

בנו ותלמידו של הרב הגאון המחבר מעומק לבו מדבר.

זה ספר תולדות אדם אחד מאלף מאשר יש תחת השמש חכמת אדם גדול בענקים, דבריו מאירים ומזהירים כזהר הרקיע וברקים, תורת אמת היתה בפיהו ומשפטים צדיקים, חכו ממתקים, משופרא דשופרי, ונהורא עמיה שרי, לו זרוע עם גבורה במלחמתה של תורה רבים יתאוו לשכון בחדרי משכיתו, כי החכמה מאי"ן תמצא והתבונה חתולתו רב חיליה לאורייתא וילן בעמקה של הלכה לאסוקי שמעתתא, אליבא דהלכתא, לבו לחקקי ישראל, לעשות אזנים לתורת אל, רב פעלים מקבציאל, ומוציא דין אמת לאמתו, כתב יושר ואמת כתב עטו, לא הניח כמותו, אשרי יולדתו, והוא שפט בצדק דלים, והחיה רוח שפלים, ארי"ה דרביע, מומחה ופקיע, בטיב גטין וקדושין מאונין וכבלי עגונות אשר יבואו לפניו מכל המדינות, ובכל דיני וספיקי טרפיות, בנוי לתלפיות, ובדיני איסור והיתר כל קושי פותר, הפליא עצה הגדיל תושיה, בעיר עוז לנו חמ"ד זו טבריה, מכריז מתורה שבכתב לתורה שבע"פ ומפי השמועה, זה שמו לעולם וזה זכרו דור דור עד בלתי שמים עלי חלד הופיעה, הלא הוא עט"ר וצ"ת אדוני אבי, מורי ורבי, עמוד הימני, פטיש החזק נר ישראל, ונר המערבי, האשל הגדול אשר ברמה, נחל נובע מקור חכמה, גאון עוזנו, ונזר תפארתנו, ראב"ד מקודש מימיו מן המקדש, סיני ועוקר חרים, ס'ובר ה'רזים וגוזר ים החכמה לגזרים, כקש"ת וכמהר"ר תנא דבי אליהו ילוז צוקלה"ה אשר נתפרסם ונודע שמו בשערים, בספריו היקרים, הלא המה א) ספר "פתח אליהו" ח"א (ירושלים תרנ"ו) מילי דדרשא, מתיקי כדובשא, בחקירות ופלפולים ב) "יש מאין" ח"א (ירושלים תרס"ט) שו"ת בהלכות ברורות, וסברות ישרות, אשר הדפיסם על ידו בחיים חיותו ואלה אשר נדפסו על ידי ג) "פתח אליהו ח"ב (ירושלים תר"ץ) שארית דרשותיו, ד) דבר תורה' (ירושלים תר"ץ) ח"א על כל התורה ה) "זמירות ישראל" (ירושלים לירושלים תר"ץ) חידושים על כל התהלים ואת והב בסופה, מנופים בי"ג נפה, ו) איש מאין ח"ב שו"ת (ירושלים תרצ"ב) ז) ו"מעשה אליהו" על דיני קדושין וירושלים תרצ"ב) אשר אני נותן לפניכם היום, מלבד אשר יש לו עוד שני כתוב"ם ח) אהלכות אישות' שו"ת בדיני גטין וקדושין מאונין ועגונה דאיתתא ט) "מצוה ותורה' ביאור רחב על מוני המצות עם דרשות השייכים להם ותהלתו מלאה הארץ שמו הטוב יזכר לברכה לדור דורים בקהל הורים ומורים, אבירי הרועים רועי ישראל ונהגי כצאן יוסף זה הדבר דברי יוסף אנכי אצ'ירה, את דברי הצ'ירה.

כי נפשי לי מרה, אני הגבר, חיים מדבר, וקינות יגבר, בקול יללה וקול שבר, כי יד אלוה נגעה בי, דכאה ושברה את לבבי, מפני רוע הגזרה, אשר נגזרה בשנה שעברה, על אשת נעורי רעיתי היקרה, אשר בחדש סיון תרצ"א לפתע נפלה למשכב בחלאים קשים. קרוב לחמשה חדשים וכל יגיעי ועמלי, ביומי ואולי, בכל כחי וחולי, על ידי רופאים מומחים בעירי טבריה וגם בירושלים בבה"ח להסיר ממנה המחלה והחולי, והוצאותי הרבות ונדודי וטלטולי, עם טפי ועוללי, עלו בתוהו כי אחרי אשר קויתי לשלומה ואין טוב לעת מרפא והנה בעתה בי פתאם ביום או"י (י"ז) לחדש תשרי ש' בצרת"ה לי לפ"ג בחג הששון והשמחה, נהפך לנו לאבל ובכי ומספד ולקדחה, כי עלה עליה הכרת הוא המות האכזרי ויקטף את חייה הרעננים, חוץ למקומה בעיר ירושלים, וחוץ לזמנה במבחר ימיה ובאביב שנותיה בת תשע וארבעים שנים, ותעל נפשה הטהורה

השמימה למנוחה, ואותנו עזבה לאנחה, ובו ביום בהגיע ארונה לעי"ק טבריא לקבורה, כל העם געו בבכיה רבה וצעקו במרה, וי על האי שופרא, דבלי בעפרא ההא מאנה הנחם נפשי, על חמדת לבי ומשושי, כי כבודי (יוכבד) ממני גלה, שתיתי מציתי את קבעת כוס התרעלה, צפו מים על ראשי, שחה לעפר נפשי, כלו ביגון חי"י ושנותי, רבות אנחותי, ואבכה יומם ולילה, על אשת נעורים אשת חיל המהוללה, השלימה בכל מדות, ומדובר בה נכבדות, שפרה זו יוכבד נ"ע הצדקת החסידה, אשר כפה פרשה לעני ולאביון שלחה ידה, הכשרה בנשים מגזע האיתנים והקדושים, בת בתו של שם עטרת ראשנו מורנו ורבינו, הרה"ג הגאון המפורסם נר המערבי, כאריה וכלביא, כקש"ת ר' אבנר ישראל הצרפתי זצוק"ל ר"מ ור"מ בעוב"י פאס יע"א, ואש יוקדת בקרבי, שאגתי מנהמת לבי, וגדל כים שברי, מדי זוכרי, את נועם שיח שפתותיה אשר בהם תסוב ותנחמני בעת צרתי בהלקח אדוני אליהו אבי העזר"י מעל ראשי (כ"ב אלול טרפ"ת לפ"ק) ועתה אין לי מנחם, ולא חונן ומרחם אוי לך מות אכזרי ואיום אשר לא תדע רחם ותפריד בין אשה ובעל נעוריה ובין אם רחמניה ובניה הרכים וענוגים הצועקים ומייללים במרה, אייך אמנו היקרה, אשר אין ליך תמורה, מדוע קדמוך מוקשי מות ולא בצעת זממך אשר קוית חמיד לראות בחופתינו, ולשמוח עמנו בשמחתינו, ועתה אנה פנה הודיך וזיוך נטשתנו עזבתנו, ועל זה היה דוה לכנו ונתבלבל דעתנו כי נהפך לאבל מחולנו, ובעוד יוסף מסלסל בצ'ערו לא נח ולא שקט ויבוא עליו רגז דבקו צ'ערים זה כזה קפץ עלי רגזה של עט"ר אדונתי אמי הצדקת הכשרה מ' שמחה נ"ע בת לאותו צדיק אדוני זקני, מע' הרה"ג מעוז ומגדול, סב"ק כמחר"ר דוד אסודרי זצ"ל אשר היא היתה נחמתי בצרתי גם היא נפלה למשכב במכאובים קשים ומרים בשנה זו מעובר"ת היתה ואחרי יסוריה ותחלואיה הרבים השיבה נפשה אל על בליל מוצאי שבת קודש חמשה לחודש אדר ב, (בצ"רת לפ"ק) כשל בעוני כחי עד אשר דק, מה נדבר ומה נצטדק ואין לנו אלא להצדיק עלינו דינו יתברך, יהי שם ה' מבורך, צדיק הוא וצדיק דינו, אין להרהר אחר מדותיו והאשם הוא רק בנו כי נחנו פשענו ומרינו ודיין אמת צור עולמים אבינו אב הרחמים, המנחם ציון וירושלים, ישלם לנו נחומים בכפלים, ישוב ירחמינו, יגדור פרצותינו, ויאמר די לצרותינו ויתן לנו נח"ר ובריאות הגוף ויישוב הדעת לעבודתו יתברך אנחנו וזרעינו, דזכות אבדיקות הנז' תמיד תגן בעדינו, ונפשותם היקרות תנוחינה בג"ע העליון במנוחות שאננות עם הני נשי צדקניות ליהנות מזיו השכינה באספקלריא המאירה ויזכו לראות באורה חיים זה לי שלש שנים מיום סילוקו של רבי, אדוני אבי מעל ראשי, אשר נכספה גם כלתה נפשי, והגו מחשבותי ורעיוני יום יום וגם בלילה לא שכב לבי וכל חשקי ותאותי הם רק מתי אזכה להוציא לאור עולם הני ספרי דרבי אב'א ז"ל ופניני אמרותיו אמרי קדש המלאים זיו ומפיקים נוגח לכל עיני בני ישראל המבינים כחכמה, לעשות נחת רוח לנשמתו בהוא עלמא, ולקיים בזה מצות כבוד אב דלאחר מיתה להיות שפתי צדיק דובכות ובתורתו יהיה לנפשי שעשוע ונחמה, כמאמר דוד מלכנו עליו השלום לולא תורתך שעשועי וכו, והתחלתי בעבודתי זאת תכף אחר פטירתו בשנת התר"צ והשם עזרני והדפסתי שלשת ספריו הק' פתח אליהו ח"ב.

דבר תורה, וזמירות ישראל, ובשנת תרע"א אשר חשבתי להמשיך עוד בעבודתי הק' להדפיס גם את הספר יש מאין ח"ב ומסרתיו לבית הדפוס והנה נהפך עלי הגלגל כי

צרות רבות ורעות תלאות הזמן הבוגד סבוני גם סבבוני, ועצב ודאגה אפפוני הקיפוני, ושמש ההצלחה, ממני פרחה, ובמקום השמחה, אך יגון אך אנחה, את רוחי ירבו וימררו, את משמרתם ושמרו, וממפתן ביתי לא סרו, ער אשר בעוה"ר מאומה לא נשאר לי בעמלי, וגם סכום הכסף קרוב לשני מאות וחמשים לירות אשר הכנתי ויחדתי להדפסת ספרי הרב מר אבי ז"ל מכיסו וממוני כי כן היתה מחשבתי, שלא להכביד על זולתי, קמו עלי זרים אכזרים בעצת אנשי חמס נחשים צפעונים שונאי חנם אשר נלוו אליהם וישננו כחרב לשונם וישלחו מדנים בין אחים ויבוזו את כספי ואשר לא גזלתי אז אשיב ובגללם באו כחתף על ראשי כמה צרות אשר עד היום הזה עודני גולה ונדח פעי"ק ירושת"ו לרגלי צרותי (ה' ישלם להם כפעלם, וכרוע מעללם, יעטו חרפה וכלמה מבקשי רעתי) עד כי לא מצאתי ידי לגמור עבודתי וכמעט אמרתי נואש אך חזיתי ראיתי כי מיד האלהים הוא זה כי לא מצאתי מרגוע לנפשי ורוח בא ויגע בכל ארבע פנות לבבי לאמר קום נא ואזור חלציך וגמור עבודתך הק' אשר התחלת ואל תתרשל כי המתחיל כמצוה אומרים לו גמור, ואזור כגבר חלצי לגמור ולהשלים את אשר החלתי ובחמלת ה' עלי ובחסדו הגדול ועזרתו הוא עזרני לראות בעיני את אשר יזמתי לעשות ואודה לה' בכל לבבי שהחייני וקיימני והגיעני לזמן הזה וזיכני להוציא לאור עולם גם את הספר יש מאין\*\* (ר"ת ישיב ש'ואל מ'את א'ליהו י'לוז נר"ו תוכן הס' ושם מחברו' גם יש מאין עם אותיותיו וב' כולליו כחשבון ד' (דברי) אליהו בן אברהם (אביו) חנה (אמו) מזכרת שמו ושם הוריו ז"ל) ח"ב וס' מעשה אליהו\*\* (ר"ח מ'ערכות ע"ל ש'אלת ה'קדושין הוא תוכן הספר "ואליהו" שם מחברו וגם שם משפחתו כי אליהו עם הכולל הוא כמספר ילוז)\*\*.

ולהפיץ מעיינותיו על פני תבל בחבוריו אלה הנחמדים לזכות כהם את הרבים נערים וזקנים, בשאלותיו ותשובותיו הישרים והנכונים, יראו חכמים וישמחו יגילו וירננו גדולים וקטנים, כי יטעמו מנופת צוף אמרותיו הטהורות הלכות גדולות וברורות, ומשפטיו עם ישראל אשר שפט בין דין לדין בפלפוליו וסברתו הזכה והישרה, על יסודי האמת ושבילי התורה כי כביר מצאה ידו, והארץ האירה מכבודו, כן יעזרני המחיה חיים על דבר כבוד שמו וכבוד תוה"ק להו"ל גם את שני ספריו שעודם בכ"י "הלכות אישות" שו"ת, וספר מצוה ותורה ויחייני להדפיס גם את ספרי אשר חנן אלהים את עבדו, הם א) ס' "ימי חי"י" דרושים לזמנים שונים ב) ס' "מעוז חי"י" חידושים וביאורים על התנ"ך ג) ס' "טועמיה חיים" טעמי ודיני המצות ד) ספר לחמי לאשי ג' דרושי הספד ה) אוצר יוסף" (ביבילוגרפיה) המכיל בתוכו רשימת כמה אלפי ספרים מודפסים וכ"י עתיקים משנת התרכ"ג ועד היום אשר לא באו זכרם ב"אוצר הספרים" לבן-יעקב ו) "זכרונות לרבנים" בא"י בכלל וזכרונות ותולדות רבני טבריה בפרט משנת הת"ק שנתישבו בה היהודים מחזש על יד מורינו ורבינו, ועטרת ראשינו הרב הגאון א"א קדוש הוא כקש"ת עין חיים אבואלעפייא זצוק"ל, ז) ס' "מצבת אבן" בו יבואו רשימת מצבות כל הרה"ג והצדיקים והחסידים גאוני ארץ נ"ע הטמונים בבית עלמין שבעי"ק טבריה ת"ו יה"ר זכותם תעמוד לנו לעד אכי"ר וטרם אכלה לדבר אבקשה מאת כל אחי ורעי, ידידי ומיודעי, גאונים ורבנים גדולים ונדיבים חביבים אוהבי התורה ולומדיה בכל מקומות מושבותיהם אשר הגדילו חסדם עמדי ועזרו לי וסייעוני בדבר מצוה בהדפסת

הס' "פתח אליהו" ח"ב אשר הו"ל בשנת התר"ץ בעזרתם ונדבתם היקרה, כן יוסיפו עוד ידם שנית לעזור לי גם עתה בהדפסת הספרים האלו בנדבת לבבם.

מכספם וזהבם, איש ואיש יבוא עד כיסו, וקמץ משם מלא קומצו, לכבוד התורה הקדושה ולכבוד עט"ר מר אבי הרב הגדול המחבר ז"ל אבן הראשה, כי אין המצוה נקר' אלא על שם גומרה ובוזה יחזקו את ידי שאוכל להמשיך בעזה"ו בעבודתי עבודת הקו' ולהוציא לאור גם את שני ספריו הנשארים "הלכות אישות" ו"מצוה ותורה" כי הוצאות הדפוס בימים אלה עלו למעלה ראש, ומאין יבא עזרי א אם לא מנדיבי עמינו ואחינו היקרים חובבי התורה ולומדיה, ובפרט אהובי וידידי עט"ר הרב מר אבי ז"ל ויבטחו בי כו מוצא שפתו לא אשנה ובלא נדר ובלא קבלה כן אעשה בעזה"י, ואני תפלה, ברכת הדיוט אל תהיה קלה אני אברכם בכל אשר יפנו ישכילו ויצליחו, יציצו ויפריחו, בעושר ואושר וכבוד וחיים טובים ורעננים, בנים ובני בנים, נטעי נעמנים, אכי"ר ובכלל הברכות אני אברך ולי נאה לברך להבנים בני טובים השנים, מזהב פרוים, החכמים השלמים ישרים ותמימים שוחטים ובודקים, ובלמוד התורה הם שוקדים וחושקים, זה יצא ראשונה תפארת בנים ח"ר משה אהרן הי"ו וזוגתו היקרה מרת שרה, תמ"א ולבנם בכורם נכדי היקר לי התלמיד הנעים ילד שעשועים אבנר ישראל הי"ו יזכה לתורת אל, ולמצות ולחופה ולמעשים טובים בחיי ובחיי אביו ואמו וכל קרוביו ולבנותיהם החביבות שמחה ויוכבד וחנה יה"ר יאריכו ימים ושנים ובחיק יר"א ינתנו, ואשר על ידו השני תפארת בחורים והדרם ח"ר אברהם נסים הי"ו, וז"ר אחותם בתי היקרה הבתולה המהוללה מרת מרים תל"א, חנני אלהים חנני וזכני לראות בקרוב בחופתם ובשמחתם, ובאושר הצלחתם וזכות הרה"ג מר זקנם ז"ל תגן עליהם, כל ימי חייהם גם עד זקנה ושיבה, ישישו וישמחו ברבות הטובה, יעלו מעלה, ע"ג מעלה בשם טוב ותהלה, יעשו להם שם כשם הגדולים, פרים קודש הלולים, ויקויים בנו מקרא שכתוב לא ימוש מפך ומפי זרעך ומפי זרע זרעך אמר יי' מעתה ועד עולם כמו שהראו לי בחלומי חלום יוסף, הרמז בפסוק זה, כי לא י'מוש מ'פך ו'מפי ז'רעך ר"ת מילוז והבטיחוני כי לא תמוש התורה ממשפחתי ומבית אבי בעז"ה וגם רמזו לי בחלומי הנז' בר"ת א'מר י'י מ'עתה שהם ר"ת אי"מ את השמות אליהו יוסף משה, הם עט"ר מר אבי ואני ובני משה אנחנו השלשה דורות שלמדנו תורה כיחד הוא ובנו ובן בנו שוב אין תורה פוסקת מזרענו ומזרע זרענו, מעתה ועד עולם עד ביאת משיחנו, גואל צדק במהרה בימינו יראו עינינו, וישמח לבנו, בבנין בית קדשנו ותפארתנו, אמן ובכללם יזכה גם העבד המעתיר לקונו ינחהו במעגלי צדק למען שמו ית' ובתורתו יהגה יומם ולילה וממנה בל ילוז כה דברי הצעיר הח"י כו"ח פה עיה"ק ירושלים ת"ו בימי גלותי וטלטולי ביום טו"ב לחדש אלול הרחמים שנת חתם תורה בלמדי (התרצ"ב לפ"ג) מצפה ומייחל לתשועת ה' וכו בטח לבי ויעלו הצב"י יוסף חיים ילוז ס"ט בן הגאון המחבר ר' אליהו זצ"ל בר ו' אברהם ז"ל בר ר' יצחק ז"ל לאורח חיים סימן א' האיר אל עבר פנינו מע' הרב המו' ממשפחת הדני אריה יהודה הכהן טראב הי"ו והראנו ידו הנפלאה בתשובתו הרמת"ה לק"ק בואינוס אייריס יע"א שאין להם רשות לשנות בסדר התפלות ממנהג אבותיהם ולא הניח מקום להתגדר בו, ופוק חזי מ"ש מהרש"ל ז"ל בתשו' סי' צ"ח ודע שכל רבותי ואבותי ששמשו גאוני עולם ראיתי שלא נהגו ככה ואם היה רשב"י עומד לפנינו וצווח לשנות המנהג שנהגו

הקדמונים לא נשגח ביה ע"כ, וכיו"ב כ' השער אפרים ז"ל סי"ג בשינוי נוסח התפלות אם יבא אליהו ויאמר שנשנה מנהגנו אנחנו לא נשמע לו, וד"ב להצדיק דברי הרב הפוסק הי"ו.

גם מה שהשיב בענין שאלת המטר שהם מצריכים לגשמים בימות החמה ישאלו רק בש"ת והצריך לברר זה מש"ס ופוס' והש"ע הוא דבר פשוט דמאן ספין לנטות מדברי הש"ע ימין ושמאל, וכ"ש שגם הרא"ש בתשו' כ"ד דס"ל לשאול בברכה"ש כתב שם דלא הודו לו וגם הוא ז"ל בבהכנ"ס שלו לא הנהיג הפך מהם ע"ש, ומה שה"ה נר"ו נטה ידו יד יאודה להורות להם דגם מתשרי ואילך שהוא חורף שלנו לא ישאלו מטר כו"ע לא בברכה"ש ולא בש"ת, אמינא ליה שאם הגשם מזיק להם בימות החורף פשוט כדבריו כדמוכח מפיה"מ להרמב"ם בפ"ב דתענית וכן העלה מהרח"ש ח"ג סי"ג וכמו כן אם אינם צריכים לו כלל יש לדון כן אבל אם עכ"פ צריכים לו לקצת פירות ורק שעיקר צריכותו להם אינו רק מפסח ואילך (וכמו שמעידים כך כמובן בדבריו) אז נראה דישאלו מזמן הצריך להם עד פסח בברכה"ש ומפסח ואילך בש"ת, וכן יש ללמוד מדברי מר"ן בכ"מ ה' תענית שאחר שזווג דברי הרמב"ם דבפיה"מ הודיענו רק שהצריכים בימות החורף שואלים ולא נחת לפרש היכן שואלים ובחבורו ביאר שישאלו בש"ת כתב ואל תשיבני ממ"ש ובגולה ועד ס' לתקופה והם שואלים בברכה"ש (כלומר ולדבריו דהזמנים שקבעו במשנה הם דוקא לא"י ודומיה והשאר כיחידים דמו הו"ל לגולה לשאול בש"ת) דשאנ"ה שהוא זמן שאלת גשמים גם בא"י ע"כ, דקדק לומר גם בא"ו כלו' דמפנ"ז שהוא זמן הגשמים להם ולא"י לזה שואלים כמותם, משמע דאם הזמן הוא דוקא לא"י ולא להם אין כאן שאלה רק בזמנם ובש"ת ומזה נלמוד שני הדינים שכתבנו שאם צריכים לגשמים גם בימות החורף הגם שגמר התבואה הוא בימות החמה ישאלו בחורף כא"י ובקיץ בש"ת, אבל אם אינם צריכים כלל בחורף אז לא ישאלו מטר כלל לא בברכה"ש ולא בש"ת, זהו הנלע"ד ואידי דחביבותיה דמר גבן היה בדעתי להאריך ולהשתעשע בכל אמריו הטהורות לולא כי יומי דפסחא גרמא דעצ'יראה ומ"מ מפני שלא יהיה מדרש בלא חידוש כו"ע אבא הע'ר כי המעוין בפ"ב דתענית בשאלת נינוה לרבי לדידהו דצריכי למטרא בתקופת תמוז היכי ליעבדו, והשיב להם כיחידים דמו ובש"ת שמהק' מתיבי א"ר יהודה אימתי (סדר תעניות) בזמן שהשנים כתקנן וכו' אבל בזה"ז הכל לפי השנים כלו' ועיר כנינוה יתענו בזמניהם וכן ישאלו בברכה"ש ות' דרבי תנא הוא ופליג משמע דלא משכח לזווג רבי עם ר' יהודה ואילו הרמב"ם ז"ל פ"ק מה' תענית פסק כר' יהודה ובפ"ב מה' תפלה פסק כרבי, ועלה במחשבה לתרץ כפמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הנז' דרבי לא פליג אדר"י רק בעיר אחת ולא בארצות (דהיינו איקלים) ובזה נמי זווג דברי הרמב"ם דבהת"פ כתב כגון אי הים ובפיה"מ כתב ארצות שר"ל איקלימים לימים וה"ן היה נ"ל דבהס"פ דיבר על האיקלימים אבל מלבד דהרא"ש לא מצא לדקדק רק ממ"ש הרמב"ם בפיה"מ ארצות משא"כ הכא דכתב מקומות דמשמע מקומות פרטיים, עוד בה מה נענה למר"ן ז"ל דלא מחלק בהכי, ואחר החפוש מצאתי להלח"מ בה"תע פ"ה הרגיש בזה ות' דבהל' תפלה פסק כרבי לענין שאלה דוקא ובהל' תענית פסק כר"י לגבי תענית ע"ש, והגם דלא נ"ט בזה מאי שנא, וגם יש דוחק דא"כ מדוע בש"ס לא חילק בזה ואוקמה בפלוגתא, מ"מ מצאתי כי דבר ה' בפיהו אמת, כי בירושלמי פ"ה דברכות ה"ב

ובתענית פ"א ה"א איתא שאלת נינוה לרבי אם יעשו סדר תעניות בזמן שצריכים והשיב להם לכו ועשו ובלבד שלא תשנו ממטבע הברכה, וא"כ משם שאב הרמב"ם חילוק זה וס"ל דלא שבקינן מאי דאתמר להדיא בירושלמי מכח דיוק דאמאי לא משני בבבלי הכי דאולי לדחוייה למקשן בקש מיכוון זולת לא ידעתי אמאי הלח"מ כ"כ מדיליה ולא מירוש', וכן יש להעיר על מר"ן בא"ח בב"י סי' קי"ז שהביא קו' הר"ן דבע"ז אמרו מי שצריך לפרנסה שואלה בברכה"ש והכא אמרי' שואל בש"ת, ותל' דשאני מטר שמזיק לרוב העולם ומר"ן דידיה תי' דשם אינו משנה ממטבע הברכה אלא שמוסיף צרכיו בה משא"כ הכא דביה"ח קי"ל דאם שאל גשמים מחזירין אותו א"כ כשהם שואלים בברכה"ש הו"ל משנה ממטבע הברכה ע"כ, והשתא צ"ע אמאי הר"ן עזב דברי הירושלמי ומר"ן אמאי לא מייתי ליה לסיועיה, את זה העירותי שלא תהא ביאה ריקנית אבל לעיקר הדין דינו דין אמת, יה"ר יפוצו מעינותיו חוצה להורות בנ"י חקים ומשפטים צדיקים כנה"ר ונא"ה החו"פ עה"ק טבריא בניסן התרפ"ג וש' מאי"ן סימן ב' אשה יראת ה' צמצמה מפרנסתה יום יום לעשות ספר תורה.

ובעיר גדולה לאלדי'ם נוססה רוח טהרה ברב אחד ליסד ת"ת לנערי בני ישראל יחד עשיר ואביון ויתומים וכו' ובאנו שרה והצליח לקבץ קרוב לק"ן ילדים מהם בעלי מקרא מהם בעלי משנה מהם בעלי גמרא. והעמיד כמה מלמדים לכל כת וכת ופורע שכרם.

וגם מספיק לאיזה בני עניים מהם עזר פרנסה ומלבוש. וגם בנה חצר גדולה ובה כמה חדרים למושב התלמידים הנז' ללמוד שם כל היום.

ומהם ייחד חדר נאה להתפלל שם התלמידים בעידן צלותא וללמוד שם בשאר היום. וכל הוצאות הבנין זקופים עליו במלוה על סמך תקותו ממה שיתקבץ מנדיבי עמים די בכל אתר אשר שולח מכתבים ושלוחים אליהם כי מנדבותם פורע ההוצאות הנחוצים מידי חדש.

ואם יעדיפו ופרע קמא קמא למלויים עד שישתחרר הבנין הנז' וקם לו להקדש ת"ת ואחד משלוחיו בהגיעו אל מקום האשה הנז' מסרה לו המעות אשר קבצה לעשות לה ס"ת בבהכנ"ס הנז' ושלחם ליד הרב אדעתא דהכי. והרב כתב לו כי ס"ת יש לו בבהכנ"ס הנז' די והותר לכן ידבר על לב האשה אולי תאבה להסב המעות הנז' עבור בנין ת"ת ויכתב בספר הזכרונות שיש לה חלק בבנין הנז' להקדש.

והשליח עשה שליחותו ונעתרה לבקשתו. וגם קבל עליו לקנות מהמעות הנז' זוה"ק ללמוד בו רבים לזכותה.

ושאלו אי אריך למעבד הכי או לא: תשו' לכאורה היה נראה להתיר כיון דעדין לא נקנה הס"ת רק הוזמנו המעות לקנות בהם וכבר מפורש בסנהדרין דמ"ז מח' אביי ורבא דלאביי ס"ל הזמנה מלתא ורבא ס"ל דלאו מלתא היא ופסקו כל הפוס' כרבא. ובפרט דנראה לכאורה דגם אביי יודה בהזמנת מעות דלא הוּו אלא כטווי לאריג ושם אמרו טוילאריג מי איכא למ"ד וכ"א בברכות דכ"ז ע"ש וכן הק' התו' שם בסנהדרין ד"ה מותר המת

וכו' תימה אי בגבו מעות טווי לאריג מי איכא למ"ד אלא שתי' שם דמעות עדיפי מטווי לאריג משום דחזו למיקני בהו כל מילי.

ומ"מ גם לתי' המעיין שם יראה דלא הוי אלא כאריג דמיקרי הזמנה והרי בהזמנה גופה קי"ל דלאו מלתא היא ולפ"ז מצינן למימר שיכולים לשנות המעות שלצורך ס"ת לדבר אחר: אבל מה נעשה כי להדיא כתב הרמב"ם בה"ת והטוש"ע בא"ח סי' קנ"ג דאם גבו מעות לבנות מהם בהמ"ד וכו' או ס"ת וכו' ורצו לשנותן מהצורך שגבו אותם אין משנין אותן אלא מקדושה קלה לקדושה חמורה וכו' וא"כ הכא שנגבו לצורך ס"ת דקדושתו חמורה מהכל כמפוי' שם נראה דלא יוכלו לשנותם איברא כי מרן בכ"מ הביא קו' הרמ"ך על דין זה דאמאי אין משנין כיון דאין כאן רק הזמנה וכ"ש דהוי כטווי לאריג דלכ"ע לאו מלתא היא והצ"ע והמ"א ז"ל שם תי' דלאו משום הזמנה אלא הטעם משום דכשגבו מעות מהקהל לצורך דבר אם ישנו מדעתן הו"ל אכחושי מצוה וכו' משא"כ ביחיד המתנדב וכו' ע"ש ולדבריו ז"ל הכא דהמתנדבת היא יחידה ומדעתה רוצים לשנות לא איכפת לן.

אבל הט"ז שם תי' באו"א דאנה"ן דליכא משום הזמנה שום קדושה אלא דמשום לצאת חובת נדרו שנדר לא יצא י"ח רק מקדושה קלה לקדושה חמורה ע"ש ולדב"ק אנה"ן אם תרצה המתנדבת לקנות עוד ס"ת ותשנה מעות אלה למה שתרצה רשאה ושלטאה משא"ך אם לא תקנה עוד דלא תצא י"ח נדרה רק מק"ק לחמורה והכא ליכא עילוי.

וכ"ש לדעת הב"ח הכא והרא"ם בח"א סי' נ"ג והבי"ד הש"ך ביו"ד סי' רנ"ט דטעם הטור בגבית מעות משום דכשבאו ליד גבאי כבר נתיאשו הבעלים מהם והו"ל הגביה כמעשה משא"כ באורג בגד דאינו מתיאש עד שיפרסנו על המת וכן בכנין לבהכנ"ס דדעתם דוקא עד שיתפללו בה לפיכך אינו רק הזמנה עש"ב וע"ש בתשו' הרא"ם ז"ל דס"ל שגם במקום דשרי לשנות מ"מ בעי הנודר לשלם נדרו וא"כ מאן ספין לעשות מעשה נגד האלדי"ם האדירים האלה, ובפרט דגם מר"ן ב"י ז"ל שאנחנו סומכים עליו נראה שמחלק כהרא"ם ז"ל דבב"י הק' מדין גבו מעות וכו' להתנדבו לכנין לבהכנ"ס דאוזפינהו שרי דמאי שנא וחילק בין באו ליד גבאי ללא באו, והגם שכתב דדוחק לחלק בכך והק' אח"כ דגם לא באו ליד גבאי לא מצי לחזור בו ותי' לבסוף דאנה"ן שאינו קדוש אלא שאינו יכול לחזור בו ע"ש מ"מ נראה שדעתו שאין עוד חילוק ביניהם רק מ"ש בתחלה ורק מפני דהוה ס"ד בלא באו ליד גבאי דלא קדשי כלל ויכול לחזור בו להיות שלו ע"ז כתב שהוא דוחק דהרי סו"ס במה יוצא חובת נדרו והגדיל הקו' מדברי המרדכי, ולזה תי' דאנה"ן דל"מ לחזור בו וממילא נסתלק הדוחק ג"כ (ודלא כמו שהבין הט"ז ושאר האחרונים בכוונתו ז"ל וכבר ראיתי למאמר מרדכי השיג כן על הט"ז ע"ש) וכן הבין בדעתו מור"ם וכתב משמו בהגה בלכנים לבהכנ"ס דיש חילוק בין באו ליד גבאי ללא באו ע"ש וא"כ היכי נעביד עובדא נגד מר"ן ומור"ם ז"ל, וכבר היה בדעתי לפלפל בענין זה אלא שראיתי שקמחא טחינא הוא ומלבד מה שהאריכו בזה מפרשי הש"ע ע"ע במרכבת המשנה אלפנדרי דכ"ח לשון למודים דט"ל מק"ק דקכ"ד פרה"א ח"א דח"י חק"ל יו"ד ח"ג דקכ"א שמ"ץ סי' א' מאמר המלך דקי"ח זרע אברהם יו"ד סי' ח"י מח"א הל' צדקה סוס"י י"ב שער אפרים סי' ל"ח פני מבין דנ"ב, ועיין בתשב"ץ

ח"ב סי' ק"ע (נשאל בצבור שהתנדבו לבנות כותל בהכנ"ס ונמלכו ורוצים לשנות הנדבה לתקן מקוה והשיב להתיר כיון שהוא נעשה בזט"ה במעמד כל העיר ושוב כתב דאינם צריכים לזה דאין קדושת המעות כקדושת בהכנ"ס דהא קי"ל דהזמנה לאו מלתא היא כמ"ש בפ' בני העיר וכ"א התם שאם גבו מעות וקנו והותירו שהמותר מותר והיה משמע מזה הלשון דדוקא אם הותירו אבל המעות הצריכין אסור וכ"כ בעל אורח חיים ואינו נראה דהא קי"ל דהזמנה לאו מלתא היא ולא אמרו זה בגמ' אלא שלא ברצון צבור אבל ברצונם מותר ע"כ, והוא פלא דלאו הטור לחודיה כתב זה אלא גם הרמב"ם בפ"א מה' תפלה כתב כלשונו ממש ותו אמאי לא ניח"ל למר להעמיד דברי הטורדלא ישנו אלא לחמורה דהוא בלא רצון צבור וכ"כ המ"א בסק"ה דבזה אסור משום אכחושי מצוה וכ"מ בטושה"ע יו"ד סי' רנ"ט ס"ב אבל מרצונם יודה גם הוא וכמו שהעמיד מר דברי הש"ס.

אמת שהטור והרמב"ם כתבו גם גבו מעות וכו' ורצו לשנותן וכו' אבל י"ל דהאי ורצו לאו אמתנדבים קאי אלא אגובים ושלא מדעת המתנדבים אבל מדעתם אנה"ן דיוכלו לשנות גם לקדושה קלה. וכ"מ דעת הש"ע ביו"ד סי' רנ"ט ס"ב שכתב צדקות שהתנדבו לבהכ"נ וכו' יכולים בני העיר לשנותה בלצורך בהמ"ד או ת"ת אפי' אם הבעלים מעכבים אבל לא מת"ת לצורך בהכנ"ס משמע דלא בעינן עילוי מבהכנ"ס לת"ת אלא משום שהבעלים מעכבים אבל אם אינם מעכבים וכ"ש נמלכו בהם ורצו דלא בעינן עילוי.

וא"כ כדי שלא יהיה סותר להך דגבו מעות בא"ח סי' קנ"ג דבעו עילוי היינו משום דהוי שלא מדעתם. וגם לזה נפלאה היא בעיני דא"כ דעת מרן אמאי בב"י סי' קנ"ג כשהוק' לו מגבו מעות להתנדבו עצים ואבנים לבהכנ"ס לא חילק בין שינוי שלא מדעת המתנדבים לשינוי בדעתם.

ולא בין באו ליד גבאי ללא באו. ועלה ע"ד לדחוק בכונתו דהוא היא דכל שלא באו ליד גבאי מסתמא ידע המתנדב ורצה בשינוי משא"כ כשבאו ליד גבאי א"א להמלך בנדיב ועוד דהב"י פ"א הטעם דבגבו חלה קדושה עליהם ובלא גבו אין בהם קדושה ע"ש ולאפס הפנאי און עת להאריך: ומ"מ רואה אנכי דהכא בנ"ד דרוצים לשנות המעות לצורך ת"ת דתשב"ר ולקנות מהם ג"כ הזוה"ק ללמוד בו רבים אין לחוש עוד לא לס' הרא"ם ודעמיה דגבית המעות הוי כמעשה ולא לסברתו הוא והט"ז דמ"מ מחויבת האשה לשלם נדרה.

אי משום דהוי כמעשה הן לו יהי אלא שקנתה ס"ת ממש הנה קי"ל בא"ח סי' קנ"ג ס"י דיחיד בשלו אפי' ס"ת יכול למכרו לכ"ע ללמוד תורה וכו' ע"ש וה"ן צורך ת"ת הוא בין מה שרוצים להוציא לפרעון הבנין של ת"ת שיהיה מקום לתלמידים ללמוד ובעד שאר הוצאותיהם ובין קניית הזוה"ק ללמוד הרבים וכ"ש למ"ש המ"א שם סקכ"ב טעם למנהג העולם שמוכרין אפי' ס"ת שנתנו לבהכנ"ס לקרות בו ומשתמש בדמיו דהטעם הוא מכיון שנהגו כך הו"ל כהתנה בתחלה שלא תחול קדושת רבים עליו ע"ש ואם נפשך לומר דאין היתר בזה רק ללימוד דנפשיה ולא ללימוד דאחרים הנה מפורש שם בס"ו דמוכרים אפי' ס"ת להספקת תלמידים, ושור"ר להפרישה בי"ד ריש סי' רנ"ב שכתב לחלק בין לימוד דידיה לאחריני והט"ז והשיך דחו דבריו ואסיקו דגם ללימוד לאחריני



מוכרין ס"ת וז"פ בדעת מר"ן ז"ל בא"ח כמ"ש, ואפ"ל למש"ש בא"ח הט"ז סקי"ב דאין מוכרין בהכנ"ס להסתפק תלמידים רק כשיש בהכנ"ס אחר (דלא כב"י) מ"מ בנד"ד יש ס"ת אחרים וכ"ש הכא דאין כאן רק גביית מעות ליד גבאי דמ"מ רבים הם הסוברים דלא הוי מעשה רק הזמנה והזמנה לאו מלתא ועיין בתשו' הרא"ש פי"ג סי"ד שגם הוא כ"כ בפשיטות ואי מצד קיום הנדר הנה הט"ז גופיה שכ"כ לא קאי אלא למיהב טעמא לגבו מעות דאין משנין משום קיום הנדר והתם הרי פשוט דעכ"ז משנין מקדושה קלה לקדושה חמורה ומהמתבאר לעיל הנה ידענו דקדושת פרנסת התלמידים מעולה מקדושת ס"ת וכן קניית ספרים ללמוד בהם וכמו שהאריך בזה הרא"ש שם והוכיח דכיון שמוכרין בהכנ"ס לוקח תורה וספרים כ"ש שמוכרים אותם ללמוד תורה כי מה תועלת יש בקניית ספרים אם לא ללמוד בהם ויתירה מע' הלומד ממע' ס"ת כמ"ש במכות כמה טפשאי אינשי דקיימי מקמי ס"ת ולא קיימי מקמי גב"ר, וכן בפ' בני העיר רצו לפשוט דמוכרין ס"ת ישן לקנות חדש ממ"ש דמוכרין ללמוד תורה ודחו דתלמוד שאני שמביא לידי מעשה עש"ב, וא"כ כשמשנין לעילוי כזה יוצאין י"ח נדרם ועיין להחק"ל ז"ל ביו"ד ח"ג דקכ"א שהאריך בזה דבשינוי למעליותא יוצא חובת מה שנדר בראשונה, וגם קניות הזוה"ק שילמדו בו רבים הוי עילוי מס"ת שאין לומדים בו כ"א במקרה ועיין ביו"ד סי' ע"ר דעת הרא"ש דהאינדא מצות ס"ת היא לקנות ש"ס ופוסקים וכו' והדרישה כתב דדעתו לעקור מצות כתיבת ס"ת בזה"ז מכל וכל ואפ"ל לדעת הב"י ואחרונים שח"ו לא נתכוון הרא"ש לעקור מצוה זו מ"מ מפורש בב"י דקניית ספרים בזה"ז עדיף מס"ת ע"ש, ונמצא שיש עילוי בקניית ספרים מס"ת ובשינויו יוכל לצאת חובת נדרו וכמ"ש ובפרט לדברי השאגת אריה סי' ל"ו דכיון דלא בקיאינן בחסרות ויתרות דס"ת ובחסר ויתר פסול א"כ אין בידינו לקיום מצוה זו, והגם כי החק"ל ז"ל האריך בזה בסי' קי"ט שם דמצד זה אין לפטור דסמא בידו לבדוק מרוב ס"ת שבעיר וכו' מ"מ מכח מח' שבדעת הרא"ש ומכח דברי השאגת אריה עשה ס"מ להקל ע"ש: שוב אחר החפוש מצאתי בספר סמיכה לחיים יו"ד סי' וי"ו נשאל על הנודר ס"ת והתחיל לכתבו ועתה רצה לשנות נדרו למצוה אחרת אי מצי לשנות, והאריך להשיב דמצי לשנות להספקת תלמידים וכו' מהראיות שכתבתי ושוב פקפק מהראיה דמוכרין ס"ת ללמוד תורה די"ל דהתם שאני דכל היכא דקאי בקדושתיה קאי ודחה דלא נאמר זה אלא לגבי הוצאת מעות לחולין אבל לשנויי לעילוי לא נ"מ מידי ועיין בב"י א"ח סי' קנ"ג מ"ש הב"י מהנמק"י בשם רבינו משולם, גם הוכיח שם דהגם שביו"ד סי' ע"ר כתב בש"ע דלא הותר מכירת ס"ת אלא כשאין לו דבר אחר למכור גבי שינוי לעילוייא לא נאמר זה, גם מה שפקפק שם משום דכבר התחיל במצוה ואיך יבטל מצוה זו מפני אחרת ע"ש מלבד מאי דשקו"ט התם בנד"ז עדיין לא התחילה לכתוב ס"ת גם התם שאני דמיירי באיש דרמיא עליה מצות כתיבת ס"ת משא"כ באשה וכמו שהוכיח בברכ"י יו"ד סי' ע"ר מלשון הרמב"ם והש"ע ודלא כספקו דהשאגת אריה ע"ש, והנה אגב סיפא הסכים על ידו הגאון חק"ל ז"ל דיכול לשנות נדרו מכת' ס"ת לקנין שאר ספרים מטעמיה ע"ש: שוב האיר ה' את עיני ומצאתי תשו' שלמה בספר חיים ביד סי' ס"ה למהר"ח יו"ט דאנון ז"ל אודות גביר שנדר לעשות ס"ת ורצה לשנות לבנות בנין מיוחד לת"ת תשב"ר שהעלה מכח הראיות הנז' ומתשו' סמ"ל הנז' דשפיר דמי אלא שפקפק

בזה דאי אמרה הסמ"ל לשינוי דקניית ספרים מאן לימא לן דמצי לשנות גם לצורך תשב"ר וע"ז הביא רביה מפ' כל כתבי דתשב"ר עדיפי מת"ת דגדולים שהתירו להדיא לשנות לו ממ"ש שם אמר"ל משום ר"י נשיאה אין העולם מתקיים אלא בשביל הבל תשב"ר אמ"ל ר"פ לאביי דידי ודידך מאי אמ"ל אינו דומה הבל שאין בו חטא להבל שיש בו חטא ע"כ, הרי פשוט דמעלת לימוד תשב"ר עדיפא ממע' לימוד הגדולים וכן כתב מהרשד"ם ז"ל ביו"ד סי' קס"ז ומח"א בהל' צדקה סי' א' אלא שעמד נגדו מה שהק' בס' מערכי לב דרוש כ"ה על סוגיא זו ממ"ש בפ"ק דברכות אוהב ה' שערי ציון וכו' אוהב ה' שערים המצויינים בהלכה יותר מבכ"ן ובמ"ד והיינו דאמר עולא מיום שחרב בהמ"ק אין לו להקב"ה בעולמו אלא ד"א של הלכה וכו' דזה נגד דברי ר"ל ונגד דברי מהרשד"ם כפי מ"ש מהרש"א דב"כנס וב"מד קטן וגדול שם הוא אלא שלומדים שם מקרא ומדרש ולא עלה בידם הלכה וכו' והוא ז"ל תי' לזה דמהרשד"ם לא יפרש כמהרש"א בבהכ"ס לומדים שם תשב"ר אלא פשטה דקאי על מע' הבהמ"ד הקבוע דעדיף יותר מבהכ"ס וזהו מה שפסקו הפוס' כהך דברכות ומה שהביא רביה ממד"ר דתולדות דאמר אבנימוס הגרדי חזרו על בכנ"ס ובמ"ד אם מצאתם תשב"ר וכו' אבנימוס הוא דאמר כן אבל לפי האמת בכנ"ס ובמ"ד לבד ות"ת של תשב"ר לבד ע"כ ולעד"ן דמה שעשה מהרש"א חולק למהרשד"ם לא היה מוכרח לזה דמ"ש מהרש"א קטן וגדול שם הוא מצינן למימר דקטן וגדול בלימוד קאמר וכמו שסיים שלומדים שם מקרא ומדרש ולא קטן בשנים עד שנכלול תשב"ר אלא מה שדחה הראיה מאבנימוס וכו' הנה בפ' לא יחפור אמרו שאחר תקנת יהושע בן גמלא לא ממטינן ינוקא ממתא למתא אבל מבי כנשתא לבי כנשתא ממטינן ש"מ שהיו תשב"ר לומדים בבהכ"ס וכ"ר להגאון מהר"ח פ"ז ל"ל שם תפש עליו דלדבריו הול"ל אוהב ה' תשב"ר יותר מכל וכו' והוא ז"ל הבי"ר ממ"ש בב"ב ד"ח והמשכילים יזהירו כזוהר הרקיע זה דיינן שדן דין אמת לאמתו וגבאי צדקה ומצדיקי הרבים ככוכבים אלו מלמדי תינוקות ורבנן מאי אמר רבינא ואוהביו כצאת השמש בגבורתו הרי דרבנן עדיפי מתשב"ר אלא שאח"כ הביא מ"ש משפטי שמואל בסי' ס"ה דתשב"ר עדיפי ומ"ש ורבנן מאי היינו לענין שכר אבל לקיום העולם ושכר המחזיקים תשב"ר עדיפי וכמ"ש דידי ודידך מאי וכו' והוא תמה עליו מי גילה לו רז זה שהרי אמרו באבות על ג' דברים העולם עומד על התורה ובפר"א אמרו דהוא ממ"ש אם לא בריתי יומם ולילה חוקות שמים וארץ וכו' ובפסחים דס"ח אמרו בר"ש דהוה מהדר תלמודיה כל תלתין יומין והוה אמר חדאי נפשאי לך קראי והק' והאמר"א אלמלא תורה לא נתקיימו שמים וארץ דכתי' אם לא בריתי וכו' הרי דבת"ת דגדולים מתקיים העולם וע"ש שהביא עוד מתשו' מהרש"ח סו' סי' ל"ה ומהר"י נ' ריי בס' דב"מ ח"ב סוס"י קי"א שדעתם כמהרשד"ם ז"ל דתשב"ר עדיפי מלימוד גדולים ועכ"ז לא שב אפו מהם לתמוה עליהם, ואחה"ר מנע"ר.

יש להליץ בעדם מכל הנז' דאי מהך דברכות הנה קי"ל דאין למדין מן הכללות ומ"ש מכל בכנ"ס הוא חוץ מהנך שלומדים שם תשב"ר דלאו בכל בכנ"ס ימצאו תשב"ר וז"ש אבנימוס חזרו על בכנ"ס אם מצאתם שם תשב"ר שהזהירם לחזור ולחפש בכל בכנ"ס גם אם לא ימצאו במקצתם ומה שלא אמרו אוהב ה' תשב"ר כדי לאשמועינן רבותא בשערי' דהלכה דעדיפי משאר שאין בהם תשב"ר ומה שהק' על תי' משפטי שמואל מהך

דאלמלא תורה לא נתקיימו שמים וארץ דמיירי בת"ת דגדולים הנה כקו' ז"ל יש להקשות עמ"ש הטור בח"מ סי' א' משם הר"י ז"ל בישוב סתורת התנא דאמר על ג' דברים העולם עומד על התורה וכו' ושם אמרו על הדין וכו' ות"י הר"י ז"ל דעל התורה וכו' בעבורה היתה בריאתו אבל אחר שנברא הדין והאמת מקיימים אותו ע"ש והרי ר"א אמר דגם הקיום הוא בתורה.

אלא דבל"ז כבר הק' הב"י שם דאיך השלשה שהיו סבה לבריאתו לא יספיקו לקיומו וכו' ות"י דרשב"ג שהיה אחר החרבן בא לומר שאעפ"י שאין עבודה וגם תורה וג"ח אינם יכולים לעשות כראוי מחמת הגלות מ"מ האיכא דין ואמת וכו' עש"ב והשתא א"כ י"ל דאעפ"י שיש לומדים מ"מ מחמת הגלות הלימוד מטירוד הזמן אינו נקי מחטא אבל תשב"ר שפנוי שכלם בלי חטא העולם מתקיים בשבילם ומ"מ הלומדי מתוך דוחק ודאי שכרם מרובה וכמ"ש מש"ש ז"ל.

ואפ' דזהו כונת ר"פ להק' דידי ודידך מאי דלדברי ר"ל אין העולם מתקיים בלימודינו ואנן תנן שהעולם עומד על התורה והשיבו אינו דומה הבל שיש בו חטא וכו' כלומר דזה נאמר על זמן שלא היה בהבל פיננו חטא לא כן עתה. ולזה נקט ר"ל רק תשב"ר ובחילוק זה י"ל תו' אחר דמ"ש ורבנן מאי הוא על קודם החרבן דעלייהו קיימי קראי אבל אחר החרבן כמ"ש ר"ל ועוד יש לישב על המש"ש ז"ל דמה שהק' ר"ש דאמר חדאי נפשאי וכו' הוא משום דכלל בזה גם מה שלמד בקטנותו דלולא זה לא היה בא לכלל לימוד דזקנותו וע"ז הק' והאמר"א אלמלא תורה לא נתקיימו וכו' ואם די"ל דזה דוקא על לימוד הקטנות מ"מ הרי משמח נפשו דלא למד גם בקטנות וזה א"א והיה נראה להביא ראיה עוד דלימוד תשב"ר עדיף הגם דזו"ז גורם לקיום העולם ממ"ש בפ' כ"כ אין מבטלין תשב"ר אפילו לבנין בהמ"ק והרי העבודה היא קיום העולם ובלא בהמ"ק ליכא עבודה ועכ"ז אין מבטלין, ומצד אחר ג"כ יש להבי"ר דתשב"ר עדיפי ממ"ש בסופ"ק דקדושין נענו כולם ואמרו תלמוד גדול שמביא לידי מעשה והתו' שם הק' ממ"ש בקמא קיים אמרינן לימד לא אמרינן והאמר מר גדול תלמו' וכו' ופירש"י שקטן נתלה בגדו' וחלקו דהבא ללמוד מחדש תלמוד גדול אבל מי שלמד כבר מעשה גדול ע"ש ונמצא דתשב"ר שעדין לא למדו יש להם עדיפות להזדרז בעבורם ללמוד יותר ממי שלמד כבר ובזה נתחזקו דברי הגדולים הנז' שמעדיפים תשב"ר, ואם אין גדים אין תישים, ומ"מ הנה גם הה"ג כמהרח"פ ז"ל הסכים לדין כמהרח"ט הנז' שהנודר לס"ת יוכל לשנות לבנין ת"ת דתשב"ר והביא מעשה רב שעשו באיזמיר לשנות צדקת עניים לבנין ת"ת עש"ב, והגם שבכל התשו' הנז' הצריכו לנדיב התרת חכם על נדרו הראשון, המעיין שם היטב יראה דאינו רק משום מהיות טוב.

כי כן גם בנדון דידן אם האשה הנז' תוכל להתיר נדרה הראשון בנקל רנה מה טוב ואם לאו אין כאן בית מיחוש וישתנו המעות הנז' לבנין הת"ת וקניית הזוה"ק וזכות התורה תגן בעדה ועליה תבא ברכת טוב: סי' ג' שאלת ידידי להורות לך תכף אודות רמוני ס"ת ומורה באצבע ופרוכת של המתנדבים בעם מחו"ל לפעי"ק טבריה ת"ו ועתה בלו עד שכמעט אינם ראויים להשתמש בהם כמתחלה וסוחר אחד חפשי בדעותיו מסתתר

בדברים עתיקים רוצה לקנותם ביותר מכדי דמיהן וחפץ אתה לדעת אם ימכרו לו ובדמיהן נעשה תמורתם חדשים או לא.

על אתר נלע"ד דאסור כי ידוע שדברים אלו תשמישי קדושה הם ולא תשמישי מצוה כמו בהכנ"ס עיין בא"ח סי' קנ"ג ס"א וא"כ אפ"י אם היה כח בידינו למכרם לא הותר אלא להעלותם מקדושתם קלה לקדושה חמורה ממנה כמש"ש בס"א ואתה אמרת לעשות בדמיהם כמותם ובזה הביא שם בש"ע ס"ד מחלוקת דיש אוסרין ויש מתירין והגם דקי"ל בכללי הש"ע ה' כי"א בתרא וכ"ן דעתו ז"ל ממ"ש בס"ז גבי מעות של מכורת בהכנ"ס ואינם רשאים להורידן מקדושתם משמע אבל לכיוצא בהם שרי מ"מ המג"א ז"ל בסק"ד כתב משם הב"ח דאין פלוגתא בזה והאוסרים הוא בלכתחלה והמתירים הוא בשכבר מכרו וזה הוי ס' אמצעות כמכריע בין ב' הסברות והפול' רגילים לומר ה' כמכריע וא"כ מה לנו לעבור בקו"עש ולמכור לכתחלה נגד ס' זו עוד בה דאפ"י בקדושה קלה מהם כגון בהכנ"ס הנה בש"ע ס"ז כתב דדוקא זט"ה במעמד אנשי העיר יחד הוא שיכולים להוריד דמי המכר לקדושה קלה אבל זט"ה לחוד או אנשי העיר לחוד המעות ישארו בקדושתם וממילא אתה דן להאוסרים בס"ד להחליף בכיוצא בהם דלדידהו הוי הורדה נמי בזה ה"ה דיסברו במכרו זט"ה לבד או אנשי העיר לבד דלא מצו להחליפם בקדושה שכמותה.

ובעיר הזאת אין מציאות שימכרו יחד הזט"ה עם מעמד אנשי העיר ולא עוד אלא אפ"י אם היה במציאות שימכרו יחד דבזה כתב בסוס"י ז' דה"ה לכל דבר שבקדושה שנזכרו כאן דגרירי בתר בהכ"נ ועיין ביו"ד סי' רפ"ב מ"מ לא הושוו לבהכנ"ס רק בדין שיעשו בדמיהן כל מה שירצו אבל לגבי גופייהו חלוקים הם דבהכנ"ס כשהיא של כפרים ואפ"י של כרכים כשמכרו אותם הזט"ה ואנשי העיר יכול לעשות הקונה בהם מה שירצה ואפ"י בהכ"ס וכמ"ש בס"ט ואילו בשאר קדושות כתב בסי' קנ"ד ס"ג דאין להם תקון אלא גניזה וההבדל בזה משום דבהכנ"ס אינה רק תשמישי מצוה אבל שאר קדושות הם תשמישי קדושה וכ"כ להדיא המג"א בס"י קנ"ג סק"ד ואתה אמרת שהקונה הזה הוא סוחר לעתיקות וגם חפשי ומסתמא ימכור לכל הבא לידו וגם לגוים ונמצא שמעתה אנו מורידין אותם מקדוש' לחולין גמורים וכ"ז גם אם היה לעי"ק דין כפר שיש אופן למכור אבל היא דאתו לה מכ"ע דין כרך יש לה ואין צד להתיר בה אפ"י בהכנ"ס ובפרט דהנה כל כלי הקדש רובם הם מנדיבי חו"ל יחיד או רבים ולא מבני העיר ואשכחן טעם בבהכנ"ס של כרכים ב' סברות י"א דהטעם משום דאדעתא דכ"ע דאתו לה נבנית וזה שייך גם אם נבנית מאנשי העיר וי"א הטעם משום דמעלמא בנו לה ומר"ן פסק כי"א קמא והכא בנ"ד תרוייהו איתנהו והגם דהכא בלו ואינם ראויים למלאכתן ובסי' קנ"ג סי"א דבעצים ואבנים של בהכנ"ס שנותר כתב שיכולים לתתם וכ"ש למכרם מ"מ המג"א שם כתב דדוקא בשל כפרים ובזט"ה עם מעמד אנשי העיר ע"ש בסק"ו והכא עי"ק כרך וליכא אנשי העיר עם הזט"ה.

והגם דהזגול מרבבה חילק דטעם דל"מ בכרכים משום דמיירי ביכולים לבנות בהם עוד משא"כ אם נהרס בהכנ"ס ואינם מתפללים עוד בו שכתב המבי"ט ח"ג קמ"ג דגם בכרכים ומכרוהו וגם המ"א סק"ב הבי"ד לא דמי לנ"ד דהכא מהנו להתיכם ולעשות

מהם חדשים. ולפיכך לא מצאתי תקון לרמוני ס"ת הללו למוכרם אלא להתיכם ולעשות מהם חדשים או לגנוזם זהו מה שראונו כעת להשיבך בנחיצה רבה וצו"מ אמן.

סי' ד' ידידי וכו' שאלתנו בעת שאני נחפז ואין שום ספר בידי. ועכ"ז מפני יראתך ותם דרכיך אמרתי לא אשיבך ריקם והואבענין השותפות שעשית עם פ' דהיינו שאתה נתת הקרן למשא ומתן בעסק הבורית והוא יתעסק בזה בלתי שום עזר ממך.

ויען כי ידעת אותו שטרם השותפות היה פותח חנותו להתעסק ביום שב"ק וימים האסורים לזה התנית עליו מתחלת השותפות שאין לו רשות כלל להתעסק בשותפות זו בימים האסורים. ועתה כאשר באתם לחלוק הריוח חכ"ח לבך נוקפך אולי מחמת ההרגל סרכיה נקט לשאת ולתת גם בימים האסורים.

ואם לא בחנות כי היית רואה שהיתה סגורה באותם הימים חושש אתה אולי יצרו תקפו לשאת ולתת עם הסוחרים בשבתם יחד בקוואנים כדרכם ורצונך לדעת הדין: אשיבך בקצרה דלפי מה שרשום בזכרוני דאין בזה שום חשש דלמאי נחוש אי משום שאם עבר ומכר בשבת מיחזי כשלוחך אפי' אילו לא התנית עליו כיון שהוא המתעסק ואין עליך שום חיוב להתעסק ובעבור עסקו לוקח חצי הריוח ה"ז דומה לאריס דבסי' רמ"ג דאמרינן אדעתא דנפשיה עביד ולא אכפת במה שמתרבה חלק בעל השדה וכ"ש שהתנית עמו ואין לך חפץ בעסקו הא לא אשכחן שאדם נעשה שליח לחבירו שלא מדעתו ורצונו, ואי משום שכר שבת כיון שאתם חולקים בסתם כל הריוח בב"א הו"ל שכר שבת בהבלעה דשרי (זולת אם סידר החש' בפנקס ונמצא שם ריוח העסק של יום שבת ח"ו שאז יש לפקפק בזה) ועוד שהרי התנית עמו מתחלה שלא יתעסק, ואין זה גרוע מהתנה עמו שכר שבת יהיה שלך ויו"א יהיה שלי שיוכלו אח"ך לחלוק בשוה אפי' אם שכר שבת היה יותר מריוח דיו"א כמ"ש בסי' רמ"ה והכא כיון שאינך מחוייב להתעסק עמו נראה דלא בעי שום תנאי דדוקא התם שחייב גם הוא בעסק אם לא יתנו מחזי כשכר שבת שהרי היה מחוייב להתעסק וזה עבד במקומו משא"כ הכא שאין החיוב רק על השותף ואדעתא דנפשיה עבד וכ"ש עתה שהוספת להתנות עליו מתחלה שאין לך חפץ בזה, ואי משום דהכא מיירי בישראל שעשה מלאכה בשבת ואסור ליהנות ממעשה שבת עיין סי' שי"ח דהמבשל בשבת אפי' במזיד לאחריני שרי למוצאי שבת בכדי שיעשו וכ"ש דיש לצדד באנשים כאלה דהורגלו בעוה"ר לשאת ולתת בשבת ונעשה להם כהיתר דיש לומר שדינם כשווגג דלאחרים מותר וכמ"ש האחרונים לצדד במגולחי זקן להכשירם לעדות מט' זה עיין במקומו, וכ"ש אם נצרף לזה דאיסור מו"מ כזה אינו אלא משום שמא יכתוב והכא דכל כתיבתם הוא בכתב גוים עיין למור"ם בסי' ש"ו שאין איסורו אלא מדרבנן ואתה אינך חושש לו רק מספק שמא עשה כן והרי קי"ל להקל בספק דרבנן וכ"ש די"ל שכיון שהתנית עליו וקבל שלא ישוב לכסלה לא מחזיקנן ליה בעובר דא"כ לא שבקת חיי לבע"ת ועיין בקי' ברשע שקידש ואמ"ל ע"מ שאני צ"ג דמקודשת בודאי, ובפרט הכא די"ל דמרתת מינך לעבור על תנאו, ולעד"ן אין לך לחוש ליכול וליחדי, וצו"מ אנחנו וכל עמו ישראל, החותם בחפזון נמרץ: סימן ה' כן הוגש לפנינו שאלת חכם מע' הרב המו' זר"ק כמה"ר משה כלפון הכהן הי"ו מו"ץ בעי"ת ג'רבא יע"א אודות עירם אשר היא אי מוקפת בים מכל סביבותיה והשתא הכא רצו

לתקן מבואות פרוור אחד ממנה לטלטל בהן בשבת ונמצא שם מבואות עקומים או כנדל ונסתפק או בעו תיקון בעקמימותם או כיון דכל האי מוקף ים א"ץ, ומני"ר הביא לנו תחלה מה שנשאלו הרה"ג לפני דורם זלה"ה אודות מנהגם שמטיילים יותר מאלפים אמה בשבת ואינם מקפידים אתחומין והשיבו דימה חומתה ולולא דמשום זרעים שבתוכה שדינם לבטל הדירה היו מתירים גם הטלטול ע"כ, ועל היסוד הזה בנה הרב הפוסק הי"ו שלא להצריך תקון למקום אלא בשני ראשי המבוי דהיינו צוה"פ בראש אחד ולחי או קורה בראש השני ותו לא וטעמו חדא דבעיקר התקון של עיקום עצמו הדין הוא בפלוגתא כמו שיעויין בב"י סי' שס"ג וכן בביטול זרעים לדירה אתו רבנן בתראי וחלקו דלא מבטלי רק בהיותם חוץ לעיר מה שא"כ בהיותם לפני מן החומה לא מבטלי ומזהעשה ס"ס' אי בעינן צוה"פ לעיקום ואת"ל דבעי כמ"ש בש"ע אולי בכה"ג שהזרעים לפני מן החומה לא מבטלי דירה וא"ץ שום תיקון והגם דצד אחד מהס"ס נגד מרן לא אכפת כמ"ש הפוס' זת"ד הי"ו אמת כי במ"א אספתי ס' העושים ס"ס נגד מרן וס' הממאנים ואכמ"ל אבל גדולה מזאת אני רואה דלא מצא הס"ס רק אחר היסוד שהניח מהרה"ג ז"ל דחומת הים המקפת אותה חשיבא חומה ובזה בא לכלל ספק שהזרעים שלפנים מחומה הזאת לא מבטלי דירה.

ואנכי בער לא זכיתי להבין דב"ק כי המעיין בעירובין דכ"ב גבי מח' ר"י ורבנן דלר"י ס"ל אתו רבים ומבטלי מחיצתא ולרבנן ס"ל דרבים לא מבטלי הק' שם התו' ד"ה דילמא דלרבנן אמאי לא תיהוי א"י שמוקפת ובבל דמקיף לה דגלת מהאי גיסא ופרת מהאי גיסא דינם כרה"י כיון דלא אתו רבים ומבטלי מחיצתא ות' דמחיצה שאינה בידי אדם גם רבנן מודו דמבטלי ע"כ והשתא איך נימא דהיקף ים ג'רבא שאינו ביד"א חשיב חומה וכ"ש במה שהפליגו לומר דלולא משום הזרעים היו מתירין גם הטלטול, והלא גם למאי הס"ד שם בש"ס דא"י ובבל המוקפין אינם כרה"ר אינו אלא למשליך לתוכם מרה"י דאינו חייב מן התורה אבל מדרבנן אסור לטלטל בתוכם כדין כרמלית וכן דקדק ר' יוחנן שם ואמר א"י אינה כרה"ר ולא אמר א"י כרה"י וכ"כ רש"י להדיא ע"ש ומ"ש התו' דליהוי א"י ובבל כרה"י לאו למימרא כרה"י ממש להתיר טלטול אלא לומר שהמשליך לתוכה מרה"י יהיה פטור מה"ת כרה"י, ועיין למ"א סי' שס"ג בסק"ל גבי מבוי הפתוח צדו אחד לים וכו' כתב משמע דים הוי מחיצה והוק"ל מדברי התו' הנז' ות' דמיירי באין רבים בוקעים שם ומ"ש מהרימ"ט ח"א סי' רנ"ט על קושטאנדינא וטבריא להתיר הפרצות שבהם לים לאו משום דחשיב לים מחיצה דהא גם מה שנראה מפרש"י דחשיב הים כמחיצה תרגם כוונתו דס"ל הטעם כה"ה דהוא משום דהוי כסתום שאין דרך לטלטל מהיבשה לים עש"ב, ונ"מ היכא שהים רחוק כהכא דרחוק מהיבשה כמה מילין והוא עדיף משרטון ואיכא למיחש שיטלטלו מהעיר למדבר שבנתיים ודאי אסור בטלטול ולא שייך חומה דבטלי לה רבים ולא סתימת ים דמהרימ"ט ז"ל, ועיין למג"א שם סקל"א במבוי שצדו פתוח לים כתב שלא יהיה רחוק יותר מיו"ד אמות ע"ש, ואע"ג שראיתי להכנס"י בתשו' דלא אמרו התו' דכשאינו ביד"א מבטלי מחיצתא זולת ברחבה יותר מסאתיים ובשההיקף אינו עשוי לדירה ע"ש, הנה בנד"ז לפי הנשמע הריחוק מהים הוא יותר מסאתיים ואינו עשוי לדירה, וגם עיין להרב זרע אמת ח"א סי' מ"א שכתב מ"ש הרמב"ן והריטב"א תי' לקו' התו' דאמאי לא הוי א"י ובבל כרה"י מפני שכל העומד

ואינו יודע עצמו שהוא תוך המחיצות אינם מחיצות ע"ש, וא"כ מכל האמור נראה בנד"ז דהים לא חשיב מחיצה, ואע"ג דמהך דתל המתלקט נראה דבקיעת רבים דמבטל מחיצתא היינו כשבוקעים על המקיף ותימא דהכא דבוקעים במוקף לא מבטלי אין לומר כן דהא בפסי ביראות וכן במי שיש לו ב' בתים בב' צדי רשות הרבים דהבקיעה הוי במוקף ובהו פליגי ר"י ורבנן וס"ל לר"י דמבטלי, וגם קו' התו' על בבל וא"י איירי שהבקיעה במוקף ואמרו שיבטלו המחיצות דכיון שהמקום מסור לרבים מה עשו המחיצות, ואמת כי ראיתי להר' הי"ו שהרגיש בזה מתשו' הח"ץ סי' ל"ז רק שחשב לרפאת שבר זה עפ"י הקבלה עם אומדנא שלימים ראשונים היה חסר מהיקף ים זה חתיכת יבשה וחפרוה והשלימוה לים ודימה זה למ"ש סי' שנ"ח בתקון עשויות לדירה דבפרצת יו"ד אמות ובניינה נתקן שיקראו כל המחיצות לדירה, וה"ן דכוותה דבהשלמת אותה חתיכה נחשב היקף הים כולו לחומה, ולדידי אחזה"מ אין הנדון דומה דבשלמא התם מעיקרא נמי הוו מחיצות שלמות למחשביה למוקף כרה"י רק שמחוסר מוקף לדירה לכן די ביו"ד אמות הנז' לעשות לה שם מוקף לדירה אבל הכא דמכח הבקיעה לא חשיב מחיצה כלל אנה"ן דמקום שחפרו יש לו דין מחיצה אבל השאר במה נחשב למחיצה והוי פרוץ מרובה, שוב זכיתי וראיתי במים רבים ח"א סי' ל"ד שעלה ע"ד כס' ה"ה הי"ו והרבנים שם דחו כמ"ש בעניי ולא הודו לו בנדונו רק מפני שלא היה שם בקיעת רבים ע"ש, ומעתה הדרן לקמייתא שבנפול היסודשהים אונו חומה לפי הנז"ל נפל הבנין שבנה ה"ה הי"ו לעשות ס"ס דאולי הזרעים שלפנים מן החומה לא מבטלי דירה, ולמטוניה דמר לא ידעתי אמאי הרבנים ז"ל שקדמוהו לא עשו ס"ס זה, וכי נעלם מהם ס' הדב"ש והח"ץ ס"י שעשה סניגור לדבריו ושאר הפוסקי' ז"ל: עוד ראיתי לה"ה הי"ו שרצה לעקור היסוד דתקון מבוי עקום מעיקרו ממה שמצא בא"ז שהבין דס"ל להרמב"ם כפוס' דמבוי עקום די לו בצוה"פ ולחי וקורה ולא בעי תקון בעקמימותו ומפני שיש לו ס' כדעת הרמב"ם לזה פסק כרש"י והרא"ש ולולא זה היה מכריע כהרמב"ם וכ"ש שהרשב"ץ כתב דהרמב"ם והרי"ף ס"ל דלא כהרא"ש ע"ש, וגם בזה לישרי לן מר דאע"ג דראיתי למהרימ"ט סו' רנ"ט פשיט"ל דהרמב"ם דלא כרש"י וגם הפרישה כ"כ מ"מ הנה מר"ן בב"י סי' שס"ד בעשוי כנדל כתב להדיא דהרמב"ם כרש"י והכו נקטינן ולדידן דכל סמוכין דילן עליה דמר איך נוכל לזוז מדבריו: ומ"מ מהך בתרייתא שהביא כת"ר ללמוד מתשו' תה"ד סו' ע"ג והביאה מר"ן בב"י סי' שס"ה ובש"ע בשם יש מי שאומר וגם מור"ם בסי' שס"ג המבואות שלנו בעיר המוקפת חומה דינם כחצר והמה כרה"י וממילא דא"ץ תקון בעקמימותם בהא מודינא ליה (בל"ז נמי ס"ד לומר טעם הרבנים שדנו ים ג'רבא לחומה ממה שראותו להרב זרע אמת ח"א ס"י הביא משטת תו"ח ז"ל דמ"ש התו' בעשוי בידי שמים דלא חשיב מחיצה אינו אלא כשא"א לעשות כן ביד"א אבל באפשר לעשות חשוב, והכא הנה אפשר להקיף כל אי ג'רבא סביב סביב בחריץ עמוק יו"ד ורחב ד' העשוי ביד"א וכמו שעושים היום תעלות עמוקים ורחבים יותר מזה בארך מהלך כמה ימים וממילא גם שעשוי עתה ביד"ש מהני למחיצה, אלא דלא הבנתי א"כ במאי אזדא לה קו' התו' על בבל וס' תו"ח איננו אתי) והגם שתה"ד לא כ"כ רק בעיר המוקפת חומה וכתבנו דים ג'רבא לא חשיב חומה מ"מ הנה במ"א סי' שס"ג בס"ק כ"ז דקדק מתה"ד דבפרזי צריך צוה"פ ותמה דלא ראה נוהגין כן וכתב דכיון דרמ"א סתם דכל מבואות יש להם

דין חצרות משמע אפי' אין מוקפין חומה ובחצר אין חילוק בין עקום לשוה וא"ץ אלא תקון אחד בראשו ולא בעקמימותו כיון דהעקמימות אינו קרוב לרה"ר ע"ש ועיין ביד אפרים, והגם דהט"ז בסי' שס"ד סק"ב אחר שהביא מהרב מ"ב דא"ץ תקון בעקמימות ומני"ר לא ניח"ל והצריך לתקן מ"מ אחר שזכינו וראינו להרה"ג מארי אתרא דידהו עשו מעשה רב כהמג"א כמ"ש הרה"ג ויאמר משה או"ו וז"ל רשום בזכרוני כי שלח הרה"ג כמהר"א חג'אג' ע"י הרב כמהרמ"ש ז"ל דבתונס כשנפרצה החומה לא עשו שום תקון לעקמימות בהיות כי לדידן חשוב הכל כרמלית ואינם פתוחים לרה"ר, ומזה גם אנחנו באתרין לא עשינו שום תקון לעקמימות כשכרו הקשתות וכ"כ גם בוידבר משה ה' שבת סי' ה' בתשו' שהשיב לכת"ר שיחל"א ואח"ז אין מקום לשאלה כי מי יבא אחריהם להורות נגדם באתרא דידהו ולא יחוש ללעז ח"ו, וה' עמו שהלכה כמותו וה' ינחנו בדרך אמת לאמתו אמן החותם בשבט שנת פור"ת ל"י: סי' ו' נתתי לבי לעיון אודות הרחיים של קיטור חדשים מקרוב אשר אופן הוייתם כך הוא שבבית אחת נתונים הרחיים רכב ע"ג שכב ונותנים החטים מהאפרכסת לרכב ונטחנים שם ומשם יורדים דרך מרזב לתיבה או כיס ולוקח הבעה"ב הקמח ומרקדו בביתו ובחזר אחר מונחת מכונה אחת אשר ממנה יוצאים רצועות ארוכות עד הרחיים ומכח האש מתנועעת המכונה ההיא באופנים והאופנים יסבו ומניעים הרצועות ההם ומכחם סובב הרחיים סובב מהיר ואין שם מים כלל ולא הבל מים רק צנור קטן סובב על המכונה ההיא ובתוכו עוברים מים מרישיה לסופיה כדי לקרר כח האש שבמכונה שלא ישרפו אופניה.

ובהיות כי נקל להבעה"ב לטחון בזאת בטלו הטוחנות דסוסים וכו' כמעט ואז הוכרח הדבר לטחון בה גם חטי דפסחא. ויען כי ממהירות סבוב הרחיים מזיעים האבנים מבחוץ ונדבק בהם אבק מקמחנמצאים כמה פעמים ע"ג הנפה איזה חתוכות בצק יבשים מאד וקשים ליפרך שנראה כי מכח נדנוד הרחיים הם נופלים מהקמח הנדבק בזיעה ההוא ומתערב שם.

ובאים לשאול ע"ז בבהמ"ד ולכן אמרתי אלקטה באמרי"ם. מפי סופרים.

לדעת מה יעשה ישראל. ועזרי מעם ה' לבל אכשל בדבר הלכה.

ואני טרם אחל'ה אמרתי לחקור בזיעה זו מהיכן מתהוית כי לפי האופנים ישתנה הדין כאשר יבא לקמן בע"ה. ויש אומרים שהוייתה מלחות השרשות שבתבואה הנטחנת וראייתם שבכל רחיים נמצאת זיעה ורק הבדל יש בין רחיים קטן לגדול שבגדול לפי רוב מהירותו לטחון תבואה רבה בזמן מועט מתהוה זיעה רבה משא"ך בקטן.

וכן אינו דומה זיעת תבואה לתותה הנטחנת לשאינה לתותה והזיעה ההוא יוצאת מנקבים המצויים בטבע באבני הרחיים הנקראים בלשונם פארוס ע"כ ואם אמת כדבריהם נלע"ד דאין כאן חשש כמ"ש בפסחים ד"מ בחריכת שני שבלים יחד דלאביי אסור משום דנפקי מיא מהאי ובלע אידך וכן בחצבא דאבישונא ס"ל דאי זקיפא אסיר ולרבא דקי"ל כוותיה בא"ח סי' קס"ג ס"ל דשרי משום דמי פירות נינהו ואינם מחמיצים ע"ש והגם דנשאר לחוש לתערובתם עם מים בשעת לישה דקי"ל בסי' קס"ב דמ"פ עם מים ממהרין להחמיץ מלבד מ"ש לקמן ע"ז בע"ה עוד לעד"ן דל"א ממהרין להחמיץ רק במ"פ דפירי אחריני משא"כ במי פירות דתבואה מינה ובה ומלבד דזה מושכל ראשון דאל"כ אחר



שהנסיון מוכיח דבכל תבואה מצוי לחות ומוציאים ממנה שמנים ובודאי דבשעת טחינה מכובד ודוחק פירש שמנה לחוץ אלא שחזר ונתערב בקמח, איך לשים אותה עם מים ולחוש למ"פ עם מים אם לא דמינה ובה אין לחוש.

וכן משמע ממ"ש התם לא לימחי איניש קדרה בקמחא דאבישונא דילמא לא בשיל שפיר ואתי לידי חמוץ. ולא אשתמיט שום פוסק להחמיר ולומר דהחשש שמא יבא לידי חמוץ דמ"פ עם מים זולת שמא ישהה כשיעור חימוץ דמים פשוט.

ואדרבה הטור בסי' קס"ג כתב אין מוללין קדרות ואפי' בקמחא דאבישונא ואם איתא מאי אפילו. אדרבה בקמחא דאבישונא ראוי להחמיר יותר משום שממהר להחמיץ מקמח אחר אם לא דפשיט"ל כמ"ש: אבל יש אומרים דזיעה זו מתהוית מהלחות השרשית דאבני רחיים עצמם המצויה בטבעם ומריבוי התנועה וסבובם יוצאת לחוץ כאשר יקרה זיעת האדם בתנועתו.

ולפ"ז מן הראוי לדמותה לזיעת האדם. או למרבה לזיעת החומה (דלכאורה לא דמו לזיעת החומה כתב המ"א בסי' קס"ז דטעם המחמירים משום שהחומה עיקרה מעפר ומים והזיעה היא מאותם המים משא"כ באבנים הללו כמוכן) וא"כ הוא הנה מצאנו להרא"ש ז"ל בפסקיו פ' כל שעה גבי מתניתין האשה לא תשרה את המורסן שתוליך בידה למרחץ אבל שפה היא על בשרה יבש דחדוש דסופא הוא דאעפ"י שהוא מזיעה לחלוחית זיעתה אינה מחמצת ע"ש הנה ס"ל לזיעת אדם אינה מחמצת וכן בזיעת חומה הביא שם מ"ש הרא"ם ז"ל שק מלא קמח וכו' שנתן אצל החומה ונתלחלח מן זיעת החומה אע"ג דתנן פ"ב דמכשירין זיעת בתים בורות שיחין ומערות טהורה זיעת אדם טהורה פ"א אין מכשירין מיהו מחמיצין מידי דהוה ארוק וכו' וכתב עליו לא ידעתי למה דימה זיעת חומה לרוק ולא נדמה לזיעת אדם ששניהם אין מכשירין וכו' ולכאורה יפלא מאי קוש' לדמות לזיעת אדם והלא הרא"ם הביא כל המשנה זיעת בתים וכו' וזיעת אדם ואכולהו קאי דאע"ג דאין מכשירין מחמיצין ואע"ג דתנן אבל שפה הוא על בשרה יבש ישיב הרא"ם שתזהר לנקות בשרה טרם הזיעה כמ"ש הרא"ש שתזהר לנקות בשרה טרם שתשתטף במרחץ, אבל י"ל דלהרא"ש ס"ל דאם זיעת אדם מחמצת א"א לתת לה רשות לשוף בשרה שמא תזיע לאנסה ולא תרגיש משא"כ שטיפת מרחץ דמדעתה הוא, ועיין בפר"ח סי' תס"ו שהרגיש גם הוא על הרא"ש, וכפי האמור ניהא דמכח הנז' פשיט"ל להרא"ש שגם הרא"ם לא יכחיש בזיעת אדם דאינה מחמצת ורק באגב סיים סיפא דתנן במכשירין ואיהו לא קאי רק על זיעת בתים וכו' ועיין בראש יוסף ז"ל שכתב בפשיטות דהרא"ש ס"ל בדעת הרא"ם דזיעת אדם אינה מחמצת (ויש מהפוס' דס"ל בדעתו דמחמצת וגם בא"ח דע"ב ע"ג כ"כ משם הרא"ה) מ"מ דעת הרא"ש ברורה דס"ל בין זיעת אדם בין זיעת החומה אינם מחמיצים וכן הטור ז"ל בסי' תס"ו הביא דברי הרא"ם וכתב מה שדימה זיעת החומה לרוק שמחמיץ הוה מסתבר לא"א הרא"ש ז"ל לדמותו לזיעת אדם שאינו מחמיץ ע"כ ואע"ג שהשיב הרא"ש על הרא"ם בלשון לא ידעתי וגם הטור לא כתב רק הוה מסתבר וכו' דמשמע לכאורה דלענין הלכה מודה הרא"ש להרא"ם, מ"מ לעד"ן שא"א לומר כן דהא אשכחן להרא"ש ז"ל בפיה"מ דמכשירין כתב וז"ל זיעת בתים פ"א דרך הבתים הבנויים בתחתית ארץ וכן בורות

ומערות להזיע אעפ"י שאין בהם מים ואותו זיעה לא חשיבא משקה וכן זיעת האדם אפי' שתה משקים טמאים דהזיעה מגופו יצאה ולא באה מן המשקין ע"כ, ופי' דברי הרא"ש כך הם דמר ניהו גילה דעתו דזיעת בתים אינה באה מכח מים כלל, וזיעת ארם אעפ"י שראינוהו ששתה משקין ומסתבר דזיעה מנייהו הוי.

כתב דמגופו יצאה, ותרוייהו אין מחמיצים והרא"ם ז"ל פליג גם בזיעת בתים דגם היא באה מכח מים כמו הרוק, ולזה כתב תמיהתו בלשון לא ידעתי כלו' דלדידי דאין בבתיים שום מים פשיטא שאין לדמותם לא לזיעת אדם וכ"ש לרוק דתרוייהו באים מכח מים אלא גם למטונך דגם הם באים ממים מ"מ יותר מסתבר לדמותם לזיעה דהגם שהוא מכח מים מ"מ יציאתה דרך נקבים אינה גלויה כ"כ ואמטו"ל אינה מחמצת, ודכוותה ראוי לדון בזיעת בתים הנעלם מוצאה ולא לרוק דניכר וגלוי יציאתו בדרך רחב ממקור מים כשקת מהמעין ולהכי מחמיץ, ואנכי לא ידעתי למה דימה וכו' ומשו"ה כתב הטור ג"כ בלשון הוה שש מסתבר וק"ל: ודע כי הרא"ש ז"ל איננו יחיד בדבר הזה כי גם הרמב"ם ז"ל כתב כמוהו בפי' אותה משנה וז"ל זיעת בתים הבתים אשר הם במקומות השפלים מן הקרקע וגם המערות ונקרות צור הם עשויים להזיע ואפי' אין שם מים והודיענו כי הזיעה ההיא אינה משקה וכו' וכן זיעת אדם וכו' ואפי' שתה משקין וכו' ע"ש וכ"ך בהלכות טומא' פיו"ד בה"ט והיו"ד ע"ש דמבואר דזיעת אדם אפי' שתה והזיעה אינה משקה וזיעת בתים וכו' מצויה גם בלתו מים קודמים לה כלל.

וא"כ מהיכא תיתי שיחמיצו גם ידוע תדע שיש מי שעלה ע"ד לומר דטעם זיעת בתים וכו' דאינה מכשרת לאו משום דלא חשיבא משקה אלא משום שלא נתלשה ממקום חבורה ואם נתלשה לא נתלשה ברצון דאז גם משקה גמור אם חסר אחת מאלו אינו מכשיר כמפ' במכשירין וברמב"ם הטו"א פי"ב ע"ש ולעד"ן שא"א לומר כן חדא דמאן פסקא שלא היתה זיעה מרובה כ"ך עד שנתלשה לפירות וע"ש פ"ד.

דמשקין מטמאין בכל שהוא וא"כ כל שהכניסו פירות לשם נקרא רצון כמ"ש גבי זיעת מרחץ מים וע"ש בכ"מ הטעם דכשמכניס פירות לשם מן הידוע שיוכללו בהכרח והוי לרצון וזה נמי דכוותה ועוד תנן התם הבריכה שבבית והבית מזיע מחמתה וכו' טמאה. ופי' הר"ש מחמת הבריכה מכשרת ומטמאה אבל שלא מחמתה הוייא זיעה מהבית וטהורה ע"כ והרי מוכרחים אנו לומר דשלא מחמתה דומיא דמחמתה כלו' שנתלשה מחבורה ברצון ועכ"ז טהורה וטעמא ודאי משום דזיעת בית לא חשיבא משקה כלל ולפ"ז מ"ש הר"ש סוס"א דמכשירין תוספתא המסדר קנקנים בכפה אעפ"י ששאבו יותר מלוג אינן בכי יותן ופי' דמיירי בקנקנים של עץ שהם חדשים ומחמת חום הכפה נתמצו מים לתוכם מלחלוחית העץ א"נ דרך כפה להיות מלוחלחת ומתוך כך כלים שבתוכה מזיעים מים אינן בכי יותן אם היו בתוכן פירות ע"כ דנראה לכאורה דנקט בתוכן פירות לאפוקי חוצה להן והחילוק בזה משום דבתוכן לא נתלשו ממקומן משא"כ חוצה להן א"א לומר כן שלא יהיה פירושו הב' שהוא זיעת בית ממש סותר מש"ל דגם בנתלשו ברצון אינה מכשרת ועוד שלא יהיה פירושו הא' ג"כ סותר למ"ש הוא עצמו סופ"ד דמים היוצאים מעצים לחים כמי פירות חשיבי לכל דבר וכבר ידוע דמ"פ גם אם נתלשו ברצון אינן מכשירין וא"כ מה מקום לחלק בין תוך לחוץ ותו דגם בתוכן אמאי לא חשיב

נתלשו ממקומן מתוך העץ ע"ג הפרי דומיא דשרץ דכשפירש על דופני כליאו ע"ג הפרי חשיב פירש אלא ודאי דטעם הדבר לאו משום שלא נתלש אלא מטעם דלאו משקה הוא ומאי דנקט בתוכן לאו דוקא אלא משום דסיפא גבי מי חטאת מוכרח שנתערב הזיעה עם המים תוך הקנקנים נקט גם ברישא שהפירות היו בתוכן ומן האמור סרה תלונת הפוס' על הרא"ש ז"ל (ועיין בראש יוסף) דמאי יליף חמץ מהכשר דהאיכא הכי ואיכא הכי דעיקר ילפותא הוא דזיעה מוכח דאינה משקה כלל ואם שרשה מהמים אמאי לא תכשיר.

וכיון שידענו שאינה מהמים לזה פסק דלא תחמיץ וכן מזה נתבאר שנמצא חבר טוב להרמב"ם והרא"ש ז"ל הוא ניהו מני"ר הר"ש ז"ל דזיעת בית הגם דנתלשה ברצון לא תכשיר משום דלא חשיבא משקה וכאשר הוכחנו לעיל וממילא דין הוא שלא תחמיץ וכן הב"י בסי' קס"ו הביא דבהגמ"י פ"ה כתבו להתיר זיעת החומה כדברי הרא"ש ע"כ והשתא ממילא רווחא שמעתתא שבשה"ט שם סתם כדברי הרא"ש ודעת הרא"ם כתב בשם וי"א ואנן קי"ל הלכה כסתם דהינו טעמא מפני ששני עמודי הוראה הרמב"ם והרא"ש קימי בשטה חדא וכבר השרישנו בהקדמתו ז"ל דהעיקר אצלו ג' עמודי הוראה ואפי' שנים מהם וכ"ש דהכא הרי"ף ז"ל לא גילה דעתו בזה וכ"ש דהר"ש והגמ"י קיימי כוותיהו אך בזאת יש לעיין במה שפסק בסי' קס"ז ס"ז גבי חטים שנתלחלו מלחות הבור והארץ דבבטול בעלמא סגי להו.

