בב' ספקות אנו מתירים משום דהו"ל כיד"ש מ"מ האחד מתיר יותר מחבירו דאם נאמר ממעי אמו נולד כך לא הי"ל שעת הכושר מעולם וקי"ל באה"ע סי' קע"ב דס"ח שלא הי"ל שעת הכושר אינו חולץ ואין חולצין לאשתו משא"כ כשנאמר מחמת חולי ושוב כתב דכ"ז הוא מפני שאמרו הרופאים כן אבל מסתמא נאמר כשם שנולד בגיד סתום בראשו כן נולד בשפופרת נקוב ומפנ"ז לא חשש בתשו' הרא"ש כלל ל"ג לזה ע"כ.

וא"כ נ"ד דל"א הרופאים דבר מסתמא כן נולד ול"ש חששת הרב בכאן וכ"ש דיש ס"ס כנז': והגם דכל עיקר היסוד בזה הוא מדברי האם שאמרה כי מקטנותו בעריסה היה כן ומנ"ל להאמינה. זה פשוט ביו"ד סי' קכ"ז דע"א נאמן באיסו' להתיר וביבמות פ"ז ופ"ח שקו"ט בהך דהוחזקו להיות משיאין עפ"י עד מפי עד ואפי' עבד אפי' שפחה מנ"ל ובעי לאתווי מקרא ודחי ומסיק אלא סברא היא מידי דהוה אחתיכה ס' של שומן ס' של חלב ואתא ע"א ואמר ברי לי דשומן היא דמהימן ופרש"י והא ודאי דסמכינן עליה כ"ז שלא נחשד דאל"ה אין אדם אוכל משל חבירו ואין לך אדם סומך על ב"ב והתו' כתבו די"מ דגמרינן מנדה דאמר בהמדיר וספרה לה לעצמה ע"ש הרי דאפי' אשה וב"ב נאמנים להתיר באיסורין ומינה לנ"ד והגם דשם ביבמות דחי מי דמי התם לא איתחזק איסורא

הכא בא"א איתחזק איסורא ואין דבר שבערוה פחות משנים אלא דמשום עגונא או משום חומר שהחמירו עליה בסופה הקילו ע"ש.

הנה בנ"ד נמי לא איתחזק איסורא דשמא ממעי אמו נולד כן ואינו דבר שבערוה וע' בס"י קכ"ז ס"ג וד' דבמידי דלא איתחזק איסורא אפי' אינו בידו ואפי' קטן אם יש בו דעת שמירה ואפי' בלי שתיקת הבע"ד נאמן להתיר והך דאה"ע סי' קס"ט דאין סומכין במנין השנים לא עפ"י נשים ולא עפ"י קרובים אלא על כשרים להעיד הנהבמרדכי פ' מ"ח מפו' הטעם או משום דאתחזק איסורא דא"א או משום דהוי דבר שבערוה ודומה למכות ולעונשין דאין האב נאמן כמ"ש בפ' האומר ובפסק המיאון הארכתי בזה.

ואכמ"ל וכ"ש למ"ש הנוב"י קמא סי' צ"ג בהך גופא שלא מצא ברי"ף ורמב"ם והרא"ש ז"ל מקום שאמרו שאין אשה וקרוב נאמנים על השנים רק למכות ולעונשין והגם דשם עמדתי על דב"ק ועתה זכיתי לראות שהרב מים חיים הנז' בס"י ד' גם הוא תמה עליו מ"מ לבסוף צירף סברתו להקל. ובלא"ה כבר הרמ"ח הוכיח שם מיבמות דע"ט דלעדות סריס ודאי אב ואם מהימני מדקאמר התם מנא ידעינן שהוא ס"ח שלא יחלוץ כל שמטיל מים ואינו עושה כיפה ע"כ והנה זה צריך לדעת בהטלת מים ראשונה ללידתו שנדע שלא היה לה שעת הכושר ואי לאו דמהימני היכא משכחת להו לסהדי אטו בכיפה תלו להו או אם ידעו שזה יהיה סריס או לא אלא ודאי דמהימני וטעם הדבר שהאמינום חז"ל דאל"כ לא תמצא עדים ע"ז מעולם והתו' ביבמות דפ"ח ד"ה מתוך שהחמרת כתבו דכשיש סמך וטעם לתקחז"ל אין בזה עקירת דבר מה"ת ע"ש הרי אעפ"י דאתחזק איסורא דבעי"א חליצה עכ"ז טרח הרב למצוא ראייה שנאמנים האם והאב וכ"ש לנ"ד דלא אתחזק איסורא פשיטא שהאם נאמנת.

וגם למה שחידש מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' נ"א לפסול עדות האם והאח משום חשדא דבאים בטרונייא לטרדו לזה ובתם תמאן התם שאני דניכר שהיו יודעים הדין שאם קטנה היא תמאן והם הושיבו ב"ד על כך כיעו"ש בשאלה סי' מ"א משא"כ הכא נהי דהאם רוצה בתקנת בנה לב"ק אבל מנא ידעה דאם ביד"ש כשר ואם ביד"א פסול: עוד בה דרבו שערות שבזקנו עליון ותחתון מעידים כדבריה בס"ח הוא דבסריס אדם כתב הרמב"ם בה"א והש"ע סי' קע"ב דאינו מביא סימנים לעולם ובלא"ה הגאון מראדוויל בנוב"י קמא סי' וי"ו סמך ע"ז למונח קיים להתיר והגם שהנוב"י כתב דאדרבה מכח עדות הרמב"ם אמרי' דהנך שערות שומא נינהו ולא סימנים הנה הגאון בית מאיר בס"י קע"ב והבית אפרים סי' ב' עמדו ע"ד דל"ח לשומא כשיש רבוי שערות והב"א ז"ל הביא ראייה לזה מדברי התו' בקדושין דס"ג דסמכי' על רבוי שערות לחליצה ע"ש וא"כ לפחות הכא יצטרף עם עדות האם ועיין להחת"ס סי' י"ד שאף שפקפק בהיתר זה מ"מ צירפו לסניפים אחרים להתיר: עוד זאת יתירה בנ"ד דנבדק ע"י הרופא ונמצא שמהנקב ומעלה הגיד סתום נראה דמכח זה יש להתיר אפי' את"ל שהוא ביד"א והוא עפ"י מ"ש הרא"ש בתשו' כלל ל"ג וז"ל מי שלא הי"ל נקב בפ"י האמה אלא סמוך לכיס יש לו נקב ודרך שם יטיל מימיו וגם אין לו כ"א ביצה אחת איכא לספוקי אם הוא מוליד או אם אינו מוליד אם הגיד חלול ועובר הזרע עד פי האמה וחוזר לנקב היוצא אז אינו יורה כחץ אלא שותת ואינו מזריע אבל אם מן הנקב והלאה אין הגיד חלול אפשר שהוא יורה כחץ



דרך אותו נקב ואעפ"י שאינו מזריע בעומק הרחם אפשר שמתחמם וראוי להזריע מידי  
דהוה אברזא דחביתא ומ"מ אין קפידא בזה להתירו לב"ק דבין מזריע ובין אינו מזריע  
ראוי לב"ק דגרסי' בפ' הערל אמר שמואל פצ"ד ביד"ש כשר וכו' אלמא אע"ג דאינו  
מוליד כשר וההוא עובדא דאסתתם גובתא דש"ז ואפיק במקום קטנים ואסיק דשלא  
במקומה לא מבשלא ופסול איכא לפרש דאסתתם ביד"א ע"י מכה וכו' והאיש הזה כשר  
ע"כ והלמד מדב"ק דאפי' ביד"א אי ראוי להוליד כשר לב"ק וכשראש הגויה סתום ויש  
נקב אחר בגיד ביד"א ומספק"ל אי סתום חלל הגיד עד פי האמה הוי ס' אבל כשנבדק  
ונמצא שהוא סתום כנ"ד שוב אין להסתפק דודאי הוי יורה כחץ ומזריע אפי' ביד"א  
כשר ומ"ש אפשר שהוא יורה כחץ דרך אותו נקב היינו בנדון דידיה משום שהיה הנקב  
רחוק מאד וסמוך לכיס והיא היא מה שביאר אחרי זאת וכתב ואעפ"י שאינו מזריע  
בעומקהרחם אפשר שמתחמם אבל בכגון נד"ד שהנקב קרוב לפי האמה ודאי יוליד דכיון  
שסתום הרי אינו שותת וכיון שקרוב יזריע בעומק הרחם.

והבית אפרים סי' ג' כתב דהאי אפשר יורה כחץ שכתב הרא"ש אינו ס' אלא ודאי כלו'  
יש באפשר שיורה כחץ. והגם שהחת"ס בסי' י"ד חילק דברי הרא"ש לשתי ספקות  
דאפי' דגיד סתום יורה כחץ ואפ' דהרחוק אינו מזריע בעומק הרחם.

מ"מ לבסוף לא סמך להתיר אלא על מה שבנד"ד לא היה הנקב רחוק וכתב דבזה לא  
נסתפק הרא"ש וצירפו עם סניף דרבוני שער ובנד"ז נמי הרי תרתי איתנהו. ועיין להרב  
בית אפרים שם האריך בזה וחי' כמה חילוקים מנדונו לתשו' הרא"ש וכתב בדיו"ד דלא  
נסתפק הרא"ש רק בנקב הרחוק ולא בקרוב כנז' וסיים שם דלא איצטריך לחילוקים רק  
אם היה ברור שמהנקב חלול עד פי האמה דעכ"ז י"ל סימנין מוכיחי' שערוותיו שרבו  
וזקנו מגודל וגם הרא"ש יודה אבל כשיש ס' אם חלול או לא פשיטא דכל אלו מכריעין  
להתיר ובפרט שאין כאן איסור תורה דמן התורה ס' פצ"ד יבא ובפרט כשיש חזקת  
כשרות וכו'.

גם הרב פת"ש הביא מתשו' האחרונים (אינם אתי) להתיר בכגון נ"ד ע"ש זולת הרב  
שב יעקב ז"ל בסי' ד' נראה שמחמיר ומלבד דהרב קרב נתנאל בפ' הערל והרב חתם  
סופר תמהו ע"ד הנה הוא עצמו בתשו' שניה שם הודה דאם סתום מהנקב עד ראש הגויה  
כשר ובזה דיבר הרא"ש (מ"ש אח"כ ועוד דסתמא דגמ' בעובדא דפומבדיתא משמע  
שכ"ז שהזרע יוצא שלא במקומו אינו מבשל ע"כ נראה דר"ל א"כ גם כשהגיד סתום  
וכו' מ"מ כיון שיוצא מנקב חדש אינו מבשל וזה דלא כהרא"ש דלא הרגיש מהא עובדא  
וחי' בין ביד"א ליד"ש עד שנסתפק באותו נקב משום שהוא רחוק אבל בקרוב נראה  
דפשיט"ל דשם כמקומו הוא ומבשל ואפ' דהרב ס"ל דגם באופן זה מסתפק הרא"ש וס'  
חוזר על הכל ודלא כהבנת שאר הפוס' (מ"מ די לסמוך על המתירים ז"ל בזה).

ולא זכיתי להבין מה שנסתפק הרב עיר וקדיש מהר"ש ויטאל ביא"ה סי' ה' או"ג במי  
שיש לו נקב למטה מעטרה דכיון שפי האמה סתום אפ"ל דהוי כרות שפכה כיון שנשתנו  
עליו סדרי בראשית או אדרבה גברא בשני נקבים לא חזי ובנקב אחד יפה כחו וכו' ע"ש  
דמאי מספק"ל כיון דהרא"ש לא נסתפק רק בנקב רחוק ולא בנקב קרוב כנדונו והב"י  
הבי"ד ואיך אישתמיט ליה ואי ס"ל כמ"ש בכונת רשב"י ז"ל לפחות ראוי להעיר ע"ד:

עוד טיבותא אחרת בנ"ד עדות השכן שראהו עושה כיפה ועיין לרבני אזמיר שם בחו"ש שאספו להקת הפוס' דכיון שעושה כיפה בשתן עדות הוא שגם ש"ז מקלח ומוליד וכשר ועיין להתע"ל ח"ב סי' ד' בסוף שסמך עליהם להקל והגם שבנדון רשב"י ז"ל היה עושה כיפה ועכ"ז כתב דלא מצא לו היתר מ"מ סניף הוי ויש כמה ס' להקל בנד"ז אולי נולד כן ואת"ל דביד"א כיון שראש הגויה סתום עד הנקב אולי מוליד ואת"ל דג"ז אינו בירור אולי עדות השערות הוי בירור ואת"ל דג"ז לא אולי הכיפה הוי בירור ויש כמה סייעתות לראשי הספקות אולי בד"ש ואת"ל ביד"א אולי מוליד.

ומתהפך כמובן ואפי' אינו מתהפך ע"ש בחו"ש שהוכיחו דמועיל להתיר בפיסולי קהל והתע"ל שם די"ד וט"ו האריך דס"ס מתיר והוסיף להקל מס' הרמב"ם דס' דאורייתא לחומרא הוא מדרבנן וס' הגאונים שבנוב"י סי' ה' דס' פצ"ד וכ"ש הוא מדרבנן והגם שנסתפק בזה אי דוקא בס' דמציאות או גם בפד"ר (ע"ש מחלוקתו עם הרב חיים מודעי בס' חד דמציאות וחד בפד"ר אם כחו כתרי ס' דפד"ר כי התע"ל הוכיח מהפוס' דחד במציאות וחד בפד"ר אלים טפי) ואסיק דס' שקול בפד"ר הוא קיל בנד"ז תרתי איתנהו וכמובן: אתאן השתא לדון אודות הביצה הימנית שעומדת בין הירכים הן אמת כי בסי' ה' פסק הש"ע נכרתו הבצים או אחת מהם וכו' או שחסרה וכו' ה"ז פסול ובהגה וכן עיקרו דלא כיש מתירים בעל ביצה אחת אם היתה אותה שניטלה שלימה כשניטלה ונשארה של ימין ע"כ ולפ"ז בנד"ז דהיא של ימין אין מי שיתיר.

אבל היש"ש בפ' הערל כתב דלדעת התו' מתירין אף בשל ימין ועיקר הגי' בירוש' שלימין תיבה אחת. ובפת"ש הביא רבים מהאחרונים מתעצמים לפסוק כר"י וככרם ביבנה דכל שחסרה ביצה אחת של ימין או של שמאל ואפי' פצועה כשר ובה' חליצה לסה"ת כתוב וכן סומכין העולם אהך דכרם ביבנה וכו' וע"ז אנו סומכין להכשיר וכו' ומהר"ח מוואלזין למד מזה להקל בכל חסרון ביצה אחת מבלי הבדל והחת"ס סי' ט"ו ט"ז טו"ב מיקל וא"כ הגם שאין בידינו להתיר בזה נגד הש"ע מ"מ יועיל מכח ס"ס אולי נולד כך ואת"ל ביד"א אולי הלכה כמתירים בחסרון ביצה אחת ועיין להרב ישועות יעקב סי' ה' שהאריך והתיר מכח ס"ס זה גם הנוב"י ז"ל שם אף שדחה צדדי ההיתר היקל בנדון רק קצת בצירוף דעת ר"ת להכשיר בביצה אחת וגם שמא נולד כך והבית אפרים סי' ב' בנרקבה ביצה השמאלית וחתכוה הרופאים כתב להקל אם האיש עומד על עצמו ואומר שכאיש גבורתו ועם רבוי שערות וכו' בזה יש לסמוך על המתירין.

ובנד"ד נחקר הבחור ואמר כאיש גבורתו. והגם דס"ס זה הוא נגד מרן הארכתי בזה במ"א שמועיל ע"ש ועיין בס' ישא איש ומהרש"ו ז"ל שביא"ה שהקילו מס"ס לבעל ביצה אחת (עוד נסתפקתי בנד"ז דהביצה עומדת רק שהיא שלא במקומה אי דמיא להך דפ' הערל אסתום גובתא דש"ז ואפיק במקום קטנים ואמרו שלא במקומה אינה מבשלת והגם דהתו' דע"ה כתבו דכמה בנ"א כורתים מהם ביצה אחת ומולידים וכו' הנה מהירוש' הביאו שאינו מוליד.

או"ד שאני גובתא דהזרע שינה שבילו לגמרי משא"כ בביצה וקצת ראייה ממש"ש דע"ב נשיו לטומטום מנ"ל ואמר אביי שביציו ניכרות מבחוץ ופירש"י בחגיגה אבל גידו עדין טמון ורבא אמר מאי נשיו אמו מ"ד מוליד מאכיל שאינו מוליד לא ועיין במש"ל פ"ו

מתרומות הי"ב טעם רבא דנייד מהך דאביי משום דאם בציו ניכרות פשי' דזכר הוא ומאכיל ולאביי איצטרך כיון דאינו בן ביאה ואינו מאכיל את אשתו רק משום שראוי לקרוע ע"ש ומדלא תי' דלאביי נמי איצטרך מתניתין לאשמועי' דהגם שאינו מוליד מאכיל את אשתו משמע דס"ל שכל שביציו ניכרות פשיט"ל דמוליד וצ"ת): ומה שעמד נגדי בנד"ז הוא מ"ש הב"א ז"ל סי' ד' במי שראש הגויה סתום ויש לו נקב בתחתית הגיד הגם שמזה זמן צידדתי להקל יקשה בעיני להשיאו אשה לכתחילה מצד דהוא ביד"ש כיון דאינו מוליד.

ואם תלד אשתו יפול לנו ספק שמא בניו ממזרים וכו' ע"ש וגם בתע"ל דיו'ד כתב מהרב יעב"ץ באגרת בקורת משם הראב"ד דטעם קרא דפצ"ד לא יבא בקהל משום שמרבה ממזרים וכו' והגם דהתוי"ש בנדונו דסי' נ"א כתב וז"ל וליכא למימר דאם לא נכוף אותו לגרש נמצא מרבה ממזרים להנהו רבוותא דס"ל דהוי כ"ש ואינו מוליד דהרי יש מתירים נגדם והוי הזרע כשר ולדידן הוי ס' ממזר ומותר מדאורייתא ואפי' אי הוו ממזרים ודאי מהי תיתי לכוף האב משום זרעו דבלא יבא והרי ממזר מותר בגיורת אע"ג דזרעו בלא יבא ע"כ מ"מ אכתי לא שמעינן להתיר גם בלכתחילה אלא דמ"מ נלע"ד שאין לחוש גם לזה חזא דמהראיה שהביא התוי"ש דממזר מותר בגיורת פשוט דגם לכתחילה יש להשיאו וכשיבואו הבנים נתחכם להם.

ועוד החת"ס ז"ל סי' י"ב תמה בזה על הרא"ש שהתיר בגיד חלול אם הוא ביד"ש דאיך נתיר והלא אם תלד יהיה הולד ס' ממזר והשיב שאם תלד נאמר שלא היה חלל מהנקב ואילך והוא יורה כחץ והולד כשר וכתב על מי שעשה ס"ס להחמיר בנדון הרא"ש דלא חש לקמחיה והעיקר דיש לסמוך אחזקת כשרות דהאם ע"ש וכן התע"ל שם ד"ט האריך בזה ואסיק דכל צד שיש צד לתלות באיזה ס' שתלד ממנו מוקמינן לה בחזקת כשרות והולד כשר.

ועיין להב"א סי' ג' שהאריך שאין לתלותבזנות כל שאפשר לתלות בד"א אפי' בדרך רחוק והביא תשו' הריב"ש בס' תמ"ו ותמ"ז ובסי' ד' עצמו כתב לבסוף דאם יש לו רבוי שערות וגם אומר שעמד ע"ן בעת הטלת המים שאין מתפשטין להלן מן הנקב רגל"ד שגם שביל הזרע סתום ויש לנו אילן גדול הרא"ש לסמוך עליו ע"ש ועיין לשני המאורות בס' בני בנימין אה"ע סי' ל"א ול"ב דבניקב הגיד הכשירו הבן הנולד לב"ק אף כי ניקב ע"י מכה ועיקר ההיתר משום שסמכו שנסתם אעפ"י שבשעת בדיקה היה פתוח (עיין חת"ס סי' י"ב מ"ש בזה) והרב מאריה דאברהם ז"ל הביא משם הרמ"ה דמ"ש בש"ס צא וחזור על בניו לאו לאשוויינהו ודאי ממזר אלא ס' ובד"ז פי' כונת הב"ש סק"ג דלא תלינן שנתרפא ור"ל והוי ס' ממזר דמדאורייתא יבא ולבסוף כתב דגם הב"ש לא כ"כ רק בהיה ברור לנו שתחילתו לקוי וסופו לקוי דל"א שנתרפא בינתיים משא"ך בנדון ההוא דלא נבדק תחילה ע"ש וא"כ בנד"ז דנקבצו כל הטובות הנז' שכתבו הפוס' ולא הורע חזקתו ואימור כך נולד וגם שמא הגיד אינו חלול ויש בדיקת הרופא.

והביצה מבשלת לדעת התו' ודאי יש לתלות הבנים בו משום חזקתו וחזקת האם ואין לעכב בידו מלישא אשה. זהו חו"ד אם יסכימו בזה בעלי הוראה ושלום: סימן כ"א ידי"ן

ראיתי הפצרתו אודות ראובן שהיה נשוי ללאה וגירשה והלכה והיתה לאיש אחר ושוב נשא רחל בתולת ישראל מזה ד' או חמש שנים ועד היום לא ילדה לו.

ועתה בראותה כי לאה ילדה לבעלה השני ה'ן אשה מתקנאת לאמר לראובן הבה לי בנים ואם אין שלחני ואלכה וראובן חושש פן ילמדוה קרוביה לכפותו והוא מצטער דוי לו על אשתו ודוי לו על נכסיו ואתה דורש להגיד לך את דבר המשפט זת"ד: האח האמת כי מדעתי ושלא מדעתי שלא להשיב ע"ז מכמה סבות.

אבל גדולה אהבה וכו'. ויען שכת"ר לא הודיע תוכן בקשת האשה למאי נ"מ בטענתה. אשיבך מלין תחת שלש. א') אם טענתה שאינה ראויה לבנות ממנו.

ב') אם טוענת בעינא חוטרא לידה ומרא לקבורה. ג') אם טוענת אין לו גבורת אנשים. ולטענה הא' א"ץ לפנים דכבר איפסיקא הלכתא בסו"פ הבע"י דאתתא לא מפקדא אפו"ר ואין שומעין לה וכ"פ הטושו"ע אה"ע סי' א' סי"ג וסי' קנ"ד ס"ו. אבל טענה ב' אתמר התם דשומעין לה.

זולת צריך לברר שבע חקירות בזה. א') מתי שומעין לה אם תוך י"ש או דוקא אחר י"ש ובזה יתבאר דין אם ידוע שהוא עקר.

ב') אם לידת אשתו ראשונה ראייה דמיניה הוי ויגרש זאת תוך יו"ד. ג') גם בטענה זאת אי תבעה כתובתה נאמנת לאחר י"ש או לא.

ד') אם לאחר י"ש אמר אשא אחרת לבדוק עצמי מצי או לא. ה') כששומעין לה גביא כתובתא ונדונייתה ולא התוס' או גם תוס' שלישי ועילוי השומא תגבם.

ו') במאי כפינן ליה להוציא בשוטים או במילי ז') ואי במילי דוקא אי כפינן ליה למיפק מיניה ממונא כתובה ונדוניא ותוס' או לא: והגם כי מקצת החקירות האלה כבר עלו על השה"ט בס"י קנ"ד וז"ל בס"ו ואם טענה שחפצה לילד כדי שיהיה לה בן שתשען עליו וכו' ע"ס הסעיף ואנן אתכא דידיה סמכינן מ"מ כשיתבררו הדברים בשרשן תתלבן ההלכה ואין מדרש בלי חדוש.

והנה מ"ש מרן דטענה זאת דוקא לאחר י"ש והיא ראשית החקירה הא' שרש דבר נמצא ממאי דאתמר בפהע"י דס"ד אמתניתין דשהה עמה יו"ד שנים ולא ילדה יוציא ויתן כתו' הוא אומר מינה והיא אומרת מיניה אמ"ר אמי דברים שבינו לבינה נאמנת מ"ט היא קים לה ביורה כחץ איהו לא קים ליה ע"כ והק' התו' התם במאי קמיירי אי בתוך עשר ניחוש שמא עיניה נתנה באחר כמשנה אחרונה בנדרים ד"ץ ואי אחר י"ש אפ"י יורה כחץ נמי יוציא וית"כ.

ואי תוך י"ש ובאה בטענה מ"מ ניחוש לענ"בובסוף שמעתין דכופין בבאה בטענה התם איכא לאוקומה כשהוא עקר או בשהה י"ש ויש לו בנים מאשה אחרת דאי"כ משום פו"ר לולא טענתה אבל הכא ליכא לאוקומי הכי דא"כ אפ"י יורה כחץ וכו' ות"י דכיון דיש לו בנים יש לתלות העונש בה ולולא שאמרה אי"ך לא היינו כופין בטענה ומה שלא טענה כן קודם י"ש מפני שלא היינו מאמינים לה דשענ"ב זת"ד התו' ות"י ת"י אחרים ע"ש והרא"ש שם בפסקיו וגם בתוספותיו הביא ת"י הנז' משם בה"ג וגם הרב המאור

ז"ל תי' כן מדנפשיה ע"ש והרי"ף ז"ל תי' דהך דר"א קיימא אמאי דתנן שהה עמה י"ש ולא ילדה דיוציא ויתן כתובה דהוא אומר ברי דמינה הוא להפקיע כתובתה והי"א מיניה וכו' ע"ז קאמר דנאמנת דכיון דאיהו בעי לאפוקה ל"ח לענ"ב והך דנדרים תוך י"ש ואיהי תובעת להתגרש ולמיתב לה כתובה להכי במשנה אחרונה חששו לענ"ב ע"ש והנה הרא"ש בפסקיו הביא דברי הרי"ף בקצור ופי' טענת ברי דבעל כגון שאומר שמפלטת ש"ז וכו' וסיים ולפי מאי דפרישית אפי' תוך י"ש והוא רוצה לגרשה נאמנת ולעיל מזה הביא משם י"מ דר"א איירי ברוצה הבעל לגרש לזה ל"ח לענ"ב ובנדרים בתובעת להתגרש ואנכי לא ידעתי ההבדל בינם לבין הרי"ף ודמיתי לומר דלהרי"ף בעי תרתי אחר י"ש ואיהו מפיק לה לא כן הי"מ הכל תלוי באיהו מפיק לה אפי' תוך י"ש ולפ"ז מ"ש הרא"ש ולפי מאי דפרישית וכו' מהדר אוי"מ אמנם היא גופא תיקשי להרי"ף אמאי ניחוש לענ"ב וראיתי למהריב"ל ח"ג סי' ג' וק"א הק' כן להרי"ף ותי' דאנה"ן ע"ש והדק"ל במאי פליגי.

וגם כדי שלא יהיו סתרי דברי מהריב"ל להרא"ש מוכרח דמבין מאי דקאמר ולמאי דפרישית וכו' מהדר הרא"ש אהרי"ף וא"כ מאי חדית לן מהריב"ל ז"ל וצ"י. ומאי דאוקי הרי"ף הך דנדרים תוך י"ש לאו למימרא דלאחר עשר שומעין לה גם בלי טענת חוטרא דזה לא יתכן כיון דלא מיפקדא אפ"ר ועוד דלקמיה מייתי מימרא דר"ן דאמר בטענת חוטרא כייפינן וכתב שם הנמק"י וז"ל דאתאי לאחר ששהתה י"ש עם בעלה ולא היו לה בנים וכו' משמע דוקא אחר י"ש ומאי דלא כפינן משום פו"ר דידיה דקדק וכתב ולא היו לה בנים אבל לבעל הי"ל.

(מה שסיים הנמק"י וז"ל אמ"ל כיון שאינה מצווה אפ"ר אינה יכולה לכופו שיתן לה גט ואם תרצה תצא שלא בכתובה הוא תמוה דמאי שלא בכתו' דקאמר והלא גם על הגט כתב שלא תוכל לכפותו. ואפ' דכיוין למ"ש הרמב"ם פט"ו מאישות הט"ו דטוענת אי"ך ומתוך דברי ה"ה מוכח דבאה בטענה נמי אבל תוך י"ש דאין דנין בה דין מורדת אבל הוא אינו חייב בכתו' והיינו דכתב ואם תרצה תצא כלו' מביתו ואין לה דין מורדת זולת שתצא שלא בכתובה) אלא משום דלאחר י"ש בלא"ה כופין משום פו"ר וכמדומה שכ"ר במפז"ל ולעולם דאי אית ליה בנים והיא באה בטענה דמודה הרי"ף דאי"ש לה רק אחר י"ש ועיין למהריט"ץ ז"ל סי' מ' מ"ש בדעת הרי"ף ז"ל והרי בעיקר הדין שוים הרי"ף והתוס' ז"ל דגם בטענת חוטרא אי"ש רק אחר י"ש.

זולת דמספק"ל לדעת הרי"ף אם שומעין לה גם בלי צירוף טענת אי"ך או לא דלהתו' ז"ל כתבו להדיא דכיון דיש לו בנים בעיא שתוכיח דמיניה הוא בט' אי"ך רק כתבו זה בדרך דוחק לתרץ מלתיה דר"א והרי"ף בל"ז תירצה ומ"מ מספק"ל דכיון דגילה דעתו בטוען ברי דבעיא שתטעון נגדו אי"ך אי הויין בני כברי או גריעי מיניה והרב נתיבות משפט דרכ"ג עמד בחקירה זו וכתב דלהרא"ש והתוס' צריכה טענת אי"ך ולהרמב"ן וגם סתמיות דברי רי"ו א"ץ ואני דקדקתי בפסקי הרא"ש בהך דר"ן דאתיא מחמת טענה ולא מצאתי גילוי דעתו בזה והגם דבהך דר"א הביא דברי התו' הנז' אין ראייה מזה לדעתו להלכה דהא הביא תי' אחרים להך דר"א ע"ש אבל הא ק"ל מדוע הנ"מ ז"ל לא צירף דעת הטור להתו' שכתב להדיא דבעיא נמי ט' אי"ך וכ"פ בש"ע והרמב"ם ז"ל בפט"ו

מאישות היו"ד כתב וז"ל האשה שבאה לתבוע מבעלה לגרשה אחר י"ש מפני שלאילדה והיא שאינו יורה כחץ שומעין לה אעפ"י שאינה מצווה אפ"ר צריכה היא לבנים לזקנתה וכו' ע"כ הנה הוא ז"ל עשה עיקר מטענת אינו יורה כחץ זולת דלכאורה היה נראה דמסתיין לומר דס"ל כהתו' דדוקא ביש לו בנים דיש הוכחה דמינה הוא דבעיא שתטעון כן דהא כיון דמוקי הך דינא באחר יו"ד אית לן למיפרך דבלא"ה בעי לאפוקי משום פו"ר דידיה אלא דיש לו בנים ומשו"ה בעי ט' אי"ך.

אמנם ראיתי להרב"ש סק"א שדחה הכרח זה ופשיט"ל בדעת הרמב"ם דגם בלית ליה בני לעולם צריכה שתטעון אי"ך ובלא"ה אין שומעין לה וכתב דפי' מ"ש שמא לא זכה להבנות ממנה היינו שאי"כ וכתב שגם דעת הטושו"ע כן שכתבו אפילו יש לו בנים ומשמע דאין חילוק בין יש לו בין אין לו ונ"מ לדידן האידנא דאין כופין על פו"ר דידיה כמ"ש מור"ם בסי' קנ"ד וסי' א' ובאה היא בטענה ואין לו בנים דבעיא שתטעון ג"כ אי"כ ואי לא לא עש"ב והגם כי בסק"ב הך' דלפי"ז למה סתם המחבר שם שיוציא ויתן כתובה גם שלא טענה אי"כ.

עיינן להרב בית מאיר ז"ל שעמד ע"כ דבריו בזה ואסיק דכשתבעה היא להתגרש הרמב"ם והטושו"ע לאחדים דלא סגי בלי טענת אי"כ ובבעי איהו לאפוקה או מכח ב"ד תטול כתו' גם בלי זה. ומעתה אתבריר לן מקצת הטענה בחקירה ראשונה דלדעת עמודי ההוראה אין שומעין בטענת חוטרא זולת לאחר י"ש ובעיא שתטעון עמה אי"כ ולהש"ע שאנו סומכין עליו חידוש שחידשה תורה דגם בלית ליה בני לא סגי בלי ט' אי"כ ומינה לא נזוע והשתא דהכי קים לן לבי היה מהסס איזהו גדר אי"כ דהא ודאי אינו דומה זקן לבחור וגבור לחלש ועד כמה זולת שמצאתי בתו' נדה דמ"ג ע"א שכתבו דגם זרע היוצא בלתי הרגשה ראוי להזריע אלא שהיא אינה ראויה להתעבר לפי שאינו יורה כחץ ואינו נכנס לתוך גופה אלא שותת ויוצא לחוץ ע"כ ומה נעמו בזה פי' היא אומרת מיניה וכו' שפי' הרא"ש הו"א מינה שמפלטת ש"ז והשתא הי"א מיניה דאותה פליטה משום שאי"כ והוי טענתם בסוג אחד והיא מהימנא דאיהו לא קים ליה.

ולפי"ז הרי נודע גדר הטענה: ולמקצת החקירה בידוע שהוא עקר אי מהני זה למכפייה לאפוקה תוך עשר הנה הטושו"ע כתבו ובידוע שהוא עקר יוציא מיד ולקמן בעז"ה ית' אי שייך זה גם בתבעה כתובה או לא ועתה אבאר דהך ידיעה שהוא עקר פשוט הוא דבעי ידיעה ברופאי ישראל כשרים לעדות ולא ברופאים פסולים וכ"ש גוים דכיון דאיכא אפוקי ממונא וכפיית גט סהדותא מעליא בעי וכ"כ להדיא הרב יד אליהו מלובלין ז"ל סי' כ"א ואפי' גוי מסל"ת דמהני בעדות אשה לא מהני כאן וגם ל"ש מסל"ת די"ל דבבקשת האשה אומר כן וחילק מזה למ"ש השבו"י סי' ס"ה להאמין רופאיהם גבי נדה עש"ב והוא פשוט.

וגם בידיעה ברורה ראיתי להב"ש סקט"ו שדעת הרא"ש שבתוך י"ש חיישינן לענ"ב ואין שומעין לה רק לאחר י"ש. ואיברא דלשון הרא"ש סו"פ הבע"י הכי מוכח שהעתיק מימרא דר"ן דבאה בטענה כייפינן ליה וכתב וכן הלכתא ול"ח שענ"ב כדפרישית דמיירי ששהתה עמו י"ש וידענא ביה שהוא עקר ולכך כופין אותו להוציא או מיירי כשיש לו

בנים מאשה אחרת והא כיון דבאה בט' כופין אותו להוציא וכיון ששהתה י"ש ל"ח לענ"ב עכ"ל.

אמנם אחר המחי"ר י"ל כונת הרא"ש בדרך אחר כי נהי דמדברי התו' והרא"ש לעיל מזה מוכח דכשהוא עקר הוי הוכחה דל"ח לענ"ב. אבל גם לזו מהניא דכשהוא עקר שאין כופין אותו להוציא אחר י"ש משום פו"ר דידיה דמה נועיל וכאשר מפו' שם ביבמות דס"ד שהק' ולילף מיצחק כלו' דשהה עד עשרים ותי' יצחק עקור היה.

וכ"כ רי"ו להדיא בנכ"ג ח"ח דכשהוא עקור אין כופין ע"ש ושם כתב ג"כ לגבי תבעה להתגרש אחר י"ש דל"ח לענ"ב משום שהתה י"ש או בידוע שהוא עקור ע"ש והשתא א"ש כונת הרא"ש דלחששת ענ"ב ראה והתקין דמיירי כשהתה י"ש אך הוק"ל דא"כ דל טענתה וכופין משום פו"ר ותי' דמיירי דהוא עקור כלו' ומה נועיל לגבי פו"ראו שיש לו בנים ותי' בתרא יורה על כונת הקמא דלא בא אלא לתרץ אמאי לא כפוהו אפו"ר אלא דק' ע"ז כיון דסו"ס לא סגי ליה בתקון הי"ש אם לא דמיירי כשהוא עקר והיא עצמה תועיל לתקן חששת ענ"ב אמאי איצטריך לאוקמה אחר י"ש.

וי"ל משום דמשמע ליה דמימרא דר"ן אמתניתין דהאיש מצווה אפו"ר קאי ולומר דגם דאתתא לא מפקדא שומעין לה בטענת חוטרא והך מתני' קיימא אמתניתין דשהה עמה י"ש וכו' לומר דל"ש כפיה רק מצד הבעל ולא מצד האשה ונמצא קושטא דמילתא דכולהו קיימי אחר י"ש וקושטא דמילתא קאמר.

זולת שראיתי להרב ב"מ ז"ל ס"ו החזיק בזה והביא תשו' הרא"ש דמוכח דבעי אחר י"ש גם לעקר. ולקוצ"ד המדקדק באותה תשו' יוכל לפרשה בדרך שכתבתי.

אבל מה אני נגד הגאונים הנז' גם ראיתי להד"ד ז"ל עשין מ"ט דס"ט ע"ג שעמד בזה ותמה על המקור שהביא הב"י לדברי הטור שבעקר מוציא מיד מדברי הרא"ש בפסקים ותשו'. דאדרבה שם מוכח להיפך כמ"ש הב"ש והב"מ ז"ל וכתב שכן מפו' ברי"ו והוא הולך בדרכי הרא"ש.

ואמת שבגוף הספר ברי"ו כן כתוב אבל בספר שהיה ביד נתיבות משפט ז"ל כתוב כמו שהעתקתי לעיל. ומ"מ אחר דהנך אריותא פשיט"ל הכי בדעת הרא"ש הגם דלהטושו"ע הוי להיפך נלע"ד דהכי נקטינן יען שאם באנו לכופ תוך י"ש הוי גט מעושה לדעת הרא"ש ז"ל לפי ס' הרבנים הנז' ואנן כבר השרישנו הגאון שיו"ט ז"ל סי' י"א וכמה תשו' דלענין איסור ערוה בגו"ק ויבום וחליצה אנו נוהגים לתפוש כל החומרות של כל הפוס' אלא דלהקל אין אנו יכולים לעשות הפך מרן ז"ל ע"ש והאחרונים גרירי אבתריה ועיין בס' תו"ש דאין לצאת י"ח בזה זולת בתלת או ד' ספיקי וגם אני בעניי הארכתי בזה במ"א והרי גם זה חידוש דגם בעקר אין לכופ תוך י"ש ובזה נשלמה החקירה הא': ונבא לחקירה ב' והיא מתחלקת לשנים חלק אחד לרבי דקי"ל כוותיה בסו"פ הבע"י דס"ד דבנשואין בתרי הוי חזקה אם ישב עם הראשונה יו"ד שנים וגירשה משום פו"ר דידיה או מחמת טענת חוטרא אי מציא השניה לכופו גם תוך יו"ד או לא.

חלק שני אי הויא לידת ראשונה ראייה דמיניה הוא ותוכל לכפותו השניה תוך יו"ד או לא. ואשיב על ראשון ראשון וטרם כל אבאר פה החקירה אם אמר אחר י"ש לנסות עצמו באחרת ואם לא הועיל יוציא ויתן כתו' אם שומעין לו.

הנה הטור בסי' קנ"ד כתב שאם אמר לנסות עצמו שומעין לו ואם ילדה השניה יוציא הראשונה בלא כתו' ואם לאו ישהה עשר שנים ויוציא שתיהן ויתן כתו' וכו' זהו להרמ"ה אבל הטור פליג וס"ל דאם לא השניה יוציא מיד שתיהן וית"כ. ובש"ע כתב ס' הרמ"ה בסתם וס' הטור בשם יש מי שאומר ע"ש ועיין בב"ש סקט"ו וידוע דסוגיין דעלמא נקטינן הלכה כסתם זולת ראיתי למהריט"ץ ז"ל ס' קצ"ג הרבה להשיב על הש"ע שכתב זה לענין כפיה להוציא בבאה בטענה ולא אתמר בש"ס אלא להיא אומרת מיניה והו"א מינה דפליגי לענין כתו' וכפירש"י שם וגם אין סברא שבאה מחמת טענה מלבד י"ש דידה תמתין עוד י"ש עם השניה ונמצאת מבלה ימיה עש"ב ואחה"ר אנכי לא ידעתי מה כחננו יפה להק' על מרן מפירש"י אחרי ראות להתו' והרא"ש דפי' הך דהיא מניה וכו' לבאה מחמת טענה ובתרת פליגי בין לענין להוציא בין לענין כתובה כמובן ועלה קאי הך דאמר איזיל ואבדוק נפשאי ורבים נמשכו בפ' הזה כמש"ל ועיין להרדב"ז ז"ל בישנות ס' קי"ח דהביא הך דאיזיל ואבדוק לטוענת אי"כ וכתב וכ"ת ה"מ לענין כתובה וכו' ליתא דהא הגאון מוקי לה לפי משנה ראשונה דנאמנת ויוציא וית"כ ועכ"ז אם אמר איזיל ואבדוק וכו' שומעין לו ומיניה נשמע להרי"ף דבהא לא פליגי ע"ש וכ"מ מדברי רי"ו נכ"ג ח"ת שאחר דין באה מחמת טענה הביא הך דאיזיל ואבדוק וכו' והביא גם דברי הרמ"ה דגם שנשא שניה תמתין עד י"ש ע"ש ומה לנו לזעוק על מרן ז"ל ואי משום הס"ב שכתב כיון דל"מאפו"ר ורק משום חוטרא אם לא יתברר דמיניה הוא מה נעשה לאחותנו.

ואיך שיהיה אחר שהדבר מפורש בש"ע והביא ס' הרמ"ה בסתם ליכא למיזז מינה. ונשלמה החק' הד'.

ומינה ניפוק לחלק הא' מחקירה ב' דודאי גם לרבי לא הוחזק זולת בשהה י"ש עם הראשונה וי"ש עם השניה וכמו שנראה מהתו' שם דס"ה גבי נישאת לראשון ולא היו לה בנים לשני ולא היו לה בנים לג' לא תנשא אלא למי שיש לו בנים נישאת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה שכתבו בד"ה תצא של"ב לכאורה נראה דדוקא בשהתה עם השלישי וכו' ושקו"ט אי שהתה עם השלישי או לא אבל בראשון ובשני פשיט"ל דשהתה עמו י"ש ע"ש.

וכ"ש לענין כתובה שכתבו שם בשם ר"י וכ"פ הפוס' דמודה רבי דדוקא בתלתא הוא דהוי חזקה ע"ש ומדידה נשמע לדידה דגם הוא ל"ש לכופו רק בהחזק בשתיים ששהה י"ש עם כל אחת ולענין כתו' עד דאתחזק בתלת ופלוגתא דהטור והרמ"ה ז"ל לדעתי אינו ענין דהתם בהא פליגי דהרמ"ה ס"ל דגבול הי"ש בדידה אתי בק"ו מדידה וכמ"ש ה"ה ז"ל ע"ד הרמב"ם בפט"ו דאישות דלא עדיפא אתתא בטענתה מפו"ר דידיה ולכן לא שני לן בין בהיותו עם אשה ראשונה בין עם השניה לא בציר מיו"ד אבל הטור ס"ל דטעם שיהוי יו"ד שנים בדידה הוא כי היכי דניפוק מחשש ענ"ב ולפיכך כשגירש הא' מדעתו או שהתה י"ש דתו ליכא למיחש בה שענ"ב מפיק לה ומועיל גם לחברתה שלא



שהתה מפני שאין לחלק וזה נראה ממ"ש שיוציא מיד כיון ששהה עם הראשונה י"ש או אפי' לא שהה כיון שהוא בא להוציא את הראשונה מדעת דליכא למיחש שענ"ב כולן יוציא מיד כדין הראשונה ע"כ אמנם כ"ז כששתי נשים עוד שתיהם קשורות בו דשייך טעם הנז' אבל בזו אח"ז ודאי דגם הטור יודה דלא אתחזק זולת בשהה עם כל אחת י"ש.

שו"מ הדבר מפו' במהר"ם מינץ ז"ל סי' פ"ח בגירש הראשונה משום טענת חוטרא ובאה השניה לכופו גם היא לגרשה בטענה הנז'. שכתב שאין שום סברא לכופו דאפי' לרבי לא איתחזק בפחות מב' פעמים וכן קי"ל כרב דאין מעשין אלא לפסולות ובפ' המדיר פליגי בשי"ש וכו' ובסו"פ חזקת מייתי דאחר החרבן דין הוא שנגזור שלא להוליד בנים כמ"ש המרדכי והשתא ק"ו ומה האיש שמצווה על פו"ר מדאורייתא אין כופין כ"ש שאין כופין על טענת חוטרא וכו' ע"ש ולכאורה דדברי הרב קיימי בבאה שניה תוך י"ש ואפי"ה איצטריך להך דרב משום דחדא ועוד קאמר אבל אי לאחר י"ש קשה דהא קי"ל כרבי דאיתחזק בתרי אי תרוייהו לאחר י"ש ואפי' בחדא אי באה בטענה ולאחר י"ש קי"ל דיוציא וית"כ אם לא שנאמר דהרב ז"ל עושה עיקר מהך דהמרדכי דאפי' בטענה ולאחר י"ש פוסק דאין מעשין אלא לפסולות ובפרט בזה"ז ומ"מ הרי נגמר הדין מחלק ראשון בחקירה הנז'.

ולחלק השני א"כ נראה פשוט דלידת הראשונה אינה מעלה ואינה מורדת דהא בדידה קי"ל שהתה עמו י"ש ולא ילדה תנשא לשני והתם סתמא אמרינן ואפי' ילד הוא מאשה אחרת ואין ראייה להחזיקה בעקרה ודכוותה לדידיה וכ"פ המפז"ל ההיא דר"א באומרת אינו יורה כחץ דאפי' יש לו בנים מאשה אחרת נאמנת ולא תלינן קלקול בה אלא אמרינן השתא הוא דנתקלקל וה"ן נימא השתא הוא דהבריאה הראשונה ולהדיא אמרינן בפ' הבע"י דס"ה גבי נישאת לשלישי דאין לה כתובה דאפי' נישאת לרביעי וילדה לא תחזור לגבות כתו' משלישי משום דאמרינן השתא היא דהבריאה ע"ש וכ"פ הפוס' ול"א משום שכבר הוחזקה בג' ש"מ דאין מהלידה ראייה אפי' לגבי דידה וכ"ש לגבי אחריני ומאן דבעי למילף ממ"ש גבי בודק עצמו באחרת יוציא הראשונה בלא כתובה אם ילדה שניה.

אינו אלא שבוש דהתם מאי דהוה בעי למיתב לה כתובה משום טענת אי"כ הא אתבריר בלידת שניה דגם הוא יורה וא"ת השתא הוא דהבריאה נימא לה אמאי איהי לא איתעברת מיניה עד השתא והוי ראייה דודאי מינה משא"כ הכא די"ל דמעיקרא ועד השתא הוא בריא והנשים חלושות ומאי דילדהקמייתא השתא משום שהבריאה.

וא"כ אין טענת אתתא דנ"ד בזה טענה וכ"ש למש"ל דמכח ס' הרא"ש ז"ל אין בידינו לכופו אפי' לידוע שהוא עקר תוך י"ש ולא הוי לידה ראייה יותר מידוע עקר עפ"י רופא: ולחקירה ג' אי תבעה כתובתה אי מהימנא גם לאחר י"ש כבר הטוש"ע פסקו דלא מהימנא באימור מחמת חמוד ממון משקרא.

ודב"ז נלמד ממ"ש בפ' האשה שלום דקי"ז ופסקוהו הפוס' בסי' י"ז וק' באומרת מת בעלי מתירין אותה לינשא תנו לי כתובתי אף לינשא אין שומעין לה ומזה למדו הפוס' לטוענת אין לו ג"א דאם תבעה כתו' אינה נאמנת עיין להתו' יבמות ונדרים שם ותשו' ריצב"א בסוף תשו' דשייכי לס' נשים והרא"ש בתשו' כמ"ג זולת זה מצאתי להרב נ"מ דרכ"ד שהאריך לתמוה על הטור דלא מצא זה בפוס' זולת גבי טענת אין לו ג"א והתם

יש טעם לדבר כיון דנאמנותה משום אין אשה מעיזה אנה"ן כשתבעה כתו' י"ל חמוד ממון אנסה להעיז אבל בטענת אי"כ דבמידי דלא קי"ל מעיזה ולא מהימנא זולת באמתלא דשהות י"ש אימור דהאמתלא תבטל גם חששת חמוד ממון.

ורצה להוכיח זה מדברי הרי"ף ודחה ולבסוף הק' מתשו' הרא"ש דכלל מ"ג סי' א' דאוקי הך דר' אמי דנאמנת גם בתובעת כתו' והצ"ע ע"ש. ואנכי איש צעיר לא זכיתי לירד לעומק חילוקו של הרב דמאי שנא שחששת חמוד ממון תדחה חזקה דאין אשה מעיזה דמתרת א"א לעלמא ולא תדחה אמתלא דשיהוי י"ש ובהגהות הגר"א על הש"ע עשה סימנים לדין זה מהך דגבי טענת אין לו ג"א ותלה זב"ז ע"ש ואי מהך תשו' דהרא"ש ז"ל לכאורה נראה דאינה תברא כי כבר הרא"ש ז"ל בעצמו הרגיש וכתב ואי משום ענ"ב כבר רבו התי' בתוס' ע"ש ולקוצ"ד אפש"ל שכיון בזה לחד תי' דאוקמו התו' הך דר"א בידוע שהוא עקר ומשמע ליה דכשהוא עקר מועיל דהוי אמתלא גדולה דאין לחוש גם לחמוד ממון וכמש"ל לקוצ"ד דגם הרא"ש מודה בידוע שהוא עקר דמועיל למכפייה גם תוך י"ש.

אלא שכבר כתבתי דלדעת הב"ש והב"מ והד"ד ז"ל דאין כן דעת הרא"ש ז"ל ושוב התבוננתי בדברי הב"מ ז"ל וראיתי שגם הוא ז"ל הק' מהך תשו' כקושיית הנ"מ ז"ל ודחה הך אוקמתא דידוע שהוא עקר דמה בכך וכו' ע"ש גם ראיתיו שם מוסיף להפליא מגוף הסוגיא דעובדא דר' אמי בהך אתתא דאתת לקמיה מפו' דתבעה כתו' וז"ל אמ"ל הב לי כתובה ועכ"ז כיון דבאה מחמת טענה אמר כי הא ודאי כפינן ע"ש ולפי חומר הנושא ס"ד למימר דהטושו"ע מפרשי לה בגוונא דאמרה יגרשני ויתן כתובה דבכה"ג איבע"ל בפ' האשה שלום אי מתירין אותה לינשא ולדעת הרמב"ם דגריס ואת"ל ס"ל דבכה"ג מתירין אותה והיא הס' שהביא בסתם הש"ע בסי' י"ז וסי' ק' אמנם האיכא ס' הרא"ש והיא הס' שכתב שם בשם יש מי שאומר דס"ל גם בזה אין מתירין אותה ומה יענה הטור לס' אביו הרא"ש.

אמנם אחר הישוב התבוננתי ולק"מ דהא איתא התם עובדא אחרנא בההיא דאתת לקמיה דר"ן וליתא התם אמ"ל הב לי כתובה ודקדקתי בפסקי הרי"ף והרמב"ם ולא הביאו רק הך דר"ן ולא דר"א. והנה מרא דהאי שמעתתא בהאשה שלום באמרה מת בעלי דחייש לחמוד ממון הוא ר"ן וא"כ אפשר דאילו הוה עובדא קמיה ואמ"ל הב לי כתובה לא היה שומע לה משום חמו"מ ור"א אפשר דל"ק לחמו"מ כלל ומשו"ה השמיטו דר"א הרי"ף והרא"ש שוב עיינתי בתשו' הרא"ש כמ"ג סי' ד' ואייתי גם עובדא דר"א ול"ג בה אמ"ל הב לי כתו' וא"כ אין תימה.

ובין הכי ובין הכי כיון דהטושו"ע פסקו בתבעה כתו' דלא מהימנא אין לזוז מדבריהם. ועיין להרזב"ז ז"ל בישנות סי' קי"ח דהוכיח מדברי הריטב"א דאפי' הזכירה כתו' כגון שאמרה ולענין כתו' לכל יש זמן וכן כל דבר שנראה לבית דין שהיא מסתרת כדי שיאמינה דאינה נאמנת.

וראה זה חדש למהרלב"ח ז"ל בסו"ס כ"ט שאפילו לא תבעה כתו' רק שהיא תפוסה מנכסי בעלה כתבשיש בזה להחמיר שכיון שא"ץ לתבוע יש להסתפק שטוענת שקר ע"ש ולענד"ן דבכל חדושי' אלו דנפקי מפומיהו דרבנן קדישי אין בידינו לכוף משום גט

מעושה גם נלע"ד דלאו דוקא תביעת כתובה אלא גם תביעת נדוניא כיון שכתב הרב"י משם הרשב"א בריש סי' צ"ג ומור"ם שם ובסי' ס"ו בהגה ובד"מ דנדוניא ככתובה דלא ניתנה ליגבות מחיים אימור דמשו"ה טוענת שקר כדי שתוכל לגבות מחיים וכמ"ש זה בש"ע סי' י"ז דאם תבעה כתו' אין דעתה להנשא אלא ליטול כתובתה מחיים וא"כ ה"ה בנדוניא וכ"ן ג"כ גם אם תבעה קצת דלחשש חמו"מ מה לי כולה מ"ל מקצת ולהדיא כתבו הטושו"ע דאין שומע"ל רק כשאין לתלות תביעתה בשום דבר אחר.

ברם הא מספק"ל לדעת מרן אם אמרה גרשוני בגט ותנו לי כתובתי אם שומע"ל ולהטור והרא"ש דס"ל גבי מת בעלי דגם בזו אינה נאמנת פשיט"ל דה"ה הכא ומפנ"ך סתמו הדברים אבל מרן דפסק התם בסתם דבכה"ג נאמנת מדוע לא ביאר פה ואדרבה מדהקדים תביעת גט תחילה וסיים בתריה ואם תבעה כתובה וכו' נראה להיפך והדבר צ"ת: ולחקירה ה' מה תגבה אחר י"ש.

כבר הטושו"ע פסקו שתגבה עיקר כתו' ונדוניא מה שהכניסה לו ולא התו' ועין בב"י מקור הדברים מהתו' והרא"ש והרי"ף והרמב"ם וכתב שמ"ש רי"ו בשם הרי"ף והרמב"ם אין דבריו מכוונים. ועין להרב נ"מ והד"ד סוף עשין מ"ט שתקנו הגי' ברי"ו וגם לדידיה הרי"ף והרמב"ם סוברים דלית לה תוס'.

וטעם הדבר משום דלמישקל ומיפק לא כתב לה ולפי"ז גם אם תפסה מוציאין מידה וכ"כ הב"ש סקי"ט והד"ד סוף עשין מ"ט למעשה ע"ש ודלא כטעם הב' שכתבו התו' גבי טוענת אין לו ג"א דהכא ל"ש כיון שיכול לבעול ורק אי"כ איכא חיבת ביאה. ועיין להרב מטה יוסף ח"ב סי' ה' שהוכיח מהתו' והרמב"ם דגם בעקר ורק יכול לבעול דאין לה תוס' מטעם למישקל ולמיפק לא כתב לה וזה פשוט.

אך מה שיש לברר הוא מה שנוהגים לעלות השומא בבגדים וכו' יותר משיויים ושוב כותבין בכתובה סך הכל בכלל נדוניא אם גם העילוי הנז' דינו כתוס' או כנדוניא. ומצאתי להרה"ג מהריט"ץ ז"ל בסי' קצ"ג שעמד בזה ופשיט"ל דעילוי זה דינו כתוס' ולמד כן מדברי ריצב"א שהביאו התו' ביבמות וגם מדקדוק לשון הטור שכתב נדוניא מה שהכניסה לו ע"ש.

וכן ראיתי להרב שולחנו של אברהם ז"ל באה"ע סי' נ"ה לגבי ארוסה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שנסתפק בזה ולבסוף העלה מדברי הרדב"ז ח"ב סי' שס"ט דדין תוס' יש לו וכ"כ בפשיטות בסי' ס"א ולגבי נכפה בסי' קנ"ד ע"ש וכ"מ להרב גו"ר באה"ע כ"ד סוס"י יו"ד שכתב בפשיטות דכל תוס' שאין לו קצבה וכגון עילוי שומא דאם תבעה מהבעל לגרשה אין לה ולמד זה מדברי ריצב"א ע"ש והוא פלא על הגו"ר שלא זכר שר מתשו' הרדב"ז ומהריט"ץ ועל השש"א ז"ל שלא זכר ממהריט"ץ והגו"ר ז"ל.

ומ"מ הרי סרכין ארבע כתבו דעילוי שומא דינו כתוס'. ועיין להגו"ר ז"ל שכתב וז"ל ואגב ארחין אני אומר דבנדון הריצב"א ודכוותיה אע"ג דדיינינן בהעלאת שומא כדין תוס' מ"מ לא מפקינן לה בבלאותיה הקיימים לבד אלא כמו שהיו שוים בשעת הנשואין ע"כ ולפי האמור לעד"ן דאחר שמפורסם שמנהגנו להוסיף בעילוי ולא יעבור כשיבא הענין לב"ד שככה יעשו יביאו רשימת השומא אם נמצאת ומשם יבינו בשקו"ד ואם לא

נמצאת יעשו פשרה ותהיה נוטה לזכות הבעל כי הממע"ה ולענין תוס' שלישי שנוהגין להוסיף בכל נדוניות בעולה ובתולה מדודים וש"ע הנה מהריק"ו שורש פ"א האריך דינו כנדוניא וחילק מזה להך דריצב"א דהתם אינו קצוב ותוס' שלישי הוא קצוב.

ועין להגו"ר ז"ל שם שחילק כן מדנפשיה. אמנם מרן בב"י סי' ק' הבי"ד וכתב ואין דבריו נראים לי ע"כ ומזה נפלגו דעות הפוס' מערכה מול מערכה בזה כבר אספוס הכנה"ג והי"א בסי' ק'וק"ו ושאר מקומות ע"ש.

והנה מצאתי להרב"ד אה"ע סי' ס"ט דס"ב עמד במח' זו והביא מ"ש בב"י סי' ק"ו גבי מחלק לאשתו בין הבנים דאבדה כתו' וז"ל וכתב ה"ה בהזו"מ בשם רש"י והמפרשי ומדבריהם ז"ל נלמוד דאין דברים הללו אמורים אלא בעיקר כתו' ואפשר דאף תוס' דינו כן אבל נדוניא ודאי לא ע"כ. והבין שכ"ז מדברי ה"ה ותמה דמאי מספק"ל בתו' והלא ש"ס ערוך הוא בפ' אעפ"י דת"כ ככתובה נ"מ למחלק לאשתו בין הבנים ותו' דבתוס' שלישי הנהוג מספק"ל מכח מח' מהריק"ו ומהרי"ק ז"ל.

ועיין למהרימ"ט ח"א סי' קי"ט שהק' ותו' כן ע"ד מהר"א מונסון ז"ל בסוף דקנ"ה. שוב הרב"ד ז"ל נתישב וכתב שהן הן דברי מרן עצמו ומזה העלה דנהי דמרן בסי' ק' פליג אמהריק"ו להלכה אבל למעשה מספק"ל ומש"ה בסי' ק"ו כתב ואפשר ע"ש ואני תמה אחזה"ר מאי פסקא דבסי' ק' כתב להלכה ובסי' ק"ו כתב למעשה וגם למטוניה דמר דבסי' ק"ו איירי בתוס' שלישי מדוע לא ביאר וכתב תוס' סתם.

וכן ראיתי דברים תמוהים לרב רשב"י בס' תו"ח למהרח"ש ח"ב דע"ז ע"ג שהביא דברי הב"י שכתב ואפשר שגם התוס' אבדה וסיים אבל לא אשכחן לשום פוסק שיאמר כן ע"כ. ולא ידעתי איך הוא מבין בדעת הב"י תנא אהיכא קאי בתוס' דעלמא עדיפא מיניה תיק"ל דזה נגד ש"ס ערוך ואם בתוס' שלישי מה לו ולב"י עם הפוס' אם לא יאמרו כן והלא הוא גילה דעתו בסי' ק' דאין זה כנדוניא ואדרבה תיק"ל דמאי מספק"ל ובפרט דרבים נמשכו אחריו ורשב"י ז"ל כותב דלא אשכחן בשום פוסק.

יותר מכ"ז קשה בעיני מה שנראה מדברי הכנה"ג סי' ק"ו הגב"י או"ט דדברי הב"י הם בתוס' דעלמא ולא תוס' שלישי שכתב וז"ל וא"כ דאף תוס' דינו כן נ"ב ותוס' דידן דין נדוניא יש לו וכו' וזה תלוי בפלוגתא דמהריק"ו ע"ש ומדכתב ותוס' דידן ש"מ דבב"י לאו עלה קאי ולמטוניה ק' דהויין דברי הש"ס תיובתיה דהרב"י ז"ל: אבל לעד"ן דמקום הניחו לי להתגדר בו בדעת מרן דודאי איהו ז"ל בשיטתיה דסי' ק' דתוס' שלישי בודאי דינו כשאר תוס' אלא דאחר דאיכא פלוגתא אי דוקא בחלק לבנים הוא דאבדה כתובה ולא בשותקת עיין בטוב"י באורך ונהי דגם בזה איפסיקא הלכתא דאם שמעה ושתקה אבדה מ"מ מספק"ל מרן אם גם לגבי התוס' אבדה בשתיקה או לא דהא אשכחן בזה פלוגתא בטור בסי' ק"א דלהרמב"ם אין הוכחת השתיקה מחילה אלא לגבי העיקר ולא לגבי התוס' ולהרא"ש גם לגבי התוס' והגם דשם הוכיח הב"י דגם הרמב"ם יודה להרא"ש וכ"כ ה"ה וזה נראה דעתו בש"ע שם שכתב דנדוניא דוקא לא אבדה מ"מ הכא בב"י חשש לדעת הטור ומשו"ה כתב בדרך אפשר דלגבי שתיקה אין מחילה בתוס'.

אבל למילי אחרוני אין חילוק בין תוס' שלישי לשאר תוס' וממילא הרי לא נשאר ס' בזה בדעת מרן דודאי פליג על מהריק"ו ורבים אתו כמש"ל ובזה אני תמיה על הרב"ד ז"ל שיצא לחלק שם בדעת מהרימ"ט שגם הוא יודה למהריק"ו בתוס' שלישי דנוהגים בסאלוניק ומזה לא מצא חבר למרן וגם מרן עצמו מסופק ע"ש.

והוא דאי משום ספקיה דמרן כבר כתבתי לענ"ד שאינו ענין ואי משום דיחידאה הוא הרואה יראה לרבני סאלוניק מהריב"ל ומהרש"ך ומהרח"ש וזולתם בכמה תשו' דקיימי בשטת מרן ולא חילקו בזה כו"ע גם לעירם והוא פלא שהרב"ד ז"ל לא העלם ע"ד שפתיו. ולדידן אפי' למטוניה דהרב"ד ז"ל כיון שמרן ז"ל שאנו סמוכים על שלחנו מספק"ל אפי' יהיו כל חכמי ישראל נגד ספקו נלע"ד שאין בנו כח לאפוקי מהבעל ועיין בס' בני בנימין סי' ל"ו שהביא מח' מהריק"ו ומרן דברי הרב"ד ז"ל וכתב מ"מ מי הוא זה יערב אל לבו לעשות מעשה להוציא ממון מהבעל והסכים עמו כוותיה ומטעמיה הרה"ג ראש"ל כמהר"א אשכנזי ז"ל ע"ש: ברם לכאורה נראה דלמאי דאתאן עלה בבאה בטענה דקי"ל דנוטלת עיקר כתו' ונדוניה לא נ"מ מידי ממחלוקת זו דלפי המובן מהפוס' אפי' מאן דמפיק לתוס' שלישי מדין נדוניה דלאכמהריק"ו יהיב לה דין עיקר וכמ"ש מהרש"ך ח"ג סי' מ"ב ובשאר חלקים בכמה תשו'.

וכ"ן דעת הכנה"ג בדעת מרן שכתב בסי' ק"ו הגב"י או"ט וז"ל וזה תלוי בפלוגתא דמהריק"ו והרב המחבר אי תוס' דידן דין נצ"ב יש לו או דין ק"ר ע"כ. וכ"כ להדיא בתשו' בע"ח חז"מ ר"ב ע"ש ולפי"ז בנ"ד ממ"ן תגבה התוס': אמנם אחר החפוש מצאתי בתשו' בע"ח אה"ע סי' כ"ג שהעלה בטוענת אין לו ג"א שכופין אותו על הכתובה והנדוניה ולא על התוס' והביא מח' מהריק"ו ומרן בתוס' שלישי דברי מהרש"ך דאית לתוס' זה דין עיקר וסיים וז"ל ולענין פסקא דדינא מהרש"ך ז"ל הוא יחיד בס' זו ולא קי"ל כוותיה ע"כ.

ולכאורה נראה דמילי דמר סתראי נינהו ח"ו זולת אם נדחוק עצמנו לומר דנהי דלגבי כל מילי ס"ל למר דמאן דמפיק לה מנצ"ב יהיב לה דין עיקר דהיא שייכא בטעמו אבל במידי דאמרו לא תגבה התוס' מ"ט דלמישקל ולמיפק ל"כ לה בזה אין שייך להשוות תוס' שלישי לא לנצ"ב ולא לעיקר ובזה א"ש ציוניו בסי' קנ"ד ששמר עצמו וכתב באידך פלוגתא אי אית לה דין נדוניה או לא ע"ש.

שו"ר להרב נ"מ דרכ"ד ע"ד לגבי באה בטענה הביא מח' מהריק"ו ומרן ודעת מהרש"ך ז"ל וכתב וז"ל וזה לי ימים כתבתי ע"ד מהרש"ך שאעפ"י שכנים דבריו ברוב המקומות דעדיפי נצ"ב מק"ר וכו' מ"מ הא אשכחן גבי מת בעלי וגבי גרשתני דאעפ"י שנוטלת ק"ר נצ"ב אינה נוטלת (עיין בסי' י"ז בב"ש סקקכ"ט והרב נ"מ דרנ"ו) משום דליתנהו ממדרש כתובה וכו' וא"כ לענינים אלו החמיר מהרש"ך יותר ממהריק"ו ועוד דבשלמא למהריק"ו יש טעם שהתוס' כנצ"ב אבל למהרש"ך מה התייחסות יש לו עם העיקר שהוא תנאי ב"ד ולענין הלכה למעשה כיון שגדולי האחרונים מהריב"ל ומהרלב"ח ז"ל פסקו למעשה דתוס' לא שקלא ולא חילקו בין תוס' לתוס' אעפ"י שהיה נהוג בזמנם יכול הבעל לומר קי"ל ואין אנו יכולים להוציא ממנו עכד"ק.

ואנן יתמי מה נענה אבתריה. ומה גם דלעד"ן שמרן מפנ"ז נזהר ודקדק לכתוב ויתן לה מנה מאתים ולא התוס' וגם הנדוניא שהכניסה וכו' שינה בלשון עיקר כתובה וכתב ק"ר לשלול שאין בכלל זה שום תוס'.

ובאומרו נדוניא שהכניסה לשלול משם נדוניא כל תוס' ורק מה שהכניסה ממש: ולחקירה וי"ו אי כופין להוציא בשוטי או במילי. לכאורה נראה כיון שבש"ע כתב וכופין אותו להוציא היינו בשוטי ובפרט כי ידוע הוא מ"ש התו' בריש פ' המדיר והרא"ש בפ' הע"י דלר"י ס"ל כ"מ שאמרו חכמים יוציא ויתן כתו' היינו כפייה בשוטים ולר"ח ס"ל שאומ"ל חכמים חייבוך להוציא ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריין ובש"ע כתב ס' ר"י בסתם וס' ר"ח בלשון וי"א עיין בס' כ"א וסוגיין דעלמא לפסוק כסתם.

ובפרט מן הפרט כי גם ר"ח מודה במקום שאמרו לשון כפיה דודאי בשוטי הוא ובבאה מחמת טענה אמרו כי הא ודאי כפינן ולהדיא מפורש כן בתו' והרא"ש דבאה מחמת טענה לכ"ע כופין עי"ש. אמנם משום חומרת גט מעושה אפ"ל ב"ד הגדול אין כח בידם לכוף בשוטי בזה"ז אחר שמרן ב"י בסי' קנ"ד הביא לנו תשו' הרשב"א דסי' אלף קצ"ג שהוכיח מפ' אעפ"י בסוגיית כותבין אגרת מרד על ארוסה דאפ"ל בבאה בטענה אין כופין להוציא זולת לגבות כתו' וכ"כ במיוחסות סי' קל"ט (דבריו מגומגמים שם וצ"י) וז"ל והגם שהרמב"ם כתב דלאחר י"ש כופין אין נראה כן וכן שם בסי' קל"ח האריך וכתב וכלל זה מסור בידך שאין כופין אלא בשנויין בפ' המדיר ובפסולות דאורייתא ודרבנן ובשהה י"ש ולא ילדה משום פו"ר והאומר איני זן וכו' אבל במ"א כלל לא אלא שיש מקומות אחרים שמבקשין על הגט וכופין על הכתובה ע"כ.

והגם שבטוענת אין לו ג"א הוא פוסח בזה על שתי הסעיפים עיין להד"ד בעשין מ"ט ולהרב נ"מ ז"ל מ"מ בבאה בטענה ברור דס"ל אין כופין. ועיין בסוף דברי הד"ד ז"ל שם שהביא שכמעט כל הפוס' סוברים דבאה מחמת טענה כופין זולת הרשב"א כנז' וגם צידד לפרש דברי המרדכי בפהע"י וז"ל בבאה מחמת טענה כי הא ודאי כפינן ואיכא למימר דלא דמי להנהו דכתובות דקא חשיב דכופין אותו להוציא דאל"כ אמאי לא חשיב להא דבאה בטענה גביהן ע"כ.

ולבסוף הכריח שדעתו כהרשב"א ותמה על הב"י שלא עשאו חבר להרשב"א ז"ל וסיים ולענין פסקא דדינא כיון דנפק מפומיה דהרשב"א וגם מהמרדכי כן נראה אין לכוף לשום אדם לגרש ע"ש. ועיין לו בבע"ח אה"ע סי' כ"ג לגבי טענת אין לו ג"א דבמכחיש רבו הסוברים דכופין ובמודה לה הושוו כולם.

ועכ"ז מפני דברי הרשב"א והרשד"ם שכתבו שאין למהר לגרש עד שיראה תוחלת ממושכה אפ"ל במודה רגז הרב וכתב מאן רב גובריה בדור הזה לכופו לגרש ע"כ. הן אמת כי הרב בני בנימין ז"ל בסי' ל"ו תמה עליו מדברי הרמב"ם פי"ד מאישות והטושו"ע בסי' ע"ו שפסקו בתשש כחו וכו' ואינו יכול לבעול דימתין ששה חדשים שאין לך עונה יותר מזו ואח"כ או יטול ממנה רשות או יוציא וית"ך ע"כ והגם דהרמב"ם בפט"ו פסק בטוענת אין לו ג"א דתמתין י"ש התם במכחישא והכא במודה וכן חילק התוי"ש ז"ל סי' ס"ז.

ועוד הוסיף לתמוה דח"ו סותר עצמו ממ"ש בבע"ח למ"ש בד"ד עשין מ"ט דע"ב ע"ג על מה שהק' תשו' דהרא"ש בכמ"ג סי' ה' עם תשו' שם סי' י"ב דבסי' ה' פסק גבי אין לו ג"א דנאמנת ליטול כתו' ובסי' י"ב פסק דאינה נאמנת לגבי כתו'. וכתב וז"ל ואין לומר דבסי' ה' במודה לה דא"כ מאי נאמנת וכו' תיפו"ל שאינו מכחישה ואפי' תובעת כתובה כופין אותו ליטול גט וכתו' עכ"ל הד"ד הרי דפשיט"ל במודה דכופין גם על הגט הפך ממ"ש בבע"ח ע"ש.

ואני משיב על אחרון ראשון אחה"ר דבד"ד מפני שראה להרא"ש נמשך בסי' ה' ונשען על דברי ריצב"א כיעו"ש ולריצב"א פשיט"ל דבמודה כופין מפנ"ך הק' בפשיטות אבל בבע"ח להלכה למעשה חשש לס' הרשב"ץ ומהרשד"ם ולקמיתא נמי הרואה בהג"א פ' אעפ"י ובמרדכי יראה שכתבו דגם הרמב"ם דכתב בתשש כחו וכו' דאחר ו' חדשים יוציא ויתן כתו' לאו לאפוקי בשוטים אלא שאומ"ל מותר למקריי עבריינא ע"ש וא"כ דינו דהבע"ח אמת גם להרמב"ם והו"מ לבאר דאנה"ן שיאמ"ל חכמים וכו' אלא דלא אתשיל להכי.

ועוד יש לצרף לזה שלא לכופי מהך דמהר"מ מינץ ז"ל שכתבתי בחקי' ב' דק"ו הוא ומה האיש שמצווה אפו"ר מדאורייתא האידנא אין לכופו גם אחר י"ש מכח הך דשמואל ומהך דסו"פ חזקת באה בטענה לא כ"ש. וממקום שבא מוכח דשייך ק"ו זה אפי' בא"י וכ"כ להדיא הגמ"י בפט"ו מאישות בשם המרדכי וראבי"ה דהאידנא אין כופין על פו"ר אפי' בא"י.

ועדיפות איש מאשה כבר כתב כן גם ה"ה בפט"ו מאישות לענין שיהוי י"ש ע"ש והגם כי המעיין בהרא"ש פהע"י ימצא דלדידיה וגם לר"ח ס"ל דבאה בטענה כופין ובשהה י"ש אין כופין וממילא מפריך ק"ו כבר נתעורר עליהם הנ"מ ז"ל בדל"ה ע"א דהוי כלפי לייא ע"ש. ואיך שיהיה ס' הרמ"מ ז"ל הוי צירוף לחומרת כפיה בהדי ס' הרשב"א והמרדכי ז"ל ומאן ספין לכופי בדור היתום הזה נגדם.

ופוק חזי בבני בנימין ז"ל שהגם שקרא ערער על הבע"ח ז"ל כמש"ל חזר והודה לבסוף כי הש"ך ז"ל בס' גבורת אנשים סי' ל"ו ומ"א ומ"ב כתב שלא לכופי אפי' במודה לה וכבר רמי גודא רבה עלן השיו"ט ז"ל שבדב"ש יש לנו לחוש לכל הסברות ואין יכולת בידינו זולת למקריי עבריינא ע"ש ודון לנד"ד: ולחקירה ז אי כפינן לבעל מיהא לאפוקי ממונא מיניה.

אם לענין תוס' כבר ביארתי בחקירה ה' דאפי' אי הוי דינא שכופין להוציא אין לה תוס' ואפי' תוס' שליש ועילוי שומא ע"ש וכ"ש השתא לפמ"ש שאין הדי"ן לכופו שאין גובין ממנו התוס' אפי' אם היה חייב מעיקר הדין וכמ"ש הב"י בסי' קנ"ד משם ר"ב ז"ל וז"ל נ"ל דכל היכא דקתני יוציא וית"ך נהי דאין כופין אותו להוציא אלא בראיה ברורה מ"מ נפיק ממונא מיניה וכו' הילכך מפקינן מיניה ק"ר ונדוניא דהנעלת ליה אבלתוס' איכא פד"ר ר"ת כתב בפ' אעפ"י דלכל מילי תנאי כתובה ככתובה ור"ח כתב דוקא להני מילי דקאמר בריש פ' אעפ"י הוי ת"ך ככתובה אבל למידי אחרניא לא ומספקא לא מפקינן מיניה תוס' משום פד"ר ע"כ וכ"כ לעיל מזה מהמרדכי בר"פ המדיר בשם הר"ם ועיין בהגה"ט למהרל"ח שתמה על הב"י למה כפל הענין וכ"מ להרב מ"ץ ז"ל ח"ג סי' נ"ד

שהבי"ד מהרש"ך ח"א סי' קע"ד שכתב שלא מצא חבר להראב"ד במאי דפליג על הרמב"ם ודעמיה בשהתה י"ש ולא ילדה ואמר שממנה הוא דלהרמב"ם ס"ל דאין לה כתו' ואין לה תוס' דלא גרע מאילונית והראב"ד ס"ל דאין לה תוס' והמ"ץ ז"ל המציא חברים להראב"ד מהך דר"ב ז"ל דכיון דבשהה י"ש וכו' אין לכוף להוציא מכח פד"ר ה"ה דאין לה תוס' ע"ש.

והן אמת כי אחה"ר מנע"ר לא יכולתי להבין דב"ק דכל כחו דר"ב ז"ל לאוקומי התו' ביד הבעל הוא משום ס' ר"ח דת"ך לאו ככתובה. ובהך דשהה י"ש וכו' המעיין בתו' יראה דגם לר"ח פשיט"ל דיש לה תוס' מט' הרמב"ם דלא גרע מאילונית ומאי דלא מני לה בהדי אינך דפ' אעפ"י משום דהוי מילתא דפשיטא ע"ש ובהא לא איירי ר"ב דלא מפקינן ונמצא עוד היום הראב"ד ז"ל יחידאה הוא.

מ"מ ודאי דלמילי אחרוני דאית בהו פלוגתא בתוס' חסרון הכפיה בגט יוליד חסרון גם לענין התוס' אבל לענין הכתובה לכאורה נראה מהך דר"ב והר"ם ז"ל דעם שאין כופין על הגט כופין על הכתובה וכ"מ בתשו' הרשב"א ז"ל שכתבתי לעיל: ואולם אחר החפוש מצאתי למהרד"ך ז"ל בבית שני על יבמה שתפוסה מנכסי בעלה ותובעת חליצה והיבם רוצה להוציא הנכסים מתחת"י ויבם אותה ושקו"ט הרב אי מי"ב קודמת או מח"ק ולמ"ד מח"ק אי כייפינן ליה בשוטי או לא ובחדר ז הביא הך דהר"ם דאע"ג דלא כפינן כתו' מיהא נפיק מיניה ולמד מבעל ליבם בק"ו דבעל ידו עדיף מידה משא"כ יבם כידה דוקא ושוב אסיק דלמעשה אינו יכול להוציא מיבם כי התו' והרא"ש בפ' המדיר נראה מדבריהם דפליגי על מהר"ם בזה וכן הוכיח מהתו' דפ' אעפ"י וכו' ולכן אין להוציא וכ"ש דרוב הגדולים שסוברים שבמקום שאמרו יוציא וית"ך היינו שכופין לא מצאנו סמך לדבריהם בש"ס מקום כיוצא בזה לסמוך עליו ולומר אע"ג שאי"ך על הגט כופין על הכתו' וכו' וחזינן נמי לרוב הפוס' שלא ביארו די"ז דהר"ם דמצד הדין הי"ל לבאר וכו' ומכ"ז לא מלאני לבי לסמוך להוציא אלא שאני אומר הואיל ותפסה אין להוציא מידה ע"ש.

גם מהריק"ו שורש צ"א הביא תו"ד תשו' ריב"א שכתב בזה"ל אלמנה כיון דאי"ך לחלוץ וכו' נראה בעיני דאין מוציאין מהיבם דהא אכתי אגיד בה וכו' ע"ש. ועיין בתשו' מהרי"ץ קארו ז"ל הובאה בסוף תשו' מרן לאה"ע כתב עדיפא מינה דאפי' תפסה היבמה מפ"מ.

וז"ל בדק"ן ע"א ואומר עוד דממש"ל דאי מיב"ק מ"מ משמע דאי מח"ק אין מוציאין אינו כן שגם האומרים מח"ק נחלקו לב' כתות י"א שכופין לחלוץ וי"א אין כופין ולמ"ד אין כופין אילו הונח שאינה מורדת ולא הפסידה כתו' סו"ס לא הגיע זמנה לגבות ואיך לא יוציאו הנכסים מתחת"י ומה כפיה גדולה ממה שיהיו הנכסים תחת"י בע"כ וכו' ע"ש והנה הרב ז"ל כתב כט' ריב"א ז"ל דלא הגיע זמן הגביה והוסיף טעם אחר משום כפיה ולכאורה טעמו האחרון תמוה דנהי דהסכמת הפוס' דאונס דממון גם הוא אונס מ"מ כה"ג שהכפיה על הכתו' וכדי לפטור עצמו ממנה הסכים ברצונו לגרש עיין באה"ע בב"י סי' קל"ד מ"ש משם הר' מימון ז"ל ותשו' הרשב"א ובס' מכתב מאליהו שער ז' סי"ך זווגם יחד ובש"ע פסק כדברי הר"פ דבנותן ערבון לגרש אין בזה טענת אונס ולהדיא כתב התשב"ץ ח"א סי' א' בכפיה על הכתו' שאינו אונס בגט והבי"ד הב"י שם.



אמנם המעיין שם בתשב"ץ יבין דלא כ"כ אלא משום דס"ל דהדין נותן לכפות על הכתובה וכיון דמחוייב מן הדין בפרעון הכתו' וכפו אותו ע"זומחמת כן גירש הוי גט וכ"כ הריב"ש בסי' קכ"ז והמתיק טעם הדבר עיין במכמ"א ז"ל שם סי' כ"ב אבל אם אינו חייב מן הדין בפרעון הכתו' וכפוהו ע"ז להדיא כתב התשב"ץ דאם גירש מפנ"ך הוי אונס דלינקטיה בכובסיה כי היכי דלישבקיה לגלימיה הוא ע"ש וא"כ מהרי"ץ קארו ז"ל הנה הציע דס"ל דכיון שאין כופין על החליצה לא הגיע זמנו לגבות וממילא אם כפו אותו גם על הכתו' שלא כדין הוי ואם גירש מפנ"ך הוי עישוי.

ובזה יובן מ"ש בסוף התשו' דמטעם שלא הגיע זמנה לגבות מוציאין מידה ע"ש והשמיט טעם הכפיה דהיינו הך והא בהא תליא. והמורם מזה שדעת כל הגדולים הנז' דלא כהר"ם ור"ב וס"ל דכל שאין כופין אותו לחלוץ או לגרש לא הגיע זמן גביית כתו' ואין כופין על גבייתה.

ועיין להרב מ"ץ ז"ל ח"ב סי' ע"א. וזה פלא על הרב עדות ביעקב בנדונו סי' ל"ו דאחר שהביא מח' אי כופין לגרש ונטה דעתו לא לכופ מפני המחלוקת בדפ"ט עמד בענין הכתו' אם נאמנת להוציא ממנו ואסיק שגובה כתו' ונדוניא.

וכן בדפ"ה כתב בפשיטות שגם לרמב"ם דאינה נאמנת מ"מ הרי סובר דאין לה דין מורדת ותגבה כתו' ונדוניא ע"ש. ואמאי לא חייש מר דכל רז לא אניס ליה לכל הגדולים הנז' דכל זמן שלא יצאה ממנו הרי לא הגיע זמנה לגבות ולא תגבה ומ"מ אנו בדין אחרי שנתגלה לנו דעת הגדולים הנז' ודאי שאין כח בידינו להוציא מהבעל הכתובה ולענין הנדוניא לכאורה היה נראה שמוציאין ממנו ממה שראיתי להרב מר ואהלות באה"ע סי' י"ב לענין נכפה עמד אי כופין אותו להוציא ובסוף התשו' לא מלאו לבו לכופ זולת בהסכמת חכמי הדור ועכ"ז כתב בפשיטות וכל עוד שלא גירש חייב במזונותיה אעפ"י שאינה יושבת תחתיו כיון דלכ"ע אין יכולים לכופה לשבת תחתיו וכ"ש שאין לו לתפוש שום דבר מנכסי נדונייתה שהכניסה לו והם בעין ע"כ: וכן מצאתי למהרימ"ט ז"ל ח"א סי' קי"ג תשו' שלימה בענין נכפה כדברי הרב ממש דלענין כפיה על הגט דעתו נוטה לכופ אם יסכימו עמו חכמי הדור ואף אם אין כופין חייב לתת לה נדוניא מהך דהמרדכי בשם הר"ם ומזונות חייב גם בהיותה בבית אביה מהך דפ"ק דב"מ דמגורשת ואינה מגורשת חייב במזונותיה וממ"ש בירושלמי שאפ"ל גירשה חייב במזונותיה עד שיפרע לה הכתו' עספ"א ולא יוכל לומר"ל שתיוון מנדוניא שבידה כיון שאינו יכול למכרן עש"ב.

ואחד הרואה דאישתמיט מיניה דמר ואהלות ז"ל התשו' הנז' וכתב כן מדנפשיה ומ"מ שני נביאים נתנבאו בסגנון אחד דתגבה הנדוניא אמנם לעד"ן דעכ"ז אנו אין יכולת בידינו להוציא גם הנדוניא מט' הגדולים הנז' בכתובה דלא הגיע זמנה לגבות וכבר מפו' בב"י ובמפה בסי' צ"ג ובסי' ס"א דגם נדוניא דינה ככתובה דאינה נגבית מחיים אלא בגרושין או במיתה וגם מהרימ"ט לא כ"כ רק לדעת המרדכי ואילו שמיע ליה ס' הגדולים הנז' לא הוה מפיק ואפ' דזהו טעם גאוני ירושלים שם בבני בנימין דלא שקו"ט בנק"ד אי דינו ככתו' או כנדוניא והעלו דהוא כנדוניא זולת כשיתרצה לגרש אבל כשאינו רוצה סתמו הדברים משום דפשיט"ל שאין מוציאין גם הנדוניא וא"כ למאי

נ"מ: ולענין המזונות כבר הראת לדעת מ"ש המו"א ומהרימ"ט ז"ל ועדוב"י מש"ל וגם בסוף התשו' האריך בזה בחקי' מיוחדת וכולהו סברי דמחוייב לזונה מטעם שאי"כ אותה לישב עמו ואין לה דין מורדת.

וא"כ גם בנ"ד לפי הנראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפט"ו מאישות הט"ו וה"ה שם דגם באה בטענה תוך י"ש דאין לה דין מורדת ע"ש דינא' יתיב דזנה גם בבית אביה. והגם כי ראיות מהרימ"ט ז"ל אחה"ר אינן מוכרחות דשאני מגורשת ואינה מגורשת וגם הך דירושלמי דפרעון כתובה דאכתי אגידא ביה ואינו אומ"ל תבא לביתו.

אבל בנכפה ודכוותה הרי אומ"ל הא ביתא קמך תבא לעשות חיוביה והוא יפרע מזונותיה. וגם סמוכות דעדוב"י ז"ל מהך דמהר"ם במרדכי פ' בתרא דכתו'דכיון דלא מתדר לה בביתו חייב במזונותיה וכו' ע"ש זה יוצדק בנדונו וכשהוא מרגיל קטטה אבל כששרוי בשלום עמה והיא מואסת בו מפני דבר אחר מהיכא תיתי לחייבו אבל מי אנכי להרהר אחר מדות הגדולים הללו זולת שראיתי שם בבני בנימין ז"ל שעמדו בנדונם בחיוב המזונות ותמהו על המו"א ז"ל והרב הגדול יש"א ברכה ז"ל רצה ללמוד מדברי מרן גבי יבם שברח דאעפ"י שהעכבה מהבעל אינו משלם מזונות והרה"ג מהר"א ז"ל אותביה ולימד זכות בכמה פנים על המו"א ז"ל ומ"מ אסיקו תרוייהו מכח תשו' הרדב"ז ז"ל בישנות סי' ת"ו שאין להוציא מזונות מהבעל שכתב וז"ל דטענה זו דסבורה הייתי לקבל וכו' תועיל שלא לדונה כדין מורדת דאי"כ אותה לדור עם צרתה אבל אין כופין לבעל ליקח לה מדור לעצמה שהרי התנה עמה שתשב בבית אחת עם צרתה ולא יכפו לתת לה מזונות ולא שום תנאי מת"ך שהרי מרדה ויצאה ואינה משמשתו הילכך יעמדו עד שיתפשו ובכיוצא בזה יעשה הדיין פשרה ע"כ ע"ש.

ומעתה כיון דהם ז"ל מסתמכי ואזלי על הרדב"ז (הגם שהוא פלא שלא ראו דברי מהרימ"ט והעדוב"י) אין כח ביד ב"ד להוציא מהבעל. ולעד"ן שטוב הפשרה בזה כי רבים הם האומרים דאית לה מזוני.

וכמ"ש מעיקרא הרה"ג מהר"א ז"ל שם. והשתא הכא הרי נחקרה הטענה ב' בשבע חקירותיה ועלה בדינו שבתוך י"ש אין אופן לצדקה בטענה זו אפ"י ילדה אשתו ראשונה מאחר ואפ"י בידוע שהוא עקר ולאחר י"ש נמי אין כופין בשוטי רק במילי דנימא ליה חכמים חייבוך וכו' ואם ישמע לדברי חכמים תטול ממנו כתובה ונדונייא מה שהכניסה לו דהיינו גם מה שבלה ואבד בשומא שהיו שוים באמת ולא בעילוי שומא שנוהגים ולא תוס' וגם תוספת שלישי שנוהגים אין בדינו להוציא ממנו ואם לא יאבה לשמוע ישבו כך ולא מפקינן מיניה לא כתובה ולא נדונייא ולא תוספת ולא מזונות ולדעת יפשו במזונות עד שיתפשו ביניהם: ולטענה ג' אם תטעון שאין לו ג"א דהיינו ישען על ביתו ולא יעמוד.

אם הוא מכחישה בזה נשתפכו כמה דיות י"א שהיא נאמנת וחילייהו ממאי דגרסינן בנדרים ד"ץ באומרת לבעלה גרשתני דקאמר רב המנונא דנאמנת ופריך הש"ס השמים ביני לבינך יעשו דרך בקשה תיובתא דר"ה ות"י הש"ס דהתם בטענת יורה כחץ איהי קים לה ואיהו לא קים לה משא"כ באומרת גרשתני דקים לתרוייהו אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ע"ש ומזה למדו התו' שם והר"ן והרא"ש בתשו' כמ"ג ורבים אחריהם

דגם בטענת ג"א דקים לתרוייהו מהימנא ודעת הרי"ף האריכו בביאורה מהריב"ל ח"ג סי' ג' וק"א והרב מ"ץ ח"א סי' נ"ט והד"ד עשין מ"ט והרב נ"מ דר"ל ואילך ע"ש וכן האריכו בביאור דעת הרא"ש בפסקיו שנתן טעם חדש לרב המנונא באומרת גרשתני משום שלא תהיה באיסור א"א כל ימיה ועיין בד"ד ז"ל שם שכתב דהרא"ש בעי תרתי באומרת גרשתני חזקה אין אשה מעיזה וחזקה שלא תהיה באיסור כ"י והוק"ל דגבי אין לו ג"א נמי איכא תרתי שאם משקרת ואנן כפינן ליה הוי גט מעושה שלא כדין והרי היא א"א ות"י דלא שמיע ליה איסור גט מעושה.

ועיין להרדב"ז בישנות סי' קי"ח שקדמו בזה וחילק כן לדעת הרמב"ם. ואנכי עפר דקדקתי מדברי הרא"ש בתשו' א' בכלל נז' וראיתי שגם גבי ג"א חושב תרתי שכתב וז"ל הילכך אינה מעיזה פניה להתיר עצמה לשוק במידי דידע ביה בעלה ע"ש.

ואפ' דיאמרו שהרמב"ם אינו סובר כן והרדב"ז נ"ט אחר לחלק דגבי גרשתני לא סגי דלא הוי באנפי סהדי ואוושא מילתא הילכך אינה מעיזה ע"ש. וי"א שאינה נאמנת וכבר זכר מזה הרדב"ז שם מקצת גאונים והרשב"א והריטב"א וזולתם הביאום הד"ד והנ"מ ע"ע ופשט הירושלמי בפ"י השמים ביני לבינך כמה דשמיא רחיקא מן ארעא כך האי אתתא רחיקא מבעלה מסייעם דאפי"ה יעשו דרך בקשה.

וכבר חקרו הפוס' הנז' לישיב גם הבבלי לשטתם ע"ש והמרדכי פ"י יוחסין כתבשם ר"ת דלא הימנה ה"ה אלא במידי דאתי מידו לידה כגון גט אבל באינו מתקשה לא הימנה ומהר"מ אלשקאר ז"ל בסי' פ"ט כתב שדעת רבינו אפרים כר"ת ע"ש. (ועיין להנ"מ שם הצ"ע דדברי ר"ת נגד ש"ס ערוך דנדרים ולדברי רדב"ז דשאני גט דאוושא מילתא אין קו' ורדב"ז כבר הרגיש בש"ס וישבו זולת שבסוף התשו' הביא דברי ר"ת והשיא אותם לכוונה אחרת מט' הר"ם דנשים חצופות ולא ידעתי למה) והרמב"ם בפט"ו מאישות הט"ו כתב האשה שבאה וכו' ואמרה בעלי אינו משמש עמי שמוש המוליד וכו' נחלקו בפ"י דבריו אלו להרמב"ן סי' קל"ט ומהר"מ אלשקאר שם סו' דהיינו טענת אין לו ג"א והרדב"ז שם כתב שכ"ד ה"ה והמ"ע אבל מהרלב"ח בסי' ל"ג ומהריב"ל שם ומהר"י פורמון ז"ל בתשו' שבמהרש"ך ח"ב סי' ק"ס פי' דבריו בט' אי"ך אבל בטענת אין לו ג"א מודה דנאמנת.

באופן דהוי מערכה מול מערכה. ונמשך מזה כמה פלפולים בספרי הפוס' ועיין להרב קמ"ר פט"ו מאישות ולהרב זרע אברהם באה"ע סי' י"א וי"ב ולא הניחו מקום להתגדר.

ולענין הלכה הגם כי הרב נ"מ ז"ל כתב שדעת רוב הפוס' דנאמנת וגם הרב בעי חיי באה"ע סי' כ"ג כתב שהסכמת כל האחרונים דנאמנת ונקטי' דלא כהרמב"ם ז"ל מ"מ כיון דמרן בש"ע כתב י"א דנאמנת והרי מספק"ל ואנן אתכא דידיה סמכי' אין כח בידינו להאמינה: מה גם דאפי' למאמינים בה בעו תנאי טובא.