ולכאורה דהינו זיעת החומה ולפי האמור לעיל הרי כבר פסק דאין שם חמץ כלל אבל הא נמי ל"מ היא כי שרש דבר נמצא מתשו' הרשב"א באלפים סי' ע' הכתובה במיוחדות להרמב"ן סי' קס"ה הביאה ב"ו סי' קס"ז שכתב משם הרי"ף ב"ג ז"ל בשם רה"ג דחטים הנז' יש בהם משום חמוץ והרשב"א ז"ל חשש לדבריהם אלא שכתב דכשהם טוענים וכו' בבטול סגי להו.

ובתשב"ץ ח"ג סי' כ"ג נשאל ע"ז והביא תשו' הרשב"א הנז' וסיים ואני חושב שאין לזיעת הכתלים דין מים להחמיץ ודין מי פירות יש להם שאינם מחמיצים והביא ראיה ממכשירין וכו' ואעפ"י שכל זיעה אינה אלא מחמת רטיבות המים כיון שנבלע בכתלים יצא נו מתורת מים לענין הכשר וה"ה לענין חמוץ ע"כ ומר בריה הרשב"ש ז"ל שם בהגה פישר בזה וכן בתשו' סי' תל"ה כתב וז"ל שאם החטים האלו נתלחלו מזיעת הכתלים לבד אין בהם משום חמוץ מהראיה שהביא א"א ז"ל ואם מחמת שהמגורה שאבה מים מפיה או מצדדיה כגון שיש בצדדיה ברכת מים יש בהם חשש חמוץ דהא תנן ברכה שבבית וכו' ע"ש והנר מדקדוק לשונו שכתב כגון שיש בצדדיה ברכת מים מוכח דלא חשש זולת כשרואים עתה ששואבת מים מצדדיה ולא שידענו ששאבה מים מקודם ועתה נתיישן הדבר דבזה י"ל שנשתנה טבע המים ההם מחמת ישון וכאדם ששתה מים ואח"ך הזיע אלא דבאדם משתנה טבע המים תכף משא"כ במובלע בקרקע ובזה א"ש דלא פליג על מ"א ז"ל כלל דס"ל דכל זיעה אונה אלא מרטיבות ועכ"ז אינה מחמצת ובזה הפליגו על דעת הרא"ש ז"ל דאילו לדידיה ס"ל דזיעה אינה מכח מים כלל ולהכי אינה מחמצת (והרא"ם ס"ל דמכח מים אתיא כמ"ש מ"א ז"נ) ולדידהו הגם שעיקרה ממים מ"מ אם נתיישן הדבר נשתנה טבעה מלהחמיץ וס"ל להרשב"ץ ז"ל דלא כהריב"ג דכל ששאבה מים גם מתמול גם מחמצת ואתא הרשב"ש לומר דמ"מ אם אנו

רואים שהברכה בצדה והשתא הוא ששואבת ל"א תכף נשתנה הטבע כאדם אלא שמחמצת ובזה ניחא מה שלא הביא התשב"ץ ס' הרא"ש ודעמיה לסיועיה נגד דברי הריב"ג משום דלא קרב זה א"ז דטעם הרא"ש משום שעיקרה אינו ממים ואם ס"ל להריב"ג כן הוה מודה להרא"ש דלא קאמר להחמיר רק בזיעה הבאה מרטיבות מים ואמטו"ל אתא הרשב"ץ לומר דאפי' אם נאמר כן אין כאן חשש חמץ ועיין להרב יכין ובוועז ח"א סי' קמ"ב גם הוא שנשאל בזה וז"ל ולענין הדין אומר שכבר הורה מ"ז הרשב"ץ שזיעת הכתלים שבבורות וכו' (אעפ"י שעיקרה מרטיבות מים) שדינם כמי פירות שאינם מחמיצים וכו' אם לא נפלו עליהם מים (ר"ל על המגורה ושאבו הם ממנה) ואם נפלו עליהם מים וכו' אעפ"י שריא"ג אוסרהרשב"א מתיר לאחר הפסח וכו' הנה גם הוא ז"ל הלך בעקבות אבותיו הק' לחלק בין ששואבת המגורה והבור מים מחדש לשאבה בישן וכ"ש אם נאמר שאין למים עיקר בזיעה ההיא.

וא"כ כזה יש לחלק בפסקי הש"ע מזיעת החומה ללחלוחית הבור ואין דבר סת"ר ח"ו ושור"ר להרב כסא אליא"ו בסי' קס"ז הרגיש בזה וכתב שהרשב"ש השוה אותם בתשו' ע"ש וכן יש לפרש הך דהגמ"י בשם סמ"ק שהביא הב"י סי' קנ"ג דגן שצמח מלחלוחית הארץ שהוא חמץ גמור דאיירי ששאבה הארץ מים וממנו נתלחלח ומ"מ הוברר להלכה שדעת מרן דזיעת חומה אינה מחמצת וכ"פ מור"ם בזיעת אדם והפר"ח סי' תס"ו כתב דנקטינן בתרוייהו דאין מחמיצין והביא שדעת ר"י כהרא"ש ע"ש.

איכו השתא יש לתמוה במ"ש המ"א ז"ל בסו' תס"ו סק"ה ויש אוסרין צ"ע דאדרבא הרוב אוסרין הרוק וגם הרא"ש לא חלק עליו למעשה (כלו' מדכתב לא ידעתי) וגם ברמזים (פסקי הרא"ש) כתוב סתם דמחמיץ וכ"מ לשון הטור (מדכתב הוה מסתבר) רק בהגמ"י כתב להתיר ע"כ דמכל האמור תראה דרבים וכן שלמים קיימי כשטת הגמ"י ולשון הרא"ש והטור כבר ביארתי הקדש לעד"ן ש דעתם להלכה והוא מוכרח מפיה"מ להרא"ש גם מ"ש דברי"ו כ"כ עיינתי בנתיב ה' ח"ה ושם כתב דברי הרוקח וסיים ולמטה אכתוב שהרא"ש חולק עליו, וכן מצאתי להא"ר ז"ל שאחר שכתב דדעת הש"ע להתור ודקדק כן מהדרישה ורק הלבוש מחמיר תמה על המ"א שכתב שהרוב אוסרין ומ"ש דברמזים אוסר העור שמצא ברמזים על קלף ישן שהשמיט זה והביא שבס' אמרכל על קלף מתיר ע"ש, וכן יש לתמוה על הגו"ר ז"ל בא"ח כלל ד סי' ט' שהביא דברי הרוקח וכתב דהרא"ש מודה לא לענין הדין והוכיח זה ממ"ש הרא"ש כלל כ' סי' כ"ו בזיעת יין נסך וז"ל מכל אליו משמע דזיעה היוצאת מדבר חשובה כאותו דבר וכו' וא"כ גם זיעת בתים דעיקרה מכח מים חשובה כמים ע"ש, ואחז"ר מלבד שכבר הרא"ש ביאר בפיה"מ דזיעת בתים אינה מכח מום כלל גם למטוניה הראיה שהביא מהכללים אין הנדון דומה דשם מיירי ביין נסך בעין בתוך היורה ומפני החום עולה הזיעה מגוף היין לזה דן ידין דהוי כיון עצמו והוי דומיא לברכת מים דאייתי ראייה מינה דמגוף המים שבברכה מזיע הבית והוא מים עצמו משא"כ במים המובלע בבית ורק מרטיבותו מזיע הבית י"ל דגם בזה סובר הרא"ש כהרשב"ץ דאין דינו כמים ומאי ראייה, ופלא שהוא עצמו הביא חילוק זה שם למעלה מהריב"ש סי' רנ"ה וז"ל ומ"ש שאין כאן עצמות היין אלא הזיעה שלו זה היה בזיעה היוצאת מהלחות כדתנן זיעת בתים טהורה אבל הזיעה היוצאת מן החמין הרי היא כמשקין עצמן וכמ"ש הברכה שבבית וכו' וכבר הביא זה הרמב"ם פיו"ד

מהמ"א כל העולה מן החמין משקין הוא חשוב וכו' ע"כ, וממוצא דבר הנה מצאנו עוד חבר גדול להרשב"ץ מני"ר הריב"ש דזיעה הבאה מלחות מום אינה כמים וד"ב לחזק פס"ד דזיעת החומה לא תחמיץ וכמו שכתב בש"ע: אלא דעכ"ז עדיין יש לעיין במ"ש הח"י בסי' תס"ו סק"ז עמ"ש הש"ע דזיעת החומה מותר וז"ל לכאורה משמע דמותר לגמרי קאמר אפי' עם מים וא"ץ לאפות אותם מיד כמ"פ עם מים משום דהוי תולדה בפ"ע וכמ"ש הב"ח וכו' אבל מדברי הגהת סמ"ק הבי"ד ב"י בסי' תנ"ג ובנ"ץ בשם מהרי"ל כתב דאע"ג דאינם מ"פ דינם כמ"פ עם מים שממהרין להחמיץ וכו' וכ"כ בסי' תנ"ג סקכ"ב גבי זיעת בהמה והצ"ע או הוה תולדה בפ"ע ועוד כשנתייבש המ"פ בתוכו אולי אינו מחמיץ וזהו טעם הי"א שבטור דאכילת עכבר הוי מ"פ ואינה מחמצת אבל בהגהת סמ"ק משמע דאף כה"ג מחמיץ ע"ש, ומדב"ק נראה דאשתמטתיה תשו' הרשב"ץ דחשיב להו מ"פ.

ומ"מ לכאורה יש לתמוה דלו והי אלא מי פירות כיון שנתערבו עם הקמח ונתבטלו אמאי לא הוי דינייהו כמ"ש בסי' תס"ב דמותר ללוש ביין אעפ"י שא"א לו בלי תערובת מים בשעת הבציר הואיל וכבר נתבטלו קודם שלשו העיסה, ואע"ג שהאחרונים עמדו בזה מדין חטה שנמצאת בדבש דאינה מותרת רק אם לא נתערב בהם מים הנה חלקו בין מים מרובין למועטין והכא הזיעה מועטת, ובפרט לתי' הח"י שם סקי"ב דאמת דנתערב ונתבטל אינו גורם מהירות להחמיץ וגבי חטה ל"א אלא שצריכה שמור כשיעור חימוץ הרגיל ולא היא כחטה במ"פ לחוד דאינה מחמצת כלל ע"ש, ואמאי כאן חשש למהירות החימוץ, ואפ"ל דלא דמי דהתם הבטול היה טרם בואם אל הקמח שחזרו המים להיות יין טרם פגשם בקמח משא"כ הכא דתחלת תערובת היה בקמח וכשיפגשו במים חו"ן טעמם בקמח.

ובפרט למ"ש הכנה"ג דגם ביין ל"א דנתבטלו רק כשנתערבו כשהוא תוסס וכן אם נתערבו ונתבטלו דתסיסה ובישול מהדר להו כאותו דבר שנתערבו בו משא"כ בתערובתם בקמח ולכן עדיין ספקו דהח"י ז"ל במקומו ועכ"ז לעד"ן דיש להקל מכח ס"ס המתהפך וזהו שמא הזיעה הוי תולדה בפ"ע ואת"ל דהוי מי פירות שמא כשנתייבשו בקמח שוב אינם ממהרין להחמיץ.

והגם כי הרב משאת משה הא"ח ד"ח ע"ב הוכיח מדברי הטור ומ"ש עליו האחרונים בסי' תס"ו גבי חלב שנפל על חטים וכן מהגהת סמ"ק שהביא הב"י סי' תנ"ג וממ"ש הפר"ח סי' תס"ו ס"ה דמ"פ הגם שנתערבו ונתייבשו בפגשם במים ממהרין להחמיץ ע"ש מלבד כי הרב נחפה בכסף ח"ב ד"ז תמה עליו ממ"ש הפר"ח בסי' תס"ב וז"ל דע דאם נתבטלו מ"פ שוב אין לחוש אם ילושו אח"ך עם מים וכמ"ש הרשב"א סי' תפ"ה ורמב"ן סי' ק"ו ודלא כהגהת סמ"ק וכו' (נהי דמצא סתורה מהפר"ח עצמו ויישבו מ"מ הרי המשאת משה הביא גם מהטור וכו' ומה נענה) וא"כ חזרה מחלוקת בנתייבשו והס"ס במקומו עוד בה הנה המ"מ עצמו שם מצא תרופה בנדונו ממה שהוכיח מהטור והר"ן דמעט מ"פ שנתערב אין לחוש לו אם באו עליו מים אח"ך שימהר להחמיץ והשתא לדידיה איכא תרי ספיקי דאת"ל דלא הוי תולדה בפ"ע שמא בנתערב מעט כגוונא דנ"ד אין לחוש ולדידן תלת ספיקי הוה וכ"ש למ"ש החת"ס בא"ח סי' קנ"ג באמצע התשובה

דמ"פ עם מים הוא חמץ נוקשה וקי"ל נוקשה דרבנן ע"ש (אלא דהבית אפרים סי' מ' כתב דנוקשה דמ"פ הוא מדאורייתא) ויותר מזה עיין לו עוד בסי' קפ"ו בתערובת בצלים בחטים (היא שאלת הב"א ז"ל) שהגם שעלה ע"ד להחמיר מפני כי הבצלים חריפים עכ"ז חזר והיקל מטעם שמרקדין ואם יש איזה עגולים נשארם למעלה ע"ש וה"ן בנד"ז הם מרקדים הקמח בבית אחכ"ז עיינתי בס' שד"ח מע' חו"מ סי' יו"ד ושם ראיתי באות וי"ו ח' ט' אסף בחפניו רבנן בתראי המקילים בתערובת מעט מ"פ עם מים שבטלים בששים וכן אם נתייבשו ובפרט אי עבוד ריקוד וכן בס' ח' אוכ"ז וסי' י"ג אויו"ד האריך במח' אי מעט מים לתוך מ"פ הוא שממהר להחמיץ או כשהוא להפך וראה שמה כי הרבים הם הסוברים דמעט מים לתוך מ"פ הוא שממהר (ונד"ז הוא מעט מ"פ לרוב מים) וגם בס' י"ג הביא דברי הגאון חכמה ומוסר להקל במעט שנפל לרוב גם דליכא ששים דאזלינן לקולא בדרבנן ועוד דשמה ה' כהרי"ף והרמב"ם דמ"פ גם עם מים אין מחמיצין ואת"ל דמחמיצין שמה ה' כמ"ד דמעט מ"פ אין מחמיץ ומכ"ז רוחא שמעתתא בנד"ז להקל וכמש"ל והגם דבקולת ס"ס יש לעמוד ממ"ש מור"ם בס' תס"ז דאין להקל באכילת חמץ מטעם ס"ס מלבד מ"ש הב"ח וכ"ך יד המלך ה' חו"מ פ"ד הי"ב דל"א כן רק בנפלו מים על כל הכרי משא"כ כשברור שיש תערובת שאינו חמץ עם המסופקים בו מועיל ס"ס וה"ן הרי ודאו יש תערובת שאין שם שום ספק עוד הנה השו"ג סק"ז כתב דדעת מרן להקל בס"ס וכ"ך הפר"ח שם להלכה ואנן אתכא דידיה סמכינן וכן עיין לשד"ח שם סי' ב' או"א אסף הרבה פוס' דלא חיישי לדמור"ם והביא מהגאון מהרי"ץ אלחנן ז"ל דכיון דטעם מור"ם הוא משום דחמץ הוא דבר שיש לו מתירין הנה שאגת אריה סי"ץ ופר"ח סי' תס"ו ורעק"א סי' ס"ה כתבו דסס' פד"ר מהני גם בדבר שיל"מ גם כתב משם חיים של שלום סי' ס"ט הגם לדעת רמ"א תלתא ספקי מהנו ע"ש וא"כ בנד"ד דאיכא תלתא ספקי ומכל הנז"ל יש די והותר להקל גם אי הויא הך זיעה כמי פירות עם מים: וזאת תדע דמ"ש הח"י בס' תס"ו סק"ו דאם הזיע מהבל וחום המים דהרי הוא כמים אינו ענין לנד"ז כלל דהתם מיירי שיש כלי וברכת מים חמין ומהבל היוצא מהם מתהווה הזיעה דז"פ דדינו כמים וכמוש"הוכיח הרב זה ממתניתין דמכשירין ע"ש משא"כ הכא דבמקום הרחים אין שם מים אבל מ"מ עדיין צ"ע במ"ש הרב קרבן נתנאל פ' כל שעה סי' כ"א דבשנת התק"א בפראג מצאו שהכלי שהקמח נופל לתוכו מהרחים היה מזיע וכו' ומחמת הזיעה נדבק בפשתן המתוח בדפנות הכלי עיסת בצק כמו אצבע ונסתפקו אי זיעה זו היא מלחלוחית התבואה והו"ל מ"פ או שבאה מאויר קר ולח שהיו בשעת הטחינה וחום הרחים והוי תולדה למים ולא הקילו רק משום הפס"מ ובריקוד אחר ריקוד ואפיה קודם הפסח ע"ש דנראה דמשום ס' דפגישת אויר קר עם חום הרחים יש להחמיר משום תולדה דמום ומאן מפיס להצילנו מזה גם בנד"ד אבל לעד"ן ממה שיתבאר לקמן דלפום דינא אין לחוש לזה גם בנפל מים ממש כשנתערב ובטל בששים ונאפה קודם הפסח וכמו שיתבאר בעז"ה וכ"ש בנד"ז דהבצק נמצא ברחים ולא בכלי שהקמח בתוכו ושאני נדונם דמדוקדק בדברי הרב שברור שהאויר היה קר וניכר היטב שהיה בו לחות וגם בכלי ליכא למתלי בזיעת עצמו כרחים והיה קרוב הדבר דהוא תולדה דמים ולא הוה בריר להו דהוה ששים נגדו אלא בספק ולפיכך לא הקילו אלא בריקוד אחר ריקוד והפס"מ וטוב לדחוקי נפשין בהכי ולא ליהוי מעשה לסתור דברי התוס' ז"ל

אשר נביא בעה"ו: והוא כי הנה בסי' תמ"ז ס"ד פסק הש"ע אם נתערב החמץ קודם פסח ונתבטל כס' אינו חוזר וניעור בפסח לאסור במשהו ויש חולקים ואנן קי"ל הלכה כסתם עיין בבעלי הכללים ובכנה"ג ומט"ש בח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל דכלל גדול הוא זה ובפרט שרמ"א בהגה שעליו סומכים כל בני אשכנז הגיה וז"ל ונוהגים כס' ראשונה בכל תערובת שהוא לח בלח וע"ש בט"ז סק"ז ובסי' קנ"ג סק"ב ובמ"א סי' ת"ל דפשיט"ל דקמח בקמח הוי לח בלח וא"כ אמאי חשו רבנן להחמיר אם לא ממ"ש או אפ"ל עוד דס"ל כמ"ש הט"ז בסי' תנ"ג דקמח בקמח לא הוי לח בלח אלא אם נתערב ואח"ך נטחן ולא בנתערב אחר הטחינה ונדונם הוה אחר הטחינה ועכ"ז נראה מרבנן בתראי דניידי מזה כי הרגישו על פסק הש"ע עמ"ש בסי' תמ"ב וז"ל דבר שנתערב בו חמץ ואינו מאכל אדם כגון התריאקא וכו' אעפ"י שמותר לקיימו אסור לאכלו עד אחר הפסח ע"כ והוא לשון הרמב"ם בפ"ד מה' חו"מ וכתב שם המ"מ דטעמו משום דס"ל כמ"ד חוזר וניעור וכ"ך בכ"מ שם בפ"א וגם בב"י סי' תמ"ז וכ"ן ממה שהגיה מור"ם שם וז"ל ולקמן בסי' תמ"ז ית' די"ח ומתירים אם נתבטל קודם הפסח והכי קי"ל ע"כ וא"כ לכאורה הוא סותר לסתם הש"ע שבסי' תמ"ב וראיתי להט"ז ז"ל כחולק על מור"ם שכתב דגם למ"ד אינו חו"ן מודה בתריאקא משום דהוי החמץ מעמיד לה ע"כ והח"י השיגו כי אשתמיט ליה מ"ש הכל בו דהראב"ד פליג על הרמב"ם בתריאקא ואנכי לא ידעתי מדוע לא שמו לב למ"ש המ"מ וכ"מ דטעם הרמב"ם משום דס"ל חו"ן ולא דוקא במעמיד ובזה כבר מפורש בטור ב"י דרבים חולקים) גם המשאת משה חא"ח סו' ב' הרגיש בסתירה זו על הטור וחילק וז"ל ושמא י"ל דאע"ג דס"ל להריב"ה דאינו חו"ן היינו דוקא היכא שנתערב האיסור כ"ך עד שאינו נראה יפה אכן לגבי תריאקא קסבר דאין תערובתו עולה יפה וחמץ שבו קאי בעיניה ולא מבטיל כולי האי וכו' ועין להח"י סי' תס"ז סקי"ד (לדבריהם קשה מה שציין מור"ם על סי' תמ"ז וסיים והכי קי"ל דלדבריהם תריאקא דומה ליבש וביבש קי"ל בסי' תמ"ז דחו"ן) והפ"ח בסי' תמ"ז סק"ד תי' דהמחבר מחלק כמ"ש רי"ו דבנתערב ממילא אינו חו"ן ובעירבו בידיים כתריאקא חו"ן ומ"ש המ"מ דס"ל להרמב"ם חו"ן לאו מדין תריאקא אלא מלשונו שכתב דבר שנתערב וכו' ומר"ן לא חש להעתיק לשונו מפני שסמך עמ"ש בסי' תמ"ז דאינו חו"ן אי נמי מרן ס"ל כחילוק רי"ו והמ"מ לא ס"ל לחלק כן ע"כ (מ"ש בא"נ לא זכיתי להבין דהא גם מרן בכ"מ ובב"י כתב דס"ל להרמב"ם דחו"ן בלי שום חילוק) והעולת שבת בסי' תמ"ב סק"ד כתב דאעפ"י שדעת מרן דאינו חו"ן מ"מ כתב דין תריאקא דנ"מ לנתערב תוך הפסח ועיין למאמר מרדכי ז"ל דקלסיה לתי' זה, לחלוקים הללו אפ"ל דמ"ש מור"ם ולקמן ית' וכו' לא בא לחלוק אלא לפרש ולומר דמרן הגם דתפש לשון הרמב"ם לא פסק הלכה כמותו דחו"ן בכל גוונא רק בזה פסק כמוהו אבל בגוונא אחרני לקמן ית' דס"ל אינו חו"ן והכי קי"ל) והשתא מדברי כולם למדנו דדעת הש"ע בנתערב ממילא קודם הפסח והוא לח בלח כגוונא דנ"ד דאינו חו"ן וכ"כ מהרימ"ט ז"ל ח"ב באו"ח סי' א' דדעת מרן דאינו חו"ן.

רק אכתי צ"ע במה שהק' שם בזה ממ"ש הש"ע בסי' תס"ו דינו של מהר"י מוינא ז"ל בשק שנתלחלח דאם נתייבש לא מהני ריקוד משום דמיסריך ומתערב עם השאר וכו' ואמאי הלא בנתערב ונתבטל קודם הפסח קי"ל דאינו חו"ן. והוסיף להפליא כי המרדכי

שהביא זה בשמו הביא למעלה מזה דמהרי"מ עצמו סובר דאינו חו"ן (זאת אשתמטתיה להגאון פני יהושע בתשו' ז' דהחליט בדעת מהרי"מ דחו"ן וגם שם לא העיר על מר"ן זולת על מור"ם ואמאי) ותי' משם רבו דטעם מהרי"מ בזה משום שדרכם היה לאפות תוה"פ ואז חוזר ונ"ט בשעת לישה ואפיה דומה לחטה שנמצאת בתרנגולת דאם עודנה בתוכה וחממוה נותנת טעם מחדש (דומה לזה דברי הט"ז בסי' תנ"ג סק"ב שחילק בין נתערב קודם טחינה לנתערב אח"ך דאז האפיה היא שעושה אותו כחתיכה אחת ולפיכך אסור לאפותו תוה"פ אלא שהוא אמר לגזור גם קודם פסח אטו תוה"פ והרב לא החמיר רק תוה"פ דוקא) אבל מני"ר לא ס"ל לחלק בהכי אלא דלא דמי בילה דמשקין דהיא טעמו ולא ממשו לבילה דקמח בקמח דיש ממשו קיים ע"ש ועיין בשכנה"ג סי' תס"ו בהגב"י תמה ע"ד רבו עמ"ש תה"ד דהמנהג להקל בלח בלח ושהסמ"ג כתב דקמח בקמח הוי לח בלח ותי', שיסבור דמהרי"מ פליג בזה על הסמ"ג (ואפ"ל שיסבור כמ"ש המ"א סי' תס"ו סק"ט דאע"ג דקמח בקמח בטל בס' כיון שיש פירורין בעין חו"ן ע"ש) ומ"מ השכנה"ג אסיק שם להחמיר הגם שאופים קודם הפסח כוון שעושים תבשילים מהמצה תוה"פ (כן מנהגנו ג"כ) בשעת הבישול חוזרת לתת טעם.

גם הפר"ח סי' תס"ו סק"ד אעפ"י שתמה ע"ד מוהרי"מ ט"ו ורבו ז"ל ועל חדוש השכנה"ג מ"מ קיים דעת הש"ע בהך דמהרי"מ דה"ט דפסק כמוהו או מט' מהרי"מ ט דמש החמץ קיים או משום שיש מח' בדין חו"ן וכן יש מח' בקמח אי הוי לח בלח לא רצה להקל בצירופם יחד ע"ש. וכן ראיתי להרב פר"ש ז"ל כ"ד סי' א' הביא דברי הגו"ר בכלל שהוא סיו"ד שהיקל בתערובת קמח ונאפה קודם הפסח גם לעשות ממנו תבשילים תוה"פ והשיגו שאין זו עולה לדעת הש"ע והאחרונים עש"ב וא"כ הדרן עלך נ"ד לגהות לך מזוור בכחא דהתירא ומאין יבא: וראיתי אחרי רואי להרב בית דוד א"ח סי' קצ"ד וסי' קצ"ח האריך בזה והביא דברי מהרי"מ ט ורבו ז"ל וע"ד שכנה"ג תמה ואמר שאם המשהו עצמו מתבטל ומותר לאכלו איך נחמיר בטעמו שיתן בשעת חמום ה"ז אומר מטמאין לא טמאוני ואתה טמאתני וכו' ואסיק דגם אם אנו מוכרחים לחלק איזה חלוק לדעת מהרי"מ.

אבל בדברי הש"ע אין אנחנו צריכים לשום חלוק אלא דס"ל בפשיטות דקמח הוי לח בלח ותערובתו בס' אינו חו"ן ומ"ש דינו דמהרי"מ אינו אלא בדליכא ס' ולא הביא דינו אלא מפני החדוש דמהני ניהול במלוחלח ולא בנתייבש כי ליכא ס' הגם שנשאר העיסה ע"ג הנפה משום דמיפריך ומפנ"ז לא כתב כלשון מהרי"מ דחמץ בפסח במשהו אלא שאסור לאכלו בפסח וכ"כ הלבוש בלשונו דמירי בליכא ס' וכשמתבטל בס' אינו חו"ן לא בשעת אפיה ולא בשעת חמום ועל חלוק מהרי"מ ט בין בילת משקין לבילת קמח הביא רבים לוחמים והוכיח דכוותיהו פסק הש"ע עש"ב.

גם הרב מאמר מרדכי בסי' תנ"ג סק"ג האריך בזה וסמך בכל כחו ע"ד הלבוש ותמה על המחמירים גם בדאיכא ס' שלא ראו דברי הלבוש (הפנ"י בתשו' הנז' ראה והשיג) וכן תמה על המ"א ז"ל דחייש לפירורין (כן תמה עליו גם הדב"מ בא"ח ד"ך ע"א) ואסיק להקל באפיה קודם פסח וכן השו"ג בסי' תס"ו סק"ט אעפ"י שהאריך לישב דברי מהרי"מ ט ועשה בסיס נכון לחשש המ"א בהעברת פירורין וכו' לסוף כתב שבא מעשה



לידו בש' תצ"ח שנמצא עיסה יבישהבקמח והוא אסר והרב דב"מ ז"ל התיר והודה לו כיון שהשואל הוא מהתופסים ס' מ"ד דחמץ אינו חו"ן ובש' הת"ק נדפס ספר הב"ד וראה שכתב כהוראת דב"מ ע"ש נמצאת למד דאיכא מערכה מול מערכה בדעת הש"ע נמי הללו מחמירים משום מפריך גם בדאיכא ששים והללו מקילים בדאיכא ששים וצריכים אנו למיצוי הדין והנה ראיתי להפר"ש ז"ל שם דהגם שהוא מן המחמירים וכמ"ש מ"מ נטה להקל בשעה"ד והפס"מ מכח ס"ס שמא הלכה דאינו חו"ן ואת"ל דחו"ן שמא בלח אינו חו"ן והרי רבים סוברים דקמח הוי לח בלח ואת"ל דהוי יבש שמא אחר לישה ואפיה מתערב יפה לכ"ע (מה שהוצרך לתנאי שעה"ד והפס"מ לחוש לס' המ"א דפירורין והיקל בהפס"מ מפני שראה הא"ז כתב בשם הדרישה כמ"א ז"ל ועכ"ז אמר דבשעה"ד יש לסמוך ולהקל) והגם שהס' האמצעי של הרב ז"ל לכאורה הוא מתהפך וחומרא משום דיש ספק דקמח הוי יבש וי"ל שמא כמ"ד חו"ן ואת"ל אינו חו"ן שמא הוי יבש ולכ"ע חו"ן כסתם הש"ע בסי' תמ"ז מ"מ נשארו שני ספקות להרב דשמא אינו חו"ן ואת"ל דחו"ן שמא אחר אפיה גם בקמח אינו חו"ן ואני מוסיף ע"ד הרב ז"ל בזה דלדידן דאחר פסק הש"ע אין לנו הרהור עוד וכ"ע פשיט"ל בדעתו דס"ל דאינו חו"ן רק דקיימא באפייהו הך דמהרי"מ ז"ל הנה יש לעשות בזה ס"ס שמא לא הביא דמהרי"מ רק בדליכא ס' ואת"ל גם בדאיכא ששים שמא אין דין זה רק בנאפה תוה"פ וכי תימא דכ"ז שייך רק אם נתבטל החמץ בדיעבד אבל הכא דשרינן להו לטחון לכתחלה ולסמוך אביטול הו"ל מבטלין איסור לכתחלה ואנן קי"ל ביו"ד סי' צ"ד דאין מבטלין גם לזה יש להשיב דמלבד דהטור בא"ח סי' תנ"ג כתב דאין כונתו לבטל אלא לטחון (הגם דרבים חולקים בזה) ומדברי הט"ז שם סק"ב נראה שמר"ן תפש טעם זה לעיקר עוד בה דהכא טרם הטחינה אין שם בירור דיש חמץ ברחים דכמה פעמים אינו מזיע כלל וגם כשיזיע אין ברור שנפל ממה שנדבק שם בקמח הזה שאנו דנין עליו עד שעת הריקוד שאז נמצא ונודע למפרע שנפל ואין לך שוגג גדול מזה וכבר נתבאר שם דבדיעבד בשוגג מותר ועוד דבנד"ז בעל הרחים טוחן קמח אחרים בשכר ולא לעצמו ובעל הקמח אין אתו יודע מתערובת זו ולא ניח"ל בהכי וע"ש מ"ש הט"ז סק"י בשם רש"ל עמ"ש הש"ע דגם לנתבטל בשבילו אסור דה"ד כשידע זה שנתבטל בשבילו וניח"ל משא"ך וכו' וכ"מ ממ"ש הב"י טעם האיסור לנתבטל בשבילו משום דאי שרית ליה אתי למימר לגוי או לעבד לבטל וכשלא ודע ולא ניח"ל לא שייך קנם זה ועוד דממש"ל לא ברירא מלתא בזיעה זו דהיא תולדה דמים ודאי דאפשר דהיא תולדה בפ"ע ואין כאן חמץ ברור וא"כ ע"ש ביו"ד לכנה"ג בהגה"ט אוי"ו אסף מלהקת הפוס' דהיכא דאין האיסור בודאי אין בזה משום אין מבטלין איסור לכתחלה ובזה הו"ל ביטול זה כהוגן ואינו חו"ן וכמ"ש: אמנם עדיין יש לברר דכל מש"ל הוא עפ"י היסוד דקי"ל כמ"ד אינו חו"ן ואנן בדידן מעשנו מוכיחים דנקטינן כמ"ד חו"ן דהא מבררים החטים משעת קצירה וכמה דקדוקים אחרים ומתוך דברי הב"ד והשו"ג האמורים לעיל מוכח דלא הקילו רק למאן דלא נהוג כמ"ד חו"ן ע"ש וכן הוא מושכל ראשון אלא דגם לזה מצאתי תרופה בנ"ד ממש"ל דבכאן זיעה זו אינה ודאי חמץ רק ספק וכבר כתב מרן בבד"ה סוס"י תנ"א דגם למ"ד חו"ן אפשר שהוא מודה כשאין שם חמץ ידוע אלא חשש והגם דמני"ר כתב זה בדרך אפשר עיין להרב משאת משה ח"א סי' ב' שכתב כן בפשיטות ועיין להח"י בסי' תס"ו

סקי"ג שאעפ"י שהסכים לדברי המ"א בטעם מהרי"מ משום דמיפריך ויש שם פירור מ"מ כתב משם שא"ז דאם יש ס' אם נתלחלח ממ"פ או ממים ונתייבש יש לאכלו בפסח מס"ס דשמא ממ"פ ואת"ל ממים שמא לא נתערב בו כלום ע"כ, וזה דומה לנד"ז ממש וכ"ש דאנן בדידן דמחמירינן להו משוה"ד הוא דהא ודאי אנן אתכא דמר"ן סמכינן דס"ל דאינו חו"ן.

אלא מצד חומרא וחסידות בפסח עבדינן הכי ואי"כ עיין בברכ"י בסי' תס"ב אוי"א שכתב דבעה"ק ת"ו אף מי שנוהג כמ"ד חו"ן אינו אלא בודאיחמץ לא בדאיכא ספק אי מעיקרא היה איסור חמץ ונתבטל וא"כ די בזה להתיר גם לדידן ועוד בנד"ז יש סניף אחר להקל כיון שהעגולי בצק הם קשים ואינם נפרכים רק בחוזק יד ועיין להדב"מ ח"א סי' למ"ד מאי דשקו"ט רבנן בענין זה ובתר כל השקו"ט אסיק וז"ל לכן הנלע"ד בזה יותר להתיר דאף למ"ד לחוש לחו"ן מ"מ יודה הכא דשאני הך דמהרי"מ שנפלו מים על קמח ולא נילוש ביד ולא נתקשה יפה ולפיכך בשעת ריקוד מיפריך וכו' אבל זה שקשה כאבן וכו' היכי ס"ד לומר דבשעת הריקוד מיפריך וכו' ע"ש ודון מיניה לנד"ז שקשים כי קרוב הוא לומר דלא מיפריך בריקוד ותנועה קלה ובזה סליק כחא דהתירא בנד"ז ולא ללמוד לענין אחר ח"ו כי הענין משתנה מינים ממינים ואין לך בכל זה אלא לפי הענין ומקומו ושעתו ודבר בעתו ולמוד'עי אני צריך כי אחרי שובי עיינתי בס' שד"ח ז"ל חלק דברי חכמים בסי' וב"ק ושם החמיר ברחים של קיטור ותמהתי מכל האמור שו"ר לו בח' אסיפת דינים מע' חו"מ סי' יו"ד או"ג שחזר על למודו והביא בידו להקת גאוני הדור המקילים בה מן הטעמים שכתבנו וזולתם ובאו"ט כתב משם ס' שאלת שלום דזיעת רחיים הללו עדיפא מזיעת החומה דהתם עיקרה מטיט שיש בעיקרו תערובת מים ולכך הרוקק מחמיר משא"כ כאן דאין מים עש"ב וש"ש שכוונתי לדעת גדולים.

יה"ר נזכה לאמתה של תורה: יורה דעה סימן א' ע"ד השו"ב הממונה מזה כשלשים שנה בכמה עיירות שו"ב לרבים ולא נמצא עליו שום דופי ועתה נמצאו עמו ב' ת"ח במקולין ובדקו אחריו ומצאו סרכא דבוקה מהאומה לדופן ושם הדופן שבור ונטרפה הבהמה ואחד מהם יצא לפרסם קלונו ברבים וכו' עד שמחמת ביזויו ברבים הוכרח לעזוב את העיר ועתה בא להתרעם כי ידוע הוא בחזקת כשרות ומלבד סמיכתו שבידו עוד בידו עדות משותפו שו"ב שני אשר שרת על רבות בשנים ויודעו שהוא זריז וחרוץ ומרגיש בסרכא דקה מן הדקה ומתנצל בפעם הזאת כי יש בידו תעודת הרופא שהוא חולה וטרם צאתו לשחוט שתה סם הכינא שטבעה לשעמם המוח ואולי משגה הוא מחמת זה ומביא אומדנא לזה דהא גם אחר שמצאו הראו לו ולא הרגיש וגם אם הרגיש איך לא מרתת שיתפם כגנב זהו תורף הענין: תשובה שרי ליה מאריה לחכם שסיבב לו הלבנת פנים אפילו אי הוה דינו דין טבח שיצאה טריפה מתחת"י והו"ל להוכיחו בינו לבינו ולקיים דברי חז"ל כסהו כלילה וכמה גדול הלבנת פנים צא ולמד ממעשה תמר ודוד השיב כלפי סנאיה הבא על אשת איש מיתתו בחנק אבל המלבין וכו' וכ"ש בפני ההמון שהוא חלול ה' וכ"ש שהי"ל לחוש למחמירים לשבר הכלים והוי הפסד ממון ישראל שלא כדין וכמ"ש מור"ם ביו"ד סי' א' דאמרינן השתא הוא דאתרע חזקתיה ואע"ג דהט"ז תמה בזה הנה הש"ך והאחרונים סמכו על מור"ם יעוש"ב: וכ"ש שיש לדון שאין זה מסוג טבח שיצאה מתחת"י ולא מצד עצם הדבר דלמרן בסי' ט"ל א"ץ בדיקה כיון שכתבו ונטרפה

א"כ י"ל או שנוהגים כמור"ם שכתב להטריף או נמצא עוקץ בשבר שיש מחמירים גם לדעת מרן: אלא מצד ב' עניינים א מטענת השו"ב שנאנס ושגג מבלבול הכינא והגם דבסי'ק"ט כתב שאין לו התנצלות לומר שוגג הייתי והיא תשו' הרשב"א עיין בש"ך כתב משם מהרי"ו דלאדם יר"א ומדקדק במעשיו אין מעבירין אותו דודאי משגה הוא ושוב זה חזקתו ועדות חבירו מעידים שמדקדק במעשיו ועיין לפנמ"א ח"ג סי' ז"ך והשיב ר' אליעזר סי' ט"ו בכגון זה דאחר בדיקתו נמצאת סרכא המטרפת וכתבו שאין להעבירו שיכו"ל שוגג הייתי שמחמת המהירות מצוי מכשול כזה ומינה במכ"ש לזה דמלבד תליית המהירות יש עוד בלבול הכינה ובזה ניצול מפקפוק צ"ץ שכתב שכיון שאינו בקי לחפש בכל הריאה נק' פושע דהכא י"ל שהוא בקי אלא דבלבול הכינא אנסו ובלא"ה כבר העיר עליו הכתר כהונה ז"ל דאי משום חסרון בקיאות הנה כתב הרא"ש שילמוד ויתחכם ועוד מכח האומדנא שטען דאי הוה במזיד איך לא ארתת מהעומדים לתופשו כגנב ועוד דאולי מחמת דאירתת מנייהו גרם לו לטעות עיין לכ"כ ז"ל שם סי' ק"ח דתלינן בהכי דשוגג הוי ועיין לעבודת הגרשוני סי' ד"ן דטענת שוגג מהניא לשו"ב.

ב' מצד דזהו פעם ראשונה שיצאה טריפה מתחת"י וכתב מור"ם סי"ב דכפעם אחת ולא הוחזק בכך מותר לאכול משחיטתו והגם דהש"ך כתב דזה דוקא כשע"א מעידו והוא מכחיש שאז אין הדבר ברור הא לא"ה מעבירין אותו עיניך תחזינה מישרים כי מבוכה גדולה נפלה בפוסקים שטרחו לזווג בזה דברי מהריק"ו עם תשו' הרשב"א המחמיר באופנים ועד אחרן הגאון חק"ל ז"ל ביו"ד סי' קנ"ב לא הניח פנה וזוית בזה ובכלל העולה אסיק דגם בטבח דאית ביה משום חמדת ממון וכגון ששוחט לעצמו וכיוצא) אם יצאה טרפה מתחת"י וטוען שוגג הייתי ויש לתלות כן הגם שמעבירין אותו (לפי שעה) יקבל עליו דברי חברות ויחזור לכשרותו וזמן ההעברה במקום שחוזר לכשרותו עיין לכנה"ג יו"ד סי' ח"י ואהל יוסף סי' א' שדי אפ"י בשעה אחת אלא שהחק"ל שם בסי' קס"ט תמה על זה דהוי כחוכא ומשמע העכ"פ בהעברת יו"א נראה דגם הוא ז"ל יודה והכל לפי ראות עיני הדיין וענין קבלת דב"ח עיין למור"ם סי' קי"ט שאם נוכל לומר שבטעות נעשה לו סגי בקבלת דב"ח וכתב הט"ז היינו שיקבל ענייני פרישות שאין נוהגין כן יתר ההמון ע"ש ומכל האמור תבין שאפ"י נבא להחמיר בשו"ב דנד"ד יהיה די לו העברת יו"א וקבלת דב"ח והחכם שהלבין פניו יבקש מחילה ממנו ונסלח לו.

החותם בטבת ש' תפאר"ה לפ"ג וצוי"מ: סי' ב' שאלתני על עלה סלקא שנמצא חתוך בושט לאחר שחיטה מהו: תשו' הנה בש"ע סי' כ"ג פסק בסתם דשועור שהיה בגסה או בדקה כ"א כדי שיגביהנה וירביצנה וישחוט רוב ב' הסימנים ובעוף כשיעור הדקה וי"א דבעוף רק כדי שחיטת רוב סימן אחד בלי הגבהה והרבצה ולדבריהם אם התחיל לשחוט בעוף ויצא דם לא יגמור וכו' מפני ששהיית העוף מועטת מאד ולענין מעשה יש להחמיר כס' זו אם לא בשה"ד או הפס"מ שאז יש לסמוך על ס' ראשונה ומור"ם הגיה דבמדינותיהם המנהג להטריף שהייה כל דהו בין בעוף בין בבהמה ואם נמצא גמי מונח וכו' ונשחט עמו טרפה וכו' והוי שיהוי במשהו וטרפה ע"כ ובודאי דמור"ם מחמיר גם בבהמה וגם במקום הפס"מ וכ"כ להדיא הב"ח ז"ל דמיירי גם בבהמה והפר"ח כתב דהוי גם בהפס"מ ע"ע ומ"מ לכאורה המובן מדברי מור"ם דבין בבהמה בין בעוף אינו רק משום מנהג ולא מדניא ונפק"מ למקומות שאין להם מנהג אבל המעיין במקור הדין

בתה"ד סי' קפ"ה לבבו יבין דעוף הוא מהדין דשם איירי באוואזא וכתב דאין להכשיר שחיטה זו כלל (ר"ל אפי' בהפס"מ) משום דקי"ל שדין העוף במשהו כמו שחיטתו שהרי אם מצא חצי קנה פגום והוסיף עליו כל שהוא כשר ובנד"ד אי אפשר בלא שהיית משהו שהרי כשחתך הגמי הפסוק בשחיטת הסימן ע"כ הרי דמדינא אתי עלה ולא זכר מנהגא כלל וכ"ן מדב"ק בסי' קפ"ו שכתב טבח שקלקל השחיטה בדבר שאין אנו מחמירין בו רק בשביל חומרא יתירה כגון שהיית כל דהו בבהמה וכו' הרי לא כתב דשהיית כל דהו חומרא יתירה רק בבהמה ולא בעוף משום דס"ל דעוף הוא דין גמור ואפשר דכן דעת וי"א שכתב מרן וי"ל דגם דעת מור"ם הכי הוא אלא דכיון דסו"ס גם בבהמה נהגו להחמיר כעוף משו"ה כללם יחד אבל בעיקר, הדין חלוקים הם והאי מדינא והאי ממנהגא ולפ"ז בעוף לדעת הי"א שהחמיר כמותם מרן בשאין הפס"מ שהייתו בכל דהו בכל המקומות משא"כ בבהמה במקום שלא נהגו דצריך לשער השהיית לפי הדבר הנמצא חתוך וברוב הסכינים שהם יפים לשחוט ובשוחטים אי הוו ביה שהיית דשיעור הגבהה והרבצה ושחיטת רוב הסימנים וכמ"ש כ"ז בשמ"ח סי' כ"ג ס"ג והנה הרב פרי תואר ז"ל בסק"ו החמיר לדעת ההגה אפי' בגמי דק מאד וכו' וסיים דלדעתו ז"ל אין לאסור דפשיטא שהגמי נדחה מקמי חדוד הסכין ונשחט רוב הסימן קודם ששולט הסכין בגמי זולת אם היה הגמי רחב וממלא רוחב הסי' דבזה אסרינן ודוקא בעוף אבל בבהמה אם קדם ושחט הושט והיה הגמי דמן הנמנע שישחוט הקנה עד אחר שיחתוך הגמי פשיטא דאסור ע"כ ונראה דמה שהחמיר בבהמה ולא התנה בשיעור הגבהה והרבצה וכו' משום דקי"ל דנהגו להחמיר גם בבהמה בשהיית כל דהו ומ"מ בעוף אע"ג דמר ניהו רבה היקל כשאין הגמי רחב ומילי דסברא ניהו איהו דרב גובריה ורב חיליה אמרה אבל אנן דיד עניי אנן ולא מצאנו לשאר הפוסקים שחלקו בזה ובפרט כי קשה להבחין אם היה רחב וכמה.

נראה דיש להחמיר: והנה כשיש ס' אם נחתך עם השחיטה או אח"ז ראיתי להכנה"ג סי' כ"ג שהביא דינו של התה"ד ומ"ש הב"ח דגם בבהמה ומ"ש התה"ד דבעוף הוא מדינא הלא ממנהגא וכו' וסיים הוא בודאי נחתך אבל בס' נחתך עם השחיטה אין להטריף דדינו של תה"ד אינו אלא חומרא לפי המנהג אבל לא בספק נחתך דאפשר אפי' שהיית כל דהו ליכא וכן הוריתי הלכה למעשה ע"כ ואם דברי הרב גם בעוף והוא פלא חדא דלחלוחית הדיו עדיין קיימת שכתב דהתה"ד מטריף בעוף מדינא ולא ממנהגא כמ"ש עתה ועוד דכיון דהתה"ד מחמיר מדינא כבר כתב נוב"י מה"ת סי' ב' דאין להקל בספקו כיון דאתחזק איסורא ואם נאמר דהרב לא אמרה רק בבהמה דחמירא משום מנהג דוקא יקשה עלינו דברי הרב ב"כ ז"ל בח"א בבית דין סי' יו"ד דמירי בעוף ושקו"ט טובא בדברי תה"ד והביא דברי וכנה"ג ולח מצא להקל רק משום דעיקר האיסור הוא חומרת מנהג ע"ש והרי בעוף הוא מדינא וצא"ת ומ"מ לדעת הנוב"י ז"ל הנה ידעת דבעוף כיון דחומרתו היא מדינא נראה דאין להקל גם בספקו כיון דאתחזק איסורא זהו מה שעלתה מצודתי להשיב בשעתא דנא שאתה דוחק וצו"מ: סי' ג' שאלני רב רחומאי הי"ו מהו הדין אם מותר לצלות בשר בנייר פשוט ע"ג קרקע התנור וכן מה שהמציאו מחדש מין נייר פשוט לצלות בו ע"ג האש אי ש"ד (וצידד להתיר) ואת"ל דאסור מ"מ יש לשאול אם מותר על דף ברזל חלק המונח ע"ג פפור האש ואם צריך הדף להיות עקום וכו' זת"ד

הי"ו: תשובה חדאי נפשאי חדאי משאלת חכם חצי תשובה והגם כי כשל בעוני כחי מיסורי ב"ב ושמעתתא בעיא צילותא דחקתי עצמי לרגעים לכתוב שני אותיות לרוב האהבה א לכאורה נראה פשוט דשרי ממ"ש הטור בסי' ס"ה גבי מחלוקת בחוטין האסורים משום דם אי בעו חתיכה גם לצלייה כמליחה או לא סיים ואפי' למצריך חתיכה אם צלאו בלי חתיכה הן אסורין והבשר מותר וכן הקרום של מח צריך לחתכו ואם צלאו ולא הניחו על בית השחיטה הקרום אסור והמח מותר והק' הב"י דבסי' ס"ח פסק הטור שאם לא הניחו על בית השחי' גם המח אסור ות' דשם איירי שנצלה בעודו תוך הקדרה שהדם מתקבץ וכו' והכא מיירי שהוציא המח מהראש וצלאו על גבי האש דבכה"ג ליכא למימר שהמח נתבשל תוך הדם והוי דומיא דבשרשיש בו חוטין וכו' ע"כ ומדבריו למד הט"ז שם שמותר לצלות כבד כשהיא מוכרכת בנייר על האש ול"א דהנייר מפסיק בין הכבד ובין האש והוי כבישול מדשרי כאן המח תוך הקרום ע"ש וא"כ כ"ש הוא בנייר פשוט דשרי אבל ראיתי בס' תשובה מאהבה ח"א סי' פ"ד דחה דבריו וז"ל ואין הנדון דומה דהתם כיון שעיקר הדם הוא בקרום מהני האש דמידב דמא וכ"כ הב"י שם וז"ל כיון שהקרום שבו הדם הוא מונח על האש נורא משאב שאיב הנה עיקר הטעם משום שמונח עיקר הדם על האש ובקרום הדם בתולדתו אבל בנייר מפסיק מנ"ל להקל ורבו הנוב"י ז"ל שם הביא לו ראייה שהרי בסי' ע"ח קי"ל מליחת עצם מועיל למח שבקרבו ואם יעשה כלי עצם ודאי הו"ל כלי שאינו מנוקב משום דכך הוא הטבע מתולדתו שזב המח בעצם עצמו ולא בכלי עצם אחר ה"ה הכא נורא שאיב מקרום המח אבל לא בנייר ע"כ וכן ראיתי להרב בינת אדם שער או"ה כלל מ"א שדחה דברי הט"ז כנז' דלא דמי למח תוך הקרום דודאי כ"ז שהוא מחובר אינו מעכב אבל לאחר שהסירו אם מלח בתוכו אסור כמ"ש רמ"א ז"ל בא"ח סי' תצ"ט דאין למלוח ע"ג עור אלא כשהניחיהו בשיפוע אע"ג דביו"ד סי' ע"א מבואר דאין מליחת העור מעכב הדם משום דהתם מיירי במחובר ודלא כהא"ר ז"ל שהשוה אינו מחובר למחובר ע"ש והנה הגם דלעד"ן שיש ללמד זכות על הט"ז ז"ל דמה שדקדק התשו"מ ז"ל מלשון הב"י שהדם יהיה מונח על האש דוקא אי אפשר לומר שהוא בדקדוק דא"כ תינח לגבי דם שבקרום אבל לגבי דם המח עצמו הרי הקרום מפסוק ממנו לאש אם לא שנאמר דכונת הב"י בזה רק לדחות ס' מהר"י בן חביב ז"ל דפליג עליה וס"ל לאסור מפני שהמח מקובץ תוך הקרום ולא דמי לחוטין שבבשר ע"ז השיב דמה בכך שהוא מקובץ סו"ס כיון שהקרום סמוך לאש נורא משאב דם הקרום וגם דם המח שבתוכו אלא דדם הכנוס בקרום אינו מושך ולכך הקרום אסור והמח מותר ולעולם דם המח נמשך דרך הקרום וה"ה דרך הנייר שלא יפסיק וכן נמי במה שחלקו ז"ל בין מחובר מתולדה לשאינו מחובר (ונראה דכל מילי שוין אצלם בזה) ודלא כהט"ז והאליה רבה ז"ל לא זכיתי להבין מה יענו לפי זה במ"ש רבה בפ' כיצד צולין דע"ד האי מולייתא שרייא אמ"ל אביי והא קא בלעא דמא אמ"ל כבולעו כך פולטו וכוותיה דרבה פסקו הפוסקים ז"ל עיין ביו"ד סי' ע"ז דאפי' נמלח החצון ולא הפנימי אמרינן כבכ"פ ושרי הרי דבשר אחר שנצלה עם בשר מבהמה אחרת או עוף שאינו מחובר עמו מתולדה ועכ"ז מהני צלייה לשאוב דם הפנימי ואפי' לחלק בין בשר עם בשר לבשר עם דבר אחר מה שלא חלקו הם ליתא דהא בסוגייתא מייתו סייעתא לרבה מדרבין סבא טפליה ההוא בר גוזלא לרב (פירש"י היינו פשטידא והתו' אסרו פשטידא

שאנו רואים שמקומה בתנור יבש ופי' שהיו טופלים בבצק דק ע"ש) ואמ"ל אי מעלי טפליה הב לי ואכול הרי אפי' בבצק מפסיק מהבשר לאש לא חשו והגם דבסי' ע"ז אסרו כל טפלה משום בצק דחורתא דשריר (ואינו זב ממנו כפשטידא) וכיון דלא בקיאין אסרו הכל מ"מ הטעם הוא משום שאינו זב ולא משום שאונו מחובר מתולדה ונ"מ היכא דידיעין שזב מעט רק שאינו מתולדה.

ומה גם דלפי פשט הסוגייה נראה דלא אתשילו זולת לבצק טפלה אבל לבשר המונח בתוכה פשיט"ל דפלט דמו ונבלע בטפלה והשקו"ט הוא אי אמרינן כבכ"פ או לא ועיין בב"י סי' ע"ז דרק הגה"מ הם שכתבו בנמלח החצון ולא הפנימי דאסור גם הפנימי ונ"מ לנייר א"א דיש בו נקבים דקים הגם שאינו מחובר מתולדה הבשר שנצלה בתוכו יהיה מותר (דגם א"א בולע ואינו פולט מה אכפת דהנייר אינו נאכל והדמיון מהבדל בין מליחת העצם למח שבתוכו למולח בכלי עצם מי יתן לי ערב שאסור גם בכלי עצם דחזינן שמתמצה מגבו וגם אם יהיה כן יהיה הטעם מפני שהבשר ישאר משוקע בדם וכמ"ש הפוסקים דגם בכלי מנוקב יזהר שלא יסתום הבשר הנקבים וזה יש לו דמיון גם בעצם המחובר דהא הראש מפני שיש בה ריבוי עצמות וסחומים אי צלייה ולא אותביה אבית השחי' המח אסור מפני שנתבשל בדם שנתקבץ שמה.

כ"זיש לי ללמד זכות על הרב ט"ז ז"ל בהוראתו אבל לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה ונקל ח"ו נגד המלכים האדירים האלה ובפרט אם הנייר הוא סתום בלי נקבים כלל דגם בזה ודאי גם הט"ז יודה דמ"ש מפשטידא שאסרו התוס' ז"ל להדיא ועוד דאפי' נראה לנו שיש בו נקבים אנן לא בקיאין וכמ"ש גבי טפלה דאין לחלק משום חסרון ידיעה.

ועיון בב"י סי' ע"ח דגם העוף המונח בתוכו אסור כבשר שנתבשל בלא מליחה ומה נעמו דברי הג' מו"ה עוז"ר ז"ל בהגהתו לסי' ס"ח שדחה דברי הט"ז מהך דינא דטפלה דודאי לא עדיף נייר מזה ע"ש ועיין להרב בינת אדם שם שסיים וז"ל וכ"ש נייר דמעולם לא היה בו שום נקב ואפי' אם נימא דע"ג עור מותר היינו שיש בו נקבים מתחלת ברייתו ועוד דידוע דהאש מפליט במהירות יותר ממליחה עד שא"א שיצא הדם מהנייר וכ"ש נייר שכותבים עליו שלא יצא ממנו שום טפה ואפי' נייר פשוט שמסננין עליו יין מ"מ ידוע הוא שמעכב לצאת ומכ"ש דם דסמך ע"כ ואחר כ"ז מאן ספין להורות להקל כהוראת הט"ז ז"ל ולצלות בשום נייר מוכרך ע"ג בשר: ב) אבל בנייר פשוט ששואל כת"ר הנה לענין מליחה כיון שאין בו שום גומא כבר נגמר דינו מפי הרב מ"א ז"ל דהגם דנראה שאוסר למלוח ע"ג העור התיר כשהוא בשפוע והמח"א ז"ל תמה דמאי אריא שפוע והלא ביו"ד סי' ע"א פסק דבדף חלק שרי גם בלי שפוע ות' דבעור ימצא גומות קטנות וא"כ בנייר דליתנהו לא בעינן שפוע ולענין צלייה עליו בע"ג אש לקמן בע"ה ית' דשרי ורק משום שכת"ר הזכיר צלייה בתנור לכן צריך אני להקדים לבאר דין זה: ג) דלכאורה נראה לאסור ממ"ש הגאון צל"ח ז"ל בר"פ כיצד צולין בא לידי כמה פעמים שצלו כבד על חרסו של תנור גרוף מאש ואסרתי שאין מקום לדם לזוב ודמו כבולעו כך אכ"כ נבלע בתוכו ואין זה דומה לבשרא אגומרי דמסקי' לקמן דמשאב שאיב דשאני גומרי שטבע האש לשאוב הדם ואינו מניחו לחזור וליבלע בבשר ועוד.

דשם יש מקום לדם לזוב אבל חרסו של תנור אף שהוא רותח מ"מ אינו אש ואין טבעו לשאוב הדם וגר אין מקום לדם לזוב ואח"כ נתתי לבי במשנתנו אין צולין את הפסח ע"ג אסכלה שאינה מנוקבת דהטעם משום צלי אש אמ"ר ולא צלי מחמת דבר אחר ותיפו"ל משום דדם הפסח אינו נשאב אם לא דחום הבא מחמת האש שואב כאש ומיירי בתולין הפסח בשפוד ואינו נוגע באסכלה והדם זב לאסכלה: ושוב דחה אולי אין ראייה מזה דמיירי בפסח שנמלח כדינו ואח"כ צלאו כמ"ש התו' שם ד"ה כבכ"פ זתד"ק ונמצא לפ"ז שאין לצלות אפי' ע"ג קרקע התנור מב' סבות מפני שאין חום התנור שואב כאש ומפני שאין מקום לדם לזוב וחוזר ונבלע בבשר ומ"מ בתנור בוער באש כתב ה"ה הר הכרמל (הבי"ד פת"ש יו"ד סי' נ"ו סק"א) בסי' י"ד שנוהגין לצלות כבד תוך תנור האופה בשעה שבוער רחוק מהאש ואין חוששין לא משום שנתבשל בדם הזב תחתיו ולא להכשיר מקומו בתנור והכל מטעם שהאש שואבו ואין מניחו לבלוע ומכלהו ומייבשו ע"כ וגם ע"ז ערער פת"ש דלא שייך מכלהו ומייבשו אלא בדבר מועט כטפת חלב דסי' צ"ב ס"ו: אבל מצאתי לכנה"ג ביו"ד סי' ע"ו הגב"י אוכ"ה וכן בבעי חיי ליו"ד סי' קי"ז כתב דמסוגי' דפסחים דע"ד וחולין דצ"ג דאסיקו דבשרא אגומרי משאב שאיב מוכח דאפי' מאן דשרי דוקא בגחלים דשורפין הדם ושואבין אבל בתנור גרוף וכו' אפי' שיש שם חום הרבה ל"מ ולכן הנוהגים לצלות בו לא יפה הם עושים דשמא אחר שנפלט הדם חוזר הבשר ובולע מהדם כיון דאין בתנור אש שישרף הדם ומיהו בפ' כ"ץ דע"ה אבע"ל תנור שהסיקו בקליפי ערלה וגרפו ואפה בו את הפת מהו אמ"ל מותרת ופריך מדאמרינן תנור שהסיקו וגרפו וצלה בו את הפסח אין זה צלי אש דכתיב צלי אש שני פ' הא לא"ה צלי אש הוא ותי' גלי רחמנא התם וילפינן מנה ואיבע"א אי לאו דגלי רח' הו"א אש הוא ובערלה דאעצים קפיד רחמנא הא ליתנהו ע"כ מוכח ללי"ב דאי לאו צלי אש ב"פ הו"א דאפי' גרפוצלי אש הוא ופירש"י אאש קפיד רחמנא וחום התנור תולדת האש הוא ואם תתן בו בגד נשרף ונעשה פחם ע"כ וא"כ מוכח דאף גרוף בלתי פחמים אלא חום התנור לבד שורף בגד וה"ה דשורף דם ומצאתי בהגה כת"י למהרע"י ז"ל עמד בס' זה והשיב מלשון רש"י זה וכו' מוכח דשרי עכ"ל והרב דב"מ ז"ל ח"ג ביו"ד סי' ג' הביא דברי כנה"ג הנז' והוסיף דגם ליי"ק לא קאמר דילפינן בלאו אש אלא כלומר היכא דכתיב אש אמרינן דבעינן אש ממש כמו ערלה וכיוצא אבל היכא דלא כתיב אש כגון צלי דמי אמר שיהיה אש רק שיהיה כאש ששורף אנה"ן גם ליי"ק מודה דסגי וכגון תנור גרוף זת"דק ע"ש ולעד"ן אחה"ר דאי מהא לא ארייא ואדרבה כלפי לייא דלגבי דם לא אשכחן לרז"ל להדיא רק בשרא אגומרי וכן מרגלא בפומייהו נורא משאב שאיב וא"כ י"ל שטבע זה אינו רק באש ממשית ולא בתולדתה דהו"ל כמאן דכתוב בה צלי אש אבל גבי ערלה לא נמצא מפורש בה איסור אפייה באש רק איסור הנאה אמרו ואסר רבי משום שבח עצים וא"כ כיון דללי"ק גם בערלה לא חשבינן חום התנור כאש מכ"ש לגבי דם ושורף להחק"ל ז"ל ביו"ד סי' ל"ו תמה עליו מעין זה ע"ש רק מ"מ הודה בעיקר הדין דשרי מטעם אחר והוא כי התו' שם ד"ה וגרפו הקשו מאי מבוע"ל בתנור שגרפו לערלה והלא גם לרבי דאסר באבוקה קאמר בשלה ע"ג גחלים הפת מותרת ואפי' למאן דמוקי התם בגחלים עוממות מ"מ חומם גדול מחום התנור שגרפו ואפי"ה שרי ותי' דשאני גחלים שאין חומם בא מחמת השלהבת אלא מחמת עצמן ועפרא בעלמא הם

אבל חום התנור הגרוף מחמת שלהבת האבוקה בא שהוא גוף האיסור הילכך מבע"ל ע"כ מוכח מתי' דחום התנור עדיף מחום הגחלים אלא דמ"מ הפת מותרת בו וללי"ק לא חשיב אש משום דס"ל דבעי אבוקה ממש אבל לצלות הבשר כיון דמהני ע"ג גחלים ודאי דמהני על חום התנור זתד"ק ואחרי נע"ר מלבד דלפי יסוד הנוב"י ז"ל די"ל דוקא ממשות האש ואפי' בחום קטן י"ל ששואב ולא בחום דתולדתה אפי' חום גדול ומ"ש רש"י בפסחים דכ"ו כ"ש לתנור גרוף מגחלים הוא לגבי ערלה דאיסורה תלוי במציאות ממשות האש לתת העצים שבח וגחלים לא לזה כתב כ"ש לתנור וכו' דאין שם מציאות עצים כלל ומאי דק' לכאורה דבדע"ה מבע"ל בתנור גרוף והוא כתב זה בפשיטות מק"ו י"ל דכ"כ לפי המסקנא שאמרו הפת מותרת וס"ל דהוא מכ"ש) עוד אני תמה איך אפשר לומר שהתוס' תוך כ"ד הפילו היסוד דפשיט"ל בקו' דחום גחלים יותר מחום תנור אלא דפשט תי' הוא דנהי דחום גחלים גדול אינו בא רק מעפר ולא מעצים מה שא"כ חום התנור אם מעט הוא מ"מ מאבוקה בא שהיא האיסור וז"פ ולפ"ז מנ"ל למילף לצלי דדם מקו' הגחלים (במ"ש ניחא דפסח ע"ג גחלים אמר רבי צלי אש הוי ובתנור גרוף לא משום דחום גחלים עדיף מחום תנור ואפי' אם חום תנור עדיף מ"מ הוי צלי מחמת דבר אחר דאין ממשות אש בעין משא"ך גחלים וגחלים דפסח אגחלים דערלה ל"ק אפי' למ"ד לוחשות נמי שרי משום דהתם העיקר תלוי בשבח עצים וס"ל דגם לוחשות נמי חום הבא מן העפר הוא שכבר כלו העצים ועיין למהרש"ל ומהרש"א ז"ל בסוגיא והנלע"ד כתבתי) ועוד הנה המעיין בסוגיא התם יראה לכאורה דפשיט"ל דבכל מילי דבעינן אש תולדת האש אינה כאש כלי"ק דהא גבי מכות אש אי לאו דמכוח מכוח ריבה לא הוה בכלל זה רמץ וסוד וגפסים וכו' וכן קאמר התם גבי פרים הנשרפים וכו' ואע"ג דהני מילי תולדת אש נינהו כחום תנור גרוף: ומ"מ הדין דין אמת כמ"ש הרבנים ז"ל דהא התו' שם ד"ה נכוח בגחלת הק' דמ"ש דלעיל בתנור גרוף בעי למימר דהוי כאש ממש ומאי שנא סוד וגפסים מיניה והניחו הדבר בתימה ע"ש מוכח שתופשים עיקר כלשנא בתרא ולכן הניחו בתימה וכן אח"ז בד"ה הא לא"ה כתבו דהש"ס נטפל לתרץ תי' אחר משום ליי"ב ש"מ דהעיקר כוונתיה וללי"ב פשיטא דחום תנור גרוף הוא אש ממש וכמ"ש הכנה"ג ז"ל ועוד יגיד עליו ריעו דהא רמץ בכלל הני דאצטרפו לריבויא דמכוח משום שאינן רק תולדת אש ועכ"זאשכחן להטור סי' ס"ח כתב הטומן הראש ברמץ אי אותביה אבית השחי' דשפיר משאב שאיב וכן בש"ע סי' ס"ח כתב אם מלגו התרנגולת ברמץ וכו' ש"מ דגם תולדת האש הוי כאש לצליית בשר ומשאב שאוב דמא כמו שדנו הרבנים הנז' (והוא פלא איך לא זכרו מזה): אך מטעם הב' שכתב הנוב"י ז"ל שחוזר הבשר ובולע מהדם שזב מלבד שהרב פת"ש דחה דברי הר הכרמל שבדם מרובה אין לומר שהאש מכלהו ומייבשו הנה גם הר הכרמל ז"ל לא אמרה ודאו רק כשהוא סמוך לאש אבל ברחוק וכ"ש בתנור גרוף שאין שם אש כלל ודאי לא ואיך לא חשו הכנה"ג והדב"מ לזה וכבר תמה עליהם החק"ל ז"ל כן ולע"ד כי הכנה"ג ז"ל מלשונו שכתב לא יפה הם עושים דשמא אחר שנפלט חוזר הבשר ובולע מהדם וכו' מוכח להדיא דעל חששא זו קאי אלא משום דפשיט"ל מלי"ב ולשון רש"י שחום התנור שורף באש ממש ס"ל כהר הכרמל ז"ל באש דמכלה ומייבש וגם לדם מרובה ושאיני הך דסי' צ"ב דאינו מכלה רק מעט משום דנפל ע"ג הקדרה שיש בו רוטב ואפי' שלא כנגדו סו"ס



הרוטב הוא פושט לחלוחית אבל דופן הקדרה ולחלוחית החלב המרובה עם לחלוחית הרוטב גוברים יחד על חום האש משא"ך כשנפל על קרקע התנור דאין שום לחלוחית גובר החום ומייבשו והינו דאסיק מדכתב רש"י ששורף בגד ה"ה ששורף דם והדב"מ ז"ל נמשך אחריו אלא דצ"ע על מונח זה מסי' צ"ז דנראה דאין חום התנור מכלה הזב מהאיסור וכשיש הותר בתנור אפ"ל רחוק ממנו אם יש לחוש שזב הוא נאסר ועון בש"ך סק"ב הטעם משום דמספק"ל אולי הבשול מפעפע בכל התנור וא"כ כ"ש הכא שהדם זב תחת הבשר ממש אבל החק"ל ז"ל התיר מטעם אחר משום שאם בעת שלא נגמר צלייתו אמרי' איידי דטריד למפלט לא בלע וגם אחרי שנגמר הרי י"ל כבכ"פ ע"ש שהאריך בזה מדין שפוד דסי' ע"ו (גם בזה לא הונח לי הך דסי' צ"ז אמאי גם שם לא נימא הכו ואי משום דשם איירי בשומן וטבעו לפעפע הרי גם הצלי זב שומן עם דם ונאסר ויחזור לפעפע ואפ"ל משום דהתם איירי בפת או דגים עם שומן האיסור דאז טעם השומן נרגש בהם משא"ך בשר עם בשר דאינו ניכר כ"כ טעם האיסור בהיתר ולפיכך כשאינו מעורב השומן האסור עם דם מבואר בסי' ק"ח דמפטם אבל כשמעורב עם דם ודם טעמו קלוש לא חשו ועין בט"ז סי' ק"ח סק"א שהוא והב"ח התירו בנצלה בשר הנאסר משום דם כגון ששהה יג' ימים בלא שרייה עם בשר אחר בתנור משום דטעם קלוש ואין בו משום ריחא ולא חשו לשומן הזב עמו נראה מפני שמתבטל עם הדם) וא"כ אחרי דבריהם נלך דגם בתנור גרוף מותר לצלות בשר ע"ג חרסו דשפיר חומו משאב שאיב ואינו חוזר הזב לאסור הבשר: ובזה נסיים תשובה לשאלת כת"ר הנהה הר חק"ל שם ראה להפליג שיצלו שמה גם תוך מחבת משום דגם צלי קדר (בלי רוטב) לא אימעוט רק לפסח משום צלי אש אמ"ר ולא מחמת דבר אחר אלא דחזר בו מזה משום דהו"ל כלי שאינו מנוקב וכשא"מ מדינא דגמרא אסור למליחה וה"ה לצלי ומ"מ בדף פשוט של מתכת או על קרקע התנור עצמו התיר להדיא אם הם חלקים גם בלי מדרון ואם יש בהם גומות בעו מדרון הכל כדין מליחה וממילא בדף חלק או נייר על הפאפור שכתב כת"ר וגם בקרקע התנור ש"ד וכשאינם חלקים והיו בשפוע שיזוב הדם ולא נאסרו גם לצלות עליהם פעם אחרת וכמו שפסק בסי' ע"ו לגבי שפוד ע"ש ויען שכת"ר כעת שרוי בעיר שהאופים הם גוים אעתיק לו מ"ש הדב"מ בסוף התשו' ז"ל ומה שלא נהגו כן בלארסו מפני שהם תנורים של גוים ולא ידעי להזהר אם חם הרבה כדינו וגם מפני שהגוים צולים ויש חשש החלפה ע"כ כי כן עליה דמר מאריה דאתרא לשים עון בקורת וסיג לתורה וה יצילנו משגיאות וימ"ן אמן הדוש"ט באדר המהודר ש' אעתר לפ"ק והוא הק' א אליהו ילוז ס"טסימן ד' פה בא"י כשהיתה תחת מלכות תורכיא מלבד שכל משא ומתן בתבואות וסחורות וכל כיוצא בזה היה מתנהל במטבעות תורכיא כסף זהב ונחשת עפ"י ערכין הידועים לכל אחד בחש' הלירא היתה גם הלירא הצרפתית עוברת בכל מו"מ בערך הקצוב לה שהוא עולה מעמ"ט לסך ט"ו שילין וחצי מטבע מצרי והיה מורגל שכל המלואים או רובם בין לוו כסף או זהב או נחשת מצרפים חשבון הפרטים בכללות לכמה יעלו לירות צרפתים וכותבים שפ' נטל מפ"ל סך כו"ך לירות פ' זהב עין טו"ת ובאו לידו במושלם עספ"א כי לא היו מקפידים לפרט כל מין בפני עצמו יען לא היה שום נפק"מ לא למלוה ולא ללוה בזה כי שם הלירא הוא מוגבל כמה גרוש או שילינג יש בו ומצוים כל המינים בלי חסרון ויתרון מזה או מזה והנה ידוע כי מסבת

המלחמה הגדולה אשר כמוה לא נהייתה גזרה המלכות לאסוף כל הזהב להחליפו לבעליו במטבע כסף או נייר ואפי' ההולך ממקום למקום היו חוקרים אם יש לו מחליפים לו כנז' ואם יטמין היו קונסין אותו על זה ומזה עלה מחיר הזהב במטבעות ואפי' בתכשיטין וגרוטאות למרום קצו ולמשא ומתן בשוק אינו נמצא כלל ורק בהחבא בין הסוחרים נמצא בעלם ויוקר ועלתה הלירא צרפתית למחיר כ"ו שילינג והולך ומוסיף מיום ליום.

ואחר הכיבוש בכאן לאינגליה ופסלה כל מטבעות תורכיה והביאה תמורתם מטבעות מצרי הכריזה שכל מי שהוא חייב לחבירו לירות צרפתים מקודם יפרע לערך כל לירא רק ערך ט"ו שילינג וחצי כמו שיוויה מקודם ועתה המלוים תובעים לירא זהב עין ככתוב בשטרותיהם או לפחות המחיר אשר שוה עתה והלווים טוענים בזה שלא ישלמו רק לפי ערכה הקודם ודינא קא בעו: הנה ידוע כי הדבר הזה מעלה ארוכה אולם יען כי רבים מאלה דופקים בבהמ"ד ועתותי אין בידי אמרתי אלקטה באמרי"ם לפי קצורי ולפני מלכים יתייצב גומרה של תורה.

והנה אם היה הענין ששינוי המטבע שהוסיפו על משקלו זה פשוט בב"ק דצ"ו וביו"ד סי' קס"ה שאם הוזלו הפירות מחמת התוס' אפי' כ"ש מנכה לו התוספת ואם לא הוזלו אבל יש בתוספת המשקל יותר מחומש מנכה לו כל התוספת ע"ש ובנד"ז איכא הוספה בגוף הלירא יותר מחומש דהיינו שהוסיפה מט"ו שילינג עד כ"ו וגם לגבי דידה הוזלו הפירות הנקנים כי הגם שאנחנו הרואים שגם התבואות וכל הדברים גם הם הוקרו אין זה אלא יוקר תרעא שהרי גם לגבי השילינג שלא פחת ולא הוסיף הוקרו כל הדברים ומה שהיה שוה ט"ו עתה שוה יותר ואילו כשקונים בלירא לוקחים בה תוס' יותר משליש והרי לגבי דידה הוזלו ממה שהיו מקודם והיה הדין נותן לנכות הלוה כל התוס' משום רבית, אבל הכא עיקר העיון הוא מפני שלא נתוספה הלירא במשקלה רק שמשקלה עודנו כמות שהוא וממילא נתייקר מחירה ומצאנו להסמ"ע בחזו"מ סוס"י ע"ד שכתב דל"א לנכות רק בתוס' משקל דאז הוי פורעו במטבע אחר משא"כ בתוספת הערך מותר דאותו מטבע הלוהו והגם דסאה בסאה אסור מטבע מותר וכמ"ש הטושו"ע ביו"ד סי' קס"ב ע"ב והגם דגם לדידיה ז"ל י"ל דשאנ"ה דאין ללירא הזאת קביעות במחירה לכל דבר הנמכר בשוק זולת שנמכרת במשא ומתן בין הסוחרים והו"ל כדין פרי ובפרט שהוא מטבע זהב אשר מפורש ביו"ד דפירא הוי וא"כ דינה כסאה בסאה מ"מ הנה בב"י הביא מתה"ד וגם מור"ם בהגה הביא בשם יש מי שכתב דהאידינא נהגו להלוות דינר זהב בדינר זהב והתה"ד עשם מטעמים לזה ובפרט כיון שבשעת ההלוואה היה שער קבוע ללירא ומתי שהיה רוצה הלוה לפרוע היה מוצא לקחת בדמים ולפרוע כתב בב"י דשרי גם בזהב והביא לזה סמוכות מבעה"ת ע"ש ובזה קם דינו דהסמ"ע גם אם הלירא כמו סאה בסאה: זולת אם באנו לדין זה כסאה בסאה ולהתיר מטעמים הנז' הנה עוד עומדת נגדנו תיוהא רבא במ"ש להרה"ג כמהרי"ב ז"ל במהרי"מ"ט ח"ב ליו"ד סי' מ' במלוה גרוש בגרוש בין יוקרו בין יוזלו ונתייקרו במחירם בלתי שינוי משקל וכתב דכיון שבשעת ההלוואה היה להם שער קבוע היה מן הדין לפרוע ביוקר וכמו סאה בסאה אלא מכיון שקבעו זמן לפרעון הנה לדעת הרמב"ם ז"ל שגם בשהיה שער קבוע אסור והלוה יאמר קי"ל והגם שמהרי"מ"ט ז"ל שם פליג עליה מתרי טעמי או משום דכל שיש תנאי ברור (בין יעלו בין ירדו) לא אתי ס' אבק רבית ומפקע לחיוב ברור ועוד דגם הרמב"ם לא

אמרה רק שקביעות הזמן לטובת המלוה אבל גם כשיחזיר הלוה תוה"ז ניח"ל למלוה אין כאן איסור ע"ש וכן חילק הרה"ג מהרש"ח סי' ז"ך מ"מ י"ל דגם מהרימ"ט ומהרש"ח לא חלקו בדעת הרמב"ם כנז' זולת כשברור דהמלוה ניח"ל אם יחזיר לו תוה"ז ואנחנו הרואים כמה פעמים שהלויים רוצים לפרוע והמלוים אינם מקבלים רק עד כלות הזמן ובפרט שיש אילן גדול כמהרי"ב ז"ל שמחמיר ואינו מחלק בזה ואי מ"ש ז"ל דלא אתי ס' אבק"ר ומפקע לחיוב עינא דשפיר חזי להרב דב"מ ח"ב סי' ד' והבי"ד באמ"ח מוצירי ח"ב ביו"ד סי' ג' דגם בס' אבק"ר רבו החולקים על מהרימ"ט ומהרש"ח ז"ל דמחשש רבית נפקע גם התנאי וגם הם לא אמרוה רק בתנאי ברור וס' אבק"ר אבל אם יש מי שסובר שיש בזה רבית קצוצה גם אם יש המתיר לגמרי יודו דלא מפקינן מניה (עין בש"ך יו"ד סי' קס"א אהך דאם תפש הלוה באבק"ר דמפקינן מניה כתב נראה דוקא דהוי אבק"ר לכ"ע אבל כשיש סוברים דהוי רב"ק אין מוציאין) ומעתה עין רואה בב"י יו"ד סי' קס"ה שבתוס' משקל י"א דהוי רבית קצוצה וי"א אבק"ר ומינה נדון לסוברים דתוספת מחיר כתוס' משקל וכמ"ש לקמן בע"ה לדידהו נמי יכנס בזה מחלוקת הנז' וי"ל דגם מוהרימ"ט יודה דתנאי לא מפקע איסור רבית אלא לדידיה לא ס"ל להשוות תוס' מחיר כתוס' משקל אבל לדידן דאין בידינו להכריע בזה ודאי יש לחוש ולא נוכל להוציא מהלוה ובפרט לפמ"ש הדב"מ דרבים לוחמים על מהרימ"ט ז"ל גם באבק"ר ודאי יש ללוה קי"ל וכמ"ש הוא ז"ל ועין להרב דרכי נועם סי' כ"ד ולמ"ב גו"ר בח"מ כ"ד סי' אלף דמוכח שכיון שמיוקר המחיר איכא זולא דפירי וגם כשפורטים המטבע באחרים אנו מוצאים פרוטות יותר מחומש ממה שהיה מקודם אז לא גרע דינו מתוס' משקל דמאי שנא ועוד הנה גם מהרימ"ט ז"ל לא אמרה רק כשהתנאי היה ברור וכנדון דידיה שכתוב להדיא בין יעלו בין ירדו דאז נימא לא אתי ס' אבק"ר ומפקע חיוב ברור הגם דאין תנאי מועיל להפקיע רבית אבל בשטרי דידן מעולם לא כתבו כן והגם שכותבים שהפרעון סך פ' הוא לירות זהב עין טו"ת אין זה ענין לתשלום בין יוקרו או יוזלו רק שרוצה בתשלומין מאותו המין ואנה"ן לפי הערך של שעת הלואה ודב"ז מפורש בתורתו של מהרש"ך ז"ל בח"א סי' ס"ב בנדונו שהיה כתוב לשלם גרוש בגרוש ובעת הפרעון הוזלו הגרוש ודן שישלם כפי הערך שהיה בשעת הפרעון דהגם שרש"י ודעמיה כתבו בהתנה לשלם מעות במעות דמשלם ממטבע היוצא אין זה רק בזמן התלמוד שלא היה להם רק מטבע אחד והוקר או הוזל לפיכך אין לנו לפרש התנאי רק לענין זה שישלם לו כמו שהלוהו משא"כ בזמננו שיש כמה מטבעות זהב וכסף ונחשת אין כונת התנאי אלא שישלם לו מאותו המין שהוא טוב בעיניו ולא ממין אחר אבל מאותו המין ישלם לו כשעת הפרעון וטע"ז מספיק אפי' להוציא כ"ש להחזיק ע"ש ומינה לנד"ז דבשעת ההלואה וגם עתה יש כמה מטבעות לא היה התנאי על היוקר רק שיהיה הפרעון מאותו המין ולעולם לפי הערך משום דמצי למימר קי"ל כסוברים כן ולא עקרנא התנאי.

ועוד נראה ללמוד בהני שטרי דידן שכותבין בזה"ל לפרוע בסך עשרה ליי"פ וכו' שמלת בסך מורה התנאי להפך שאפי' אם יוקרו לא יפרע רק הסך שעולה ליו"ד לירות של שעת ההלואה וגם זה למדתיו מתורתו של הרב ז"ל בסי' ע"ב גבי הוזל המטבע דאע"ג שדרכו ז"ל לדון בזה לשלם כשעת הפרעון שם שהיה כתוב בסך גרוש כו"ך כתב מדלא

כתב בכו"ך גרוש כונתו שיפרע לו סך שיעלה לכו"ך גרוש שהיו שוים בעת ההלואה (עין באו"ג לימוד קצ"ד בפסק מהרי"ק שנראה שלמד מדב"ק להפך ואין פנאי להתישב בו) וכן דן אחריו מהר"א ששון סי' קנ"ג ומינה לנד"ד שכותבין בסך שהכונה לפרועכסך שיעלה לסך שהיה בשעת ההלואה וזה מצילנו מחשש תנאי דמהרימ"ט ז"ל דהכא לפי הנראה הוי איפכא כ"ז כתבתי לזכות הלוח מצד דין רבית ומלבד זה הנה הגם כי הרא"ש בכלל ע"א ס"ח והטור בנו בח"מ סי' ע"ד בתשו' הקוראנדום כתבו בפשיטות כדברי הסמ"ע ועיין בב"ח פי' כדבריו ממש מ"מ מצאנו נגדם אילן רבה ותקיף המאירי ז"ל הוב"ד בש"מ לב"ק על דצ"ז ע"ב שכתב להדיא על תוס' המטבע במשקלו וז"ל וכן הדין לדעתי בנתוסף המטבע או פוחת בערכו אעפ"י שלא נתוסף במשקלו ע"כ וכמחלוקת הראשונים בזה כן מחלוקת האחרונים עי' בכנה"ג ליו"ד סי' קס"ה ובח"מ סי' ע"ד ובמט"ש שם מערכה מול מערכה מהם שוה להם תוס' ערך כתוס' משקל ומהם מחלקים ממשקל לערך ופלא ששום אחד לא זכר דברי המאירי והחק"ל ז"ל בח"מ סי' קנ"ד אשר צלל במים אדירים בהוספת הערך ובירר כל דברי הפוס' בזה ונטה דעת עליון דזה בכלל היתר הלוואת מטבע במטבע ואפי' אם דינו כסאה בסאה מותר עפ"י יסודות ההיתר שבה וגם בקבעו זמן החליש ס' הרמב"ם מריבוי החילוקים שכתבו הפוס' בה והחליט מזה שאין ללוה לזכות בקי"ל בזה ובכל דב"ק לא זכר ס' המאירי והוא פלא כי אין דבר נעלם ממנו ז"ל אלא שראיתי לו במ"ב לח"מ סי' ט' שנשאל בהוזל המטבע בערכו אי משלם הלוה כהשתא דהוזל במשקל או כערך שעת ההלואה ואחר הפלפול בדקפ"ז ע"ב אסיק דמשלם כזולא דהשתא אלא שעמד לנגדו ס' המאירי דס"ל שהוא כמו פחת המשקל ותמה אמאי והא הו"ל מטבע במטבע ומ"מ גמר אומר דזה לא נמלט מספק ע"ש וא"כ לדב"ק אלו יש למוחזק לומר קי"ל ובהוספת הערך נמי ואמר הלוה קי"ל כיון שיש תוספת יותר מחומש והוזלו הפירות ולא יפרע אלא כערך הראשון ובסי' קנ"ד שביטל טענת קי"ל אינו אלא לגבי ס' הרמב"ם בקבע זמן שמצא כמה ריבוי ספקות בה.