א' שלא תתבע כתו' שאם תתבע אימור מחמת חמוד ממון משקרא וכמש"ל וכ"כ להדייא בש"ע והאריכו בזה הד"ד ובבע"ח שם והרב נ"מ דרנ"ה. ב' דבעי שתאמר כן בפני בעלה ובפני ב"ד ואי לא לא מהימנא ואם התחילה לומר כן בפני רבים ושוב אמרה בפני

בעלה להרשב"א מהימנא ולהטור והריב"ש סי' קכ"ז לא מהימנא דאימור לאחזוקי שקרא אמרה כן ועיין בנ"מ דרנ"ז ובד"ד ובע"ח שם.

ג') דאיכא סי' מהר"ם בתשו' הובאה בתשו' דשייכי לס' נשים ופסקה מור"ם במפה דהאידינא נשים חצופות ומעיזי ואין להאמינם וכ"כ מרן ב"י ז"ל בסי' י"ז משם הרמ"ה וכבר האריכו האחרונים הנז' גם בזה ועיין להרב עדוב"י סי' ל"ו והרב נ"מ הביא בדרנ"ח מחלוקת בזה וכתב דמהרי"ו סי' כ"ב פסק הלכה למעשה כמהר"ם ז"ל: עוד בה דגם אם מאמינים לה לא האמינוה רק לגרושין אבל לכתובה נפלה מחלוקת כי בתשו' הרא"ש כמ"ג נמצא סתירה בזה מסי' ה' לסי' י"ב ויש תופשים להגבותה ויש להפך ועיין למהרלב"ח ומהריב"ל שם ובמטה יוסף ח"ב בסוף הספר והרב זר"א אה"ע סי' י"ב וכתב הרב נ"מ שם דקל"ט אע"ג שמהריב"ל ומהרלב"ח דנו שתטול כתו' לבי מהסס בזה שהרי הרשב"א כתב בשם בעל העטור שלא תטול.

גם הרדב"ז שם הביא תשו' הרשב"א שכתב בזה"ל אי פייסא ולא איפייסא כופין או להוציא או ליטול כתו' אלא שיש לחוש להירושלמי ולענין נדונייא יראה לי שיש לה כיון שמתירין אותה לינשא וי"מ דלא מהימנא לאפוקי ממונא ע"כ ואנן בדידן אין אנו צריכים לכ"ז בכתובה אחר שבשה"ט פסק דאפי' למאמינים אין לה כתובה מה לנו עוד ולמחלוקת: אך מה שיש לעמוד הוא על הנדונייא דמדברי הרשב"א הנז' מוכח דלי"מ גם נדונייא לא מפקינן מיניה וכן למד הרדב"ז מהך תשובה וז"ל ותו דמוקמינן ממונא בידי מריה ואפי' נדונייא לא מפקינן מיניה וכ"כ בסוף התשו' וז"ל כללי דהאי שקו"ט דלא כייפינן לא בשוטי וכו' אלא אומ"ל חכמים חייבוך וכו' ואין מוציאין ממנו כתובה ואפי' נדונייתה דהעמד ממון על חזקתו וכו' אבל זאת מצאתי להבע"ח ז"ל באותה תשו' דאה"ע שכתב כי הסכמת כל הפוס' שראה שנוטלת נדונייא לבד הי"מ שהביא הרשב"א בתשו' הנז' דסי' תרכ"ח ורצה להגיה בדברי הרשב"א כתובה במקום נדונייא או שנדונייא שכתב עניינה כתובה וכתב שמצא תשו' ב"י להרדב"ז ז"ל שהסכים שאינה גובה כתובה ק"ר ותוס' אלא נדונייא ע"ש ואנכי הרואה שמה שראהוהתקין בתשו' הרשב"א ז"ל א"א לתקנו בלשון הרדב"ז שכתב ואפילו נדונייא כמובן.

ולפי"ז נמצא הרדב"ז ז"ל סותר עצמו ח"ו ואנחנו לא נדע אהי מינייהו ניקו ונסמוך. ובב"ש סקי"ט כתב ועיין בתשו' הרשב"א סי' תרכ"ח אפי' נדונייא אינה נאמנת להוציא ממנו כשהוא מכחישה.

וזה דלא כבע"ח ז"ל גם בבאה"ט סקכ"א כתב ואם הוא מכחישה צ"ע אי נוטלת אפי' נדונייא שלה עיין בפוסקים ע"כ ומרן לא גילה דעתו בזה והשתא מובן הדבר דאיכא פלוגתא בנדונייא ואוקי ממונא בחזקת מריה. אפס כי ראיתי להרב עדוב"י שם בדפ"ט חקר בנדונייא והוכיח דהיא עדיפא מכתובה דהיא כחוב ותקן דברי הריטב"א ז"ל המתנגדים לזה גם פי' דברי ה"ה שכתב ע"ד הרמב"ן שאין מדרש כתו' אלא לגבי עיקר ולא לגבי תוס' והוסיף ה"ה וז"ל ואצ"ל נצ"ב ע"כ דהאי ואצ"ל קאי אלפני פניו ולא אלפניו ותמה על הנ"מ בדרנ"ז שעמד בזה ומדוע נרתע לאחוריו מדברי הריטב"א גם הצ"ע על מהרשד"ם שפי' האי ואצ"ל שכתב ה"ה דקאי אלפניו עש"ב ולבסוף יצא י"ח הכל בנדונו דחייב לשלם הנדונייא מפני חומר השבועה שנשבע לה בכתובה וכו' וידוע

ס' מהרשד"ם ז"ל דגם הפטור מכח קי"ל מחוייב מפני השבועה הגם דמהריב"ל פליג וכו' עי"ש והשתא א"כ גם לדידן שנוהגים להשביע החתן לכאורה יש ללמוד מדברי הרב דחייב לשלם.

אבל הא נמי ליתא אחה"ר חדא שכבר אני בעניי הארכתי במ"א מפ"ס ומפ"ס בזה והעולה משם דבתלתא ספיקי די לצאת בזה מס' מהרשד"ם ז"ל והשתא מלבד דיש ספק בגביית הנדונייא הנה מרן דסמכינן עליה מספק"ל מעיקרא בעיקר נאמנותה. ובפרט דאיכא ס' מהר"ם ודעמיה דהאידנא הני נשי מעיזי ומעיזי וכיון שאין שם נאמנות אין שם לא כתובה ולא נדונייא כו"ע ותו דגם למאמינים בה נחלקו לשתי כתות אחת אומרת כופין בשוטי ושניה לה דוקא במילי וע"ש בד"ד ובע"ח ונ"מ דרל"ח עלתה הסכמתם שמאחר שהרשב"א והריב"ש וכו' סוברים שאי"ך על הגט מי יקל ראש.

וכבר כתבנו למעלה דהיכא דאי"ך על הגט יש מחלוקת אם כופין על ממון ומכח פד"ר אין להוציא מהבעל ומזה תבין דרבו כמו רבו הספקות ותו ליכא למיחש גם לשבועת הכתובה. זולת אם מודה לה עיין בב"ש סקי"ט דגובה כתובתה והוא מפורש בתשו' ריצב"א והבי"ד בתו' דנדרים ויבמות ע"ש.

ובזה נבין מ"ש הרב יד אליהו ז"ל בתשו' סי' פ"א דאם הוא מכחישה מחוייב לישבע לה היסת ול"ד לטוענת אי"ך דרמו עלה ח"ס דהתם ספק הוא לדידיה משא"ך בטוענת אין לו ג"א דברי וברי הוא ע"ש דלכאורה הוה קשה כיון דבש"ע פסק אפי' למ"ד נאמנת לא תטול כתובה א"כ אין כאן תביעת ממון וקי"ל בח"מ סי' פ"ז כ"ה דהטוען לחבירו טענה שאפי' אם הודה לא יתחייב ממון אעפ"י שכפר אין מחייבין אותו היסת ע"ש אבל השתא דאם הודה גובה כתו' ניחא.

אפס כי בהא ק"ל על הרב ז"ל דכיון דהכחשה דידהו אינה אלא בזמן דהיא אומרת השתא הגיע זמן הגבייה והוא אומר לא. הרי בכה"ג קי"ל בחו"מ דאי מלוה נקיט שטרא בידיה איהו נשבע ונוטל עיין בסי' ע"ג סי"ד והכא כתובתה בידה ואמאי רמי שבועה עילויה ועיין להרב עדוב"י סי' ל"ו דפ"ה דרמי שבועה עלה ואפשר דהוא מטעם זה ועיין בסי' פ"ב דגם בפרעתי ונקיט מלוה שטר מקויים עליה רמינן שבועתא.

אם לא שנדחוק שהרב שמיע ליה דהך הכחשה דאיש ואשה הוי כהכחשה דתנאי דכולהו מודו דהכתובה על תנאי עונה אם יקיימנה יפטר ואם לאו חייב והו"א קיימתי וכו' דבכה"ג פסק בסי' פ"ב סי"ב דשבועה רמיא על הלוח ע"ש. וכ"ז ליישב דברי הרב אבל לעיקר דינא אחר שנגלה לנו ס' האחרונים ז"ל דגם במודה לה לא כפינן ליה להוציא וכמש"ל משם הבע"ח ז"ל בתשו' אה"ע הנז' ותשו' בני בנימין ז"ל דחששו לשרש שהשרישנו הגאון שי"ט ז"ל ומצאו שהש"ך ז"ל בס' גבורת אנשים כתב פעמים שלש שאין לכוף להוציא גם במודה אם כן גם ממונא לא מפקינן מיניהמכח ס' הגדולים הנז"ל דעדין לא הגיע זמן הגביה ובטל דינא דמודה דחייב בכתובתה גם אם לא יגרש והדר דינא דכל הטוען טענה שאפי' יודה בה לא יתחייב ממון וכו' אין להשביעו וכו' וממילא אין כאן לא חיוב ממון ולא חיוב שבועה לא במכחיש ולא במודה וישארו כך עד שיתפשרו ביניהם.

וכיון שבש"ע מספק"ל אי מהימנא נלע"ד דאין לומר אפי' חכמים חייבוך להוציא וכו' דלא ניתן ליאמר זולת היכא דלכ"ע ס"ל להוציא גם אם נפל מחלוקת בכפייה. רק אם יערה עליו רוח ממרום ויגרשנה מעצמו אזי תטול כתובתה וכו' כמפורש בש"ע ובזה נשלם ענין הטענה השלישית.

זהו מה שהשיגה ידי יד כהה להורות לך בענין זה אגב דוחקא דצבורא. ישמע חכם ויוסיף לקח בפלפול וסברא.

ואל אלדי"ם יצילנו משגיאות ויאיר עינינו בדברי תורה: סימן כ"ב ראובן קדש לאה בעדים וכתב לה שטר וז"ן בפ"ע קדש פ' וכו' ונתחייב לה בכתובה סך תש"ן דורו דהיינו עיקר ותוס' ומתנה ולפי שכך היה לפנינו כו"ח וכו' ונמצא סמוך לו כתוב מב"ד וז"ל כיון שנתחייב הארוס בסכי כתובתה בשעה שקדש כנז' אם עלה ברוחו לגרש ארוסתו חל עליו חובת פרעון הנז' בשופי עספ"א ואין זה צריך לפנים ולראיה וכו' ע"כ ולא גרשה ונלב"ע ויען כי עמדה האשה לפני ב"ד לתבוע שטרה הוכרחו העדים לברר איך היה ובררו בחת"י איך שאחי האשה לא רצו לתת אחותם לו עד שנתחייב לה בקגו"ש בסך תש"ן דורו הנז' עיקר ותוס' ומתנה כמנהג תטוואן ואז קדשה ופירשו שזהו כונת דבריהם בשטר הראשון הנז'!

ומ"מ הב"ד שם סדרו פס"ד לזכותה ושאלו חו"ד בזה: ולעשות ר"ץ חפצתי לברר די"ז ואומר עיקר שרשוהי בריש פ' אעפ"י בנתגרשה או נתאלמנה מן האירוסין דלרבנן גובה תוס' ולראב"ע אינה גובה רק מנה מאתים אבל תוס' לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ונשנית מח' זו בדנ"ה אי ה' כראב"ע או לא ומסיק הש"ס הלכה למעשה כראב"ע ע"ש וכה"פ פסקו כן עיין בטואה"ע סי' נ"ה דכן דעת הרמב"ם והרא"ש.

והנה לכאורה דהטור בסי' ס"ו ח"ו סותר עצמו שכתב משם בעה"ע ואי כתב לה בשעת קדושין ומגרש לה גביא ול"א אדעתא למשקל ומיפק מיניה לא אקני לה וכו' דנראה דבמגרש מאירוס' איירי וגובה תוס' וכ"ן מהב"י שם שכתב וז"ל נראה שחולק עמ"ש רבינו בסי' נ"ה ע"ש ובפרישה סקי"ג חי' דבסי' ס"ו מיירי שכתב לה בשעת קדושין ממש דאז חבת קדושי' גרמא לו להקנות ובסי' נ"ה כתב לה בין קדושין לחופה ומסיק דבשעת קי' נמי דוקא במגרש דמדעתיה נפקא משא"ך בנתאלמנה דבע"כ וכו' ומשו"ה כתב בעה"ע ומגרש לה.

והב"ח תמה ע"ז דאי בגירש מאירוסין זה הביאו הטור בסי' נ"ה מח' הרמב"ם והרא"ש וסתם כהרא"ש דתוס' לא גביא גם מבני חרי (הרמב"ם והרא"ש שוים שם דל"ג תוס' כלל לא נחלקו רק בעיקר אי גביא מב"ח או גם ממשעבדי) ואיך סתם כבעה"ע ופי' דהכא איירי במגרש אחר נשואין. (עיין במהרא"ש סי' נ"ה מה שמחלק בין מתנות לתוס' והביא שנוסחת הריב"ש סי' ש"א בלשון בעה"ע כך ועו"כ דשדרו ממתכתא דמאן דכתיב לאשתו מתנה בשעת נישואין ומגרש לה ל"א כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה וכו' ואני חפשתי בס' בעה"ע ומצאתי כנוסחא הנז' באות כתובה ואפס זולתו.

וא"כ אפ' כך היה כתוב בטור אלא שט"ס נפל ול"א בתוס' והגם דדין המתנות הוא בסי' פ"ה אין זה דוחק כ"כ) ואנכי לא ידעתי אמאי שקו"ט רק בסתי' דברי הטור ולא בגוף

דברי בעה"ע שהם הפך פסק הש"ס ה' כראב"ע וגם הוא סותר עצמו דבתחלת אות כתו' דאירכיסא פסק להדיא כראב"ע וכ"פ באות כתובה.

ואין לחלק כפרישה בין נתגרשה לנתאלמנה כיון דהתם איפליגו בתרווייהו ופסקינן כראב"ע גם חי' בין שעת קדושין לבין קדושין לחופה לא יתכן כיון דטעם הפוסק בש"ס דלא כראב"ע משום איקרובי דעתא דשייך בשעת קדושין ועכ"ז איפסי' הלכתא כראב"ע. אח"כ ראיתי להרב מק"ס דק"ע כתב קצת מדברינו ועיין להרב קרב"ן בריש אעפ"י דחה דברי הפרישה ז"ל עכ"פ דעת הש"ע דעליה סמכינן פסק בסי' נ"ה בסתם דאין לארוסה תוס' כתובה כלל וגם גבי מתנות בסי' פ"ה דקדק וכתב ואם מן הנשואין נתאלמנה או נתגרשה שלא מחמת מרדה נוטלת מתנה זו וכתבו הב"ש סקי"ח וח"מ שם אבל נתאלמנה מן האירוסין לית לה שלא כתב לה אלא עמ"ל ע"ש והגם דתפשו דוקא בנתאלמנה דזה יורה כהפרישה ודאי אגב ריהטייהו כ"כ דקיימי ע"ד הטור והש"ע והם לא חלקו.

ולפ"ז אין תוס' לארוסה וכ"כ הב"ד הנז' וקצבו לעיקר הכתובה שני דורו וחצי: אלא שאח"כ מצאו אילן גדול בכתבי הרב הגדול מהר"י בירדוגו ז"ל באיש אחד שנתקוטט עם אשתו וגמרו לגרושין ומיד עמד וקדש אשה אחרת וכתב לה בקגו"ש סך מה בעד עיקר ותוס' ומתנה ויכנס עמה לחופה בזמן וכו' והביאה לביתו עם נדוניתה ולא נכנס עמה לחופה ואדביני ביני עשה שלום עם אשתו הראשונה וחזרה השנית לבית אמה ועתה תובעת גטה וכתובתה.

שהשיב הרב כי מן הדין הוא שאין תוס' לארוסה אלא שנראה דזהו במארכ שכותב כתו' כמשפט הבנות והיא שתשאר ביניהם כשיכנסו לחופה ולא בכגו"ז שקדש מתוך קטטה וכו' להודיע שכבר נגמר עניינו עם הא' וכו' והשנית לא רצתה להתקדש לו עד שזקף עליו שטר מכתובה כנז' שחששה ממה שהיה אח"כ שיעשה שלום עם הא' ויגרש אותה ותהיה ריקנית בבושה וכו' ולזה עשו כעין קנס שאם תשתנה דעתו ויאמר לגרש שיפרע לה סכי כתובתה כאילו מגרש מן הנשואין בזה לא דברו רז"ל שהרי זה חייב עצמו במה שאינו חייב בתורת קנס ולא בתורת כתובה וכו' ומה גם שעשה מעשה רב שהביאה לביתו עם הנדוניא אעפ"י שהוא אומר שלא נתייחד עמה מ"מ מעשיו מוכיחים כי החיוב שנתחייב לה כאילו מגרש מן הנשואין ע"כ ומזה דקדקו דכל שלא כתבו כתו' פשוטה שתשאר ביניהם וכו' אין לה אלא דין קנס וחייב לפרוע כל סכי כתובתה כאילו מגרש מן הנשואין ועוד משמע שאם לא נתרצית להתקדש עד שיכתוב לה וגרשה מהאירוסין שחייב לפרוע ע"כ.

ואחה"ר נראה מדבריהם דבחזא מתרתי סגי או שלא כתבו כתובה פשוטה וכו' או שלא רצתה להתקדש עד שיכתוב לה. ולענד"ן דהעיקר תלוי רק במה שלא רצתה וכו' כדי שלא יהיו דברי הרב סותרים מ"ש התשב"ץ ח"א סי' מ"א בכתב לארוסתו צדאק בעש"ג בלתי שום תנאי שאם יפטור אותה בגט מהאירוסין לא יפרע לה הצדאק שיש לו דין תוס' ולא כתב לה אלא עמ"ל וכ"כ הריב"ש ז"ל בסי' צ"ז ע"ש והתם הרי לא כתב לה בכתובה פשוטה וכו' ואמאי פטור אם לא דהתם היא לא בקשה שיכתוב לה ומ"ש הרב ז"ל הך טעמא דלא כתב כתו' פשוטה.

וגם לבסוף חיזק הדבר מפני שהביאה לביתו וכו' היינו משום שלא היו לו עדים שם שלא רצתה להתקדש עד שיתחייב לה לזה הוכיח באומדנות הנז' שכן היה. וממילא בנ"ד דנתברר בעדים שלא רצתה להתקדש וכו' אין אנו צריכים לאותם אומדנות.

ודלא כהרבנים הי"ו שמפני שבנ"ד לא הביאה לביתו נסתפקו אם הרב ז"ל קאמר גם בזה ורצו לפשר. עו"כ לחייב מט' שכתב הרב שאין זה אלא קנס וכו' ואני תמה למטונייהו כי המעיין בטוב"י אה"ע סי' נ' יראה דלהרמב"ם קנס השדו' הוי אסמכתא.

והב"י שם כתב דהתו' פרק איזהו נשך כתבו דחייב מכח המנהג כאסיטומתא דקנייא ועוד מצד הדין כמבייש את חברו ותמה על הרא"ש דנראה סותר עצמו כי בכלל ל"ד סי' ד' כתב משם ר"י כטעם התו' האחרון ובפסקיו פ"ד דנדרים כתב בערבונות דשדוכין לא הוי אס' וכו' כי כדאי הוא להתחייב משום בשת וכו' ואילו בפסקיו דקדושין כתב על הערבונות דצריך קנין בסודר דלא כאס' וכו' וכן בכלל ל"ד סי' ג' אודות רחל שהיתה הנחבאת וכו' ושדכה שמעון בקנס ה' אלפים זהובים וכו' וכשמוע קרוביה הכלימה וכו' ביטל הענין משום אס' וכו' והב"ח יישב זה משם מהרש"ל ז"ל דאנה"ן בסתם שדוכין אין בקנס אס' משא"כ כשהניחו ערבון גילו דעתייהו דחוששי' לאס' משו"ה בעו קנין ע"ש.

ולא זכיתי להבין מה נענה לפסקי נדרים דמיירי בערבונות ועכ"ז כתב דלא הוי אס'. ועיין מה שתי' הפרישה ז"ל ואחה"ר הוא דוחק וראיתי בס' מגן גבורים סי' ע"ג שיישב דנהי דלהרא"ש אין בקנס דין אס' היינו בקנס שאינו רחוק מהדעת ואינו גוזמא כ"כ אבל התם דהקנס היה רחוק מהשכל ה' אלפים זהובים כתב דהוי אס' (כ"כ הפ"מ ח"ג סי' ה') ועוד תי' דשאנ"ה בנדון רחל דעברה חק ונשתדכה שלא ברשות קרוביה כדמוכח שהכלימה וכו' לכן ל"ש לחייב משום בשת (עיין בב"ש סקט"ו כ"כ משם הנ"ש וקלסיה) והב"מ ז"ל שם דחה תי' בתרא בב' ידים ואוקי דהעיקר תלוי בין קנס הקרוב לשכל לרחוק ע"ש וא"כ בנ"ד שסך תש"ן דורוס בעיר השאלה הוא דבר מופלג מאד איך יתכן לחייב משום קנס וגם הרב מהרי"ב ז"ל הגם שתפס לשון קנס אין נראה שעיקר החיוב מדין קנס אלא משום שחי"ע חו"ג במה שאינו חייב.

רק קורא לחיוב זה כעין קנס מפני שאינו חל החיוב רק אם יגרש עו"כ דיש מערער על חיובם מכח אומדנא שלא כתב כתובה פשוטה וכו' דבח"מ סי' ט"ו מפו' שאין להוציא ממון מכח אומדנא והשיבו דהם לא חייבו רק מכח החיוב שכתב עליו זולת שיש להפקיעו מכח אומדנא דלא כתב אלא עמ"ל.

וכיון שיש אומדנא זו נגדו חזר הדין למקומו ע"כ. ואני רואה שהדין עם המערער כי בש"ס מפו' טעם הפוס' דלא כראב"ע משום דיש אומד' דאיקרובי דעתא וכו' נגד אומד' דראב"ע ועכ"ז פסקו ה' למעשה כראב"ע והגם דבתו' דמ"ז ד"ה כתב יראה כדבריהם שכתבו ולא דמי להדיא דראב"ע וכו' ואי התם הוה שייך אומד' אחריתי הו"א.

הנה לבסוף הק' כי קושיין עיין ביאורם במהרש"א ז"ל והגם שהקרוב"ן שם פי' באו"א ע"ע מ"מ הלמד מדב"ק דבאומד' לגבי אומד' מוקמינן ביד המוחזק ולא מפקינן רק בתרי



אומדני לגבי חד. והגם דה"ן נראה דשייך תרי אומדני חדא משום איקרובי דעתא כהש"ס  
ושנית משום שלא כתב כתו' פשוטה.

מ"מ מאן ספין להוציא נגד פי' מהרש"א וגם בעל הפלאה בדנ"ו דקדק מדאמרו אין הלכה  
כראב"ע ול"א ה' כחכמים משמע דבאומד' לגבי אומד' אין ה' כחכמים ולא כראב"ע אלא  
הממע"ה וכשאסיקו ה' כראב"ע הדין הוא שאפי' תפסה האשה מפקינן מינה הגם דיש  
אומדנות מתנגדות ע"ש וזה דלא כהקרב"ן.

ונראה הט' משום דאומד' דראב"ע אמתני ותקיפא וא"ת לפי"ז מהרי"ב ז"ל לפמש"ל  
דלא היו עדים שהתנית עליו נראה דלא הוציא מהבעל רק מכח אומדנא ומה טעמו אפשר  
דמשום שהביאה לביתו הו"ל האומדנא גלוייה ומפורס' ועיין להרב פני יצחק ח"א סי'  
י"ט הרחוב בדין האומד' ובדל"ח אסיק ב' כללים דבעי' שיהיה מבורר למראה עיני  
הדיינים המעשה מהחיוב והפיטור והב' שתהיה האומד' ברורה לכל שכל השומע יודה  
שכן הוא האמת ואז דנין על פיה ע"ש ובנדון הרב תרתי איתנהו משא"כ בנד"ז.

עוד לפי שטתם הרגישו וז"ל ואעפ"י שכבר מת המארס והול"ל דמלאך המות אנסיה  
מ"מ לסברת הרב דכתובה זו כעין קנס א"כ מכי הדר ביה ועמד לגרש וחייבוהו לפרוע  
שוב אינו יכול לחזור בו לכנוס שיכולה האשה הנז' לעכב שלא לינשא לו אחר שכבר  
ביישה וכן נמ"ך בכתבי הראשונים משם מהרימ"ט ח"ב סי' ק' וחל עליו הפרעון וכיון  
שמת חייבים יורשיו לשלם ע"כ ואחה"ר כי חשבו לרפאות שבר זה ולא נרפא והוא  
אמת כי מהרימ"ט שם בשנים שנתקשרו בשבועה לשדוכין ונתחרט אבי הבת.

ושוב חזר בו אם יועיל כי טען המשדך שאחר ששיקר באמונתו כבר נתפרדה חבילה  
האריך ואסיק דהדין עם המשדך וכו' ע"ש אבל לדבריהם יקשה מ"ש מהרימ"ט שם בסי'  
צ"ט סמוך ונראה עלמשדך שכתב בשטר ואם יסרב ולא ירצה ליכנס לחופה לזמן הנז'  
נתחייב לפרוע מאה זהובים וכו' שדן הרב בכונת לשון השטר והעלה לכל הפירושי' דאם  
מיחה שלא יכניס לחופה ושוב חזר בו שיהיה פטור מהקנס כל עוד שלא הגיע הזמן  
שגבלו דמ"ל הדרי בי וכו' ואמאי הרי מ"ל האב כבר נתפרדה חבילה ונתחייב בקנס.

אלא העיקר בדברי הרב דנהי דכשאחד שיקר באמונתו השני שכנגדו פטור ומותר  
להתקשר עם זולתו אבל מ"מ כל שלא עבר הזמן שגבלו לא יתחייב החוזר ראשון בקנס  
דכל תוה"ז מצי אמר הדרי בי. וכן ראיתי להרה"ג מהר"ף בירדוגו ז"ל במשפט"י ח"ב  
סי' י"א חילק כן דכשחזר אבי הכלה המשדך פטור מהקנס אבל אין אבי הכלה חייב  
בקנס וסיים ושו"ר למהרימ"ט שכתב כן ע"ש הנה הרב כלל ב' תשו' מהרימ"ט בנושא  
אחד וכ"כ מהראנ"ח ח"א דק"י ע"ג וז"ל שלא עלה ע"ד כלל לומר שכל שיסרב בדבר  
פעם או פעמים כש"ץ היורד לפני התיבה אעפ"י שאח"כ יקיים הדבר שיתחייב בקנס  
ע"ש ואחר כל אלה לא ידעתי איך מכח שחזר בו מלהכניס לחופה יחייבוהו בקנס ואפי'  
אם היה מגיע הזמן שקבעו להכניסה לחופה ולא הכניס לא חל עליו חובת פרעון דלא  
דמי למשדך והגיע הזמן דהכא כיון שקדש אינו נק' חוזר בו עד שיגרש ועל הגרושין  
מאן ספין לכופו לעשות גט מעושה ואנה"ן דמצו לכופו לזון כמ"ש בסי' נ"ו ס"ו ואי לא  
מצי אז יכופו להוציא כמ"ש בסי' קנ"ד ס"ג אבל השתא דלא באו לידי גדר זה איך יקרא  
הדרנא וחל עליו הפרעון הא ודאי דשייך בזה שעוד הו"מ להכניסה לחופה אלא דמ"ה

אנסייה ואין צד לחייב היורשים בפרעון רק מצד שאכתוב בעז"ה: והוא מ"ש בכונת הרב מהרי"ב ז"ל דכיון שלא רצתה להתקדש עד שיכתוב לה לא נשאר אומד' דל"כ לה אלא עמ"ל וסמוכות לזה ממ"ש התו' בהגוזל דק"י ע"ב אמאי דפריך הש"ס אלא מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה וז"ל וא"ת אדם שקנה שור מחבירו ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי ל"ק וי"ל דהתם לאו בלוקח תליא מילתא אלא כמו כן בדעת מוכר ומוכר אקני ליה אדעתא דהכי משא"ך וכו' וכ"כ בכתוב' אאומדנא של"כ לה אלא עמ"ל וא"ת כל אדם הלוקח פרה ונטרפה וכו' אנ"ס שלא עמ"כ קנאה וי"ל דהתם אנ"ס שבאותו ס' היה רוצה ליכנס אפ"י אם היה אומ"ל אם טרפה יש לך לקבל הפסד היה לוקחה וכו' והא דפריך בהגוזל אלא מעתה יבמה וכו' אור"י דהתם לאו בלוקח וכו' ע"כ וכ"כ בש"ע משם הרא"ש וכ"כ מהר"מ ב"ב בתשו' הקצרות סי' שט"ו כדברי ר"י והוסיף דגם במתנה אי לאו דעבד ליה נייחא לא יהיב ליה הילכך תליא גם בדעת המקבל ובלבו לא היה תנאי.

אמת דבמתנה יש מח' דהרא"ם ח"א סי' י"ו והפ"מ ח"ב סי' ה' סו' כמהר"מ אבל הג' אלפאסי פ' מ"ש ורי"ש פ' הא"מ והר"ן שם וריא"ז פ' אלמנה ניזונת פליגי עליה ומור"ם במפה (דעבדי כוותיה במערב כל שלא גילה דעתו מרן עיין משכה"ר מע' הקוף אונ"ד) חו"מ סי' ר"ז פסק בשם י"א דבמתנה גם בתלוי בדעת אחרים דברים שבלב הוי דברים עיין להערה"ש שם סקי"ב אבל במכר לכ"ע לא הוי דברים ונד"ז כמכר דמי דהאשה מקנה עצמה לבעל ולא בחנם יהיב לה עיין בסמ"ע ע"ד מורם ולהפרמ"א ח"א סי' ס"ג שתמה על הרא"ם דשאני מוכר שזה נותן חפץ וזה נותן דמים משא"כ בנותן וא"כ נד"ז שמקנה עצמה תמורת מאי דמתחייב לה דברים שבלב לא הוו דברים ועיין להרא"ש כלל ק"ב סי' ז' דבמכר בין המוכר בין הלוקח ל"מ אמר בלבי היה כך ע"ש אפס דעוד יש להרהר בזה דנהי דבמכר לא הוו דברים מ"מ באומד"ד נראה מדברי התו' שם בכתובות דאזלינן בתרה ע"ש שחילקו בזה וכדבריהם כתב מהראנ"ח ז"ל בשטתו שם וא"כ בהכי מתפרשן דברי הרא"ש שבש"מ נמי ולהדיא הרא"ש בפסקיו פ' אלמנה ניזונת דצ"ז ע"א כתבדגם במכר אי הוה אומד"ד אזלינן בתרה.

וכן האריך בתחילת כלל ל"ד בהמירה אחות המשודכת בכמה ראיות מהש"ס לפטור המשדך משום אומד"ד דאדעתא דהכי לא שידך וכ"כ התו' פ' אלמנה ניזונת ד"ה זבין ובקדושין דמ"ט ע"ב ד"ה דברים שבלב והגם דהב"ח ז"ל תשו' ח' האריך להק' על תשו' הרא"ש דיש לחלק מהראיות שהביא דהתם במתנה משא"ך במכר מ"מ די להם בראיה דארוסה דהוי כמכר שמכרה עצמה לבעל (כן השוו אותה התו' להך דזבין וכו') וכן הך דכתב לה פירות בכתובות דמ"ז דעכ"ז אזלינן בהו בתר אומדנא.

ומי יוכל לחלוק על התו' והרא"ש וכ"פ מור"ם סי' ר"ז ס"ד דגם במכר אי איכא אומד"ד נתבטל המקח וכן יש להוכיח גם ממרן בסי' ר"ן גבי ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים דקי"ל אם עמד חוזר שכתב דה"ה אם מכר כולם והמעות עצמם קיימים דאם עמד חוזר משום אומד"ד ממה שלא שייר כלום שנתייאש מן החיים (מזה ג"כ ראייה למ"ש התו' והרא"ש וצ"ע לקו' הב"ח) וא"כ הכא דהוי אומד"ד שלא כתב לה אלא עמ"ל אפ"י הויא כמכר איך נפיק מהיורשים: אלא אחר העיון נראה דנ"ד פלט מהא מאחר שראינו כי

הבעל הוה משתמיט מלכתוב ולא נתרצו לקדשה עד שכתב הו"ל תנאי מפורש שאם ימות או יגרשנה יפרע לה דאל"כ למאי הקפידו לכתוב אי לקצוב שיעור התוס' מלבד דבל"ז יש להם תקנה ידועה כמה הוא שיעור התוספת עוד הי"ל לכתוב שקע"ע לכתוב כן בזמן החופה ולא להתחייב מהיום אלא ודאי כל כונתם רק להתנות עליו שיתחייב בפרעון בגרושין ולאח"מ וכיון שכן נראה דבתנאי מסתלק דעת המתחייב והכל תלוי בדעת המתנה ואפי' באומד"ד וכן יש להוכיח ממ"ש בקדושין ד"ן ע"א דבעו לאוכוחי ממ"ש ע"מ שאני כהן ונמצא לוי וכו' ובכולם אעפ"י שאמרה בלבי היה להתקדש לו אינה מקו' דדברים שבלב לה"ד ודחו דילמא שאני התם דכיון דאתני לאו כל כמיניה דעקרא ליה לתנאיה ופירש"י דכיון שפירש תנאו בפיו לאו כ"כ לעקור תנאו בדברים שבלב וכו' ע"ש.

והתם יש אומד"ד דלבה היה כן דאתתא בכל דהו ניח"ל (הרי גם ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין דיש אומדנא דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה עכ"ז תי' התם דאתתא בכל דהו ניח"ל ובאומדנא זו בטלו אומדנא שכנגדה כ"ש כשלא יש אומד' נגדה) ועכ"ז לא הועילה במקום התנאי ומינה ק"ו להכא ומה התם דמידי דאיסורא הוא עכ"ז לא הועיל האומד' לבטל התנאי הכא דממונא הוא וגם דברי לבו רעה לאשה לכ"ש וכ"ר להרב ב"ך ח"א בבית ועד סי' ט"ו הק' להר"ן שכתב דבקדושי אשה כל שלא קיים תנאו אעפ"י שנאנס אינה מתרצה אמאי ל"א אתתא בכ"ד ניח"ל כמ"ש גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין ותי' דל"א הכי אלא בנתקדשה סתם דל"ב אפי' גילוי דעת כיון דאיכא אומד' ומסקינן דאין זה אומדנא דאתתא בכ"ד ניח"ל אבל כיון דאיכא תנאה הרי איכא גי"ד דלא ניח"ל וכו' ע"ש הרי גם הרב פשיט"ל דבתנאי אין כח באונסו אפי' דהוה אומד"ד לבטל התנאי אפי' באיסורא וכ"ש במידי דממון וכן מפורש בח"מ סי' רכ"ה דכשהתנה הלוקח שכל אונס שיוולד בקרקע זה יהיה חייב לשלם אפי' בא כותי וגזלה מהם (דבלא התנה היה פטור דאומד"ד דאחריות כי האי לא קבל) המוכר חייב לשלם.

(דבמקום תנאי ל"מ אומד"ד) והגם דהתם מפו' דגם בהתנה אי הוה מילתא דלא ס"ד דמתנה אמרי' דאין זה בכלל התנאי וה"ן הרי נחלקו הפוס' אי אסיק איניש אדעתיה מיתה דחבריה או לא עיין במש"ל פ"ו מזכיה ומתנה דברי מהר"ש הלוי ומהרי"ל ז"ל ועיין לחכם צבי סי' מ"א וא"כ גם הכא נימא דלא אסיק אדעתא מיתת הבעל ולא תגבה.

מ"מ כיון דכולהו רבנן התם מודו דמיתה שכיחא הרי ל"א דאין בכלל התנאי רק מילתא דל"ש. ובפרט לפי מ"ש דהקפדתם לכתוב הוא דוקא משום מיתה או גרושין א"כ הרי אסיקו אדעתייהו והתנו.

ובזה יש להוכיח מסוגיית דגטין ד"ן ע"א דמינההוכיחו דלא אסיק איניש אדעתיה מיתה מדאמרו דביתומים אפי' גדולים אינו גובה בביונות ואין לחוש לנעי"ד דלא אסיק אדעתיה מלוה דמית לוח ונפלו נכסי קמי יתמי ופירש"י ולא מסיק אדעתיה האי מלוה לנע"ד וליחוש שמא מת לוח ונפלי וכו' משמע דמסתמא איניש לא חייש אבל כשראינו שמקפיד ומעשיו מוכיחים פשיטא שזה בכלל תנאו.

ומצאתי הדבר מפורש בכגון נ"ד בס' ישועות יעקב סי' נ"ג סק"א שתמה בפוסק מעות לחתנו ומתה בתו דקי"ל דפטור דלדברי התו' דבתלוי בדעת אחרים לא מהני אומדנא

איך פטור משום אומד' דלא כתב אלא ע"מ שתהנה בתו והלא הוא תלוי בדעת הבעל והוא לא רצה לקדש רק אם יתן אביה וכו' ומכח זה כתב דנ"ל דאין די"ז שייך אלא בפסק האב מדנפשיה והוא לא התנה וכו' (זכורני שכ"כ בזה העדוב"י סי' מ"א) משא"כ כשפסק מכח תנאי הבעל ובזה נתיישב לו דין הפוסק עם אשתו לזון את בתה דגם אם גרש או מת חייב ע"ש וכנ"ל לדקדק מפירש"י והר"ן במשנה שכתבו שלא כתב לה תוס' דמדעתו אלא עמ"ל ע"כ הוסיפו תיבת דמדעתו לאפוקי כשנתחייב מכח אחרים וא"כ בנד"ז דכתב לה מכח תנאה והקפדתה ל"א בזה ל"כ לה אלא עמ"ל וחייבים היורשים לפרוע לה: עוד יש לזכותה גם בלא זה כיון דכתב לה בתורת חיוב דאז ל"מ האומד' להפקיע מה שנתחייב ואמינא לה ממ"ש מהר"מ אלשיך ז"ל סי' פ"ו על תשו' הרא"ש כ"ח סי"ד בנשבע לתת לחתנו ונתקלקלו חובותיו דאדעתא לפרוע לו מהחובות נתחייב אבל לא למכור ביתו וכלי תשמישו דאטו מי שחייב לחבירו מנה ונתקלקלו חובותיו יהיה פטור מלמכור ביתו לשלם הא ודאי ליתא אלא ודאי דוקא במשתעבד לחבירו בנדר או שבועה הוא דאזלינן בתר אומדנא וכו' וכ"כ מהרא"ש ז"ל סי' רי"ו דרצה אחד מגדולי העיר ללמוד מתשו' הרא"ש שאין סדור לבע"ח בבית שדר בו וחלקנו עליו דהתם בנדר והוא אנוס אבל בבע"ח הוא משועבד וכו' ובהדיא כתב הרשב"א באלף קמ"ג שאין מרחמים בדין להוציא הלוה מביתו ועיין בריב"ש סי' ק"ג ע"כ ואין לחלק דל"א אלא בחוב הבא מחמת מלוה דלאו כ"כ להפקיע מעותיו משום אומדנא משא"כ בחוב דמנפשיה שיכו"ל אדעתא דהכי לא נתחייבתי דהא הרבנים קיימי ע"ד הרא"ש דהוא חיוב דמנפשיה ועכ"ז חילקו בין שבועה לחוב.

וכ"מ מהך דהריב"ש סי' ק"ג דמיירי בצדאק שנתחייב מדנפשיה ועכ"ז פטרו מצד האונס לגבי שבועה ולא לגבי החוב ע"ש וכן יש ללמוד מדין ערב שמחייב עצמו במה שאינו חייב ובב"י ח"מ סי' ס"ג דלבעה"ת אין מסדרין לערב כי הוקל דינו וכו' ולהרמ"ו מסדרין ע"כ ולא אחד בהם סבר דאומדנא דעניות פוטרת גם הרב ב"ה באה"ע סי' ג' ס"ו בהגהה הביא מ"ש ביו"ד סי' רל"ב במי ששדך וכו' ונשבעו ואח"כ נתקלקלו החובות וכו' כתב וז"ל ונראה לשון זה דדוקא בלא קנין או שטר אלא מכח השבועה וכו' אבל אם היה בקנין גמור וכו' נוהגים בכל בתי דינים שמחוייב ליתן כל מה שפסקו והרב משאת משה בשניות חיו"ד סי' ז' אסף להקת הפוס' דדייני הכי ודקדק ממהרימ"ט בראשונות סי' קל"א דהכי ס"ל והגם שהביא כת החולקים אסיק בד"ה היוצא וכו' דאין ללמוד מתשו' הרא"ש אלא לענין שבועה ולא לענין החוב כי חזק הוא ומי ישמע אליו לומר אד"ד לא נתחייב הרי חבל נביאים דבחיוב אינו נפקע מכח אומדנא.

והנה לכאורה יש לתמוה ביסוד זה מהך דהרא"ש כלל ל"ה סי' ז' בפסק לחתנו סכום ש' זהובים ונתנם לחתן ושוב שדך וכו' דפסק דיחזיר לאב דלא נתן אלא ע"מ שתנשא בתו ע"כ והתם הרי נתחייב ונתן ומאי מהני האומד' (ביותר יש להתפלא מזה על הפ"מ בשניות סי' ג' דנדונו כהך דהרא"ש שנתן לחתן רק שאח"ך החזירם לחמיו להשביחם וכו' ופסק דל"א שלא נתן אלא ע"מ שתנשא בתו דלא כמהר"י הלוי ז"ל.

ואיך פסק דלא כהרא"ש) וכן קשה מסוגיית דכתובות דפסק לה פירות וכו' דלא נתן אלא ע"מ שתהנהבתו וכן פסקו כל הפוס'. אבל מצאתי להב"ח בפסקים אה"ע סי' נ' כתב ע"ד

הרא"ש הנז' דהאי עובדא לא נעשה בקנין וכו' ולא השלישו השטרות דאם לא כן הרי כתב הרא"ש כלל ל"ו סי' ב' דיש לשליש לקיים שלישותו דאדם מחייב עצמו במה שאינו חייב ע"ש ולדבריו אין כאן תימה דגם הרא"ש מודה כשנעשה החיוב כתחז"ל.

וכ"ן יש להעמיד הסוגיית דפסק בלא קנין ומפנ"ז פקע הפסקא באומדנא (והרפ"מ מיירי בנתחייב כהוגן ע"ש) והגם דבריש כלל ל"ד בהמירה אחות המשודכת כתוב בסוף התשו' והשליש יחזיר השטרות יש לדחות דהנך שטרות לא הוו בלשון חיוב וכן יש לדקדק מהש"ע בסי' נ' שבס"ה פסק הך תשו' וכתב ופטר מהקנין ומהשבועה וחיוב השטר ומור"ם הגיה דהיינו הקנסות שעשו ביניהם כלו' שאינם שט"ח אלא שטרי קנסות אבל מ"מ אכתי עומד נגדנו מ"ש הב"י סי' נ' תשו' הרשב"א ז"ל שנתחייבו זל"ז חו"ג ומעכשיו וכו' ובתוה"ז קלקל המשודך ועכ"ז פטר אבי הבת באומד' דלא נתכונה אלא להגון לה.

לכן הנראה בזה עפ"י מש"ש ה' ישועות יעקב סק"ג לשטתו דהרא"ש לא פטר משבועה אלא מחיוב הקנס (כ"כ הב"ח תשו' ח') דהטע' הוא כי סלוק אס' מחיוב הקנס אינו רק מט' בושת ובהמירה אחות המשודכת פשי' שאין כאן בושת ואינו חייב רק מצד החוב וכיון דהחוב עיקרו אס' אינו חייב ע"ש (ואפ' ה"ט דהרשב"א נמי) וא"כ בנד"ד דאין בעיקרו אס' כלל מודו דאין האומד' מפקיעתו.

ואף דהרב שם כתב דאין נראה כן מהרא"ש דהו"ל כהתנה מעיקרא בשעת מעשה כ"ז לשטתו דהרא"ש לא פטר מהשבועה אבל לשאר הפוס' דפוטרי' מהשבועה ניחא הך טעמא דהתנה וכו' לזה ולמה שיראה שפותר גם מהחוב יספיק טעם הרב ז"ל כי הוא מוסבר מאליו. וקם דינא הנז' דאין אומד' מפקעת חוב כזה (עיי' להד"ן ח"מ סי' נ"ד דרע"ג ע"ג שמכח קו' חי' דשאני חוב מחמת מלוה או מקח דל"ש אומד' אבל במתנה שקבל עליו לתת שייך אומד' ולכאורה הוא נגד גדולי עולם הנז"ל וי"ל דל"א הרב רק לגבי חיוב השבועה אבל לגבי החוב מודה שאין לחלק וע"ש) ואין לתמוה בזה דמי עדיף חוב ממכר דאסיקנא דאומד"ד מבטל המכר.

די"ל אנה"ן עפ"י מ"ש הש"מ בכתובות דמ"ז לחלק בין מוכר פרה ונטרפה לתוס' הארוסה וכו' דבפרה הרי נהנה מהמקח אלא שמפסיד ודרך הלוקחים ליכנס על ההפסד להרויח משא"כ בארוסה שלא כנסה הרי לא נהנה מהמקח ואנ"ס שאם היה חושש למיתה לא היה כותב וכו' ע"ש (לכאורה ק' לשמוע לפי"ז מה שהק' התו' אח"כ מיבמה דאנ"ס שרוצה להכניס עצמה באותו ס' כיון דהם עצמם כתבו דביבמה מהאירוסין מיירי עיי' בפ' הגוזל וא"כ מה הנאה לה מהבעל ואפ' דס"ל דדי בהנאת איחתוני משא"כ לגבי בעל אין זה אצלו הנאה וכמ"ש ה' תה"א סי' נ"ה משם הרא"ם סי' י"ו) א"כ הכל תלוי בקבלת הנאה ולפיכך כשפסק בלא חיוב האומ' מפקעת כי לא קבל הנאה אבל כשהיה הדבר בתורת חיוב ס"ל דמסתמא אי לאו דקבל הנאה או דחשיבא ליה כקבל הנאה לא הוה משתעבד בתורת חיוב ולזה אין האומ' פוטרת אותו ואפ' דה"ט דמהר"מ ב"ב ז"ל דכתב בנדונו גם במתנה אין אומד"ד פוטרת וכו' משום דהתם משמע דאקני ליה אותה שכי' בתורת הקנאה וחיוב (כמש"ש הילכך בכל ענין אקני ליה וכו' ולכך יהיב ליה) ולזה חייבו גם באומד"ד אבל בשאר מתנות דאינם בתורת הקנאה מודה הרב דשייך אומד"ד (בזה אזדא תמיהת הרב ערה"ש בסי' ר"ז על הב"ח סי' ח' והפרמ"א דאישתמיט להו

תשו' מהר"מ הנז' ולפי"ה לא קרב זה אל זה דהתם מיירי במתנה בלתי חיוב והקנאה משא"כ הך דמהר"מ (ולפי"ז דברי הרבנים ז"ל דבחוב אין לפוטרו ממנו באומד"ד הם חיים וקיימים וכן הוסיף שנית ידו הפ"מ ז"ל ח"ב סי' ס"ה לחלק דאומד"ד פוטרת מהשבועה ולא מהחוב ע"ש: הן אמת דהרב ז"ל ח"א סי' ס"ב הדר ביה מההיא שכתב באמצע התשו' והעולה עלרוחי מהך דכתיבנא לחלק בין שבועה לחוב וכו' אמנם אינו מספיק ועדין לבי מהסס והנלע"ד יותר דבשיקול האומדנות תליא מילתא וכו' (בזה אין מקום לקו' המשא"מ יו"ד סי' י"ז על הפ"מ דסתר אהלו מהך דח"א לח"ב סי' ה' וסי' ס"ה והניח בצ"ע.

דהאיכא הודאת בע"ד דהדר ביה ובודאי כ"ד להלכה ובפרט דס' זמנים יוכיחו דהנך דח"ב בש' הת"ז והת"ח ודח"א ש' תכ"ז וקי"ל תפוס לשון אחרון) ועיין להנוב"י ח"א יו"ד סי' ס"ט דהעיקר אצלו תלוי בשיקול האומדנות גם מהרשד"ם ז"ל ח"א סי' צ"א פטר ראובן מהחיוב משום דאדעתא דהכי לא נתחייב וכן מהראנ"ח ח"א סי' ס"ו גבי חיוב כתב תוך התשו' ועוד נראה דכל כה"ג שנשתנו סדרי בראשית ונתייקרו הבתים כ"ך לא עלה ע"ד ראובן וכו' גם הרב משא"מ שם כתב משם מהר"ש יונה דל"א הפוס' דלא ליזיל בתר אומדנא כשתלוי בדעת אחרים אלא להוציא אבל להחזיק לא.

(עיי' במש"ל פ"ו מזו"מ מאי דמקוהו רבנן בס' מהרש"י הנז' והראיה שסייעו מינה המ"מ ז"ל ממי שאחזו בהוא דזבין שומשומי וכו' ואסתכר נהרא שאמרו אד"ד לא קבל אחה"ר שאני התם דהוי אונסא דל"ש וזה אפ"י בהתנה להדיא מבטלינן לתנאיה) ולפ"ז יצא הדבר הזה במחלוקת: מ"מ עין רואה להמש"ל פ"ו דזו"מ הביא מח' מהרש"ה ומהרי"ל ז"ל ודברי הפ"מ ז"ל דמחלק בין שבועה לחוב ותמה עליו למה לבו מהסס בזה ומני"ר סמך להלכה ולמעשה על אותו חילוק.

גם הרב קמ"ר ז"ל ח"ב סי' ג' זכר דברי הרבנים הנז' וכתב שבמ"א כתב שדעתו כדעת מהרש"ה ז"ל (דכל שהוא תלוי בדע"א אין אומד"ד מבטלת) והם בס' נחב"כ אה"ע סי' כ"ו דקע"ז ע"ב שזכר שם דבריהם וכתב לא נאריך כ"א לגלות דעתי שהיא כדעת מהרש"ה מטעמיה וכו' ע"ש וכיון שכן הא קי"ל הלכה כבתראי עיין להכנה"ג בח"מ בכללי הקי"ל או' ובא"ח בכללי הפוס' דה' כבתראי דידעי במילי דקמאי.

גם הרב בית דוד אה"ע סי' ל"ד הביא מח' הראשונים באב שפסק לתת נדוניא לבתו ומת אי היורשי' חייבים או לא דלמרן בתשו' אה"ע סי' י"א חייבים ולמהר"י צייאח פטורים וכתב באמצע התשו' ואי מטעם מהריב"ל ז"ל דאזיל בתר אומד' כבר מחו לה וכו' ונשאר יחיד בס' ואין לומר קי"ל כמותו ע"ש.

ואף דבסוף כתב ואת"ל וכו' מובן דל"א רק למתעקש וליה לא ס"ל וכן בסוף התשו' הביא שדעת מהרי"ו בסי' ק"ד כמרן ז"ל עש"ב (אגב ראיתי שהביא קו' הנ"מ דמהרי"ו סותר עצמו שבסי' ק"ה כתב שאם מת הפוסק הוי אונס ופטורים היורשים ובסי' קמ"ב כתב דכיון דאיכא שט"ח הוי כהלואה דל"מ טענת אונס והוא ז"ל תי' דבסי' ק"ה איירי בקנס פשוט וכו' ובסי' קמ"ב איירי דהקנס נעשה כח"ס שכותבים תחילה שט"ח גמור וכו' וקצת משמע כן ממור"ם סוס"י ה' שהביא ב' תשו' ולא מרגיש מסתירה ע"ש וכנראה ח"ו דאשתמיט למק' ולמתרץ דברי מהרי"ו בסי' קמ"ב שכתב להדיא כן וז"ל ומ"ש

שהיתומים פטורים מקנס וקמדתית האי למ"ש מהר"מ לא דמי דהתם לא היה שט"ח רק קנס בעלמא אבל הכא דאיכא שט"ח הוי כמו הלואה דל"מ טענת אונס.

וכן צווחי דברי מור"ם ג"כ שאחר שפטר מקנס סיים ודוקא בפסקא בעלמא פטורים אבל חיי"ט בשטר יורשיו חייבים לשלם ול"מ אונס ע"כ הנה החילוק מפוי ולא משמע קצת ויותר פלא על מהרח"ך בפרמ"א ח"א סי' ס"ג שיצא לידון בדב"ק לתי' הקו' הנז' דבסי' ק"ה מת האב קודם זמן הקנס ובסי' קמ"ב מת אחר הזמן הפך ממ"ש מהרי"ו גופיה ועיין בנ"ש סי' ח' ס"ח) והרי גם הרב"ד ומהרח"ך ז"ל אסיקו דל"א בתר אומד' ונראה גם דעת מרן כן בתשו' שחייב ליורשים ולא חלי מהך אומד'.

ואם יתעקש המתעקש לומר דהתם לאו משום דבחו"ב ל"א בתר אומד' אלא משום דלא ס"ל דהך אומד' דמהריב"ל הוי אומד' דמוכח גמור לו דהרי סמכו על מהרי"ו והוא סבר גם באונס דהוי אומד' ד (שמור"ם השווה אותו לאונס דלא רצתהבתו להתקדש דזה הוי אומד' ד כמ"ש הח"מ סקט"ו) ועוד שכבר כתבתי דבמקום השאלה פוס' כמור"ם במקום שלא גילה דעתו מרן והוא ז"ל גילה דעתו שכל אונס ואומד' לא מפקינן חוב שנתחייב בשטר.

(בזה נצא י"ח מ"ש הח"מ שם סקט"ו דגם במי שנתחייב להחתן מנה בלי שום תנאי והחתן כתב שאם יתן לו הכלה יפטר מחיובו וכו' דגם בזה י"ל שפטור שלא נתחייב רק ע"ד שהיה סבור שבתו לא תסרב ע"כ ועיין בב"ש סקט"ז שכ"כ בשמו והוסיף מדיליה לחזקו בראיות כי מלבד שהב"מ תמה על הח"מ ודחק להעמיד דבריו ולבסוף רמז לתו' דכתובות ולהמש"ל בהזו"מ וכתב א"כ הכא ודאי הצד שכנגדו לא נכנס בהתקשרות אם לא בביטול אומד' זו עוד כנ"ד כתבתי דלמור"ם אנו שומעין) ומ"מ דעת מור"ם עוד צ"ב דא"כ אמאי בסי' נ"ג גבי פוסק מעות לחתנו ומתה הבת פסק דאפי' עשה האב שטר וזקפן עליו במלוה לא זכה הבעל משום אומד' דלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ועיין לו בתשו' פ"ט שדן כן מהת"ה סי' שנ"א וכתב דלא פליג עליה כ"א ריא"ז וכו' וי"ל הט' שם משום דמתחילה היו בתורת פסקא אפי' אם חזר וזקפן תו לא נפקי מדין פסקא דהאומ' מועלת בה משא"כ בסי' נ' ונד"ד נמי דמתחילה היו בשם חוב ולא בשם פסקא.

וכן יש לדקדק מגוף דברי הת"ה ז"ל שם שכתב וז"ל תו נ"ל דנד"ד אפי' לא הזכיר כלום שנתן מהנדוניא אלא נכתב בשט"ח והלואה ל"מ למימר הואיל ונזקף הנדן במלוה נפק"ל מתורת נדוניא והו"ל מלוה וכמ"ש בפ"ב דגטין כתובה משזקפה נפק"ל מתורת כתו' דיש לחלק וכו' ע"כ הרי שלא דיבר הרב רק בעיקרה נדוניא ונזקפה אח"כ ולא בעיקרה חוב.

וכ"ן מהרב פנים מאירות בח"ב סי' קי"ט דאוקי דברי ריא"ז בנתחייב תחילה בנדוניא ואח"כ כתב לו שט"ח סתם דבזה זכה הבעל ע"ש ומיניה נשמע לבר פלוגתיה הת"ה דגם הוא בזה פליג ולא בנתחייב סתם מעיקרו דלימא שהת"ה פליג מן הקצה אל הקצה הוא דוחק גדול באופן נראה ברור שדעת מור"ם שסומכין עליו ס"ל דכשמעיקרא הוא חוב אין האומד' פוטרת וכ"ש דיש להוכיח ממ"א שגם דעת מרן כן דהא בערב שהוא מתחייב במה שאינו חייב כתב בח"מ סי' צ"ז י"א דאין מסדרין לערב וי"א דמסדרין ולא עלה על הדעת לפוטרו מכח העניות כהך דנתקלקלו החובות משמע דבחו"ב אין האומ' פוטרת.

שוב יגעתי ומצאתי דין זה עצמו מפו' בראשונים כי הרא"ש בכלל ל"ד ס"ב כתב וז"ל וכן נמי שטר נדוניא שכותב ע"ע בחו"ג כיון שחיי"ע בו חייב הוא ואם עבר תנאו תוכל האשה לגבותו ע"כ וידוע הוא באה"ע סי' ס"ו ובב"י דאתריה דמר הרא"ש כותבין בשוה התוס' עם הנדוניא ועכ"ז פסק שאם עבר תנאו יכולה לגבות ולא פטר מט' דלא כתב אלא עמ"ל וכן רי"ו תלמידו ח"ב נכ"ג כתב נדוניא שנהגו לכתוב באלו הארצות שמחייבין עצמם כשמשדכין ומודה שקבל כו"ך ומחיי"ע חו"ג נראה שנגבית בכל ענין ואפי' שחזרו בהם הוא או היא שכבר הודה ושעבד עצמו וחייב וכ"כ שאדם יכול לשעבד עצמו במה שאינו חייב בקנין וכו' וכבר שאלתי לרבתי והודו לדברי ע"כ והגם שכתב הרב ומודה שקבל וכו' נראה דלאו בזה תליא מילתא אלא החיוב מצד שחיי"ע בקנין וכמ"ש וכ"כ שאדם יכול לשעבד וכו' (הנ"מ ז"ל דקי"א תמה עליו מנ"ל הא ואמאי לא אזיל בתר אומ' דראב"ע ובפרט כשחזרה היא דקי"ל אפי' כישא דירקא הדרא ע"ש ולפי מה שנתבאר תראה דלא דמי דהתם משום דבאה בתורת מתנה הדרא משא"כ כשנתחייב בקנין.

גם מש"ש מהריב"ש סי' צ"ז להפך ופשיט"ל דהצדאק הוא חוב ועכ"ז אינה גובה אותו דע מה למעלה שהוכחנו מהריב"ש סי' ק"ג דבחוב אין אומד' פוטרת והצדאק אינו חוב רק תוס' שכותבו לה לבטחון אם לא יהיה ציית דינא הוא ויורשיו לפרוע כתובה שתגבהו מהם בעש"ג ועיין בכנה"ג א"ח כללי הפוס' אונ"ז משם מהרשד"ם אה"ע סי' צ"ג דראוי לסמוך על רי"ו יותר מריב"ש) ומעתה איחזור דינא בנ"ד שמחוייבים לפרוע לה כיון שנתחייב לה בזה בקנין הן מצד שהדין מפורש בהרא"ש ורי"ו ז"ל והן ממ"ש דמור"ם ומרן הכי ס"ל ואפי' כשימצא הדוחה לדחות זה מ"מ כיון דהרא"ש דעתו מפורשת והרי"ף והרמב"ם לא ידענו דעתם בזה הנה הכנה"ג בח"מ סי' רנ"ח הגב"י או"ח למד מהקדמת הב"י דבמקום שגילה דעתו אחד מג' עמודי הוראה ושנים לא גילו דעתם ראוי לפסוק כמותו אף אם רבים אחרים חולקים עליו (עיין בחק"ל ח"מ ח"ב דע"ד ע"ב כתב כן מדנפשיה ולא זכר שר שכבר קדמו בזה הכנה"ג) ועיין י"מ ז"ל בכללי ריב"א ומהריק"א אול"ח: זולת דתרי טעמי הללו דאשכחנא לזכותה משום שלא נתרצית להתקדש עד שיתחייב לה.

ומשום שנתחייב חו"ג (מדברי הפוס' הנז' נראה דלא יועיל כ"א בקנין הלא"ה הו"ל פסיקתא וגם מרן בתשו' אה"ע דמזכה פסיקתא אינו כ"א בקנין כיעו"ש וכמ"ש הריב"ש סי' קכ"ט רק במעכשיו לא איכפת ליה משום דאיכא קנין או משום שזמנו של שטר מוכיח עליו ועיין בקמ"ר הנז' ובפרי הארץ ח"ב ח"מ סי' י"א ורוב דגן ח"א יו"ד סי' ד') לא נזכר כ"ז בעדות השטר הראשון אלא בבירור שכתבו העדים אח"ך ובאנו להך דכיון שהגיד שוב אינו חו"מ.

ועיין בח"מ סי' כ"ט דהעדים אינם יכולים להוסיף תנאי בעדותם וכן בסי' מ"ו פסק דבכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים לשום דבר שיאמרו לבטל את השטר: אמנם זה אינו כי הסמ"ע בסקק"ד שם עמד על הסתי' מזה לסי' פ"ב שכתב ואפי' עדי השטר נאמנים לומר שנעשה ע"ת אפי' אם כת"י יוצא ממקום אחר וחי' דבעדות ע"פ אין יכולים



להוסיף משא"ך בעדות בשטר ומהרש"ך ח"ב סי' א' תי' דאם עדותן השניה בשטר אין כאן חו"מ ובנד"ד תרתי איתנהו בין ראשונה בין שניה העידו בשטר.

ואף כי המש"ל ז"ל בה' עדות תמה ע"ד מהרש"ך וגם האחרונים תמהו על הסמ"ע שסותר עצמו בזה למ"ש בסי' כ"ט והש"ך ז"ל לא שמיע ליה עיקר תי' כבר הרב פני יצחק ח"א סי' י"ט עמד על מבוכה זו והעלה להלכה דהך דסי' פ"ב עיקר כמוסכם בכל פוסק שסותר עצמו דלישנא בתרא עיקר ועיין להכנה"ג א"ח כללי הפוס' אומ"ו ע"כ (אך לא ידעתי מה רמז בזה להחזק"ל ח"מ ח"ב והרואה שם שאין טעמו דאזיל בתר בתרא ואדרבה לדב"ק שם הכא דהוי מח' הרא"ש והרמב"ם היה ראוי לפסוק כהרמב"ם עיין בי"מ כללי רש"י ושכנה"ג כללי הפו' אוי"ט דדעת מרן בב"י א"ח סי' יו"ד לפסוק כהרמב"ם נגד הרא"ש ובי"מ כללי הרא"ש אול"ו.

גם רמז להכנה"ג ח"מ סי' ע"ב ושם ל"כ רק כשסותרים אזלינן בתר מקום הדין. גם רמז להכנה"ג אה"ע סי' קי"ט בהגה"ט אומ"ח ושם דיבר דבא"י ומערב אתריה דהרמב"ם דעת הש"ע לפסוק כמותו ובשאר מקומות לא) ולפ"ז בנ"ד מ"ש העדים אח"כ הוא העיקר.

וחוץ מזה י"ל דנ"ד אינו הוספת תנאי אלא ביאור מה שסתמו דבריהם תחילה והשתא באו לפרש הסתום מבלי נגוד לדבריהם הראשונים ובכה"ג נראה דכ"ע מודו דאין בזה חו"מ וכמ"ש בב"י סי' כ"ט מחוי"ד משם הנמק"י מכאן נ"ל דעדים שכתבו סתם לאו שקרא הוא וטעמא משום שמה שחוזרים ופורשים דבריהם אינו עקירת שטר דהא סתמא נכתב והם יכולים לברר הענין וכ"פ מור"ם סי' מ"ו סל"ז.

וגדולה מזו כתב הב"י שם מחו"ג משם הרשב"א דגם אם הדברים סובלים שני משמעות אחד קרוב ואחד רחוק מכוונים דבריהם גם בדרך הרחוקה דלדברי השטר וכו' וכ"פ שם בש"ע ס"א גם מהרי"מ"ט בח"א סי' קמ"א ומור"ם בתשו' מ"ט כתבו דכל מאי דמצינן לתרץ דבריהם בתראי עם השטר מתרצינן ועיין להריב"ש סי' קס"ז דנאמנים לפרש דבריהם בכונת המוריש ומהר"מ אלשיך בסי' ס"ד כתב דל"א חו"מ רק בשטר שכתוב בו דברים הפוסלים ובאו לומר שלא היה הדבר כן אבל כשבטולו לא הוי אלא ממאי דלא כתיב ביה יכולים לחזור ולהעיד והביא מהר"ן דאפ"ל לאפסולי שטרא מהימני לגלות מה שלא פורש אם אינו סותר השטר והוכיח כן מהרי"ף ורמב"ם שכתבו בש"מ שציוה ואמר לא תגלו אלא לאח"מ שאין זה מתנה מסותרת שבשעה שהקנה שהיא לאחר מיתה הרי אמר גילו אותה ע"כ דהתם בשעה שכתבו היתה מסותרת ומי אמר לב"ד שהיתה גלויה אם לא העדים ש"מ דנאמנים לפרש הסתום ע"ש ומדב"ק למדנו ממ"א ג"כ שדעת מרן שיכולים לפרש הסתום דהא בסי' רמ"ב פסק כלשון הרמב"ם וכתבו וש"מ דהכי ס"ל.

וא"כ רווחא שמעתתא דבנד"ד אין כאן חו"מ: איברא דאכתי פש גבן בנד"ז איך תגבה מיתו"ק בלא שבועה עיין בח"מ סי' ק"ח והגם שיש בידה פס"ד מחיי הארוס וקי"ל בסי' ז"ך דאין הלה נאמן לו' פרעתי נגד הפס"ד ל"מ דהתם ר"ל שאין הלוה נאמן לאבד חובו ואפ"ל בשבועה אבל כשיטעון פרעתי פשי' דלא יגבה המלוה רק בשבו' וכמ"ש מהרלב"ח סי' ק"ט והכא אנן טענינן ליתמי.

אמנם גם לזה עלתה ארוכה במ"ש הב"ד אם יעלה ברוחו לגרש וכו' יפרע וכו' דבזה הו"ל קבעו זמן לפרעון ומהרשד"ם ח"מ סי' ג' כתב דאם הפשרנים גזרו על אחד לפרוע לחבירו לזמן פ' וטען פרעתי אינו נאמן כיון שקצבו לו ב"ד זמן פשי' שלא היה פורע תו"ז ע"ש והגם דהכנה"ג בסי' ע"ח בהגה"ט אוט"ז הביא מהרמב"ן דעביד איניש דפרע גו זמנא דב"ד והרגיש מזה אהך דמהרשד"ם וחי' בין קביעות זמן דפשרנים לזמן דב"ד ע"ש מ"מ מלבד דהש"ך סוס"י ע"ח תמה על הרמב"ן ז"ל ודחה ראיתו מהש"ס (אפי' דזה טעם מהרשד"ם שתפס כיון שקצבו לו ב"ד זמן דש"מ דלא ס"ל לחלק כהכנה"ג) עוד בה דגם לדברי הכנה"ג יודה הרמב"ן בנד"ז דטעמו מפורש משום דבזמן ב"ד ידע איניש בנפשיה דמהשתא חייב ורק להרוחה נתנו לו זמן ולכן כשבאו מעות לידו פרע גו זמניה משא"כ זמן הפשרנים דגם הוא בכלל הפשרה וא"כ בנ"ד דהזמן תלוי בגרושין או במיתה אכתי לא מטא זמניה ואיך יפרע אולי לא יגרש ותמות היא בחייו (ועיין להקצה"ח סי' ע"ח סק"ט חי' מדנפשיה כהכנה"ג ודבריו נוטים למ"ש) ובזה א"ש גם ס' מהרלב"ח שם דנראה חולק למהרשד"ם ז"ל.

ומטעם זה יכולה הארוסה דנ"ד לגבות בשטר העדים נמי שבידה גם אם לא היה לה הפס"ד דהא כל עוד שלא גירש או מת הו"ל תוה"ז וזה אחד מג' דרכים שהמלוה גובה בהם מיתו"ק. ועיין להערה"ש ח"מ סי' ע"ח סע"ג דאפי' למ"ד מלוה תוה"ז אינו גובה מיתו"ק מודה בכגו"ז דהפרעון תלוי רק בגרושין או מיתה משום דעדין לא נתחייב בחוב כלל וכ"כ משם הרדב"ז ז"ל במי שנתחייב לזון חתנו ליו"ד שנים דל"ש בזה התפסת צררי לחוב שעדין לא בא.

והגם שהרב קול אליהו ח"ב סי' י"ד נתעורר עליו בזה דכתובה תוכיח תי' הערה"ש דשאני כתובה דהיא תנאי ב"ד ע"ש. גם מטעם אחר יש לאשה הזאת לגבות בלא שבועה כיון ששלחו מתם דהיתה קטטה בינה ובין הארוס עד יום מותו דאז מסתמא לא פרע לה וכמ"ש מהרש"ך ח"ב סוס"י קי"ז וז"ל ולענין היורשים אם מת האיש ההוא בהיותם מתדיינים ומתקוטטים ונתברר הדבר שלא היה זמן ושהות לומר שפרע וכו' אפי' היו יתו"ק היו מחוייבים על הפרעון הנז' וכו' ובזה אנו ניצולים מהמהרהר בזה דכיון שכתוב בשטר ונתחייב לה בכתובה וכו' א"כ הרי שמע שם כתובה וא"כ רמי אנפשיה להתפיס צררי כדין כתובה דמשונה דינה בזה.

דכשיש קטטה ביניהם גם בכתו' ל"ח וכ"ר להנוב"י קמא ח"מ סי' י"ח שכתב באשה שמת בעלה והיא מחוץ לעיר דלכל הפירושים אין משביעין אותה כיון שלא היתה עמו סמוך למיתתו ע"ש ונד"ד נמי דכוותה דמפני הקטטה לא היתה עמו סמוך למיתה ובדין הוא שתגבה חובה הנז' גם בלי שבועה. זהו מה שנלע"ד להלכה דמה שדנו דיניהם דין תורה וחוקים.

הגם כי נטו דרכי ותט אשורנו מני ארחותם יסלחו הצדיקים. וגם הרה"ג ח"ד בדרא דן כוותי ומטעמי דלה מים מבורות עמוקים.

ושלום על דייני ישראל: סימן כ"ג ראובן קנה קרקע נכסי מלוג מדינה אשת שמעון בעת ששמעון היה נוסע בקר"ח וכעת שמעו' מערער לבטל המכר הנז' וראובן משיב כי הסרסורים אבות אחיות דינה אמ"ל קודם המכר ששמעון ציוה אותם למכור קודם צאתו

וגם דינה אמ"ל ששלח לה במכתב למכור והוא האמין להם כי שמעון לא הניח אפוטרופוס להטפל בעסקיו רק דינה אשתו היא הנושאת ונותנת בהם ועוד אולי מכרה הקרקע הנז' למזונותיה ועוד שהיה על הקרקע הנז' חובות על שם הבעל והאשה ושאר אחיותיה היורשות ומפנ"ז נאלצו למוכרו לפרעונם כאשר פירשו בתוך שטר המכר.

ועוד שאח"כ שלח מכתב לקונה שמצדו המכר הנז' יהנה ויערב רק שיהיה ברצון דודו כי הוא גמול ממנו טובות ולא יוכל להכעיסו. ועוד שלא האל' אם היורשות אשר הקרקע הזו משועבד לכתובתה ומזונותיה גם היא כתבה שטר מכר לקונה וביארה שמכרה למזונות שעברו ושלהבא.

וא"כ מכל הצדדים הנז' נתקיים מקחו בידו ולזה שואל שוה"ד בזה: והנני משיב ע"ז בעז"ה דלעד"ן שכל דברי הקונה צדקו יחדיו לקיים מקחו כי ידוע מ"ש באה"ע סי"ץ האשה שמכרה מנ"מ וכו' הבעל מוציא הפירות מיד הלקוחות כל ימי חייה אבל לא גוף הקרקע ואם מתה בחייו מוציא הגוף מיד הלקוחות בלא דמים וכו' ואם הבעל מודה או שיש עדים שברשותו מכרה אינו מוציא מיד הלקוחות דכשלוחו דמיא ואי בעי לוקח היה מחזרים שלא מכרה מדעתו ע"כ והשתא הנה לפנינו ב' עדים כשרים (כי בח"מ סי' ל"ג מפו' שאבי החתן ואבי הכלה כשרים להעיד זב"ז) מעידים שציוה למכור והוי המכר מדעתו.

וגם אם נאמר דצריך שיעידו שציוה לה ולא להם עכ"פ רגלים לדבר ואומד"ד מעדותם שכתב לה למכור כאשר אמרה היא ובפרט שלא הניח אפוט' זולתה שיכתוב לו ועיין להמבי"ט ח"א סי' ק"ץ דבאומ' פחות מזו קיים מה שמשכנה אשה מנצ"ב שלא בפני בעלה וז"ל כי כשהלך בעלה פתאום ולא הניח דבר למזונותיה ואח"ז שלח אחריה שתלך למקום שנתיישב וכו' נראה שכתב לה שתעשה מה שיראה בעיניה וכו' ובכלל זה היה המשכנתא של הבית ע"ש ודון מינה במכ"ש לנ"ד שהם נ"מ ויש עדים שגילה דעתו למכור דהוי רגל"ד להאמינה שכתב לה למכור.

ולפחות שבועת היסת חייב כמ"ש מור"ם סי' ע"ד דמשביעין היסת על רגל"ד ועיין פת"ש משם הרדב"ז אפי' אם אין הב"ד יודעים הרגל"ד רק שהוא טוען וכו' וכ"ש הכא דהוא עפ"י עדים: גם ממה שרמז הקונה שהיא הנז' בעסקי בעלה מבלי אפוט' עיין להמבי"ט שם שמכח זה קיים המשכנתא הנז' ממ"ש ראב"ן דכיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזה"ז הרי הם כאילו מינום בעליהן להיות שלוחים וסיים דאע"ג שהנשים שלנו אינן רגילות כ"ך היינו כשבעליהן בעיר אבל כשאינן בעיר הן רגילות וכו' ע"ש והגם שהרא"ש סי"ג כתב שר"מ לא פסק כראב"ן עיין למהר"ם אלשיך סי' י"ט שאין חולק בזה רק מהר"מ ואפי' הרא"ש תלמידו חשש להחולקים עליו והגם שמהריק"ו שו' קצ"ב חי' דל"א ראב"ן רק בדבר מועט אבל במרובה לא.

ע"ש דרפייא בידיה שכתב אח"כ ואפי' את"ל דבכל ענין דיבר ראב"ן וכו' מ"מ ר"מ חולק עליו וא"כ הנה כתבנו דגם הרא"ש חשש לחו' על הר"מ ז"ל ואפ' דה"ט. דהמבי"ט שלא זכר ס' הר"מ ולא חי' מהריק"ו ז"ל: גם מה שטען אולי מכרה למזונות עיין להמבי"ט שם שמתע"ז קיים המשכנתא הנז' אע"ג דלא היה ברור שם נמי שמכרה למזונות ועיין בש"ע סי' ע' במי שהלך בעלה למד"ה ומכרה בינה לבין עצמה למזונות

מכרה קיים וא"ץ שבועה ולא הכרזה עד שיבא בעלה ויטעון וכו' ובב"ש סקי"ח כתב דבטענת הבעל אינו יכול להוציא מה שמכרה רק שצריכה שבועה ע"ש ואף שיש לטעון בטע"ז דמפול'בסי' צ"ג באלמנה דלא תוכל למכור רק למזונות ששה חו' (ומכ"י ההולך בעלה למד"ה לרמב"ם יליף מאלמנה והעירו ע"ז הח"מ סקכ"ג והב"ש סק"ו ועיין במשפט"י למהרח"ש סי' ח' דהחו' על הרמב"ם באלמנה מודו בהלך בעלה למד"ה דגם בלא ב"ד הדיוטות מכרה קיים) והכא מכרה ביותר מ"מ כיון שידוע שלא ימצא קונה חלק בקרקע קטן כזה מריבוי ההוצאות ומסי מלך כידוע הנה מפורש שם דבכגו"ז מוכרים ביותר ומש"ש לפי ראות עיני הדיינים אינו אלא לס' יש חולקין בסכ"ה דאם מכרה בלא ב"ד מכרה בטל וכיון שצריכה לב"ד יהיה לפי ראות עיניהם אבל למה שסתם דגם בינה לבין עצמה קיים (וקי"ל ה' כסתם) אנה"ן הכל תלוי לראות עיניה וכ"מ להמבי"ט שם סי' רל"ט כתב וז"ל ואפי' נאמר דזאת האשה נחשבת כאשה שהלך בעלה למד"ה מכרה קיים וכו' ונ"ל דאפי' מכרה ליותר מו"ח מכרה קיים בדיעבד אם לא היתה מוצאת למכור מן הבית לשיעור ו"ח שאין מי שיקנה לשליש ולרביע (והמו"א אה"ע סי"ה למד מזה לקיים מכר אלמנה ליותר מו"ח והוסיף עוד דכיון שהמעות נשארו ביד נאמן לריוח היום ל"ח לאיבוד המעות אם תנשא ובודאי דכה"ג שמכרה למזונות אפי' אם יש לה קצת מטלטלים מכרה קיים דלא מצינו שחילקו בזה) ועוד דטעמא דמוכרת לו"ח שייך דוקא באל' שמא תנשא דמה"ט פירש"י שאין נותנים לה רק אחת לשלשי יום משא"ך בהלך בעלה למד"ה שאינה יכולה להנשא.

ועיין להמשד"ר ח"א באה"ע סי' צ"ו דגם באלמנה דליכא למיחש שתנשא כגון זקנה וכו' שמוכרת ליותר מו"ח. וא"כ בנ"ד דל"ש שמא תנשא גם שלא תמצא שיקנה בשיעור זה.

גם שהתנה הקונה שדמי הקנין יתנם לב"ד לעשות לה מה שיועיל שאין שום חששא למה שמכרה ליותר ממזונות ו"ח. והגם שהכנה"ג באה"ע סי"ץ כתב על כל טעמי המבי"ט הנז' ויש חולקים (נר' כונתו על אותו ב"ד שזכר המבי"ט) אנן לא נפק"ל מידי כיון שמרן ז"ל דקי"ל כוותיה כתב על התשו' הנז' וז"ל כך נ"ל שהד"א כי משכנתא שמשכנה אשה זו היא קיימת ע"כ ומדלא ביאר מאיזה טעם הסכים נראה שסמך ידו ע"כ הני טעמי: גם מה שטען לקיים המכר כיון שמכרה לפרוע חובם הדין עמו ממ"ש מהרשד"ם כן להדיא בח"מ סי' ר"ו וכתב דל"ד אחז"ל מוכרת למזונות מכרה קיים ואדרבה כ"ש הוא דהתם אע"ג דספקי ידיה למזונותיה ואין אנו יודעי' חיוב לבעל עכ"ז קיים כ"ש הכא שידענו שחייב ועוד למד די"ז ממ"ש הרשב"א דאפוט' מוכר לכל ריוח של יתומים וגם דימה זה לב' שלוו בשטר אחד דודאי הא' מהם ימכור כל מה שימצא לחבירו ויפרע חובו ע"ש (תשו' זו אשתמיטתיה להרה"ג כמהר"ף בירדוגו ז"ל במשפט"י ח"ב סי' ס' ודן להפך ומה שרמז לריב"ש סי' שצ"ו אין ראייה דהתם מכר המשכון לפרוע חוב של עצמו) ועיין להרב מש"ץ ח"א סוס"י מ"ב שחיבב דבריו ולמד מהם לנדונו והגם דמכרה יותר משיעור החוב לא איכפת כיון דמהרשד"ם למד זה ממכ"י למזונות וכו' והתם אם לא נמצא קונה רק ליותר מוכרת ה"ה הכא וכן הוא ודאי בב' שלוו בשטר אחד ועיין בח"מ סי' ק"ג כשאין שיעור בחוב לשום קרקע הראוי ואומ"ל מכור לי שיעור מעותי או פרע מעותי דהדין עמו ואני בעניי במ"א העליתי דבשטרות

הנהוגים במו"ש בעי"ק ת"ו דינא הוא לפרוע מעות דוקא וכן סוגיין אזלי בב"ד וא"כ כיון שאין קונה בשיעור החוב תוכל למכור ליותר (טע"ז יספיק המכר הזה גם מכח מכי שאר האחיות השות' שלוו כולם יחד בשטר אחד): גם מטעם שהסכים אח"כ שמעון למכר במכתב ששלח לקונה יש לקיים המקח הנז' (אבל מכח שתיקתו כבר נשאל הרא"ש בכלל מ' ע"ז ממש והשיב דלא איבד הבעל זכותו בשתיקה לחוד וכ"פ מור"ם סי' צ"ב אמת דבענין שתיקה לכאורה יש סתירה בש"ע והרא"ש ממקום למקום כי בח"מ סי' פ"א גבי טענת השטאה פסק שאם אמ"למנה לי בידך ואתם עדי והלה שתק מתחילה וע"ס שתיק' לאו כהודאה.

ומקור הדברים מהרא"ש כס"ה סי"ד וכ"ן ממ"ש בח"מ סי' קע"ו בשותף המשנה ממנהג המדינה שכתב שאם עבר ושינה והודיע לחבירו והסכים למעשיו (כלו' שהסכים להדיא ולא בשתיקה) ה"ז פטור. ואילו בסי' קע"ו כתב הטור משם אביו הרא"ש באחיו של שמעון השותף שהי"ל מעות ואמ"ל שמעון השתדל עמנו ותקח מהריוח בכדי מעותיך וראובן ידע בזה ועתה ראובן אומר כיון שלא הודעתני אין לי ליתן חלק בריוח שחייב ליתן חלק כיון שהיה מזה תועלת לשות' ושם בב"י כתב דבגוף התשו' כתוב שראובן לא ידע וניח"ל בגרסתו יותר מגרסת הטור דאם ידע ושתק נראה שנתפייס ואינו יכול אח"ך לערער ומה צורך להרא"ש בטעם תועלת השות' ע"ש דפשיט"ל בידע ושתק דסגי גם בלא טעם התועלת וכ"מ מש"ע סי' צ"ג שהעתיק כהטור שראובן ידע וחייבו לתת ול"כ הטעם משום תועלת השות' וע"ש בסמ"ע סקטו"ב וכן מהריק"ו שו' כ"ד למד מדברי הרא"ש הנז' דאעפ"י שלא הודיע לראובן כיון שראה אותו משמש בהנהגת החנות ושתק הרי נתרצה ע"ש ולפ"ז הו"ו תרתי דסתרן ועל מרן י"ל דס"ל כמ"ש הש"ך בח"מ סי' פ"א סק"ט והט"ז באה"ע סי' ק"ו סק"ג לחלק דכשהשעבוד או החוב ברור ושתק לא הוי הודאה אלא דלא חש למחות אבל כשיש להסתפק בדבור או במעשה שנעשה אולי הוא אמת לא הי"ל לשתוק ומדשתק הוי כהודאה.

ולזה בהשטאה דיודע בבירור שאין לו בידו מנה או בנ"ד שיודע שאין במכ"א אשתו כלום שתי' לאו כהודאה אבל בשות' דיש להסתפק אולי ממעשה שותפו יהיה ריוח כמו שיש להסתפק להפסד שתיקתו כהודאה ומ"ש בסי' קע"ו והסכים למעשיו ר"ל בשתיקה נמי וכן פי' מהרשד"ם ח"מ סי' שס"ח והוכיח דשתיקת שותף כהודאה ע"ש אבל למהריב"ל ח"א כלל ה' סי' ל"ז דלמד מהך דהרא"ש כס"ה ומהך דוהסכים למעשיו דשתי' לאו כהודאה והשוה אותם להדדי פשיטא דלא ס"ל לחלק כן ואכתי קשו תשו' הרא"ש אהדדי (ועיין להרב ויקרא אברהם ח"מ סי' ל"ג האריך לציין הפוס' בהך דשתיקה כהודאה) מהך דסי' קע"ו שאם הסכים השותף לשינוי המנהג ששינה שותפו ה"ז פטור דסיימו שם ואין הדברים האלה צריכים קנין אלא בדברים בלבד וה"ן בנ"ד הרי הסכים בדברים ואע"ג דיש לחלק דשותף שאני שיש לו חלק בגוף הנכסי' לפיכך הסכמת חבירו גם בדברים אחר המעשה סגי משא"ך בבעל שהעדיפו כחו כלוקח בנ"מ להוציא מהקונה והו"ל כמי שכל הנכסים שלו י"ל השטאה תוכיח דכל הנכסים ואעפ"י ככתוב בסי' פ"א דאם אמ"ל מנה בידך ואמר הן והעיד עליו עדים ושתק דבאמירת הן נתחייב הגם דהיא בלא קנין ובל"ז נמצא די"ז מפורש בהרמב"ם פ"ל ממכירה דבדברים בעלמא יקיים האדון מה שמכר עבדו מנכסיו ומה שמכרה אשתו בנ"מ ובנצ"ב ובשדה שהכניס לה

הבעל שום משלו וא"ץ והב"ש בסי"ץ סקמ"ח הבי"ד אלו להלכה ואף שה"ה פקפק שם במתנת העבד מלבד דלע"ד נראה דל"א רק במתנה דהיא חוב גמור לאדון משא"ך במכר דמיהא נסיב בזווי עוד הנה הרב"מ בסי"ץ כתב דמשמע דבמתנת האשה מודה ה"ה דסגי בדברים לחוד ובזה ניח"ל על המבי"ט שם בסי"ק"ץ שהביא דברי הרמב"ם הנז' לקיים המשכונה בהסכמת הבעל במילי ולא עורר מה"ה משום דהתם מיירי במשכונה ומן האשה (פשוט דמה שנראה מה"ה פכ"ב מאישות ומח"מ סי"ץ סק"מ דבנצ"ב בעו מכר מבעל אחר מכר האשה דלאו מכר בקנין ממש אלא בהסכמת דברים כנז'.

וגם מאי דקי"ל בח"מ סי' רמ"ה דבעי שיכתוב שדה נתונה לך ולא סגי בדבור הכא שאני שכבר קדם מכר האשה לזה סגי הסכמת דבורו) וכ"ז שי"ל דעדיף נ"ד שהסכים בכתב דעשה מעשה ועדיף ממילי כדאשכחן בסי' קמ"ז דהיועץ לחבירו לקנות שדה לא איבד ערעורו בה שהרי לא עשה מעשה ש"מ דמעשה עדיף ממילי וכ"א שם עשאה סי' לאחר או חתם עליה בעד איבד ערעורו הנה במעשההכתב מפקע זכותו וא"כ ה"ה הכא.

(וזה נתעוררתי לכאורה בעיקר הדין הנז' דהסכמת מילי מהני אחר המעשה בשותף ועבד ואשה דזה הוי כיאוש שלא מדעת דקי"ל בריש אלו מציאות דלא הוי יאוש ונראה משם אפי' הסכים אח"כ שהק' מתורם שלא מדעת שאם בא ואמ"ל כלך אצל יפות תרומה ות' דשויה שליח ופירש"י לתרום משמע הא לא"ה לא והגם דהרמב"ם בה' תרומות ס"ל אע"ג דלא שוייה שליח ע"ש בכ"מ דס"ל כמו שתי' בעובדא דמרי בר איסק משום מצוה שאני אבל ליכא מצוה ולא שוייה שליח ל"מ הסכמתו שאח"כ וי"ל דשאני שותף ועבד ואשה דידם כיד בעלים לזה ההסכמה דשותף ואדון מהני אח"כ משא"ך אחרים שאין להם שייכות עם בע"ד ולא בממונו וזה חזיתי למהרימ"ט ח"ב בח"מ סי' קי"ב כתב לכאורה דברים תמוהים דהתם הסכים המשלח לשליח אחר המעשה וכתב דלאו מידי הוא ואייתי עובדא דמרי ב"א דמצוה שאני ומב"א משום כסיפותא הוא דעבד.

והוסיף דגם שהיתה שם ההודאה בכתב ל"מ דמשום כסיפותא הוא או משום שישלח לו המעות אמר כן ע"כ. וראיתי להמש"ל בפ"ה מה' שלוחין ושותפין תמה עליו מהך דשותף דדי בהסכמתו אח"כ וכתב דענין מב"א אינו ענין לכאן גם הכנה"ג בח"מ סי' קע"ו הגה"ט אוצ"א תמה עליו מהך דשותף ורצה לחלק משותף לדמהרימ"ט דהוי שליח ואה"ר זה נגד הש"ס הנז' דבשויה שליח הסכמה שאח"כ מהני והוא עצמו דחה שלא יהיה מהרימ"ט חו' עם מהרשד"ם ומהרש"ך דמשוו שליח לשותף ות' דל"א מהרימ"ט רק התם שאמר דברים שמורים לריצוי אבל בריצוי מפו' מודה דבשליח מהני ע"ש ובכע"ח ח"ב מח"מ סי' כ"ד כ"כ והוסיף דאפי' פליגי אין לו' קי"ל בזה כמהרימ"ט.

ואנכי לא ידעתי מה כל החרדה דהמעייין שם יראה דביטל הרז"ל אותו שליח מתורת שליחות כיון ששינה מדעת משלחו ואפי' דעלייה לשליחותו כתב הרב שם דהריוח למשלח וההפסד לו ועפ"י מונח זה כזר נחשב ואין כאן לא שליח ולא שותף ואין לו דמות עם דין הרמב"ם ודימה אותו לדמב"א דמשום כסיפותא וכו' אין הסכמתו הסכמה ולעולם דמהרימ"ט יודה בשותף ובשליח ועבד ואשה.

כ"ש שגם לדברי הכנה"ג ודאי לא יכחיש מהרימ"ט דין מפו' בהרמב"ם רק שיאמר דאשה ועבד כשותף או עדיף מיניה ונמצא די"ז אליבא דכ"ע) ואם יטעון הבעל דהרי

אף שהסכים בתחילה חזר וכתב לך חזק וקנה ברצון מר דודי וא"כ אם לא ירצה מר דודו יהיה המכר בטל כדקי"ל בח"מ סי' רמ"א בנותן מתנה על תנאי.

גם בזה לא צדק דמלבד שיש מח' באה"ע סי' ל"ח באומר ע"מ שירצה אבא דלהראב"ד כאומר ע"מ שלא ימחה ולהרא"ש כע"מ שישתוק ולהרמב"ם והש"ע פסק בסתם כוותיה בעי שיאמר הן מ"מ אפ"ל דכ"ז באומר ע"מ שירצה משא"כ בלך חזק וקנה ברצון וכו' משמעו רק שלא יהיה נגד רצונו וסגי כשלא מיחה.

ועוד והוא העיקר דלא נחלקו רק באומר ע"מ שירצה דהוא לשון תנאי ובכל תנאי התנאי כפי מה שנתבאר באה"ע סי' ל"ח והכא ליכא תנאי התנאי דהא הקדים המעשה שהוא הסכמתו לתנאי דלך חזק וכו' גם לא כפל תנאו ולא לא הוזכר בתנאי זה כלל והגם דמבואר שם ס"ג דכל האומר מעכשיו או ע"מ א"ץ לכפול התנאי להקדים תנאי למעשה הכא לא יש מעכשיו ולא ע"מ והגם דבבאה"ט שם כתב מהב"י בח"מ סי' נ"ו דכל שיש בשטר זמן או קנין הוי כמעכשיו במכתב הזה לא יש זמן ולא קנין באופן דמהצדדי זכות שכתבתי יש די והותר לקיים המכר הנז' וחזקים כראי מוצק ואפי' למתעקש לחלק איזה חילוק ויכפה על האמת פסכתר אמינא ליה לגמר דבר דכיון דמיירי בנ"מ הקונה הוא המוחזק להרים דגל הקי"ל דהא לדידן נפסק הדין בסי"ץ דמוכרת נ"מ גוף הקרקע הוא של הקונה כל ימי חייה ועיין בפרישה דהגם שאוכל פירות נפ"מ לנפל הבית עליו ועל אשתו ולא נודע מי מת תחילה דנכסי' בחזקת קונה הם והב"ש תמה עליו בזה דכיון דהם נ"מ דבחזקתה קיימי גם להרא"ש הדין כן ע"ש שמדברי שניהם מפו' דנ"מ בחזקת קונה קיימי וא"כ הוא ירים דגל הקי"ל: גם מה שטען לקיים המכר מצד מכר הא' וביארה בשטר למזונותיה.

נראה דצדק בזה כי בסי' צ"ג פסק הש"ע בסתם כהרמב"ם דאפי' מכרה בינה לבין עצמה בלי שומת ב"ד הדיוטות מכרה קיים והגם דכתב וי"ח אנן קי"ל הלכה כסתם. (בל"ז המבי"ט ח"א סי' רל"ט ומהרי"א סי' ע' כתבו במח' זו לאוקומי ארעא ביד הלוקח ועיין לע"ש ז"ל סי' ס"א אלא דהדב"מ ח"א סי' מ"א תמה עליהם דכלפי לייא ואעפ"י שגם הוא יישב דבריהם הט"ז סקכ"ט ביטל המכר משום שאין להוציא מהיתומים בס' ע"ש ולדידן לא נ"מ מידי כיון דה' כסתם הש"ע) והגם דעוד היום לא נשבעה האלמנה הנז' ונהי דפסק בש"ע סי' צ"ג דניזונת בלא שבועה דלא כהרמב"ם (עיין בב"י) מ"מ לענין מכי' לגבות הכתו' יש מבוכה בזה.

(עיין בב"י סי' צ"ו דעת הרי"ף והרא"ש בפסקיו דמכרה קיים בקו"ט אם נשבעה לבסוף והטור העיר שבתשו' סתר לפסקים והב"י הוסיף דגם בתשו' הוא סותר מתשו' לתשו' והאריך בישובם שם ובאבק"ר סי' ק"ג ורבו הפלפולים עיין לפרמ"א ח"א סי' ט"ו וט"ז ון' ומהרש"ך ח"ב סי' א' ומהרימ"ט אה"ע סי' מ"ד וסמא דחיי אה"ע סי' ג' ומשפט"י ח"א סי' ז"ך וזולתם ולהלכה פסק בש"ע דבמטלטלים מכרה קיים אם נשבעה בסוף ובקרקע לא אפי' נשבעה בסוף אא"כ שמו לה ב"ד הדיוטות ובב"ש סי' צ"ג סקט"ו וסי' ק"ג סק"ט תמה ממ"ש הש"ע בסי' ק"ג דצריכה לכלול שלא זלזה וכו' ש"מ דלא נשבעה קודם המכר ותי' דמיירי בשמו לה הדיוטות א"נ דלא ערערה היא על המכר דבזה קיים ע"ש וא"כ נד"ז לת' אחרון המכר קיים ולתי' ראשון לא דהא לא שמו לה הדיוטות

ושו"ר בדב"מ שם ופר"ש אה"ע בכ"ה סי' א' ועדוב"י דמ"ט ויא"ה משמם בסי' צ"ג הגה"ט אוס"א דבר נאה לתרץ דעת הש"ע דמה שמכרה בטל בקרקע אפי' נשבעה בסוף אינו אלא במכרה סתם דל"ש משום חינוא או משום שלא תתבזה בב"ד אבל מוכרת בהדייא לכתובה דשייכי הני טעמי אנה"ן דמכרה קיים בינה לבין עצמה ובלא שבועה וכ"כ מהריק"ש בהגהות לדעת הרמב"ם ע"כ ולפ"ז בנד"ז שביארה גם אם היה לכתו' מכרה קיים רק דלכאורה דב"ק לא יצדקו לט' הרא"ש בתשו' ח' דמכרה בטל דאין לה כ"א שעבוד דמצו לסלקה בזווי וקודם הגביה לא תוכל למכור דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה והגם דשם איירי במתנה מסו"ד נראה דה"ה אם מכרה ודלא כעדוב"י שם שישב בזה דעתו דל"ב רק במתנה ע"ש וא"כ לטעמו מאי מהני שביארה להדייא אלא דמ"מ מרן ודאי לא ס"ל כהרא"ש דהא טעמו שייך גם במטלטלים וכמ"ש מהרש"ך ח"ב סי' א' והש"ע פסק במטלטלי' דאם נשבעה לסוף מכרה קיים ועוד דגם בקרקע פ' בסתם דדי בשומת ב"ד הדיוטות ולהרא"ש גביה בעי עיין בח"מ סקטו"ב ועוד בסי' ק"ה כתב דקודם שבועתה הנכסי' מוחזק לבכור ולא אחר שבועה עד שעת גביה כט' הרא"ש וע"ש בב"ש דאחר שבועה הוי האל' מוחזקת יותר.

וא"כ להש"ע צדקו דבריהם כמובן אבל למכ"י מזונות לא יש שום חולק כיון דהש"ע פסק דניזונית בלא שבועה ממילא יכולה למכור ג"כ וכ"כ להדייא הב"ש בסי' צ"ו סקי"ד על הש"ע דבמזונות א"ץ שבועה ושומת הדיוטות יש בה מחלוקת ודעת הרמב"ם (היא דעת הש"ע) דמכרה בינה לבין עצמה המכר קיים ע"כ וזהו גם בקרקע ע"ש ונראה להוכיח כן ממ"ש בסי' צ"ג גבי מזונות אם לקחה הקרקע לעצמה אפי' שוה בשוה בטל.

דכיון שלא שמה בהדיוטות מאי אירייא לעצמה והרי גם לאחרים בטל בשלמא גבי כתו' בסי' ק"ג שכתב אלמנה ששמה לעצמה אינו כלום ומינה דלאחרים ם קיים י"ל משום דהתם שייך שבועה מיירי בנשבעה לפיכך גם בלא שומת הדיוטות סגי לקיים המכר אבל במזונות דאין משביעין במה נתקיים המכר אם לא דבמזונות במכר לאחרים לא בעיון שבועה ולא שומא: ולחזוק הענין אומר שאפי' אם היה ס' בזה האל' היא המוחזקת בנכסים לגבי מזונות והבא מכחה ירים דגל הקי"ל.

ויען שבנדון אחר כתבתי כן בפשיטות וחלק עלינו הה"ג פנ"י הי"ו עיין בהשמטות דח"ה לאה"ה סי' י"ט בדרכ"א ורכ"ה דאזיל בתר איפכא לאוקומי נכסי' בחזקת יורשי' ולא בחזקת אלמנה לכן ארחיב ענין זה ואשיב על מעט מדובר ברצוא ושוב והבוחר יבחר בדרכ"ה השיב על מ"ש הרה"ג ח"ד בדרא ז"ל דכיון שהפקידה הנכסי' ביד קרוביה למזונות כשתצטרך אם מכרו היורשי' אינו מכור דליתא כיון דנכסי' בחזקת יורשי' קיימי וכמ"ש מרן באה"ע סי' צ"ו ובאבק"ר סי' ק' וק"ג כל היכא דאיתנהו ברשותיהו קיימי וכו' והבי"ר ממהרימ"ט ח"א סי' ק"א ע"ש (הנה בנדון ההוא מפו' בדברינו דהאל' הנז' נשבעה בב"ד והיורשי' ההם מכרו קרקע ומטלטלי' יחד וא"כ הנה מפורש בש"ע ובתשו' ק' דבמטלטלים מיהא גם בנשבעה לבסוף בב"ד מתנתה קיימת דנכסי' בחזקתה קיימי כיון דלאו מחוסרי גוביינא ואמאי הרפנ"י הי"ו כלל את הכל דבחזקת יתמי קיימי ואף דבסי' ק"ג כתב ואם לא נשבעה לבסוף אפי' לעצמה בלא ב"ד סגי כדי שלא יסתור מ"ש



בסי' ק' מוכרח דר"ל ואם לא נשבעה לבסוף בב"ד ואפי' מעצמה לא נשבעה בתחילה וכו' כי בתחילה גם שבועת עצמה סגי.

ומ"מ בנדונו נשבעה בב"ד ואיך כתב הרפנ"י דבחזקת יורשי קיימי ומאי ראייה ממהרימ"ט ז"ל דהתם איירי בלא נשבעה. ומ"מ בקרקע הדין עמו דמהש"ע והתשו' סי' פשוט דאפי' נשבעה לבסוף בחזקת יורשי קיימי זולת אם נשבעה קודם המכר רק שקשה לזה מסי' ק"ג ד"ה ועוד יש להוכיח דשם זיווג ס' הרי"ף והרא"ש יחד דנשבעה לבסוף בב"ד גם בקרקע מתנתה מתנה ומתשו' הרא"ש דסי' ח' שכתב הילכך אפי' נשבעה אח"כ לא חיילא מתנה למפרע הו"מ לתרוצי דנשבעה מעצמה קאמר ולא בב"ד אבל מש"ע וסי' ק' הנז' מפו' אפי' נשבעה לבסוף בב"ד וצ"ע: ומ"מ כבר כתבנו דכ"ז לגבי גביית כתובה אבל למזונות בלא שבועה סגי ומשו"ה נזהר גם הרב ח"ד ז"ל וכתב ומסרה וכו' בעת שתצטרך למזונות וא"כ ראיות הפנ"י הי"ו אינם ענין לנדון) גם הרגיש בחי' דלמזוני בחזקת אל' קיימי באומרת לא נטלתי מזונות ויורשי אומרים פרענו דנאמנת וכתב דהכנה"ג בסי' צ"ג הביא בהגב"י דמהרש"ך ח"א סי' מ"ב כתב מטע"ז דבכל ס' שיפול אם יש וסי' להפסידה מזונות נכסי' בחזקתה קיימי והוא תימה עליו דדוקא התם דעיקר הדין חייבים אפי' לפי דבריהם אלא שאומרים פרענו הוא דבחזקתה קיימי משא"כ כשיש ס' בחזקתם קיימי ומהר"א מונסון והב"א חו' על מהרש"ך ע"ש והוסיף מדיליה דבנדון מהר"א מונסון שתבעה עיקר ותוס' והניחה נדוניה דעת הש"ע בסי' צ"ג כוותיה דאבדה מזונותיה וא"כ אינה יכולה לו' קי"ל (אמת דתמיהת הכנה"ג גם המש"ל פי"ח מאישות תמה כן והבאמ"ח לרב אד"א ז"ל תמה ע"ד הב"ש בסי' צ"ג סקט"ו כן ע"ש דקי"ד ע"ד וכן הפ"מ ח"ב סי' ע"ח תמה על מהר"י קצבי ז"ל ונמצאו מערכה מול מערכה אבל מ"מ אין הכרח מהך דהש"ע דלאו מכח ס' דן כמהרא"מ לאוקמה בחזקת יורשי' אלא משום שברירא ליה בזה כהרשב"ש עיין בב"י ועיין בבאה"ג וח"מ וב"ש גם הוכיח מהתשב"ץ ח"א סי' יו"ד וח"ב סי' קכ"א דנכסי' בחזקת יתמי קיימי והפליג דאם ראה אותם מהרש"ך הוה הדר ביה.

(מסי' יו"ד אין הכרח דשם איירי דאלמנה תבעה לגבות כתו' מנכסי' בעין ולא זווי וע"ז השיב דאין הדין עמה דנכסי' בחזקת יתמי הם אבל לענין תפיסה דימה אותה לשוכר אומר פרעתי ומשכיר מכחיש דבחזקת משכיר קיימי ע"ש וא"כ מאי ראייה לנדון מהרש"ך אטו מהרש"ך לא יודה שהגם שהיא תפוסה אם ירצו היורשי' לסלקה בזווי ולקחת הנכסים לעצמם דהדין עמם והרי כן הוא הדין בכל תפוס שיוכל לסלקובזווי ולא הדורי התפיסה.

ועיין בסי' ק"ג דאפילו משכונא או אפותיקי עכ"ז אינו יכול למוכרו בלא ב"ד כיון דמצי לסלוקו בזווי וכ"ש שלא יחזיק בו לעצמו. אבל דסי' קכ"א לכאורה היא נגד מהרש"ך ז"ל דשם נפל ס' בגרושין והיא אומרת גרושה אני ואטול כתו' והיורשי' אומרים אלמנה ולא תטול כ"א חצי כתו' והוכיח הרב דנכסי' בחזקתם קיימי ולבסוף הרגיש ממסקנא דפא"ן דנכסי' בחזקת אל' קיימי ות' דלאו חזקה ממש קאמר אלא לענין מזונות אם אמרו נתננו והיא אמרה לא נטלתי דעליהם להבי"ר כדין פרעתי חובי הכתוב בשטר דאינו נאמן ואף זו בתנאי ב"ד יש לה מזונות ואם הם טוענים אחר מעב"ד אינם נאמנים וגם

היא אינה נוטלת אלא בשבועה כדעת הרמב"ם וכו' ואילו היה בחזקתם ממש לא היתה צריכה לישבע ע"כ דמוכח דאין לה רק חזקת שטר אלא שלכאורה דבריו תמוהים דהא דפרעתי חובי שאינו נאמן מפו' בחו"מ סי' ל"ח דוקא תוה"ז וא"כ דיתומים אומרים פרענו דמדמה לה מוקים לה כפירש"י במזונות דלהבא כפירש"י וכ"כ הערה"ש סי' צ"ג לדעת התשב"ץ ודלא כפי' התו' דבמזונות דלשעבר מיירי ורבים הם בשטת התו' הרא"ש והר"ן והרמב"ם ומדוע לא הלך אחרי רבים.

גם מה שהביא ראיה משבועה שהצריך הרמב"ם לאל' נראה דהו' שני הפכים כיון שהרמב"ם מוקי להך דיתומים אומרים פרענו במזונות דלשעבר יחייב הדין דחזקת שטר הוא לה ומדוע חייבה שבועה: והנה אמת שבב"י הובא משם הר"ן והרשב"א וה"ה מדחייבה הרמב"ם היסת ולא נק"ח משמע דבחזקתה קיימי והם באים להוציא ולזה נשתנה דינה מנשבע ונוטל רק הריטב"א הוא דגריס בהרמב"ם שנשבעת כעין של תורה ויישב בעדו דלשטתיה אזיל דאפ"י מי שיש בידו משכון חשוב כנשבע ונוטל ע"ש ובט"ז והב"ש סקכ"ה כתבו דלגרסתנו שאני הא דעדיף חזקתה בנכסי ממי שיש בידו משכון ובזה תגדל התימה איך יליף התשב"ץ מהרמב"ם דנכסי בחזקתה ואי ס"ל כהריטב"א וכגרסתו הו"ל לבאר.

ועוד דבסי' יו"ד דימה האשה למשכיר דנכסי בחזקתו. לפיכך לפי חומר הנושא י"ל דגם בסי' קכ"א משום דלענין פרעון כתו' אתשיל השיב דנכסי בחזקת יתמי וס"ל כמ"ש התו' שם לת"י בתרא וגם המרדכי משם ראב"ן ורש"י הבי"ד הג"א בפא"ן דל"א נכסי בחזקתה קיימי רק למזונות ולא לכתובה ודלא כריב"א ע"ש ועיין בש"ע סי' ק' אלא דלבסוף הוק"ל דכיון דלטענתם היא אלמנה א"כ חייבים במזונותיה ולמזונות נכסי בחזקתה קיימי ויהיו בחזקתה גם לכתו' דמאי שנא וע"ז ת"י דבשלמא מי שהנכסי מוחזקים שהם שלו וזה אומר קניתי על הטוען להבי"ר ואם היו גם כאן הנכסי מוחזקים בשלה ואין להם מגע יד בהם רק טענת קנין או מה שטענו שהתקנה הקנית להם שיעור חצי הכתו' אנה"ן דעליהם להבי"ר אבל חזקה דהכא לא כן דידוע שאין הנכסי שלה רק משעבוד כתו' עשאום בחזקתה לכל ס' שיפול במזונות ואפ"י מזונות שעברו אבל בטענת שאין לה שעבוד כתו' מעי' כגו"ז שאומרים שמכח התקנה אין לה רק שעבוד חצי כתו' אין חזקתה מועלת לטענה זו ומייתי ראיה משבו' היסת שחייב הרמב"ם שאם היו נכסים ברורים לה וטענתם כטענה חדשה לא היתה נמסרת לשבו' כלל וכ"ס בח"מ סי' ק"מ דמי שחזקתו ברורה בקרקע אין מוסרין אותו לשבו' א"ו דחזקתה אינה רק כמשכיר דחזקתו רק כשלא יפרע לו השוכר אבל כשיפרע דשוכר היא ליומיה וה"ן כיון שבאו בטענת פרעון החצי מצד התקנה עליהם להבי"ר.

ועם שכ"ז עדין דוחק מ"מ הנך רבוותא דמפרשי הסוגיא במזונות דלשעבר ישען עליהם מהרש"ך ולא יחזור מפני הרשב"ץ) וכ"ר להרב"י עייאש ח"ב סי' קכ"ג דקצ"ד הבין כן בהרשב"ץ ז"ל ומ"מ רבים המה נגדו גם התבוננתי בהרב באמ"ח שלא תמה על הב"ש רק בלכאורה אבל עיקר יסודו נשען על חי' בין מזונות לכתו' וגם הפ"מ לא תמה שם רק בדרך אפשר ע"ש ולעד"ן ראיה למהרש"ך מהתו'שם דצ"ו ד"ה ורבי יוסי שכתבו ונראה לרבי דהיינו יפו"ך דמתוך שהיא מוכרת סתם מרווחת לומר למזונות מכרתי ולא

יוכלו היתומים לומר אם שהתה אבדה מזונותיה וכו' גם בש"מ פ"א משם הרא"ה דיפו"ך הוא שלא יאמרו לכתו' מכרה והו"ל תבעה כתו' בב"ד ושוב אין לה מזונות הרי רבנן קמאי סו' דגם בטענות הנוגעים לעיקר חיוב המזונות ופיטורם נכסי' בחזקתה קיימי וכמהרש"ך ז"ל ואני אומר דגם להכנה"ג ז"ל אין קו' הפנ"י נופלת עלינו בנדון ההוא כי הכנה"ג דימה תמיהתו למ"ש הרשב"א הבי"ד הב"י ח"מ סי' כ"ט אוי"ג ושם כתב דכשנפל ס' במכר ארעא בחזמ"ק קיימא אבל כשהמכר ברור וס' בתנאי בחזקת לוקח קיימא ובנדון ההוא חיוב המזונות ברור הוא והס' הוא בהפקעתו מכח ס' מכר היורשי' וזה דומה למכר ברור וס' בתנאי שהוא למעלה מנדון מהרש"ך ז"ל ובל"ז היה נראה לכאורה להוכיח לדעת מרן אשר בעקבותיו נלך דס"ל כמהרש"ך ז"ל בכל ס' שיפול דנכסי' בחזקתה ממ"ש בב"י סי' ק' תשו' מהר"מ דבמרדכי פ' נערה דנכסים המשועבדים למזונות האל' הוי ראוי ואין אל' הבן גובה מהם כתובתה.

ולא השגיח בתשו' הסותרת שהביא המרדכי פ' כל הנשבעין ש"מ דהכי ס"ל להלכה דנכסי' בחזקת אל' קיימי וכמו שתלה זב"ז מהר"א טאריקא ז"ל בס' גו"ר אה"ע כ"ד סי' ג' ע"ש (מור"ם ז"ל פסק ב' התשו' בסי"ן וסי' ק' והאחרונים עמדו לזווגם יפה והפר"ש כ"ד סי' א' כתב דדעת מרן שאין לחלק רק הוק"ל ממ"ש בש"ע דשעבוד האל' אינו מפקיע ירושת הבכור והוי מוחזק וזה אזיל כאותה תשו' דפ' כל הנשבעין ות' דמרן אזיל לשטתיה דהבכור לא יורע כחו רק במה שהיה ראוי לגבי אביו משא"ך בכתו' והגם שהגו"ר ערער על חי' זה בסי' ב' הפר"ש השיב עליו ולענין הלכה אסיק דכל שהאל' בחיים הנכסי' בחזקת' והוי ראוי לכתו' ונמצא בנדון ההוא של הפנ"י ונד"ז נכסי' בחזקתה כי היא בחיים) איברא דהגו"ר שם חלק על מהרא"ט ז"ל וכתב דלאו בכל ס' שיפול נכסי' בחזקת אל' ולפי"ד יש לדחות ראייה הנז' ע"ש ומ"מ יש להוכיח כן ממ"ש בב"י סי' צ"ג ע"ד הטור שאלמנה עניה ופרוצה ששהתה מלתבוע מזונותיה ב' שנים אבדה מזונות דנראה ט' הרא"ש בזה משום דאיכא תרי לישני ללי"ק עניה אבדה ולל"ב פרוצה וכו' והו"ל ס' וכיון דנכסי' בחזקתה קיימי כל שלא נישאת וכו' מספק לא אבדה וכו' הנה הרב"י מדיליה כתב בפשיטות דגם בס' בעיקר החיוב נכסי' בחזקתה קיימי ואם נפשך לי' דלהרא"ש קאמר וליה לא ס"ל כי ידוע מח' הרמב"ם והרא"ש בזה דבפ"י"ב מאישות כתב הרמב"ם ט' לאל' שאין לה מזונות עד שתביא כתו' משום שניזונית מנכסי' יורשי' ולעולם טוענים ליורש והרא"ש בפ"ד גזרות תמה עליו וסיים וכ"ש דיש לה מזונות דנכסים בחזקתה לענין מזונות וכו' ומהש"ע סי' צ"ג סי"ד וי"ח נראה דפסק כהרמב"ם.

עיניך תראה מ"ש בכ"מ לתרץ על הרמב"ם דדוקא בהוציאה כתובה נכסים בחזקתה ולא כשאין כתו' בידה. (עיין ברשב"ש סי' רפ"ט כ"כ) ש"מ דלמרן בברור שיש לה חיוב מזונות בעת מיתה בכל ס' שיפול אח"ך הכל מודים דהיא המוחזקת ול"ד לס' מגורשת בסי' נ"ג דאינה נזונת דהתם לא הוברר שהיה לה חיוב בעת מיתה עיין בב"י עייאש ח"א אה"ע סי' ט"ז שתמה על הכ"מ ואכמ"ל) שו"ר בגו"ר ח"מ כ"ג מסי' כ"ד ואילך שקו"ט בזה עם הרב מטה יוסף ז"ל דהמט"י הוכיח ממרן דדוקא ס' מגורשת או כשאין כתו' בידה הוא דאין לה מזונות אבל בכל ס' שיפול זולת זה היא המוחזקת והגו"ר ז"ל דוחה ומחלק בספקות ומ"מ המתחקה על תכלית דבריהם יראה דבכגון נ"ד דחיובה ברור

למזונות ולא נפל הס' רק במה שמכרה למזונות או בנדון שבפנ"י דחיובה ברור והס' במכר היורשי' דתרוייהו מודו דנכסי' בחזקתה.

ובזה צדקו דברינו שם וגם הכא נגמר הדין דמכרה למזונות קיים וגם מצד זה זכה הקונה דנ"ד ודברי הבעל המערער כאין זהו מה שנלע"ד והסכימו עמי הרה"ג כמהר"א אלחדיףובדה"ץ הי"ו וה' יזכנו לאמתה של תורה: סימן כ"ד יעקב מת והשאיר חצר ובתים לבניו וכ"א מהם היה דר בחלק מהבתים והקרקע משועבד לאם לאה בעד כתובה ומזונות לימים חמלה לאה על ראובן בנה העני וסילקה שעבודה מהמקום אשר היה גר שם למוכרו ולמשכנו ואח"כ מכרו לאחיו שמעון ויסע הוא וכל אשר לו לארץ אחרת ותמת הא' לאה וגם ראובן בנה וישובו א' ראובן ובניה עירם ושמעון חמל עליהם ונתנם לדור במקום אשר קנה ועתה אשת המת ממאנת לצאת משם ורצונה לטרוף המכר ההוא בעד כתו' המוקדמת למכר ושמעון משיב שאין לה לטרוף כיון שהיה משועבד ללאה אמם הו"ל ראוי ואין כתו' גובה מהראוי.

וטרם שהגיע ראובן לירש כבר מכר וסילוק הא' לאה ידוע שלא סילקה רק להנאת ראובן לרווח ביתיה ולא שיחול שעבוד אשתו. ומע' הרב מ"ד הא"ח נפשנו האריך דזה הוי ראוי וגם ציין להרב אמרי נועם למהרי"ד ז"ל שלא הגיע זמן לחול שעבוד רחל א' הבן והצדיק שמעון בדינו ומענותותיה דמר שאל חו"ד בזה: ומריש אמינא יודע רבוני כי ערבים עלי דברי דודי ורצוני להתבסס בתורתו רק שאין הזמן חפשי לכן אשיב בקצרה לענין דינא.

מה גם שבענין ראוי ידוע הוא סתי' שתי תשו' הר"מ שהביא המרדכי בפ' נערה ובפ' כל הנשבעין וקמחא טחינא הוא בס' הפוס' עד שנוכל להחליט שלא ימצא בזה דב"ח כלל. ואין צ"ע רק בדעת מרן הק' דקי"ל כוותיה היכי ס"ל וגם ע"ד נשמו אחרונים כי בב"י אה"ע סי' ק' הביא תשו' פ"ן דשעבוד האל' משוי לנכסי' ראוי בלי חי' ובלי חולק.

ואילו לגבי בכור דאינו יורש בראוי פסק בח"מ סי' רע"ח ואה"ע סי' ק"ד כתשו' הרא"ש (והיא כהר"מ דפ' כה"ן) דכל שלא נשבעה האל' הבכור נוטל פ"ש דהו"ל מוחזק. והפר"ש אה"ע כ"ד ס"א חי' דשאני בכור משום דהעיקר תלוי בו במה שהיה מוחזק בו לא כן בכתו' דבעינן שיהיה מוחזק אחר מיתה והיד ימין ח"מ סי' נ"ב החזיק בחי' זה להלכה ולמעשה אבל המשכה"ר מע"א אוצ"ו כתב דבין בכור בין ירושת הבעל בין כתו' שוים והעיקר שאם משועבדים למזונות הם ראוי אבל לכתו' הווי מוחזק ע"ש ומ"מ בנ"ד דהוא גביית כתו' והוא משועבד לזקנה גם למזונות לדברי שניהם הוי ראוי.

והגם דהכא מתה לאה ולא נשבעה וקי"ל דאין יורשיה יורשי' כתובתה ואפ"ל אם היתה נשבעת קי"ל בס"י צ"ו דבקרקע אין מכרה מכר זולת אם נשבעה ערם המכר והכא קרקע הוא מ"מ נראה דאין זה תלוי בזה דנהי דנכסי יורשי' הם אבל מ"מ הרי משועבדים לה ומי יודע שלא היתה נשבעת וזוכה בהם לזה עיקרו ראוי ובפרט כי נד"ז משועבדים למזונות ובס"י צ"ג פסק בסתם דה' כוותיה דניזונת בלא שבועה ומכח זה פסק שם במכרה למזונות שוה בשוה אפ"ל בינה לבין עצמה מכרה קיים (וכבר הארכתי בזה במ"א) באופן דמכח שהוא ראוי אין לה לגבות כתו' ממנו וצדקו בזה דברי הרב הנז' הי"ו.

והגם כי הי"ל לבאר שלא היה שטר כתו' בידה דאל"ה אין לה לגבות כתו' ולא מזונות כמ"ש בסי' ס"ו וסי' צ"ג סי"ח בסתם דקי"ל כוותיה אפ' טעמו שבמקום השאלה אר"ץ טובה פשט המנהג (וכן הודיע ח"מ משם הרב מהרי"ץ לבטון הי"ו) להגבות הגם שנאבדה הכתובה עפי"ד הה"ג מו"א אה"ע סי' ו' ע"ש נ"ט לזה ומכללם שמנהגם לכתוב כתו' דאירכיסא מן המסוודיה ע"כ וע"ז סמך ההפ"ו ולא העיר.

וגם טעמו שלא ביאר ענין הנדוניא שכתב מור"ם סי' ק' שדינה כחוב ובחוב נפל מח' אי גובה בראוי או לא עיין בב"י סי' ק"ז משום דשם נראה דעת הב"י נוטה לס' רמב"ן דס"ל בע"ח אינו גובה בראוי כי הביא רבים כוותיה וכן הש"ך דקדק מלשון הש"ע בסי' ק"ד ע"ש. וע' לה' זרע יעקב ו' נאים ז"ל סי' ל"א וצדקו דברי הרב הפו' הי"ו: אך בכל זאת לישרי לך מר שדעתנו נוטה בזה לזכות רחל מהני טעמי.

א) שמהשאלה ומדברי הרב הפוסק הי"ו נראה שמעולם לא שלטה לאה בקרקעות ההם כי מיום מיתת יעקב היו בניו דרים בהם והיא ניזונת משלהם. גם נראה שחלקום ביניהם וידע כ"א מהם חלקו דא"כ היכי זבן ראובן לשמעון איתו חלק ביחוד אם יד הכל שוה בהם (היה צ"ע בזה אם אמם נשאר לה שעבוד מזונות מכח אחין שחלקו הרי הן כלקוחות ואין מוציאים למזון אשה מנכסים משועבדים אלא שאין פנאי להאריך) וא"כ הו"ל ירושה שבאה ליד הבעל כי באה נחלתם ובזה עיין להב"ש סי' ק' סוסקי"ד דבבאה הירושה לידו הוי מוחזק ואשתו גובה כתו' מהם גם היא"ה בהגב"י סי' ק' הביא מנ"ץ לתרץ ב' תשו' מהר"ם בזה דכשבא ליד האל' הוי ראוי ואי לא לא ע"ש.

ב) הן אמת דהח"מ והב"ש ומהרימ"ט ח"א סי' ג' ופ"מ ח"א סי' צ"ט הוכיחו דהר"מ חשיב ליה ראוי גם אחר מיתת האל' (עיין למהרי"ק בכר"ש ח"מ סי' כ"א) אך כ"ז אם מת היורש בחייה דאז מעולם לא בא לידו לא כן כשמתה אמו קודם לו והחזק בידו אפי' שעה אחת פשי' שאשתו גובה משם.

ומלבד דזה פשוט ממקומו יגיד עליו ריעו ראוי דבע"ח בח"מ סי' ק"ד דטענת הבע"ח עם היורשי' היא אם בא הממון לזכות אביהם בעודנו חי או לא ע"ש וא"כ הכא שמתה האם קודם הו"ל מוחזק ואשתו גובה משם ואע"ג שקדם ומכר קודם מות אמו ובזה הו"ל כלוה (מאשתו) ולוה (מהקונה) ואח"כ קנה (במות אמו) ועל הרוב כתב לשניהם דאיקני ובזה קי"ל באה"ע סי' ק"ב נשא ולוה אח"כ קנה תדחה האשה מפני בע"ח מ"מ מפו' שם בנצ"ב שתשבע שלא לקחה אותם וכו' ותחלוק עם בע"ח ואין לדמות זה לדינא דסוסי"ץ ראובן שהיה לאשתו קרקע נ"מ ונתחייב לשמעון בשטר ואח"כ נתחייבו בשטר הוא ואשתו ללוה ומתה בחיי בעלה לוי קודם לגבות ולומר דה"ן כיון שלא הי"ל זכות בנכסי' עד אחר מיתת אמו וקודם שתגיע זכותו הפקיעה ומכר שוב לא יחול שעבוד אשתו דהא ודאי בורכא ושאנ"ה דאין לו זכות בנ"מ רק פירות וקי"ל ק"פ לאו כקה"ג דמי ולא יזכה בגוף רק אחרי מות אשתו והרי קדם והפקיע משא"כ הכא נהי דשעבוד האם רמי על הנכסי' מ"מ יכול למוכרם ולסלקה בזווי עיין בתשב"ץ ח"א סי' יו"ד וח"ב סי' קכ"א וקדושת יו"ט סי' נ"א דגוף הנכסי' ליורשים וא"כ איך יוצדק לומר שקדם וסילק ירושתו הרי שלו היו רק אריא דשעבוד רביע עליה ועתה ברח הארי במותה.

ועיין בס' הפלאה ק"א סי"ץ דקדק למה נקט נ"מ ולא נצ"ב משום דהרא"ש אבוב דהאי דינא ס"ל דוקא בנ"מ אין מכר הבעל כלום משא"כ נצ"ב מכרו קיים עד שעת טירפא וכיון דאית ליה שליטה בהם שמעון המוקדם יגבה חובו מהם ע"ש. ודון לנ"ד דנכסי אבוב דידיה הם ורק משוע' דאלמנתו הקודמת לקונה תגבה חובה מהם ומזה היה ראוי שתגבה אשתו כל כתובתה ול"ד לנשא ולוה ואח"כ קנה דהתם קנה נכסי' חדשים אחר שניהם משא"ך הכא הו"ל כנשא וקנה במות אביו ואח"ך לוה (שמכר) דמפו' בס' ק"ב שקודמת לגבות.

אלא משום דנתחדש דינה שלא תגבה מראוי לזה הו"ל נשא ולוה ואח"כ קנה (אם הזקנה היתה בחיים היה ראוי לדון בזה כהך דסי' ק' בב' נשים דכתבה הראשונה ללוקח דו"ד אין לי עמך דהשניה מוציאה ממנו והראשונה מהשניה והלוקח מהראשונה וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ע"ש וה"ן למטוניה דמר דזה מיקרי ראוי ולא סילקה שעבודה רק ללוקח ולא לאשתו עכ"ז אשתו מפקא מלוקח ואמו מאשתו ולוקח ממנה עד שיעשו פשרה אבל עכשיו שמתה והדרי נכסי' לכן הדין כמ"ש).

ג) לפי מה שמפורש בדברי הרב הפוסק הי"ו דבלשון סילוק שעשתה לאה כתוב למכור ולמשכן ולעשות בהם כחו"ר משמע שסילקה שעבודה בכל ענין וא"כ מאותה שעה קודם שימכור פקע שעבודה וחל שעבוד רחל והו"ל נשא וקנה ואח"כ לוה דהיא קודמת לטרוף הכל כמ"ל וכן נמי מפו' בבע"חב"מ סי' ק"ד בלוה וקנה ואח"כ קנה ע"ש והגם ששמעון רצה לעקור זה בטענתו דידוע שלא סילקה רק למכור וכו' ולא שיחול שעבוד אשתו והצדיקו בזה ה"ה הי"ו וכ"ן הדין בס' קי"א דהנותן ע"מ שלא יחול על המתנה שעבוד כתו' דאינו חל.

כ"ז אם היה מפורש בסילוקה בתנאי שלא יחול שעבוד כתו' אבל לא מאומדנא ואדרבה נגד הלשון שאמרה ולעשות בהם כחו"ר ולא שיירה שום תנאי וגם למטונייהו הנה מפו' שם סי' קי"א דאב הנותן לבנו על תנאי זה ומת האב בע"ח של הבן חוזר וגובה ממנה ע"ש וה"ן בנ"ד ראובן הוא בן לאה וכשמתה לאה תחזור ותגבה ממנה אפי' במתנה משלה לגמרי וא"כ הי"ל לה"ה לדון בזה גם לשטתו כנשא ולוה ואח"כ קנה דנצ"ב יחלוקו.

ואמאי אזל בתר דידה להפקיע זכותה בכל וכ"ש דמטע"א וגם מטעם זה לעד"ן שזוכה בכל דטרם בא הקונה נסתלק הראוי וטורפת מלוקח כדין: ולפי שראיתי לה"ה בנה ציון אל הרב אמרי נועם ז"ל סי' ח' נאלצתי לחפשהו ממטמונים לראות מ"ש ועתה בא לידי וראיתיו שם עמד בענין הסילוק שכותבים הסופרים וכו' והעלה דסילוק האשה לבעלה מהני שלא תחזור לגבותו ממנו ומיורשיו ורצה לחלק בזה בין כותבת סילוק לבעלה בסתם לכותבת למכור ולמשכן וכו' דהתם י"ל לענין זה סילקה ולא שלא תוכל לגבותו מיניה ומיורשיו ומבע"ח דקודם הסילוק.

ושוב כתב דגם סילוק סתם י"ל דל"מ מכל וכל רק בסילקה לבעלה בשטר מיוחד ונתנה לו רשות לעשות בו כחו"ר משא"ך כשרוצה בעלה להלוות והסופר כותב בשטר המכי' שסילקה שעבודה לבעלה י"ל דדוקא לזה שמסרה השטר בידו סילקה ולא לזולתו וגם אומד"ד כן דהא אם היינו אומ"ל שתסלק לכל בע"ח לא היתה מסלקת ועיין בח"מ סוס"י

ס"א דבכל תנאי אזלינן בתר הכונה ולא אחר הלשון ועוד מטע"א דאנ"ס דהך לישנא הסופר מאיליו כתבו ולא בציווי האשה ודינו כמ"ש הטוש"ע בסי' ע"א בענין הנאמנות במקום שהרבה כותבים נאמנות בלי המלכת בעלים והלוה טוען שבלא רשותו נכתב אם העדים כאן ואומרים שלא כתבוהו בציווי וכו' אין סומכים עליו כיון שאינו מנהג פשוט וכו' ע"ש דמזה אסיק דאין סילוק אשה מועיל לגבי בע"ח דמקמי הסילוק ודינם כהך דשתי נשים דחוזרות חלילה זת"ד שנראה שאליהם כיון ה"ה שאין סילוק הזקנה מועיל לגבי רחל שכתו' קודם הסילוק.

ולדידי אי מהא לא איריא דמלבד דאיכא למיפרך על יסודות הרב אמ"ן אחה"ר דמה שהביא מהנאמנות א"ע חדא מי הגיד לו דהכא רבים כותבים הסילוק בלי המלכת האשה ועוד דבעינן שיטעון הלוה שלא האמין והעדים מעידים כן ולא שנטעון כן מעצמנו. וגם מאי דאזיל בתר אומדנא ידוע כמה דיות נשתפכו אם נדין באומד' עיין בח"מ סי' ט"ו ומ"ש שאין מביטין על הלשון וכו' עיין בב"י יו"ד סי' רי"ח מ"ש מהריב"ש סי' קצ"ח דדוקא בנדרים הולכים בתר הכונה אבל במתנה כל מה שלשון המתנה כוללו הולכין אחריו ולא אחר האומדנא אם אינה אומד"ד והגו"ר בח"מ כ"ד סי' ה' הביא דבריו ודברי מהרשד"ם סי' צ"ב ואסיק דהדבר מסור לחכמים וכו' ובאומד' גדולה דמוכח אז לא משגיח' בתר לישנא והכא מאי אומד"ד איכא אימור דגם לשאר בע"ח סילקה משום דמרחמא להו או קבלה בזה שום טובה.

עוד בה דגם הרב אמ"ן לא הרהיב רק בנדונו דלא סילקה רק בשטר המלוה ולא בשטר מיוחד לבעלה דשייכי מיהא הנך אומדני משא"ך הכא שסילקה לבנה בשטר מיוחד גם מה שחילק בין סילקה בסתם לפירשה למכור ולמשכן (בלי ראייה והוא עצמו נדחק במ"ש מהרב בתי כהונה ז"ל דאין הנדון דומה) א"ע לנד"ז שפירשה להדיא ולעשות בהם כחי"ר ואימא לטפויי אתא גם לשעבודים הקודמים שיחילו שגם זה בכלל רצונו והרי נסתר הציון הלז שהביא מהרב אמ"ן ז"ל: איברא א דאכתי עומד נגד זה תשו' מהריק"ש בסי' ק' דס"ל מעיקר הדין דכל שסילקה שעבודה לבעלה גם בשטר מיוחד וגם מפו' להדיאלעשות בו כחו"ר עכ"ז ל"מ רק לגבי בע"ח שאחר הסלוק אבל בע"ח שלפניו לא וה"ז דומה לדין ב' נשים שסילקה ראשונה לבע"ח וכו' ע"ש ולפ"ז בנ"ד נמי לא יועיל סלוק לאה רק לקונה שאח"כ ולא לאשתו ודינייהו כנז' זולת השתא דמתה האם הוי כנשא ולוה ואח"כ קנה.

והנה הרב אמ"ן שם פשיט"ל הפך ממהריק"ש ונראה דרב גובריה בזה מהיסוד אשר יסד בתחילה למרן בבד"ה סי"ץ דס"ל להרמב"ם שכל שסלקה שעבודה לבעלה נתרקנה זכותה מכל וכל כאשר מובן מקו' על בד"ה מדין שתי נשים הנז' וחי' בין סלקה לבעלה לסלקה לאחרים ע"ש לדעתי אי מהא לא איריית דמרן לא חידש רק דבסלוקה לבעלה תו ל"מ לומר נח"ר עשיתי לבעלי אבל שיועיל גם לבע"ח שקודם הסילוק מאין לנו) (באבני מלואים לסי"ץ הק' לבד"ה דסלוק לבעלה לא תוכל לטעון נרע"ל אמאי פסק הרמב"ם במכרה לבעלה נצ"ב שתוכ"ל נרע"ל ובהגה שם תי' דמה שסלקה לבעלה הוא למכור לאחר והוא פלא דבבד"ה מפורש דבסילוקה למכור לאחר גם הרא"ש יודה וממי' דמח' הרא"ש והרמב"ם הוא בסלקה לבעלה קודם שימכור דלהרמב"ם מהני) ואפשר

דנסמך עוד ביסוד זה במה שלמד שם מתשו' הרא"ש כס"ג סי' ה' דסלוקה לבעלה מרקן זכותה שגם אם נשאר אצל הבעל ויורשיו לא תחזור לגבותו דלא כמהרימ"ט ח"א סי' מ"ה דמ"ז ד"ה וגדולה דפשיט"ל שדוקא במכר אותו שעבוד לא תטרפנו מהלוקח אבל בנשאר אצלו הוא ויורשיו חוזרת לגבותו דלאו מטעם שעבוד אתי עלה אלא משום גביית חוב דאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גב"ח מקרא מלא הוא והאיך אשר אתה נושה בו וכו' והביא שהמש"ל פ"ל ממכירה תמה על מהרימ"ט מתשו' הרא"ש הנז' ומצא לו חבר הרב פ"מ ח"א סי' ס"ו שכתב כיון שסלקה שעבודה מהחצר וכו' בין למ"ד במס' בב"ב דמלוה גובה מן היורשי' משום שעבודא דאורייתא בין למ"ד משום נע"ד כיון שסלקה שעבודה והיא שחבה בעצמה מאין הרגלים שתגבה מהיורשי' ע"כ ומזה אסיק הרב אמ"ן דאינה חוזרת לגבות מיניה ומיורשיו ומזה נראה דנתרוקנה זכותה דלא כמהריק"ש: אלא שאחזה"ר מהמש"ל ז"ל נראה שאין דבר סת'ר מתשו' הרא"ש למהרימ"ט ז"ל כי מ"ש הרא"ש הוא דאפי' אם היה סלוקה מועיל לא מצי מאן דזבן מינה כתו' לגבות מהבעל משום דקי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ולכן הבין מהרימ"ט דדוקא לגבי הקונה כתובה אמרה הרא"ש כי ידוע בב"י ח"מ סי' ס"ו טעם המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול לר"ת משום ששני שעבודים יש למלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסי' ושעה"ג אינו נמכר אבל לא פקע משא"ך שעבו' דנכסים נמכר וממי' כשמחל שעה"ג אז פקע שעבו' נכסי' ממילא ולהרא"ש אין צורך לזה אלא הט' דמחול משום דמכיל שטרות מדרבנן ובקל פקעא לה.

והשתא א"ש דבנדון מהרימ"ט גם הרא"ש יודה דחוזרת וגובה דנהי שסלקה שעבוד נכסי' אבל שעבוד הגוף מי סלקה מידי דהוה פוטר לערב אטו בזה נפטר הלוח ודאי לא גבי מיניה מקרא דכל אשר ימצא לו ול"א הרא"ש רק בקונה כתו' לשטתו דמשום דמכיל שטרות דרבנן כשמחל המוכר אין לקונה לגבות.

(ועיין בהגה באב"מ סי"ץ סקי"ג ובס' הפלאה שם סוסקל"ז שכתבו דהרא"ש לשטתו כ"כ) ובזה יש להסכים גם הפ"מ ז"ל עם מהרימ"ט כי הרואה שם יראה שפעם ושתיים כתב כדבריו דאפי' סילק שעבוד מלוה עכ"ז בחייו גבי מיניה ואפי' מגלימא דאכתפיה ול"כ דאינו גובה רק מיתמי והחי' מבואר דלגבי לוח עצמו נהי דסילק מיניה שעבו'ן אכתי שעה"ג רמי עליה משא"כ יתמי דליכא לגבייהו רק שעבו'ן כדקי"ל בח"מ סי' ק"ז דכשלא ירשו מאביהם אפי' מצוה אין עליהם וא"כ כשסילק שעבו'ן אינו גובה מהם: ומעתה נתבונן אי כמו שנתרוקן זכות המסלק לגבי יתומים ס"ל להפ"מ שנתרוקן גם מבע"ח שקודם הסלוק דהא לגבי דידיה נמי ליכאשעה"ג ודלא כמהריק"ש ז"ל או אם יש לחלק ביניהם מטעם שכתב הרא"ש בכס"ג ס"ד הבי"ד הטוא"ה סי' ק' באיש ואשה שמכרו קרקע לאחד ולא שיירו שום זכות להם ובא בע"ח דבעל לטרפו דמסר כלל מדתנן האומר לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך ה"ז אוכל פירות ואם מתה יורשה דכל מי שסילק שעבודו אינו מסלקו מכל וכל ויש לנו לדון סילוקו לדבר דניח"ל וכו' וה"ן נימא דסלוק שעבודה דוקא ללוקח דניח"ל אבל לבע"ח מאן דכר שמייה ומי ביקש מידה לעשות דבר שהוא רע לה וללוקח וכו' ולכן דינם כדין שתי נשים וכו' ע"ש וה"ן כשסלקה שעבודה לבעל י"ל דדוקא ליה סלקה לטובתו שיוכל לשעבד ולהורישי אח"כ ולטובתה



שאם תתגרש תחזור לגבותו אבל לבע"ח הקודמים מי בקש זאת מידה לעשות רע לה ולבעלה.

וכמהריק"ש ז"ל. וראיתי להפ"מ ז"ל שם אחר שהפקיע זכותה מלחזור לגבות מהיתומים כתב וז"ל וכיון שכן הבע"ח הקודמים ממילא גובים מהחצר והבתים הם לבדם ולא היא וז"ן כהצד הראשון ודלא כמהריק"ש.

אמת שהיה מקום לומר דטעם הפ"מ בזה מצד אחר עפ"י מה שהק' הסמ"ע בח"מ סי' קי"ח בבע"ח שסלק ללוקח שני דהדין דטורף מלוקח ראשון מאי דטריף משני דאמאי לא לימא לוקח ראשון לבע"ח אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא ללוקח שני כמ"ש הטור שם בסוה"ס"י ותי' משום דאף כי מהדר לא יהיה לו ריוח מצי אמ"ל לכו תהדר אבל הט"ז והש"ך ז"ל הק' ע"ד ותי' דשאנ"ה דטרופו בא מכח לוח ולא מכח מי שלקח ממנו ועיין ביאור הדברים במשה"א שם והנה מובן לט"ז וש"ך דהא דלא מצי אמר מהדרנא ללוח עצמו שטרפתי מכחו משום דאמ"ל מי יתן והיה כי אחזור לגבות הימנו דהא לא סלקתי שעבודי לו רק ללוקח ובזה א"ש דין דשתי נשים נמי דלא תוכל השניה לומר מהדרנא ללוקח משום דטרופה בא מכח בעל וגם לא תוכל מהדרנא לבעל משום שהראשונה ניח"ל שתחזור ותגבהו כי לא סלקה שעבודה מבעל אבל כשסלקה שעבודה לכאורה נראה שתוכל מהדרנא לבעל רק משום מש"ל שאם נשארה בידו ולא מצאה לגבות רק ממנה שתחזור לגבותה א"כ תשיב דניח"ל דתהוי רמייא באפאי לעת מצוא אבל כ"ז בהיות הבעל חי משא"ך במותו דמכח סלוקה כתבנו דלא תחזור לגבות מיתמי ואז מצי הבע"ח לומר מהדרנא ליתמי ומטע"ז כתב הפ"מ דבע"ח הקודמים יגבו ולא היא משום טענת מהדרנא ליתמי והגם דבריש קמא ד"ח גבי קונה עדית וזבורית ובאו הניזקין לגבות עדית קאמר הש"ס דלימא אי שתקת וכו' ואי לא מהדרנא זבורית למרה ולא תגבו ממשועבדים במקום בני חורין ותי' דביתמי עסקינן דלאו בני פרעון נינהו ושעבודא עלי דידיה רמי הילכך ליכא למימר הכי י"ל דדוקא התם דכח הטענה שישארו בנ"ח ל"מ מהדרנא ליתומים דגם לכי מהדר אין אלו בנ"ח משא"כ כי מהדר ליתמי ובזה לא ימצא מה לגבות י"ל דמצי טעין מהדרנא ליתומים.

כ"ז היה נראה להעמיק בכונת הפ"מ דמכח טענת מהדרנא זיכה לבע"ח הקודמים וכשאינן שם טענה הנז' אנה"ן דטענת סלוק ל"מ לדידהו וכמהריק"ש אבל אחר הישוב ראיתי שא"א לומר טעם הפ"מ משום טענת מהדרנא לפמ"ש רש"י והתו' שם דהא דל"מ למימר מהדרנא ליתומים משום דהו"ל כיתומים שקנו קרקע אחר מיתת אביהם שאין בע"ח גובה ממנה ור"ל דזה כמתנה חדשה שנותן להם המחזיר ולפי"ז גם בנדון הפ"מ אי מהדר ליתמי הו"ל כקונה שעבוד חבירו דכחם ככח המחזיר ויכולה לגבות מהם כשם שהיתה יכולה לטרוף מבע"ח שהחזיר להם כיון שלא סלקה שעבוד לגביה ומה תועיל טענת מהדרנא אלא ודאי דהפ"מ ס"ל דלא כמהריק"ש שסלוקה יועיל גם לבע"ח הקודם ומשו"ה כתב שהם יגבו ולא היא.

וכן מורים דב"ק למעלה מזה שכתב על הכל שסלקה שעבודה ויגבוהו הם בחובם וזה היה פשוט לו ולא כתב הנמשך רק למאי דמספק"ל דאולי לא סלקה רק הקדימה אבל דינה יהיה כב' בע"ח שוים ע"ש. גם הרב אב"מ בסי"ף סוסקל"א מוקי הך דלוקחמוציא

מן הראשונה דמיירי שקנה מהאיש תחילה ואח"כ סלקה שעבודה דאי סלקה שעבודה לבעלה איך היו חוזרות חלילה כלו' דבסלוקה לבעל נתרקנה זכותה לכל ואמאי חוזרת על השניה וכו' וזה ג"כ דלא כמהריק"ש ז"ל: ומעתה הוברר הדין בנד"ד שסלקה שעבוד לבנה דבמח' הוא שנוי דלהפ"מ ואב"מ נתרקן זכותה גם לגבי אשתו שקדם שעבודה לסלוק ולמהריק"ש לא ואם היתה הזקנה קיימת היתה יכולה לטרוף מינה וחוזרות חלילה וכו' והשתא שמתה וירשה בנה הו"ל כנשא ולוה ואח"כ קנה.

והיה נראה לצדד דכיון דנראה דכל כחו של מהריק"ש הוא ככח הרא"ש בתשו' דמדמה הך דסלקה לאחד לא סלקה לשני להך דהכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסיך דלא סילק עצמו רק ממכירה ולא מפירות וירושה שיודה הכא בנד"ד משום דהתם מק' הש"ס ולימא ליה מכל מילי סליקת נפשך ות' יד בעהש"ט עהת"ח.

ומינה למאי דילפי לסלוק דידן מהתם דהטעם משום דיד בעהש"ט עהת"ח ונ"מ בזה בשטרי דידן דכתבינן בהו דלא כאס' ודלא כטו"ד ומסתמא גם בשטר סלוק הזקנה הכי נכתב הנה בח"מ סי' מ"ב פסק כי האידנא דרגילין למכתב דלא כאס' וכו' יד בעהש"ט עה"ע ע"ש (והך דינא דשתי נשים באה"ע סי' ק' והבע"ח ושני לקוחות בח"מ קי"ח לפי"ז אמורים לעיקר הדין) אלא דהרא"ש שם חיזק דינו בטעמים אחרים לבד מזה ונראה שלא הספיק לו הך טעמא משום שיש לחלק דהתם בש"ס לשון דו"ד אין לי בנכסיך כולל הכל לפיכך מק' הש"ס לימא מכל מילי סליק וכו' והוצרך לת' יד בעש"ט עהת"ח משא"כ במסלק לאחד בל"ז ממילא מובן שלא סילק לשני דמאן דכר שמיה וכמ"ש הרא"ש שם (בזה ניחא דין ב' נשים ובע"ח ולקוחות דלא אשתמיט שום פוסק לחלק בו כנז') וכן היה נראה לצדד לאידך גיסא דגם הפ"מ ואב"מ ז"ל יודו הכא דמיירי באלמנה שדוקא לבנה סלקה ולא תגבה אשתו עפ"י מה שהק' בפ' מי שהיה נשוי דאמאי חוזרת ראשונה לטרוף משניה ולא מלוקח עצמו בטענת נח"ר עשיתי לבעלי ומוקי לה ר"פ בגרושה ואב"מ בסי' ק' הק' דאמאי לא מוקי באלמנה נמי ומאי שנא ות' משום דקי"ל אלמנה שמכרה שלא בב"ד מכרה קיים א"כ עשאוה כשליח ב"ד וקי"ל בח"מ דאם ב"ד מכרו לבע"ח מאוחר ל"מ מוקדם לטרפה ויש ללוקח כח האלמנה ממש ול"מ שניה למטרף מיניה ואנן תנן שניה מוציאה מיד לוקח משו"ה לא מוקים באלמנה ע"ש.

והיוצא מזה בנ"ד דהיא אלמנה וסלקה לבנה א"כ כחו כאמו ול"מ אשתו לגבות משם אלא דיש לדחות זה גם ממה שהוק"ל עצמו ע"ז דהרשב"א ס"ל דגם הגרושה דאוקי בה ר"פ מוכרת שלא בב"ד ויצא לחלק בהגה דל"ד מכר לסלוק שעבוד ועוד דנראה גם הרב לא הוליד זה רק לגבי בע"ח דבעל האלמנה דכח שעבודו אתי מכח בעל האלמנה קדמה ליה לפיכך אין לו לגבות מלוקח דכחו ככח אל' משא"כ בע"ח דלוקח עצמו דכתב ליה דאיכני הו"ל כלוקח שלקח ממנו ואף אם כחו כח האל' מאי נ"מ כשם שהיא היתה יכולה לשעבד כן הבא מכחה יכול לשעבד ועוד כיון דבסי' צ"ו יש כמה תנאים לקיום מכר אל' כגון שתשבע לבסוף וגם שומת ב"ד בקרקעות וכו' ובנד"ד לית חדא מנייהו במה כחה יפה שבסלוקה תהיה כב"ד ולא יטרוף המוקדם.

ונמצא גם בנד"ד שייכא מח' הפ"מ עם מהריק"ש. והנראה לדון בזה כדין ס' ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי המת שבאה"ע סי' קס"ג ס"ד שהס' אומר אני בן המת ואטול הכל

והם אומרים אחינו אתה ויש לך חלק כאחד ממנו שפסק בסתם דהחלק שמודים לו יטול והשאר יחלוקו בשוה וע"ש ס"ז וה"ן החצי של נצ"ב דאליבא דכ"ע הוא להכלה רחל אחר השבו' כדין נשא ולוה ואח"כ קנה תטלנו לבדה.

וגם המותר על דמי המשכנתא דאינו משוע' רק לה תטלנו לבדה והמותר ע"ז יחלוקו בשוה מפני מח' מהריק"ש והפ"מ ועיין ח"מ סי' קי"ב ס"ד (ומובן דאין שייך בזה דין קי"ל דפד"ר כיון דמעולם לא הוברר חזקת הנכסי' באיזהזמן למי הם נוגעים וע"ש בב"ש סק"ו דאעפ"י שהס' ודאי יש לו חלק בנכסי' ואעפ"י שהוא מוחזק לא מהני ליה) זהו מה שהורוני מן השמים ואם נטתה אשורי מני ארחות ה"ה הי"ו סלח נא אנכי מבקש: סימן כ"ה ראובן נלב"ע והניח אלמנה ובת אחת והניח להם קרקע וטלטל וכו' ונתמנה אבי האל' שהוא דודו אפוטרופוס על נכסיו ובהתארה האל' עם בעל שני ותבעה כתובה וגבתה קו"ט הנמצאים לא הספיקו לה והוכרח אביה להגבותה שארית נכסים ולא היו בעין לזה סלקה בניירות של באנקו במה שנשאר לתביעתה אחרי שמחלה לבתה היורשת סך מה תחת אשר לא נשבעה שבועת א' ונשארו הנז' ביד אביה ובשמו כי לא החליפם בשמה ולא הקנה אותם לה בכתו"מ ולא בקנין אגב ואפי' ראה שהם שלה לא נתן בידה רק היתה גובה הפירות שלהם דבר קצוב לכל שנה ממנו ומיורשיו.

וגם נמצא כתוב בשטר מחי' שנתנה לאביה שהנירות הנז' הם שלה גם נמ"ך שהאב התנה על בתו הארוסה הנז' שאין להם רשות למכור וכו' מעות הבאנקו הנז' רק הפירות יהיה להם ולזרעם וז"ז והקרן קיימת לעולם. ויען שנפלה קטטה בין האיש ואשתו הנז' אחר הנשואין עשו שלום באופן זה שהבעל קע"ע המעות הנז' כנצ"ב ולא יאכל מהם רק הפירות מזמן הש' ע"ס עשרים שנה שאז יטול גם הקרן להסתחר בו ולא עברו ימים חזרה מחלוקת עד לב השמים ויפרדו זה מזה עד יום מותה תוך העשרים שנה הנז' וסמוך למיתה הגישו תעצומותיהם לב"ד וניתן ביד הבעל כתב מרד אשר יצא עתק לקמן.

והיא טרם מותה סדרה צוואה מכל נכסיה לפרטים שונים ומהם לעניי עירה ולעניי ירושלים ת"ו ועתה הבעל אומר הכל שלי כי הוא היורש. מקבלי המתנות אומרים מה שעשתה עשוי.

הבת אומרת הבעל אינו יורש כי הוא המורד. וגם אם ירש אין לו זכות במעות הבאנקו כי הם ראוי שהיו מלוה קודם נישואין ולא נגבו בחייה.

ואם יזכה באיזה דבר מן הירושה עליו מוטל צרכי קבורה וכבוד הנהוג הכל מחלקו. גם הצוואה שעשתה בטלה מכמה אנפי.

אך מדעתי זכיתי להם בשטר וז"ל ומו"מ גמרה וזכתה למקבלי המתנות וההק' הנז' מהעזבון הנז' בכ"מ זכות שתועיל להם כפיה"ד לקיים צוואת אמה וכו' וק"מ בשוח"ך ובחיוב גמור וכו' ועתה יורה המו"ל הזכות למי ושכמ"ה: ואני בעוניי שמתני לבי ועיני לזכות להק' ומתנות ולא יכולתי כי חזקת הבעל היורש עמדה נגדי עיין להרב ב"ך ז"ל בבית דין סי' כ"ו שהוכיח דזכות יורש נראה תחילה ומקבל מתנה ס' כהך דזורק ארנקי דרך בית בע"ה ויצא וקדמו אחר דאמרי' זכות בע"ה נראה תחילה.

והביא משם אדרת אליהו סוס"י י"ב דאפי' בס' שקול ואפילו דלא תפסי יורשי' אינהו מקרו מוחזקים ועיין שער אשר ח"מ סי' כ"ט דאפי' בב' פוס' חיים ואפילו במטלטלים שביד שלישי היורש הוא המוחזק לו' קי"ל ובש"ע ח"מ סי' רמ"ו כל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה על המקבל להביא ראייה ע"ש ובנד"ז יש כמה פקפוקים בצוואה זו.

א') דעם היות שנעשית בפני שנים מב"ד לא מיחו בה משום איעבורי אחסנתא כתקנות המערב ועיין למשפט"י ולמשפט וצדקה ביעקב הנד"מ כמה צוואות בטלו מפנ"ז אמת כי בויאמר יצחק ח"ב בתשו' ללקאסאר כתב משם רב אד"א ז"ל שיש ס' אם נתקנה זו לכל המערב ובמקום שלא פשטה הו"ל ס' בתקנה ואוקמה אד"ת אבל איני יודע אם פשטה זו במוגאדור או לא.

ב') כיון שיש חלק בצוואה גם לעניי מוגאדור צ"ת אם תתקבל העדות מהם עיין בח"מ סי' ל"ז ובסוס"י ז' ובבאה"ט ופת"ש שם דעות שונות שחייבים באחריותם ג') כבר ידוע באה"ע סי"ץ האשה שמכרה הבעל מוציא מיד הלקוחות ואפי' לצדקה ידוע בס' רמ"ח דאפי' האשה הנו"ן בתוך הבית אין מקבלין ממנה לצדקה אלא דבר מועט ואם הבעל מוחה הו"ל גזל ובסי"ץ כתב דאפי' הקדישה.

ואי משום מתנת שכ"מ ומצוה לקד"ה הנה הריב"ש סי' ר"ז הטיל בזה שני תנאים הא' שיהיה הממון שלו והב' שיתנו ביד שלישי לכך ובח"מ סי' רנ"ב כתב התנאי הב' גם בב"י הוסיף משם הריטב"א דדוקא כשצוה בפני היורשים ע"ש וכ"פ מהרימ"ט ח"א סי' כ"ב ול"ט וס"ג ועיין בחוקי חיים סי' טו"ב ביטל טענת מלקד"ה בטענות אלו.

ואי משום דבנד"ז הויא מורדת וכתב הכנה"ג אה"ע סי' ע"ז משם מהרד"ך דמתנתה קיימת (עלה ע"ד לחלק דל"א רק במתנה מחיים ולא במתנת שכ"מ דלא חיילא רק אח"מ כמ"ש בח"מ סי' רנ"ב והרי קדמה ירושת הבעל למתנתם והדרי בי ממ"ש מהרלב"ח ד"ס דמתנת מורדת קיימת להרא"ש דאין הבעל אוכל פירות אחר יב"ח ועכ"ז יורשה מתורת קרוב ונמצא דמורדת נשתנה דינה להיות כקרוב והקרוב רשאי המוריש להפקיע ירושתו בין מחיים בין לאח"מ) מ"מ הנה הכנה"ג שם חלק בזה וכתב שכ"מ למהר"א בן יעיש ז"ל בתשו' מהרלב"ח בד"ס כתב לדעת הרשב"א ז"ל דאוכל פירות גם אחר יב"ח דמתנתה בטלה ע"ש (הרב יכין וכו' ע"ז בתשו' אינו מכת זה אע"ג שביטל מתנתה דהתם נראה דלא יהיב לה דין מורדת ואפ' טעמו משום שמתה תוך יב"ח וס' כהרא"ש דתוך יב"ח לא אבדה כתו' ודלא כמי שטעה בזה) וא"כ הו"ל רבים ומינייהו בתראי וראוי לפסוק כמותם כ"ש שהבעל הוא המוחזק וכמש"ל ועיין להרב"ש סי' ע"ז ספוקי מספק"ל בזה.

ד') לגבי ההלואות שיש לה על הזולת שכתב ביו"ד סי' רנ"ח ס"ח אם יש לו חוב על אחד ואמר יהיה להקדש או לצדקה אינו כלום וכו' זולת אם אמר כן בפני בע"ח ובפני הגבאי או זט"ה שזכה בו הגבאי מדין מע"ג ואפי' אם נאמר דהני דייני המעידים הם כגבאי מ"מ בע"ק ליכא הכא זולת דיש לדון בזה ממ"ש הפת"ש משם הרדב"ז סי' תשל"ח דשכ"מ שהקדיש חובו הקדש אע"ג דלכאורה נראה דהכרח הרדב"ז לזה הוא ממאי דקי"ל כיון דדבר שאינו ברשותו הוא כדבר שלא ב"ל אמאי בדשלב"ל פ' בח"מ

סי' רי"ב אם אדם ציוה כשהוא ש"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו העניים הפך ממ"ש ביו"ד לזה חילק דביו"ד מיירי בבריא ובח"מ מיירי בשכ"מ כמ"ש הב"ח שם לתרץ מאי דק"ל בסי' רי"ב דאיך מקדיש דבשלב"ל ותי' דבשכ"מ חיישי לטרופ דעתו ואם הדבר כן הנה מרן בה' ערכין וחרמין שם בכ"מ הק' למה יזכו העניים כיון שהשכ"מ ליתיה בעולם והיורשי לא נדרו ולא חל עליהם נדר מוריש ותי' שהיו לפני המצווה וכיון שאמר מורישם ושתקו סבור וקבל והו"ל כאילו נדרו הם ע"כ וא"כ כמרן נקטי' וכבר נשאלתי ע"ז בפאס ודנתי כן ושור"ר להרה"ג אשר לשלמה הנד"מ שהאריך בזה.

שוב התבוננתי דאפשר טעם הרדב"ז הוא ממ"ש בסי' רנ"ג ש"מ שאמר הלואתי וכו' לפלוני דבריו קיימים וא"ץ מע"ג וה"ט דכיון דאיתא בבריא בקנין איתיה בשכ"מ בלא קנין משא"כ דבשלב"ל דליתיה בבריא כלל וא"כ דין הרדב"ז איתיה גם למרן. והגם דזה הלואת גוי ונסתפק שם מור"ם אם יוכל להקנותה עיין בפת"ש משם עבוה"ג סי' י"א ונוב"י תנינא סי' מ"ה ומכלל דברי הנוב"י משמע דלמרן ס"ל דשטר של גוי נקנה במתנת שכ"מ והדבר צ"י: לכן בחרתי לדון בין הבעל והבת היורשת דאורייתא אשר יגבר כחה נגד הבעל וכמו שית' לקמן.

וראשית כל אראה בטענתה שהמעות שהי"ל בבאנק קודם הנישואין ולא נגבו עד היום דהו"ל ראוי כבר זה מפורש בסי"ץ דאין הבעל יורש והגם שהם בבאנק כבר כתב בחיים שאל ח"ב סי' ע"ד משם הגו"ר אה"ע סי' י"ט ועמו מהר"י הלוי ז"ל והשאלת יעב"ץ ח"ב סי' ל"א דהבאנקו הוי ראוי אפי' אי שאר מלוה חשיב מוחזק כיון דפורעים רבית בשכר המתנה כו"ך לשנה חשיב ראוי לגמרי ותמה על מורה שהורה דהוי מוחזק כי נעלמו דבריהם ממנו.

גם השער אשר באסיפתו לסי' רע"ח הביא ממהר"ח חזן ומהר"א אריפול ז"ל דקיימי בשטתהגו"ר ז"ל והגם דהרב ח"ש שם הביא דבס' שתי הלחם מחלק בענין הבאנקוס וצריך להתיישב בדבר. והרב שואל ומשיב מהדורא ה' הנק' דברי שאול סי' ע"א הביא דברי הנוב"י קמא ח"מ סי' ל"ד שדן באובליגציון דהוי ראוי ורצה לדחות דהוי גופן ממון וכו' וסיים מיהו י"ל דמשום שהשער עולה ויורד לא הוי מוחזק ולפ"ז גם הבאנקוס בשעת שערוריה שעולים ויורדים ל"מ מוחזק וזה צ"ע ע"כ הרי דמספק"ל בשעת שערוריה.

מ"מ אין ספקם מוציא מודאי הרבנים הנז' דלא חילקו ורבים נינהו ועיין להיא"ה בהגה"ט אוכ"א הבי"ד הגו"ר בלי חולק: אפס צריך לעמוד במה ששמעתי כי הבאנק הנז' הוא של שימינדיפיר והוגד לי שיש בו שני מינים הא' נק' אובליגציון דהיינו שהקומפ' לוקחת רבית קצוב לזמן. והב' נק' אקסיון היינו שקונה הנייר שלהם יש לו חלק בגוף השימינדיפיר ובריוח והפסד וכו' והשתא ל"מ אם הניירות הללו אובליגציון דיש להם דין מלוה כנז' ואין הבעל יורש.

אלא גם אם הם אקסיון וכתב מור"ם ח"מ סי' רע"ח דמי שיש לו שותפות ביד אחרים מיקרי מוחזק מ"מ יש לחלק ולומר דאין זה רק בנשתתפו במטלטלים ואיתנהו בעינייהו משא"כ בשות' כזה דהשות' אינם נותנים רק מעות והממונים של הקומ' שעוסקים בשכר

הם מחליפים המעות במטלטלים ומוציאים לתקן הדרכים וכו' נראה דאין זה אלא עסקא שנותנים לאחרים להתעסק במעותיהם.

ועיין לפת"ש סק"נ שכתב משם חוט השני סי' א' לחלק בזה. וא"כ הנה בעסקא ג' מחלוקות בדבר דלמהר"י אדרבי סי' ע"ח וכן הסכים נה"מ סי' רע"ח בין פלגא מלוה בין פלגא פקדון הוי ראוי כיון שיש רשות למתעסק להוציא הכל ולהרדב"ז ח"ג סי' תקס"ד וכ"פ פנ"י החדש ח"ב סי' ק"ד דפ"מ הוי ראוי ופ"פ מוחזק והראיה מדקי"ל שביעית משמטת פ"מ (שער המשפט סי' רע"ח תמה דהרדב"ז גופיה ח"א סי' רי"ד הצ"ע על מהר"ם שכתב שביעית משמטת פ"מ) ולהרב בי"ע סוה"ס דקי"ט משם רבו אפי' פ"מ מוחזק הוי (שע"א באסי' לסי' רע"ח תמה על הסו' מוחזק והביא הרבה פוס' דראוי הוי) ואני תמיה דכיון דבח"מ סי' ס"ז פסק בש"ע דפ"מ נשמטת והוא ממקומות שקבלו דעתו איך פסק דמוחזק הוי (עיין במשפט"י הנד"מ ח"א סי' שפ"ח דאע"ג דשביעית משמטת משום דהיא לאחריותו מ"מ לגבי בכור הוי מוחזק כיון שיכול לעכב עליו מלהוציאה בכל אשר ימצא לו מיקרי והביא שמהריק"ש כ"כ).

ולפי שטת ההוראה ראוי לפסוק כדעה האמצעית דפ"מ ראוי ופ"פ מוחזק ובפרט שדעת הש"ע נוטה לזה. (עיין לשביו"ט אה"ע סי' וי"ו מ"ש בזה) וכ"ש דגם בפ"פ יש לדון כיון שהם מחוץ לעיר חשיב גם ממון השות' ראוי דעלול לנזקין וכמ"ש מהרבי"ע שם והבי"ר מהמבי"ט ח"א סי' רפ"ד ורפ"ה.

ואני מצאתי כדבריו בפיה"מ להרמב"ם ז"ל ולרע"ב בכתובות מ"ג ועיין לנח"ב ח"ב אה"ע סי' כ"ך שאם ראו הראשונים דבריהם ל"א דפ"פ הוי מוחזק (ומש"ש דהרמב"ם חזר בו בחבורו לא מצאנוהו. ועיין באשר לשלמה סי' מ"ח כתב דל"א רק בכתו' בנ"ד דלא תקנוה לעקור ירושה לפיכך אפי' פקדון שמחו"ל מיקרי ראוי משא"כ בעלמא ועיין אה"ע סי' קי"א) והגם דכתשו' מהרי"א והרבנים שעמו כתבו דמה שביד השותף אפי' מחו"ל הוי מוחזק והביאו כן ממהריק"ו וכן הבי"ד גם הבי"י בסי' רע"ח.

וכן תמה שער אשר שם על מהרבי"ע דהמבי"ט עצמו כתב בממון השות' שחוץ לעיר הוי מוחזק וכ"כ מהריק"ש מ"מ הוי ס"ס שמא ה' כאומרים דגם פ"פ הוי ראוי ואת"ל כאומרים דהוי מוחזק שמא בחוץ לעיר הוי ראוי ויש מח' בפוס' אם מוציאים ממון מיד המוחזק והגם דהסכמת האחרונים דכל שאתה מרבה ספקות אין מוציאין מהמוחזק לקמן ית' בעז"ה דהבת היא המוחזקת נגד הבעל: והגם דיש לעמוד בזה במה שהק' הפוס' בסי' נ"ג גבי פוסק מעות לחתנו ומתה בתו דאמאי איפליגו רש"י ור"ת אם גובה החתן מכח אומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ולא הסכימו כולם דאינו יורש משום דהוה מלוה והוי ראוי והפנ"י על דמ"ז תי' דיש לחלק בין מלוה לנדוניא דהפסקא היתה אדעתא דחתניה.

והשו"מ באותה תשו' כתב דבסי' נ"ג מיירי בשטר ממרנ'י דהוי מוחזק. (ולדעתי דבסי' נ"ג איירי בפסיקתא דקי"ל נקנים באמירה והו"ל כהקדש דאמירה כמסירה והו"ל כבאו לידה וחזרה והלוית דקי"ל בסי"ץ דהוי מוחזק) והאבני מלואים בסי"ץ לאה"ע חילק דאם הכניסה המלוה בנצ"ב הויא מוחזק.

והיא"ה בהגה"ט אוי"ט הביא כי החו"י סי' קכ"ב ס"ל דגם בהכניסה בנצ"ב הוי ראוי אבל השבו"י ח"ב סי' קל"א הוא והרב השואל ס"ל דהוי מוחזק והשבו"י נסתייע בזה מהרב ד"ן אה"ע סי' ס' ומהר"יטץ סי' רמ"ט וא"כ כשיתברר בנד"ז דהכניסה הנירות הנז' בנדונייתה נפל היסוד שסמכנו עליו דמזה הוי ראוי עכ"ז מלבד מ"ש דהבת היא המוחזקת ויש לה על מה לסמוך דלא חילקו בין הכניסה בנדונייתה ללא הכניסה.

עוד בה עיין להחק"ל אה"ע סי' מ"ה האריך בזה ואסיק דכל מחלוקתם הוא בנצ"ב אבל בנכ"מ לא נמצא מי שיאמר דגם הם מוחזק זולת הד"ן ז"ל ובהא ה' כרבים ונד"ז הנה כתוב בשאלה שהתנה האב על הבעל ובתו שאין להם רק פירות הם זרעם וכו' ובזה הו"ל כנכ"מ ממש שאין לבעל אלא הפירות: והגם שהרגישו בזה רבני העיר וכתבו דהא בעת השלום חידשו ביניהם שהבעל קבלם כנצ"ב ובעבור עשרים שנה יקבלם להסתחר.

יפה השיבו לעומתם דכ"ז לא נעשה רק אם יתקיים הש' ובהפרדם ולא נתקיים המעשה התנאי בטל וז"פ בסי' רמ"א וסי' ר"ז ואפי' לא נכתב התנאי רק באמירה סגי כמש"ש ואפי' לא נאמר נמי כיון דיש אומד"ד דלא עשתה כן רק לשבת בשלום אתו הנה מור"ם שם פסק דבאומד"ד מבטלין המכר וכ"ש דנד"ז הוא מתנה וזה אפי' באומדנא כל דהו אמרי' דברים שבלב ה"ד ע"ש ובסמ"ע ולדידי אין אנו צריכים לזה ובלא"ה נתבטל התנאי מצד אחר כיון דלא הגיע הדבר עד עשרים שנה ולא קבל המעות אזי גם מצדו בטל מה שקבלם ע"ע כנצ"ב וכמ"ש ביו"ד סי' רל"ו גבי איש ואשה שנשבעו להנשא זל"ז לזמן קבוע שמי שעבר על התנאי אסור לו להנשא והב' הותר והגם דהכא לא בטלה היא אלא דמלאך המות קטלה.

עיין להרב חוקי חיים סי' ט"ו שנתעורר בזה והביא ממהרש"ך ח"ג סי' נ' ומהרמ"ג סי' נ"ו דגם במיתה מיקרי קיים תנאו והוכיח כן ממ"ש באה"ע סי' קמ"ג ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ק"ק זוז מכאן ועד למ"ד יום ומת תוך ל' יום דהגט בטל ע"ש. ועוד דמע"י כבר קדם תנאי האב עליהם שאין להם אלא פירות וא"ת מה כח האב יפה להתנות בממונה י"ל משום שלא נשבעה שבו' האל' היה זה בכלל הפשר שאם יעברו ליגע בקרן לא נמחל חיוב השבועה והדר כל הממון לבת שאין לנו לומר מילי דכדי נינהו דהא קי"ל בח"מ סי' ס"א מדקדקין לשון השטר ואין לומר דלא גמירי ע"ש והכא אין לנו לקיים תנאי האב הנז' רק באופן זה.

ונמצא שאין כח בידם במה שחידשו ביניהם אח"ך ואינם אלא כנ"מ דההלכה בהם דמלוה דידהו הויא ראוי. ומטעם התנאי הנז' יש לדון באו"א שהם ראוי כיון שאין יכולת בידם לגבותם ועיין במור"ם אה"ע סי' ק' פסק במי שהתנה על בנו שלא יירש נכסיו עד זמן פ' דהוי ראוי והגם דהש"עא שם או"ח הביא זאת וגם דברי מהרשד"ם בדומה לה ותמה ע"ז כיון דמרן לא ידענו דעתו בזה ומור"ם פסקה כבר ידוע דבכגו"ד פוס' כמור"ם במקום החולקים.

וכ"ש דמצד אחר נראה לע"ד שאין מי שיאמר בנד"ז דהוי מוחזק כיון שהניירות הנז' אינם כתובי' על שמה ואינם תחח"י ואין שום ראייה בידה שהם שלה והאב התנה שלא תאכל רק פירות וממי' אם תרצה לבטל התנאי לא ימסרם בידה וכן היורשי' שעתה

תחת"י יודעים כל זה א"כ איך יקרא מוחזק אפי' אם הם פקדון או שות' בבאנק במה תגבם.

ועוד לפי מה שהבנתי מהענין והפשרים הנמצאים שנעשו בין האשה ואביה אפוט' הבת הוא שטרם גבית כתו' קנה הניירות הנז' מנכסי המת ובעת הגבייה שלא היה די בשארנכסים להגבותה זיכה לה בע"פ אותם ניירות לתש' והשתא הנה קי"ל בח"מ סי' ק"ה דאפוט' ידו כיד היתומים ואפי' נכתב השטר על שמו עיין בסי' ס"ו דידם כידו והרי הניירות הנז' הם לזכות היתומה.

וא"כ בעת שזיכה אותם לא' במה קנתה אותם הלא קי"ל בסי' ס"ו דאפי' שטר העשוי בעש"ג בענין שהוא כשר בעי כתו"מ ואפי' אם כתוב דמשתעבד לכל המוציאאו כתוב שם בהגה דנקנה בחליפין או במסירה ובש"ך שם כתב דוקא במסירה והכא לא כת' ולא חליפין ולא מסי' איכא (ויוכלו לומר חזרו וקנאו ממה כמ"ש באה"ט מהט"ז דדינם כמטלטלין) ובמה נקנו דגם הודאה שהם שלה אין בידה וא"כ נשארו לזכות היתומה ולא הי"ל עליה כ"א תביעת כתו' בע"פ דהוייא ודאי ראוי ואינו יורשה ול"מ למטען ליורש הוא הבעל דמסתמא הקנה לה כהוגן כיון דהבת יורשת נמי ועיין בסמ"ע בסי' ק"ח דל"ט ליורש לחוב ליורש כנגדו רק להחזיק הממון שבידו והכא אין הממון ביד הבעל.

ומעתה לפי כל האמור אין שום זכות לבעל בנכסיה שבבאנקו ואם יש לדון הוא על שאר הנכסים קו"ט שבידה: ותחילה נשיב על השאלה שאם יזכה הבעל במקצת נכסים צרכי קבורתה וכו' אמאן רמי ונראה דהכל רמי אבעל ובתה לא תשלם כלום ממאי דאיבע"ל בכתו' דמ"ג שומרת יבם מי קוברת יורשי הבעל דקא ירתי כתו' או יורשי האב דירתי נ"מ ופשיט מדתנן יורשיה יורשי כתו' חייבים בקבורתה איזוהי אלמנה שיש לה שני יורשים שו"י ע"כ וכ"פ באה"ע סי' ק"ס דיורשי הבעל חייבים בכל קבורתה.

ומינה לכל אשה שירש הבעל מקצת מממונה כמו שמוכח ממה שהק' התו' שם לרש"י שפי' דשו"י אין ליורשי הבעל רק מנה ק"ק הא אמרי' קבורתה תחת נדונייתה ות' דשו"י היתה ראויה ליטול מנה ק"ק דיבם כאחר דמי ואותו שעבוד שמכנסת ליבם הוי כנדוניא משא"ך ארוסה שלא הכניסה כלום לפיכך אינו קוברת ע"כ הרי השוו ארוסה לשו"י וס"ל דכל שיורש ממנה כל שהו נדוניא חייב בקבורתה הכל.

וכן למד הערה"ש סי"ץ משו"י למי שנפל הבית עליו ועל אשתו דהבעל אינו יורש כ"א חצי נצ"ב ועכ"ז חייב בכל קבורתה גם היא"ה בסי' פ"ט הגה"ט כ"כ משם התשב"ץ ח"ב סי' רס"ה ומהריט"ץ סי' ס"א ותו"ח סי' פ"ו והמשד"ר ח"ב לסי' פ"ט כ"כ והביא מתשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב. גם בתקנת מראכש שבס' ברית אבות גבי מתה בלא זרע דתקנו שהבעל יורש שני שלישים ויורשיה שלישי הטילו כל צ"ק על חלק הבעל והגם דבסוס"י נ"ג גבי תקנות שום יש מח' בזה דלהח"מ סקטו"ב ס"ל דכיון דיורשיה נוטלים מחצה יפרעו חצי קבורתה ולהב"ש סקי"א הכל על הבעל והיא"ה שם כתב דשבו"י ח"ג סי' קכ"ב ומהריט"ץ סי' ס"א ס"ל כב"ש והשב יעקב סי' כ"ח וטיב קדושין ס"ל כח"מ ע"ש מ"מ הגם שאין ספריהם בידי לדידי חזי דס"ל לחלק בין שו"י ודכוותה דמצד הדין לא יטול הבעל רק מקצת דעכ"ז חייב בקבורה דכך הוא מתנאי כתו' משא"ך כשזוכה בכל



מהדין ורק מצד התקנה הפקיעו זכותו לא ראו לחייבו כ"ך גם בכל צרכי קבורה ובזה סרה תמיהת הב"ש על הח"מ (שוב בא לידי ס' שב יעקב וראיתי שכתב קרוב לזה.

גם מצאתי ס' סמיכה לחיים וראיתיו בדס"ט האריך בזה וכתב חי' זה מהרדב"ז ז"ל) וא"כ נד"ז שהופקע זכותו מהדין כל צ"ק עליו רמיא וכ"ש אם מוגאדור הולכים בתקנות מראכיש אז גם אם היה מהתקנה הוא חייב. ואם מפני דהשתא קיימינן במונח שהיא מורדת עליו ובסי' ע"ז מבואר דאחר הזמן שהפסידה כתובתה אין הבעל חייב בקבורתה ע"ש בד"מ וח"מ סקי"ג וב"ש שם ובקצור דיני מורדת.

משום הא לא איריא דהתם מיירי כשלא יש מה לירש או שיש לירש ואינו רוצה (ומ"ש אינו חייב בקבורתה אעפ"י שירשה ר"ל אעפ"י שהדי"ן לירשה לא מפנ"ז תקרא אגידא ביה לקבורה גם אם לא יירש) אבל כשיש לירש ורוצה פשיטא דלא יירש עד שיקבור וכ"כ הח"מ סקי"ב לדעת הב"ח דפוטר הבעל מקבורה משום דאעפ"י שזוכה בחייה במה שתפסה מספק אינו מחוייב לקבורה מס' דלפ"ז אינו יורש מה שתפסה מאחר שאינו רוצה לקבורה ע"כ וממילא מובן שאם רוצה לירש מחוייב לקבור.

וכ"כ הב"ש סקט"ז דאם רוצה לירש יקבור ע"ש (מש"ש דלא כמשמעות הב"ח לא ידעתי מאי משמע להפך ומ"ש אינו חייב בקבורה אעפ"י שירשה כבר כתבתי ביאורו) וד"ב: אבל נראה לדון דאינה מורדת ולא יירש גם הנכסי' המוחזקים וכמ"ש לקמן בע"ה והגם דיש מעב"ד דהיא מורדת וב"ד ב"ד לא דייקי מה אעשה דגזרת עירין פתגמא לעיין בזה ועיין בסמ"ל דנ"ו שכתב מהרדב"ז דדי"ז דוקא בזמן הש"ס וכו' והגם דמרן באבק"ר סי' כ"א פליג מודה הוא בדין זה גם כתב מהרדב"ז דכשאינו מבורר פסקם אם מהדין אם מהפשרא לא דייקי אבל כשניכר שדנו מהדין דייקי ובדס"ב הביא מחסדי דוד דהאידנא שהכל כתוב על ספר דייקי אפי' אם הם ב"ד שלם ואפי' במילתא דרבנן ע"ש וע"ז סמכתי ודקדקתי במעב"ד שלהם וז"ל ירדו לדין הבעל פ' והמורשה מאשתו וכו' אשר זה ט' שנים לא קרב זא"ז וכו' ותבע המורשה לבעל הנז' לעשות מה שהדי"ן לרחק או לקרב וכו' והבעל השיב שאינו יכול עוד לשבת עם אשתו הנז' בשום אופן שבעולם והמציא לפנינו קב"ע כמה עלבון סבל ממנה וכו' ואמרה שלא יוסיף עוד לבא אצלה ושאינה רוצה אותו בשום אופן גם המציא לפנינו התראות ב"ד ע"י סובדי"ץ שאם לא תחזור בה תפסיד כתו' ולא השגיחה בדבריהם גם הב"ד עצמם הלכו אצלה ודברו עמה אולי תחזור ואם לא תחזור בה תהיה מורדת ולא השגיחה וכו' ובכך נענה מן הדין שהאשה הנז' היא מורדת ע"כ והרשות ביד הבעל ליש"א אחרת עליה ואם ירצה לגרשה תטול בלאותיה הקיימים אשר הם תחת"י דוקא ומה שאבד אבד ולא תטול משל בעלה כלום ואין לה כתובה ולא תנאי כתו' ומה שתחת"י מנכסי בעלה תחזירהו לו כמבו' כ"ז באה"ע סי' ס"ז עכ"ל ואני תמיה דכיון דפסקו דינה כמורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה ולפיכך גם מבלאותי' לא תטול רק מה שתחת ידה.

א"כ מדוע לא הכריזו עליה ד' שבתות שהוא דינא דגמ' וש"ע והגם דהגמ' כתבו משם ישי' בבליות דלא עבוד הכרזה הנה הרמב"ם כתב שאין לילך אחר מנהגי הישיבות ואנו אין לנו אלא דברי הש"ע. ועיין להמבי"ט ח"א סי' רס"ט ביטל מעב"ד דמורדת משום העדר ההכרזות גם משפט"י לכמהרפ"ב ז"ל דהוא מגדולי המערב בח"א סי' רנ"ה כ"כ.

עוד בה דבהמלכת ב"ד לא ביארו לה שתפסיד כתו' רק שתהיה מורדת ואטו נשי דינא גמירי מהו פ' מורדת ומאי נ"מ ועיין להרדב"ז ח"א סי' קע"ז הבי"ד הכנה"ג בהגה"ט אוכ"ב דבעי להתרות בה תרתי שתפסיד כתו' ושאין כופין לבעל לגרש ואז כשלא חזרה בה תפסיד כתו' ועיין בס' מעין גנים לסי' ע"ז כתב הטעם להמלכת ב"ד ולא סגי בהתראות מפני שתתבייש מהם וגם כשתשמע שהסכימו לפסוק הדין ולתת ביד הבעל תאמת הדבר ותחזור בה ע"כ והכא לא זה ולא זאת דמלבד שלא ביארו לה הפסד הכתו' גם לא הודיעוה שמוכנים לפסוק הדין וגם באמת לא פסקוהו עד אחר שתבע המורשה שלה לרחק או לקרב ומתחילה חשבה שהכל רק לאיום וגזום.

וכיון שכן נראה דהדין חוזר לפי המבואר בח"מ סי' כ"ה. ואין לקיים ענין זה מטעם מנהג דתנאי המנהג לקיומו רבים הם ובעי עפ"י הותיקין.

ושבא הדבר לקו הדין ודנוהו הב"ד כמה פעמים עיין להרב מר ואהלולת אה"ע סי' י"ב וסמ"ל דנ"ה ובדנ"ו כתב דדין שנתברר לזכות בחד מרוב הפוס' או מקי"ל אין לסותרו משום מעשה רב ואין להאשה הזאת דין מורדת ואדרבה נראה דהבעל הנז' הוא המורד כיון שתבעו המורשה לרחק או לקרב והשיב שלא יוכל עוד לשבת עמה נראה דדבור זה לשון מרד הוא כמ"ש מהרא"ש סי' קפ"ז דהאומרת איני רוצה בו שנאתיו לא נק' עוד בעלי הוי לשון מרד ע"ש וה"ה למורד ואיהו ל"ב לא התראה ולא הכרזה וכבר האחרונים עמדו מה בין זה למדיר בסי' ע"ד דממתניים לו שבעה ימים ואילו זה הוי מורד מיד ע"ע. ואפי' אם.

יאמר דמתוך כעס וקטטה השיב כן ג"ז נק' מורד וכמ"ש מור"ם בהגה והח"מ בקצור דיני מורדת דגם מתוך כעס וקטטה הויא מורדת וה"ה למורד. וגם אם יאמר דבטעות הויא מפני שסמך על ההתראות שבידו שהתרה בה גם זה אינו מציל כיון שעדין לא שמע פסק הדינים מאין ידע שהיא מורדת ולא היה לו להשיב אלא שהוא מוכן למה שהדי"ן אם לא שהסכים בין כך ובין כך למרוד בה.

והשתא די'ש לו דין מורד הנה בד"מ סי"ץ כתב משם הגמ"ר דמורד אינו יורש ורצה לתלות זה במח' הרשב"ם והרי"ף והרא"ש בנתן עיניו לגרש דלרשב"ם אינו יורש ולדידהו יורש וכתב דבמורד כ"ע מודו דאינו יורש ול"פ אלא התם שלא מנע ממנה מנהגי אישות עד יום מותה וצ"ע ונראה דבהגה הסכים לחילוק זה כי בנתן עיניו לגרש פסק בפשי' דיוורש ובמורד פסק בשם י"א דאינו יורש ומ"ש בלשון י"א נראה משום דלא הוזכרה בפ' בפוס' רבים.

וכ"כ הב"ח בתשו' כ"ד להדיא דמורם פסק בהגה דמורד אינו יורש. גם הרב"ה בסי' ע"ז כתב נראה דמורד אינו יורש וכ"כ בהגה סי"ץ וכו' גם הב"ש סי' ע"ז כתב לכאורה נראה מהרי"ף והרא"ש דמורד יורש וכ"כ הרא"ם סי' למ"ד אלא ששה"ג כתב דאינו יורש וכ"פ מורם בסי"ץ ועיין בד"מ ע"כ משמע שמור"ם כ"ד דאינו יורש וסומך על חי' שבד"מ ועם שבסי"ץ תמה על חי' הכ"מ וכתב ולכאורה נראה דדעת שה"ג יחידאה מ"מ לא כתב זה רק בלשון לכאורה וגם מ"מ די במה שהודה דדעת מור"ם כשה"ג.

וכבר ידוע דבמערב מקום השאלה סומכיל להלכה כמורם במקום ששתק מרן ולא עוד אלא דלפי מ"ש הב"ח בפסקיו דהרא"ם ל"א דירוש אלא בנ"ד דמרד משום דמאיסא ליה ורצה לגרש והיא מעכבת משום חרגמ"ה וא"כ היא יושבת ומצפה עליו לפיכך יורשה משא"ך בבעינא לה ומצערנא לה גם הרא"ם יודה דאינו יורש כי העיכוב בא.

מצדו ע"ש א"כ בנ"ד דלא תוכל לעכבו מלגרש כי יכולים הם לגרש האשה בע"כ ולא עוד אלא שתבעה לקרב או לרחק ולא אבה א"כ אין לך בעומ"ץ יותר מזה ואינו יורש. ובזה נצא י"ח מ"ש הבי"ע ח"ב דפ"ז דאפשר של"א מור"ם דאינו יורש רק בנגמר דינו לגרש והוא נחבא ומשתמיט וכו' דמלבד דשאר הפוס' לא חלקו בזה וגם הוא בדרך אפשר אמרה.

עוד הרי בנ"ד תבעה לרחק והוא ברח. ובזה ניחא נמי מ"ש השבו"י ח"ב סי' ק"מ במורד ולענין ירושת הבעל יש מח' בין הפוס' וכיון שכתו' ביד שלישי אם מתה היא בחייו יורש הבעל מחצה והם מחצה וכן דנתי ה' למעשה ע"כ די"ל דהתם מיירי שהיה רוצה לגרש והיא מעכבת משום חרגמ"ה דבזה יש מח' הרא"ם ומור"ם וכנז' לדעת הב"ח משא"ך בנ"ד דהיא תובעת להתגרש והוא מעכב כ"ע מודו דלא יירש כלום.

גם מ"ש הרב ויאמר יצחק וכן הרב חוקי חיים סי' ט"ו באיש ואשה שהסכימו לגרושין וקבעו זמן לגט ואדכיני בניי מתה דיורשה ונראה שם אע"ג דלא היה נוהג עמה מנהג אישות ל"ש בנד"ז דהתם שאני שנשתוו שניהם ומניעת האישות לאו מיניה לחוד היא משא"ך נד"ז שהיא תובעת לרחק או לקרב כמ"ש במעב"ד וגם יש עדים כשרים שכמה פעמים הלכו משמה אליו לשוב אליה ולא אבה א"כ העיכוב מצדו ואין דעתיה עילוה רק עיניו נתן בממון שאם תמות יירשנה וה"ז דומה למ"ש מור"ם המקדש ברמאות תחבולות וכו' והח"מ שם כתב אינו יורש דהוא עשה שלא כהוגן ואינו נשכר וה"ן דכוותיה.

ועלה בדעתי לדון בזה גם אי יהיבנא לה דין מורדת דכיון דחזרה אח"כ לפייסו לשוב ולא אבה פקע מיניה דין זה ונהי דמור"ם בהגה כתב דלאחר יב"ח לא מהני חזרתה י"ל דהיינו לענין שנמחל שעבוד כתו' וצריך לחדש לה כתו' כשירצה לקיימה אבל מהני חזרתה שאם יעכב מלשוב איהו ניהו המורד וה"ז דומה למ"ש ביו"ד סי' של"ד דאם עשה מה שיש לו לעשות ולא נתפייס החכם מתירין לו נדויו ע"ש וגם סימנים לזה ממ"ש הב"ש בסי' נ"ו אהך דהגיע זמן ולאנישאו אוכלות משלו וקי"ל דאם עכבו אונס פטור ממזונות שאם עבר האונס חזר לחיובו ע"ש וגם ממ"ש יא"ה בסי"ף הגה"ט משם זקן אהרן סי' ר"ז ומהריט"ף סי' ר"ך דלדעת הרשב"ם בנתן עיניו לגרש דאינו יורש מ"מ אם חזר ושלח לפייס מודה דיורשה א"כ כל המאבד זכותו מסבה וחזר בו הדר לקבעיה קמא וה"ן במורדת כי חזרה בה תיהדר לזכויותיה גם ממ"ש מור"ם שאם רוצה לגרש אחר יב"ח צריכה לקבל גט בע"כ או מתירין לו ליש"א אחרת דאין כח ביד האשה לעגנו לעולם (גם במקום חרגמ"ה) משמע שאם תרצה לחזור גם אחר יב"ח דאז לא יתעגן לעולם אנה"ן דרביע עליה חרגמ"ה וממילא יש ללמוד דה"ה שאם לא יאבה הוא המורד (עיין במבי"ט ח"א סי' רס"ד שאל השואל אם מהנייא חזרתה לחייבו בכתו' ותנאיה ולא

השיבו ע"ז) אלא מפני שראיתי להרשב"א סי' תתקס"א והר"ן פ' אעפ"י כתבו דל"מ חזרתה מט' מה הועילו חכמים בתקנתם והר"ן הוסיף דא"כ תעגנו לעולם.