ואנן גם בכגו"ד רואים אנחנו סוגיין דעלמא והספרים מלאים זה דכל שאתה מרבה ס' וס"ס אין מוציאין מיד המוחזק וגם הרב אבני האפוד ז"ל הנד"מ בסי' בענינים אלה זיכה בקי"ל: אפס כי עז מה שנמצאים בבעלי דינים אלו שלמים בהכשר דהיינו שראובן לזה משמעון סך כו"ך לירות ומוכר לשמעון קו"ט בסך זה וחוזר ושוכר המקנה בכו"ך לזמן פ' ומתחייב שבכלות הזמן מחויב לחזור ולקנות ממנו בסך פ' וכו' דנראה דאין בזה משום רבית כמ"ש מהרימ"ע יו"ד סי' ק"ג לגבי שכירות ומהר"א ששון סי' קנ"ג בס' אורים גדולים מלימוד קצ"ט ואילך לענין מכר והטבה ע"ש והלח"ר סי' י"ג השאיר דב"ז בספק ע"ש וא"כ אחר שאין כאן חשש רבית לכאורה נראה שישלם הלוה היוקר ולמאי ניהוש: אבל במעט התבוננות י"ל דנהי דחשש רבית ליכא ענין גזל איכא דהא זיילי פירי וגם בערך הלירא מגופה יש תוספת יותר מחומש ועין למהרימ"ט שם ביו"ד סי' מ"ד ואה"ע סי' ב' שעמד בזה בחילוף המטבע שהוסיפו במשקלו או פחתו דמלבד חשש רבית יש משום גזל דל"מ להרמב"ם והרי"ף והרא"ש שדנו בפחת המטבע שישלם הלוה הפחת כדין ההוספה שמנכה והרי בפחת אין חשש רבית אם לא משום גזל אלא גם להראב"ד דס"ל דמשונה הפחת מההוספה אין זה כ"א כשלא יש זולא דפירי והוספה יותר מחומש אבל כשיש שניהם פשיטא שגם הוא יודה שיש כאן גזל גמור ובהוספה הלוה ינכה ובפחת

ישלים ע"ש והא ודאי דמ"ש שם ביו"ד סי' מ' לדון בתוס' משום רבית ולא זכר ענין הגזל הגם דהיה תוס' כ"ך בגרוש אינו אלא משום שהיה תנאי ביניהם בשעת הלואה בין יעלו בין ירדו וכל תנאי שבממון קיים ולא נשאר לדון מחמת גזל רק משום רבית שאין התנאי מועיל וכו' וכ"כ שם לגבי רבית דגוי דהיה אסור לקחת ממנו משום גזל שאסור לגזלו כיש' לולא שקבל לפרוע מדעתו בזה פקע הגזל ומשום איסור רבית ל"ש בגוי ועיין למחנ"א הלכות מלו"ל סי' כ"ב שלמד כן ממהרימ"ט הנז' דיש איסור גזל ומה שלא עמד בזה בסי' מ' משום דהיה התנאי ופקע הגזל לפיכך לא עמד רק משום רבית ואין לומר שלא כ"כ מהרימ"ט רק כשיש הוספת משקל ולא בהוספה בערך שהרי בהקדס' מ' איירי בהוספת הערך בגרוש וגם מחנ"א ז"ל איירי בהוס' הערך בזולוטא ועכ"ז דנו לה כדין גזל ומעתה גם בשטרי מכר והטבה דליתנהו ברבית מ"מ אית בהו משום גזל ותנאי בשעת ההלואה כבר הוכרחנו מדברי מהרש"ך ז"ל שאין כאן שום תנאי לגבי יוקרא וזולא ואדרבה ממלת סך שכותבים יראה כונתם שהתשלומין בזמן הפרעון יהיה כערך דשעת ההלואה בין בזול בין ביוקר וא"ת לפ"ז הגם אם אין רבית יש גזל איך הגם שאסרו הלואת סאה בסאה התירו מטבע במטבע אפי' אם יוקר נהי דאין רבית הלא יש גזל די"ל דסאה בסאה דיש חשש רבית פסיקא להו דאסור בין בסתם בין במפרש גם אם תוקר דאין תנאי מועיל ברבית משא"כ מטבע אנה"ן במפרש דמכח תנאו מחל ואין שם גזל מותר אבל בסתם אנה"ן משום רבית ליכא אבל משום גזל היכא דיש להקפיד אסור ודין גזל ידוע במקומו ומהרימ"ט עצמו הרגיש שם בזה דאמאי בהוסיפו על המטבע שקו"ט התם בש"ס מענין רבית ולא מענין גזל ותי' כן דמשום דהבעיא שם איירי בין בסתם בין במפרש ובמפרש ליתא משום גזל להכי שקו"ט ברבית דבתרויהו שייך ע"ש ועוד אנכי הרואה לע"ד זכות תולה ללוה בנד"ז אפי' אם היו מתנים בפ' בין יעלו בין ירדו היה פטור כי היוקר בלירות דהאידינא משונה בכל דרכיו אי משום שבימי תורקייא לא היה המטבע עולה ויורד ובפרט מטבע הזהב שהמלכות עצמה עושה אותו מזהב השוה כערכו ואינה מרווחת בו רק מעט מזער והכל סומכים שא"א לפחות או להוסיף על ערכו ולולא המלחמה אשר כמוהו לא נהייתה וקבוץ כל המלכים את כל הזהב וגזרותם בזה עד אשר אבד זכרו ונתייקרו גם חתיכות הזהב בלי צורה ואין מטבעות הזהב נמצאים וכ"ש שאונם יוצאים בשוק לשום דבר ולא הי"ל שום קצבה מגזרת המלכות רק בין הסוחרים במסתרים וחדרי חדרים ולא נשאר להם שם מטבע דתלוי בצורתא אלא שם פירא התלוי בשם עצמו ושיויו (עיינן בזה בחק"ל שם סי' קנ"ד) מכח כ"ז ודאי דהוי מילתא דלא שכיח ובזה גם אם היה תנאי ברור נימא דהלוה לא ס"ד בעת התנאי ולא קבל עליה וכמו שמפורש בח"מ סי' נ"ה גבי פרע מקצת שטרו והשליש השטר בתנאי שאם לא יפרע לזמן פ' יחזיר השטר למלוה לגבות בו כל החוב וחלה או עכבו נהר שלא יחזיר השטר וכן בסי' רכ"ה מפו' דאפי' בתנאי מפורש אונסא דלא שכיח לא קבל עליה וא"כ ה"ן אין לך דלא שכיח גדול מזה ועיין לכנה"ג בהגה"ט שם הביא.

ממהרשד"ם ח"מ סי' ע"ה דעליית וירידת המטבעות אונסא דלא שכיח הוא והגם דהוא ז"ל כתב דבזמנם היה מצוי וגם חילק בזמנים דבזמנם היה תלוי הזהב בלבנים וכשהם דקים מתעלה הזהב וכשהם עבים הוא נפחת וגם זכר לנח"ר שכתב בסי' ס"ט דיוקו"ז דמטבע אונסא דשכיח מ"מ לא שמענו מימינו יוקו"ז במטבעות זהב גם יוקו"ז זה אינו

תלוי בשינוי מטבעות אחרים רק באסיפת הזהב וגם דלא בא מכח מאמר המלך אלא שהסוחרים עילוהו מחמת חסרון מציאותו כנז' ודאי כ"ע יודו דכל כה"ג לא ס"ד ולא קבל עליה: ועוד רבו יתירה אשתכח לזכות הלויים בנד"ז כי המלכות יר"ה תכף לכיבוש תלתה הודעות בכ"מ ונתנה קצבה לבע"ח כמה יפרעו ממטבעות מצריות סכום הלירא צרפתית לנושים במ מקדם ולפ"ז יצא הדבר ממחלוקת הפוסקים בין מצד הרבית ובין מצד הגזל כי כפי גזרתם כן יקום דבר כדקי"ל דינא דמלכותא דינא וכמ"ש הרמב"ם בה' זו"מ ומר"ן בח"מ סי' קצ"ד בזה"ל שכל דיני המלך בממון דנים על פיו ומסתמא משמע בין יש הנאה למלך בין לא ודלא כשאר הפוס' המחלקים בזה ובעה"ת גם מביא דבעסקי יש' עם ישראל אין לדון ביניהם דד"מ דלהרמב"ם ומר"ן משמע דאין חילוק בכ"ז ועיין בתשו' אבק"ר סי' וי"ו שגם שם אזיל בשיטת הרמב"ם בזה והגם כי מתשו' הרא"ש כלל ק"ג לכאורה נראה שחולק בזה שנשאל בפרכת המלך או הוסיף במטבע אם יש בזה דמ"ד והשיב לא ידענא מה שייך להזכיר בזה דמ"ד אם המלך עשה מטבע חדש שיצא במלכותו ופסל את זה לא בשביל זה גוזר להפסיד למלוה שהלוה מטבע יפה שיקבל גרוע המלך אינו מפקיד רק שיהיה הראשין נפסל והחדשיהיה למו"מ ואינו חושש אם יפרע הלוה כפי ערך הקודם או ערך האחרון הלכך יתן לו מהטוב שהלוהו ע"כ הנה תראה כו מור"ם בהגה ליו"ד סוס"י קפ"ה ובח"מ סוס"י ע"ד כתב ואם תיקן כיצד ישלמו החייבים דמ"ד וכמי מה שתיקן ישלמו ובח"מ סיים ויש חולקין וציינו ע"ז הריב"ש סי' קצ"ו והרא"ש כלל ק"ג והש"ך בשני המקומות תמה דבתשו' הרא"ש שם לא נמצא כן ובהריב"ש אדרבא איתא אפכא שכתב דמאחר שצויה המלך בפירוש בענין פרעון החובות שיקובל המטבע החדש בערך הראשון (ר"ל הגם שהוזל) ולא אמר זה באיש פרטי דמ"ד הוא זה וגם הביא מס' התרומות בשם הרמב"ן דבעסקו המטבעות דמ"ד וכן העלה בסוף השער שדינו דין והפקרו הפקר וכן האריך עוד הש"ך ע"ש להלכה כסתם של מור"ם אלא שיש להרגיש במ"ש שלא נמצא כן בהרא"ש והנה הוא שם אלא ש"ל שמ"ש הרא"ש אינו אלא כשלא גזר המלך בפ"י שיפרעו ממנו החובות אבל אם פ"י כן גם הוא מודה שדינו דין וכמ"ש בעה"ת שהפקרו הפקר וא"כ מור"ם שלס' הראשונה קאי על שתיקן בפירוש בפרעון החובות וכתב וי"ח לא יתכן לא על הרא"ש וכ"ש על הריב"ש וכיון שרבים פשיט"ל דכשתיקן בפרעון דינו דין אסיק הש"ך להלכה כן וגם ראיתי למהרימ"ט ח"ב באותה תשובה דאה"ע סי' ב' שאחר שזיכה לאלמנה בגביית כתו' לגבות כערך של שעת הנישואין ולא כערך המטבע שפרכת המלך בעת הנישואין שוב עמד מכח דמ"ד שהפחת בא מגזרת המלך ודחה דאין לומר דר"מ רק כשגזר בפ"י על הפרעון לבע"ח שיהיה כך ואפי' כן אין לומר דמ"ד רק משפטו חרוץ שמתקבל לכל אבל אם אינו גוזר רק שיהיה עובר בכל משא ומתן ואם אינו עובר הוא מעלים עין אין זה דמ"ד ע"ש וא"כ גם לדידיה בזה שגזרה השררה על הפרעון בפירוש וגם ראינו שיש שהוגשו למשפט ע"ז והתרו בהם שאם לא יקבל הקצבה שעשו ענוש יענש גם הוא ז"ל מודה דהוי דמ"ל, ועיין ג"ך באו"ג לימוד קצ"ח וקצ"ט שעמדו בזה והמור"ם מהם דכשיש גזירה מפורשת על הפרעון וגם שהתוספת יותר מחומש דמקפידים ע"ז כמ"ש ב"י ע"ז להוסיפו חומש שאין ס' דמ"ד ע"ש.

ומינה לנד"ז דתרוייהו איתנהו גזרה מפורשת ותוס' יותר מחומש דהלוה זכאי לפרוע כפי קצבת המלכות דוקא, ומה גם דפה יש הבאנק המאושר במלכות וכן פורע וגובה החובות עפ"י הקצבה הנ"ז לא פחות ולא יותר ואם תראה למהר"א ששון ז"ל בסי' קנ"ג בשטר מכר והטבה ונתייקר המטבע בעת הפרעון וזן הרב לשלם למלוה כשטת היוקר אעפ"י שעמד במח' של הפוס' בנתייקר השטר וגם במח' דד"מ, אל יקשה בעיניך מדוע לא זיכה ללוה מכח קי"א וזן להפך דהתם ההטבה היתה מהקונה שיחזור וימכור למוכר וא"כ המוכר הוא שבא להוציא והלוקח זכאי במקחו ומצי אמ"ל אם תשלם ביוקר אחזיר ואי לא לא דקי"ל כמ"ד משלם כיוקר, אבל בנד"ז המטיב הוא הלוה המוכר והתובעו הוא המלוה שקנה והוא המוציא ולפיכך הלוה הוא המוחזק ויכו"ל קי"ל כמ"ד לשלם בזול דשעת הלוואה, ודברי הרב ז"ל לא הוו תיובתא לדידן אדרבא סייעתא: אבל נשאר לעיין בזה במה שנהוג פה לכתוב בכל השטרות ולעולם תהיה יד בעשט"ד עה"ע וא"כ כיון דכל המחפש בפרטים שזכרנו לא ימלט ממחלוקת הפוס' וכתוב שבעהש"ט ידו עה"ע א"כ המוציא מחבירו שהוא בא מכח השטר ידו עה"ע ושכנגדו לא יוכל לזכות בקי"ל וכמ"ש בח"מ סי' מ"ב הרבה מן המפרשים כתבו דעכשיו שנהגו לכתוב דלא כאס' ודלא כטו"ד אמרינן בכל לשון מסופק יד בעהש"ט עה"ע, וא"כ לכאורה יש לדון כן גם בס' דדינא, אלא דמשום הא לא אריא דמלבד שהכנסת יחזקאל בסי' ק"א כתב שרבים חולקים בזה וגם הש"ע לא החליט זה לדינא, וא"כ אכתי בזה עצמו יש לנתבע לומר קי"ל י"ל דלא כתב זה הש"ע רק לגבי ספק שיפול בלשון אבל לא בס' דדינא וכמ"ש בדקדוק בכל לשון מסופק ולא כתב בכל ס' ועיין בכנה"ג הגה"ט אוכ"ו שחילק כן להדיא ממהר"ש הלוי ז"ל וסיים ודבריו נכונים: ברם דא עקא דמלבד זה כותבין בשטרי דידן בזה"ל שקיבל עליו הלוה ס' הפוסק המקיים שט"ד אפ"י שתהיה ס' זרה ויחידאה וכו' ובזה כתב באמ"ח מוצירי ז"ל ח"ב יו"ד סי' ג' דבקבלה כה"ג ל"מ תו לומר קי"ל ואמת כי שם כתבו תרי מרבנן דכשיש חשש הבית ל"מ קבלתו זאת להתיר רבית וגם הרב ז"ל לקמיה הודה להם בזה אבל זה יושיענו בשטרי הלוואות דשייך מח' בחלוף המטבע משום רבית אבל בשטרי מכר והטבה דאין שם רבית רק משום דררא דמונא הרי כתב דמהני והתקינו כן להנצל מטענת קי"ל וגם אדמ"ק ח"ב ח"מ סי' ט' וכהונת עולם סי' א"ך הזכירו קבלה זאת וא"כ כשאנחנו מוצאים מח' בזה הרי נפל פתא בבירא מלומר קי"ל: אלא שיש זכות תולה מהגאון חק"ל ז"ל במ"ב חח"מ סי' י"ב שהחליש כח קבלה זו דל"מ לאורעי כח המוחזק וכתב שטעם הסוברים דמהני שמדמים זה לקבל עליו קרוב או פסול דמהני כמ"ש בסי' כ"ב ודחה דהתם נמי ל"מ אלא אם ידון לו כד"ת אבל אם יקבל לדון לו שלא כד"ת מי יימר דמהני והכא דין תורה הוא המע"ה ואיך יקבל לדונו שלא כדין (וכ"ן לחלק דהתם נמי ל"מ לדעת הטור בדעת הרמב"ם זולת אם נגמר הדין וכבר הוציא הממון משא"כ כשעדיין לא נגמר הדין ולא יצא הממון יכול לבטל מקבלתו) וכתב עוד ראייה דל"מ מתשו' מהרי"מ ט"ח א"א סי' קכ"ב שכתב דהא שכותבין יד בעש"ט עה"ע ל"מ משום דלא ידע דמחיל ועיקר שרשוהי מהך דר"פ הזהב דאמר רב האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש נו עליו אונאה ומסיק דאפ"י לר"י דאמר ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה תנאו קיים שאני התם דידעה ומחלה הכא מי ידע דמח"ל ע"כ והחק"ל ז"ל הוסיף לפלפל בזה ולבסוף תמה דמאי שנא דגבי אונאה פסקו הפוס' כרב משום דלא ידע

דמחיל ואילו בתנאי שלא יירשנה אע"ג שכתבו התוס' דשייך לא ידע דמחיל דהא ל"א ידעי אם תמות הוא קודם ואעפ"כ פסקו הפוס' דלא ירש והתנאי קיים והביא תי' לזה מהכנה"ג וגם אסף להקת הפוס' דס"ל דבירושה שייך דידע ומחיל דלא כהתו' ובזה אישר וחיזק דברי מהרימ"ט ז"ל והגם דאנן בדידן אכתי לא נודע לנו החילוק בין תנאי האונאה לתנאי הירושה לעד"ן דזה תלוי בפ"י מי ידע דמחיל כי רש"י פירש מי ידע דאיכא אונאה הוא סבור דאין כאן אונאה עד כאן.

משמע דהעיקר תלוי רק שידע שיש שם אונאה ואמ"ל אין לך עלי אונאה ואעפ"י שלא הודיעו שיעור האונאה ידע ומחיל דומיא דתנאי שו"ך דכיון דידעה שיש לה ולא ידעה השיעור ששייך בהו יוקו"ז והודיעה שאין לה אעפ"י שלא ידעה בכמה מוחלת תנאו קיים ותנאי הירושה ג"כ דומה לזה שיודע הוא שדינו לירש אעפ"י שאינו יודע אם ישיג הירושה תנאו קיים ואעפ"י שבברייתא מפורש דבעי שיאמ"ל חפץ שאני מוכר לך במאתים אינו שוה אלא מנה לאו דוקא ודי כשיאמר שיש בו אונאה ואין לך עלי אבל הרמב"ם בפ"ג ממכירה ובח"מ ס"י רכ"ז שכתבו בזה"ל בד"א בסתם (אז יש לו עליו אונאה) אבל במפרש אין לו עליו אונאה כיצד שאמ"ל חפץ זה שאני מוכר לך בק"ק אינו שוה אלא מנה וכו' נראה דלדידהו הברייתא בדוקא ובעי שיודעו שיעור האונאה כי פ"י מי ידע דמחיל לדידהו שאינו די לידע שיש הונאה אלא שידע בכמה מחל ומ"מ אם שיטור האונאה ברור לו הרי ידע כמה מחל הגם שלא פירש לו ולזה שו"ך שרגילים הם שלא להשתנות בערכם הו"ל כפירש ותנאו קיים (ובזה מתרצא קו' הלח"מ על הרמב"ם דמאי שנא באומר שלא תשמיטנו שביעית דאע"ג דלא ידע אולי יפרע קודם שביעית פסק בע"מ שלא תשמיטני שביעית שאינה משמטתו והרי לא ידע דמחיל די"ל דכיון דעיקר החוב ידוע לו אעפ"י שלא ידע אם יגיע לשמטה מיקרי ידע ומחיל) וכן בירושה שבעיקר החוב אם אינו ידוע אם יירש אבל ידוע כמה יירש יש לדון דהו"ל כמפרש וידע ומחיל ועיין במ"מ פ"ג ממכירה שכתב מח' בין רמב"ם לאחרים בפ"י הברייתא אי היא דוקא או לאו דוקא ועין במח"א ה' מכירה ס"י י"ד כתב בזה והעולה מזה די"ל שבזה תלוי מח' מהרימ"ט וחביריו בכתב יד בעהש"ט עה"ע דמסתברא כהרמב"ם והש"ע דכיון דלא פירש שיעור הנזק (וכן בקבל' ס' הפוסק) נ"מ מידי ואינהו סברי כרש"י ותוס' דכיון שידע שיהיה הנזק בתנאי זה הגם שלא ידע כמה הוא די ומהני ומעתה לדידן שסומכים על שולחנם של מלכים הרמב"ם ומר"ן ז"ל דבעו עד שיפרש בתנאו בכמה ניזוק או עד שיהיה ברור ונגלה י"ל דקבלת הפוסק בסתם ל"מ ונא עוד אלא די"ל דגם אינהו דס"ל דלא בעו לפרש הנזק להדיא מ"מ בעו שיפרש שקבל עליו בכל ס' שיפול וכמש"ש בבאמ"ח שתקנו לכתוב שקבל עליו ס' הפוסק בין בס' דמציאות בין ס' פלוגתא דאז הוי כשטת רש"י ותו' שיאמר מיהא ע"מ שאין לך עלי אונאה אבל הכא אינם כותבים רק בסתם שקבל ס' הפוסק המקיים שט"ד ולא נזכר במה ועל מה לרמוז על אותו דבר שמוחל בו וכ"ש בנד"ז על שאלת יתרון ופחת המטבעות שכתבנו דלא ס"ד שיקרה ואיך נאמר דעליו קבל ס' הפוסק וכיון שלא היה רגיל מאן דכר שמיה להתנות בו ומה שהק' הכר"ש ז"ל בח"מ ס"י ז"ך דלשטת מהרימ"ט א"כ למאי כתביה י"ל שהלא בכל ענין יש דברים גלויים לרוב שיש בהם מח' הפוסקים וי"ל אאינהו כתביה להנצל מערעור אבל לענינים רחוקים מידיעת כל אדם י"ל דלא אסיק אדעתיה ולא ידע



דמחיל ועין עוד להחק"ל שם שכתב דלא חלקו על מהרימ"ט זולת במ"ש לבטל כח מ"ש  
יד בעהש"ט עה"ע שהרי הוא מקבל דעת הדין כפי דעתו ואי משום אולי הסופר כתב  
מדעתו הרי קי"ל מדקדקין לשון השטר ולא מהימן לומר הסופר לא גמר דכיון שיש שתי  
משמעות בלשון י"ל דמסתמא הרגיש וכיון שלא נמלך בחכם לברר ספקו מסר דעתו  
לסופר וידע ומחיל אבל ס' הפוסק דגם הסופר לא בקי לדעתה וכ"ש הוא איך נימא ידע  
ומחיל וכן הוכיח מהנמק"י דתנאי שבא לעקור דין תורה ל"מ וגם הממע"ה הוא דין תורה  
ול"מ קבלת תנאו לעקרו ונמצא לפ"ז מח' מהרימ"ט וחבריו אינה רק בבעהש"ט ידו על  
העליונה ולא בק' ס' הפוסק להוציא מהמוחזק וראיתי למ"ב בארח משפט שתמה איך  
נאמר בזה לא ידע דמחיל והרי יודע דהוא מוחזק וזוכה בדין ועכ"ז מחל וזאת כבר תי'  
הגאון מ"א ז"ל דעכ"פ לא ידע בכמה מחיל ומה שהק' עוד דהרי בקבל עליו קרוב או  
פסול שהוא נגד ד"ת ומהני י"ל דהאדם ברצונו יכול לעשות בממונו כמו שירצה אבל  
אם באת לחייבו מחמת תנאי שקבל לאחרים נימא דתנאי שהוא עוקר דין תורה ל"מ  
מידי והו"ל כתנאי שיש בו רבית דל"מ מידי וכתנאי האומר שלא תשמטנו שביעות ואין  
זה כתנאי שבממון שתנאו קיים דזה אינו מזכה לו ממון להדיא רק אומר לא אדון בקי"ל:  
באופן דמלבד שיש רבים ס"ל כהחק"ל ז"ל דל"מ קבלת ס' הפוסק והמה מהר"מ צרפתו  
שם בכר"ש ומהר"מ סוזין שם בחק"ל הנה כתבנו לדעת מרן והרמב"ם ז"ל מורים דל"מ  
וכ"ש למה שנר' מהחק"ל ז"ל דבדין שגלה דעתו בו מרן ז"ל לא מצינא לקבל לדון נגד  
דעתו ובזה הודה ארח משפט דאין קבלה אחר קבלה וגם הרב חוקי חיים סי' ז"ך דן כן  
מדברי מהרש"ח ומוהר"ח מודעי ז"ל בתשו' כת"י הבי"ד זכו"ל ח"ב כללי הקי"ל ע"ש  
וא"כ כיון שהוכחנו תוך התשו' דלדעת מר"ן הלוח זכאי בדינו אי מטעם אונסא דלא  
שכיח ואי משום דמ"ד ואנחנו קבלנו הוראותיו תו לא מהני ק' ס' הפוסק נגדו דהו"ל  
קבלה אחר קבלה והגם שראיתי להרב חקק"ל ח"ב סי' י"ד עמד בזה ותקע בה מסמרות  
בקבלת הפוסק דמהני וכן בספר חקות החיים ה"מ סי' נ"א ובגנזי חיים כללי הקי"ל חזר  
על לימודו ושם הזכיר דברי הגאון הרמ"ז ז"ל וכתב דאולי בימיו עדיין לא נתפשט בין  
הסופרים לכתוב קבלת ס' הפוסק ואני הדיוט לא זכיתי להבין זאת חזא דהחק"ל ז"ל  
בעצמו זכר הקודמים לפניו המדברים בזה ואנחנו איך לא נאמר שנתפשט ועוד מאי  
נפק"מ בפישוט מנהג הסופרים והלא העיקר מנהג הדיינים ואולם ראיתי עוד שכתב דגם  
הרמ"ז ז"ל לא אמרה רק מפני שנתחייב לדבר שאינו דלא ידע כמה מחיל ובנדונו היה  
דבר קצוב וזה אמת וגם אני ההדיוט בטיולי בדברי הפוס' כמעט שראיתי רובם דלא דנו  
בק' ס' הפוסק רק כשהיה דבר קצוב אלא דלא הוה ידע אם יהיה ספק שיקרה זה ולפ"ז  
הכא דאיכא תרוייהו דלא ידע אם יקרה זה ואם יקרה כמה יהיה נזק נראה דהכל יודו  
דלא ידע דמחיל ובפרט דאיכא הכא זכות דמ"ד ובזה כתב הפני"ץ ז"ל בח"ה דלגבי  
דד"מ מה תועיל ק' ס' הפוסק דכיון דהמלך גזר שלא תועיל הקניה בלא חוגי"ט והוא  
קבל ס' הפוסק מה תועיל לו והרה"ג כמהר"א פאלג"י ז"ל קלסיה בזה ע"ש וא"ת הניחא  
אי הויא דמ"ד בלתי שום חולק אנה"ן מפקעת ק' ס' הפוסק אבל הרי היא עצמה י"ס  
דלא הוי דינא ונמצא זה תלוי בזה, אי מפקעת קבלה ומצי לומר קי"ל או לא אבל י"ל  
דלא ליהוי אלא כס' דחזקה מי מוחזק הנה הכא מלבד דלמרן והרמב"ם דמ"ד וכיון  
דלדידהו הכי ס"ל אנן דאזלינן כוותיהו לדידן ודאי הזוכה בד"מ הוא המוחזק עוד קי"ל

דכשיש ס' בחזקה אזלינן בת"ר והכא הרוב הם הסוברים דמ"ד וגם דלא בעינן רובא רק בחזקת קרקע אבל במטלטלים כנ"ד אפי' בתרי התפוש הוא המוחזק כידוע.

סוף דבר אחר כל הדברים האלה ודברי רבותנו בעניינים כאלה ודאי כי נכון היה לטרוח עם הבע"ד לפשר ביניהם לצאת י"ח כל הפוס' וכמו שראיתי לכמה מהפוס' ובראשם מהראנ"ח ז"ל כתבו נכון או טוב לפשר ובלא"ה מצוה לבצוע תחלה אבל לא יתקעו עצמם לומר יקוב הדין את ההר בזה הנה מכל האמור מוכח דהלוה זכאי בדינו לפרוע דוקא כערך הראשו' כי יש לו לסמוך על הסוברים כן ולומר קי"ל בשטרי הלוואה משום נד רבית ומשום צד גזל ובשטרי מכר והטבה משום צד גזל ותנאי אין כאן וגם אם יש תנאו י"ל דאונסא כהאי לא שכיח ולא אסיק אדעתיה בעת התנאי וגם מצד גזרת המלכות וקצבתם לפרעון החובות ותקנת רז"ל לפשר לאו דינא היא רק תקנה וכבר כתב החק"ל שם במ"ב סי' ט' דלא תקנו זה רק בקושטא וסאלוניק וי"ל דדוקא למקומם תקנו וכמ"ש דהלל לדריה הוא דתיקן ומצד ק' הפוסק כיון דלא ידע כמה מחיל יש לו לסמוך בזה על מהרימ"ט וחביריו ז"ל וככל הכתוב לעיל ולכן אם יסכימו עמי בזה רבני הדור הי"ו גם אנכי אהיה סניף ומתאבק בעפר רגליהם וצוי"מ: סימן ה' מתוך התשובה תוכן השאלה חמותי ראיתי אותיות מזהירות במ"ש להציל בנות יש' ממכשול ותלה נימא בנימא להתיר להם המקוה דנדונו ולולא כי זחלתי פן יאמר שתיקה הודאה היא אין עתותי ספורות אבל מסבה הנז' הנחץ השיאני גם בערבי פסחים שלא תצא תקלה ח"ו ואומר כי היסוד שהניח שהאמבטי כיון שיש בו נקב יצא מדין כלי כמ"ש בש"ע סי' ר"א אפי' אינו קבוע בארץ לדעת הרא"ש והר"ש דלא כהרמב"ם והש"ע לא כיון יפה דאפי' אם היה הנדון דומה מאן ספין לזוז מדעת הרמב"ם והש"ע שקבלנו הוראותיהם בפרט בענין נדה החמורה בכרת ובפרט בטבילה תוך הכלי דהיא דאורייתא ואינה כשאובין די"ס אפי' שאובה כולה מזרבנג ובפרט דאין הנדון דומה לדעת נוב"י תנינא יו"ד סי' קמ"ב שכתב דלא איפליגו התם אלא בנוקב כלי ואין דעתו לחזור לסותמו אבל בחושב שיחזור לסתמו כגון הנך ברזא שעושים לאמבטאות אין זה מבטלו מתורת כלי ואע"ג דהבית אפרים סי' נ"ב וחת"ס הבי"ד פת"ש סק"ז חלקו עליו מ"מ לא יכלו לעשות נגדו ובקשו עצות אחרות לנדונותיהם ע"ש לא עוד אלא דא"א לאמבטי זה להיות מתחלתו בלא נקב כי ממנו ינקו אותו כל פעם ובלעדו אין עליו שם כלי וכמ"ש בא"ח סי' קנ"ט בכלי שיש בו ברזא שאעפ"י שמסירים הברזא גם אותה שעה נק' כלי ובזה הודה גם הבית אפרים עיין לו בגוף התשובה ולפ"ז גם הרא"ש והר"ש יודו בזה שהוא כלי מתחלתו ע"ס וא"כ חזר הדין דאין טובלין בכלי מה"ת ועיין לנוב"י שם ורע"ק איגר בסי' ל"ט שאפי' בקבעו ולבסוף חקקו דלהרמב"ם ודעמיה נמי ס"ל דאין לו דין כלי מ"מ כתבו הם ז"ל דלא נאמר זה רק לשלא יפסול השאובין בו אבל לטבול בתוכו לא ובנפול יסוד נפל הבנין שבנה דבריכה החמה שממנה בא המים כיון שהיא נקובה אינה פוסלת המים שנשאבו בה דכיון דבלא נקב זה אין עליה שם כלי א"כ אדרבה מכחו היא כלי ולא יכול לטבול בתוכה ולא במים היוצאים ממנה דהו"ל שאובין והגם דתחלתו בא ממעין הנה לגבי טבילת כלים אין הבד בין מעין למקוה וכמ"ש בטור עיון בבאה"ט סקי"א ולגבי דין שאובין נמי כיון שנעשו שם מדעת אדם עיין בס"ח ובבאה"ט במעין המקלח לתוך הכלי דגם אחר שיצאו ממנו המים אין טובלים בהם ומזה תבין לבנין העליה ע"ג עליה שכתבת להכשיר טבילה

באמבטי הזה גם בלי היות בה מ' סאה ע"ו חבורו למעין בברזות המביאים לו מים מהבריכה הקרה והחמה והם תחלתם בא מהמעין וציינת למ"ש רמ"א סו"ס ל"ו ומ"ש עליו הש"ך ואמרת דגם הכא בצירוף שתי הברזות דבריכה חמה וקרה יש כשפופרת הנאד והוי חבור וכו' שהוא טעות דמלבד מ"ש שאין טבילה בכלי אפי' במי מעין עוד בה לא ידעתי איך מצא בצירוף שתי הברזות זהו חבור כי החבור צריך להיות בשעת טבילה ואם הם סגורים בעת טבילה הרי מעין לחודיה קאי ואמבטי לחודיה קאי ולא דמי אפי' למים הבאים ע"י גלגל ועיין בס"י גבי הפסיק ראש הקלוח וז"פ.

ורחוק להיות שיפתחו הקר והחם בבת אחת כל זמן טבילתם כמוכן ועוד מי יעמוד בסוד לדעת דגם בתחלת חבור הצנורות היו פתוחים אותה שעה ומי הגיד שלא עמד בשום מקום ממשך הצנורות דבר הממעט שיעור שפופרת הנאד דאפי' הוי מבריות המים ממעט וגם מספק אם רחב כשפו"ה או לא כתב הנוב"י ז"ל דפסול ובפרט דקרוב לודאי שהבריכה החמה סוגרים אותה בברזא המביאה לה מהמעין בעת שתתמלא מפני שלא ישפכו המים על גדותיה וגם כדי שתתחמם מהר ואז לא נשאר פתוח רק של הקרה לחוד שהוא פחות משפ"ה ואינו חבור ומאין יבא תשלום המ' סאה ונפל הבנין שבנה ארצה ואין מקום להיתר מקוה זה וישתדלו למקוה כשר ומקוה ישראל ה' יושיעם בעת צרה: סימן ו' אודות ספקו שנסתפק אם יברך על אלו ברכת המילה ואשר קדש ובאותה המילה סדר הג' על ג' כסאות ובירך על הישראלי ונתכון לכלם ודאי ופה עשה אישר חיליה דמר אבל ספיקו על יחיד הבא מן הנכרית נראה שאון שום ספק דכיון דהטעם שאין מלין אותו בשבת הוא מפורש בירושלמי משום דולד שפחה כמותה ויש לו דין גוי כאמו וכי מברכין על מילת הגוי רק נראה שאם יגיד לאביו בלחש שיש לו דין גוי ותהיה כונתו בזאת המילה לגיירו וכשיתרפא יטבילנו לשם גרות אז נראה דיוכל לברך אקב"ו למול את הגרים דהא הדין מפורש בסי' רס"ח ס"ז גוי קטן אם יש לו אב יכול לגייר אותו שזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו וע"ש בפת"ש דאע"ג דאם הגדול יכול למחות מ"מ מברכין בשעת טבילה (אמר טבילה ולא מילה נראה משום שיכלול גם האשה שאין שם רק טבילה): ומה שכת"ר משתדל לעשות מקוה ועשות יסוד לזה שבכל אופן צריך שלא יהיו המים נשפכים להדיא למקוה מהצנור שהוא דבר המקבל טומאה אלא יהיו נשפכים על הקרקע על צנור של עץ הרחוק מן המקוה שע"ו יהיו נמשכים למקוה כמ"ש מרן סי' מ"ז ונסתפקת רק משום הברזאות הקבועות בצנורות אם מפני זה נחשבים הצנורות כלי ועוד אם מכח זה נחשבים המים שבצנורות שאובים ועוד מפני שיש סדק בין צנור לצנור ומחזיק מעט מום אפי' שהוא כל שהוא לא רביעית ובסי' ל"ו כתב מרן דבשל עץ אם חקק בו גומא כ"ש המים שבו הרי הם שאובין משא"כ בשל חרס ומסתפק בסדק זה אם דינו כשל עץ או כשל חרס ע"כ ספקותיך.

ולזה אשוב על אחרון ראשון מה שנסתפקת על הסדק איני רואה ספק בזה לא למר"ן ולא למורם אם הסדק אינו מחזיק רביעית דטעם בשל עץ בכל שהוא מפני שראוי לחקוק בו יותר וה"ל כאלו חקק משא"כ בשל חרס שאין ראוי לחקוק בו יותר וכן מפורש בב"י והאחרונים ואפי' אם סדק זה מחזיק רביעית מ"מ כיון שנעשה בלי כונת אדם ולא ניח"ל בהכי להיות מקבל מים אין זה קבלה לעשות שאובין כמ"ש מור"ם בהגה ובד"מ ע"ש ובב"י בארך ואודות הברזאות שכתבת אולי מחמתם נעשה הצנור כלי ועוד אם מכח זה

הוּו שאובים לא הבנתי מאי נפקא מינה לחשבם כלי אם מפני זה יהיו מימיהם שאובים זהו הספק השני ששאלת ואם ליחשב כלי שאין לטבול בתוכו אפי' מלא מי גשמים או מי מעין דצריך לו תנאים הלא אין שאלת נדוננו בזה אבל מ"מ שאלתו אם יחשבו שאובין בזה הוא שאלת חכם וצ"ו בזה ואין הפנאי מסכים רק שלעיקר הנדון נראה דשרי יען כי הנה הצנורות האלה ידוע שהם נקובים בתחלתם מעבר אל עבר ואח"ז מחברים אותם לקרקע ואז קובעים במ הברזא ועין בס"ז הלוקח כלי גדול (ר"ל המחזיק מ' סאה) ונקבו נקב המטהרו (ר"ל כמוציא זית) וקבעו בארץ ועשאו מקוה ה"ז כשר וכו' א"כ אלו שנקובים מעבר א"ע כמוציא זית ואפי' למור"ם דמחמיר כשפופרת הנאד שהוא נקב שיחזרו בו שני אצבעות אצבע ואמה הלא כתבת שיש בנקב הצנור שיעור ב' אצבעות וקבעם או חברים לקרקע הרי הוא כקרקע ואין קבלתם חשובה שאובין והגם דסתמם אחכ"ך בברזא הו"ל כקבעו ולבסוף חקקו דאפי' רבנן בהמוכר רבית דס"ו מודו דלגבי שאיבה דרבנן הו"ל כקרקע עיין בפת"ש סק"ב ואודות משיכת המים למקוה בצנורות אלו של מתכת דאע"ג דאמרנו שאינם שאובים מ"מ גם פשוטו מתכות מקבלים טומאה ואנן בעינן הויתו על ידי טהרה כמ"ש ניחא דכיון שהם מחוברים לקרקע בטל אגב קרקע והויא הויתו בטהרה כמ"ש הש"ע בסמ"א ואי משום הברזא שאינה מחברת (ואפי' מחברת) הנה הרא"ש בתשו' רל"א והביאה באה"ג דגם המחובר לדבר המחובר לקרקע כגון טבעת שבדלת אינו מקבל טומאה וא"כ חבור הברזא עם הצנור דכותה ועין לחת"ס יו"ד סי' רי"ח שכתב שאון הברזא מקבלת טומאה ואי משום תפיסת ידי אדם כשפותח הברזא והוא מקבל טומאה בזה כבר כתבת שלא ירד המים מן הברזא להדיא לתוך המקוה שיש כאן תפיסת ידי אדם אלא ירדו על שפתו (לחומר איהו רחוקים ג' טפחים מהמקוה דזהו שיעור המשכה גם לגבי שאובין) ומשם יהיו נמשכים למקוה ואם ירצה יותר לצאת י"ח יהיו פי הברזא צרים שידע ודאי שלא יבוא בקלוח ראשון היוצא מהם ע"י תפיסת אדם ג' לוגין עיין בארץ חיים סי' ר"א ובזה יהיה המקוה הזה נקי מערעור והגם כי לא יבצר שימצאו מחמירים לענ"ד טוב להקל לאלו דמוטב שיאכלו ישראל בשר שחוטות תמותות וכו' ולא וכשלו בעון נדה החמורה רח"ל: ואתה ידידי חזק ואמץ לבך לאחוז מעשה אבותיך בידיך וה' ישלח עזרך מקדש ובפרט אם יש השקת מים למעין עין בסמ"ט וגם בסנ"ג ואכמ"ל: סי' ז' מע' הרה"ג אב"ד מקודש לעדת האשכנזים כמהר"ר יחיאל מיכל הי"ו אודות דברי מרן ב"י בי"ד סי' קי"ב אשר פקד עלי לעיין בו אני פי מלך שמור, ולקוצ"ד הדברים ברורים הם ואעתיק דברי רי"ו שהם שרשן של דברים וז"ל ובעל העטור פי' אהא דתניא חמצן של עוברי עבירה מותר מיד מפני שהן מחליפין פי' מפני שהן מחליפין את השאור לא שמשהין חמץ בפסח ומותר מפני שהן מחליפין בשל נכרי (דלפי' זה יהיה מותר מיד מבלי שימתין בכדי שיעשו) דא"כ קשיא לן טובא ועוד למה משהין ואין מוכרין אותו קודם הפסח (ר"ל כיון דסוף סוף הם מחליפין) אלא חמצן של עוברי עבירה הוא שאינם מדקדקים במצות כ"ך (ר"ל שהם חשודים על המעשרות ופרותיהן דמאי) ולאחר הפסח מותר באפיה ראשונה (ר"ל בכדי שיעשו ולא מיד) מפני שמחליפין את השאור (כלו' דנחוץ להם השאור לחמץ בו עיסתם ומחליפין קמח משלהם עם שאור של גוי שאין בו חשש טבל) וע"י תערובת הוא (ר"ל הדמאי שלהם נתערב בשאור דגוי שאינו חייב) ומותר כמו שפירשנו (דהא לא גזרו על

תערוכת דמאי) אבל חמצן של כותים אסור עד לאחר ג' אפיות כדקתני התם של נחתומין לאחר ג' שבתות מפני שמבטל הוא ע"כ ור"ל דהכותים חשודים להשהות חמץ שלהם לאחר הפסח גם קודם שעשאו כגוים ולפיכך אף שעברו ב' אפיות דהשתא ליכא לאסור חמצן משום חמץ שעבר עליו הפסח עכ"ז יש חשש אחר אם עיקר השאור משלהם דפירותיהן הם דמאי ודינן כע"ה כמבואר במס' דמאי והשאור דלטעמא עביד תערובתו אסורה עד לאחר ג' אפיות דוקא שאז מתבטל, זהו ביאור דברי העטור לענ"ד, והשתא מרן בב"י נרגש אולי תיסק אדעתין דהעטור מדבר על כותים דאחר הגזרה דדינם כגוים והחשש הוא בשאור דידהו משום פת נכרים הפך מה שהעלה לזה כתב י"ל דהתם משום חשש מעשר המעורב וכו' כלו' דהא התם לא מיירי בחמצן של עוברי עבירה אלא משום מעשר וא"כ דכוותה גבי כותים החשש הוא משום מעשר ויגיד עליו רעו, וא"כ בכותים דקודם הגזירה איירי וזאת אגיד להדר"ג כי בב"י שלי כתוב עכו"ם במקום כותים, וקודם ראותי הדברים ברי"ו עלה בדעתי אולי הדברים אמורים בעכו"ם הלוקחים תבואה מישראל דאותם פירות חייבים במעשר ואפי' במרחן גוי אם הגיעו לעונת המעשרות ברשות ישראל חייבים במעשרות מדבריהם ועיין להרמב"ם בפ"א מה' תרומות וביו"ד סי' של"ב ס"ו וראיתי בב"י ישן כתוב כותים ולא עכו"ם ככתוב ברי"ו, אלא אחר התבונני בשורש דבר נ"ל דמ"ש ישר הולך ואם שגיתי אתי תלין משוגתו, ואתו הסליחה אשר לא באתי לחצרות קדשו לדבר פה אל פה כי אין לי פנאי, דברי ידידו המכבדו כערכו הרם: הצ' אליהו ילוז ס"ט סימן ח' רא"ג מר שד"ר הרב המובהק זרע רב כמוהר"ר אור החיים אלחדיף נר"ו יאיר כיר"א אהדשו"ט לפי רוב הארבה, אין לדבר קצבה, וצל"ה גם היא לכל דרכיו משכיל וה' עמו ושב אל מחנהו חי ומלא ברכת ה' אכ"ר.

תמול שלשום קבלתי פר"יש מכת"ר ע"י ידידנו רב ספר"א הי"ו חן חן. והנז' הגיד לי מיילי מחי"ם כי ביקש אותו לחוות דעתי הקצרה אודות בקשת רבני ירושלם ת"ו לעשות חדשה בארץ לתקן קופות חדשות בשם רמב"ה לעניי ירושת"ו אם הדין עמם או לא, ובתחלת המחשבה לא נתנני לבי להטפל בזה מכמה סיבות, הא' למה זה תשאל לשמי מי אני ומי בית אבי פחות שבערכין ודבר זה הניחו לו כבודו בגדולים, ועלית על כולנה שכת"ר יודע כי אני בגולה פה פקעין ת"ו ואין שום ספר פה עמנו לא ש"ם ולא טורים וכ"ש ספרי האחרונים המאירים את העינים בדבר הלכה ואין אומן בלא כלים ובנס נמצא רק הש"ע הקצר פה של ח"ר שמעון אשכנזי הי"ו השו"ב של הכפר אמנם הדרי בי שלא להשיב פני כת"ר ריקם ובפרט כי לא אוכל להתאפק על עלבון הבת היקרה עי"ק חמד זו טבריא ת"ו ורדיפתה אשר נרדפה על לא חמס ונזכרתי כי כדמות שאלה זו מלפנים נשאלה ממני אודות הפרש שהיה בין האשכנזים הי"ו ובו בפרק גם אנכי הדל נמנתי להשיב ועתה חפשתי בפ' כל כתבי הנמצאים ואמרתי למגמר מעתיקא רק חשבתי דרכי לבוא בדרך קצרה ואלקטה באומרי"ם רק מה שנוגע לעיקר דיננו ולהשמיט הפלפולים דמאי נ"מ ולא עליה דמר עודנו חלוש המזג וטריחא לי מלתא ולזה אמרתי לבוא באותיות שתיים אלה רק להעיר לו אזן בלמודים וישמע חכם ויוסף לקח וזה החלי. הנה ראיתי ונתון אל לבי כי יש אבני נגף לעצור מטרתם זאת עפ"י הדין מתלת טעמי או ארבע כאשר נבאר בע"ה. הטעם הא' משום עני המהפך בחררה המוזכר בקי' בריש פ'

האומר ופסקו' הפוס' בחו"מ סי' רל"ז עש"ב וזה שייך אפי' אילו בתחלת קביעות הקופות אשר קבעו קדמונינו ז"ל וריצו בני חו"ל עליהם עד דאיפייסו ובאו גם בני ירוש' תכף לעשות גם הם כן היו יכולים לעכב מדי"ז דאחר דפייסום ואיפייסו הו"ל כפיסוק דמים המוזכר שם דאז לא יוכל שו"א ליטול החררה מהמהפך בה מפני חמתאיסור זה אשר כתבו בהגהמ"י בשם הרא"ם שחזן הכנסת יכריז עליו ברבים שהוא רשע והרב משפטי שמואל סי' מ"ט וק"א וק"ב כ' דחמור עד מאד והוי כאיסורא דאורייתא ומדברי שארית יוסף סי' טו"ב נראה דהוא בכלל לאו דלא תסיג ואע"ג שהרדב"ז בישנות סי' דין כתב דקרא דלא תסיג גבול לא מיירי אלא בקרקע ולא בשאר מילי קרוב לשמוע מדב"ק דנהי דלאו מפורש ליכא.

איסור תורה מיהא איכא, ולו יהי אלא כס' שאר הפוס' שאין בזה אלא איסורא דרבנן מ"מ כ"ע מודו דאיסור זה חמיר משאר איסורי דרבנן וחומר נושאו קרוב לאיסור דאורייתא והיו יכולים לעכב עליהם ודאי כיון שהם הראשוני' אשר הפכו בחררה זו לזכות בכל נדרי בני' אשר ידרו לשם רמב"ה זיע"א ואלו באים לחסר זכותם וליטול מהחררה אפי' מקצתה יכולים למנעם דאין הבדל באיסור זה בין הכל למקצת כאשר כל ס' הפוס' מלאים מזה ומסתברא נמי וכמ"ש הרב שער שלמה בסי' ק"ל למנוע האשכנזים מלקבץ נדבות בערי הספרדים דבזה הם מחסרים הנאתם ומ"ל קטלה כולה ומ"ל קטלה פלגא ע"ש וה"ט למ"ש בב"ב דכ"א לענין מרחיקין מצודת הדג מן הדג ובר מתא מעכב אבר מתא אחריתי משום דפסקיה לחיותיה דהתם ודאי לא פסקיה לכוליה חיותא דהיכא דפסיק לכוליה חיותא ועקר הראשון מזכותו לגמרי בהא אפי' בבר מבואה אבר מבואה דנפשיה מצי מעכב לכ"ע וכמ"ש הרב משאת בנימין סי' נ"ז והרב שארית יוסף שם סי' טו"ב ועי' בפתחי תשובה סי' קנ"ו ס"ק ג' ומאי רבותיה דמצודת הדג ובר מתא אבר"מ אלא ודאי דאע"ג דלא חסר רק מקצת חיות מצי מעכב בהו וא"כ לענין היפוך בחררה לקרותו רשע לא שנא נטלה כולה ל"ש פלגא וז"פ, ואע"ג דחררה זאת כיון שאינו מהפך בתורת מכר ושכירות אלא לוקחים הנדרים מהנודרים חנם הו"ל כמציאה והפקר דס"ל לר"ת ודעימיה דאין בזה לתא דעהמ"ב אין לי להאריך עתה בפלפולים אחרי שמרן דאנן אתכא דידיה סמכי' הביא ס' רש"י דל"ש בי"א בתרא הא סוגיין אזלי בכל בתי דינין לפסוק כ"א בתר"א אע"ג שכתב מרן תחלה ואח"ז הביא י"א וי"א הלכה כ"א בתרא ובהא גופא עי' להערך השולחן ח"ג סי' רל"ז או"ד והר' מהרי"ע ח"א סי' נ"ב דנקטו להלכה כ"א בתרא, וא"כ גם אם מעשה הצדקה דומה למציאה והפקר המהפך בזכותו ובא אחר ליטלו נקרא רשע והגם דהצדקה הזאת שמהפך בה הוא דבר שלב"ל וכבר הרב"א בש"מ למציעא בפ"ק הביא משם תוס' חיצוניות דגם במהפך לקחת איזה חררה מהעיסה דאכתי ליתא לחררה איתיה לעהמ"ב וכ"מ במהר"י אדרבי סי' ש"ץ ומהרשד"ם חו"מ סי' שנ"ד דאיסור עהמ"ב איתיה אפי' ברווחים העתודי' לבא וכ"ש שריצוי שריצו להמתנדבי' לא בזול עמד עליהם אלא ביוקר וטרחא יתירה שטרחו הני שד"ר ושמו נפשם בכפם לדלג על הערי"ם ולהוציא הוצאות מרובות לקבוע קופות ולחזק בדקיהם דבזה יש איסור מוסיף למשיג גבולם ולחסר הכנסתם משום גזל דרבנן וכמ"ש בסו"פ הניזקין ופסקה הש"ע בחו"מ סי' רע"ג וש"ע עני המנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזל גמור והתוס' והרא"ש והמרדכי בשם אביאסף הק'

לר"ת דס"ל בהפקר ליתא לעהמ"ב דמ"ש ש הך דמנקף דהוא הפקר ות"י מפני שטרח העני והפילם לארץ וסמכה דעתיה עלייהו ע"ש והרב משאת בנימין ז"ל הק' דהא עמה"ב נמי ליתי בשאר מילי אלא בטרח ופסק דמים ועכ"ז ס"ל לר"ת דגם בכה"ג ליתיה בהפקר דאכתי מ"ט דמנקף ות"י דמנקף שאני דטרח טרחא מעולה ולזה סמ"ד ומהרש"ל ז"ל בתשו' סי' ל"ו ת"י דמנקף עלה לראש האילן ונשא נפשו למות וכה"ג הוי האי דמהרי"ק שהלך לעיר אחרת והדרכים בחזקת סכנה מפני כן יש בזה משום גזל ע"ש אמור מעתה דהטורח בדבר טרחא מעליא ומסכן בנפשו בדרכים כגון הני שד"ר דמרחיקים נדוד ונותני' לכסף מוצא לתקן הקופות הנז' המשי"ג גזלנא הוי דמטרחתם קנו מד"ס ואין לאחר לגזלם, וגדולה מזאת אני אומר דאפ"י אם לא נתכוון המשי"ג לזכות בנדריים לעצמו רק למנעם מאנשי עיקת"ו הנז' הוא גזלן וכמ"ש שם בחו"מ הגוזל נחילדבורים שמנעם מבעליו ה"ז גזל מדבריהם, ונחיל דבורים אין בו כ"א קנין דרבנן וכמ"ש בבאה"ג שם והוי כקופות הנז' דמשום טרחא אית לן בהו קנין דרבנן ועכ"ז המונ"ע אותם מבעליהם גזלנא יתקרי.

וכ"ש בהך דנ"ד דידוע הדבר דהכל רוצים לנדור להאי תנא דידן רמב"ה זיע"א מפני שהוא מפליא לעשות עושה נפלאות למאן דתלי זייניה ביה וקדמונינו הק' זיע"א עיינו היטב לישען על זכותו וקבעו קופות בשמו אשר בזה נתכוונו לתת שמו הק' בכל עת לעיני כל ישראל ויצאתה מחשבתם לפועל ונמשכו בזה אחב"י לחיותינו בצדקתם אשר יקראום על שמו מי הוא זה אשר יוכל לפרוש מצודה זו ממש או כדמותה לעשות לו קופה בשם רמב"ה זיע"א בצדנו והלא זו היא ממש מ"ש בב"ב דכ"א אהך דקאמר רב הונא בר מבואה מעכב אבר מבואה חברה לימא מסייע ליה מרחיקין מצודת הדג מן הדג עד פרסה ודחי שאני דגים דיהבי סייארה דפירש"י נותנים עין בהבטה להיות נוהגין לרוץ למקום שראו שם מזונות הלכך כיון שהכיר זה את חורו ונותן מזונות בתוך מלא ריצתו בטוח הוא שילכדנו דהו"ל כמאן דמטא לידיה ונמצא חבירו מזיקו אבל הכא מי שבא אצלו יבוא ומי שבא אצלך יבא ע"כ ה"נ כיון שאחב"י נותנים עין ליסמך על זכות ר"מ ואנחנו נתננו להם שמו נגדם לעוררם לרוץ אל זכותו הו"ל כמאן דמטא לידן והנותן מזונות במצודה אחרת אצלנו הוא מזיקנו ודאי וכל"ש בנד"ד ששם רמב"ה אשר אליו נותנים עין אחב"י הוא המזונות שהנחנו לצוד בהם והבא לעשות קופה אחרת בשמו לזכותו הו"ל לוקח ממזונות שלנו לצוד בהם וא"כ הגם דידוע הוא דלא קי"ל כר"ה בבר מבואה אבר מבואה אלא כר"ה בריה דר"י דדוקא בבר"מ אב"מ אחריתי דמצי מעכב עי' בחו"מ סי' קנ"ו מ"מ בדגים דיהבי סייארה ונ"ד דדמי ליה ודאי דמצי מעכב ול"ד לכתחילה אלא גם עברו ועשו עוקרים קופותיהם דהא הך דמצודת דגים רוב הפוס' ס"ל דל"מ דמעכב ומונע מצודת החדש גם בדיעבד אלא ג"כ מחויב לשלם לו הזיקו עי' להרב משפטי שמואל סי' ק"ב והגם דהחק"ל ביו"ד פליג בזה וס"ל דאין מוציאין התשלומין ממנו ע"ש מ"מ מודה דמרחיקין.

אותו לכתחילה ויש ס' ג' דאינו חייב בתשלומין אבל מרחיקין אותו אף בדיעבד אחר שפירש דיש בזה גזל מד"ס ואפשר לתרץ בזה קו' הפוס' שהק' אמאי הרי"ף והרמב"ם ובש"ע השמיטו הך דמצודת דגים וכו' והוא עפ"י מ"ש החו"י ז"ל בסי' מ"ב די"ב דלא עדיף הך דדגים יהבי סייארה ממצודות דגים וחיות ועופות שבמשנה שהגם שנתפסו

בלחי וקוקרי אין בהם רק גזל דרבנן שאין להוציאו בדיינים ע"ש וא"כ כיון דהך דמצודות חיות ודגים וכו' פסקוהו הפוס' הנז' וכ"מ בח"מ סי' רע"ג הוא הך דיהבי סייארה בכללה ואם באת לפחות עניינא ולו' דס"ל כהחק"ל דמרחיקין לכתחילה דוקא כבר פסקו ענין זה בהך דעהמ"ב ומעתה לכל הדברות אין רשות לשו"א לקבוע קופה בשם ר"מ זולת עיה"ק טבריא ת"ו והנך רואה כי רוב הפוס' סו' דמפקינן מינייהו בדייני: ועוד בה מצינן לעכב כיון שכבר הורגלו בהכנסת הקופות הנז' לבית חיינו ולרש אין כל כ"א ההכנסה הנז' הבא לקבוע קופה בשם ר"מ בצדנו הרי זה פסיק לחיות שונאינו והו"ל יורד לאומנות חבירו והגם שבש"ע סי' קנ"ו פסק דדוקא בר מתא אבר מתא אחריתי הוא דמעכב ואנן ובני ירושת"ו כולנו לאו בר מתא דהמתנדבים אנן עכ"ז שניא הא דידן דהנה ידוע ס' אביאסף ז"ל שהביא הב"י בס"י קנ"ו דמבוי שאינו מפולש ויש חנות לאחד בסופו והבר מבואה זידיה בא לפתוח בפתח המבוי דמצי מעכב כיון דאין דרך אחרת לנטות לחנות הראשון ע"ש ורוב הפוס' פסקו כוותיה והגם דמין הב"י כתב עליו דזה דלא כהלכתא ולר"ה בריה דר"י דקי"ל כוותיה ל"מ מעכב מ"מ מצאנו ראינו לרבנן בתראי שכתבו דבבא לעקור הראשון ממחייתו גם לר"ה בריה דר"י מצי מעכב והוסיפו שאפי' להשתתף עמו נמי לא עי' לה' בנ"א מיוחס ח"מ סי' ל"ב שהביא דבריהם בארך ועי' למור"ם בתשו' סי' ומהראנ"ח ח"ב סי' ע' מבוי בדבריהם דגם דמגיעלונזק באיזה חלק דוקא הו"ל כדוחה אותו לגמרי ועי' להפת"ש בס"י קנ"ו שכתב דגם מרן ב"י מודה בדוחה אותו הגורם לו נזק בודאי דמעכב דזה הוי בריא הזיקא יותר מנדון אביאסף, ובנד"ד כל איש חכם ומשכיל יבין דמגיע לנו נזק בודאי דמי שהיה רגיל לתת נדריו לעי"ק טבת"ו יתן אותם לירושלם בראותו קופתם ומצודתם פרושה, ובפרט דלאו כ"ע ידעי כי ירושלם היא עיר מיוחדת לבדה ורוב ההמון מחו"ל מבינים כי שם ירושלם כולל כל ד' ארה"ק יוב"ב וכאשר כבר עמדנו על המחקר והשגנו עדויות מבני חו"ל ע"ז, ובפרט מן הפרט כי במשך הזמן ודאי יקחו גם חלקנו הברור לנו ואבאר שיחותי בזה הנה ידוע הוא המחלו' אשר בין הרה"ג אמת ליעקב ניניו ז"ל בקונ' שפת אמת שכתב דכל הנודר ותלי זייניה ברמב"ה זיע"א אינו יוצא י"ח נדרו רק כאשר ישלחהו לעי"ק טבריא ת"ו והרב מהרח"פ בלב חיים ח"ב סי' ק"ס קלסיה בזה בנודר סתם אבל במפרש למקום אחר בעת הנדר גם אם יתלה הנדר לשם רמב"ה שרי ליתנו למקום שפירש, ומוכח מדב"ק שם שגם במפרש לא יוכל לעשות כן רק בדרך עראי ולא בדרך קבע ע"ש והשתא ניחזי אנן מאי שני ליה למר בין עראי לקבע ובין סתם למפרש וצ"ל דדעתו ד"ע מיוסד עפ"י הדין ביו"ד סי' רנ"ח ס"ד דהאומר תנו מנה לבהכנ"ס סתם יתנו לבהכ"ן שהוא רגיל בה ואם רגיל בשתים יתן לשתיהם והשתא כיון דאחב"י כבר נהגו לתת הנידר לשם רמב"ה לעי"ק טבריא א"כ כל סתם נדר לרמב"ה יהיה לטבריא שהוא רגיל בה אבל במפרש ס"ל דלא אכפת (משא"כ הרב מהרי"ן ס"ל דלא ניח"ל לר"מ לתת רק למקום מנוחתו) ומ"מ אם התרנו לעשות כן בקבע אזי במשך הימים יהיה רגיל בטבריא ובמקום אחר וכשינדור סתם יתחלק לשתיהם וזה הוי נזק לחלק טבריא אשר מימיה זכתה בסתם נדרים אמטו"ל אסר הרב בקבע כי היכי שישאר הסתם כמקומו כמאז והדין דין אמת ודון מינה דהבא לקבוע קופת רמב"ה בקבע גם שיפרש לעניי עירו ה"ז גנב מפורסם לגנוב לנו סתם נדרים מהטעמים הנז' והו"ל גורם נזק ברור למה שזכינו מאז



ובזה כ"ע מודו דהו"ל יורד לאומנות חבירו ויותר וכ"ש למ"ש הרב מ"ב סי' כ"ז וסי' מ"ג דכל מידי שאדם טורח עד שהרגילו אליו באופן דס"ד כאלו מטא לידיה והתחיל העסק הזה עם בעליו כ"ע מודים דזה יורד לאומנות חבירו ומוציאין ממנו וגם מקומות שאין דנין דין מערופיאי ע"י בש"ע סי' קנ"ו מודו שאם כבר התחיל העסק עם הנכרי ובא חבירו להשיג בו עצמו דיש בו דין מערופיאי ועיין בשער שלמה באותו סימן שכתב דמאן דלא דאין דין מערופיאי היינו בנכסי הגוי אשר הם הפקר משא"כ במערופיאי דיש' עכש ויש סעד לדב"ק מדברי הרב פ"מ ז"ל שיובא לקמן דיש להחמיר במערופיאי דיש' יותר משל גוי ע"ש, וא"כ בנד"ד שאנחנו הרגלנו נדרי רמב"ה זיע"א בטרחתנו וס"ד עלייהו וגם הם נכסי ישראל לית דין ולית דיין אשר יאמר שאין בזה יורד לאומנות חבירו ואפי' אם יהין איש לקבוע קופה אנן מפקינן מיניה בדייני ועי' להתוס' ריש פ' האומר שהק' מהך דמרחיקין מצודת הדג לר"ת דהא הפקר היא ולית בה משום עהמ"ב ולת' הא' נר' דמי שהורגל בדבר גם בהפקר הבא להשי"ג הו"ל יורד לאומנות חבירו ולת' הב' נראה דמי שהמציא דבר תחילה אין לחבירו להשי"ג דיש לו זכיה במה שהמציא ולא הו"ל הפקר ע"י במהרש"א שם ובנד"ד תרתי איתנהו דאנן הממציאים הראשונים וכבר הורגלנו וק"ל.

ומסבה הזאת אשר מזה שנים קדמוניות נהגו כל אחינו הספרדי' לתת נדריהם של רמב"ה לעי"ק טבת"ו נפק אודיתא דאין יכולים אנשי ירושת"ו או זולתם לקבוע הקופה בצידנו לשם רמב"ה מטעם אחר דהו"ל כמכירי כהונה אשר כל כהן שיש לו מכיר ורגיל לתת מתנותיו לו לא יוכל שום כהן אחר לקחתם והו"ל מטא לידיה ממש ומוחזק להם למוכרם לאחרים כמפו' ביו"ד סי' ס"ד ולקחת מהם בנו הבכור פ"ש כמפו' בח"מ סי' רע"ח יעו"ש ועיין למב"י סי' קנ"ו שהביא דברי הרשב"א ביש' הרגיל אצל עירוני ובא חבירו לפתוח לעירוני ולמושכו אצלו שהשיבהרשב"א דאין מוציאין מיד השני כיון שהגוי נתן לו מדעתו ומ"מ מוחזק וגוערין בו והבי"ר מהך דמרחיקין מצודת הדג והמעייין בגוף התשו' בח"ג סי' פ"ג יראה שהביא ראייה גם מהך דמכירי כהונה ע"ש והנה הרב פ"מ בח"א סי' ט"ל תמה על הרשב"א אמאי לא יליף מהך דמכירי כהונה דמוציאין מידו נמי ות' לחד ת' דהרשב"א ס"ל כמ"ש התוס' בב"ב דקכ"א אמאי דאמרי' דבכור נוטל פי שנים ממתנות בהמה שנשחטה בחיי אביהם אם שחטה מכירו דכתבו בכ"מ קרי למכירי כהונה מוחזק במתנות וה"ט משום שהמכיר אסור לחזור בו מלתת לכהן וה"ט שזהו מתנה מועטת ואסור לחזור בו ואפי' בדברים בעלמא ואעפ"י שאם רצה לחזור חוזר כל מה דלא הדר ביה הו"ל מוחזק ודוקא דאשתחית בחיי אבוהון הא לא"ה לא כיון דמית מי יזכה ע"כ ומעתה דוקא ביש' דלית ביה משום מחוסרי אמנה הו"ל מוחזק דשארית ישראל לא יעשו עולה והמשי"ג מוציא' ממנו אבל לגבי עירוני אשר פיהם דבר שוא לא מיייתי ליה הרשב"א אלא כדמות ראייה דגוערין בו ע"ש וא"כ דון מינה ברגיל אצל יש' הרי זכה במתנותיו ומאן דמשי"ג מוציאין ממנו בדין ואפי' אם יתעקש המתעקש כאיזה ספרים לומר דאם קדם ונטל אין חיל בין ישראל לגוי ורק גערה איכא ולא הוצאת ממון מ"מ פשיטא דאין מי שיכחיש דזה עדיף מיורד לאומנות חבירו ועהמ"ב והו"ל איסור מוסיף ואומר אני דבסעיף זה אין מי שיכחיש איסור דהא מוכח ומבואר בדברי התוס' הנז' דזה עדיף מהאומר בפיו אני נותן סלע זה לפלוני כמ"ש ואפי' בדברים בעלמא

נראה דרגיל עדיף מדברים ותרוויהו אי הזר ביה המזכה איסורא עביד משום שארית ישר' לא יעשו עולה והו"ל מחוס"א ובודאי גוערין בו וא"כ מעתה לאו כ"ש הוא אם יבא איש ויפתהו לתת לו דאיסורא עביד וכ"ש אם יכפהו בגזירות ואיומים דל"מ דאיסורא איכא אלא גם מוציאין ממנו וכ"כ הרב מהריק"ש בתשו' סי' ו' לישב דעת הרשב"א דעירוני ע"ש ואם יהרהר המהרהר על מש"ל דבעל המתנות עצמו אסור לחזור ממה שהיה רגיל דזה אינו מוסכם דהא מב"י ביו"ד סי' רס"ד כתב משם הרא"ש בתשו' כ"י ס"ב דאדם הנותן בנו לחבירו למולו וחזר בו דאין בזה משום מחוס"א וטעמו בתשו' דכיון דהוא דשלב"ל ואין בו ממש ולא שייך ביה קנין גם משום מחוס"א אין בו ע"ש, אמינא ליה דמלבד שכבר עמדו קמאי בדברי הרא"ש והם סותרים ג"כ למ"ש עצמו במקו"א וישבום ע"ן ע"ש עוד בה דאין זה שייך בנ"ד דכיון דהוא מידי דצדקה כבר פסק בש"ע חו"מ סי' רי"ב ויו"ד סי' רנ"ח דנודר לצדקה גם בדשלב"ל כשיבא לידו מחוייב לקיים נדרו ומהא נפק"ל חידושא כו מלבד דהחוזר בזה יש בו משום מחוס"א גם י"ח נדרו לא יצא ואע"ג דמצינו מחלוקת וריבוי דעות בשינוי הצדקה מעני לעני מחלוקת כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ו ורנ"ט ע"י באחרונים הנה עמדתי ע"ז במקו"א והעליתי דדוקא בקופה ותמחוי שאם לא יספיקו יחזרו להם לגבות ממקו"א וליכא פסידא לעניים אבל כגון הקופות שאין חובה קבועה למתנדבים זולת בדרך מקרה ואם ישנו אזדא לה מהראשון לא כמ"ש הטור שם והעלתי שם דגם למהריק"ו שורש ה' שכתב דגם במקום פסידא אינו אסור השנוי רק לעניים ידועים עכ"ז לא אמרה אלא בהקדש אשר הוקדש להיות קרן קיימת לדורות דלא הו"ל ידועים אבל דבר המתחלק קמא קמא הו"ל העניי הנמצאי במקו"א ההוא ידועי' והוכחתי כן מגוף תשובת מהריק"ו ושכן העתיק וביאר דבריו מהרי"מ ט"ח"א סי' ס"ג וכ"כ חת"ס ח"ו סי' ז"ך לדעת מהריק"ו ומעתה דיד עניי אנן ידועי' ואית לן פסידא אין רשות לשנות דבר הידוע לנו וכל המשנה לא יצא י"ח נדרו שנדר לן דגוזל ומאכיל הוא וכבר כתבנו דהרגיל לתת לעני אע"ג דלא אמר בפ"י לתת לו רגילותו משוייא להו יותר מהאומר בפירוש מדין מכירי כהונה וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' רנ"ז סקי"ג דהרגיל לתת לעני ממילא זכה אותו העני אע"ג דלא מטא לידיה וכתב שכ"מ בס' התרומות ש' ס"ה ובהרע"ב ספ"ד דגיטין והרמב"ם פ"ו מה' מעשר ע"ש וכ"כ הרב אדמ"ק ח"א י"ד סי' י"ג וכ"כ הרב חלקם בחיים דצ"ד משם הרב מח"א והרב או"תז"ל דבהורגל לתת לעני מנה לשנה ג' פעמים דהחזיק העני בזה ואינו יכול לחזור בו ובזה פי' מד' משלי אל תגזול דל כי דל הוא וכו' דהכוונה דאם שינה מרגילותו שהיה נותן לעני וכו' הרי הוא גוזלו עש"ב ומכל אלין אני תמה עמ"ש בלב חיים ז"ל שבדרך עראי מיהא יכול לשנות הרגילות מלתת נדרי רמב"ה לעי"ק טבת"ו אם אמר בפ"י דלפי האמור נר' דגם בכה"ג אין כח בידו וכעת אין הספר הנז' עמדי להתחקות על דבריו ואפשר דל"א ז"ל רק לאחד שמקודם לזה לא רגל להפריש נדרים לרמב"ה ולתתם לעי"ק טבריא אבל אם נהג מקודם ג"פ לתת נדריו לרמב"ה לעיקת"ו הו"ל מכיר ואינו יכול לשנותם למקו"א ובזה ישבתי במקו"א מה שנר' מתשו' חת"ס ח"ו סי' ז"ך דנדרי רמב"ה יכול לשנותם, והוכחתי דשם לא דיבר הרב רק במי שלא היה מזכה אותם מתחילה לטבריא ע"ש באופן הנה מעיקר הדין הוכחתי דהמתנדבים הרגילים לתת נדריהם לטבריא אין כח בידם לשנות למקו"א אפי' שיאמרו בפ"י דאית בזה משום

מחוס"א ולא יצאו י"ח נדרם וגוזלים הם עניי עי"ק טבת"ו וכיון שכן מאין הרגלים להתיר לקבוע קופות ולפתות להמתנדבים לשנות ואיכא בזה גם משום ל"ע לא תתן מכשול ואין זה דומה למ"ש הפוס' שאם הבעה"ב אינו רוצה במלמד שהמלמד לא עבר איסור עהמ"ב דהתם הבעה"ב אינו עושה איסור בשינוי המלמד עיין להרב נח"ל צונצין סי' כ"ט דל"א ע"א דאיסור עהמ"ב לא רכיב אבעה"ב אלא הבא ליטול אבל הכא שהוכחנו דהמתנדבים המשנים עבדי איסורא רבא ג"כ המקבל מהם נמי מסייע ידי עוברי עבירה ולא עכברא גנב ובפרט דלאו כ"ע גמירי ומה גם שגם בל"ז כבר כתבנו די ש איסור עהמ"ב וגזל מד"ס כיון דטרחנו ומשום יורד לאומנות חבירו דפסקי לחיות שונאינו ומשום מכירי כהונה דהו"ל מטא לידן והבא בגבולינו גזל הוא בידו ומפקינן מיניה בדייני וחלילה לחשוד ברבני עיקו"ת ירושת"ו שיסכימו לפיתוי שחורי הראש שבודאי אין דבר נעלם מעיה"ק מכל האמור והם יוכיחו לקטנים להודיעם כי הכל תלוי בהשגחה עליונה והוא אל זן ומפרנס ומשביע לכל חי רצון ואין אדם נוגע במה שמוכן לחבירו ומה בידו לעשות לענייהם היעלה על לב אדם מעולם כי נחריש ונתאפק על קפוח פרנסת עניי ואביוני עיקת"ו אשר ראינו צרת נפשם על המחיה ונפיש נפחי כפן בטבריא מדלית איסור ואין דוחין נפש מפני נפש ומה גם במידי אשר ידענוהו שהם זכאים בו בדין ודידהו הוי מאן ספין ומי הרשה את גדולי עי"ק טבריא ת"ו לוותר בו לאחרים ואפי' ליזקק לירד לדין עם התובעים זכותם כיון שיש בהם כמה יתומים ואלמנות הא קי"ל בח"מ סי' ר"ץ דאפי' אפוטרופוס היתומים אינו רשאי לדון עם מי שיש לו תביעה אצל היתומים וכתב שם בבאה"ג משם ה"ה דכיון שאינו רשאי לדון אם עבר ודן ונתחייבו היתומים לא עשה כלום ע"ש ומכ"ש שאינם רשאים למחול זכותם נגד הדין ואפי' אם היה הדבר נוגע רק לגדולי עיקת"ו ולא לעניים ויתומים לא היו רשאים למחול כי ידוע הוא כמה ימשך מקביעות הקופות החדשות דברי ריבות וח"ה בכל זמן וזמן בין שתי ארה"ק יוב"ב ושלוחיהם כי כ"א יאמר שלך שלי וכו' וגם כי הבריות יראו מהות הענין שנשתנו סדרי בראשית ולא ידעו כי הב' עיירות נשתנו ביניהם רק יחשבו כי הותרה השגת גבול וכו' וד"ז קיימתיהו מסברא ושוב מצאתי הדבר מפו' להגאון חת"ס חח"מ סי' קס"ב הבי"ד הפת"ש בסי' קנ"ו סק"ז שנשאל אודות חבורה של מוכרי כסות בראותם שנתרבה ביניהם הש"ג בענין המכירה והיה תמיד דו"ד ומריבות רצו להסכים חד להתיר ביניהם השגת גבול ולמחול זל"ז הפסד ממון שגרם לו חבירו ושאלו אם יש בכחם לעשות זה ואם יצאו יד"ש בכך והשיב באריכות דחלילה לעשות כן הן מצד המוסר זו קשה מן הראשונה דבל"ס ע"י שיעשה להם היתר תגדל המריבה וח"ה וכו' גם כן ילמדו מהם במקומו' אחרי' ויהיו חוטאים ומחטיאים וכן מצד הדין אין זה מספיק כלל וכן כל המוחלים זל"ז לעשות מעשה שאסרה תורה כגון גניבה ואונאה והש"ג מלבד כי לא ינקה מדי"ש מצד שהוא נגד ישוב העולם גם בדיני אדם לא יועיל כלל וגם אם המוחל יקבלקנין ע"ז אין הקנין חל כלל וכו' עש"ב כל דב"ק היורדי' חדרי בטן ואם הרב חש בזה"ש ולחוטא ומחטיא בהמוני עם מוכרי כסות מה נענה אנן לגבי גדולי הדור דאיכא חילול ה' טפי וכמארז"ל כגון אצא וכו' כגון אנא וכו' והכל לפי מה שהוא אדם באופן שלא מצאתי קיום לבקשת אנשי ירושת"ו זאת לא מצד הדין ולא מצד מחילה והוא דבר שלא יתכן ומי יתן החרש ויחרישו ותהי זאת לנו ולהם לחכמה, והאל ברחמיו

ממקום אחר ישלח שלומיו, ויכין פרנסתנו ופרנסתם מידו המלאה והרחבה במדה מרובה, ולא יצטרכו זל"ז ולא לאיש אחר אמן, זהו מה שעלתה מצודתי להשיב לכת"ר הי"ו ואני בגלותי, ואין הספרים אתי, ה' ישיב את שבותי, ובלי ספק אם חיי"ם שאל לרבני עיקו"ת דיתבי בדוכתייהו המה בחכמתם, יאריכו למעניתם, ואני רק להפקת ר"ץ הגדתי היום חוות דעתי ואם שגיתי אתי תלין משוגתי, החו"פ פקעין ת"ו בחשון תרס"ד ש' תן שלו"ם בארץ לפ"ג: הצעיר אליהו ילוז ס"ט שאלת פס"ד זה כבר נדפסה בש' התרס"ד בס' "משפט וצדק" הנלוה לס' "יצב גבולות" (שמדובר במ אודות קופת התה"ק רמב"ה זיע"א מלבד כמה הסכמות ותקנות ופס"ד מרבנים גדולים ראשונים ואחרונים מארץ ישראל וגם מרבנים הגדולים שבח"ל ומקהלם היחיס"ג בחת"י שקבלו עליהם ועל זרעם אחריהם עד ביאת גו"ץ להחזיק בקופת רמב"ה ולשלחה ליד רבני עי"ק טבת"ו או למוסרה ליד שלוחם דוקא ואין לשום עיר אחרת הן בארץ והן בח"ל שום חלק בה) ולא היה מהצורך לחזור ולהדפיסה פ"ב פה, אך להיות שאחר הדפסת ס' יצ"ג הנז' הזמין ה' לידי עוד איזה הסכמות מב' ערים גדולות מערי מערב הפנימי (מארוק) מרבנים גדולים ויחי"ם וזמנם משנת התרל"א ליצי' שהיה גם אז ערעור מרבני ירושת"ו על קופת רמב"ה שדרשו לקחת חלק בה גם הם ונשלחו הסכמות הנז' להרה"ג מנהלי עי"ק טבת"ו ובראשם הרה"ג מעוז ומגדול ר"ט ור"מ כקש"ת ר' חיים שמואל הכהן קונורטי זצוק"ל נגד רבני ירושת"ו, (ובמחב' הקטנה "זכרונות לרבנים בא"י" בפרק "טבריא" הבאתי כל הענין בארוכה) לכן לבי יעצני נחזור ולהדפיס הפסק הנז' עם ההסכמות הנז' בספר זה של עט"ר מרן אבא הרה"ג המחבר זצוק"ל לתועלת עי"ק טבת"ו ולחזוק הקופה הנז' ובפרט כי שמו מפורסם הרבה בכל ארצות מערב הפנימי ויה"ר שיהיה בזה נז"ר לנשמתו בג"ע העליון וזכותו וזכות תורתו וזכות התה"ק רמב"ה זיע"א יגיננו בעדי ובעד כל אשר לי בני וב"ב תמיד כל הימים ויעזרנו האל ע"ד כבוד שמו אמן: הק' יוסף חיים ילוז ס"ט בן לעט"ר א"א הרה"ג המחבר זצ"ל טאנכיר יום דב"ש ה' לחדש אייר תרל"א לפ"ק.

את פני המאורות הגדולים הרבנים המובהקים מלאים זיו ומפיקים רבנן דפקיע שמיייהו, ותנא על רישייהו ומתוכם כעין הקרח הנורא, אישי כהן גדול, מעוז ומגדול, הוא הקדוש ח"ק לישראל, כמהר"ר שמואל הכהן קונורטי אתה ה' תשמרם וכצנה רצון תעטרם אכ"ר. אחר נשי"ק וקידה חמש מאות לפני גדולת מעלתם וכת"ר תפארתם.

כדת מה לעשות, וש"ר האלף לכל הקרב הקרב ודשראן סמיכין עלייהו ישצ"ו אכ"ר, או"ת לטובה, שהגעתי לפרק המקב"ל האחת אהובה, כתב ידי קדשם, ונופת דבשם. ואעלוז המון רבה, כשמחת בית השואבה, ביודעי מטוב שלומם וטובתם, כה יעשה אלהים וכה יוסיף להם החיים והשלום בחצריהם ובטירותם אכ"ר, וגם ראיתי את הלחץ ואת המבוכה רבה, אשר אתם רו"מ יושבים בה, בענין הקופה הקבועה מימי קדם לזכות התנא האלד'י הוא הקדוש רמב"ה זיע"א, אשר בקשו חכמי ורבני ירושלם תוב"ב להסב הנאתה אליהם וכו' כמ"ש בדב"ק, בטחתי בחסד אלד'ים כי ידבר שלום אל עמו ואל חסידיו.

וישבתם לבטח באין אומר ואין דברים בע"ה, ומובטחני כי חכמי ורבני ירושלם תוב"ב חכמים בחכמתם, והמה בצדקתם לא תצא מלפניהם כ"א האמת והשלום כמ"ש כי מציון תצא תורה וכו' ומה מאד תעלוזנה כליותי בשמעתי דברי שלום וריעות בין'ן של קדושים הי"ו. וע"ע האגרות אשר שלחו מתם למעלת הרבנים השד"ר כמהר"ר שלמה אבולעפייא וכמהר"ר יאודה ריבוז נר"ו, הגיעו לידי ביום ז"ך ניסן, ותכף באותו יום קיימתי בהם מצות שילו"ח ליד ידידינו הגביר המרומם כה"ר סי' אברהם קורקוס הי"ו אשר במוגאדור וזרזתי אותו בבל ואחר למהר לשלחם ליד השד"ר אשר הוא חונה כעת במתא מארוויקוס וע"א ובודאי כי לעת כזאת כבר הגיעו לידו ואני הנני מוכן ומזומן לשרת בקדש קמי רבנן בכל אשר ישיתו עלי כי זה חפצי ורצוני, ולמעכ"ת החיים והש': ע"ה מסעוד אביקאציץ הן לצדק, כי מימות עולם לימים ראשונים אשר שמענו ונדעם.

אבותינו ואבות אבותינו מנהג ישראל תורה. שכל הנדר והנדב לשם התנא הקדוש רמב"ה זיע"א הכל ניתן ביד השליח כולל של טבריא לזכות חו"ר ועניו וכו' טבריא תוב"ב וגם אנחנו מנהג אבותינו בידינו ומחויבים אנחנו ללכת בעקבותיהם עוד כל ימי הארץ שכל הנדר והנדב לשם קופת התנא רמב"ה זיע"א יהיה לזכות חו"ר טבריא כאמור ומנה לא נזוע כן היה וכן יהיה וכן יקום עד ביאת הגואל בב"א הכ"ד החו"פ בעדנו ובעד הקקי"ץ בס' זאת חוקת התורה כאן שנה ורנ"ו וישמח"ו ליצי' לפ"ג פה טאנג'יר יע"א וקום: הצב"י מרדכי נ' ג'ו"ס"ט ע"ה משה נ' סימול"ס"ט גזבר ופקיד של התנא הק' רמב"ה זיע"א ע"ה משה יצחק נהון נ"י פריזידינט ע"ה מסעוד אביקאציץ ישצ"ו בענין הקופה של התנא הקדוש רמב"ה זיע"א אשר החזיקו בה חו"ר טבריא תובכ"א אם נסכים עם חו"ר ירושלים תובכ"א לחדש דבר מעתה ליטול חלק בה הסכימה העצה שאין לשנות את הידוע ליתן את האמור של זה בזה ואפ"י מקדושה חמורה לקדושה דרבה מינה וזכה מי שזכה ארעא היכא דקיימא תיקום זכותה בקופתה וזווי היכא דקיימו לוקמו כ"ד צעירי הצאן החו"פ פאס יע"א כ"ד תמוז יה"ל מש' אשר גבלו ראשנים ליצירה והשו"ב וקים: מתתיה סירירו ס"ט שלמה אליהו אבן צור סליט"א אבנר ישראל הצרפתי סיט"ה רפאל אבן צור ס"ט גם אנחנו משגיחי ומנהלי עדתינו קהל עדת ישורון אשר בעי"ת פאס וע"א דעתינו מסכמת ככל היוצא מפי חו"ר עירינו יש"ץ ואין מוציאין מזה ונותנים לזה ולראיה ח"פ זמן הנ"ל וקיים: ע"ה אברהם נ' נצ"אם ס"ט ע"ה משה נ' סמחון ס"ט ע"ה עיוש נ' אמוזיג ס"ט ע"ה יעקב לוי ס"ט ע"ה יעקב אפלאלו ס"ט ע"ה יהודא אג'ווילוס ס"ט ע"ה ב"ה בנימין נ' סמחון ס"טואחרי המלכים הצדיקים האלה הרה"ג שרפי קדש הלולים היושבים על מדין בעוב"י פאס יע"א אשר היא ראש הממלכה לכל ערי המערב ומשם תורה יוצאת כי שם גלתה סנהדרין וממנה יוצאים כל התקנות והמנהגים וההסכמות ונקבעים בכל ערי המערב (עי' בס' נר מערבי סי' נ"ז) בודאי שאין איש בכל ערי המערב וכפריה שיערער ויצא נגד הסכמת הרה"ג הנז' וכל הבא לערער ולסתור הסכמתם הנז' הרי הוא עובר על דברי חכמים ועושה נגד הדין ופורק עול וחטאו ישא האיש ההוא ואין תרופה למכתו ח"ו כי כל הנוגע בקופת רמב"ה או משנה אותה לעיר אחרת כאילו נוגע בבבת עינו והחושש לדברי חכמים ורוצה בקיומן ישכון בטח ושאנן מפחד רעה וזכות גדול אדונינו ורב כח התנא האלהי רבי מאיר בעל הנם זיע"א תגן בעדו ובעדנו אכי"ר יח"י שמו: ס"ט אבן העזר סי' א' ראובן לקח לו את רחל לאשה

ומזה כמה חשכו מאוריה ונסמית בשני עיניה ועכ"ז אחרי זאת נתעברה ממנו וילדה לו בן והן היום צווה שעוד אינו יכול לסבול ותובע שתבחר לה או שיגרשנה ויפרע לה כתובתה או שתתן לו רשות לישא אחרת עליה והיא ממאנת בשתייהן מכח השבועה שנשבע לה שלא לגרשה בע"כ ולא ליש"א עליה והוא משיב דאדעתא דהכי לא נשבע ועמדו לדין להורות להם שוה"ד: ואמרתי לעיין בראשי פרקים של ענין זה ולפני גדולים יתיצב ומניהו מלכי יגמר הדין ובתחלה אקדים שהגם שידוע מהספרים המלאים זיו בענינים כאלה לפלפל מכח חרגמ"ה לדידן דאתכא דמרן סמכינן כבר פסק בש"ע אה"ע סי' א' וגם בתשו' לאה"ע ה' כתובות סי' י"ד הוא והגאונים שעמו שרגמ"ה לא גזר רק ע"ס אלף החמישי וגם שלא פשטה גזרתו בכל הארצות ואנן בדידן מקובל אצלנו מרבותינו הקודמים נו"ן דלית מאן דחש לזה בספרדים פה ובפרט בנדון כזה הנה גם הרא"ש ז"ל שהוא מהנוהגים בחרם הנז' נשאל בתשו' כמ"ב באשה שנודע לבעלה שהיא נכפית ופסק שכופין אותה לקבל גט ויתן הנמצא בידו לפרעון כתובתה והשאר יהיה חוב עליו ואם תמאן לקבל גט ימנע ממנה שבוע' ואין עליו מניעה מחרגמ"ה דהגם דבפ' המדיר הלכתא כחכמים דאין כופין הבעל להוציא בין במומין גדולים בין בקטנים מ"מ רגמ"ה ז"ל פסק בתשו' דנכפה כופין אותו להוציא וא"כ הגם שרגמ"ה השוה אשה לאיש שלא לגרשה בע"כ מ"מ לא העדיף כחה מכחו עש"ב ועיין בש"ע סוס"י קי"ז וא"כ הנה מצאנו להרא"ש בפסקיו לפ' המדיר כתב אע"ג דלא קי"ל כרשב"ג בנסמא באחת מעיניו דכופין אותו להוציא מ"מ בנסמא בשתי עיניו דהו"ל כעבר ובטל גם רבנן יודו דכופין והגם שמצאנו לו שם בכמ"ב כתב הפך מזה הנה הגיהו שם דבפסקים כתב להפך ור"ל דהפסקים עיקר כידוע דכשיש סתירה בין תשו' לפסקים דפסקים עיקר וכן מהב"י בסי' קנ"ד דהביא התשו' דהרא"ש עם ההגה הנז' ובבד"ה כתב דמהרמב"ם נראה כהפסקים ומשמע דסומא בב' עינים להלכה כופין אותו להוציא וכיון שהרא"ש כתב שלא העדיף הגאון כח האשה מהאיש א"כ גם בסומא בב' עיניה נימא הכי שתצא בע"כ ואם תמאן יהיה דינה כמ"ש בנכפית וז"פ רק במה שיש לברר בזה הוא מצד השבועה שנשבע לה דאולי לא אמרה הרא"ש ז"ל רק בחרגמ"ה וכ"ש אם נאמר שגם הרא"ש ס"ל דלא גזר הגאון רק עס"ו אלף החמישי ורק הדורות המשיכוהו להם מעצמם או שתקנוהו לגדר וכן תמצא בלשונו ז"ל שכותב שתיקן הגאון ולא מה שהחרים הגאון וכבר נשתפכו דיות בזה (בפוסקים) ולא בשבועה שנשבע לה מעצמו והגם שרבים מהפוס' ביקשו קולות בגוף שבועה זו מ"מ המעיין לא ימצא שום אחת מהם נמלטה ממחלוקת וא"כ הרי קי"ל לס' שבועה להחמיר עוד צריך לברר מ"ש בפ' המדיר נמצאו בה מומין וכו' נסתחפה שדהו אם נאמר זה דוקא לחיובו בממון ולא לענין חיובו שלא לגרשה בע"כ וכו' או גם לזה דאין ללמוד ממה שכופין אותו לה שכבר כתבו התו' שם דהאשה שדהו של איש ובה שייך לומר נסתחפה שדהו ולא בה בפרט בנד"ז דאחר המום שימש עמה וילדה לו וא"כ י"ל הרי סבר ומחל וקבל וחיובו במקומו עומד: ואשיב על ראשון דהגם דיש להביא ראיה ממהריק"ו ז"ל שורש ק"א דאין הכרח מהרא"ש דחרגמ"ה והשבועה שוים אבל מ"מ להלכה שוים הם והוא ממה שנשאל שם במשודכת שנשתטית ואינו רוצה לכנסה ונתחייב לה בקנס ואינו רוצה לשלם ודן הרב מתשו' הרא"ש דאדעתא דהכי לא נתחייב לה וכתב שם דאפי' היתה שם שבועה הוחלה השבועה דאין לחלק בין היתה שם שבועה

ללא היתה וכו' ולבסוף כתב דגם בנשואה התיר הרשב"א בתשו' וכו' לענין חרגמ"ה מכח אומדנא עש"ב והשתא יל"ד דכיון דבא לצאת י"ח החרם מתשו' הרשב"א והוא עוסק בתשו' הרא"ש ומצאנו למהרימ"ט ח"א סי' קי"ז הוכיח מתשו' הרא"ש דכמ"ב דאיש שוטה כופין אותו להוציא וכ"כ מהרח"ש בחאה"ע סי' ל"ג דדינו כנכפה ועדיף מניה (הוק"ל ממ"ש בטוש"ע סי' קנ"ד באיש המשתטה יום יום דאי"כ אותו להוציא ות"י דהתם לאו שוטה ממש אלא דעותיו רעות א"כ אמאי לא הוכיח מהרא"ש גופיה דס"ל דלא העדיף הגאון כחה מכחו והלך לטעם הרשב"א משום אומד"ד אם לא שנאמר משום דהוא ז"ל רצה להפקיע גם כח השבועה ואי מטעם הרא"ש הלא יש לחלק בין חרם לשבועה לפיכך אזיל לטעם הרשב"א דמפקיע שניהם דטעם אדעתא דהכי לא נתחייב מועיל לממון ולשבועה ולחרגמ"ה והנה להדיא כתב הרשב"א בתשו' הביאה ב"י ביו"ד סי' רכ"ח ופסקה שם בש"ע וגם באה"ע סי' נ' בנשבע למשודכתו או נשבעה לו ליכנס לחותה לזמן מוגבל וקלקל חד מהם או קרובו דפטור האחר משבועתו דאדעתא דהכי לא נשבע ומזה העלה מוהריק"ו דגם בשבועה פוטרת אותו האומדנא וכן דעת הרא"ש בתשו' דקלקלה אחות המשודכת והגם דהתם לא הזכיר הפיטור רק לענין קנס מ"מ הש"ע כאשר פסקה כתב שפטור מהקנס ומהשבועה וי"ל אחת משתים או שהיה גורס בתשו' הרא"ש השבועה (כן נראה מתשו' מהראנ"ח ח"ב סי' כ"א) או שסמך על הרשב"א ומהריק"ו שכ"כ.

כנז"ל (וכן נראה מהפ"מ ח"ב סי' קי"ז) ומ"מ לדידן דסמכינן אש"ע לא נשאר לנו ספק בזה דאומד"ד פוטר גם משבועה אלא דעכ"ז עדיין עומד נגדנו מ"ש מהראנ"ח להסתפק בח"ב סי' כ"א דלכי תידוק בדברי הפוס' המבטלים השבועה מכח אד"ד לא נשבע תמצא שלא אמרו כן רק בביטול השבועה בשוא"ת כגון שנשבע ליכנס לחופה והשתא ממאן דאין בדינו לכופו מכח האומדנא אבל בקו"ע כגון שנשבע שלא לגרש או שלא ליש"א והשתא רוצה לעבור בקו"ע יש ספק אי יהבינן ליה רשותא ע"ש והרב פ"מ ח"ב סי' קי"ז רצה להק' עליו מהך דמהריק"ו שורש ק"א דרנה להפקיע החרם מהך דהרשב"א הגם דהוי בקו"ע ות"י דמהראנ"ח יחלק בין חרגמ"ה דיאמר שתועיל האומדנא גם בקו"ע משא"כ בשבועה וכתב דזהו דעת מהריב"ל ח"ב סי' כ"ב אלא שמהרשד"ם יו"ד סי' ק"מ ורש"ל בתשו' סי' ס"ה כתבו להפך דאדרבה בשבועה יש להקל דאמרינן רווחא שבק לנפשיה והנה להרב יד ימין באה"ע סי' ס"א שהביא מהפרמ"א ח"ב שהקשה שהרי מהריק"ו למד מתשו' הרשב"א גם לשבועה דהויא בקו"ע ולפמ"ש הכ"מ ז"ל לחלק בין חרם לשבועה אינה קו' כי מהריק"ו מה שלמד מחרם לשבועה אינו רק לומר דכשם האומדנא מועלת בחרם כן מועלת לשבועה אבל לחרם גם בקו"ע ולשבועה רק בשוא"ת גם מה שהביא שם דמהראנ"ח עצמו ח"א סי' מ"א התיר מצד השבועה לאו מתייא דהתם מיירי שתולים השבועה ברשות ב"ד ולזה אמר הרב דכיון דהיא תלויה ביד ב"ד ובנדון ההוא מן הדין יכול לגרשה הב"ד יתירו לו ובפרט שאינו ענין מ"ש שהב"ד יתירו לו למה שאנו דנין להתיר לו מכח אומדנא גם בלי התרה מ"מ הגם שהפ"מ ז"ל כתב דאין ס' של מהראנ"ח מוציא מידי ודאן דהנך ז"ל הנה בא חכמהחק"ל ז"ל בח"ג ליו"ד דצ"ב וגילה כי מצא לנמק"י והריטב"א כתבו להדיא דלגבי שבועה אין מפקיעין אותה בק"ע מכח אומדנא ואין ודאן של אחרונים מוציא מודאן של אלו ואם הווי חזו להו הווי הדרי

בהו ע"ש: ועוד צ"ע בהפקעת השבועה מכח האומדנא דהא מהרימ"ט ביו"ד סי' מ"ט הקשה אההוא דהרא"ש והרשב"א דאיך אפשר להפקיע החיובים שנתחייב מתחלה וכ"ש בשבועה מכח אדעתא דהכי לא נשבע בדברים שיארעו אח"כ והלא אין פותחין בנוולד דלא שכיח אלא שהרב שם חילק דהיכא דנוולד הדבר קודם המעשה כהך דקלקול קודם הנישואין אמרינן דאד"ד לא נתחייב לעשות דבר שאינו ראוי לעשותו נהי שאם היה אחר המעשה לא הי"ל שום טענה וכו' וכ"כ החק"ל שם משם ח"ץ ז"ל בסי' מ"א ע"ש ומשם הרב פ"מ ז"ל בסי' קי"ז כתב דמכח האומדנא הו"ל כתולה נדרו בדבר וכאילו התנה בשעת נדרו שאם יארע דבר זה אין כאן נדר ובזה אין כאן אין פותחין בנוולד ועשה סמוכות לזה מהריב"ש ושאר פוס' ולי הדל יראה שכן מפורש בתשובה דכלל לד' וז"ל שם יראה דהדין עם שמעון דאעפ"י שלא פירש שהם תנאי בשעת עשיית הקנס כיון שאונס כזה אירע אנ"ס שאם היה יודע שדב"ז עתיד להיות לא היה משדך בתו לבנו והו"ל כאילו התנה מעיקרא בשעת מעשה ע"כ מפורש כמ"ש הפ"מ ז"ל והנה ראיתי להחק"ל ז"ל שם שאחר שהביא דברי הפ"מ כתב דבלא"ה קשה קו' מהרימ"ט ז"ל בסוגיא דנדרי אונסין כיצד חלה הוא או בנו דאדעתא דהכי לא נדר ובש"ס מסוי דדוקא באונסא דלא שכיח והשתא ק' והלא אין פותחין בנוולד דלא שכיח (לעד"ן דלפי דברי הפ"מ אין שם קו' די"ל שאנ"ה דהוי כתולה נדרו בדבר) ומזה יצא לחלק ז"ל דמדהצריכו שם אונס עם האומדנא מינה דבלי אונס גוף או ממון לא שרי והאונס והנזק הוא דעביד ליה אומדנא וא"כ מאי דקי"ל אין פותחין בנוולד הוא כשלא יש שם נזק כגון נדר מפ' ונעשה סופר וכו' משא"כ באונסים שמגיע מהם נזק ע"כ והנה לכאורה חילוק הרב לעיקר הקושיא אינו מבואר דכיון דסו"ס הדבר צ' הזה אפשר שאירע ויולד והוא לא התנה בו בשעת הנדר גם אם היה בו נזק ראוי לומר שאין פותחין כיון שאפשר שיקרה והוא לא התנה בו והנראה להרחיב כונת הרז"ל בזה עפ"י מ"ש ב"י בסי' רכ"ח מתשו' הרמב"ן הטעם דפותחין בנוולד דשכיח דאמרינן ליה אם היית יודע שיהיה כן היית נודר ומשיב לא אמרינן כיון דשכיח ועולה על הדעת והוא אינו רוצה בו אמאי לא התנה אלא ודאי לא נזכר להתנות והוי קרוב לנדרי טעות שטעה ולא התנה ודמי לטעות בעיקר הנדר כהך דהכתה את בני ונודע שלא הכתה ומפני שאינו טעות ממש בעי עכ"פ התרה אבל זה שייך כנוולד דשכיח אבל בדלא שכיח שהוא רחוק המציאות נימא דעלה על דעתו אלא מפני שהוא רחוק המציאות לא חש שיהיה ונדר בסתם לזה אין שומרין בו אבל כאשר יהיה עמו היזק דאומדנא מוכח שלא יסבלהו אז הענין להפך ונימא לא זכר ולא אסיק אדעתיה שאם זכר ודאי היה מתנה ושוה דינו לדין נולד דשכיח חמור מעתה דנד"ד דנסמית אחר הנישואין הוא שנוי במח' דלמהרימ"ט וח"ץ ז"ל אין האומדנא מפקעת השבועה ולהפ"מ והחק"ל ז"ל מפקעת גם בזה ולכאורה צריך טעם למהרימ"ט מאי שנא אחר הנישואין לקודם הנישואין דלא אמרינן אד"ד ל"ן וי"ל דאחר הנישואין אמרינן נסתחפה שדהו כמ"ש באה"ע סי' קי"ז נולדו בה מומין בבית הבעל נסתחפה שדהו דמעיקר הדין יכול לגרשה ולפרוע כתו' אלא שכיון שנשבע שלא לגרשה בע"כ אמרינן גם לזה נסתחפה שדהו אבל הפ"מ וחק"ל ז"ל ס"ל דכיון דמכח האומד"ד הו"ל כהתנה בשעת שבועתו וחיובו שלא יהיה בה מומין ול"ש בזה נסתחפה שדהו דאין אחר התנאי כלום ועיין באה"ע סוס"י ט"ל אבל אנכי הרוואה כי רבים הסוברים דאמרינן נסתחפה



שדהו גם בלי אומד"ד הראשון הוא הרא"ש בכלל ל"ד דהגם שהרבה להביא ראיות שלא שידך אדעתא דהכי והוי כאילו התנה כן מעיקרא עכ"ז פקפק בסוף התשובה שאם היה זה אחר האירוסין אמרינן נסתחפה שדהו ע"ש גם מהריק"ו שורש ק"א גבי נשתטית הגם שהאריך לדון מכח אומדנא שלא לכנסהמ"מ כתב שאם היתה כבר נשואה הו"א נסתחפה שדהו ע"ש (אמת כי הרפ"מ שם קי"ז כתב כי הרא"ש ומהריק"ו לא כ"כ רק לגבי חיובו בממון אבל לגבי שבועה ל"ש טענת נסתחפה שדהו ולא ידענו מאי שלא גם שאר אחרונים לא חלקו בזה) וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' נ"א בעובדא דנסמית והבעל מושבע שלא ליש"א עליה והביא מ"ש הרמב"ם דנולדו בה מומין תחתיו נסתחפה שדהו וחייב בכתובתה ובכל תנאו ב"ד ודן מזה דה"ה ללא יש"א אחרת עליה וכ"ש שהוא בשבועה שהתנאי קיים מה"ת כמו שכו"ע ע"ש והגם כי מהר"א גאליקו ז"ל שם וגם מהר"מ אלשיך ז"ל בסי' פ"ו פליגי על המבי"ט ז"ל באותו נדון וס"ל דאומד"ד מפקעת שבועתו דלא ישא אשה אחרת וכו' עש"ב המתחקה שם יראה דגם הם מודו להמבי"ט דאחר הנישואין אמרינן נסתחפה שדהו גם במקום אומדנא אלא שמחלקים דלא אמרינן נסתחפה שדהו וחייב לה אלא בכתובה ותנאיה שהם גורמים לה קיומה עמו כשאר נשי דעלמא אבל תנאי מבחוץ שלא ליש"א עליה אינו מן הנדון עש"ב ונמצא גם לדבריהם בדבר הנוגע לקיומה עמו כגון תנאי שלא לגרשה בע"כ גם הם מודו דגם כשיש אומד"ד שמבטלתו אמרינן נסתחפה שדהו אבל בליש"א עליה דאינו מבטל קיומה עמו בהא פליגי על המבי"ט אבל לא כמו דסבר הפ"מ דבמקום אומד"ד בטלה השבועה בכל אופן והמבי"ט ז"ל לא הודה להם גם בחילוק זה וצריך לדעת מה יענה הרב ז"ל להכרח חלוק זה שהביא מהר"מ אלשיך ז"ל דלא ליסתרו שתי תשו' הרא"ש להדדי דבהך דכלל ל"ד בקלקלה אחות המשודכת פסק שאם היה זה אחר האירוסין הו"א נסתחפה שדהו ואילו בכלל בנתחייב לחתנו נדונייא פטרו הרב מלשלם ולא אמרינן נסתחפה שדהו דהמתחייב אם לא שיש לחלק כנז' ע"ש ולע"ד יש לומר דהמבי"ט ס"ל דהך דכלל ה' אין השדה אלא סך החיוב שנתחייב האב והקונה אותו מעת החיוב הוא החתן וכאשר לאבד מיניה הוא דאזל והלך השדה שקנה הוא החיוב ואמרי' ליה נסתחפה שדך ואין סתר מהך דכלל"ד ואין הכרח לחילוק מהרמ"א ז"ל הראת לדעת כי רבים המה דניידי משטת הרפ"מ ז"ל ואולם באמת צריך טעם דאחר דאמרי' דאומד"ד הוי כאילו התנה להדיא בעת החיוב איך נחייבהו מכח נסתחפה שדהו ובפרט כי הרא"ש ז"ל כתב תרוייהו כמש"ל ואפ' הטעם לזה עפמש"ל מה שהביא החק"ל משם הריטב"א ז"ל שאין האומדנא מבטלת השבועה אלא בשו"את ולא בקו"ע ועיין בס' אשי ה' הנד"מ בש"ס גדול לעמברג דב"ק דאחר שהאריך דכל אונס בין בגוף בין בממון פוטרו משבועה כתב וז"ל מיהו ה"מ בנודר או נשבע לעשות שאין חלות שבועתו עד שעת מעשה אבל בנודר או נשבע שלא לעשות הרי חלות שבועתו מעכשיו ואם בא נעבור שבועתו צריך לעשות מעשה בידיים וכיון שכן דינו של זה כשאר איסורי תורה דלא משתרי אלא במקום סכנת גופו ע"כ ומזה נלמוד דכל שהוא בגון נדונות שלא יגרש או לא יש"א מעת חיובו בשבועה חלה שבועתו וכשיבא לבטל זה אפי' יש לו אומדנא לא יכול לעבור ורק מפני שיש לו לבעל לטעון דמומה הוא שגרם לבטל ולא מצדו וה"ז דומה למ"ש בריש כתובות לענון מזונות הארוסה דחלתה היא ע"ש לזה הוצרך הרא"ש לטעם נסתחפה שדהו לומר שאון זה קרוי

מחמתה ולפי הנחה זאת דכל עיקר טעמו דהרא"ש הוא משום דחלה השבועה מעת שנשבע ולא יוכל לעבור עליה בקו"ע א"כ נמצא דינו דהמבי"ט דגם בשבועת שלא ליש"א לא יוכל לעבור חי וקים דדל מהכא טענת נסתחפה שדהו וכמ"ש מהרא"ג ומהרמ"א ז"ל מ"מ הרי לא יוכל ליש"א ולעבור בקו"ע כנז' ובפרט למש"ש המבי"ט למהרא"ג ז"ל דהנשבע לבקשת ותועלת חבירו לא מצי לעבור בכח האומדנא (עיין ביש מאין ח"א מ"ש בזה) וראיתי במכתם לדוד חאה"ע סי' ח' שהביא דברי המבי"ט בנסמית ואזיל בתר דידיה והמתבונן במש"ל יראה סילוק לכמה מקושיותיו אלא שאכמ"ל והגם שראיתי למהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ל"ב שכתב בנסמית בב' עיניה אחר הנישואין דפשיט"ל שיגרשנה בע"כ ויסודו מדברי הרא"ש בנכפית אינו ענין לנ"ד דל"א רק לגבי חרגמ"ה דנדונו לא היה שם שבועה משא"כ הכא דאנו דנין לשבועה והרי כתבנו לעיל משמו דנסתפק אם יכול לעבור על השבועה בקו"ע וכן אין ללמוד מהרב דרכי נועם יו"ד סי' למ"ד במשודכת שנתחייב לה בקנס ושבועה ונסמית טרם החופה ועכ"ז פטרו דהתם הוי שוא"ת משא"כ לגרשה אחר הנישואין דהוי קו"ע ובזה יתו' מה שתמה עליו י"א בהגב"י לאה"ע ח"ב בסי' א' אמאי לא זכר תשו' הראשונים שקדמוהו והיינו משום דאינהו איירי בשבועה שעובר בקו"ע והוא ז"ל מיירי בעובר בשוא"ת: אמנם עכ"ז הנה המבי"ט ז"ל עצמו המחמיר בדבר מצאנו לו שם שהתיר לאותו האיש ליש"א עליה מטעם אחר והוא דכיון דסימויה גרם לה לגרוע מחובותיה שחייבת לעשות לו גם הוא יוכל לגרוע מזכויותיה כגון ליש"א עליה אע"ג דמזלו גרם ולמד זה מדין נשתטית שאע"ג שמזלו גרם לשטותה עכ"ז מניחה ונושא אחרת גם כתב שמצוה לעשות שלום בין איש לאשתו הנה אע"ג דאוקימנא דס"ל למר שלא יוכל לעבור שבועתו בקו"ע מ"מ בצירוף טעמים אלו נטה להקל ועיין לחק"ל ח"ב ליו"ד סי' פ"ו שהאריך בזה ושם בדצ"ד כתב וז"ל ועם דהוי בקו"ע כבר ביארתי שרבים מהאחרונים מקילים גם בקו"ע ובפסק קל כזה יש לסמוך ולהתיר והביא צד קולא בעיקר שבועת חתנים שאינה בשם ובכינוי ויש בזה מחלוקת וע"ע לפריש' אה"ע כלל ב' שסמך בנדונו על מהרמ"א ז"ל אך צריך לבאר דכ"ז להתיר לו ליש"א עליה אבל לגרשה בע"כ לא ול"מ לטעם המבי"ט שהתיר מחמת זכויותיו וא"כ כיון שיש בידו לתקן זה באשה אחרת למה יבגוד לגרשה בע"כ ולעבור בקו"ע אלא גם למהרמ"א ומהרא"ג הרי כתבו דבדבר שהוא שייך לקיומה עמו כמו הגירושין אמרינן נסתחפה שדהו ושבועה במקומה עומדת ועיין להרב מכתם לדוד ז"ל שם דשקו"ט דגם בליש"א ס' שבועה הו"ו וס' להחמיר ובעי התרה כמ"ש המבי"ט ז"ל ובפרט דאשכחן לבעה"ת פסק כר"א דהנושא אשה על אשתו יוצא ויתן כתובה והגם דלית הלכתא כוותיה מ"מ כיון שנשבע הו"ל כנשבע לקבל עליו ס' בעה"ת ובעי התרה ומ"מ לגרשה בע"כ אע"ג שיפרע לה כתובתה א"א לו זולת אם תרצה מדעתה ואף בזאת שתשאר אצלו הבחירה בידה אם תרצה תשב עם צרתה ואם לא תרצה מחויב לעשות לה מדור לבדה לפי כבודה ומזונותיה וכסותה כפי ראות ב"ד של מקומו ואחר שיתפייסו ביניהם יתירו לו ב"ד במותב תלתא את שבועתו ואזי ישא אחרת ע"כ ועיין להרה"ג חו"ש אה"ע סי' ה' דנקט כוותיה ושקו"ט אי בעי ב"ד הקבוע וחשוב שבעיר: ומ"מ אכתי יש לעמוד בנד"ז דמשונה מנדונות הפוס' הנז' ויש להחמיר בו לכאורה כיון שאחר דנסמית תחתיו שמש עמה וילדה לו והרי סבר וקבל ועיין בסי' קי"ז דאם ראה המומין

ושתק הרי נתפס ומחל וכ"ש כשנשתמש בה דאפ"ל במומין שבסתר אמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו ועיין בח"מ סי' רל"ב ואיך נתיר לו ליש"א משום אומד"ד או משום חסרון זכיותיו ואם משום שיטעון עד היום הייתי יכול לסבול ועכשיו איני יכול עיין בסי' קנ"ד גבי מומין שכופין לבטל להוציא דבידעה בהם אין כופין אותו להוציא להרמ"ה ובב"י כתב דכן נראה דעת הרמב"ם וגם בש"ע הכניסו זה תוך דברי מרן ולא מציא לטעון עד כה סבלתי וכו' וכן בסי' קי"ז גבי נכפית שיוכל לגרשה בע"ך כתב הח"מ שם דדוקא בשאינה יכולה לברר דידע ומחיל ועיין בתוי"ש סי' קל"ט שמצא בחזה התנופה להרא"ש בנכפית שאם נולד בה מום זה תחתיו או שמחל לא יוכל לגרשה בע"ך הרי טענת אינו יכול לסבול אינה מספקת לו וכ"ת דלא נאמרו הדברים האלה רק לגבי חיובו בממון אבל לגבי שבועה כיון שהוחלה הוחלה ואנה"ן שמחל להיות עמה כדת כל הנשים אבל לא בחיוב שבוע' הנה גם בזה.

עיין לחק"ל ח"ב ליו"ד סי' מ"א חקר בזה בשבועה שהוחלה לסבה ושוב עברה הסבה אם תחזור השבועה למקומה או נימא כיון שהוחלה הוחלה והביא מהשע"א סי' ע"א ומדרכי נועם יו"ד סי' י"א דפנים חדשות באו לכאן והוחלה השבועה אבל הוא ז"ל לא נחה דעתו בזה ממ"ש הגמר' בשבועות ופסקה מור"ם ביו"ד סי' רכ"ח סמ"ג במשדך בתו לפ' והמיר המשודך שאם בא לב"ד לישאל על שבועתו בעוד שהמשודך בקלקולו אפי' התרה ל"ץ אבל אם בא אחר ששב המשודך בתשו' חזרה השבועה למקומה (ונראה מהב"י שם שכן דעתו שכתב על הגמרא אם לדין יש תשובה דגם ששב עדין יש פגם משפחה ואד"ד ל"ן ולא כתב מט' דהוחלה השבועה) וגם הביא ממהרש"ך ח"ד סי' ע"א דכשם דאין דיחוי אצל מצוה כן גם איסורין ושבועה אין דחוי אצלם וכ"כ משמו בח"ב סי' ע"ב ומפ"מ ח"ב סי' נ"ד שכתבו במי שנשבע שלא לישא אשה מפני שאביה רע וחזר להיות טוב שחזרה שבועה למקומה ועיין לנחפה בכסף יו"ד ודבר משה ח"ב סי' קי"ז דלגבי שבועה ל"א פנים.

חדשות באו לכאן ומזה סיים להלכה דבהסרת הסבה שהחלה הסבה חזרה השבועה למקומה וא"כ בנד"ז נמי אע"ג שהמום החל השבועה כשידע וקבל חזרה השבו' למקומה: אמנם אחר החיפוש מצאתי למהריק"ו שרש ק"ז נשאל בכה"ג באשה שאירע לה מומין ורצה להפרד ממנה והיא טוענת דידע ומחיל שישב עמה כמה ימים ולא ערער ורצו לומר מדברי הרמב"ם שכתב אם שנא שנח אבל לענות לא והוא השיב דהרמב"ם לא כ"ך אלא לדין התלמוד אבל לגבי חרגמ"ה דאסור לגרש אשה בע"ך פשיטא שאם מחל על המום שחזרה להיות ככל הנשים לחיוב כתו' ושבו' ושלא להתגרש בע"ך אבל לכופו להיות עמה דא"פ דלא תיקן רגמ"ה בכה"ג וכו' אבל לענין להתחייב עמה כל ימיו זה לא מצינו דצערא דגופו לא מחיל איניש וכו' והמחילה היא לענין ממון וה"ן חייב בכתובה אבל לענין צערא דגופא שנאמר מפני שמחל פעם אחת יוסיף למחול על מחילתו זה לא מצינו וגם אין השכל סובלו וכו' ועיין לחו"ש אה"ע סי' א' שהוכיח מהפוס' דבטענת מאיסא עלי אעפ"י שמחל יכול לטעון דשוב לא מצי למיקם (ואין להק' ממש"ל גבי מומי הבעל דאינה יכולה לטעון שוב איני יכולה דבאשה נימא בכל דהו ניח"ל) ולפ"ז בנד"ד נמי און לנו לכופו להיות עמה מכח מחילתו ובפרט שיש לו לטעון דמחילתו בטעות הואי כי חשב שאון מיידה והשתא דידע ס' הפוסקים המתירים לו לא מחיל ושו"מ לעדות ביהוסף ח"ב

סוס"י יו"ד שכ"כ אמנם כל הכתוב הוא להתיר לו ליש"א דבזה נסתלק צערא דגופא אבל לגרשה בע"כ א"א וכמש"ל והגם שראיתי במים רבים אה"ע סי' ד' האריך להקל לבעל משום אומד"ד הגם דשבועתו היא לתועלתה וגם הפריז דכיון שהותר לו ליש"א כן הותר לו גם לגרשה בע"כ עש"ב מ"מ תבין מכל מ"ש מהפוס' דאין כח בנו רק להתיר לו שבועה דלא יש"א עליה ולא לגרשה בע"ך וצוי"מ.

סימן ב' אדוני שאל לחוות דעי אודות ראובן אשר יש לו אשה קשת רוח שנשבע לה בעת נישואיה על הכתוב בכתובתה ומתנים ביניהם שלא וגרשנה בע"כ ולא יש"א אחרת עליה וכו' והיא מורת רות לו ולילדיו ולדעתו כי היא מפסדת כתובתה מכמה טעמי רק לא יוכל לבררם בעדים כי יפחדו ומאיסא ליה לגרשה ולא מצי מכח השבועה ולזה טוען שהוא פטור ממזונותיה כ"ז שלא תרצה לקבל גטה ואומר שעשו לו התרה לשבועתו ב"ד של שלש אחר שהודיעה ובידו ראייה ע"ז האם אמת אתו או לא: תשובה דב"ז נפתח בגדולים וכבר המאוה"ג הרא"ם בתשו' סי' למ"ד כתב וז"ל שאלה אם הוא רוצה לגרש בטענת מאיס עלי או שאר טענות שאינו נאמן עליהם והיא אינה רוצה מפני תקנת הקהלות מה דינה במזונות והשיב שאעפ"י שמצד התקנה אינו יכול לגרשה בע"ך מ"מ לא יהיה חייב במזונותיה מאחר שהעכוב הוא מצדה ולא מצדו וראיה מפ"ק דכתובות הגיע זמן ולא נישאו אוכלות משלו וכו' ואין הפרש בזה בין נשואין לקדושין אלא שהקדושין הוא ממעלה למטה ונישואין ממטה למעלה ואינו דומה לס' גירושין וכו' דהתם שניהם רוצים להתגרש אלא שלא הגיע גט לידה ולפ"ז בנ"ד יורשה ע"כ ועמדו על דב"ק מהרא"ש ז"ל סי' נ"ה והח"מ ז"ל בס"י ע"ז סק"ג והפרמ"א ח"א סי' כ"ד דמאי ראייה מתחלת דינה בקדושין לסוף דינה בנישואין והח"מ כתב דחלתה תוכיח דבקדושין פטור ובנישואין חייבם מהרא"ש הוסיף דחלה נמי בקדושין פטור ואילו הכא מודה הרא"ם דכשהעכוב מצדו חיוב ע"ש וגם נבוכו בפ"י דבריו שכתב ואין הפרש בזה וכו' ע"ש ולפי מ"ש הב"ח בס"י ע"ז כדברי הרא"ם ונ"ט לדבר וז"ל דכיון שאין עכוב הגרושין מצדו אינו חייב לזונה דכאלו נעקר האישות לאלתר דמי מאחר דמאיסה עליו ע"כ בזה יתפרש לע"ד כונת הרא"ם ז"ל דס"ל למר בהגיע זמן ולא נישאו דחייב במזונות מתקנתא דרבנן כנישאת ממש דהא אוכלת בתרומה עיין ברש"י לכתובות ד"א ד"ה הגיע זמן וכו' וכת' קמא דהתו' בפ' המדיר ד"ע ע"ב ד"ה שהגיע זמן וכו' ודלא כת' בתרא ע"ש זולת דאכתי לא חל חיובא רק כשאין שם שום עיכוב מצדה או עיכוב דאונס מצדו ובנישואין להפך דכבר חל חיובא אלא שנפקע למפרע במאיסא עליה וכמ"ש הב"ח ז"ל ולהכי יליף להו מהדדי דכשם דהתם הזמן גורם לו להתחייב והעיכוב מצדה גרם לו להפטר כן הכא הגם שהוא חייב הרי נעקר האישות ומי מונע עקירתו ומושך חיובו העיכוב מצדה ובדין שיפטר כשם דהתם בעיכובה חשבינן דלא אגידא ביה ה"ן הכא והיינו דקאמר ואין הפרש וכו' אלא דהקדושין הוא ממעלה למטה כלו' דמכאן ואילך הדי"ן להיות אגידא ביה ועיכובה גרם להפריד והכא ממטה למעלה כלו' דלמפרע יותר הקשר ביניהם ועיכובה מונעו ומה שהוכיח הח"מ מחלתה וכו' המעיין בס"י ע"ט יראה דקי"ל שיכול לומר לה הרי כתובתך רפאי את עצמך וכו' ועיין בב"י סי' ע"ב הביא תשו' הרשב"א בתו"א סי' שפ"ב דה"ה למזונות וכן מדוקדק מהש"ע דהא רפואה שאין לה קצבה כמזונות ועלה קאמר שיכול ל לה הרי כתובתך וכו' ועיין לה"ה סו"פ יו"ד מה' גרושין שכ"כ לדעת

הרמב"ם ז"ל ונמצא גם בחלתה דנשואין אם פורע לה הכתובה שאין העכוב מצדו פטור ממזונות ואם לא עשה כן א"כ הוי העכוב מצדו משא"כ בחלתה דארוסין דהארוסה אין לה כתובה ואגד הקדושין לחוד לא הוי אגד למזונות דמעיקרא לא תקנו לה מזונות עד שיגיע זמן ולא ירצה לכנסה וגם חלה הוא אינה הוכחה כי המעיין שם במהרא"ש ז"ל עצמו יראה דאסיק באומר איני זן דלא איפליגו אי כופין אותו להוציא או לזון זולת כשאינו רוצה להוציא אבל כשאומר להוציא לכ"ע אין כופין לזון ומינה בכ"ש לחלה ואומר להוציא שאינו חייב במזונות רק אם לא ירצה להוציא דאז העכוב מצדו וחלה דארוסין שאני דאגד הקדושין לחוד אינו מחייב במזונות רק כשהגיע הזמן ולא ירצה ברצון לכנסה משא"כ כשהוא אנוס ואינו מעכב עליה כתובה דהא לית לה כתובה מיניה זהו מה שנלע"ד ליישב דעת הרא"ם ז"ל ובלא"ה הרב מהרא"ש ז"ל העמיד דינו מראיה אחרת והגם דבתשו' פרמ"א ז"ל סי' כ"ד תמה עליו חד מרבנן הנה הרב המחבר ז"ל ישבו ע"ש: זולת שמהרא"ש ז"ל שם כתב בדרך אפשר שמהריק"ו שורש ק"ז חולק על הרא"ם וכ"כ הח"מ שם והוסיף דהרא"ש בכמ"ב גם הוא חולק והכנה"ג בסי' ע' הגה"ט או"ה הוסיף שמהר"מ מפדווה סי' י"ד ותו"י סי' קל"ט ומהרש"ך ח"ב סוס"י ל"ו חולקים ע"ש וראיתי להרב שערי רחמים אה"ע סי' ב' תמה משם פאת נגב סי' ט"ו במ"ש הכנה"ג שהרא"ש ותו"י ז"ל חולקים עם הרא"ם וס' פ"ן איננו אתי להתבונן בדבריו ולכן יצאתי לשאוב מהמקור וראיתי כי בדברי תו"י יש להימין ולהשמאל דנ"ד הוא בנכפית ובתחלת דבריו כתב שאף שאפ' לפטרו מעונה אבל בשאר וכסות אין לו להפטר כל זמן שאינו נותן לה את שלה וכו' הרי עם שס"ל להרב ז"ל דתקנת רגמ"ה שייכא גם בנכפית כמפו' שם עכ"ז אם יתן לה את שלה פטרו גם משאר וכסות וכס' הרא"ם ואמנם בסו"ד כתב ואם מפני שטוען שא"א לו לסבול הותרה לו קצת מרצועת התקנה לאו כל כמיניה לענותה וכו' ומשמע משום דהתם הותרה לו קצת מהתקנה לזה פטרו גם משו"כ כשיפרע לה הכתובה ע"ש משא"ך כשאינה נכפית דכל התקנה רביע עליה גם אם יפרע הכתובה אם לא תרצה להתגרש חייב במזונות דלא כהרא"ם ז"ל אבל דברי הרא"ש ז"ל לכאורה רהטי כמ"ש הפ"ן ז"ל דכתב בנכפית לא תקן רגמ"ה ואת"ל שהשוה מדותיו מ"מ במה שהאיש כופין אותו להוציא אף האשה כופין אותה לקבל גט ואם תמאן ימנע ממנה שכו"ע ע"כ ושיעור הדברים נראה דמכח שכופין לאיש מסתברא דגם רגמ"ה לא תקן להעדיף כח האשה ואת"ל שהשוה מדותיו מ"מ כיון שמעיקר הדין כופין וה"ה באשה ורק התקנה מונעת אין לה עליו שכו"ע וזה הוי כהרא"ם ז"ל ומה שלא כתב בפשיטות הטעם דמעיקר הדין יכול לגרשה בע"כ אפ' דמיירי בזווג ראשון או משום דקושטא בנדונו דהדי"ן לכוף ולפאר הענין כ"ך וה"ה בכל ענין זולת מה אעשה כי הח"מ בסי' קי"ז סק"ך וב"ש סקכ"ב ונוב"י סי' ק"ד לא הבינו כן בדעת הרא"ש ע"ש ושו"מ בס' בשמים ראש ז"ל כתב משם הרא"ש דמי שאין לו עם אשתו מאומה אלא שרוצה לגרשה אין שומעין לו ומחייבין אותו בכל תנאי כתובה והרב כסא דהרסנא ז"ל כתב להשוותו לס' הרא"ם דאיהו מיירי באינו רוצה לפרוע כתובה והרא"ם איירי ברוצה לפרוע ע"ש גם ראיתי להרב שע"ר ז"ל שם העיר ע"ד הכנה"ג ז"ל שעשה למהרש"ך ז"ל מהחולקים והוא דלכאורה נראה כן ממ"ש בתשו' לגבי מי שלא רצתה ללכת עמו מעירה דלענין שאר וכסות כיון שלא נשבע לה שלא יוציאנה ונשאה בסתם ומה"ד יכול לכופה לצאת אין לה שאר וכסות ע"כ

משמע דאם נשבע היה חייב בהם הגם שהדין להוצאה אבל בורכא היא דבשלמא בנדון הרא"ם שחיוב המזונות אינו רק בעבור שהיא אשתו והוא הסכים לגרש רק שחרגמ"ה מעכבו תו לא חשיבא אשתו משא"כ בנשבע שלא יוציאנה והוא רוצה להוציאה ולא לגרשה מה טעם לפטרו כדי שתסכים לילך עמו כיון דחייב לזונה בכ"מ שהוא כל כי הא לינקטיה בכובסיה הוא עכ"ל ולדעת אחז"ר לא טעמתי חילוק בזה כיון דכל כחו של הרא"ם דמי שהוא פטור ממזונות מן הדין אלא שמעוכב מכח חרגמ"ה און עליו חיוב מינה דגם הנשבע שלא להוציא דמעיקר הדין אם לא תלך אחריו פטור ממזונותיה זולת שהשבועה מונעתו מלכופה ומזה נמשך חיובו היה ראוי לפטרו ואין זה לינקטיה בכובסיה דאין כונתו מתחלה רק לנסוע וא"כ אמאי חייבו מהרש"ך לולא דפליג אהרא"ם ז"ל זולת בזה יש להרגיש דמה דמות משבועה לחרגמ"ה.

והנה לקמן ות' דדעת הפרמ"א ז"ל שגם הרא"ם מודה בנשבע שהביא החיוב על עצמו אם לא דמכאן ראייה למ"ש לקמן דהכנה"ג ז"ל לא שני ליה בין שבועה לחרגמ"ה ונמצא הדבר בפלוגתא אי מהרש"ך פליג אהרא"ם או לא ודעת מור"ם בהגה לכאורה אינו מבורר כי בריש סי' ע"ז כתב במורד' שאם אומר לגרש ולפרוע הכתו' גם בלאו דלא יגרע אינו עובר ותמהו עליו הח"מ והב"ש שם דהרמב"ם לא קאמר רק לדינא דגמ' ולא אחר תקנת רגמ"ה ות' הב"ש דמדלא חולק הרמב"ם בזווג ראשון דמדינא נמי אסור לגרש ועכ"ז אינו עובר ה"ה נמי אחר תקנת רגמ"ה ומייתי עלה דברי הרא"ם דגם במזונות פטור ומשמע דס"ל כן גם בדעת רמ"א ואילו בסוס"י קי"ז דייק הב"ש מדבריו בסקכ"ה דאם אינה מאיסא עליה גם שיפרע הכתו' חייב בשבוע' דלא כתשו' הרא"ם ז"ל ע"ש (ואנכי לא ידעתי דהא מפו' ברא"ם דאיהו נמי לא פטר רק באומר מאיסא לי וכו') ולדבריו נמצא תרי פסקי מור"ם סתרי אהדדי ולולא דב"ק היתי זן בעיקר דברי מהריק"ו שור ק"ז אשר שאב מהם מוהר"ם בסי' קי"ז דאינו מוכרח דפליג אהרא"ם דשם שקו"ט עם השואל בטענת מומין אם יכול לגרשה בע"ך וכתב דאחר תקנת רגמ"ה וכו' חזרה להיות ככל הנשים ולא מיבעיא לענין חיוב כתובה ושלא לגרש בע"כ אלא אפי' לענין שכו"ע אפ"ל כן ומ"מ נלע"ד דנהי שחייב בכתו' ושלא לגרש בע"ך אין בידינו לכופו להיות עמה וכו' ואם והיה בנים ממנה הרי הם בני שנואה ע"כ ומשמע דשכו"ע תלתא בחזד קנא שוים בדיניהם להגאון ומתחלה נסתפק בכולם שיתחייב בהם והדר פשיט דאין לכופו בקו"ע ומשמע דאכולהו קאי ומאי דאפיק טעם בני שנואה דשייך דוקא לגבי עונה אפ"ל דאדרבה הוה ס"ד שעם שהוא פטור משו"כ חייב בעונה משום דאית בה לאו מפורש וכמ"ש הח"מ ברי"ם ע"ז לדעת הרא"ם דמודה בעונה דחייב לז"ק דגם בה פטור משום שאין בידינו לכופו ומשום בני שנואה וכן יש לדקדק ממה שהשיב לקו' השואל שם דאי ס"ד דמצי לעגנה מה הועילה תקנת רגמ"ה לאשה ות' לו דהועילה לשאר נשים ואי כדשמיע להו לרבנן בדעת מהריק"ו דלא פטר מש"כ הי"ל להשיב דגם בדידה הועילה לשו"ך אם לא דס"ל דפטור מכולהו ועפ"י זה אין נסתר בדברי מור"ם דאנה"ן דבסי' ע"ז דמורד מכח דמאיסא עליה כתב דאינו עובר בלאו וה"ה דאינו חייב בשו"ך כמו שהבין הב"ש ובסי' קי"ז נזהר וכתב דוקא שאינו יכול לגרשה בע"ך משום דס"ל דבשבוע' פטור ולא הזכיר רק עונה משום רבותא דמפו' בה לאו ועכ"ז פטור וכמ"ש

ולפ"ז גם מהריק"ו גם מור"ם ס"ל כהרא"ם בעיקר הדין רק שחלוקים בטעם דלהרא"ם משום דהיא מעכבת ולמהריק"ו מחמת מיאוס וכו' ודברי הראשונים.

דס"ל דפליגי לא זכיתי להבינם ומזה תבין כי נתמעטו החולקים על הרא"ם ז"ל: לבד זה חדש מצאתי לחד מקמאי הרשב"ש ז"ל סי' תיא לכאורה נראה שהוא מכת החולקים כי הוא ז"ל חילק הנשים לארבעה סוגים והרביעית היא שאין בגרושיה לא מצוה ולא עבירה וכו' כגון אשתו שניה שהקדיחה תבשילו או ששנאה וכו' ולענין המזונות אם הוא רוצה לגרש והיא אינה רוצה כולן פטור ממזונותיהן חוץ מאותה שאסור לגרשה ולפי המנהג שכתב בארחות חיים דגם באשה שנייה נהגו העולם שלא לגרש רק מרצון שניהם גם הרביעית חייב במזונותיה אם נתברר המנהג ע"כ הנה ס"ל למר דאפי' מכח מנהג לחוד וכ"ש מכח איסור ואפי' ששנאה כמ"ש ברביעית עכ"ז חייב במזונות דלא כהרא"ם ז"ל רק אם נאמר דמיירי באינו פורע לה כתובה ועיין לבעל הפלאה בק"א סי' ע"ז ולהבי"מ ז"ל שם שהק' על דברי הרא"ם ודחו אותם מהלכה והמעייין לפרמ"א ז"ל סי' כ"ד ולבשמים ראש סי' קס"ח ימצא מענה לקו' הבי"מ ז"ל גם הרב בני אהובה פי"ד מה' אישות הט"ו אוקי דברי הרא"ם דוקא בטוען טענה שאינו נאמן עליה ואם היה נאמן היה הדין שיהגרשנה בע"ך ולהכי הגם שאין בידו לגרש מכח חרגמ"ה יאמר אני יודע שאני נאמן ואיני חייב בשבוע' וכתב שבזה סרו תמיהות האחרונים על הרא"ם ע"ש והרב ישועות יעקב בסי' ע"ז כתב כי הרמ"ז חכם צבי ז"ל כפה לבעל למזונות ואסיק דאם הבעל טוען מאיסא ויש רגלים לדבר יש לסמוך על הרא"ם ע"ש: ולענין דינא כבר מהרא"ש ז"ל פסק דיכול הבעל לומר קי"ל כהרא"ם וכן ראיתי לגדול אחרונים הרב שבו"י ח"ב סי' ק"מ שהעלה דיכול לומר קי"ל ועיין לכמה אחרונים יארך זכרם נשתמשו בזה והכי נקטינן ולמרבה ישליש הכתו' והוא פטור כמ"ש שבו"י ז"ל בנדונו ע"ש: אך דא עקא משום אריא דשבועתא דרביע עלויה וכבר הפרמ"א ח"א סי' כ"ד כתב דגם הרא"ם מודה בנשבע דחייב כי הוא בבחירתו הביא האונס עליו ולא דמי לחרגמ"ה דהוא לתקנת האשה ודמי להך דשקדו וכו' והגם שאם תסכים היא להתגרש אין כאן שבועה והו"ל העכוב מצד שניהם הביא ראייה ממ"ש הר"ן בפ' אעפ"י גבי בין היא ובין אביה יכולים לעכב דאיכא מ"ד דחייב לזונה משום דתקנתא דידיה נמי היא שלא תמרוד עניו ותפקר א"כ כשהעכוב משניהם חייב והגם כי הר"ן דחה ס' זו אונו אלא משום דס"ל דלא מתחייב במזונות רק כשראו לישאנה ואינו נושאה וכו' אבל כשהוא חייב והעיכוב מצד שניהם אין נו פיטור זת"ד, ואנכי עפר לא זכיתי להבין מ"ש דהר"ן מודה הכח שהיה חייב וכו' כיון דטעם הדבר כשאומר נגרשה נפקע האישות למפרע ואין עליו חיוב מזונות כמ"ש ל משם הב"ח ז"ל א"כ ה"ז דומה להגיע זמן וכו' דאין עליו חיוב והעכוב מצד שניהם ונראה אדרבה דגם איכא מ"ד יודו דפטור הכא כיון שאומר לגרש והוא אינו גורם שום עיכוב זולת מפני מה שנשבע תחלה עכ"פ כעת אינו מעכב משא"כ גבי ארוסה דאיהו לא בעי לאפוקה וחפץ לאגדה בו משו"ה רמו עליה מזוני, גם ראיתי מ"ש פרה"א ח"ד פי"ד מאישות משם מהר"י אלגאזי ז"ל דנסתפק אי דמי שבועה לחרגמ"ה וחשב לפשוט ממהריב"ל ח"א סי' ע"ב ומהרש"ך ח"ב סי' ל"ו שכתבו גבי נשבע שלא יוציא אשתו מעירה וכו' והיא אינה רוצה דחייב במזונות משום דס"ל לחלק בין חרגמ"ה לשבועה ודחה דאין ללמוד משם כי אותה שבועה דבר חדש שלא נהגו בואמטו"ל מיקרי

הביא האונס עליו משא"ך שבועת שלא יגרשנה דכותבין אותה מכח מנהג גם שלא מדעתו ופשטה מתשו' פרמ"א ז"ל דיש חלוק בין חרגמ"ה לשבועה והרגיש מהך דפ' האומנים דע"ט גבי טבעה ספינתו וכו' דביין זו וספינה זו עם שהעכוב מצד שניהם ז"א תן לי יין וז"א תן לי ספינה עכ"ז יד המוחזק עה"ע וה"ן נימא דיד הבעל עה"ע וכתב שיש לחלק ואסיק כהפרמ"א ז"ל וכן דן מר בריה בס' קדושת יו"ט חלק דעת לישאל ע"ש וגם הפרה"א שם הודה לדבריו וביאר החלוק מהך דפ' האומנים דהתם המוחזק בא בטענה אנא הכא קאימנא רק תן יין וכן להפך משא"כ חזקת הבעל אין עמה טענה ע"ש ואנכי לא ידעתי אמאי אין עמה טענה והרי מה שעליו לעשות הוא לכתוב גט ואם תתן רשות אין שבועה וא"כ מצי אמר תנו רשות ואנא הא קאימנא לכתוב גט גם הרב ידו של משה באה"ע סי' ח' חילק בין שבועה לחרגמ"ה והמובן מדבריו דכיון שכל חיוב המזונות אינו רק אם לא יגרש א"כ בשלמא בחרגמ"ה י"ל שלא גזר רק שלא יגרש וחיוב המזונות הניחו כעיקר הדין לפיכך כשאומר לגרש פטור אבל בנשבע דמן הדין נתחייב שלא לגרש מאי נ"מ שהיא מעכבת הרי תאמר לו אתה חיוב מן הדין שלא לגרשני וממילא חייב במזונות והיה לך להתנות בעת הנשואין שאם תרצה לגרשנו ואני אעכב מכח השבועה תפטר זת"ד ולי ההדיוט יש לפקפק בדבריו בתרתי חדא דמ"ש שרגמ"ה הניח חיוב המזונות לעיקר אין נראה כן מדברי מהרא"ש בסי' נ"ה שכתב לדחות סייעתא להרא"ם מדין שוטה דפסק הרמב"ם בסופ"י מגרושין דעם דאינו יכול לגרשה אינו חייב במזונותיה דהתם שאני דעיקר התקנה כך היא שלא יוכל לגרשה משום שלא ינהגו בה הפקר ועכ"ז פטור ממזונות משא"ך בנדון הרא"ם ז"ל ואם כדברי יש"מ ז"ל הרי גם תקנת רגמ"ה כן הוא ועוד מ"ש דנשבע שחייב מהדין שלא לגרש לא מצי פטר נפשיה ממזונות לא הביא לו סמוכות ונראה דכל חיליה לדמותו לאונס ומוציא ש"ר שכתבו האחרונים דלא אשתמיט שום פוסק לפטרו ממזונות כשהוא רוצה לגרש והיא אינה רוצה כי מן הדין הוא אסור לגרש עי' לבעל הפלאה בק"א סי' ע"ז ובאבני המלואים שם ק"ד ואם האמת כן נראה לחלק דשאני אונם ומוציא ש"ר דקי"ל שותה בעציצו ולא השאירה לו התורה שום זכות שיוכל לגרש משא"ך בנשבע עיין במפז"ל דכמי פתחים יש גם לנשבע שיוכל לגרש והרי גם הפוטרים ממזונות לא פטרו רק בבא בטענה המספקת לו לגרש אם היה נאמן עליה והשתא דאינו נאמן ותובע לגרש מיהא יוכל להחזיק בטענתו מה שתח"י ואזדא ליה מה שהמתיק הרב בטענתה דהי"ל להתנות כיון דל"א לפטרו רק בדבר שאם היה מתברר היה פוטרו מהדין מאי תנאה בעי באופן כי לע"ד החומות אשר הציבו ז"ל לחלק משכו' לחרגמ"ה אחה"ר יש להזיזם ממקומם אבל מה אני לולא כי מצאתי אילן גדול לסמוך עליו הכנה"ג ז"ל שהבאתי נעיל שכתב דמהרש"ך חולק אהרא"ם ואי לא שמוע ליה דשבועה וחרגמ"ה שוים הם מנ"ל שחולק והרי מהרש"ך לא קאמר אלא בנשבע וכ"כ בחה"מ סי' כ"ו הגה"ט אוי"ח ז"ל ובתשו' (בבע"ח ח"א חו"מ סי' טו"ב) כתבתי דשליית ב"ד אינו נאמן לומר שלא רצתה האשה נבא לב"ד לתת לבעל רשות ליש"א אחרת מכמה טעמי אי משום דאינו נאמן לממון וכ"ש להעביר הבעל על שבועתו וחרגמ"ה במקום שנוהגין עפ"י חרגמ"ה ואו משום שהוא מפסדת מזונות כמ"ש הרא"ם ומהרא"ש דאם הוא רוצה לגרש והיא אינה רוצה אינו חייב במזונותיה ויראה לי שאינו חייב בכסותה ואף שהרא"ש וכו' נראה שחולקים



מ"מ כיון דאיכא פד"ר הבעל הוא המוחזק ופטור ע"כ הרי דמיירי גם בנשבע ועכ"ז כתב  
דהוא פטור מכח קי"ל דהרא"ם ולא שני ליה בין שבועה לחרגמ"ה וזה חזיתי להרב  
שע"ר ז"ל הק' משם פ"ן ז"ל דהא כנה"ג באה"ע סי' ע"ז הביא מ"ש השה"ג בשם ריא"ז  
במורד שרוצה לגרש ולתת לה כתובה הרשות בידו ואין מוסיפין לה על כתו' כלום וכו'  
וכתב עליו דבתשו' האריך ואסיק דזהו דוקא במקום דליכא חרגמ"ה ולא שבועה וכו'  
אבל במקום דאיכא אין שומעין לו ע"כ וזה יורה דס"ל דלא כהרא"ם ודלא כמש"ל החו'  
סותר דידיה אדידיה והרב שע"ר תי' דהרא"ם לא פטר כ"א משו"ך ולא מעונה וכו'  
כמ"שהח"מ סי' ע"ז וזה אמת לדעת הח"מ אבל המעיין לב"ש בסי' ע"ז וסי' קי"ז יראה  
דס"ל דאפי' מאן דפליג אהרא"ם בשו"ך מודה בעונה ובסי' קי"ז תמה על הח"מ איך  
לכוף לעונה להוליד בני שנואה וכו' ע"ש ואחר הישוב לדידי חזי במה שדקדקתי כי  
הכנה"ג לא העתיק משה"ג רק מ"ש שהרשות בידו לגרש ולתת לה כתו' והנראה דס"ל  
למר דריא"ז תרתי מילי קתני דהרשות בידו לגרש וכו' ואי לא בעיא לקבל גט אין  
מוסיפין על כתו' ואמלתא קמייתא קמהדר ואסיק דבמקום חרגמ"ה אין שומעין לו ולא  
אבתריתא דאפ' דגם במקום חרגמ"ה מוסיפין וה"ה למזונות, גם ראיתי לכנה"ג בסי' א'  
הגב"י אול"ג כתב דמורד על אשתו ואומר מאיסא כתבתי בתשו' שחרגמ"ה מונעו  
מליש"א אחרת וכ"כ בטור זה סי' ע"ז בהגה"ט ע"כ ואני חפשתי בכל הגה"ט בסי' ע"ז  
ולא מצאתי זכר זולת מה שהעתיקתי לעיל והיא תוכחת מגולה דארישא דמלתא דשה"ג  
דוקא קאי ומשוה מניעת ליש"א אחרת ולגרש בע"כ להדדי ועלייהו מהדר דבמקום שיש  
חרגמ"ה מונעו כנז' ורציתי להתחקות בשרש דברי התשו' שרמז לראות שורש הדברים  
ובקשתיה ולא מצאתיה, עוד ראיתי שם להשע"ר ז"ל שכתב דלא חמרה הכנה"ג זולת  
בדאיכא תרתי חרגמ"ה ושבועה דהוי מצדו ומצדה אבל כשיש שבועה לחוד דהוי מצדו  
דוקא מודה דחייב ולדבר הזה יסלח כי ממ"ש הכנה"ג באה"ע דמהרש"ך פליג אהרא"ם  
והתם נדון מהרש"ך ליכא רק שבו' לחוד מוכת דלא כוותיה דאל"ה גם הרא"ם יודה ואין  
שם מחלוקת וגם ממקומו מוכרע כמ"ש אי משום דכיון דאינו נאמן לממון כ"ש שאינו  
נאמן להעביר על הבעל על שבועתו וחרגמ"ה וכו' דאו או קתני דאלת"ה אשאלך  
והודיעני האם לא יספיק הק"ו שעשה מממון לשבועה או לחרגמ"ה לחוד ומאין לנו  
לומר דמיירי בדאיכא תרתי וממילא עלה קאי ואפי' אנשבע לחוד כתב שהיא מפסדת  
מזונות גם ראיתי להרב ישמ"י ז"ל שם דכתב דגם הכנה"ג לא אמרה רק בנשבע שלא  
ליש"א אחרת ולא נשבע שלא לגרשה בע"ך אבל בנשבע שלא לגרש בע"ך לא ולדידי  
אחזה"ר הגם דדברי כנה"ג שבחו"מ אפ' לדחוק בהם כן דלא זכר רק הק' דליש"א אחרת  
וכו' אבל ממ"ש באה"ע דמהרש"ך והרא"ם פליגי אין נראה כן דהא כל כחו אלא משום  
דס"ל דבמה שעיקר הדין פוטרו הגם שיהיה העכוב מצדו במה שנשבע עכ"ז פטור וא"כ  
מאי שנא שבועה דשלא וגרש בע"ך גם מ"ש שם לחלק דבזווג ראשון שמצד הדין אסור  
מודה הכנה"ג הנה ממש"ל בשם הב"ש ריש סי' ע"ז דממה שלא חילק הרמב"ם בין זווג  
ראשון לשני ה"ה אחר חרגמ"ה וכן ממה שדייק בסי' ע"ט סק"ד דאפי' בזווג ראשון  
יכו"ל לה הרי כתבתך וגיטך רפאי את עצמך וכו' ע"ש מוכח דאין לחלק בזה ושויים הם  
ודברי הכנה"ג חיים וקיימים כפשטם וכבר הפוס' זכרו משם הרב פ"ן בסי' טו"ב דאסיק  
דגם בנשבע פטור מהמזונות וכן ראיתי להחס"ל ח"ב אה"ע סי"ד די"ז דפשיט"ל הכי גם

בס' חו"ש אה"ע סי' ו' משם הרב מהרמ"י ז"ל דן כן גם בנשבע וכ"פ הרב ישמ"ל ז"ל אה"ע סי' ב' רק חילק בזה דאם הבעל אינו טוען מאיסא זולת עפ"י מה שסומך מפי אחרים ואיהו לא קיים ליה הגם דהמגיד מהימן ליה לא פקע זכותה ע"ש, ולענ"ד נראה להביא ראיה שגם בנשבע דהוי העכוב מצדו אם אמר לגרש פטור ממ"ש ביבמות דמ"א גבי שו"י דקי"ל אחר ג' חדשים אינה נזונת לא משל בעל ולא משל יבם דאם עמד בדין וברח נזונת משלו ואוקמו התו' והרא"ש לחלק בין זה להך דהגיע זמן ולא נישאו דקי"ל חלה פטור משום דהרי ברח מחמת מרדין אחר עמידה לדין והיה לו זמן לכנסה וא"כ הוא הביא האונס וסיימו דנראה לר"י דכ"ז באמר לייבם אבל באמר לחלוץ וברח אין נראה שיתקנו לה מזונות מניה ע"כ הרי גם במביא האונס מצדו אם אמר לחלוץ פטור ודון מינה לנשבע הכא והשתא אמר לגרש דפטור ואין לחלק דהתם אכתי לא חל חיוב מזונות ואין ללמוד להכא דהא המוליד זאת הוא הרא"ם וכתב שאין לחלק בין קדושין לנשואין גם אין לומר דהתם שאני דהיבם אינו חיוב במזונות רק משום קנס כמו שנראה מרש"י ותו' וכולי האי לא קנסוה דאנה"ן אי הוהבעינן למילף עיקר הדין מהכא מצינן לפלוגי אבל עיקר די"ז ילפינן ליה מהגיע זמן והרי הם דומים הגיע זמן וחיוב יבם אלא שזה חיובו מהדין וזה מתורת קנס ואם יש לחלק בעיקר החיוב בין העכוב מצדו לעכוב מצדה הי"ל לחלק בכל ומהך דיבם גילוי מלתא שאין לחלק ומינה לדידן גם הנה מור"ם בס"י נ"ו פסק משם המרדכי דגם גבי הגיע זמן אם היה שהות לכנסה ואז חלה חייב במזונות כי בם ע"ש מפני שהוא הגורם לעכב והשתא נדון ונאמר האם תיסק אדעתיה דהגיע זמן ואמר לפטור וחלה אז דיהיה חיוב והלא גם בנשוי פשיט"ל דכשאמר לגרש דפטור ודאי עיין להרב"ד אה"ע סי' מ"ד ולא מבעייה אלא במעוכב בחרגמ"ה או בשבועה אלא ודאי דלא יתחייב בזמן שהעכוב מצדו זולת אם לא יאמר לפטור אבל כשאומר לגרש גם אם יהיה העכוב מצדו אינו מעלה ואינו מוריד, גם אין לחלק דשאני חלה או ברח מחמת מרדין דהאונס מבחוץ משא"ך בנשבע דהוא הביא האונס, שאם אתה אומר כן מ"ט לחייב ליבם והלא אנוס רחמנא פטריה אלא משום שהיה לו לייבם וכו' ולא לעכב עד שיתפש ולזה הו"ל כאילו הביא הוא האונס ונילף מינה רק שמדברי הרמב"ם פי"ד מאישות והבי"ד בטואע"ה סי' קס' משמע דלא מחלק וס"ל אפי' באמר לחלוץ חייב דלא כר"י ומ"מ אפ' דגם הוא יודה בזה דהתם לא הוי שום עיכוב מצד שו"י והכא העיכוב מצדו ומצדה שאם תתן רשות אין כאן שבועה ומרן בס"י ק"ם פסק כהתו' ולא כהרמב"ם ע"ש בב"ש, בפרט דבמקומותנו אפי' בלא ידיעת הבעל כותבים השבועה מכח מנהג כמש"ל משם מהר"י אלגאזי ז"ל והו"ל האונס מבחוץ ולא ימצא אשה אחרת בלתי שבועה ומודה גם הרמב"ם ז"ל והא ודאי דאין זה דומה לברח במזיד שכתב הרב"ש שם סק"ד דלכ"ע חייב דהתם אין זה אונס כו"ע והרי הוא כעומד בפנינו ומשתמיט מלחלוץ ולא לייבם משא"ך אומר לגרש אלא דלא מצי מכח השבו' דהוי אנוס ופטור שו"מ שזכיתי לדע"ק הראש"ל ז"ל וקדמני בראיה זו בס' בני בנימין סי' ל"ו ושם בס"י ל"ז השיג עליו הרה"ג מהר"א אשכנזי ז"ל מהך דברח במזיד וכו' ע"ש ולדידן אין זה תיובתא כמ"ש והרי זכינו לחזוק יסוד אבי התעודה הכנה"ג ז"ל ולפי האמור גם דעת מרן כן שו"ר לראש"ל בס' שמחה לאיש סי' ה' שכתב משם הרב ידי דוד קאראסו ז"ל דאסיק מכמה רבוותא דהבעל ואמר קי"ל גם בנשבע וגם נכדו כ"כ משם הרב כהונת

עולם הכלל העולה דבשו"כ יכו"ל הבעל קי"ל ובס' בני בנימין הבאתי ראייה דמרן ס"ל כהרא"ם אך צריך שיאמר עוד קי"ל ככנה"ג דהרא"ם גם באיסור שבועה אמרה וכ"כ בס' ט"ז ע"ש ואנכי נא ידעתי אמאי אחר שזכר מ"ש בס' ב"ב דמוכח דמר"ן גם בנשבע יסבור דפטור אצטריך להוסיף קי"ל ככנה"ג ועמיה, סו"ד הרי כח הבעל יפה מכמה פוס' לומר קי"ל גם בנשבע: ומה שנשאר למיקם עלה דמלתא ממה שראיתי לאחד קדוש מדבר בתשו' מהרח"ש אה"ע סי' י"ז ששאל אותו בשוטה דפטר הרמב"ם לבעל ממזונות דגם אילו יצויר דאין להוציא מהבעל נגד הרמב"ם מ"מ כיון שכתוב בכתובה ועלי מזונייכי וכו' ונשבע הבעל לבסוף חייב מכח השבועה ע"ש הרי נראה דהגם דיש לפטור הבעל כהרמב"ם ולא נקפיד על שבועת שלא יגרשנה מטעם הנז"ל דהוא אנוס מ"מ קפיד מצד שהשבועה קיימא על ועלי מזונייכי דס"ל שכיון שנשבע לזונה הגם שיהיה פטור מן הדין חייב מצד השבועה ובנ"ד הכי הוי אבל אחר החפוש שו"ר למהרח"ש ז"ל ח"ג סי' ע"ז השיב ע"ז ובדקי"ד ע"ב עמד על טענה זו וכתב דלא נשבע זה אלא לקיים דין שכו"ע שהרי כתוב בכתו' כהלכת גוברין יאודאין ובשוטה אין זה דין ישראל שהרי הרמב"ם פטרו ואם היה מתחייב גם בלי שכ"ו הי"ל לחייבו שהרי חי"ע בקנין וכו' אלא האמת שמעולם לא נתחייב אלא במה שהוא דין שכו"ע עי"ש והרב יש"מ באה"ע סי' ה' תמה דנהי שהרמב"ם פוטר הלא הרמ"ה מחייב וס' שבועה להחמיר ותי' דלא נתחייב אלא כהלכת גוברין וכיון דיכו"ל קי"ל הרי היאודי"ם פוטרם בקי"ל ע"ש ונמצא דבנ"ד נמי דפטור מכח קי"ל אין לחוש עוד לאותה שבועה והגם כי הרב המגיה שם (נרש הוא נאמן שמואל ז"ל כתב אמר שמואל יצחק תשו' הרשב"א בחדשות (הוא תו"א) סי' שפ"ב נראה שחולקת ע"ז ולכאורה יש לדון כן ממה שחייב בעל השוטה במזונות כיון שאינו רשאי לגרש וכתב ואע"ג שתקנו מעשה ידיה תחת מזונותיה אין מזונותיה מעוכבים על מעש"י וכו' וחייב לזון אשתו חולה כבריאה וכו' וכ"ש עכשיו שנהגו הכל לכתוב בכל הכתובות שחתן מקבל ע"ע בקנין לזונה ולפרנסה ע"כ הרי אפי' מכח קנין וכ"ש בנשבע כתב לחייב מצד הקנין וכ"ש מצד השבועה ודלא כמהרח"ש ז"ל אבל קשה לשמוע על מהרח"ש ז"ל שרוב הוראותיו בפלפול חברים כידוע דאשתמיט מיניה דעת הרשב"א הנז' ובפרט כו הובאה בית יוסף ס' ע' והרב עצמו הזכירה באותה תשו' וקשה לומר ח"ו שלא הביט בגוף התשו' ולזה נראה חד מתרתי סובר מהרח"ש בדברי הרשב"א ז"ל או דהרשב"א לשטתיה אזיל דס"ל שחייב במזונות השוטה מן הדין כהרמ"ה וכמ"ש מרן בבד"ה דאף הרשב"א עמהם ומשו"ה חייב במזונות זולת שהרגיש דהא מזונותיה תחת מעש"י ותי' תי' קמא ועוד הוסיף נופך לזה דכיון שהוסיף קנין הו"ל כהתנה שהגם שתבטל ממעש"י הוא יתחייב במזונות או דס"ל דמיירי כאותן שאחר שמשלימין נוסח הכתו' חוזרין וכותבין קנין סתמי באיזה דבר וה"ן מנהגם היה לכתוב קנין על המזונות סתמא דזה לא נכנס במ"ש למעלה כהלכת גוברין והאי לחודיה קאי ומשו"ה חייב אבל במאי דמהדר אהלכת גוברין הגם שיהיה בשבועה פטור ואפי' דגם ה"ה הרגיש בדחיות אלו ומפנ"כ כתב בלשון נראה שחולקת ולא החליט: והוי יודע דלפי קצורי אני מבין דאין טעם פטור מהרח"ש בזה משום דכיון דבעיקר הדין פטור הו"ל כהך דמהריב"ל וסייעתו הבי"ד כנה"ג סי' ס' בחו"מ הגב"י אונ"א דקנין אין כאן שבועה אין כאן דא"כ הוי סותר אדידיה דבתשו' שבס' מ"ץ ח"א סי' א' לא תפס ס' מהריב"ל רק לסניף ולהדיא

כתב בספרו ח"ג סוס"י י"ט שדעתו והסכמת החברים כמהרשד"ם ז"ל שאעפ"י שאין קנין יש שבועה וע"ש בסי' מ"א וגם הכנה"ג ז"ל צרפו עם כת מהרשד"ם ז"ל אלא שטעמו הכא דנהי דקי"ל דקא"ך ושבועה יש כאן אינו אלא בדבר המסופק אם מתחייב ונשבע דחייב להשלים מכח שבועה כהך דמתחייב בדבר שאינו קצוב וכיוצא אבל הכא שמפו' בכתו' כהלכת גוברין וכו' הו"ל כמתנה להדיא דלא נתחייב רק במה שהדי"ן אבל מה אעשה כי הכנה"ג באה"ע סי' קי"ט הגה"ט אונ"א תלה לה כיפי באיךך פלוגתא דמהריב"ל ומהרשד"ם והביא הך די"א של מהרח"ש סי' י"ז וכתב ואני אומר שזה תלוי במחלוקת מהריב"ל ומהרשד"ם ע"ש ולא אדע אם שלטו מאורות דב"ק בהך דמהרח"ש ח"ג או לא ומ"מ כיון דהוא ז"ל תלה זב"ז הנה מצאנו לו בבע"ח בה"ב מחו"מ סי' פ"ה שנראה שדעתו נוטה כמהרשד"ם וכתב וסוגיין דעלמא הכי אזלא לכוף אותו להשלים מכח שבועתו וכן בדין דס' שבועה להחמיר וכו', וכ"כ בתשו' א' לח"א מחו"מ ושם בסי' ע"ג וע"ח וקל"ו וקנ"ט ע"ש ומינה שיהיה דעתו להחמיר בנד"ד אך את זה ק"ל דאיהו גופיה בח"מ סי' מ"ב הגב"י אוט"ו תמה על מהר"ם מינץ ז"ל שכתב דכשהלשון מסופק יד בעה"ש עהת"ח אפי' יש חרם או שבועה דהא ס' שבועה להחמיר ות' דאנה"ן דהנשבע יחוש לעצמו אבל ב"ד אין כופין אותו על כך ע"ש ומדוע שם כתב דכופין וסבור הייתי דדעתו ז"ל דכשהלשון מסופק ידע איניש בנפשיה במה נתחייב ולהכי די להודיעו שיחוש לעצמו דרמי אנפשיה ומדכר ואם זיכה את עצמו הו"ל דברים שבינו לבין יוצרו ומהימן משא"כ במח' הפוס' דלא ידע משום ס' שבועה כייפינן ליה זולת דעוד ק"ל דלפי"ז אמאי בשבועת שלא יגרש דהוי מח' הרא"ם ושכנגדו אי פטור ממזוני או לא דן הרב דפטור בקי"ל ולא חש לס' שבועה כלל, שו"ר לראש"ל בשמח"ל סי' ט"ז שהק' על די"ז דלא חש הרב כלל לס' שבועה ואילו בהך דמהר"ם ז"ל כתב מיהא דיחוש לעצמו ות' לאיךך גיסא דאדרבה כשהלשון מסופק ובידו לברר לפיכך יחוש לעצמו אבל בפד"ר דלא ידע לברר ויש לו על מה לסמוך לא יחוש כלל, ולדב"ק א"כ כל דין אותם התשו' שכתב לכוף משום ס' שבועה תמהי"ם הם, לזההנלע"ד דהך דמח' הרא"ם ושכנגדו שאני דאין עיקר על עצם הדבר שאנו דנין עליו כי לא נשבע לזון רק שלא יגרש ואין הדבר תלוי זולת אם נאמר דאנוס מחמת השבו' שלא לגרש פטור או לא ולזה דן הרב דיכול לומר קי"ל משא"כ כשהשבועה על עצם הדבר ניהדר דאם אינו יכול לברר כגון פד"ר כופין וכשיכול לברר כמו ס' בלשון יחוש לעצמו וכמש"ל, שו"מ שכיונתי בזה לד"ע עצמו שכ"כ בבע"ח ח"ב לח"מ סי' פ"ו שגם מהרשד"ם ז"ל יודה היכא שעל מה שנתחייב לא נשבע כנדון דהתם שנשבע ללכת לדון על החיוב וכו' ופטר עצמו מהחיוב דגם שבו' אין כאן ולא פליגי אלא בנשבע על עצם הדבר וכו' ולמד כן מק"ו מדברי הסמ"ע סי' ע"ג סכ"ו דהא דחייב לקיים שבועתו אינו רק כשנשבע בתחלת שעבודו אבל כשנשתעבד מתחלה ואח"ך אז נשבע קנין אין כאן שבועה אין כאן ע"ש ושו"ש שכיונתי אל אמתת ד"ע: אבל כ"ז יגהה מזור דשבועה שלא יגרשנה בע"ך אמנם למאי דאתינן עלה שבועה דקיימא על ועלי מזונייכי דהיא בעצם הדבר והרב ז"ל תלאה באיךך פלוגתא מאי איכא למימר ות'ם אני לא אדע טעם רבנן בתראי דכותבין שבועה במקומותם ע"כ הכתוב בכתו' (אבל הכנה"ג במקומו איזמיר כותבין הפתו' בב' דפין כמ"ש מהרח"ש בח"ג ומשו"ה לא חש לשבו' שאינה חוזרת על המזונות) ולא חשו להעלות על דל שפתם מכל

זה, והנלע"ד כי הם ז"ל סמכו על תשו' דח"ב סי' פ"ד וסי' פ"ו שהמה אחרונים בש' תל"ב דנראה מהם דאפי' בס' שבועה יכו"ל קי"ל כי כן כתב בסי' פ"ד ולא החמיר אלא מטעם האמור שם דפליגי אי מצי למימר קי"ל בהך או לא ע"ש ובסי' פ"ו הקיל מטעם הסמ"ע דבשעת השעבוד לא היתה השבועה רק אח"ך ומטעם שכתב רבו מהרימ"ט דאם הקנין קיים מעיקרו ושוב אתי ליד ריעותא בהא אליבא דכ"ע קנין אין כאן שבו' אין כאן, וס"ל גם הכא בחיוב המזונות תרתי איתנהו דמתנאי כתובה גם בלא שבועה נתחייב במזונות אלא שאח"ך הוסיף לישבע וגם חיוב מזוני קיים מעיקרו אלא דאתי ליד ריעותא דמאיסא ליה ורוצה לגרש ועפ"ז דנו דאין לחוש לשבועה ומ"ש על הי"א דמהרח"ש דזה תלוי בפלוגתא דמהריב"ל ומהרשד"ם אינו רק הערה לומר שהי"ל לפלפל בזה וכמ"ש בכנה"ג חו"מ סי' י"ב הגב"י או"ג על מהר"ש הלוי דאין כונתו לחלוק עליו רק להעיר איך פסיק ותני ע"ש ולו יהי דח"ו דב"ק סתראי נינהו הא קי"ל בפוסק שסותר עצמו דדבריו האחרונים עיקר וה"ט דרבנן ועיין להפרמ"א ח"א סי' קכ"א בנדונו שסמך להלכה על הני תרי טעמי דהסמ"ע ומהרימ"ט וכתב שאעפ"י שהכנה"ג והש"ך בסי' ע"ג סק"ל דחו דברי הסמ"ע בלי טעם כדאי הוא לסמוך עליו וכבר כתבנו דבחיוב מזוני תרתי איתנהו.

מה גם אם נצרף לזה מ"ש הרב בן שבט בנימין סי' ש"א שאפי' הכתובות שלנו הכתובים בדף אחד בלי הפסק אין השבועה חוזרת רק על התנאים שאין הדין מחייבו בהם אבל מה שהוא חייב בו וכו' אין ב"ד מתקנים לישבע שבועה שאינה צריכה ולמד כן מדברי מהר"ם מינץ סי' ט"ו אלא שהוק"ל ממ"ש הרב"ד ז"ל באה"ע סי' ע"ז שהשבועה חוזרת גם על התוס' וגם מדברי מהרח"ש דסי' טו"ב נראה כן וחילק ממ"ש מהרשד"ם אה"ע סי' קכ"ו וקכ"ט דכתובות סאלוניקי שאני שהגם שכותבים בב' דפין מלשונם מוכח דתרוייהו קשורים וסבוכים ליתן האמור של זה בזה ולפיכך שבועה נמי מהדר אכולהו, וגדולה מזאת כתב מהרח"ש ז"ל ח"ד סי' ד"ן דגם מה שבדף הא' חוזר אל הדף השני משא"כ שאר כתובות עכ"ד והנה מ"ש בדעת מהרח"ש דקשורים זה בזה אשתמטתיה מ"ש מהרח"ש בח"ג סי' ע"ד שאין שבועה שבדף ב' חוזרת אל מ"ש בד"א ומ"ש בח"ד סי' ד"ן כבר מפו' טעמו משום שכתוב בד"א והכל עפ"י התנאי וכו' אבל לשאר מילי כגון שבועה אין ללמוד משם שחוזרת ומ"ש בד"א ובדברי הב"ד ז"ל נראה להגיה כן וגם שנשבע בשעת נישואין עליו לקיים תנאי התוס' כנודע ור"ל שכיון שנשבע שלא לגרשה בע"ך עליו לקיים התוס' מכח זה והיינו מאי דיליף ממהרח"ש אבל אין דעתו שהשבועה שבדף ב' חוזרת למ"ש בד"א וכן מוכחי דב"ק וגמבסוס"י מ"ב זכר תשו' מהרח"ש דסו' ע"ד ואיך יסבור דהשבו' חוזרת על ב' הדפים אלה כמ"ש וסרו מעליו תלונותיו מ"מ הא חדית לן מר משם מהר"ם מינץ, דהשבועה אינה חוזרת רק על תנאי שאינו חייב בו מהדין וממילא דאינה חוזרת על שכו"ע ובזה יצא לנו ס"ס א' אם חוזרת על הכל או לא ואת"ל חוזרת שמא הלכה כמ"ד דכשהוא פטור מן הדין קנין אי"ך שא"ך וכבר הרב ש"ב ז"ל העלה דגם לגבי חומר שבועה בס"ס יש להקל ולמד זה ממ"ש כן מהרח"ש בתשובתו שבס' מ"ץ סי' ב' ונ"ד עדיף דיש ס' שלישי דלכ"ע שא"ך אחר דלא נשבע בעת השעבוד וגם אח"ז אתי לידי ריעותא כהסמ"ע ומהרימ"ט ועיין למהרשד"ם ח"מ סי' ז"ן דאיהו ראש המחמירים ועכ"ז כתב כדברי מהרימ"ט ז"ל גם יש ס' ד' ס'

מהרח"ש ז"ל דכיון דכותבין כהלכת גוברין לא נשבע לקיים רק מה שהוא הלכה והו"ל כהתנה וכ"כ מים רבים אה"ע סי' ד' וכ"ן מתשו' הרב"ד אה"ע סוס"י מ"ב זכר עשה לתשו' מהרח"ש ז"ל והגם כי העומד על אותה תשו' יראה דס"ל הפך ממש"ל לדון בקי"ל כהרא"ם וכ"ן דעת הר"ן שהביא שם עיין בס' סם חיי סי' ט' ובראש משביר אה"ע סי' ל"ב פשיט"ל כהרא"ם וישבו דעת הר"ן ומ"מ הרב"ד ז"ל עמדה ונישאת לפניו ס' מהרח"ש והו"ל סניף ד' ולו יהי דס' הוי אי מ"ש כהלכת גוברין הו"ל כתנאי כמהרח"ש או לא, עיין למהרש"ך ח"ג סי' מ"ח שכתב בנדונו דכיון דהלשון סובל שני כוונות מ"ט להחמיר עליו בס' שבועה ולומר דע"ז הכוונה נשבע זיל לאידך גיסא ע"ש, ומהרש"ך הוא מכת המחמירין ועכ"ז כתב כן וה"ן בנ"ד ורבו הצדדים בזה לצאת י"ח מהרשד"ם באה"ע סי' קכ"ח דכתב דבשבועה אפי' בס"ס יש להחמיר ומלבד כי החק"ל באה"ע סי' מ"ה דצ"ח ע"א ד"ה והנה כתב שלא ידע טעמו דה' רווחת ביש' ס"ס בכל איסורי תורה להקל ע"ש מ"מ בנ"ד דפשו ספיקי ודאי גם הרשד"ם יודה והארכתי בזה במ"א.

ועתה בא לידי ס' נוכח השלחן ז"ל וראיתי באה"ע סי' ט"ו שהאריך הרחיב בפרט שבועת הכתו' והאריך להקל דאין כאן חשש שבועה יש כאן מחמשה קולות שאסוף בזה ע"ש וכתב ה"ה שגם מר ואהלות באה"ע סי' ב' האריך והעלה דאין שם ס"ס להחמיר גם אח"ז ראיתי להרב פנ"י ח"ב האריך בזה מד"ס עדס"ד וד"ע נוטה להחמיר ובד"ע כתב דהגם דשבועת חתן וכלה הויא דרבנן וס' להקל בכאן הו"ל ס"ס להחמיר אי הלכה כהר רא"ם או כהר"ן ודילמא גם הרא"ם מודה בשבועה כפרמ"א ז"ל ורמז למחמירים בס"ס דרבנן ולא זכיתי להבין מאי ס"ס בשבועה איכא הכא כיון דאין אנו דנין על השבועה רק על פיטור ממון דלהרא"ם כשהוא מעוכב מחרגמ"ה פטור והכנה"ג הוסיף דגם כשהוא מעוכב בשבועה והגם דיש מח' בתרוייהו הרי קי"ל דכל שאתה מרבה ספיקות וס"ס העמד הממון על חזקתו ולא יכנס הס' לגבי שבועה זולת למ"ש לחוש לס' החכם שבמהרח"ש דהשבועה קיימא כמ"ש וטלי מזונייכי ובהא אדרבה כבר הוכחתי דיש כמה ס' להקל ולולא הנך ספיקי אין מי שיאמר לפטרו ממזונייכי מכח ס' הרא"ם דלא קרב זא"ז ומ"מ גם הפנ"י הי"ו הודה להפ"ן ז"ל בנדונו מטעם הסמ"ע ומהרימ"ט דאיתנהו נמי בנ"ד והן אמת כי נזכרתי עתה מ"ש הסופרים וגם נשבע וכו' לקיים כל הנז"ל ומהם כוללים הקנין והש"ח ואז כותבים לקיים כל הנז"ל ולדידהו לא שייך טעם הסמ"ע דהוי הכל בבת אחת ומ"מ די והותר בשאר הטעמים שכתבתי שלא יחוש הבעל הנז' גם לחומר שבועה וד"ב.

סי' ג' נדרשנו לחוות דעתנו אודות כי הרב אמ"ן סתהון הי"ו נסע מפה עה"ק טבריא ת"ו ובמשך היותו בחו"ל הרב כמהר"ש אחיו הי"ו היה מוציא הוצאות על אשתו ובניו הי"ו ובעת אשר נכבשה העיר לאנגלים בתשרי תרע"ט כתב כמהר"ש הנז' על אשת אחיו הי"ו שטר מו"ש כנהוג וז"ן לפ"ע וכו' כן באה האשה פי ואמ"ל וכו' שנטו"ק מן מוכ"ז (ויש חלק משם ע"ס שטה) סך חמשה וששים לי"פ זהב טו"ת והם פרעון חובות שעלי להוצאתו מזמן המלחמה וחמשה לי"פ מהנז' הם לצורך הוצאות מזונותי מהיום ולהבאוכו' וכו' מכרתי וכו' לרשות וזכות מוכ"ז ולב"ך מטלטלי ביתי וכו' מכירה גשו"ק, אח"כ לפ"ע וכו' באה האשה וכו' האמו"ץ שחזרתי ושכרתו המקנה הנז' מאת מוכ"ז בסך ס"ה בישליכים לכל חדש והטבתי חסדי עם הקונה שאחר עבור ג' חדשים

בכל עו"ז שירצה וכו' מו"מ אני מתחייבת ומחייבת לב"ך לחזור ולקנותה מהם בסך חמשה וששים ל"פ זהב טו"ת מלבד דמי השכי' שיעלה עליה עד או"ז ואפי' שלא תהיה שוה המקנה הנז' וכו' ומ"מ אני משעבדת כ"ן דאין לי וכו' וכן כ"ן דאית לבעלי כמהרמ"ם תכ"ש וכו' לקיום חיוב ההטבה ולפרעון השכי' ס"ה בישליכים הנז' מד"ח בחדשו ומו"מ אני מאמנת עלי ועב"ך וכו' וקבלתי עלי ועב"ך ס' הפוסק המאשר וכו' וע"ד אמו"ץ ח"ש ביום ג' תשרי ש' עטר"ת והשו"ב וקים העדים דוד מורינז אשכנזי, שמואל אסבאג: והנה הגם כי מע' האחים המבורכים הנז' האריהו למעניתם בטענות שחוץ מכבודם אין בהם כדאי להשיב אנחנו לקטנו מתוכם רק מה שההכרח לעיין בהם כי הנותרים מוכן תשו' מאליהם, ואלה הם טען כמהר"מ הי"ו שהן לו יהי שהשטר הזה נכון עפ"י הדין יהיה דין אחיו בתחלה עם האשה והיא תתבע מהבעל ובאה"ע סי' צ"ג כתב מור"ם שיכולה למחול ועתה תמחול, והשיב כמהר"ש שאם תמחול עתה הוא קנוניא, ומה גם ששעבדה נכסי בעלה לתשלומין עוד טען שבימי המלחמה היתה לוקחת מפראנצה ומנדבות חו"ל סיוע ואם יחסר לה מה, הי"ל להשלים ממעשה ידיה ומדוע לותה, והשיב לו שמה שלקחה אין בו ממש וגם אינה בת מלאכה, עוד טוען שמעיקר הדין אין הבעל חייב לשלם רק מה שלותה בעדים והכא לותה בלא עדים, ועוד בפרט אודות השכירות מי הרשה אותה לחזור ולשכור בסך גדול כזה גם אם היתה רשאית למכור עוד טען לפסול השטר הזה מב' טעמים האחת כי תבע מכמהר"ש אחיו להראות לו פרטי החש' שהוציא על אשתו שמהם נוסד קרן השטר הזה ומסרם לו ובבדקו במ מצא בכללם שחשב עליו הכשר שלדעתו לא נעשה על צד היתר והרי הוא רבית ונמצא השטר הוא שטר שכלול בו רבית ואינו מפורש ואינו גובה בו גם הקרן.