וטעם מה הועילו שייך גם על מ"ש ואין בידי ס' לברר האמת בזה לכן עמד הקנה ומ"מ נראה דמ"ש די להפקיע ירוה"ב הזה גם במוחזק: ולחזק כח הבת היורשת בזה כי לא תירא ולא תחת מקול נוגש אשר יביא סברות וס' במ"ש מרו"ס אשיבה ידי לברר כי היא המוחזקת ולה משפט הגאולה להרים דגל הקי"ל והנה ראיתי לחק"ל אה"ע סי' מ"ה הביא ממהר"א הלוי ז"ל דחשיב ליורשי האשה מוחזקים מב' טעמים א') משם מוצל מאש סי' מ"ב דכשיש ס' בנכסי אם הם ראוי או מוחזק הו"ל הבעל ס' ויורשיה ודאי ואין ס' מוציא מידי ודאי ואני מצאתי לרא"ה סי"ן הגב"י הביא זה משמו ומאדמ"ק ח"א סי' נ"ט וכן ערה"ש שם הביאו מפרמ"א ח"א סי' קי"ד וכתב דזה דומה למ"ש בפ' החולץ ס' ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו' דאין הם' מוציא מידי ודאי היבם והביא ממש"ן ח"ג סי' ק' שכ"כ (בראותי דברי פרמ"א בשרשן דמיירי בנפל ס' בעיקר).

הירושה אם הבעל יורש וכ"כ ב"ח בתשו' כ"ד בנפל ס' בעיקר הירושה עלה ע"ד לחלק מזה לנפל ס' בנכסים אי הוו ראוי או מוחזק כדין הבכור דבב"ב דקכ"ז אמרו האי דממעט קרא בכור ולא ס' לאפוקי מאי ופרשב"ם דאי לאפוקי ס' בכור דלא שקיל חלק בכורה פשיטא אא"כ מייתי ראייה שהוא בכור ע"כ מוכן מזה דכשיש ס' אם הוא בכור לא שקיל כלום דאי ר"ל דלא שקיל חצי חלק בכורה לימא דלהכי אתא מיעוטא שלא יטול כלום ועכ"ז במלוה שעל הבכור דהוי ס' ראוי או מוחזק קי"ל בסי' רע"ח דחולקין והרי חי' יש בין ס' דעיקר ירושה לס' דנכסים ושור"ר לשער המשפט בסי' רע"ח רצה לחלק בזה והוכיח כן ממ"ש התו' שם ודחה דשאני מלות הבן דלהוצאה ניתנה וכשנפל ס' קיימא ליה ברשותיה ולא מ"מ אבל שאר ספיקי גם בנכסים הם כס' בעיקר הירושה והבי"ר לזה ממ"ש בח"מ סי' ר"פ בראובן שאמר לשמעון אחיו לוי אחינו הוא דראובן יטול שלישי בירושה ולוי שתות ושמעון' מחצה מת לוי יחזור השתות לראובן נפלו ללוי נכסי' ממקום אחר יירשו בשוה השביח השתות שבח המגיע לכתפים יחלוקו ושאין מגיע לכתפים הכל לראובן וה"ה כתב משום דאין מגיע בעייתא וסלקא בתיקו ושמעון ס' ואין ס' מוציא מידי ראובן הודאי ואם יש לחלק הרי השבח הוא ס' בנכסים וליהוי ס' וס' ויחלוקו אל"ו אין חילוק) והרב ערה"ש הכי פשיט"ל דגם בס' בנכסים היורשים מוחזקים והרב עדוב"י סי' ק' כתב דהבעל ס' ויורשי' ודאי ואין ס' מוציא מידי ודאי ויליף לה ממ"ש ר' אפרים גבי בע"ח דגם אי ס' ל' שעבודא דאורייתא אי מספק"ל אי גבי בראוי אין ס' דידיה מוציא מודאי דאורייתא.

ב') כתב משם שביתת יו"ט דכיון דירוה"ב דרבנן לא אתי ס' דרבנן ומפיק מידי יורשים דאורייתא. ועע"ז כתבו ג"כ הערה"ש שם ולמד כן מהתו' בב"ב דקנ"ח ע"א גבי נפל הבית עליו ועל אשתו נכסי' בחזקתן וכו' שהק' למ"ד נכסי' בחזקת יורשיה דמאי שנא מנפל עליו ועל אמו דאמרי' יחלוקו ותו' דהאי תנא סבר כמ"ד ירושתהבעל דרבנן ולכך היו בחזקת יורשיה ע"כ הרי דמשום דירוש"ה דרבנן לכן הם בחזקת יורשיה אפ"ל נצ"ב: ויען כי טעם השני מורכב על היסוד דירוש"ה דרבנן נראה אי קי"ל הכי או לא כי הרב

שער אשר אה"ע סי' ל"ו כתב דהרוב סו' ירוש"ה דאורייתא ואין לעשות מזה אפי' ספק והרב"ד ז"ל בסי' ע"א כתב להפך דה' כמ"ד ירוש"ה דרבנן דרבים נינהו.

ולדידן נראה דראוי לתפוס דירוש"ה דרבנן כי מרן בס' בד"ה ח"מ סי' כ"ה והבי"ד בכנה"ג כללי הקי"ל דבמערב וא"י פוסקים כהרמב"ם זולת באיזה מקומות שלא נראו להם דבריו וא"כ הנה הרמב"ם כתב להדיא בפ"א מנחלות ובפ"ו דירוש"ה מדרבנן וכ"כ רב אד"א בס' באמ"ח מד"ק ואילך דלמערב כן ידונו דירוש"ה מד"ס ומוכח משם דירשי האשה מוחזקים ועוד לפי השרש שהשריש מרן לפסוק כב' עמודי הוראה הנה גם הרא"ש ס"ל כהרמב"ם כי בפסקיו לפ' מי שמת דקמ"ו כתב ועוד תמיהא לי מה ענין אכילת פירות דהיא תק"ח ואפ"ל שלא תקנו כשנתן עיניו לגרש לירוש"ה דאורייתא ומי הפקיע ירושתו ע"כ והפלפלא חריפתא תמה עליו דבש"ס מסקינן דירוש"ה דרבנן וגם שהוא עצמו במקו"א כ"כ ולזה כתב דלאו דוקא קאמר אלא משום דחכמים עשו חזוק לדבריהם כשל תורה ע"ש גם הב"ח בתשו' כ"ד כתב דר"ל שלרשב"ג דס"ל דאורייתא אין להביא ראיה לאכילת פירות דלכ"ע דרבנן ונמצא דתרוייהו רבנן ס' בדעת הרא"ש להלכה דירוש"ה דרבנן ויש להוכיח כן גם ממרן בסי' צ"ב שהק' על הטור במ"ש דירוש"ה דאורייתא דלא דק דבפ' הכותב אמר רב ירוש"ה דרבנן אלא שה"ה כתב דבסו"פ מי שמת משמע שהיא מה"ת ושזה דעת הראב"ד והרשב"א ז"ל ומדלא תי' דהטור בשטת אביו בפסקים אמרה משמע דפשיט"ל דהרא"ש ס"ל דרבנן.

ומריהטת קו' משמע דגם הוא ז"ל סובר כן להלכה. ומכ"ז די והותר לדידן לתפוס כן להלכה ומה שיש לעמוד דמכח זה היה ראוי לפסוק בנפל הבית עליו ועל אשתו דנצ"ב הכל ליורשי וכמ"ש התו' ואילו הם ז"ל פסקו דיחלוקו י"ל הטעם דהתם לא נפל הס' בעיקר הירושה דאם נודע ודאי שמתה האשה תחילה לא היה ס' שירשי הבעל יורשי והס' הוא מי מת תחילה ולכן כיון דהללו באים לירש והללו באים לירש הו"ל ס' וס' ויחלוקו ודלא כהתו' דלא חילקו בזה ובזה טוטו"ד למה שפסקו בס' נתגרשה דאין הבעל יורש ובנפל הבית יחלוקו ומאי שנא ולפמ"ש ניחא ודלא כמ"ש באה"ג וב"ש שם דבס' נתגרשה מה שאינו יורש הוא נ"מ אבל נצ"ב יחלוקו דלע"ד דבריהם תמוהים לפי מה שיראה הרואה לה"ה בה' נחלות ביקש למצוא מקור הדין דס' נתגרשה וכל המקומות שרצה ללמוד מהם אין חילוק בין נ"מ לנצ"ב ועוד דלא הביא הך דנפל הבית וכו' למילף מיניה ואם דינם שוה למה לו להביא מרחוק א"ו כמ"ש גם מה שתמה על טע"ז החק"ל שם דמאי נ"מ אם ירוש"ה דרבנן מ"מ זכה בהפקר ב"ד והשע"א השיגו דכשנפל הס' הדר ס' דרבנן ואין מוציא מדאורייתא ויישב לזה דהפקר ב"ד מדאורייתא הוא ע"ש יש לי לתמוה ע"ז דהא התו' כתבו כיון דהוא מדרבנן היורשי מוחזקים ולא חשו להך דהפקר ב"ד והגם כי השע"א שם במה שהרגיש מכתו' בנ"ד ועשור נכסי דקי"ל בהו לא אתי ס' דרבנן ומפיק מודאי דאורייתא ול"ח להפקר ב"ד תי' דהתם משום שהס' הוא בעיקר התקנה ע"ש זה לא יועיל לתרץ מה שהקשיתי לפמ"ש"ל דהגם דירוש"ה ברורה והס' בנפל הבית הוא רק מי מת תחילה עכ"ז ס"ל להתו' דמשום דהיא דרבנן הנכס' בחזקת יורשיה ולא חשו משום הפקר ב"ד ולזה לענ"ד כי היסוד הזה לזכות יורשיה הוא חזק ואין מזיזין אותו: אתאן השתא לטעם הא' דהבעל ס' והיורשי' ודאי הנה החק"ל והשע"א שם תמהו ע"ז דכיון דהבעל ודאי יורש במוחזק והיורשי' ודאי יורשי' בראוי והשתא נפל

ס' בנכסים אם הם ראוי או מוחזק שקולים הם וס' וס' חשיבי וממה שהק' שם מבכור וגם הביא דברי עולת שמואל סי' ז' דאפ"למ"ד ירוש"ה דרבנן דינה לכל כשל תורה והבעל מוחזק.

נראה דע' ז"ל דגם בנפל ס' בעיקר הירושה דעתו דס' וס' חשיבי ע"ש ולע"ד אתן טעם לסו' דהוי ס' וודאי משום כי מיום הולדה קדמה נחלה לשבטה הם יורשיה והבעל בא זכותו אח"כ לפיכך בברור לו יירש ובמסופק אמרי' ליה אייתי ראיה ושקול וה"ז דומה לס' ויבם בנכסי סבא דקי"ל שאין לס' כלום משום דזכות יבם קדמה משא"כ בנכסי המת דלא קדם זה אל זה קי"ל דיחלוקו והך דנפל הבית עליו ועל אשתו דחו' היינו כמ"ש לעיל שאין ס' בירוש"ה אלא מי קדם למות ובזה נדחה מה שהביא מבכור ופשוט דשאנ"ה דמעולם לא קדמה זכות הירושה לאחד יותר מחבירו ומה שדחה שע"א לראית עדוב"י מהך דר"א דהתם קדמה זכות היורשי' בראוי כבמוחזק ולזה יאמרו לבע"ה אייתי ראיה ושקול משא"ך בבעל וכו' הנה גם בבעל כתבנו דקדמה זכות היורשי' לו.

וכבר אשכחן לרע"ק דקי"ל כוותיה בנפל הבית עליו ועל אמו דהנכסי' בחזקת יורשי האם משום שהוחזקה נחלה לאותו שבט. והגם שהתו' שם הק' אמאי ל"א כן בנפל הבית עליו ועל אשתו ות' דמשום שקבלן באחריות הו"ל כמוחזק ע"ש משם ראיה דגם בירוש"ה אמרי' הוחזקה נחלה לשבטה רק התם דברור שהבעל יורש והס' מי מת תחילה אמרו דמשום האחריות הו"ל כמוחזק משא"ך כשנפל ס' בירושה או בנכסים דהוי ס' אם מוחזק בהם וחייב באחריותם ודאי נימא הוחזקה נחלה לשבטה ומ"ש החק"ל להק' להסו' דהבעל ס' והיורשים ודאי אמאי אם תפס הבעל לא מפקינן מיניה והרי בס' וודאי אפי' תפס הס' מפקינן מיניה וכמ"ש מהרש"ך ח"ב סי' קצ"ו מתשו' הרא"ש ע"כ עוד היום לא ידעתי מי מהם האומר דתועיל תפיסת הבעל ואדרבה הפרמ"א שם כתב דאפי' בפד"ר (שיש לו ע"מ לסמוך וכ"ש בס' דמציאות כהנך דח"מ סי' ר"פ) מפקינן מיניה.

זהו מה שנראה לע"ד ליישב דעתם וגם יסוד זה נתחזק לתת כח ליורשי האשה שהם מוחזקים ואם תראה למהרשד"ם באה"ע סי' קכ"א דחשיב לבעל מוחזק אין זה מענייננו דהתם יורשי האשה לא באו לירש מן הדין אלא מתקנת שו"ם לפיכך הבעל שיורש מן הדין הוא המוחזק משא"כ נ"ד ששניהם באים מן הדין: ובזה נגמר הדין ול"מ בנכסים שיש בבאנק שהרביתי כמה צדדים חזקים להפקיע מהם ירושת הבעל והבת היא היורשת ועיין להרב בני אברהם אה"ע סי' מ"ט דהגם דס"ל בנצ"ב דהבעל והיורשי' ס' וס' וחולקין בס' שקול או אזלינן בתר רובא למי מזכים (שבי"ט אה"ע סי' וי"ו תמה עליו אמאי לא זיכה היורשים שהם מוחזקים מכח הרוב דס"ל ירוש"ה דרבנן) מ"מ בנכסי מלוג מודה דהם בחזקת יורשיה וכבר כתבנו באחד מהטעמים דהני נכסי דין נ"מ להם.

(אמת כי החק"ל ושע"א תמהו עליו גם בנ"מ דשאני נפל הבית דשם אין יורש ודאי וכו' ואני כבר כתבתי דגם שם הבעל יורש ודאי והס' מי מת תחילה. ועוד דלעולם נ"מ בחזקתה רק משום תקנת אושא הבעל מוציא מיד.

וכשיש ס' בתקנה אם שייכה בנכסי' אלו ישארו הנכסי' בחזקתן) אלא גם בנצ"ב ראוי לדון כן שהגם שהרב עולת שמואל והחק"ל ושע"א כתבו דהבעל מוחזק והבנ"א מודה להם בנצ"ב מ"מ הנה בכללי הקי"ל מפורש דכשיש מח' מי הוא המוחזק אזלינן בתר

רובא דעיקר הדין או רובא דחזקה. והכא תרתי איתנהו אי רובא דחזקה הנה לפניך מפורש דרבים נינהו הסוברים דיורשיה מוחזקים.

ואי רובא דעיקר הדין בענין מעות הבאנק כבר מפורש דכולם או הרוב יודו בנ"ד דראוי הוי ואפ"י אי חשבינן דהנך ניירות אקסיון (ביררתי שהם אובליגציון כי הרבית שלוקחים הוא סך קצוב בכל שנה כחברתה ואם היו אקסיון היה עולה ויורד) מ"מ יש ס"ס שמא בשותפות כה"ג שחלפו המעות בסחורה הוי ראוי ואת"ל לא שמא גם פקדון אם הוא מחוץ לעיר הוי ראוי.

וגם בשארית הנכסים יש ס"ס שמא הוא מורד ואינו יורש ואת"ל היא מורדת שמא כיון שחזרה בה לפייסו ולא אבה אינו יורשוהגם שכתבנו לע"י דכל שאתה מרבה ספקות אין מוציאין מיד המוחזק מ"מ כבר כתב מהריב"ל סי' ע"ח ושמת יו"ט סי' כ"א וכ"ט וכ"כ משמם שער אשר שם דס"ס הוי כרובא והצד אשר יסייעהו הס"ס הוא הזוכה כשיש ס' מי הוא המוחזק ודון מינה לנ"ד ועיין לשערי רחמים אה"ע סי' יו"ד דח"י ע"ג דחשיב לבעל ס' והיורשים ודאים וכמ"ש בס' קדושת יו"ט סוס"י נ"א רק כשהרוב מסייעים לבעל אז אחרי רבים להטות.

והשתא כיון שזכתה הבת בדין תורה והיא חזרה מטובה וזכתה למקבלי המתנות וכו' הרי זכו מכחה ותע"ב (לולא שחזרה וזכתה למקב"ה היה מקום לפלפל שההקדשות יזכו ממנה בכח הצוואה משום דרק בבעל תקנו באושא שאם נתנה בטל ולא לגבי יורשי' ויחזור הבעל להוציא מהם כהך דח"מ סי' קי"ח שכתב בע"ח ללוקח שני דו"ד אין לי עמך שלוקח ראשון טורף מלוקח שני ובע"ח חוזר וטורף מלוקח ראשון ושני מבע"ח וחוזרים חלילה ודכוותה בשתי נשים ובע"ח באה"ע סי' ק' ובסי' צ"א באומר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפ' ומכרה ומתה דהבעל מוציא מלוקח ואחריך מבעל ולוקח מאחריך וחוזרים חלילה.

אבל השתא דזכתה להם קודם גמ"ד עם הבעל הרי נתפשרה עמהם וזכו כמ"ש באינך עד שיעשו פשרה ביניהם כמ"ש התו' בב"ב דקל"ט ע"א ד"ה התם שמקבל מתנה יעשה פשרה עם אחריך ולא יטול הבעל כלום וכן היו יכולים להתפשר היא והבעל ולא יעכבה ההק' כמ"ש התו' בכתו' דצ"ה ע"א ד"ה ומוקמינן לולא שדחו זה משום פסידת לוקח ובמקב"ה אין פסידא.

ועוד משום כמה ס' שיריעו המתנה לולא זכותה שזכתה ובוזה הי"ל פלפול עם רב וגדול נ"י והודה) והגם דיש להרהר דהוי כמו הקדישה חוב שביו"ד סי' רנ"ח פסק דאינו הקדש בבריא מ"מ כיון שבשטר זכותה כתוב בחיוב גמור הנה בסי' ס' פסק דבחיוב מקנה אף דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו ועוד שכתוב בכל זכות שתועיל להם כפיה"ד וזה ודאי לא גרע מל' כתחז"ל דכתב מרן סי' רמ"א ובאבק"ר סי' ע"א ומור"ם סי' רי"ב דלשון כתחז"ל מייפה כח השטר ומשלים כל חסרונו ועיין למשכה"ר מע' ד' אוי"ו ושמח"ל אה"ע סי' י"א.

גם מה שעשתה זה בלי רשות בעלה וקי"ל בסי"ף דבעל מוציא מן הלקוחות הנה הפת"ש סי' צ"ב הביא מהט"ז דכל שהבעל סבור שאין לו זכות בנכסי הו"ל כנכסים שאינן

ידועים לבעל דמכרה קיים וה"ן מלבד שהבעל שוטה ממש כל ידע מה עוד בה איך ידע מקודם שאשתו תזכה בדין וכ"ש שרבני מתא פשטו שהבעל יורש זאת תורת העולה אשר יד אליהו כוננה בחסרון ספרים בלי דעת צלולה ואודה לאל כי סמכו ידם עלי הרבנים הגדולים דייני גולה.

וכן נעשה מעשה. סימן כ"ו זאת אודיע כי רב וגדול מגדולי הדור הי"ו העיר עלי במה שדנתי הבעל עם הבת באומרו דלא הוייא בעלת דברים דבעל עד שיתבטל כח צוואת אמה לגמרי הא לא"ה מצי אמ"ל אמך כבר הפקיעה זכותך במתנתה ולא בע"ד דידי את ויען כי זכיתי לפלפל עמו בהלכה זו וארכו הדברים הרבה לא אכתוב רק התכלית מתשובתי בזה בשני יסודות: יסוד א' שכן האמת לדעתי שצוואת האם בטלה מכמה עיקרים אשר זכרתי קצת מהם בפנים.

והגם שמני"ר ערער בעיקר הראשון שלא מיחו משום איעבורי אחסנתא ואמר כי מוכח מהתקנות שא"ץ לכתוב שמיחו רק לברר שנמצאו הדיינים שם השבתי דהכא אמרו בפ"י שלא מיחו והגם שחזר וערער אולי לא יהיו נאמנים בזה אחר החתום וכו' השבתי דבסי' כ"ד מפו' אפי' במעיד בב"ד אם חוזר ומעיד דבר שאינו סותר וכו' חוזר ומגיד.

ועוד יש עיקר שני שהעדים הם מעניי העיר ממקבלי המתנות והגם שהרגשתי בזה ממ"ש סי' נ"א שאם כתב בשטר אחד נתתי לראובן חצר פ'ולשמעון חצר פ' ונמצאו העדים קרובים לאחד מהם השני מתנתו קיימת דלפי"ז תועיל עדותם מיהא לעניי ירושת"ו מ"מ בטלה היא לעניי עירם. ועוד עיקר שלישי דהבעל מוציא מיד הלקוחות.

ועוד העיקר הד' מ"ש בפנים לגבי מלות גוי דצ"י אם נקנית במתנת שכ"מ וראיתי במשכה"ר מע"ץ או"א כתב דלמ"ש בסי' קכ"ו לי"ח דלא מהני מע"ג במלות גוי א"כ ליתיה בבריא ול"מ בשכ"מ ובמלוה בשטר נמי כיון דאיכא פד"ר אי נקנית בכתו"מ ואפי' למ"ד נקנה אינו אלא בשטר העולה בדיננו כמ"ש סי' ס"ו א"כ אינו מועיל מתנת שכ"מ אלא בשטר כשר לדיננו ע"ש ולפי"ד הני שטרי של הבאנק דלפי הגדת הבקיאין אין בהם רק הודאת האדון מהקומפ' הו"ל שטרי הודאה בעש"ג שאינן כשרים ואפי' שאר שטרות בלא קיום השופט לא מהנו עיין בסי' ס"ח וכיון דלא מהני בהו הקנאה בבריא ל"מ בשכ"מ.

ואע"ג דיש הקנאה אחרת דאגב בבריא וראוי לומר דמהני בש"מ עיין בסי' רי"א ס"ו וס"ז דדוקא דבר שהוא ברשותו נקנה באגב משא"ך מלוה דלהוצאה ניתנה לא וכיון דל"מ בבריא ל"מ בש"מ. וא"ת דלפי"ז דליכא הקנאה בהו בבריא נמצא דלא קנתה אותם האם ועדיין הם ברשות היתומה ומלוה על ישראל בע"פ הוייא דמהני בה מע"ג בבריא ומהני בשכ"מ י"ל דיטעון הבעל נגד ההקדש כי הקנה האב לבתו בקנין אודיתא דמהני בבריא כמ"ש באב"ק ר"ס ק"ה ועיין בקצה"ח סי' מ' סק"א וסי' קצ"ה סק"ז שכן דעת מרן גם בש"ע ובזה הדרא מלוה שעל הגוי ואע"ג שבפנים הפסק דחיתי זה שאין לטעון ליורש לחוב ליורש שכנגדו.

אין זה רק כשהיינו דנין הבעל עם הבת אבל הכא דקיימינן בדין הבעל עם ההקדש אנה"ן דמצינן למיטען ליה כן. ועוד דבזכות עניי העיר כתוב בזה"ל והנשאר מעזבונה ימכרו



כל העזבון הנז' ויעשו בו צרכי קבורה וכו' והנשאר אח"כ ישאר קרן קיים לזכות חכמי העיר וכו' שיקחו הפירות וכו' ע"כ ולשון ישאר בקשתיו ולא מצאתיו בלשונות המועילים לשכ"מ ואפ' דדמי ללשון יהנה פ' דל"מ עיין בסי' רנ"ג בהגה ועיין בפת"ש סק"ד.

ואפ' דגריע כי ישאר מעצמו משמע ול"ד לאנכי משארת דאיכא דע"א מקנה. ועוד דלא הקנית גוף העזבון אלא דמיו אחר המכר ועיין למור"ם סי' ר"ט באומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכר היין הוא דבשלב"ל גם יש פלפולים מצד שהשאירה לעצמה לקנות ס"ת וצרכי קבורה ואפ"י מצד שהשאירה לבתה עיין לנוב"י תנינא בסי' מ"ה דהוי מתנת ש"מ שיש בה שיוור ונודע בסי' ר"ן דבעיני קנין אף שיש לדון בנד"ז דהוי מצווה מחמת מיתה ול"ב קנין מ"מ הדבר צ"ע בפוס' ולדעתי לא ימלט ממחלוקת והיורש נגד מקבלי המתנה הוא המוחזק.

וימשך מזה פלפול גם לחלקים דלית בהו ריעותא כיון שהקנין היה בב"א וכמ"ש מור"ם סי' ר"ג סיו"ד גבי החליף מעות ומטלטלים ביחד וכו' ע"ש ואע"ג דמרן דקי"ל כוותיה פסק בסי' ר"ט בקני את וחמור דקנה מחצה וכן בסי' ס"א בנשתעבד לילוד ושאינו ילוד דמשתעבד לילוד מ"מ באה"ע סי' מ"א באומר כולכם מקודשות לי הביא מח' וסיים הילכך נכריות מקודשות מספק ונושאי כליו נחלקו למפלגות יש מחלקים בין איסורא לממונא ויש משוים אותם ומיישבים וחייבים באחריותם והיורש יאמר קי"ל.

ומפנ"ז החלטתי בדעתי שמקבלי המתנה לא ימצאו זכות חזק ודנתי הבעל עם הבת: יסוד ב' אפי' במונח דהצוואה קיימת לגבי הבת ובטלה לגבי הבעל דמיתי שכיון שבגוף הפסק העליתי שהבת תגבר ידה כפיה"ד לגבי הבעל צא תאמר לו ואני אדון עם ההקדש והגם דבמשכה"ר מע"ב אומ"א אסף להקת הפוס' דהמלוה יכול לכוף הלואה למיקם בדינא ודייני לחזק זכויותיו שביד אחרים כדי שימצא המלוה ממה לגבות וכ"כ הכללי הקי"ל אול"ו דנכסים ביד שלישי יכול השלישי לומר קי"ל בעד אחר ובמע"ץ או"ט כתב עוד דכפינן ללוא לומר קי"ל וכו' ע"ש וא"כ ה"ן יכפה הבעל להקדש לדון עם הבת כדי שיזכה ממנו (ואין לחלק דדוקא התם שמשועבד לוא למלוה בחובומשא"ך הכא דאין שעבוד לבעל על ההק' כיון דבבע"ח ח"מ סי' קמ"ו (הבי"ד המשכה"ר שם) כתב הטעם לזה משום דזה נהנה וזא"ח כופין על מדת סדום א"כ אין לחלק וכ"ר להרב אשר לשלמה ד"ך הביא נדון דהרב בע"ח ח"מ סי' קס"ו דאין לזוכה שום חיוב על האומר קי"ל ועכ"ז חייבו לומר קי"ל ע"ש וא"כ י"ל דה"ה הכא שיוכל הבעל לכפות להק' ומכח זה יש בכחו לדון עם הבת דהפוכי מטרתא למ"ל) מ"מ אני מסתפק בזה דשמא לא נאמרו השיעורין הללו רק כשהזוכה בקי"ל וזה זוכה מכחו ישארו הנכסים בידו דאז הו"ל זה נהנה וזא"ח משא"כ נד"ז דגם אחר שיזכה ההקדש מהבת ומכחו יזכה הבעל תחזור הבת לטעון נגדו אני מוחזקת כנגדך ומאי אהני ליה והו"ל זה אינו נהנה וזא"ח דבכה"ג אין כופין ומזה הטעם אין לבת לכפות הבעל להמשיך לה הזכות מההק' דסו"ס ההק' יטעון נגדה וכן ההק' לא יכוף לבת להמשיך זכותו על ידה מהבעל דסו"ס כשיגיע לידו יטעון הבעל נגדו.

ועוד יש לחלק דכאן זה נהנה וז"ח הוא דההק' יאמר לבעל מאי חזית שאנכי אומר קי"ל עם הבת שתזכה אתה אדרבה אני אכפה הבת לומר קי"ל עמך שאזכה אני ממנה וכן

הבת תשיב להקדש והבעל ישיב לבת. ומכח זה אזדא לה בכאן נמי טענת מאי אפסדתיך כמובן.

ולפיכך אני רואה בזה שהדין כן שההק' יוציא מהבת והבעל מההק' מכח. תקנת אושא שהבעל מוציא מיד הלקוחות והבת מהבעל שהיא המוחזקת בדין לגבי דידיה וחוזרים חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם וכמ"ש בח"מ סי' קי"ח גבי בע"ח וב' לקוחות ובאה"ע סי' ק' גבי שתי נשים ולוקח אחד דחוזרים חלילה וכו' ע"ש וכמעט נד"ז נידון בק"ו משם דאפי' התם שהבע"ח והאשה סילקו עצמם מרצונם מ"מ הדרי טרפי מלוקח ראשון ואשה שניה הכא דסילוק הבת ממילא קאתי מההק' לא כ"ש שתחזור לטרופי מהבעל כשיבא לידו ואם נפשך לומר אדרבה כל כחם התם הוא מפני שסילקו עצמם ויאמרו דוקא ללוקח סילקנו ולא לך אף כאן תאמר הבת לבעל אמי לא סילקה זכותי רק לגבי הקדש ולא לגבך.

ודמיון ממשי לזה שלא סילק הזוכה את עצמו רק סילקוהו אחרים ועכ"ז הדר טריף מהטורף. הנה נמצא באה"ע סי' צ"א באומר לאשה נשואה נכסי לך ואחריך לפלוני ומכרה ומתה דהדין הוא דמוקמינן בידא דלוקח (ע"ש שורש הדברים וטעמם) אבל אם נתנה ומתה כתב הב"ש שם (שרשו מהתו' פי"ן וכ"כ הטור) דבעל מפיק ממקבל מתנה ואחריך מבעל ומקבל מתנה מאחריך וחוזרים חלילה עד שיעשו פשרה דהתם נמי ודאי טעמו כי אחריך יאמר לבעל לא נסתלק זכותי רק לגבי מקבל מתנה ולא לגבך דאין לבעל במקום אחריך כלום וה"ן דכוותה.

(עיי' בח"מ סי' קמ"ח טענת אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה ולפי טעם הסמ"ע שם או טעם הש"ך והט"ז לא שייכא הכא עש"ב. אגב ראיתי לה' פרי האדמה ח"א דס"ג הביא דברי הפ"מ ח"ב ד"ס במי ששכר חצי ביתו לראובן באחריות ומכר אח"כ חציה השני ליתומה ומת המשכיר בלא בנים והמטוילי לקח חצי הבית השכורה שכך דינם למת בלא בנים ורצה ראובן לטרופי חצי הבית מהיתומה והרב זיכה אותה בטענת מאי אפסדתיך דגם אם היה נשאר אצל המוכר היה לוקחו המטוילי ע"כ והביא שרבים תמהו עליו מאי שנא מהך דבע"ח וב' לקוחות וב' נשים ולוקח דל"מ לטעון זל"ז מאי אפסדתיך והוא יישב ע"ש ומלבד ישוּבו י"ל דשאנ"ה דכ"א יאמר לחבירו מאי חזיתי לטורפה אתה ולהעמידה בידך הלא אעשה כן גם אני וכן חבירו יאמר כן לפיכך חוזרי' חלילה משא"כ נדון הרב דל"מ השוכר לומר מאי חזיתי לקנותה לולא קניתיך הייתי לוקחה כי הוואקיף יזכה בה תחילה) וכיון דחוזרים חלילה עד שיעשו הפשרה היו יכולים הבעל והבת לעשות פשרה ויסולק זכות ההק' כמ"ש התו' בכתו' דצ"ה ע"א ד"ה ומוקמינן לולא דהתם איכא פסידא דלוקח ע"ש משא"כ הכא לגבי ההק' אבל כיון שקדמה הבת וזכתה להקדש מה שיעלה לה בדין הרי עשתה פשרה עם ההקדש ונסתלק זכות הבעל וכמ"ש התו' בב"ב דקל"ט ע"א ד"ה התם שמקבל המתנה יעשה פשרה עם אחריך ולא יטול הבעל כלום וע"ש בב"ש.

ולענ"ד בזה צדקתי לדון הבעל עם הבת ובע"ד דידה הוא סימן כ"ז הא שתא הכא ש' התרס"ג אירעו דברים קשים לתקפ"ץ ובאו לישראל אודות ההשבון המקובל פעיה"ק

טבריא ת"ו לדון בו כשתמות אשה בחיי בעלה בלא זש"ק ונפלו בזה כמה ספקות. א') אם ההשבון נוהג דוקא בנכסים שהעניקו לה הזולת או גם בנכסים שהכניסה מדנפשה.

ב') אם דוקא בנצ"ב אבל נ"מ הכל לבעל או גם בנ"מ. ג') אם דוקא במצוי אחר מיתתה או גם מה שכלה ואבד חייב הבעל באחריותם ד') צרכי קבורה ומצבת אבן והנהוג לכבוד המת אמאן רמי.

ה') זש"ק מה הוא אם די כשנולד בגמר סימנין שערות וצפרנים או דוקא שחי שלשים יום אחריה. ו') מתנתה ומחי' כתובתה אי מהני להפקיע ההשבון ממי שראוי לו או לא.

ואירע שנתנה והשטר חתום בעד כשר ועד פסול איך הדין בזה. ז') כשמת הבעל ובאה לגבות כתו' ואין שם שיעור ב' כתו' דידוע דחולקין אם תטול הנמצא מנדונייתה קודם חלוקה או הכל בכלל.

ח') בזה אם יוכלו היורשים לומר לה טלי חלקך וצאי ולא תכלה הכל במזונות או לא. ומע' בדה"ץ הי"ו סמכו ידיהם עליהם לבררם ברירה דאורייתא: ונתון אל לבי להקדים מושכל ראשון בזה שבכל הס' ימצא שינוי דעות בפוס' והעיקר בהם המנהג או התקנה די בכל אתר ואתר.

וידוע דעי"ק ת"ו נהפכו עליה ציריה (כי בזמן המבי"ט ז"ל היתה חרבה והתחילה ליבנות כמש"ש ח"א סי' ל"ז הוזמנו לפני ב' אנשים מגדולי טבריא אשר בימים האלה התחילה ליבנות יכוננה עליון בדור שאחריהם מוהרי"ש אשכנזי ומהריט"ץ וכו' חזר החרבן כמובא במטה יוסף ליו"ד סי' יו"ד דההקדש היה לצפת"ו ללמוד לשם טבריה.

ונראה שנמשך עד זמן השל"ה הקדוש ומקובל שמאז ואילך נחרבה ונשאר החרבן שבעים שנה עד שנת ע"ת כי במט"י שם נשאלו בעת ההיא על הקדש שהיה לשם טבריא וזיכו אותו לצפת הסמוכה לה ונמשך עד ש' הת"ק שאז בא מרן מהרח"א ז"ל ומנין עמו מאיזמיר ויסד ארץ ותלי"ת מעשה ידיו קיימים עד היום כן יהיה תמיד) ולזה בעוה"ר לא נמצא שום מנהג ותקנה מבוררים פה וא"כ הו"ל כעיר חדשה והיה ראוי לדון בה כמנהג איזמיר מקום שבאו משם מע' מהרח"א ז"ל ודעמיה והבאים אחריהם יהיו נמשכים עמהם כמ"ש בריש הפועלין וליחזי היכי נהיגי ות' בעיר חדשה וכ"כ מש"מ בחקי' י"א ומרן באבק"ר סי' רי"ב והפר"ח או"ח במנהגי איסור ושו"ג במנהגי איסור והגו"ר יו"ד כ"ג סי' ה' ומט"י ח"ב יו"ד סי' א' ומהר"ב אנג'יל מסי' ו' עד סי' יו"ד ומטה אשר במנהגי איסור להלכה ע"ש (רק בחרם כחרגמ"ה דאקרקפתא דגברי רמי בכל מקום שיהיו כמש"ש הגו"ר) ויא"ה בסי' קי"ח כתב כן משם מהר"י באסאן סי' כ"ח.

(רק אם באו ועשו קהל בפ"ע דאז אין נגררים אחריהם כמ"ש מהריב"ל ח"ג דט"ו ומהרשד"ם יו"ד סי' מ"ו וכנה"ג יו"ד סי' ט"ל הגב"י אור"ץ והגו"ר שם) ועיין בס' שמח"ל א"ח אודות ב' י"ט לעיר עזה ויש לדקדק עליו דל"א דין עיר חדשה לגבי מנהג ב' י"ט דהתם המקום גורם וכו' אלא אנכי הרוואה דהשבון פה לאו מכח מנהג או תקנה קאתי אלא מכח תנאי שכותבין בכתובה וז"ל הירושה כמנהג א"י החדש המחודש הנהוג היום.

(ואנה"ן השתא דנהגו לכותבו אע"ג דלא נכתב כנכתב דמי כמ"ש בהגה סוס"י קי"ח ובח"מ סי' מ"ב סט"ו ותשו' מרן לאה"ע סי' ז' וכנה"ג בסי' קי"ח הגה"ט אומ"ד וע"ש דדוקא בכתו' סתמית הא לא"ה אימור התנו להפך ומשביעין הבעל שלא ידע שהתנו) ונמצא השרש תלוי בזה ועלינו לדעת מהו פי' מנהג א"י וכו' ויא"ה סי' קי"ח בהגה"ט כתב משם אדמ"ק דמנהג ירושלים כמנהג דמשק ודמשק כטוליטולה ובתשו' מרן סי' ג' ובמבי"ט ח"א סי' פ"ט בשם מהרי"ב ומהר"מ אלשיך סי' ט"ו וכמה תשו' המבי"ט ורדב"ז ז"ל פשיט"ל שדמשק כטולי' רק הפרש מועט יש ביניהם וא"כ לא נוכל ללמוד מטולי' כי לא נדע ההפרש שביניהם מהו.

גם תקנת דמשק לא נמצא ממנה רק ראשי פרקים שכתב מהרי"ב ז"ל במבי"ט שם ובתשו' הרמ"ה בסי' מ"ו ומ"ש יא"ה שם בהגב"י משם מהרי"ב האחרון שהעיד משם הרמ"ז ז"ל ומש"ש בשם מהר"ש ויטאל ז"ל אשר מדבריהם לא נוכל לפשוט כל הספקות הנז' ואפי' במ"ש לא נוכל ללמוד רק לדמשק עצמה ולא לירושלים וכמ"ש מרן בתשו' ג' ועמו מהרמ"ק דאין ללמוד מן החלק על הכל וכן הסכים הפרי הארץ ח"ב סי' ב' וה'.

ובמאי דאשכחן להדיא הוא דלמדין וכ"כ מר ואהלות סי' י"ב לגבי הך דמנהג אר"ץ כדמשק ע"ש ואפי' לדמשק עצמה כתב שם דאפשר שנשתנו סדרי בראשית. וזכר לדבר אני מביא דבמבי"ט ח"א סי' כ"ח וכ"ט כתב דמנהג צפת כמנהג דמשק וכן מהרי"ב כתב בתשו' הנז' ומה שאנחנו עושים כמנהג טוליטו' ודמשק וכו' ומכון שבתו היה בצפת"ו ועכ"ז בסדר הזמנים נפלגו זה מזה כי בדברי מהרי"ב האחרון ומהרש"ו ז"ל מפורש דבדמשק חולקים חלק כחלק ונ"מ כולם לבעל ואילו בצפת"ו כתב במהר"מ אלשיך סי' ז"ך דבש' י"ש היתה תקנתם ליטול הבעל ב' שלישים וירשי' שלישי והחלוקה גם בנכ"מ (הגם דהמבי"ט ח"א סי' ז"ך נשאל על ש' י"ש בכלו חפציה אם יגבו חציין כפי המנהג נראה דעל נשואים שקודם י"ש כתבו כן אבל מי"ש ואילך התקנה רק שלישי והוא נמי הטעם למ"ש בסי' כ"ט דהבעל ירש כל נ"מ דכן היה קודם הי"ש גם הט' למה שנראה מח"ב סי' קכ"ח דמשה מנהג דמשק ומנהג א"י כאחת.

וכ"ן ממנו עצמו ח"ב סי' ק"ץ שכתב וא"כ בתקנה שלנו יהיה החזרה שלישי או שני חומשין וכו' דהיינו מה שנתקן מי"ש ואילך ומ"ש או או היינו אם הנשואין אחר י"ש או אחר ש' השכ"ט וק"ל) ובש' השכ"ט חזרו ותקנו שהבעל יטול ג' חומשין והירשיים שני חומשין ונ"מ לא הוזכרו ע"ש הרי דסדר הדורות משנה העיירות וא"כ לא נוכל ללמוד מזמן לזמן.

ועיין בס' שמח"ל אה"ע סי' ה' כי רבני דור שלפנינו שאלו לירושלים על מנהג גביית כתו' כשאינן שיעור ב' כתובות כי לא ידוע מנהג עי"ק בזה אם כירוש' או כצפת"ו ואנחנו לא נדע מה נעשה ואחר מי נלך כי העיירות הם משונים דבירושלים כתב הפרה"א ח"ג פכ"ב מאישות משם מהרא"י ז"ל דחולקים חכ"ח בנצ"ב ובנ"מ לא הוברר המנהג כמ"ש פרה"א שם פט"ז ופרי הארץ ח"ב דפ"ב ובדמשק כתב יא"ה שם הגה"ט אוכ"ב משם הרבנים הנז' דנ"מ הבעל יורש הכל ובעה"ק צפ"ת כבר הבאתי שינוי הזמנים ממהרמ"א ז"ל והגם שראיתי בכת"י שרצו להשוותם כיון שכתוב ירושלים כדמשק וברכות המים בדקכ"ב תי' קו' אדמ"ק על רב"א ז"ל וז"ל ולא רצו לתלות צפת עה"ק בשפחה שהיא

דמשק ומשו"ה אזלינן בתר המנהג שממנו נמשך בעה"ק צפ"ת שהוא מנהג דמשק א"כ הכל אחד לדידי אין הכרח דמע"י לא זכיתי לדעת מהיכא פשיט"ל ששאלת רב"א היא מצפת עד שלימד זכות שמ"ש מעזבונה ולא כמנהג דמשק משום שלא לתלות וכו' ותו לו יהי שבזמניהם היו שוים וכן האמת ממש"ל ממבי"ט ומהרי"ב וכ"ן מתשו' מרן סי' ה' שכתב ומאחר שהמנהג פשוט בין המסתערבים לכתוב כמנהג דמשק ומסתמא בצפת מקום כבודו קאי דשם היו מסתערבי' וספרדים.

מ"מ הרי הוכחנו דנשתנו הזמנים ואיך נדון שבימים האלה הם שוים. ועוד דמע"י"ק מה שהנחנו לשרש דבר בעי"ק ת"ו לדון על מ"ש והירושה כמנהג א"י וכו' יש בו מבוכה אהי"א קאי אם על ההשבון או על גביית הכתו' במקום שאין שם שיעור ב' כתובות שחולקין כמ"ש בחוט המשולש סי' כ"ד וכ"ה.

והנה ראיתי לשמח"ל שם עמד ע"ז והביא מ"ש אדמ"ק ח"א סי' ג"ל משם מהר"א מונסון עדות החכם הזקן עמ"ש בכתו' והירושה כמנהג דמשק מהו שבעת שבא מהרלב"חז"ל לירושלים וראה שכותבין כן ומנהג ירוש' הוא כמנהג דמשק אז גזר שלא יכתבו כ"א כמנהג ירושלים שלא לתלות הגבירה בשפחה והמנהג הוא שכשתמות אשה בלי זש"ק דהיינו שנתקיים למ"ד יום יחלקו יורשי הבעל והאשה כל הנמצא להם וסיים אדמ"ק דמ"ש עתה הירושה כפי ההסכמה החדשה שחוזר על הסכמת חוהמ"ש ולא כותבים כמנהג ירוש' משום שאין המנהג ידוע ואינו מוכיח מתוכו לכך הניחו הדבר סתום וכן הביא מ"ש נח"ב ח"ב דפ"ה דבירושלים אין כותבי' השבון בכתו' אלא סמכי אמנהגא וכן בברכות המים דקכ"ב כתב פעם ושתיים שמ"ש הירושה כפי ההסכמה קאי אהסכמת חוה"מ ולא אהשבון.

אשר מדברי כולם נלמוד דמ"ש כפי ההסכמה וכו' קאי אהסכמה שבס' חוהמ"ש וההשבון נשאר מבחון. (שם תמה על פרי הארץ ח"ב סי' ה' דלאו רישיה סיפיה כי עמ"ש הירושה כפי ההסכמה וכו' כתב חתרנו על ההסכמה וראינו שעיקרה על גביית הכתו' וכו' ובסופה כתוב והירושה כפי מנהג ירושת"ו וחקרנו וכו' א"כ ס"ל דמ"ש הירושה כפי ההסכמה לא קאי אהשבון ואילו לקמיה כתב דלפי"ד מהר"א מונסון וכו' ניח"ל מ"ש הירושה כפי ההסכמה וכו' ואינם כותבי' בענין והירושה כמנהג דמשק שלא לתלות הגבירה וכו' הרי תלי תנייא בדלא תנייא שכבר כתב דאין זוכרים השבון בכתו' ע"ש ולעד"ן אין קו' דריש דבריו אפ' דס"ל דמ"ש הירושה כפי ההסכמה קאי אתרוייהו אהשבון וגביית כתו' ומשום דבהסכמה זכרו ענין ההשבון א"כ כשכתבו כפי ההסכמה כללו כל המוזכר שם ואין סת'ר לסו"ד או דס"ל דההשבון אינם כותבים אותו ומ"ש ואינם כותבי' שלא לתלות ר"ל דק"ל אמאי באמת לא יזכרוהו ות' משום שלא לתלות וא"ת א"כ הוא אכתי ק' יזכרוהו ויכתבו כמנהג ירוש' זה כבר ת' הרב מ"א ז"ל דלא מוכח מתוכו) והרב שמח"ל רצה להוכיח קצת מבר"מ ז"ל דלזה ולזה נאמרה והמתבונן שם יראה דלא כ"כ רק למתעקש אבל פשיט"ל כהרבנים הנז' דלא קאי אלא אגביית כתו'.

וזה פלא מה שראיתי להרב מקור ישראל סי' טו"ב שהביא תשו' אדמ"ק ופרי הארץ שם ועכ"ז פשיט"ל דמ"ש והירושה כתקנה וכו' לא קאי אגביית כתו' ומה שהכריח שם מלשון והירושה שכותבין דהי"ל לכתוב והגביית כתו' אין זה הכרח דקאי אחסרון כתו'

שיורשי' אותו היורשים מן התקנה והעד לזה מכתב המועתק שם בחוה"מ לצידון שכתוב וששאלתם אודות הירושה וכו' והשיבו להם מענין גביית כתו'.

וקרו לה ירושה אך מה שק"ל בזה הוא מה שראיתי בפרה"א ח"ג פר"ג מאישות שכתב משם מהרא"י ז"ל וז"ל נשאלתי וכו' במנהג הירושות פעה"ק ירושלים בהעדר אשה וזרע אין לה שקצת מקומות נהגו לכתוב הירושה כמנהג א"י החדש ונפלו דברי ריבות בשערם ע"מ אדניה הטבעו והשיב מענין ההשבון ע"ש דזה הפך מהרבנים הנז'.

לזה נלע"ד דל"א הרבנים הנז' רק במה שהיו כותבין הירושה כפי ההסכמה וס"ל דזה לא יוצדק על ההשבון דראשיתו נמשך מטוללי' ולא חדשו בו בירוש' שום הסכמה ואפי' בצפת שחדשו היו כותבים הירושה כמנהג א"י מפני שתחילתו נהגו בו כטוללי' ולשון הסכמה לא יפול רק על גביית הכתו' שהוא הסכמה מחודשת שבחוהמ"ש.

אבל במקום שכותבים כמנהג א"י יודו למהרא"י ז"ל דקאי למנהג ההשבון ונ"מ לדידן שכותבין כמנהג א"י החדש דאהשבון קאי והגם שבחוהמ"ש סי' כ"ב כתוב בשאלה הירושה כמנהג א"י החדש ופירשוהו אגביית כתובה אפשר דלשון כמנהג יסבול שניהם השבון וגביית כתו' אבל כפי ההסכמה לא יסבול רק גביית כתובה ולכן החליטו ז"ל פירושו כן ודלא כהגאון שמח"ל דגם בלשון המנהג החליט דוקא לענין גביית כתו': ואיך שיהיה למאי דאתינן עלה נלע"ד מתלת טעמי שאין לנו בטבריא לסמוך רק על מנהגי ירושלים בזה.

א') משום דבירושלים מאז ועד עתה לא שינו שום מנהג בזה משא"ך בצפ"ת כנז' ואין כונת התנאי שכותבים הירושה כמנהג וכו' לסתום אלא לפרש ואם נלך אחר צפת לא נדע ע"מ לסמוך אם על המנהג הראשון או האחרון ויהיה יד היורשי' הבאים מן התקנה עהת"ח והתקנה ותנאי בטלים וה"ז דומה קצת למ"ש בח"מ סי' מ"ב דבדבר שבשטר בטל בו ל"א יד בעה"ש עהת"ח.

לזה מסתמא על מנהג ירושלים הברור הם מכוונים. ב') דנראה גם בצפת חזרו לנהג כירושלים והעד שבמזבח אדמה ז"ל חא"ה שלחו מצפת לשאול לירושלים איך יעשו בענין נ"מ בהשבון ובזה ית' מ"ש כמנהג א"י החדש המחודש הנהוג היום דבאו לשלול הסכמת ש' הי"ש ושנת השכ"ט ולעמוד במה שנהגו אח"כ.

ובזה ניחא אשר לא ריפו שבר זה הדור שלפנינו ושלפניהם לבאר בכתו' אם כמנהג ירושלים אם כצפת לולא דפשיט"ל דהשתא שוים הם. ג') כיון דקודם ישוב טבריא פי' מהרא"י ז"ל (שהוא חבר למהרמ"ח ומט"י שהיתה חרבה בזמנם כמש"ל) מלות והירושה כמנהג א"י דקאי להשבון וראו דבריו מודפסי' בפרה"א שם ש' תקט"ו (זמן הדפוס) ועכ"ז כותבים אותו ודאי דאדעתא דאותו פי' נחתי וכ"כ מעשה אברהם דקמ"ד משם הפ"מ דכיון דמהראנ"ח דן במדודים דין מצוי כל הנושא אשה אח"כ ע"ד אותו משפט הוא נושא ולמד כן מתשו' מהרא"ש סי' י"ט ע"ש ועיין בשמח"ל שם הביא שאין עיר נגזרת אחר חברתה גם הרב פרי הארץ ח"ב סי' ב' האריך להוכיח זה ומ"מ כתב שאם יש אומד"ד והרגש שיש להחזיק אותו מנהג בסמוכה לה ומיניה לדידן די' ש' הני טעמי

להחזיק במנהג ירושלים כן נעשה: ובדרך זה נתחיל לפשוט הס' בקצור כפי האפשרות דקמחא טחינא הם.

ס"א) אם ההשבון דוקא במה שהעניקו הזולת או גם בהנעלת מדנפשה כבר פרה"א ח"ג פט"ו מאישות ואדמ"ק ח"ב עמדו בזה וכתבו דמ"ש מור"ם סי' קי"ח שאינו נוהג בדנפשה דחאוה מהראנ"ח ומהרי"ט וכו' כל' ועליהם ראוי לסמוך וכן יש לי להוכיח מעדות חכם וזקן למהרא"ם הנז"ל שכתב וכן הוא המנהג שכל אשה שתמות בחיי בעלה וכו' סתם ולא חילק בין מדנפשה לזולת ועוד הדבר מפו' בפרה"א שם פכ"ב שנשאל מר"ח כמהר"י אלגאזי ז"ל על הדבר הזה וכתב בסו' התשו' וכן אנו נוהגים פעה"ק ירושת"ו מנהג קבוע שאין חילוק בין מה שהכניסה מבית אביה לדנפשה ותקנת כוללות עה"ק ג"כ יוכיחו שהוא מעשים בכל יום ע"כ.

ס"ב) אם החלוקה גם בנ"מ. עיין לפרמ"א ח"א סי' קי"ט וכבר ידעת ממהרי"ב ומהרש"ו דבדמשק הכל לבעל וכ"כ רב"א סי' י"ג והרדב"ז בחדשות סי' שי"ו והכנה"ג אה"ע סי' קי"ח הגה"ט אוכ"ט כתב דמנהג דמשק פשוט לכל שנ"מ לבעל ומזה דן הנח"ב באה"ע ח"ב סי' ד' דבירושלים שמנהגם כדמשק הכל לבעל אבל פרה"א שם פט"ז אחר שהביא מח' מפורש בזה סיים כיון דלכאורה אינו ברור ומפורש נראה דיד הבעל עה"ע וכן פרהאר"ץ ח"ב סי' ה' כתב דלא הוברר המנהג בזה ואסיק דאין היורש הבא מהתקנה מפיק מהבעל דאורייתא.

ומ"מ גם לדידהו מטעמם איפשוט בעיין דבעל יורש כל נ"מ. ולענין המתנות הנה הרה"ג מהרא"י ז"ל שם כתב שאין בזה מנהג קבוע וכו' אמנם כשתוקעין עצמם לדין כתבו כת הקודמין וגם אנו אחריהם שמה שנתנו קרובי הבעל לאשה נוטל ב' חלקים ויורשיה חלק אחד ומה שנתנו קרוביה לה או לבעל יורשיה נוטלים ב' חלקים והבעל חלק אחד וזה פשרה קרובה לדין ע"כ אבל הפרי הארץ ח"ב סי' ה' דפ"ב כתב שאין בזה מנהג ברור בירוש' ולכן הכל לבעל שהוא יורש מן הדין והם מהתקנה וכ"כ הרב מ"א ז"ל באדמ"ק ח"א סי' ל"ג ומ"מ הרב נח"ב שם דהוא בתרא כתב ע"ד מהרא"י ומינה לא תזוז פעה"ק ירושלים כמו שנהגו כן הקודמין עפ"י עדות הרב ז"ל מא"ד: ס"ג אם החלוקה גם במה שכלה ואבד הנה האדון מרן ז"ל בתשו' ט' למנהג דמשק כתב כי מעולם לא נשמע שיש חלוקה כ"א בנמצא בנדונייתה בעין ואפי' בנמכר או נתמשכן ברשותה לא עלה ע"ד שישלם מביתו חלק היורשים זולת אם קנהבהם סחורה וידוע שהסחורה או המעות שבידו נמשכו מזה הרי הם כאילו בעין וחולקים ומה שמשכן יש מקום לומר במה שהוא כנגד החוב שהם בעין וחולקין ויש לומר דהו"ל כנאבדו ולזה הדעת נוטה ואפי' יהיו שקולים יד בעה"ש עהת"ח וכ"ש בדבר התקנה שאינם מוציאים מהבעל בס' תקנה.

וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' ז"ך דמנהג דמשק רק במצוי והרב מהרא"י שם כ"כ גם למנהג ירושלים. והפרי הארץ שם רצה ללמוד למנהג ירושלים שמשביעין הבעל אם נאבדו הן וחילופיהן וח"ח כמ"ש כן מהרי"ב ז"ל במבי"ט ח"א סי' פ"ט למנהג דמשק והדר ביה דבירוש' א"ץ לישבע כיון דלא הוברר הדבר אם חולקין במדודין הו"ל יד הבעל עה"ע ע"ש וסימא דמלתא הנה בה"מ ז"ל על סי' קי"ח העלה דאין חלוקה רק בנמצא והגאון מהריט"א ז"ל הסכים על וכתב כלל זה מסור וכו' פעה"ק ירושת"ו דסוגיין דעלמא

שמנהגנו כתקנת טולי' דכל דבר שאינו בעין אינו חולק ואם פיזר הבעל לצרכו ולפרעון חובותיו ואפ' להוצאות החופה אינו חייב להחזיר ליורשי' מממונו אפ' יהיה לו ממון הרבה ואין בזה ס' ומעשים בכל יום אנו דנין כזה ע"כ וכ"כ מהרד"ף ז"ל שם ע"ע: ס"ד אם צרכי קבורה וכיוצא רמו אבעל לחוד.

הרב פרי הארץ שם הביא ממבי"ט ח"ב סי' ר"ז העיד שמנהג דמשק שצרכי קבורה וכיוצא ניטלין מן האמצע ודייק מדלא חילק ש"מ דגם באמיד הדין כן והוכיח זה ג"כ ממ"ש הכנה"ג אה"ע סי' קי"ח בהגה"ט אוס"ב משם הרדב"ז אפ' אם הבעל אמיד וסיים פרה"א והנה כי כן לבני א"י דבחר דמשק גרירנא הדבר יוצא דאפ' אמיד ההוצאות מהאמצע כ"ש דמנהג ירושלים הפשוט והברור כן ומעולם לא ראינו ולא שמענו הפך מזה ע"כ וכ"כ פרה"א ח"א פכ"ב מאישות דכל ההוצאות מנכים קודם החלוקה גם הרב ראש משביר באה"ע סוס"י כ"ח כתב דמנהג צפת וירושלים ודמשק לעולם מוציאים מן האמצע כל צ"ק ואח"כ חולקים כמנהגם והביא מאדמ"ק ח"א סי' ג"ל דמנהג ירושלים מוציאים תחילה כל צ"ק תכריכין ורס"ס שלוקח הדיין ונרות של שעוה וגם שולחנות לעניים ווילאדא'ס ומקוננות ותש' הז' ול והשנה ושמן שמדליקין לנשמתה בי"ב חדש שבתות ור"ח וי"ט ומצבת אבן לקבורתה ואח"כ חולקין ע"כ וכ"כ יא"ה בסי' קי"ח בהגה"ט אול"ח בשם אדמ"ק ע"ש: ס"ה כשלא חי ולד למ"ד יום ומת אחריה אי חשיב זש"ק או לא.

עיינ בכנה"ג סי' קי"ח הגב"י אונ"ג ואילך ויא"ה שם אומ"ח מח' הפוס' בזה. והרב מו"א אה"ע סי' י"ב באר"ץ שכותבין כמנהג דמשק עמד לברר זה והביא דעת מרן בסי' קנ"ו במת תוך שלשי' דבעיית חליצה מד"ס משמע אבל מה"ת הוי ולד גמור ובממון מוקמינן אד"ת ומזה תמה על מהרמ"ג בסי' ק"ב שכתב איברא שאם היה כתוב בתנאי הכתו' אם לא שיניח זש"ק הגם שלא פירשו הא קי"ל זש"ק הוא ל"י אבל מאחר שאינו כתוב אפ' לא חיה כ"א שעוה אחת מספיק להעמיד הירושה לבעל דאמאי והא קי"ל איפכא דאפ' תוך ל"י הוי זש"ק וכתב שכן תמהו עליו עבוה"ג סי' ס"ח ונ"ש סי' פ"ב ויד אליאו ז"ל ודחו דבריו מהלכה.

(ולע"ד אנה"ן דגם הוא סו' תוך ל"י הוי ס' נפל דכ"כ להדיא ב"י סי' קי"ח בשם תשו' הרשב"א ז"ל ורק אם כתבו אותו לשון אם לא שיניח זש"ק כ"כ משום דמורה התנאי שהוא על הבעל ואין לו פיטור מההשבון רק אם תניח זש"ק ועליו להביא ראיה כל שלא חיה ל"י וכמו שסיים הרשב"א שם וז"ל ואילו היה התנאי כל שישאר ממנה זש"ק לא יחזיר כלום ליורשיה היה על הבעל להביא ראיה (דהם יאמרו קי"ל דזה אינו זש"ק ולשון הרב עדיף מזה כמובן) לפי שלא זכה באותו שיו"ר אא"כ ישאר ממנה זש"ק ועליו להבי"ר אבל כאן כבר זכה בכל הנדוניא אלא שהתנה שאם ישאר וכו' א"כ מי שאמר שאינו זש"ק עליו להבי"ר ע"ש) אח"כ הביא דברי לב שלמה סי' כ"ט דכיון דבלשון ב"א לא מיקרי זש"ק עד שיחיה ל"י הולכין אחריו ובדנ"ד אסיק דהוי מח' והמוחזק מהם יזכה ואם הנכסי' ביד שלישי יחלוקו.

(וק"ל דכיון דהיורשים באים בס' תקנה אפ' הם מוחזקים יד הבעל עה"ע וכמ"ש לקמן וגם הוא ז"ל בדנ"א סוע"ג כ"כ וז"ל וא"כ זכינו לדין בנוולד לט' וגמר סימנים יד הבעל



עה"ע ויורשיה הבאים מכח התקנה עהת"ח וכ"ש דבנ"ד הבעל מוחזק ממ"ש וכ"ש משמע דגם בל"ז בעל זוכה ואולי אחר שראה מ"ש הדב"מ סי' מ"ו דמתקני ההסכמות לא רצו לפרש שיחיה ל"י רק זש"ק כי רצו להעמיד הדבר על ד"ת.

לפי"ז אין כאן ס' תקנה לזה הסכים להעמיד ביד המוחזק כד"ת) וכ"ר אני לשבו"י ח"א סי' ק"ט שכתב ליישב התמיהה על מהרמ"ג והגאון מוהר"ש ז"ל שם משום דבלשון ב"א אינו נק' זש"ק עד ל"י והמו"א הביא שם טעמים מכנס"י סי' ס"א לזכות היורשי' דכל שלא השלים ל"י יש משום עגמת נפש וגם מה שמוסיפין קנין בתנאי העדור אינו אלא ליפות כחם בס' שיפול וערער עליהם ע"ש וראיתי לחוקי חיים סי' ק' העיר עליו מדוע לא הביא הך דמהרשד"ם אה"ע סי' קנ"ד ורמ"ב דההשבון הוי כמתנה ע"מ להחזיר ומשא"מ ח"ב סי' ג"ל כתב דהוי כפקדון שהפקידו יורשיה ביד הבעל דברשותם קאי ולפ"ז ראוי לדון בס' שיפול דנכסי בחזקת יורשיה קיימי (ואחה"ר מלבד דרבים לוחמים על מהרשד"ם בנדונו ומרן בב"י ובתשו' אה"ע מכללם וטעמם ודאי כמ"ש רב"א סי' ח"י משם הרמב"ם בתשו' דההשבון כמו נכסי לך ואחר כך לפ' או כט' הרמ"ה הביאו מהר"י חנדאלי סי' כ"ה דכונת התנאי למעט ירושת הבעל אבל לא זכו היורשי' מאותה שעה וכ"כ המבי"ט ח"ג סי' ב' בתקנת דמשק וא"י עוד בה אין הנדון דומה דגם מהרשד"ם ל"א רק שלא תוכל למכור דאולי תמות בלי זש"ק וישאר הדבר ברשותם אבל כשיפול ס' בקיום הולד ה"ז ספק אם ברשותם קיימי דאולי הפי' זש"ק גם במת תוך ל"י ואין להם שום תפיסה בו ואיך נאמר נכסים בחזקתם) וסו"ד גם הוא אסיק דמידי פלוגתא לא נפיק והבעל הוא הזוכה.

והנה המו"א שם כתב משם חכם אחד לזכות היורשים ממה שכותבים בכתו' והכל דלא כאס' ודלא כטו"ד דבזה כתב בח"מ סי' מ"ב דיד בעה"ש עה"ע ומני"ר דחה דהתם מיירי כשלושון השטר מסופק אז מהני דלא כאס' משא"ך כשיש מח' הפוס' מאי אהני לשון דלא כאס' וכיוצא בזה כתב כנה"ג סי' מ"ב משם מהר"ש הלוי ז"ל וכו' והרי נ"ד רצה לזכות מצד הדין ולא מלשון השטר שכותבין והירושה לחצאין כמנהג דמשק ואינו כתוב שו"ד דמשתמע לתרי אנפי וכו' ע"ש ואני בעניי נ"ל דאי מהא לא איריית דלכאורה נראין דברי הרדב"ז בישנות סי' קי"ו הפך ממהרש"ה שכתב דהא דיד בעה"ש עהת"ח (גם אם לא כתב דלא כאס') דוקא כשנפל הס' בלשון השטר אבל אם הס' מצד פד"ר הבו דלא לוסיף עלה ונר' טעמו ממ"ש ב"י סי' מ"ב מחו' ז' משם הרשב"א ט' יד בעה"ש עהת"ח משום דהו"ל לגלויי ועיקרו בפ' חזקת בההיא דאמ"ל לחבריה נכסי דבר סיסין מזביננא לך ע"ש לכן במח' הפוס' דלא מצוי לגלויי לא.

ומוכרח לחלק דהרדב"ז מיירי במח' הפוס' שצמח מכח לשון השטר דבזה בעה"ש מוחזק בשטרו ויעה"ע ומהרש"ה מיירי במח' הפוס' מבחוץ ואינו נוגע כלל לשטר דבזה אזלינן בתר המוחזק ובלשון מושאל הוא שכתב יד בעה"ש עהת"ח וא"כ נ"ד דצמח מח' הפוס' מכח לשון ההסכמה שכתוב בו זש"ק סתם והוא הוא השטר נראה דכולהו יודו דאפי' באין כתוב דלא כאס'.

וכגון כתובות דידן שכותבין דלא כאס' קודם תנאי הירושה וכ"ש אי כתבי דלא כאס' לבסוף דהוי יד בעה"ש עה"ע. אבל מ"מ לענד"ן דל"ש בכאן הך דיד בעה"ש עה"ע כיון

דזכות היורשים אינו רק מכח התקנה ובה נפל הס' הנה התשב"ץ ח"ב סי' קי"ח כתב להדיא שבס' הנופל בלשון השטר שעושה אדם על עצמו ידו עהת"ח אבל כשנופל בלשון התקנה הו"ל כאילו אינו כתוב ונדון אותו כד"ת ע"ש א"כ מה יועיל בזה מ"ש דלא כאס' בדבר שאינו כתוב כלל.

ונשאר הדבר במח' כמ"ש הרבנים הנז' ומ"מ הנה בעדות הח' הזקן למהר"א מונסון ז"ל כתוב וז"ל וחקרתי ודרשתי על מנהג ירושלים ונודע אלי שהוא כמנהג דמשק וכו' וכך הוא המנהג שכל אשה שתמות בחיי בעלה ולא הניחה זש"ק דהיינו שיחיה שלשים יום דחולקים ע"כ הנה ביאר להדיא שיחיה ל"י והגם שהרב מו"א הביאו וכתב שמדברי מהרי"ב ז"ל בסי' מ"ו נראה שאין מנהג דמשק כן לענ"ד דמ"ש וכך הוא המנהג וכו' לא קאי רק לירוש' ולא לדמשק דלאו לכולה מילתא דמו ומה שתי' שם דעדות זו אפשר שאינה רק כשאינו בן ט' ואינו שלם דאז בעי ל"י הוא דוחק דא"כ הי"ל לפרש.

ומ"מ גם הרב מו"א כתב בדנ"ו ע"ד שעוד היום בירושלים חולקים כשלא חיה הולד ל"י וד"ב: ס"ו אי מהנייא מחילתה או לא. הנה נודע מח' בזו בתשו' הרא"ש כלל נ"ה דלהרא"ש אינה יכולה ולהרי"ש יכולה ובב"י סי' קי"ח הביא מח' ודקדק מדברי הרא"ש דל"א רק לפי לשון תקנת טול'י ואין ללמוד משם לתקנה אחרת שאינה כתובה באותו סגנון וכ"ך הרשב"ש וכו' מיהו היכא שכתוב בתנאי שע"מ כן נתן לה הנותן הנדונייא אין בידה לשנות ע"כ וכ"ך בתשו' לאה"ע סי' ד' וביאר דאין חי' בזה בין אם הכניסה מבית אביה לדעיילא מנפשה שיכולה למחול גם מבואר דגם בנותנת לאח"מ מיירי וכ"כ בכונתו הבע"ח סי' קפ"ד דרי"ו וביאר דמ"ש ומיהו וכו' דלאו בתנאי ההשבון מיירי אלא שהתנה האב עם בתו בפ"י שאם תמות בלי זש"ק שיחזור לה החצי.

וכ"כ הגו"ר אה"ע כ"ד ע"ש. ולפ"ז הגם כי מהריב"ל ומהרשד"ם בכמה תשו' פליגי וס"ל דאינה יכולה למחול גם בשאר תקנות ומהרשד"ם באה"ע סי' רכ"ב הפליג לחלוק גם במה שהודה הרא"ש דמתנתה קיימת גם בדעיילא מדנפשה וגם בנותנת מחיים מ"מ כבר נתפשט המנהג דקבלנו דעת מרן בב"י ובתשו' עיין ביוסף אברהם סי' כ"ו וכ"ז והחק"ל מ"ב סי' ד' דחה דברי מ"ס המלך ז"ל דקבלנו בתשו' והודה לו לבסוף מ"ס המלך ז"ל וכן העיד הרה"ג מהר"א מני בס' פני ח"ה בהשמטות דכ"א ובתע"ל ח"א באה"ע סי' ג' והרב כפי אהרן ז"ל דע"ה ע"ג כתב דבכל ערביסתאן קבלו דעת מרן גם בתשו' זולת בירושלים ה' זו רופפת בידם ועיין בפנ"י ח"ב דח"ן ודנ"ב ובח"ג בד"ם וס"א וכמה מקומות דנתפשט המנהג שלא לומר קי"ל נגד תשו' מרן ובח"ג דקי"ג תשו' היתה לעי"ק טבריא וכתב דקבלנו דעת מרן בתשו' ובח"ה דקצ"ט תמה על הרב עבודת השם דכיון דהתשו' היתה לטבריא אתריה דמרן למה זיכה לבעל בט' קי"ל נגד תשו' מרן ע"ש.

זולת כ"ז במחלה לבעל אבל במחלה לאחרים צ"ת דמדברי רב"א סי' י"ז וי"א דדן כן במחלה לאחרים נמי ומסתמך ואזיל מדברי מרן נראה דס"ל למרן דלא שנא וכ"כ גו"ר כ"ד משם פ"מ דדעת מרן כן אבל מהר"ם אלשיך סי' ט"ו כתב דגם מרן ל"א רק במחלה לבעל מט' שכתב הרשב"ש אבל טצדקי שיכולים לעשות להעמיד הנחלה ביד הבעל עושים משא"ך ביד אחר.

ואמת כי נדון התשו' של מרן לא היה זולת במחלה לבעלה ועלה ע"ד לומר דלו יהי אלא ס' מ"מ מתנתה קיימת כיון שיכולה לתת מן הדין והמפקיע מתנתה אינו בא אלא מצד ס' בתקנה אם גם בזה תקנו וכ"כ רב"א שם ואחריו החזיק מהר"י הלוי סי' ט"ו וסי' ח"י וגם המבי"ט ח"ב סי' קכ"ח כתב דתקנת דמשק וא"י יכולה לתת והביא דברי התשב"ץ והרשב"ש ונ"ט משום ס' בתקנה העמידהו על דין תורה והסכימו עמו מהרי"ב ומהר"י ארחא ז"ל והגם דשם היה במחלה לבעלה הנה בח"א סי' של"ד דן כן גם בנתנה לאחרים ע"ש ומהרח"ש באה"ע סי"ך וכ"ה והתו"ח תלמידו סי' ע"ט ופ"ב כתבו דהבעל יוכל לומר קי"ל אמנם גם בזה מצאתי מח' כי הרב נאמן שמואל סי' נ"ז נשאל במחלה לבעל וכתב לבטל מחילתה דהוי כבריא בחיובא וס' בפרעון כיון דהתקנה ברורה ובמתנה נפל הספק וכן מטין דברי עדוב"י בסי' ל"א ע"ש (עיי' בכנה"ג בכללי הקי"ל דהזוכה בקי"ל הו"ל כטענת בריא בפרעון והחש"ש הוסי' דאפי' אי הוי כשמא ל"ד לאיני יודע אמפרעת'ך דהתם הי"ל לידע משא"ך בטענת קי"ל) וראיתי להפ"מ שם בס' גו"ר אחר שהביא מח' הפוס' בזה וגם תשו' רב"א ז"ל אסיק וכתב ולענין דינא אם מחלה לבעלה כיון שהוא יורש מן הדין מ"ל קי"ל אבל לאחרים נלע"ד שיורשיה הם מוחזקים אחר התקנה וכו' בירושה דממילא ויאמרו קי"ל דאין במתנתה כלום (לכאורה ק' איך לא הרגיש בדברי רב"א שהיורשי' באים מצד תקנה והו"ל ס' בתקנה וי"ל דס"ל כיון דממ"ן נעקרה ירושת הבעל חזרה הירושה ליורשי' ממילא וא"כ הם באים בס' דדינא כיון שהם לגבי אחרים) גם מהר"מ אלשיך ז"ל שם הוסיף לחלק דל"א מרן רק כשלשון התקנה יסבול הפי' שתשוב נחלתה ליורשיה ולמי שתתן לו אבל כשהלשון לא יסבול רק ליורשיה דוקא יודה דמתנתה בטלה שאם בכל אופן אמרה מה הועילו חכמים בתקנתם ע"ש ולפי טע"ז יראה דגם לגבי בעלה לא יועיל.

ומשום דלא לאפושי פלוגתא כי שאר הרבנים שבדורו נראה דס"ל איפכא י"ל דגם מהרמ"א ל"א כן רק כשלשון ההסכמה ברור שלא יסבול רק יורשיה ולא אחר אבל כשאינו ברור יודה ונדון הרבנים באינו ברור ונמצא דמתנתה לאחר הוא מח' בדעת מרן. וראיתי למהרמ"ג ז"ל סי' צ"ו שעמד בזה וסיים וכך אנו דנין בכל בתי דינו ובכל ארץ הצבי שכל שלגבי הבעל שהוא יורש ודאי מחזיקינן המתנה ביזו אבל לגבי אחרים לא הוייא מתנה וכך מנהגנו וכך ראוי לדון ע"כ הנה הרב ז"ל בדור מרן ז"ל וקמסהיד כן ע"כ ארץ הצבי (הנאמן שמואל שם אוקי דברי מהרמ"ג ז"ל דוקא בנתנה מחיים ואמת דנדונו מיירי בהכי אבל מהראיות שהביא נראה דל"ש שכתב ואע"ג דאיכא פד"ר וכו' לא נעלם מ"ש הרשב"ץ ז"ל.

וידוע דהראשונים לא נחלקו רק בנתנה לאח"מ אבל מחיים אפי' בתקנת טולי' מודה הרא"ש להרי"ש דקיימת. ורק מהרשד"ם שהיה קרוב בזמנו הוא שחידש זאת ותו דהרשב"ץ דמייתי מיניה נראה דבלאח"מ הוא שחידש דאי לאח"מ פשי' גם להרא"ש אמת דמהרח"ש הבין דהרשב"ץ מיירי מחיים ותמה על ב"י שהבין גם לאח"מ אבל האדמ"ק ח"ב סי' ז' הרבה להשיב עליו דהעיקר כמו שהבין הב"י ובל"ס דמהרמ"ג לא יזוז מדברי הב"י ז"ל) גם הכנה"ג סי' קי"ח הגה"ט אוי"ט כתב ממהר"א גאליקו ז"ל דגם לתשב"ץ ז"ל בתקנת צפת לכ"ע אין במתנתה כלום ע"כ זולת לא ביאר באיזה פרט קאי.

ומ"מ אני נבוך כי המבי"ט ז"ל דהוא מצפת"ו ובודור ההוא דן דמתנתה קיימת גם לאחרים וגם במתנת שכ"מ ועתה מצאתי להרב בע"ח ח"א מח"מ סי' קפ"ד דרי"ו בחשבו שהיו נשואים הבעל והאשה בארץ ישראל עמד במתנתה בשכ"מ להקדש אי מהנייא וכתב (אחרי שהביא הסוברים דדוקא מחי' לבעל מהני) וז"ל אפי"ה בנ"ד זכה ההקדש כיון שהוא תפוס יכו"ל קי"ל כהב"י ורב"א ז"ל דכל שלא התנה האב עם בתו יכולה ליתן (נראה שמפרש סו"ד מרן שכתב ומיהו וכו' דלא קאי אתנאי השבון אלא בתנאי האב עם הבת בפ"י וכמש"ל) כ"ש דהמבי"ט חולק וס"ל דגם בהתנה האב עם הבת יכולה לתת למי שתרצה ע"כ הרי פשיט"ל בדעת מרן דבכל אופן מתנתה קיימת חוץ מאם התנה האב עמה בפ"י (הגם דלפ"ז ק' כיון דבא"י קאי למה זיכה ההק' מכח תפוס בל"ז כבר קבלו דעת מרן ואפ' דבזמנו עדין לא נתפשט הקבלה רק לש"ע.

גם מה שלא זיכה מט' שכתב רב"א דהיורשים באים מצד התקנה אפ' משום דרווחא אשכח בלא"ה דההק' תפוס) דלא כמהרמ"א ז"ל וכן יש לדקדק קצת מהש"ע בסי' קי"ח שכתב אם נתנה האשה לבעלה או לאחר שיזכה אחר מותה בחצי נדונייתה הראוים יורשיה לירש כפי תקנת טולי' אינו כלום. הרי כלל כל הסוגים ומשמע דבתקנת טולי' אינו כלום ובזולתה מהני הכל (אלא דאין הכרח כ"ך די"ל הא בזולתה יש שמהני ויש דלא) עכ"פ רבו הסוברים עתה דמרן ז"ל אינו מחלק והו"ל מהרמ"א יחיד לגביהו וכ"ש דהפ"מ והכנה"ג ז"ל דבתראי סו' כן בדעתו.

וכ"ן מדברי אדמ"ק ח"ב סי' ה' ולדידן לע"ד כן ראוי לתפוס להלכה (כנה"ג הגב"אוי"ג הביא ממהרימ"ט ח"ב ח"מ סי' נ"ו דחי' מרן בין התקנות אינו אלא באחר אבל לבעל אינה יכולה למחול בכל התקנות ותשו' מרן ז"ל דאיירי בבעלה הוייא תיובתיה) ולבי אומר לי דהא דקי"ל בעלמא היכא דפליגי מי הוא המוחזק דאזלינן בזה בתר רובא דעיקר הדין שאם נחלקו בפ"י דעת מרן ז"ל לדידן שקבלנו הוראותיו נגד כל הפוס' עיין בהלק"ט ח"א סי' קפ"ב דחזרו רבני ירוש' וצפת וחדשו הקבלה בדעתו שאפ"י באלף לא בטיל וברכ"י בח"מ סי' כ"ה כתב משם מרן מהרח"א ז"ל דהכלל שייסד מרן לפסוק כג' עמודי הוראה וכו' הסכימו עמו מאתים רבנים ויוסף אברהם סי' כ"ו וז"ך נ"ט לקבלה זו דהוי כהך דנאמן עלי אבא ע"ש יצא לנו דאין לנו לחפש אחר רוב דעות כל הפוס' שדברו בזה רק לדעת רוב הפוס' מאי ס"ל בדעת מרן ואפ"י שיהיו מיעוט נגד הרוב בשרש הדין כיון שהם רוב בדעת מרן אחריהם נלך כיון דאחר גילוי דעתו בטלה מח' א"כ העיקר הוא הרוב בדעתו ולפי"ז בנ"ד דהרוב סוברים בדעתו דמתנתה קיימת בכל אופן הכי נקטינן שוב מצאתי דעתו מפורשת בבד"ה סי' קי"ח שכתב כן משם הרמ"ה דאם נתנה לאחר מה שהתנה הבעל להפסיד מהירושה מתנתה קיימת.

ולא הביא שום חולק. ונראה דאלו הם דברי הרמ"ה שהביא רב"א סי' י"ח וא"כ כן ראוי לדון בעי"ק ת"ו: ס"ז כשאין שם שיעור ב' כתובות דהמנהג לחלוק אם יכולים היורשים לסלקה מהמזונות בע"כ כדי שלא תכלה הממון או לא.

הנה בש"ע סי' צ"ג מפורש דאין היורשים יכולים לפרוע כתובת האלמנה ולסלקה מהמזונות אם לא תבעה כתובתה זולת אם התנו בפירוש או שהיה מנהג המקום כן שלא תיזון מנכסיו רק דבסי' קי"ח פסק שהתה מלחלוק עם היתומים כפי התקנה קצת זמן לא

אבדה מזוונות אותו זמן והגיה מור"ם אעפ"י שהכח ביד היתומים לחלק האלמנה בחצי הנכסים ע"כ ולכאורה נראה מזה דהכח בידם לסלקה ולא תיזון דגם זה הוא בכלל התקנה משום דאל"כ מה הועילו בתקנתם וביותר נראה כן ממ"ש שם מהריק"ש בהגהות אעפ"י שהיו היורשים יכולים לסלקה בע"כ בחצי הנכסים או בכתובה הוסיף מלת בע"כ להורות דיסלקוה בע"כ גם שלא תתבעם ואינה יכולה לעכב שתיזון אבל לע"ד שהמעין בשרש דין זה בתשו' הרא"ש כלל נ' הביאה הטור סי' קי"ח אי אפשר לו לומר כן וז"ל ושאלת קהל שהתנו שכל אלמנה שתבא לחלוק וכו' שתהיה יד היתומים על העליונה או יתנו לה כתובתה או חצי הנכסים ומת ראובן והניח אלמנתו ובת והאל' שהתה חצי שנה קודם שתבעה כתובתה ולא היתה ניזונית משל בעלה ועכשיו תובעת כתובתה ומזוונתיה שכך התנה לי בעלי שאהיה ניזונית מנכסיו כל זמן שאתעכב בשבילו וקרובי המת טוענין כיון שביד היתומים לסלקה מכתובתה אבדה מזוונתיה תשו' נ"ל שלא אבדה מזוונתיה שתקנת הקהל אינה יכולה להפסיד לאלמנה מזוונתיה שהם תנאי ב"ד אלא תקנת הקהל היא לתועלת היתומי' לענין זה שאם כתובתה מרובה שיכולים לסלקה בחצי הנכסים ואותו חצי נכסים היינו כתובתה וכ"ז שלא תתבע כתובתה יש לה מזוונות וכן לאנשי יאודה שהיו כותבים אם ירצו היורשי' יתנו לה כתו' ויפטרנה ואפי"ה היתה ניזונת משלהם כ"ז שלא נתנו לה וכו' ע"כ הנה פשטן של דברים שהאשה תבעה המזוונות מכח שהם תנאי ב"ד (לא מכח תנאי מפורש שהתנית עם הבעל) וכמו שהשיב הרא"ש שהתקנה אינה יכולה להפסיד המזוונות שהם תנאי ב"ד (ול"כ שהם תנאי הבעל) וס"ד דירשי' לפטור עצמם שבכלל התקנה גם זה שיוכלו לסלקה שלא תיזון וכיון שיוכלו לסלקה גם מה שלמפרע לא תגבה וע"ז השיב כי היסוד נופל שאין התקנה רק לסלקה בחצי הכתובה בעת שתתבע ולא לסלק ממזוונות ובנפול היסוד נפל הבנין ולמפרע היא גובה ועוד בלא"ה גם ביאודה שיכולים לסלק מ"מ כל שלא סלקו תגבה למפרע זהו הפשט האמיתי וא"כ מאין למור"ם שיכולים לסלק גם ממזוונות ולזה מוכרחים לומר שכונתו לפרש מאי קמ"ל מרן (דאי אשמועינן דשהותא דידהלאו מחילה כבר נכתב בסי' צ"ג סי"ד וט"ו) וקאמר דהא אשמועי' דלא נתלה סלוק בסלוק ונאמר כשם שיפה כחם לסלק בחצי כן יכולים לסלק גם ממזוונות וגם למפרע ואפי' אי תקון להדיא שתסתלק ממזוונות כל עוד שלא סלקוה חייבים ועיין בח"מ סק"ד שכפ"י דברי מור"ם וכן יש לדקדק שכ"ד הש"ע שכתב שהתה מלחלוק וכו' ולא כתב שהו מלחלוק ש"מ דהשיהוי בדידה תלי ולא בדידהו וגם ממה שסתם בסי' נ"ג שאין יכולים לסלקה בכתו' ולהפטר מהמזוונות זולת בהתנו או המנהג כך ולא בתקנה כזאת ומה שהוסיף מהריק"ש תיבת בע"כ וכו' הוא לרמוז למ"ש בכונת סוף תשו' הרא"ש דאעפ"י שהתנו בפ"י שיכולים לסלקה בע"כ ממזוונות מ"מ זמן שלא סלקוה בו תגבהו וכאנשי יאודה.

וראיה למ"ש מתקנות אלג'ר שבתשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב שאעפ"י שבתקון א' תקנו שלא תגבה האלמנה כ"א הנדוניא ולא התוס' לא הספיק להם זאת ובתקון ז' הוסיפו לבאר שיכולים לסלקה ממזוונות ע"ש נראה דאין להחזיק בתקנה רק המפורש בה ולא להוסיף משום מה הועילו חכמים. זולת ראיתי בס' חוהמ"ש סי' כ"ג למהרי"ך ז"ל עמד בחקירה זאת והבין פשט הדברים במור"ם דיכולים לסלקה גם מן המזוונות ופי' תשו' הרא"ש ע"ד

זה בדוחק ושוב סתר הפירוש ופני דברי מור"ם קרוב לפני הח"מ רק הוק' לו דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם.

ולזה חזר לפי הראשון ויישב תשו' הרא"ש דשם הטעם משום שהתנה בעלה עמה כמוזכר בשאלה לא יכלו לסלקה משא"כ כשלא התנה ויש תקנה לסלקה בחצי הנדונייא ויכלו לסלקה גם ממזונות עש"ב ואחה"ר מלבד כל מ"ש הנה העסה נחתומה מעיד עליה שמור"ם בעצמו כתב בד"מ סי' צ"ג ועל סי' קי"ח תשו' הרא"ש אם הברירה ביד היתומים ליתן לה כתובתה או חצי הנכסים אם יכולים לסלקה בע"כ ע"כ ולדברי מהרי"ך דכל עיקר הזכות שזיכה אותה הרא"ש משום שהתנית עם הבעל הי"ל למור"ם לסיים אם יכולים לסלקה בע"כ אעפ"י שהתנית עם הבעל א"ו דמור"ם הבין דהטענה תלויה רק אם ג"ז נכלל בברירה שביד היתומים או לא והשיב הרא"ש דאין זה בכלל.

ומה שתקע עצמו מהרי"ך ז"ל בטענת מה הועילו רואה אנכי דאזיל בזה לשטת מהרא"ש ז"ל בסי' י"ט דדוקא בס' דתנאי יד בעל התנאי עהת"ח משא"כ בס' דתקנה יד הבא מכחה עה"ע משום דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם ובזה כבר תמהו עליו הב"ש בסי' קי"ח והכנה"ג שם בהגב"י וכל האחרונים נדחה קראו לה עיין במשא"מ אה"ע סי' ל"ב והוכיחו מתשו' מרן באה"ע והש"ע סי' קי"ח דלא מחלקי בהכי וכל ס' בתקנה ידו עהת"ח וכיון שכן גם אם הס' שקול הכא אי כהח"מ בכונת מור"ם או כמהרי"ך יד האשה שזוכה במזונות מן הדין עה"ע ויד היורשי' הרוצים להפקיע בכח התקנה עהת"ח והנה בתקנת ירוש' שבחזקה"ש מפורש שתיוון כל עוד שלא תבעה וז"ל אך כשימות הבעל ונשארה אלמנתו אחריו והיא נזונת מנכסי בעלה כל ימי מיגר אלמנותה כמנהג אם תבא האל' להתפרע כתו' מנכסי בעלה בזה אנו מתקנים שאם יש שיעור ב' כתובות וכו' ורק בתקנת צפת הוא הס' דמהרי"ך ז"ל ועתה זכיתי ובא לידי כתבי הק' מהרה"ג מארי דאתרא עה"ק צפת"ו כמהר"מ סתהון זצ"ל וכתב בזה"ל אם רוצה האלמנה לישב על כבוד בעלה ולהיות ניזונת מנכסיו אפי' אם לא הניח שיעור שתי כתו' או אפי' שיעור כתו' אחת אינם יכולים לכופה לחלוק ע"כ הנה גם בעה"ק צפת"ו פשט המנהג דלא כמהרי"ך ז"ל וא"כ גם בעי"ק טבריא ת"ו ממ"ן אם היא כירוש' או כצפת יש לנו לעשות כן עוד מצאתי כן להרה"ג מהרא"ך שקבל מהרה"ג חשק"ן שקבל מרב חנ"א ז"ל דאין יכולים לכופה: ס"ח אם תטול הנדונייא קודם החלוקה.

הנה נמצא בזה שינוי כי בהסכמת ירושלים שבחזקה"ש סי' כ"ו כתוב שהמדודים והנדונייא שהביאה עמה בשעת נישואין שיש עדים או ראיות ברורות שאלו המדודים או הנדונייא הכניסה עמה בזה אין אנו מתקנים שתחלוק עם זרע בעלה אפי' שיהיובניה אלא היא תקחם בשוויים לחש' פרעון כתו' ומה שישאר לה לתשלום פרעון כתו' והיא נפרעת מעזבון המת בזה אנו מתקנים שתחלוק עם זרע בעלה וכו' ובהסכמת צפת שבשם סי' כ"ג הדבר סתום ונחלקו בזה דמהרי"ך בסי' כ"ד מפרש דגם הנדונייא בכלל החלוקה ומהר"ן רוזיליו בסי' כ"ה פשיט"ל דדוקא בתוס' חולקין ולא בנדונא ע"ש ונמ"ך בכתבי דמהר"מ ס' ז"ל הנז' דאפי' מה שהכניסה האלמנה נדונייא ותכשיטים או מדודים ואפי' עדין הם בעין נחשב הכל בכלל הכתובה וכדעת מהרי"ך שבחזקה"ש סי' כ"ד וכן העיד בגדלו הרב חשק"ן אב"ד דעה"ק טבריא ת"ו שכך המנהג קדום בעה"ק צפת"ו ע"כ שוב

נמצא מעב"ד מעה"ק צפת"ו מש' תזכ"ר שדנו שנכסי נדונייא תכשיטים או מדודים שהם בעין תקח אותם לחש' כתו' וחולקת בשאר אבל מהרא"ך לא כ"כ) והשתא אנחנו לא נדע מה נעשה.

ובמושכל ראשון אמרתי דכיון דמן הדין יש לאשה ליטול כל כתו' ולא הופקע זכותה רק מצד התקנה השתא דנפל ס' בנדונייא ידה עה"ע ותטול נדונייתה כתקנת ירושלים שו"מ הדבר מפורש בשמח"ל ז"ל אה"ע סי' ד' שבימי מוה"ר הגדול המלאך רפאל מאמאן ז"ל נסתפקו ס' זה עצמו ושלחו לשאול מירושלים ת"ו ושם בדל"א השיבו דכל דלא אתבריר מנהגם בזה יד בעל התקנה עהת"ח ולמדו כן מתשו' מרן לאה"ע ה' כתובה סי' ט' (מה שלא הבי"ר מש"ע סי' קי"ח אפ' משום דבתשו' נראה אפי' שהבא מהתקנה מוחזק ידו עהת"ח) ועיין בהשמטות שבס' ישא איש להרה"ג הנז' ז"ל שמ"ש בתקנה בראיה ברורה הוא לפי ראות עיני הדיין באותו פרק באותו מקום באותה אשה.

ומשם תלמוד דאם יש ראייה למדודים הנמצאים שהם חליפי הנדונייא אין בהם חלוקה. וכן נ"מ אין בהם דין חלוקה ובמתנות הטיל בהם פשרה דמה שמיוחד למלבושיה דינו כנדונייא והמיוחד למלבושיו יחלוקו ומה שהוא לצרכי הבית אם ניתנו מצדו היא תטול שליש ויורשיו ב' שלישים ואם מצדה להפך היא ב' שלישים ויורשיו שליש עש"ב ולענין בע"ח מפורש בברכות המים לאה"ע סי' קי"ח דק"ך ודקכ"א משמו הוא ור' אבהו ז"ל שאין לו לגבות רק מחלק היורשים אחר הירושה ע"ש ומעתה כיון שאנו מייפים כח האשה שבאה מן הדין כן יש לנו לדון גם אנחנו בפרטים הנז'.

זהו מה שהשיגה ידי יד כהה בבירור הס' הנז' והדבר מסור לרבני עי"ק ת"ו: סימן כ"ח אחר הדברים האלה אמרתי לברר ב' פרטים הנחוצים לגמר הדבר הזה. א') דלפמש"ל מוכן שיש איזה פרטים בהשבון שאין הבעל זוכה נגד היורשי' רק מכח דהוא יורש מן הדין והם מן התקנה וידוע דבעי"ק ת"ו הבעל נשבע בת"ך לקיים כל הכתוב בכתובה מרו"ס ואם מ"ש הירושה כמנהג א"י הוא חוזר על ההשבון הרי נשבע גם עליו ועלינו לדעת אולי גם אם פטור מצד הדין יתחייב מצד השבועה.