שנית שכיון שהעדים חתמו על מקום חלק בשטר י"ל שהניחו כמה מקומות חלקים ג"כ תוך השטר והוא זייף בהם מה שרצה וכן יש לערער על המכר שאינו מכר כיון שכתבו למוכ"ז וודאי לא היה הקונה המוכ"ז שמה וא"כ אולי הקונה אינו חפץ לקנות ועיין בסי' ק"ץ דאינו נקנה, וע"ז השיב כמהר"ש שאין שטר זה מסוג שטר שכלול בו רבית וגם את"ל שהוא מסוג זה מ"מ הוא לא נתכוון לרבית ח"ו ואם טעה בשוגג אין לקנסו ועוד שכל יסוד טענותיו מורכבים מפני שמה שעשה הוא שלא ברשותו ואמר אנכי אשוב שמינה אותו טרם צאתו בקגו"ש רק שלא נכתבה ההרשאה כי סמכתי על הנאמנות שהיה בינינו ותמיד הייתי מטפל בעסקיו בלתי הרשאה והיה משלם לי בפרט כי בימי המלחמה היה פקוח נפשות וגם היה חשש לפרצת עריות ובזה מותר ללות ברבית, ומה גם שאח"כ במכתביו ששלח הסכים למעשי באחד כתב ויהיה נכון לבו בטוח כי כספו יגיע לידו ביתר שאת ויתר עז ואדרבה אנכי אנכי הוא המחוייב לתשלום גמולו בטרחותיו הרבות ע"כ דבר עם ב"ב ובשני כתב ובדברו הרחיב לבאר לו מה כונתי לא הבנתי מה חושב בדעתו שיהיה לי איזה כונה דמה כונות יש בזה רק דברי הראשונים גם האחרונים שבע"ה בבואי הכל יבע"ן לא יחוש ולא יחשוב על ממונו רק צע"ג יש לי בהפסד הפראנק, וגם במכתב אחר כתב אך העת הצריכני לדבר וכו' בראותי כי לקח עלו בהכשר ל"ו למאה וכו' איך שיהיה אל יחשוב כבודו ח"ו שאני חושב עליו שיגזול את כספי לא תהיה כזאת ביש' לדבר עליך כזאת תמה אני אשר כתבת שלמה לי לעכב המעות והרבית אוכלת בהם הלא כתבתי לך והודעתך שעדיין מסופק הדבר בשלוח המעות למח"ק עד

שיגיעו המעות מסוגרים לידכם כי הרבה טרחתי על שילוח היו"ד לי"פ וכו' וע"ז השיב כמהר"מ שהקגו"ש של המינוי להד"מ והנה כמה פעמים יצא לחו"ל והיה ממנה לאחרים ולא לו ומה שהביא ראיות ממכתביו שהסכים למעשיו אין מהם שום ראיה כי בהיותו גולה מחוץ לעיר ובל ידע מה והוא היה כותב לו לפי"ד היה משיב שיפרע לו כספו כלו' הנוגע לו בדין וגם שהיה אחר המעשה ולדחותו קא מכוינ והראוה ששלח אח"ז לב"ב כסף ע"י אחרים ולא על ידו ואם באמת האמינו והסכים בלבו למעשיו למה לא שלח כספו לידו ע"כ תורף טענותיהם: ויען כי שמעתתא בעייתא צילותא ומי שירצה לעמוד בשרשן של דברים בש"ס ופוס' ע"כ דבר לא יכילון מגלות ומפני טורח הצבור זה נכנס וזה יוצא אין עתותנו בידינו לכן אמרנו לבחור בדרך קצרה להשיב רק בתמצית ההלכה ויה"ר שלא נכשל בה ונהלך ברג"ש עפ"י סדר הטענות: א) במ"ש כמהר"מ שאשתו תמחול לו אמת שכ"כ מור"ם בהגה באה"ע סי' ע' אמנם הח"מ ז"ל שם תמה דאיך יכולה למחול כיון שהבעל מחוייב מדרבי נתן וקי"ל בח"מ דהמחוייב מדר"ן אינו יכול למחול ות"י הב"ש דמיירי שיש לאשה לשלם והט"ז ת"י דכיון דחיוב מזונות מדרבנן יכולה למחול וא"כ לכל הדברות הכא אינה יכולה למחול דהא אין לאשה לשלם וגם לדידן חיוב מזונות הוא דאורייתא דנהי דמרן לא גילה דעתו בזה מ"מ להרמב"ם ז"ל ידוע דס"ל דהווי דאורייתא וידוע דכשלא גילה דעתו מרן אנו קבלנו דעת הרמב"ם ז"ל וז"פ: ב) במ"ש ושהיתה לוקחת נדבות וכו' ובתשלום ממעשה ידיה אמת שמור"ם כתב בסי' ע' שאם מעשה ידיה מספיקים לדברים גדולים ולותה אינו חייב לשלם אבל הכא חקרנו על הנדבות וכו' וידענו שלא היה בהם ממש וגם לא היה תמידין וגם ידענו שהאשה הזאת אינה בת מלאכה כלל: ג) במ"ש שלותה בלא עדים וגם אינה רשאית לחזור ולשכור המטלטלים סו"ד נראה כונתו דאעפ"י שיש לה רשות למכור למזונות אבל להוסיף להפסידו יותר מצורך מזונותיה לא ומדברי המבי"ט בח"א סי' ק"ץ יש לדקדק דלא צדק בזה דנדונו שם היה באשה שמשכנה בית בעלה בהיותו בחו"ל ואחר זמן ערער הבעל לבטל מעשיה והרב ז"ל כתב טעמים לקיים המשכנתא ומכללם כתב דכיון שהיא משכנה עבור מזונותיה ופרעון חובות הבעל וקי"ל שמה שמכרה בינה לבין עצמה המכר קיים א"כ כ"ש כשלא מכרה אלא משכנה ויכול הוא לפדותה מה שלא היה יכול לעשות במכרה כשהיה מכרה קיים ע"כ ומדלא פירש הרז"ל שבעת הפדיון ינכה הבעל לממשכן שכי' השנים שעברו נראה שמחייבו לפדות בלא ניכוי ואם איתא דס"ל להרב ז"ל דאין לבעל לשלם רק מה שנהנית למזונות ולא העודף הנמשך מאי כ"ש הוא זה דשאני התם במכרה דקי"ל דאין מכרה קיים רק במכרה שוה בשוה ולא יותר משא"ך במשכנה דהוא מפסיד השכי' עודף על מה שלקחה אלא ודאי נראה דס"ל להרב דדוקא במכרה דאחר המכר תהיה כל ההנאה לקונה ואין סופו לחזור לבעלים תמצא קונים ואז למה לה למכור בפחות משא"ך במשכנתא שסופה לחזור לבעלים אם נאמר שהדין שינכה לו השכי' בזמן הפדיון אז לא תמצא מי שימשכן לה בחנם לכן הרשות בידה למשכן גם בפחות כדי שתמצא במה לחיות וא"כ דון מינה לנד"ז שאם לא תעשה היתר מו"ש לא תמצא מי שילווה לה בחנם: אבל מ"ש בתחלה שלותה בלא עדים לכאורה אין לו מובן דאם על גוף השטר קאמר הרי הוא בעדים אלא נראה שכונתו עמ"ש בשטר שהלוה לה לפרעון הוצאותיה ואותם ההוצאות כשלותה אותם מאחרים בלא עדים הוא אינו חייב בפרעונם



ואם הדבר כן הצדק אתו דכן מפו' בטוב"י בסי' ע' דאם לותה בלא עדים אינו חייב לפרוע ועיין בח"מ וב"ש דאפי' אם היא מודה עכ"ז פטור והשתא כיון שידע כמהר"ש שהמלוה שלו היה לפרעון ההוצאות שהבעל אינו חייב בהם ועכ"ז הלוח לה אין לו לתבוע מהבעל אלא ממנה ומה שהשיב כמהר"ש הנז' כי הוא מינהו בקגו"ש וגם הוכיח ממכתביו שלבסוף הסכים למעשיו וא"כ כל מה שעשה אפי' בטעות עשוי כ"ז הוא אם יודה כמהר"מ שמינהו וגם פירש מבלי שיוכ"ל לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אבל אם יודה רק שמינהו בסתם ולא יוכ"ל לו אמת מניתי אותך להוציא אתה ההוצאות או מה שתלוה היא ברשותך אבל לפרוע מה שלותה שלא ברשותך ובלא עדים שאני פטור מפרעונם ואתה תתן לה לפרעם אין זה תקון אלא קלקול ולתקוני שדרתיך וכו' והשתא הלא כמהר"מ כופר בכל המינוי ואומר להד"מ.

וא"כ אם טענת כמהר"ש אינה אלא ספק כמו שנראה מדבריו שכתב אחרת וכו' יוכל להטיל חר"ס על מי שמינהו ומכחיש ואם תוקע עצמו בבריא שמינהו יוכל להשביעו היסת כדין כל הטוען טענה על חבירו שיתחייב ממנה ממון והוא מכחיש עיין בח"מ סי' ע"ה אמנם במ"ש להוכיח ממכתביו שהסכים למעשיו וכו' עין רואה למהרימ"ט ז"ל בח"ב ח"מ סי' קי"ב בנדונו שאחד כתב לשלוחו אחר שעשה מעשה שלא מדעתו והודיעו שמה שעשית עשוי וחקר הרב שם אם מה שאמ"ל מה שעשית עשוי אחר המעשה הוי הסכמה וכתב דלשון זה אינו ריצוי אלא ר"ל אחר שעשית כבר אין להשיב ולא ריצוי הוא ולא לשון מתנה וכו' ותו דאחר מעשה אפי' אמר דברים שמורים שהוא מתרצה לאו מידי הוא כדאמרי' בפ' אלו מציאות באמימר ומר זוטרא דאיקלעו לבוסתנא דמרי ב"א וכו' ומייתי התם מאי דאמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא לגבי תרומה דמצוה היא וניח"ל אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר ה"ן משום כסיפותא הוא דאמר כיון שכתב לו שלתועלתו עשה וא"א לו לעשות בענין אחר ע"ש ומינה לנד"ז שאומר כמהר"מ גם הוא דדוקא מפני שהיה בחוץ והוא היה כותב לו שעושה עמו טובה לדחותו היה מכוין ומ"ש שישלם לו כספו כונתו למה שנוגע לו בדין ושאר האמתלאות הנז' שאמר, נראה דלא יהיו לשונות המכתבים ההמה עדיפי מנדון מהרימ"ט ז"ל שכתב לו בפירוש מה שעשית עשוי ועכ"ז כתב הרב ז"ל דאינו ריצוי גמור ותרציה לדבוריה ועוד ממ"ש מפ' אלו מציאות והוכיח דאפי' דברים המורים לריצוי אי הוה אחר המעשה לאו כלום הוא הרי ה"ן אחר המעשה הוה.

והגם כי הכנה"ג בח"מ סי' קע"ו הגה"ט אוצ"א כתב להשוות מהרימ"ט לדעת מהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל ומשוה שותף לשליח ולא אמרה מהרימ"ט זולת בדברים המורים ריצוי ולא בריצוי גמור ע"ש מ"מ ה"ן הרי הוכחנו מדברי מהרימ"ט ז"ל במכ"ש בנד"ז דלא הוי ריצוי גמור ועוד יש ללמוד מסו"ד הרב שם דאפי' הוי ריצוי גמור לא מהני שכתב לבטל הענין וז"ל דאי משום מחילה הכא לא שייך מחילה אלא במה שתובע אדם לחבירו ומחל לו אותו ואי משום מתנה דיהיב ליה היה צריך דרכי הקנאה ולא בדברים בעלמא ע"ש ודון מינה לנד"ז דאין כאן זכיה לא מדין מחילה ולא מדין מתנה.

ואזדא לה הך טענה זולת טענה הראשונה שמינהו מקודם כבר כתבנו דינה לעיל: (ד) במ"ש לפסול השטר ומטין דבריו לפטור בזה גם את אשתו הנה טענתו שכתבו בשם

מוכ"ז ואומר שלא היה שם המוכ"ז אם כונתו לרמוז בזה למ"ש בסי' רל"ח בח"מ דאפי' בשטר שיש בו קנין צריך שיכירו שמות הקונה והמקנה והכא שהוא מוכ"ז סתם לא הכירו שמו הנה בסי' ל"ט ומ"ט מפורש דדוקא בשטר שאין בו קנין אבל כשיש בו קנין א"ץ הכרה רק לשם הלואה וגם בסי' רל"ח תמה הסמ"ע למה צריך הכרת שם הקונה ע"ש ואפי' העושים יסוד להכרה זו מ"מ לכאורה הש"ע סותר עצמו ח"ו ובכגו"ד אמרינן סמי חדא דסי' רל"ח מקמי תרתי דסי' ל"ט ומ"ט ואי משום מ"ש מור"ם בסי' קצ"ה דבמכר הנעשה בק"ס בעינן דוקא שיהיה בפני הקונה דאולי אינו חפץ לקנות הכא לא שייך כיון שכתוב בשטר הו"ע ש"ג שנטו"ק ממוכ"ז סך פ' איך לא יחפוץ המוכ"ז במקח אחר שפרע דמי המקנה וישאיר עצמו תלוי ועומד ואם נאמר שלא פרע רק שהמוכר כתב על סמך שיקח אח"ך איך יתכן שהמקנה יודה שנטו"ק והוא לא קבל ולא יפחד שבהודאתו זאת יתחייב כי לענד"ן דמה שחלקו בסי' קצ"א בין אתרא דכתבי והדר יהבי ליהבי והדר כתבי אינו אלא כשכותב שבעד סך פ' מכרתי לפ' ולא כשמודה שנטו"ק דאז איך יתכן שיפטר מהודאתו אפי' באתרא דכתבי והדר יהבי ואם מרצונו הסכים להודות לא גרע זה ממתנה דגם מור"ם כתב דל"ב שיהיה בפני הקונה.

וכ"ש דמי הגיד דלא היה הקונה שם רק שרצה להעלים שמו. (ה) אבל מ"ש מצד שהניחו העדים המקום חלק בלתי טיט וחתמו יש לחוש גם לשאר מקומות הא ודאי שהדבר צ"ת למעייין בח"מ סי' מ"ד ומ"ה והגם שבסי' מ"ד ס"ח כתב דאע"ג דקי"ל כשיש אור שטה בין השטר לעדים דל"ח שמא העדים הניחו שני שטין והוסיף באחת מה שרוצה משום דמסתמא העדים עשו כהוגן ה"מ בעדים מוחזקים ביודעים הלא"ה חיישינן ע"ש דנד"ז נראה דאינן מוחזקים ביודעים ומוכח מלתא דהנה הניחו המקום בלא טיט, ומזה ודאי יש לפקפק שלא ללמוד מחזוקי סופר וכיוצא הכתובים בשטר זה: ו) ומ"ש שמתוך החשבון שמסר לו וכתב בו חשבון הכשר ואינו ע"ץ היתר וכיון שכלל אותו בשטר זה עם הקרן הו"ל שטר שכלל בו רבית בסתם ואינו גובה בו גם הקרן ועיקר זה הוא מהש"ע ח"מ סי' נ"ב ויו"ד סוס"י קס"א.

והשיב מהר"ש שאין זה שטר שכלול בו רבית, המעייין יראה להרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"א סי' כ"ב דהוא כנד"ז ממש שמתוך החש' שמהם נוסד השטר ההוא ניכר שכלל רבית ודן בו שלא יגבה כלל אפי' הקרן עש"ב. ומ"ש מהר"ש דמשום פקוח נפש וגדר ערוה מותר ללות ברבית אמת שכ"ך ביו"ד סי' קס"א אבל הט"ז כתב דמ"ש שם בפקו"ן ומ"ש בסי' קע"ב דמותר לצורך מצוה דזה דוקא כשלא נמצא רק אדם רשע ועובר על ד"ת ואינו רוצה להלות אלא ברבית אבל לא שמותר לעשות כן ע"ש וא"כ חלילה לב"ד להורות היתר בזה לאדם כשר לגבותו, וממילא צריך לחקור בהכשר ההוא שכתב אם הוא עשוי ע"צ היתר כהוגן או לאו כי טרם עומדם לדין נראה שטר אחד שלוחה בו כמהר"ש לצורך כמהר"ם וכתוב בלשון הודאה שבעד סך פ' שלויתי ממצות פ' לצורך פ' מכרתי לו מטלטלי פ' וחזרתי ושכרתי אותם וכו', ובעל המצות בזמן ההלואה לא היה פה ובהודאה הזאת לא כתב שקא"מ בקגו"ש ואמ"ל שאין כאן מכר עד שיתחייב בשכי' מתרי טעמי חדא דכיון שאין לו הרשאה איך מכר מטלטלים אלו והלא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו ולא היה שלוחו.

שנית דבעל המעות לא היה פה ולא משך המטלטלים גם ק"ם לא היה פה ובמה קנה ועל טעם השני השיב כעת מהר"ש דכמו שכתוב בסי' קצ"ט דיש מעות קונות בלא משיכה כגון אם היו בידו מעות בלא מנין ובלא משקל ואמ"ל מכור לי חפץ זה באלו דקנה משום דהוי מלתא דלא שכיחא כן אם קנה ממנו מטלט' בלי מנין וכו' כנד"ז במעות ידועים קנה בלי משיכה, והנה אמת כי בדב"ז נחלקו הסמ"ע והט"ז בסי' רנ"ז סי' ט' דלהסמ"ע הוי מלתא דשכיחא והט"ז הוי ל"ש ע"ש ומשה"א בסי' קצ"ט הכריע כהט"ז מדברי הרמב"ם פרק י"ג מהל' מכירה שהשוה שני הדינים, ולענ"ד דס"ל דהסמ"ע דלא השוה אותם הרמב"ם רק לענין שקנה ומחזיר אונאה אבל לא ששויים בעצם הקנין אלא האי כדיניה דקונה בדמים אכסרה קנה בלא משיכה דהוי כחליפין וכמ"ש שם והאי כדיני קונה מטלטי' אכסרה אינו קונה אלא במשיכה זולת שגם הוא קנה ומחזיר אונאה ומשו"ה לא כתב כחליפין רק בדמים אכסרה ולא כללם יחד ובש"ס נמי לא זכרו זה רק בקונה בדמים אכסרה.

וגם אם הדבר שקול הא ודאי דיכו"ל המוחזק שזה אינו מכר כהסמ"ע. ובפרט דלדברי מהר"מ שלא מינהו מה יועיל זה דאם בשטרי מו"ש כתוב שמכר נכסי כמהר"ם הרי הוא מוכר דבר שאינו שלו ואם מכר נכסי עצמו אנה"ן הוא מתחייב למלוה בהכשר אבל לא יוכל לגבותו מכמהר"ם והלא ביו"ד סי' קס"ט סט"ז וי"ז מפורש דאפי' בשולח שליח לגוי להלוות לו ממנו ברבית וגם מסר לו משכון לתתו לגוי אם הגוי סומך על המשכון או על הלוה דוקא ולא על השולח מותר אבל אם סומך על השליח נמצא דין הגוי בהדי שליח והשליח כשגובה מהלוה לפרוע לגוי ה"ז רבית לישראל ועיין בסי' ק"ם סי"ג ואפי' לס' רש"י בסי' קס"א בהגהה דס"ל דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד לזה לידמלוה ולא מיד שליח מלבד דהפוס' נדחה קראו לה גם רש"י לא אמרה זולת כשהמלוה ידע שזה שליח ולא כנד"ז דהמלוים לא ידעו רק במהר"ש ודוק, זולת אם נמצאו כתובים בשם האשה אם למזונותיה ודאי מכרה קיים ואפי' בסתם יש לדון בזה ממ"ש המבי"ט שם בסי' ק"ץ לקיים אותה משכנתא משום דכשהאיש בחו"ל ולא הניח מורשה הו"ל האשה נושאת ונותנת בתוך הבית ומכרה קיים וכ"כ פתחי תשו' בח"מ סי' רכ"ז סק"ט משם רשמי שאלה ע"ש, אבל אם לא נתחייבה היא עצמה רק השטרות כתובים בשם כמהר"ש נראה אם כתוב בהם שלוה לצרכה ותודה לו שברשותה עשה ונמצאו כתובים ע"ץ היתר כהוגן (משא"כ אם אינם בצד היתר מציא למימר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי כמ"ש מהריק"ו בתחלת שרש י"ז) אזי יהיה דינו עמה ואין כאן רבית, משא"כ כשלא תודה הגם שיהיו כתובים לצרכה אז תהיה פטורה מההכשר דהמלוה אית ליה דינא בהדיה והוא לא יוכל לחזור ולגבותו ממנה דהו"ל רבית ועתה כאשר כללו בשטר שכתב עליה עם הקרן הו"ל שטר שכלול בו רבית וכמש"ל, ועל הקרן נמי הגם שתודה בו הנה ידוע מחלוקת הפוס' שכתב מור"ם בהגה סי' נ"ב די"א שגובה את הקרן וי"א דקנסין גם הקרן ומלבד דלדעת מור"ם לפסוק כי"א בתרא כידוע בכללי הפוס' עוד זאת הנה היא המוחזקת ויכולה לומר קי"ל זולת בחמשה לי"פ הכתובים בפירוש למזונותיה בזה נראה דודאי גם בעלה מחויב בתשלומם הם והכשרם דאין לפסול השטר מפני פיסול עדים שהעידו בשטר שכלול בו רבית חדא שאינו מפורש והם לא ידעו ועוד עיין להתו' בפ' המניח ד"ל ובב"מ שכתבו דלא תשימון עליו נשך ל"מ להו לאינשי דקאי על העדים

ע"ש, ומ"ש מהר"ש לפטור עצמו מטענת רבית שאפי' את"ל שהוא רבית הוא לא נתכון לרבית ואם טעה ועשה בשוגג לא קנסין שוגג אטו מזיד לענד"ן דיש לדקדק מסוגיית דמוציא תבנו וקשו לזבלים דגם בלא נתכון קנסו חכמים דהא התם בתבנו וקשו סבר רב דקנסין גופא משום שבחא ומוקי התם הש"ס מלתיה דרב אפי' כרבנן דלא קנסי קרן משום רבית וכ"ש דאתי כר"מ דקנים ע"ש והשתא למאי דקי"ל דרבנן מודו בשטר שאין מפורש בו רבית דקנסין אם נאמר דנא קנסו בלא נתכון היכי מצי אתי רב כוותיהו והלא רב דקניס הוא בלא נתכון להזיק נמי אלא הוציא תבנו וקשו לזבלים וממילא הזיקו אלא ש"מ דמאן דקניס אפי' בלא נתכון נמי דהו"ל לאסוקי אדעתיה אולי יזיק וה"ן הו"ל למידק שמא זהו רבית ואם לא ידע ישאל לחכם כי אולי הוא רבית וכשיכללנו ולא יוודע לאיש יבא לגבות גם הרבית, ואחר החפוש מצאתי להתו' בב"ב ד"ב ע"ב בד"ה וחייב באחריותה שבסוף הדבור כתבו בפשיטות דאין לקנוס שוגג אטו מזיד וגם הריב"ש בסי' תק"ו גבי חוטף המצוה שחייבוהו רז"ל לשלם מדין קנם כתב דבלא נתכון ל"ק שוגג אטו מזיד והנה ק"ל והלא בחמץ שעבר עליו הפסח דקי"ל כר"ש דקנסוהו חז"ל לאסרו בהנאה ואפי"ה קנסו שוגג אטו מזיד עד שמצאתי להרב מטה אפרים בליקוטיו פט"ו מהמ"א שהביא דברי מרן בכ"מ שם דכתב בהך דקנסו לומר אין מבטלין איסור לכתחלה דאם ביטל בשוגג לא קנסו ותמה דמאי שנא מהך דחמץ ותי' דהך דאין מבטלין אפי' להראב"ד דס"ל דהוי מדאורייתא אין באיסורו מלקות אפי' אם ביטל במזיד משא"ך חמץ אם לא נגזור בשוגג אתי להשהותו במזיד ויעבור על ב"י ובל ימצא דבאיסורם משכחת מלקות ע"ש והשתא מינה לנד"ז דרבית שכן ראוי להיות לקנוס גם בשוגג שמא יבא לכלול הרבית במזיד ויגבהו דאז עובר על כמה לאוין שיש בהם מלקוח, ואחר הברור הנז' דאין כדאי בטענות מהר"ש לדחות לתא דרבית מהשטר הנז' עפ"י האופנים הנז' ממילא מובן שאין דין זה נוגע למ"ש ביו"ד סוס"י קס"ב במי שטוען שהמלוה הלוח לו באיסור והוא משיב שהלוה בהיתר וכו' שאם המלוה בא להוציא מהלוה ישבע הלוח ויפטר ואם יש שטר ביד המלוה נשבע ונוטל ע"כ דהתם מיירי שטוען שהלוה בהיתר ואנן ידעינן לפי דבריו שהוא היתר גמור משא"כ בנד"ז לפי האופנים שזכרנו שהדין הוא שהם באיסור מה יועיל אם יאמר המלוה שהלוהבהיתר ועין בט"ז שם שכתב דאין דברי הש"ע אמורים אלא במפרש לנו ההיתר איך היה דבפירושו יזכר הדבר אם הוא היתר אבל בסתם לא דאולי טועה הוא ע"ש ואף גם זאת צריך לבאר דהגם שכתוב בשטר זה שאנו דנין עליו שקבלה עליה האשה הזאת ס' הפוסק המאשר ומקיים שט"ד והרבה מהפוס' מבטלים בזה טענת קי"ל וגם הכא יש לדון דבטלה טענת קי"ל כמ"ד דקנסין גם הקרן אפי' אם מודה, מ"מ נראה דהכא לא מהניא, חדא שבמ"א הארכתי בזה דיש חולקים ואומרים דלא מהני משום דלא ידע כמה מחיל ותחזור לומר קי"ל כוותיהו ובפרט שהיא אשה ובל ידעה מה, ותו דרבים האומרים שצריכים העדים לבאר בשטר דק' ס' הפוסק בפ"א בשעת הקנין דאל"ה אמרינן שהעדים והסופר כתבו כן מעצמם וכמ"ש גבי נאמנות בח"מ סי', ותו דטעם המקיימים זה הוא משום דס"ל כל תנאי שבממון קיים והכא דקנסו גם הקרן משום שמא יגבה בו את הרבית איכא לתא דאיסורא והגם דכשתאמר קי"ל כמ"ד שאין גובין גם הקרן איכא לתא דאיסור גזל למ"ד שגובין כבר עמד על חקירה זו הכנה"ג בח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל ותי' דכיון דהוא בשוא"ת עדיף

מלזכות שכנגדו בקו"ע, ותו דלמש"ל בטענה ה' דכיון שהניחו העדים מקום חלק וחתמו יש לחשוש לזיוף ואין ללמוד ממ"ש בשטר א"כ גם זה בכלל, ומכל אליו נראה דתוכל האשה לומר קי"ל כשיתברר עפ"י האופנים הנז"ל דהיה ההכשר שכתב בפרטי החשבונות יש בו איסור רבית וכללו בהם הקרן בשטר ההוא וככל האמור לעיל: מכלל הדברים אתה תשמע דכשישבע כמהר"ם או יטיל כמהר"ש חרם סתם על שמינהו ומכחיש כמש"ל יפטר כמהר"מ מתביעת אותו שטר שכתוב בו שלותה מכמהר"ש לפרעון הוצאותיה כיון שהווי בלא עדים, וגם היא תהיה פטורה מהשטר הנז' אי משום שיפסל מחמת המקום החלק או משום שכלול בו רבית אם יהיה כפי האופנים הנז"ל, אבל מ"מ לפי השכל וחק האנושיות אין הדעת סובל שכל כונת מהר"ש היה לגמול חסד איש את אחיו ויפסיד גם מה שפרע מכיסו את הקרן כו לפי פרטי הח"ש שמסר לאחיו ניכר שהכל היה פורע מכיסו פעם מידי דמיזון מחנותו ופעם מעות בעין בידם, ולא מן ה' הוא זה לנעול דלת בפני גומלי חסד, לזה נראה לענ"ד דבזה אמרינן דל הך שטרא מהכא ונחזור לברר רק חש' הפנקס שמסר לאחיו דאחר ניכוי הטעיות שמצא בו כמהר"מ לפי דבריו וגם אחר ניכוי גם ההכשר הכתוב שם אם יתברר שיש בו צד רבית, וגם אחר ניכוי הקנס שלקח מבתו שבלי טענת כמהר"מ שהוא דמי תכשיט גם לפי טענת מהר"ש שהוא ממעשה ידיה עכ"ז כיון שהיא סמוכה על שלחן אביה עיין בס"י ע"ר דאפי' מציאתה שלו וכן מעשה ידיה ואע"ג דכנה"ג הגב"י או"ה הביא מח' בזה מ"מ מרן בב"י רמז רק למ"ש הגמר' בפ"ק דמציעא דשם כתבו דמעש"י של הבן הסמוך ע"ש הם לאב וכן הביא בס"י קע"ז תשו' העיטור ירושלמי דמעש"י של הבן הם לאב וע"ש בבד"ה דדוקא כשהוא חלוק בעיסתו מהאב אז הם שלו וכ"כ בב"י משם הרמב"ן דכשהוא סמוך ע"ש אביו מעש"י לאב ובכולם לא הביא שום חולק ש"מ דהכי ס"ל להלכה וכיון שלא נתחייב הוא על הקנס אינו בדין שיגבהו ממעשה ידיה אבל הנשאר נקו"ב ראוי לחייב כמהר"מ הנז' לפרעו דנלע"ד דכל מה שנאמר דבזון את אשת חבירו שלא מדעתו דהניח מעותיו על קרן הצבי אין זה אמור רק בשנים כסדרן או בבעל דאית ליה גילוי דעתא דאינו מקפיד על קיום נפשות אשתו ובניו אבל בימי המלחמה הנוראה דכ"ע ידעי דהווי נפוחי כפנא ורבים מתו מרעב וחסר כל אנן סהדי דמאן דיזיף להו או עוזרם טובה גדולה הוא עושה בבעליהם ומסתמא ניחא להו ויברכו את שמם על כך ובפרט באיש שלם כמהר"מ הי"ו ואם אח"ך נמלך וניחם יש לחייבו ממ"ש מור"ם בס"י רס"ד וז"ל וכן כל אדם העושה פעולה או טובה לחבירו לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי כי לא צויתך ע"ה, והן אמת כי בדין זה רבו החילוקים בנדונות ושינויים בדיניהם מזה לזה אבל אנן בעניותין ביש מאין סי' ל"ה עמדנו ע"ז ומצאנו תרופה ליישבם עפ"י דבריהתו' בב"ק הנז' גבי משלמת מה שנהנית אמ"ר בנחבטה וכו' ושם כתבו ז"ל דבבריא הזיקא שא"א לו להנצל בלתי זה וקדם המציל והציל חייב לשלם לו עש"ב וה"ן לפי דברי האנשים אשר היו פה בזמן המלחמה כולם עונים ואומרים שאם לא היה מי שילווה להם למזונות הוה בריא הזיקא ח"ו מסכנת רעב ופרצת גדר חלילה ועוד דביומא קמא כאשר תבע כמהר"ש לאחיו הי"ו לדין לשלם לו ענהו דהכשר לא אפשר לשלם אבל הקרן ימסור לו הפנקס לדקדק החש' ויראה לשלם לו וכבר ידוע מ"ש בש"ע סי' ט"ל וסי' פ"א דהודאה בפני ב"ד לא יוכל לטעון טענת משטה ולא שלא להשביע וכו' ע"ש והגם דמובן הדבר דשאנ"ה דהודאה

הודאה גמורה דידע בנפשיה דהוא חייב לזה באמת משא"ך הכא שיכו"ל איך תהיה הודאתו הודאה גמורה במה שאתה תובע שנתת לב"ב ואנכי לא ידעתיו עכ"ז דן אנכי מכח דבריו אלה שהוא מודה שהסכים למעשיו הסכמה גמורה רק שיתברר לו האמת ולא כמש"ל בענין מיני שכתב לו והגם שבאמת לדברי מהרימ"ט האחרונים ז"ל שגם זה אינו מועיל לא מדין מחילה ולא מדין מתנה דגם במתנה צריך דרכי הקנאה והכא אינם רק דברים והקנין אינו נגמר בדברים מ"מ עיין בסי' ר"ד דמ"מ י"ל דהוי מחוסר אמנה ולא ניח"ל למהר"מ למיקריה ח"ו מחוסר אמנה, ובפרט שדיבר לפני הב"ד, והטוב והישר בעיני אלהים ואדם לשלם כמו שכתבתי כי תוה"ק דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, זהו מה שנלע"ד אם יסכימו חבירי וצויי"מ וימ"ן החו"פ עה"ק טבריא בש"א לחדש תשרי ש' התרפ"ג ליצירה והשו"ב וקים: הצעיר אליהו ילוז ס"ט ע"ה יעקב חי זריהן ס"ט ע"ה משה מאיר חי אליקים ס"ט סי' ד' הן בעון אחסו"ר דרי ה' יגדור פרצותנו כי אין לאל ידינו ויקרה מקרה בלתי טהור בלכלוכית אחת אשר בעלה מתקוטט עמה ומתרעם עליה בבדה"ץ כי היא משרכת דרכיה ובביתה לא ישכנו רגליה ומבקש להשטט מלזונה ויען כי לא היה מביא עדים חייבנו אותו שידורו אצל שכנים כשרים ומהם יתברר הדבר וכן עשה, ויהי היום בא לב"ד בקצף גדול שעודה שונה באולתה והשכנים עדים ונחננו הוכחנוהו עוד שידבר עם אביה ללכת לבית אביה איזה ימים עד אשר ישתוו ביניהם כי לא טוב להיות הדבר בב"ד מפני הלעז כי היא אשת איש וגם כי היא בת דודתו, ואחר איזה ימים באה לב"ד לתבוע ממנו מזונות והשיבה בנזיפה כי לא יוסיף עוד לראותה אחרי תועבותיה שיברר אותם בעדים, אז העיזה פניה ותאמר נקיה היא ואם יש לו עדים יביא והוא ענה כי הבעה"ב וגם השכן הם עדים ותען כי הבעה"ב הגם שהוא אינו שונא שלה אבל היא במחלוקת עם אשתו, ואז באו העדים והעידו אחר האיום כדחזי במותב תלתא ב"ד בפני הבעל והאשה, וז"ל השכן העד הראשון שמעון בן מוסא עמד על רגליו אמר אנכי שכן עם דוד ואשתו שרינא ועד כה לא ראיתי רק שמעתי עליה ובערב פסח או קודם ביום אחד ראיתי מביתי דרך החלון שבביתם נוכח ביתי יוסף נג'רי עם שרינא יושבים ומדברים יחד ונושקים זה את זה וגם הנשים השכנות פ' ופ' ראום אתי וכשהרגישו הם שיש רואים אותם הסבו את הכסא שהיו יושבים עליו ושמע זה מאיר הבעה"ב ועלה לראות מהחלון המשקיף מן הגג אל הבית ואחר רביע שעה אמר לי מאיר עלה לראות וראיתי את יוסף תופש אותה בסנטרה ונותן לה תכשיט המגן דוד שלובשת אותו לתוך פיה ואח"כ אמר לה אין לנו פנאי ועמדו מעט ואח"כ ירד, אשתי הודיעה זאת לשרינא והיא התחננה אלי לכסות הדבר ואנו נתתי לה מוסר והשיבה לי מה אעשה לאהבה מזה זמן אני אוהבת אותו עכ"ד, והיא שמעה הכל ושתקה רק במ"ש שאמרה מהאעשה לאהבה וכו' הכחישתו שלא אמרה זאת, אח"ז עמד הבעה"ב מאיר והעיד אחר האיום וכו' איך שתמיד היו צועקים עמו אשתו והשכנים מדוע שכר לשרינא כי יוסף תמיד בא אליה בכל יום וביום אחד אחר הפסח בדיוק עלייתי למעלה וראיתי שניהם יושבים על הכסאות מנשקים זה א"ז אח"ך ירדתי לקרוא לשכני והעליתי העד עמי וראיתי שהם נושקים זא"ז ומחליק לה על פניה ע"כ זהו העדות שנתקבלה כנז' ביום כ"ג אייר התרפ"א, ובאותו מעמד נמצא אתנו אחד מיח"ס ואחר שהלכו הבעל והאשה שאל אותנו מה דעתנו בזה והשבנוהו הנה הענין רע ומר וטוב

ויפה להפרידם זה מזה אך הענין צריך מיתון בדין, ואם ימצא משתדל להשוות ביניהם בענין הפירוד חוץ לב"ד תע"ב, ולמחר בא המשתדל הנז' ואמר שהאשה הגידה לו שרצונה להתגרש רק שיפרע לה כתובתה ואחר כמה כרכורים נגמר ע"י המשתדל ובפנינו שתחת סך י"ח אלף גרוש טורקי שיש בכתובתה יפרע לה תשעת אלפים ות"ק גרוש מצרי באופן זה שתטול תכשיטי זהב וכרים וכסתות שיש לה בשומא עפ"י בקיאים והשאר לסך הנז' יפרע לה במדודים ואחר שנתייעצו והסכימו שניהם בזה, נט"ק בשני עדים בפני בדה"ץ שביום פ' יבואו שניהם להתגרש בגט אחר שיפרע לה התכשיטים וכו' והשאר במדודים ואם הוא יעביר המועד הנז' אזי מו"מ מחוייב לה בכתובתה במושלם ובמזונותיה מבלי שום ערעור ואם היא לא תבא לקבל גט ביום ההוא מו"מ מחלה לו כתובתה וכל תנאיה וחיוב מזונותיה וכו' מבלי שום טו"ת הכל נעשה בכל חו"ת ע"י וביום הנועד בא הבעל לגרש אחר שהביא לב"ד התכשיטים והבגדים והמדודים.

והיא ואביה צעקו שהכל בטל כי העדים שהעידו עליה יפסלו אותם, ולהפיס דעת השומעים אמרנו להם אם יש להם יביאו לבדה"ץ ונראה ועבר זמן זמנם ואין פוצה פה והבעל עייל ונפיק לבהמ"ד ודינא קא בעי ובכך נטפלתי לעיין בדין זה וה' אלד"ים יעזור לי: ויען כי הפנאי איננו מסכים לא יכולתי לבא בארוכה רק במה שנוגע לעיקר הדין לנתחיו והוא א) אם ענין זה נקרא כיעור ב) ובכיעור כזה מה הדין נותן בו, ג) עדות העדים הללו אם היא קיימת עפ"י הדין: א) הנה לפי עדותם שראו אותם מנשקים זה את זה פשוט דזה נקרא כיעור וכמ"ש הרמב"ם פכ"ד מה' אישות ופסקה מרן באה"ע סי' י"א זולת כי הח"מ ז"ל שם ס"ק נסתפק אם זהו דוקא בראו עדים שנסתרה ושהו כדי טומאה (המפורש בסי' קע"ח) ובאו וראו אותם מנשקים זא"ז דאז יש לחוש שהיתה טומאה עכשיו או שמא גם בידעו שלא היתה טומאה עכשיו כגון שראו אותם מעת כניסתם עד היציאה ועכ"ז חיישינן דמנישוק זה דגייסי כ"ך חיישינן שמא נטמאו פעם אחרת וציינן בזה לתשו' הרא"ם סי' כ"ה והב"ש ז"ל הבי"ד וכתב דמלשון הרמב"ם משמע דדוקא כשיש לחוש לטומאה דעכשיו, הוא דנקרא כיעור ע"ש ועיין לפ"ת סק"ז שהביא משם ישועות יעקב ז"ל דאין מקום לספק דרוב ישראל בחזקת כשרות וראוי לומר השתא הוא דאתרע ע"ש והנה הרב ויאמר יצחק ז"ל חאה"ע סי' קל"ג הביא דברי הרב ח"מ ומה שרמ"ז להרא"ם והעתיק דברי הרא"ם ז"ל דמוכח להדיא דס"ל דחיישינן לטומאה למפרע והביא שגם הרב בני חיי נסתפק כהח"מ ואסיק מדברי הרא"ם דחיישינן לטומאה למפרע והוא ז"ל בנדונו כתב דלד"ה כוון שלא ראו אותו בעת שנכנס וראו הכיעור נימא שהיה שם טרם לזה שיעור טומאה ויש לחוש לטומאה דהשתא, וכ"ך הרב"י עייאש ז"ל חאה"ע סי' י"ט דאע"ג דדעתו נוטה למ"ש הב"ש ז"ל מ"מ מובן מדבריו דכל שלא ראו מתי נכנס וראו הכיעור יש לחוש לטומאה דהשתא, ובנד"ז נמי הנה בין לדברי העד הא' בין לדברי העד הב' מפורש מהם דלא ראו תחלה כניסת הנטען אלא שאחר ישיבת הנטען והנטענת יחד ראום מנשקים זא"ז ויש לחוש שטרם ראייתם כבר טמאו דרכם ובפרט דלפי עדות שניהם היה הפסק בין ראייה ראשונה שזה ראה לבדו דרך חלון ביתו וזה ראה מחלון הגג לראיה שנוה שקרא אחד לשני ושניהם יחד ראו מהגג שיעור טומאה ודאי, והרי העד הראשון העיד שכאשר הרגישו שהם נראים לו

הסבו הכסאות שביאר דכריו בזה אח"כ שהלכו ממקום הנראה למקום שאינו נראה ואחר רביע שעה אז קרא לו העד השני לעלות עמו וראה עוד שבזה מובן דהיה שיעור טומאות לא אחת, ולפ"ז נתברר הענין בנד"ז דמיקרי כיעור: ב) אך מה הדין נותן בעדי כיעור, הנה ענין זה בא"ר רחובות הוא בפוס' ראשונים ואחרונים ושרשו פתוח בטוב"י באה"ע סי' י"א ומ"מ לדידן דאתכא דמרן סמכינן אין לנו לדון בזה לגבי הבעל לא כשטת רש"י ור"ת בחזרתו ולא כשטת השאלות לדעת מהר"מ או לדעת הרא"ש זולת אם היינו נשאלין לגבי נטען מה דינו אבל לגבי הבעל דהשתא קיימינן ביה, אין לנו אלא דברי מרן שפסק באה"ע סי' קע"ח כהרי"ף והרמב"ם ז"ל ודעמיהו דאין אשה נאסרת על בעלה שכופין אותו לגרשה רק בב' עדים שראו טומאה או לאחר קינוי וסתירה בעדים וכו' כאשר מפורש היטב באה"ע סי' קע"ח אבל בב' עדי כיעור וגם עם קלא דלא פסיק אין לאסרה על בעלה, אבל מ"מ משיאין לו עצה שמצוה לגרשה ואם רצה לגרשה אין לה עליו לא עיקר כתובה ולא תוספת וגם הנדוניא אין לה אלא מה שנשאר ממנה בעין וכאשר מפול בסי' קט"ו גבי עוברת על דת משה ויא'ודית והיוצאת משום שם רע דהיינו שיש עליה עדי כיעור וזאת משונה מעוברת על דת דבהא לא בעיית התראה כמבואר להדיא בהרמב"ם ז"ל וז"פ: ג) מענין העדים שטענה שאחד מהם הוא שונא שלה מפני שיש לה קטטה עם אשתו מלבד דלא מצינו שמי שיש לו שנאה עם קרוב הדיין יהיה פסול לדונו כיון ששונא פסול לדון בה הרי קי"ל בח"מ סי' ל"ד דכל הפסולים לדון פסולים להעיד חוץ מאהוב ושונא ע"ש, גם מה שהיה נראה בעד מהעדים שהיה מגולח זקן עכ"ז לא יכולנו לדחותו מלהעיד משום פיסול עבירה כמפול בח"מ סי' ל"ד חדא דמי יימר שהוא בתער ולשיוולי ליה לא נפ"מ מידי אחר דקי"ל התם שאונו נפסל עפ"י עצמו ובפרט כי הגאון רע"ק איגר ז"ל בתשו' צ"ו לא רצה להקל בעד קידושין שהיה מגולח זקן מכח דהן בעון בזמננו רבים ונכבדים מגלחים ומכח זה אינו נפסל עד שיודיעוהו מקודם שזה עבירה וכמ"ש בסי' ל"ד סכ"ח גבי ראווה קושר או מתיר בשבת וכו' והביא ראיה לזה ממ"ש מזה"ר נפתלי ז"ל בתשו' רמ"א סי' י"ג גבי עד מוסר לאנס ומזכיר ש"ש לבטלה דכיון דגדולי הקהל עושים כן רח"ל גם העד ראה ויתר ע"ש והרב פת"ש הביאו בח"מ סי' ל"ד סק"ט ובאה"ע סי' מ"ב סקי"ח, וכדבריו מוכח מתשו' מרן לקידושין סו' ב' ע"ש ותבין בפיסול העדות שגנב חמין מתנור בשבת, אך צריך להתבונן במה שלא נעשית חקירה ודרישה לעדים הללו וזו מח ארוכה ועבה בדברי הפוס' בין בענין גו"ק בין בעדות עגונה ובין לאסור אשה על בעלה האריך בזה מרן ב"י באה"ע סי' י"א וי"ז וסי' מ"ב ובח"מ סי' למ"ד וגבי קדושין עמדו הפוס' בסתירת דבריו מתשו' לתשו' וסו"ד הרדב"מ וגם הכנה"ג אסיקו דדעתו למיזל לחומרא דאי בדו"ח נ"מ להחמיר כאשר נדרוש ונחקור ובלעדה יהיה קולא ניבעי דו"ח ואם להפך להפך והדברים ארוכים אצלנו במ"א קחנו משם ולענין עיגונה פסק להדיא בש"ע דל"ב דו"ח כלל בסי' י"ז ולאסור אשה בזנות פסק בש"ע בסי' י"א בלשון י"א דעדים שראו שזנתה דבעו דו"ח.

והגם דנראה ממ"ש י"א דלא הכריע בזה וכן נקטי בדעתו רבים מהאחרונים אבל הרב"י עייאש באה"ע סי' י"ט פשיט"ל ברעתו דס"ל דבעו דו"ח, אך מ"מ גם הוא ז"ל שם כתב דלא נאמר זה רק בעדי זנות דמ"מ עפ"י עדותם יש בזה דיני נפשות אם היינו דנין אותם אבל בעדי כיעור דאפ"ל לכי עדותם אינה נאסרת זולת שאם ירצה לגרשה אין לה כתובה,



א"כ אין כאן רק דיני ממונות וגם למרן ודאי דלא בעו דו"ח וכ"כ בפשיטות הרב ויאמר יצחק באה"ע סי' קל"ג ע"ש וכ"כ הרב נוב"י קמא באה"ע סי' ע"ב והבי"ד פתחי תשובה סי' י"א סקט"ז, ונמצא בנד"ד דהוה עדי כיעור דוקא לא בעו דו"ח, (ומה שאמרה אחר שתפשה קנין מרצונה שתקבל הגט וכו' שתביא עדים לפסול העדים הראשונים מלבד דאין בדבריה ממש אחר שלא נידונה כפי עדות העדים להפסיד כתובתה אלא שנשתוולא בב"ד מרצונה ותפשה קנין עכ"ז להפיס דעת אביה ודעתה הנה נתננו לה זמן המפורש בח"מ סי' ק' שתביא ועובר הזמן ועוד לא הביאה וכ"ז לפנים משה"ד כי אחר שקנו מידה שאם לא באה לקבל גט ביום פ' מחלה הכתובה ותנאיה ועבר היום שוב אין לה זכות (וכמ"ש בח"מ סי' כ"א) ומה שצריך לעיין עוד בהך סהדותא הוא דהגם דיהבינן לנד"ז סוג דיני ממונות מ"מ הכא אתכחוש סהדי באחד מהחקירות שהראשון העיד שזה היה טרם פסח והשני העיד שהיה אחר הפסח ומפורש בח"מ סי' למ"ד שאם אחד אומר בניסן לזה ממנו ואחד אומר לא כי אלא באייר עדותן בטלה וכו' והגם שיש לחלק דהכא לא היה העד השני בפני הראשון ולא הוכחשו במאמר לא כי זולת שמכלל דבריהם יוצאת ההכחשה מ"מ הנה שם בש"ע כתוב עוד וכן אם אמר האחד חבית של יין הלוהו והשני אמר של שמן היתה עדו"ב, דנראה דגם בלתי מאמר לא כי קרוי הכחשה, והגם כי הט"ז ז"ל שם וב"ח וגם הרב דברי ריבות בתשו' א' כתבו דהתם נמי הוי כאילו הכחישו בלא כי כיון שאמר היתה דהרי הוא כאומר לא כמו שאמרת שאותה הלוואה היתה יין לא היתה אלא שמן.

מ"מ בנד"ז נמי כיון שהראשון אמר שהשני היה עמו והוה זה קודם פסח והשני מודה שהיו יחד והיה זה אחר הפסח נראה לכאורה שכ"א מכחיש ומבטל דברי חברו בהך ענינא כהכחשת חביות הגם דלמעין לב"ח ז"ל יראה דטעם הדבר בהך דחבית דמיירי במעידין בהלוואה אחת שז"א בשעה פ' במקום פ' הלוה לו יין והשני אומר באותה שעה באותו מקום היתה של שמן דאז א"א לתרץ דבריהם ולאמתם הגם שתבעו שנים דאז במה שמעיד זה חברו מכחיש והו"ל כאומר לא כי משא"ך בנד"ז דאפשר לומר תרי עובדי הוו אחת קודם הפסח ואחת אמר הפסח דאז אפי' אם אמר כ"א מהם ראיתי לבדי כיעור פ' והב' אמר שראה כיעור אחר בזמן אחר קי"ל בסי' י"א בהגה דב' עדי כיעור מצטרפין וכ"ן דעת ב"י ז"ל וגם הרב"י עיניאש שם הוכיח שכן דעת מרן ז"ל להלכה ועיין להכנה"ג בח"מ סי' ל' בהגה"ט אות וכן ראוי לנו ליישב דברי העדים וכמ"ש בח"מ סי"ל שכל מה שנוכל ליישב דברי העדים שלא יהיו מכחישינן זא"ז מיישבינן מ"מ פה דוחק ליישב אחר שכ"א מהם מבאר שהעד הב' קרא לראשון וראה מהגג וכו' נראה דעל זמן אחד וענין אחד מסהדי ונמצאו מוכחשים ומ"מ אחר הישוב נלע"ד לקיים עדותם זאת בהצד שכתבתי דיש לכוין עדותם דתרי עובדי הוו וההכחשה שביניהם אינה בגוף המעשה שכ"א מכחיש לחבירו ואומר לו לא היה שום מעשה בזמן שאתה אומר או שהייתו עמך ואני לא ראיתי דקי"ל סוס"י כ"ט דהיכא דתרוייהו כי הדדי ואמר האחד לא ראיתו הו"ל כאומר לא ראית והו"ל הכחשה, אלא במי שאומר לחבירו אתה היית עמו בזמן פ' והוא משיב שאני לא הייתי עמך וכן השני אומר שהיית עמי בזמן פ' והוא משיב לא הייתי עמך ובזה הנה מור"ם שם בהגה וגם מרן בסי"ל ס"ד פסקו דאין זה הכחשה ושרשו מתשו' הרא"ש כלל נ"ט ושם נ"ט לדבר והאריך בראיות דלא רמי עליה

דסהדא למדכר מי היה עמו בעדות ולקמיה הוסיף לבאר דאפיל חשבת ליה הכחשה במה שאמר שהיה עמו מ"מ במה שאמר שראה שהוא גוף המעשה הרי לא הכחישו עש"ב ומעתה מינה לנ"ד אפיל אי הוי הכחשה מאחד לשני במה שאומר שלא היה עמו בזמן שהוא אלא בזמן אחר מ"מ כ"א אינו מכחיש לחבירו במה שאומר שראה הכיעור ומוכרח לחלק בין ההיא דהרא"ש להך דאומר בניסן הלוחו וז"א לא כי אלא באייר דהוי הכחשה דהתם באומר ברור לי שלא היתה שום הלואה בניסן אלא באייר וכמ"ש הב"ח דשם ברור שאינם מעידים רק בהלואה אחת דאם בשתי הלואות הא קי"ל דהלואה אחר הלואה מצטרפין ע"ש ועיין שם להרב דברי ריבנות ז"ל שנדונו היה שפ' העיד שראו הוא ופ' חבירו הקדושין לפ' ביו"ה שעת המעריב וחבירו העיד כמוהו שהיה עמו בשעת הקדושין ביום ב' סמוך למעריב והאריך הוא ז"ל בישוב דברי הרמב"ם ז"ל דכל שנושא הענין סובל שאפשר שיעידו על שני דברים לא הוי הכחשה אלא במאמר לא כי אבל אם הנושא אינו סובל עדותן רק על ענין אחד גם בלא לא כי הוי הכחשה ולזה סיים בנדונו ממ"ן אממעידים על שני קדושין שהיו בשני זמנים נמצא שאין כאן על כל אחת מהם רק ע"א דעדי קדושין בזה אח"ז אין מצטרפין וה"ול קדושין בע"א ואינם כלום ואם אינם אלא קדושין אחד הרי הוכחשו העדים בחקירות הזמן ע"ש הנם לפניך דב"ק דאם נאמר שהם שני עניני קדושין הגם שכ"א אומר שהוא עם חבירו ומשנים הזמנים לא ביטל עדותם מכח הכחשה רק משום דהו"ל ע"א דבקדושין ב' עדים זה אח"ז אין מצטרפין וממילא בנד"ז דקי"ל דשני עדי כיעור מצטרפין וכמ"ש ל"ל דתרי עובדי הוו ולא מיקרי הכחשה מכח סי' הרא"ש כנז': המורם מן האמור דבנד"ז איכא שני עדי כיעור בקומתן ובצביון וקם נו בזה דינא דסי' קט"ו דאע"ג שאין בידינו לאסרה עליו מ"מ משיאין לו עצה שמצוה לגרשה ותצא בלא כתובה ונדונייא ותוס' ולא תטול רק בלאותיה הקיימים, ואין בזה משום חרם רגמ"ה (גם לאשכנזים דלדידן בלא"ה אינו נוהג אצלנו עפ"י פסק הש"ע באה"ע סי' א' ע"ש) וכמו שמפוי' כ"ז בסי' קט"ו בס"ד וס"ה ע"ש, ורק צריך לדעת מצד השבועה שנשבע הבעל על כל תנאי הכתובה דהיינו שכו"ע ושלא לגרשה בע"ך ולא ליש"א דנהי שמצד הדין יכול לגרשה בע"ך ולא תטול רק בלאותיה אבל אולי אריא דשבועתא רביע עליה וי"ס דאין ללמוד מחרגמ"ה לשבועה וכמ"ש בפסק דנסמית ע"ש אלא דהמעייין שם יראה דאסיקנא מפ"ס ומפ"ס דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח אמרינן אד"ד לא נשבעתי וגם להתיר לו לגרש או ליש"א דהוי בקום עשה נימא הוחלה השבועה ועתה ראיתי להרב שערי רחמים ז"ל בחאה"ע סי' ב' בנדונו שטען הבעל על אשתו ששמשתו נדה והוא מכחיש שהאריך בכל המקצועות של חומר השבועה ואסיק בד"ט דיכול לסמוך על רוב הפוס' דיכו"ל אדעתא דהכי לא נשבעתי ואפיל בקו"ע אלא שהחמיר בנדונו מפני שלא היו שם עדים וכו' ע"ש וגם רבני ירושת"ו ז"ל נו"ן בדבר כוותיה דמר וכמו כן הרב תעלומות לב ח"א באה"ע סי' יו"ד בנדון קרוב לנדונו נשא ונתן בענין השבועה ובסוף דנ"ח בע"ג כתב דבמקום דהאומדנא תקיפא דגם מצד הדין יש לו התיר לא נסתפק מהראנ"ח וגם בקו"ע יש לו היתר ע"ש ומינה לנד"ז דיש עדי כיעור כמ"ש וגם מן הדין מצוה לגרשה נראה לענ"ד שיש לסמוך על המקילים משום שבועה, הוצרכתי לכל זה רק לענין גירושיה בע"ך והפסד כתובתה אבל לענין המזונות שעודה מתרעמת עד עכשיו לתבעם ממנו הנה בלא"ה כיון הבעל מרצונו אומר לפרוע כתובתה

ולגרשה והעיכוב בא מצדה ונקטא בכובסיה מכח השבועה כבר ידוע מ"ש הרא"ם בסי' למ"ד דכל שרוצה לפרוע כתובתה והיא מעכבת מלהתגרש מפני תקנת הקהלות אין לה עליו מזונות והגם דיש חולקים עליו כתבו האחרונים דהבעל מצי למימר קי"ל והגם דהפרמ"א ח"א סי' פ"ד כתב דלגבי מניעת שבועה מודה הרא"ם עיין להרב פאת נגב באה"ע סי' ט"ז דגם בזה יש חונקים ועיין שם בתע"ל דס"ו.

וכתבתי כ"ז להתלמד במקום אחר אבל לנד"ד לא באנו לידי מדה זו דלא מכח הדין באנו להפקיעה הזכיות הנז' חלא דבלא"ה קבלה קנין מדעתה ורצונה לבא לקבל ממנו גט כריתות ביום פ' ואם לא תבא מו"מ מחלה לבעלה הנז' מזונותיה וכתובתה וכל תנאיה ואין לה עליו ככלום כתוב בשאלה, והיה הקנין בשני עדים ובפני ב"ד חשוב דלא נשאר שום סרך אסמכתא כמפ' בח"מ בסי' הז' והגם דחיוביו בכתובה הם בשבועה כיון שמחלה בהם בקנין הרי במחילתה הו"ל כאמרה הריני כאילו התקבלתי וכמ"ש ביו"ד סוס"י רל"ב ובסי' הכ"ח סל"ט ואי"ץ להתרת חכם והגם דהתם בסי' רל"ב הביא הב"י מהר"ן מח' בזה די"א ל"מ הריני כאינו התקבלתי זולת בדבר קיום המעשה (כגון חיוב שחר וכסות דהכא) שיכו"ל כאילו עשית אבל בביטול מעשה שאמר קונם נכסי לך אם תלך למקום פ' לא יוכ"ל לך והוי כאילו לא הלכת (ומינה לחיובו הכא שלא לגרשה או ליש"א לא תוכ"ל גרשני או תשא אחרת והוי כאילו לא גרשתי וכאילו לא נשאת) וי"א בתרא אינו מחלק ונימא דמשום חומר השבועה יש להחמיר כדעת הי"א מ"מ לכאורה יראה דגם רי"ו לא אמרה אלא בנשבע לחוד על ביטול מעשה לחוד דלגבי דידיה א"א להתיר הנדר מכח הריני כאילו התקבלתי וכטעמו דל"ש בזה אבל כשנשבע שבועה אחת כוללת קיום מעשה וביטול מעשה ושייך היתר השבועה לגבי קיום המעשה אפשר דהוחלה גם לגבי ביטול מעשה מכח מאי דקי"ל בסי' רכ"ט דנדר שהותר מקצתו הותר כולו דנשבע או נדר על שני דברים בכלל אחד והותר באחד מהם.

הותר גם בשני וה"ן כשנשבע בכתובה אחר כל החיובים והתנאים הכתובים בכתובה כותבים לבסוף ונשבע לקיים כל הכתוב לעיל ועיין למהרשד"ם ביו"ד סי' צ"א ומהרש"ך ח"א סי' ק"ד שכתבו דבכה"ג שכתוב שבועה באחרונה על הכל דכשהותר אחד מהחיובים הותרו גם השאר אלא דאחר הישוב רואה אני דל"מ טע"ז הכא דהא בסי' רכ"ט פסק בש"ע דל"א נדר שהותר מקצתו הותר כולו אלא בנודר לעצמו אבל אם נדר או נשבע לחבירו לפרעו ולעשות לו מלאכה והתיר לו חבירו מקצתו לא הותר לו השאר וכו' ומוכרח לחלק בין הך לההיא דמהרשד"ם ומהרש"ך ז"ל הגם דהתם נמי הוי שם בחיובים שנתחייב הבעל לאשתו ואמרו ז"ל נש"מ הותר כולו ה"ט משום דהתם הוי ע"י התרת חכם דעוקר את הנדר מעיקרו ונעקר כולו בהתרת חכם ול"ש למימר מקצתו נעקר ומקצתו נשאר רק אם תהיה השבועה מפורטת ע"כ ענין לבדו וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל אבל הכא דלא הותר רק מכח מחילת מי שהודר בשבילו נימא דלמאי דמחל מחל ולמאי דלא מחל (או דלא מהנייא ביה מחילה כנד"ז דביטול מעשה להי"א) נשאר בתקפו, ומ"מ כ"ז הוא דוקא לגבי שלא לגרשה או ליש"א אבל לגבי שו"ך וכתובה מחילתה מחילה כיון דקבעה זמן לקבלת הגט ולא באה ועיין בח"מ סי' כ"א במי שקבע זמן להשלים ביום פ' וכו' וה"ן דכוותה, ואם יבא הדבר לכופה להתגרש בע"ך או ליש"א נלע"ד שגם זה יכול מטעמא קמא שהוחלה השבועה משום אדעתא דהכי לא נשבעתי,

וכ"ז אם יסכימו עמי מחו"ר עי"ק ת"ו ושאר בדה"ץ הי"ו וצור ישראל יצילינו משגיאות:  
סי' ה' האישי נסים אביצור נ"ע השאיר ברכה עזבונו לאלמנתו האשה וילדיה הבכור  
חיים והשני יצחק ושוב פגעה מדה"ד בחיים נ"ע והשאיר נכסים לאלמנתו ושני יתומיו  
הקטנים הי"ו דהיינו חלקו בקרקעות שירש מאביו עם קרקעות אשר משכן מאת הגויים  
בחובו ועם בחיר"א אחת הידועה לו פה תארודאנת לאחוזתה, ועתה עמדו לדין לפנינו אנן  
ב"ד דח"ל האח יצחק הנז' מדבר בעדו ובעד אמו ת"ם ומורשה אל' חיים נ"ע, אחיה  
כמה"ר משה בורמאד נ"ו מדבר בעדה ובעד בניה יתמי הר"ח הנז', ובכך תבע הרי"ץ  
הנז' מזונות וכתובת אמו מעזבון אחיו הר"ח הנז' ובכך תבע הרי"ץ קני' מזונות וכתובת  
אמו מעזבון אחיו הר"ח נ"ע שירש מאביהם, ולא הוציא שטר כתובתה כי אמר שנגנבה  
ממנה בחיי אביו בעלה נ"ע ופסקנו לו דלא מיבעיית נדונייתה שאינה גובה, דבמה תגבה  
ולא ידעין כמה אלא גם עיקר כתובה לית לה כמ"ש באה"ע סי' ק' ס"ו דהכא מקום  
שכותבין כתובה הוא ולא נתפשט שום מנהג לגבות בלא כתובה ואין לחוש למ"ש  
הבאה"ט משם הב"ש שם דלא שכיח לפרוע ולמחול בלא ידיעת ב"ד עי"ש כי כבר  
האריכו למענייתם ב"ד הגדול שלפנינו במראכש יע"א ומלכם בראשם המלך דוד צבאח  
ז"ל והעלו שכל אשה שאין כתובתה בידיה לית לה כתובה ותנאיה והיא לו נדפס"ה  
למהר"א בלעיש ז"ל בספרו ציוני הטוח"מ ע"ש ומי יבא אחריהם וממילא רווחא  
שמעתתא לענין מזוני נמי דלית לה כמ"ש באה"ע סי' צ"ג סי"ח ואע"ג שכתב שם וי"ח  
הנה קי"ל סתם וי"ח הלכה כסתם וע"ש בבאה"ט דמשמעות הש"ע הוא שאף בשבועה  
שלא מחלה לא תגבה: עוד תבע הרי"ץ הנז' שנתן לאחיו חיים נ"ע שלש מאות דורוס  
מעזבון אביהם להתעסק בהם לשניהם ומהם עשה חובות הגויים, ואמינא ליה דזה דבר  
פשוט כיון שאין לו שום ראייה ע"ז רק תובע בפה שאינו גובה מהיתומים כלום וכ"ש  
הוא ממ"ש בחו"מ סי' ק"ח וסי' ס"ט דאפי' במוציא כת"י הלוה על יורשו ומודים שהוא  
כת"י של אביהם שאינו גובה כלום.

והכא אפי' חרם ליכא דלא אמרו שם אלא בכת"י דמוכח מיהא דלוה אלא דלא ידעין אי  
פרע משא"כ הכא דמי יימר דלוה מעולם ועוד לא אמרו התם אלא ביורשים גדולים  
דידעי במילי דאבוהון ואפשר פקיד להו משא"כ הכא דיתומים קטנים נינהו, ובכגון דא  
צריך לאודועי כי קרוב אחד להרי"ץ הנז' בא והעליל לטעון שה"ר חיים והרי"ץ בחיי  
אביהם היו כולם סמוכים על שלחן אביהם וכולם היו משתכרים יחד להרווחת הבית  
ואחר מיתת אביהם עד היום עדיין לא חלקו והכל לאמצע, וגם בזה ענינו דמילי דכדי  
נינהו כיון שזכויות נכסי חיים כתובים על שמו והניחם ליתומים כבר הדבר יצא מפי מרן  
בסי' ס"ב באחד מהאחים הנושא ונותן תוך הבית ושטרות כתובים על שמו שאם הוא חי  
עליו להביא ראייה ואם מת על האחים להביא ראייה בעדים ולא על היתומים ותלי"ת כי  
שקרא לא קאי וכבר בע"ד יצחק בעצמו הודה לפי תומו, שאחיו חיים היה חלוק בעיסתו  
במשאו ומתנו לבדו ורק שהיה משתתף עמהם באכילה ושתייה משום ברכת הבית וכן  
נתברר גם מפי אחרים, וכיון שהם חלוקים בעיסתם כבר נתבאר שם שאפי' בעודנו חי  
על האחים להביא ראייה ולא עליו: עוד המציא לפנינו הרי"ץ הנז' שטר צוואה בשני  
עדים פשוטים אשר נתקבלה עדותם בפני שלשה אחרי מות הר"ח הנז' והשלשה הנז'  
כתבו מה ששמעו מפיהם וזל"ה באיין כל מא ענדי פמתאעי תחת כפה"מ באיין כא נעטי

למראתי מרים בת מכלוף אבורמאד רבע פמתאעי, ויצחק כאי חתא הווא יעבי רבע פמתאעי ואולאדי כא לעטיהום אנץ פמתאעי ע"כ ורצונו לקחת רביע מנכסי אחיו, ומורשה אשת המת חיים משיב שמלבד שעתה כל נכסי המת הם משועבדים לכתובתה ולמזונותיה כל ימי מיגר ארמנותה.

עוד בה כי אנן בי דינא אבוהון דיתמי אנן וצריכים לעיין אם הצוואה הנז' קיימת או בטלה והנה אמת נכון הדבר כי לא היה רצונו לדון על צוואה זו כלל ממ"ש בחומ"ש סי' כ"ח דכל קבלת עדות שלא בפני בע"ד אין דנין עליה והכא יתומים קטנים כשלא בפניהם דמי וכבר ידוע ממ"ש בחומ"ש סי' ק"י דעדי צוואה אין מקבלים אלא בפני אפוטרופוס וי"א דלא מהני ומלבד ממ"ש הרב כנסת יחזקאל סי' פ"ח דבדין זה רבו הפוסקים שפסקו דכיון דיש שתי דעות אין להוציא מן היתומים ע"ש בנד"ז אפ"י י"ח דעה ראשונה לא יצאנו דאין ליתומים הללו שום אפוטרופוס ובאמת עובדא הכי הוה שלא נתקבלה עדות זו בפני שום אחד מצד היתומים אבל מחשש אולי יחזור הבע"ד לעשות קב"ע זו בפני היתומים כאשר יגדלו הנערים או בפני אפוטרופוס שלהם אם ימנוהו ב"ד וימצא במה לתלות לזה צריך הכתוב' לאמרו דעם כ"ז לא יחרוך רמיה צידו, וכל עוד שהאשה יושבת על כבוד בעלה הדבר ברור שהיא ניזונית ממתנת שכ"מ כמ"ש באה"ע סי' צ"ג ובחומ"ש סי' רנ"ב והתם נגלה דעת מרן דגם ממתנת מטלטלים דשכ"מ היא ניזונית כמ"ש בטעם הדבר שאין זוכה המקבל במתנת שכ"מ בין מקרקעי בין מטלטלי אלא לאחר מיתה, הרי שכלל גם המטלטלי ודלא כי"א שהביא מור"ם שם באה"ע וכשתרצה לגבות כתובתה ג"כ גובה מהם דלא נאמר באה"ע סי' ק' שהמטלטלים שמכר או נתן אין האשה גובה כתובתה מהם משום תקנת השוק אלא במתנת בריא ולא במתנת שכ"מ כמפוי' שם והדבר מוכרח מאליו דגם לדעת הב"י בס"י ס' דמתנה כמכר ועשו בה תק"ה משום דאי לאו דמטי ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה אין זה שייך כ"א במתנת בריא ולא בשכ"מ ואין לטעות שאיכדה כתובתה כיון שציוה לה ליטול רביע מנכסיו ואית ביה קרקע ממ"ש באה"ע ריש סי' ק"ו, דשבוש גמור הוא זה דלא אתמר התם אלא בכותב לה בין בנים או בנות ולא עם אחרים עיין באה"ט סק"ב והכא הרי הרי כתב גם לאחיו מלבד דהתם מיירי כשנודע לה ולא מיחתה והכא מאן גלי לן דידיעה, והכא שכתב לה כא נעטי למראתי שפ"י לשון מתנה כבר מפוי' שם בהגה סי' ק"ט דבלשון מתנה לכ"ע נוטלתן יתר על כתובתה, ואחר סילוק שעבוד כתובת האשה ותנאיה מעל הנכסים הנז' נמי עכ"ז אין לו ליצחק הנז' ליטול הרביע ממשכונות של הגויים הנז' שהניח אחיו עפ"י פסק מור"ם סי' רנ"ג ס"ך דכיון שמרן לא חילק וסתם והמפז"ל חלקו בטעמם בין הלואת גוי להלואת יש' י"ל דמר ניהו נמי ס"ל הכי וכוותיהו נקטינן: וכ"ז הוא לפי המונח אם תתקבל העדות הנז' בפני יתומים כשיגדלו ותהיה קיימת לפי הדין אבל לדידן חזי כי הצוואה הנז' כיון שלא נעשית בחבר עיר ולא היתה מחאת לא תהוי בי עבורי אחסנתא הבל היא ואין בה מועיל כידוע גזרת עירין קמאי דקמאי ז"ל שתקנו שכל צוואה שלא נעשית בחבר עיר ומחאה הנז' בטלה היא תבטל וספרי הפוס' מלאים מזה נבטל כמה צוואות גם בלתי סניף אחר ועיי' משפטים ושרים ח"ב סי' קס"א ומסתמא אתרא דידן נמי קבלוה עליהם ואורחין למקפד בהכי ולכן היתומים הנז' מן השמים זיכו להם בכל תביעות שתבע מהם וצויי"מ החו"ף תארוזאנת בחדש שבט ש' אמרת"ך ושלוש על

דייני ישראל ע"ה משה נ' אברהם דיידיע יפרגאן ס"ט ע"ה יוסף חיים ילוז ס"ט בהרה"ג מר שד"ר ר' אליהו ילוז הי"ו ע"ה ראובן נ' משה זעפראני ס"ט להיות שאנכי הח"מ אינני כעת בקו הבריאות מהנזילות שנתהוה לי מהחרף הקשה ש"ש זאת, ולכן הסכימה דעתי שחכם בני, אישון עיני, הנותן רי"ח טו"ב הי"ו (הנמצא אתי יחד כל משך ימי שליחותי בש' תרנ"ט - תרס"ב בערי המערב יע"א) שהוא ג"כ יצטרף עם מושב הבדה"ץ בפס"ד זה, וברשותי ובהסכמתי דנו הדין, וממני יצאו הדברים, הכ"ד החו"ף תארוודאנת יע"א בחדש שלום ברכה טובה מש' את"ה סת"ר לי לפ"ג צעיר המשתלח בשלחותייהו דרבנן קדישין ותקיפין מעה"ק טבריא תובב"א הצעיר אליהו ילוז ס"ט סי' ו' העתק המכתב ששלח אלי הגביר סי' משה בן סי' בנין מנחם הי"ו בהיותי בנ"א יש"א בשבט התרפ"ד מני"ר וכו' כמהר"ר אליהו ילוז הי"ו אחרי וכו', שמעתי ותרגז בטני כי בהיותו בפורטו סעיד רימה אותו החר"ן אוחנה בשאלה שסודר לפניו בדרך ראובן ושמעון בענין אם היבם נוטל כל השבח שהשביחו נכסי המת לעצמו טרם חלוקתו הקרן עם האחים והשיב לו לפי הצעתו שיחלוק אותו שוה בשוה עם שאר האחים, ויען כי זה נוגע אל עצמי וירא אנכי פן יבא והכני בחרבו שבידו וכת"ר שוגג בדבר אמרתי להציע לפני כת"ר כל הענין ואחלה פנ"ק לשית אליו לבו להשיבני עפה"ד ולא תצא תקלה מתח"י ח"ו.

הנה אבינו הזקן ראש המסחר סי' מנחם משה ז"ל כאשר מת בש' 1863 הניח חמשה בנים משה ומ"א בנין ומנצור ויאוד"ה וסלים ומנצור מת בלא בנים 1876 ומ"א בנין ז"ל ייבם את אשתו ובש' 1878 מת גם סי' משה והניח שלשה בנים מנחם וסלים וטוב הי"ו ובש' 1891 עברו סכסוכים בין סלים מנחם ואחיו בענין שותפותם בעזבון ואז עשו חוזה בין כלם בתנאים הללו א) העסק יתנהג ביניהם בשותפות עד כ"ה שנה מיום הנז' מט', ב) קרן השותפות הוא הקרן המצוי בעסק עתה וסכומו מבואר ברשימת עריכת החשבון של זה התאריך וכו' והקרן הזה וכל הריוח אשר נעשה ואשר יעשה בעסק הזה וכל נכסי דלא נידי הנזקקים למשפחה אשר פרטיהם רשומים ברשימה הלוטה תו"ד הם יהיו נכסים משותפים של בנין ויאודה ושלשת בני משה מנחם וסלים וטוב כפי החלקים להלן דהיינו לבנין שני חמישיות ליאוד"ה חומש לשלשת האחים בני משה חומש ולסלים מנחם חומש אבל זה לא יגע בשום אופן הפרטים של מי מהשותפים אשר עתה הם רשומים בפנקסי העסק וחתמו ע"ז בבמבאי מ"א סי' בנין ואחיו יאודה ומנחם וסלים מנחם ש' 1891 ומקויימת חתימתם במלכות ובש' 1915 סלים מנחם תבע להפריד חלקו מהם בקרקעות וחלקו הקרקעות שירשומורישים הרב מנחם משה ז"ל וגם מה שקנו עד ש' 1893 שהוא הזמן שנפרד משותפותם סלים מנחם הכל חלקו לחמשה חלקים כנז' ולקח מ"א בנין ז"ל שני חמישיות והמה חומש חומש ונכתבו קושאן לכל אחד בחלקו במלכות ואח"ז בש' 1618 הקביל סלים מנחם על השותפים הנז' למלכות ותבע חלקו בריוח של חלק מנצור שהגם שמ"א בנין ייבם את אשתו אין לו רק חלקו בקרן ולא בריוח שהריוח החלק טרם שיחלוקו והשיבו בנין ויאודה ומנחם וטוב פה אחד בחת"י שאין לו לתבוע זה כפי הסכמת החוזה של השותפות שעשו ביניהם מזמן א מארם ש' 1891 וכן כאשר נדרש מ"א ז"ל במעמד כולם להגיד אם לקח סלים מנחם חלקו בחלק מנצור ענה בפני כולם ענה שחלק מנצור כבר נכלל בחשבון והתובע נטל חלקו

בזה ולא לקחתי לבדי חלק מנצור אני לוקח השתי חמישיות מהפירמא בהסכם לפשרה עם התובע כפי שטר ההסכמה מיום א מארס ש' 1891 ע"כ, ועתה אדוני אחשבה לדעת כי בראותו כל העובר תענה בי צדקתי להפך בזכותי ובפרט שהם קדמו וצדוהו ברמיה ולהט חרבו תחת' נגדי ולא ניחא ליה למר ולהרבנים משלחיו הי"ו להניח המכשלה הזאת תחת"י וה' יחזירהו לביתו שש ושמח אמן המיחל לתשו' הרמת"ה פי, וזאת תשובתי: ידידי וכו' קבלתי מכתבך וכו' אשר קובל ומתרעם על תשובתי בפורטו סעיד וכו' אני לא השבתי שם לבע"ד עצמו רק לכמהר"ן אוחנא נר"ו אשר הראני כתב ידו כשואל דין מה יהיה בזה ולפי הצעתו בכתבו השבתי כי הדין פשוט באה"ע שאין היבם נוטל השבח שהשביחו נכסי המת קודם חלוקה כולו לעצמו, וגם בשאלתו ע"ע מחילה בטעות כתבתי שאם יבררו בירור גמור שהיה בטעות יש לסמוך בזה ע"ד מהריב"ל: אמנם עתה אשר צעקתו ותרעומתו באה אלי וראיתי כי הוא ריב בין אנשים להלכה ולמעשה והצעת לפני תוכן הענין אני אומר (אם ההצעה נכונה) לעד"ן שישתנה הדין ואבאר בדרך קצרה כי הספרים וגם הזמן אינם עמדי כתמול שלשום כי אני נודד בגולה, ואומר, שינוי השאלה מהתם להכא, א) שם הבנתי כי הדין היה לגבי היבם עצמו והכא מבואר שהדין הוא עם יורשיו כי הוא כבר חלי"ש ב) שם לא נתפרש כי התובעים הודו בשום זמן על הפשר בהחזרה ועתה מפורש בהצעה הזאת כי ידעו והסכימו עליו בזמן שהיו גדולים, ג) שם היה השאלה באופן שהם לא ידעו הדין שיש להם לטעון כן והוא מחילה בטעות ועתה מפורש כי טענה זאת ממש טען סלים בפניהם והם עצמם השיבו שלפי החזרה אין בה ממש, ומעתה תחת שלש אלה רגש"ה אר"ש להפך בזכות יורש היבם, ונתחיל מקמייתא הנה נודע דאע"ג דקי"ל דהשבח הוא לכל האחים בשוה טרם חלוקה מ"מ בב"ב דקכ"ו אמ"ר הונא אמ"ר אסי בכור שמיחה מיחה ובטח"מ סי' רע"ח כתב שאם מיחה הבכור בפשוטים ואמ"ל אל תשביחו הנכסים עד שנחלוק ולא שמעו לו והשביחום אם לא עשו בהם שינוי הבכור נוטל פ"ש בשבחם אבל אם עשו בהם שינוי וכו' קנאם בשינוי וכו' ע"כ והנה פשוט שמ"ש קנאום בשינוי היינו אם השביחום לבדם אבל כאשר אמר נחלוק ואם לאו אטול פי שנים והמשיכו שותפותם והיו מתעסקים בסתם יחדיו דין הוא שיטול פ"ש הבכור בכל מה שישביחו כי מעת שגילה דעתו שרוצה לחלוק תכף זכה בחלק בכורתו וכמ"ש התו' בב"ב דקכ"ג בס' רבנן דבהניח להם אביהם פרה מושכרת שיחלקו השכר בשוה וז"ל אע"ג דבדי"ג אמרו בכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה עובד לזה יו"א ולזה ב' ימים ה"ן אם אמר הבכור או תחלקו או אטול פ"ש הרשות בידו וכ"ך קצה"ח בס' רע"ח סק"ה משם הר"ן בב"י ע"ש וטעם הדבר שדי בגילוי דעתו ולא דמי למ"ש במי שהיה נשוי דצ"ג בשותפים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וקנו שור לחרישה דלכ"ע השכר לאמצע כתבו התוס' בב"ב די"ג והמרדכי בפ' מי שהיה נשוי שאני שותפים דמעיקרא אדעתא דהכי נשתתפו משא"ך לגבי בכור ל"ש זה ובמרדכי כתוב דמן השמים הקנו לו ועיין בדברי ריבות סי' ר"ח ומהרש"ך חלק ראשון סימן כ"ב בנדונם דאע"ג דרמי עליהון אבוהון גודא רבה שלא לחלוק הירושה עד שינשאו אחיותיהן בכל זאת דנו שהבכור נוטל פ"ש בשבח שהשביחו הנכסים בנתיים מטעם הנז' שלא נשאר בשותפות ברצונו ע"ש ואחר שנתברר דין זה בשבח גבי בכור גם שבח דיבם יהיה שוה לו כיון דכל עיקר שבח דיבם שאינו נוטל בו

הוא משום דבכור קרייה רחמנא וכמ"ש בפ' יש בכור דנ"א ומעתה בנד"ז שאחר שמת מנצור אז מת משה אילו לא מת משה והיה בא טעון ליבם תחלוק עמי השבח והיבם השיבו דמתחילה אמרתי לך או נחלוק השותפות או אני אטול השבח אז ודאי היה נותן דלא הוה משה זוכה עד אחר שישבע שלא היה כן וכמ"ש בסי' צ"ג סי"ב גבי טען השותף תנאי היה בינינו וכו' ואם היתה טענתו נגד יורשי היבם אנן הוה טענינן להו מאי דמצי אבוהון למטען ואפי' מלתא דלא שכיח כמ"ש בסי' ק"ח וע"ש בש"ך וכ"ש בזה דשכיח הוא שיתנה היבם כן מפני שלא יפסיד וא"כ השתא נמי דהיא טענת יורשי משה נגד יורשו היבם טענינן להו וכמ"ש בסמ"ע שם דגם ביורש לגבי יורש ט"ל להעמיד הממון, וכ"ש הוא לגבי יהודה אם יטעון לגבי בן היבם דלא יזכה בדין רק אם ישבע שלא התנה היבם כן.

וכ"ז יש לדון גם אם לא עשו החוזה אבל השתא דאיכא חוזה ביניהם ובפי' אתמר שקבלו שיקח היבם שני חמישיות מהקרן ומהריוח ממה שהיה וממה שיהיה וחתמו עליו מי יפקיע זכותו והגם דלא חתם בחוזה מבני משה רק מנחם לבד מ"מ הרי בעת שהשיב בנין לאחיו סלים מנחם כי הוא לא לקח מחלק מנצור מאומה והב' חמישיות שלוקח הוא כפי הפשר הנז' הרי היה בנוכחות כולם ושמעו ושתקו והי"ל לענות כחשו בפניו כי לקח הב' חמישיות אחת מצדו ואחת מצד מנצור וטועים היו ובזה היו מרויחים גם המה ליטול רביע ולא חומש אלא נראה ודאי דהפשר שעשו לא מפני חלק מנצור ויתרו לו חומש אלא מצד זריזותו ובקיאותו במסחרים וידעו כי בלתו לא יצלח המסחר לזה הוסיפו לו בשכרו אותו חומש מהאמצע והמה ידעו שכן הוא ולזה חתו ולא ענו, כי יודעים המה שבלעדו לא יצלח המסחר כנז' וא"כ מאי נפק"מ אם לא חתמו הרי ידעו ששכר פעולתו בשכרם הוא נוטל וכל זמן שלא מיחו בו לבטל עבודתו איהו בחזקתיה קאי, וכ"ש שידעו שיש חוזה בזה ולא מיחו ואין לפקפק בזה מטעם זכות בדבר שלא בא לעולם דאין זה רק פעולתו אשר עבד בה בשכרו, גם אין לפקפק דלא היה החוזה בקנין כיון דמנהג פשוט בין התגרים לעשות חוזים בלי קנין עיין בסי' ר"א דכל דבר שנהגו בו התגרים מהני והגם דהכא בכלל החוזה יש זיכוי גם לגבי קרקעות ולהב"ח ז"ל לא מהני סיטומתא בקרקע עיין לעה"ש שהביא תשו' המבי"ט ז"ל באבק"ר סי' פ' שכתב דבקרקע נמי מהניא ומרן שם בסי' פ"א נראה שמסכים עמו, ומובן דבזה אזדא להו טענת מחי' בטעות דהשתא לא בא לזכות מצד היבם אלא מצד שכר פעולתו, ועלית על כולנה מ"ש בשאלה זו שחלקו עם סלים מנחם ולקח רק חמישית בין בסחורות בין בקרקעות וכן גם הם לקחו חמישית חמישית ושתי חמישיות ליבם בין בקרן בין במה שקנו מהריוח ונכתב לכל אחד ק'ושאן בחלקו בשמו ומובן לפי סדר הזמנים כי גם סלים וטוב בני משה היו כ"א מהם יותר מעשרים שנה וקיימו וקבלו החלוקה הנז' בפועל והשתא לא גרע זה ממ"ש בסי' קמ"ז המערער על השדה והוא חתום עליה בדיין ועד שאבד זכותו וגם בסי' רל"ח גבי קטן שמכר בקרקע אביו והגיע לעשרים ולא מיחה ממכרו ממכר ע"ש ועוד דהכא אחיהם הגדול מנחם והוא שותפים חתם בחוזה, וכיון שידע הוא כי התוס' חומש לדודו בנין היא לתועלת המסחר תנאו קיים גם עליהם וכמ"ש בסי' קע"ו סט"ל שאם השותף לקח מעות מאחר להכניסם לשותפו ויטול ריוח עמהם אעפ"י שלא הודיע לחבירו השותף יטול זה ריוח שהתנה עמו והבאה"ג כתב מתשו' הרא"ש הטעם משום



דכ"א מהשותפים יש לו רשות לעשות מה שיראה לו לתועלת השותפות, ומפני כל האמור השתא דבאו לערער נגד יורש היבם על החמישית של הריוח לחלוק עמו בו אין לדבריהם יסוד, ובטענתם מחי' בטעות מלבד מש"ל דלא זכה רק מטעם חלק היבם לחוד אלא מטעם שכרו הוא נוטל עוד בה מה מקום לטענתם אחר ששמעו טענה עצמה זו מסלים מנחם והמעצמם השיבוהו שחלוקה זו יסודה עפ"י אותו פשר שעשו ולא החזיקו עמו מה להם עתה כי יזעקו ואפי' במקום אחר דשייכא הך טענה עיין להרא"ש דס"ט סי' וי"ו דאין אדם נאמן לומר טעיתי בכל גוונא והטור בח"מ סי' קנ"ד כתב משם גאון דאפי' לא ידע מחי' בטעות כי האי דלא מוכחא מלתא דטעות הואי הויא מחילה ע"ש ואע"ג דמרן בבד"ה תמה ואמר דאטו כ"ע דינא גמירי ומ"ש דלא מוכחא מלתא כיון דהוי דין זר מוכחא מלתא ע"כ מ"מ לא מפני זה דחה דברי גאון מהלכה שהרי בסי' רמ"א פסק כתשו' הרשב"א דהמוחל לחבירו כל מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל מה שנטל נטל וכתב הסמ"ע דדעתו כמ"ש הטור בסי' קנ"ד דכיון דלא מוכחא מלתא דבטעות הואי מחי' היא ע"ש והשתא הרי גם שם לאו כ"ע דינא גמירי וגם הדין הוא דין זר ואפי"ה פסק כהרשב"א דאזיל בשטת הגאון ז"ל אלא ודאי אע"ג דתמיהה ליה להלכה לא זו מינה ועיין בפת"ש סי' כ"ה סקי"ג מ"ש משם הרב משכנות יעקב וכן מ"ש בסי' רמ"א סק"ד משם זכרון יוסף ז"ל דגם מרן מודה היכא דלא מוכחא מלתא דטעות הואי הוי מחילה וכ"כ בשו"ת רמ"א סי' ע"ד והגם כי זכורני מבוכה לפוס' ז"ל בזה מ"מ למוחזק די לו בהני לומר קי"ל, ומכל הני טעמי לע"ד אני דן כי סי' משה וכן היבם סי' בנין ז"ל נקי הוא מתביעתם הנז' ודברי שכתבתי בפורטו סעי' דאם ירצו לישען בנד"ז אין בהם כדי סמיכה וציי"מ וימ"ן: חושן משפט סי' א' הגדתי היום כו מזה כמספר ירחים נדרשתי לאשר שאלוני לעיין בצואת המנוח האדון בנין מנחם ז"ל מעי"ת עדן יע"א ולצדד לקיומה וכאשר שמת' לבי אליה בדרך העברה בעלמא נלע"ד שאין יסוד לקיומה ושומה היתה בלבי שלא לגלות דעתי כי יש אלדים שופטים בארץ ומהם תצא תורה, אמנם כהיום הזה נשאל נשאל מעמדי על זה מאת בא כח היורש הרה"ג ר' דוד שניאור זאהן הי"ו ועמו מכתב מהיורש האדון משה בנין הי"ו עצמו קובל ומתרעם עלי ועל הבדה"ץ הי"ו שאנחנו חייבים לחו"ד על הדין והאמת ולא להשמט שבזה תעבור נחלה דאורייתא ע"י עש"ג שהם מתחשבים שמה בענין הצוואות לפסקי הרבנים ואחר שכבר ערכו פס"ד המנגדים לקיום הצוואה אם נחריש תהיה לו זאת לפוקה ולמכשול ומסיים בזה"ל ויבין האחריות הגדולה שמקבל עליו כל חכם שיוכל לברר זכותי ונמנע ע"כ ובודאי ירמזון מליו למ"ש בח"מ סי' ט' ס"ז שאם שותק עובר משום מדבר שקר תרחק וע"ש בסמ"ע בשם מהרש"ל דזה נאמר אף כששני בע"ד עשירים ומה גם כי שומע אני שהאפוטרופוס' ומקבלו המתנות המה יראי אלד'ים שונאי בצע אשר לא כדת, ולזה נעתרתי לעיין בגוף הצוואה כפי ההעתק שבא לידי ולהחליט בזה מה שיורוני מן השמים: וראשית כל אקדים שבכל מקום אשר פסק מרן בשה"ט או בתשו' גם אם יהיה חולקים בזה אנן בדין ומקום השאלה אחרי דב"ק נלך, שנית במקום שלא גילה דעתו ז"ל והיה שם מחלוקת היורש הוא המוחזק ושתייהם הלכות פשוטות הם א"ץ להאריך בם, וכולי יומא הכי דייני דייני, ומעתה נתחיל לבאר גם אילו היתה הצוואה קיימת מצד עצמה (מה שאינו כן כאשר יתבאר) צריך לדעת איזה סוג מנכסים נכלל בה דקי"ל בח"מ

סוס"י ס"אמדקדקין לשון השטר וכו' ועיין בסי' רמ"ו דכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה על המקבל להביא ראיה, והשתא הנה המנוח כתב וז"ל והנה חלקתי כל נכסי קרקעות ובתים ומטלטלים ומטבעות ושט"ח שיש לי בשותפות עם אחי יאודה ועם בני אחי משה והם פ' וכו' לי"ב חלקים לבד בתי הדירה ונתתי וכו' והנלמד מזה בפשיטות דלא חילק רק נכסים שיש לו בשותפות עמהם ולא הנכסים שאין להם עמו בהם שותפות, וגם במה שהוא שותף עמהם לא נכלל רק מה שהוא שותף עם כולם יחד ולא מה שהוא שותף עם אחד או עם שנים מהם או שלשה, אחר שלא כתב שיש לי בשותפות עם יאודה ובשותפות עם בני אחי וכו' דכיון שלא הזכיר בשותפות על כל אחד מהם כלל הוא ולא פרטא ונלמד זה ממ"ש באה"ע סי' ל"א שאם אמר התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו פרטא הוא וצריך שיהיה בכ"א שוה פרוטה אבל אם אמר התקדשי לי בזו ובזו וכו' אם יש בכולן שו"פ מקודשת גם נלמד מדבריו דסחורה גם שהם שותפים עמו לא כלל אותה שהרי לא זכר רק מטלטלים ומטלטלי' אינם כוללי' סחורה וכמ"ש בסי' רמ"ה סי' הנותן מתנה ואמר מטלטלים שיש לי לפלוני נוטל כלי תשמישו אבל לא חטין ושעורים וכיוצא בהם וכתב הסמ"ע וכיוצא בהן פי' כגון מיני סחורות וכו' וכ"כ הטור בשם הרמ"ה ע"ש והגם שבתחלת דבריו אמר וחלקתי כל נכסי ושם כתוב דנכסים כולל הכל ובפרט שאמר כל דאפי' במטלטלים אי הוה אמר המטלטלים הוי הכל בכלל, ה"מ אם לא היה.

מפרט קרקעות ובתים ומטלטלים וכו' אבל השתא שחזר ופירט אין בכלל אלא מה שבפרט וכמ"ש זה הנ"י בריש פרק הספינה משם הריטב"א וכל רבותיו והבי"ד בב"י בסי' ס"ו סמ"ג וכיון שבפרט אינו אומר רק מטלטלים אין סחורה בכלל וכמ"ש"ל, גם שטרי חובות שכתב ודאי דכל מלוה ע"פ או מעות שנשלחו עבור סחורה או הקפות שיש להם על אחרים מכח סחורה לא נכללו בכלל שט"ח דל"א רק שטרי חובות ולא חובות ובלא"ה כל מלוה ע"פ אונה נקנות אלא במעמד שלשתן כמב' בסי' קכ"ו ואפי' חנין אגב דמהני במקום כתי' ומסירה לשט"ח כמפ' בסי' ס"ו חוב שבשטר לא מהני ליה אגב וכמ"ש מהראנ"ח ח"א סי' ע"ז ועיין בארך בלח"ש בקנין אגב בענין זה, גם האקסיונים אם יש לו שהם שות' באיזה קומפאניא הלא מסתמא הקומיפניא קונה בעיקר הכסף המכשירים לאותו העסק ולשאר הוצאות ופועלים וא"כ זה גרוע יותר מסחורה ואינו לא בכלל מטלטלים ולא בכלל שט"ח, גם מ"ש לבד בתי הדירה יש להסתפק אם כונתו לכל בתים הראויים לדירה ולאפוקי בתי האוצר דוקא או ר"ל בתים שהוא ומשפחתו דרים שם ולאפוקי כל שאר בתים וכיון שיש להסתפק על המקבל להביא ראיה, הנה נתבאר הדברים שלא נכללו בכלל המתנות גם אם היה ממש בזיכוי המתנות, אבל מעיקרא אנחנו הרואים שאין קיום והעמדה לכל המתנות לפי הדין ונתחיל במ"ש למשה בן אחי יאוד"ה יותן לו מנכסי חמשים אלף רופייא לאחר ט"ו שנים מהיום דזה פשוט שאין לו ריח זכות בזה מכמה אנפי דמלבד דלשון יותן ממילא משמט ולא מכת דעת אחרת מקנה וכמוהו נא נמצא לא בלשונות המועילים בבריא ולא בש"מ, ועיין בסי' רמ"ה ס"ו בהגה דאפי' אמר לעדים כתבו ותנו לאו שטר מתנה הוא מאחר שלא נזכר בשטר שהוא נותן וכו' עוד הנה ודאי דמתנה זו היא מתנת בריא שציוה והוה בתקפו וגם ששייר לעצמו ואפי' אי הוה ש"מ כיון שהיא מתנה במקצת בעיני קנין כמ"ש בסי' רמ"א והכא מתנת משה היתה אחר הקנין ככתוב בשטר ועוד דאפי' הות בק"ס כיון שהיא מטבע הרי קי"ל

בסי' ר"ג דאין מטבע נקנה בחליפין ועוד דהוייא לאחר ט"ו שנים וקי"ל בסי' קצ"ה בקנה סודר ולא תקנה לי חפצייך אלא לאחר שלשים יום דלא קנה דהדר סידרא למאריה ע"ש: ניהדר אנפין לשאר מקבלי המתנות במה שזיכה להם הנה בפתח דבריו כתב ונתתי שני חלקים לדוד בן בני משה קרקעות ובתים ואגבן מטלטלים ומטבעות ושט"ח אינהו וכל שעבודייהו דאית בהו מתנה גמורה גלויה ומפורסמת בקנין סודר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר חיי וכו' נתכוון להקנות באגבמפני שמועיל לכל מילי גם למטבעות דאינן נקנין בק"ס נקנין באגב כמ"ש בסי' ר"ג ולשט"ח דאינן נקנין רק בכתו"מ אינהו נמי נקנין באגב כמ"ש בסי' ס"ו, ומ"מ אחר התבוננות נראה דלא הועיל במעשיו שהי"ל לכתוב ואני מקנה לו קרקעות ובתים בק"ס ואגבן אני מקנה לו מטלטלים ומטבעות וכו' דבלא זה לא קנה בהאגב וכמו שנראה מדברי הרמב"ם בה' מכירה והטושו"ע בסי' ר"ב דצריך להקנות הקרקע בתחלה ואח"כ יאמר קנה מטלטלים אגב קרקע וכ"כ הרא"ש להדייא בפסקיו למס' קדושין דכ"ו על מ"ש והלכתא אגב וקנה בעינן יכלו' צריך המקנה לומר לקונה קנה האי ארעא וקנה אגבה הנך מטלטלים ע"כ גם הרמ"ה לב"ב דקע"ה בדרכ"ד מהספר כתב דבקנין אגב בעינן שיאמר כן קנה לך האי קרקע ואגבו קנה לך הנך מטלטלים ולא סגי למטלטלי בלשון הקנאה דאמ"ל גבי קרקע עד דאמ"ל נמי לשון הקנאה גבי מטלטלי דמקני ליה אגבו ע"כ וכ"ן דעת מהרש"ך ח"א סי' קמ"ו שכתב ובנדונו והלכה רווחת בישראל דכל שאינו צבורין בעינן אגב וקנה באופן שהיה צ"ל והקנה להם ארבע אמות ואגבן הקנה להם שאר נכסיו והלשון הכתוב בצוואה האר ואין לו שום הדמות ולזה ע"כ ועיין למהרש"ח סי' ל"ד דחולק בזה על מהרש"ך אבל מהר"ב אלייאס ז"ל ס"ל וכמהרש"ך ע"ש ובעצם דברי מהרש"ך ז"ל עיין להרב פ"מ ח"ב סי' צ"א דהרב השואל ומהרי"ב ז"ל הבינו בדעתו דבעי תרתי קנין בקרקע לבד וקנין באגב לבד אבל הרפ"מ ס"ל דל"א מהרש"ך אלא שם דלא היה קנין כלל וכ"ן מדברי מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ע"ז שאין פקפוק רק אם לא היה שם קנין כלל, גם מהרש"ג במשפטים סי' ד"ל בתחלה ביטל האגב של נדונו עפ"י ס' מהרש"ך ושוב פקפק אולי לא אמר מהרש"ך רק וכשלא היה שם קנין כלל (אני תמה לפי מה שהוכחתי מהרמב"ם והרא"ש והטושו"ע דכולהו סברי דבעינן קנין בקרקע וקנין באגב) וסו"ד דב"ז דאי בעינן קנין בתרוייהו או לא הוא מחלוקת האחרונים ועיין להרב רוב דגן שאלה ב' לה' מתנה שהאריך בזה ואסיק דמידי פלוגתא לא נפיק וממילא היורש הוא המוחזק וכ"ש למש"ל דהרמב"ם והרא"ש וש"ע ס"ל דבעינן תרתי יש לנו לפסוק כמותם אפ"ל להוציא מהמוחזק ובפרט למה שחידש מהרש"ג ז"ל שם דאפ"ל אי לא בעינן רק קנין אחד והיה שם קנין ל"מ דאימור קנין זה אינו קנין לעצם הדבר אלא נסמך אל קנין האגב לחזקו ובנפול היסוד נפל הבנין והגם שערער בזה מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' קצ"ו מחו' כ"א דכל שיש קנין אמרינן מגופו של קרקע קנו מידו מ"מ כתב דכיון שהג"א פליגי עליה בזה היורשים יאמרו קי"ל, ועיין עוד למהראד"ב ז"ל הוב"ד בבני שמואל סי' ז' דל"א הרשב"א רק כשכתוב בפירוש וקנינא מניה לחזוק התנאים ובנד"ז ליכא וכ"ש לדידן שדנין כהש"ע, הנה בסי' רמ"ה בקנין אתננו כתב בסתם דאפ"ל העידו עליו עדים לא זכה המקבל והגיה מור"ם ואפ"ל קנו מידו וכו' וסיים מרן וי"א שאם קנו מידו מהני קנין אתן והי"א הוא הרשב"א משום דס"ל מגופה של קרקע קנו מידו וא"כ לס' קמייתא שכתב בסתם ס"ל

דלא כהרשב"א ואנן קי"ל דסתם וי"א הלכה כסתם, עוד מצד אחר איכא תיוהא רבתי בקנין אגב זה והוא דהגם שהקדמנו דמתנה זו היא כמתנת בריא דבעיא קנין משום שעשאה והוא בתקפו דטעם מתנת שכ"מ דלא בעיא קנין מפני שלא תטרף דעתו או מפני שאין לו זמן להקנות כל דבר כתקנו וכמ"ש בתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסוס"י ר"ן משא"כ כשהוא מצוה והוא בריא מ"מ השתא דכתב בה אם לא אחזור בי נשתנה הדין דאע"ג שמור"ם בסי' נז"ר פסק דגם בזה צריך קנין עכ"פ אין דינה כמ"ב לגמרי דמ"ב נגמר קניינה מעת הקנין אבל זאת שכתוב בה אם לא אחזור בי הנה הטור בסי' ר"ן כתב' וז"ל מי שמת ונמצאת קשורה בו מתנת שכ"מ שאינה חלא אלא לאחר מיתה או שמפורש בה אם לא אחזור בי אלא לאחר מיתה שהרי גם בזה לא נגמר קניינה אלא לאח"מ שהרי כל ימיו יוכל לחזור בו לא יתנוה לזה שכתובה על שמו דכל זמן שלא הגיע למקבל בחיי הנותן לא זכה ע"כ ובב"י הביא שכ"כ התו' בשם ר"ת וכ"פ הטוש"ע בס' נז"ר דהוייא כמתנת ש"מ והרב נאמן שמואל דקנ"טע"ב ישב דברי מהריק"ו שורש צ"ד דמ"ש דדינה כמ"ב היינו דוקא לענין שצריכה קנין אבל לגמר הקנין אינו נגמר אלא לאח"מ.

ותמה על הפ"מ ח"א סי' י"ד שהשוה מהיום ולאח"מ לזאת ע"ש ומכלל הדברים למדנו דבמתנת אם לא אחזור בי כל אשר הגיע למקבל בחיי הנותן (כנד"ז וכמו שית' לקמן) לא נגמר קניינה אלא לאח"מ והשתא דהכי הוא הנה הב"י בסי' ר"ן הביא תשו' הרשב"א בסי' תתפ"ב דשכ"מ שהקנה מטלטלים אגב קרקע לא קנה המטלטלי אעפ"י שקנה לאח"מ הקרקע דהו"ל כאילו הקנה המטלטלים עם קרקע של עצמו ע"כ ועיין למהרש"ג שם שאפי' בנדונו שהיה במהיום ולאח"מ עלה בדעתו לבטל האגב מטע"ז אלא שחילק דשאני מהיום ולאח"מ שקנה הגוף מהיום, ומינה לנד"ז דגם הגוף לא נגמר קנינו אלא לאח"מ דאין בקנין האגב ממש, ואם נפשך לומר דאם באנו לידי מדה זו הרי בזה אנו מבטלים כל הקנין וקי"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה ובסי' מ"ב קי"ל דאע"ג דבכל ס' שיפול יד בעה"ש עהת"ח ה"מ אם אין השטר מתבטל לגמרי אבל כשמתבטל לגמרי יד בעה"ש עה"ע, ועיין להריב"ש בסי' שמ"ה בנדונו שהיו כותבין לנשים נתתי לה דא"ק ואגבן נתתי לה בקנין שלם מעכשיו סך כו"ך והספק היה דאם הוא נותן לה עתה אותם המעות עצמם והם לא היו בעין בשעת הקנין דאינן נקנין באגב וכתב הוא ז"ל דמפני שלא יתבטל השטר דמלת נתתי שכתב נפרשה מלשון שעבוד כאילו אמר שעבדתי והוא יכול לשעבד בקנין אגב כדקי"ל שמשעבד בדקנאי ודאקנה.

ומה שהוציאו בלשון נתינה אינו אלא מפני שלא היה חייב לה מקודם אלא שנותן ומשעבד מחדש ע"ש ראה דגם הרב ז"ל נדחק מפני שלא יתבטל השטר מ"מ אמינא דנד"ז לא דמי לדהריב"ש דהתם עצם הקנין דאגב לא היה בו שום פקפוק מצד עצמו זולת שאולי לא היו מעות בעין שאין קנין אגב אפי' חזק כראי מוצק מועיל בהם לזה מצא להעמידו מפני נתתי שהוא שעבוד וכיון שהוא ס' אם כך פירושו או פירושו מתנה אנה"ן מפני שלא יתבטל השטר כל מאי דמצינן לדחוק ולפרש מפרשינן אבל כשעצם הקנין הוא בטל ולא משכחת שום אופן לקיימו יבטל ולא אכפת לן וכ"מ בדברי הש"ע דלא דיבר בזה רק כשיש ס' בשטר כלו' דאיכא לפרושי הכי ואיכא לפרושי הכי אבל כשאין צד לקיימו אנה"ן דיבטל ואם משום דאינו מוצא דבריו לבטלה הנה מהריק"ו שו' צ"ד הבי"ד בהגה סו' מ"ב דאמרינן שטעה המקנה וחשב שדברו יועיל ואיני מוציא דבריו

לבטלה אלא שהדין מבטל דבריו ע"ש ולעד"ן שזה פשוט ממאי דקי"ל המתנה עמ"ש בתורה תנאו בטל דהרי בשעת תנאו לא נתכון לדברים בטלים אלא שחשב שתנאו יועיל אבל התורה בטלה דבריו ונמצא דגם בנד"ז חשב דקנין שעשה הוא מועיל והדין ביטל דבריו אחר שלא מצינו צד שנוכל לקיימו עפ"י הדין: ומ"מ צריכים עוד לעיין אם יש לקיימו מצד אחר, אחר שכתב נתתי בלשון לשעבר ומצאנו לטוב"י בסי' ס' הביאו תשו' הרי"ף שכתב ראובן שהוציא שטר על שמעון בקנין שכתוב בו מחמת שנתתי לו מאה זהובים ושעבדתי כל נכסי לגבותם מהם וטען שמעון שבשעה שכתבו על עצמו לא היה בידו ואין אדם מקנה דבר שלב"ל אם הזהובים שבשטר הם מטבע שנו"ן בו אין מטבע נקנה בחליפין ואם אינם נו"ן בו נקנה בחליפין ואם אין הדבר ידוע שהיו ברשותו על התובע להביא ראיה והראב"ד חלק עליו וס"ל דכל האומר נתתי הוי הודאת בע"ד כמאה עדים ואין מדקדקין אחריו היאך נתן דודאי נתן באופן המועיל וקנה מקבל המתנה ע"כ וא"כ ה"ן דכתב ונתתי נימא כדעת הראב"ד דאין מדקדקין איך נתן ונקיים השטר, אלא דאי משום הא לא אירייה אחר שמרן בש"ע פסק כהרי"ף אנו הכי נקטינן ועיין בס' זרע אברהם חז"מ מסי' ג' עד סי' ו' דשקו"ט טובא הוא ורבני הדור בזה ועשו ס' הרי"ף ליסוד קיים ולא מצאו לצאת י"ח מסברתו בנדון ההוא שהיה כתוב שם לשון הודאה עם לשון נתתי או משום שהיה כתוב בפירוש בשטר ההוא וכל לשון המסופק בשטר תהיה יד בעש"ט על העליונה וכן תמצא בס' חוקי חיים ז"ל סי' מ"א שפלפל בזה הוא והרב יד ימין ז"ל ולא קיימו המתנה בנדונם רק מתרי טעמי הנ"לומינה לנד"ז דאין שם לשון הודאה עם נתתי ולא כתב שתהיה יד בעה"ש עה"ע דיש לדון דהוי הקנאה ולא הודאה ובפרט דלעד"ן דבנד"ז יודה גם הראב"ד דאי אמר דאין מדקדקין אינו אלא כשאמר נתתי סתם ולא פ"י באיזה אופן נתן אבל כגון הכא שפירש אופן הקנין שהיה באגב ואנו רואים שאין בו ממש איך נקיים קנינו הפך הודאתו וה"ז דומה למ"ש בפ' השולח בבא להקנות מחדש בלשון נתתי דאר"י וכולן בשטר ע"ש ועוד י"ל למ"ד דהרי"ף והראב"ד י"ל עיקר מחלוקתם הוא כשם שכתוב מחמת שנתתי בקנין, ובהא פליגי דלהרי"ף ס"ל דכיון שביאר שהיה בקנין סתם קנין הוא ק"ס וכמ"ש זה הריב"ש בס"י שמ"ה וק"ס אינו מועיל למטבע ולא למה שלב"ל אבל הראב"ד ס"ל דבקנין הוא קנין שמועיל ואפ"י משאר הקנינים ואימור שזיכה לו ע"י אחר ואדרבה זה עדיף מאילו אמר נתתי סתם וכמ"ש החוקי חיים שם בסוף התשו' ע"ש ולפ"ז הכא דל"א קנין סתם אלא ביאר שהוא באגב ונמצא שאינו מועיל גם הראב"ד יודה וכמ"ש"ל וכ"ש למ"ש הגד"ת בשער ס"ד דאע"ג דלשון נתתי משמע נמי לשעבר אין לדונו בלשון הודאה רק כשנראה הכרח מתוך הענין שהוא ענין הודאה, ואפ"ל לע"ד דמכח זה דן הראב"ד שם דהוי הודאה מפני שהתחיל מחמת שנתתי דמורה שהוא מספר ומודה על מה שהיה כבר משא"ך כאשר בתחלת הדבור יתחיל נתתי יודה גם הראב"ד וא"כ נד"ז שהוא תחלת דבור ואדרבה נראה לאידך גיסא שעתה הוא שבא להקנות ממ"ש דבריו בשם צוואה וממ"ש בלי אונם ואי כבר הקנה מה יועיל נ"ד דהשתא בלי אונם וכבר מאי דהוה הוה, וממ"ש מהיום אם לא נחזור וכתב הכר"ש בח"מ דקצ"א ע"ד דבאומר מהיום גם הראב"ד מודה דהוי הקנאה ע"ש ובזה נצא י"ח מהרח"ש שהבי"ד בכנה"ג סי' ס' בהגה"ט דלשון נתתי הוא הודאה זולת אם גילה דעתו שרוצה לתת עכשיו ע"ש הרי הוכחנו דגם בכאן יש גילוי דעת, ולד"ה

הוי הקנאה והאגב שבו ל"מ מידי הגם שיתבטל השטר בזה: פש גבן קנין הקרקעות שנקנין בק"ס והכא הנה כתב וקנו ממני העדים החמ"ט וכו' למקבלי המתנות ע"כ הנז"ל והגה כי מצאנו להרב משפטי שמואל סי' מ"ה שחשש למ"ש וקנו אחרים מידי דאימור ארחייהו דאינשי למכתב הכי והם לא קנו.

נראה דל"א זולת כשכותב סתם וקנו אחרים מידי אבל הכא שכתב וקנו ממני העדים החמ"ט והם כתבו לבסוף שראו הכתב ומסתמא ראו גם את זה לא היו חותמים אם לא קנו מידו וגם אין לומר דכיון שכלל קניית הקרקע עם המטלטלים וכו' ואנחנו בטלנו קניית המטלטלי בזה יבטל גם קניית הקרקע מכח מ"ש מור"ם בסי' ר"ג בהחליף מעות ומטלטלים יחד ד"א קנה מטלטלים ולא מעות וי"א לא קנה כלל ויאמרו היורשי' קי"ל כמ"ד לא קנה דמאחר דמרון בסי' ר"י פסק בקנה את וחמור קנה מחצה וכ"ן דעתו גם בסי' ס' דהמתחייב בשטר לכל המוציאו הנולדים יגבו בו ושאינן נולדים לא, כוונתה נקטינן ואע"ג דבאה"ע סי' מ"א בקידוש נשים רבות ובתוכן שתי אחיות הביא בסתם דנכריות מקודשות וי"א דאינן מקודשות ולכך נכריות מקודשות מספק ע"כ נראה דמספק"ל י"ל דלענין ממונא ודאי ס"ל דקנה מחצה ולזה גם שם בסתם דקי"ל כוונתה פסק דנכריות מקודשות אלא משום חומרא אולי הנכרית תפשוט ידה לקבל קדושין מאחר כתב מספק, גם אם באנו לומר לבטל הקנין מכח מש"ל משם מהרש"ג דהקנין לא קאי תל עצם הענין רק הוא נסמך אל האגב לחזקו או מטעם אחר קרוב לזה כתבו מהרשד"ם בח"מ סי' כ"ט דכשהוא מדבר בלשון עבר נימא דאין זה אלא ספור דברים שמספר לפניהם וע"ז נטל קנין לחזק ספורו ולאמתו ואינו אלא קנין דברים ועיין בזה לנאמן שמואל דקס"א ולנח"ב סי' י"ו ולחוקי חיים סי' מ"א שעמדו בזה ועיין להח"ח ז"ל מה שחילק מדברי מהרשד"ם למחלוקת הרי"פ והראב"ד ז"ל, לא נוכל כי ראינו למרון באבקר סוס"י צ"ח דספקו היה קרוב להנז' אי ק"ס חוזר אל אגב המוזכר שם או לשאר לשונות דמתנה דמהנו ודן שנאמר שהוא חוזר אל שאר לשונות כדי שלא יתבטל השטר ע"ש וא"כ ה"ן דכוותה נאמר שחוזר אל עיקר קנין הקרקעות כדי שלא יתבטל השטר, אלא, דמ"מ יש צדדים אחרים חזקים להפיל גם זכייית הקרקעות, חדא, זה פשוט שאע"ג שכתב המצוה שהוא נותן במתנה גלוייה ומפורסמת אינם אלאי פטומי מילי ודינה כמתנתא טמירתא שאין בה ממש כמפוי' בסי' רמ"ט ס"ג דכל מתנה בין של בריא בין של שכ"מ צריך שתהיה גלוייה ומפורסמת והכא כיון שלא ראה אותה רק הוא ושני עדים הנז' אין זה פרסום דהא סיים מרן שם ל"מ אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו אלא אפי' אמר סתם כתבו לו אינה כלום הרי ידיעתו.

עם שני עדים אין זה פרסום אלא א"כ אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בפרהסייא וכו' והכא לא ציוה לעדים לפרסמה לא בלשון זה ולא בכיוצא בו ואע"ג דשם ס"ה כתב יש מי שאומר דהאידנא לא חיישינן לסתמא וכו' הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתוב כמנהג הסופרים הלכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא לאו למימרא דאע"ג שאינו כתוב כן כאילו כתוב אלא נומר דהוא א"ץ לצוות כן אבל העדים מבעי להו למכתב דנכתבה בשוקא וכו' וכמו שמדוייק ממ"ש הלכך כשמצוה וכו' דזהו שא"ץ אבל העדים יכתבו ואם לא כ"כ יש לחוש שאמ"ל התחבאו וכתבו וע"ש בפת"ש שכתב מרעק"א ז"ל סי' קל"ט שכן דעת מרן והזכיר שמהרי"ט ח"ג סי' נ"ד ומשפטי

שמואל סי' כ"ה כן אסיקו להלכה והכא דהעדים לא כתבו בדבריהם כלום רק הוא כתב גלוייה ומפורסמת היא בטלה שאין זה רק דברים בעלמא, שנית, דכיון שלא הגיעה הצוואה ליד מקבלי המתנות בחיי הנותן לא זכו וכמש"ל מהטור דצוואה שכתוב בה אם לא אחזור בי כל זמן שלא הגיעה ליד מקבל בחיי הנותן לא זכה ופשוט דאע"ג דיש בה קנין קאמר דאע"ג דבעלמא מתנה שיש בה קנין לא בעינן דלימטי שטרא לידיה הכא דכתב שטר ולא נתנו לו נימא דהיתה כונתו להקנות רק בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכ"כ הרשב"ם בב"ב דקל"ה גבי דייתיקי קשורה ע"ש ומ"ש עוד שכתב ולא דוקא בדיתיקי קשורה על ירכו אלא אפי' נמצאת ביד אחרים נמי לא זכה המקבל ועל ירכו לרבותא נקטיה וא"כ ה"ן שיצאה מתחת יד האפוטרופוסי' ולא מיד המקבלים לא זכו, ואין לומר דיד האפוט' כיד המקבל דהנה בס' תומת ישרים סי' נ"ה בנדונו שדן שלא זכה המקבל מפני שלא יצא השטר צוואה מתחת.

ידי כתב וא"ת זכין לאדם שלא בפניו וכיון שהגיעה ליד האפוטרופ' מחיים הרי זכו בו למקבלי המתנות הא ליתא דיד האפוטרופ' כיד המצוה ולא כיד המקבל וגדולה מזאת אני אומר שאפי' הוה נותנו לאחר מחיים ואמ"ל תן זה לפ' אחר מותי לאו כלום הוא לפר"ת שכתב דל"א תן כזכי אלא בחוב ע"כ ואם תראה למהרד"ך ז"ל סוף בית ל"ב שכתב דכשמסרה לאפוטרופ' כאילו מסרה למקבל.

דקדק שם ותמצא דל"א רק באמר לו זכה לפ', וממילא בנד"ז אפי' שיצאה מיד האפוטרופו' כיון שלא יש עדים שמסרה להם בחיים ואיכא למימר שאחר מותו אז באה לידם מבית גנזיו כי היורש לא נמצא שמה וגם אם יש עדים שמסרה לידם בחייו צריכים להעיד ששמעו מפיו בעת המסירה זכו בזאת למקבלי המתנות האל"ה לא זכו דאדיבורא דאפוטרופ' לחוד לא סמכינן כי הם קרובים למצוה ולכל מקבלי המתנות ופסולים לעדות זו, שלישית, דכיון שיכול לחזור בו כל ימי חייו והאריך שנות מספר בין זמן הצוואה לזמן פטירתו מאן לימא לן דלא הדר ביה ואע"ג דאשכחן להתו' בב"ב דקי"ד שכתבו בסתם מתנת שכ"מ דלא חיישינן שמא חזר בו וכ"כ הרב פרך השלחן בס"י רמ"ו אומ"ו משם הרמ"ה בפ' מ"ש סו' קל"א ומש"מ לב"ב משם הרשב"א והרא"ש והר"י.

וכ"כ משד"ר ז"ל דקפ"ב מדנפשיה, (שם תמה עה"ש ממ"ש רש"י ביבמות דקי"ו על מ"ש רבא דלתרי יוסף בן שמעון לא חיישינן והביא רביה מהך שטרא דנפק במחוזא בשם חבי בר נאני דהוו תרי חבי תמן ואגבי ביה זווי רבה בר אבוה ודחי ליה אביי דהתם ליכא למיחש לא לנפילה ולא לפקדון מאי אמרת דילמא מסר ליה ופירש"י שמא נתנו לו ולא קנו מיזו ושמא יחזור בו ליכא למיחש דאותיות נקנות בכתיבה ומסירה הרי דלולא טעם דאותיות נקנות הוה חיישי' לחזרה ולעד"ן שאין כאן קושייא דרש"י לאכתב שמא חזר אלא שמא יחזור ור"ל דנהי דשמא חזר ל"ח מ"מ שמא יחזור להדייא בפנינו ובזה יסתר דינו דרבה בר אבוה והו"ל לחוש ולא ידון וכמ"ש התו' שם בב"ב בכונת הש"ס דקאמר וליחוש דילמא הדר ביה ע"ש ואמר אביי דגם לזה לא חשש משום דאותיות נקנות) מ"מ הנה מהריק"ו ז"ל שרש קס"א גם הוא כתב בנדונו דלא חיישינן שמא נמלך והרגיש מהך דמצא דייתיקי וכו' לא יחזיר לא לזה אלא לזה שאני אומר כתובים היו ונמלך עליהם שלא ליתנם ותי' דשאנ"ה דאתרעו בנפילה והמבי"ט ז"ל ח"ג

סי' ק' נשאל במי שהקדיש בתים ושטר ההקדש ביד הקהל ואח"כ מכר הבתים ודן הרב דאמרינן שמא נמלך ונשאל על נדרו והקשו לו מהך דמהריק"ו דל"א נמלך אם לא משום ריעותא דנפל ות' דהכא נמי יש ריעותא שהרי ראינו שמכר הבתים אחרי כן ע"ש ואותם הנדונות לא היה בהם תנאי שיוכל לחזור ואעפ"כ מפני אותם הריעותות חשו לנמלך ומעתה בנד"ד שהתנה מתחלת הזכיה שיוכל לחזור נראה שהיא ריעותא גדולה בעיקר הזכות וחיישינן לחזרה וגם שאין השטר ביד מקבלי המתנה והו"ל כמצא דייתיקי שכתב מהריק"ו דמשום דאתרעאי בנפילה חיישינן לנמלך כ"ש השתא דיש ריעותא בתחלה שהתנה וריעותא לבסוף שלא נמצא השטר בידם דיש לחוש לנמלך לחזור כתנאו הראשון ועיין בתו' בב"מ דס"ו ע"ב ד"ה התם וכו' דמשמע דהיכא דיש לו לחזור מן הדין ל"א דחזר הטעם הוא משום דיש לנו לומר ניחא ליה דליקום בהימנותיה ע"ש וא"כ הכא דלא שייך טעם זה דהא מעיקרא התנה שיוכל לחזור ואין כאן הימנותא אמרינן שמא חזר בו, ומה גם עון רואה למעלה דמכח הטעמים הראשונים כל זכות הפרטים של הצוואה אין בה ממש ואין אנו דנין עתה רק על הקרקעות דנראה דשכירות היוצא מהם אינו נכנס בעסק שותפות המנוח עם אחיו ובני אחיו כדי שנאמר שאעפ"י שלא ייחד מזה חלק למקבלי המתנות בסוף יוכיחו הפנקסים חלק כ"א ואחד, אלא שאעפ"י שהם שותפים אולי עושים חשבון כמה עולה בכל שנה ושנה ונוטל כ"א חלקו ואם הדבר כן נמצא שהמנוח היה נוטל מזה חלקו וחלק מקבלי המתנות לעצמו מבלי שייחד לכל אחד מהם חלקו לזכותו והשתא אם נמצא שכן עשה אין לך חזרה יותר מזה כיון דמן הדין הי"ל להשליש חלקם ביד אחרים עד שיתברר לבסוף אם חזר בו יהיו שלו ואם לא חזר הם יקחו חלקם דכל דבר שתלוי ועומד בעי השלשה עד שיתברר מו הוא הזוכה בו, וכמ"ש בח"מ סי' רמ"ה ס"ה באומר נתתי שדה לאביך והבן אומר לא נתת דמשלשין הפירות עד שיתברר וכן ביו"ד סי' קע"ד ס"ד וה' במכר שדה ונתן לו מקצת דמים ונשאר השאר אם אמר המוכר ללוקח לכשתביא שאר המעות תקנה מעכשיו שניהם אסורים לאכול פירות, המוכר לא אולי ישלים הלוקח ויקח הקרקע ונמצאו הפירות שאכל רבית אותם שנשארו וכו' אלא מניחים אותם ביד שלישי וכו' ע"ש וכיון שלא השליש אמרינן שחזר ממה שזיכה להם מהיום והחזירם לזכותו, ובלא זה כבר הוכחנו דבנד"ז יש לחוש שחזר בו.

ומכח כל הטעמים הנז' נשארו הכל לזכות היורש ואין לזוכים חלק ונחלה עמו מן הדין, וגם משום מצוה לקיים דברי המת אינו חייב כיון שלא השלישם ביד שלישי לשם כך ואע"ג דבש"ע סי' ד"ן הביא מחלוקת בזה הלא אנו קי"ל כ"א בתרא ובפרט שכן פסק בסתם סי' רנ"ב דל"א מלקדה"מ אלא כשנתן ביד שלישי לשם כך וסיים מור"ם אבל היו בידו מקודם ולא השלישם לשם כך וכו' אין בזה מלקדה"מ ע"ש, ומאחר דאין כאן מלקד"ה יכול היורש לאמר אין אני צריך להם ויסלקם מהאפוט' וכמ"ש רי"ו במישרים וכו' כתבו הפוס' דאם מינה האב אפוטר'ו לגדולים יכולים לומר אין אנו צריכים לאפוט' ומוציאים מתחת ידו, זולת אם השליש ממון בידו לעשות כו"ך משום דמצוה לקיים דברי המת כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו ע"כ ועיין למרן באבקות רוכל סי' צ"ב שנשאל ע"ז והשיב דהגדול יכול לסלק אפוט' שמינה אביו ולאמר א"ץ לו אם לא השליש בידו מעות וסמך ע"ד ר' ירוחם הנז' ומי יבא אחרי המלך, הכלל העולה מה שהחליטה



דעתנו בצוואת המנוח בנין מנחם משה ז"ל מעיר עדן יע"א עפ"ידין תורתנו הקדושה הוא זה: א) שלא נכלל בצוואתו רק מה שהוא שותף עם אחיו יאודה ובני אחיו משה מנחם וסלים וטוב ולא דברים ש שלו לבדו ולא דברים ש הוא שותף עם מקצת מהם אלא במה שהוא שותף עם כולם יחד, 2 גם במה שהוא שותף עמהם לא נכלל רק שטרי חובות ולא חובות בעל פה ולא הקפות שהיו מחמת סחורה ולא אקסיונים שיש להם בבאנקים, 3 הסחורות אינם בכלל דבריו, א בתי הדירה שאמר שאינם בכלל המתנות הם כל הבתים הראוים לדירה אעפ"י שהם שכורים לאחרים והוא ומשפחתו אינם דרים בהם: ב) מה שזיכה למשה בן אחיו יאודה חמשים אלף רופייה לאחר ט"ו שנים אין שום יסוד לזכייתו ג) גם מה שזיכה לשאר המקבלים מטלטלים ומטבעות ושטרי חובות בקנין אגב אין בו שום ממש: ד) גם הקרקעות שזיכה להם אין להם בהם שום זכות על פי דין תורה והיורש היחידי שכל רכוש המנוח בנין מנחם משה ז"ל שייך לו הוא בנו משה הי"ו ואין לזרים אתו אפ"י פרוטה קטנה כי הצוואה שעשה אביו נופלת מדין תורה בכל חלקיה: ה) גם האפוטרופוסים שמינה אביו יוכל לסלקם ולהוציא כל הרכוש מתחת ידם והוא השליט בכל נכסים ועזבון מר אביו ז"ל ולית אנש די ימחא בידיה, זה מה שנראה לנו עפ"י דין תורה וחתמנו שמותנו פה עה"ק טבריא ת"ו ט"ו לחדש כסלו ש' התרפ"ד בא ס"ט צדק צדק תרד"ף למען תחיה וירשת: הצעיר אליהו ילזו ס"ט ע"ה יעקב חי זריהן ס"ט ע"ה מכלוף שטרית ס"ט סי' ב' שאלה אודות איש נרגן זה דרכו כסל לסכסך איש באחיו ולהרבות מחלוקיות הגורמים דררא דמונא לכוללות העיר וענייה ובזיון התורה וחוצפא סגי ויהי היום קינא ה' לעמו ותצא אש מאחד מבני ביתו ותלהט מוסדי ביתו ורכושו והוא ראה ולא לקח מוסר ולמחרתו הגיש קובלנא לעש"ג להאשים בזה יותר מחמשים חכמים וידועים ולשונו תהלך באר"ם שמהם שרפו את ביתו ומהם רבנים גדולים היועצים אותם לשרוף וכו' והיה מזמין עדי שקר בני ברית ושאינן ב"ב להעיד עדויות המביאים אומדנות והוכחות לדון הנאשמים בדיניהם כדין רוצחים ותכף נתפשו בעבור זאת ארבעה מהנאשמים שמהם ת"ח רשומים ויראי אלד"ים ויתר הנאשמים מהם הרה נסו באישון לילה למקום סכנה גדולה ומהם התחבאו במערות צורים כאסירי המלך אסורים ותהום כל העיר אלה מפה ואלה מפה ואחר פיזור הון עתק באו הקונסולים להתחקות ואחר שלשים יום ויותר הצליחו להוציא האסורים בכלא לפי שעה עד גמר הדין והוא מיאן הכלם ובכל יום ויום מתהלך לחצר המלכות לעורר הדינים והכוללות מזיל זהב מכיס אין לך יום שאין קללתו מרובה ונלאו עמו מתווכים לעמוד לד"ת והוא באחת כי לא ימשוך הקובלנא מעש"ג עד שיקבלו הכוללות כל תביעותיו ותנאיו שאין הדעת סובלתם ורצה להיות חוטא נשכר ועתה שואלים הלכו מה יהיה משפט האיש הזה אם יש לו דין מוסר ופסול לעדות ולשבועה וחייב נדוי או לא, ואם יש לו דין מוסר אם יתחייב לשלם ההוצאות שגרם במסירתו ומה יתחייב כי המה מינים ממינים הוצאות הקונסולים והוצאות עורכי דין וסופרים ודלוגים וכיוצא שא"א לפורטם ובאיזה אופן ישלם אם נאמנים על פיהם או דוקא בעדים ואם די בע"א ואפ"י מבני העיר ואם תפושם ממנו מה יהיה הדין ועוד אחרת אם מפסיד זכותיו שיש לו מקדם כגון חד"ר ופשרי שלוחיות שזכה בהן טרם שהבאיש ריחו ועוד כי יש לי שטרי מו"ש נגד כוללות העיד אם דינו כדין החשוד שבא ליפרע מנכסי יתומים שכיון שחייב שבועה ואינו יכול לישבע

מפסיד על הכל יורה המורה לצדקה ושכמ"ה: תשובה הנה לא היה מדעתי להכנס בדין עסק ביש אבל יתחמץ לבבי וכליותי משום דהתם קאימנא בגופא דעובדא ועין ל'ו ראתה הכי הוה, עוה עוה, אשר כמוהו לא היה לעולמים ותורה חוגרת שק לתבוע עלבונה, משום בזיונא, רח"ל, לזה חם לבי משום עשה דכבוד תורה ואמרתי אלקטה באמרים, מפי סופרים, משפט האישי הזה בכל נתחי השאלה הנז' ואומר א) לענין הנדוי דבר פשוט דבר נדוייא הוא אי משום בזיונו לכמה ת"ח, ובפרט כ ביזה למורי הוראות, וגם לשאר הראויים להוראה ואי משום חילול ה' שהן בעון יש לו שם תלמיד חכם ועזב מקור מים חיים, והלך להקביל לעש"ג והבריות אומרות עליו ראו ת"ח המתיימר בכבוד התורה אותה השליך אחרי גוו ומה יעשו אזובי קיר ובפרט בהקבלתו על רבנים בתור רוצחים ואוה"ע מונין בזה את ישראל לאמר ראו אומה זו גם רבניהם רוצחי נפש ושתיים הנה קוראותיו לחייבו נדוי כמפ' ביו"ד סו' של"ד עשז"ב ובל"ז הענין מצד עצמו בהקריב משפטו לעש"ג ועזב ב"ד ספרדים ואשכנזים שבעירו או אפי' בעירות אחרות הדבר הזה מחייבו נדוי כי עבר על מקרא מלא ופירושו הידוע אפי' לדרדקי דבי רב בפירש"י בחומש אשר תשים לפניהם ולא לפני גויים, ובח"מ סי' כ"ו פסק שאפי' נתרצו שניהם לדון בפני גויים אסור וכל הבא לדון לפניהם הי"ז רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה, וסיים בהגה דיש ביד ב"ד לנדותו ולהחרימו וכו' וכן מחרימין המחזיק ביד ההולכים לעש"ג וכתב הסמ"ע דאפי' במידי דעביד איניש דינא לנפשיה (כלו' שברור לו שהחפץ שביד פ' הוא שלו) אסור לעשותו ע"י גוי ע"כ ונשנה דין זה בסו' שפ"ח ס"ה וגם ביו"ד סי' של"ד סמ"ד ע"ש, ובכ"י שם בסו' כ"ו הביא תשו' אדוננו הרשב"א ז"ל שכתב בזה"ל חלילה לעם קדוש לנהוג ככה ועושה אלה מפיל חומת ההורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דר"מ טועה וגזלן הוא ואפי' גזלה ישיב רשע מקרי, וא"כ האישי הזה שעבר על כ"ז ואין כונתו רק לנקום נקם במהרהרים אחר מדותיו אבל און כאן אפי' ריח חשד להעליל עליהם בשרפה אין מי שפוטר אותו ואת עוזריו מהנידוי, ועיין בתשו' מור"ם סי' נ"ב מה שהאריך בחיוב הנידוי לאותו האישי שנסמך על עש"ג ובמהרא"ש סי' קנ"ח גם הוא האריך בזה ופסל את האישי שהוא גם להיות ש"ץ אפי' באקראי וראוי לעונש גדול כמעט אינו נמנה בעדת ישראל וראוי להרחיקו עש"ב, וכל הספרים מלאים מזה והוא פשוט ב) לענין פיסולו לעדות הנה בח"מ סי' ל"ד סכ"ב מפורש כי המוסרים לאנסים פסולים לעדות ולענין השבועה בסי' שפ"ח ס"ח כתוב אין משביעין את המוסר לא שבועת התורה ולא שבועת היסת מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה ע"ש, ואם זה האישי הוא בסוג מוסר אע"ג דלפום ריהטא נא נזכר בש"ע לענין תשלומין רק במסר ממון ממש כגון שנשא ונתן ביד או אפי' הראה ולא שגרם בדברים מ"מ היורד לעמקן של דינים ידע דג"ז הוא בכלל מוסר וכמש"ש ס"ב המוסר וכו' חייב לשלם וכו' אע"פ שלא נשא ונתן ביד אלא הרגיל בלבד ופי' הרגיל היינו אפי' בדברים וע"ש בס"ט, ועיין באבקר"ר סי' פ' ופ"א ששם המבי"ט ומרן ז"ל חייבו את רבקה בתשלומין אף שלא מסרה רק בדברים ויותר מפורש בתשו' מהרי"ל סי' פ"ו שכתב ודל מהכא כ"ז אפי"ה הוי מסור כיון דלא עשה עפ"י שום מורה או קהל דאפי' לחייב את חבירו ע"י גויים לעשות לו דין ישראל מסור גמור הוא אם נא הרשהו קהל או מורה כדאיתא בתשו' אלכסנדר וכו'

במרדכי ב'פ' הגוזל עצים וכ"מ להדייא תשו' ר' יואל ור"א שלהי ב"ק דחשיב ר"א מוסר גמור עש"ב, ומינה לנד"ז דעשה שלא ברשות דהוי מוסר גמור ולא יוכל להתנצל דנא היתה כונתו בקובלנא להזיק רק להציל הפסד שרפתו, ויתלה עצמו באילן גדול ר"א מטולא ז"ל שהביא ס' מור"ם בסי' שפ"ח בי"א קמא דלא מקרי מסור רק במתכוין להזיק ולא במתכוין להציל את שלו, דמלבד שסיים שם מור"ם וי"ח ובד"מ מפורש דהלכה כ"ח וכ"כ בפשיטות בתשו' סי' פ"ו משום דאדם מועד לעולם גם הש"ך בסק"ו כן פסק והמשכה"ר אות מם האריך לבאר דכן הלכה ולא נמצא הפוסק כר"א מטולאזולת מהר"מ מלובלין סי' כ"ו והש"ך שם תמה עליו ולעד"ן דגם מהר"מ לא אמרה רק בנדונו שלא הזכיר הנמסר בשם ובכינוי אלא שהיה מתכוין להציל את עצמו וממילא נזכר השופט להעליל על חברו ע"ש ובזה יתיישב דב"ק מסי' כ"ו לסי' ק"ך שנראין לכאורה כסותרין אבל בנד"ז גם מהר"מ יודה כיון שהקביל על אנשים בשם ובכינוי, ועוד דכ"ן מהרמב"ם והש"ע ז"ל דלא מצאו פיטור למוסר אם לא נשא ונתן ביד זולת באנוס להראות משמע דבלא אונס גם אם הוא שוגג כגון נתכון להציל וממילא האחר ניזוק חייב וכן הרוצה לדקדק היטב בתשו' אבק"ר הנז' יבין דהגם שרבקה היתה מסירתה רק לתועלתה וממילא הוזקה חנה עכ"ז חייבה בתשלומין ועוד דהכא נמצא כתוב בארס"ו אר"ס עכנאי שכונתו להזיק וגם מעשיו מוכיחים ששונה באולתו עייל ונפיק לחצר המלכות לאמר כלו מעשיכם ומתרי טעמי אלין חייב מור"ם את המוסר בתשו' סי' פ"ח ע"ש ועוד דהכא אנן ידעינן דאיהו קים ליה שהשרפה יצאה מבתו והנה אפי' במסופק כתב מהרי"מ ט"ח ח"א סוס"י מ"ו דל"א לפטור באומר דידי מסרי אלא בברור לו שהוא שלו אבל בספק אפי' אם יש ספק אם יטלוהו גויים חייב עש"ב וגם אין לדמות זה לדין נחבל שכתב מהר"ם והבי"ד מורם בהגה סי' שפ"ח לפטרו משום כי יחם לבבו כי מור"ם באותה תשובה כתב דל"א מהר"ם זולת בידוע בעדים שחבל ולא באומד"ד וגם דוקא בהלך בשעת זעמו וגם דוקא כשלא יש ב"ד בעירו ע"ש והכא כולהו תלתא ליתנהו דליכא אפי' חשש אומדנא ואינו בשעת זעמו דלא הקביל אלא למחרתו אחר חצות היום וגם איכא בעירו ב"ד ספרדים ואשכנזים ואין פוטר אותו מדין מוסר גמור וממילא נתבאר שהוא פסול לעדות ולשבועה ובהא איפשוט בעיון בענין החז"ר והשלוחיות דפקע זכותיה מנייהו כיון שהוא מוסר גמור שדינו מפורש במס' ע"ז דכ"ז שדינו מהנך דמורידין ולא מעלין איך נספי ליה כתורא מדמן וחלבן של עניים ות"ח ומאן ספין למעול בקדשי שמים ולשנות מדעת בעלים שכונתם לזכות בנדבותם לחיי עוה"ב וגם המנהלים לא זיכו לו רק טרם שנתגלה קלונו אבל אחר שקלקל אדעתא דהכי לא זכה וזה נלמד מק"ו מתשו' הרא"ש הידועה ופסוקה באה"ע בקלקלה אחות המשודכת דפטור המשודך מחיובי ממון ושבועה כיעו"ש וכ"ש הכא דהקלקול בגופו ממש ודאי דאדעתא דהכי לא זכה ואין לטעות ולומר דהכא דיש לו זכות מקדם הו"ל ממנו ובסי' שפ"ח פסק דאסור לאבד ממון מוסר דמלבד מ"ש הש"ך ז"ל שם דרק לאבדו בידים הוא דאסור אבל בגרמא וגרמי מותר והעלה דאסור להחזיר לו אבדתו ע"ש וזה לא עדיף מגרמא, עוד אני אומר דל"א רק בממונו המוחזק בידו כבר וזה עדיין לא בא לידו ולגבי השליחות לא צריכה למימר דמלבד כל האמור הרי השליח דינו כשותף או כבן בית דאי תבעוהו לישבע חייב וכיון שהוא מוסר ופסול לשבועה איך יהיה שליח: ג) ולענין התשלומין מה ישלם

לנמסרים הנה מדברי מרן בסי' שפ"ח ס"ב שכתב המוסר ממון ביד האנס וכו' חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כל מה שלקח האנס וכו' לא נתבאר רק על מה שלקח האנס ולא על שאר הפיזורין שנתגלגלו מזה להצלה מהמסורה אבל מתשו' אבק"ר סי' פ"א מבואר שדעתו לחייב את רבקה בכל ההוצאות והפיזורין שסבבה לחנה במסירתה ע"ש וכן מפור' בתשו' מהרי"ו סי' קי"א וז"ל ועל ראובן שהיה לו דברי ריבות עם שמעון ומתוך כעסו הלך וסיפר אל העירון ומתוך כך נתפש שמעון וביום הנועד למשפט אמר ראובן לעצה כי לא היתה בסיפורו לעירון בדרך הקבלה רק הזכרה שאם שמעון ימאן לעשות לו דין ישראל שיהיה נזכר מהדברים ובכן יצא שמעון זכאי בדינו ועתה שמעון תובע יציאותיו שהוצרך לשלוח אחר אוהביו וגם שחדים ויתר הוצאות נראה דחייב לשלם כל יציאותיו כדין מסור כמ"ש מהר"מ במרדכי שלהי ב"ק ובתשו' מיימוני על מי שרצה להכריח לחבירו לד"ת ע"י גויים וכאשר רצו לתפשו עמד מנגד עד שהרגו אותו ודן מהר"מ על האיך כל דין רוצח ע"ר וכן דן מהר"ם מלובלין סי' ס"א לחייב המוסר בכ"מ הוצאה ואפי' בביטול מלאכה שגרם לו ע"ש ודון מינה לנד"ז שחייב המוסר לשלם הוצאות הקונסולים והשוחדות והסופרים וכל הוצאה הנמשכת ונתלית במסירתו באין ספק, זולת מה שיש לעמוד בזה הוא משום דאע"ג שהיו הנמסרים בצע"ר הגבוה ואימות מות ולדינא בתר דינא מ"מ רחמי שמים רבים ולבסוף נידונו ויצאו נקיים, ועתה ויאמר המוסר כי הרשב"א בח"ה סי' רפ"ח והבי"ד ב"י בסי' שפ"ח כתב וז"ל וא"כ גם ראובן שהלשין את שמעון אם ימצא שמעון פטור שלא עשה שום דבר שיענש כלום לא מחמת מלשינות ולא מחמת מזיק הרי מלשינותו מדרך האמצעי וכו' ואם יטעון הרי הגיעו נזק ממון ונזק הגוף שהכהו בעל החצר וכו' והוציא הוצאות ע"ז אין זו טענה כי על עיקר המלשינות לא הגיע לו שום נזק שאילו הלשין אותו בדבר שהעושהו היה חייב בגוף או בממון היה הדבר כן אבל זה לא הגיע לו נזק מצד עיקר המלשינות וגם אילו המתין ולא הוציא היה נקי מכל עונש וכו' וכן בבע"ח ח"ב לח"מ סי' ס"ו הביא תשו' אחרת משמו דומה לזה, וז"ל וכן אם הלשינו והפסיד ממנו ממונו או גופו לנכרים והוצרך לפדות עצמו בכל כיוצא בזה יש לו תביעת ממון וכו' אבל מה שנתרעם ממנו לדון עמו בעש"ג וכדי שלא ידון עמו הוציא מרצונו שוחדות וכו' זה היה שוטה ורצה ליזוק בנכסיו ע"כ, וא"כ גם כאן נימא דהיה להם להמתין והיו יוצאים נקיים וכאשר לא המתינו המה הזיקו נכסיהם ואני פטור, וכ"מ מתשו' מור"ם סי' פ"ה שרצה לפטור מיכל ממסירה מהך דהרשב"א וז"ל ועוד דהרשב"א כתב דמאחר שמהמסירה יצא נקי ואף מהתפיסה היה יוצא אילו המתין אין זה רק גרמא אע"ג דלא משמע כן ממהר"מ ומרדכי ומהרי"ו ומהרי"ל ז"ל מ"מ אין יכול להוציא ממנה נגד הרשב"א מאחר שיש הוכחות שעיקר תפישתו לא היה ממנה וכן יראה מהראיות שכתב לה מהר"י ע"כ מ"מ אמינא ליה בנד"ז לא צדק בזה דמלבד דבדברי הרשב"א מפורש דלא פטר רק שם שמעיקר המלשינות לא היה מגיע לו שום נזק אילו המתין וההוצאות שנמשכו אינן אלא גרמא ומשו"ה פטור משא"כ במלשינות זו שהיא עלילת רצח ואם ימתינו ח"ו היה נמשך להם דין רוצחים, חלילה להרשב"א ז"ל לפטור בה ואם אין לזה דין מסור למי יהיה, ועוד דמדוקדק בדברי מור"ם דלא סמך על הרשב"א שלא להוציא נגד רבים זולת כמ"ש אין, יכול להוציא נגד הרשב"א מאחר שיש הוכחות שעיקר תפישתו לא היתה ממנה וכו' ויש לדון בכונתו

אחת משתיים או דס"ל דגם הרשב"א יודה כשעיקר התפישה היתה ממנה או משום דלא נסמוך עליו נגד רבים זולת בכגו"ז וממילא בנד"ז שמפורסם שעוקר התפישה מהמוסר יאמר מור"ם ז"ל דחייב לשלם, ועוד הנה הרב בע"ה ז"ל שם בנדונו חילק מהך דהרשב"א דל"א לפטור זולת היכא דאין נפקותא בין דיננו לדין עש"ג משא"כ כשיש נפקותא ועוד דל"א רק כשלא עמדו לדין תורה אבל כשנגמר הדין ביניהם ושוב תבעו לעש"ג יודה הרשב"א ועוד דל"א הרשב"א רק כשיהיה ספק אולי יזכה הנמסר גם בדיניהם או אולי לא יוליכוהו שם ויתבטל הדבר מעיקרו אבל כשיצא הדבר לפועל ושמו אותו במאסר יודה הרשב"א ע"ש שעפי"ז חייב שם בנדונו, ומעתה בנד"ז דיש נפקותא גדולות בין דיננו לדיניהם בזה וגם שאף שלא נגמר הדין ביש' הו"ל כנגמר דגם דרדקי דבי רב ידעי דאין על הנחשדים שום חיוב, וגם שיצא הדבר לפועל, ושמו אותם בבור הרי תלתא בחד קינא דגם הרשב"א ז"ל מדילנא הוא להודות שחייב בתשלומין וד"ב: (ד) אבל באיזה אופן יגבו ממנו ההוצאות הנה אם יש להם שני עדים על ההוצאות קרא כתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר ודבר מפורש בסי' שפ"ח דמקבלים עדות שלא בפניו וא"ץ לכוין העדות כ"ך וז"פ וכשאין עדים כלל הנה בסי' שפ"ח כתב מרן כלשון הרמב"ם ז"ל מי שיש עליו עדים שמסר את חברו וכו' ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמס' אומר כו"ך הפסידני והלה כופר במה שטענו אם תפש הנמסר און מוציאין מידו אלא ישבע בנק"ח וזוכה במה שתפש ואם לא תפש אין מוציאין מהנמסר אלא בראיה ברורה ויש מי שאומר שאם המוסר אומר איני יודע כמה הפסדת על ידי ישבע הנמסר ויטול ע"כ ובב"י הביא מהה"מ שדקדק מדכתבהרמב"ם והמוסר כופר משמע דאם אינו כופר אלא אומר איני יודע דס"לי כר"ת דבזה ישבע הנמסר ויטול ועיין בש"ך סקל"ז די"ל שמרן שהעתיק לשון הרמב"ם ממש י"ל דהכי ס"ל ויישב מ"ש זה בשם יש מי שאומר ע"ש, והנה בהגה סיים וכ"ז במוסר ממון אבל במוסר גופו הנמסר נשבע ונוטל וכן אם גרם לו תפושה דהו"ל כמזיק בידים והש"ך ז"ל בס"ק ט"ל הביא כמה פוס' דקיימי בשטת מור"ם רק למוסרי לאמר קי"ל כוותיה ע"ש, ומעתה בנד"ז ל"מ אותם שנתפשו שיכולים לישבע וליטול אלאי גם אותם שלא נתפשו הנה לא ימלט המוסר לומר שלא הפסידו כלל כי הנה נא העיר הזאת מצער היא' וגלוי לו ולכל, שהיו הפסדיות ולא יוכל לומר רק יודע אני שהזקתי ואיני יודע כמה, ובזה הנה כתבנו דגם להרמב"ם ומרן ישבע ויטול ויותר מזה יש בנד"ז דיש' כמה הוצאות שמחוייב להודות בהם ולא יוכל לומר איני יודע כמה כגון ריסומאת הידועים בחק אם לשררה בג'לסאת ובעלאם הפיטורין ואם לקונסולים בכרג' רא וכו' וא"כ אינו יכול לומר איני יודע כמה הזקתי אלא חמשין ידענא, והשאר שאתם טוענים יותר מזה לא ידענא וזה דינו מפורש בח"מ סי' ע"ה סי"ג בטוען מנה לי בידך אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע (דהא אמר איני יודע) משלם והתובע אין לישבע ע"ש ועיין בסי' שפ"ח ס"א שכתב שם הש"ך דלהרמב"ם ומרן ז"ל בטוען חמשין ידענא והשאר אינו יודע אפי' במידי דלא למידע אמרינן משאיל"מ וכן האריך והעלה להלכה בסי' ע"ב סי"ב דכל שהתובע אינו יודע בודאי שהנתבע אינו יודע הו"ל משואיל"מ זולת אם מודה התובע שודאי הנתבע אינו יודע וכן נמי יש לדון בשיש שני עדים שידועים במקצת ההוצאות והשאר אינם יודעים דהו"ל כמודה עצמו במקצת וכמ"ש בסי' ע"ה ס"ד כפר

בכל ועדים מעידים שחייב לו חמשים ישלם חמשים וישבע מן התורה על השאר שלא תהיה הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ע"כ והגם כי בפת"ש דאיהו ז"ל חלק עליהם אמנם הרב בע"ח בתשו' דסי' ס"ו הנז' כתב דהש"ך יחיד בזה ואין הביא מרעק"א שבתשו' בשמים ראש כתב דבאומר בזה איני יודע ל"א מתוך שאיל"מ, הנה הביא שם משם בית אפרים חח"מ סי' ט' דהך תשו' לאו מר בריה דרבינא חתים עלה והוכיח מהרא"ש להפך ע"ש, וא"כ כשיש שני עדים על מקצת והוא טוען על השאר איני יודע קם דינא דמחוייב שבועה מה"ת, (ולעד"ן דכן דעת מרן דכיון דעדות עדים גדולה מהודאת פיו פסק דבאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא הו"ל משואיל"מ כ"ש בהעדאת עדים) ומתוך שאיל"ל דהא אינו יודע וכ"ש במסור דבלא"ה פסול לשבועה ודאי דמשלם בלי שבועה לשכנגדו, וכן כתב להדיא הש"ך בסי' שפ"ח סקל"ו דלהרמב"ם ומרן במסור שמודה במקצת ועל השאר אמר איני יודע דהו"ל משואיל"מ הגם דלא הו"ל למידע אלא דלהלכה הצ"ע לסוברים דכל דינא דגרמי הוא דרבנן ולדעת הרמב"ן דס"ל דאין משביעין ש"ד בדינא דגרמי ע"ש, ומלבד שהקצ"ח ז"ל בסקי"ג שם תמה על הש"ך במה שייחס ס' זאת להרמב"ן ואין הדבר כן ע"ש, נלע"ד דאנן בדיקן דאתכא דמרן סמכינן פלטינן מהנך תרתי שחשש הש"ך להלכה דאי משום דד"ג הוא דרבנן הנה מרן בפ"י פסק בש"ע דאם מת המסור גובין מיורשיו, ועיין באחרונים דה"ט משום דדינא הוא ולא קנסא ואי משום הך דהרמב"ן הנה בב"י בסי' שפ"ו הביא מבעה"ת בשורף שטר והודה במקצת כמה היה כתוב והשאר כפר דחייב ש"ד ואם אמר נ' ידענא ונ' לא ידענא הו"ל משואיל"מ, ע"ש, וזה מדין דינא דגרמי והרי חייבו שבועה ומרן לא הביא שום חולק בזה ש"מ דהכי ס"ל ועיין בש"ע סי' שפ"ו ס"ב ומ"ש הש"ך שם, וגם הרב בע"ח בתשו' דסי' ס"ו כתב דלפי' הה"מ נמי שפי' בכונת הרמב"ם באמרו והמוסר כופר דבא לאפוקי אם אמר איני יודע שדינו לישבע וליטול ולא כהש"ך שפ"ו לאפוקי מודה במקצת דהוי משואיל"מ) מ"מ אם המסור מודה במקצת נוטל ממנו הכל בלאי שבועה, זולת שהרב שם חילק בין אומר הזקתי ואיני יודע כמה דזה שכנגדו נשבע ונוטל ובין אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא דנוטל בלא שבועה (אפשר ה"ט דבן'ידענא וכו' אמרינן ליה מדנחית למידע נ' הי"ל לידע הכל משא"כ באומר לא ידענא הכל) ולפמש"ל להרמב"ם והש"ע דאפי' במידי דלא הו"ל לידע ס"ל משואיל"מ אפי' שאין לחלק בכך כל שהודה במקצת באיזה אופן ומ"מ בנד"ז כבר הוכחנו שבע"כ יאמר נ' ודענא ונ' לא ידענא ולכל הדברות הו"ל משואיל"מ בלא שבועת הנמסרים והנה ראיתי להמבי"ט באבק"ר שם אחר שהביא דברי הרמב"ם ומ"ש ה"ה עליו סיים וז"ל ואם כן בנ"ד אם אינו יודע בעדים כמה הפסידה חנה אם רבקה אינה יודעת חנה נוטלת בשבועה ואם הוא כופרת במה שטוענת חנה שהפסידה או במקצת אם תפשה חנה ואין מוציאין מידה ע"כ והנה פשוט דמ"ש שאם אינה יודעת רבקה תטול חנה בשבועה אפי' בלא תפישה הוא לה"ה דס"ל שכן דעת הרמב"ם וכן מ"ש אם כופרת בכל וחנה תופשת אין מוציאין מודה ודאי היינו בשבועה דזהו דעת הרמב"ם וא"כ מה שכלל עמה כופרת מקצת היינו דכוותה שתזכה בתפישה בשבועה וה"ד אי שכפרה מקצת והודית בשאר הרי כתבנו דמוכח דהו"ל משואיל"מ אפי' בלא תפישה אם לא שנאמר דכפרה מקצת בכריא ועל השאר אמרה אינה יודעת אבל מרן שם בסי' פ"ה כתב בקצור ועל ההוצאות וכו' הכל תפרע רבקה

מכתובתה כדין מוסר שכתב הרמב"ם וכו' ובזה כלל כל הפרטי' שיהיו בטענות רבקה שידונו עפ"י ההלכות שכתב בזה הרמב"ם ז"ל: יתר על כן יש לדון בזה דהגם דליכא רק עד אחד שמעיד עדות ברורה על הפיזורין וההוצאות שנעשו ע"ז דג"ז יהיה די ליטול מהמוסר מבלי שבועה מהנמסרים דכיון דעיקר דינייהו כשאמר איני יודע שיטלו ממנו בשבועה השתא דאיכא עז"א הנה מרן בש"ע סו' ע"ה כתב די"א ע"א פוטר משבועה וי"א שאינו פוטר וכ"כ בסי' פ"ז ובהגה הכריע ד"ה כי"א קמא והוסיף די"א גם בנשבע ונוטל דע"א פוטר משבועה, אה היה נ"ל לכאורה אבל ראיתי דמהא לא איריא דמלבד כי הש"ך בסי' פ"ו סקי"ט כתב דמהר"ם דאיהו אבוה דהאי דינא דמור"ם כתב בתשו' מימוניות לס' משפטים סי' ס"א דבחדש דקי"ל שכנגדו נשבע ונוטל לותיה להאי דינא דא"ך לא שבקת חיי לחשוד ע"ש ומינה לכאורה דה"ה למסור (המענין בגוף התשו' יראה הט' הוא משום דכיון דא"א לו לחשוד לישבע וא"כ אי אמרינן דכשהעד מסויע לשכנגדו פוטר משבועה והחשוד שאיל"מ נמצא עד זה בא לחייבו ממון ואנן קיי"ל דע"א קם לשבועה ולא לממון ויש נ"מ בין שני הטעמים שו"ר לג"ב מ"ב סי' ז"ך עמד בזה ואכמ"ל) ועוד דאנן קי"ל בדעת מרן כשמביא י"א וי"א דס"ל דס"לה', כי"א בתרא והגם דיש מפקפקים בזה וס"ל דלא הכריע הכא נלע"ד שהכריע כי"א בתרא ממ"ש בסומן כ"ח גבי ישראל שתובע לגוי וכפר ויש לגוי ע"א מותר להעיד לו אם יתבעהו ועיין בעיקר, הדבר שהוא מתשו' הרא"ש ושם הטעם משום דגם בדיננו אם יאמר פרעתי או יכפור פטור (הגם דבדיננו חייב היסת עכ"פ עיין בסי' צ"ב דחשוד וה"ה גוי פטור בנא היסת) אבל הטור שם סיים דגם בדיננו עד המסייעו פוטר וכתב הב"י דאתא לאשמועינן דגם אם הגוי מודה במקצת דהו"ל מחוייב ש"ד ומשאל"מ מ"מ עד המסייעו פוטר ואי ס"ל למרן דעד המסייע פוטר אמאי בש"ע לא כתב דינו רק כשהגוי כופר ולא גם במודה במקצת כהטור א"ו דהכריע כמ"ד אינו פוטר וק"ל מזה אני תמה על משכה"ר במע' עין דכתב קי"ל דע"ח המסייע פוטר ואיהו מאתרא דדייני כמרן) לזה נ"ל דהא ל"ש מתייא אבל הנה מצאתי למור"ם בתשו' בסי' פ"ו במסירת מיכל לר"ש שכתב על טענת מיכל שלא ידעה אם פשרת ר"ש עם הדוכוס אמת כיון שר"ז מעיד על הפשרה אע"ג דאינו אלא ע"א מ"מ מהני כמ"ש מהרי"ו במרדכי פ' הגוזל בתרא דאם היה לנמסר ע"א חייב המוסר מודי דהוה אנסכא דר' אבא בב"ב דל"ג (פסוקה בח"מ סי' ע"ה סי"ג דאפי' אינו טוען מפי עצמו אלא מפי העד הו"ל משואיל"מ ה"ן בכאן הו"ל מחוייבת שבועה עפ"י העד ואינה יכולה להכחיש העד נאמן עליה עש"ב ודון מינה לנד"ז (מזה אני תמה למה שראיתו בלחם רב סי' קצ"ד שהיה שם ע"א על ההוצאות ודן מתשו' מהר"ם הנז' דמשמע דבעי דוקא תרי סהדי ועדותם מבוררת והוא פלא דגם בלשון שהעתיק שם מגוף התשו' כתוב בשני עדים ברורים או ע"א ברור כנסכא דר"א) אלא דלא זכיתי להבין דעת הגאון מהר"מ מאי שנא מסור מחשוד דבחדש אין ע"א מועיל ובמסור מועיל ולכאורה טעם אחד להם ואפשר דבמסור נמי מודה דהיכא שיש לו תביעות מצד אחר ומתוך שהוא פסול ואינו יכול לישבע גם הוא ע"א לא יחייבנו אבל הכא דהתביעה היא על מה שהפסיד חבירו והעד מעיד והוא אינו יכול להכחישו מפני שאומר איני יודע לא משום שהוא פסול לזה ע"א מחייבו מור"ם ז"ל דאיהו בקי טפי מינן ודן דע"א מחייב ודאי כוותיה נקטינן: רק אם באנו לחייבו רק משום עדות העדים כנז' צריך לעיין בזה

אם לא ימצאו עדים רק מקהלנו הספרדים אם יועילו לעדות זה יען כי כאשר נמסרו האנשים האלה לא היה ספק בידם להוציא מכיסם להצלתם ומצאו מנהלי כוללינו עצמם חיובים להוציא עליהם מכיס הכוללות שכן הדין נותן כמ"ש מהר"מ מלובלין ז"ל בסי' ק"ך לחייב את הקהל לעזור את הנמסר מצד הדין הגמור מתרי טעמי אחד כדי שיעמידו הדת על תלה ולא יוסיפו בני עולה וכו' וזה כחיובים לעשות חומה לעיר שהדין לכופה זה את זה והשני שאם לא יגדרו הפרצה גם עליהם יעבור כוס והו"ל כשותפים בעלילה ע"ש וגם מהרי"ו סי' קמ"ח וקמ"ט חייב להציל הנתפס ביד גויים מדתנייא בפ' בן סו"מ מנין לרואה את חברו טובע בנהר או לסטים באים עליו שחייב להצילו ת"ל לא תעמוד על דם רעך ומסיק דגם למטרע ולאגורי חיוב ע"כ גם הרא"ש בכלל ו' סי' כ"א וכ"ב והבי"ד בהגה בח"מ סי' קס"ג ס"א דהוצאות שהוציאו לבער המסור כל הזרים בעיר חייבים ליתן לזה ועיין מזה להלח"ר ז"ל בסי' קצ"ח אלא דהתם חייב לנמסר לשלם למשלם בעדו והוא דיניה עם המוסר אמור מעתה ל"מ להנך פוס' דמשמע מסתמיות דבריהם דלא הדרי העוזרים על הנמסר לפרוע להם דבנד"ז התובעים מהמוסר המה הכוללות דלהם הפסיד אלא גם להלח"ר דס"ל שישתלמו מהנמסר ואיהו גבי מהמוסר מ"מ ודאי דאיהו מודה דכשלא יש לנמסר לשלם דדין הכוללות גבי המסור דקי"ל מוציאין מזה ונותנין לזה מדר"ן כמבואר בח"מ סי' פ"ו ונמצא לכל הדברות בנד"ז דהנמסרים אין להם לשלם דיניהו דהכולל עם המוסר וא"כ איך תקבל העדות מקהלם עליו והרי נוגעים בעדות ומפוי' בח"מ סי' ל"ז דבאומר תנו מנה לעניי עירי אין דנין ואין מביאין עדים מאותה העיר והגם שסיים שם כבר נהגו לקבל עדים מהקהל וכו' עיין למהראנ"ח ח"א סי' כ"ט דזה דוקא בעניינים הכוללים לקהל אבל בטו"ת שבין רבים ליחיד לא ע"ש ונד"ז הוי בין רבים ליחיד לזאת אשיב כי ראיתי להרב ד"ן ח"מ סי' כ"ב שעמד בזה והאריך בפלפולו ואסיק להלכה ומכח מנהג ג"כ דלא נאמרו כל השיעורין הללו רק לבני חו"ל שהעניינים סומכים על יחידי קהלה ומהם הם מסתפקים כל צרכם אבל בא"י שהעניינים שבה אינם סומכים על בני העיר אלא הספקתם וכל צרכיהם מאחב"י היושבים בחו"ל כידוע לא הוו בני העיר נוגעים בעדותם על נכסי העניינים כלל בין מצד הדין הגמור בין מצד המנהג ע"ש ועוד מטעם אחר אני אומר דלגבי תביעה זו של הכולל מהמוסר לא בעו עדים כלל אלא כל הברור לטובי העיר או לרוב הקהל שהוציאו ע"ז ויודעים הדין כי מצד מסורתו מחוייב לשלם דעבדי דינא לנפשיהו וגובין ממנו וכמ"ש הרא"ש בכלל ז' סי' כ"ו דדבר הברור לרוב הקהל או לרוב טו"ה עבדי דינא לנפשיהו וכתב עוד דאם יש גבאים בעיר הם נאמנים ע"כ בני העיר וכו' ועיין מזה בהגה לח"מ סי' ז' וגם בהגה שם סי' ד' אחר שכתב בשם י"א דלא עביד איניש דינא לנפשיה אלא בדבר יכול לברר שהוא שלו סיים וכ"ז ביחיד נגד יחיד אבל ברבים נגד יחיד עבדי דינא לנפשיהו אם יודעים שהדין עמהם אעפ"י שאינם יכולים לברר לפני ב"ד כי אינם יכולים להעיד שכולם נוגעים בדבר ע"ש וא"כ לפי כל האמור בנד"ז גם בלא עדים מצו גבו מניה בחזקה דעבדי דינא לנפשיהו וכ"ש במה שהם תפושים ממנו שטרי מו"ש שיש לו על הכוללות וכו' שאפי' אם ימצא איזה חולק על הכתוב לעול מהנייא תפישתם להיותם מוחזקים והגם כי המעיין בפוס' יראה בלבולים מה תפישת מהנייא אי דוקא כשתפש ברשות ומה היא תפישת ברשות עיין בס' תקפו כהן ובתומים ח"מ סי' כ"ה



ונק"מ בכללי התפישה שם בסי' כ"ה ובשבו"י ח"ב בכללי התפישה ועוד מ"מ לענ"ד העלותו במ"א דלמרן דסמכינן עליה ס"ל דכל תפישה מהנייא כי כל עיקר החילוקים בזה יצאו להם מדק"ל מאי שנא דספק בכור שתקפו כהן שמוציאין מידו ואילו בשטר שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואמרו כת"י הוא זה אבל קטנים היינו וכו' דקי"ל בח"מ סי' מ"ו דלא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה משום דאי תפש לא מפקינן מניה וע"ז יצאו ז"ל לחלק וכו"א לדרכו פנה אבל מרן שפסק ביו"ד סי' שט"ו דגם בס' בכור אין מוציאין מידו א"כ ס"ל דגם תפישה של"ב וגם אחר שנולד הספק וכו' כולהו מהנו דדמו לס' בכור והגם דהכא יש בידו שטר והש"ך כתב שם דתפישה נגד השטר לא מהנייא משום דבעל השטר הוא המוחזק ואף דהתומים שם והקצה"ח בקו' הספקות חלקו עניו הנה הנתיבות שם וישב עליו והו"ל ס' מי נקרא מוחזק ובזה אכתי לא ידענו דעת מרן איך ס"ל מ"מ לאו תברא היא דהא ביש מחלוקת מי נקרא מוחזק עיין לכנה"ג בכללי הקי"ל או"מ דאזלינן בת"ר, והכא עיין לו שם באו' מ"ה שכתב כי הריב"ש והר"ן והרמב"ם והרשב"א והרדב"ז והר"י הלוי וכל הסוברים דגם במקום השטר ל"א מגו להוציא ס"ל דבעל השטר לא הוי מוחזק וגם הסוברים דאמרינן מגו הוא מטעם אחר וכ"ך בסי' ס"ה הגב"י או"ל, וגם המט"ש בכללי הקי"ל או"מ ד קבץ רובא דרבוותא דסל"ה ובזה רוחא שמעתתא דהעיקר דתפישה גם נגד השטר מהנייא להו: אתאן השתא לשאלה האחרונה שהמוסר הזה יש לו שטרי מו"ש על הכוללות האם גם בלי תביעת ההפסד שהפסיד אותם יוכלו שלא לפרוע לו כדין החשוד שמוציא שטר על היתומים המוזכר בח"מ סי' צ"ב סי"ב, בזה צריך לעיין בכמה ספיקות א) דלא הוזכר זה רק ביתומים ומאן יימר דבממון עניים כזה יהיה לו דין יתומים ב) דלא נאמר זה זולת כשלא האמינו הלוח עליו ועל יורשיו והכא אותם הממונים כותבים שמאמינים את המלוה עליהם וע"כ הבאים אחריהם לשרת בקדש ובמאמינו עליו ועל יורשיו קי"ל בסי' ע"א ובסי' ק"ח דביתומים גדולים גובה בלא שבועה וכיון דא"ץ שבועה גם אם הוא חשוד לא יפסיד ג') דאולי בשטרי מו"ש דידן דינא הוא דיכול לעכב המכר בידו כיון שההטבה לחזרת המקח אינה אלא מהמוכר וא"כ נימא דהני שטרי לאו לפרעון קיימי ואין חשש שמא נפרע גם לאחר זמנו שנאמר שחייב שבועה שמא נפרע ולהתיר ספקות אלה קמא קמא הנה המעיין בסה"ק יש מאין ח"א סי' י"ב יראה שכבר היה ומעשה כזה פעי"ק במשכנתא שההטבה היתה מצד הממשכנים והממושכנת בידו היה רוצה להחזיק בה לד"ע ומטיבותיהו דבדה"ץ שמו עיניהם עלי לעיין בזה ואני בעניי העליתי שמה דבין מצד הדין בין מהמנהג אין בידו לעכב לא במשכנתא ולא במו"ש יעוש"ב וכן נגמר הדין ונעשה מעשה בנדון ההוא וכן אנו דנין בכל יום בבא הלוח לפרוע שהמלוה מחזיר לו את מקחו ונמצא דהנך שטמו"ש לפרעון קיימי, ויוכלו היתומים לטעון ואנן טע"ל שמא פרע אביהם, ולספק ממון העניים אם דינו כיתומים הנה מתוך דברי הריב"ש בסי' תק"ז מפורש שדין הקדש עניים כדין היתומים וכן למד מדבריו מהרש"ג בסוס"י י"ז לענין זה דנאמנות וכן יש ללמוד ממ"ש מר"ן ביו"ד סי' ק"ס לענין רבית דרבנן דשויים הם בהיתר, וממילא יש ללמוד להשוותם ליפו"ך בכל דיניהם, וגם בדין זה דחשוד המוציא שט"ח עליהם שיפסיד יהיו שויים שכמו שמפסיד לגבי יתומים כן יפסיד לגבי ממון עניים, ובפרט דממון זה עצמו יש בו זכות גם ליתומים גדולים וקטנים ומאן ספין להוציא מהם לחשוד, ואודות

הנאמנות מלבד שבסי' ע"א פסק בס"ב דהא דמהני נאמנות בלא קנין דוקא בשעת הלואה אבל לאחר הלואה ולא קנו מניה לא משתעבד ע"כ והכא ידוע דבשעת הלואה ודאי לא האמינוהו דהא בשעה שלוקחים המעות כותבים לו המכר ואחר זמן מועט אז כותבים ומתחייבים בשכירות וההטבה ועליהם השעבוד והנאמנות ואם לא יעשו כן יהיה בסוג רבית וכמ"ש הפוס' ע"ש בס' יש מאין דזהו עיקר ההיתר וכן כותבים להדיא בכל השטרות אחרגמר ענין המכר אז כותבין אחר כל זה בא וכו' ובהני שטרי שכותבין הממונים למלוה המה כתובים בהודאת עצמם לא בעדים ואין שם שום קנין ואף שלפעמים כותבים והכל נו"ן בקגו"ש שקא"מ וכו' אנן סהדי דלא היה שם שום קנין והדבר ידוע גם למלוה ורק הסופרים לשופרא דשטרי הורגלו לכתוב כן ומעתה דאין שם קנין ולא נאמנות בשעת הלואה היכי מהני נאמנות זה, ובפרט דאפ"י אי מהני נאמנות זו יש לדון דלא יועיל מה שהאמינוהו גם על הבאים אחריהם לשב"ק דאם אמרו דיוכל הלוח להאמינו על יורשיו אינו אלא משום שהנאמנות היא על ממון שלו משא"כ בממון עניים שאינו של הממונים, וזה יש ללמוד לכאורה ממ"ש בש"ע סי' ע"א סי"ט דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות אפ"י התנה בפירוש שיגבה מהלקוחות בלא שבועה וכו' הרי שאינו יכול להאמין לחוב לאחרים ורק לגבי יורשים משום שלא זכי בממון זולת אחר פרעון חובו שהאמינו עליו.

אבל ראיתי במהרש"ג ז"ל שם שנדונו כזה שהאמינו הפרנסים למלוה גם על הפרנסים הבאים אחריהם ועמד בזה וכתב דכיון דהצבור שמו הפרנסי' עליהם ונתנו להם כח לעשות בנכסים כמו שירצו א"כ הוו הנכסים כשלהם וכו' ויכולים לעשות וכו' ולהאמין למלוה עליהם ועל הפרנסים הבאים אחריהם ע"ש ועכ"ז לעד"ן דלאו מתייא היא לנד"ז דהכא ידוע שכל העוסקים עם העניים והלווים לצרכם אינם רק מאליהם לזכות העניים ולא שנתנו להם כח לעשות בנכסיהם כמו שירצו ועוד דהתם מפורש בדב"ק שנדונו מיירי בנכסים מיוחדים קרן קיימת ורק הפירות לעניים וכמש"ש לקמיה וז"ל שסוף סוף הם הנכסים של הקדש וברשותיה דהקדש קיימי כיון שהאמינו חזא זמנא על אותם הנכסים שוב א"ץ האמנה אחרת ע"כ משמע דאותם הנכסים דבשעת האמנה הם של עתה ולא נשתנו לזה י"ל שהם כמו של הפרנסים הראשונים שהאמינוהו ומהני האמונה גם לבאים אחריהם משא"כ בנד"ז שידוע שהנכסים שבאו בזמן הפרנסים הראשונים ספו תמו וקמא קמא אזיל והבאים אחריהם אחריני נינהו וגם הנותנים גם המקבלי' משתנים מזמן לזמן איך נאמר דנאמנות אותם הפרנסים תחול גם על מה שאחריהם והלא אפ"י אם הקהל היו מזכים להם בזכות גמורה מה שעתידי לבא אין כל הפוס' מסכימים שיכולים לזכות דבר שלא בא לעולם, כ"ש הכא דליכא לא זה ולא זאת ודאי דיודה מהרש"ג ז"ל דל"מ נאמנות דידהו על הבאים אחריהם, ועוד יש לדון בזה אפ"י אם יש ממש בנאמנות זה ממ"ש בסי' ע"א סי"ג שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחר בעדים בטל הנאמנות ע"כ ובתשו' עה"ג סי' י"ט מסיק דל"ד בעדים אלא ה"ה אם הוא בענין דלפי דאנן מחזיקים הוא משקר אף דליכא עדים ממש בטל הנאמנות עש"ב והנה במשפט האורים סקי"ז נסתפק בנעשה חשוד שלא מחמת ממון רק מכח עבירות אחרות כגון אוכל נבלות וכו' אם בטל נאמנות וכתב דלא מצא גילוי לזה אלא דמסברא נראה שכיון שחז"ל אמרו שאינו נאמן אפ"י בשבועה לענין ממון מכ"ש שי"ל לא

האמנתך על חזקה זו ע"ש ועיין בתשו' רב"א סי' כ"ה הבי"ד כנה"ג בהגה"ט סי' ע"א אומ"ז דהיושב על המשפט שכתבו לו נאמנות במינויו ואח"כ הוליך היחידים לערכאות הוי כנמצא המלוה כפרן ובטלה נאמנותו ע"ש ומעתה מכ"ז נראה דבנד"ז שמסר קהל ועדה מישראל לעש"ג בגופם ובממונם כל הנז' מודו דבטלה נאמנותו אפי' אם הוייא נאמנות גמורה ובפרט לפי מה שכתבו מזה כמה שנים למעלה מ"מ רו"ח העיר שהועד עליו בחת"י בדה"ץ שמהכסף שהיה נכנס לידו לכוללות בהיותו סופר וכו' גנב קרוב לק"ן לי"פ מלבד הנסתרות זולת שיש לעיין בתשו' הריב"ש סי' ק"ח והביאה הב"י באה"ע ס"י בנדונו שאפי' אם היתה האשה חשודה כיון שהבעל כתב לה נאמנות בכתובתה גובה מהיורשים בלא שבועה, וכ"כ משמו כנה"ג בסי' פ"ב בהגה"ט או"י ומשם הרדב"ז ח"א סי' ק"ק ע"ש וזה נראה דלא כמ"ש הפוס' הנז' דחשוד אובד נאמנותו וכאשר עיינתי בהרדב"ז מפני שדיבר בסתם אמרתי אולי הוא מדבר על מי שהיה מפורסם שהוא חשוד טרם הנאמנות ועכ"ז האמינו דבזה אמר"י סבר וקבל וכמ"ש זה הש"ך בסי' ע"א משם גדולי תרומה ז"ל אבלבריב"ש מפורש שנעשית חשודה אחר הנאמנות ולכן א"א לזווגו עמהם, ומ"מ אפשר דבנד"ז יודה גם הריב"ש כיון דהוא מוסר ובזה ישתוה עם רב"א ז"ל כיון דדין מוסר חמור דינו מכל עברות וקי"ל דמורידין ולא מעלין ואיך יהיה לו זכות נאמנות להוציא ממון מאחרים, והן לו יהי אלא ספק מ"מ הלוה יזכה להחזיק ממנו מכח קי"ל זהו הנלע"ד והשתא ניהדר לקמייתא דמכח אותם הטעמים או לפחות בצירוף כולם הו"ל הני שטרי דהאיש הלזה כאין בהם נאמנות כלל וחייב שבועה בנק"ח וכיון שבא להוציא מהעניים שהם כיתומים או יתומים ממש ופסול לשבועה כיון שהוא מוסר לזה יפסיד כמ"ש בסי' צ"ב, ואם כנים אנחנו בזה נמצא שמלבד שהפסיד את אלו יוכלו לגבות ההפסד של המסירה ממנו בעדים או אפי' בע"א אם הוא מודה במקצת, וגם בלתי כל זה יוכלו למעבד דינא לנפשיהו ויתפשו ממנו בחזקה כל הברור להם שהדין עמהם וככל הכתוב למעלה בתחלת הדין ונוסרו כל עושי רשעה ולא יזידון עוד וה' יכונן לבנו ולבב כל אחינו לעשות כרצונו וכרצון יראיו ויצילנו משגיאות, ויורינו מתורתו נפלאות, אמן: סי' ג' ראובן שמת בנו בחייו והניח בנים, ולראובן עוד שלש בנות נשואות, ונתן לשלשת בנותיו הנז' עם בן של אחת מהם חצר אחת מחצרותיו עם החזרים שכתוכה במתנה גמורה גופא מהיום ופירות שעה אחת קודם מיתתו רביע מהם לכל אחת מהבנות הנז' ורביע הנשאר לבן בתו הנז', וכעת נלב"ע ויצא השטר במתנה הנז' מיד הבן הזוכה הנז' וז"ן לפ"ע חו"מ בא פ' ואמ"ל אתם הוו עע"ג וק"מ בקגו"ש במדל"ב מ"ך כתחז"ל האמו"ץ שמעתה ומעכשיו אני נותן במת"ג שרו"ק לפ' ופ' לכ"א מהם רביע העליות וכו' הכ"ל מתנה גו"ש כתחז"ל מתנה חלוטה להם ולזרעם אחריהם מתנה דלא למהדר בה וכו' מתנה משופה ומנוקה מכל מין טומ"ש מתנה עשויה בכל חו"ת באוה"מ לפו"ד, וכך אני אומר לכם מתנה זו כתובה בשוקא וכו' ומעתה ומעכשיו אני מסלק ידי וכחי ורשותי ויד ורשות וכח ב"ך מעל המתנה הנז' ומו"מ לא נשאר לי ולב"ך שוה שיור ש"ז כלל אפי' נעיצת ית"ק אלא הכ"ל הם מתנה גמורה החלטית לפ' ופ' הנז' לעשות בהם כחו"ר ולית מאן די ימחה בידיהו וכו', גם קבל אחריות ושעבו"ן לקיום המתנה, וביאר דשייר לעצמו הפירות עד שעה אחת ק"מ אבל הגוף הקנה מהיום ככל מתנת בריא דנהיגי בישראל וקע"ע ועל ב"ך ויורשיו אחריו ס'

הפוסק המאשר שט"ז בכל עניניו ואפ"י שתהיה סזו"י ואפ"י הפוסק עודנו בחיים ולעולם תהיה בעשט"ד עה"ע וכו' ובכ"א אנ"ס דחה"ל ק"מ פ' הנז' בקגו"ש במדל"ב מ"ך כתחז"ל דלא וכו' ודלא וכו' בביטו"ל וכו' לדעת הרשב"א זלה"ה וחתמו בזמן פ' ע"כ תורף השטר הנז', ועתה מקבלי המתנה תובעים לירד למתנתם בכח השטר הנז' ובני הבן יורשים דאורייתא מעכבים לאמר שאין ממש במתנה הנז' משתי סבות אחת כי יודעים הם שמעולם לא יצא השטר הנז' מתחת יד זקנם למקבלי המתנה וכתבו ונמלך עליו זולת שבשעת מיתתו בהיותם טרודים נכנס בן בתו הזוכה הנז' וגנבו מן הדלוסקמא עם שאר חפצים כאשר המה ראו אותו יוצא וצרור תחת כנפיו והוא מכחיש וכופר לאמר שזקנו מסרו בידו מעת שנכתב ואין עדים בדבר שנית טוענים דכיון דעתה יש חק המלכות לכתוב כל הקרקעות בין במכר בין במתנה בפנקס הטאבו וזה לא נכתב אין בו ממש כמוזכר בפוס' ומקב"מ משיבים ע"ז דמלבד דאירעו כמה עובדי דהמלכות סמכה על שטרי מכר ומתנה העשויים בדיננו ועל פיהם עשתה הטאבו גם עתה כן יהיה ובפרט הבנות מקב"מ אומרים דבלא"ה הם יורשי הנחלה במלכות ואיך לא תסמוך דעתם על שט"ד כי אפ"י בלעדו, להם תזכה המלכות מכח ירושה, ועוד דבעיקר הדין בזה יש דעות שונות ושינויים בין נדון לנדון ואנחנו בשם משפט תוה"ק נדגול וכתורה נעשה: ויען כי השני צדדים הנז' עמדו לדין לפנינו לא יכולתי להשמיט עצמי הגם דלא ניחא לי מכמה סבות, ומה גם דלפי מצב הנדון מיבעי לי לברר הדין הזה במעשה הכתב ועתותי אין בידי להאריך בזה ולהעלותם בספר ובדיו אבל מה אעשה ומ"מ ההכרח יאלצני לבחור בדרך קצרה ורק למיצוי הדין בעינא וזה החלי: א) גם אם נאמר כדברי היורשים ששט"ז נשאר ביד הנותן עד יום מותו, מיבעי לן למידע כיון שיש בו קנין אם זכו מקב"מ משעת הקנין או בעינן עד דלימטי שטרא לידיהו, והנה בזה מצאנו מחלוקת ישנה הביאה ה"ה בפ"ח מ"ה גזלה ה"ט דלהר"ח והרי"פ בתשו' ס"ל דגם בשטרי הקנאה לא זכה המקבל עד דמטא שטרא לידיה אבל הרמב"ן והרשב"א ז"ל סוברים דמשעת קנין שעבד נפשיה וזכה המקבל מתנה מההיא שעתא אע"ג דלא מטא לידיה וכ"כ בפ"ט מה' זו"מ אמ"ש הרמב"ם על מי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על ירכו אעפ"י שקנו ממנו לייפות כחו לא זכה וכו' דזה דוקא במתנת ש"מ בכולה אבל במקצתה כיון שיש בהם קנין זכה אע"ג דלא מטא שטרא לידיה וכ"ך הר"י נ' מיגאש ז"ל ע"כ הנה הביא דגם דעת הריב"ם והרמב"ם ז"ל בזה כהרמב"ן והרשב"א וגם הריב"ש בס"א קס"א הביא כ"ז ופסק להלכה כמותם, אבל בעה"ת שער נ"ב ח"ד הבין בדעת הרמב"ם מהך דדייתיקי קשורה דס"ל כר"ח והרי"ף דאפ"י קנו מידו בעינן דלימטי שטרא לידיה, והרב גד"ת הביא דברי ה"ה הנז' שחילק בין מתנת ש"מ בכולה למקצתה, וגם דברי הריב"ש בס"א קס"א שהוכיח מדברי הרמב"ם בפ"ח שכתב אל תטעה במתנת ש"מ שנתן הכל ופירש שהקנה מחיים שאין זה מתנת ש"מ אלא כשאר מתנות הבריאים שאם הגיע השטר ליד המקבל או קנו מידו קנה הכל ואין יכול לחזור בו דמשמע דבקנין לחוד מהני אע"ג דלא מטא שטרא לידיה, והוא ז"ל כתב דלא יספיק חילוק ה"ה לסתירת דברי הרמב"ם דבדייתיקי כתב בכל הנכסים אפ"י בקנין ל"ק ובהך דבפ"ח כתב דאי בקנין קנה ואי משום דהתם בפ"ח פירש הזיכוי במעכשיו והך לא פירש מ"מ הרי כתב הרמב"ם דמתנת ש"מ בקנין בכולה או במקצת בטלה ואם קנו ממנו לייפות כחו הרי היא קיימת ובדייתיקי קשורה אפ"י קנו

לייפות כחו כתב שהיא בטלה ואם יש הבדל בין קנין חזק דמהני לקנין יפוי כח א"כ הו"ל לה"ה לחלק אפי' בכל הנכסים בזה בין אם נעשה בקנין דאם עמד חוזר לקנין חזק דאפי' עמד אינו חוזר ע"כ ואחה"ר לעד"ן דאנה"ן אלא דה"ה אחר דמשמע ליה הך דמתנה קשורה מיירי במתנת ש"מ הנהוגה דלא אתפרש בה שהקנה מחיים וקאמר דאפי' היא בקנין ליפו"ך דאי בקנין סתם בלא קשורה נמי בכל הנכסים ל"ק משום דאין קנין לאח"מ אלא משום שהוא ליפו"ך דהו"א דמהני אשמועינן כשנמצאת קשורה דלא מהני ומשום דהוה ס"ד דגם במתנת ש"מ במקצת שדינה אדרבה דל"ק אלא בקנין נימא דז"א רק כשאינה קשורה אבל בנמצאת קשורה אמרינן מדלא יהיב לזוכה כתבה ונמלך להכי כתב הרבותא ה"ה דבזה קנה והטעם משום דבפ"ח מפורש דמתנת ש"מ דסתם במקצת סתמה כמתנת בריא וכיון שיש ה קנין ממילא דינה כמ"ב בקנין דמשע"ק שעבד נפשיה ול"ב שיפרש שהקנה מחיים בקנין רק בכל הנכסים אח"ך מצאתי להש"ך ז"ל בח"מ סי' נ"ו סקכ"ז שתי' לקו' ע"ש סו"ד הנה הדב"ז במחלוקת הראשונים ז"ל הוא שנוי אבל לענין הלכה לדידן דאתכא דמרן הב"י סמכינן הנה בב"י סוס"י ט"ל אחר שהביא תשו' הריב"ש דסי' קס"א ומ"ח הראשונים הנז' כתב דהטור בסי' ס"ה סתם כדברי האומרים דמשעת קנין קנה אע"ג דלא מטא שטרא לידיה וסיים דהכי נקטינן דהו"ל ר"ח ורי"פ יחידיאי לגבי כל הנך רבוותא וכ"ך בסי' ס"ה אוי"ז ע"ד הטור וז"ל ומ"ש רבינו בשטר הקנאה דמחזירין בכל גוונא כתב ה"ה וכו' (ר"ל מח' הראשונים הנז') וסיים וכבר כתבתי בסי' ל"ט דלית הלכתא כהרי"ף ור"ח בהא וכו' ומזה מדוקדק דהגם שהטור שם כתב במצא שטר מתנה שאם הוא שטר הקנאה שפירש שהקנה לו מיד אעפ"י שלא הגיע השטר לידו יחזיר וכן העתיק לשון זה בש"ע לא ר"ל שפירש בפירוש תוך השטר שהקנה לו מיד שהרי כתב הב"י משם הטור דבשטר הקנאה מחזירין בכל גוונא אלא כמ"ש הדרישה וכ"כ בסי' ט"ל דהכונה היא כיון שים בו קנין זהו עצמו פירוש הענין שהקנה לו מיר, ומכל הנז' משמע דאעפ"י שלא בא שטר הקנין ליד מקבל המתנה מעולם אלא נשאר ביד הנותן זכה מקב"מ, אלא דקשה לזה מ"ש בש"ע סי' רמ"ג סי' ב שטר שכתוב בו שנתן קרקע לפ' בקנין אעפ"י שלא בא שטר זה ליד המקבל אלא לאחר מיתת הנותן קנה ע"כ משמע דמ"מ בעינן שיהיה בידו בעת התביעה ולפי האמור דזכה משעת הקנין מה לי היה בידו או ביד מי שהוא, וכן קשה ממ"ש הטור בסי' נ"ו ס"י במי שחייב עצמו לחבירו בקנין והפקידו ביד אחר בסתם ומת המפקיד לא יתנונו למלוה משני טעמים הא' שמא פרע והחזירו המלוה ללוה והשני שמא לא לווה בו מעולם ובשעת הקנין התנה על העדים שיתנו לידו השטר ולא למלוה וכו' והרי הטור הוכחנו דס"ל דשטרי אקניתא בכל גוונא קנה אפי' עודנו ביד המתחייב ע"כ ומובן כי הטעם השני שייך גם במתנה בקנין, ולא אמרינן דמשעת קנין נשתעבד וכבר ראיתי להב"ח סי' נ"ו וגם הש"ך שם ס"ק כ"ז העירו ע"ז ותי' דמוכרח לומר דמ"ש הטור וגם הרא"ש אביו ז"ל בכלל ס"ו סי' ג' דמשם לוקח דין דסי' רמ"ג היינו כידוע לנו דהקנה בסתם והך דסי' נ"ו באין ידוע ולפיכך חיישינן שמא התנה על העדים אלא דזה מספיק להשוות דברי הטור מסי' נ"ו לסוס"י, ר"ן והוברר מיהא דכידוע שקנה בסתם בהא קאמר הרא"ש דנשתעבד משעת קנין ול"ב דלימטי שטרא לידיה מעולם ומעתה אכתי ק' בדברי הש"ע דסי' רמ"ג דמשמע דעכ"פ במי דלימטי שטרא לידיה גם אחר מיתת הנותן מיהא, ולזה י"ל דאנה"ן בידוע שהקנה

בסתם אפ"י לא יצא מרשות הנותן קנה אלא משום דעיקר הדין הוא מתשו' הרא"ש כס"ו ס"ג ג' ושם מעשה שהיה כך היה שנמצא השטר ביד הזוכה והשואל ר"ל דאפ"י לא זכה דאין שטר לאח"מ.