ב') מ"ש דהבא בס' תקנה ידו עהת"ח אם הוא מוסכם ואם שייך גם כשבא להחזיק מה שבידו או דוקא כשהבא להוציא מן הזוכה בדין: וזה החלי ע"ד שבועת האלדי' עיין בח"מ סי' ר"ז דנדר ושבועה ות"ך מהני אפי' באסמכתא ובסי' ר"ט כתוב בהגה דאם נשבע לקיים המקח אעפ"י שלא בא לעולם צריך לקיים שבועתו ובסי' ע"ג ס"ח כתב מי שנשבע לחבירו לשלם לו אעפ"י שלא היה חייב לשלם מ"מ חייב מכח שבועתו וענין החיוב מצד השבו' אי הוי מכח דמשוייא קנין או מכח איסור השבו' דנ"מ בזה לגבי יורשי הנשבע או כי אתשיל אשבועתיה נחלקו בזה בסי' ר"ז דלהסמ"ע במידי דקנין מועיל השבועה תועיל במקומו לעשות גם קנין אבל בדשלב"ל וכיוצא אין השבועה עושה קנין רק מצד איסור כופין אותו לקיים ולהש"ך שם לעולם לא משוייא קנין וגם הנוב"י קמא בח"מ סי' ל"א כתב שס' הסמ"ע דחוייה ועיין בכנה"ג סי' ר"ז בהגב"י.

ואפי' מצדאיסור השבועה נמצא מבוכה דמהריב"ל ח"א סוף כלל י"ב וח"ב סי' ל"ח והסמ"ע בסי' ע"ג סקכ"ב כתבו דאין ב"ד כופין רק כשידע שהוא פטור כגון באס' ודבר שלב"ל ועכ"ז נשבע אבל כשיש מח' הפוס' ויכול לזכות בקי"ל אמרי' שנשבע בטעות

כי חשב שאין פוטר אותו ועכשיו שמצא עוזר שבועה אין כאן אבל הש"ך שם סקכ"ג חלק דכיון שנשבע וחי"ע השבועה תו ל"מ למימר קי"ל וכו' במהרש"ך ח"ב סי' ק' ע"כ והדבר הזה נתרחב בין הפוס' עיין בכנה"ג ח"מ סי' ס' הגב"י אומ"ה ובמט"ש שם או"מ וגם הכהונת עולם סי' ז' האריך בזה.

והנה המט"ש שם כתב דהיה נ"ל דכיון דסו"ס מידי פלוגתא לא יצא מצי המוחזק לומר קי"ל והגם דהמח' פה אי מצי לומר קי"ל הא קי"ל דגם בזה יוכל קי"ל והגם דהכא איכא איסור שבועה כיון דאיכא דררא דממונא יוכל קי"ל כמ"ש הלב שמח דע"א ומ"מ אנן יד עניי אין בנו כח להכריע וכבר עמד ע"ז הבע"ח ח"מ ח"א סי' ע"ג וסגר המדבר דסוגיין דעלמא ס' שבועה להחמיר ע"כ ואני אין בידי בע"ח ח"א לעיין שם אבל מצאתי בבע"ח ח"ב סי' פ"ד כתב למקיל בס' שבועה שאם טעה במ"ש בכנה"ג סי' י"ב וכו' חלילה כי הוא הולך בעקבות מהרשד"ם המחמיר איברא וכו' וערך כמ"ש המט"ש ממש רק שלא מצא שם קי"ל בעיקר הדין ע"ש שנראה כשיש קי"ל בעיקר הדין המיקל לא הפסיד: והשתא נראה מסקנת האחרונים בזה.

הנה הרב תורת חסד מסי' ע"ב עד סי' צ"ג בנפל ס' בהשבון החמיר ברובם מכח השבועה ובמקצת זיכה לבעל ולא הזכיר ענין השבועה וצ"י והרב עדות ביעקב סי' למ"ד אחר שזיכה הבעל מן הדין הביא המח' מצד השבועה ואסיק דלא נ"מ מידי כיון דנ"ז תלוי בפד"ר הו"ל כס"ס דבדאורייתא נמי אזלינן לקולא וכו' גם י"ל דפלוגתייהו דוקא בשבועה בשם או כינוי דתכסיסה מדאורייתא משא"כ בת"ך דלכ"ע מדרבנן ספיקה לקולא ע"ש (ויש לתמוה דמלבד דבסי' ל"א סמוך ממש מכח השבועה החמיר ובכאן הגם דכתב מיראי הוראה הוא עכ"ז המעיין בשאר תשו' יראה שלא חש לשבועה כלל.

עוד הס"ס שזכר המשכיל יבין דאינו רק ס' חד ואדרבה נוטה לס"ס להחמיר דאת"ל פטור מהדין אולי חייב מצד השבועה ומ"ש מצד דת"ך דרבנן וכו'. צל הכסף ח"ב דק"א וק"ב לאסוף הקולות בת"ך והמו"א סי' י"ב הנה חוקי חיים סי' ק' והפנ"י ח"א סי' ט"ו אי משום שגם בת"ך זה מזכירים את ה' ואומרים ע"ד המב"ה ואי משום דלמרו ומורם ת"ך חמירא ויש לה כל דין שבועה.

ויש לי ראייה ע"ז ממה שבסי' ר"ז השוה אותה לנדר ושבועה לקיים האס') וגם הרב בית דוד סוס"י קמ"ג דקנ"ט ע"א הביא מח' הראשונים וכתב איברא דהגם דמהרשד"ם ומהראד"ב כתבו דהוי ס' דאורייתא היינו לדידהו דס"ל בפשיטות דל"א חיוב אין כאן שא"ך אבל לדידן דראינו רבוותא סו' דכיון דפטור מקי"ל פטור משבועה א"כ לדידן הוי ס"ס אולי ה' כמהריב"ל ואת"ל כמהרשד"ם שמא ה' כמ"ד דהוא פטור מן הדין ע"ש (יש להרחיב דבריו דס"ל דמהריב"ל פוטר אותו מהשבו' בודאי כיון שהיא בטעות כמ"ש להדיא בסוף כי"ב דחשב שחייב לכ"ע ואח"ך ידע שיש מ שפוטרו והחו' ס"ל דלא הוי שבו' בטעות רק שנפל בה ס' מצד המח' בדין ובזה א"ש הס"ס אולי ה' כמהריב"ל דפטור מהשבו' בודאי ואת"ל כהחו' הלא גם לדידהו אין שם רק ספק ובזה סרה תמיהת החש"ש בסי' ס' על הב"ד ז"ל ואפ' דזהו טעם העדוב"י ז"ל גם הוא.

רק מדברי מהרש"ך ז"ל ח"ג סי' מ"ח שהוא אחד מהחולקי' נראה דמחייבו בודאי שכ"כ שאפי' הפוטר מן הדין כמו הרמב"ם בדבר שאינו קצוב מודה שאם נשבע חייב ע"ש



אלא שבזה תמהו עליו הכה"ע שם סי' ז' ומש"ל הבי"ד המט"ש בסי' ס' דמאי תברא למהריב"ל דאנה"ן גם הוא מודה שבדבר שפשוט לפטור ועכ"ז נשבע דחייב ודאי ולא פטר רק בנשבע על דבר דהו"ל פשוט לחיוב ומצא מי שפוט' דבזה הו"ל טועה) ולדבריהם א"כ יש להקל מכח ס"ס בכל איסורי תורה וכ"כ להדיא החק"ל אה"ע סי' מ"ח דצ"ח ע"א וז"ל וכיון דמצד איסור שבועה אתינן עלה הא קי"ל ס"ס באיסור תורה בחייבי כריתות אזלינן להקל הן אמת שראיתי למהרשד"ם אה"ע סי' קכ"ח כתב דבאיסור שבועה אפי' בס"ס ראוי להחמיר ולא ידעתי טעמו דה' רווחת ס"ס בכל איסורי תורה להקל ע"כ.

ולע"ד יש לתלות זה בענין אחר דטעם מהרשד"ם כמ"ש מהרימ"ט יו"ד סי' ב' דס"ס הוא מטעם רוב ומצאנו להפ"מ ח"א סי' ע"ח וח"ב סי' קט"ו והבע"ח ח"מ סי' ק"ב ושמיו"ט סי' כ"ג דפ"ט וסמך עליהם הנד"ל ח"א דזק"ן כתבו דבאיסור שבועה חוששי אפי' לס' יחידאה ומינה לס"ס. והחק"ל שם מפורש דלא ס"ל הכי אלא דגם באיסור שבועה אזלי' בת"ר דאפי' במקום ערוה הולכים אחר הרוב וכתב שאפי' שראה קצת פוס' לא חלקו בזה אינו רואה מקום להחמיר ע"ש (גם בערוה כתב השמיו"ט בספרו ובקדושת יו"ט ובס' בירך משה סי' ל"ד דחוששי' גם לס' יחידית ול"מ ס"ס ע"ש) ועוד החק"ל ז"ל ביו"ד סי' ק"ל הביא דעת הרשב"א ז"ל דס"ס עדיף מרובא וכתב דגם הנראים חולקים מודו בס"ס גמור דלית ביה ריעותא דהוא עדיף מרובא ע"ש ולפ"ז גם האומרים דבס' שבועה לא אזלינן בת"ר אפי' דיוודו בס"ס דעדיף מרוב וז"ט החק"ל ז"ל ומזה יש לעשות ס"ס שמא גם בשבועה אזלי' בת"ר ואת"ל דלא שמא בס"ס אזלינן בתריה.

ומ"מ איבע"ל לצאת י"ח המחמירים בשבועה לחוש לס' יחידאה ונראה דמ"מ גם לדידהו לא מחמירינן בה יותר מערוה דמחמירינן לחוש לס' יחידאה ועכ"ז כד משכחינן תלתא ס' מיקלינן וכמ"ש מהריט"א ז"ל עצמו שם: ולכן פניתי לבקש תעלה ממה שראיתי למהרש"ך ז"ל ח"ג סי' מ"ח על מ"ש בכתו' שנתחייב להשיב אם לא יחיה הולד שלשים יום ונסתפק אם הפי' שלא יחיה אחרי מותה ל"י גם אם חיה מקצתם בחייה ומקצתם אחרי מותה או דגם מקצתם בחייה וכו' סגי ואחר שרצה להחמיר מכח השבועה דלא כמהריב"ל) כתב אמנם בנ"ד שהתנאי שהתנו סובל שתי כוונות מה טעם לומר ס' שבועה להחמיר וכו' למה לא יוכל המוחזק לומר על זאת הכונה שיש לפרש בלשון נשבעתי וכן גם מהרימ"ט ח"א סי' ס"א כתב בהאמין לאיש אחד דיש לצדד שלא האמינו רק בדבר שאין לו מגו ועמד בחומרת השבועה וכתב דל"ד דהתם במתחייב בדשלב"ל ודשא"ק דעת שניהם הוא לקיים הדבר עכ"פ ע"מ כן נשבע אלא שאנו מבטלים אותו מן הדין לזה אע"ג דקא"כ שבועה יש כאן אבל הכא דאמרי' להאי מילתא הימניה ולהאי לא הימניה נאמנות אין כאן שא"כ וכ"כ הנוב"י קמא ח"מ סי' ל"א דאפי' להש"ך דפליג על מהריב"ל אינו רק משום דנשבע לקיים הדבר אפי' לדעת החולק אבל אם אומר קי"ל שע"ז לא קאי השבועה כלל ודאי דמצי למימר קי"ל הרי ג' נביאים נתנבאו בסגנון אחד דהיכא שהענין כולל פרטים מחולקים ויש לומר דעל פרט אחד קאי ועל השני לא כ"ע מודים גם החולקים על מהריב"ל דמ"ל ע"ז קאי השבועה ולא על השני ודון מינה לנד"ז שפרטי ההשבון רבים אי נוהג גם בנ"מ ואם גם במתנות ואם גם שלא חיה הולד ל"י וכיוצא

ובכתו' לא נכתבו הפרטים א"כ כשנשבע עליה ונפל הס' יוכל לו' קי"ל דעל פרט זה היתה השבועה ועל השני לא.

והגם שהחק"ל ז"ל באה"ע סי' מ"ג דצ"א הבין בדברי מהרש"ך הט' משום דמ"ל לכך נתכונתי והביא ממהראנ"ח ורב"א דבנשבע לתועלת ולבקשת חבירו ל"מ למימר כן (המעייין בשורש דבריהם יכול לזווגם) ועוד דהלח"ר ז"ל סי' מ"ט ותו"ח סי' ע"ב ועדוב"י סי' ל"א ומשא"מ אה"ע סי' ל"א מיירי בשתנאי ההשבון סובל ב' פירושים ועכ"ז החמירו מס' שבועה ע"ש מ"מ נראה דבנ"ד שלא נכתב תנאי ההשבון גם בשם רק הירושה כמנהג א"י וכו' דעם שנאמר דקאי אהשבון מ"מ גם הבעל גם האשהגם החזן גם הסופר לא ידעו ההשבון מה הוא כ"ע מודו דל"ש הכא נשבע לבקשת חבירו.

וגם מי שלא יודה לי בזה יודה מיהא דס' חדש הוא ועוד יש להקל בשבועה דס' השבון ממ"ש הפ"מ ח"ב סי' י"ט דל"ח דמהרשד"ם ודעמיה לא ניח"ל בראיה שהביא מהרשד"ם מהרשב"א ז"ל דשאני נדון הרשב"א דליכא חיוב אליבא דכ"ע כלל ע"כ נתבטל הענין שבגללו נשבע ע"ש אמור מעתה דבדליכא חיוב אליבא דכ"ע הכל מודים דשא"כ וא"כ הכא דאנו באים לפטור מכח ס' בתקנה העמידהו על ד"ת דזה לאו מכח קי"ל דהא אפי' כשבעל התקנה מוחזק בעינין למימר לקמן דמפקינן מיניה ולפ"ז הו"ל פטור לכ"ע ובזה אין כאן שבועה לכ"ע והגם דהרב כה"ע סי' ז' אותיב עלה דגם מהרשד"ם וכו' ל"א רק בבא הפטור אח"כ דומייתא דנשבע לשלם ובאה השמיטה אח"ך (ואפ' דה"ט דהמחמירים גם בשבועה דס' בתקנה) מ"מ הפ"מ ז"ל דרב גובריה אמרה והוי ס' שני.

ועוד יש להקל בס' בהשבון ממ"ש הפרמ"א ח"א סי' קכ"א הטעם להזוכה בקי"ל דלא יחוש לשבועה דכיון דאם שילם לו פטור משבועה השתא דזכה מכח קי"ל שהיא כטענת בריא הו"ל כאילו פרעו ונפטר מהשבועה וחזרנו והוצאנו ממנו מכח דר"ן דמוציאין מזה ונותנים לזה ולמד כן מדברי מהרימ"ט ח"א סי' ס' ומהרשד"ם ח"מ סי' ז"ן עש"ב ולכאורה ק' חדא דהמעייין במהרימ"ט ומהרשד"ם יראה של"א כן רק בזוכה לכ"ע משא"כ בזוכה בקי"ל דיש כת נגדו ומפוי' בכללי הקי"ל דאי תפס שכנגדו לא מ"מ איך יוצדק בזה מוציאין מזה וכו' ועוד דבזוכה בקי"ל גופיה הוא דאפליגו רבוותא אי רמי עליה חומר השבו' או לא.

(שו"ר להחש"ש בס' ס' הגב"י הק' כן עליו) וי"ל דס"ל כמ"ש הכנה"ג בכללי הקי"ל בזוכה בקי"ל ותפס שכנגדו דלהמבי"ט לא מ"מ ולמהרש"י מ"מ והוא ז"ל הטיל פשרה בזה דכשלא היה תפוס מעיקרא רק השתא זכה בקי"ל לא מ"מ וכשהיה תפוס מעיקרא מ"מ ע"ש (הרב מקור ברוך סי' ס' לא ניח"ל בזה עיין בדב"מ ח"א באה"ע סי' מ"ג) וא"כ הפרמ"א ז"ל דמיירי בתפוס מעיקרא שאז הדין אי הדר אידך ותפס מ"מ דן הדין כן דהו"ל כמוציאין מזה וכו' והפוכי מטרותא למ"ל ואפ' דמפנ"ז לא חש לאומרים לחוש לשבועה דס"ל שדעתם כדעת מקור ברוך ז"ל לכך החמירו וליה לא ס"ל וא"כ כשהבעל תפוס מעיקרא האיכא ס' הפרמ"א דאין עליו איסור ורואה אני דדינו זה בס' השבון קיים אליבא דכ"ע דהא מהרש"ך ח"ג סי' ז"ך כתב להדייא שאחר שזכה הבעל בקי"ל אם יתפוס שכנגדו הבא בס' תקנה גזל גמור הוא וכופין אותו ב"ד להוציא מידו וכן יליף מניה העדוב"י סי' ל"ג.

וא"כ כיון שדינו לאפוקי צדק דין הפרמ"א דהפוכי מטרותא למ"ל והו"ל כפרע ויצא י"ח השבועה. וקרוב לזה כתב המשא"מ ז"ל חאה"ע סי' ל"ב בדקצ"ט לצאת חו' השבועה וז"ל דכיון דיש ס' בדין ואפשר דנפטר הבעל מן הדין וקעביד הלה איסורא דאכיל דלאו דיליה דגזל הוא בידו בכל כי הא דתרוייהו בס' איסור הבעל מחמת איסור השבועה והיורש מחמת איסור גזל דינא הוא דהיכא דקיימי זוזי ליקום ע"כ הרב ברכות המים דקכ"ו ע"ב הביא ממהרד"פ ז"ל דאין לו חיך לטעום חי' זה דהמשא"מ ז"ל דבשלמא אם איסור בשניהם שוה ליחיי אבל הכא בבעל איכא תרי איסור שבועה וגזל ויורשי האשה רק גזל ואפ"ל דס"ל כהפרמ"א דהזוכה בקי"ל אין בו אפ"ל ס' גזל ולזה דקדק גבי בעל לתפוס רק איסור שבועה איברא דבדר"א הרגיש מהחולקים על מהריב"ל וכתב שכן דן בהשבון דבת אברהם כהן שהוא בס"ל ל"א בין כשבא הפיטור אח"כ ולא היה שייך בעת החיוב דאז פטור משבועה משא"ך כשהיה שייך בעת החיוב ועכ"ז נשבע ע"ש ובזה קדמוהו מהרימ"ט ח"א סי' ס' ופרמ"א בשמו סי' קכ"א.

החק"ל אה"ע סי' מג' תבר גזיזיה דהמשא"מ מס"ל ל"א לסי' ל"ב והנך רואה דהוא עצמו הרגיש בזה סי' ל"ב כנז': באופן דמכל הסניפים הנז' יראה להקל בשבועה דס' השבון דנ"ד והכא ליכא ספקו דמהראנ"ח הידוע כשהשבועה בקו"ע כמו שיעויין בזה לחק"ל יו"ד סי' פ"ז ושמח"ל אה"ע סי' ה' וסי' ט"ז ופנ"י ח"א סי' ט"ו דאסיפותיהם ופלפוליהם בזה די והותר דהכא שוא"ת הוא ועיין למהרד"ף ז"ל בבר"ה שם הטעם שהסכים להקל בשבועת ההשבון משום דגבי בעל איכא תרתי לטיבותא חדא שהוא יורש מן התורה ועוד שהוא מוחזק והמע"ה וכשאנו אומ"ל דפטור אין זה עובר על ס' איסור בידים אלא שוא"ת הוא משא"ך אם באנו להוציא מידו הו"ל לעבור על ס' איסור גזל בקו"ע והוא ברור ע"ש ובזה נוח לי לכאורה שהפרי הארץ ח"ב סי' ה' ובר"ה ומהריט"א ז"ל שם זיכו לבעל משום ס' בתקנה ולא עלה ע"ד שפתם חשש השבועה ובפרט דהשמיו"ט חשש בשבועה אפ"ל לס' יחידית אם לא מטעם הנז' אבל אין זה הכרח דאפ"ל הטעם משום דס"ל דתנאי ההשבון אינו כתוב בכתובה והשבועה מעיקרא לא קיימא אהשבון ואם הדבר כן מ"מ הרוחנו דמהרד"ף ז"ל חבר הוא להרב מקור ישראל דתנאי ההשבון נזכר בכתובה: ולגמר הדבר אומר לעד"ן כשיבא הדין דפטור בקי"ל ויש חומר שבועה יכוף הדיין אותו לשלם משום חומר השבועה רק שלא ירד לנכסיו ולא יכוף ליורשים דס' שבועה להחמיר כמפ"ל בריב"ש סי' של"ה הבי"ד הסמ"ע סי' ר"ז וביו"ד סי' ר"ך החמיר בס' שבועה בכמה דינים ואי איכא ס"ס כיון דגם המחמירים לא החמירו רק משום חומר השבועה ולא מן הדין הנה בס' סכנה דחמירא מאיסורא ואין לך דבר שעומד בפני פקו"ן ועיין להרב ב"ד ח"מ סוס"י צ"ט הבי"ד המט"ש בכללי הקי"ל אוס"ח דיש להסתפק במידי דסכנה אם יוכ"ל קי"ל ועכ"ז כתב השבו"י ח"ב יו"ד סי' ס"ה שאין לו לאסור רק שומר נפשו ירחק מהם ובעוף שכרסו מלא מים כתבו האחרונים שיאמר לבעלים זה מותר מן הדין ויש בו משום סכנה והבעלים יעשו מה שירצו וכן בזה יאמר זכית מן הדין אך יש חומר שבועה ואי איכא תלת ס' יזכהו בשתיקה שלא יהיה לבו נוקפו דהא גם באיסור ערוה שמהריט"א החמיר בס"ס ונמשכו אחריו מ"מ בתלת ס' כולם התירו ואין פוצה פה: ב' לענין ס' בתקנה העמידו על דין תורה.

הנה הוא מוסכם מקמאי ובתראי. הרמב"ם פ"ז מאישות ופי"א ממלו"ל לגבי תקנת הגאונים שיגבו בע"ח וכתו' ממטלטלים כתב אם נסתפק לנו הדבר מתיישבין הדבר שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה אעפ"י שלא נתפרשה וכו' והרשב"א והר"ן הבי"ד הב"י באה"ע סוסי' קי"ח לגבי ס' השבון כתבו דהו"ל הבעל יורש ודאי והיורשי' ס' מכה התקנה ואין ס' מוציא מידי ודאי והרא"ש כנ"ה ס' ז' הבי"ד טואה"ע ס' קי"ח כתב אחר שאין דב"ז מפורש בתקנה יד התקנה עהת"ח שהתקנה באה להוציא מד"ת וכן בתחלת ס' ס"ח לגבי התקנה שיחתמו בשטר ג' עדים וחתמו שנים ונסתפקו אם גובין בו בדיעבד וכו' כתב אין למנוע לגבות בשביל ס' תקנתכם כיון שהוא שטר מקויים עד יתברר וכו' וכן בכע"ט הבי"ד טוח"מ ס' ס' לגבי תקנת השוק שאינו טורף ממטלטלים שמכר כתב כיון שאין בירור למנהג יעמוד הדבר על ד"ת.

והתשב"ץ ח"ב ס' רצ"ב סוף תקון יו"ד כתב וצריך לפרש בזה שאם יש ס' בלשון אלו התקנות וכו' שיניחו הדבר על דין התלמוד לפי שאלו התקנות הם להוציא מדין התלמוד ואם יש ס' בדבר יניחו על דינו וכ"כ הרא"ש בתשו' ואעפ"י שהיה דעתנו לדון שתהיה יד התובע עהת"ח כדין כל ס' בתביעת ממון בטלנו דעתנו מפני דעתו כי רב מובהק הוא ונחית לעומקא דדינא וכיוצא בזה כתב הרמב"ן בשם ר"א בפ"ן ובסוף הלכות בכורות ע"כ (מוכח דאיהו ז"ל והריב"ש וכל הגאונים שבדור ההוא מתקני ההסכמות כולם הסכימו לדעת הרא"ש והמוכח דגם בתקנה בחרם כהנך בס' אוקמא אד"ת דלא כמ"ש הפוס' בכנה"ג ס' קי"ח) וכל הפוס' מלאים מזה וכ"פ בש"ע ס' קי"ח דבר שאינו מפו' בתקנהנעמידהו על דין תורה ומור"ם הוסיף וכן כל ספק וכו' זולת מהרא"ש ס' י"ט שכתב דזה דוקא בס' בתנאי אבל ס' בתקנה שהמתקנים היתה כונתם להעדיף בעל התקנה דבס' ידו עה"ע ע"ש וכבר תמהו עליו הב"ש בס' קי"ח סק"ה והמ"מ באה"ע ס' ל"ב ועדוב"י ס' למ"ד ומש"ל פכ"א ממלוה בתשו' ומהר"מ ד"ב בס' מ"א והגו"ר אה"ע כלל ד' וכמעט כל האחרונים נדחה קראו לה זולת הפרה"א ח"ג ד"ל סוע"ד כתב דמדברי מהרש"ה ז"ל ס' ט"ו נראה כדבריו ובקשתיו ולא מצאתיו לא בס' ט"ו ולא בס' ט"ז ופלא איך אשתמיט למהרא"ש ז"ל כל דברי הפוס' הנז' בס' בתקנה וראיתי בגוף התשו' שכתב שבאותו פרק היה גולה וספריו אין אתו ובזה שקטה האר"ש ובל"ס דכשראה אותם חזר בו וא"כ אין חולק בס' בתקנה דאוקי ליה אד"ת: ומה שיש לעמוד הוא בחקירה שעמד בה הפרמ"א ז"ל ח"א ס' יו"ד אם הבא בס' תקנה הוא מוחזק אם יוכ"ל קי"ל או לא.

וחלקו בזה הוא ומהר"י ליאון ז"ל דלמהרי"ל ז"ל ס"ל דמפקינן מיניה ולהפרמ"א ז"ל ס"ל דאם תפיסתו ממילא כגון שירש או באו הנכסים ליזו ברשות ב"ד ולא תפסם מעצמו מרשות אחרים אז יוכ"ל קי"ל להחזיק מה שבידו. אך כ"ז בס' תקנות חז"ל אבל בס' תקנת בני העיר מודה הוא ז"ל שאין כח בס' תקנתם לבטל ד"ת כאשר יעוי"ש בדל"ז שבזה יישב תשו' הרא"ש בכלל ס"ה שהיתה עומדת נגדו דהתם שאני מפני שהיא תקנת בני העיר ע"ש ומובן הדבר דבהכי ניח"ל נמי הך דהרא"ש בכלל נ"ה דהגם שהיא תקנת טול' שנתייסדה מגאוני עולם אין ס' מועיל להחזיק דדוקא בתקנות התלמוד שתקנום לכל העולם י"ל שהפקרם הפקר לכל העולם משא"ך בהפקר ב"ד דטול' דהוא רק לעירם אין כח בס' להחזיק נגד ד"ת.

ונמצא דהרפמ"א ז"ל נתח הענין לב' חלקים חלק אחד דבס' תקנות רז"ל מצי להחזיק בקי"ל ח"ב בתקנות בני העיר בספיקייהו מ"מ. והרב כר"ש באה"ע תפס כוותיה בשלמות כי בסי' מ"ז באשה תותרנית דהיא תקנת הש"ס דן דמצו היורשים להחזיק מס' ובסי' מ"ה בתקנת בני העיר שאם ישאיר הבעל זש"ק לא תגבה התוס' כתב גם שהם מוחזקים יד בעה"ת עהת"ח ע"ש (וצ"י התם בסי' כ"ט בלותה ונישאת שכתב שהבעל יאמר קי"ל והתם כח הבעל משום תק"ה דהפרמ"א עצמו חשבה תקנת בני העיר ויישב בזה הך דמהרשד"ם ח"מ סי' קפ"ט בלותה ונישאת גופה כיעוי"ש ואמאי הכר"ש זיכה לבעל) גם המכתב שלמה נמשך אחריהם ע"ש ולכאורה ראיתי לדקדק מהב"י ח"מ סי' ס"ז כפרמ"א ז"ל כי הק' עמ"ש הרא"ש במלוה ליו"ד שנים דכיון דיש שתי לשונות בש"ס ללי"ק שביעית משמטת וללי"ב אינה משמטת ה' כלי"ב ועוד דשביעית בזה"ז ע"כ דהא בס' דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא פסק הרא"ש קולא לתובע ות' דכיון דמע' דדינא לא אתינא למבעי אלא לענין איסורא לקולא נקטינן עכ"ל ומדלא ת' בלא"ה כיון דשביעית דרבנן ויש ס' דתרי לישני משו"ה מפקינן מהלוה בשטר המוחזק מד"ת ש"מ כפרמ"א דהמוחזק גם בסד"ר לא מ"מ אלא שאין זה הכרח די"ל שאנ"ה משום שהיה המלוה יכול לתקן הס' למסור שטרותיו לב"ד ולכתוב פרוזבול וכיון שלא תיקן איהו אפסיד אנפשיה והמוחזק יחזיק מה שבידו.

או משום שהרב"י אנה"ן הבין בהרא"ש כפרמ"א דבתקנות הש"ס המוחזק זוכה אבל ליה לא ס"ל וליכא סייעתא ולא תיובתא: אמנם אחר המח"ר מהפרמ"א ז"ל לא זכיתי להבין דלט' הר"ן ז"ל דהבא מן הדין הוא ודאי והבא מס' תקנה הוא ס' ואין ס' מוציא מידי ודאי מה תועיל חזקת הס' והרי בח"מ סי' ר"פ דכל כה"ג אפ' תפס הס' מ"מ וכ"כ החק"ל אה"ע דצ"ע ע"א משם מהרש"ך ז"ל.

ועוד דמהריק"ו ז"ל שורש ז כתב בהך דקי"ל יד בעה"ש עהת"ח דאעפ"י שהוא מוחזק מ"מ כיון שזה זוכה בהם בדין וזה בא להפקיע מכח השטר ע"ש ודון מינה במכ"ש להבא בס' תקנה דגריעא מהשטר וכן למד מדבריו מהרשד"ם בח"מ סי' ש"ן לגבי תקנה וסיים וז"ל כיון שראובן התובע בא בכח ד"ת והנתבע בא להסיע ד"ת מפני ס' תקנה אין בידו להפקיע ד"ת גם מהרימ"ט ביו"ד סי' מ' האריך להוכיח דכל מידי דרבנן הזוכה מכחו בס' אפ' הוא תפוס מ"מ ויהבינן לזוכה בודאי מדין תורה ע"ש והוא פלא על הרב ז"ל מדוע לא זכר ש'ר את דב"ק (ואחר החפוש מצאתי להרב בסי' כ"א כתב כי אחרי סיום פסק דסי' יו"ד ראה דברי מהרימ"ט ולא יכול לזווגם עם דבריו רק כתב שהשיב על ראיותיו ע"ש) גם הרב פ"מ ח"א סי' נ"ד גבי נתן עיניו לגרש פסק דגם במוחזק אם נפל ס' מעמידים הדבר על דין תורה (ושם ח'י בין ס' דתלמודא דלא מ"מ לס' דפד"ר) זולת דבח"ג סי' נ"ז הך דאם יש לחזקות דין קרקע ובע"ח טורף מהם או דין מטלטלים ויש בהם תק"ה כתב דאין בע"ח טורף דהלוקח הוא המוחזק ויש לתמוה בדב"ק דמלבד שחי' הוא סותר עצמו מן הקצה אל הקצה דבח"ג שהיא תקנת בני העיר (כי תקנת השוק היא מתקנות בנ"ה כמ"ש פרמ"א ליישב בזה הך דמהרשד"ם סי' קפ"ט וכ"כ בבד"ה ח"מ סי' ס' דתק"ה לא הוזכרה בתלמוד והמח"א בה' גביית חוב סי' ב' כתב דכ"ע מודו בתק"ה דהיא תקנת בנ"ה) זיכה למוחזק ובח"א דהיא תקנת התלמוד העמיד על דין תורה.

עוד בה דבתקנת בנ"ה ליכא מאן דפליג דהעמד הדבר על דין תורה. וכן ראיתי להדב"מ ח"ב סי' י"ב תמה עליו דס' בתקנה העמידהו על ד"ת.

והפ"מ ח"ג כעת אינו בידי רק מ"ך אצלי אולי בח"ג נסמך על מהרש"ך דאפי' מאן דיהיב לחזקות דין קרקע מודה שאין בע"ח טורף מהם משום פסידא דלוקח (עיין בדב"מ שם דמהרש"ך עצמו לא סמך ע"ז להלכה ומ"מ י"ל דסניף מיהא הוי להחזיק הממון לבא בס' תקנה ובזה יתיישב קו' הדב"מ שם על מהרש"ך.

גם בזה ינוח מה שיש לתמוה על הדב"מ דהגם שהק' על מהרש"ך ופ"מ כתב לענין דינא כיון שהסכימו הם שלא לטרוף בע"ח הכי נקטינן דאטו משוא פנים יש בדבר והוא עצמו פסק להלכה בח"א אה"ע סי' מ"ה בדקס"ו דאין ס"ת מוציא מודאי ירושה והבי"ר מכנה"ג סי' צ"ב הגה"ט אוי"ד משם הרדב"ז דאפי' מוחזק הבא בס' תקנה ע"ש אם לא שמתעם פסידא דלוקח סמך לזכותו במוחזק ובא בס"ת) וראיתי להמש"ל פכ"א ממלו"ל ה"א בתשו' פשיט"ל דהבא בס"ת הגם שהוא מוחזק מ"מ ועמד נגדו מ"ש הפ"מ ח"א סי' צ"ט להעמיד הנכסים ביד המוחזק הגם שבא בס"ת וחילק דכשיש זכות בנכסים וידע איניש בנפשיה בברור דאותם הנכסים שתופס הם שלו בזה זוכה גם בס"ת משא"כ כשאינו יודע שיש לו זכות בנכסים רק מכח מח' הפוס' בהא מ"מ ע"ש (עיין להערה"ש ח"מ סי' ס' מצא לו חבר בזה להתשב"ץ ח"ב סוס"י רע"ב ומזה רצה ליישב מ"ש מרן שם בב"י לפסוק כהרא"ש ודלא כהרשב"א ז"ל דבמתנה עשו תק"ה משום דמוקי ממונא אדוכתיה.

ויש לו עזר בזה מ"ש מהר"מ בקצרות סי' ק"ל דלפי דברי הש"ס בנזיקין דמבע"ל אי מתנה כמכר או לא נראה לדון דהוייא כמכר בתק"ה דכיון דלא איפשיטא לא מפקינן ממונא דלכאורה ק' עליהם דהא ס' בתקנה יעמוד על דין תורה אם לא דס"ל כהמש"ל דבבריא לו שהנכסים לו ובא בס"ת מעמידים בידו וא"כ כ"ש במתנה דודאי אית ליה זכיה בגוה לזה לא חשו לס"ת ע"כ ולמטוניה דמר ק"ל דהרא"ש בסי' נ"ה דן הפך מרבו דהתם היורש ודאי ידע דאית ליה זכיה בנכסי אבוה ועכ"ז כיון שבא בס"ת מ"מ אם לא שיש לחלק בידיעות ושאני אינך דהרשב"ץ ומש"ל דידע בלי שום ס' הנמסר שממון שתפס דידיה הוא והגם שהב"ד לא ידעו לא איכפת משא"כ הך דהרא"ש דהיורש לא זכה רק מכח התקנה והיא מסופקת לדידיה כמו בהא הב"ד מ"מ וממילא גם במתנה כן הוא כיון דהדין פשוט דבע"ח טורף גם ממתנה ורק המקבל רוצה לזכות מכח תק"ה והיא מסופקת גם לדידיה ראוי לדון דמ"מ וא"כ הדק"ל על הב"י ומהר"ם וגם מש"ש ליישב זה עפ"י דברי הפרישהיש להרהר בו מהך דהרא"ש הנז' רק שבלא"ה מצא הרב תשו' אבק"ר נגדו ע"ש והנלע"ד טעם מר"ן ומהר"ם משום דמתנה יש שורש בתלמוד דהוייא כמכר כמש"ש בבד"ה דאי לאו דקביל הנאה מיניה לא יהיב ליה וכן מהר"מ הביא בעיאי דהניזקין לזה סמכו לדונו כמכר וס"ל כהפ"מ בסי' נ"ד דבעיאי דלא איפשיטא בש"ס גבי תקנה אלים כחה להעמיד ביד המוחזק.

וגדולה מזאת כתב מקור ישראל אה"ע סי' טו"ב דס"ת העמידהו על ד"ת אינו רק בס' שקול משא"כ כשיש אומדנות לסייע לבעל התקנה וכו' אזי ידו עה"ע ועיין בכנה"ג ח"מ סי' ס' שתמה על הפוס' כהרשב"א דבמתנה ליתא לתק"ה דהא מקבל מתנה יכו"ל קי"ל

כהרא"ש וחכמי דורו וצ"ע והוא פלא דהא בסי' קי"ח באה"ע כמה פעמים בהגה"ט אומ"ו ואוע"ט ואופ"ט ואו"ץ והגב"י אונ"ב ואוס"ג כתב דהבא בס"ת אינו יכול לזכות בקי"ל ומדוע פה שינה טעמו וכן הדב"מ ח"ג בח"מ סי' טו"ב בענין תק"ה תמה על מהרש"ך שזיכה למקבל המתנה אף דהוה ס' דהא ס"ת העמידהו עד"ת וראיתי שתי' דס"ל כהכר"ש ז"ל דגם בהא יוכ"ל קי"ל ובעיני יפלא דלפמש"ל גם כר"ש גם רבו פרמ"א גם דב"מ עצמו מודו בתק"ה דהיא תקנת העיר דאין לו' קי"ל וכן יש לתמוה על החש"ש בסי' ס' שכתב בס' תק"ה דאין להוציא מיד המוחזק.

לזה נ"ל טעמם דס"ל להעדיף ס' תק"ה משאר תקנות משום בלא תק"ה נמי המקבל הוא מוחזק דהא אי אשכח בנ"ח לא טריף מיניה וכי לא אשכח נמי אינו טורף אלא בשבועה והרי א"כ זכיייתו ברורה בנכסים בלא תק"ה נמי והוי דומה לבריא שהנכסים שלו שכתב מש"ל משא"ך בשאר התקנות שאין זכות לו רק מכח התקנה לכן ס' גרוע.

ועוד דמע"י מטלטלי לא משתעבדי לבע"ח ורק מכח דכותבי' בשטר שעבודם לזה טורפם כמ"ש בסי' ס' ואנן קי"ל בסי' מ"ב בנפל ס' בשטר דיד בעה"ש עהת"ח וה"ן כשנפל ס' בתק"ה ה"ז נוגע לס' בשטר דאולי לא שעבד לו לטרוף ממתנה משום תק"ה והו"ל ס' נגד ס' דלא בריר לן שבעה"ש יש לו זכות לטרוף בדין לזה כתבו דינהוג בזה הקי"ל ואין ללמוד לשארם בתקנה.

ומ"מ מרן באבקר"ר סי' קכ"ו ושאר מפרשי' לא סברי הכי) גם בה' נחלות פ"א ה"ה הביא המש"ל ז"ל דברי מהריט"ץ סוס"י כ"ה שזיכה ליורשים במכרה אמם כתובתה מכח שהם מוחזקים בכח הירושה דידהו מתקנת עוליי' דעקרו ירוש"ה וכו' והוייא חזקה אלימתא יותר ממכירתה לאחרים דקלישא מכי' שטרות מדרבנן והרעיש עליו דהם דברים תמוהים דכל הבא מחמת התקנה במקום זוכה מן הדין עליו הראיה וכו' וקרוב לזה כתבו בתק"ה דגנב מפורסם במאי דמספק"ל לש"ס אוקמו הדין עם הנגזל הבא מכח הדין והלוקח בא מכח תקנה ומ"ש דקלישא מכי' שטרות לאו מילי דסמכא נינהו אלא מילי דכדי ע"כ ואני הצעיר י"ל ללמד זכות על הגאון ז"ל דמתוך דבריו נראה דגם הוא ל"א רק לגבי מכי' שטרות דהיא דרבנן ולא בשאר ומ"ש מילי דכדי לא ידעתי דהא בסי' ס"ו מפורש דמכי' שטרות דרבנן ומכח זה נשתנו סדריהם לגריעותא משאר קניינים כיעו"ש: ומכל האמור בין תבין דרבים וכן שלמים ס"ל דאפי' בס"ת דתלמודא והוא מוחזק מוציאין מידו דלא כפרמ"א ומיעוט הם שדנו כמותו.

ומ"מ מודה גם הוא ז"ל דבתקנת בני העיר בדורות האחרונים הבא בס"ת ודאי דמ"מ. ומזה אני תמה על הרב משא"מ ח"א באה"ע סי' ל"ב שהק' ב' תשו' דהרא"ש בכלל נ"ה אהדדי דבסי' ז' לגבי אם יגבה בע"ח מהנכסים קודם חלוקה או דוקא מחלק היתומים פסק דיד האשה הזוכה מן הדין עה"ע ולא יגבה רק מחלק היתומים ובסי' ח' לגבי אם תגבה השטר שכותב לה בתורת מתנה קודם החלוקה כתקנתם בנדונייא או אינו בכלל הנדונייא כתב דיד בעה"ש המתנה שבא להוציא מהיורשים עהת"ח ע"כ ואמאי והרי היורשים באו מס' תקנה ותי' דבסי' ז' דהוי להחזיק ביד האשה שלא יטול בע"ח מחלקה בזה יד התקנה עהת"ח ובסי' ח' אם תטול גםהשטר הוי להוציא מהיורשי' ובכה"ג לא מ"מ ע"ש והנה מלבד דכה"פ סו' בתקנה דחכמי הדורות דמ"מ.

הלא גם הרא"ש שרוצה ליישבו כן דעתו בכלל ס"ח והמפרשי הוכיחו מיניה כן גם מהך דהכא דסי' ז' דהיורשי מוחזקים בירושה ממילא ועכ"ז אפיק מינייהו ובאמת שזה מושכל ראשון בתשו' הנז' (ובאמת כי טרם ראיתי דב"ק הרגשתי בקו' הנז' ודחיתיה דבסי' ח' אינו מנדון ס' בתקנה כי התקנה אין בה ס' כי הנדונייא תטול והתוס' לא תטול ואין הס' רק אם השטר בכלל הנדונייא והו"ל ס' בשטר ולזה דקדק הרא"ש ול"כ רק דבעה"ש ידו עהת"ח) וכבר כתבתי לעי' שהרשב"ץ כתב דבס' תקנה דחכמי דורות מוציין מהמוחזק ולמד כן מהרא"ש ועתה נזכרתי מ"ש הב"י בח"מ סוס"י י"ג משם הרשב"א וז"ל כל שיש ס' בתקנה הולכין להקל לנתבע חזא כל שהוא חוץ מגדר הדין אי אתה יכול להכניסו עד שיהיה ברור וכל שאינו ברור העמידהו על ד"ת ועוד שכל המוציא מחבירו עליו הראיה ע"כ משמע דלטעם קמא הגם שאינו מוציא אלא מוחזק כל שאינו ברור העמידהו עד"ת.

ועיין להגאון נאות דשא סי' צ"א שהאריך להוכיח מתשו' הרא"ש ומהרשב"א הנז' ומהש"ך ח"מ סי' מ"ב סקי"ח ומהב"ש בס' קי"ח דבס' בתקנה גם כשהוא מוחזק מ"מ וה"ט דהבא מס' תקנה הוא הנק' מוציא מן הדין וכתב שהפרמ"א ז"ל האריך בישובי ולק"מ דכל תקנות הש"ס דין תורה נק' וס' תקנתם הוי ס' בדין משא"כ בתקנות בני העיר וכ"ש תקנת ארצות וכו' וזהו מושכל ראשון ע"ש ואני מצאתי חי' זה מפורש במהרשד"ם אה"ע סי' קכ"ה שכתב דאף אם ירוש"ה דרבנן מ"מ הוי כשל תורה בערך תקנת שו"ם דהיא תקנת דורות האחרונים ע"כ וכ"ן דעת מרן בתשו' קמייתא דה' כתובה במתנה שאם תתאלמן בלא בנים תקח ק"ק פרחים ונשאר לה ממנו בת ואב שהוא ערב בכתו' טען דלא הוייא בכלל בנים ומרן פס' דהוייא בכלל בנים וכתב ועוד שאפ"י אי הוה מספק"ל היתה גובה כתו' מושלם ול"א יד בעה"ש עהת"ח משום דכל תנאי או תקנה הבאים להוציא מכח ד"ת יד בעל התנאי או התקנה עהת"ח וכמ"ש הרא"ש כנ"ה וכס"ת ע"כ הרי שהגם שהאב הערב מוחזק כתב דכיון שבא בס' תקנה ידו עהת"ח ומדכתב ועוד ש"מ דאפ"י טעם הא' בטל די בטעם השני ונראה טעם הדבר כמ"ש הנא"ד ז"ל.

וכ"מ מסוף תשו' ג' שם שכתב ועוד אפ"י היינו מסופקים בדין אין לשום ב"ד להפקיע כח האלמנה מכתובתה שהרי כתב הרשב"א וכו' והרא"ש וכו' ומהריק"ו שורש ז' וכו' וא"כ בנ"ד ששטר כתו' מוחזק בידה מן הדין היורש שרוצה להפקיע כחה מיקרי בעה"ש וידו עהת"ח ע"ש משמע דגם דיורש מוחזק ובא בס"ת ידו עהת"ח וכן דן מהרא"ש ז"ל אפס כי עודני נבוך במה שסמך פה על מהריק"ו דיד בעה"ש עהת"ח ואילו בב"י דח"מ סי' ס' הביא הפוס' דהגם דיד בעה"ש עהת"ח אי תפס לא מ"מ ותמה על מהריק"ו שם בבד"ה שאם ראה הפוס' הנז' איך חלק עליהם ומכח זה פסק בש"ע דאי תפס לא מ"מ וגם מור"ם הוסיף דכ"ש בשובר דיד בעה"ש עה"ע הואיל והוא תפוס ולפ"ז הוי סתי' מהפסקים לתשו' ולנו לדעת על מה נסמוך.

אמנם ראיתי להאחרונים עמדו בזה והסמ"ע כתב על מור"ם דלאו כ"ש הוא די"ל דשובר שלשונו מסופק ל"מ נגד שט"ח מבורר שביד המלוה והוכיח כן מהש"ע בס' ע"א ולפ"ז דעת מרן דהחזקה לא תועיל לבא בס' רק כשגם שכנגדו הוא בס' אבל אם חוב שכנגדו ברור והוא מסופק לא תועיל חזקתו (לפי"ז ק"ל למה בבד"ה הניח דברי מהריק"ו בתימה



כיון דשם חוב הגביר לתת לפ"ש כפי ממונו היה ברור והשטר הפוטר מסופק בזה כ"ע יודו דל"מ החזקה) וגם הש"ך ז"ל בסק"ח רצה לעשות שלום בין מהריק"ו לשאר המפז"ל באופן קרוב לזה וכתב דזהו טעם מור"ם בשובר דהתם הלוח טוען אותם גם בלא שובר ע"ש ורואה אני דכ"ן דעת מרן בסי' מ"ט שכתב שאם ב' יב"ש משולשים בשטרות ואינם משולשים בשובר על בעל השובר להבי"ר אעפ"י שהוא מוחזק וכתב בד"מ משום דהשטרות משולשי' כ"א מצי לדחותו כיון שהשובר אינו משולש וע"ש בש"ך דר"ל דהחוב ברור והשובר מסופק ולפ"ז נתיישבו דברי מרן בתשו' שסמך על מהריק"ו כיון דאיירי בחוב ברור והתנאי או התקנה מסופקים.

(והתמיהה בבד"ה אפ' דק"ל כמ"ש התומים סק"א בסי' מ"ב דהגם דנדון מהריק"ו מתיישב במ"ש הש"ך מ"מ הראיה שלמד ממנה מהריק"ו לא משמע כן או דס"ל למרן בתשו' דס' תקנה גרע מס' בשטר וכמ"ש הנא"ד והביא ממהריק"ו לדון במכ"ש לס"ת דכ"ע יודו) באופן מכל האמור יצא להלכה דכשהדין ברור לאחד ובא כנגדו בס"ת דחכמי דורות אעפ"י שהוא מוחזק מ"מ: ולא אכחד כי ראיתי לרבי חסידא הרה"ג כפי אהרן ח"א באה"ע דע"ז וע"ח דברים מתנגדים לכל הנז' ויש מה להשיב אזה"ר ששם נסתפק על עה"ק ירושלים כשמתה הבת בלי זש"ק ונדוניתה בבית אביה אם נהגו כרש"י דהבעל יורש או כר"ת שהאם יורש ודימה זה להך דמהרא"ש דס"ת ידו עה"ע (לע"ד אין הנדון דומה דגם מהרא"ש ל"א רק בידוע מציאות התקנה ונפל בה ס' אבל כשיש ס' אם יש מציאות למנהג מעיקרו אפ' שיודה וזה מפו' ברא"ש כלל ע"ט בתק"ה והפרמ"א בסי' יו"ד כלאחר יד חי' מתשו' הרא"ש הנז' לס' בתקנה והוא מוחזק כנז') וטען על משא"מ בסי' ל"ב שהוכיח מס' קי"ח דלא כמהרא"ש דל"ד דהש"ע מקורו מהרא"ש דמיירי בס' אם נכלל דב"ז בתקנה ומהרא"ש מחלק באופן דהר"ן שהס' בפ' התקנה וכו' (בזה הדין עמו דב' סוגים הם ומ"מ משא"מ מוכח שפיר מדסתם בש"ע וכתב כל ס"ת העמידהו על ד"ת ולא חי' כלל ש"מ דלא כמהרא"ש וגם הכפ"א הודה דמתשו' מרן מפו' דלא כמהרא"ש רק לא קבלנו דע' בתשו' וכבר הוכחנו הפך ובפרט כשהש"ע סתום והתשו' מפורשת ודאי אית לן לו' ה' כתשו') הוכיח דס"ת המוחזק הממע"ה מתשו' הרשב"א דבב"י סוסי"ג דגריס בה דנ"מ שכל הממע"ה (לפי גרסא שבידינו וכו"ה גרסת הנא"ד שכתוב ועוד שכל הממע"ה הוכחנו אדרבה להפך ולדעתי מוכרח שלא יהיה סותר מה שהוכיח בתשו' אה"ע סי' ג' מהרשב"א דס"ת אפ"י מוחזק מ"מ ועוד דהרב ג"כ גריס בתחלת הרשב"א חזא וכו' ומובן דאין לך חזא בלא ועוד אחריה) ומה שהוכיח מעדוב"י דלא כאיב ליה על מהרא"ש רק משום דמפיק מבעל ש"מ דאם היורשי' מוחזקים מודה (כבר כתבתי מהנא"ד וכו' דמאן דמפיק בס"ת מהזוכה בדין נק' מוציא אעפ"י שיהיה מוחזק וזהו כונת העדוב"י בכאבו דהו"ל מפיק מד"ת וז"ן ממ"ש הרי הבעל שהוא יורש ד"ת מוחזק ול"כ בקצור הרי הבעל מוחזק ש"מ דכח ירושת ד"ת משוי ליה מוחזק) ומה שדייק מדברי הב"ש דסי' נ"ב סק"י וז"ל ובסי' קי"ח כתבתי בשם רא"ם ורשד"ם לענין מתנות בתקנת שו"ם אי הדרי לאב כנדוניא או לא דהבעל זוכה כיון שיש ס' בתקנה והבעל מדינא התם מיירי שהבעל מוחזק.

דנראה דגם הב"ש שתמה ע"ד מהרא"ש לא זיכה לבעל רק משום שהוא מוחזק ש"מ דכשהאב מוחזק כ"ע מודו למהרא"ש (לבבי לא כן יחשוב דא"כ ק' על הב"ש מגוף תשו')

רשד"ם דזיכה הבעל גם בלא חזקה וכתב חזקא שהוא זוכה מן הדין והאב מהתקנה וכ"ש שהבעל מוחזק. אלא נראה דהב"ש קאי אמ"ש בתחלה דשייך ט' ר"ת דלא נתן רק שתהנה בתו גם במתנות וע"ז הרגיש לרא"ם ורשד"ם דזיכו הבעל שזוכה בדין והלא הדין לר"ת להפך והוא זכות האב וע"ז ת"י דהבעל מוחזק כלו' שבאו הנכסים לידו ובזה כתב רמ"א סי' נ"ב דהדין לבעל ולא נשאר זכות האב רק מס"ת ולזה זיכו לבעל אבל משום חזקת ס"ת השתא לא איירי) ומ"ש מפרמ"א והנמשכים דמזכים למוחזק בס"ת וציין גם לנחב"ך ראיתי נח"ב ול"מ בס"ת רק בספקא דדינא והפרמ"א וכל הב"א ראיתי שלא דברו רק בתקנת הש"ס ולא בס"ת הדורות) לא נשאר רק מה שזכר מהרבמהרי"ן ז"ל שבאמת בתשו' בפרה"א ח"ג פכ"א מאישות אחר שעמד במח' הפוס' בס"ת אם הוא מוחזק והביא דברי פרמ"א והרב מ"א מח"א הנב"ח סוסי"ב שחלקו בין ס"ת הש"ס לס"ת דורות אחרונים כתב שנ"ל דל"כ אלא בס"ת דבני העיר שלא מדעת חכמי העיר אבל מדעת חכמי העיר הוי כס"ת דש"ס וגם הרב המחבר בדל"א ע"ג כתב ע"ד כנלע"ד ברור ע"ש (וע"ז למודעי אני צריך שמזה שנים נפל ס' בב"ד כשאין שיעור ב' כתובות דחולקין אם דוקא עם בניה או אפי' אינם בניה).

ורמו עלי גודא לעיין בזה והעליתי משום ס' תקנה שאין לה לחלוק דלא כהרה"ג פנ"י ח"ב בהשמטות ע"ש ועשינו מעב"ד ע"ז אחר שהודענו להרה"ג הנז' משום עשה דכ"ת ושלח הודאה גלוייה. ואח"ז ראיתי להה"ג הנז' בח"ה הדפיס הפס"ד הנז' וסתר בכל קוץ וקוץ ואני עשיתי לעצמי מדור מיוחד במקומו להשיב ומפני שעיקר הענין תלוי בס"ת.

והוא נשען על מהרי"ן ז"ל בחי' הנז' הוכרחתי לתמוה אחה"ר מנע"ר דממש"ל לא יתכנו דב"ק חזקא דאטו תקנת טול"י לא נעשית בהסכמת גאוני הדור עיין בהרא"ש כנ"ה דקרי לה ד"ת נגד המנהג ועכ"ז הורע ס"ת דידה גם במוחזק כמש"ל וילפי מינה התשב"ץ ומרן בתשו' ותקנות אלג"ר דנעשו בהסכמת גאוני הדור יוכיחו דעכ"ז בס"ת והוא מוחזק אמרו להוציא ממנו וגם פרמ"א המוליד חי' זה על תשו' הרא"ש דטול"י קאי.

ועוד איך יצוייר לדעת הרא"ש שתהיה הסכמתם בלי חב"ע הלא דעתו מפורשת בח"מ סי' רל"א דגם הסכמת בני העיר אין לה קיום בלי הסכמת חב"ע זולת אם איננו שם וזה רחוק בטול"י. ועוד אפי' לחו' שם אינו רק משום דס"ל דכח בני העיר אלים להפקיר ממון וכמ"ש דרשאים בנ"ה להסיע על קצתן עיין ברשב"א סי' אלף נ"ו ותשב"ץ חי"א סי' קל"ג וח"ב סי' ה' דבני העיר כנשיא להפקיע וכו' וא"כ למה יגרע כחם לחלק מנייהו לחכמי דורות ובזה נדחה מ"ש הפנ"י דרט"ז לדון ממח"א דס"ל כבנו מטעמו להעדיף תקנות רז"ל משום שהפקרן הפקר וזה שייך גם לרבני הדורות דלמטוניה ה"ז שייך גם לבני העיר אלא כונת המח"א שהפקרן הפקר לכ"ע משא"ך תקנת הדורות דוקא למקום שתקנו) ומ"מ הפרה"א ז"ל בסוף התשו' נראה דלא סמך ע"ז להלכה ולא פסק הדין לזכות יורשי האשה רק משום לתא דמנהג ע"ש ובל"ז פשיט"ל שאם היו רואים דברי הרשב"ץ המפורשי' באין נפתל ודאי הוו הדרי מחילוקם.

ולדידן לדינא לא נ"מ מידי חזקא מפני מ"ש לע"ד שמרן בתשו' מפורש דגם בתקנת דורנו והס' מוחזק מ"מ וכוותיה חייבי' לדון ועוד דרבים המה המחזיקים בזה כמ"ש חק"ל אה"ע סי' מ"ג דצ"ו ע"ג וז"ל וכ"ש שהבעל יורש מדי"ת והיורשים מהתקנה ורבו הסו'

דבס"ת גם שהוא מוחזק מ"מ וכ"כ כר"ש אה"ע סי' מ"ז דרבו הסו' כן ואפי' בס"ת דש"ס ע"ש וכבר אני בעניי זכרתים למעלה.

וא"כ לו יהיה דהו"ס מי הוא המוחזק הא קיי"ל דניזיל בת"ר דעיקר הדין או דחזקה והכא רובא דרובא יש כמובן ועוד דב' מחלוקיות הם חד בס"ת דש"ס והב' בס"ת דדורות והו"ל כס"ס דהוי רובא ולכן יש לדון בס"ת דמ"מ. ועתה ראיתי להג"פ פנ"י ח"ו דצ"ב הביא מאבני שוהם ז"ל שדן להוציא מהמוחזק בס"ת כהוראת מרן בתשו' דגרירין בתריה וכן נמשך אחריו הרב יריים משה ח"מ סי' כ"ג דע"ה ע"ב רק שהרב הי"ו תמה עליהם לשטתו ולקמן ית' תשובתו.

גם בדה"ג בירושת"ו דנו כן בשמח"ל אה"ע סי' ד'. ומינה לא תזוע: עתה אעמוד ע"ד הפנ"י הי"ו בנוגע לזה שכתב בח"ה דקצ"ו לקרוא בשם ליורשי' מוחזקים מכל האמור יוצא כי הם באים להוציא מן הדין והאל' מוחזק בדין) מה שדן ממהרי"ן בשם הפרמ"א דבס"ת שקול בתקנה מהני תפי' (התם בתקנת הש"ס מיירי וא"ע לתקנת הדורות) מה שדן במכ"ש לנדון הנז' דתקנת ירוש' מסייעת ליורשי' כפי' מהרי"ך וצירופם הוי רובא (כיון דאין שום עיר נגררת אחר חברתה בתקנות כמש"ל והרא"ש בכע"ט הגם שהעידולו שתק"ה נוהגת בכל הארצות כתב במקום שלא נתברר המנהג יעמוד על ד"ת ובכנ"ה בס' בתקנה כתב הבו דלא לוסף עליה.

ובב"י סי' קי"ח לגבי מתנת חצי השבון כתב שאין ללמוד לשאר מקומות א"כ מה ענין צירוף תקנת ירוש' לעי"ק דאפ' לא נהגו כמותם לרובא דדינא שהכל חייבים בו) בדקצ"ז דחה ראייתנו מתשו' שמח"ל דהתם שאני שתקנת ירוש' מסייע למהר"ן רוזיליו (זה נתבאר ביטולו לעי' דאין סיוע מתקנת ירוש') וגם נתן להם טעם חדש משום דנדונייא בחזקתה כמ"ש בס"י צ"ו דנוטלתה בלא שבועה.

(אמת דנדונייא בחזקתה מהך דנפל הבית עליו ועל אשתו אבל איך נשנה טעמם משום ס' בתקנה לטעם שלא זכרוהו. גם ראיתו מסי' צ"ו עיין בב"ש דהאידנא דכוללים גם הנדונייא בסכום אחד לא תטלנה רק בשבו' והגם שי"ח בזה אם כדב"ק הי"ל לפרש ולא לסתום) בדרט"ו דחה הראיה מתשו' מרן דשם בלא"ה פשוט לו למרן שהיא זוכה בדין לפיכך זן להוציא מהיורשי' מי לא ידע בכל אלא רק שמרן מצא זכות לה גם למי שיסתפק ולדבריו א"כ במה נתפייס המסתפק אם לא דבס"ת מוציאים מהמוחזק) ובדקצ"ו היתל במה שלמדנו מדברי מו"א ז"ל והשיב דתקנתא מתקנתא לא ילפינן וכו'.

(הרוצה לשפוט בצדק כונתנו יבין שר"ל דמלבד שאפי' אם היה ס"ת הזכות הוא לא עוד אין תקנה בעי"ק רק מנהג שנמשך מתקנות עיירות אחרות כמ"ש מרן מרפ"א ז"ל בשמח"ל. וע"ז למדנו ממו"א כיון שאין המנהג ברור אין לומר שנהגנו לכולה מלתא והוא פשוט) ומ"ש להשיב ע"ד דמעולם לא ראינו שחלקה עם שאינם בניה דאין לא ראינו ראייה.

(ימחול דאין כונתנו להבי"ר מלא ראינו רק מדלא ראינו לא ידענו בירור למנהג. ועוד הנה מרן בתשו' ה' כתובה סי' ב' כתב דבכה"ג דהעיר קטנה ונשאר כמה אלמנות והוי הרגש בדבר ולא ראינו הוי ראייה וכו' ועיין לפרי הארץ ח"ב מדס"א ואילך דגם בלא

הרגש בדבר לא ראינו ראייה כל שהוא לקיים הדין ולא לחדש מנהג וכו' ונד"ד הוי לקיים הדין ולא לחדש מנהג ומני"ר שרוצה לחדש המנהג עליו הראיה ומש"ש דלא קאי מש' הירושה כמנהג א"י וכו' אהשבון דלא כמ"ש כבר הארכתי בזה לעי' דאלו ואלו דברי הפוס' (באופן לישרי לן מר במה שטען עלינו כי תלי"ת הם דברים מצודקים והחלק יעיד על הכל וכעת הנה מצאתי לה"ג כמהרמ"ס ז"ל מרה דעה"ק צפת"ו שכתב וז"ל תקון גבית הכתובה כשאינ בעזבון שיעור ב' כתובות בעה"ק צפת"ו שאין לוקחת האלמנה כ"א חצי העזבון זה דוקא כשהיורשי' הם פרי בטנה אבל לגבי שאר יורשים שאינם יוצאי חלציה אלא שהם בני בעלה מאשה אחרת או אחי בעלה או שאר קרובים לא תקנו כלום אלא גובה כתו' כפי ד"ת ע"כ ולפי"ז הנה בצפת נתפשט כפי' מהר"ן והוא הפך מתקנת ירוש' ועי"ק טבריא ת"ו מוטלת בס' שקול וכ"ן מהה"ג כמהר"א כלפון העיד מהה"ג חשק"ן שלמד כן מרב חנ"א ז"ל שקבל מרבותיו ומשמע דגם בטבריא דנו (כן) וכמ"ש שראוי לדון בו יד בעה"ס עהת"ח ואפי' מוחזק וכן בכל ס"ת וכמ"ל וה' יאיר עינינו בתורתו: לתשלום הענין אמרתי להדפיס תש' דברי הה"ג מהרמ"ס ז"ל ודברי הה"ג כמהר"א כלפון ז"ל שקבל מהה"ג חשק"ן ז"ל שקבל מרבני צפת"ו והרה"ג רב חנ"א שקבלו מרבותיהם.

ויה"ר שלא יבואו בני' לידי כך: מהרמ"ס. א') כשיש לו בנים ממנה ומאשה אחרת אותם שממנה לוקחים ההפרש שבין שיעור כתו' לחצי העזבון ושמאשה אחרת אינם לוקחים רק במה שהוא מותר על סך כתובתה.

ב') אם מת בנה בחייה חוזר המותר לאל' עד כדי תש' כתובתה ולא ליורשיו ואפי' בניו דלגבי בנה ובתה לבד הוא דמחלה וכ"ך מהרא"ך ז"ל. ג') אם היו חובות על בעלה באופן שכפיה"ד יגבו מהיורשים אם החובות מוקדמי' לה או שנט"ק ממנה תחילה בחיי בעלה יגבו תחילה ואח"כ יחלוקו היא והיורשי' ואם מאוחרים ולא נט"ק תחילה לא יגבו בע"ח כ"א מהמותר על סך כתו' והיא תתן המותר מסך כתו' על חצי העזבון לפרי בטנה ואינו חייב לשלם כלום לבע"ח מזה הממון לפי שלא זכה בו מכח ירושת אביו אלא הוא כמו מתנה שנתנה לו אמו חלק מכתו' והגם דבתשו' הרא"ש מפו' דחייבים היורשי' לפרוע לבע"ח מזה המותר וגם מזבח אדמה אה"ע סי' ק"ב העלה כן הט' דהתם התקנה לחלוק עם היורשי' בין הם בניה בין אינם בניה ואם ימותו בחייה יורשי' חלקם היורשי' מצד האב ונמצא שזוכים בזה מצד אביהם לכן חייבים לפרוע חובו משא"כ תקנת צפ"ת שנתברר שחוזר המותר לאל' נמצא שאין זרעה זוכה מכח האב רק מכחה דעשו תקנה זו כמתנה מהאל' לבנה לפיכך כמו שאין היא חייבת לשלם לבע"ח המאוחר כן דינו של זרעה הבא מכחה.

ד') בענין ההשבון אין נ"מ בכלל התקנה אלא יורש אותם הבעל כולם כמ"ש מהר"ח מודעי בהגהות זכרון לראשונים שבס' בירך משה אה"ע סי' קי"ח אוי"ג וכ"ך מהרא"ך ז"ל ויתר דבריהם בזה באו בפנים קחנו משם: חו"מ סי' כ"ט ראובן איש החסד ואמיד בנכסי מעיר פלונית משכן בית באר"ץ משמעון במשכנתא דסורא למשך שנים רבות ובמשלם שניא אלין תפוק בלא כסף.

אך התנו ביניהם שאחר עבור ג' שנים יוכל הלוה לסלקו כשיחזיר לו מעותיו ועבר הזמן  
ההוא ודרש ראובן ע"י קרובים ששמעון יפדה המשכנתא או יצא ממנה (כי נשאר דר  
בה) ושמעון היה משתמיט כי איש עני הוא וראובן בחסדו היה שותק עד ששמעון חלי"ש  
וראובן היה תובע כן מבניו והיו משיבים שנכונים הם למכור הבית לשלם לו חובו  
והמותר יהיה להם וכן עשו ומכרוה ללוי שהיה ממושכן בידו חציה מדודם.

אך לא שלחו לשלם לראובן ויהי כשמעו שלח ומינה מורשה לעמוד בד"ת עם לוי לצאת  
מהבית כי שעבודו קדם וגם ישלח לו מה שדר שם אדביני ביני. ולוי טוען דלאו בע"ד  
דידי את רק עם המוכרים.

ושכי' הזמן שדרתי איני חייב כיון שחציה ממושכן בידי בשלי אני דר. והמוכרי' משיבים  
דכיון דעבר זמן הג' שנים שקצבו לפדות הו"ל אחר זמנו ואינו גובה מלקוחות ואפי'  
מהיורשי' בלא שבועה והמורשה השיב דלוי הוא בע"ד וגם מחוייב לשלם השכי' דל"ש  
בזה טענת בשלי אני דר.

וגם כיון שהמשכנתא יש לה דין מכר הנה מפו' בשה"ג פ' חזקת דבמכר ליכא דין הבא  
ליפרע מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה ע"ש ושואלי"ם הלכו הדין עם מי: ואני אשיב  
תחילה על טענות לוי ואח"כ על טענת היורשי'. כי בטענתו דלאו בע"ד נראה דלא צדק  
דאפי' בשטר חוב פסק בח"מ סי' קי"ד כשימצא המלוה ללוקח כופין אותו לדון עמו וא"י  
לומר לך אצל הלוה ע"ש והכא נראה דאפי' הנחתי לך מקום לגבות ל"מ טעין כיון  
שכתוב ובמשלם וכו' תפוק בלא כסף הו"ל כאומר לא יהיה לך פרעון רק ממנה דזהו  
משכנתא מפו' שכתב בסי' קי"ז שדינה כאפותיקי מפו' וכתב הש"ך בדינים העולים מסי'  
קי"ד בס"א דבאפותי' מפו' ל"מ למימר הנחתי לך מקום וכו' והגם דבסי' קי"ז ס"א משמע  
דאין בע"ח גובה מאפותיקי רק כשלא ימצא בני חורין ומהגה שם משמע דזה גם  
באפותיקי מפורש כבר הסמ"ע בסק"ח העלה דזה דוקא באפותיקי סתם אבל אפו"מ  
יגבה משם גם במקום בנ"ח והש"ך סק"ג רמז אליו משום דהכי ס"ל והגם דבנ"ד בטלו  
זה מתנאי שאחר ג' שנים יוכל לסלקו בדמים הרי גם אפו"מ אם ירצה לסלקו הלוה  
בדמים מצי ועכ"ז הלוקח לא עיין בסמ"ע בסי' קי"ז סק"ו ומינה לזה.

וגם מ"ש שעבוד על שאר נכסי לא מגרע כזה דבד"מ סי' קי"ז כתב משם הרשב"א  
דאפו"מ הגם ששעבד לו נכסי אחרים לא יוכל לסלקו בהם (מ"ש בב"י דאפותיקי סתם  
כגון משכנתא וכו' משם ה"ה והביא מהר"ן דמשכנתא שאוכל פירות מעתה עד שתפדה  
אעפ"י שאמ"ל גבה מזה הסכימו הראשונים שדינה כאפותיקי סתמוכו' אינו סותר למ"ש  
דהתם מיירי במשכנתא בנכייטא דאינם מחלקי' הסך על זמן המשכו' וכאשר ישלמו  
תפוק בלא כסף משא"כ בדסורא דדינה כן אין לך לא יהיה לך פרעון אלא מזה יותר  
ממנה ויש להוכיח דהויא כאפו"מ ממש דהא באפו"מ קי"ל דאם נשטף וכו' אינו גובה  
משאר נכסים וה"ן כתב המבי"ט ח"א סי' כ"ח וח"ב סי' קנ"ד דמשכנתא דסו' אם נפל  
או נשרף אינו מעמיד לו אחר ואינו פורע לו שארית המעות עיין למ"מ פ"ו ממלו"ל  
וכנה"ג סי' שי"ב הגה"ט או"מ ונ"ז) וא"כ דינא הוא שלוי בע"ד דראובן הוא: ולטענתו  
שפטור מהשכי' משום שהחצי ממושכן בידו ובשלו הוא משתמש נראה שנתלה בזה  
במ"ש בהגה בח"מ סי' קע"א סוס"ח והן דברי הרשב"א בתו"א הבי"ד הב"י שם שאם

אירע שהשותף ישב שנים או שלש לא יוכל השני להשתמש כנגדן דכל שלא חלקו בשלו הוא משתמש ע"כ ונראה דהגם דמהרשד"ם סי' לק"ט חולק בזה מ"מ כיון שבב"י הבי"ד הרשב"א בלי חולק הגם דבש"ע השמיטם הכי ס"ל עיין ויוסף אברהם סי' כ"ג האריך בזה (ודלא כמ"ש זרע"י נאים ז"ל סי' טו"ב מדהשמיט הש"ע דין זה בש"ע לא ס"ל הכי ע"ש) ועיין במשכה"ר מע' ש"ן או"ן מה שאסף בדין זה.

והגם דביו"ד סי' רכ"ו לענין שותף המודר הנאה משותפו חילק דל"א בשלו הוא נכנס רק כשאין בה דין חלוקה משא"כ אם יש בה דין חלוקה והכא לא חילק הרשב"א וגם הב"י לא העיר עליו י"ל דטעם הרשב"א פה משום שכבר דר אבל לכתחלה אפשר דביש בה דין חלוקה מצוי לעכב. ומלתא דאיסורא לכתחילה היא (שו"ר למהריב"ן שם הרגיש בזה ותי' קרוב לזה ע"ש) אך ראיתי להרב עדוב"י בליקוטיו סי' ק"ד תמה על הרשב"א ז"ל מדתנן בהבית והעלייה דקי"ז הבית והעלייה של שנים שנפלו אמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלייה בונה את הבית ודר בתוכה עד שיתן לו יציאותיו רי"א אף זה דר דלא קיימא לאגרא וגברא עביד למיגר ובהא פליגי בתוך הבית צריך להעלות לו שכר אלא וכו' דהתם בעל העלייה נמי אית ליה בגוף הקרקע שלישי כמפוי' התם ועכ"ז חייבו ר"י לשלם שכר ול"מ למימר בחלקי אני משתמש וגם ת"ק מודה בזה ול"פ רק משום דנהי דחצר קיימא לאגרא כיון דבעה"ע לא עביד למיגר שיכול לדור בעלייה בונה ודר עד שיתן לו יציאותיו ולא מחזי כרבית ור"י סבר דכיון שמן הדין חייב לתת לו שכר כנז' מיחזי כרבית ע"ש ואחה"ר הנה מפירש"י שם נראה דמיירי בחצר דלת"ק זה נהנה וזה אינו חסר פטור ולר"י חייב וכיון שאינו משלם מחזי כרבית ולפי"ז הנה גם טעם הרשב"א מפוי' שם משום דזה נהנה וזא"ח כיון דיש לו להשתמש בחלקו וזה שלא רצה לדור עמו והלך לאו מידי חסריה ומי עיכב ע"י עד היום ואיהו דאפסיד אנפשיה ואתי כטעם ת"ק דקי"ל כוותיה ועוד י"ל דהרשב"א מיירי שלא חלקו וכ"מ במור"ם אבל כשחלקו ומבורר לכ"א חלקו כגון הבית והעלייה דלכ"א נתברר חלקו הגם דבעה"ב מחוייב לבנות ולא רצה מ"מ אמ"ל מעות אית לך גבאי וכיון שאתה משתמש בחלקי הברור תנכה השכי' מהם לפי"ז אם בנ"ד מבורר חלק כ"א מהם פשיטא דאינו יכו"ל בחלקי אני משתמש) ועוד י"ל כמ"ש"ל דל"א הרשב"א רק בשדר כבר ולא לכתחילה ובבית ועלייה לכתחילה פליגי.

באופן דדינו דהרשב"א ז"ל חי וקיים קב ונקי. רק מה שיש לעמוד דאולי ל"א הרשב"א רק במי שיש לו חלק בגוף הקרקע ולא בממושכן או מושכר אצלו לפירות.

ומתשו' הרא"ש כלל צ"א ס"א נראה דגם בממושכן י"ל כן שכתב שהרי בדמי המשכונה שלו נחשב כשותף דנק' יורד ברשות להשביח חלקו ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל וכו' ע"ש ודון מינה גם לענין זה דהוי כשותף שבחלקו משתמש (כ"ז אם דר שמה הוא עצמו אבל שוכר לאחרים חייב לחלוק עמו ודאי עיין פת"ש סי' קע"ה סק"ט משם שער המשפט) אבל מדברי המג"א א"ח סי' קל"ב ס"ק נראה לחלק שכתבבענין קדיש שאחד אמר קדיש היום ולמחרת בא חבירו ואמר אני אומר נגד קדיש שאמרת אתמול שכתב על הרוצים לדמות זה לדין שני שותפים שכל שלא חלקו שיאמר בחלקי אני משתמש דלא דמי דהתם נשתמש בחלקו ועדין הוא קיים אבל הכא אין קדיש אחד שייך

לשתייהן ודמי לשותפיה במטלטלים ואכל אחד מהם קצת שחבירו אוכל נגדו ע"כ ולפי"ז ה"ן דהשות' אינה בגוף הקרקע רק בשכירות דהו"ל כמטלטלי דמה שאכל זה הפסידו חבירו ודאי וכלה מן העולם שייך דינו דהמ"א ז"ל דיחלוקו השכי' שעברה ורחוק הוא זה מדין תשו' הרא"ש ז"ל כמובן: אבל צ"ע בטענת היורשי' אם הממשכן טורף בלא שבועה.

דמאי דפשיט"ל להמורשה דמשד"ס דינה כמכר ועשה יסוד מזה לפוטרו משבועה עפ"י ס' שה"ג ז"ל לא תעמיק בזה כי בב"י יו"ד בסי' קע"ב ובאבקי"ר סי' קי"ב (הובאה במבי"ט סי' רנ"ט) מפו' דג' טעמים יש להיתר משכנתא דסורא לדעת התו' כיון שכותבים בה במשלם שנייא אלין תפוק בלא כסף הו"ל כלוקח פירות אלו בדמים אלו ולהרמב"ם משום דהוי כשכי' וכל תנאי שבשכי' קיים ולה"ה משום שאין כח בידו לסלק ולגבות חובו וכו' עש"ב (יש ששיערו כי משכונא זאת נעשית בחוב קדום ולא במזומן ולפ"ז גם למטוניה דהמורשה הא קי"ל בסי' קצ"ה דשכי' ומשכונא אינם נקנים במלוה וכ"פ סי' ר"ד גבי מי שפרע בי"א וי"א וקי"ל ה' כי"א בתרא והדר הו"ל חוב.

ואמינא ליה דהזר"א ח"ב סי' ס"ט כתב שאם כתב לו שטר קנייה קנה והביא כן מפוס'. ולעד"ן להוכיח כן מתשו' הרשב"א שהביא ב"י סי' ר"ז מחו' ל"ד מי שקנה קרקע בחוב קדום ועשה הטבה שאם יחזיר לו מעותיו יתבטל המכר שכתב שהמכר בטל מפני תנאי ההטבה ושקו"ט בטענת המוכר שכבר החזיר המעות ע"ש והרשב"א הוא מהסו' דמכר בחוב קדום אינו מכר כמפו' בסי' קצ"ט ור"ד בב"י וא"כ למה לא ביטל המכר מפנ"ז אלא מוכרח משום שכתב לו שטר מכירה ככתוב שם.

והיה ק"ל ע"ז ממ"ש הרשב"א ח"ה סי' קס"ב וקס"ה דשטר לא מהני עד שיתן דמים ותל' דאפ' כיון שהיה לו חוב אהני בעת כתיבת השטר כאילו נתן לו דמים ושו"מ בפ"מ ח"א דקנ"ח כתב חי' זה מהרשב"א שהביא הב"י בסוס"י קצ"ה ושו"ש שכינותי אל האמת. עוד מצאתי הדבר מפו' במשכנתא גופה בש"ע סי' ס' ס"ז ראובן הלוח לשמעון מנה ואח"ז כתב לו שטר בקנין מחמת וכו' משכנתי לו קרקע וכו' זכה במשכונא ע"כ ובסמ"ע סקכ"ה וכ"ב כתב דהאי' שטר בקנין לאו שעשה לו קנין בפ"ע אלא כלו' כתב לו שטר קנין לאפוקי שטר ראייה הרי דמשכונא על חוב וכתב לו שטר זכה ומוכרח דבסי' קצ"ה מיירי בלא שטר.

והגם דבב"י נראה דאי אזיל בתל' ראשון של בעה"ת בעי קנין עם השטר וצ"י מ"מ בנ"ד דאיכא שטר וקנין גם אם ההשערה אמת קנה) והשתא אי הוה פשיט"ל דמשכנתא כזאת שחילק הסך למספר שנים רבות ועדין לא שלמו דהו"ל תוה"ז הנה מפו' בסי' ע"ח דאם מת בתוה"ז ובא המלוה לטרוף מהלקוחות דלהרמב"ם א"ץ שבועה וי"א שצריך ובסי' קי"ד ס"ד סתם כהרמב"ם וכן בסי' פ"ד ס"ב לענין פוגם שטרו סתם דאם הוא תוה"ז יפרע בלא שבועה אלא א"כ טוען הלוח ישבע לי ע"ש (בש"ך סק"ג תמה דכיון דקי"ל תוה"ז גובה גם מיתמי א"כ כ"ש כאן אפי' טען וכו' ואני לא זכיתי להבין דלפמ"ש הסמ"ע בסי' ע"ח סקי"ב למצריכים שבועה בלקוחות לחלק דביתומים א"ץ משום דאם איתא דפרעיה הוה מפקיד להו וידעי וטעני משא"ך לקוחות אימור פרע ולא ידעו והש"ך

סקי"ד הבי"ד אין כאן קו' דל"ד יתומים דלא צווחי ולזה א"ץ שבועה לעודנו חי והוא צווח דפרע.

ועלה ע"ד לומר דהש"ך ק"ל להש"ע דפוסק כרמב"ם דא"ץ שבועה גם בלקוחות וא"כ כ"ש הוא דאם בלקוחות די"ס שגם שהוא מודה שלא פרע חיישי' לקנוניא אפי' תוה"ז צריך שבועה ס"ל להרמב"ם דא"ץ בפוגם שטרו לא כ"ש אלא דהש"ך לא הק'מכח לקוחות אלא מכח יתמי לזה צ"י) אבל הא גופא נראה כיון שהתנו שיוכל לפדות אחר שלש שנים וכבר עברו דהו"ל אחר זמנו ומבע"ל לברר די"ז לשלשה טעמים הנז' לטעם ה"ה ז"ל מפני שאין כח למלוה לסלקו וחשש לו באבק"ר שם וגם בש"ע כ"כ בסוה"ס"י כיון שאין המלוה יכול לסלקו א"כ הו"ל כשטר מלוה שלאחר זמנו ונשבע דאין ס' לומר דכיון דאין המלוה יכול לסלקו הו"ל כתוך זמנו דעלמא דהלוחה אי בעי פרע ורק המלוה אינו יכול לתבוע וה"ה הכא דליתא דעיקרא דמילתא שאמרו חזקה אין אדם פורע תוה"ז לאו משום דלא מצי המלוה לתבוע אלא משום שכיון שקבע זמן מסתמא הוא צריך להם כל אותו זמן ולא פרע וכמו שמוכח מר"ל בעל המימרא שאמר ולואי שיפרע בזמנו ול"א הלואי שיקבל לגבות תו"ז.

וא"כ כשעבר זמן דאז א"ץ למעות וכגון נ"ד אזדא חזקה הנז'. ולא נשאר רק מה שרמז המו' במכתב לעיין במשכה"ר מע' מם אוקצ"ה דשם הביא תשו' הרשב"א ח"ג שטר משכונא שכתוב לזמן ושם יעבור הזמן ולא יפרע הרשות ביד המלוה למושכה כ"ז שירצה ומת מלוה וטען ראובן שאין אדם מוריש שבועה לבניו ויורשי מלוה משיבין שמת אביהם תוה"ז לפי שנמשכה המשכונא עד עתה כי ביד שמעון למושכה וכ"ז ההמשכה הוא תוה"ז ע"כ ורצונו ללמוד מזה דה"ן שמקודם הזמן שקצבו לפדיה זמן המשכנתא היה משוך לשנים רבות הו"ל תוה"ז.

ואנא אמינא ליה דמלבד כי לא זכינו לתשו' הרשב"א ודעתו בזה אפי' אם הוא מסכים למונח השאלה אין הנדון דומה דהתם כלה הזמן וההמשכה חדשה זמן אחר והכא להפך דהיתה ההמשכה מקודם ואתא קביעות זמן והגבילה. עוד בה הנה מצאנו למהרשד"ם ח"מ סי' ר"ח נסתפק בנדונו וכתב אלא דאכתי מספק"ל די"ל עד כאן ל"מ האי חזקה אלא במלוה ולוה אחריני אבל בכה"ג שכבר בחיי הלוחה הגיע הזמן אלא שהמלוה נתחסד עם הלוחה והאריך לו הזמן אפי' דבכה"ג ל"א חזקה וכו' ע"ש ולכאורה ק' אמאי לא פשיט ספקו מהך דהרשב"א דגם בהמשכת זמן מיקרי תו"ז אלא דפשוט דשאני כשהמשכה היתה לטובת המלוה דאז ודאי גם אם ירצה הלוחה להחזיר המעות הוא לא יקבל אז שייך חזקה וכו' משא"כ כשהיא לטובת הלוחה נסתפק מהרשד"ם דאימור זוזי אזדמנו ליה ופרע גם תוה"ז וא"כ בנ"ד דההמשכה אינה לטובת בעל המשכונא שייך ס' דמהרשד"ם הן אמת כי הכנה"ג סי' ע"ח הגה"ט או"י"ז פשיט"ל בהך דמהרשד"ם דהו"ל תוה"ז ומ"מ אפשר דגם הכנה"ג ל"א רק התם דמיהא הגבילו זמן ההמשכה ע"ס ה' שנים וכל תוך ה' שנים הוי תוה"ז אבל בנ"ד דאחר זמן שקבעו יוכל לסלקו משם ואילך י"ל דכל שעתא דאיתרמי ליה זוזי סילקו ואין כאן חזקה.

ועוד אני אומר מטעם אחר דכ"ע מודו הכא דהדין עם היורשי' כי מהראנ"ח ח"מ סי' ט"ו נסתפק במלוה שפורע עליה ריוח אי גם בהא אמרי' חזקה אין אדם פורע. ומהרימ"ט



ח"מ סי' קכ"ד הביאו ולדידיה פשיט"ל דאדם שהוצרך ליקח בריוח ואפי' דבר מועט י"ל דמדלא הוצרך להם החזירם ואין כאן חזקה וחילק מזה לשטר עסקא שדן בו הרא"ש כלל פ"ו (ופסקה בש"ע סי' ק"ח ס"ד) דכיון שיש לו מחצית שכר אמרי' חזקה לא פרע דהתם הטעם משום שאין עליו אחריות שאם נשתכר טוב ואם לאו אינו מפסיד ע"ש וא"כ בנ"ד שמשכן הבית להשתכר במעות והוא מפסיד שכר הבתים אם לא ימצא להשתכר עביד דפרע גו זמניה.

(שו"ר לשלחנו של אברהם ז"ל ח"מ סי' ע"ח נסתפק במשכונא לזמן אי שייך בה חזקה לא פרע והביא ס' מהראנ"ח ופשיטות מהרימ"ט ורמז למהרשד"ם ח"מ סי' ר"ב נראה דר"ל דפליג על מהראנ"ח ז"ל דשם נשאל כנדונו ממש ולא חש לס' לפטור היורשי' ע"ש) ומצאתי למט"ש סי' ע"ח אוי"ו כתב דמהראנ"ח לא נסתפק רק בהנאה מועטת אבל במרובה יודה גם הוא דפרע ומינה לנ"ד שהוא הנאה מרובה הכל מודים דפרע גו זמניה: ולטעם היתר משכנתא משום שכי' (טע"ז תפסו ביו"ד סי' קע"ב לעיקר גם בח"מ סי' קצ"ה השוה משכנתא ושכי' יחד בפרט אם נוהגים כעי"ק לכתוב לשון השטר בלשון שכי' עיין בפני יצחק ח"א ביו"ד סי' וי"ו נפל מח' בינו ובין מ"ד המלאך ר"מ ז"ל דלמ"ד חשיב ליה שכי' גמורה ועיין למט"ש ח"ג בתשו' י"ב) הנה מהריק"ש סי' שי"ב בהגהותיו כתב השכיר לו בית לזמן בשטר ונתן לו שכי' והתנה שאם יחזיר לו המעות יתבטל השכי' בע"ה אומר החזרתי המעות ונתבטל השכי' והשוכר אומר לא החזיר והשכי' עדין קיים על השוכר להביא ראיה.

ונראה טעמו משום דקי"ל בכל ס' שיפול בין השוכר והמשכיר בעה"ק הוא המוחזק ועל השוכר להביא ראיה וכמ"ש מרן בח"מ סי' שי"ב סט"ו ועיין בכנה"ג ח"מ סי' ק"מ בהגה"ט ס"ק קצ"ג ולכן ה"ן דכוותה ממש דהא דמהריק"ש ועל השוכר להבי"ר דטענינן ליורשי' מאי דמצי אבוהון למטען והגם דנראה כי דב"ז הוא במחלוקת כי מהרי"א ז"ל בסי' שכ"ו נתגבר כארי להשוות הך דהרשב"א דס"ל קרקע בחזקת לוקח קיימא עם הרי"ף והרמב"ם וכו' דס"ל על השוכר להביא אע"ג דשכי' ליומיה ממכר ותכלית דבריו דאם המשכיר מודה דהשוכר ירד לה כדין ונפלה הכחשה ביניהם באופן אחר כ"ע מודים דבחזקת שוכר קיימא משא"ך במכחישים זה את זה בעיקר השכי' הכל מודים דבחזקת בעלים קיימא ע"ש וא"כ נדון מהריק"ש ודיזן שהמשכיר מודה כי השוכר ירד כדין נראה דלא אתי שפיר למהרי"א ז"ל מ"מ הנה מהרשד"ם סי' רצ"ג חלק עליו ונתעצמו בזה עיין במהרי"א סי' שכ"ח ושכ"ט ובמהרשד"ם סי' רצ"ד ושם ביאר מהרשד"ם דה"ן שמוכחשים בקבלת המעות הו"ל מוכחשים בעיקר השכי' והרי מהרשד"ם ומהריק"ש בשטה חדא וכיון דלא אתבריר לן דעת מרן בזה הדרינן לכללי הקי"ל וכיון שידוע דבנפל מח' מי הוא המוחזק אין לומר קי"ל רק ניזיל בתר רובא הנה הרוב סו' דהמשכיר הוא המוחזק והמה מהריק"ש ומהרשד"ם וגם הר"ש הלוי הוב"ד במהרי"א סי' שכ"ו (גם מהר"ר ברוך שם יש לדקדק מדבריו כן) גם מהר"ש גאון ז"ל בס' פני משה ח"ב סי' ל"ג כתב דטענינן ללוקח שהמשכיר פרע לשוכר וסמך עצמו על מהרשד"ם והו"ל רובא דמנכר נגד מהרי"א ומהר"מ מטאלון ז"ל דקאי כוותיה (אף דמט"ש בתשו' י"ב כתב דלא תיקן מהרשד"ם להשגת מהרי"א לא מפנ"ז יצטרף למהרי"א ואם יצטרף עכ"ז הו"ל רובא) ועוד דלפעד"ן דבזה אין לומר קי"ל כיון דסתם כל הפוס' מוכח דבחזקת

מארה קיימא זולת שבאנו להשוות דעת הרשב"א אליהם ובהא פליגי הנך רבוותא יש לנו לומר דלא שבקינן פשט הסוגייתא דכלהו פליגי אהרשב"א ז"ל והו"ל רובא דרובא נגד הרשב"א זולת צ"ב לזה.

הפוס' ואין לי פנאי. כי בל"ז נראה דגם מהרי"א ודעמיה אלא כשהשוכר קאים בהאי ארעא ודר בה משא"ך בנ"ד דמעולם לא ירד לתוכה וכמו שית' לקמן בע"ה: ולטעם דהמשכנתא הוייא כמכר הא ודאי דנ"ד שהתנו שלסוף ג' שנים אם יחזיר מעותיו יחזיר לו המכר הו"ל כמכר בהטבה והרשב"א ח"ב סי' קפ"ח.

(הבי"ד כנה"ג סי' ר"ז הגה"ט אופ"ג) כתב אם נפלה הכחשה בין מוכר ללוקח שהמוכר אומר כבר החזיר המעות והלוקח מכחיש על המוכר להביא ראיה. והביא מרע"ג שיש להחזיר (רע"מ ז"ל מיירי לענין הבית שהמוכר אמר התנאי היה בעת המכר ובטל מכח אס' ופירות שאכל הם רבית והלוקח אומר המכר מוחלט והתנאי היה אח"כ וא"כ אינו ענין לזה) שו"ר שדב"ז גם הוא במח' שנוי דלמהרשד"ם סי' רמ"ט נאמן מוכר לומר פרעתי ולמהרי"א סי' רי"א אינו נאמן (לשטתייהו אזלי במח' הנז"ל גבי שוכר ומשכיר) וראיתי למט"ש שם פשיט"ל דמהרשד"ם לא ראה תשו' הרשב"א הנז' ואם ראה הוה הדר ביה (יש לפלפל בדב"ק ואכמ"ל) ועיין לפ"מ ח"א דקנ"ח טען כן ליתומים קטנים בדרך אפשר.

ולפ"ז נראה בנ"ד דמלוה נאמן בזה דלא החזיר. אכן האיר ה' את עיני ומצאתי להכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' פ"ח עמד שם בכל זה וחי' דגם הרשב"א לא אמרה רק בירד לוקח לתוכה והחזיק בה כדין משא"ך אם המוכר עודנו בה ונפל הס' ודאי דבחזקתיה קאי ולמד כן ממהרש"ך סי' א' וממהרא"ש סי' קנ"ה ובזה ישב על מהרשד"ם הך דהרשב"א ע"ש והגם דהמט"ש בתשו' הנז' וגם בסי' כ"ט בהגב"י אוכ"ו ובסי' ק"ס הגה"ט אוט"ו פשיט"ל שגם בעוד המוכר בתוכה אמרי' דבחזקת לוקח קיימא מ"מ הנה גם הוא הודה דמידי פלוגתא לא נפקא ומלבד דרבים אומרים בזה דבעה"ק הוא מוחזק וכוותייהו ראוי לדון עיין להרב שער אשר בח"מ דכ"ג ע"א דסוגיין דעלמא כשדר בקרקע מאריה קמא דבחזקתו קאי אפי' שיהיה נגד רוב הפוס'.