כי הזוכה הודה שלא בא לידו אלא לאח"מ הנותן והרא"ש השיב לו דטעה בזה דאעפ"י שלא בא לידו אלא אחר מיתה עכ"ז זכה משעת הקנין לזה בש"ע העתיק כלשונו: איברא דבמ"ש הב"ח והש"ך דהך דסוס"י ר"ן מיירי דוקא בידוע שהקנה בסתם הלא"ה אם השטר נשאר ביד הנותן או שהפסידו ביד אחר בסתם ניהוש שמא התנה וכו' אמת שכ"ך בתשו' הרא"ש דכלל ס"ו ודאי שטר הנמצא ביד הנותן אם אין עדי הקנין קיימין והיה טוען הנותן שעל תנאי קנו מידו ולא נתקיים התנאי אפשר דהוה מהימן במגו דאי בעי הוה קלייה לשטרא כ"ז שלא הוחזק בב"ד אבל הכא שאין השטר יוצא מתחת ידו ואין ידוע שבא ליד המקבל אחר מיתת הנותן אלא עפ"י המקבל וגם הוא טוען שהנותן אמר לו מחיים בקנין והשטר ראייה פקדון הוא בידו מהימן בטענה זו במגו דאי בעי אמר מחיים בא לידי ואין אדם מכחישו וכו' והסמ"ע בס"י רמ"ג העתיק זה וכתב בהסגר דאנן נמי טענינן ליורשים של הנותן מאי דהו"מ אבוהון למטען ועו"כ דבאופן זה מיירי בש"ע דאי מיירי באומר שהיה ביד אחר ושאלו איך בא לידו ואי שכח אסור ליתנו למקב"מ ואם מת נמי דינו כמ"ש המחבר אח"ז (מי שמת ונמצא אצלו מופקד שטר שנתן קרקע ראובן לשמעון וראובן מת יחזירו ליורשי נותן) וכו' הרי דכשהשטר ביד הנותן ואפילו ביד אחר נמי בהופקד סתם ואין בירור איך הופקד הו"מ למטען הנותן או יורשיו דעל תנאי היה, ולדברי הסמ"ע אפ"י יצא מתחת יד מקב"מ ונודע שבא לו אחר מיתת הנותן אינו קונה אלא מכח מגו, זולת שבזה תמה עליו הט"ז שם ולדעתו דכאשר יצא מיד הנותן לאחר דאין עוד מגו לנותן שוב אין לו לטעון, ולא ידעתי מה ישיב לדברי הטור דס"י נ"ו דשם מיירי במופקד ביד אחר ואפ"י"ה כתב הטעם דשמא התנה על העדים, ומ"מ גם הט"ז ז"ל מודה מיהא להסמ"ע כשהוא עדיין ביד הנותן דמצי טעין שהתנה על העדים, זולת הש"ך אני מסופק בדעתו כי בסוס"י ר"ן שכתב מור"ם במ"ב כשהקנה בקנין קנה המקבל, כתב הש"ך ע"ל בס"י נ"ו ס"ה וצ"ע כונתו מבוארת שרוצה לעורר על הקו' שהק' שם מהכא להתם, וא"ך אמאי הניחה בצ"ע אחר שתי' שם דהכא מיירי בידוע שהקנה בסתם אם לא שנאמר דלא ניח"ל בהכי כמ"ש שם דזה דוחק בדברי הרא"ש, ועיין להרב ושב הכהן ז"ל בס"י ז' וח' שהאריך ומכל דב"ק מובן שמחזיק בחילוק זה בין כשידוע שהקנה לו בסתם לכשאינו ידוע, ובזה רצה להשוותדעות כל הפוס' עש"ב, ואנא חרגא דיומא לולא דמסתפינא הו"א דכל חילוקם ז"ל הנ"ז לא ס"ל למרן הב"י ז"ל ומני"ר ס"ל דאפ"י כשלא נודע שהקנה בסתם ליכא למיחש שמא התנה על העדים בשעת הקנין אחר שכתוב הקנין בסתם וסימנים לזה דבהך דס"י נ"ו לא מצא מקור לדברי הטור אלא מדברי בעה"ת בשער נ"ב שלמד כן לשטתו מהך דדייתיקי קשורה דלא זכה המקבל אפ"י ביש בה קנין ומשמע ליה דבמתנת בריא איירי ומשמע דלמאן דמפרשי לה במתנת ש"מ בכל הנכסים משא"ך במ"ב בקנין ליתיה לטעם שני דהטור, ומאחר דכוותייהו קם דינא לכן אין לתפוש רק טעם הראשון דחיישינן לפרעון דשייך רק בקנין דהלואה ולכן תמצא דבש"ע לא כתב דין זה בסתם ע"כ השטרות רק בשטרי הלואה, וז"ל מי שחייב עצמו בקנין וכו' לא יתננו למלוה וגם לא יחזירנו ליורשי לוח ע"כ וכ"ן ממ"ש הטור

בסי' רנ"ח הכותב לחבירו שדה נתונה לך לאחר מיתה וכו' אם יש בו זמן אין הנותן יכול לחזור בו שזמנו של שטר מוכיח שמחיים הקנה נו וכן אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אפי' אין בו זמן כיון שאין בו זמן ה מיד כשהגיע השטר ליד המקבל ותמה עליו הב"י כיון שיש בו קנין מה צריך שהגיע השטר לידי והב"ח והסמ"ע תי' זאת דכיון דאיכא ריעותא שהקנה לו לאח"מ חיישינן שמא ציוה לעדים שיחזיקו בשטר ולא יודה בו ע"ש והשתא הדברים ק"ו ומה הכא דאיכא ריעותא לא משמע ליה למרן לתרץ הכי, במקום דליכא ריעותא אלא כתוב שטר סתם לאו כ"ש הוא דלא חייש לשמא ציוה או לתנאי אחר, אלא שראיתי להסמ"ע שכתב דגם הש"ע הכי ס"ל דבעינן דלימטי שטרא לידיה מדכתב וכן אם יש בו קנין קונה הגוף מיד אעפ"י שאין בו זמן ע"ש ולקוצ"ד אחה"ר איפכא מסתברא דאי הדר ביה מתמיהתו הו"ל לכתוב כלשון הטור קונה מיד כשהגיע השטר לידו כי היכי דלא ניטמי וממלת וכן אין ראייה די"ל דלא השוה אותם רק לגוף הקנין אבל הא כדאיתיה דהזמן גורם לקנות רק כשהגיע השטר לידו והא כדאיתיה דקנין קונה אפי' לא הגיע השטר לידו.

וכבר גם הסמ"ע מודה דמור"ם שסיים ע"ד מרן דכל קנין מעכשיו הוא הכי ס"ל, וכ"ן משקו"ט דשקו"ט מרן ז"ל בתשו' אה"ע לה' כתובה עם מהר"י צייאת ז"ל באותו נדון שכתב מהרי"ץ דאעפ"י שהשטר הוא בקנין מ"מ כיון שמפורש שלא יקנה אלא בעת כניסה לחופה לא קנה והרב ז"ל השיבו שאין כתוב כן בשטר אלא בסתם והמתחייב היה מת ואי חייש מרן לשמא ציוה הו"ל למיחש הגם שלא נתפרש בשטר כן א"ו דכל שכתוב השטר סתם ס"ל דמוקמינן אחזקתיה דהו"ל מלתא דלא שכיחא שיכתוב אדם שטר סתם ואח"כ יצוה לעדים, ואולי למד זה מתשו' הריב"ש דסי' קס"א דשם יצא השטר בקנין בעזבונו הנותן אחרי מותו וזיכה למקבל מתנה משום דמשעת קנין שעבד נפשיה ולא חשש שמא בשעת הקנין התנה עם העדים איזה תנאי שיבטל הזכות.

הגם דהרא"ש רבו דרביה כתב בכלל ס"ו דאם הוא ביד הנותן הוה מהימן במגו דאי בעי קלייה משום דס"ל דהרא"ש לא אמרה רק כשהנותן עצמו היה טוען כן ולא דאנן טענינן ליורשים דמלתא כדנא דלא שכיחא נ"ט להו ומאחר דמרן ז"ל בח"מ סי' ק"ח פסק בסתם כהרא"ש דמלתא דל"ש לא טענינן ליורשים ואעפ"י שהביא י"א דטענינן קי"ל דדעתו לפסוק כסתם משו"ה לא חייש לטענה זו גבי יורשים ועכ"פ כשלא נמצא ברשות הנותן האיר ה' עיני ומצאתי להרמ"ה בכי"ן סי' יו"ד הבי"ד עה"ש סוס"י ר"ן דמ"ב בקנין הנמצא ברשות הנותן אי איתנהו לסהדי נשיילינהו אם היה בתנאי ואי ליתנהו או איתנהו ולא דכירי חיישינן שמא היה תנאי אפי' אם השטר כתוב בסתם וכו' וה"ן טענינן ליורשים והמה כשנמצא ברשות הנותן דטענינן ליורש כל מאי דהוה טעין אבוה ועוד דמוכחא מלתא שע"ת כיון שנמצא ברשות הנותן אבל נמצא בשוק אי אית ביה קנין מחזירין למקב"מ עכת"ד וממנו נקח לכשנמצא ביד אחר ואינו זוכר ואם כנים אנו בזה נמצא מ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ג לדעת הרא"ש וכן לדעת הש"ע דבידוע שלא הגיע השטר לידו אלא לאח"מ ולית ליה מגו למקבל או כשנמצא ביד אחר טענינן ליורשים מאי דהוה לאבוהון למטען ליתא אחה"ר וממילא אם כנים אנו בזה יוצא בנד"ז דבאתריה דמרן יתבינן דגם לטענת היורשים דלא יצא השטר מתחת יד הנותן עכ"פ השתא שכבר מת

ולא טען דהתנה בפני עדי הקנין אנן לא טענינן ליורשים וזכו מקבלי המתנה הנז' משעה"ק.

(ב) וכ"ש השתא דליכא עדים שהיה בידו עד שעת מיתה דאפי' אם נאמר שהוא הפקידו ביד אחרים בסתם והם מסרוהו לזוכה, מ"מ זכה המקבל גם להך חילוקא שכתבו ז"ל דכשלא נודע שהיה בסתם ל"א משע"ק שעבד נפשיה והוא לפמ"ש לעיל דבנמצא ביד נפקד לדעת הסמ"ע שאם שכח הנפקד או מת טענינן ליורשים דעל תנאי נעשה ולדעת הט"ז דכל שיצא מיד הנותן דלית ליה תו מגו דאי בעי קנייה נותנים אותו למקבל מתנה, וכמ"ש משם הרמ"ה והנה צריך לדעת דגם הסמ"ע לא אמר דאין מחזירין למקב"מ בכל גוונא שאם אתה אומר כן נמצא דב"ק ז"ל מס"ק כ"ב לס"ק כ"ג סתראי נינהו דבס"ק כ"ב כתב שאם נמצא ביד אחר צריך לשואלו איך בא לידו ואי איירי ששכח הדבר או מת א"כ אסור ליתנו לו וכמ"ש ר"ם ס"ה והמחבר בסעיף שאח"ז (מי שמת ונמצא אצלו שטר מופקד שנתן ראובן קרקע לשמעון וראובן מת יחזירו ליורשי נותן) דמשמע שאע"ג שאינו ביד הנותן דלית ליה מגו עכ"ז יחזירו ליורשי נותן ובמתנה בקנין קאי הסמ"ע ואילו בסמוך סקכ"ג כתב דמ"ש יחזירו ליורשי נותן מיירי במתנה בלא קנין אבל בקנין מחזירין למקבל אם לא שיש הוכחה שהוא של הנותן כגון שהיו קשורים שטר זה עם שאר שטרות המיוחדין להנותן וכו' וכ"ך בפרישה סוס"י ר"ן להדייא דבנמצא ביד שלישי דלית מגו לנותן דמחזירין למקב"מ ע"ש אם לא שנאמר דגם מ"ש בסקכ"ב דבמת כמ"ש המחבר וכו' כונתו כפי מה שפירש הוא התם דבקשורין אין להחזיר למקבל רק אם אינן קשורים דאז מחזירין לו והא דכתב בסקכ"ב דהמחבר לא איירי התם בנמצא מופקד והרי הו"מ לאוקומי ג"ך במופקד ומ"מ קנה המקבל משום דאינן קשורים ובסעיף שאחריו מיירי גם בקנין ומחזירין ליורשי נותן משום דקשורין י"ל משים דבין בסי"ב ובין בסי"ג כתב מרן בסתם ומשמע בין קשורים בין אינן קשורים לזה אסיק דבסי"ב לא נמצאו מופקדים ובסי"ג דמפורש בנפקד הוכרח לאוקומי בלא קנין.

הנה גם להסמ"ע לא יהיב לטעון ליורשים רק בנמצאו קשורים וגם בזה הש"ך שמם לא הודה לו וכתב דאפי' כידוע שבא מהנותן אם ידוע שנתן בסתם מחזירין למקב"מ ואם אינו ידוע אין מחזירין לא לזה ולא לזה, וראיתי להרה"ג החסיד כמהר"י אבוחצירא צוק"ל בספרו יורו משפטיך ליעקב סי' ז' שהוכיח בדברי הסמ"ע ז"ל דל"א גם הוא רק כשיש הוכחה שהנותן הפקידם ביד הנפקד קשורים ולא די במה שמצאנו אותם קשורים, והגם דנראה דוחק דהא עיקר דין קשורים הוא מתשו' הרא"ש סו"פ כלל ק"ה ופסקה הטור בסי' רמ"ג והש"ע סי' ס"ה ושם לא מוכח מידי דבעי שיש הוכחה דבשעת הפקדון יפקידם כך.

עכ"פ איך שיהיה בנד"ז מלבד שלא יש בירור שהיו ביד נפקד עוד בה דאפי' היה כן היה צריך להיות נמצאים קשורים גם לפשט דברי הסמ"ע ואז וזכו היורשים לדעת הסמ"ע ולש"ך לא יזכו אלא יורשי נותן ולא המקבל (ג) כ"ש בנד"ז שנמצאו ביד הזוכה ואומר שמחיים באו לידו ואין מכחישו בבירור עדים הנה מפורש בתשו' הרא"ש כל"ס שאפי' היה מודה דלא בא לידו רק אח"מ זולת שאומר שהנותן אמ"ל שזיכה לו מחיים דהוה



מהימן במגו כ"ש השתא דקאמר תרוייהו שזיכה לו מחיים וגם מסר לו מחיים ובוזה אין מפרכס להפקיע זכותו.

וגם למה שאמרו היורשים שראו אותו שהוציא צרור תחת כנפיו מי הגיד להם שבאותו צרור היה כרוך גם השטר הזה ועיין בתשו' הרא"ש דכיסו שכתב ואין אדם מכחישו בדבר שגם לוי אמר שלא היה יודע. אם היו בכרך פירות או שטרות ע"ש והשתא בנד"ז ל"מ אם נאמר דלדעת מרן ס"ל אפ"ל יצאו מתחת יד הנותן לא טענינן ליורשים שעשה תנאי משום דהוי מלתא דל"ש וכמש"ל אלא גם לאומרים דטענינן הנה י"א דעכ"פ כשלא נמצא ברשותו אלא ביד אחר תו לא טענינן וגם לפשט דברי הסמ"ע הריהוכחנו דדוקא בנמצאו קשורים עם שאר שטרות הנותן וכ"ש הכא שיצאו מתחת יד הזוכה דמפורש יוצא בהרא"ש דמהימן לומר מחיים מסרם לו: ד) אמנם עוד צריך לעיין בזה דלפי טעם זה האחרון ניחא לזכות לזה שיצא השטר מתחת ידו אבל האחרים הזוכים שלא בא השטר לידם וגם לא ידעו שבא מיד הנותן ליד זה נימא דאנה"ן דעשה תנאי בעת הקנין וכשמסר לו לזה לו מחל התנאי ולא להם.

וגם לזה מצאתי פתרון ממ"ש הטושו"ע בס"ל ל"ט סי"ד חייב עצמו בקנין לשנים ואמר לעדים שיכתבו ויתנו בידו ומסר החייב השטר לאחד מהם אעפ"י שלא ידע האחר מזה המסורה ואפ"ל מת ולא ידע זכה בחלקו ויגבוהו היתומים ע"כ ואעפ"י שהש"ך ז"ל ערער דדין זה הוא מבעה"ת ושם לא נאמר זולת כשאמר לעדים סתם כתבו אבל כשציוה להם כתבו ותנו לידי כתב שם הר"ן דלא זכה עד דמטא שטרא לידיה וא"כ נהי דהך דמטא שטרא לידיה זכה אבל האחרים דלא מטא לידייהו במה יזכו ואולי גם הטור מיירי שבשעה שמסרו לזה אמ"ל שיזכה גם לחבריו וכו' וצ"ע מ"מ המשא"ה ז"ל שם תי' דגם הטושו"ע לא מיירי אלא בשטר בקנין דמשע"ק שעבד נפשיה רק כשאמר כתבו ותנו בידי כונתו שיהיה הקנין תלוי עד שיצא מתחת"י ואז יחול למפרע לפיכך כאשר יצא מתחת"י אפ"ל לאח"מ הזוכה הרי נתקיימה מחשבתו וחל הקנין למפרע ע"ש ולדעתי הפעוט נראה דאפ"ל בלא קנין יש ללמוד דין זה מדברי הרמב"ם שפסק כמותם בש"ע סוס"י ר"ן בדין מי שנמצאת דייתיקי קשורה לו על ירכו דאעפ"י שקנו מידו לייפות כחו אלו שנתן להם ה"ז אינה כלום וסיים ואם זיכה בה לאחד בין מן היורשים בין שאינו מהיורשים כל הדברים שבה קיימים.

וע"ש בסמ"ע שהביא מה"ה שהרמב"ם מפרש דבריו קיימים שבמשנה דר"ל שאם זיכה במקצת לאחד אף השאר קיים וביאר הסמ"ע פ"א אם כתב בשטר צוואה שנתן לג' וד' ונתן השטר לאחד גם מתנות האחרים קיים בנתינתו של זה ע"כ וא"כ השתא יש לדון מזה דהגם דלא נשתעבד משעת קנין מ"מ כשנתן לאחד גם השאר זכו דמסתמא גילה דעתו לקיים כל מה שנדר לתת ולזה פסק גם פה דהגם שאמר כתבו ותנו לידי ולא זכו משעת כתיבת השטר מ"מ כשנתן לאחד זכו הכל וממילא בנד"ז שאנחנו דנין עניו מכח אולי התנה על העדים בשעה"ק והאמננו לזה שנמצא בידו שמחיים נתן לו גם האחרים זכו משעת נתונה לזה: וגדולה מכל הנז' אני רואה בנד"ז שאין יסוד לטענת היורשים אפ"ל אם היה יוצא שט"ז מרשות הנותן כיון שכתוב בו מתנה חלוטה דלא למהדר בה וכו' הרי פירש להדיא בקניינו שאינו יכול לחזור בו ותו לא מצי הדר וכ"כ להדיא הרב

מים רבים חח"מ סי' מ"א בצוואת ש"מ שנמצאת בארגזו אתר מותו ורצה חכם שכנגדו לבטלה דשמא נמלך והבי"ר מהך דדאייתיקי קשורה על ירכו שאינה כלום והוא דחה לו דכיון דבשטר כתוב להדייא דלא למהדר בה תו לא אמרינן שמא נמלך דאין בידו לימלך ואינו יכול לחזור כיון שכתב דלא למיהדר בה והבי"ר לזה מתשו' הבאה בהגמ"י על ס' משפטים סי' ס"ט עש"ב וכ"ש הכא דמלבד שכתב חלוטה דלא למהדר בה הוסיף וביאר שסילק ידו ויד ב"ך מעל המתנה הנז' ולא נשאר לו ולב"ך שום שיור של זכות וכו' ואין לך ביאור יותר מזה שלא היה לו שום תנאי ולא שיור כלל וא"כ אפי' אם נמצאת ברשות הנותן אין ליורשים שום טענה בזה.

ואין לחוש בזה דילמא הני לישני הסופר מעצמו כתבם לשופרא דשטרי ולא ציוהו הנותן בזה כיון שכתבו בסוף השטר ובכך אנ"ס דח"ל ק"מ פ' לאשר ולקיים כל הכתוב לעיל מרו"ס דלא וכו' (פי' דלא כטו"ד) א"כ לא נשאר לפוש לזה חדא ממ"ש הש"ע בס"י דכשכתב דלא כטו"ד יד בעה"ש עה"עי שנית ממ"ש בסי' ס"א דכל שופרי דשטרי שנהגו הסופרים לכתבם כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו כמנהג המדינה וא"ץ לפרש וכו' והכא אנן בקיאינן דכל שטרי מכר ומתנה מנהג העיר לכתוב הני לישני, שלישית שאפי' הנאמנות שאין המנהג פשוט לכתוב כן בכל השטרות עיין בסי' ע"אדאם הלוח טוען שלא נכתב מדעתו לא מהימנן ליה רק אם העדים לפנינו ואומרים שלא ציוה להם לכתבו רק מפני שראו כן בשאר שטרות כתבוהו ע"כ וכתב הסמ"ע דאם אין עדים בכאן או ששכחו אין הלוח נאמן כיון שכתבו וקנינא מניה אמאי דכתיב לעיל ע"ש וה"ן בנד"ז ע"א המצוי אומר שאינו זוכה מהענין בפרטו והשני אינו כי חלי"ש, אתאן השתא לטענתם השנית שלא נכתבה המתנה בפנקס הטאבו הנה לכאורה נראה דטענה זו אלימתא ותקיפא לבטל המתנה הנז' וכמו שהאריכו הפוס' ז"ל הלא בספרתם דהשתא שנתחדש נימוס המלכות דכל מכר ומתנה צריכים ליכתב בפנקס הטאבו, ואז ידעו אותו המלכות כי שלו הוא הקרקע לגבות ממנו מס הקרקע האל"ה ישאר לזכות בעליו הראשונים ויוכלו למכרו או ליתנו לאחר ורבים מקפידים שלא לפרוע דמי המקנה עד שיעבור לשמם בפנקס ההוא ע"ז העלו הפוס' ז"ל דלא יתקיים המכר והמתנה עד שיכתב בפנקס ההוא מ"ע ועד אחרן עיין בנדיב לב חח"מ סי' מ"ב ובחקות החיים סי' נ' ובפני יצחק ח"ה בח"מ סי' ג' שאספו להקת הפוס' המדברים בזה והעלו לדינא דבל"ז בטלה המתנה והמכר, דלא גרע מאתרא דכתבי שטרא דההלכה בסי' ק"ץ דלא קנה עד שיכתוב השטר משום דלא סמכה דעתיה וכתב הסמ"ע דאפי' השטר שכותבין לראיה מעכב ע"ש ומהר"י באסאן ז"ל סי' צ"א כתב ב' טעמים בזה אחד משום דינא דמלכותא והשני כיון שנהגו לכתוב בפנקס המלכות הו"ל כאתרא דכתבי שטרא, וכ"כ משמו הרב דברי אמת סי' י"ב וכתב דיש נ"מ בין שני הטעמי' דלטעם אתרא דכתבי שטרא אי פרוש לקנות בכסף או בקנין אחר מהני אבל לטעם דינא דמלכותא לא מהני ע"ש אמנם אחר ההתבוננות יש לנו לצדד בנד"ז לזכות מקב"מ הללו והוא בהעיר במה שמצאנו להרב משנת ר"א ז"ל סי' ל"ב וכ"כ הרב און אהרן משם הרב פורת יוסף ז"ל שהעידו דבקמ"ר קושטא וסאלוניקי תפשו לעיקר כטעם הא' של הרב ד"א ז"ל דאי פריש מהני ולא חשו לטעם הב' משום דמ"ד דלא מהני ביה פריש, ופשטה ההוראה שם מדר דר ע"ש וצ"ל טעמם ז"ל דאינהו ודאי דיתבי אדוכתייהו בחצר המלכות יר"ה ומהם שרים רבים

ונכבדים וגם הרב חכם באשי דבקיאי טפי מינן בחוקי המלוכה ובודאי חקרו מהם לדעת  
תוכן החק הזה טרם תפשוט ההוראה, וא"כ אם לפנייהם היה גלוי דהחק הזה הוא מיוסד  
כפי התנאים שכתבו הפוס' דיש לדון בהם משום דינא דמלכותא ודאי לא הוו ניידים מניה  
וגם אנן בדידן היינו מתחייבים לילך בעקבותיהם כמו שפסק בש"ע סי' שס"ט ובסי'  
קצ"ד אלא ודאי חקרו בזה וידעו היטב דחסר בחק הזה איזה תנאי מתנאי חוקי המלוכה  
והרב דב"א ז"ל והנמשכים אחריו לא שמו לב לחקור בזה רק סמכו על השמועה דיש  
חק פשוט בזה וחששו לו, והנני מוסיף דלאו מכח קושייא דוקא אמינא לה, אבל מכח  
מעשה רב שאירע בזמננו פה עה"ק ת"ו בזמן טורקייא דאחד מת ובא הקונה ממנו קרקע  
בשני עדים דוקא והיורשים מיאנו לעשות לו פראג ושר הטאבו דחה אותם אל המשפט  
הקאדי ועפ"י עדות העדים זיכה לקונה, ועפ"י פסקו הוכרח השר בטאבו לתת חוגי"ה  
לקונה וכן ראינו שעפ"י שטר מכר ביהודים עשה הקאדי פסק לזכות לקונה ובזה לקח  
חוגי"ט אעפ"י שהיה המוכר עומד וצווח שלא מכר וכו' ולא היה מאן דמשגח ביה, מזה  
נודע בבירור דהחק הזה הוא תלוי במשפט הקאדי אם יזכה לקונה זוכה ואם לא לא, ואם  
היה החק קבוע דכל שלא נכתב בפנקס הטאבו אין בו ממש, מה להם ולמשפט, וגם אם  
נפשך לומר דהחק קיים מצד שאינם עושים הטאבו רק עפ"י פסק הקאדי ולא עפ"י פסק  
ב"ד א"כ חזר הדבר שהחק לדון דוקא במשפט הגוים ובזה עיין בהגה סוס"י שס"ט  
דכשהמלך גוזר שלא ידונו רק בדיני עכו"ם אין בזה משום דמ"ד דא"כ בטלת כל דיני  
ישראל ע"כ ועיין כמה חילוקי דינים בדמ"ד שם בב"י, ובפרט בשופטים הללו שידוע  
הוא דמקבלי שוחדא וידוע הוא דאין דינם דין ולזה גם אם ימצא שפעמים דנו להפך  
לזכות למוכר אין להביא משם ראיה דאתא חמרא ובטש בשרגא וע"ז החליטו גאוני  
קושטא וסאלוניק שלא לדון בזה דינא דמלכותא, ודבר ה' בפיהם אמת, ועוד תוספת נופך  
בנד"ז שהן בעון בן הנותן היחידי נלב"ע בחייו רק שהשאור ברכה אחריו בניו הי"ו ולפי  
הנשמע שעפ"י דיניהם אין לבניו ירושה בנכסי הזקן ורק לבנותיו מקב"מ להם משפט  
הירושה ובשם תועבר כל אחוזת הקרקעות בפנקס האימלאק ונמצא דאי הוה אזלינן  
בזה בתר דמ"ד היו זוכים בכל הקרקעות וכמ"ש הרבנים מוהר"ר ירמיה מורגונטו ז"ל  
בפ"מ ח"ב סי' ט"ו והרב אדרת אליהו ריקי ז"ל בסי' כ"ג אלא שהרב שער אשר ז"ל  
חח"מ סי' כ"ג סתר ס' זאת מפ"ס ומפ"ם ונדחה קראו לה ועיין בפנ"י ח"ה סי' ב' וא"כ  
הבנות הללו הרוצים לעזוב בזה החק ההוא ושומעים לד"ת ללכת להודות לבני הבן  
בשארית הקרקעות עפ"י דין תורה יאמרו שגם בני הבן הנז' לא ילכו בזה עפ"י החק רק  
עפ"י משפט התורה, ולא תלקה לנו מדה"ד לאחוז החבל בכ' ראשים כי תוה"ק דרכיה  
דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, ונמצא לפי האמור לעד"ן דנד"ז מוצל מהך דחשש  
הדב"א ז"ל לדמ"ד אבל מ"מ צריך לעיין בהך טעמא דאתרא דכתבי שטרא דלא ס"ד  
עד שיכתוב את השטר והשתא דלא נכתב בפנקס המלכות אע"ג שכתב להם שטר בדיננו  
עדיין יש נחוש דלא ס"ד כיון דאם הלך והעביר לאחר בפנקס השררה יזכה השני, וכן  
אם יש על הנותן חובות יגבו מקרקעות אלו וכו' כמו שהאריך בזה הרב פנ"י ז"ל בח"ה  
סי' ג' ע"ש והביא לעזרו ס' הפוס' בזה ע"ש, דכיון דעכ"פ מקפידים בזה"ז שאין משלמים  
כסף עד שיכתב בפנקס הטאבו הו"ל כאתרא דכתבי שטרא ולא ס"ד עד שיגיע שטר  
לידו, האמנם לעד"ן לדידן דאתכא דמרן סמכינן אין לחוש לדעתו בנד"ז כיון שכתוב

בשטר שנעשית המתנה בק"ס ואין ללמוד מנדונות הפוס' ההם דאינהו ז"ל קיימי בדוכתא דדייני בדגל הקי"ל והיורשים דאורייתא הם ירימו דגל הקי"ל ולהכי שקו"ט בפרטים הנמצאים בנדונם למצוא ס' שנים מהפוס' המסייעים ליורשים משא"ך לדידן דאין אנו דנים בקי"ל נגד דעת מרן הנה מצאנו לו בש"ע סי' קצ"ה פסק בזכיה דק"ס שכיון שמשך המקנה הכלי נקנה הקרקע או המטלטלים ללוקח או למקבל מתנה בכל מקום שהוא אעפ"י שלא החזיק ולא נתן כסף ולא כתב שטר ולא משך ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו וכו' ע"כ הנה פשוט דעת מרן דבק"ס לא מעכב שום שטר כלל וזה מושכל ראשון דמיירי גם באתרא דכתבי שטרא דאלת"ה מאי רבותיה דק"ס מקנין כסף, ועיין בסי' קצ"ב שכתב מרן בקנין חזקה דל"ב שטרא וסיים מור"ם אפי' במקום שנהגו לכתוב שטר רק שלכאורה נראה דזה לא ניתן ליאמר בשטר הטאבו דאנו דנין עליו כי המעיין במהרשד"ם חח"מ סי' קס"ד ומהרימ"ט חח"מ סי' ס"ו הבי"ד כנה"ג סי' קצ"ה הגב"י או"מ דגם הם ס"ל דבק"ס ל"ב שטר.

הטעם הוא משום דהקנין אתחלתא דשטר הוא דסתם קנין לכתיבה עומד וזה לא יאמר רק לשטרי ישראל משום דכ"ז שילך הזוכה לעדים לכתוב לו השטר יכתבו לו, כמבואר בח"מ סי' ט"ל אבל בשטר של הטאבו הנה ודאי לא יכתבו מפני כח הקנין, ולפי"ז נאמר דגם דעת מרן כן ול"א רק לגבי שטר ישראל ולא בזה (אמת כי היא גופא תמיהה לי שמהרימ"ט שם מיירי בטענה שלא נכתב שטר במוטיבילי ואיך זיכה שם מכח סתם קנין לכתיבה עומד) אבל לעד"ן דמרן ז"ל אי אפשר לנו לומר דטעמו משום ס"ק לכתיבה עומד כי הכא בסי' קצ"ה אח"ז כתב שאפי' הקנה לו הסודר שלא בפני הקונה נקנה המקח, והא ודאי דקאי אדלעיל אעפ"י שלא נכתב השטר מדכתב סתם ולא פירש והרי מצאנו לו בסי' ל"ט ס"ד שכתב יש מי שאומר דל"א ס"ק לכתיבה עומד אלא כשקנו ממנו בפני המלוה אבל אם קנו ממנו שלא בפני המלוה אין כותבים ע"כ ולפי הכלל המסור בידינו מהסמ"ע ז"ל דכשכותב בשם יש מי שאומר כן דעתו להלכה ואם טעמו בסי' קצ"ה משום ס"ק לכתיבה עומד איך כתב דמהני הקנין אפי' שלא בפני הלוקח ומוכרחים אנחנו לומר דטעמו הוא כטעם השני שכתב שם מהרימ"ט בסי' ס"ה דכל קנין הו"ל כמפרש מעכשיו הוא מקנה וכמ"ש התו' בפ' איזהו נשך דא"כ לאקניא אפי' במפר' מעכשיו דהא ק"ס כמפרש מעכ' ועכ"ז ל"ק באסמכתא ע"ש וכיון דהו"ל כמפרש מעכשיו לפיכך ל"ב שטר דהא קי"ל דאפי' במקום שכות' השטר או פריש מעכשיו קני די וא"כ השתא רווחא שמעתתא בנד"ז דמלבד שכתוב שהקנה בק"ס דהו"ל כפירש ומהני הנה כתוב להדיא שמו"מ נותן וגם כתוב דלא למיהדר בה וכו' כל הני לישני שפירי דאין לך מפרש יותר מזה מלבד די"ס עוד דבמתנה אפי' בסתם ל"ב שטר כמו שהביא מח' בזה הרב פנ"י ז"ל שם והגם כי הקרקע הזה הוא בחזקת היורשים דאורייתא כי עדיין מקב"מ לא ירדו לו הנה נוסף כח בשטר הזה שכתוב שם שקבל ס' הפוסק המקיים שט"ד עליו ועל יורשיו אחריו וכו' ואעפ"י שיש בקבלה זו מיימינים ומשמאילים וגם אני בעניי עמדתי בזה במ"א לך נא ראה הרי עיקר טעם המפקקים בה משום דלא ידע כמה מחיל וכתב הגאון מהרצ"ף שם בסי' נ"א דכיון דכל עיקר חיובו יהיה על שטר מכירה או מתנה וכו' הרי על אותו דבר הקוב בא החיוב ע"ש ובפנ"י ז"ל שם ודון מינה לנד"ז דהו"ל דבר קצוב וידע כמה מחיל וגם לס' פרה"א ח"ב דנ"ט והרב פרי הארץ וקמ"ר ז"ל דס"ל

דלא מהנייא ק' ס' הפוסק לגבי יורשים, עיין בפנ"י שם דל"א כן רק כשלא כתב עליו ועל יורשיו רק קבל עליו משא"ך בשט"ז שכתוב להדייא עליו ועב"ך ועיו"א, לא אמרוה, ועיין עוד להגאון שער אשר בח"מ סוס"י כ"ו שחילק דל"א כן זולת בהקדש שהקדיש ש"מ שבשעה שחל ההקדש כבר מת ואינו בא רק לחוב לירשים.

משא"ך במתנת בריא דחל החיוב על עצמו וכשבא הממון לזכות היורשים כבר חל החיוב טרם שיבא לזכות היורשים עש"ב, ועוד אוסיף לבאר דאע"ג דהרב פנ"י ז"ל שם הוסיף לחזק דבריו בנדון ההוא דהאידינא דאיחסור דרי ואינם שומעים לקול מורים וגם אנחנו בעוה"ר אין בידינו להעמיד הדת על תלה לכופ לנותן או לב"ך להודות במכר ובמתנה לפני עש"ג אפי' אם יזכו הקונים בד"ת א"כ ודאי אליבא דכ"ע לא ס"ד דקונים או מקב"מ עד שיכתב בפנקס הטאבו כי שם פחדו פחד מזה אולי יבעטו ואין מכלים והרה"ג מהר"ח מודעי ז"ל אעפ"י שסתר כל דבריו, בזה הודה לו ע"ש וזה יראה שיאמר גם לטעם דפריש, מ"מ יראה לע"ד דבנד"ז יספיק ל"מ למ"ש דהאידינא נגלה לנו דגם המלכות עשתה טאבו עפ"י עדי ושטרי ישראל וא"כ הזוכים ס"ד בעת שנכתב להם שטר ישראל וגם ימצאו עדים ורק לכבוד הרבנים ז"ל לא נודע להם זאת ולשטתם כתבו כן, מלבד זה נדון זה משונה מכל הנדונות דהכא המזכה היה ת"ח ויר"ש מהני דלא עבידי דמשנו בדבורייהו וכ"ש דהמתנה הוא לזרעו יוצאי יריכו ובודאי דלא הדר ביה ולבע"ח ליכא למיחש דהוה אמיד והיה מלוה ולא לוה, גם מבני הבן לית להו למיחש אחר שבדיניהם לית להו ירושה והבנות הם היורשות וחיך יפחדו מהם חם לא ישמעו ד"ת וילכו לדיניהם אדרבה הבנות המה יזכו בכל מכח הירושה מלבד צד זכות של המתנה ובזה נראה דלכ"ע יודו דסמכה דעתייהו דהזוכים ואי משום האומדנא דהר פנ"י ז"ל דממה שלא כתב להם בחיים חיותו בפנקס הטאבו נראה שהיה דעתו בזה אולי ימלך לזה הניח פתח פתוח לפניו כבר השיב לו בזה הרב אוה"ח ז"ל שם בטו"ט ודעת דמשום שהניח זכות הפירות לעצמו עד שעה אחת קודם מיתתו לזה פחד מהם פן המה ימרדו בו אם יכתוב להם גם במלכות יר"ה להוציאו נקי וימות ברעב כי המלכות לא תקבל לתת חוגי"ה בתנאים זולת לזכיה מוחלטת ודין גרמ"ה דעצירא"ה ע"ש: סי' ד' מודעת זאת הנהגת עי"ק טבריא ת"ו מיום הוסדה למנות רב ומנהיג להנהלת העיר ועמו זט"ה לעזרו אמנם אל כל אשר יפנה הרחש אחריו ילכו עד אחרון ביום סלוקו ש"ץ הרב הגד' כמהר"ר יוסף דוד אבואלעפייא ז"ל נאספו מע' רוי"ח עי"ק ת"ו בבית מדרשו של שם הרה"ג כמהר"ר חיים שמואל הכהן קונורטי ז"ל ומשם הלכו אלהרה"ג כמהר"ר אהרן בכור אלחדיף ז"ל ומנו אותו לראש ולקצין וחתם ראשון בכמה מכתבים באותו מעמד ומנהו והלאה היה משב"ק עם הזט"ה והפקודים שהיו בזמן ההוא ולפי שנתחדש להביא לרב מאמר המלך מקושטא חתמו רוב מהקה"ק לקושטא לחכם באשי להשיג לו המאמר אלא שנמשך הדבר הרבה ובנתים נתחלקו הדעות ומקצת אנשים החזיקו לעשות רב להרה"ג מהר"ר שלמה רחמים אבואלעפייא ז"ל ובאמצעים השיגו להביא לו פ'רמאן מן ואלי בירות, אמנם סמוך וקרוב בא פ'רמאן לכמהר"ר אב"א ז"ל מקושטא ותשקוט הארץ ונעשה שלום וכמה"ר אב"א ז"ל נהג נשיאותו עד עת מנוחתו: והן היום הגיע זמן שליחות תונס והרה"מ כמה"ר חיים אלחדיף נ"י בן הרה"ג כמה"ר אב"א ז"ל הוציא פשר שליחות הנ"ז שזמנו בח' אדר תרנ"ח (הוא התחלת זמן מנוי הרב כמהר"ב"א ז"ל הנז' כי הרב כמהריד"א ז"ל נלב"ע

בט"ו שבט תרנ"ח) כתוב זכות השליחות הזו להרה"ג כמהרב"א הנז' ויש לו זכות לזכותה לבנו או לנכדו הי"ו וע"ג כתב בכת"י זכות השליחות לבנו הנז' הי"ו וחתומים עמו הרבנים שהיו חותמים עמו בזמן ההוא, וכנגדו הוציא פשר זכות על השליחות הזאת הרב כמהר"ש סתהון, חתום בחותם הרה"ג כמהרש"א ז"ל ראשון והשני הרה"ג כמהר"ר בכור חביב חיים דוד סתהון ז"ל והשלישי הרה"ג כמהר"ר יעקב סקלי ז"ל ושאר ת"ח תשלום שבעה חתימות וזמנו בכסלו תרס"ב (מתאים לזמן שבא הפרמאן להרה"ג כמהרש"א זלה"ה) ושניהם מתעצמים ז"א השליחות הזאת כולה שלי וז"א כולה שלי, ושניהם יחד קבלו אותנו אנחנו הח"מ לנבררים לדון להם בזה עפ"י ד"ת שת"ת כפי מה שיורונו מן השמים, ושניהם יחד סדרו טענותיהם ויען כי האריכו למעניתם נראה לנו שלא לסדר מהם רק מה שנלע"ד שהדין תלוי בהם הנה כמהר"ש הנז' תבע זכותו בזה מכח כי הרב כמהרש"א ז"ל לו משפט הרבנות וההנהלה א) מכח חזקת בתי אבות לקדושים אשר בארץ זיע"א מימות עט"ר מוה"ר הגאון עץ חיים אב"א עד אחרן הרה"ג רב חנ"א צוק"ל, ב) מכח שהוא היה חותם שני להרה"ג מהריד"א ז"ל והמנהג שבסילוק הרב הראשי יתמנה החותם שני במקומו, ג) מכח הפרמאן שבא לו מהואלי וזכה מכחו ברבנות משום דינא דמלכותא ובפרט כי הרבנים החותמים עמו בפשר הזה המה הרה"ג שבעי"ק ת"ו וידועים למנהלי העיר, וכמהר"ח, נ"י השיב על הא' כי יש מבוכה בפוס' על חזקת בתי אבות כשיש מוחים נגדה מלבד שאין לה בכאן מקום כי הגאון רב חנ"א צוק"ל אשר הוא אחרון ברסן השררה בעי"ק ת"ו בסוף עזב אותה מרצונו ונסע לעה"ק ירושלים ת"ו ושם מלך להיות רב וראש"ל ודר שם הוא וכל משפחתו עד יום סלוקו ש"ץ, וגם אחרי כן כאשר חזר מ"ב הרב כמהרש"א ז"ל לדור פה ומצא שכבר ממונה רב לעיר במקום רבי אבה"ו ז"ל והיה בא באנשים וראוי לשררה ועכ"ז לא בקש ולא ערער על חזקת שררתו וכן נהג בימי כל הרבנים דור אחר דור ואדרבא היה מצטרף עם הרבנים לחתום שלישי או רביעי ולא יותר, ועל הב' השיב שלא היה זה מכח מנהג רק שהכל היה הולך אחר הסכמת הקהל וכשהיו רואים שכן ראוי להיות היו מסכימים עליו ובפרט שגם אם זה אמת הרי בזמנם שהיה חותם כמהרב"א אביו ז"ל הוה הוא השני וכמהרש"א השלישי ורק כאשר השמיט עצמו מחמת איזה הקפדות אז היה חותם כמהרש"א במקומו ועל הג' השיב שאין בפ'רמאן הזה שום כח אי משום שבאותו זמן כבר שלחו רוב הקה"ק לקושטא להביא הפרמא"ן למר אביו ז"ל ורק אנשים פרטים לפניתם חשבו מזמות וקדמו לרוץ בשוחד והביאו מהואלי לכמהרש"א ותכף אח"ז בא המאמר מקושטא למר אביו ז"ל וההוא בין לילה היה, ואיך יהיה בו ממש אחר שהוא נגד רוב הקהל, ועוד כיון שהדרך והחק לכתב להרב מקושטא שהוא יודיע למלכות שמינה בא כחו בעיר פ' והמלכות תאשר זאת ואח"ך יודיעו להואלי שידע שזה מ"מ חכם באשי אזי יתקיים הרבנות בידו וזה אינו רק מהואלי אין בזה דד"מ, ועוד שאפי' הואלי אם היה יודע תוכן מהרש"א ז"ל (שבעוה"ר היה סג"ן) לא היה ממנהו, ועוד ביאר כיכבר הכל היו מודים ברבנות מ"א ז"ל לענין הנהגת העיר הפנימית וגם אלה לא דרשו רק משרת ח"ב שעליה קמו לערער והשליחות הם הנהלה פנימית כי הם שייכים בין לתושבים העותמנים ובין לתושבים מנתינים זרים וכח החכם באשי לא ישלוט רק על השייך לעותמנים לבד, ובתוך דבריו זכר שהוא הזוכה ראשון ואין כח

ביד האחרונים להפקיע זכותו (כלומר שפשוו כתוב באדר תרנ"ח ופשר כמהר"ש בתרס"א) וכמהרש"ם נר"ו חזר שניות מד"ס והאריך באומדנות להוכיח כי פשוו הוא הקודם ופשר כמהר"ח נר"ו הוא המאוחר ורק שמחמת אונס הוכרחו הרבנים החות' בו להקדימו וכו' וכו' גם ביאר כמהר"ח נר"ו שאינו מאמין שהפשר נעשה בהסכמת כמהרש"א וכמהר"ב סתהון זלה"ה יען שאינו חתום רק בחותמות שלהם וכמהרש"א ז"ל חותמו היה מסור ביד חתנו ז"ל וחותם כמהרב"ס ז"ל ביד בנו הזוכה הי"ו והם הניחו החותמות שלא מדעת בעלים והראיה למה לא חתם כמהרב"ס ז"ל בחת"י בעצם, וכמהרש"ס נר"ו הראה לנו עדות מהרה"ג כמהר"י סקלי ז"ל החותם עמהם שבהסכמת כמהרש"א ז"ל נגמר הענין וע"ז השיב כמהר"ח נר"ו כי הרב הנז' הוא עד אחד וגם נוגע בדבר ולפיכך פשוו זה אין לו קיום ופשר שבידו ממ"א ז"ל הממונה מרוב הקהל הוא העיקר והנה אנחנו הרואים שיסוד טענות שניהם מורכב על ענין מי הוא הרב הראשון שיש לו זכות וממילא זכות השני בטלה, וגם אנחנו מודים להם בזה כי מימינו ואבותינו ספרו לנו שכל זמן שרסן הרבנות היה נוהג בעי"ק ת"ו כל דבר של הנהלת העיר וזכיותיה הפרטום אשר לא יסכים עליו הרב הראשון בק' אין בו ממש וכאשר כבר ג"כ הראה לנו כמהר"ח נר"ו כתב חתום מחו"ר עי"ק ת"ו עדות בזה, אלא שעתה ז"א פ' הוא הרב וז"א פ' הוא הרב ומהרש"ם נר"ו רוצה לחזק כי מהרש"א ז"ל הוא הרב מכח טענותיו הנז"ל ומהר"ח נר"ו דחה אותם ולדעתנו כי הצדק בזה עם מהר"ח נר"ו דאי משום חזקת בתי אבות אשר לכאורה דהצדק עם מהרש"ס נר"ו כידוע ומפורסם דבכל השררות הבן יורש זכות אבות וממילא יש זכות גדולה להרה"ג כמהרש"א ז"ל לירש שררת הרב הק' גאון ישראל רב חנ"א ז"ל שהיה רב ושליט בעי"ק ת"ו, הנה דחה אותם הרב כמהר"ח נר"ו שיש מבוכה בפוס' כשיש מוחים בה ור"ל שגם במנוי כמהרש"א ז"ל היו מוחים רבים, וכוונתו לרמוז בזה למה שהאריך החק"ל באו"ח סי' י"ט ועשה מחלוקת בזה דלרש"י ז"ל ס"ל כשיש מחלוקת פרח מהבן דין ירושה ולהרמב"ם ז"ל הירושה במקומה עומדת, אבל אי מהא לחוד לא איריא כי הנה הרב שם בדל"ד ע"ד כתב דלענין הלכה לא זזה ירושה ממקומה דנהי דיש מחלוקת ס' תורה להחמיר ואפי' אם נאמר דדברי הרב פה אינם אלא רק כשעודם לא מינו אחר אבל כשעברו ומינו אחר כגון נד"ז ובשני נמי איכא לתא דמעלין בקדש ואין מורדין וכו' ואמר הרב מאי חזית, מ"מ הנה שם באו"ח סוס"י ע"א חקר גם בזה וצידד לכאן ולכאן ולא הכריע: האמנם ממ"ש מהר"ח נר"ו שאין מקום צ' לשררת האב הכא אחר שהגאון רב חנ"א זלה"ה בסוף ימיו עזב את עיה"ק ונסע לירושת"ו ושם מלך מלך ע"ס ימיו ופה המליכו רב אחר במקומו נראה ודאי דבזה ודאי מחל מני"ר בזכות שררתו לפה ולא נשאר ליורשיו זכות ירושה בזה דאם רבי לא שנאה רבי חייא מנין לו, ועדיפא מנד"ז נשאל הגאון ראש"ל בס' חקי חיים סי' ל"ז על רב שו"ב ומו"ץ בעירו שנסע לא"י לדור שם ולא אתדר ליה ואחר שתי שנים חזר לעירו ומצא שכבר מינו אחר תחתיו ובקש זכות לעצמו שאפי' שעברו שתי שנים והוא מחוץ לעיר לא אבד חזקתו מתשו' הרשב"א הביאה הב"י סי' ר"ז, ומני"ר השיבו דלא דמי דאין בזה לא מכר ולא מתנה אלא שהקהל קבלוהו מתחלה למ"ץ והיינו כ"ז שיהא בעיר לא ע"ד שילך מן העיר והם ישארו בלי מ"ץ ואיהו דאפסיד אנפשיה, והבי"ר לזה מתשו' בעי חיי א"ח סי' נ"א בנדון כזה והוסיף

שאפי' שנשבעו לו הקהל למנויו פטורים דאדעתא דהכי לא נשבעו ולמד כן מתשו' מהרשד"ם בחיו"ד סי' כ"ג ע"ש וכ"כ הרה"ג רוח חיים בח"מ סי' ח' אוי"ג ברב שעלה לא"י ושוב חזר לעירו שאבד חזקתו ורמז בזה למקומות הנז' וגם רמז לחק"ל בח"מ ח"א סי' קי"א דקס"ה שכ"כ, והנה צריך להודיע כי דברי החק"ל ז"ל שם הם המדברים לגבי יחידים שקבלו עליהם רב בעירם ועקרו דירתם משם למקום אחר שע"ז דן הרב כיון שאין דעתם לחזור לעירם פקע מנייהו זכות מנויו כמוגרמתא דרב ושמואל דאכל ר' זירא מפני שלא היה דעתו לחזור ע"ש ומ"מ דן מינה הרב ר"ח לרב שעקר דירתו דכיון שאין דעתו לחזור נמי נסתלק זכותו, ואפשר דאתיא בק"ו אם החיוב המוטל על האדם מסתלק הזכות שיש לו לכ"ש, ולא כמ"ש הרב פני יצחק בח"ה סי' ב' שהבין הרה"ג מהרח"ף ז"ל בדברי החק"ל על הרב שנסע ותמה עליו דחלילה לחשוד גאון כמוהו בזה אלא נראה כמ"ש, ומה שעשה סמוכות לזה מדברי מ"ב ז"ל בס' נד"ל ח"א סי' ק"י שזיכה הבן בשררת אביו אעפ"י שהרב אביו נסע לא"י ולא הרגיש מדברי הרב ר' אבהו' יש לדחות לפי היסוד שיסד הרב שם לדמות חזקת שררה לחזקת קרקעות ובחזקת קרקעות כתבו הפוס' דאם נסע לעיר אחרת אבד חזקתו ומ"מ עיין בכנה"ג שם ח"מ סי' ק"מ דאם הניח מטלטלים בעיר לא אבד חזקתו וכתב שם משם מהרא"ש דיש להסתפק בנשאר אביו שם דלא אבד חזקתו ע"ש אולי ע"ז סמך גם הנד"ל דכיון שנסע האב והניח הרב בנו בעיר חזקת שררתו במקומה עומדת, ומ"מ מה שדימה הרב פנ"י ז"ל החזקתו להדדי ודן מדברי החק"ל ז"ל במ"ב דבעה"ק ירושת"ו אינן מאבדין חזקת הנוסע מהקרקעות מפני שהכל מעלין לירושלים וכו' ובנדונו שהעיר שהיה דן עליה שאין להם מנהג חזקת קרקעות כתב דודאי הגם שהרב עלה לירושלים לא אבד חזקתו ע"ש אחה"מ"ר לא זכיתי להבינם חזקת אדרבא כיון שאינן נוהגים חזקות אם כן אין לדון עליהם בנוסע כלום דאפשר אם היו נוהגים היו דנים בנוסע כשאר כל המקומות, ועוד דאדרבא ממנהג ירושלים דאינן מאבדין לנוסע ויהיב טעמא החק"ל משום דמעלין לירושלים ור"ל דמשום הכי אמרינן מסתמא סופו לחזור משם יש ללמוד לנוסע מאיזה עיר לירושלים דאבד חזקתו דמסתמא אין סופו לחזור מירושלים ואיך שיהיה כבר ממהרשד"ם וכנה"ג וחקי חיים ורו"ח ז"ל וגם מהחק"ל דח"מ ח"א למדנו דרב שנסע מעירו לירושלים וחזר לעירו אבד חזקת שררתו וכ"ש בנד"ז דלא חזר הרב לפה כלל וגם לא הניח שום אחד מבניו פה ובן בנו של ק"ו לפי הידוע וגם הרב הזקן כמהר"א אב"א הי"ו העיד שהגם שבתחלת נסיעת הרב היתה מצודתו פרוסה גם פה אבל לבסוף נתפשרו עמו בדררא דממונא וסלק עצמו ברצון ומינו רב אחר תחתיו ולא נשאר לו שום שררה בעיה"ק ת"ו ומה ששמעתי אומרים דאעפ"י שהרב ז"ל סלק זכותו מ"מ הרב מ"ב ז"ל היה יכול לזכות בטענה דאיתא בב"ב דקנ"ח דאנא מכח אבוה דאבא קא זכינא, אני אומר דזה שבוש דהתם לא אמרו כן אלא בבן שמכר ירושתו בחיי אביו דאז בן הבן טוען כן והיינו טעמא כמ"ש הרשב"ם שם משום דאכתי לא זכה רק שהם ראוי ואין הראוי נמכר וכמ"ש הרמב"ם ובש"ע סי' רי"א ע"ש, אבל מי שכבר באה לידו הירושה ומכרה כגון זה מהיכא תיתי לטעון כן וזה פשוט גם מה שכתב מהרח"א הי"ו שמלבד זה גם הרב כמהרש"א ז"ל בחזרתו לא תבע זכות השררה הזאת ואדרבא היה חותם ג' או רביעי, נראה דהדין עמו ועיין להחק"ל בח"מ ח"א בדקס"ה שכתב דאפי' בשותק ואחר



איזה שנים ערער על חזקת שררתו דאין שומעין לו וכ"ש בעשה מעשה דמורה שמחל דאיבד חזקתו, וכן הוכיח מהפוס' בח"מ ח"ב סי' כ"ד ע"ש והכא י"ל דמה שהיה חותם אחר הרבנים הראשים ולא היה מערער לפתוח הוא ראשון הו"ל מעשה גמור המורה סלוק זכותו וכמ"ש בח"מ סי' קמ"ז ס"ב דהמערער על השדה ועשאה סימן לאחר והוא העיד בשטר שוב אינו יכול לערער וה"נ דכוותה כיון שהיה חותם אחר הרבנים ומסכים עליהם שהם הראשים שוב אין לו ערעור ומה שחילק הרב פנ"י ז"ל בח"ו בנדונו ששתק מפני שהיו גדולים ממנו וכו' ע"ש בנד"ז ליתא כי נתמנו בימיו רבנים כמותו ולא ערער ואולי גם הרב ז"ל לא כ"כ אלא בשותק ולא בעושהמעשה שמורה סלוק זכותו ברצון ומה שכתב מהרש"ם הי"ו לחזק מנויו מכח דד"מ שבא לו פ'רמאן מהוואלי ומהרח"א הקיף חבילות תשובות בזה, גם בזה נראה שיש ממש בתשובותיו כי הנה עיקר דין זה הביאו מור"ם בח"מ סוס"י ג' וז"ל רשות שנותן שהמלך בזה"ז וקבלוהו הקהל עפ"י כתב המלך יכול לדון (טור) וי"א דאם גמיר וסביר מהני ליה רשות המלך (ריב"ש) או השר הממונה בעירו דזהו בכלל דד"מ להושיב דיינים ושופטים מי שירצה וכו' ע"כ ולכאורה דדעת הרב לפסוק כס' קמייתא שהביא בסתם שנראה שלא תועיל רשות המלך אפי' לגמיר וסביר זולת בקבלוהו הקהל וממילא בנד"ז שאומר מהרח"א ששלחו רוב הקהל לקושטא להשיג רשיון להרב ר' אבהו' ז"ל ואלו הם מעט שבסתר השיגו מהוואלי בנתיים הו"ל לא קבלוהו הקהל, אלא דבמקום אחר ציינתי לתשו' מורם סי' קכ"ג שנראה בסתם דכל שהוא ראוי לכך מהני רשות המלך אבל מה נעשה לתשובתו שאמר שהדרך לכתוב להרב הראשי של קושטא דהמינוי הזה תלוי בידו ועל פיו ממנה המלך ממלא מקומו באיזה עיר ואזי מודיעים זאת להוואלי שר המדינה להתחשב עם זה, וכיון שכן הוא א"כ מנוי הוואלי בלי מנוי קושטא אינו חשוב לכלום.

והגם דמורם כתב רשות המלך או השר ועקרו מתשו' הרשב"א, נראה דל"א אלא בשר שהוא חפשי בשלטון זה ולא כגו"ד שאין בידו להימין ולהשמאיל רק אחר השגת הרב הראשי מקושטא מאמר המלך יר"ה וכיון שזהו מנהג המלך איך בל"ז יקרא דד"מ ובפרט מ"ש מהרח"א דמשרת ח"ב אינה משמשת להנהלת העיר הפנימית ובה"ג כתב הרב דברי יוסף ארגאס סי' ל' דהא דדינא דמ"ד גם לסוברים כן אינו רק למינוי דיינים ושופטים שזה מחוקי המלוכה אבל לתקן תקנות או לבטל הסכמות גם הרשב"א וריב"ש מודים שאין רשות המלך מועיל כלום ע"ש ועיין בחיים שאל ח"א סי' לי ועלית על כולנה מ"ש מהרח"א נר"ו שאפי' הואלי אם ידע תוכן הרב ז"ל (סג"ן) לא היה ממנהו וזה מושכל ראשון להשמע כיון שבעוה"ר אינו יכול לצאת ולבא ורוב הענינים נגמרים בחותמו והוא מסור ביד אחרים שאינם נאמנים לקהל ולמלכות איך היה מוסר הממשלה בידו וכיון דאין יסוד קיים למנוי זה ממילא בטלה טענת דינא דמלכותא (ומזה תשו' מוצאת גם לטענת חזקת בתו אבות כיון דמכח זה אינו יכול למלאה מקום אבותיו ממילא פקע זכות הירושה כדאיתא בת"כ פ' אחרי מות לכהן תחת אביו מלמד שהבן קודם לכל אדם יכול אף על פי שאונו ממלא מקום אבותיו ת"ל ואשר ימלא את ידו וכו' ועיין בחק"ל א"ח סוס"י ט"ו שעמד בזה שאפי' חסר לו רק אחת ממדות אבותיו קרוי אינו ממ"א) ועיין ליכין ובוועז ח"א סי"ז כתב ולענין מי שנתמנה דין בהורמנא דמלכא ולא קבלוהו הצבור אלא מחמת האונס שאין דינו דין וכו' וכזה הורה א"מ ר"ש ז"ל ע"כ,

ועל טענת כמהר"ש נר"ו כי בהסתלק הרב הראשי חותם השני במקומו ועתה השני הוא היה הרב כמהרש"א ז"ל, מלבד מה שהשיב כמהרצ"א נר"ו שאין לזה דין מנהג וכו' וכי גם למטוניה הרב מר אביו ז"ל הוא היה החותם שני אלא שמחמת קפידות השמיט עצמו, ויש יסודות לפלפל בזה חזק דהרבה תנאים מוזכרים בפוס' למנהג שנלך אחריו כגון שנתיסד עפ"י ותיקין ונתפשט בגלוי וכו' וכיוצא בזה ואפשר שיהא מנהג זה חסר מהם ואין לו דין מנהג, וגם בהשמטת מ"א ז"ל מחמת קפידות אם תקרא מחילה כיון דהויא מחמת כעס וקפידא עיין למור"ם בח"מ סי' של"ג דמחילה דרך כעס לא מהני ועיין לחת"ס בח"מ סי' ק"ל עוד אף אם יהיה המונח להיפך דסילק זכותו והחותם השני הוא כמהרש"א ז"ל והמנהג מנהג עכ"ז צ"ע כיון דהקהל או רובו רצו למנות אחר היפך המנהג אי מצו עבדי או לא, והאיר ה' את עיני ומצאתי להחק"ל ז"ל בח"מ ח"א סי' קט"ו שעמד בזה ותלה לה כיפי בהך דרשאין בני העיר להסיע על קצתן וכו' והמחלוקת הישנה בזה אם הרוב כופין למיעוט או לא, ובדק"ט ע"ב כתב הנה מבואר דלסוברים שיש כח ברוב לכופ למיעוט ה"ן יש כח לרוב לשנות המנהג אף אם המנהג מיוסד עפ"י הדין וכו' ובדק"ע ע"ד כתב ואע"ג שכתב מהר"ש בס' ס"טדלסטור המנהג הקדום אין כח ביד הרוב היינו כשהמנהג היה כדין ובאו לשנות שלא כדין וכו' ואסיק דכל שהמנהג היה שלא כדין ובאו לתקן כדין גם הרב מודר דלא בעינן דעת טו"ה, ובדק"ע"ג ע"ד עמד דאי בעינן רובו מתוך כולו אזי הרוב יכולים לכופ או לא והאריך להוכיח עד דקע"ח ע"א כתב ואיך שיהיה למאי דאתאן עלה בענין מח' הראשונים אם הרוב כופין למיעוט וכו' כבר נתבאר דעת הרשב"א ז"ל ושאר גדולי הפוס' דכשהרוב כופין למיעוט לא בעינן רמ"כ ושוב פקפק מדברי מהריק"ו ש"ו קפ"א ומהר"י מינץ ז"ל דכתבו דבעי רמ"כ וכתב דאילו ראו דברי הראשונים ז"ל הוו הדרי בהו וסיים וכ"ן דאי אמרת דגם בדין זה דרוב כופין למיעוט בעינן שיהיה רמ"כ א"כ פרנס לי בעיר גדולה וכו' איזה בית אשר תבנו להתוועד כולם שם ובר מן דין נראה דכל שעושים הדבר בפרהסיא ומודיעים לכל דעתם חשוב כנתועדו יחד וכו' ע"ש, הראת לדעת כי מדברו הרב ז"ל נ"מ לנד"ד די ש כח לרוב ב"הע לשנות מנהג זה שהשני יהא ראשון לרוב הפוס' דס"ל דרוב כופין למיעוט ה"ן יכולים לשנות המנהג אפי' אם הוא מיוסד עפ"י הדין וכ"ש שנראה בנד"ז לצי"ח גם האומרים דדוקא כשהמנהג שלא כדין דה"ן נראה דלתפוש מנהג זה אינו כדין דלפעמים יהיה אינו ראוי לאותה אצטלא ויש גדולים ממנו בחכמה ויראה או שיעקרו בזה ירושת השררה שנוגעת לבני הראשון כדין ועוד, אבל כשהיה בברירת הקהל לראוי זהו הדין הגמור וא"כ כשבאו רוב הקהל לשנות זה הוו משנים משלא כדין לדין ובזה כ"ע מודו, וכבר זן הרב דבמקום שהדי"ן לשנות רוב הקהל לא בעינן רוב מתוך כל, והגם דנראה כל מ"ש הרב ז"ל הוא לדעת הסוברים דרוב כופין למיעוט ובזה יש חולקים ועיין לחק"ל ח"א סי' כ"ד כמה סברות בזה מ"מ אנן לית לן למנקט אלא דעת מרן ז"ל, והנה מצאנו להרב מר ואהלות בח"מ סי' ו' שנשאל בזה אם יכולים רוב ב"הע לשנות מנהג הקדום אף שהוא כדין ושקו"ט בזה ושוב הביא תשו' אחת למהר"מ ב"ח ז"ל בת"י דדעת מרן ז"ל דרוב כופין למיעוט גם במידי דאיכא רי"ל ופסי"ל והרב ז"ל תמה דאנה"ן דס"ל למרן הכי אבל מאן לימא לן דס"ל ג"כ דהכח בידם לשנות המנהג הפך ס' מהר"א ששון ז"ל בס' ס"ט ותי' דס"ל להרמב"ח ז"ל כמ"ש מהר"מ גלאנטי ז"ל דל"א מהר"א ש

ז"ל רק במנהג פשוט בכל גלילות ישר' וכו' אבל במנהג שנהגו בעיר אחת ורוב העיר באים לשנותו יכולים לשנותו ועוד חילק דמהר"מ ב"ח ס"ל לחלק בין המנהג המיוסד עפ"י הדין למיוסד שלא כדין וסיים ושמה תאמר דאכתי מידי ספק לא נפיק הנה יש לנו עדים הרב דברי אמת סי"א והחק"ל שם דס"ל בדעת הרשב"א שהביא הב"י בסי' קס"ג שיש כח בבני העיר לשנות מנהגם וכיון דמרן הביאה בלי שום חולק ש"מ דהכי ס"ל ואנן כוותיה דינינן, עו"כ שם משם החק"ל ז"ל דכיון דקי"ל כל הבא מצד התקנה או המנהג ידו עהת"ח וכ"ן נמי דעת מרן והשתא יש מחלוקת אם יכולת ביד הרוב לשנות המנהג או לא הבא מצד המנהג ידו עהת"ח (ועיין מ"ש בזה הרב מפ"א ז"ל בסי' א' ומ"ש בעניותי שם סי' ט"ו להוכיח דדעת מרן ז"ל דרוב כו"ל) ומעתה רווחא שמעתתא דגם בטענת המנהג הזה איו ממש כיון דרוב העיר הסכימו לשנותו ולברור להם רב כרצונם והרי צדדנו בכל הטענות שיש להחזיק מהם הרבנות להרה"ג מהרש"א ז"ל ולא מצאנו, ומנויו של הרה"ג כמהרב"א ז"ל הוא הקיים, וא"ת נהי דמצד הטענות הנז' לא נמצא לו זכות מ"מ הרי גם הוא החזיקו במנויו מהקה"ק כמו שהחזיקו אחרים מהקה"ק ביד כמהרב"א ז"ל ומאי חזית.

לזה תשו' מוצאת כי מהרח"א נר"ו המציא עדות לפנינו חתומה מחו"ר העיר קרוב לל"ו שתכף אחרי פטירת הרה"ג כמהריד"א ז"ל רוב הקהל מינו להרב מ"א ז"ל וגם יש עדים שזוכרים שנאספו רוב הת"ח בישיבת מוה"ר מהרש"ך ז"ל והלכו משם לביתו ולא זזו משם עד שקבל עליו משרת הרבנות וחתם ראשון בפניהם על המכתבים שהיו מוכנים אז וברכו לו ברכת בס"ט ונשמע הדבר בכל העיר והיו חותמים לקושטא להשיג לו משרת ח"ב וגם העד העד המזכיר שהיה בימים ההם כימע' כמהרש"א ז"ל חתם שני אחריו במכתבים ההם רק שהתשובה התאחרה ואז התחילה המחלוקת להתעורר.

ומעתה אחר כל אליון דהווי מי יכחיש תוקף מנויו דעדות על הסכמת רוב העיר האיכא דלדעת מרן יכולים לכופ לביעוט והגם דבש"ע א"ח סי' ג"ן גבי ש"ץ כתב דאפ"י יחיד מוחה עיין במפי אהרן סי' א' שהאריך בזה ושאני ש"ץ דהוא שליח ואין שליח נעשה בע"כ של המשלח והגם דהמ"א שם הביא מהפוס' דה"ה במרביץ תורה הנה בסוף כתב ול"ן דדוקא בזמניהם שהיה ש"ץ מתפלל להוציאם י"ח וכו' ולכאורה קשה להבין כיון דהעתיק בהתחלה דה"ה למרביץ תורה דלא שייך ביה שליחות איך חילק לבסוף בין ש"ץ דזמניהם לזמנינו והלא מ"מ היחיד יכול למחות אלא פשוט דגם מרביץ תורה כיון שמורה הלכות ודורש לצבור וקי"ל אין אדם לומד אלא במקום שלבו חפץ ס"ל להמ"א ז"ל שיש לו דין ש"ץ דזמניהם.

וממילא במנוי הרב לדידן שחוץ ממנו יש דיינים ודרשנים ואינו רב רק להנהגת העיר במוצא ומובא יסבור המ"א לדעת הש"ע דהרוב כופין למיעוט, ועיין בזה במפ"א שם משא"ך במינוי כמהרש"א ז"ל דלא היה מרוב ולא נתפרסם ועוד אפ"י אם חזרו הרוב ורצו למנותו כיון שקדם מנוי כמהרב"א שוב אינם יכולים משום מעלין בקדש ואין מורידין וכמ"ש הריב"ש בסי' רע"א והדברים ארוכים בפוס' עיין עליהם ולפי"ז כיון שמנהג העיר באותם הימים דכל דבר שלא הסכים עליו הרב הראשי אין בו ממש נמצא דכל הפשרי שליחות שזיכה אותם הרב כמהרש"א ז"ל וחתם ראשון אין בהם ממש

ובפרט שלדברי מהרח"א נ"י וטענתו אפ"י אם יש ממש במנויו הוא טוען שאפשר שחתנו הניח החותם שלא מדעת בעלים ובכגו"ד אמרינן ליה קיים שטרך וחזת לדינא והעדות שהביא כמהרש"ס נ"י מהרה"ג כמהרי"ם ז"ל שהכל היה בדיעת ורשות כמהרש"א ז"ל כבר השיבו דמלבד דהרב העד הוא נוגע בדבר שיש לו ולבנו ולחתנו פשרים כאלה עוד בה שהוא עד א' והקיום צריך שנים וז"פ.

וטענת כמהר"ש הי"ו שפשו קודם הגם שכתוב זמן פשר מהרח"א במוקדם הגם דלפי האמור הוא ממ"ן אין לו זכות ומה לו, מ"מ נימא שרי ליה מאריה שזה נוגע לשוכני עפר לומר שחתמו שקר בלי עדות ברורה ועיין למורם בח"מ סי' ג"ם ס"ח אם נאמנים הם עצמם להעיד שחתמו שקר שיש בזה מחלוקת, ועוד אני אומר שכיון שיש מהזוכים בפשרי כמהרב"א שכבר נהגו שליחותם ואין פוצה פה לבטל פשריהם הנה בד"מ על די"ז דכשהקדימו הזמן בכונה פסול כתב בפשיטות דכשחייב מודה משלם ע"ש וה"ן אם לפי טענתו היה הזמן אחר פשרו אדרבא יהיה קיים כי בזמן ההוא היה כל רסן השררה ביד כמהרב"א ז"ל ואם הוא מוקדם מ"מ הרי בני העיר הסכימו והו"ל חייב מודה ואפ"י לצד שטוען שאותו זמן עדיין לא היה קיים מנויו כדין מה שאין האמת כן עכ"ז כיון שאחר כך נתקיים ונתחזק אותו מנוי בידו בהסכמת הכל י"ל דמעשיו קיימים למפרע כיון שכתב מורם בסי' קע"ו דכל בני העיר הם כשותפים וכבר קי"ל התם ששותף שעשה מעשה נגד מנהג השותפין ואח"כ הסכים שותפו במעשהו דמעשהו קיים וה"ן דכוותה זה מה שעלתה מצודתי בנחיצה רבה כי מע' הרבנים חבירי הי"ו שמו עיניהם עלי לעיין בזה ופקודתם שמרה רוחי לערוך לפנייהם את הנר' לקוצ"ד והמה בחכמתם אשר יבחרו יקריבו ויה"ר שלא נכשל בדבר הלכה, החו' פעה"ק טבת"ו בח' כסלו ש' התרפ"ג הצעיר אליהו ילוז ס"ט נדרשנו אנחנו החו"מ לחוות דעתינו בדין טו"ת שבין שתי הצדדים הרבנים כמהר"ח אלחדיף הי"ו וכמהר"ש סתהון הי"ו והגם כי לא היה לנו נחת ליכנס בזה.

אך יען שהתובע כמהרש"ס נ"י דינא קא תבע לזה הוכרחנו ליכנס בזה אחרי שנבררנו משתי הצדדים ושמו עינינו להוציא משפט זה לאשורו על חד מנן רב האי גאון מני"ר מע' הרב המאה"ג מבצר עוז ומגדול סבא דמשפטי"ם ראב"ד מקודש תנא דבי אליאו ילוז שליט"א והוא בחכמתו שרטט וכתב האי פסקא דדינאומסר אותו בידינו לעיין בו וכשאנחנו לעצמנו ראינו שאר"י נעשה שוא"ל ומה ידענו ולא ידע מר.

אך מאחר שאנחנו נבררים הוכרחנו לעיין בזה. חזרנו עכד"ק המאירים ומזהירים אף ידינו תכון עמו וכדי שלא תהיה ביאה ריקנית אמרנו רק לשים לב בטענתו שפשו קודם בזמן לפשר הרב כמהרש"א ובכוונה הם הקדימו הזמן לגרע את כחו.

תחילה וראש אנחנו נשאל אותו מאן לימא לן שפשו לא נכתב אחרי כמה שנים שכבר הרה"ג כמהרש"א ז"ל חזר והסכים על מינויו של כמהרב"א ז"ל. ובראותו שלא השיג שליחות מהרה"ג כמהרב"א ז"ל כתב פשר והחתים וציין הזמן ע"י אמצעי בעת שהיה רב זמניי כדי שיטעון שכבר זכיתי בו בזמן שהיה רב.

וא"כ לא שבקת חיי והן אמת טענת קנוניא טענה היא ובאה בהרשב"א בת"א סי' קכ"ט הביאה הב"י חו"מ סי' מ"ז על ראובן שהודה בכתב ידו לנמואל בן אחיו שכל מה שיש

לו בין קרקע בין טלטל משותף בינו ובין שמעון אחיו הנז' ואח"כ נשא ראובן אשה ושעבד לה כל נכסיו ואח"כ נפטר ראובן ונמואל בא בכת"י לחלוק בנכסים ואלמנת ראובן טוענת שאינה מאמינה שנכתב הודאה זו קודם שנשאה.

ואע"ף שכתוב בו זמן מוקדם לנישואיה שמא לגרע כח שעבודה נתכוון ולא כמיניה. והשיב לענין הקרקעות הדין עם האלמנה לפי שלא היה יכול ראובן למכרם ולא ליתנם להוציאם משעבודה.

וכיון שכן אף הודאתו אינה הודאה. הנך רואה דטענת קנוניא טענה היא.

אכן במושכל ראשון מובן דטענה זו הנ"ל היא נגד הש"ע. והנכסים הם בחזקת ראובן וגם לו היה ראובן חי וטען או בן אחיו שהנכסים הם בחזקת שניהם אין דינה רק כמלוה על פה וכמ"ש בש"ע חו"מ סי' ס"ט וז"ל אפ"ל נתקיים בב"ד שהוא כתב ידו אין לו אלא דין מלוה ע"פ וכו' ע"ש ולכן התם שהוא כתב ידו והנכסים בחזקתו וממילא דאחרי שמת ומשועבדים הם לאשתו לכן הבא להוציא הנכסים מחזקתה וטענה היא טענת קנוניא טענה היא אבל הכא שאין שום חזקה לזה ולא לזה מהי תיתי לומר ולחשוד חלילה ברבים זקנים שהם הקדימוהו.

ותדע שהרי הרשב"א ז"ל גופיה הביאה הב"י סי' צ"ח מחודשין א' וז"ל ואעפ"י שלא היו עכשיו ביד ראובן וכו' דכל שנמצא בידו חזקה אינה של אחרים. ועי' תשו' דרכי נועם סו' ז' ובהכנה"ג מהדו"ב סי' ר"ן בהגב"י או"י"ג ואילך ומשמם בארה.

ומעתה מובן דטענה זו היא הבל ואין בה ממש ובפרט שטענה זו שייכא עליו. ובטוחים אנו שהרב כמהרש"ם הי"ו לא יתעצם עוד בטענתו זאת והרי הוא ראה בעיניו שכל אותם הפשרים שנעשו ונכתבו בקולמוס אחד בזמן הרה"ג כמהרש"א ז"ל לא נתקיימו ולא דרך בהם שום שד"ר ומן השמים הוכיחו האמת.

כ"ד החותמים באהבה וידידות פה עיה"ק טבריא ת"ו בחו' כסליו ש' התרפ"ג ליצירה בא סי' ובאו עליך כ"ל הברכו"ת לפ"ק וח"ש ברוב עוז ושלום: יעקב חי זריהן ס"ט ע"ה מכלוף שטרית הי"ו משה מאיר חי אליקים ס"ט הצב"י יעקב ואעקנין ס"ט יום ד' לס' ויברך אות'ו ש"ם ש' קראו שלום לפ"ק טבריא ת"ו כאשר בקשוני רבני ספרד היושבים על מדי"ן עם מע' הרה"ג ראב"ד כמהר"ר משה קליערס הי"ו לעיון בפסק דינם בענין הדו"ד שבא לפניהם בדבר כתבי השדרי"ם שזה קיבל רשות מזה וזה מזה וביארו שם שסדר הנהגתם עיקרה תלוי במי שנבחר בראש ותמיד דרכם לקיים את המעשה אשר יחליט הוא ועיקר פלפולם מי כחו גדול בזה משני אלו וראיתי כתבי ידם מעשה אצבעותיהם ופלפולם ומסקנתם ובקשוני לחוות גם דעתי עמהם: תשובה אני איני כדאי ששלחתם אלי אמנם כד"ת נוטה שכל דבריהם שם להלכה נכונים, והעיקר היא טענתם הראשונה שהיה סגי נהור וזה מכריע הכל שסומא בשתי עיניו פסול לדון כמבואר בטוש"ע סי' ז' והנהגתהכולל בודאי לה דין יקרא, ואפ"ל אם נאמר שקבלה מהני לזה כמו שמצינו שיכול אדם לקבל עליו קרוב או פסול לדין, הנ"מ שקבלום השני בע"ד ביחד ברצון אבל כ"ז שלא קבלוהו ברצון אפ"ל אחד מעכב, ולזה שומעים שאמר כהלכה, וכ"ש לעשות דיון כזה בקביעות דלא מהני לדעתי אפ"ל אם קבלו עליהם כולם, כי שמא היום

או יומים יבואו עוד הראויים לקבל החק והם אינם מחוייבים לקבל עליהם פסול וכ"ש שלא קבלוהו עליהם כולם, וכ"ש שהרוב לא הסכימו, ואפי' ריש גלותא לאו כל כמיניה להכשיר פסולים ובזה אינם צריכים לכל הפלפול מחזקת אבות ואפי' רשות מהמלך לא מהני כמ"ש בטור סי' י"ג ובזה אינם צריכים לפלפל על הרשות שלקחו מהוואלי, כי אפי' אם היה רוב והיו משיגים רשות מהשלטון העליון לא היה מועיל, ומה שפלפלו שם אם בעינן רובו מתוך כולו ובקשו סמוכות להם כי מה יעשו בעיר גדולה אינם צריכים לזה כי עיקר הפלפול בזה הוא מפני שהמיעוט אומרים אלמלא היינו עמכם היינו מסבירים לכם שתקבלו דעתינו ועכשיו שלא היינו עמכם אין מניינים מנין, אבל בנד"ד הוא כמו שמצינו בבע"ד שקראו אותו ולא בא שמקבלין עדות שלא בפניו וכאן ג"כ האם לא ידעו המיעוט השוכנים בעיר שחולקים עליהם הרוב והיו יכולים לגלות דעתם ולומר טעמם עד שיקבלו מהם לעשות כרצונם ובודאי נמשך הדבר לא יום ולא יומיים ובאו בודאי כמה טענות ודו"ד, או שידעו ולא רצו לבוא, ואעפ"ך החליטו הרוב שלא כרצונם עד שהשיגו רשיון מהממשלה העליונה על מי שהסכימו הם, ונתבטל הרשיון שלהם מעיקרו א"כ הוי שפיר רובו מתוך כולו, וכ"ז אם היה ראוי להתמנות זה, אבל כשנחזור לטענתם הא' שעשו שלא כדין המשתדלים להקים מנהג כזה אין אנו צריכים לכל אלו הפלפולים ודינם דין אמת ושלוש על דייני ישראל הכו"ח פה עי"ה טבריא ת"ו.