ועל כל אלה הנה במשכנתא מפו' בש"ע ח"מ סי' ק"ח וז"ל אם היה השטר משכונא והיה אביהם מוחזק בה גובה בלא שבועה משמע שאם אינו מוחזק בה לא יגבה רק בשבועה. וזה מיירי ודאי במשכנתא דסורא כיון שביו"ד סי' ע"ב פסק שאין היתר במשכנתא רק דסורא (בתומים סקי"ב תמה כיון דלא שרי רק משד"ס איך מתוקמא הא דאם לא כלו הנך שנין דכתב ליה למיכל הו"ל תוה"ז וא"ץ שבועה ואי כלו אין כאן חוב כלל והקרקע תצא חנם ות' דאזיל בזה לדעת הטור דבנכייטא שרי ולע"ד אין הכרח אלא במשד"ס ולא כלו הנך שני רק שהתנה לוח שיוכל לסלק דשרי התם ביו"ד ע"ש) (גם המלך ר"ם ז"ל בתשו' פני יצחק הנז' הכריח מסי' ס"ז דכתב דשביעית משמטת למשכנתא באתרא דמסלקי דמיירי בנכייטא דאי דסורא לא מצוי המלוה לסלק ולא קרינן בה לא יגוש והפנ"י הי"ו השיב דכיון די"ס דכשהלוה יכול לסלק יש לא יגוש לא נפלא דמרן הכי ס"ל ומתוקמא בדסורא אשר גם בה הלוח יכול לסלק ע"ש) והגם דהרב"י עייאש ח"מ סי' מ"ב הביא ספיקיה דרבו ז"ל במשכנתא בנכייטא והמלוה אינו דר בה ואכל פירותיה אם

בזה נקרא מוחזק כיון דלא היתה ע"מ לדור או לא ומכח זה פישר שיחלוקו הקרן ע"ש גם אם נאמר דבדסורא נמי ס"ל כן עכ"ז נאמר דבנד"ד דלא אכל גם הפירות יודה דבעה"ק מוחזק שו"מ הדבר מפו' בפ"מ ח"ב סי' ק"ד דקצ"ט ע"ג דמת מלוה ויורשיו באו לגבות מלוקח מה שהיה ממושכן ביד אביהם וכתב יאמר האומר דכל כי הא להחזיק מיקרי ובלהחזיק אין אדם מוריש שבועה לבניו הא ליתא כיון שלא היה דר בה ולא אכל פירותיה וכו' הגם שחזר וזיכה ליורשים היינו מטעם נאמנות וצדדים אחרים ע"ש) ועיין למשכה"ר מע"א אוע"ו שהאריך ונראה מדבריו הך חילוק מעיקר הדין במח' הראב"ד ור"י הלוי (במה שהצ"ע ממרן סי' ק"ח שסתם כהראב"ד לסי' ס"ו ששנה הדבר במחלוקת אשתמיטתיה שקדמו בזה הש"ך סי' ס"ו סקצ"ח) באופן דבנ"ד דלא דר שם ולא אכל הפירות לכ"ע בחזקת מארה קיימא ולא יגבה מיורשי ולקוחות אלא בשבועה: אמנם עוד צריך להסתכל במה שערך השואל כי הלוח מת עני ולא היה בידו לפרוע וגם שהמלוה הוא חוץ לעיר נראה דרצונו לדון כמ"ש מטה יוסף ח"א ח"מ סי' ז' שאם ידענו שסמוך למיתתו לא היה לו ממה לפרוע וכו' או שהמלוה לא היה בעיר וכו' לא אמרינן דילמא פרע אלא מוציאין מן היתומים ע"ש וכן נמשך אחריו הרב מטה אשר בשאלות סי' ב' ועיין לחק"ל ז"ל ח"א ח"מ סי' נ"ה ד"ה אך את זה יש מקום לחייב את היתומים וכו' דמכ"ז נראה דאומדנא דעניות ושהיה מחו"ל פוטרנו מהשבועה.

אבל אחר הישוב נראה דגם זה לא מהני דמלבד דאומד' שלא היה בעיר האידנא דשכיחי שיירות וכו' ובפרט דהממשכן עצמו טען שהיה תובעו ע"י אהוביו נראה דל"ש הכא וגם אומד' דעניות י"ל דלא אמרוה רק בחוב הנמשך ביניהם מעסקים וסחורות משא"ך בנ"ד דאימור הנך זוזי גופייהו הדר יהיב ליה כשלא הוצרך להם (נהי דמציאה אשכח ופרע או שמאמחל לו ל"מ למטען דבבע"ח ח"מ ח"א סי' פ"ח כתב בזה פד"ר אי הוי מילתא דלא שכיחא ומילתא דל"ש פסק בח"מ סי' ק"ח דלא טענינן ליתמי) עוד כבר נודע מח' ראשונים ואחרונים אי אזלינן האידנא בתר אומדנא ועיין במהריק"ו שו' קפ"ט שהאריך בזה ולבסוף כתב ועוד כיון דאיכא פד"ר המוציא מחבירו עליו הראיה ע"כ ובנ"ד בא להוציא מיורשי ולוקח.

ועוד מרן שאנו סומכין עליו פסק בסי' ט"ו וז"ל ומשרבו ב"ד שאינן הגונים ובעלי בינה הסכימו שלא יהפכו השבועה אלא בראיה ברורה וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדין ולא באומדן המת או הטוען ע"כ (הגם שלכאורה זה סותר למ"ש סי' צ"א ס"ה יש לדון עפ"י פנקס וכו' ואפ"י להוציא מיתומים קטנים היכא דישי רגל"ד שמה שכתוב בפנקס אמת.

בלא"ה לכאורה נראה שסותר עצמו מדין פנקס לפנקס דבסי' ק"ז סי"ב כתב ראובן שמת ונמצא בפנקס כתוב בכת"י שהוא חייב לשמעון מנה היורשי פטורים והסמ"ע תי' דבסי' צ"א משום דישי רגל"ד וכו' אבל הש"ך כתב דאינו מדוייק ומ"מ יש לחוש שמא פרע וכו' אלא דבסי' צ"א מיירי באופן דאין לחוש לפרעון כגון תוה"ז ע"ש ובזה יתיישב הך דסי' ט"ו אם להסמ"ע אם להש"ך) ואפ"י אם נחשוב דהנך אומדני הוו אומד"ד ולהסמ"ע מהני גם להש"ע הנה להש"ך לא מהני ועיין כנה"ג סי' ס"ט בהגב"י אומ"ז אסף רבים כדעת הש"ך ומט"ש שם בהגב"י אוכ"ח לעומתו אסף רבים כדעת הסמ"ע מ"מ הדר

הו"ל פלוגתא ואין מוציאין מהמוחזק ועיין לפנ"י הי"ו ח"א בח"מ סי' י"ט צלל במים אדירים לישב דעת מרן לנדונו ולפמ"ש לא נ"מ מידי לנד"ז וכ"ש דהכא יש לוקח שני וטענינן ליה שמא הלוח החזיר דמי המשכונא עצמם ואפי' יודו היורשי' דאותם מעות ידעו דלהוצאה ניתנו לא מהימנינן להו דבלקוחות יש לחוש לקנוניא וליכא למימר דהמלוה גם הוא יטעון קי"ל להפטר משבועה וכמ"ש הכנה"ג בכללי הקי"ל אוע"ד דהא המט"ש בכללי הקי"ל אוס"ו כתב דל"א כן רק בבא ליפטר לא בבא לגבות ע"ש והכא בא לגבות וחוי' מזה נראה בנ"ד לפי מה שהבנתי מהכתבים דאחר גמר הג' שנים שקצבו לפדיה עוד עברו יותר משלש שנים אחרות שהיה שמעון ובניו דרים במשכנתא וראובן לא לקח מהם שכי' גם לא מיחה במ' ע"י כשרים דזכו בקרקע הנז' מכח חזקת ג' שנים ואימור חזר ולקחה שמעון ממנו אפי' למטוניה דהמורשה דהך משכנתא דינה כמכר וזה מפו' באידך תשו' דמהרשד"ם סי' רמ"ט ומהרא"ש סי' ק"ז ובני שמואל סי' כ"ח דמצי לטעון חזרתי ולקחתיה.

והבע"ח ח"א סי' פ"ח האריך בזה ואסיק דמצי למטען הכי ולא חש לס' מהרח"ש שם דשמא צריך היורש להב"ר שחזר ולקחה. ועו"כ דאפי' אירע שתבע ליורש והודה לו אימור בטעות ובאומד' הודה ואנן טענינן ליה (בזה אזדא ליה מ"ש בשאלה שתבע היורשי' והודו) ובנ"ד כי בחזקה בלא טענה כדקי"ל בסי' ק"מ דהבא מחמת ירושה א"ץ טענה.

וא"ת דשאנ"ה מכל הנז' דכיון דקי"ל דכל חזקה אינה באה אלא מכח שהי"ל למחות ולא מיחה א"כ בנדונותי' היה שייך למחות וכו' אבל בנ"ד הנה ידוע בסי' קמ"ו דלשון המחאה הוא פ' שמשמש בחצרי וכו' גזלן הוא והכא ל"מ לומר בחצרי דאין גופה שלו י"ל דכיון שהפירות הם שלו הו"מ למחות שהפירות שהם שלי והוא גוזל אותם לעתיד אתבע אותו בדין עליהם וכ"כ משפטי' ישרים הנד"מ ח"א סי' א'.

ואין להשתבש דהו"ל שותפים זה הקרקע שלו וזה הפירות שלו ובסי' קמ"ט קי"ל דשותפים אין להם חזקה דהא גם בזה קי"ל התם דלא יטול בעה"ק את שלו כ"א בשבועה ותו דהפירות שאנו דנין עליהם כולם של ראובן ותו כיון דקיימינן ביורשי' הנה קי"ל דא"ץ לומר שום טענה רק ירשתי ממורישי ואין עוד.

וא"כ כיון שלא מיחה עלתה חזקה והיורשי' זכו והלוקח זכה מכחם ולא גבי אפי' בשבועה זהו מה שנלע"ד להשיבהסימן ל' האי צו"מ דאית ליה דינא בהדי ראובן שהיה דחוק למעות בעבור נדן בנותיו שהגיעו לפרקן וגם לפרעון חובותיו אשר הנוגשים אצים בו לפורעם ולזה הסכים למכור חצירו לשמעון ונתפשו בניניהם על המקח וקודם שיגמרו הקנין בא האי צו"מ לוי אשר גם הוא אחד מהנושים מכח ירושת אביו ז"ל ופחד שמא תקדום א' אביו בשטרות שהם תח"י לגבות מראובן והוא יצא נקי וקדם ונתפשר לקנות הוא מראובן חצי החצר הנז' במאה ל"פ.

ויען שלא היו כל המאה ל"פ מזומנים תחת יד לוי וראובן רוצה לקחת איזה סך להתפשר בו עם הבע"ח כדי שתשאר המקנה משופה בלי שעבוד ויוכל למוכרה לו בשופי הקדים לתת לו סך ל"ה ל"פ שבכללה הפשר של חוב אביו והסך ס"ה ל"פ נשאר תחת ידו וראובן כתב לו נייר בחת"י וז"ל להיות לראיה ביד פ' שקבלתי מאתו סך ל"ה לירא

ובהסך הנז' נכלל החוב שמגיע מאתי לאביו ז"ל וסך ס"ה נפוליון מחוייב ליתנם לי פ' בר"ח אדר"א מחוייב ליתן לו קנין וחוג'ט בממשלה על המכירה שמכרתי להנז' על יד הראב"ד מהר"ר פ' וכל ההוצאות במכירה שייך על הקונה ולראיה ח"ש טו"ב טבת תרנ"א פ' והראב"ד קיים חתי' בזה"ל דא חתי' פ' שחתם בחת"י ממש על הנ"ל ובפני נעשה גוף הענין ואשרתיו כדחזי פ'.

וראובן היה דוחק כמה פעמים בכל יום לפרעון הסך הנשאר קודם ר"ח אדר. גם בתוה"ז רצה לוי לחבר ביתו הסמוכה למקום המקנה בהטלת קורות מזל"ז וראובן מנע הפועלים בקולות וברקים שאין ללוי חלק ונחלה במקנה עדין.

ויען שלוי הנז' לא מצא מלוה עד שתהיה המקנה משופה וגם נגלו אליו סדקים בכתלים ופחיתת אבנים מכיפת החצר מצד התחתון שאצל המבוי ביטל לקנות ותובע הל"ה לי"פ. והראב"ד סידר פס"ד לזכות ראובן כי נגמר המקח בכסף ושטר וחזקה ומחוייב לוי לפרוע הסך הנשאר ואם לא יאבה הרשות נתונה לראובן למכור החצר ההיא בפחות ולהשתלם משם הסך הנז'.

ולוי הגם כי יד ושם לו לבקש זכותו מפני שהוא נוגע בדבר הפציר בי להפך בזכותו את אשר תשיג ידי. ויען כי זחלתי מפליטת הקולמוס.

וגם שלא יארך הענין. בחרתי שלא להעתיק דברי הראב"ד הי"ו רק במקום ההכרח ואנופף ידי רק לענין דינא והוא אפי' כשנאמר דהמעות שנתן הם תחלת פרעון מ"מ הכא שידענו שהוא דחוק למעות והיה יוצא ונכנס ותובע שאר הדמים כתב בח"מ סי' ק"ץ דלא קנה הלוקח את כולו והחוזר בו ידו עהת"ח והכא שחזר הלוקח רצה המוכר אומ"ל הילך מעותיך או יאמ"ל קנה מהקרקע מזבורית שבה כנגדם.

והראב"ד נ"י רצה לשלול דאין כאן דין עייל ונפיק משום שלא תבעו ביום שקבעו לפרעון. ואח"ה הנה שם בסט"ו כתב הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אזוזי ל"ק היינו בידעינן דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי ואפי' אם קבע זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דחקו לפרוע לו מעותיו וזה דחהו והדיין רואה שהוא דחוק למעות ועייל ונפיק אזוזי ל"ק.

מדכתב ואפי' משמע דכ"ש אם תבעו קודם הזמן וידענו שהוא דחוק למעות דל"ק. וכן מתבאר מהב"י דשם ביאר דברי הטור במח' שהביא בין ר"ח להראב"ד ושהרא"ש פישר דהכל תלוי בעיני הדיין שאם ידע שיציאתו וכניסתו משום דהוא דחוק למעות ל"ק ל"ש קבע לו זמן ל"ש לא קבע ובבד"ה פסק כהרא"ש וזהו פסקו בש"ע ומשום דלא תימה דמי שלא ידענו שהוא דחוק אין בו דין עייל ונפיק כלל לזה בסט"ז כתב ס' הרמ"ה שבטור בשם יש מי שאומר דאם עייל ונפיק ביומא דאוקמוה לזביני וכו' ל"ק כלומר דזה מורה שהוא דחוק אע"ג דלא ידעינן בבירור דצריך לדמי ובזה יאותו דברי הש"ע לדברי הטוב"י למעיין.

וא"כ בנד"ד שברור שלא מכר רק משום דצריך לדמי ל"ב שיהיה עייל ונפיק דוקא ביומא דאוקמוה לפרעון אלא כיון שהיה יוצא ונכנס גם מקודם הו"ל עייל ונפיק ואין כאן מכר בכל. ) (למטוניה דמר דזהאינו בכלל עייל ונפיק הביא מ"ש הש"ע סוה"ס דאין

אחד מהם יכול לחזור ושאר הדמים עליו כשאר החובות וא"כ כשחזר הלוקח ידו עהת"ח וביעהת"ח כתב הסמ"ע סקי"א דחייב למכור כל אשר לו ולשלם מעות מזומנים ממילא ישתלם המוכר במקח שתחת ידו בזה עייל פילא בקופא דמחטא דהש"ע צועק ושאר הדמים עליו כחוב ובסי' צ"ח מפו' דבע"ח יורדין ומסדרין לו בשומא ומני"ר נותן כח למוכר להשתלם כרצונו ממקח שבידו בלי ב"ד אתמהה ואמת כי הסמ"ע כ"כ בסקי"א אבל הנראה ברור דרק בחזר מוכר כ"ך משום דלוקח לאו אדעתא דמלוה יהיב נכסיה רק לקנות וכשזה ביטל דינא הוא דישראל ליה כמה דיהיב משא"ך מוכר דמעיקרא זבן והשאיר הנכסים עליו כשאר החובות (ז"פ) כ"ש דהלוקח דהכא אומר שמעולם לא נתן הל"ה לי"פ לתחלת פרעון רק הקדים לו להתפשר עם הבע"ח ואז ימכור לו ולשון הנייר שנתן בידו מסייעו של"כ קבלתי מאתו מדמי המכירה.

ואדרבה כתב לבסוף וסך ס"ה נפוליון וכו' אז מחוייב ליתן לו קנין ותוג'ט וכו' מכלל דעד השתא לא נתן לו קנין רק גמרו המקח בדברים דקי"ל בסי' קפ"ט דאינו נגמר בדברים אפי' היה הדבר בפני עדים וכו' וכ"ש דליכא הכא רק הראב"ד עד אחד כיון שלא קבלוהו לדון אינו אלא כשאר עד כמ"ש הבע"ח ח"מ סי' פ"ח ע"ש והרי אין כאן קנין כסף: גם טוען לוי דעי"ק ת"ו אתרא דכתבי שטרא ושם בסי' ק"ץ מפו' דבאתרא דכתבי שטרא ל"ק עד שיכתוב השטר.

והראב"ד נ"י יהיב לאותו נייר דין שטר מכר ואני איני רואה בו שום סימני שטר דמלבד מ"ש הב"י משם הר"ן והביאו הסמ"ע סק"ח וז"ל הן שמדרכם לכתוב שדי מכורה לך וכו' הן שמדרכם לכתוב שטר מכר גמור הן מדרכם לכתוב שטר ראיה כפי המנהג כן יקום ע"כ והגם שבכנה"ג הגב"י או"א כתב אין נראה כן ממהרשד"ם אה"ע סי' ק"ע המעיינן שם יראה דל"פ רק בשטרי ראיה וגם הוא מודה דכיון דרבים סו' דשטרי דידן שטרי קנין (כש"ע דפוס' כמוהו כ"פ) מעכבים.

ובלא"ה הרי מרן בב"י הבי"ד הר"ן ולא עורר בם ודאי הכי קי"ל וכמה דיות נשתפכו אפי' לענין החוג'ט דמעכבת ולא מצאו תעלה רק משום שכותבין בשטר ולא יצטרך לשום קניה אחרת וכו' כמפו' במקומו ונייר זה אין בו לא זה ולא זאת ומ"מ לכל הדברות בעי שיכתוב שדי מכורה לך ובל"ס שצריך לסיים איזה שדה משדותיו ובנייר זה אינו מוזכר רק המכ"י סתם והיכי מוכח מיניה מה היא המכ"י אם קרקע אם טלטל ואיזה קרקע או איזה טלטל עוד ראיה נכונה דאין לנייר זה דין שטר מהך דהאומנין רשב"ג אומר מלמדין אותן שלא יחזרו כיצד כותב לו אני פ' בן פ' מכרתי שדה פ' לפ' באלף זוז ונתן לי מהם ק"ק והריני נושה בו ת"ת זוז קנה.

ופירש"י דכיון שזקפם במלוה הו"ל כנטלם והלוום וקרקע נקנית בכסף וגם הנמק"י כתב דטעם הקניה בכסף ובלא"ה מקשים למה רשב"ג לא לימד אותם לקנות בק"ס או בשטר או בחזקה ות"י דבא להרחיב הקניות. ואם אופן כזה נק' שטר למה קראוהו הפוס' כסף.

הגם דיש לדחות לדעת י"א שהביא הר"ן דמקצת דמים עם שטר מרעא כח השטר מ"מ כשזקפו השאר במלוה ודאי מהני וא"כ מאן פלג להו דזה קנין כסף ולא קנין שטר ומה הרחיב רשב"ג בקניות א"ו דבאופן זה ליכא לתא דשטר כיון שנראה מתוכו שנכתב רק

לזקיפת השאר במלוה ומינה לנד"ד דברור דלא נכתב רק לראיה שנשאר ס"ה לי"פ ולדעתי אין מכחיש שיש לנייר זה דין שטר.

וכיון דעי"ק אתרא דכתבי שטרא ול"כ אפי' אם היה כסף ל"ק (למטוניה דמר שהשטר שטר ביטל מה שתבע לוי מקצת מהקרקע והביא מ"ש בהגה סי' ק"ץ דאין שטר קונה לחצאין וכו' והרי עכ"פ מבואר בשטר שמכר הכל ואין שטר לחצאין וכו' נראה שמבין הך דאין שטר לחצאין אלא שקונה הכל. והוא פלא דמקור ההגה הנז' הם דברי הר"ן שהביא ב"י סי' קצ"א כתב הר"ן בפ"ק דקדושין והאמר"י בשטר מכר ל"ק עד שיתן דמים איכא מ"דדוקא כל הדמים אבל מקצתם אפי' לא עייל ונפיק אזוזי ל"ק וכו' ולפיכך י"ל דאפי' נגד מעותיו לא קנה דכיון דבשטר הוא קונה א"א לו לקנות בו מקצת שדה שעל כל השדה נכתב ולא על חציו וכיון שבטל כח השטר במקצתו בטל בכולו ע"כ וכ"פ בש"ע שם שאעפ"י שהגיע שטר המכר לידו ל"ק עד שיתן דמים ופי' הסמ"ע כל הדמים ע"ש וא"כ אדרבה משם ראה דאין במכר זה ממש כיון שלא פרע כל הדמים ושטר אינו קונה לחצאין אלא הכל בטל כי הגם שנסתפק הכנה"ג שם בהגב"י או"א אי דוקא מוכר מצי הדר או גם לוקח אסיק דגם לוקח מצי הדר וא"כ הוי תיובתא לראב"ד ולא סייעתא: עוד רצה לחזק המקח מדין חזקה שלוי בעת שרצה לשתף חצרו עם המקנה הפילו צרורות הפועלים בציוויהו"ל כהפילם הוא עצמו והרי כאן חזקה וקנה.

אמת כי הרשד"ם ק"מ סי' שע"ו כתב כן דמה לי חפר הוא מה לי חפרו בשבילו והיה ק"ל לכאורה ע"ז ממ"ש הטור בשם אביו הרא"ש סי' ער"ה ופסקה בהגה דאם היה בונה ע"י פועלים ל"ק דאין הפועלים מכוונים לזכות לבע"ה והייתי סבור להשוותם דשאני הך דמהרשד"ם דמיירי בקונה עפרות זהב והפועלים מתכוונים לזכות לו בחפירתם וטלטולים ממקום חבורו לזכותו משא"ך בפועלים דהרא"ש מסתמא אין מתכוונים דאין שם טלטול מרשות לרשות ולפי"ז בנ"ד דהוא בנין יודה הרשד"ם אבל ראיתי שהמח"א בה' מכירה מה ששייך לקנין משיכה ונה"מ ריש סי' קפ"ח נסתפקו בפועלים אם זוכים בדרכי קניות לקונה ולא רציתי להעמיק דבנ"ד לטנ"ד לא נפק"מ מידי כיון דמפו' בסי' קצ"ב דחזקת נעל גדר ופרץ אינה חזקה רק אם הועילו מעשיו ע"ש ועיין בסמ"ע סק"א והכא מה תועלת נעשה לו בהפלת הצרורות.

גם מה שחזק משום ת"ך שעשו ביניהם משום חומר השבועה לא אפלפל כי לוי מכחיש. ומשום אם עושה קנין אמת דבסי' ר"א כתב דכל דבר שנהגו התגרים קני כגון שנותן הלוקח פרוטה למוכר או שתוקע לו כפו אבל הש"ך שם כתב משם הב"ח דבקרקע לא מהני והגם שכתב דהיכא דיש מנהג אפי' דהב"ח יודה בדרך אפשר קאמר לה וגם בעי"ק ת"ו עדיין לא שמענו שקונים קרקע בת"ך.

וכ"ש דהמשכה"ר מע"ת אוכ"ז העלה שדעת מרן ב"י דלא מהני ת"ך בקרקעות ע"ש שהאריך לדון כן גם משאר פוס' והרי גם חזוק מצד הת"ך אזדא ליה: אשובה אראה ה בטענת לוי מצד המומין שהשיב ראב"ד ע"ז דראובן ישיב כיון שהיית בבית וראית כי גלוי הוא וגם לא חקרת מאומנים אדעתא דהכי קנית ובפסק העתקתי לשון הפוס' בזה.

ואני בעניי עם שלא זכיתי לראות הפסק אבל מצאתי כדבריו בתשו' מהר"י ן' מיגאש ז"ל סי' נ"א בטענת מומין בבתיים שכתב אם יש עדים שהיה הטוען בבית והמומין נגלים

אין בדבריו ממש ואם המומין בלתי נראים נראים ואין עדים שנכנס לבית ישבע שלא נכנס ולא ראה ולא ידע בהם ויתבטלו החליפין ע"ש ועיין במשכה"ר מ"ע מ'ם אוק"ה שהביא תשו' הרי"ף ז"ל לארכה ולרחבה שכתב גם הוא שאם טוען בברייתא המוכר שראה הלוקח המומין ונתפייס אמרי' שמחל אבל בשמא יתחייב הלוקח שבועה שלא ראה אותם מומין רק בשעה שטוען וטענת מומין שבסתר יכול לבודקם ע"י קרובים ומדלא בדק נתפייס בטלה וחי' מהך למומין שבאשה דאמרי' כן ע"ש ומומין שבגלוי הפריז בהם המשכה"ר שם דאפי' בשבועה לא מהימן (קדמו בזה כנה"ג סי' רל"ב הגה"ט אוק"א) וכ"ז הוא כדברי הראב"ד.

אבל אחר הישוב נראה דבנ"ד שהיה לוי בהול ונחוץ להתפשר עם המוכר מפני עקת האל' וכו' וגם הוא קצר הראות ולא יוכל לראות וצריך הוא לבקיאים הנה מפו' בתשו' הרי"ף דאם המום צריך לבדיקת הבקיאים מצי לטעון. וגם מתשו' מהריב"מ ז"ל נראה כן שכתב אם היו המומין נראים ולא יתעלמו מכל הנכנס לבית וכו' דברי שמעון אין בהם ממש מדאכפ"ל תנא וכתב ולא יתעלמו ש"מ דאפי' נראים אם הם נעלמים דהיינו שהנכנס אינו בקי וצריכים הם לבקי יש ממש בדברי שמעון: ועוד הנה מצאנו להרמב"ם פט"ו מה' מכירה כתב וכן המוכר לחבירו קרקע וכו' ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' אחר כמה שנים שזה מקח טעות והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום וכו'.

משמע דלמר תלי קיום המקח דוקא בנשתמש ולא בידע לחוד דלא כרבותיו ז"ל וכן הבין בו מהריט"ץ סי' רכ"ה ותמה עליו מדברי הרי"ף בהלכות ע"ש וכיון דהרמב"ם הכי ס"ל וככתבו וכלשונו פסק הש"ע סי' רל"ב הכי נקטינן. ולפי"ז לדידן לא רמייא שבועה על הלוקח שלא ראה אלא באם נפלה הכחשה בנשתמש אז ישבע ע"ז (עיין בפ"מ ח"ב סוס"י נ"ח שכתב אכתי כל כמה דליכא ראייה ברורה שנשתמש במקח אחרי נודע לו הטעות על הסתם תלינן ואמרינן דלא נתפייס במומין והוא תמוה למה לא ישבע) ולצד זה אמרה הרדב"ז ח"א סי' קל"ו וכנה"ג סי' רל"ב הגה"ט אוק"א.

ומ"מ בנד"ז דמפורסם שלא נשתמש אין כאן סרך שבו' ומ"ש הראב"ד שהי"ל לחקור מאומנים ומדלא חקר נתפייס. אלה הם דברי ה"ה ע"ד הרמב"ם הנז' שכתב ויש מי שכתב שאם היה הדבר שהלוקח יכול להבחין לאלתר כגון שיכולין לנסותו וכו' ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם אינו חוזר ע"כ והבי"ד הב"י סי' רל"ב רק לא פסקם בש"ע והסמ"ע העתיקם.

מ"מ המש"ל שם כתב דהרי"ף והרמב"ם חולקים בזה (וכן מתבאר בתשו' הרי"ף הנז') ומהרשד"ם סי' שפ"ה כתב דאותה ס' יחידית היא ועיין בפ"מ ח"ב סי' נ"ה ומהראנ"ח ח"א סי' מ' ומהריט"ץ סי' כ"ה ובפת"ש סי' רל"ב סק"א אסף להקת הפוס' שכתבו דדחוייה היא מקמי הרי"ף והרמב"ם ז"ל וא"כ לדידן הכי נקטינן.

(אמת דמש"ל דלהרמב"ם והש"ע הכל תלוי בנשתמש זהו דוקא במום שאינו גלוי אבל בגלוי וראה אותו הלוקח קודם גמר המקח ושתק מפו' בסי' רל"ב סי"ד דינו יכול לחזור מ"מ בנד"ז מלבד שטוען שלא ראה עוד כתבנו דינו מבחין והוא צריך לבקיאים ועיין בבא"מ חיים ח"מ סי' כ"ו ד"ה הרי שכתב דמום גלוי היינו בלי נסיון ובלי הבחנה אבל



מום שצריך נסיון והבחנה יוכל לחזור ר"ל אפי' ראהו קודם גמר המקח) ואפי' למ"ש השבו"י ח"ג סי' קס"ט להשוות אותה ס' עם הרי"ף והרמב"ם דאם קודם גמר המקח היה יכול לבחון ולא בחן ש"מ דמחל משא"כ כשלא יוכל לבחון עד אחר גמר המקח הנה כתבתי בנד"ז דמפני בהלתו להתפשר וכו' לא היה לו שהות שיוכל לבחון וחוץ מזה אני רואה דגם היש מי שאומר מודו בנ"ד לפמ"ש המש"ל דאם לקח בהקפה כיון שעדין מעות המכר ביד הלוקח מודו די"ל משו"ה לא הקפיד לנסותו ולעולם לא מחיל ע"כ וה"ן נשאר בידו ממעות המכר ואין לחלק דהכא לא נשאר בידו רק מקצת דמים כי הפת"ש בסי' זכ"ר סק"ב הביא רבים שסו' בזה כהמש"ל ומכללם משכנות יעקב בסי' מ"ח ושם מיירי בנשאר בידו רק סך מסויים מדמי המכר ע"ש וה"ן מסתברא דמאי נ"מ בין הכל למקצת כיון דסו"ס יש בידו ממה לתפוס כדי אונאתו אם לא ירצה המוכר לבטל המקח אימא דע"ז סמך ולא מחל והגם כי נה"מ בסי' רל"ב תמה דמהש"ך סי' זכ"ר סק"ד מוכח דבלא מגו אין הוכחה דלא מחל וגם פת"ש שם הביא מערכת ספרים דתפשי טעם מגו דוקא נגד המש"ל ובנ"ד כיון שיש ביד המוכר נייר שעדיין נ"ח לו מדמי המקנה ס"ה נפוליון אין כאן מגו דפרעתי ומקחי קיים בידי מ"מ בנד"ז האיכא טעמא קמא דהרי"ף והרמב"ם והש"ע לית להו הך ס' יש מי שאומר אפי' לא נשאר בידו מעות המכר כלל ואין עלינו אחריות ממה שחלקו הפוס' לדידהו: והגם כי המשכה"ר שם אומ"א הביא פוס' דס"ל דגם הרמב"ם והרי"ף יודו ליש מי שאומר וכ"כ כנה"ג שם אוי"ב ועמד ליישב מקומות הסותרים לזה בהרמב"ם והדר החיוב למשכוני נפשיגם לס' הנז'.

מ"מ יש תרופה לנד"ז ממ"ש כנה"ג שם אויו"ד דהיכא דצריך טרחא או אומן להכיר המום אם הוא מום גם יש מי שאומר יודו דאם עבר זמן ולא הביא לראותו אף דידע ל"א דמחל והא דלא תבע למוכר מיד משום דהיה צריך לטרוח אחריו בדין ע"ש ונ"ד נמי הרי צריך טרחא ואומן להבחין. ומה גם משום האבנים שנפלו מהכיפה לצד הארץ שלא יוכרו מלמעלה ואימור לא ראה אותם עד עתה ולע"ד דצדק בביטול המקח גם מצד זה: עו"כ הראב"ד לחייב לוי מדינא דגרמי או גרמא וכמ"ש בהגה סוס"י שפ"ו י"א דכל גרמא בנוקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ע"כ.

וה"ן גרם לו היזק שדחה ממנו הקונה ראשון אחר שנתן ערבון וכו' עכ"ל הגם דאי משום הא לא איריית דנד"ז לדחות הקונה ואח"כ יבטל מלקנות אינו שכיח ורגיל עיין בש"ך סק"ד דדוקא מילתא דמצינו בש"ס דקנסו אמרינן כן. מ"מ מצאתי לו דמיון מתשו' פנ"מ ח"א סי' פ"ב בראובן שהלך למכור ברזל ביריד ביומא דשוקא ושמעון קנהו מאתו וככלות היריד תבע מעותיו ושמעון השיב משטה הייתי בך כי לא לקחתיו רק לגבות מה שנושה בך והמותר הנהו לפניך קחו לך וראובן צועק שכבר כלה היריד ואין קונה.

ואי אפשר לו לטלטל הברזל ממקום למקום מפני כובדו וחייב הרב לשמעון בראיות נכוחות לשלם לו ההפסד דהוי בריא היזקא וכו' ובנד"ז נמי לכאורה דהלך לו הקונה הראשון הוי דומיא דהך וחייב לשלם לו מה שיפחות עתה המקח מערך הקונה הראשון. ועכ"ז אמינא דבנד"ז אין לחייב ללוי כי המעיין שם להפ"מ יראה שהרגיש דהתם לא נתכוון להזיק רק להציל עצמו וישבה ובזה חלק עליו השבו"י סי' קנ"ח סוס"י וכתב ואפשר דלא הו"ל מזיק כלל כיון שלא נתכוון להזיק רק להנאת עצמו וה"ן בנד"ז נתכוון

להציל חוב אביו שעל המוכר ולא נתכוון להזיק והוי פד"ר ויכול לומר קי"ל ועוד דבעיקר דינו שהגם שהמכר בטל יתחייב מדין גרמא (וכ"כ שבו"י שם בדעתו) הנה משכה"ר מע' מ' אוע"ב כתב להפך וז"ל המוכר קרקע או מטלטלים לחבירו והלה מכר חפציו בזול להזמין לו מעותיו ושוב חזר בו המוכר בענין שזכאי בדינו לחזור אין לו דין מזיק להתחייב והבי"ר מתו' דהאומנין דע"ז ד"ה הו"ל מזיק וכו' וכתב שכ"מ להרב ב"ד ח"מ סי' ק"ז ולדידהו גם בנד"ז אף אם נאמר דהזיקו עכ"ז פטור וכ"ש למש"ל דהוי זה כדין עייל ונפיק אזוזי וחזר לוקח דינו עהת"ח וגובה מזבורית שבקרקע דגם פ"מ יודה בזה דאינו חייב בהזיק כי שם הרגיש מהך תו' דהאומנים הנז' שכתבו דהו"ל מזיק לאו דוקא מזיק גמור דהא אינו משלם מה שהזיק אלא כעין מזיק שישלם מהעדית וכו' דהוי נגדו דקרי לחזור מזיק גמור ות' דהתם לאו ברי הזיקא אפי' את"ל הוזיל ומכר (לוקח) מנכסיו כיון דיש לו הנאה עכ"פ דקונה מעט קרקע מעדית שבנכסיו סגי בהכי משא"כ בנדונו ע"ש ודון מינה לנד"ז אף אם דחה קונה ראשון לאו בריא הזיקא הוא כיון שמכר מעט קרקע מזבורית שבנכסיו רק אנן קיימינן השתא דהמכר בטל לגמרי): ועוד י"ל דגם הפ"מ יודה בנד"ז דהא לכאורה קשה לו ממ"ש הרי"ף בתשו' הנז"ל להדיא וז"ל ומ"ש שיש בדבר הפסד למוכר לא חיישינן ליה דמוכר אפסיד אנפשיה דהו"ל לאודועיה מהמומין וכו' הרי כשבטל המקח תו' ל"ח לפסידת מוכר דלא כפ"מ (אם נאמר דלא ראה אותה תשו' א"כ נאמר דאילו ראה הוה הדר ביה ונזכה ללוי) אלא ג' תשובות בדבר חדא דנדון הרי"ף שייך לומר איהו אפסיד אנפשיה משא"כ נדון הפ"מ ועוד דהתם לאו מידי חסריה דהפסידא התם הוא שהוזל הקרקע אדביני ביני והרי כל הקרקעות כמו כן הוזלו וכשהמקח בטל ברשות מוכר הוזל משא"כ נדון הפ"מ דדוקא אותו ברזל הפסיד מפני חסרון הקונים אשר הלכו להם וא"כ עכבתו גרמא לחסרון ממונו של זה (לפ"ז לא ישוה דין משכה"ר דהתם הפסידו מגוף הממון בגרמתו) ועוד דהתם כיון שיש פנים שיתבטל המקח מפני המומין והבעה"ב ידע במומיביתיה מדלא אודעיה י"ל דהוא גרם לעצמו משא"כ נדון הפ"מ ז"ל דהמטלטלים היו מעוכבים ביד הלוקח המוכר האכיון מאי הו"ל למעבד וזה קרוב לחי' ראשון (יש להרגיש דא"כ כשהוק' לפ"מ מדברי התו' למה לא חילק כן) ובזה נמי יש לעשות שלום בין הרי"ף ומהר"מ מרזבורק (דמשם הגהת מור"ם הנז') עיין בש"ך שם סקכ"ה שהעתיק דבריו ותמצא דהתם מה שחייב לגורם משום דל"ש התם מוכר איהו דאפסיד אנפשיה וגם דבגרמא הנז' חסרו מגוף העור חמשה דינרים (וזה האחרון כתבו הש"ך ע"ש) וגם שהעור היה מעוכב תחת"י ההגמון ומאי הו"ל למוכר לעשות (ג"ז רמוז בדברי הש"ך): אמור מעתה דבנד"ז דיש החי' האלה כי המוכר לא הודיע מומי ביתו ואיהו אפסיד אנפשיה וגם לאו מידי חסר מגוף המקנה שאם יטרח ימצא קונים אחרים ובפרט שהמקנה אינה מטלטלים שנאמר היתה מעוכבת תחת"י לוי ומי אמ"ל למוכר שיסבור שהמכר קיים בדברי הבאי ולא ימכור מקודם.

ודאי דלוי זכאי בדינו ואין עליו שום הפסד ומחוייב ראובן להחזיר לו מעותיו במושלם ומ"מ הראב"ד עמו הס"ר: סימן ל"א אברהם אוהבי נ"י הנני משיב על שאלתך ויהי הקצ'ר אמיץ שאין לי פנאי ראיתי הפס"ד דסד"ר לן מר לזכותו אודות החלון הפתוח למבוי והוא משקיף על גג השכן שכנגדו בלי ריחוק ד' אמות ובנין הגג מגיע לחצי פתיחת החלון התחתון ורק חציו העליון פתוח נגד אויר הגג שפסק שאינו יכול להגביה גגו יותר

ממה שהוא ל"מ לדעת הר"י מברצלונה בטוח"מ סי' קנ"ד דאין למבוי שאינו מפולש דין ר"ה וכוותיה פסק הש"ע בי"א בתרא דקי"ל כוותיה אלא גם לסוברים דכל שיש ממנו ולמטה ג' בתים דינו כר"ה וא"כ הרי הש"ע פסק שם דפותח לרה"ר שכנגדו יכול להאפיל מ"מ כתב הסמ"ע סק"ע דדוקא אם בעת שפתח כבר היה זה מוחזק בחצרו משא"ך אם מסופק והכא מסופק זת"ד.

ושאל מהו דעתי בזה תחילה אומר דהגם שהיה מקום לפלפל בזה אפי' אם דין מבוי הנז' כרה"ר כיון דעי"ק ת"ו מקום שמוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר והרב"ד ח"מ סי' נ"ב הביא מח' בזה כי הרא"ש בתשו' הבי"ד הטור סי' קנ"ד דבכה"ג יכול להאפיל וב"י שם כתב דהרשב"א והרא"ש חלוקים עליו אבל מהרשד"ם ח"מ סי' נז"ר כתב דהרשב"א מודה להרא"ש וביאר טעם מחלוקת ב"י ומהרשד"ם ז"ל ולבסוף אסיק דאינו יכול להאפיל כיון דהב"י חולק על מהרשד"ם ע"ש ולדבריו כ"ש הוא לדידן דאין לנו להשען רק ע"ד מרן.

מ"מ משום הא לא איריאי כי הדב"מ ח"ב סי' כ"ח חלק עליו ואסיק דדעת מרן שהרשב"א והריב"ש סו' כהרא"ש ובדל"ג כתב שכל האחרונים הכי ס"ל וי"ל שדעת הרב"י כן וכו' גם מהרשד"ם שם כתב ולא הוצרכתי לכתוב דעת ב"י בדינים אלו שלדעתי כן הסכמתו. גם מהר"ח בכ"ר יאודה שם בב"ד סי' ע"ז וע"ח נראה דפליג עליה ע"ש והו"ל רבים סו' שמרן דעתו שיוכל להאפיל נגד הב"ד ז"ל היחיד ועוד דהדב"מ שם כתב דאפי' לדעת הרב"ד דאיכא פלוגתא מ"מ רבים קמים לזכותו שיוכל להאפיל והיכא דפליגי מי הוא המוחזק יש לילך אחר הרוב ע"ש (גם למה שנראה מהפוס' דהעיקר הוא רובא דעיקר הדין עיין בחס"ל חז"מ שפלפל בזה ה"ן רובא דעיקר הדין הוא) ועיין למט"ש סי' קנ"ד הגב"י אוכ"ב שכתב ומיהו לעיקר הנדון דהרא"ש גם הרשב"א מודה שאין לזה חזקה כיון דאוריר ר"ה הוי כחצר השותפין אחר דנהגו להוציא זיזין וגזוזטראות וכמ"ש בש"ע סט"ו דבהכי מודה הרשב"א והיינו מטעם דאינו יכול למחות מעיקר הדין כיון שהוא הפקר וכו' ע"ש וגם באבקר"ר סי' ק"ז יראה שמבין דעת הרשב"א גם במקום שמוציאין ע"ש (עיין להרב שמו משה ח"מ סי' כ"ג שהאריך בדעת הרשב"א ומרן) וא"כ נראה להלכה שבר"ה יכול להאפיל ואין הס' רק כמו שכתב כת"ר אי מבוי כרה"ר או כחצר השותפין.

והא ליכא למימר דכיון שאין ביניהם ד"א הו"ל ככותל דבוק ויכול להאפיל גם בחצר השותפין וכמ"ש הטור סי' קנ"ד סנ"ד משם אביו הרא"ש דל"א רק בפתוח נגד הסתום שיכול לקרב הבנין אליו אבל בפתוח נגד אור פנוי אינו יכול להגביה נגדו כמ"ש שם סנ"ה והגם שבכנה"ג הגה"ט אוס"א כתב יראה שהריב"ש חולק על הרא"ש היינו במ"ש שיכול לקרב הבנין אל הפתוח נגד הסתום וכו' דס"ל אינו יכול ומכ"ש שלא להגביה נגד הפתוח (עיין בלח"ש קו' חזקת סי"ג ס"ב ומשד"ר סי' קנ"ז מ"ש להשוות הריב"ש להרא"ש) (ועיין להג"ה בס' ישרי לב מע' נ' אול"א תמה על הזכו"ל ח"ב דשל"ד והון רב דפ"ד ע"ב שכתבו דלא שייך בחצר שאין ברחבה ד"א היזק ראייה ויכול להאפיל דזהו שאלת השואל שהביא הטור סנ"ד אבל אביו השיב בסנ"ד דשייך הז"ר.

ואני תמה דגם הם לא דברו רק בפתיחה שנגד הסתום ולא שכנגד האויר הפתוח ואלה הם דברי הרא"ש) וא"כ נ"ד אם דינו כחצר השותפים לא יוכל להגביה נגד הפתוח לאויר. והנה הוכיח אברהם דמבוי כחצר מאמבוהא דרבנן שאסף והוסיף מדיליה ס' הרמב"ם בסי' קנ"ו לגבי רופא אומן וגרדי דדין מבוי כחצר ולמטוניה גם אני מצאתי בסי' ק"ם כן משם הר"י הלוי לענין העמדת בהמה וקדם שנינו הפרישה בסי' קנ"ד וקנ"ו שכתב ודומה לזה ס' הרמב"ם ומהר"י הלוי ז"ל אבל אין כל הדינים שוה והתם גם הרשב"א יודה משום ריבוי הדרך וכו' וגם הפרישה ל"כ רק דומה לזה כלו' כשם שיש מח' בזה פה יש גם שם.

אבל העיקר לדין משום דבש"ע פסק כן בי"א בתרא והגם דהי"מ בכללי הש"ע וגם משפט"י הנד"מ פקפקו בזה סוגיין דבתי דינים הכי דייני. וכ"ן דעת מהרשד"ם שם לענין בליטה שחילק בין מבוי לרה"ר מטעם דבשלמא ברה"ר דלא היו יכולים למחות בו מלהוציא הבליטה כיון שאין מחאה אין חזקה משא"כ במבוי דהיו יכולים למחות ע"ש והגם דנ"ד לגבי חלון לא היו יכולים בני המבוי למחות דאין דרכם להשתמש במבוי וגם בלא"ה בעו לאצטנועי מעו"ש מ"מ יש ללמוד משם לשכן בגגו או חצרו שדרכו להשתמש בהם והיה יכול למחות מדלא מיחה החזיק זה: ולכאורה יש לתמוה מכ"ז על הרב ישרי לב שם שזיכה לשמעון להאפיל נגד חלון הפתוח למבוי מתשו' הרשב"א דסי' אלף פ"ה ופסקה בש"ע סל"א וחי' גם לדעת הר"י ב דאינו מחלק בין מפולש לאינו מפולש רק לענין היז"ר דבמפולש ליתא משום דבלא"ה היזק עו"ש הוא תדירי משא"ך אינו מפולש וכו' אבל אינו יוצא מדין ר"ה ע"ש דהם נגד מהרשד"ם הנז' ונראה דס"ל להרב דל"כ מהרשד"ם רק במבואות הקנויים ליושביהם מאת המלך וא"כ יכולים למחות אבל הרב יש"ר ל"ז פשיט"ל דכל המבואות קנויים הם למלך (עיין בריב"ש סי' תכ"ז שכ"כ) ואינם יכולים למחות בפותח וכיון שאין מחאה אין חזקה ויוכלו להאפיל וכן מוכח ממה שלמד מהרשב"א וטעמו כן הוא גם כתב ועיין בסי' הקודם והתם בזה מיירי וא"כ העיקר תלוי בחקירה לדעת זה אם המבואות שלנו יד המלכות שלטת במ יוכל להאפיל ואם של בני המבוי הם לא יוכל ומ"ש מהסמ"ע דכשיש ס' מי קדם בעל החלון הוא מוחזק והאריך וכו' לא היה צריך כי בב"י מחו' ט"ו כתב להדיא משם הרשב"א כשיש ס' מי קדם בעל החלון הוא המוחזק והיא כתובה להרמב"ן סי' י"ז והרב"ד סי' פ"ד כתב דאעפ"י שמהרח"ש כתב דהרא"ש פליג עם הרשב"א ורמב"ן יחיד הוא בדבר ואין לו' קי"ל כמותו וכ"ש דהרב"ד שם כתב משם ב"י דאינם חולקים וכוותי' קי"ל והגם דבני אברהם סי' ד' הזכיר מפרמ"א ח"א סי' נ"ו דהרא"ה חולק והוכיח דהוא יחיד בזה ונאמר לצרף הרא"ה להרא"ש הא בדותא לדידן שכיון שב"י ביטל זה וכתב דהרא"ש לא פליג נשאר הרא"ה יחיד בדבר וכ"ש דהבנ"א שם כתב דבהא ליכא למימר הבונה בשלו מוחזק ויוכ"ל קי"ל דזה דוקאבידוע שרשותו קדם והאויר הוא שלו והס' אם זכה בו או לא אבל כשהס' אם האויר קדם וזכה בו הו"ל ס' אם הוא מוחזק ע"ש ועיין בלח"ש קו' חזקת סי' ב' סי"ב צירף הרא"ה להרא"ש והו"ל תרי ויוכל לומר קי"ל ולדידן אין זה מספיק כיון שב"י כתב דהרא"ש לא פליג) ולבסוף משכן נפשו לחלוק הבני אברהם ז"ל והעלה להלכה דיכול להאפיל במקומות שנוהגים כהרא"ש אבל למקו"א אינו יכו"ל קי"ל ומינה לנ"ד אם לא יתברר מי קדם דבעל החלון הוא המוחזק ובעל הגג למה שהחזיק להאפיל

דוקא החזיק ואינו יכול להוסיף יותר וכמ"ש כת"ר מתשו' הגאון ז"ל וזה א"ץ לפני  
דהו"ל החלון כפתוח מעיקרו דוקא עד נגד סוף הגג דאינו גורע ואינו מוסיף זהו הנלע"ד:  
סימן ל"ב ראובן יש לו שני חצרות סמוכים אשר אחת מהנה הפתוח בה חלון לתוך  
חברתה ויש תחתיה כיפה אותה מכר לשמעון ולקח ממנו ראייה שבעת שירצה ראובן  
לבנות בחצר שהשאיר לו יוכל להגביה בנינו עד למטה ממשקוף החלון הנז' טפח.

אח"כ מכר ראובן החצר השניה ללוי ומת שמעון ונשארה חצרו לזכות הקדש עניים.  
וכעת נמצא חלון פתוח מכיפה שתחת בית ההקדש לחצר לוי.

וסמוך לו מדרגות בחצר לוי אשר ידוע שמתחילה לא היו נגד אותו חלון ולוי המשיכם  
לנגד קצת מהחלון הנז' וטוען עליו ממונה ההקדש שבזה האפיל על חלון הכיפה הנז'  
ואין לו חזקה בזה כי הוא לא ידע בעת שהמשיך בנין המדרגות (כי הכיפה תמיד שכורה  
לאחרים ולא הודיעוהו) ולוי השיב כי ידע וערער בעת ההיא ורק הראה לו הנייר שיש  
לו מכח ראובן אשר שמעון קבל עליו שראובן יבנה בחצרו כמו שירצה ובזה נתפייס  
והלך לו זה כעשר שנים ועתה מה לו כי יזעק.

ושני בע"ד הללו הם אשכנזים ומע' הרה"ג הראב"ד הי"ו זיכה ללוי ומענוותנותיה דמר  
שאל גם חו"ד בזה: ואען ואומר הנה אם היה ברור שחלון הכיפה היה פתוח בעת שמכר  
ראובן לשמעון לא היה צריך לפנים דודאי לוי יכול לסתום מתרי טעמי. א') דנהי שבב"י  
סי' קנ"ד נראה דמוכר בית ושייר חצר לעצמו לדעת מהרי"ב דבעין יפה הוא מוכר ולא  
יוכל לסתום ובמוכר חצר ושייר בית פסק בש"ע כמותו מ"מ מור"ם שהאשכנזים פוס'  
כמוהו שם סכ"ח כתב במוכר בית ושייר חצר י"א דאינו יכול לסתום ויש חולקין וכלל  
גדול הוא בכל הפוס' דה' כי"א בתרא.

והגם דהב"י סי' קע"ג כתב מתשו' הרשב"א במכר ושייר שאם החזיק עלתה לו חזקה  
וכ"ן מדברי ר"ש שהביא הרמב"ן ככתוב שם והכא עברו כמה שנים שחלון הכיפה פתוח  
ולא מיחה ראובן וב"ך מ"מ הנה מפו' בדברי רשב"א הנז' דטענה מיהא בעי והכא לא  
בא הממונה בטענה הגם דמהרשד"ם ח"מ סי' רע"ט כתב דדי בסבלנות שראה ושתק  
ודאי כל סמוכין דיליה על תשו' הגאון שבטור סי' קנ"ד סל"ט וכבר בבד"ה תמה ע"ז  
דטענת המערער לא ידעתי שצריך למחות היא נכונה וכנה"ג אוצ"א כתב דהט'  
שהשמיטה בש"ע משום דלא ס"ל) והגם דהממונה הוא או יורש או לוקח וקי"ל בסי'  
קמ"ו דא"ץ טענה מ"מ בירור חזקה למוריש מיהא בעי ואפי' יום אחד והכא א"א לברר  
מטעם הבד"ה דמצי המערער לומר לא ידעתי שצריך למחות וכשלא שייך מחאה אין  
שם חזקה כידוע ולכן אם יש אורה לכיפה הנז' ממקום אחר (כמ"ש מור"ם סז"ך) יוכל  
לוי לסתום.

ב') כי ראיתי המקום והנה אם היה בונה לוי תחת החלון הגבוה (כפי הרשות שנתן  
שמעון בנייר) לא היה מרחק מאותו בנין למקום המדרגות הראשון שיעור ארבע אמות  
וחלון הכיפה ביניהם. והשתא הנה ידוע מ"ש הטוש"ע שם דבב' כותלים משני צדדי  
החלון שצריך להיות ביניהם ד' אמות (להטור ד"א מלבד החלון ולהרמב"ם וגם הש"ע  
לפי' האחרונים בין הכל ד"א והכא בין הכל ליכא ד"א) ומשמע דבבצירמהכי כסתום  
דמי דמקור דב"ז בב"י הוא מדתנן כנגדן ד"א וידוע מ"ש הטור סכ"ה בשם הרא"ש דכל

שיש בנין תוך ד"א כסתום דמי ואין לו חזקת חלון וא"כ ה"ן מכח תנאו שיוכל לבנות הרי הוא כבנוי ואין שם ד"א וכסתום הוא יוכל להאפיל נגדו: ולא הוצרך הדבר לשאלה רק משום שאולי אחר שקנה שמעון אז פתח חלון הכיפה הנז' הוא או ב"ך בפני ראובן או בפני לוי וכיון שראו ושתקו מחלו בזכותם לבנות נגדו דנהי דבסוס"י קמ"ב הביא הש"ע מח' בראה ושתק מ"מ בסי' קנ"ד סתם דמהני ומור"ם כתב דכן ראוי להורות וכן מעשים בכל יום (והגם דכשנאמר שהעניים הם שפתחו יש לפקפק ממ"ש מור"ם סוס"י קמ"ט דרבים אין להם חזקה על היחיד ולא היחיד עליהם הכא שיש להם ממונה כבר פסק שם המחבר דמהני חזקה גבי הקדש ומור"ם הכריע דדין רבים כדין הקדש ע"ש) וא"כ צריך לברר מי הוא המוחזק מהם ומי עליו להביא ראיה מתי נפתח החלון הנז' (כי לא נמצא עדות ע"ז): והנה לכאורה היה נראה להבי"ר דלוי הוא המוחזק ממ"ש הש"ע ס"ך מי שהי"ל חלון פתוח לחצר גוי וסתם אותו דאינו יכול לפותחו על הקונה מהגוי בטענה דלא סתם רק מפני היז"ר דגוי משום דהקונה יאמר אני מצאתי החלון סתומה ומנין שפתוחה היתה ונסתמה יש לחוש שהגוי סתמה ע"כ דנראה דבעה"ח עליו להבי"ר (הגם שהב"ח והסמ"ע והט"ז הרגישו דדי"ז כסותר למ"ש מור"ם סי"ב שאם בעה"ח אומר אני סתמתי ולא הוי מחי' ובעל החצר אומר הוא סתם והוי מחי' דבעל החלון מוחזק מ"מ העולה מדברי כולם לחלק דשאנ"ה דחזקת החלון היתה ברורה והבא לגרעה עליו להבי"ר משא"כ בס"ך דחזקת חלון מעיקרא רעועה דאימור מעולם לא נפתח או נפתח על הגוי שאין עליו טענת חזקה והגוי סתמו לכן בעל החלון יברר שחזקתו חזקה גמורה וא"כ בנד"ז שהס' אם היה פתוח קודם המכר לשמעון ואין לו חזקה או אח"כ ויש לו חזקה על בעל החלון לברר חזקתו) אלא שיש לחלק דשאנ"ה שבשעה שנולד הספק נמצא החלון סתום וי"ל כך נמצא וכך היה מתחילתו שמעולם לא נפתח או נפתח וסתמו הגוי משא"ך הכא שנמצא פתוח די"ל להפך ולדמותו למ"ש מור"ם סי"ח בבא מחמת גוי שיוכל לסתום דה"מ בידוע שחצר הגוי קדמה אבל בס' אם החלונות קדמו (וזכה מהפקר) הלוקח הבא לסתום עליו הראיה.

וה"ה בס' אם יש לחלון זה חזקה והוא פתוח י"ל דהבא לסתום עליו הראיה (ואף שעתה סתום במדרגות אין זה סתימה כיון שלוי מודה שהחלון קדם להם) אבל עכ"ז נראה שלוי בנד"ד הוא המוחזק כי מקור דברי מור"ם דסי"ח הם מתשו' רמב"ן סי' ט"ז וטו"ב והביאם הב"י סי' קנ"ד ונראה דס"ל להלכה כן.

ולפי"ז יקשה דהרא"ש כתב בתשו' ובפ' לא יחפור וז"ל לפיכך אם נמצא חלון פתוח לחורבה אין לו חזקה (לשטתו דבעל החורבה אינו יכול לעכב מלפתוח שאינו מזיקו עתה) אם לא שיביא עדים שהחזיק בו קודם שנעשה החורבה ע"כ וזה יורה דלא כהרמב"ן ועכ"ז העתיק לשון הרא"ש בש"ע והווי תרתי דסתרן וגם מור"ם שפסק להדיא כהרמב"ן לא עורר עליו בזה ומדוע.

אלא דבלא"ה ק' לכאורה על הרא"ש מה יענה בראיה שהביא הרמב"ן לדינו מפח"ה גבי זיזין וגזוזטראות שדינם שכונס לתוך שלו ומוציא ואם נמצאו זו"ג הרי הן בחזקתן דה"ה נמי לחלון הנמצא פתוח דהרי הוא בחזקתו ומוכרח לחלק דשאנ"ה שטוען שכנס לתוך שלו וכן נדון הרמב"ן טען שזכה מההפקר ולא מהגוי ואין מכחישו לפיכך הרי הן בחזקתן

משא"כ בנדון הרא"ש שטוען שפתח על חבירו בעת שהיתה החורבה בנויה וזכה מכח מחילת חבירו בשתיקה דאז חזקתו תלויה בטענה ועליו לברר וכן ראיתי לט"ז ז"ל שבזה זווג הרמב"ן והרא"ש יחדיו.

ונ"מ דכשטענת בעל החלון היא שזכה בו קודם שתהיה חצר לחבירו גם הרא"ש יודה שהוא המוחזק וכ"כ הב"ד ז"ל ח"מ סי' פ"ד אבל כשידוע שחצר חבירו קדמה ורק זכה מכחשתיקת חבירו בזה עליו להבי"ר וא"כ בנד"ז דברור שזכות בעל החצר קדמה לזכות בעל החלון רק שמסופקים אם פתח אח"כ ובעל החצר מחל לכ"ע על בעל החלון להבי"ר: והגם דהכא בעל החלון הוא לוקח או יורש ונראה מהרב"ד שם דגם הרא"ש יודה דאין עליו להבי"ר דלאו בני ראייה נינהו.

לע"ד יש להשיב (במ"ש דמצא למהרח"ש כ"י סי' צ"ט דהרא"ש חולק גם בס' אם החלון קדם לחצר דעל בעל החלון להבי"ר שהוא יחיד בדב"ז ואין לומר קי"ל כפ' יחיד עיין לבנ"א ח"מ סי' כ' שמצא לו חבר לפרמ"א סי' זק"ן. והו"ל תרי ויכו"ל קי"ל לסתום כיון שבשלו הוא בונה ע"ש ולדידי חזי דגם דעת מב"י מחו' ט"ז כן היא דס"ל דפליגי כי שם הביא תשו' הרשב"א דיכול לעכב בעל החורבה מלפתוח עליו חלון והביא דברי הרמב"ן דסי' ט"ז וסיים וזה כדברי הרשב"א ולכאורה צ"ע מה שייכות לדברי הרמב"ן עם הרשב"א ועוד שכבר הביא דברי הרמב"ן שם ומה לו ולכפל (ובהגה מהרלנ"ח תמה כן) אלא כונתו נראה דא"א לזווג הרמב"ן עם הרא"ש דלהרא"ש ודאי ראוי לחוש שיתיישן הדבר ויטעון חלוני קדם גם לחצר ומוכרח דס"ל דאין לחוש לזה דגם אם יהיה כן עליו להבי"ר דלא כהרמב"ן ולכן דין הרמב"ן לא אתי רק להרשב"א וזהו כמהרח"ש דס"ל גם בזה פליג הרא"ש) שכתב גם אי פליגי הרא"ש והרמב"ן כתב הכנה"ג הגב"י אומ"ח דטוענין ללוקח החלון וגם י"ל דהרא"ש מודה בזה ול"א על בעל החלון להבי"ר רק כשהוא חי שיוכל להבי"ר אבל ביורש ולוקח דלאו בני ראייה נינהו לא ע"כ.

ובזה כבר חלקו עליו הבנ"א שם סי' כ"ו ולח"ש בקו' חזקת הבתים סי' ב' סי"ב והלח"ש הכריח דא"א שהרא"ש יודה דא"כ הי"ל לחוש שלא יפתח על החורבה שמא יתיישן הדבר ותפול הקרקע ביד לוקח ויטעון כן והבנ"א ציין למהרח"ש דסבר דלא כהב"ד בזה וא"כ הו"ל הב"ד יחיד לגבייהו ואין לומר קי"ל כוותיה ובפרט שגם הוא ז"ל אמרה בדרך אפשר ואין ספקו מוציא מודאן (עוד כיון דהכא הו"ל ב' לוקחים היה ראוי לפלפל במ"ש הטוח"מ סי' ק"ח שתי סברות אי טוענין ליורש לחוב ליורש שכנגדו ופרמ"א ח"א סי' כ"ו האריך בזה רק דלדידן לא נ"מ מידי כיון דהש"ע פסק דגם בזה טוענין ליורש להחזיק וכו'): ומעתה לא היינו צריכים להשיב על טענתם שהם לא ידעו דלפמ"ש גם לכתחילה יוכל לבנות נגד החלון הנז' ומ"מ לא אשלחנו ריקם דעם היות שנראה שיכולים לטעון כן כיון שהיתה הכיפה שכורה ביד אחרים וכמ"ש העדוב"י סי' ג"ן מחי' הריטב"א פח"ה דמ"ל בעל הקרקע שלא ידע וגם השוכר לא הגיד לו דאין אדם עשוי לבקר קרקעו המושכר לאחר לראות אם אדם עושה לו נזק (הגם דהעדוב"י תמה עליו מהך דחזקה שלא בפניו הוי חזקה ודימה לתרץ דבמושכר שאני כי יאמר סמכתי על השוכר להודיעני ולא הודיע ודחה זה כי הריטב"א כתב כשידע הניזק עלתה חזקה ול"מ למימר סמכתי על השוכר למחות והניחו בצ"ע מלבד דיש לחזק תי' דמ"ל סמכתי על השוכר להודיע

כיון שאיני עשוי לבקר הקרקע ולא נביא אנכי ולא מ"ל סמכתי עליו למחות כשידע כי השוכר יסמוך שהוא ימחה וגם מאן יהיב ליה רשותא לשוכר.

עוד אנכי הרואה דאשתמיט ליה ח"ו מ"ש הרמ"ה בפח"ה סי' רע"ז ורע"ח לשטתו שם דחלון אין לו חזקה אפי' בשלש שנים רק בטוען בריא דחזיא ושתק וכו' דמאי שנא מחזקת קרקע דסגי בשלש שנים מטעם דלא סגי דלא ידע וחי' דשאני חזקת בורות שיחין וכו' דאית להו קלא ולא סגי דלא בדקי בתר ארעייהו מאן נחית בה ולא סגי דלא שמעי בעלים אעפ"י שאינם עמהם במדינה משא"כ נזקים ותשמישים דלית להו קלא ולא בדקי אינשי בתר רשות דכל חד למידע נזקיו ותשמישיו וכי נמי בעי למבדק ליכא מאן דמודע ליה וכו' לפיכך לא קיימא חזקתייהו אלא בטוען בריא שראה ושתק ע"כ הרי החי' מבואר בין חזקת קרקע לנזקין ולק"מ) מ"מ הכא שטוען ברי שידעהממונה ושתק ל"א הריטב"א ז"ל דלא בא לאפוקי רק שאריכות הזמן לא תגרום לומר שמסתמא ידע וכבר בטוח"מ סי' קנ"ה כתב משם הרמב"ם דמי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה כגון פותח חלון וכו' ואמר המחזיק אתה מכרת לי וכו' או ראית ושתקת ולא מחית והלה משיב עתה הוא שראיתי וכו' או מחיתי והיית דוחה אותי מיום ליום וכו' המזיק הוא מוחזק ורק ישבע היסת ויפטר ע"כ והגם שסיים שם וז"ל אבל לדעת א"א הרא"ש שלכל דבר צריך חזקת ג' שנים כ"ז שלא בירר שהחזיק כראוי אינו כלום ויסיר היזקו ע"כ מלבד שבש"ע פסק כהרמב"ם י"ל דגם הרא"ש יודה בנד"ז דגם הוא לא נחלק רק בהני דס"ל בהו דבעי חזקת ג' שנים (בפרישה הט' דכיון דבעו ג' שנים בעו נמי טענת מכר וכשאיין שטר בידו ע"ז ריעא חזקתיה משא"ך הרמב"ם דדי בראה ושתק ע"ש) משא"כ בנזק אפלה דלכ"ע קי"ל לסתום לאלתר הוי חזקה גם הוא יאמר דהמזיק מוחזק.

(הגם דיש לפקפק בזה לפי טענת לוי שבשעה שהראה להם השטר הלכו להם וכיון דקיימינן לזכות במונח דאין זכות מצד השטר י"ל דהוי מחי' בטעות ואינה מחי' כמ"ש בח"מ סוס"י כ"ה עיין במור"ם שם דזה דוקא בגילה דעתו שעשה הפשרה בשביל הדבר שטעה משא"כ בסתם וע"ש בפת"ש משם משכנות יעקב שכתב דדוקא בהטעום ב"ד ולא כשהטעה עצמו וגם פה הטעה הממונה עצמו דמי מנעו מלשאול על אותו שטר אם יש בו ממש) ובזה זכה לוי בדינו לטעם זה אם ישבע היסת ולטעם הראשון גם שבועה א"ץ זהו דעתי ומני"ר לו משפט הבחירה: סימן ל"ג אודות ראובן שפתח פתח חנות מחצרו לרה"ר והיא סמוכה ממש למבוי שאינו מפולש הפתוח גם הוא לאותו רה"ר ומדוחק הקונים חוסמים את העוברים למבוי ופעמים מקיפים הם את הקונים ומתרבה עליהם הדרך ולזה מעכבים על ראובן לסלק פתחו והוא משיב שהדין הוא לפתוח לרה"ר בפרט שבלא"ה מוכרי ירקות יושבים שם למכור והוא כאחד מהם והם השיבו זה תדיר וזה אינו תדיר ע"כ גם בזה לא ידעתי במה נתלה ראובן וזכות דמאי.

דגם למטוניה שהדין לפתוח לרה"ר ולא יוכלו בני רה"ר לעכבו מ"מ בני המבוי יכולים לעכבו וה"ז דומה להך דסי' קס"ב חמש חצרות הפתוחות למבוי שאינו מפולש וכו' שאם בא לבנות בעל השניה אצטבא לפני פתחו או לפתוח פתח חדש בינו ובין הראשונה אע"ג דהראשונה אינה מעכבת עליו הפנימיות מעכבות מפני שמרבה עליהן את הדרך ה"ן אע"ג שבני רה"ר אין יכולים לעכבו בני מבוי שמשתמשין עמו והוא אינו משתמש עמהן



מעכבין וכן שם גבי מבואות המפולשין לעיר אחרת הסמוכה אע"ג דהסכימו בני המבוי לסותמם בני אותה העיר מעכבים.

גם הב"י הביא שם מהריב"ש סי' ק"ק דאם מכרו בני העיר רה"ר לאחד לבנות בה השכנים יכולים לעכב וע"ש בגוף התשו' הבי"ר מדין מבואות הנז' ומשאר דוכתי. וא"כ נהי שיש לו רשות לפתוח לגבי רה"ר לא עדיף ממכרו לו ועכ"ז שכנים מעכבים דמי תלה זב"ז.

וכ"ש שאם הוא חוסם או מזיק לבני רה"ר אין בזה דין פותח לרה"ר כמ"ש סוס"י קע"א (בב"י כ"כ משם הרשב"א) דאין אדם עשוי לפרוק משאו בדרכים והט' שמונע רגלי רבים עם משאותיהם גם בסי' קי"ז כתוב דאין להוציא לרה"ר דבר המיצר להם או דוחקם ובסי' קנ"ג מי שבא להחזיר שופכין לרה"ר מעכבין עליו וע"ש בסמ"ע הטעם משום שחוסמים העוברים ראה דאי מטי היזקא לבני רה"ר גם הם מעכבין ומינה כ"ש לשכנים.

ומאי דק"ל בסי' קנ"ד דפותח לרה"ר אפי' אם אינו רחב ט"ז אמה. וגם חנות אם אין היז"ר לשכנגדו מוכרח דמיירי כשאין דוחק בזה לרה"ר ולא ריבוי דרך וכגון שיש סימטא לעמוד שם הקונים או שנכנסים תוך החנות וקונים: גם תשובתם לטענתו שבלא"ה מוכרים ירקות וענוואמרו זה תדיר וכו' צדקו יחדיו דמלבד מה שהביא הפוסק הי"ו ראה לזה מהב"י בסי' קס"ב שכתב בשם הרמב"ן דאע"ג דדחקי רבים ועיילי עכ"ז מעכבים זה ע"ז דאינו דומה לעראי.

ואני מצאתי זה בש"מ ב"ב לדס"ב משם הרשב"א עוד עיין ללח"ש סי' י"ד סי"ב שכתב בחזרת שופכין לרה"ר דאפי' במקום שעושים שפה לגגות ומשם נמשכים מי גשמים לרה"ר עכ"ז ל"מ להחזיר השופכין וכו' דזה מקרה וזה תדיר. והנה מקור נפתח לדב"ז וכל דכוותיה מב"ב ד"ו בשני גגות זה כנגד זה ורה"ר ביניהם דקאמר התם זה עושה מעקה לחצי גגו וזה וכו' ומסיק דרה"ר איצטריך לאשמועינן דאע"ג דבעי לאיצטנועי מבני רה"ר מצ"ל בני רה"ר לא חזו לי אלא ביממא את ביממא וליליאי בני רה"ר וכו' אשר משם נפרדו כל סוגי הדינים לחלק בין קבע לעראי ובתוס' הנזק ובוזה צדקה טענתם נגד ראובן.

עוד רואה אנכי כיון דהנך מוכרי ירקות הם אריסי בני המבוי וקבעו להם המקום הנז' למכור בו שיוכלו לשומרם מגנבה אפי' אילו המקום ההוא של ראובן הוא עכ"ז זכו בו ואינו יכול לדחוק לסלקם ממאי דקי"ל בסי' שע"ז מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו וכן מהך דמבואות המפולשין לעיר אחרת וז"פ שאין לראובן שום זכות נגד השכנים הנ' וד"ב: סימן ל"ד לוי ויאודה יש להם אחוזה חצר אחת עליה ותחתית וסמוך לה חצר אחרת אשר חזריה התחתונים שלהם והעליות שעל גבם לראובן ושמעון וכל אחוזת לוי ויאודה הנז' ממושכנים ליששכר ומפני דוחקם מכרו בשטר כל אחוזתם יחד לשמעון שכנם כמות שהיא ממושכנת וגבו ממנו הכסף העודף לדמי המקנה.

ויששכר אז לא היה בעיר רק בנו ואשתו והם לא מיחו גם יששכר בא לעיר כמה פעמים ולא מיחה ודורשים משפט האם עוד זכות ליששכר לסלק הקונה הנז' או לא: ואני הייתי

תמה מה מקום לשאלה אחר פסק הש"ע בסי' קע"ה דאין המלוה יכול להוציא מלוקח אפי' שאינו בן המצר. עד שראיתי פסקים מחו"ר מוגאדור ומראכש ע"ז אז ידעתי הס' עפ"י מ"ש בכרם חמר דל"ו ובס' ברית אבות וז"ל פסקו שהממשכן ביתו ואח"כ מכרה לאחר דהמלוה יכול לסלקו ואפי' למצרן אבל לא לשותף דידו ויד המלוה שוים וכל הקודם זכה ובהגהת הרה"ג כמהרפ"ב ז"ל כתב מקור פסקו כן הוא בתקנה מש' הש"ן ופשט המנהג כי"א שהביא מור"ם סי' קע"ה ע"כ.

וחו"ר מראכש הי"ו זיכו לקונה כיון שיש לו עליות על אחת החצרות כי מצאו למהר"א חזן ז"ל כתב דדין שותף יש לו ממ"ש מרן סי' קס"ד שיש לבעל העליה שלישי בקרקע ודלא כמור"ם בסי' קע"ה ע"כ. הן אמת כי מציאתם לא נפלאה היא וכתבה הט"ז עמ"ש הסמ"ע למור"ם דהא בעל העליה שותף כתב וכ"ן עיקר דהא אית ליה שלישי בקרקע כמ"ש סי' קס"ד והוי שותף גמור ע"כ אבל אח"ה יש לפקפק בזה דאיך נעלם ממור"ם ש"ס ערוך בהבית והעליה דק"ל כרבי נתן דבעל העליה נוטל שלישי בקרקע וכ"פ כל הפוס' וגם מרן בדבריו שם על תשו' הרא"ש איך שכח מ"ש בסי' קס"ד ח"ו.

ולכן נראה דנהי שיש לו שלישי לא משום שהוא שותף כי התו' שם בדקי"ז דכשאינ לזה ולא לזה לבנות שיכול למכור בעה"ק כחו לאחר לבנות שם ומסתמא גם בגדולה ששלישה יספיק לבנין איירי ואי שותף ממש הרי בעל העלייה יכול לעכב שיחלוק עמו וישאיר חלקו שלישי כי אין אדם רוצה למכור קרקעו שיוכל לבנותו כאשר תשיג ידו אלא משום שעבוד דאסיק אדעתיה בעת שמכר לו דהעלייה מפסדת בבית תלתא כמ"ש בש"ס (עיי' בב"י סוס"י קס"ד משם הרשב"א דמשמע שאין לו רק שעבוד) וע"ז משועבד אותו קרקע כאפותיקי לגבות ממנו הכח שמכר לו שהוא הפסד שלישי א"נ י"ל נהי דבגוף הקרקע שותפים היו קודם הבנין אבל כשבנו בית ועלייה הוברר חלק כ"א מהם זה בעליון וזה בתחתון והדרי שכנימולא שותפים (אפי' דלז"ה כיון הסמ"ע סקצ"ה לחלק בין בית ועלייה לארעא דחד ובתי דחד דפ' בש"ע שהם שותפי' ע"ש) ולפ"ז נדחית הראיה מסי' קס"ד: והגם דהיה מקום לדקדק שדעת מרן דיש לבעל העלייה דין שותף כיון שפסק בש"ע כהטור בארעא דחד ובתי דחד דמארי בתי הוא שותף ומאי שנא בעל העלייה.

(והגם שבב"י כתב ע"ד הטור לשון תשו' הרא"ש ורצה ללמוד דמארי בתי שותף וסיים שאין לשון תשו' מוכיח כן לאו למימרא דהרא"ש אינו סובר אלא יש לפ' כונתו שרוצה להעיר על הטור למה כתב זאת בלשון ונראה וכו' דחשיב כמו שותף כיון שמפוי' בתשו' אביו ז"ל וע"ז תי' משום שאין לשון תשו' מוכיח כן כלו' ע"ז כתב ונראה) וכן ממ"ש בבד"ה לתרץ מה שהק' בב"י להרי"ף כיון דס"ל שאין למארי בתי דין מצרן רק כשיש לו כח לחזור ולבנות עולמית א"כ מהו הזכות הנשאר לבעה"ק למכור ותי' דמירי בבית ועלייה ע"ש הרי פי' ארעא דחד וכו' בבית ועלייה ובארעא עא לחז וכו' ס"ל להטור דהם שותפים ופסק כמותו כן הוא בבית ועלייה.

אבל מה אעשה מכיון שהסמ"ע וט"ז וש"ך ומהרא"ש סי' קכ"ח תמהו עליו למה יגרע בית ועלייה ממארי בתי ש"מ דסברי בדעתו דבבית ועלייה אין דין שותף בהם ועיין בסמ"ע סקצ"א כתב דמה שדקדק מהרא"ש ס"ל דהרא"ש לא קאי רק על הראיה שהביא

מהרי"ף במארי בתי ולא על העלייה (אח"ה הרואה בב"י יראה שהעתיק תשו' הרא"ש על הבית והעלייה וכתב דהוי כמו שותף) ות"י בבד"ה יש לדחות דלא קאי רק לתרץ הקו' על הרי"ף ולא קאי ע"ד הטור והמדקדק בדברי הרי"ף והרמב"ם יראה דגם למארי בתי לא.

נתנו רק כח מצרן ולא שותף. ולפ"ז לא מכרעא דעת מרן היכי סבר וכיון דמור"ם פשיט"ל דבעה"ע אינו שותף ידוע דבכה"ג פוסקים כמור"ם ז"ל ואזדא ליה מ"ש חו"ר מראכש.

ואני תמה גם למטונייהו אמאי זיכו לו כל המקנה והלא השותף אינו קודם רק במה שהוא שותף בו ולא במאי דקאי אמצריה וכמ"ש בב"י ריש סי' קע"ה משם הר"י אלברצלוני ז"ל וכן הדין נותן שמאחר שיש לו חלק בקרקע בכל חלק שמוכר הוי מחצה שלו אחרי שלא הוברר והוא קודם לכל אדם ע"כ ועיין ב"י סצ"א ומור"ם סס"ב ופת"ש סקכ"ב ובבע"ח ח"א סי' ר' האריך בזה.

ולא הי"ל להקדימו רק בחצר ששותף בה ולא בשניה (לכאורה נראה הפך זה ממה שתי' בב"י על הרי"ף במארי ביתא דיש לו כח לבנות שם תמיד מה נשאר לבעה"ק למכור שכתב שנשאר קרקע שלפני בנינו ועכ"ז מארי ביתא מעכבו. דנראה מזה ס"ל דגם במה שאין לו חלק מצי מעכב וכן הק' עליו הט"ז סנ"א דלהטור דיהיב ליה דין שותף היכי מצי מתוקמא בהכי הלא אין השותף קודם רק במה שיש לו חלק בו.

מ"מ יש לדחות דאם מארי ביתא יש לו שם מדרך כפ"ר ובזה הוי שותף רק לולא שיש לו כח לחזור ולבנות ממילא מסתלק שעבודו זה והיה יכול למכור אבל כשיש לו כח זה נשאר שעבודו ויכול לעכב) ועלה ע"ד לתת תבלין לדבריהם דלשטתם שהוא שותף וזכה במקצת זכה בכל כיון שקנה כולם כאחד וזה דומה למ"ש בס"ג אחז שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציה אינו יכול אלא א"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה.

וראיתי שאין הדמיון עולה יפה דהכא המצרן בא לסלקו מהכל ועוד דהכא ב' חצרות הם ולדמיון זה הנה כתב שם מור"ם דבב' שדות יכול לסלקו מא' ומניח לו אחת: אבל אדמהפכינא בבי דרי אשכחנא מרגניתא מזה עצמו גם בלי טעם שותף לזכות את שמעון הנ' משום שקנה הכל בבת אחת כי הסמ"ע סקכ"ב כתב ע"ד מור"ם הנז' דדוקא בב' שדות מב' אנשים יכול לסלקו מאחת אבל בב' שדות מאיש אחד אינו יכול לסלקו גם משניהם.

וכ"ך שם הט"ז מהך דסל"ו מכר כל נכסיו לאחד אין בעל המצר יכול לסלקו שהרי היא והאחרת קנה כאחת ואפי' אם המצרן רוצה לקנות כל נכסיו וכו' אינו יכול לסלקו ע"כ וע"ש בב"י ובסמ"ע דטעמו משום פסידא דלוקח ומדקדקים ממ"ש שהרי היא והאחרת דאפי' בב' שדות מיירי ולא מכר לו כל נכסיו ולפ"ז מ"ש מור"ם בב' שדות של שני אנשים יוכל לסלקו מוכרח דמיירי בב' שדות שמבורר לכ"א שדה שלו וסד"א דיטעון הקונה שלא היה דעתו לקנות זה בל"ז קמ"ל דלא משגחינן ביה דאי מיירי בב' שדות שמשותפים ב' אנשים בכל אחת מהם הו"ל ודאי כשני שדות לאיש אחד שיש לכ"א חצי כ"א ושייך בה פסידא דלוקח ול"מ מצרן לסלק.

וא"כ בנד"ז דהוי כה"ג גם מצרן אינו יכול לסלק. והגם דהש"ך סקי"ב ס"ל דבב' שדות אפי' מאיש אחד יכול לסלק הנה כל האחרונים כתבו שדוחק להגיה ברמב"ם והש"ע שהרי היא והאחרות במקום והאחרת ולא דסמכא היא וגם הוא לא כ"כ רק בימי חורפו ולו והי דיש מחלוקת הא קי"ל בסמ"ה דהלוקח הוא המוחזק: ועוד דמ"ש חו"ר מוגאדור הי"ו לזכותו יש בו די והותר והגם שלכאורה יש לפקפק בטעמם הראשון שכתבו מדלא נכתב אותה תקנה בתקנות מראכש משמע דלדידהו אין שם תקנה והם נגררים אחריהם דאין זה ראייה די"ל דבלא"ה חייבים לנהוג כן מהדין כיון שכתב מור"ם בזה וכן נ"ל להורות והמשכה"ר מע"ש אוע"ו כתב שמקובל מרביתו שנהגו לפסוק כמור"ם במקום שכותב כן ע"ש מ"מ כיון שעדות המשכה"ר אינו אלא שנהגו וכו' הנה מפו' בהרא"ש הבי"ד הטור סי' ס' דכשאין ברור למנהג יעמוד הדבר על דין תורה והכא אינו ברור אם נהגו כן במראכש וסביבותיה וכ"ש פה דהלוקח הוא המוחזק וכמ"ש: גם מ"ש לזכותו משום שלא היה יששכר בעיר גם הוא נכון וקיים כמ"ש בש"ע סל"ד ועם שפקפקו בו כי אולי גם בזה יש עדיפות למלוה ממצרן מלבד מה שדחו זה בראיות רואהו אני מוכרע מהרא"ש אבזה דהאי דינא שבפ' איזהו נשך.

דס"ח גבי מאי משכונא. דשכונה גביה נ"מ לדב"מ למד זה מפירש"י ושם מבואר דאין עדיפות למלוה רק שהוא מצרן ושכן טוב יותר משאר מצרנים אבל סוף סוף מצרן שמו (עיין בש"מ שם) וא"כ מילתא דליתא במצרן ליתיה גביה נמי.

ועוד אפי' בשותף גופיה דעדיף ממצרן משמע מהרא"ש בפ' המקבל דק"ח דכל עדיפותו אינו רק משום ועשית הישר והטוב דגבי מאן דאחזיק ביני אחי ושותפי הביא מח' הש"ס דאי משום דב"מ לא מסלקינן ונהרדעי אמרי אפי' משום דב"מ מסלקינן משום ועשית הישר והטוב וסיים כלו' אף בזה שייך ועשית היוה"ט ע"כ דנראה הפ' דלקמאי אין ועשית היוה"ט רק באחזיק ביני אחי ושותפי ולנהרדעי אף בכל שכן ע"ש וכיון דגם ביני אחי ושותפי אינו רק משום ועשית היוה"ט ממילא כשיש פסידא למוכר וכגון שהמצרן אינו בעיר אין עדיפות לשותף בזה.

שו"ר דבהא גופה שאין המצרן בעיר אסיקו כן הפוס' דגם אם הוא שותף אינו יכול לסלק והמה מהרלב"ח סי' ס"א והרדב"ז שם ומהר"א בן שושאן שם האריך לפלפל דאין עדיפות לשותף רק משום היוה"ט גם מהר"א בן חיים במ"ץ ח"א סי' י"ב האריך ובדנ"ח כתב דהדבר פשוט יותר מביעתא בכותחא דאין עדיפות לאח ושותף במקום פסידא דמוכר וכ"כ נ"י ע"ד ר"ן וכו' ע"ש וגם המ"ץ שם הכי פשיט"ל וגם מהר"ש יונה שם בדס"ב כתב דבצורך מוכר אין עדיפות לאח ושותף גם מהר"מ אלשקאר סי' קי"ח כשאין השותף בעיר כתב דאין לו עדיפות בזה ממצרן ורק ממהר"מ משמע דעדיף כשאין חלקו מבורר ואסיק משמיה כי יכוף לשותפו לברר חלקו להעמידו ביד לוקח ע"ש לא נשאר רק מהרש"ך ח"א סי' קט"ו שכתב דשותף עדיף וכבר במ"ץ שם דחה דבריו ובלא"ה הלוקח מוחזק וכ"ש דאפ' דבמשכונא יודה שאין כחה כשותף ובזה זכה שמעון דנ"ד במקחו: כ"ש דהכא בא יששכר לעיר ולא מיחה ומפו' בסל"ב דמשנתגלה המכר לבני העיר ושהה המצרן שיעור מיזל ואמטויי זוזי לב"ד ולא בא שאיכד זכותו.

והגם דמהש"ע שכתב ודוקא שנתגלה לבני העיר והחזיק לוקח משמע דמלבד הגילוי בעי חזקתלוקח א"א לומר כן לע"ד כי דברי הש"ע לקוחים מהטור וע"ש שהביא הך שיעור דמיזל ואמטויי מדברי הר"מ ותמה על משמעות הרמב"ם דבעי עד שישתמש ואי לא מצי לסלק אפי' לזמן מרובה דזה לא מסתבר ובב"י ובד"ה תי' דהרמב"ם אתא לטפויי אדרב האי דאם נשתמש ושתק המצרן גם בתוה"ז דר"ה סגי ע"ש גם אהך דהחזיק לוקח הביא דברי הריב"ש שכ"ך והוכיח מהם דהוא מפרש כפי' בהרמב"ם ע"ש דנראה מב"י דהך והחזיק לוקח של הטור היא עצמה וראהו משתמש דהרמב"ם ואם הטור בעי שניהם דוקא גילוי וחזקת לוקח שהיא תשמישו הדק"ל גם עליו גם על הרמב"ם א"ו או קתני הטור שאם נתגלה או ראהו החזיק ושתק גם קודם הגילוי זכה.

וכפי' הב"י ברמב"ם. והנה זכינו לתשו' הרמב"ם הביאה מהר"מ אלשקאר שם ששאלוהו כמה זמן המצרנות והשיב מי שעומד במדינה לא יוכל"ל לא ידעתי דחברך חברא אית ליה וכו' ע"כ ש"מ דס"ל כל שנעשה הדבר בעדים דשייך חברך חברא אי"ל וכמ"ש ב"י מחו' ה' משם הרשב"א ולא מיחה זכה לוקח גם אם לא ראהו משתמש וכפי' ב"י בדבריו.

וא"כ גם מצד זה זכה שמעון במקחו גם לפי התקנה ולית מאן דיזעזעניה ושלום: סימן ל"ה אחת מהמושבות למן הוסדה נהגו להקים להם איש על העדה (מוכתאר) להגן עליהם מעלילות השרים ולהריץ אגרות למתחסדים עמהם בנדבות וכו' לשרת את אחיו חנם ולכבוד ותפארת. ועתה האיש האחרון אשר לו איזה שנים משרת אותם כנז' קם לבקש שכר למפרע על הימים שעברו והם משיבים שאינם חייבים.

כיון שלא התנה ודרכם שלא לשלם וגם שירותו שמשרת אין הדין נותן לשלם עליה שכר. וגם שבחירתו לא היתה מדעת הכל.

ורצונם לדעת הדין: הנה לכאורה נראה דחייבים הם לשלם שכרו הגם שלא התנה וכמ"ש מור"ם סי' רס"ד וז"ל וכן כל אדם העושה פעולה או טובה לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי כי לא צויתך ע"כ אבל אחר הישוב נראה שא"א להיות שכל הפעולות יקיפם דין זה כי רבו סוגים מתחלפים בש"ע ופוס' בקבלת התועלת בלי תנאי ולא ראי זה כראי זה.

וראשי פרקים מפו' בטוב"י והש"ע. א') בסי' קכ"ח דין מבריח ארי ופורע חוב חבירו שפטור מכלום.

ב') דין מציל חמורו או דבשו של חבירו והפסיד את שלו בסי' רס"ד וכן בסי' ש"ג רועה שהציל ברועים ובמקלות בשכר שיש לו שכר הראוי ליתן לאחר לטרוח טרחא כזאת ולא יותר הגם שהפסיד חמורו ויינו. ג') הדר בחצר חבירו שלא מדעתו בסי' שס"ג דאי קיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר נוטל ממנו שכרה ומסוג זה יתומים שסמכו אצל בעה"ב ופרנסם משלו בסי' ר"ץ וביו"ד סי' רנ"ג המפרנס יתום משלו.

ד') היוורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטעה או ביתו ובנאה בסי' שע"ה ודינו אם אינה עשויה ליתע שמין לו וידו עהת"ח ואם עשויה ליתע שמין לו וידו עהע"ל שאומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ונוטל מבעליה ע"ש. ולולא דברי הראשונים ז"ל

לא תשיג דעתנו הקצרה טעם השינויים בהם אחר שכולם מתאימות בקבלת התועלת ומה אלו אף אלו.

אבל כבר עמדו בזה התו' בב"ק דנ"ז גבי משלמת מה שנהנית אמ"ר בנחבטה ובב"מ: דל"א וכתובות דק"ז והרא"ש והנמק"י והמרדכי בפ' הכונס ע"ע ותכלית דבריהם דמבריה ארי דפטור (עיין ברש"י משום דמצוה קעביד) היינו מדעתו הגם דאית ליה פסידא או שלא מדעתו ולית ליה פסידא (המרדכי חו' בזה) אבל כשהבריה שלא מדעתו ואית ליה פסידא חייב הניצול וכ' הוא בדלא הוה בריא הזיקא לניצול כי היה פתחים ודרכים שלא יוזק הממון בלא זה אבל כשהיה בריא הזיקא שא"א לו להנצל בלתי זה וקדם המציל והציל חייב לשלם לו וה"ט שחייבו בכל הנז' רק אכתי קשה אמאי בשומר שהציל בשכר נוטל כל מה שהוציא ובמציל חמור ודבש אין לו אלא שכרו ות' שם דמציל חמור ודבש מיירי שהבעלים שם וכיון שהם מצויים לא ראו חז"ל לתקן בעדם ויכולים לומר לולא שהצלתם היינו יכולים למצוא אחר בשכר כזה ומ"מ שכר כזה הם חייבים הגם שלא התנו דמסתמא ניח"ל משא"ך בשומר שלא היו הבעלים שם והך דהיורד לשדה חבירו ונטע או מקיף חבירו משלש רוחות שחייב לשלם כדיניהם התם אינו ענין כלל לאלו דהתם שאני שמוסיף שבח קיים בנכסי חבירו ולא רק שמונע ממנו ההיזק לפיכך שמין לו ע"כ ת"ד.

ודין הדר בחצר דקיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר דקי"ל דמשלם הכל י"ל דשאני התם שהדר נהנה מדעתו משא"כ בכל הני שהנהנה לא נהנה מדעתו וגם כמ"ש בש"ע התם דחסרו ממון שהיה אפשר לו לקחת משוכרים אחרים ואתי בק"ו משומר שהציל בשכר דאפי' ההנה בעל הבהמה שלא מדעתו ישלם הכל כיון שחסר ממון הכא שנהנה מדעתו וחסר ממון זה לחבירו לא כ"ש ולזה לא הוצרכו לבאר טעמו ולפ"ז א"כ מ"ש מור"ם וכן כל אדם העושה טובה וכו' ודאי שאין בכלל זה גם מצילו מהפסד שאינו ברור דזהו מבריה ארי דסי' קכ"ח ופטור לגמרי אלא במצילו מהפסד ברור כהך דסי' רס"ד או מוסיף שבח קיים בנכסיו כסי' שע"ה.

וכ"ר להט"ז ז"ל בסי' רס"ד הוכיח כן מהתו' וממקור דברי מור"ם מהר"ן וגם משה"א שם כ"כ מדנפשיה (ודאי הט' שלא כתב זה מור"ם רק בסי' רס"ד ושע"ה): וזהו הטעם לפטור אנשי המושבה מבקשת שכר האיש המגן עליהם מעלילות השרים כיון דאינו הפסד ברור דאולי לא יעלילו ואם יעלילו ח"ו הרשות נתונה להקביל עליהם וכו' והיו כלא היו ופטורים לשלם לו גם מה שהפסיד מכיסו ע"ז כמבריה ארי ופורע חוב חבירו דסי' קכ"ח והגם דמור"ם שם כתב דפורע לגוי חייב וכ"כ שם ב"י משם רמ"ך מלבד שהש"ך שם תמה על מור"ם שאין לחלק עו"כ דאפי' למ"ד בבע"ח דוחק דחייב לשלם מודה בגוי דהפסיד מעותיו וא"כ מרן שפסק גם בבע"ח דוחק דפטור כ"ש דס"ל כן בגוי וכ"ש לפמ"ש דיכולים להנצל מעלילותם עיין בכנה"ג הגב"י מאו"י ואילך האריך בזה וכתב דאפי' הסו' דבגוי חייב מודים הם כשהיה יכול להנצל ממנו דפטור והגם ששם בהגה"ט כתב ממהרשד"ם אה"ע סי' ל"ו דפורע חוב חבירו בפניו אפ' דחייב ובנ"ד בפניהם הוא הנה התו' בנדרים דל"ג כתבו להפך דגם בפניו פטור (שו"ר למט"ש שם הגה"ט נתעורר בזה) והגם די"ל שהתו' לא כ"כ רק לת' שם דפורע חובו דהתם מיירי

בזן אשתו כפי' ר"ת ולא לתי' הב' דמיירי בחוב דעלמא ואנן קי"ל כתי' הב' ונסתר התולדה שלהם כיעו"ש.

מ"מ עיין בטוב"י ליו"ד סי' רכ"א דר"ת דס"ל פורע חובו חייב מוקי זן את אשתו דבנדרים דפטור אפי' לרבנן משום דבפניו והטור תמה דלמאי דקי"ל כחנן גם בפורע חובו תו א"ץ לזה דאין חי' בין בפניו לשלא בפניו ע"ש (וז"פ על מהרשד"ם וגם כנה"ג איך לא העיר עליו) ותו דמהרשד"ם נמי לא אמר רק אפשר ולהחמיר בקדושין.

ולהדיא כתב שאין זה מפו' ואדרבה נראה שאינו כן ע"ש וא"כ פטורים ממה שהפסיד אפי' היה בפניהם. (הגם ששמעתי כי טוען שהפסיד מממונם שבידו ומור"ם בסי' קכ"ח כתב דאם פרע מממונו לבע"ח אין לו להחזיר וכ"מ לכאורה מהב"י סי' ק"ה שהק' על הטור שכתב דאם פרע הנפקד למלוה מהפקדון שאינו מתחייב מט' דאמ"ל אם החזרתיו לך היה גובהו ממך דמאי שנא זה מפורע חובו דפטור ותי' דטענת מפייסנא ליה מהניא לפטור אבל לא לחייב ע"כ.

מ"מ י"ל בנ"ד דל"א מרן והוא ממ"ש הסמ"ע טעם מור"ם משום דבלא"ה היו מוציאין ממנו ונותנים לזה משעבודא דר"ן וזה ל"ש אלא לגבי בע"ח ולא בהצלה מעלילה וגם הב"י לא סמך שם על תי' דמפייסנא ל"מ לחייב אלא עמ"ש שם ראייה לדבריו מבעה"ת הטעם משום שעבודא דר"ן ולכן סתם בש"ע וכתב פטור ורק מור"ם הוא שהגיה הטעם.

ובזה מיושב שפיר מ"ש בסימןקכ"ה גבי השליח שעכב המעות שנשלחו לאחר ע"י בעבור החוב שנושה במי שנשלחו לו דאם אין לו נכסים פטור המשלח כי יאמר בלא"ה משעבדנא ליה מדר"ן וכשיש לו נכסים כופה המשלח לשליח להחזירם משום דביש לו נכסים ליכא שעבודא דר"ן כמ"ש בסי' פ"ו והגם דלטעם הטור בסי' ק"ה בפטור הנפקד משום מאי אפסדתיך שאף שאחזירם יוציאם ממך אין הבדל וגם בעלילה אפי' לטעון כן (ועיין להסמ"ע סי' קכ"ה והש"ך סי' ק"ה סק"י מה שנתעוררו מסי' קכ"ה לסי' ק"ה ותי' וגם משה"א שם) מ"מ כיון שמרן סתם ולא גילה דעתו י"ל שסמך על קו' בב"י ואינו מחלק ובפרט שמסה"ת שער ס"ז המקור ששאב ממנו הב"י ז"ל נראה שמשוה מפקיד שמסר למלוה למשלח שמסר לשליח ומשמע שאין חילוק ביניהם (ועיין לחק"ל ח"מ ח"א סי' פ"ב דצ"ד שכתב יש מי שרצה לפרש בדעת הב"י בסי' ק"ה כמ"ש ומני"ר לא כן דעתו ואסיק לפ"ז גם בעלילה דל"ש שעבודא דר"ן קיים דינו דמור"ם ועי"ש להרב המחבר דק"ג שדחה דברי הרב מ"ב ז"ל גבי עלילה ונד"ד נראה שהוא בסוג עלילה ולא בסוג פורע חוב ועיין בבע"ח ח"מ ח"א סי' רכ"ט מה שחילק בזה גם בפורע חוב וקחנו משם לנד"ד וצ"י בזה אלא שאין רצוני כעת רק להעיר) ועיין במט"ש שם או"ג משם הרדב"ז ח"א סי' ר"ן דגם אם בא הלוח לצאת י"ש פטור.

ועוד אני אומר שאפי' אם יברר הממונה הנז' שהצילם מהפסד דבריא הזיקא. מ"מ אין זה דומה להך דסי' ש"ג דנוטל כל מה שהוציא דשאנ"ה שהבעלים בכאן והו"ל לאתנויי כמ"ש התו' ועיין במורם סי' רס"ד ס"ג ואין זה דומה רק למחזיר אבדה ומציל דבשו ויינו של חבירו בלי תנאי בסי' רס"ד דאין לו רק שכר שנוטל אחר בטרחה זו ועיין במשה"א שם סק"א.

ויותר מזה י"ל בנד"ד דאפי' אותו שכר אין לו כיון שידוע דהממונה הזה בן פו"י הוא אמוד ושום עסק אין לו להתבטל ממנו בעת עסקו עם הצבור לש"ש ואינו מחזר להשכיר עצמו א"כ יש לו דין מחזיר אבדה בהצלתו ממונם מעלילות וקי"ל בסי' רס"ה הרואה אבדה חייב להחזיר בחנם אם הוא בטל עיין בב"י מקורו מהרא"ש בב"מ דל"ב דהשוה אבדה לפריקה בחנם כשהוא בטל.

ואני בעניי מצאתי כן בהר"ן פ' אין בין המודר על דל"ד ד"ה תנן מקום וכו' שפי' בתוך קו' מ"ש המודר הנאה מחבירו פורע את חובו ומחזיר לו אבדתו מקום שנוטלין עליה שכר תפול הנאה להקדש שפי' מקום שנוטלין עליה שכר היינו בבטל מסלע ודלא כמפרשי' אחרים שפי' מקום שנוטלים היינו שמנהגם ליטול שכר ועיין בפיה"מ להרמב"ם שכתב וז"ל ואם היה המנהג שהמחזיר אבדה מקבל שום דבר וכו' ואפי' לדבריהם הנה בשאלתנו כתוב שלא נהגו לפרוע לממונים הקודמים ובתו' שם דל"ד ד"ה ה"ג משמע כהר"ן ואפי' דזהו ט' הטושו"ע בסי' רס"ה שלא חיל' בין מקום למקום דמשמע להו פ' המשנה כהר"ן) והגם שהסמ"ע סי' רס"ד סקי"ט כתב שאם הוא איש נשכר לאחרים ולולא שעסק בזה היה עוסק באחרת אפי' שאין לו עסק עתה ממש כיון שכל השנה אם בא אחד לעשות לו עסק דרכו לקבל עליו שכר אז נוטל שכרו כפועל אחר דעלמא הנה לכאורה זה סותר למ"ש מור"ם סי' שס"ג גבי חצר דלא קיימא לאגרא.

אע"ג דגברא עביד למיגר פטור שאעפ"י שהיה רגיל להשכירו רק שעכשיו לא עביד בתר האי שעתא אזלינן ע"כ ומוכרח לזווגם עפ"י מקור הדין בזה מהנמק"י פ' כיצד הרגל שכתב וז"ל אי אתבריר קודם שדר בה זה דלא הוה קפיד לאוגורה אע"ג דמקמי הכי הוה קיימא לאגרא פטור דבתר האי שעתא אזלינן ע"כ משמע דאי הוה קפיד וכו' חייב וא"כ גם הסמ"ע נאמר דל"א רק בקפיד.

ויוצא מזה בנ"ד דגם הקפדה לא היה מקפיד הממונה להשכיר עצמו דפטורים בני המושבה. (כ"ש שהוא אחד מקהלים ושותף עמהם בנזק העלילות ואומרים שגם בלי השתדלותו היו יכולים להנצל ובכגו"ז הנה כתב מהר"ם מפדאוה סי' ס"ג בנשתדל בעדו ובעד חבירו והועיל לשניהם וחבירו טוען גם בליהשתדלותו היה יכול להנצל דפטור ואפי' למור"ם בסי' רס"ד שכתב דחייב הרי סיים שאם נראה לב"ד שלא הרבה הוצאות בשבילו פטור.

והכא מה שהיה הוצאות הכל מהמושבה. באופן דבהשתדלותו בהצלתם מעלילות לא מצאתי מקום לחייבם בשכרו): ולפ"ז גם מ"ש בשאלה שהוא מריץ אגרות למתחסדים עמהם בנדבות אם ירצה לדמות זה להך דסי' שס"ג הדר בחצר חבירו עכ"ז יהיו פטורים בני המושבה משכרו כיון דאיהו לא קאים לאגרא הנה שם בסו' פסק בחצר דלא קיימא לאגרא אע"ג דגברא עביד למיגר פטור דזה נהנה וזא"ח הוא.

ואפי' אם יברר הממונה שהוא קאים לאגרא דאז קי"ל התם בקיימא לאגרא אע"ג דלא עביד למיגר חייב כיון שחסרו ממון מ"מ כיון שמדעתו שירת אותם ל"ד להך דהתם דר בחצר חבירו שלא מדעתו הוא ועיין בהגה סי' שס"ד משם התשב"ץ ח"א סי' קע"ד דאפי' בקיימא לאגרא אם אמ"ל דור בחצרי פטור אע"ג דזה חסר וזה נהנה כיון דמדעתו ההנהו.



ואע"ג דבסי' רמ"ו פסק מורם משם תה"ד סי' שי"ז להפך במי שאמר לחבירו בא ואכול עמי ואכל דחייב לשלם מדין שבר כדי וקרע כסותי וכו' ע"ש כבר הב"ח שם עמד ע"ז וכתב דפלגין בהדייהו והמוציא מע"ה: ועוד דהש"ך סי' שס"ג סק"ג כתב דגם ת"ה וב"ח ל"א רק בחצר דקיימא לאגרא וגברא עביד למיגר אבל כשגברא לא עביד למיגר גם הם מודים דפטור וכ"ך עוד שם סי' רמ"ו משם רש"ל דאם אמר לאורח הסועד אצל בעה"ב בחנם בא ואכול עמי דפטור גם לת"ה.

והפ"מ ח"ב סי' פ' כתב דבידוע ומפורסם שהמתפרנס היו מפרנסים אותו בחנם ובא זה וקראו אצלו דלא מצי אח"כ לתובעו ובנד"ז נמי אנשי המושבה אומרים דיש ויש אצלם המשרתים אותם שירות כזה מבלי הממונה ואפי' אם בשירות זה הפסיד מעט דהוי כמשחיר הכתלים שכתב בב"י סי' שס"ג בשם רי"ו די"א אפי' בלא קיימא לאגרא ולא עביד למיגר חייב מ"מ מלשון הטוש"ע גבי שחרוריתא דאישתא שכתבו מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה נראה דאינו חייב רק הנהנה וכפי מה שנהנה וכן סיים מור"ם בהגה וז"ל וא"כ אם אין דרך זה לשכור פטור דהא לא נהנה.

ואע"ג שכתב וי"ח מ"מ מסיומו ע"ד הש"ע בסתם כן ש"מ דהכי ס"ל למרן. וגם דעתו ז"ל נראה כן להלכה דהא קי"ל סתם ואח"כ מחלוקת (שוב אינה ה' לידי ס' דגל מחנה אפרים ז"ל הנד"מ וראיתו בח"מ סי' ג' כתב ככל הנז'.

וגם הוסיף לפטור האורח מהשבועה שהטיל עליו מהרש"ל לישבע שלא היה דעתו לפרוע והגם דבנ"ד ס"ד למפטר משום שהם רבים זקנים עם נערים אשר לא ידעו טכסיסי העיר ומסתמא לא אסקי אדעתייהו לפרוע מ"מ פתח פתחא בסו"ד משום דאין דרך באותה העיר למזמין חבירו שיתבע ממנו אנ"ס דזה לא נתכוון לפרוע ע"ש ותרי טעמי הנז' שייכים בנד"ז כי רבים הם ולא נהגו הממונים הקודמים ליטול שכר) וה"ן הנה לא נהגו לתת שכר.

ויש לצרף לזה דלא תבע הממונה שכרו עד היום דהוי נמי אומדנא דעד עתה לא היה דעתו לקבל שכר ומכח האומדנות הנז' שאין מנהגם לשלם וגם הוא לא תבע פטורים וכמ"ש התה"ד שם אמנם אם ראובן אמיד בנכסי ורגילות בעשירים שם לפרנס חתניהם יותר על הקצבה והדברים נראים שאם לא הי"ל כעס ומריבה עמו לא היה תובע אומד"ד הוא שמחל לו על המזונות (עיין בדמ"א שם שהביא ממהריב"ל ח"א סי' ע"ה דתה"ד תרתי בעי רגילות העיר והולדת קטטה ונמשך אחריו מהר"ש ח"מ סי' מ' ובחדא לא סגי והגם דמור"ם ח"מ סי' רמ"ו ומהרשד"ם ח"מ סי' שע"ג ומהר"מ ד"ב במהרימ"ט אה"ע סי' ק' ויא"ה באה"ע סי' ע' משם מהרש"ה ז"ל ס"ל דסגי בחדא מ"מ בנד"ד אשכח תרתי לצאת י"ח מהריב"ל ומינה לנד"ז שכתבתי דאיכא תרתי.

והגם שמצא לפ"מ ח"א סי' צ"ג דלא סגי גם בתרתי כתב דהוא יחיד בדב"ז וביאר דברי המבי"ט ח"ב סי' ר"ך שאין טעמו כהפ"מ עש"ב): ועוד י"ל דגם בלא טעם הנז' הכא פטורים כיון דתביעתו היא לגבי העניים שהביא להם נדבות דהן אמת שהר"ן בפ' ב' דייני גזרות וה"ה פי"ב מאישות משם הרשב"א (הבי"ד הב"י) כתבו דהזן את חבירו סתם לאו לשם מתנה איכוון (בש"ע לא נזכר זה רק בס"י קע"ו סמ"ד כתב אם אחד מהשותפים טען סחורה ע"ג בהמתו או נתנה בחנותו סתם נוטל שכרן ושולחנו של

אברהם ז"ל הוכיח מזה דהזן סתם לאו לשם מתנה איכוון ולפי טעם הרשב"א בזה הביאו הב"י משום דשותף יורד ברשות נ"ל דאין הכרח מזה למקום אחר משום דשאני שותף דסתמו מתעסק לשות' ואלמלא חמורו ישכור אחר) והפ"מ שם סי' צ"ג כתב דאין חולק בזה מ"מ הנה לכאורה תשו' הרי"ף שהביא ב"י סי' קכ"ח וביו"ד סי' רנ"ג נראית כסותרת שהשיב על ראובן שזן יתום משלו שאין לו ליטול ממנו כלום לפי שלא אמ"ל אוציא עליך משלי בתורת הלואה וכיון שלא אמ"ל כן מסתמא לשם ג"ח איכוון וכו' ומוכרח לחלק עפ"י מ"ש הב"י שם ביו"ד משם מהרי"ו דל"א הרי"ף רק ביתום אבל באיניש דעלמא אם יש לו חוזר ומשלם (ועיין למהרימ"ט אה"ע סי' כ"א שהוסיף להוכיח כדברי הר"ן מהרמב"ם פ"ז מזו"מ דדוקא בשולח תשורה או נותן מעות ומיאן המקבל עד שהפציר בו וכדי יין דסבלונות וכו' הוא דפטור דמסתמא לשם ג"ח איכוון משא"כ בענין אחר והרגיש מתשו' הרי"ף הנז' וחי' בין יתום לאיניש דעלמא והמש"ל באותו פרק הרגיש בסתי' דברי מהרימ"ט משם לסי' מ"ג דנראה דגם בעלמא למתנה איכוון ולעד"ן דבסי' מ"ג משום חומרת קדושין אמרה) וגם הפ"מ שם סבר לחלק כן.

(והוא פלא מדוע לא הרגישו מהך דהתשב"ץ דגם באיניש דעלמא אם אמ"ל דור בחצירי דפטור) וא"כ הכא בנד"ז שהנה את העניים בסתם הנה מפו' ברי"ו שם דסתמא לג"ח איכוון ואם לא היה מהנה אותם כל ישראל היו מצויים לפרנסן ולמד זה ממשנה מפורשת פ"ה דפאה עני העובר ממקום למקום מותר ליקח מן הצדקה ולכשיגיע לביתו פטור מלשלם ופסקה ביו"ד סי' רנ"ג וכ"כ ערה"ש סי' קכ"ח דין ה' משם הרדב"ז דמפרנס עני אף שהעשיר פטור מלשלם (עיין כנה"ג הגה"ט אוכ"א דמהרמ"א סי' ע' חולק) וכ"ש יתומים דאיכא בגוייהו שהם פטורים כמ"ש וכזה ראה וקדש ביו"ד שם שפסק וז"ל מי שפרנס יתום והיה מכווין למצוה וכשהגדיל תבע ממנו מה שפרנסו פטור (מ"ש והיה מכוין למצוה לאו למימרא שגילה דעתו בכך אלא סתמו כן וכן פי' מט"ש הגב"י אוט"ו) וסיים מור"ם אפי' הי"ל ליתום אותה שעה וכ"כ התשב"ץ ח"ג סוס"י קס"ז דגם בהי"ל אותה שעה פטור דמסתמא לג"ח איכוון ולמד זה מתשו' הרי"ף ודברי הרמב"ם בשושבינות ע"ש.

ומ"ש ב"י סי' קכ"ח לחלק בין הי"ל ללא הי"ל נר' דלא קאי רק על מה שחי' בדברי הרי"ף דביתום קטן דל"ש לומר הי"ל להתנות עליו שהוא חייב ע"ז כתב דגם הוא אינו חייב רק בהי"ל נכסים דאל"כ כל יש' מצויים לפרנסו אבל גדול מודה דגם בהי"ל פטור דהו"ל להתנות ואינו חייב רק בהיה תחת"י מנכסיו ע"ש) ומה שנראה נגד זה מדברי הרשב"א שהביא ה"ה דמסתמא לאו לשם מתנה איכוון דמיירי גם ביתום דכן הביא ראיה לזה מיתומים שסמכו אצל בעה"ב.

(והגם דמור"ם נראה שרצה לזווגם דדברי הרי"ף שפסק ביו"ד מיירי שגילה דלג"ח איכוון הנה בגד"ת דשנ"ג דחה זה והוכיח דהרי"ף מיירי גם בסתם) וגם הגד"ת הרגיש כן על מרן דבח"מ פסק כהרשב"א ביתומים שסמכו דחייבים לשלם ואילו בסי' קכ"ח וביו"ד סתם כהרי"ף בב"י בלי חולק והצ"ע י"ל דאנה"ן דלזווג הרי"ף להרשב"א קשה לשמוע (דמ"ש הכנה"ג בסי' קכ"ח הגב"י אוכ"א לזווגם בתי' א' דהרי"ף מיירי בלא היו נכסים תחת"י והרשב"א מיירי בהי"ל זה לא יספיק לתרץ בעד התה"ד סי' שמ"ח שדן

כהרשב"א והתם לאו מכח שלא הי"ל משמע רק תלה ביש לו ואינו רוצה להתפרנס ותי' השני דהרי"ף מיירי ביתום עני והרשב"א בעשיר מב"אינו סובר כן דל"כ זה רק ביתום קטן ולא בגדול בסי' קכ"ח משמע דלהרי"ף בגדול פטור אף בעשיר) אבל מרן דפסק כהרי"ף י"ל דעכ"ז מצי לפסוק ביתומים שסמכו אצל בעה"ב דחייבים מטעם שכתב הפ"מ סי' צ"ג דהוי כאפוטרופוס והאפוטרו' גם בסתם אינו זן משלו ע"ש וע"ע למט"ש סי' קכ"ח ושאר ספרים בענין זה ואכמ"ל ומ"מ יתומים דנ"ד שהם גדולים ולא התנה עליהם לדעת מרן מסתמא לשם ג"ח איכוון.

וגם למ"ש דבנכסיו תפוסים תחת"י חייב והכא אפ' שהממונה הזה הוא תפוס מהכספים ששולחים להם המתנדבים כבר כתבתי במ"א דמעות הבאים לעניים אין בהם תפיסה ואפ"ל בע"ח אינו גובה מהם: ואם יאמר הממונה לדמות זה להך דסי' שע"ה ביורד לשדה חבירו שלא ברשות ונטעה דאם היא עשויה ליתע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנטעה ונוטל מבעל השדה וה"ן הנה הרב ב"י עייאש ח"ב סי' נ"א כתב דכל עיירות של חו"ל עשויים ליתע בהם נדבות.

וכ"ש דהכא יש לדמות כרם ה' צבאות לכרם שכתב הריב"ש סי' תקט"ו הבי"ד ב"י שם דכיון שכבר הוא נוטע וא"ץ רק לעזקו ולסקלו וכו' דהוי דבר המעמידו דמסתמא כל כרם עשוי לכך וה"ן אנשי המושבה כבר קביע להו הנדבות במקומותם וא"ץ רק זריזות בבקשה ותחנונים דאז ודאי סתמם לכך ולכן גם אם לא התנה וירד שלא ברשות אומדים וכו' והסמ"ע הביא מרש"י והרא"ש פי' אומדים שנוטל שכר כשאר שתלי העיר.

ועוד יטעון הממונה דכיון שהוא שותף עמהם דינו כיורד ברשות וידו עה"ע וכמ"ש זה הבי"ע שם לגבי שד"ר מחברון. ועוד יטעון דכיון שראוהו משב"ק ולא מיחו בו הנה הבי"ע סי' שע"ה כתב מהנמק"י ריש בתרא דיורד לשדה חבירו שלא ברשות והיא עשויה ליתע ולא מיחה בו דשמין לו וידו עה"ע (הגם דממהרימ"ט ח"א סי' ק"ו נראה דשתיקה לאו גילוי דעת מיקרי עיין בכנה"ג הגב"י או"ה כתב דמיירי בירד בתורת שכי' או שאלה או שות' דשתי' לא הוי נ"ד שסבור לעצמו הוא עושה לפי"ש אבל הנמק"י מיירי במי שאין לו אחיזה בקרקע) ועוד יטעון שיש מהם שפייסוהו בעד כולם.

עכ"ז אין אני רואה בכל זה לחייבם למי שלא פייסוהו מיהא כמ"ש הריב"ש שם בראובן שירד לכרם שמעון שלא ברשותו אעפ"י שקרוביו פייסוהו לירד הנה הוא טוען שלא ברצונו היה ומה שטוען ששמעון שלח לו ע"י בנו כיון ששמעון כופה על ראובן להביא ראיה ע"כ וכ"ש אם יטענו אדרבה מחינו הנה מפו' בנמק"י דדוקא בלא מיחה שמין משא"כ במיחה והרי אפ"ל בעשויה ליתע פסק הש"ע שאם אמ"ל עקור אילניך ולך שומעין ומהרימ"ט סי' ק"ו כתב דזה אפ"ל בשותף והגם דפ"מ ח"ב סי' מ"ה דפ"ג כתב דמהר"א מונסון חו' עליו איהו ז"ל כתב שם דהרבים מוחזקים וזה אפ"ל מיחה אחר מעשה כ"ש קודם מעשה גם לטענתו משלא מיחו הוי גי"ד נהי דלדברי כנה"ג גם מהרימ"ט יודה כשלא יש לו אחיזה בענין (הכא יש לו שות' במעות הבאים) מ"מ הפ"מ ח"ב סי' מ"ה כתב להפך בדפ"ג דדברי הנמק"י אמורים בההיא דעמד והקיף רוח הרביעית דהו"ל שותפים ובשותף אם חבירו שתק אנה"ן דהוי ג"ד אבל איש נכרי שאין לו שייכות וירד וחבירו שתק לא הוי גי"ד ע"ש וכדבריו משמע לי מדברי הריב"ש הנז' מדהצדיק שמעון

בטענתו שלא אמ"ל לבנו ותיק' תיפו"ל מדשתק ולא מיחה דהוי גי"ד והתם אין לו לראובן שייכות בכרם אלא ש"מ דבעי גי"ד ממש וכ"ן דעת הש"ע דגי"ד ממש בעינן ממה שנזהר בס"ג וז"ל הירוד וכו' ואח"כ בא בעל השדה והשלים הבנין או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו הדברים שמראה שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר וכו' משמע דדוקא בענין זה שמין לו ולא די בשתיקה.

ובפרט למ"ש הפ"מ שם דכ"ע מודים ברבים שאין שתיקתם ג"ד דמאן מפיס וכו' וכ"א סומך על חבירו וקדרה דבי שותפי וכו'. ואע"ג שהרהר בזה מצד הפרנסים ע"ש בנד"ז הרבים הללוקודם לזה לא היו להם פרנסים כי בהעדר הממונה הראשון גם העוזרים ע"י נפל הבנין.

ולטענתו שהוא שותף עיין לפ"מ שם שרצה לזכות למי שהיה דר בבית אחד של הקדש והשביח אותה מטעם שהוא שותף בה עם הקהל וסתר זה וז"ל איברא דכאן בנ"ד היה מקום לחלק וכו' דדוקא שותף שיש לו ממש חלק בגוף הקרקע יש לו דין יורד ברשות וכו' אבל לא מפני כן נוליד הדין בשנים שאינם שותפים בגוף הקרקע אף שיהיה יד שניהם שוה וכו' ע"כ: ונראה טעמו דלא חשיבי שותפי' ממש משום דמי יימר שימכר בחייו ואם ימכר מי יאמר שלא ילך בהוצאות ולא יגיע לו חלק ממנו וכיוצא לפיכך אינו שותף ממש אלא משגיח ומינה לנכסי הכלל הדין כן (ודאי אשתמיט לבי"ע ז"ל התשו' הנז') ואין לעיין בזה רק במה שנראה שדינו כיוורד שלא ברשות דמ"מ כיון שהיא עשויה לטע נוטל שכר כשאר שתלי העיר או לאותם שירד ברשותם אם חייבים (והנה לפי מה ששמעתי טוענים שלא חידש דבר לתועלתם רק עוזר להם לחזק מה שהיה נהוג להם ואינו רק מסייע נראה שאין לו שכר גשמי בזה כ"א שכר רוחני כאשר כתב שם הבי"ע דעלה ע"ד לקבוע שכר לשד"ר מדין מסייע כמ"ש מור"ם בסי' קפ"ג ס"ז במסייע לחבירו והטעו הגוי דחולקין וחי' דל"ד דהתם אותו הריוח לא נודע לגוי והוי דבר שאינו ניכר משא"כ המתנדבים כל כונתם לעניים והחכם אינו אלא כמורה מקום וכו' א"כ מנין לו יד לזכות לעצמו ע"כ וכיון דאזל ליה טעם סיוע ואין תועלת חדש הרי בסי' רס"ד על להציל ולא הציל שכתב בש"ע אין לו אלא שכרו סיים מור"ם ודוקא שהתנה עם הבעלים אבל בלא התנה אפי' שכרו אין לו וגדולה מזו כתב כנה"ג בהגה"ט או"ד ממור"ם בתשו' פ"ו דאפי' יורד ברשות וכו' דוקא שידוע שהועיל אבל אין ידוע שהועיל אינו נאמן לומר שירד ברשות או הועיל אם לא שיביא ראיה ע"ש) ונראה שגם בזה הם פטורים לפי טענתם שיש להם מתעסקים בלעדו שיוכלו להשיג תועלת זאת ע"י וכמש"ל כאשר פסק מור"ם שם ס"ד משם הנמק"י דאפי' יורד ברשות אם בעל השדה הוא עצמו אריס חזר להיות דינו כאילו אינו (כ"ה הגי' בד"מ) עשוי ליטע רק שמין כמה רוצה ליתן שלא יצטרך לטרוח הוא עצמו וכ"כ הבי"ע משם הר"ן בשם הרשב"א ז"ל וא"כ ה"ה הכא דינן להם מתעסקים בלעדו אין לו שכר ושומא נמי ל"ש הכא דאינו טורח בעצמו לכתוב רק הסופר כותב ומניח חותמו והנאה ממילא אתייה.

(וכ"ש שיש טוענים שהתנו עמו מתחלה לשרתם חנם ועיין למהרימ"ט אה"ע סי' מ"ג הוכיח משבועת העדות גבי מנה נתתי לך בפני פ' ופ' ועדים רואים אותו מבחוזן דמק' הש"ס ואי הלה טוען במתנה נתנם לי כי עדים רואים אותו מבחוזן מאי הוי. דמשמע דכל

מי שנותן לחבירו בסתם הוי לשם מתנה ונאמן הלה דלא כמהר"ש יפה ז"ל והמש"ל פ"ג דאישות ה"ח דחה ראיית מהרימ"ט דשאנ"ה שטוען בריא דלשם מתנה יהיב ליה ולזה נאמן משא"כ בסתם וא"כ גם לדבריו הכא שטוענים בריא ששירת אותם חנם נאמנים וגם אם יאמר שמתחילה אמר בחנם ושוב יהב דעתיה לשכר עיין בתשב"ץ ח"א סי' קע"ד דאפי' בחצר דקיימא לאגרא וגברא עביד למיגר ונחת לדור בחנם והאריך שם שנים רבות דאינו משלם כלום עד שיפרש לו בעל החצר וכו' ע"ש וכ"ש הכא דלא עבידי למיגר כמ"ש) באופן הנלע"ד על הדין ועל האמת דאנשי המושבה מכל הצדדים פטורים הם משכרו: סימן ל"ו אני בגולה הלכתי לעוב"י מכנאס יע"א והנה יד שלוחה אלי ממע' הרב המופלא כמהרי"ב נ"י לעיין בדין רו"ש שקנו חזקות היאודים שבאלמלאח מאת בעליהם הגוים ותקנות הראשונים ז"ל כי מחוייבים הקונים להחזירם בדמים שקנו אותם בתוך י"ב חודש למחזיקים.

ואי לא ניח"ל לפדותם יהיה להם רביע בגוף וחזקה דאסמכוה לדין סקריקון בח"מ סי' רל"ו והקונים הנז' נשמטו בטענה שקנו הכל בב"א ודימו זה למ"ש בסי' קע"ה במצרן שאם קנה הכל בבת אחת אין המצרן יכול לסלק גם יש מקומות שיש לקונים שותפות בהם ולמדו משם שאין השותף מסתלק גם תובעים הוצאות ושוחדות רבים שהוציאו על המקנה האל"ה לא יחזירו לבעלי החזקות ותצא דינ"ה מידי אביר יעקב שאין ממש בטענות רו"ש.

והפציר בי לגלות דעתי והגם שדעתי בל עמי וגם ספרי דבי רב אין גם אחד מ"מ משום אין מסרבין לגדול אמרתי להוסיף נופך על דב"ק: הנה על טענת רו"ש השיב כת"ר שאם כל הבע"ח יעמדו לפדות כ"א את שלו הדין עמהם ממ"ש הזכו"ל חז"מ אות ח' משם מהרי"ך באחד שקנה מהגוי חצר שבתוכה חזקת בית אחת ליש' דמצי הקונה לומר או קנה הכל או צא מעלי דלא עדיפא האי תקנתא מדב"מ וכו' אבל אם בעה"ח רוצה לקנות הכל שומעין לו ולא דמי להך דסי' קע"ה כלו' דהתם אפי' אם ירצה לקנות הכל אין שומעין לו דהתם משום פסידא דמוכר והכא ערבי הוא ע"כ: ואני מוסיף שהכא אפי' אם רק אחד מבע"ח רוצה לפדות את שלו נלע"ד דהדין עמו.

דלכאורה הוראת הרב מהרי"ך תמוהה מדכתב לא עדיפא מדב"מ ש"מ דגם בדב"מ הדין כן ואמאי והלא בסי' קע"ה מפו' הטעם דלא יוכל המצרן לסלק מהחלק המגיע לו משום פסידא דמוכר שיאמר שרוצה למכור הכל בב"א וגם אם ירצה לקנות הכל איכא פסידא שיאמר סברתי שלא תקנה הכל ואדביני ביני שאמלך עמך ילך הקונה וא"כ כיון דהכא מיירי בערבי דלית משום פסידא אמאי לא יוכל לומר המצרן או בעה"ח לא אקנה רק השייך לי (נהי דבש"ע תלה הטעם לזכות קונה שכתב שהרי היא והאחרת קנה ולא כתב מכר דוקא משום דבקונה איירי נקטיה אבל שרש הטעם משום פסידת מוכר) ואפ' כי הרב מדמה חצר אחת הגם שיש בה בתים מחולקים לדין שדה המוזכר שם בסי"ג דהמצרן או מסלק מכולה או מניחו בכולה.

ומשמע התם שאף שקנאה משנים וידוע לכ"א חלקו מבורר בה (ממ"ש ובא המצרן לסלקו מחציה שלקח מן האחד) עכ"ז הדין כן ומזה יליף לנ"ד דגם בתי החצר כל שבחצר אחת כחד דמו ודינו או לסלקו מכל או מניחו בכל ולא דמו לשתי שדות שם בהגה. ולפ"ז

בנ"ד שהם חצרות מחולקים ומוכריהם מוחלקים יודה הרב שכ"א מבע"ח יסלק במה ששייך לו: עוד יש לדון זה מטעם אחר כי נהי דבכנה"ג ח"מ סי' ק"מ בהגה"ט אסף מח' בחזקת ישוב אם דין קרקע אית להו או דין טלטל אבל חזקות דנ"ד הבא מחמת שכי' מגוי כתב הרב יעב"ץ בס' משו"ץ סי' ש"ז וש"י וש"ך והרב ויאמר יצחק ח"מ סי' קפ"ד וברית אבות דפ"ז ע"א דלכ"ע דין קרקע אית להו.

וא"כ המחזיק דאית ליה רביע בקרקע גו"ח הרי הוא שותף וי"ל דשותף עדיף ממצרן וכמ"ש הב"י סי' קע"ה מתשו' הר"ם ובכנה"ג ח"מ הגב"י אוצ"א כתב שדעת מרן כן ותמה למה לא כתבו בש"ע (ולי חזיתי לתרץ זאת בקו' אחרת דהו"ל במה שהתחיל בש"ע אחד מן האחים או מן השותפים וכו' מסלקים ללוקח דמאי רבותייהו כיון שכל שמצרן יכול לסלק והייתי מתרץ משום דהוה ס"ד כיון שלא נתברר חלק כ"א מהם ל"ש מצרנות כמובן אבל עתה אני אומר דבא ללמדנו דאינהו עדיפי ממצרן) ולזה יוכל לסלק גם במקום פסידא דמוכר (רק בתשו' אחרת העליתי מהפוס' דלהא מילתא אין עדיפות לשותף ממצרן) ועיין לכנה"ג שם או"ד שכ"כ באחד שמכר ד' או ה' חדרים סמוכים זל"ז ואחת מהנה היה שותף בה אחר עמו שיש מי שדן שאין השותף יכול לסלק ללוקח כיון שקנה כולם בב"א והוא לא הודה לו דאפי' נאמר שזה כמכר כל נכסיו לאחד השותף מסלקו ע"כ אבל מפני שזכות זה לא יועיל רק למקומות שאין רו"ש שותפים בהם.

וגם זכות הראשון לא יועיל לדעת מהרי"ך רק בסלוק מכל חצר וחצראבל לא בסלוק מכל בית ובית: לכן אכתוב זכות גדולה דלע"ד לא דמי דין הני חזקות לדב"מ שאין לו בגוף הקרקע כלום רק משום היוה"ט יש לו זכות לסלק לוקח וכשיש פסידא למוכר כגון זה ליכא למיחש להיוה"ט אבל חזקות האלה מתקני ההסכמות נתנו לבעה"ח חלק בגוף הקרקע וכל היב"ח יכול לפדות כדין סקריקון ואמרי' דכל המוכר לגוי שייר לעצמו זכות זה עד דכלו תריסר ירחי שתא דמיאש וא"כ מה לו לחוש לפסידא דמוכר או לוקח ומהרי"ך שזיכה ללוקח בטע' קנה הכל היינו בחזקות דידהו דלא נתנו בהם כח לפדות כל היב"ח רק לסלק לשעתו כדין מצרן דפליגי בזה הפוס' ואיהו מהסו' דמצי לסלק רק לא עדיף ממצרן אבל בהני חזקות גם הוא יודה כיון שנתנו לו הכח הזה מצי אמר תן לי מה שזיכוני לפדות שהוא חלקי ולא יותר וכעין זה כתב כנה"ג הגה"ט בס' ק"ס משם מהרשד"ם ח"מ סי' רמ"ו שאם אחד קנה מולקי מתוגר שהדין הוא שיפרע דמי חזקה שבה לבעליה דל"מ למימר לבעה"ח תן לי מעותי וקח המולקי' דחזקה שאין בה אחריות רוצה ולא המולקי ע"ש דל"מ לחייבו ביותר ממה שזיכו לו בעלי התקנה וה"ן בנ"ד וצדקו בעלי החזקות שלא לפדות רק מה שיש להם בו חזקה ולא הכל ואפי' אם יהיה בזה ס' ל"מ רו"ש לומר דס' בתקנה העמידהו כיון שהרב יעב"ץ ז"ל בס' רי"ז הביא.

כמה נדויים וחרמות שגזרו על משיג גבול בתקנות האלה הו"ל ס' חרם להחמיר ע"ש בכנה"ג: ובזה פקע טענת רו"ש נמי שהם שותפים ול"מ לסלקם כי הרה"ג משפטי ישרים ז"ל ח"א סי' שפ"ה כתב להדיא שבחזקות אלו הסכימו כל חכמי המערב שאין חילוק בין שותף לאיניש דעלמא ומר בריה הרב המבי"ן ז"ל בס' ע"ט הוסיף דאפי' בשכי' אם קדם השותף והשכיר מגוי דלא מהני ושותפו זוכה בחלקו וחילק מזה למצרנות כמש"ל גם סתר טעם המזכים לשותף כי הבריח ארי דא"כ אחר נמי ואין זה אלא מרביץ

ארי וגוזלו יהיה שותף או זולתו ול"א מבריה ארי רק בקונה מגוי קרקע שאין ליש' בו שום חזקה ע"ש וכ"כ הכנה"ג סי' קע"ה הגה"ט אוע"ג משם מהרש"ך ח"ב סי' קמ"ט דל"א מבריה ארי רק בבית גוי הסמוך ליש' לא בבית שיש' דר ומחזיק בה והוסיף ללמוד מזה דה"ה מצרן הסמוך לאותה בית של גוי שיש' דר בה שגם הוא מסלק ללוקח ע"ש ועיין לו שם בהגב"י מ"ש משם מהר"א גאליקו באוס"ב: גם מ"ש על טענת רו"ש שאם לא יפרעו להם כרצונם שימכרו אותם לגוי.

דאין הדין עמהם מהך דסי' קע"ה ס"מ וממ"ש הבאה"ט שם בשם מהרש"ל דמי שקנה מהגוי בשכונת ישראל יכול להשכירו לגוי אבל לא למוכרו ע"כ נהי דשם בסי' קע"ה אינו כתוב רק דמשמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דגוי וכו' מ"מ הנה הכנה"ג שם בהגה"ט כתב משם מהריב"ל ח"ג סי' קי"ח דזה דוקא במכר כבר אבל עדין לא מכר מאן לימא לן דלא מחייבינן ליה שלא ימכור וכ"ש היכא דבריא הזיקא וכו' ואפ' בנ"ד דברי הזיקא ועדיין לא מכרו פשיטא דמחייבינן ליה שלא ימכור.

אבל מה שיש להבין בכאן הוא דאין בעה"ח רוצים לפדות בערך שיקנה הגוי והתם אמרי' דזה דוקא כשמוצא יש' לוקח בדמים שנותן הגוי ואפ' לדברי הסמ"ע שם דאין זה רק כשהגוי אינו מעלה אותה יותר משויה ה"ן נראה שאפ' נצרף דמי המקנה עם ההוצאות ושוחדות עדין לא יגיעו לשויויה ובזה יוכל למכור לגוי וכ"ש דנראה דהכא לא יש היזק ליש' כיון דסו"ס גם אם ימכרו רו"ש לגוי תשאר החזקה במקומה וכ"כ כנה"ג שם אוע"ח משם מהרשד"ם ח"מ סי' רפ"ה שאם תשאר חזקת יש' במקומה לא משמתינן ליה ע"ש ולזה יש מענה שטוענים בעה"ח דאם ימכרו לגוי שני יהיה להם יסורין בשכלולי החזקות ובהוספת שכי' וכיוצא והראשון נח להם והב' קשה ובכגו"ז ל"א מהרשד"ם ז"ל כיון דסו"ס נמשך להם היזק חדש מקונה שני.

אבל הך דאינם פורעים לרו"ש בערך שרוצים למכור לגוי צ"י ונראה דל"א זה רק במוכר לגוי קרקע שאין לשכן חלק בו ואין לו טענה רק היזק שכונה משא"כ בנד"ז שבעלי התקנה נתנו לו כח לפדות תוך יב"ח ואסמכוה אדין סקריקון דסי' רל"ו הנה משמע משם דאפ' אם מכרה ליש' ועמדה שני חזקה ביד לוקח ראשון וכו' הוא דטענינן ללוקח שני שלוקח ראשון קנאה מבעלים הא לא"ה ודאי דפודים אותה מלוקח שני או נותן להם שלישי ע"ש וכ"ש כשעדין לא נמכרה וכ"ש לגוי.

ועיין במשפטי' ישרים למהרר"ב ז"ל ח"ג סי' ק"ך באחד שקנה גוף חזקת יש' מגוי וחזר ומכרו בריוח לגוי אחר ובעה"ח תבע ממנו הריוח שהוא שלו שכתב כיון שאינו מזיקו בחזקה וכו' הריוח למוכר הא למה זה דומה וכו' ואם ירצה המחלק לחלק דשאנ"ה דגוף הקרקע זכה בו בעה"ח י"ל דעדין לא זכה דמי יימר שיפדה תוך יב"ח ועוד יש תקון אם יאמר תן לי מה שנתתי לגוי ואני אתן לך מקום שיעלה שכי' שיעור מה שאתה נותן לגוי באופן שאתה תטול גו"ח ואני אסלק הגוי מעליך דפשיטא שיוכל ע"ז ע"כ משמע דהכא שהם רוצים לפדות תוך יב"ח וגם אינם רוצים רו"ש לסלקם במקום כנז' הרי גוף החזקה הוא שלהם והוא כשלוחם והם יטלו מה שהרויחו רו"ש מהגוי ועיין ח"מ סי' שפ"ח במי שהיתה מריבה ביניהם על קרקע וכו' ואחד מהם מסרה לאנס דמנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ע"ש ונראה דמעט שקנו רו"ש מהגוי זכו הבעה"ח מכח התקנה

לפדות מהם גו"ח ול"מ למימר שיחזירו לבעלים הגוים הראשונים אם לא יפרעו להם כרצונם מכח אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה כמ"ש בס"י קמ"ח במי שאבדה לו דרך שדהו ע"ש דהא הסמ"ע שם ובס"י קי"ח וקי"ט חילק דזהו דוקא באם יהיה לו ריוח בחזרת השטר ע"ש והכא אם יחזירו לבעלים ודאי אין להם ריוח יותר ממה שיפרעו בעה"ח כי גם מהם לא יוכלו להשתלם רק מה שפרעו להם ולא הוצאות ושוחדות.

והגם דהתם אמרו לכי תהדר ומשמע דאי מהדר לא מחינן ביה ליתא דכ"ז אם יש לו ריוח כנז' האל"ה כגו"ז כופין על מדת סדום דזה נהנה וזה אינו חסר (ר"ל אינו חסר ממה שהגוי רוצה לפרוע) ועיין סי' רס"ד ס"ד בהגה: ואחר שעלה בדינו כי טענות רו"ש לדחות פדית בעה"ח בתוך יב"ח הבל המה ורוח תשאם נבאר השתא שעברו יב"ח ולא פדו ואומרים שאנוסים היו בזה מכח תביעות רו"ש וטעו שהדין עמם לכך לא פדו שנראה שגם זה טענתם צודקת וכמ"ש במצרן בס"י קע"ה סל"ב שאם היה אנוס או שתק מחמת טעות לא איבד זכותו ע"ש ואע"ג דבהיה המצרן בעיר אחרת או חולה וכו' אמרי' דאח"כ לא יוכל לסלק אע"ג דזה אנוס ודאי יש לחלק דהתם הוי אנוס שנמשך לזמן רב ואם יתעכב הדבר יש לחוש לפסידא דמוכר משא"כ אנוס דטעות אשר יוכל להתברר לשעה קלה (וכגון טעות בדין שאם ישבו ב"ד תכף יתברר) לא יאבד זכותו וכ"ש דהכא ערבי הוא ול"ש פסידא דמוכר וכ"ש דבחזקה דעדיפא מדזב"מ וכמש"ל ל"ש לומר דדיחוי מחמת אנוס הוי דיחוי.

והגם שראיתי למשפט"י ח"ב סי' מ"ז כתב משם הרבנים שלפניו ז"ל שכל ששהתה יב"ח אין בה משום חזקה אפ"ל שתק מחמת אנוס וכו' יעוי"ש דמיירי באנוס הבא מכח בעה"ח והתם אנה"ן מצי אמר הקונה את אפסידת אנפשיך ולולא דחקת עצמך היית יכול לפדות תוך היב"ח ותקח הגו"ח משא"ך בנד"ד דטענתם שהאנוס בא מכח רו"ש שתבעו מהם יותר ממה שקנו והם שותקים עד שיתברר הדין ודאי דבכה"ג ל"א ז"ל שיאבדו זכותם.

ודב"ז נלמד מפ"ק דכתובות בהגיע זמן ולא נישאו אוכלות משלו דמחלק התם בין חלה הוא לחלתה היא ע"ש ובאה"ע סי' נ"ו כתב בהגה הגיע זמן ולא כנסה ואח"כ חלה חייב במזונותיה ובפת"ש סק"ד הביא ממהרש"א ומהרמ"ש בחלתה היא דזה תלוי בבעיאי דש"ס דיכו"ל הא קאימנא ע"ש ועיינבתשו' רא"ם סי' למ"ד ברוצה לגרש ולפרוע כתו' ואינו יכול משום חרגמ"ה דפטור ממזונות כיון שהוא אנוס והפרמ"א כתב דבאינו יכול מחמת שבועתו חייב במזונות משום שהוא הביא האנוס ע"ע ע"ש (והארכתי בזה במ"א) והרי החילוק מפו' בין אנוסא דאתי מחמתיה לדאתי מעלמא והכי מסתברא בנד"ד דבשתק מחמת עלילות הקונה לא איבד זכותו דאל"כ כל קונה יעשה כן או עלילה אחרת ומה הועילו חכמים בתקנתם וז"פ: גם מ"ש ה"ה שגם דמי המקנה לא יטלו רו"ש כ"א בשבועה ז"פ מדין סקריקון ס"ב בס"י רל"ו.

ואף דהכא ודאי קנו בשטרי גוים לא סמכינן על הסך הכתוב שם לסיבה הידועה. ועיין בס"י ס"ח דאפ"י שטרי מקח ושט"ח העולים בעש"ג בעינן שיעידו עדי יש' דאינם ידועים בקבלת שוחד והכא מפורסם להפך: אתאן השתא למ"ש דההוצאות והשוחדות לא יטלום



אפי' בשבועה רק בבירור עדים והרגיש מסי' רל"ו בגוי הבא בעקיפין שנותן לקונה ממנו ההוצאות ע"כ דמי הבית ות"י דהתם מבריה ארי והכא מרביצו ועוד דאפי' התם נמי במברר בעדים איירי והוכיח כן מלשון התקנות ויש לי לפקפק בדבריו דאין הכרח מן התקנות כיון שאם באנו לחייבם בהוצאות הוא משום שההנו אותם ה"ז בכלל המקח ועדיף מפשיטי דספרא דלא הוצרכו בעה"ק לבארם דכ"ז בכלל המקח ועוד איך מצא לאוקומי די"ז במברר בעדים והרי אבוה דהאי דינא הוא הרא"ש טעמו בזה משום שהקונה מהגוי ההנה בעה"ק ומדמי לה להך דרועה שהי"ל לקדם ברועים ובמקלות וכו' ע"ש וכן בסי' שע"ה אשכחן ביורד לשדה חבריו שלא ברשות ונטעה אם עשויה לטע יתן לו שכרו וכו' משום דהגם שעשה שלא ברשות סו"ס נהנה במעשהו והתם פסק שנוטל בשבועה ונק"ח כמה הוציא או בשומת ב"ד גם בסי' קנ"ח כתב אם אין המקיף יכו"ל כמה הוציא ישבע כעין דאורי' ויטול כיון שברשות הוציא ואם אמר שומו לי שומעין לו וכתב הסמ"ע כיון שברשות אף שלא נטל רשות כיון שחבירו נהנה מזה נק' ברשות ע"ש מכ"ז מוכח דכל המהנה חבריו אף שלא ברשות יטול בשבועה או שומת ב"ד אבל ל"ב בירור עדים ועוד למטוניה דזה מרביץ ארי כי הזיקו בקנייתו מהגוי כלפי לייא ראוי לחייבו בנזק ולא שיטול ההוצאות ואפי' אם היה מרשהו כמ"ש בסי' ש"פ שאפי' אמ"ל פטור אתה חייב לשלם מה שהזיק ובסי' שפ"ב כתב בהגה שאין המזיק נאמן לומר שנתן לו רשות ומדוע זיכה לרו"ש בהוצאות אם יבררו בעדים: אבל לדידי אני מסתפק אם קנית רו"ש דנ"ד מאת הגוים לטובה או רעה דמצד אחד כי הגוים באים שלא כדי' על בעה"ח ואלו דצייתי דינא קנו מהם נראה שהוא לטובה וא"כ ממש"ל מוכח דיטלו גם ההוצאות בשבועה או שומת ב"ד ולא דמו לסרבן דסי' י"ד ושותפין דסי' צ"ג סט"ו וסי' קע"ו סל"ז דצריכים לברר כמה הוציאו בעדים כי בסי' צ"א גבי הך דכתב מור"ם מי שהוציא הוצאות על נכסי חבריו ברשות חבריו והנתבע אינו יודע כמה הוציא ישבע התובע ויטול הרגיש הסמ"ע מהך דסרבן ושותפים דלא סגי להו בשבועה אלא בבירור עדים ות"י דשאני הכא שהוציא לטובת חבריו משא"ך התם ע"ש והגם דהש"ך ז"ל חילק משם מו"א ז"ל בין הוציא ברשות להוציא שלא ברשות ונד"ז הוציאו רו"ש שלא ברשות.

לא זכיתי להבין חי' זה דמאי שלא ברשות דקאמר אי שלא ברשות הנתבע הרי הך דסי' שע"ה שלא ברשותו ודי בשבועה ואי שלא ברשות ב"ד וס"ל דמהנה חבריו יורד ברשות ב"ד הרי בסרבן מפו' בהגה שאפי' נתנו לו ב"ד רשות צריך בירור בעדים. ואי כל עושה טובה קורא אותו הרב יורד ברשות זהו ת"י הסמ"ע ובדב"ק משמע דלא כהסמ"ע ומוכרח לומר דס"ל ז"ל דעושה טובה אף שלא ברשות די לו בשבועה רק משום דס"ד בהוציא הוצאות בלי טובה אף שהיו ברשות בעל דבר צ"ב בעדים דכיון דאין טובה רשותו כמאן דליתא דמי קמ"ל דברשותו בכל אופן די בשבועה ושלא ברשות יש הפרש כנז' וא"כ נד"ד שיש לומר שהוא טובה גם הרב יודה דדי בשבועה.

זולת לטענת רו"ש שהם שותפים בחזקות אתייליד להו ריעותא בזה כמ"ש מור"ם סי' רס"ד שאם נראה לב"ד שהוצרך השותף לכל אלו ההוצאות בשבילו אינו חייב ליתן השני כלום דזה נהנה וזא"ח ע"ש אבל מצד השני והוא הנראה לי יותר כי קנייתם מהגוי היא לרעה לבעה"ח דניח"ל בדרכם ומעשיהם טפי ממה שיפרעו להקונים כעת הון רב

בתוך יב"ח ואם לאו יאבדו חזקתם וכ"ש לעניים דא"א להם למצוא סך כזה ומתוך זה יאבדו זכותם וכבר כתב זה משפט"י ז"ל בכמה תשו' ומטע"ז ודאי כתב מ"ב הרב המבי"ן ז"ל דהו"ל מרביץ ארי וכמש"ל והוא רעה ולא טובה ושלא ברשות ופטורים רק אם יראה לב"ד שיש איזה הנאה בזה ישומו הב"ד כמה היא ויפרעו להם: ועוד אחרת לפטור בנד"ד כי מתו רו"ש ודי"ז הוא עם יורשיהם וכיון דאסיקנא שרו"ש היו צריכים שבועה הא קי"ל בסי' ק"ח דאין אדם מוריש שבועה לבניו והגם דהתם סט"ו מפו' דאי נקיטי היורשי' שטרא בידייהו נוטלים בשבועת שלא פקדנו בהוצאות הללו אין בהם שטר ואפילו מי שירצה לדמות זה למ"ש הש"ך דבחנוני על פנקסו ופועלים היורשי' גובים בשבועת שלא פקדנו ע"ש דזהו דעת ר"ה בשם הרמב"ן ז"ל וראה מ"ש בש"ע סי' צ"א בד"א ששניהם לפנינו ותובעים מבעה"ב אבל אם מת אחד מהם והב' תובע נוטל בלא שבועה שהרי אין בעה"ב מפסיד כלום שאינו משלם אלא תשלום אחד וכתב הסמ"ע דזה דלא כר"ה בשם הרמב"ן וכו' וכ"פ בב"י וד"מ ע"ש וכיון דמרן ס"ל דלא כוותייהו ה"ן וגם אם ימצא שטר כתוב על בעה"ח מזה ויתברר בעדים שרו"ש לא נשבעו להם ורק באיומם נכתב הו"ל כאומר בתנאי נכתב השטר עיין סי' פ"ב סי"ב והוא שטרא ריעא והכא אין לומר דטענינן ליורשי' אולי ביררו רו"ש כמה הוציאו בעדים ויטלו מה שההנו דפשוט שבירור בעדים הוצאות ושוחדות הוא מילתא דלא שכיחא וקי"ל כסתם במקום י"א בסי' ק"ח דמילתא דל"ש ל"ט ליתמי.

גם ל"ט להו שכבר נשבעו כיון שיש עדים שהיו רו"ש צועקים לאמר שלא יגלו מה שהוציאו ולא יחזירו להם זולת אם יפרעו כרצונם הו"ל כהודו שלא ביררו בעדים ולא נשבעו ואפי' מילתא דשכיחא מפו' בהודה דל"ט ליתמי ומכח זה נמי ל"מ למטען היורשים בחזקת ג' שנים שרו"ש חזרו ולקחו מהם כיון שגלוי בעדים שלא היו רוצים בעה"ח רק לפדות והמה מתאמצים נגדם רק אם יפדו כרצונם.

ולכן נלע"ד שהדין עם הרב הפוסק הי"ו רק אם יסכימו עוד אחרים דיתבי אדוכתייהו וס' הפוס' בידם. כי שמעתתא בעיא צילותא: סימן ל"ז אלמנה שיוצא מתחת ידה שטר משכנתא דסורא הכתוב לזכות בעלה והוא כתב ע"ג לזכותה בזה"ל בפ"ע הקנה פ' הנז' לאשתו פ' אגב ארבע אמות קרקע שטר זה וכל שעבודא דאית ביה והוא תוס' על כתובתה ע"כ וטען המורשה שלה כי הוא קנוי לה במכר והשיבו היורשי' דהאשה הנז' אין לה מעות גלויים ובאה"ע סי' פ"ה מפו' דבמעות טוענים לא קנתה דלגלויי זוזי הוא דעבד.

חזר המורשה וטען שהקנה לה במתנה והשיבוהו דא"כ ל"ק דהא לא כתיב ביה חתמוה בשוקא וכו' כמ"ש בח"מ סי' רמ"ב והגם דהאידינא ל"ח לסתמא ע"ש בפת"ש דצריך להיות בשטר כתובה בברא וכו' והיורשי' יאמרו קי"ל. והמורשה השיב ע"ז כיון שכתוב והוא תוס' על כתובתה הוי דינו ככתובה והיורשי' השיבו דלא בא לאפוקי בזה אלא שתגבה השטר הנז' בתורת מתנה תוס' על כתובתה אבל לא להיות דינו ככתובה ול"ד למ"ש בתשו' מרן לאה"ע ה' כתובה סי' ט' בענין כזה שתוס' הנז' א"ץ קנין דהתם לא נתן שו"ד והכא נתן המשכנתא.

גם טענו היורשי' דאם מכר ואם מתנה אין לו קיום רק בחוג'יט של המלכות משום דד"מ עיין בפנ"י ח"ה ח"מ ס"ג והבעל לא כתב חוג'יט כי חק זה לא היה בזמנו והמורשה השיב

דבמשכנתא אין חק בזה. עוד טענו היורשי' ששטר זה כתוב בלשון הודאה וידוע בסי' ס"ו דאין כתו"מ רק בשט"ח או קנייה וכו' ולא בשטר ראיה.

וזה אשר כתבתי להורותם: בריש מראי'ן לא ידעתי כונת היורשי' בביטל המכר בטענת מעות טמונים אם ר"ל שגם דמי המכר דאבוהון הוו כמ"ש הטור בסי' פ"ה שלא כיוון במכירתו אלא להוציא המעות מידה וכיון שנתגלו לו יקחם עם הקרקע ע"כ דא"כ הוא לא צדקו בזה דמלבד דגם הטור ל"א אלא בטוען בריא שהמעות אלו שלו הם וכמ"ש שם בשם הר"י ולפ"ז כיון שמת והיורשי' הם שטוענים כן עיין למהראנ"ח ח"ב סוס"י דלא שמעינן להו כשטוענת היא בריא נגדם דשלה הם ואפי' כשטוען הבא מכחה שמא נגד שמא דיורשי' כתב שם דכולי האי שנטוען שמא מעות טמונים היו ושמא שלו ל"ט ע"ש עוד בה דהרמב"ם פכ"ב מאישות לא סל"ה שכתב ואם היו המעות טמונים לא קנתה וכו' ואותם המעות ילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות וע"ש הטעם בה"ה ז"ל וכוותיה נקטינן להלכה בש"ע שם דהדמים הם לה.

ואם ר"ל שכיון שהמכר בטל הו"ל הני זוזי מלוה גביה ונאמן לומר פרעתי והיורשי' יטענו שהחזירם לה עיין במהראנ"ח שם התחיל טענה זו בלשון שמא תאמר ולא זכינו לתשלום סתירתה: אבל עכ"פ מהמשך הלשון נראה דלא קמה באפיה אמנם זכינו לבטול טענה זו בפ"י בס' אורים גדולים למו"ד רי"ח שכתב כיון שדין דמים אלו שילקח בהן קרקע והבעל יאכל פירות לא שיחזרו לידה והשתא עבר זמן ולא נשבע שקנה בהם קרקע אחר ואם היו קונים מסתמא קלא הו"ל למילתא ודאי גמר והקנה לה חצרו בהם והיה אוכל פירותיו וא"כ גם לצד זה לא צדקו היורשי'.

ועוד כיון דקיימינן ביורשי' והמעות הנז' לא נודע אם גלויים היו אם טמונים נהי דבטור כתב בלא נודע וכו' עליה להבי"ר וכ"פ בש"ע עיין במהראנ"ח שם דכ"ז הוא אם טוען הוא בבריא טמונים היו אבל בטענת שמא דיורשי' המכר קיים הגם דבס' מקרא סופרים אות מחאה והאו"ג שם תמהו עליו דהא קי"ל דטענינן ליורש בשמא מאי דמצי למטען אבוה בבריא (ועיין בסמ"ע בסי' ס"ו סק"ד) מ"מ האו"ג שם כתב דכ"ז להלכה אבל למעשה גברא רבה אמר מילתא ע"ש ועיין במבי"ט ח"ב סי' פ"ט כתב כמהראנ"ח.

ומה שהציעו שהאשה הנז' אין לה מעות גלויים ר"ל שזה מפורסם לעולם בלי ס' הנה מלשון הטור משמע דעיקר הידיעה תלוי בבעל ולא בעולם וז"ל אם היו המעות שקנתה בהם ידועים לו (דיקא) קנתה ומשכח"ל שיהיו ידועים לו ולא לעולם והוא פשוט ועוד דמעיקרא יש לי לדון בנד"ז שהשטר נקנה בכתו"מ אי שייך בו טענת גלויי זוזי כי בב"ב דנ"א ע"א מפו' לרב הונא דבכל מכר קרקע כיון דאית ביה כסף ושטר לית ביה טענת גלויי זוזי דדל זוזי מהכא ותיקני בשטרא וברשב"ם הרחיב הדבר דמה הי"ל לכתוב השטר אלא גמר להקנות בו והו"ל כשטר מתנה ע"ש ולא דחו דברי ר"ה רק משום דקי"ל דבמכר ל"ק עד שיתן דמים כלו' וכיון דדמים אין כאן דהא לא נתכוון בהם אלא לגלויי זוזי שטר אין כאן ול"ד לשטר מתנה דאין הכל תלוי רק בשטר.

אמור מעתה שטר כתו"מ שכתב באבק"ר סי' קל"א דאע"ג דלא יהיב דמי קנה דכות"מ אשכחן בקנין שטרות כסף לא אשכחן ע"ש הרי הוא כשטר מתנה ושייך בו ס' ר"ה דדל זוזי ותקנה בשטרא: ומה שנראה לכאורה נגד זה מהתו' שם ד"ה דל זוזי שכתבו דמהנייא

שמעתתא דר"ן (ור"ל אפי' אליבא דר"ה) בכתב השטר תחילה ואח"כ נתנה דמים דאי אמר לגלויי זוזי הוא דבעי לא קנתה ע"ש והט' ודאי דאפי' לר"ה דס"ל בשטר לחוד קונהבלי דמים מ"מ נימא דל"כ לה השטר נמי רק משום לגלויי זוזי דאל"ה לא תגלה (ודלא כמ"ש רשב"ם ד"ה אמ"ל לדחות זה משום דכ"כ לא מסיק איניש אדעתיה) ולפ"ז גם בכתו"מ נמי כיון דסו"ס נתנה דמים לא קנתה.

מ"מ י"ל דל"ש למימר הכי רק אם מפו' בשטר או לפחות בעדים מחוץ שעיקר המכר היה בכסף משא"כ כשהקנין סתום ואימור קנין הודאה הוא (דמהני להתו' בב"ב דקמ"ט ד"ה ש"מ שהודה) או קנין סודר (כמ"ש סי' קצ"ה ס"א דמהני לחודיה בלי כסף) גם הם יודו דליכא טענת גלויי זוזי (וכן יש ללמוד מהתו' ב"ב דנ"ה דתנן ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה דדייק הש"ס הא ראייה איכא לימא לגלויי זוזי הוא ומתרץ בשטר מתנה וכתבו ה"ה דהומ"ל הא ראייה יש בשטר הודאה דל"ש ביה גלויי זוזי ע"כ וז"פ דה"ה הומ"ל ראייה יש בק"ס וצ"ל דמיירי בהודאה דמכר דאי בהודאה דמתנה ואפי' הודאה סתם דדינה כמתנה וכמ"ש התו' בדקמ"ט היינו תי' הש"ס ואי ס"ל דבמכר סתם שייך טענת גלויי זוזי איך מצי לאוקמה בהודאת מכר אלא ודאי דבמכר סתם וכנד"ז מודו דל"ש גל"ז) והגם דקיימינן ביורשי' ויש לטעון להם הגם דעתה הקנין סתמי אולי אם היה אביהם קיים היה מברר דהקנין היה בכסף הא איבעי לן לטעון תרתי דבכסף הוה והיו טמונים וכבר כתב מהראנ"ח דכולי האי ל"ט להו'.

ועוד י"ל דגם לדברי התו' ל"א רק בנודע שכתב השטר ואח"כ נתנה הכסף אבל נתנה הכסף ואח"כ כתב שטר כתבו הגה"א בפ' חזקת משם ר"י דגם במקום דל"ק בזוזי עד שיכתוב השטר הכא קנתה דהא קודם גמר הקנייה נתנה לו זוזי ע"ש והפ"מ ח"א סי' ס"ד סמך ע"ז להלכה ע"ש (עיין בנתיבות המשפט דק"ל כתב דזה דלא כדברי התו' הנז' וכתב שהרמב"ן והנמק"י והרשב"א בחי' ס"ל הפך מר"י אבל המק"ס דר"ה השוה אותם וכתב דס' האגודה פסק כר"י) וכיון דאנן מסופקים אם כתב השטר תחילה או הכסף תחילה הרי לא נוכל לבטל קנייתה כ"א בתרתי שכתב השטר תחילה וגם היו המעות טמונים וכולי האי ל"ט ליורשי' וכמ"ש.

וא"כ טענת המורשה שהקנה לה בתורת מכר בנד"ז שרירה היא לקיים בידה המקח: וכ"ש לטענת המורשה שנית דהקנה לה בתורת מתנה וקי"ל שם באה"ע דקנתה והגם דמלשון השאלה נראה דחוזר וטוען הוא ממכר למתנה כיון דבשניהם קנתה וכמ"ש עיין בח"מ סי' פ' דאפי' בב"ד חוזר וטוען מפוטור לפוטור ותשו' היורשי' דהו"ל מתנתא טמירתא נראה שאין בה ממש כיון דקי"ל בקרקע דאינו נקנה באגב ועכ"ז אותיות נקנין באגב אינו אלא דיהבי להו דין מטלטלים וגבי מתנת מטלטלי' שהחזיקה בהם עיין בב"י סי' רמ"ב משם רי"ו ורשב"א ובסוה"ס"י משם הר"ן ונמק"י והרמב"ן דבין החזיק את הקונה בהם בין החזיק בפניו ולא מיחה קנה דאיגלאי מילתא דלאו למ"ט איכוון אלא שדעתו להקנותו לגמרי וכן היה דן הרי"ף ז"ל ע"ש (עיין למהר"מ אלשיך סי' צ"ט דן כן לט' הרמב"ם במ"ט משום שזה מערים לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן דזה ל"ש בהחזיקו בנכסי' והוא פלא דלטעם הרא"ש שתפס בכ"מ ה' זכיה ובח"מ סי' רמ"ב דטעם מ"ט משום דלא גמר להקנות כ"א להפיס דעת המקבל לא יספיק בהחזיקו

רק טעם הנמק"י שכתב ב"י כנז') והגם דבש"ע כתב דין החזיקו בלשון י"א (נראה דהו"ל כיש מי שאומר שכתב הסמ"ע דכן הלכה כידוע כי בזה ג"כ לא מצאתי חולק בב"י) מ"מ מור"ם בהגה ומהר"מ אלשיך סי' צ"ט כתבוהו בפשיטות וה"ן להלכה ועוד כיון שהקנאת שט"ז אינה כתובה בלשון מתנה אלא בלשון הודאה הנה הפ"מ ח"א סי' ס"ד בדק"ן ע"ד כתב דאי אתינן עלה מדין מתנה הוי מ"ט וסיים דאינו מזיק כיון דמתנה הזאת לאו בלשון מתנה אלא בלשון הודאה ל"ש למימר בה כתובה בשוקא ע"ש וכ"ש דהכא אפי' הודאתו ליכא אלא ספור דברי העדים שהקנה וכו' ועיין למהר"מ אלשיך סי' ס"ד שכתב בכגו"ז דאין בזה משום מ"ט גם שלא כתבו ואמ"ל כתובה בשוקא וכו' דלא נחתי השתא לאסהודי אגופא דמתנה היכי הוה אלא אהודאה ידידה שהודה שנתן ומסתמא כדין נתן (ומתוך זה יש לדחות מ"ש בשאלה דהגם דהשתא ל"ח לסתמא מ"מ בעי לכותבו בשטר כי הפ"מ שם העלה דגם החוששים מודו דאי הקנה בק"ס אין לחוש לסתמא ואימור הכא הקנה לה בק"ס ואף שלא נכתב בשטר כיון דספור דברי העדים הוא לא אכפת וכנז') והנה עיקר דב"ז נובע מס' תולדות אדם להרשב"א ז"ל בס' קצ"ד הבי"ד ב"י ח"מ סי' ס"ו (יען כי ב"י קצ"ר בהעתקתה ולע"ד כי הפוס' המדברים בזה לא ראו גוף התשו' רק מ"ש הב"י והיא כלל גדול לדיני הודאה אמרתי להעתיקה והנדון הוא) באחד שכתב לחבירו מחמת שהקניתי לו כבר שט"ח עשויין בגופן של נכרים בשטרי הקנאה שבידו וכו' ועכשיו רציתי וכו' וקבלתי עלי וכו' אחריות גמורה מכל סכי הקרן הנז' וכו' תשו' אם הס' מן הצד שאמרתם לבד נראין לי הדברים כפשטן שהדין עם שמעון שהמודה שהקנה לחבירו כן וכן הקנאה כתקנה משמע ותחלת כל דבר אכתוב לכם יסוד אחד וכו' והוא שהסופרים במה שהיה דרך הודאה או לבנות עליו ענין הם כללים וההקנאות הם פרטים.

שההקנאות אין בהם אלא מה שהוא פורט עכשיו בהקנאתו אלא א"כ הם דברים שנכללין בכלל מן הסתם והטענה בזה פשוטה שכל שלא פירש במכר או במתנה אנחנו לא נכניס בהקנאתו יותר ממה שהקנה אבל הספור בהודאה במה שכבר הקנה א"ץ לספר רק בדרך כלל והוא שהאומר גירשתי את אשתי נאמן להבא אעפ"י שלא פירש אם גירש אותה לגמרי או שייר וכו' ופשי' דכל האומר עשיתי כן מסתמא כתקנו קאמר וכן הספור במה שהם רוצים לבנות עליו ענין והוא שאמרו המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ומשלם ליה ככשורא לצלמי ולמה ישלם והוא לא מכר אלא שט"ח ולא שעבודו וכו' אלא לא הוצרכו לפרש שענינים אלו דרך כלל אדם מזכירן וכו' שאין עכשיו שעת הקנין שיצטרך לפרוע עד שאני אומר וכו' וא"כ אף במוכר שט"ח וכו' ל"א לא קנה השעבוד אלא מדהו"ל למכתב ולא כתב ש"מ לא נכנס בכלל המכר וכו' אבל עכשיו שהודה דרך ספור לא הוצרך לפרט וכו' ואחזור לעיקר הדין שמצד אחר ל"ק השטרות לפי שאין אותיות נקנין אלא בכתו"מ וזה כבר הודה שלא הגיע שטר ההקנאה לידו וכו' ואם תשאלני אחר שאני רואה לומר שיש בכלל הודאת הקנאה זו הקנאה גמורה ג"כ נאמר שהקנה לו באגב לא היא חדא דזו הקנאה מחודשת היא חוץ משטר הקנאה וזה אינו בכלל הודאתו שלא הודה אלא שהקנה לו השטרות בשטר הקנאה לא באגב ועוד שאפי' אמ"ל כן במה קנה הקרקע שיקנה אגבו השטרות בדבור בעלמא לא קנאו שטר ההקנאה לא הגיע לידו ואפי' הגיע לידו אפשר שלא קנה דלגבי קניית קרקע שטר מוקדם הוא וכו' וקנין אין בו א"כ הקרקע ל"ק מה יקנה אגבו ע"כ ומינה לנ"ד שהם מספרים שכבר

הקנה (דאי מעידים על העשוי בפניהם עתה כך הי"ל לכתוב הע"ע פ' איך שהוא מקנה וגם כיון דעיקר הקנין נגמר באגב למ"ל כתיבה כלל ואפ' דאצטריכו לכתוב להורות שהוא תוס' על כתובתה והוי דומיאי למ"ש הרשב"א שהוא ספור במה שהם רוצים לבנות עליו בנין) דמסתמא הקנה כהוגן ולא נחתי לבאר: וכן יש להוכיח לכאורה דהכי דעת מרן ז"ל ממ"ש באבקי"ר סי' ק"ה תקון לרוצה להקנות בסתר לחבירו שיודה שמעות שביד פ' הם לזה.

וענין מ"ט ל"ש בזה שהוא הודאה ולא מתנה ע"ש אלא שיש לדחות ולומר דלאו מ"ט כשהודה מסתמא הקנה כהוגן אלא משום דזה אינו מתנה אלא דהודאתו מחייבתו כק' עדים וכדאשכחן בב"ב דקמ"ט גבי איסור גיורא דפריך הש"ס וליקני ליה בהודאה ופירשב"ם וכן הנמק"י כלו' דהודאתו תחייבהו כק' עדים שאלו שלו אפי' אנו יודעים שהודה בשקר (דלא כמ"ש התו' דהודאה עושה קנין והו"ל כמתנת בריא) אבל שנאמר דמי שיספר כו"כ עשיתי שמסתמאעשה כהוגן מנ"ל והגם דנראה התם מהשאלה דבתורת מתנה בעי למיתבא ניהליה מחדש וא"כ אם יודה שמעיקרא הם שלו יהיה מפורסם ששקר ענה ובכה"ג נראה שאין לומר הודאת בע"ד כק"ע ממ"ש בש"ע סי' קי"ג גבי הקנאת דא"ק דאם כתב הקניתי לו ארבע א"ק אע"ג שאין אנו יודעים לו קרקע הודאת בע"ד כק"ע לחובתו משמע דוקא באין אנו יודעים מהני ולא ביודעים להפך וכן יש לדקדק מהב"י סי' רנ"ז שכתב ע"ד הטור בהודה לגוי נותנים לו וז"ל ואעפ"י שאנו חושדים שאינו חייב לו אלא שרוצה ליתן לו מתנה מ"מ כיון שבלשון הודאה אמרה נותנים לו הרי לא זיכה רק משום שאנו חושדים ואין ברור לנו שאינו חייב אבל בברור לא מהניא הודאה.

והדרן עלך לומר דדעתו בתשו' ודאי משום דכשהודה מסתמא הקנה כהוגן מ"מ אפ' לדחות עוד דאין טעמו כן אלא מטעם הפ"מ דכשאפיק מתנה בלשון הודאה ל"ש בזה מ"ט. ולכאורה היה נראה להוכיח להפך דסובר דלא כהרשב"א ממה שמצינו בטור סי' ס' מח' הרי"ף והראב"ד באחד שכתב לחבירו מחמת שנתתי לו ק' זהובים שעבדתי לו וכו' דלהרי"ף בעינן שיהיו הזהובים מטבע שאינו נושא ונותן בו הא לא"ה מטבע אינו נקנה בחליפין וגם בעינן שבשעת קנין יהיו ברשותו הא לא"ה על המקבל להבי"ר ולהראב"ד ס"ל שהאומר נתתי לפ' כו"ך הודאה היא ולא הקנאה ומי שהודה ע"ע שנתן אין בודקין אחריו היאך נתן ויש לנו להעמיד השטר בחזקתו ולומר שזיכה אותן לו ע"י אחר ונשארו בידו ונעשה עליהן שומר וכו' ובש"ע פסק כהרי"ף ע"ש ולפ"ז נראה דס"ל שהמודה אין לנו לומר מסתמא הקנה כדין.

אבל אחר הישוב א"א לומר כן חדא דשם באבקי"ר סי' ק"ד לימד להציל מהך דאין מטבע נקנה בחליפין שיודה שיש לפ' אצלו מנה בפקדון והוא שומר וכו' וזה סימן שהוא פוסק כהראב"ד ז"ל ותו דהרשב"א גופיה באותה תשו' הרגיש מתשו' הרי"ף הנז' לענין אחר וישבה ומדוע לא הרגיש שהיא נגדו במאי דס"ל שהמודה בדבר מסתמא עשהו כדין ותו הנה הרי"ף בפסקיו הביא מ"ש בש"ס וליקני ליה בהודאה וא"כ נהי שאין זה מציל למה שחשש למטבע אינו נקנה בחליפין דל"א מסתמא הקנה כהוגן מ"מ ודאי דמהני הודאתו שהיה לו אותם מעות בעת שהקנה ולמה בתשו' חשש גם לזה.

לכן מכל הנז' נראה דגם הרי"ף יודה להראב"ד כשהודה בלשון ברור להודאה דאמרי' מסתמא עשה אלא דבלשון מחמת שנתתי לו הוא דפליגי דלהרי"ף ס"ל אין זה לשון הודאה אלא הקנאה ולכך חשש כנז' ולהראב"ד ס"ל דג"ז לשון הודאה (וכ"ן מלשון הראב"ד שכתב עליו שהאומר נתתי הודאה היא ולא הקנאה) ומסתמא עשה כהוגן ועיין בתשו' מור"ם סי' צ"ב שפי' כן וממילא כן יש לפרש בדעת מרן נמי שפסק כהרי"ף והוי כהרשב"א ז"ל: והגם דעמ"ש הטור שם אחר דברי הראב"ד וא"א הרא"ש בר"פ אעפ"י כתב דאדם יכול לשעבד עצמו להתחייב בדבר שאינו חייב עתה אעפ"י שאין לו נכסים וכו' כתב הרב"י ז"ל דנראה מדבריו שהרא"ש חולק על הרי"ף ול"ן שאינם חולקים דהרי"ף מודה להרא"ש שאדם יכול להתחייב וכו' לפי שגופו ועצמו הוא אלא דהיא דהרי"ף לא חי"ע וכו' אלא הודה שנתן לו במתנה כו"ך זהובים ואם לא היו מצויים בידו אותה שעה אין כאן מתנה כלל.

וכ"מ בתשו' הרא"ש סוף כלל ל"ו שחילק בין מתחייב לנותן וכו' ע"כ ומדבריו אלה נראה לכאורה דהרי"ף פליג עם הראב"ד אפי' בהודה שנתן וכו' דלא כמ"ש. הנה בלא"ה יש להעיר במ"ש לבסוף דמסוף תשו' הרא"ש שכתב שהנותן נמי חייב אעפ"י שלא הי"ל כיון שהודה שיש לו נראה דפליג על הרי"ף ע"כ כי הרי"ף בשתיים פליג אהראב"ד אחת במה שאין מטבע נקנה בחליפין דלהראב"ד בהודאה אין בודקין אחריו איך הקנה והב' במה שלא נודע שהיו ברשותו בעת הקנין דלהראב"ד בהודאתו הרי אמר שהם ברשותו וא"כ אנה"ן דהרא"ש נמי ס"ל כהראב"ד בהא דבהודאה נכלל שהם ברשותו אבלמהיכא משמע דס"ל דבהודאה אין בודקין אחריו איך הקנה (עיין בס' גד"ת מ"ש בזה) ולכן י"ל דה"פ דברי הב"י דלפמ"ש"ל דהרי"ף והראב"ד פליגי בלשון מחמת שנתתי דלהראב"ד ס"ל דהוי הודאה וב' החסרונות נתקנו ולהרי"ף ס"ל דהוי כמו אני נותן דהוא הקנאה ויש שני חסרונות ע"ז כתב הטור דברי הרא"ש דאפי' אי הוי כמו אני נותן ס"ל שבזה הודה שיש לו והם ברשותו וא"כ חסרון אינם ברשותו ליתיה מיהא וזהו מחלוקתו עם הרי"ף וע"ז השיב הב"י שאין ראייה שהתם חיוב והכא הודה כלו' דס' הרי"ף כיון שהוא מקנה עתה אף שיש בדבריו הודאה שהוא מקנה לא יש בכללה שמה שמקנה הוא כעת ברשותו (וכתב אלא הודה שנתן וכו' מפני דברי הרא"ש שכתב הרי הודה שיש לו) ואסיק דמסוף תשו' הרא"ש נראה שחולקים: וא"כ גם בב"י אין ראייה שמבין דהרי"ף מיירי גם במודה על העבר.

(עיין בזרע אברהם ח"מ סי' ג' ואילך האריכו בזה והבין מהב"י דהרי"ף גם במודה לעבר מיירי ותימה ולפמ"ש ניחא וגם מהרמ"ח שם כתוב קרוב לזה) ובזה ניחא מ"ש הב"י שם דהרמב"ם ס"ל כהרי"ף וכ"כ בבד"ה כיון שהרי"ף והרמב"ם בדעה אחת הן ומור"ם בתשו' הנז' והש"ך בסי' ס' תמהו עליו דהרמב"ם באני נותן מיירי דגם הראב"ד מודה ולפ"ז ניחא דכונת הב"י לאפוקי מס' הרא"ש דגם באני נותן ס"ל ל"ב שיהיה ברור שהיו ברשותו.

ונראה דגם הרי"ף לא פליג על הרא"ש רק שאין בכלל אני נותן הודאה שהם ברשותו אבל מודה שיש בכללה הודאה שמה שמקנה יש לו ובזה ניחא מה שפסק הש"ע בסי'

קי"ג דאעפ"י שאין אנו יודעים שיש לו דא"ק הרי הודה וכו' דכיון שבכלל דבריו שמה שמקנה יש לו גם להרי"ף רק שאינו ברשותו בקרקע כל היכא דאיתיה ברשותיה הוא.

ובזה א"ש נמי מה שפסק סוס"י ר"ן דאמרי' כאן נמצאו וכאן היו וגם בסי' קי"ב הביא מח' בזה דנר' כסותר להך דסי' ס' (עיין בסמ"ע סי' ס' ור"ן ואחרונים עמדו בזה) דלא דמו להדדי דבסי' ס' הטענה היא הגם שנאמן שיש לו אבל אולי אינם ברשותו ובסי' ר"ן הטענה היא הגם שהיו ברשותו אולי הנך אזלי והני אחריני וא"ת דבסי' ר"ן איך יוצדק להרי"ף כאן נמצאו וכאן היו והרי יש לטעון אולי לא היו מעיקרא וי"ל דהתם מיירי בנותן סתם מטלט' או כל מטלטליו דלאו מכח הודאתו אתינן דיש לו מטלטלי' אלא משום דסתם אדם יש לו מטלטלי' רק לא נודע מה היה לו לז"א כאן נמצאו וכ"ה (עיין למהרימ"ט ח"א סי' ט"ל תמצא סי' לדברי דהך דסי' ר"ן היא טענה מחולפת משל סי' ס' כי שם עמד ע"כ אחת בפני עצמה) באופן דצדקו יחדיו פסקי הש"ע וסלקא שמעתתא אליבא דכ"ע מודו להרשב"א דבמודה הודאה ברורה שכבר עשה כו"ך מסתמא עשה כדין ונתקיים מ"ש בנ"ד דהעדים ספרו איך שהקנה וכו' דמסתמא אמינא שהקנה כדין וליכא חשש למ"ט: ומן האמור נחה דעתי בנד"ז ממ"ש העדים בפ"ע וכו' הקנה וכו' אגב דא"ק ולא ביארו שהקנה לו דא"ק תחילה ואז הקנה אגבן ואם הדברים כפשטן המקח בטל כמ"ש הרשב"א שם וכ"כ בח"מ סי' ר"ג כיון שזכה בקרקע בכסף וכו' זכה במעות.

דאם לא קנה הקרקע במה יקנה אגבו אבל לפמ"ש דבדרך ספור כתוב השטר הנז' ובספור אמרי' מסתמא נעשה כדין נחא שו"ר לכנה"ג סי' ר"ב בהגה"ט הביא מח' בענין זה וצריך אני לעמוד בבירורה. הנה מדברי מהרש"ך ח"א סי' קמ"ו מוכח דכל שלא כתב להדיא שהקנה דא"ק ואגבן הקנה וכו' הורע קנין זה וכן הבינו מדבריו הרב מהרי"ב והח' השואל בפ"מ ח"ב סי' צ"א אבל הפ"מ ז"ל כתב דלא יתכן דהא כיון שכתוב שהקנה אגב דא"ק יש במשמע שהקנה דא"ק תחילה אלא טעם הדבר משום דבעינן אגב וקנה כלו' שיקנה הקרקע באיזה קנין ואגבו וכו' והתם לא נזכר בשטר שום קנין (ע"ש שטרח ליישב לשון מהרש"ך עד"ז ולא עלתה לו ממה שהציע מהרש"ך בתחילה לבטל הקנין משום שלא היו צבורים ולדרכו אפי' צבורים ל"קדבמה קנה הקרקע ולע"ד אי מהא לא איריית ממ"ש מהראנ"ח ח"א סי' ע"ז לבטל הקנין משום שלא היה כתוב תחילה קנין דא"ק וחיפש לקיים הקנין ובכלל כתב ואם הקנית להם אגב דא"ק שלהם והמעות לא היו צבורים שם מאי מהני ואפ' דגם מהרש"ך לזה נתכוון ע"ש) ומהראנ"ח שם כנראה דמספק"ל בהא שמתחילה ביטל הקנין משום שלא כתב בפ"ה הקנאת דא"ק ולבסוף כתב ואפי' אם באנו לומר שיש בכח שנתנה להם מעות אגב דא"ק שהיא נותנת להם קרקע ג"כ וקנין אגב זה כדינו וכו' הרי מאי דפשיט"ל להפ"מ כתבה בלשון ואפי' וכו' (והוא פלא על פ"מ שלא זכר דברי הרמ"ז שו"ר לרב דגן ה' מתנה סי' ב' עורר עליו בזה) ואני תימה מדוע לא קיימו ענין השטר מכח דברי הרשב"א כיון שהוא בלשון הודאה לשעבר מסתמא עשו כדין שהקנה הקרקע תחילה ואז הקנה אגבו ובפרט דהא גופה מדוקדקת מדבריו דעמד לכלול קנין אגב שם ודחה משום דהוי הקנאה מחודשת ועוד שאפי' אמ"ל כן במה קנה הקרקע וכו' הנה אם היה אגב מפורש לא דחהו רק משום במה קנה הקרקע ולא משום שלא הקנה דא"ק תחילה דזה ס"ל מסתמא עשאהו כהוגן.



שוב מצאתי כן למהרח"ש סי' ל"ד חלק על הר"ב אלייאס שרצה לבטל הקנין מפני שלא נזכר בו קנין הדא"ק תחילה והוא קיימו מטעם הרשב"א הנז' ונסתייע מתשו' ומדברי הרי"ף והראב"ד וכו' ע"ש רק זאת מצאתי לו שם רצה לחלק ב' חילוקים בזה. א') דדוקא בהודאת בע"ד אמרי' כן משא"כ בספור דברי העדים ב') דיש לחלק בין בא להודות על גוף ההקנאה לבא להודות על האחריות וסיפר ענין ההקנאה ודחה זה דהרשב"א בסתם דיבר ע"ש (אנכי רואה דהרשב"א שם בפירוש דיבר סתירת ב' חילוקים הנז' דמהראיות שהביא ממוכר שט"ח וכו' ומגירשתי את אשתי נראה שאין חילוק בין אם הספור מהבע"ד או מזולתו וממה שהשוה מספר הענין לגופו או לבנות עליו ענין נסתר החי' הב') וראיתי להמשאת משה ח"מ סי' כ"ג דפ"ד החזיק במעוז חי' הרב הראשון ולע"ד אחה"ר יש להשיב ע"ד ראשונה הביא כי הב"י בסי' מ"ט הביא מהרשב"א דב' יוסף בן שמעון שאבי אחד מת וכתבו העדים יב"ש נר"ו דודאי אמי שאביו חי קא מסהדי ע"כ נראה דהעדים דייקי דאי לא דייקי נימא דנר"ו שכתבו הוא בלא דיוק ולפ"ז הוי סתי' לתשו' הרשב"א הנז' דהודאה סתם היא כהוגן ע"ש אלא ודאי יש חי' בין בע"ד לעדים ולי הצעיר אין הנדון דומה דשאנ"ה שאמרו מפיהם נר"ו ובזה ודאי נימא דדייקי משא"כ התם דכתבו שהקנה אגב דא"ק וחסר שלא כתבו הקנאת הד"א נימא דסתמא היה כדינו ולא נחתי לפרש עוד הביא ראייה מסי' ל"ב דקי"ל במי שהודה בפני עדים שלא יוכלו להעיד בסתם שהוא חייב לפלוני מפני שיכול לפטור עצמו בטענת השטאה וכו' משמע שאם יעידו שפ' הודה בפנינו לא איכפת דאז בודקין אחריהם איך הודה ואם יכול לפטור באיזה טענה וא"כ הרי בספרו סתם ל"א דכדיניה משתמען מלייהו ע"כ וג"ז יש לדחות דהמעיינן שם ובסי' פ"א דיש מח' במודה הודאה גמורה שלא בדרך שיחה דלהרא"ש והטור ס"ל יכול לטעון אחריה טענת השטאה וכו' ולהרמב"ם כל שהיתה הודאה גמורה שוב אין טענה אחריה ולזה כתב הטור לשטתו שיוכלו להעיד שהודה דאין עדותם מפסדת דנהי דאין בודקין אחריהם אם הודה הודאה גמורה או בדרך שחוק ואמרי' מסתמא הודאה גמורה היתה מ"מ אין בכלל דבריהם שלא היה משטה דגם אם הודה בפנינו הודא"ג יכול לטעון משטה וטענה חדשה היא אבל לשטת הרמב"ם וכ"פ הש"ע שם לא יוכלו להעיד שהודה משום שאין בודקין אחריהן איך הודה ואמרי' מסתמא כדיניה הוה בהודא"ג ושוב לא יטעון השטאה וכו' ועיין בסמ"ע שם.

וא"כ אדרבה משם ראייה דספור העדים אין בודקין אחריו גם מה שהביא מ"ש הב"י סוס"י קמ"ז משם הרשב"א ז"ל בעדים שכתבו שלאה מכרה הבתים שלה דאין מוכרע דמסהדי דשלה נינהו אלא דמה שאמרה היא אמריאינו ענין דהא התם כתבו בפ"י שלה ועכ"ז אמרי' כיון שלא באו להעיד רק על גוף המכר י"ל דלאו אכולא מילתא מסהדי משא"כ בדבר שודאי לא באו לספר רק עליו וחסרו דבר ע"ז נאמר סתמא היה כהוגן ולא נחתי לפרש גם ראיתי את הלח"ש למהרע"י ז"ל במהרח"ש ח"ב סי' כ"א שהביא כי מהראנ"ח כתב הפך מתשו' הרשב"א ויישב כתי' שני דמהרש"ח דמהראנ"ח מיירי שבאו להעיד על גוף ההקנאה.

(וכבר הוכחתי מגוף תשו' הרשב"א שאין לחלק בזה) אבל מהרח"ש שם תי' על מהראנ"ח דמיירי דמהשטר מוכח שהוא שטר הקנאה אבל אם היה שטר הודאה יודה לדין הרשב"א (אך הוא חולק אפי' בשטר הקנאה וס"ל דבכלל הקנה לו אגב דא"ק יש

שכבר הקנה לו הד"א) ומ"מ הנה מהרי"ב והשואל בפ"מ סברו לדעת מהרש"ך דלא מהני אלא הודאה מפורשת גם מהר"ב אלייאס סו' כן וגם לפי תי' ב' שכתב מהרש"ש שם ליישב מהראנ"ח דכשכתבו סתם אנה"ן דמסתמא היה כהוגן אבל כיון שהזכירו קנין אגב מדנחתי לפרט ס"ל שהיה להם לפרט הכל ע"ש נשאר נד"ז במחלוקת והגם די"ל דלא נ"מ מידי דאעפ"י שהמכר בטל הדמים חוזרים וכמ"ש הב"י ריש סי' ס"ו דגם היכא שהקנין בטל אינו אלא שלא יגבה מהלוה כשיש למלוה אבל כשאין לו מוציאין מזה ונותנים לזה ע"ש ול"ט ליורשים שהחזיר אביהם דמי המקח כיון שדין דמים אלו כנ"מ וליתנהו בחזרה וכמ"ל משם או"ג כ"ז אם היה ברור שבתורת מכר הקנה לה אבל אולי בתורת מתנה וכיון שהמתנה בטלה אין לה דמים.

אבל התרופה לכל הנז' דלעד"ן דגם הסו' לפקפק אולי לא מכר תחילה הדא"ק לאו בתורת ודאי אלא מס' אומרים כן דדוחק הוא שיהיו חולקים מן הקצה הקצה עם הסו' דבודאי נכלל גם הקנאת דא"ק ועיין למהרש"ח סי' ל"ד שהק' למהרב"א ז"ל שמי אמ"ל שלא נתן ד"א תחילה ולכן כיון דהוי ס' ס"ל דיד בעה"ש עהת"ח וא"כ הנה בח"מ סי' מ"ב פסק דבכ"מ שיד בעה"ש עהת"ח אי תפס מטלטלים ל"מ מיניה.

וכבר כתבנו דהשטר דין מטלטלים יש לו מדנקנה באגב והיא תפוסה בו: ועתה נבא לטענת היורשי' שלא העביר המשכנתא הנז' בפנקס הטאבו ונאמר דודאי לגבי השטר עצמו דדינו כמטלטלים פשיטא דאין ענין למטלטלים עם טאבו וגם. לטענת המורשה שהקנה לה בתורת מתנה כבר הפ"מ ח"א סי' ס"ד כתב דאפי' במקום דכתבי שטרא במתנה אי קנייה בקניה אחרת סמכא דעתיה גם בלא שטר ומשמע שם סוף התשו' דגם חוג'יט לא בעייתא שכתב וז"ל והגם דצדדנו דבמתנה ס"ד גם בלא שטר מה בכך אם רצה הנותן לעשות חוג'יט לסלק כל מין ספק משמע דכיון דל"ב שטר חוג'יט נמי ל"ב והגם דהרב בע"ח ח"ב ח"מ סי' מ"ח פלפל לבטל גם המתנה באתרא דל"כ שטרא (נר' דאשתמטתיה תשו' מהר"מ ב"ב סי' תתק"ז שכתב דמתנה נקנית בחזקה או בקנין לחוד בלא שטר דלא הזכירה) מ"מ הוכיח שם לדעת מר"ן בסי' קצ"ב (דקי"ל כוותיה) דחזקה לחוד בלא שטר מהניא ובסי' קצ"ה מפו' דק"ס מהני בלא שטר ע"ש עיין ביד ימין ח"מ סי' מ"ב פשיט"ל כן בדעת מרן ומשכה"ר מע"ק אונ"ב כתב דמפנ"ז הסכימו רבני תונס לדון כן גם הפנ"י הי"ו ח"ג דמ"ט כ"כ והביא מ"ש אבק"ר סוס"י ע' דאף דקי"ל שטרי דידן שטרי אקנייתא י"ל השתא כיון דלא משמע להו לאינשי אלא לראיה בעלמא דבזה"ז אין רגילין לקנות בשטר לא במכר ולא במתנה אלא מקיימין אותם באחד מן הקנינים וכותבין השטר לראיה והוא פלא על רבני ירושלים בס' שערי רחמים ח"ב ח"מ סי' וי"ו דגם בק"ס דנו דבעי שטר): אבל אם נאמר שהקנה לה הקרקע שהקנה השטר אגבו בתורת מכר יש להסתפק אולי ההקנאה היתה בכסף ולא קנה עד שיכתוב השטר וגם החוג'יט כדי שתסמוך דעתו (ואין מציל בזה מש"ל דבהודאה נימא מסתמא נעשה כדין דהאספרין פתיחו בפנקס המלכות ואם כתב לה היה נמצא שם כידוע) הגם שיש להסתפק לאידך גיסא אולי הקנה לה באיזה קנין אחר ואפי' בשכי' שהשכיר לה הקרקע קי"ל בסי' ר"ב בהגה די"א קרקע בשכי' ומטלטלין במתנה מהני (וע"ש בבאה"ט דאדרבה זה פשוט בש"ס יותר) ובשכי' כתב ב"י סי' קצ"ה סי"ג דבקנין כל שהוא אפי' בלא שטר ס"ד מ"מ יד בעה"ש עהת"ה ובפרט דמהר"י באסאן בסי' צ"א המוליד הראשון עכוב כתי' החוג'יט

לאו מטעם דלא ס"ד לחוד כ"כ אלא משום דינא דמ"ד נמי (וכן הבין בדבריו דברי אמת סי' י"ב) ונראה גם דעת הש"ע בסי' קצ"ה כן שכתב דבמקום שיש משפט ידוע למלך שלא יזכה בקרקע רק מי שכותב בשטר עושי' כפי משפט המלך ולפי"ז אם דד"מ גם במתנה מה יועיל שהקנה בשאר קניינים.

והגם די"ל דדין הש"ע הנז' אינו אלא במכר דאי במתנה כבר פסק בסי' ס"ח דשטרי מתנות העשויים בעש"ג פסולים. אי מהא לא איריאי שבב"י שם דקדק מפירש"י דאם קנה המתנה בק"ס והשטר לראיה כשר ושפיר י"ל דבכגו"ז איירי בסי' קצ"ה וקמ"ל דבמקום שיש דד"מ גם בנכתב השטר לראיה עושי' והגם דד"מ צריך לקיומו תנאים רבים מ"מ בב"י ריש סי' ס"ח כתב דכל שיש תועלת למלך יש בו משום דד"מ ונדון העברת הקרקע בטאבו יש בו ריסם וא"כ תועלת למלך.

ומכ"ז נראה להצדיק היורשי' לכאורה בטענה זו אמנם כבר זכרתי במ"א דעובדא הוה בעי"ק בשטר מכר ושכי' שהלוה רצה לפסול המכר הזה העשוי בלא חוגיט ובודה"ץ קיימוהו ואני ארחיב טעמם ונימוקם עמם משום דהני שט"ד מקנים בק"ס וכותבי'. שלא יצטרך עוד לשום זכיה וקניה אחרת שבעולם והו"ל פריש דבק"ס לחוד ס"ד וקנה.

והגם דזה לא יספיק לטעם דד"מ וכמ"ש הדברי אמת שם הנה מצאנו בסו"ס חשק שלמה חולק בזה והבין דמ"ש מהרי"ב טעם דד"מ הוא תלוי בטעם לא ס"ד דמשום דד"מ הכי הוא לא ס"ד והוכיח כן מהדב"מ ח"ב סי' ס"א וס"ב וכשפריש דס"ד לא נשאר חשש ועו"כ דכיון שמתנים כן ביניהם שלא יצטרך וכו' הו"ל תנאי שבממון דקיים אפי' נגד ד"ת וכ"ש נגד דד"מ ולמד כן מתשו' שמ"ץ ח"מ דל"ג ע"א דכתב שתנאי מועיל נגד דד"מ וכיון שהרב דב"א לא הביא ראיה לדבריו אין לומר קי"ל כוותיה ע"ש (לכאורה יש להב"ר לדב"א ממ"ש ב"י סי' קצ"ד לגבי גוי דאין מקנה אלא בשטר דאי פריש בכספא די והד"מ כתב עליו דזה דוקא להרשב"א דס"ל דהא דגוי אינו מקנה וכו' באתרא דכתבי שטרא אבל לטור דס"ל דגם באתרא דלא כתבי כן דינו אם התנה אינו מועיל אלא שי"ל שאני גוי שהוא אנס ולא ס"ד א"כ יועיל התנאי ובטלה דעתו אצל כל אדם משא"ך דד"מ דלאו משום ס"ד אלא מצד הדין לדעת הדב"א א"כ אם התנה יועיל דתנאי שבממון עמ"ש בתורה קיים) ולדידן כיון שכותבין בשטר קבלת ס' הפוסק המאשר וכו' א"כ יש לקיים המקח כס' החש"ש והרבנים שהסכימו עמו: והגם שראיתי להרב"ד בס' דב"מ סי' ס"א עקר הנדר דל"מ הך דפריש זולת כשמתנים כן ואח"ך כותבים השטר ונ"מ שלא תהיה קנייתו תלוייה עד שיכתב השטר אלא כיון שנכתב קנה למפרע משעת פרעון הכסף דאלת"ה אטו אי פריש בשטרא איקני קנה גם אם לא נתן הכסף לבסוף זה לא יתכן וכו' הנה הדב"מ שם השיב ע"ד דאנה"ן דאי פריש בשטרא קנה אלא דהו"ו זוזי הלואה גביה ופירש בכסף נגמר מקחו אלא דבעי שטר לראיה ע"ש.

(ויש להבי"ר לדבריו ממ"ש ב"י סי' ק"ץ משם הר"ן שכתב גבי אי בעינא בכספא איקני יש שרצו לומר דהשטר דמעכב באתרא דכתבי דוקא שטר הקנאה ולא שטר ראיה והוא ז"ל סו' דגם בכותבין לראיה מיירי מיהו במקום שכותבין לראיה מתחיל לקנות בכסף ובשטר נגמר למפרע משעה ראשונה דכסף ובשכותבין להקנאה תולים קנייתם על השטר דוקא ולדבריו הש"ס איירי בב'סוגים הנז' וא"כ במקום שכותבין לראיה מה חידש

התנאי שיקנו בכסף להרב"ד דגם בתנאי תהיה קנייתו תלוייה בלא"ה דינו כן א"ו דהתנאי יוכל לחדש שגם בלא כסף חלק הקנייה וזווי הלואה כדב"מ) וש"מ להרב"ד עצמו בספרו ח"מ סי' ק"י כתב להדייא דמהני תנאי שלא לכתוב במוטוילי שיקנה גם אם לא כתב כלל מטעם פריש (מה שסיים שם שאם התנה לכתוב במוטוילי מתחיל הקנין משעת נתינת הכסף ונגמר למפרע בשעת כתי' נראה לכאורה נגד דברי הר"ן דבשטר הקנאה אינו קונה רק בשטר וכשהתנו לכתוב ודאי דלא יגרע משטר הקנאה ועיין רב דגן בחי' ח"מ סי' ק"ץ או"ד) ובלי ס' שאחר הויכוח עם הרדב"מ ז"ל הודה לדבריו ומש"ה כ"כ בספרו (ותימה על אשדות הפסגה סוס"י י"ב שסמך ע"ד שבדב"מ) וה"ט דבדה"ץ שלא חשו לדבריו שבדב"מ ויש לתמוה על הרב נדיב לב ח"ב בח"מ דפ"ג שהעיר על המזכים משום פריש שכיון המוטוילי הוא מצרן וקודם לזכות בשלו איך תסמוך דעת הקונה וכו' דלדב"ק נתבטל דין פריש כיון שכל קרקע יש לו מצרן אלא שכיון דפריש מהני לאחריות דנפשיה סגי גם דלא יועיל זה למצרן גם מ"ש הרב ראש"ל ז"ל בשע"ר ח"ב ח"מ סי' וי"ו שכיון שהמלכות לא תדע לגבות.

המסים רק מהכתובה ע"ש וכו' א"כ מה קנה ע"ש מלבד דאנו יודעים שהמלכות חוקה לגבות מדר בבתים ואפי' שוכר עוד כבר תיקן זה הדב"מ שם בכח ב"ד יפה לענינו וה"ן מה אכפת אם אינה כתובה ע"ש מ"מ הב"ד יכופו ללוקח לפרוע המסים ויכופו למוכר ליקח תעודת הבנין ללוקח בעת הצורך ואין שום סתירה מכל הנז' לאותו המעב"ד ובפרט שבנדון ההוא יש ריוח לפסקם ממ"ש הפ"מ ח"ב סוס"י פ"ט דשטרי מכר והטבה העשויים להיתר רבית וסופם לחזור לבעליהם ל"ש למימר שההעברה בפנקס המוטוילי תעכב בהם ע"ש ומינה לשטרי מכר ושכי' נדון הבדה"ץ הי"ו ועיין רך אברהם ח"מ סי' א' ובזה צדקה תשו' המורשה בנד"ז שאין שייך חוג'יט וחק המלכות במשכנתא כיון שסופה לחזור לבעלים: ואפי' יהיה חק המלכות גם בה וא"כ לא מהני מ"ש לגבי מעב"ד לקיימו מטעם קבלת ס' הפוסק דבנד"ז לא נכתב ק' ס' הפוסק וגם דזה נראה דלא יספיק רק לטעם פריש דיש בה מח' אבל לטעם דמ"ד.

דהפקענוהו משום התנאי שמועיל בו הנה השמ"ץ שם כתב דכשיש הנאה למלך לאו כ"כ להתנות לחוב לו והכא איכא הנאת הריסם כנז' מ"מ יש ללמד זכות דקיים המקח בידה דאי משום חששת דד"מ מלבד מ"ש או"ג שם בלימוד רי"ח דקנין החוג'יט חספא בעלמא ל"מ להרמב"ם ומרן הסו' דאפי' בשטרי של עש"ג בעינן שיתן המעות וכו' ויכתבו בפנינו מנה וכו' ובחוג'יט חסר תנאים אלו אלא אפי' להרא"ש הנה כל האחרונים כתבו דערכאות שבמלכות תו' הם מקבלי שוחדא וכו' ולא דמ"ד אלא חמסנותא ולכ"ע חספא הוא ע"ש עוד בה שכבר ידענו ממעשים בכל יום שמקיימים המכר הנעשה בדיני יש' והשופט עושה פסק עליו ופורעים הריסם ועושים פראג שלא מרצון בעלים.

והרי נתגלה שאין זה נגד דמ"ד. ומזה נמי מובן דהקונה יסמוך דעתו בזה ועוד דאפי' כשנאמר דגם לשטר ראייה קפיד הקונה ולא ס"ד אפי' בפריש מ"מ דקי"ל בס"ר ר"ב דאפי' קרקע כל שהוא מקנין ע"ג ואפי' שאול או שכור מאחרים ואפי' אינו מסויים ע"ש א"כ לא עדיף משכי' שכתב הש"ע דבקנין כל דהו ס"ד.

ומכ"ז אין חשש לחוג'יט בנד"ז: ולטענת היורשי' דהכא שטר הודאה ואינו נקנה בכתו"מ. מדבריהם נראה שהוא כתוב בזה"ל בפ"ע הודה שמשכן הבית וכו' ולא בפ"ע משכן פ' ביתו וכו' (דזה שטר ראייה עיין בראש יוסף סי' ס"ו סקכ"ג) וא"כ הנה כתבנו לעיל משם התו' דהודאה הקנאה עושה ועיין בברכ"י ח"מ סי' מ' או"ב שפלפל בזה וכתב לדעת מרן דהודאה הקנאה עושה ואזיל לשטתיה בכ"מ פי"א ממכירה הט"ו וס"ל כתו' ע"ש (גם אנכי צדדתיכן לעיל מתשו' אבק"ר סי' ק"ה וכן יש לדקדק ממ"ש בסי' ר"ן על שכ"מ שאם עמד חוזר דה"מ בנותן אבל בהודה על נכסיו שהם של פ' קנה הלה וכו' ולא כתב הרי הן שלו ש"מ דס"ל הודאה עושה הקנאה) וא"כ פשוט דשטר הקנאה נקנה בכתו"מ ועוד י"ל דגם שטר ראייה שכתב הרא"ש דאינו נקנה בכתו"מ דוקא במקום שאין כותבין וזה כתבו לראיה אבל במקום שמקפידים לכתוב אפי' אם אינו רק לראיה מ"מ כבר כתב הר"ן דאין המקח נגמר עד שיכתבו השטר ואז יגמר למפרע והוי סרך קנין כמ"ש הסמ"ע סי' קצ"א סק"ז ע"ש וכיון דסרך קנין יש בו י"ל דנקנה בכתו"מ.

וגם מה שהשיב המורשה להציל האשה מטענות אלו כיון שכתב לה והוא תוס' על הכתו' והבי"ר מתשו' מרן וכו' הדין עמו דהתשו' הנז' מכרזת ואומרת דכל שנכתב לשון תוס' לאורויי אתא דאין דינה כשאר מתנות אלא תוס' כתובה ככתובה ותשו' היורשי' דכתב כן שלא תגבה זה מעיקר כתו' (יסודם בזה עפ"י מ"ש באה"ע סי' ק"ט באומר סתם תנו מנה לאשתי די"א ידה עה"ע וי"א שהוא לבד מכתו' ובח"מ סי' רנ"ג סתם כי"א קמא.

ולפיכך כתב תוס' על כתו' לאפוקי מזה) כיון דקי"ל סוס"י ס"א ופי' לו' דמדקדקין לשון השטר א"כ אם היה כותב והוא יתר על כתובתה כדבריהם אבל כשכתב והוא תוס' למימרא שדינו כתוס' כתובה וז"פ וכמ"ש המורשה איישר חיליה וזכתה האלמנה הנז' ככל הכתוב: סימן ל"ח ראובן תושב הודו וכעת נתגורר בערי פרס ויבקשהו שמעון להיות מנהל עסקיו ומחוקי המדינה שלא יזכר שם אדם על עסק רק אם יהיה אזרח פרס ולבקשת שמעון ביקש ראובן רשות ממלכותו פיטורין (כנימוס) ונכנס בצל פרס וישרת שמעון.

וברוב הימים נשמע כי יש חק לפרס להפקיע הירושה מיורשי החוסה בצלה אם יורשיו במקום אחר. ולכן שמעון פחד על נכסיו והוציא הוצאות ושוחדות ע"י אמצעים שיוכל לזכות יורשיו מחיים בנכסים שיש לו במדינת פרס.

והוא מבקש ההוצאות מראובן כי הוא הגורם לו. וכבר הוא תפוס מנכסי ראובן שבאו לו על ידו מאת יאוד'ה איש החסד.

ובקשו הדין עם מי ואני עניתי כי בדב"ז דינא דגרמי או גרמא הוא ענין ארוך ממנו לחיוב וממנו לפיטור. והפיטור ממנו פטור אבל אסור וממנו פטור ומותר כידוע ממאמר דד"ג להרמב"ן בסוף שטתו לבתרא ועיין להרב דבר"י אירגאס סוס"י וי"ו: ולכן חובה מוטלת לברר ענין זה מאיזה סוג הוא ובפרט לדעת מרן ז"ל (שהבע"ד הנז' ממקומות שסומכין עליו) כי נפל ס' בפוס' בדע' מרן היכי ס"ל.

והנה יש להוכיח דעתו ז"ל תחילה ממ"ש בב"י סי' שפ"ו ע"ד הטור ז"ל שכתב יש צד במזיק ממון חבירו ואינו עושה שום מעשה אלא שבגרמתו בא לו הנזק וקי"ל כר"מ

דדאין דד"ג לפיכך כתב הרמב"ם דדוחף מטבע חבירו לים וכו' והשורף שטר של חבירו והזורק כלי מראש הגג וכו' ובא אחר וסילק כרים שתחתיו חייב וכו' ור"י פירש כיון דקי"ל גרמא בנזקין פטור וקי"ל כמאן דדאין דד"ג צריך לחלק ביניהם והיוצא מכלל דבריו דשורף שטר וכו' חייב משום דד"ג אבל המסלק כרים וכו' ודוחף מטבע וכו' פטורים משום דד"ג (פי' בב"י כלו' שאין זה דד"ג אלא גרמא) וכ"כ א"א הרא"ש ע"כ וע"ז כתב הב"י דמקור דברי הרמב"ם בסילק כרים הוא מפ"ב דב"ק דפטור בה רבה וכתב הרי"ף דלית הלכתא כוותיה כי הוא סובר דד"ג פטור כמ"ש בהגוזל דשורף שטר פטור מד"א וחייב בד"ש וכו' והראב"ד השיגו וכו' וגם הרא"ש כתב ור"י פי' דגרמא הוי כיון שלא עשה מעשה בגוף הכלי והכי מסתבר וטעם החילוק ביניהם מבואר בתו' וכו' דד"ג הוא כשהוא עצמו עושה היזק לממון חבירו ועוד שיהיה ההיזק נעשה מיד בשעת מעשה והתו' הק' על חי' אלו ונראה להריצב"א דד"ג הוא משום קנס לכך כל היזק המצוי ורגיל קנסו וכו' ע"כ דממה שהביא לשון ר"י מהרא"ש שכתב דגרמא הוי וכו' להורות ההפך מהרמב"ם ולא כתב והראב"ד והרא"ש סו' דגרמא פטור בקצור משמע דס"ל שגם הרמב"ם יודה דגרמא פטור אלא דבהא פליגי אי מסלק כרים וכו' הוי דד"ג או גרמא.

(וכי תשאל א"כ לפי תנאי דד"ג מאיזה צד יחשב מסלק כרים דד"ג וכ"ש הזורק כבר נ"ט בזה שה"ג פ' כיצד הרגל דט"ו והב"ח כתב קרוב לדבריו והפ"ד קלסיה גם מהר"מ אלשיך סי' קל"ד וקי"ב נ"ט להרמב"ם גם אם יחלק בין דד"ג לגרמא ע"ש) ובדרישה הבין כן בדברי הטור ותו"ד כתב על המסלק כרים דלא נחית הטור לומר אלא דלהרמב"ם זה נק' דד"ג ולהרא"ש נק' גרמא ע"ש וכ"ש דנראה משם לס' הב"י שלהלכה אזיל כחי' התו' ז"ל בין דד"ג לגרמא כי מלבד שהאריך להביא דבריהם הנז' עוד הביא מ"ש הר"ן משם הראב"ד גבי זבן לגוי דמשמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דכל היכא דלא קבל עליה אע"ג דאתי ליה אונסא לא מיחייב דגר"ב הוי וכו' וסיים דאע"ג שמדברי הרא"ש נראה דלא סל"ה כיון דרבים פליגי עליה נקטינן כוותייהו ע"כ וכ"כ בב"י סי' קע"ה הנה כתב להדיא דגר"ב פטור וכ"כ להדיא בתשו' אבק"ר סי' פ"ז על מ"ש מהר"ש וירגא לחייב לה"ר יואב לשלם כל הפזורין וכו' מפני שלימד הבת למאן וז"ל אם היה הדין שהמלמד למאן חייב לשלם מדד"ג יפה היה אומר שחייב לשלם הפיזורין ע"ד שכתב הרמב"ם פ"ו מה' זו"מ הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל אדם סעודה וכו' ועשה כדרך שעושין כל העם וחזרה בה משלמת הכל שהרי גרמה לו לאבד ממון) אבל נ"ד אפי' היה מתברר שלמדה אין זה דד"ג דחייב אלא גר"ב דפטור שהרי כתבו התו' וכו' ונד"ז אין אחד מאלו שהמאנת היא עצמה עשתה ההיזק לא המלמדה גם לא נעשה ההיזק בעת שלמדה אלא אח"כ גם הרא"ש הוסיף דדוקא בבריא הזיקא והכא אפי' בעת שמיאנה לאו בריא הזיקא שאפשר תחזור ותתקדש לו וכו' והגם כי מהרש"ו שם בסי' פ"ט השיב ע"ד דאנו אין לנו רק דברי הרמב"ם מאריה דאתרין והוא חייב במסלק כרים הגם דל"ש ביה הנך חי' הנה חזר והשיבו דהן לו יהי כדבריו שהרמב"ם חולק (כלו' דלדידיה גם הרמב"ם מודה והך דסילק כרים יש ליישבה כמש"ל) מאחר שהתו' והרא"ש ומרדכי ורמב"ן ורשב"א ותה"ד דבתרא טובא וגם הר"מ וכו' הכי ס"ל ודאי כוותייהו נקטינן וכו' ע"ש הנה מפו' ד"ע דגם הרמב"ם מחלק בין דד"ג לגרמא ואפי' אם חולק דעתו להלכה לפסוק כר"י: אשר מכ"ז אני תמה במה שנראה מהסמ"ע

בריש סי' שפ"ו דס"ל כי הרמב"ם והש"ע אינם מחלקים בין דד"ג לגר"ב דבכולהו חייב וכתב דמפנ"ז התחיל הרמב"ם כל הגורם וכו' ש"מ דכ"ל להו ומיחייב בכולהו וכו' ומה"ט התחיל המחבר וכתב קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי לפיכך הדוחף וכו' ומינה נלמד דס"ל דהרמב"ם מחייב בכל הגרמות אלא דנקט המחבר הני משום שהם מימרות תכופות דרבה וכו' ע"ש וזה הפך מ"ש בדעת מרן.

(נהי דתשו' אבק"ר עוד לא נדפסו בימיו אבל הלא הב"י לפניו) ועוד מימי חרפי תמהתי על הסמ"ע ממקומות אחרים שפסקם הש"ע דפטור ומפוי טעמם משום גר"ב פטור והסמ"ע עצמו כתב עליהם כן. א') בסי' קנ"ה הטור הביא ב' דעות בדברים שאמרו להרחיק אם לא הרחיק והזיק דלהראב"ד פטור משום דמדמה להו לנמיה שקפצה ולנפצי כיתנא דהוי גרמא ופטור ולהרא"ש והעטור חייב משום דהוי ממונו שהזיק ול"ד לאינך שהם גרמא ובבד"ה הביא מקור הדברים ולשון הרמב"ם בנפצי כיתנא ובש"ע פסק בנפצי כיתנא דפטור וכתב הסמ"ע הטעם דהוי גר"ב ופטור.

ב') בסי' שס"ג פסק הש"ע דחצר דקיימא לאגרא וגברא עביד למיגר חייב להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון וכתב הסמ"ע דזה אינו גר"ב דעכ"פ אכל כספו אע"גשלא נהנה משא"ך גזל ביתו ולא דר בה הו"ל גר"ב ופטור ע"כ הנה מחלק להש"ע בין גרמי לגרמא. ג') בסי' שצ"ד גבי משסה כלב בחבירו פטור כתב הב"י משם רש"י ה"ט משום גר"ב פטור וכ"כ הסמ"ע.

ד') בסי' שצ"ה בהעמיד בהמת חבירו ע"ג קמת חבירו דחייב כתב הסמ"ע משום דהו"ל כמזיק בידים משמע דא"ה הוה גר"ב ופטור גם הב"י שם תמה על הראב"ד דמחייב במכ"ש לקם לה באפה דאדרבה אין זה כ"א גרמא ופטור. ה') בסי' שצ"ו גבי בהמה שהוציאוה לסטים פטורים מנזקיה כתב הסמ"ע דעל הבהמה חייבים משום שהוציאוה בידים ול"ד לפורץ גדר בפני בהמת חבירו דפטור גם על הבהמה דהתם לא עשה בידים.

משמע דכל שלא עשה בידים הוי גרמא ופטור וכן בסי' תי"ח גבי ליבה ולבתו הרוח כתב דהרמב"ם דמחייב משום דהוא עצמו ויש לו חלק בנזק אין זה גרמא והפוטרים סו' דאין זה כ"א גרמא וכן גבי מבעית חבירו דפטור אפי' חלה מפחד בסי' ת"ך כתב הסמ"ע הטעם דכיון שלא אחזו בידים לעשות מעשה בגופו אין זה כ"א גרמא דפטור.

ו') כי בסי' נ"ה הרגיש הסמ"ע במ"ש מור"ם לפטור שלישי שהחזיר השטר מה שלא הי"ל להחזיר משום דהוי גר"ב מהך דפסק הש"ע בסי' כ"ט ול"ח ומ"ו לחייב העדים שהודו שחתמו שקר ורצה ליישב דהתם פסק כהרא"ש דמחייב לזבן לגוי לשלם גם בלא שמתוהו וקבל עליו אונסא והכא כהראב"ד דפוטר בלא שמתוהו וכו' (זה פלא איך ס"ד דהש"ע פסק כהרא"ש כיון שבב"י סי' קע"ה ושפ"ו כתב בפ"י דלא נקטינן כוותיה) ואסיק דיש חילוק ביניהם כמו שחי' ר"י בין גרמי לגרמא וכמ"ש הטור והמחבר בסי' שפ"ו ט"ש וא"כ אחר כל אלה איך כתב הסמ"ע דלמרן אין חי' בין גרמי לגרמא ובכולהו מיחייב לכן נ"ל ברור לסבול דוחק הלשון ולא דוחק הענין דמ"ש הסמ"ע ומה"ט התחיל המחבר וכו' ומינה נלמד דס"ל דהרמב"ם וכו' דר"ל דכן ס"ל לדעת הרמב"ם דוקא (וה"ט משום שהרמב"ם כתב כל הגורם וכו' הבין דהרמב"ם אינו מחלק הגם דה"ה כתב אהך גופא משום דקי"ל כר"מ דדאין ד"ג.

הסמ"ע מיאן בזה) אבל ליה לא ס"ל ודאי כיון שבב"י בכמה מקומות גילה דעתו דגר"ב פטור. וסי' לזה תמצא בש"ך שהבין כן בסמ"ע מדכתב ליישב קו' על הלבוש דלא קאי הלבוש לדעת הרמב"ם אלא להרשב"א והמחבר והוכיח דהמחבר ס"ל לחלק ממה שרשם בתחילת הסימן ע"ש ומדהשיב לסמ"ע דהלבוש קאי על המחבר ש"מ דגם הסמ"ע מודה שהמחבר מחלק: ועיין לחו"י סי' מ"ד שכתב ע"ד הסמ"ע שכתב דהרמב"ם אינו מחלק לא נמצא לו חבר ואין לומר קי"ל ואי הסמ"ע אמר גם על הש"ע הו"ל תרי הרמב"ם והש"ע אלא שהבין כמ"ש (מ"מ לא נמלט החו"י ז"ל בזה כי הש"ך בסי' שפ"ו סק"ד הביא מהרמב"ן דרש"י אינו מחלק והגם שמהרש"ל השיגו הש"ך תמה עליו והכנה"ג בהגב"י או"ל כתב דגם הרמב"ן ס"ל דרש"י מחלק מ"מ הש"ך בסי' תי"ח סק"ד כתב דהרמב"ם ורש"י וראב"ן לא מחלקי וא"כ יוכל לומר קי"ל) אבל קצה"ח שם ומטה אהרן ע' גרמא דס"ג ומנחת זכרון ד"ל ופרי הארץ ח"ג סוס"י י"ט כולם כתבו דלהסמ"ע הש"ע אינו מחלק וכ"כ שמחת יאוד'ה סי' קל"ח ס"ה.

והפר"ה הוסיף דלדידן אין לומר קי"ל כמאן דמחלק ע"ש והוא פלא מכל מ"ש (עתה ראיתי בס' מפי אהרן סי' ג' להרה"ג אב"א הי"ו מובאים דברי הרה"ג פנ"י הי"ו בזה ואעפ"י שראה תשו' אבק"ר נתעצם לומר שהיא סותרת לש"ע שפסק כהרמב"ם במסלק כרים וכו' דש"מ דאינו מחלק וכיון שסותרים לש"ע נקטינן ע"כ והוא פלא דהא גם בש"ע מבואר דמחלק וא"כ מה זו סת' שפסק כמוהו ואי משום מסלק כרים כבר הבאתי לעי' גדולי הפוס' שנתנו לו טעם גם במונח שהוא מחלק): ומ"מ דעת הסמ"ע ברורה דהרמב"ם אינו מחלק וכ"מ בתשו' מור"ם סי' פ"ח וז"ל וכ"ש אם נאמר ה' כהרמב"ם דס"ל גר"ב חייב וכו' גמ"ש"ך בסי' תי"ח סק"ד כ"כ להרמב"ם והפרמ"א ח"ב סי' מ"ב כתב דהרמב"ם והרי"ף אינם מחלקים (דלא כמ"ש הש"ך סי' שפ"ו סק"ד משם הרמב"ן דהרי"ף מחלק והוכיח כן הש"ך מהרי"ף עצמו ע"ש) גם הכר"ש ח"מ סי' פ' כתב דיוכ"ל קי"ל כהרמב"ם ודעמיה דלא מחלקי ע"ש ואני עני לא נחה דעתי גם בזה אחר שמרן די"מ שפסק בהם לפיטור הם לקוחים מהרמב"ם ויותר מהמה יש למבקש בהלכותיו בפ"ה ופי"ד מה' נז"מ ופי"א מה' עדות ופי"ב מה' חובל ומזיק ופי"ו ופי"ז ופי"ח ופי"ט ממכירה דכולהו תני לפיטור ואי לא ס"ל לחלק אמאי פטר בכולהו.

גם כמה פוס' סוברים בדעתו דס"ל לחלק (אחר שרשמתי זכרונם ראיתי שקדמני הרה"ג מהרש"א הי"ו שם בס' מפי אהרן סי' ה' ושו"ש והשמטתים): ושו"ר למט"א וקצה"ח שם והחס"ל ח"ב סי' י"ט העירו על הסמ"ע בקצור וחלקו עליו וס"ל דהרמב"ם ודאי מחלק גם הוא רק שאינו שוה לחי' הר"י ז"ל ומט"א יהיב כללא להרמב"ם (כמ"ש הרמב"ן) דכל הגורם ומחמת גרמתו בא הנזק שא"א בלעדו ואינו תלוי בדעת אחרים אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שעתידי לבא זהו שחייב ר"מ ונק' בש"ס בריא היזקא ע"כ (הרב שער"ח ח"ב ח"מ סי' י"ב נמשך אחריו והפנ"י ח"א סי' כ"ד דקצ"א כ"כ מדנפשיה) ולכאורה ק' על זה דהא בזורק כלי ובא אחר וסילק כרים מתחתיו חייב את שניהם בפ"ז דחובל.

ומלבד מה שתמה עליו הטור שהוא הפך הש"ס עיין במ"מ וכ"מ וב"י עוד לפי כלל זה יתחייב שהזורק יהיה פטור ואפ"ל למ"ש מהר"מ אלשיך סי' קל"ד טעמו משום דסתם



כלים לסלק קיימי מ"מ סלוקם תלוי בדעת אחרים. (הרה"ג מהרש"א שם כתב אפ' דהרמב"ם מחלק ובהני ידע בחכמתו דל"ש החלוקים משום דהזורק והמסלק שניהם כיוונו להזיק וכו' ונגמר ע"י שניהם או אפ' דחולק ואין מופת חותך שחולק ע"כ והצד הא' לא זכיתי להבינו דאי ר"ל דס"ל כחי' ר"י הרי ר"י פטר גם שניהם ואם ר"ל דסו' דהווי כמזיק בידים הרי הרמב"ם קראם גורמים) ולי ההדיוט נראה דלהרמב"ם הכל תלוי בבריא הזיקא אך פשיטא דסוג בריא הזיקא יש בו כמה מעלות זו למעלה מזו וס"ל דגם בצד הקל שבו יש לחייב.

ובזה יתיישבו פסקיו בקש תמצא במקום שמחייב גם אם יהיה קל מצד זה תמצא לו חומרא מצד אחר וכן להפך במקום שפותר וכבר ראיתי משם הרמב"ן דהשערות האלה הם תלויים בשערה וגם מהרמ"א שם כתב בזורק ה"ט כיון דסתמן לסלק קיימי הו"ל בריא הזיקא וקרוב לזה כתב חס"ל שם ועיין לכנה"ג סי' שפ"ו הגב"י אוכ"ו הט' דבעו לפיטור תרתי לטיבותא שלא יהיה בריא הזיקא ושלא יעשה ההיזק בעצמו ובזורק אע"ג דלאו בריא הזיקא הרי עשה ההיזק בגוף הממון.

וכ"פ פנ"י שם משם חיי עולם דרוש ב' דיו"ד ע"א וכן תמצא להסמ"ע סי' שצ"ו בהוציאווה לסטים ובסי' תי"ח גבי ליבה ולבתו הרוח דט' חיובם משום שעשה בידים ע"ש. ונמצא דגם הרמב"ם ל"ש למימר שמחייב בכל ועיין לחו"י סי' מ"ד שכתב דודאי דאין דין גרמא.

עיר פרוצה אין חומה דהא דוכתי טובא דפטר הרמב"ם: ומעתה דזכינו לדין שמרן מחלק כהתו' ז"ל (וגם הרמב"ם למר כד"ל ולמר כד"אל) נתנה ראש לנ"ד ששמעון לא עשה ההיזק בעצמו לממון רק נמשך ממעשיו. מכח זה נראה דפטר וה"ז דומה לפורץ גדר לפני בהמת חבירו בסי' שצ"ו דלהרא"ש והתו' פטור גם על הבהמה דגר"ב הוא (ועיין בטור סי' זק"ן ובמפ"ה סוס"י קנ"ה דהמחוייב לגדור ולא גדר ובאו גנבים וגנבו דפטור מלשלם לדעת הרא"ש) אבל הרמב"ם פסק דאם הכותל בריא חייב בנזקי בהמה ואם רעוע פטור ועיין בב"י שהק' להרמב"ם מ"ש מהוציאווה לסטים וה"ה ומג"ע כתבו דהוא עצמו השיב שאני נתכוון לגנוב מנתכוון לפרוץ והב"י כתב דעכ"ז לא נקטינן כהרמב"ם אלא גם בכותל בריא פטור ויש פלא דבש"ע פ' בכותל בריא חייב (וקדמני בזה החו"י סי' ר"ד) אבל הנה מור"ם הגיה וי"א דאינו חייב על נזקי בהמה.

והט"ז תמה דמשמע דלמר"ן חייב אף על נזקיה ומאי שנא מהוציאווה לסטים דפטור ומחמת זה הגיה במור"ם י"א בלא וי"ו ומור"ם בא רק לפרש דמ"ש הש"ע חייב כהרמב"ם י"א דחייב על הבהמה ולא על נזקיה ע"ש וא"כ בנ"ד שבבקשת ראובן פרץ גדר חומת אינגלטירא מעל שמעון ונכנסו פרס להזיקו הו"ל כפורץ גדר שלפני בהמה ויצאה והזיקה דהכל אחד כי לא עשה הפורץ הנזק בידו ולכ"ע פטור גם להש"ע ועיין סי' שפ"ג במצמצם בהמת חבירו במים עד שמתה דחייב דמשמע דדוקא צמצמה במים אבל סוף המים שיבואו ואפי' פתח להם שיבואו ובאו ומתה פטור דאין זה אלא גורם וכמ"ש בסנהדרין דע"ז והטור כתב דסגר עליה את הדלת פטור וכתב הב"י דלישנא דמצמצם הכי משמע דאוחזה בידו אבל סגר הדלת אינו אלא גורם.

וה"ן כיון ששמעון לא עשה ההיזק לממון אלא פתח לו פתח ההיזק פטור ולא עדיף זה מזבן לגוי דכתבתי משם הב"י להלכה דאי לא קביל עליה אונסא והזיקו דפטור ובודאי דה"פ דבריו בש"ע שכתב המוכר לעכו"ם משמתנין וכו' ואם אנסו בדבר וכו' משלם וכו' דר"ל אם אנסו אחר שקבל עליו (ולא ידעתי כונת ההגה שכתב דוקא ששמתוהו וכו' אבל אם לא וכו' י"א דפטור מלשלם כיון דמרן נמי הכי פירושו) הא לא"ה פטור אפי' שהוא הרביץ לו ארי בשכונתו כיון דהוא לא עשה בעצמו ההיזק בגוף הממון: וגם בריא הזיקא ליתא הכא דראובן היה יכול לזכות ממנו ליורשיו באו"א ועיין בסי' תי"ח בכופף קמת חבריו בפני הדלקה ואינה מגעת אלא ברוח שאינה מצוייה פטור ובמ"מ פי"ד מנז"מ פי' אינה מצוייה שאין העולם מתנהג בה תמיד וכו' אעפ"י שבאה בעתים רחוקות וכו' דנראה כל שיש תקון להרחיק הנזק אעפ"י שהתקון רחוק פטור המזיק וה"ן בנד"ז וכ"ש.

דבהרא"ש מפו' דתנאי בריא הזיקא דבוק לתנאי העושה מעשה בגוף הממון והכא ליתיה כמ"ש. גם תנאי שיעשה היזק מיד ליתיה הכא דדוקא אחר איו"ש לראובן אז יסלקו יורשיו וכ"ש דהכא אנכי הרואה דכל הדברים הללו ל"ש רק במזיק בע"כ של הנזיק אבל הכא אם ראובן לא היה שומע לקול שמעון לבקש פטורי אינגלייא מי היה מכריחו ואין זה אלא כיועץ שפסק מור"ם בסי' שפ"ו דהמזיק לחבריו בעצתו אינו אלא גרמא ופטור ועיין לפ"מ ח"ב סי' קי"ט שביקש למצוא חיוב ליועץ ולא מצא.

(כעת ראיתי בס' מפי אהרן דכ"ג כתב משם חוקות החיים סי' פ"א דלא חייבו בדד"ג כ"א כשהוא אנוס בדבר וזה מזיקו בע"כ אבל כשהוא בחירי ברצון מה לו לשמוע אליו והגם דס' חוק"ה איננו אתי מ"מ מילי דס' נינהו דאפי' באומ"ל להזיק לזולת קי"ל אשלד"ע ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין כ"ש באומ"ל להזיק עצמו ואין סת'ר לו מהך דסי' ש"ו במראה דינר לשולחני ונמצא רע דחייב לשלם דהתם נמי לש"ע אינו חייב רק באומר חזי דעלך סמיכנא.

ואפי' למור"ם דבסתמא חייב כתב הש"ך מהג"א דמיירי באם האומן אומר טוב יהיה מוכרח לקבלו ואינו יכול לישמט) ואפי' אם היה נעשה בע"ך רק שהיה ע"י גרמת שניהם כיון שעשאוהו שניהם אשכחן בסי' קע"ה שאם הרוח מסייעתו לזורה פטור ול"ד לליבה ולבתו הרוח בסי' תי"ח דחייב אפי' אין בלבוי כדי ללבות בפ"ד מנז"מ עמדו המ"מ וכ"מ על סת' הרמב"ם מזה להך דנפצי כיתנא דפטורים בה' שכנים ולפי מה שת' הכ"מ דהך דשכנים לא בא הנזק מכח מזיק עצמו משא"ך הך דליבה א"כ גם נד"ז לא בא הנזק משמעון עצמו ולפי מ"ש הש"ך בסי' תי"ח דהך דשכנים הולך הפך מכחו שכונתו היה להפיל העפר לארץ וכו' ה"ן הנזק בא הפך מכח שמעון דמעולם לא נתכוון במעשה זה שיזיק לממון ראובן.

וכ"ש דהכא שמעון אין לו שום סיוע בנזק דהא גם אם היה משתדל בכלכחו שיפטור ראובן ממלכותו אם לא יבקש ראובן זאת מהם בתעודה הידועה לית מאן די יזעזעיניה וא"כ אם הוא לא חס על עצמו כ"ש שמעון (עיין לפרה"א פ"ו מחובל שכ"כ בנדונו וגם הביא מפרמ"א ח"א סי' ז"ך דשנים שעשו הנזק פטורים וראיתו מקדושין דכ"ד במבעית חבריו וחלה דפטור משום דאיהו אבעית אנפשיה) וראובן לא עשה כלום וה"ז דומה

לאחד הביא את האור ואחד הביא עצים דאחרון חייב כיון שאין ממש במעשה הראשון הרי כל הנזק.

של אחרון הוא ועיין למהרי"ך ז"ל בס' זרע אברהם ח"מ דקט"ו דפטר הקובל לעש"ג מכח דלולא העדאת עדים לא היה מועיל והבי"ר מדין הנז' והגם דהרב המחבר בדקכ"א דחה זה משום דהתם רק גורם ובקובל הוא מוסר ומזיק (בזה ניח"ל שלא יסתור דין אחד הביא לדין הזורק כלי דהתם שאני שהוא מזיק) מ"מ יודה גם הוא בנ"ד דלמרבה אין שמעון אלא גורם ולא עדיף ראובן משלוחו דשמעון ואם היה מגיע נזק משליחות זה לאחרים הנה בסי' תי"ח קי"ל השולח את הבערה ביד חש"ו פטור מד"א שלחה ביד פקח הפקח חייב' והט' בפ"ק דקדושין משום שאשלד"ע והשתא דהגיע הנזק לממון השליח גם בזה קי"ל בסוס"י קפ"ח דאין המשלח חייב לשלם לו נזקו.

(הגם שדבר"י סי' וי"ו כתב דהרמ"מ ורא"ש פליגי בזה כיון דהש"ע פ' כן מאי איכפת לן גם הפ"מ חייב לערב לגוי שהגוי הזיקו שהלוה יפרע לו מהך דהר"מ והרא"ש משום דהוא מרים דגל הקי"ל גם נגד מר"ן לא כן אנן) ועיין לפ"מ ח"ב שם סי' טו"ב דפטר ק"ק ירושלים שגרמו לראובן ליתפס בעד שכתב שטנה על השר משום שאינו אלא שלוחם ושליח שניזוק פטור שולחו וזווג ס' הרמב"ן עם המרדכי ואפי' אי פליגי אין תפיסת ראובן פקדונות יתומים ואלמנות על הכוללות תפיסה דאיך יתפוס ממון שמעון על ראובן והו"ל מוציא והרבים מוחזקים ע"ש ועוד אפי' אי לא הוי ראובן שליח שמעון מ"מ אינו אלא גורם דגורם שהוא גרם לו להתפטר ממלכותו והיא גרמא לו היזק לממון וא"כ אע"ג דגורם דגורם הביא בש"ך סי' שפ"ו סק"ג דיש מח' אם פטור או חייב מ"מ הרב מהרי"ך שם בדקט"ו כתב דכשאינו במעשה אלא בדבור לכ"ע פטור ועיין בסמ"ע סי' ל"ב גבי שוכר עדי שקר דפטור כתב סק"ג דאף דקי"ל כמאן דדאין דד"ג מ"מ הואיל שלא העיד אלא ששכר יכו"ל דברי הרב ודברי וכו' ועוד העדים הן עיקר הגרמא ולא השוכר ע"כ הנה כלל תרי טעמי דשליח וגורם דגורם שכתבנו במלות קצרות והם שייכי בנ"ד לפטור את שמעון: ועוד יש לפטור שמעון דנ"ד אפי' אי הוי דד"ג ממה שמובן מהשאלה כי בעת שביקש מראובן לעשות זאת לא היו יודעים מהחזק החדש הזה בפרס וגם לא נתכוון רק לטובה שישרת אותו וכו' ולא נתכוון להזיק וא"כ כבר ידוע מ"ש הרמב"ם פ"ו מסנהדרין בדיין שטעה בדבר משנה חוזר הדין ואם א"א להחזיר וכו' או שהורה בכשרה שהיא טרפה והאכילה לכלבים וכיוצא פטור מלשלם שאעפ"י שגרם להזיק לא נתכוון להזיק (וע"ש בכ"מ אהך דטעה בשקול הדעת מה שתמה ויישב) וכ"פ בש"ע סי' כ"ה וע"ש בב"י גם המח"א בה' נז"מ למד כן בסי' ו' מדברי הרמב"ם שהשיב לחכמי לוניל על קו' דמ"ש דחייב בנזקין בפורץ גדר בפני בהמת חבירו ובהוציאווה לסטים פטר דשאני נתכוון לגנוב מנתכוון לפרוץ דמשמע דהכל תלוי בכונה ע"ש גם באבקר"ר סי' פ"ט כ"כ דאפי' אם הרמב"ם אינו מחלק בין גרמי לגרמא מ"מ סובר דכל שלא נתכוון להזיק פטור גם בדד"ג וזה דעת הרי"ף ע"ש וכ"מ מדבריו בח"מ סי' ס"ו שכתב וז"ל כיצד ראובן הלוה לבנו בשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן לא יאמר הבן הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם כלום מדד"ג כי אני לא כיונתי להזיק ללוקח אלא לפטור את עצמי אלא פורע כל החוב ללוקח ויש מי שחולק ואומר שאף לעצמו יכול למחול ע"כ ומשמע דל"פרק אם יכול למחול לעצמו או לא אבל

שיתחייב משום דד"ג כולם שוים דפטור כיון שלא כיון להזיק והגם דהסמ"ע סק"ס כתב דליש מי שחולק מ"מ חייב לשלם משום דד"ג הנה הש"ך סקפ"א כתב דיותר נראה בכונת המחבר דפטור לגמרי כי לא כיון להזיק ועיין בסמ"ע סקנ"ט שכתב דאע"ג דכבר אשמועי' דיותר שמחל חייב לשלם משום דד"ג אתא לאשמועי' דגם אם מחל לעצמו דפטור מדד"ג כי לא כיון להזיק מ"מ לס' קמייטא מחילתו לעצמו אינה מחי' וכאלו לא מחל וחייב לשלם ע"כ.

וא"כ דעת מרן ברורה דכשלא כיון להזיק פטור מדד"ג ולפ"ז מ"ש הש"ך סקפ"ב דמהש"ס מוכח דאע"ג דיכול למחול לעצמו ולא כיון להזיק עכ"ז חייב מדד"ג וכ"ן דעת הח"מ והב"ש סי' ק"ה אינו רק לדידהו אבל לדידן דלא נידינן מדעת מרן ודאי דקי"ל כל שלא כיון להזיק פטור מדד"ג והגם דסתם באה"ע דיותר מוחל לעצמו אין ללמוד משם דס"ל דחייב לשלם מדד"ג דאין זה תלוי בזה (דלא כמ"ש פנ"י שם במפי אהרן) ודע דחי' זה בין מתכוין לאינו מתכוין אינו רק במזיק בדד"ג אבל במזיק ממש גם בלא מתכוין חייב דקי"ל אדם מועד לעולם וכן דקדק בב"י ובכ"מ בהך דטעה בדב"מ דמזכת הרמב"ם אעפ"י שגורם וכו' משמע דוקא גורם אבל האכיל נבלה לכלבים בידים חייב דזה מזיק הוא ולא גורם ועיין בסמ"ע שם סק"ז ובש"ך סק"ד (גם מחנ"א הנ"מ סי' וי"ו יישב בזה הך דמראה דינר לשולחני וכהננים שפגלו דחייבים אע"ג דלא נתכוונו הט' דהו מזיקים ע"ש): ובה ניחא מ"ש הכ"מ פי"ג מה' מאכלות אסורות בגוי שנגע ביינו של יש' דכיון שנתכוון הגוי להזיקו מותר למוכרו לו דה"ז דומה לשרפו שחייב לשלם ונמצאו הדמים דמי ההיזק והק' הכ"מ דאפ"י בלא נתכוון להזיק היה ראוי לדון כן משום דאדם מועד ות"י דה"מ בנזקים הידועים לכל שהם נזק משא"כ מגע יין דלא משמע אלא ליש' או ליודעים בטיבם לכן כשלא נתכוון פטור ולכאורה ק' דמאי נ"מ ביודעים והרי כל הגורם שלא נתכוון פטור אבל התם מפורש דהנוגע ביין לאוסרו הוא כשורפו דהו"ל מזיק בידים ובמזיק הנה כתבנו שאין לחלק ובזה ג"כ יש ליישב מ"ש המ"מ בפ"ז דחובל גבי עושה מלאכה בפרת חטאת דהרמב"ם חייב לעושה במזיד והראב"ד השיגו ור"ל כיון שאינו מתכוין להזיק רק לטובתו פטור והשיב המ"מ דאנה"ן גם במטמא אי הוה נמי מתכוין לטובתו אפ"י חייב ע"ש דהתם נמי ה"ט משום דהוא מזיק בידים ולא גורם.

והגם דבגטין קראו זה למ"ד היזק שאינו ניכר ל"ש היזק גרמא י"ל דבהא פליגי הרמב"ם והראב"ד דלהרמב"ם ס"ל במה שקנסו דהיינו מזיד ועשאוהו כהיזק ניכר (כמ"ש המ"מ דהול"ל וליטעמיך) זה נק' נזק ולא גורם וחייב גם בלא נתכוון והראב"ד ס"ל דלא קנסו בזה ואינו אלא גרמא ופטור שאינו מתכוין ולפיכך תמצא בס' תמים דעים דימה זה ליורש שמחל לעצמו דפטור משום שאינו מתכוין רק להנאתו (דלא כעה"ש בח"מ סי' ס"ו שהבין מח' הרמב"ם והראב"ד בלא נתכוון גם בגורם).

דלע"ד ליתא ופולוגתייהו בזה הוא אי הוי גורם או לא): ומצאתי עוזר בזה הגאון התומים בסי' ס"ו סק"מ שהביא קו' הגד"ת ז"ל בדש"י דבגטין דמ"ג פריך למ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק אמאי עושה מלאכה בפרת חטאת פטור בד"א ואם מתכוון להנאתו פטור מאי קושייא והוא השיב לו דהתם מזיק הוא ולא גורם ובמזיק אין חילוק ע"ש (עיין במחנ"א שם ס"ח הביא ראייה דאין חי' מקו' רבא לרבה דפטר צורם און פרה ממ"ש

העושה מלאכה בפרת חטאת פטור משום היזק שאינו ניכר הא צורם דניכר חייב עיין בהגוזל דצ"ח ואם יש לחלק מאי דמות מעושה מלאכה שמתכוין להנאתו לצורם בלא הנאה.

ולדידי ל"מ דלרבה ס"ל בכל דד"ג פטור בין מתכוין בין אינו מתכוין ולשטתיה מדמה להו להדדי. גם שם הק' דברי הרמב"ם מהמ"א דנראה בלא מתכוין פטורלמאי דמוקים ה"ה בה"ח דעושה מלאכה חייב גם בלא מתכוין.

ולפמ"ש בכ"מ דהך דמ"א איירי בגוי שאינו יודע אבל יש' או גוי יודע אדם מועד אין שם קו' דבה"ח איירי בישראל) וא"כ סלקא שמעתא דלהרי"ף והרמב"ם והש"ע כל שלא נתכוון להזיק פטור גם בדד"ג: ועיין לאדמ"ק ח"ב סי' ד' ופרה"א פ"ו דחובל ומשפטי שמואל סי' ק"ב וקי"א וכנה"ג סי' שפ"ו הגה"ט או"ג ופרי הארץ ח"ב סי' ח"י ומהר"ש הלוי סי' ח"י וחק"ל ח"ב סי' ל"ד מכולם נלמוד דבאינו מתכוין להזיק פטור.

(עתה מצאתי לפניי הי"ו שם בס' מפי אהרן תמה על תשו' אבק"ר שפטר ה"ר יואב מפני שלא נתכוון להזיק והוכיח ממ"ש באה"ע סי' נ' דאם חזרה הכלה חייבת לשלם ההוצאות דמסתמא מיירי בנתכוונה לחזור לטובתה ועכ"ז חייבת דזה הפך ממ"ש בתשו' הנז' ולכן כש"ע נקטינן ע"ש והוא פלא ממה שהבאתי מפו' בש"ע דעתו דבלא נתכוון פטור ולמטוניה הי"ל למפרך מתשו' לתשו' דגם התם רמז לדין חזרה הכלה שכתב ואם היה לימוד ה"ר יואב וכו' היה חייב לשלם ע"ד שכתב הרמב"ם פ"ו מזו"מ שהיא ההלכה הנז' ואי ס"ל דגם בלא נתכוונה להזיק חייבת איך פטר הר"י גם לדעת רמב"ם מפני שלא כיון להזיק אם לא דטעם הך דחזרה וכו' כמ"ש הנחב"ך ח"א דקמ"ז ליישב השגת הראב"ד בזה מהך דזרעוני' דלא צמחו דפטור מדמי הוצאה הוא משום שלא ידע המוכר שלא יצמחו וכו' משא"ך באשה וכו' והו"ל כהפסידתו בידים ואפי' למ"ש שם דטעם ה"ה והלח"מ דלא תי' כזה משום דס"ל דחייבת גם בלא נתכוונה להזיק מ"מ יש טעם לשנות חיובה משום דהו"ל לאסוקי אדעתה מתחילה ולא להטעותו וכו' דבזה הו"ל כנתכונה להזיק וכמ"ש זה ה"ה שם או לבקש אופן אחר לתרץ.

אבל שנכריח משם דעת מרן שדד"ג חייב גם בלא מתכוין ולהוליד סתי' מזה ולבנות בנין דה' כש"ע זה קשה לשמוע והשתא הרי גם בש"ע מבואר ההפך ואיישר חיליה להרה"ג מהרש"א הי"ו שהאריך שם לחזק הלכה זו) והנה בא לידי בתורת שאלה ס' מנחת זכרון ובאו"ד ראיתיו מאריך בדברי הפוס' ויסודו על ס' חיי עולם (איננו אתי) והגם שאין לי פנאי לעיין בו מ"מ בתר כללא דלפי החי' בין מתכוין לאינו מתכוין ובין מזיק בידים לגורם שכתבתי אזדו רוב ראיותיו גם אחכ"ז ראיתי לשמחת יאוד'ה סי' קל"ח ס"ג דלא נחת לחלק בין גורם למזיק בידים ובין דעות להדדי דהרמב"ם וסיעתו חשבי לעושה מלאכה בפרת חטאת מזיק והראב"ד והרא"ש חושבי אותה גורם וזה גרם לו להק' על כנה"ג בסי' שפ"ו ולהניח דברי הראב"ד דמשוה הך דסי' ס"ו לעושה מלאכה וכו' בצ"ע ע"ש ולדידי אין שם קו' ולענין הלכה כיון דנתבאר דעת מרן בתשו' וש"ע דאינו מתכוין פטור ה"ן: ועתה נשיב על מ"ש בשאלה שראובן תפוס מנכסי שמעון.

דלכאורה נראה דנהי דאין כאן אלא גרמא ופטור מדיני אדם מ"מ בפ' לא יחפור גבי מרחיקין הסולם מן השובך קאמר בש"ס זאת אומרת גרמא בנזקין אסור ומצאנו לכנה"ג

בסי' שפ"ו הגה"ט אוצ"א כתב משם הרדב"ז ח"ב סי' רפ"ד וז"ל גר"ב פטור מדיני אדם וחייב בד"ש ואם נתן אין מוציאין מידו ע"כ וא"כ ה"ן ל"מ מראובן: האמנם יש לסתור זה בנ"ד מטעמי תריצי.

א' ממש"ל דראובן למרבה לא הוי אלא שליח שמעון כיון דאין הפטור ממלכותו תלוי רק בבקשת ראובן וכבר פסק מור"ם בסי' ל"ב (עיקרו מתו' דב"ק דנ"ו) דאע"ג דשוכר עדי שקר חייב בד"ש האומר לעדים להעיד שקר פטור אף מדיני שמים ואע"ג דהש"ך שם הק' ע"ז מסוגיא דקדושין דהא דאש"לד"ע דוקא בד"א אבל בד"ש חייב ומכח זה חלק בדין וגם הביא דהריטב"א חולק ממ"ש בהך דשולח את הבערה ביד פקח פקח חייב דהוא משום דמשתלם נזקיה מפקח ע"ש.

מ"מ יש לתרץ דבקדושין מסיק לרבנן דלא מיחייב בד"ש רק בדינאזוטא וא"כ י"ל דדינא זוטא אין כחו לחייב רק גרמת הריגה ולא גרמת היזק בממון חבירו שו"ר לחו"י סי' קס"ו תי' כן וגם גזע ישי' סי' קי"ט האריך בזה ותכלית תי' כנז' גם הביא החו"י שם תי' משם מופלג אחד דבקדושי' איירי בכגון שוכר עדי שקר שודאי מחמת שכר ישמע לו משא"ך באומר ודתדק זה ממ"ש שם האומר לשלוחו צא והרוג ול"א האומר לחבירו וכ"כ מהרי"ך ז"ל בזרע אברהם דקט"ו והוסיף להוכיח כן מלשון הרמב"ם פ"ב דרוצח שכתב השוכר ההורג חייב בד"ש והכ"מ מקורו הערה מאומר לשלוחו ע"ש ול"ן שלזה נתכוון היש"ש בב"ק סי' ה' שחילק בין אומר לעדים שיעידו שקר דפטור משום דסבר לא ישמע לו ליועץ למי שחייב קנס שיוזדע ויפטר וכו' סיים ומשו"ה היכא שסבר שישמע לו (כגון עבדו ושכירו) ושמע לו חייב בד"ש ע"כ דר"ל דבזה מתוקמא הך דקדושין וכנז' החו"י וזר"א שם דחו תי' זה כ"א מטעם נפרד ע"ש) והזר"א תי' דשאנ"ה בקי' דמשיא מוכחי לדוד ואותו הרגת וכו' והט' מפני שאמרו בב"מ היכא דשליח לאו בר חיובא מיחייב שולחו ובני עמון שהרגו אוריה לאו בני חיובא נינהו ויואב פטור דלא דריש אכין ורקין וכו' משו"ה הדר חיובא על דוד ולמ"ד אי בעי עביד אי בעי לא עביד וחצר בע"ך מותיב בה ה"ן עמון ודאי יהרגו כל המקדם לפניהם ומשו"ה חייב דוד ע"כ (אני תימה דהתם פליגי בכל אדם האומר צא והרוג את הנפש ומה יועילו דברי הרב דל"ש רק לדוד ותו דלטעמיה הו"ל לחייב גם בד"א ואילו שמאי לא חייב רק בד"ש ואי משום התראת ס' לדידיה מי ניחא דהתם יש איבע"א דשמאי חייב גם בד"א וק' מהתראת ס' אלא שזה תי' המפז"ל ע"ש ותו דאי חיוב דוד משום דעמון שלוחי דידיה יהיה פטור משום אין שליחות לגוי והגם דזכורני יש מח' בזה במפ' אם הדין כן גם בשלד"ע הי"ל להרב לבאר זאת) והרב בית יעקב סי' מ"ד כתב דגם התו' מודו להריטב"א בשוכר עדי שקר דלא מפטר רק במשתלם נזקיה מעדים והריטב"א מודה לתו' באומר להעיד דפטור אף דלא נשתלם מהעד (לפי"ז לא ידעתי אמאי אסיק שם שאם נשתלם הנזק מהגנב פטור המפתה והלא כיון שפיתוי דברים הוא גם כי לא נשתלם פטור גם מהרי"ך שם דקט"ו הרבה להשיב עליו ואיהו דידיה הביא דהרמב"ם ס' כהתו' ובדקט"ז כתב דלהם אנו שומעים) גם הזר"א דקכ"ב תמה על הפירוד שעשה הש"ך בין התו' להריטב"א ואסיק דהריטב"א ל"א רק בעדי שקר דלאו בני חיובא דהא מצו לאשתמוטי שהעידו אמת אבל בבר חיובא גם אם הלך למד"ה ולא שילם פטור שולחו (לדבריו סו"ד התו' שכתבו לפטור האומר לעדים להעיד ק' לזווגם להריטב"א) והמורם מכולם דבנ"ד דליכא רק אמירת שמעון

וראובן בר חיובא (גם אם היה מזיק אחרים) פטור שמעון גם מד"ש: ב') כי היש"ש שם בב"ק דקדק מדברי התו' שכתבו דסבר שלא ישמע לו דמשמע שאם בודאי ישמע לו חייב בד"ש וכתב דז"א רק בדבר שאם ישמע לו יש בו משום נזק כגון עדי שקר או שולח בערה וכו' אבל המיעץ לחבירו לכסות קמת חבירו כדי שכשתגיע דלקתו יהיה טמון באש ויפטר וכן המיעץ לחבירו להודות בקנס קודם שיבואו עדים שיפטר אפ"ל אם ודאי ישמע לו פטור גם מד"ש ע"ש ובודאי הט' דכשהוא מתכוין לטובת חבירו הגם שימשך מזה נזק לאחר אין כאן חיוב בד"ש וכמ"ש מהרש"ך ח"ד סי' ל"ב והמכתם לדוד ח"מ סי' י"ג דקצ"ט כ"ז בפשיטות.

וא"כ בנד"ז הנה שמעון נתכוון לטובת ראובן שינהל מסחרו בשכר וגם לכבדו בזה דאפ"ל בלא שכר מקרי הנאה עיין בלח"מ פ"ו מזו"מ הכ"ד דכל מה שהוא עושה להנאת כבוד ומצוה הוי דומיא דזרעוני גנה שהוצאה היא להשתכר ופטור. וגם יש בזה טובת שמעון ג"כ שינהל עסקיו איש זריז כזה ועיין לחו"י סי' מ"ד שכתב גם למאי דס"ד בדברי התו' ד"ה כסוי כסיתיה דהגורם במעשה גם אם נתכוון לטובה חייב בד"ש מ"מ בעיקל הספינה לטובת עצמו פטור דאינו מחוייב להמנע מפני היזק חבירו שאינורגיל וכ"ש הכא דלא גרם לו במעשה רק בדבור.

ג') שכתבנו לעיל דשמעון וראובן לא ידעו נימוס פרס בזה והו"ל שוגג שמעון בגרמתו ומהרימ"ט בח"א סי' צ"ה כתב דגר"ב דפטור אבל אסור היינו במתכוין להזיק אבל בשוגג פטור אף מד"ש. והגם שהגזע ישי הק' עליו ממ"ש בב"ק דנ"ה גבי כופף קמת חבירו סד"א לימא מי הוה ידענא דאתייה ברוח שאינה מצויה ופטור מד"ש קמ"ל הרי הגם דלביה אנסיה חייב בד"ש וכ"ש למ"ש התו' שם גבי טמון באש לר"א וכו' וא"ת גלוי וידוע וכו' וי"ל דאפ"ל בנתכוון לטובה שיוכל תוך כך להציל הבעה"ב מ"מ בד"ש חייב דאבע"ל לאסוקי אדעתיה שלא יבא לו הפסד בכך ע"כ הרי גם בנתכוון לטובה צדדו לחייב בד"ש דלא כמהרימ"ט ע"ש מ"מ מלבד דמהרימ"ט יישב דל"ד שוגג גמור שידוע שאין צד לומר שנתכוון להזיק למקום שיש לצדד הכי והכי דבזה הוא שאמרו הגם דלביה אנסיה וגם שי"ל שנתכוון לטובה כיון שיש לדון בו להפך הו"ל לאסוקי אדעתיה ולזה חייב וכ"ן ממהרש"ך ח"ד סי' ל"ב שהבין כן בטעם התו' שכתב וז"ל איברא דבההיא דהכופף קמת חבירו אפ"ל למ"ד טמון באש אתמר וי"ל לטובת חבירו נתכוון שלא ישרף מ"מ כיון שי"ל דאפשר שנתכוון להזיק חייב בד"ש ע"כ משמע טעם החיוב משום דאיכא למימר הכי והכי משא"ך בשוגג גמור עוד בה דהגזע ישי עצמו הביא מהרא"ה והר"ן שכתבו התם הט' משום שנתכוון לרעה אבל מתכוין לטובה פטור מד"ש וא"כ לו יהי אלא מח' הנה הכנה"ג בכללי הקי"ל אול"ד כתב דבמח' אי חייב בד"ש או לא אפ"ל תפס מפקינן מניה.

ועיין לתומים סי' כ"ח סק"ד שכתב לס"ד דהתו' דמתכוין לטובה פטור איך ס"ד לומר כשתפס חבירו והוא צועק לא לרעה נתכונתי שתהיה תפיסתו מס' תפיסה ולקמיה כתב וכי האומר איני יודע אם אתה חייב לי יכול לתפוס ולהחזיק ע"ש ונמצא שאין תפיסת ראובן כלום. ד') דמעיקרא ס' הרדב"ז ז"ל דהחייב בד"ש ל"מ מניה רבים לוחמים עליה כי היש"ש שם כתב דאע"ג דבפ' השוכר את הפרה גבי חוסם פי פרה ודש בה דחייב

בד"ש כתב רש"י דאי תפס ל"מ מניה שאנ"ה דחייב מן הדין אלא משום דקי"ל בדרבה מניה פטור משא"ך גרמא דמן הדין פטור בד"א אלא שחייב בד"ש אי תפס מ"מ וכ"כ הריב"ש סי' שצ"ב משם הרמב"ן דמידי דפטור מן הדין וחייב לצאת י"ש אי תפס מ"מ והבי"ד שניהם הש"ך דסי' כ"ח והחו"י סי' מ"ד והתומים סי' כ"ח אעפ"י שפקפקו בראית מהרש"ל מ"מ לדינא אסיקו כוותיה והשבו"י ח"א סי' קמ"ו הכריע בזה דבמקום שחייב לצאת י"ש מן התורה כגון כובשי עדות שהם בלא יגיד ונ"ע אי תפס לא מ"מ אבל כשאינו חייב לצ"ש רק מדרבנן כגון גר"ב מ"מ ע"ש שו"ר למט"א בע' גרמא שם האריך בענין זה וסו"ד אסיק לדעת מרן ז"ל ביו"ד סי' קס"א דאי תפס מ"מ שכתב באבק רבית שאם בא לצ"ש חייב להחזיר ואם תפס לזה משל מלוה מ"מ ע"ש ואע"ג דהרדב"ז בחדשות סי' תק"ג נ"ט ליה משום דלוה מדעתיה יהיב ליה וא"כ אין ללמוד משם למקום אחר כ"ז לשטתו שם בסי' רנ"ט דס"ל דמעיקרא אינו חייב להחזיר ולצאת י"ש מטעם הנז' אבל מרן שפסק שיחזיר לצ"ש ואפי"ה כתב דאי תפס מ"מ אינו אלא משום דס"ל בכ"מ כך דינו של הבא לצ"ש דהגם שהוא חייב בזה אבל אם תפס שכנגדו מפ"מ ועיין לדב"מ ח"ג ח"מ סוס"י י"ט שהעלה במח' זו לומר קי"ל וכ"ז לדידהו המרימים דגל קי"ל גם נגד מרן אבל לדידן העיקר כדעתו ואזדא לה תפיסת ראובן: איברא דהרב מט"א שם כתב דגם הש"ע יודה כשתפס שלא בעדים והוכיח כן מלשון רמב"ן שהביא הריב"ש וז"ל ובמנה לי בידך והלה אומר איני יודע שפטור אי תפס בעדים מפ"מ אעפ"י שהוא חייב לצ"ש מדכתב אי תפס בעדים משמע דבלא עדים ל"מ מניה וכתב שכן מצא הח"י מפו' בלשון הרמב"ן בש"מ ריש מציעא דכ"ה.

(עיי' בש"ך סי' ע"ה סקכ"ו שדקדק מריב"ש שכנז') ומשו"ה אסיק בגר"ב דידיה דאי תפס בלא עדים ל"מ מיניה. ואני שמעתי ולא אבין דהמעין שם בריב"ש יראה שנדונו היה תפוס בכוס בלא עדים ומפנ"כ כתב דנאמן לגבות עד כדי דמיו ועכ"ז כתב שכיון שאין על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא מדין שמים והם רוצים להגבותו קרקע ולא הכוס חייב להחזירו אעפ"י שתפס שכן כתב הרמב"ן וכו' והשתא ק' מאי מייתי מהרמב"ן שמפו' בו דדוקא בתפס בעדים משא"כ בתפס בלא עדים ומוכרח לומר דס"ל להריב"ש דדוקא במנה לי בידך והלה אומר איני יודע שאם היה יודע או יש עדים היה חייב גם בד"א לפיכך אם תפס שלא בעדים מהני משום מגו שאין לו בידו (לא משום שזה חייב לצ"ש דא"כ מ"ש תפס בלא עדים או בעדים) משא"כ בהני דאין בהם חיוב בד"א כלל כגון נדון הריב"ש שהיתומים אינן חייבים לפרוע וגר"ב נמי ואבק"ר דמן הדין פטורים א"נ תפס שלא בעדים מאי מהני ליה דמגו לא מהני רק בטענה שאם היתה מתבררת היה חייב בדין משא"כ בטענה שאפי' תתברר יהיו פטורים בעליה מן הדין וכ"כ להדיא הפ"מ ח"ב סי' טו"ב וז"ל דאפי' אי הוייא תפיסה בלא עדים לא מהני דבלא עדים נראה דמהני הוא משום מגו ומגו ל"מ אלא אם יטעון טענה הראויה עפ"י התורה שאז א"ץ ליבחן אם טענתו אמתית דהא אית ליה מגו משא"כ כגון זו דאפי' אי מהימנת ליה אין כאן כ"א גר"ב ופטור מה מועיל מגו ע"כ וכ"כ חו"י סי' מ"ד בפשיטות לפוצץ טענת מגו שם מטעם הנז'.

(והוא פלא על מט"א איך השוה אותם) וא"כ נ"ד הגם דתפס ראובן שלא בעדים ל"מ תפיסתו. ה') דבשאלה כתוב שמעון שתפס הוא השלוח מיאוד'ה איש החסד.



ואם ר"ל דשלוח לשמעון לעשות בו חסדים ודאי שאין זו תפיסה מטעם שכתב שם מט"א משם כנה"ג סי' שפ"ו הגה"ט אומ"ד דאיך טוביה חטא וזיגוד מנגד ודן ממנו להוציא התפיסה אפי' שתפס בלא עדים ואפי' אם אינו רק לחסד לשמעון ה"ז נק' ממון עניים וכבר פ"מ שם כתב דממון עניים ל"מ בו תפיסה וכ"כ שעה"ח ח"ב ח"מ סי' י"ב לפטור מטע"ז ואפי' אם היה מתחייב שמעון בדין לשלם נראה שאינו חייב לשלם ממעות ששלח לו יאוד'ה בתורת חסד כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ג סי"ב ואפי' למ"ש מור"ם שם הכא מעולם לא עלה ע"ד שמעון המבקש ולא ע"ד יאודה השולח שממעות אלו יהיה נגבה הפסדות כאלה דגרמא או גרמי.

וי"ו) כיון שנזק אין לראובן בנכסיו כל ימי חייו רק ליורשיו אחריו ואין הנזק ברור דעבידי הנימוסים להתחלף וגם הנכסים עולים ויורדים וגם אין חיובו ברור בפוס' היכי מצי לתפוס הרי בסי' ק"ה ס"ד מפו' דמאי דמהני תפיסה לאחר במקום שאינו חייב לאחרים אינו רק היכא דאיכא פסידא וכו' ונקיט שטרא בידיה ואפי' בפקדון שמועיל בו תפיסה להני מיילי דבס' וי"ו אע"ג דליכא פסידא כמ"ש הסמ"ע שם מ"מ אם אין הבע"ח כאן אינו יכול לעכבו עד בואו ואפי' אם הלוח מודה וכ"ש הכא דעוד החיוב לא בא עוד מפו' בסי' ע"ב סט"ל דמי שתפס מנכסי ראובן עבור שמעון אמ"ל שחייב לו אין בדברי שמעון כלום וע"ש בסמ"ע שאפי' התופס שותף שמעון וגם יש לו מגו וכו' מטעם דמגו ל"מ אלא על מה שבידו לטעון ולא על מה שבידו חבירו לטעון (והך דסי' ק"ה דמשמע דמהני ואפי' אינו שותף ודאי משום שהתופס יודע דהמפקיד חייב לבע"ח ועיין לש"ך סקקנ"ח שסתר ראיות הב"ח בזה ועיין לחק"ל ח"מ ח"א סי' מ"ט האריך בזה ואסיק דכשהוא לא ידע ורק סומך ע"ד השותף דל"מ תפיסתו) ועוד דמצי לכתוב ליאוד'ה ויאוד'ה יוציאם מראובן ויתנם לו כמ"ש סי' קכ"ה דהמלוה יטעון נגד לוח מסרתני בידי מאן דלא מצינא לאשתעווי דינא בהדיה וכו' ולוח כופה לשליח ליתנם לו אם יש נכסים למלוה לפרוע לבע"ח או כשאינו מודה או לא הגיע זמן הלואתו והכא לא הגיע זמן החיוב עד אאיו"ש דראובן וגם שמעון אינו מודה שחייב.

גם אומר שיש לו לפרוע בלי מעות אלו כ"ש דבחדא מהני סגי ומכל האמור אין זכות לראובן בתפיסה זו וק"ו דהוא פטיר ועטיר ואינו חייב לא בד"א ולא בד"ש וראובן ה' ימלא חסרונו לטו"ב. סימן ט"ל שאלתני ידידי בהא דקי"ל בחזו"מ סי' רע"ו ס"ה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב שאם מת בחייה ואח"כ מתה האם וכו' אבל אם מתה האם בחייו ואח"כ מת הוא וכו' יורשה ומנחיל הירושה ליורשיו ממשפחת אביו ע"כ אם מתה האם תחילה ואח"כ הבן ואחריו הזקן אי הוי בכללא דרישא או בדסיפא ומנחיל: ואני בחפזי ובמושכל ראשון לא ידעתי מקום לספקו כי נזכרתי עיקרא דהאי מילתא דאין הבן יורש את אמו בקבר וכו' ילפי לה בב"ב דקי"ד ודקנ"ט מירושת הבעל מה הבעל אינו יורש את אשתו בקבר אף הבן אינו יורש את אמו בקבר וע"ש פר"ש והתו' דירושת הבעל גופה דפשיט"ל משום מאי דאוקמו לעיל דאין הבעל יורש את אשתו בראוי וא"כ דכוותה בבן כל שמת לפני הזקן דהו"ל הירושה ראוי אפי' מת אחרי אמו אינו יורש בקבר להנחיל לאחין.

ושוב מצאתי כן בס' צ"ץ סי' צ"ו וד"ן סי' י"ד בחו"מ שאלה זו ותשו' בצדה מהראיה שכתבתי וש"ש. וחשבתי למשפט אולי עלה בדעתך טעם הדבר דדוקא במת בחיי אמו דאז פקע לו כח ירושתו ולא הוכשר להיות יורש כשלא הניח זרע אבל כשמת אחריה דהוכשר ליורשה אלא דממון הירושה הו"ל ראוי ס"ל דירוש ומנחיל וכבר כתב סברא זאת גבי בן את אמו הרשב"ם בדקי"ד ד"ה אף האשה את בנה וכו' ע"ש ובאמת שהיא ס' נכונה אפ"ל בבן שמת בחיי אביו בלי זרע דפקע ירושתו וקרוביו כאחיו וכיוצא לא מכחיה ירתי אלא מכח אביו וכדמוכח מדברי הרשב"ם הנז' שהרגיש לפי הסברא הנז' דמאי רבותא דבן את אמו בלא"ה מכח הסברא הדין נותן כן בשאר יורשי ות"ל דמשום לא תסוב דכתיבי תרי זימני איצטריך לאשמועינן בהא עש"ב וכ"מ בריש סי' רע"ו דכשמת הבן בחיי אביו בלי זרע אפ"ל הממון שסיגל הבן חוזר לאביו ואי ירתי אחי מאבוהון הוא דירתי וכ"ש במה שהיה ראוי לו לירש מאביו וכ"מ הסוגיא בב"ב דקט"ז בבעית רמי בר חמא אברהם ויעקב בנכסי עשו מי מהם קודם ופשיט הש"ס דיעקב קודם מכח יצחק אביו ע"ש גם בדקנ"ט בעי לאוכוחי הש"ס מהך דנפל הבית עליו ועל אביו יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ובע"ח אומר האב מת ראשון דירשי האב היינו בני הש"מ דמצו למימר מכח אבוא דאבא קאתינא ודחי מאי יורשי האב אחי ע"כ כלו' ולדבריהם דהאח מת ראשון פקע כח ירושתו ואינו יורש כלל עד שיזכה בע"ח מכחו ע"ש פרשב"ם.

וכ"מ נמי ממאי דקי"ל בס"י רע"ז תינוק בן יומו ממעט חלק בכורה והיינו שנשאר חי אחר אביו יו"א ועיין בנדה דמ"ד ולא אשתמיט שום תנא או אמורא או פוסק לומר דגם במת בחיי האב ממעט ש"מ דס' פשוטה היא דכשמת בחיי האב בלי זרע פסק כח ירושתו ואין לו שום שייכות בה ולא מצאתי הפך מזה רק להגאון שב יעקב ז"ל בחז"מ סי' י"ז שהביא ראיה מהט' שאמרו בדקנ"ט שאין הבן יורש את אמו וכו' משום סיבת נחלה דבבן שמת בחיי אביו שאין כאן סיבת נחלה יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב ואם יש איזה נ"מ במה שייירשו מכחו ולא מכח אביהם הדין נותן שאחיו יירשו מכחו ולענ"ד הוא תימא מכל המקומות הנז': אלא דעכ"ז לא נתקרה דעתי מדוע נסתפקת כיון שידעת דעיקר הילפותא מירושת הבעל והתם אפ"ל הבעל חי אחרי האשה אינו יורש בראוי מוכרח דבן דיליף מיניה כוותיה וכשמת קודם הזקן הו"ל ראוי זולת אם נשאר חי יורש זקנו הגם דכשמתה אמו הו"ל ראוי משום דאתרבאי לזה מואין לו עיין בתו' דקי"ד ע"ב ד"ה מהאשה וכו' ולא עוד אלא הנה לדעתי הדבר מפו' בב"ב דקנ"ט ששרב ששת למד הך דאין הבן יורש את אמו בקבר ממתניתא דנפל הבית עליו ועל בן בתו או הוא במדינה ובן בתו וכו' דיחלוקו ופסקה הרמב"ם בה' נחלות והטוש"ע בח"מ סי' ר"פ והתם מוכרח דמתה האם קמי בנה ועכ"ז אם ידוע שמת הבן קודם הזקן אינו יורש.

ובזה י"ל קו' התו' התם לר"ש אמאי שבק מתניתין דיליף מינה איהו גופיה בדקי"ד דאין הבן יורש את אמו וכו' וגם מתניתין דיליף מינה ר"א נפל הבית עליו ועל אמו ויליף מברייאת דאפשר דקמשמע לן שאפ"ל חי הבן אחרי אמו ורק שמת לפני הזקן אינו יורש להנחיל ואי מהנך מתניתין לא הוה מוכרעא מילתא כ"כ.

והיה קשה בעיני על הצ"ץ והד"ן ז"ל אמאי שבקו הראיה הנכונה הזאת זולת שי"ל שהביאו מעיקר טעם הראוי שאין לחלק בו למת קמי דידה או מתה קמי דידיה ולא חשו להאריך. ולכל הדברות מיהא איפשוט בעיין דאין חילוק בין מת קמי דידה למתה קמי דידיה אם הזקן נשאר אחריהם אין הבן יורש להנחיל: איברא דמצאתי בהג"א דברים אשר לכאורה הם מתנגדים לזה והוא דבפ' מי שמת אהך דנפל הבית עליו ועל אביו בה"א נכסים בחזקתן כתבו משום שירשי האב יאמרו לבע"ח אנא מכח אבוה דאבא קאתינא וסיימו וז"ל והיכא שנפלו לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו שאחיו מן האב אינם יכולים לירש אם לא מכחו בע"ח גובה מהם למ"ד בע"ח גובה מן הראוי ע"כ והשתא איך נקרא ראוי אם לא שמת הוא קודם הזקן ועוד להדיא כתבו שנפלו לו נכסים לאחר מיתה וא"כ תימא היכי מצו אחיו מאביו ליורשו לפמש"ל.

והיותר מתמיה כי אחר החפוש מצאתי לגדולי עולם מור"ם בתשו' סי"ג ומהרש"ל בס"ל מ"ט ושארית יוסף סי' א' ומהר"מ מלובלין סי' י"ד והש"ך בח"מ סי' ק"ד סכ"א כולם כאחד הביאו דברי ההגה הנז' לדון מיניה גבי ראוי ולא חלו ולא הרגישו איך תהיה מציאות זה לפו"ד. וכאשר נבוכותי בזה לבי השיאני לומר דס"ל דמהך סוגיית דנפל הבית עליו ועל בן בתו אין ראייה דשפיר משכחת לה שהבת קיימת ורק שהיא מומרת דקי"ל בס"ל רפ"ג דמומר תנתן ירושה המגעת לו לבניו וכתב שם מור"ם דאפי' קדם הוא ונתנה לאחרים אין במתנתו כלום דמיד נפלו נכסים קמי יורשיו.

וכשאין לו בנים כתב שם הסמ"ע דתנתן הירושה לאביו (דלא כהט"ז) או לשאר יורשי. והשתא אמטו"ל יורשי הבן אחיו מאביו אומרים האב מת ראשון ואחינו היה קיים ויורש במקום אמו המומרת ומנחיל לנו ויורשי האב אומרים הבן מת ראשון ולנו לירש במקום המומרת אבל כשמתה האם ונשאר הבן אחריה בהכי לא מיירי הש"ס: אלא שמסתמיות הפוס' בדין זה ולא ביארו דמיירי במומרת וגם מהך דהיקש לירושת הבעל שהכרחנו דאין הבן יורש כ"ז שהוא ראוי נסוגותי אחר.

ובחפשי באמתחות הפוס' אורו עיני למהראנ"ח ז"ל סי' ק' דקמ"ה ע"ד שהק' כנז' על הג"א הנז' וכתב ע"ץ הדוחק דאנה"ן דליתיה להאי דינא אלא שאילו היה הדין כן הגם שאין בזה לומר מכח האם קאתינא היה בזה מחלוקת אי בע"ח גובה מן הראוי ע"ש וכבר הרב הטע"ע שזה דוחק. שוב מצאתי בתומים בס"ל ק"ד סקי"ד תי' הקו' הזאת דהג"א מיירי במת הזקן קודם בן בתו דאז יורשו ומנחיל אלא דנכסי הירושה היו משועבדים לכתובת אשה ולפי דברי מהרי"ל בתשו' סי' ב' ובתשו' סי' ע"ד הוו ראוי לגבי בע"ח אבל לגבי ירושת הבעל לא מיקרו ראוי ומשו"ה בן הבת יורש ומנחיל ובע"ח אינו גובה למ"ד אין בע"ח גובה בראוי והרגיש דא"כ הג"א הו"מ לעשות הנפקותא הזאת גם באב שמת בחיי הבן שעליו חוב ושוב מת הבן ונכסיו של הזקן משועבדים לכתובת אשתו דבן הבן יטעון הגם דלא מצינא למימר מכח אבוה דאבא מ"מ הו"ל ראוי ותי' דזה אפי' למ"ד בע"ח גובה בראוי בזה אינו גובה דמ"ש לגבי יורש לא הוי ממון זה משועבד אינו אלא לטובתו לכן יאמר שאיני חפץ בטובה וגם לנו מיקרי ראוי ולא ירש אבינו ומכח אבוה דאבא קאתינא.

ובמשה"א סק"ט תמה עליו דודאי הבן יורש את אביו גם בראוי ומכח אביהם זכו ותו לא מצו אמרי מכח אבוב דאבא קאתינא. והוא ז"ל יישב עפ"י דברי קצה"ח דודאי ראוי אינו משתעבד לבע"ח רק משום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וזה אינו רק כשאין אפשר לבא להם הירושה רק מכח אביהם אבל כשאפשר לבא גם בלא אביהם אין כאן מצוה ויאמרו מכח אבוב דאבא קאתינא ע"ש: ואני אדון לפניהם בקרקע דגם בזה לא נחה דעתי כי המעיין בקצה"ח שם יראה שכל יסודו דאין הראוי משתעבד הוא משום דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ועכ"ז אמרו בפ"י יוחסין דע"ח דנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ופירש"י וכ"ש לאחר מיתה דמודה ר"מ דאין אדם מקנה ומינה לרבנן דלא יוכל לשעבד נכסים שיזכה בהם לאח"מ ע"כ וא"ך הנה מלבד דלא שייכי דברי הקצה"ח רק בראוי שהוא נכסים שנפלו לאח"מ ואיכא גווני ראוי דשייכי בנכסים דמחיים כגון שכר פעולה או גנבה שנמצאת ביד אחרים לאחר יאוש עיין באה"ע סי' ק' ובאחרונים והו"מ הג"א לעשות הנ"מ בזה אי הוו הני ראוי דאביהם ובא בע"ח לגבות דאי משום אבוב דאבא ליכא ומשום ראוי איכא.

עוד בה דאחה"ר אין אני רואה קיום ליסוד הקצה"ח ז"ל לפמ"ש מור"ם בח"מ סי' ר"ט דאעג"ב דאין אדם מקנה דשלב"ל יכול לשעבדו הרי דשעבדו עדיף מקנין ואפ' דלר"מ נמי דאין אדם מקנה נכסים שנפלו לאח"מ מ"מ יכול לשעבדם והגם שמור"ם כתב ויש חולקין עיין בסמ"ע והש"ך שם דלא פליגי רק בבא לחזור קודם שבאו לעולם ומדוע ל"מ הג"א לעשות הנ"מ בלא חזרו עד שבאו לעולם.

ויותר אני תימה לשטתם דמפרשי דברי ההגה במת הזקן בחיי הבן רק שהנכסים רביע עלייהו שם ראוי מצד אחר והג"א צועק בקול גדול ואומר והיכא שנפלו לו נכסים לאחר מיתה ואי משום דהיו משועבדים לכתובה בחייו לא הוה קרי להו נפלו לאח"מ דהא קושטא דנפלו מחיים דירש יורש בראוי כבמוחזק ודידיה הוו אלא דמחוסרי גוביינא ולכך מיקרו ראוי.

ולעד"ן לאוקומי דברי ההגה במת הזקן אחר הבן ומשכחת לה דירש ומנחיל עפ"י מ"ש מור"ם באה"ע סי"ץ ס"א בשטח"ז שאם מתה הבת בחיי אביה והניחה זרע של קיימא ומת הזרע ואח"כ מת אביה הבעל יורש כח אותו שטר מכח זרעו שיירש אמו והוא יורש זרעו ע"כ והא דודאי דה"ה שאחיו מאביו יורשים: ובזה יכון הנ"מ דההגה דמכח אבוב דאבא ליכא הכא אבל משום ראוי מצו לדחות בע"ח דאותו זרע כיון דהיה מחוסר גוביינא.

ואין לדחות זה דהא קי"ל בח"מ סי' ק"ה ס"א יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח גובה אותה מהם וכתבו הטעם משום דמשתעבד מחיים לבע"ח מדרבי נתן לפיכך אין זה ראוי כי המעיין באה"ע סי' ק' להח"מ סקי"ט לגבי גביית כתובה מבעל דאינה גובה מהראוי ועכ"ז גובה ממלוה שיש לו על אחרים מכח שעבודא דר"ן יראה שכתב ודוקא מלוה שחייבים לבעל אבל מלוה שיירש הבעל ממורישיו ולא בא עדיין לידו ולא היה בידו מעולם מיקרי ראוי ע"ש והך שטר חז' שיירש מאמו דכוותה הוי ובהא ל"מ הג"א לעשות הנ"מ באב שמת בנו בחייו והיה לאב מלוה על אחרים ובמותו בא בע"ח דבן לגבות אותה מלוה דלא משתעבדא ליה מדר"ן ולמ"ד בע"ח גובה מן הראוי יגבה ממנה

משום דבלא טעם ראוי נמי איכא טעמא דמכח אבוה דאבא קאתינא וזה פשוט ונתיישבו בזה דברי ההגה והגם דאכתי ק' דהו"מ למעבד הנ"מ בגוונא שפירש התומים או זולתה כדכתיבנא י"ל דאנה"ן אלא משום דקאי אסוגייא דנפל הבית עליו ועל בנו דהתם סוג הראוי השייך שם הוא משום נכסים שנפלו לאח"מ עביד הנ"מ דמשכחת לה בההוא סוג גופיה טענת ראוי ולא טענת מאבוה דאבא קאתינא וק"ל וניהדרלרישא דאין מדברי ההגה הנז' התנגדות לגוף הדין דאין הבן יורש את אמו גם שנשאר אחריה אם לא ימות הזקן תחילה: שו"ר בס' שני המאורות הגדולים בתשו' מהר"י חנדאלי ז"ל בס' כ"ג דקכ"ד ע"ד הביא דברי הג"א הנז' ז"ל ותמה עליהם גם בתשו' הרב מהרח"ש שם בס' כ"ד דקכ"ו ע"א תמה עליהם וכתב שמהראנ"ח נדחק ליישב ואינו רואה ישוב.

גם שם בס' ט"ו בתשו' מהרש"ג ז"ל בדק"ג כתב שמהראנ"ח ז"ל בס' ק' נדחק מאד ליישב דברי ההג"ה והוא דבר רחוק מאד. ואיהו דידיה ז"ל יישב עפ"י ש' הרמב"ם ז"ל ופסקה הש"ע בח"מ סי' ר"פ דבנפל הבית עליו ועל בן בתו שחולקים יורשי הבן שהם אחיו מאביו עם יורשי האב ובהכי מיירי ההג"ה דחלק יורשי הבן לא מצו למימר ביה מכח אבוה דאבא קאתינא והגם שהם באים מכח שנשאר חי הבן אחרי אביו קרי ליה נכסים שנפלו לאח"מ משום שבעת שבאים לחלוק מיהא הו"ל אחר מיתת הבן ג"כ וקרו ליה ראוי הגם דלטענתם זכה בנכסים הללו בעודנו חי משום שלא באו לידו של החייב דהא אפ"י החובות נחשב ראוי לגבי בע"ח אם לא הוי מדר' נתן כמ"ש בתו' בסו"פ מי שמת בד"ה ולימרו ליה וכו' עכד"ק ואחה"ר הרואה יראה כי הרב ז"ל חשב לרפאות שבר ההרגשות שהרגיש לדרכו על נקלה ולא נרפו דמ"ש שכיון שבשעת החלוקה כבר מת הבן קרי ליה נפלו לאח"מ לא יצדק לשון נפלו במקום חלקו לדרכה הכי הו"ל להגה לכתוב והיכא שנפלו לו נכסים מאבי אמו וחלקום לאח"מ.

והיותר קשה בזה מה דקרי ליה ראוי ויליף לה מק"ו דחובות ורב המרחק ביניהם כי החובות הגם שהיו מוחזקים מתחילה ביזו מ"מ כיון דקי"ל מלוה להוצאה ניתנה כל עוד שלא חזרו לידו אינם ברשותו וכל עוד דמחוסרי גוביינא נינהו הו"ל ראוי משא"ך ירושה דקי"ל יורש במקום מורישו קאי והגם דלא מטא ירושה לידיה מ"מ נכסי כל היכא דאיתנהו ברשותיה קיימי ולא מיחסרי שום גוביינא ומהתימה על חכמתו ז"ל דלדבריו מאי האי דפסקו הפוס' בח"מ סי' ק"ד וסי' ר"פ בנפל הבית עליו ועל אביו ובע"ח אומר האב מת תחילה והבן ירשו ויש לו לגבות חובו ויורשי הבן אומרים הבן מת תחילה ואין לבע"ח ליטול בראוי וכו' והלא אפ"י לדברי הבע"ח כיון שלא באו הנכסים ליד הבן הו"ל ראוי ואין לו ליטול בראוי.

אלא פשיטא דכשמת הבן באחרונה ונפלה לו הירושה מחיים הרי היא מוחזקת הגם דלא מטייא לידיה ואינה בסוג ראוי כלל ואכתי לא נתפרשו דברי ההגה בדרך הרז"ל ולענ"ד הדרך שכתבתי נוח לי: אך לזאת לא מצאתי תרופה למה שראיתי להלק"ט ז"ל ח"א סי' ס"ח שנשאל אם יש לסמוך על דברי מור"ם באה"ע סי' ק' בירושת שטח"ז שכתבתי לעיל והשיב וז"ל מה שקשה עליו דהא קי"ל דאין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב ויש לחלק דאם מת הבן קמי דידיה פקע לו כחו אבל כשמתה האם תחילה יירש כל זכות אמו ע"כ ואני בעניי לא זכיתי להבין לא תיובתא ולא פירוקא דלתיובתיה

כבר נתנו טעם הח"מ וב"ש וצ"ץ סי' צ"ו ושאר האחרונים דאין שטר זה אלא מלוה שיש לה ביד אחרים ולפיכך אין הבעל יורשו דהו"ל ראוי משא"ך בנה דהוא יורש בראוי כבמוחזק ומנחילו לאביו ועיין להרב ברית אברהם סי' ק' או"ה שחשב טועה ח"ו למי שהק' למור"ם מהך דאין הבן יורש את אמו כיון דשט"ז כתוב בלשון הודאה.

ומ"מ אמרתי לעשות תבלין לקו' הגאון ז"ל דס"ל כיון דעיקר ילפותא דאין הבן יורש את אמו וכו' הוא מירושת הבעל והתם אינו יורש כל ראוי ולזה אינו יורש גם אותו שטח"ז ה"ה לבן דיליף מיניה נמי ומאי שנא. אבל לחלוקו הנז' בין מת קמי דידיה למתה קמי דידיה לא מצאתי מענה דזה היפך כל מ"ש ואחד חכם רצה להגיה בדבריו ואם מת וכו' וי"ו במקום דלת ור"ל ויש לחלק כמ"ש המפז"ל ואם מת הוא דין בפ"ע ולא הנאני דא"כ אתאלאשמועינן דין מפורש בש"ס וש"ע ולמאי אכפל תנא שדרכו לקצר במקום שאמרו להאריך: וכן ראיתי להגאון מהר"ח המגיה בטורים בח"מ סוס"י רע"ו שבא לתרץ קו' הטור על הרמב"ם דהיכי משכחת לה בכורה ביורשי שאינם בניו ות' כגון ראובן ושמעון בני יעקב וראובן הבכור מת והניח בת ומתה גם היא והניחה בן לוי ומת גם לוי ואח"כ מת הזקן יעקב דבת ראובן תירש חלק בכורה בקבר וממנה יירשנו גם לוי בקבר והוא ינחילנה את אחיו מאביו דכיון דמתה קמי דידיה מנחיל למשפחת אביו כדאיתא בנדה דמ"ד ע"ש ואחזה"ר הדברים קשים דכיון שמת יעקב לבסוף שוב אין לוי יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב לא בכורה ולא פשיטות והך דנדה לא מתוקמא אלא במת הזקן והאם בחיי הבן וכדכתיבנא וא"כ כיון שאינו יכול להנחיל רק במה שיירש והוא בחיים תו לא משכחת בכורה ביורשי שאינם בנים והדרא קו' הטור לדוכתה.

ומ"מ לענין דינא ודאי לא שבקינן פשט דברי מרן ותשו' הראשונים הברורים דכשמת בחיי הזקן אינו יורש להנחיל וניזיל אחר דברי הפוס' אשר לא הבננו יסוד לדבריהם וכן ראיתי בס' הלכה למשה הנד"מ למהרמ"א אחד מרבני צפרו ז"ל שעמדו הוא ובית דינו בסי' כ"ה על הג"א ועמהם הרב מהר"ש אן' צור ז"ל והניחום בצ"ע ועכ"ז להלכה ולמעשה דאין להסתכל על דבריהם ואין לנו אלא פשט הש"ס והש"ע דכל שמת קודם הזקן הגם שקדמה לו אמו אינו יורש בקבר להנחיל לאחין מן האב ותחזור הירושה למשפחת האם ולא תסוב נחלה זהו הנלע"ד להשיבך ידידי וה' יאיר עינינו בתורתו.

לעבודתו וליראתו אמן: תם ונשלם חלק חו"מ