מרדכי חיים סלאנים סימן ה' שני רבנים אשר אחד מהם מזה לו כשלשים שנה מינו אותו הרב הראשי והועד שלו להיות מורה צדק לעדתו וגם השני מזה קרוב לתשע שנים שנתמנה כמו כן מהרב והועד למורה צדק שמה ושניהם כאחד טובים משרתים בק' לדון ולהורות בדיני איסור והיתר ובדיני אישות וגטין וחליצות ובדיני ממונות וכאשר יצטרכו לשלישי הם מצרפים עמם אחד מהת"ח אשר יבחרו בו ושכר בטלתם הוא מעט אשר זיכו להם המנהלים מזה קרוב לחמש שנים ליטול אותו מקופת הכוללות מהכסף הבא מחו"ל להוצאות העיר ולחכמיה וענייה כידוע ומפורסם לכל באי שער העיר.

וכל העם מקצה יחדיו ירננו לפאר את שם כבודם כי בשלום ובמישור הלכו אתם ושפטו את העם משפט צדק. והן בעון בימים האלה נועצו לב יחדיו איזה ת"ח אשר לפנייתם הם דורשים ובשנאה מחמת קנאה מפתים גם אחרים עמהם בטענות בלות מהם אומרים הלא גם בנו דיבר ה' ונתנה ראש גם אנחנו בבהמ"ד לפשר וכו' כי מלאכה ואינה חכמה גם סדר גטין וחליצה כבר מסודר בספרים ומי לא ידע בכל אלה והשררה הזאת אינה ירושה להם.

ולפחות יהיו בדה"ץ משמרות מתחלפות לחדשים ומהם אומרים הלא די באחד ועמו יהיו שני צעירים להתלמד ממנו במשך השנים ואחריתם יעשו להם שם כשם הגדולים. ומהם אומרים עכ"פ צריכים הם לנכות מהפרס שנוטלים למחצה וכו' כזה וכזאת לקחה און הרבנים בחוצפה סגי ושומעים חרפה ואינם משיבים זולת ישאלו משפטי צדק וזכותם עפ"י דת תוה"ק מאת מע' רבני ישראל שמורי"ם הם חוקים ומשפטים צדיקים, ולהם משפט הגאולה בגזרה דאורייתא ירדו מחוקקים: ואני אנה ע'ני בא, פותח יד בתשובה, כי נבהלה נפשי ובטני, פליאה דעת ממני, מה להם ולמהומה, לצאת ביד רמה, ולא על הנך דלא מטו בעיני יפלא כי המה כמורדי אור ואין מעצור לרוחם לחשוב שדבורם הקל

היא גופא גזרה, אלא על הנך דמטו ומתימרים לשבת על כסא ההוראה ורודפים אחר השררה, מדוע לא פתחו הש"ע בח"מ סי' יו"ד ס"ג שכתב וז"ל כי רבים חללים הפילה זה ת"ח שלא הגיע להוראה ומורה ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה והוא שיהיה הדור צריך לו אבל אם יודע שיש שם ראוי להוראה ומונע עצמו מההוראה ה"ז משובח וכו', והנה מפורש בפרק הרואה דרש בר קפרא באתר דלית גבר תמן הוי גבר אמר אביי ש"מ באתר דאית גבר תמן לא תהוי גבר ופריך פשיטא (כלו' דאסור להורות הל' במקו' רבו) ומשני לא צריכא בשוין ופירש"י אם באת במקום חכם ואינך גדול ממנו אל תטול עטרה לדרוש במקומו ועיין למהרד"ך בבית כ"ב חדר ט' מה שהאריך שם בזה ונ"ט לסמיכה שהיו עושין כדי להודיע שהוא גמיר דאל"כ יעשה תורה פלסתר וירבה ממזרים וכו' ואפ"ל לדיני ממונות פסל שם הגאון מאן דלא גמיר וכו' ובתו"ד ז"ל ערך תוכחת מוסר וכתב וכ"ש בדורנו זה שבעוה"ר רבו אנשים שלא שמשו כלל המכריזים ואומרים חכמים אנחנו ותורת ה' אתנו ועליהם ב"ק מכרזת ואומרת אוי להם לבריות מעלבונה של תורה ואם יקום נגדם איזה גדול שבדור אומ"ל הכבד ושב בביתך שאין בידך לא לחם ולא שמלה ובע"כ נותנים להם אמנה כי ציד בפיהם ומגדילים עצמם בכח התחבולה והמרמה ונמצא ש"ש מתחלל וכל ירא ה' ראוי לו להתקנאות וכו' ולבי נוקפי על גטין שינתנו בזמן הזה שלא ע"ו מומחה וכו' אוי לעיניים שכך רואות שאנשים כאלה יכניסו עצמם בטיב גטין וחליצות שיש בהם כמה דינים התלויים בשערה אשר לא ירגישו בהם כלל.

ואף אם לפי ערכם יש להם יראת שמים אינם שואלים לגדול מהם כי חכמים המה בעיניהם וכ"ש דמלתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה וכו' והנה אפ"ל בזמן הראשונים היו ממנים אדם גדול לעסוק בטיב גיטין וקדושין וכו' עש"ב והגם כי מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' א' הביא שיש לחלק בין זמן התלמוד שהיה הכל בע"פ לזמננו שיש ספרים והספר הוא המורה ואין למנוע מלהורות אפ"ל כשיש גדול ממנו וכ"ש בשוין מ"מ מלבד שהוא עצמו כתב שאין כן דעת הרמב"ם אפ"ל לאותם הסוברים כן התנה דזה דוקא אם הוא בדוק ומנוסה שיודע לעיין ובעל סברה יודע דעת ומבין ובסוף התשו' כתב דהגם שנראה כן לפי הדין מ"מ בזמננו ראוי לגדור גדר כי רבו בקיעי הזמן שועלים קטנים מחבלים כרם ה' צבאות וכו' ע"ש הנך רואה דלמהרד"ך ז"ל מדינא פסול מאן דלא גמיר וכ"ש כשיש גדול ממנו וכמו שהוכיח שם מסוגיאיות ולא חילק מזמן התלמוד לזמננו ולמהרשד"ם משום גדר מיהא גדר גם בזמננו ואם בדורותיהם כן מה נענה אנן יתמי דיתמי, ואיך ישא איש ויסכול הדברים ואומרים כי הכל מסודר בספרים גם סדר הגט והחליצה וכ"ע ידעי לה אתמהה, וכ"ש לאותם האומרים להושיב שנים צעירים עם אחר גדול שיתלמדו ממנו שמודים שהם עדיין לא למדו ורק שיתלמדו מכאן ולהבא, ונראה כונתם שיהיו הצעירים בשם דיינים להשלים מנין השלשה ב"ד אמאי שכחו או לא למדו מ"ש בח"מ סי' ז' ב"ד של שלשה צריך שיהיה בכל אחד מהם ז' דברים וראשית כולם היא חכמה וכו' וגם למ"ש הברכ"י ז"ל דדוקא אם ימצא בעיר אנשים שלמים בכל מדות אלו אז הוי לעכובא וכו' מ"מ ענין חכמה ודאי דהוי לעכובא וכמו שמפורש בש"ע סי' ח' וז"ל כל המעמיד דין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דין אעפ"י שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות ה"ז שהעמידו עובר בלא תעשה

ועיין בסמ"ע דאו או קאמר אינו הגון אעפ"י שהוא חכם או אינו חכם אעפ"י שהגון ומורם סיים שאסור להעמיד ע"ה טל סמך שישאל כל פעם לחכם ע"כ ואפי' לא היה כונתם רק להושיבם להתלמד ולא לדון מ"מ הנה בסי' ט' כתוב בש"ע אין לדיין להניח לתלמיד בור שישב לפניו שלא ישא ויתן עמו ויטה מדרך האמת ועיון בסי' ג' ס"ד ודי בזה.

ואם באמת חפצים בקיום הדת שימצאו בעיר אנשים חכמים ונבונים שיצא מהם תועלת להבא זאת יעשו לקבוע ישיבה לת"ח הראוים ללמוד בש"ס ופוסקי' עד שתתמלא כריסם מהלכות איסור והיתר ודיני ממונות ואז מהם תצא תורה להורות לבנ"י חוקים ומשפטים צדיקים כתבתי כ"ז אעפ"י שהם דברים פשוטים והלכות פסוקות לא לחכמים זולת לגול מסוה הטעות מעיני אותם הסומכים על דעתם ולא יפנו תחלת מעשיהם לדרכו התורה אשר צדיקים ילכו בה.

ועל מחשבתם להשפיל גאון הב"ד הקודמים אם להסירם לגמרו או שיוסיפו בתי דינים אחרים ויהיו משמרות מתחלפות או להפחות משכרם אשר זכו בו מקדם זה כמה שנים בכל אחת מהנה לא יצדקו והמחשבה בזה פוסלת, כו אפילו אם היה להם מציאות למנות אחרים גדולים מהם אין בידם וכמ"ש הריב"ש בסי' רע"א וז"ל שנית שאף אם לא היה ר' יוחנן בא בטענת אביו והיה ראוי הר' ישעיה להיות קודם להתמנות מ"מ כיון שכבר היה נוהג בשררה היא שקבלה מעצמו והחזיק בה זכה בה מדגרסי' בירושלמי דהוריות דבי הושעיא ודבי בר פזי הוו עלין ושאלין בשלמא דנשיא וכו' שמעינן מיהא שמי שהחזיק אפי' מעצמו באיזה שררה או דין קדימה אין נוטלין אותה ממנו לתתה לאחר גדול ממנו וכו' כי אעפ"י שהחכמ' ראוי להם לברוח מהשררה אבל כשנתמנו בה היו מקפידין שלא להסתלק ממנה כמ"ש בפ' בתרא דמנחות אמ"ר יאושוע בן פרחיה בתחלה כל האומר לו עלה אני כופתו ומניחו לפני ארי עכשיו האומר לו רד אני מטיל עליו קומקום של חמין: שלישית שכבר נתמנה מהריו"ח בהסכמות קהלות צרפת וקבלוהו עליהם ומעתה אין מורידין אותו דמעלין בקדש ואין מורידין כדאמרינן פ' תפלת השחר במינוי ר"א ב"ע ונמלך באשתו ואמ"ל קא מעברין לך אמ"ל גמירי מעב"ק ואין מורידין וכו' ואעפ"י שהחזירו ר"ג דמאן דלביש מדא וכו' מ"מ כיון שנתמנה ראב"ע בהסכמתם לא הורידוהו לגמרי דמעב"ק ולא מורידין וכו' עש"ב והנה הטעם הראשון של הריב"ש פסקו מרן באבקר"ר סי' ר"א ומור"ם ביו"ד בהגה לסי' רמ"ה ע"ש וטעם השני מהרד"ך בבית כ"ב חדר י"ג כתבו על מהר"ד ז"ל דנדונו וז"ל וכ"ש שכבר קבלוהו עליהם לרב לימים ושנים והיה מרביץ תורה ביניהם וגמירי מעב"ק ואין מורידין שלא עשה דבר שלא כהוגן עד שנאמר שבשביל זה הורידוהו כר"ג בפרק תפלת השחר גם לא בא שם גדול ממנו שנאמר משום זה הורידוהו דדוקא בשוין הוא דאמרינן באתרא דאית תמן גבר תמן לא תהוי גבר (בזה הוא פליג על הריב"ש דס"ל אפי' בגדול ממנו אין להעבירו כנז') ובפ"ק דב"ב דאמרו דאימנו רבנן דמתא מחסייא לאותובי רב אחא מדפתי ברישא ולבסוף לא מינוהו שאני התם דאכתי לא הושיבוהו רק חשבו להושיבו ומ"ש הוא שם כל המרעין לו לא במהרה מטיבין לו וכתבו התו' שסבור היה שיחזירוהו ואיך יחזירוהו והרי כבר מינו מר בר רב אשי ולא מורידין היה סבור שיחזירוהו עם מר בר ר"א ולא שיסירו מר בר"א לגמרי ע"כ ומעב"ק ולא מורידין נאמר בכמה דוכתי בש"ס על כמה



אנפי עיין ביומא דכ"ב גבי רב דאיקלע לאתריה דר' שילא וקם אמורא לר"ש וכשהרגיש ר"ש שהוא רב אמ"ל נינח מר אמ"ל מעלין בק' וא"מ ופירש"י גנאי הוא לדרשה שארד אני ויקום פחות ממני לגומרה ע"ש ושם די"ב גבי אירע פיסול בכ"ג ומינו אחר תחתיו קאמר ר' יוסי ראשון חוזר לעבודתו שני לא לכ"ג ולא לכהן הדיוט לא לכ"ג משום איבה ולא לכהן הדיוט דמעב"ק ואין מורידין, ותמצא שכן עשו בחזרת ר"ג שזיכו לו שנו שבתות ולראב"ע שבת אחת דלעשות לזה שבת ולזה שבת לא משום דאתי לאתקנוי וכמ"ש התם ולהעביר לראב"ע לגמרי לא משום דמעב"ק וא"מ וכ"כ התו' שם ד"ה הלכה כר' יוסי ע"ש דנפק"מ בזה"ז לפרנס המתמנה על הצבור ע"ש, ומכ"ז למדנו דלא מיבעייא לטעם הראשון דהריב"ש דבלא קבלת צבור נמי אלא שהחזיק מעצמו זכה ואפי' בא גדול ממנו לא מצו לסלקו דהכא ודאי זכה וכן דעת מרן באבק"ר וכמ"ש (ודלא כמהרד"ך) אלא אפי' לטעם הב' דאם קבלוהו יש משום מעב"ק ה"ן שכתוב שהדיין הראשון גם את השני נתמנו בעצת הרב הראשי והועד וזה כמה שנים פשטה קבלתם בכל העור וכולם באים לדון אותם וכו' ואין נודד כנף ודאי דלא מצו להזיזם משררתם דמעב"ק וא"מ והנה במנחות דצ"ט מפורש דהוי דאורייתא דקאמר התם שני שלחנות היו באולם מבפנים לפתח הבית אחד של כסף ואחד של זהב על של כסף נותן לחם הפנים בכניסתו ועל של זהב ביציאתו שמעב"ק וא"מ ואחד של זהב בפנים שעליו לחה"פ תמידומנלן דאין מורידין דכתי' ויקם משה את המשכן וכו' ע"ש פירש"י ומנלן דמעלין דכתיב את מחתות החטאים האלה בנפשותם ועשו אותם רקועי פחים ציפוי למזבח וכו' בתחלה תשמישי מזבח ועכשיו גופו של מזבח אשר שכרת ושמתם בארון תני רב יוסף מלמד שהלוחות ושברי לוחות מונחים בארון מכאן לת"ח ששכח תלמודו מחמת אנסו שאין נוהגים בו מנהג בזיון ע"כ ונראה דרב יוסף יליף דאין מורידים מהך דרשה, והנה ראיתי מקשים על רש"י ז"ל דבריש פ' בני העור תנן התם מכרו ספרים יקחו תורה מכרו תורה לא יקחו ספרים ופירש"י דמעלין בק' וא"מ ומביא תוספתא דמעלין יליף מויקם משה את המשכן שבצלאל עשאו ומשה שהיה גדול ממנו הקימו וא"מ מדכתיב את מחתות וכו' ויקדשו כיון שהוקדשו הוקדשו ט"כ דאמאי שבק ש"ס ערוך ומביא מ"ש בתוספתא דהוא הפך מהש"ס ולעד"ן משום דתנן וכן במותריהם דר"ל שעילו מקצת מהדמי' ונשאר מהם והוה ס"ד דכיון שהיה העילוי במקצתן לא אכפת אם הורדנו המותר קמ"ל דלא, וזה לא הוה ידעינן מילפוטא דמנחות דנימא שאנ"ה שהיו המחנות ציפוי למזבח בדיוק ולא נותר מהם מאומה אבל אם היה מותר נימא דאנה"ן שאין מעלין וכן נמי למאי דיליף מינה ללחה"פ שהיו כמדת שלחן שבפנים וכמדת שלחנות שבחוץ ולא נותר מהם ומנ"ל דגם במותר מעלין וא"מ להכי יליף לזה מהתוס' דדריש כיון שהוקדשו הוקדשו כלו' ולא היה רשות לשנות גם מקצת מהם אפי' המותר לקדושה קלה, ומעלין גם המקצת מויקם דהתם המשכן היה חלקים חלקים ולפחות הי"ל לבצלאל שטרח בכולו להקים חלק ממנו ולא היה כן ש"מ דכוליה קדושה בעי לעלויי, ולפי"ז עלה בידינו לכל הדברות דמעב"ק וא"מ היא דאורייתא ואם זכה אחד במשרה המתחלקת לחלקים אין לומר שיעלו אותו בחלק אחד ויורידו אותו באחר אלא דבכוליה מעלין וא"מ ואפ' דלזה אצטריכו למימר ואין מורידין דפשיטא מאחר דקי"ל דמעלין מהיכא תיתי דמורידין אלא

הא אתו לאשמעי' דהגם דעילו במקצת אין מורידין במקצת האחר, והך דמעב"ק ואין מורידין לאו דוקא בשררה גדולה.

אלא אפי' בשררה קטנה קי"ל הכי וכמ"ש הכנה"ג בבע"ח חיו"ד סי' רי"ח על שני דיינים בעיר אחת אחד להורות איסור והיתר והשני לד"מ והראשון החזיק לחתום ראשון במכתבים וכו' לסוף הביאו אחר לדון ד"מ ורצה שהוא יהיה חותם ראשון והרב ז"ל כתב דזה פשוט ממ"ש הריב"ש סי' רע"א דאפי' החזיק מעצמו זכה.

והרגיש ממ"ש מהרא"י ז"ל בפסקים סי' קכ"ו וקכ"ז וקכ"ח דאין השגת גבול בת"ח הבא למקום ת"ח אחר וחילק דלא אמר מהרא"י ודעמיה רק בשררה שיכולין שניהם להשתמש כאחד כגון גטין וחליצות אבל כשאין שניהם יכולים להשתמש בחתימה וכיוצא יודו להריב"ש ז"ל והביא שכ"כ מהרש"ך ח"ג סי' מ"ו ומהר"ש הלוי יו"ד סי' א' (אפשר שזה דעת מור"ם בהגה ביו"ד סי' רמ"ה שהביא ס' מהרא"י וס' הריב"ש יחד מבלי רמז מחלוקת ושור"ר שכ"כ הכר"ש ביו"ד סי' כ"א ע"ש) ולבסוף כתב שאעפ"י שאפשר שמהרא"י והריב"ש חולקים ראובן המחזיק בשררה הוא המוחזק והוכיח תוכחת חיים לשני שבא לשפוט צדק בעיר איך ירצה במשפט מעוקל עליו אני קורא שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים והני בעלי אגרופין העומדי' לימינו וכו' חוששני להם מחטאת ויזהרו שלא יכוו בגחלתו של ראובן וכו' ע"ש, וגדולה מזאת מצאתי ראיתי להגאון חק"ל ז"ל בשיירי א"ח שנדפסו בתחלת יו"ד חק"ל ח"א שנשאל בקהל שמנהגם כל עולה לס"ת מברך להרב והפרנסים ולזקנים והיה נוהג הש"ץ לברך לזקן אחד בראשונה אחר הפרנס' וגזבר בהכנ"ס רצה להקדים זקן אחר קודם לאותו זקן שהחזיק בזה ואחר שקו"ס שעמד הרב בזקן מופלג וכו' ועוד פלפל בהך דמערבין בבית ישן וכו' אסיק דאין ביד הפרנס לשנות מהך ירושלמי שהביא הריב"ש שם והגם שפקפק בזה דאפשר דהתם לא איירי אלא בששניהם חכמים ולא בעמי הארץ והביא ממשפטי שמואל סי' נ"ג ומגן גבורים חיו"ד סי' י"א דלמדו מאותו ירושלמי גם אם הזוכה, בכבוד אינו ת"ח וסיום וכ"ן דכבוד מעין שררה דקי"ל ביה מד"ת מעלין בק' ואין מורידין והתם אין חילוקבין אם הזוכה ת"ח או ע"ה וכו' ע"ש ומכל האמור תבין ותידון לשררת דיינות ורבנות במכ"ש ועיין להכר"ש ז"ל ביו"ד סי' כ"ג שהביא דברי הריב"ש ודברי מהרש"ך הנז' לזווג דברי מהרא"י עם הריב"ש ז"ל ולבסוף כתב כלל העולה כי לא מן השם הוא לשום חכם כקטן כגדול להשיג גבול החכם שהוא מרביץ תורה בקהלו זה כמה שנים וכו' והרוצה לבא בגבולו ליטול איזה שררה קטנה או גדולה הרי הוא בכלל משיג גבול רעהו וגם יחידי ק"ק המנגדים להסירו או להביא צרתו בצדו הרי הם עתודים ליתן את הדין וכו' ע"ש ועיין למהר"ח צרולייא ז"ל בס' מים החיים במי מריבה מסי' א' עד סי' י"ב שהעלו להלכה הוא ורבני קושטא ורבני סאלוניק ז"ל שאין להסיר ולא לצרף שום רב עם הרב הקודם ולא להשיג גבולו בשום קפוח פרנסה והדברים ארוכים מאד א"א להעתיקם וכן תראה לה"ג בחקות החיים בח"מ סי' ג' שכתב דכל רב שנהג נשיאותו לפנים דגם שעתה הדרי בהו הרבים מהקהל להורידו אין כח בידם דלא נאמר אחרי רבים להטות בענין סילוק מהשררה דאין כח ביד הרבים לעבור על ד"ת כמבואר מתשו' מהרש"ך ח"א סי' ק"ו ומש"ץ ח"ב סי' ל"ד דאין ביד בני העיר להעבירו משררתו והגם שמדברי מהר"י אדרבי סי' רכ"ד נראה שחולק בזה וכמ"ש בכנה"ג ח"מ סי' רל"א

הגה"ט אות ס"ד הנה החק"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד כתב שהוא יחיד נגד רבים והלכה כרבים ועו"כ דגם מהרי"א לא כ"כ רק באותו נדון שהממונים לא השגיחו במינויים כהוגן וכו' ועל כעין זה נאמר לא תהיה אחרי רבים לרעות והברכ"י בא"ח סי' ג"ן הביא מהרמב"ם דאין להעביר ממונה ממינויו אא"ך נמצא בו דבר ערוה ע"כ ועוד דן שם הרב חוקות החיים על ההוצאות והפרס שלו וכתב דהעיקר שחייבים כמו שדנו הרבנים הגדולים כמהר"א ענתיבי מאר"ץ וכמהר"מ ישראל מרודים וכבר האריך התייר הגדול חק"ל ביו"ד ח"ב סי' ב"ן והלכה העלה דכל שסלקוהו לדיין שלא כדין גובה שכרו מושלם לעד לעולם וכ"ן דעת הרה"ג מהרי"מ בס' שפת הים ח"ד סי' נ"ג ע"ש והסכום עמו שם הרה"ג כמהרי"א קריספין ז"ל ככל משפטיו ועיין לו עוד שם בס' צ"א מה שהאריך בענין זכויות השררה נפלאות מתורתו והגם כי לכאורה נראה ממהרשד"ם ביו"ד סי' קב"ל דנראה שחולק בזה וס"ל דיכולים הקהל להביא חכם עם החכם הראשון מלבד כי כנה"ג בא"ח סי' ג"ן בהגב"י כתב שמהרי"א סי' קי"ו והמבי"ט ומהרש"ך לא ס"ל כן ונראין דבריהם ועיין למהרי"א סי' ס"ח ומ"ץ ח"א סי' מ"ח ומהר"י הלוי סי' נ' ע"כ עוד בה עיין להרה"ג ברוח חיים ח"מ על סי' ז"ך שהאריך בענין זה ושם הביא תשו' מהרשד"ם ז"ל וחילק דל"א מהרשד"ם לענין רבנות רק שאינם רוצים לשמוע הדרשה מפי הזקן ועוד דשם הטעם מפני שמחמת זקנתו לא היה יכול עוד לדרוש.

ועוד דשם היה המחלוקת רק בין החכמים אבל כל הקהל היו מסכימים עם החדש משא"ך כשיש חלוק דעות בקהל והאריך שם ולקמיה כתב ודע דאפי' להניח אדם אחר בשררה שזכה הוא לבדו איכא איסור מעלין בק' וא"מ דזה נמי הוי הורדה כמ"ש המבי"ט ח"ג זורע אברהם חח"מ סי' כ"א וגו"ר חיו"ד סי' ח' דכשם שאין בידינו להעביר מהשררה לגמרי כן אין בידינו לשתף אחר עמו דזה נמי הורדה וכן הכריע החק"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד דכל מין ירידה נאסר מדין מעב"ק וא"מ עוד שם עמד אהך דפוס' דאין לת"ח הבא בגבול חבירו משום השגת גבול דל"א כן רק במקומם ובזמניהם דלא הוו קפדי בזה וכו' משא"כ לזמננו דודאי קפדי בהכי יש בזה משום משיג גבול ועני המהפך בחררה וליכא מאן דפליג והאריך לברר זה מדברי הפוסקים ועוד ידו נטויה שם והוכיח דאפי' טעו בהוראה ח"ו ב"ד הקודמים אינו מן הדין לסלקם כמ"ש בתשו' כ"י לאחד קדוש וכ"כ התשב"ץ ח"א סי' ט' ומה שנראה מהב"י בח"מ סי' ס' יש ליישב שלצד ההפלגה שהיה כועס על שכנגדו כ"ך ולקמיה הוסיף להפליא דבהורדה מהמינוי יש בה עון ע"ז וג"ע וש"ד ומוכח אכל חד וחד מינייהו והביא מאמרז"ל ע"פ יען כי מאס הזה את מי השילוח שמאסו בחזקיהו מלך יאודה שהיה צדיק וחסיד למלוך עליהם פקח בן רמליהו וגם מ"ש בילקוט תהלים ע"פ ויקנאו למשה במחנה שנמנו למנות אבירם במקום אהרן ודתן במקום משה שנא' נתנה ראש ומה גרמו לעצמן תפתח ארץ ותבלע דתן וכו' ולקמיה העתיק מ"ש בבע"ח ח"מ ח"א סי' ו' על כת הממאנת ברב אחד שכהו עיניו מראות וז"ל ועל הכת הממאנת אריד בשיחי וקולי לבני אדם מה אדבר ואצעק חמס מעלבונה של תורה וכו' לחוב בדמו של זקן שקנה חכמה אשר זה כמה שם אהל בהם שואף וזורח ולהלבין פניו כי אורו עיניו לאמר לו לעת זקנה זיל דון לגרמך ואל תבא במשפט וכו' היש תרופה או אם יכופר העון הזה אף בלב עולות ואלפי אלים בגשתם אל המזבח וכו' הלא רב ששת ורב יוסף וכו' והנה בשמים עדי כי מדאגה מדבר כי נכמרו רחמי על

הממאנים שלא יכוו ח"ו בגחלתו ע"כ וע"ז סיים הרז"ל ז"ל ואם זה כתב הרב על הבא ליכנס ע"י פתח שיי"ס דסומא פסול לדון וגם אינו יכול להיות בכחו והונו כ"ש הבא ליכנס שלא בטענה כלל דא"צ לפנים עכ"ל הרב חק"ח ז"ל ועיין בס' כפי אהרן ח"ב ביו"ד סי' ו' תשו' מהרח"ש הלוי ז"ל דבדידיה הוה עובדא שרצו בני עירו לסלקו מרבנותו ואסף איש טהור הפוס' המדברים בענין זה ואסיק שאינם יכולים לסלקו משום מעב"ק וא"מ ואפ"י שמינוהו לזמן קצוב והסכים עמו הרב המחבר ז"ל שם וכן עיין בס' תעלומות לב ח"א שנשאל ברב שמינוהו בתנאי לזמן וכתב דעכ"ז אינן יכולין להורידו בעבור הזמן משום מעלין בק' וא"מ והסכים עמו ראש"ל הר"מ ז"ל עש"ב ועיין להרב פני יצחק ח"ה בח"מ סי' א' שהאריך בזה כמנהגו הטוב ועמד אי בעו לסלוקיה מכח שהוציאו קול שהוא טועה בדין דלא מצו, וגם דרוב חכמה אינו מכריע במינוי הרב וכ"ש אם הם מסכימי' מחמת קנאה ושנאה, ושם בסוף התשו' היסב פניו כלפי הרב שבא בגבול חבירו והאריך ובכלל דבריו אביא מ"ש מהר"י מברונא ז"ל בס' רס"ד דהחכם הבא בגבול חבירו הרי הוא בחרם והעוזרו בחרם כמוהו רח"ל עש"ב ועיין להרב פורת יוסף ח"מ סי' ב' שגם הוא ז"ל האריך לחזק ידי החכם שקבלוהו הקהל אעפ"י שעדיין לא התחיל במינויו עכ"ז אינם יכולים לחזור בהם ובסוף התשו' עמד לענין שכרו אי גבי במושלם אעפ"י שלא נהג הרבנות רק כשהלך נק' התחיל במלאכה וכמ"ש בח"מ סי' של"ג דהלכו החמרים ולא מצאו תבואה והבעה"ב לא ביקר מלאכתו מבערב דמשלם להם שכרם ואייתי מהפוס' דההליכה הוייא כמו קנין מבעה"ב ונשתעבד בה ועוד אשכח רווחא בנדונו כיון דקבלתו בפני רבים כל הנעשה בפני רבים א"ץ קנין והביא דברי מהריק"ש בס' שנ"ג וז"ל רבים ששכרו מלמד אין יכולים לחזור אפ"י שלא התחיל במלאכה דכל דבר שנעשה בפני שלשה ה"ז קיים כיון שאינו מוצא להשכיר את עצמו ומקור דבריו הם מהגמר' סוף מציעא וכו' ע"ש ואח"כ כתב וכו"ת אנה"ן דמשלמין לו כפועל בטל ולא שכרו מושלם וע"ז הביא מ"ש הב"י סוס"י של"ג מתשו' הרשב"א בשכרו דרשן וחזרו בהם שאין בזה אינו דומה הבא טעון לבא ריקם דאדרבה לבו שמח כשהוא דורש וכו' ועוד כי העוסקים בת"ת נוחים הם ואם לא יעסקו ייעפו כהנך אוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי וכ"כ בתשו' רמב"ן וכ"כ הטור בסס"י שנ"ד בשם ר' יואל גבי השוכר מלמד לבנו וחלה התלמוד וכו' ומזה דן לרב ששכרוהו ורוצים לחזור דמחוייבים לשלם כל שכרו דלא שייך בזה אינו דומה הבא טעון וכו' עש"ב.

סופא דמלתא. היוצא מהמחובר מפום אריותא.

דלהזיו שררה וכבוד מהמחזיק בה אפ"י מעצמו לא איתי לאיניש על יבשתא. ואפ"י לשתף עמו אחר בשררתו אסור בכל שהוא ומה חצפה דתא, גם שכר בטלה שזכה בו לא יצא בגרעון כסף וכדין יציבא מלתא, אלא הדברים שנויים במסכת סופרים וגזרת עירין גזרה דאורייתא, ומאן ספין מאן רקיע לעבור ע"ד תורה ודברי סופרים ולא ליחוש ללטותא, עיני כל יחזו כי הם קמחא טחינא ולא בא הכתוב' פה אלא להעיר און באתערותא דלתתא, וישראל קדושים הם ויהי כשמעם ותנו כבוד נתורה לקיים תקום והדרת, ויתברכו בברכה המשולשת מוטב' תלתא, הגיע צעירלמדב'ר בכסלו דהאי שתא, שנת צדק צדק תרד"ף (לפ"ק) למען תחיה וירשת.

הצעיר אליהו ילוז ס"ט הסכמת הרה"ג ב"ד הספרדים בירשת"ו נחנא בי דינא רבא דפעיה"ק ירושת"ו ראינו את השאלה מעיה"ק טבת"ו אודות הרה"ג המשמשים שם בקדש ברבנות ובדיינות מזה כמה שנים ברצון כל בני הקהלה, ועתה קמו איזה חכמים ואנשים ורוצים. לסלק אותם ממשרתם בקדש ולהפקיד אחרים תחתיהם או להפחית להם ממשכורתם בטענות שאין בהם ממש וראינו גם הפס"ד אשר כוננו בענין זה ידי הרב הגדול הגאון המופ' תנא דבי אליהו ילוז יצ"ו.

ואחריו החזיק על דבריו הרב הגדול הגאון החרף ובקי אביר יעקב חי זריהן ונשאלנו לחוות דעתנו על זה. והנה עם כי הרבנים הגדולים הנז"ל לא צריכי לדידן ולדכוותן כי ידם רב להם להורות חוקים ומשפטים צדיקים.

ואמנם מרוב ענותנותם וגם מפני כי המה בעלי המעשה בקשו מאתנו לחוות דעתנו בזה ואמת כי היה ברצוננו להאריך ולהשתעשע בכל דברי ידידינו הרה"ג הנז' אשר האריכו בחריפות ובקיאאות נפלאה, ואמנם מרוב טרדות הזמן וגם מפני כי באמת היא משנה שאינה צריכה כי כבר באו ענינים כאלה וכיוצא מאלה בארוכה בכל דברי רבותינו הפוסקי' רו"א לכן באנו בקצירת האומ"ר לחוות דעתנו בזה ונאמר כי עברנו על כל פסקי הרבנים הגאונים הנז' בעיון הלכה כצריך ועם כי יש לעורר דרך פלפול ומו"מ בדבר הלכה באיזה מדבריהם, ואמנם להלכה ולמעשה דבריהם ברורים שרירין וקימים וזאת הלכה העולה מאתנו ג"כ כי חלילה לסלק שום רב או דיין מישראל אשר החזיק במשרתו בקדש כמה שנים, ובפרט אם מתחלה נתקבלו ברצון כל בני הקהלה, אפילו אם בתחילה קבלו אותם למשך זמן ידוע לג' שנים או לה' שנים וכיוצא חלילה לסלקם כמבואר בדברי כל הפוסקים וכ"ש וק"ו בנד"ד כי מתחלה קבלו אותם בסתם, וגם החזיקו במשרתם בקדש משך כמה שנים כי חלילה לסלקם ולהורידם ממשרתם, או להפחית ממשכורתם כדי להכריח על ידי זה כי יסתלקו ממשרתם, והגם דגאון עוזנו הרב הגאון הגדול ח"ד בדרא בספרו הבהיר נדיב לב הכריח "דרב" שלא התנהג כשורה וכראוי יש כח ביד הרוב לסלקו, ואמנם הנה דבריו הקדושים לא שייכים לנד"ד כו"ע מתלתא טעמי, חדא, כי הרב ז"ל לא כתב אלא כאשר אינו מתנהג כראוי וכשורה אבל בנד"ד הני תרי צנתרי דדהבא ידועים ומפורסמים לכל לרבנים יקרים המשמשים בקדש כראוי וכשורה לכל רב ומו"ץ והרי ראינו כי אפילו מהמערערים עליהם רוצים בהם גם עתה ורק כי רוצים להפחית להם ממשכורתם כדי לבזותם לעיני העם או יותר טוב כדי להכריחם שיסתלקו ממשרתם, ושנית כי אפילו באינו מתנהג כשורה דכתב הרב הגאון ח"ד בדרא דיש כח לסלקו הנה תברא בצדה בדברי הגאון בעצמו כי לא כתב כי אם דוקא בזמן שרוב אנשי הקהלה מערערין עליו כי אינו מתנהג כראוי וכשורה דלרוב אנשי הקהלה אין לחשוד שהם משקרים מפני הנאה או פניה עצמית, או לחשוד אותם כי רק מפני הקנאה או שנאה רוצים לסלקו דרוב אנשי הקהלה ודאי לא חשידי בהכי, אבל בנד"ד דהוי להפך דרוב הקהל מרוצים בהם ורק איזה אנשים הם הם המערערין עליהם, ונראה פשוט כי היינו מפני הנאה או פניה עצמית או קנאה ושנאה, ולכן ודאי שאין בדבריהם ממש.

ועוד טעם שלישי דגם כשרוב הקהל מערערין עליהם ורוצים לסלקם כתב מר בריה דבריה דמר הגאון ח"ד בדרא ה"ה הרב הגאון המפורסם תנא דבי אליהו בהיר הוא בשחקים בספרו הנחמד תעלומות לב ח"א חיו"ד סי' ל"ד דגם כשרוב הקהל מערערין דיכולין לסלקו, מ"מ הדבר פשוט שצריך שיהיה מפורסם ומבורר שאין פרקו נאה, ושאין כונת בני העיר לסלקם מחמת שנאה וקנאה ותחרות ובאיבה ירדפוהו משום כבוד המדומה וכיוצא או משום דמוכה להו במילי דשמיא.

אבל כל זמן שלא נתברר ההופך אוקי צורבא דרבנן אחזקתיה חזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן יעוש"ב דהביא ג"כ בענין זה הדברי מר"ן הגדול ז"ל בס' אבקת רוכל עיש"ב דברים יקרים וברורים, וא"כ בנד"ד הוי להיפך דלא לבד כי לא נתברר כלל חלילה שום דבר ושום ערעור על הני תרי אריוותא אלא אדרבא שני צנתרות הזהב האלה ידועים ומפורס' במקומם ובכל הסביבות כי המה עושים הכל כראוי וכשורה וכחברים אמיתים ונאמנים אינו יוצא מתחת ידם דבר שאינו מתוקן ח"ו, ולכן זאת הלכה עלתה מאתנו כי חלילה לסלקם ולהורידם מקדושתם וממשרתם, או להפחית להם ממשכורתם, ועל זה באנו עה"ח בש"א אד"ב שנת צדק צדק תרד"ף וכדברי רז"ל הלך אחר יפה וקיים.

בן ציון א' קואינקה נאם אברהם פילוסוף הי"ו הצעיר מרדכי מיוחס ס"ט סי' ו' עמדו לדין לפנינו שמעון ולוי ששמעון יש לו אוצר בשותפות עם ראובן ראובן מולח שם דגים ע"י פועלים ושמעון מניח שם סחורותיו, ויהי היום בא לוי וביקש משמעון להניחו לתת באוצר איזה תיבות גאז עד שימצא להם קונים ושמעון ביקש ממנו שכירות מקום והלך והביא ראובן ואמ"ל תן לו המפתח אני אינו צריך ממנו שכר ואז נתן לו שמעון בשתיקה ושלח סבלים ולקחו התיבות והניחום שם ומנה אותם לוי ומצא מנינם שלם רק שמעון לא היה שם לידע כמה הביאו, אח"ז ביקש שמעון מלוי למכור לו מהם ולא רצה רק הרשהו ללות מהם מה שירצה ושמעון לקח מהם ד' תיבות על סמך רשותו ולוי אמר ששמעון השיבו באותה שעה שאינו חפץ בהלוואה ושמעון מכחיש בזה ותכף ביום השני החזיר המספר אשר לקח, ובמשך הזמן היה מוכר לוי מהם קמא קמא ושולח הקונים עם פתקא לשמעון לתת להם המפתח ושמעון מכחיש שלא היה שולח פתקא זולת פעם אחת וכשמסרו לו הפתקא נתכעס וקרעה, ואמ"ל למביא וכי אני משרת שלו ומסר המפתח כמו שהוא נוהג עם ראובן כששולח לקחת המפתח וביום אחד עורר שמעון ללוי מדוע לא תפקוד תיבותיך והלך ומצא שלפי פנקסו חסרו י"ד תיבות אך אחד מהקונים הזכירו שטעה ולא רשם אצלו חמשה תיבות ואינם חסרים רק ט' ובזה ידע גם לוי כמה מנין הנותרים ואחר ימים עוד מנו הנותרים ונמצאו חסרים עוד ט' ואומר לוי כי שאל שמעון איך הרגיש בחסרון לעוררו והשיבו שהלוה מהם ולזה מנה אותם אבל לוי מכחיש בזה שרק במקרה מנה ונמצאו חסרים, ועתה מבקש לוי שישלמו לו כל ח"י תיבות החסרים, (א) כי שאל ממנו שכר כנז"ל והרי הוא שומר שכר וחייב בגניבה ואבידה (ב) כי שאל שלא מדעת ונתחייב באחריותם (ג) כי בחסרון הראשון אמ"ל ללוי שגם הוא פעם אחת מצא חסר מסחורתו והיה נבוך וא"כ כיון שהיה מסופק מחשש גנבה מה לו לקבל סחורת אחרים אצלו, (ד) דורש מהם שבועה אולי הם גנבו ושמעון השיב מה שיש לי להשיב השבתי וגם אודיע שבעת שדרש להניח הודעתיו שתמיד פועלי הדגים יושבים לבדם

ועכ"ז הכניס סחורתו וכת"ר כחכמתם יוציאו לאור משפט וכתורה נעשה: והנה ראשית כל צריך לדעת אם שמעון הוי שומר שכר או ש"ח או אפ"י ש"ח לא הוי ולגבי חסרון הראשון אפ"י אם דינו כש"ש מ"מ אין לחייבו בתשלומין דכיון שנא היה במניינם בעת הכניסה איך יתחייב עפ"י דברי לוי ואולי לא היו כ"ך אלא כמנין שנמצא כעת ולא חסר מהם ורק ישבע היסת שאינו יודע ופטור עיין בסוס"י רח"ץ ובסי' רצ"ו ס"ד ובש"ך שם סק"ו רק על חסרון האחרון צ"ע בזה ונראה פשוט דאין כאן דין שומר שכר דהא גם לדברי לוי לא דברו רק על שכירות המקום ואין שכר שימור נכלל בזה וכמ"ש התו' בב"ק דמ"ז ע"ב ד"ה ואפ"י נשברו דבאמרו הא ביתא קמך אעפ"י שקבל שכר לא קבל עליה נטירותא ואינו נוטל רק שכר בית ע"ש וכן נמצא בש"מ למציעא ע"ד מ"ט שכתב בהא ביתא קמך דלא הוי ש"ש כתב תלמיד הרי"ף דר"ל אפ"י שכר לו מקום ביתו וכ"כ מרן בבד"ה סי' רצ"א משם הריטב"א ובש"ך שם סק"ו כתב דר"ל אע"ג שקבל שכר שמירה כשישמור (הוא חדוש גדול וגם מהתו' והש"מ לא משמע כן) ואע"ג דבאומנים קי"ל ש"ש הן עיין בב"מ דע"ב ותבין משום דדמו לשוכר והדמיון הוא דכמו שהשוכר כל הנאת הבהמה שלו כ"ז היותה אצלו ולזה נעשה עליה כש"ש כן האומן שלהנאתו בשכר אומנותו היא אצלו ומדברי הש"מ נראה הדמיון דהאומן עושה מלאכתו בגוף החפץ כשוכר שעושה מלאכתו בגוף הבהמה למ"ד דשוכר כש"ח מ"מ האומן שיש דתפיש ליה אאגריה, אמור מעתה דנד"ז שאין לו שום עסק בגוף החפץ המונח אצלו וגם לא תפיש ליה אאגריה אין לו דמיון לדין האומן והשוכר ועיין באו"ח דאע"ג דקי"ל בסי' ת"ם דחמצו של גוי ביד ישראל אם חייב באחריותו זקוק לבער מ"מ בסי' תמ"ח אסיקו דבשוכר בית לגוי והניח חמצו שם בסתם דאינו זקוק לבער משום דאין מוטל על הישראל שכר שמור בכלל שכר בית מה גם דקי"ל בסי' ש"ג כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרין והכא הנה לא משך הוא רק פועלים דלוי הם הביאום והניחום שם ואע"ג דבסי' ר' פסק דחצרו של אדם קונה לו כמשיכה מ"מ הכא הרי מדברי שניהם ברור שאעפ"י שדברו על שכירות האוצר לא פסקו דמים כמה שכר ושם בס"ז דכ"ז שלא פסק דמים אינו קונה אלא במשיכה וה"ן כיון שלא פסק דמים על שכי' האוצר האוצר אינו קונה סחורת לוי ליחשב שהוא ברשותו להתחייב עליה, דל"ס דעתיה על הבטחתו כיון שלא פסק דמים: אתאן לטענת לוי שהלוה שמעון מהתיבות והו"ל שולח יד בפקדון ונתחייב גם באונסין והגם ששמעון מכחיש שברשותו לזה אולי זה דומה להכחשה דסי' רצ"ו ס"ד בטוען המפקיד אין זה פקדוני והנפקד אומר זהו שישבע הנפקד היסת ומלבד זה יש עוד לומר שחייב בפשיעה מפני שהיה מוסר המפתח לקונים ללכת ליקח מבלי שיעמוד עליהם אלא דמזה נראה שאינה טענה אם יודה לוי ששמעון הודיעו שהאוצר תמיד הוא פתוח לפועלי ראובן בדגים הנה בסי' רצ"א פסק דאם דרך הבעלים להפקיד תמיד דב"ז אצל השומר השני הראשון פטור ועיין בב"י שם סכ"ד דה"ה אם ידוע דהשומר מוסר תמיד לשל תחתיו דהו"ל כמסר לו המפקיד וכתב דאפ"י שגם הרב רבינו משה בר מיימון יודה בזה, וגם לא יודה לוי לזה אם יברר שמעון שכן דרכו למסור להם המפתח ללכת לבדם כיון שהדבר ידוע א"צ להודיע ללוה בפרט שבעת השכי' הוא עצמו ידע והביא ראובן להסכים לו אשר ידוע פעלתו שהפועלים מתעסקים לו שם בדגים בלתי שומר והו"ל כמפקיד אצל בעה"ב דאדעתא דבניו וב"ב הוא מפקיד

וזה שייך אפי' בש"ש ולטענתו משום שולח יד בפקדון ובזה יתחייב לשלם כל החסרון הנה מפורש בסי' רצ"ב ס"ג דבפירות שאינם גוף אחד אם שלח יד במקצתם ולא הגביהם אינו מתחייב אלא במה שנטל, ובמה שנטל אם יאמין לו במה שאמר שזהו דוקא שנטל הרי דינייהו כשאר הפקדון ואם לא יאמין או יאמר שלא החזיר יראה דאין זה אלא טענת שמא ואין משביעין עליה אלא יטיל חר"ס על מי שיש בידו פקדון שלו ואינו מחזיר וכמ"ש בריש סי' רצ"א ע"ש: והנה מובן דמ"ל לפוטרו מפשיעה הוא במונח גם אם יש לו דין ש"ח אבל לדעתנו שאפי' ש"ח לא הוי כיון דלדברי שניהם מעולם לא דברו מענין שמירה זולת שמסר לו המפתח להניח סחורתו וכמ"ש בסי' רצ"א שאם נתן לו רשות להכניס חפציו ולא פירש כלל בשמירתו אונן חייב בשמירתו ועיין בסי' שצ"ח דלדעת מרן שאפי' בהיזק דאתי ליה מבעה"ב פטור ואע"ג שהש"ך סק"ח הביא מהג"א דהא דבסתם לא קבל נטירותא אינו אלא בחצר אבל לא בבית וסיים וכן עיקר אמינא דמדמרן לא חילק כן ואפי' בב"י לא הוזכר ס' זאת אי הוה שמיע ליה ודאי לא הוה שתיק מינה עוד בה המעיין בדרישה אהך תשו' דהרא"ש מפו' בלשונו דאין חילוק בין חצר ושוק לבית דבהנח סתם אפי' ש"ח לא הוי, וכן נראה מדברי רי"ו שהביא הב"י בסוס"י קצ"ח על מי שקנה בענין שאון אחד מהם יכול לחזור והחפץ הוא ברשות מוכר שיש מהגדולים שכתבו שהוא עליו כש"חויש שכתבו דאפי' ש"ח לא הוי והו"ל כמו הא ביתא קמך וכן נראה עיקר ע"כ והרי הוא ז"ל לא חילק בין חצר לבית ובסתם פסק דאפי' ש"ח לא הוי וה"ט ודאי משום דלא הוזכר ענין שמירה וה"ן יכול שמעון לומר קי"ל כוותיהו ועול ונטור קאמינא ובפרט למש"ש נה"מ בביאורים סק"ח טעם הנז' דבחצר העשויה להלוך בנ"א עול ונטור קאמ"ל משא"כ בבית שמיוחד לו ולב"ב וא"כ באוצר דנד"ז העשוי לשותפים ולפועלי הדגים לא עדיף מחצר וגם הג"א יודה שאינו חייב בשמירתו ויותר מזה ע"ש בביאורים שהעלה דאפי' בהנח לפני דקי"ל ש"ח הוי מ"מ אם לא אמר לו לשמור אינו חייב זולת אם ניכר ומוכח הדבר דלשמירה בעי ליה והכא הרי לא אמר לו לשמור ולא מוכיח דלשמירה בעי ליה רק להנחה עד שיבואו הקונים כי לא מצא מקום אחר להניחם והגם דהכא המפתח תמיד אצל שמעון וי"ל דלא מצי לומר עול ונטור אמינא דבהי עייל מ"מ המעיין באו"ח בסי' חת"ם בענין חמץ שהעלו הפוס' שאם שכר לגוי החדר שיש שם החמץ אפי' נשאר המפתח ביד ישראל שרי רק שלא יהיה סגור בשעת המכר ובפת"ש סק"ח הביא הטעם מהר הכרמל סי' י"ג שכיון שקנה הגוי החדר ויוכל להכריח ליש' לפתחו בעת שיבקשהו הרי הוא ברשות הגוי ולא הוי כמפקיד ע"ש וא"כ הכא נמי שהאוצר הוא קנוי ללוי להניח סחורתו ויוכל להכריח לשמעון לפתוח לו בכל עת שירצה וכן היה עושה אין זה כמפקיד ואינו אפי' ש"ח והשתא למאי דאוקימנא דשמעון אין לו אפי' דין ש"ת דכיון דלוי קנה המקום ועליה רמיא נטירותא בזה פלט ממקצת הטענה דלוי לחייבו גם באונסין כיון ששלח יד ולוה מהם בלתי רשותו כמ"ש בסי' רצ"ב ושם בס"ז כתוב שכיון שנשתמש בהם חייב כגזלן עד שיחזירנו לבעליו אפי' לא הכחישו ביען דאין זה אלא כגנב מרשות בעלים ועיין בסי' שנ"ה ס"א דאם לא ידעו הבעלים שנגנב מהם מיד כשהחזירם למקומם יצא אעפ"י שלא מנאום הבעלים ע"כ וא"כ יצא שמעון מטענת שולח יד להתחייב באונסין ורק נשאר טענתו דאולי גנב ולא



החזיר כלל ובזה כבר כתבנו דאינו טוען בריא אלא שמא אין לו ללוי רק להטיל חר"ם ולא יותר כידוע וצור יש' יצילנו משגיאות אמן.

סי' ז' נדרשתי לחוות דעתי במעשה שהיה כי שלשה שותפים קנו אדמות מהגוים וכולם נכתבו בחוגי"ט בעש"ג ע"ש אחד מהם דוקא, ויען כי אחד מהשותפים הנז' נדחק למעות ולא היה לו לשלם דמי חלקו, הלך אצל ראובן ולקח ממנו כסף, ומכר לו בעדו חלקו בכל האדמות הנז' בשטר מכר גו"ש כתחז"ל ובק"ס בכל חו"ת כתחז"ל וגם צוה למי שכתובים על שמו בחוגי"ט שיעבור חלקו בכל האדמות הנז' לשם ראובן וכן עשה, רק שבסוף שטר המכר העשוי בדיננו נמצא כתוב בזה"ל אחכ"ז בא לפ"ע חו"מ הרב הקונה פ' הנז' ואמ"ל אתם הוו עע"ג וק"מ וכו' שהטבתי חסדי עם פ' הנז' שמהיום הנזמ"ט ועד משך ד' חדשים נו"מ מזמן הנזמ"ט אם ישלם לי פ' הנז' הסך הנז' אזי מו"מ הרי חיובא רמיא עלי ועב"ך להחזיר לפ' הנז' את כל המקנה שקניתי ממנו ולהחזירם בערכאות הממשלה בשמו או בשם אחרים שירצה פ' רק אם יעברו הד' חדשים מיום הנזמ"ט ולא שילם לי את הסך הנז' בכל אופן שיהיה אזי המקנה הנז' בתקפו עומד לחלוטין ואנ"ס דח"ל ק"מ פ' הנז' לאשר ולקיים חיוב ההטבה הנז' מרו"ס בקגו"ש וכו' ועד"א ח"ש וכו' ע"כ, והקרקעות הנז' היו תחת רשות הקונה הנז' להחכירם לאחרים לזרוע בהם וכיוצא ועברו כמה שנים והמוכר לא קיים תנאו להביא המעות הנז' לפדותם ועתה אומר לפדותם באמרו שכיון שלא תבעו בזמנו אכתי ההטבה במקומה עומדת ועוד שסמוך לזמן הפרעון בשלשה או ד' ימים נשמע קול מלחמת אלמנייא וצרפת, ובזה כל פנים קבצו פארור ונמנעו מלהלוות איש את רעהו או לפרוע החובות ובזה לא מצאה ידו די השב הכסף הנז' והו"ל אונס הניכר.

והקונה משיב דעיקר ההטבת הנז' צריכה עיון אמהיא קיימת לפו"ד או לאו וגם אם תמצא קיום והעמדה הרי לא פרע בזמנו ועלי דידיה רמיא להביא כסף מבלי תביעתו, ובפרט שטרם הגיע הזמן שלחתי להודיעו כי קרוב הוא ועליו לזמן הכסף לזמן המוגבל, ומה שטען כי מחמת קול מלחמה נאנס.

מה לי לאנסו, לא נתחייבתי אני מאנסו לחזור למכור לו, ובפרט שמפורש להדיא אם יעבור הזמן ולא ישלם בכל אופן שיהיה המקנה הנז' בתקפו ומלת בכל אופן שיהיה לטפויי אתא אפילו אם יהיה אופן של אונס אלו הם תוכן טענותיהם ואשיב עליהם בקצרה בעזרת החולד"ע: ואומר כי לפענ"ד נראה הדין פשוט עם הקונה, ובתחלה צריך להקדים כי קניינו אשר קנה מהמוכר הוא קנין חזק ואלים ואינו מכר על תנאי שכתב בח"מ סי' ר"ז ס"ו מכר קרקע והתנה המוכר שיחזירנו לו כשיהיו לו מעות שאין זה מכר ואסור ללוקח לאכול פירות וכו' דמלבד מ"ש סתם בס"ז מכר לו סתם ואמ"ל הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר לך הקרקע הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות וכו' וזה דעת הרמב"ם ז"ל והטור תמה עליו דכיון דחשיב ליה תנאי איך התיר לו לאכול פירות אלא ודאי שאין זה תנאי כלו' והמכר קיים ואינו מתחייב להחזיר לו הקרקע, והב"י כתב לתרץ דבשלמא אם היה התנאי קודם גמר המכר אנה"ן שיתבטל המקח ולא יאכל פירות אבל הכא מיירי שאחר שנגמר המקח הוא שהתנה ואילו לא רצה להתנות היה המקח קיים עכ"פ אלא מדעתו הוא שחייב את עצמו הו"ל כאילו היה שלו

מעולם והתנה עם זה למכרו לו כשיביא מעות דתנאו קיים ומותר לאכול פירות ע"כ וא"כ בנד"ז שמכר סתם והלוקח הוא שהטיב חסדו ל"מ לדעת הטור שאין התנאי הזה אלא פטומי מילי ואינו תנאי והמקח קיים בידו לחלוטין אלא גם להרמב"ם שסובר שמחוייב לקיום תנאו מ"מ עיקר המכר הוא מכר חזק בחזקת הלוקח אלא שחיוב חדש הוא שנתחייב למכור לו מחדש כשיביא המעות ודמי למ"ש בסי' ר"ו באומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה וקנו מידו על כך שקנה וכמ"ש הב"י דהו"ל כאילו היה שלו מעולם והתנה עמו למכרו לו, וכ"ז גם אם היו התנאי והמכר בבת אחת זולת שאחר גמר המכר עשה הלוקח התנאי ונד"ד עדיפא מינה שכתבו אחר כל זה בא פי, וה"ל שאחר שנגמר המכר בקניינו וכל חזוקיו ועבר עוד זמן מועט וכמו שנוהגים בכל שטרי מכר ושכירות פעי"ק שאחר עבור זמן מועט מגמר המכר אז קונים מהמוכר על ההטבה וכמ"ש הפוס' עיין בברכ"י ז"ל, ולפי"ז גם אם היה התנאי מהמו' אין הבדל בדין ואחר שעבר זמן מגמר המכר אין זה אלא חיוב חדש אמנם המכר הוא חזק ביד הקונה אותו לדורותיו וכמ"ש להדיא ביו"ד סי' קע"ד ס"ב מכר לו שדה במנה ובאותו יום עשה לו שטר שאם יחזיר לו מעותיו יחזיר לו שטר המכר אם נעשה תנאי זה קודם המכר או בשעת המכר יש לו דין הלואה וכו' אבל אם נעשה לאחר 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 ונמצא מכל האמור דלא יש שום פקפוק לקעקע עיקר המכר ואפי' מצד הסוברים דהשתא שנכתבים הקרקעות בעש"ג הו"ל באתרא דנהגי למכתב שטרא וכל עוד שלא נכתב לא סמכא דעתיה מלבד שבמ"א הארכתי דמכמה צדדים אין זה נוהג בעי"ק ומשמם באר"ה מ"מ הכא הרי גם החוגי"ה נכתב בשם הקונה ומכל הצדדים מקחו קיים בידו רק שנתחייב מחדש להחזיר כנז': ומעתה צריך לעיין בטענת הקונה אם חיוב ההטבה הוא עולה לפו"ד או לא, ונראה דטענתו צודקת בזה מכמה צדדים א) נראה שאפי' שקנו מידו על ההטבה מ"מ אין זה רק קנין דברים כיון שלא זיכה לו החזרה מעכשיו רק שבעת שיביא המעות חיובא רמיא עליו להחזיר וכו' ור"ל שיחזיר באותו זמן ועיין בסי' רמ"ה דהכותב בשטר שדה זו אתננו לפ' אעפ"י שהעידו עליו עדים לא זכה המקבל וסיים מור"ם ואפי' קנו מידו דהוי קנין דברים ע"כ והגם דבנד"ז כתוב מעתה ומעכשיו הרי חיובא רמיא עלי להחזיר וכו' ושם בס"ד כתב יש מי שאומר שאם אמראתננו לו מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה מעכשיו י"ל דמזכתבה בשם יש מי שאומר ש"מ דלהרמב"ם שסתם כמותו בראשונה ס"ל דגם כשאומר מעכשיו כיון שאמר בלשון אתננו להבא אין זה אלא כמבטיח לתת לו לאחר זמן ובשטר אחר ועדיין לא עשה וסתם ואח"ך מחלוקת קי"ל דהלכה כסתם וכן מדוקדק ממה שכתב בסי' ר"ו כלשון הרמב"ם האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה ולא כתב כלשון הטור אמכרנה לך מעכשיו במנה, ש"מ דס"ל להלכה דלא מהני רק אם יאמר מכורה לך מעכשיו דמעכשיו גמר והקנה ולא בלשון אמכרנה לך מעכשיו דמשמע שמעכשיו אני מחליט הבטחתי למכרה לך אח"ך ואמת כי המבי"ט ז"ל בח"ב סי' כ"ו האריך להוכיח דגם לשון אמכרנה לך מעכשיו מסלק קנין דברים ועיין לו בסי' קצ"ה וסי' רי"ח, אבל דעת הש"ע נראה ברור כמ"ש, שוב מצאתי לכנה"ג בסי' ר"ו הגה"ט או"א שהביא מח' בזה ולבסוף כתב שמצא תשו'

מר"ן ב"י בכת"י שכתב דאע"ג דלשון הש"ס מוכח כדברי הטור לענין הלכה נקטינן כהרמב"ם ע"כ ומעתה ילמד סתום מהמפורש דכן דעתו ז"ל גם בש"ע ובנד"ז שלא כתב שבעת שיביא המעות הרי הוא מכורה לו מעכשיו אין זה כ"א קנין דברים ואפי' אי לא היה גילוי בדעת מרן הקונה שמקחו בידו הוא המוחזק וכמו שנבאר לקמן בע"ה ובפרט דלשון חזרה בקרקע אין במעשהו ממש כחזרת מטלטלים ועיין בסי' ר"ג דהמתחייב על דבר שאין בו ממש אינו אלא קנין דברים (ב) ומצד זה נמי יש לערער בחיוב ההטבה הזאת מכח אס' דפתח בלשון אם יביא וכו' וקי"ל דכל דאי הוי אסמכתא ולא קני כמ"ש בסי' ר"ז ואע"ג דשם בסי"ג כתב דכל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא מ"מ ראה מה שסיים כיצד אם באתי מכאן ועד יום פ' קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך ה"ז קנה וכו' ע"כ הרי ביאר דדוקא באומר קנה בית זה מעכשיו ולא מעכשיו אמכרנה לך, וטעם הדבר כמש"ש בתחלה שאם לא סמכה דעתיה לא היה גומר להקנותו מעכשיו ש"מ דל"מ רק כשגמר להקנותו מעכשיו והגם שמצאנו בתשו' מרן לאה"ע בדיני כתוב' סי' י"א דקנין לחוד הוי כמעכשיו, וגם זמנו של שטר מוכיח עליו דהוי מעכשיו, וא"כ נימא דל מעכשיו הכתוב פה והזמן והקנין במקום מעכשיו ונימא דמעטה גמר והקנה, מ"מ בש"ע נראה דהסכים לס' החולקים דהא הכא כתב שאמר קנה בית זה מעכשיו וקנו.

מידו וכיון דאיכא קנין למה צריך מעכשיו וגם שאמר אם באתי מכאן ועד יום פ' ומשאמר מכאן מוכח שיש זמן בשטר ועכ"ז בעי מעכשיו ש"מ דהסכים לס' החולקים דכולם לא מהנו אם לא יהיה כתוב קנה בית זה מעכשיו ואפי' אם יהיו סותרים התשובות לפסקים כבר למדו מהריק"ו ש"ו דהפסקים עיקר, והגם דיש לבטל טענות הללו שכתוב מו"מ הרי חיובא רמייא עלי וכו' וכיון שנתחייב בלשון חיוב לכאורה היה נראה לדמותו למ"ש בסי' ס' דאע"ג דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלב"ל אם אמר הו"ע שאני מתחייב לפ' בכו"ך חייב והוא שקנו מידו וה"ן הרי לשון חיוב כתוב כאן וגם קנו מידו מ"מ אחר ישוב קל לאו מתייא לגבי אס' כי בשלמא לגבי דשלב"ל דהטעם דלא קני משום דהדבר איננו שיחול עליו הקנין כשנתחייב בלשון חיוב מהני דהוי חיוב על גופו וגופו הוא בעולם אבל אס' דל"מ גם בדבר שישנו הטעם משום דלא גמר והקנה מאי שנא אם החיוב על נכסיו או על גופו ודמות ראייה ממ"ש בסי' ר"ז שהתקינו ח"ס לביטול האס' שזה יתחייב בסתם וזה יכתוב אם יהיה כך הרי החוב מחול, ומה ראו לאטרוחי תרי גברי בתרי שטרי והיה די שיתחייב המתחייב בלשון חיוב ויתנה אם יהיה כך א"ו לא מהני וכמ"ש, ולגבי קנין דברים כבר הביא מח' בזה הכנה"ג בהגה"ט סי' ר"ג אול"ג אי מהני בזה לשון חיוב או לא עיי"ש ונמצא דהוי פד"ר אי בלשון חיוב שייך ק"ד או לא וע"ש באול"ט דכשיש פד"ר בזה המוחזק אומר קי"ל והכא הקונה שמקחו ברור הוא המוחזק.

ואפילו אם נאמר דליכא הכא לא קנין דברים ולא אס' ואין זה רק תנאי בזמן המכר מ"מ יש עוד מה לעיין בהטבה הזאת אם יש לה חלות כי הנה בהצעת השאלה שכתוב שהיו הקרקעות עיקרם לגויים וכשנכתב החוגי"ה בממשלה לא היתה בשם המוכר לזה רק בשם שותפו וכאשר נשתנה עם הקונה ולקח ממנו הכסף השותף הוא שהעביר אותה ע"ש בממשלה בכגו"ז הנה מצאנו תשו' מרן באבק"ר סי' קמ"ט באחד שאמר לחבירו הלויני מעות לקנות בהם קרקעות הנמכרים בערכאות ונכתוב שטר המכר על שמך ותאכל הפירות עד יום פ' אם לא הבאתי לך מעות הרי הם שלך ואם הבאתי לך מעות ה

תחזור ותכתוב לי הקרקע על שמי ועבר הזמן ולא הביא מעות ואחר שנים או ג' שנים בא לתבוע והשיב ז"ל בזה שהדין שזכה הראשון ולא מטעם שעבר הזמן דכיון שלא אמר הרי היא שלך מעכשיו ה"ז אס' ומחזיר ומנכה כל הפירות שאכל אלא הטעם הוא קנה עד שיכתוב השטר דאתרא דכתבי שטרא הוא ואפי' אי נהיגי דלא למכתב שטרא אם הקרקע של גוי אינו נקנה עד שיכתוב השטר וכיון שהמלוה כתב השטר על שמו והחזיק בקרקע זכה אפי' לא עבר זמן הקצוב ע"כ והרי נד"ד דכוותה דמעולם לא היה שטר חוגי"ה בשם המוכר ומלבד דפה אתרא דכתבי שטרא עוד עיקר הקרקעות לגוי ואינו נקנה רק בחוגי"ה והרי קדם הקונה וזכה בחוגי"ה והחזיק בקרקע וקם לו אפי' אם היה מביא הכסף בזמן הקצוב וחיוב ההטבה והתנאי לזה חספא בעלמא הוא.

עוד יש בכאן טעם אחר אפי' אם היתה ההטבה כדין ובלתי קצבת זמן אלא סתם כל זמן שיביא הכסף יחזיר לו הקרקע ממ"ש מהרש"ך ז"ל בח"ב סי' ל"ב בנדון שעשה הקונה הטבה למוכר שכ"ז שיביא הכסף יחזיר לו החנות ואם לא יחזיר יפרע קנם כו"ך ונתייקרו החנויות במדרגה גדולה מחמת פחת המטבעות ואז תבע המוכר שיחזיר לו החנות או יפרע הקנס וכתב הרב ז"ל דכיון דנתייקרו החנויות בדרך פלא מחמת פחת המטבעות יטעון הלוקח דלא נתחייב ותלה הדבר בבחירת המוכר באופן כזה מלתא דלא שכיחא דגם המוכר לחבירו וקבל עליו כל אונסין אמרינן מלתא דל"ש לא קביל עליה והאריך שם ע"ע וה"ן הנה ידוע דמסבת המלחמה עלה השער בכל מידי ולפיכך נתייקרו הקרקעות להפליא שמהם ימצאו בעליהם תוצאות חיים ואם היה כסף המוכר בידו היה לוקח בהם קרקע בזמן הזול וימצא בהם כדי חייו לא כן עתה אם השב ישיב לו לא יספיק לקנות ש בהם לשליש ולרביע והוא דומה ממש לנדון מהרש"ך ואונסא כהאי לא קביל עליה, וחוז' מזה אפי' אי הוייא ההטבה אמתני ותקיפא והיה לו קנין למוכר ג"ך מצד הדין מ"מ כיון שקבעו זמן לפרעון ואם לא הביא תהיה המקנה בתקפא ועבר הזמן ולא הביא הנה פשוט בריש סי' ר"ז ובכמה מקומות שהמקנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלים והתנה תנאים שאפשר לקיימן אם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה ואם לאו לא והכא הרי לא קיים התנאי, אמת כי ראיתי להרב ברוך אנג'יל סי' נ"ה שנדונו היה במכר והטבה לזמן כנד"ז ממש ועבר הזמן ולא פרע ועכ"ז בא לתבוע חזרת המכר באמרו כי הכל לא היה רק בדרך אס' והציע הרב דלכאורה שהקנין הוא חזק דכל דרכי הקנאה היו בו אלא שאח"כ מאיזה הוכחות הציע שמורה הענין שהוא שהיה רק בדרך אס' בעיקרו וא"כ גם אם נאמר דכשלא קיים התנאי בטלה האס' ודומה למ"ש בפ' הרבית הלוהו על שדהו ואמ"ל אם לא תביא המעות מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי הרי הוא שלו מ"מ נראה דהכא והתם היינו דוקא כשתבעו להביא המעות ולא הביא אבל אם לא תבעו והוא לא הביא לא קנה השדה והביא סמך לזה מתשו' הרא"ש והיא בח"מ סי' ע"ג דהנשבע לפרוע לחבירו לזמן פ' ולא תבעו בזמנו דלא עבר על השבועה ע"ש ולפ"ז מצי המוכר דנד"ד לטעון שאתה לא תבעתני והמכר בטל לית לך גבאי רק תביעת ממון ואני אפרע לך אבל המעיין שם בסוף תשו' הרב ז"ל יראה כי הבל יפצה והוא כי הרב ז"ל כל טעמו בזה הוא דמצא הוראה בעיקר נדונו שעיקר המכר היה באס' ובטל מעיקרו אלא שבביטול התנאי תבטל האס' ולזה כתב שכיון שאין ממש במכר נמצא דתביעת הממון וקביעות הזמן לפרעונו היה לטובת המלוה ועליה הוהרמי למתבע גו זמניה ואם שתק הרי מחל

בזמן משא"ך בנד"ד וכל זכוותיה דהמכר מעיקרו הוא אלים וחזק ולית ביה שום אס' נמצא שההטבה היתה לטובת המוכר ולא ללוקח דמאי אכפת ליה ואיהו ניח"ל שיעמוד מקחו בידו ואמטו"ל ודאי דיודה הרב דעל המוכר רמי למהדר לפדות בזמנו ואי שתק הרי הוא שפל ונפסד, וזה ברור בדברי הרב שם דגם בנדונו חזר ועמד לאמר שממקום שבא מהך דהלוחו על שדה משם תברתו דהתם אוקי בש"ס אם אמר מעכשיו אין בזה אס' ונדונו היה המכר במעכשיו (כלו' וכיון דאין שם אס' התנאי היה לטובת המוכר ועליו הוה רמי למהדרא ות' דאפי' באומר מעכשיו יש מח' בפוס' אי סגי לבטל האס' מבלי שיחזיק בקרקע או דוקא אם היה מחזיק, ונד"ד לא היה מחזיק בקרקע ובזה מצי המוחזק דאיהו מארה קמא דארעא לומר קי"ל דהוי אס' ור"ל דיחזור התנאי לטובת המלוה וכיון שלא תבע הפסיד ועיין מה שהק' עליו הרב מט"ש בס' ע"ג וגם הרב פנים במשפט שם הק' עליו מהך דערכין דל"א שבראשונה היה נטמן יום י"ב חדש התקין הלל הזקן שיהיה חולש מעותיו בלשכה ע"כ דלדברי מהרב"א מה היה צורך לתקנת הלל בלא"ה נמי כיון שלא תבע הלוקח ביום היב"ח לא יהיה המכר חלוט לו, וכן הביא מתשו' הרשב"א ח"ב סי' רכ"ט דלמד מאותה משנה למכר בהטבה דגם שלא תבעו יתקיים המכר ותבטל ההטבה ע"ש ולפמש"ל ודאי דגם מהרב"א ז"ל יודה במכר בתי ערי חומה וגם בנדון הרשב"א שאין בעיקר המכר שום אס' בודאי שעל הפודה רמי לתבוע הפדיון בזמנו ואם לא איהו דאפסיד, וממילא בנד"ד דעיקר המכר חף מדין אס' הפודה הוא דהו"ל לתבוע וכ"ש שבא בשאלה שהקונה שלח לזרזו על הפרעון קודם הזמן ואם יכחיש בזה ית' לקמן מי הוא המוחזק והגם שטען כי באו"ז מריח המלחמה ננעלה דלת בפני לוויין והו"ל אנוס, הנה באנו בזה למחלוקת הפוס' כי הט"ז ביו"ד סוס"י רל"ו כתב דכל דעיקר התנאי תלוי בקביעות הזמן כגון הקו' סחורה מחבירו להזמינה לו ליום היריד דידוע שאם יעבור הזמן עבר זמן מכירתה כה"ג אפי' אם היה אנוס ולזה לא הזמינה אין הקונה חייב לקבלה ממנו אבל אם אין עיקר התנאי תלוי בקביעות הזמן ונאנס יכול לקיים תנאו אח"כ ובנד"ז לכאורה שאין עיקר התנאי תלוי בזמן דמאי נ"מ אם יפרע ביום ההוא או אח"כ אבל הש"ך שם בנקה"כ ובח"מ סי' כ"א סק"ג הרבה לתמוה בס' זו ומסיק כדעת הב"ח ז"ל דלא שנא ובין תלוי התנאי בזמן ובין אינו תלוי כל שהמתנה לא היה חייב בדבר מעיקרא ונתחייב מרצונו על תנאי ההוא וקבע לו זמן הגם שלא קיים תנאו מחמת אנוס אין זה חייב לעשות מה שקבל דאנוס רחמנא פטריה אמרינן אבל אנוס רחמנא חייביה לזה ל"א עש"ב ועיין בפ"ת לח"מ סי' ר"ז סק"ב שהביא הפוס' דקיימי בשטת הש"ך ועיין בברכ"י לח"מ סי' כ"א ופנים במשפט ושאר פוס' ונמצא דלא ימלט הדבר מפד"ר ומ"מ מלבד דיש לומר דה"ן עיקר הדבר תלוי בקביעות הזמן דאיך אפשר שלא יקפיד אדם שלא להעביר הזמן שיקבע לפרעון המעות והלא כל אדם בכל שעה צריך לדמי וגם הט"ז ז"ל יודה בזה.

לו יהי דגם זה יהיה בסוג המחלוקת הרי תכלית המטרה בזה הוא אם האנוס מבטל הזמן ובעת שיביא נקרא קיים תנאו או לא וגם בזה הקונה שהוא מוחזק במקחו יוכ"ל קי"ל והרי להדיא כתוב בס' רמ"ה דהנותן מתנה לחבירו והתנה עליה ע"מ שיעשה דבר פ' על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו וכו', וה"ן יש לדון בפד"ר דכל ס' שיפול אם נתקיים התנאי הזה או לא נתקיים על המקבל להביא ראיה, אמנם בטענת דמ"ש בהטבה

מלת בכל אופן שיהיה דלטפויי אתא אפי' אם יהיה אונם לא ראיתי להאריך בה כי ידוע תשו' הרשב"א ז"ל שהביא הב"י בח"מ סוס"י ס"א שאין לנו לדון בזה בדמיונות אלא במקום שאמרו אמרו ע"ש והגם שהפוס' ז"ל מאלה נפרדו בנדונותיהם ועיין בכנה"ג שם מ"מ אם יטעון עוד דזה הוי אונסא דל"ש היה צריך להרחיב הענין דאפי' קבל בהדיא כל אונס אולי אונסא דל"ש לא קביל ואין מן הצורך להאריך כי לענד"ן שבמ"ש די והותר להעמיד המקח ביד הקונה אותו ככל האמור וצוי"מסי' ח' ענין צוואה שבאו לדון עליה אם קיימת או בטלה וז"ן זכרון עדות שהיתה לפנינו איך שהרב פ' היינו יושבים לפניו כשהיה שוכב ומוטל על ערש דוי ומלולו בפיו ודעתו מיושבת עליו וכו' כשאר בנ"א ההולכים בשוק וביקש ממנו לשמוע צוואתו וה"ז ביום י"ב טבת התרע"ט וכן ציוה בפנינו בצוואת שכ"מ כד קציר ורמי בערסיה וכך אמר וציוה מחמת מיתה שאחר מיתתו החצר הזאת שהיא שייכה לי וכן שתי החנויות הידועים לי יהיו נשארים משועבדים בעבור פרנסת אשתו פ' כל משך שני חייה ואין רשות לשום יורש היורש אותי לערער עניה כו"ע ואחר גמר ימי חיי אשתי הנז' תחזור הירושה הנז' לחלק כדין בין היורשים אבל כל ימי משך חיי אשתי הנז' אין רשות לשום יורש לערער כלל על הקרקעות האלה וכו' וכל מי שירא לערער יהיו דברי המערער בטלים ומבוטלים וכך אמ"ל הרב הנז' שטר צוואה כתובה בשוקא וכו' וכו' וחלי"ש מאותו חולי זהו שצוה ביום הנז' וח"ש כ"א טבת תרע"ט והשו"ב וקים וחתמו ע"ז ארבעה: ואני טרם אחלה לדבר על קיום הצוואה וביטולה מצד ענין גופה אמרתי אפייס דעת היורש בטענותיו דמה שטען דאם היה שפוי מדוע לא תיקן גם שאר דברים שהיה ראוי לצוות עליהם.

מה זו טענה וכי גם בההיא שתיקן אחת מענייניו ולא תיקן השאר אנחנו אחראין להקשות מדוע לא תוקן השאר וכ"ש בש"מ דהשעה דחוקה לו ומכח זה אמרו רז"ל דדבריו ככתובים וכמסורים ואין לסתור מה שתיקן מפני מה שלא תיקן, וגם מ"ש מדוע לא הסתפק בב' עדים והחתום ארבעה מאי נ"מ והלא בכל העניינים יכול להחתים אפי' מאה רק שלא יהיה מייחדם לעדות וימצא בהם קרוב או פסול ועיין בס' רנ"ג שאם ציוה לפני שלשה רצו כותבין רצו עושים דין והכא לית בהו לא קרוב ולא פסול וכ"ש דהכא מאן לימא לן שייחד כולם לעדות וחתי' ואולי מעצמם חתמו והוא די לו בשנים ומ"ש אולי לא דייקי העדים חלילה לומר כן וא"כ בואו ונבטל כל עדות שבעולם ומ"ש איך העביר נחלה מבניו עיין בס' רפ"ב ובאבק"ר סו' מ' כתב ע"ז לו חכמו ישכילו זאת ישימו יד על פה דהא תנן בפ"ן המחלק נכסיו וכו' ואיתא בש"ס עובדא בההוא גברא שכתב כל נכסיו ליוב"ע והניח את בניו וזכה בהם יוב"ע ע"ש וכ"ש שאפי' בחייה הניח להם חוץ מקרקעות הנז' וגם שאחרי מותה תחזור להם כל הירושה וגם מ"ש שבעת צוואתו בניו היו בגולה וחשב שאינם חיים ג"ז הבל דבסי' רמ"ו מפורש דאין זה רק בשמע שמתו ממש ואדרבה קי"ל שכל שלא שמע הרי הוא בחזקת שהוא חי וכ"ש דאפי' בשמע לא קי"ל הכא רק בשלא הניח להם כלום ע"ש והכא הנה כתבנו שהניח להם ומ"ש דאיך ס"ד לזכות לאשתו בסתם אפי' אם תנשא לאחר ממה שאכתוב לקמן בעז"ה יתברר תשו' לזה כי הנה יש לדון כוונת המצוה בזה לשני צדדים האחת אולי הגם דיידע בנפשיה שהיא נזונית בתנאו ב"ד מפחדו שמא אחרי מותו ויפלו הנכסים ביד היורשים

המה יצמצמו לה מזונות או ידחו אותה מדחי אל דחי לזה קבע לה השעבוד ההוא להצילה מזה.

הצד השני אולי מאהבתו אותה רצה לחדש לה זכות יתירה על תנאי ב"ד ואם נדון כהצד הראשון הנה דינו מפורש באה"ע סי' צ"ג מי שייחד קרקע לאשתו בשעת מיתה שתהיה ניזונת ממנו אם אמר יהיה קרקע פ' למזונותיה הרי ריבה לה מזונות ואם היה שכרו פחות ממזונות הראוים לה נוטלת השאר משאר נכסים ואם היה יותר מהראוי לה נוטלת הכל אבל אם אמ"ל יהא קרקע פ' במזונותיה ושתקה אין לה אלא פירות אותו קרקע בלבד ע"כ וא"כ הכא שכתב משועבדים בעבור פרנסת אשתו ויש להסתפק אם דומה ללממונות או לבמזונות מ"מ כעת אינה מבקשת זולת שכר אותה קרקע ובין הכי ובין הכי יש לה ליטלו כולו למזונותיה וכן תמצא בסי' רנ"ג סי"ג באומר מאתים זוז לפ' והחמיץ דההפסד ליורשים דהא מאתים זוז קאמר אבל אם זיכה היין או דמיו סתם הריוח וההפסד למקבל מתנה: אבל היותר נראה מדכתב לה לפרנסתה כל ימי משך חייה ולא כתב סתם נראה שכונתו לחדש לה זכות יתירה על תנאי ב"ד שהוא דוקא ימי מיגר ארמלותה וכמ"ש באה"ע סי' צ"ג ש"מ שציוה שתהיה אלמנתו ניזונת מנכסיו כל ימי מיגר ארמלותה יותר על כתובתה יש מי שאומר שאין אלמנתו מפסדת כתובתה בתביעת כתובתה בב"ד ולא בשאר דרכים המפסידים המזונות וגם אין מעשה ידיה ליתומים ע"כ והנה שרש דין זה הוא מתשו' הריב"ש ז"ל סי' ת"פ ושם סמך דינו הרב ז"ל דדמי למאי דאמרינן במייחד שדה למזונותיה דריבה לה מזונות וכתב רש"י דאי לשעבדו למזונותיה הרי כל נכסיו משועבדין לכך ע"כ.

א"כ ה"ן נימא דאי כונתו רק לשעבוד תנאי ב"ד הרי בלא"ה משועבדין אלא ודאי כונתו לזכות לה יתר על תנאו ב"ד ובפרט שביאר להדיא כל משך ימי חייה שזיכה לה גם אם לא תשב על כבודו ועיין בח"מ שם שתמה על הש"ע כי בריב"ש מבואר דמה שזכתה האשה הוא משום שכתב אני מניח שתהיה אשתי ניזונת וכו' דלשון מניח הוא לשון מתנה כמ"ש הרא"ש והש"ע לא כתב זה גם בפת"ש סק"ט הביא מה שתמהו הב"מ וס' הפלאה והחת"ס חאה"ע סי' ק"מ דהלשון שבש"ע שתהא אלמנתו ניזונת הוי דבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם ובמה קנתה האשה ע"ש והן אמת כי יש הפרש בין לשון ריב"ש ללשון הש"ע דבריב"ש כתוב אנו מניח שתהיה אשתי ניזונת ואינו כתוב מנכסיו ובש"ע כתוב מנכסיו ותיבת אני מניח כתוב בריב"ש ולא בש"ע וי"ל שאעפ"י שבריב"ש אינו כתוב מנכסיו פשיט"ל למרן שהיה כתוב דאל"כ מאי ראוה מיייתי מהך דמיוחד שדה דהתם הזכיר השדה והו"ל כמו דקל לפירותיו משא"כ אם לא הזכיר על מה יחול הקנין ולזה העתיק בלשונו שתהיה ניזונת מנכסיו שהוא דבר שיש בו ממש ובא לעולם גוף הנכסים ומשתעבדים לפירותיהם ועל מה שלא הזכיר אני מניח אפשר דס"ל למר"ן שכיון שהזכיר שתהיה אלמנתו ניזונת מנכסיו ה"ז זיכוי שלא יהי אלא לשון דיהנה פ' מנכסיו שכתוב בסי' רנ"ג דל"מ התם עיין בבאה"ג דה"ט משום דמספק"ל בש"ס אי דליהוי כוליה במתנה קאמר אי דליתנהי מידי קאמר ע"ש וא"כ הכא שביאר להדיא שתהיה אלמנתו ניזונת וכו' אין כאן ס' בדבריו ולשון זה מזכה לה כאילו אמר תטול מנכסיו למזונותיה ואיך שיהיה נדון זה הרי שעבד בלשון המועיל לכ"ע והוא דבר שישנו בעולם ויש בו ממש ואין לפקפק בו מכל הנז"ל: ואולם אכתי תיוהא קא הזינא הכא

דכשבאנו לדקדק בכתב שהביאו העדים כך התחילו לכתוב זכרון עדות שהיתה בפנינו אנחנו וכו' איך שהרה"ג וכו' ואמ"ל טוב הדבר שראיתי אתכם לעשות צוואה בפניכם כמצוה מח"מ וביקש מאתנו לשמוע ולקבל צוואתו ולכתוב ולחתום וכו' והנה ידוע בסי' ר"ן שש"מ שצוה שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה ומת אין כותבין ונותנין דשמא לא נתכון אלא בשטר ואין שטר לאח"מ אלא א"כ כתב ואף כתבו והכא לא אמר ואף כתבו והגם דזה אינו צריך אלא כשהשטר בלשון הקנאה משא"כ כשהוא בלשון צוואה מ"מ ג"ז אינו רק כשהגיע שטר למקבל מחיים והכא מזמן שבשטר מוכח דלא נכתב רק אח"מ והגם דדין זה אינו שייך במי שסידר צוואתו ואז לבסוף צוה לכתוב בכאן בתחלת דבריו אמר ולכתוב ולחתום ואמת כי המבי"ט ח"א סי' נ"ט עקר הנדר דאין אמור די"ז רק במזכיר כתובה ונתינה יחד או שאמר כתבו ותנו או תנו וכתבו אבל כתבו וחתמו לא נתכון אלא לזכרון דברים וכ"ן מלשון הש"ע שכתב שצוה שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה אבל כשלא הזכיר הנתינה כלל כנד"ז לא ודלא כדמשמע ממהריב"ל ומהרשד"ם שהביא הכנה"ג ע"ש ומלבד זה עיין למר"ן באבק"ר סי' ס"ט וע' שנשאל ע"ע זה ובסוף סי' מ' סיים לזכות למקבל דהאידינא דכל שטרי צוואות אינם עושים רק לזכרון לעניני הצוואה ולא להקנות בהם אין בהם חשש שמא לא כיון להקנות אלא בשטר ואע"ג שה"ה והר"ן כתבו דשטרי דידן הוו שטרי הקנאה מ"מ יש לנו לומר דכיון דהשתא לא משמע להו לאינשי דשטר לא הוי אלא לראיה בעלמא ל"ש למימר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר עש"ב ועיין בב"י סי' ר"ן מ"ש בריב"ש קס"ח ומעתה רוחא שמעתתא לזכות למקבלת הנז' לדעת מרן דקי"ל כוותיה מכח שני טעמים הנז': ואכתי צ"ע במ"ש העדים וציוה מח"מ שאחר מיתתו החצר הזאת וכו' שאם הוא לשונו ממש הנה לכאורה נראה שנחלקו הראשונים בזה כי הנמק"י בפ"ן אהא דאמ"ר אחא האומר נכסי לך ואחר"ך לפ' אם היה הראשון ראוי ליורשו אין לשני כלום דירושה אין לה הפסק הביא שהרמב"ן הק' דא"ך איך נמצא ידונו בכל מתנת שכ"מ שהיא בתנאו והלא אין מתנת שכ"מ חלה אלא עם גמר מיתה וכל שעדין לא קיים התנאי כבר קדמה זכות יורש ושוב אין לה הפסק ות"י הוא ז"ל דל"א ר"א אלא כשהיורש בא מכח הנחלת מורישו שאמ"ל נכסי לך אבל כשהוא יורש מעצמו בירושה דאורייתא תקנו חז"ל דתיהני מתנת שכ"מ ושוויה כירושה ממש וזוכה בה מיד ואפ"י כשנתן בתנאי הוא כזוכה מעכשיו ומיהו מגדולי המפרשי' סוברים דאע"ג שלא הורידם בנכסים בפ"י כיון שמדעתו יורדים לנחלה זוכים בכל הנכסים מדין ירושה ואין לה הפסק אלא שענין מקנה בתנאי שאני כיון שעכבת ירידת האחר לא מחמת שירדו בה יורשיו אלא מחמת שיתקיים התנאי כשיקיים התנאי זוכה בה למפרע משעת מיתתו וכו' ולכן צריך לדקדק במתנת ש"מ שהיא לאח"ז אם יש בה קיימת ואם בלתי תנאי בטלה ועיין בכר"ש ח"מ סי' ע"ג דן בנדונו שהיתה מתנת ש"מ לאח"ז דבטלה ואע"ג שהריטב"א והנמק"י ורשב"א בתשו' שהביא הב"י בסי' רמ"ח מחו' ז' תפסו עיקר כהרמב"ן מ"מ היורש שהוא המוחזק יאמר קי"ל כגדולי המפרשים ע"ש וא"כ נדון זה שאמר לאחר מיתתו י"ל דבטלה כנז', ואולם הנה מצאנו להרב בית דוד ח"מ סי' קל"ב הוכיח להפך דהא מכל המקומות משמע דמתנת שכ"מ לא חיילא אלא עם גמר מיתה ונמצא דהנותן לאח"ז אדרבה עשה כדינו ובנדונו הוסיף דאפ"י למפרשי' לא ס"ל אלא כשירדו היורשים מדעתו ושם לא ירדו מדעתו וכעין זה חילק מהרח"ש



בתו"ח ח"ב סי' ח' וי"א וי"ב וגם מהרש"ח בבני שמואל סי' י"ט דגם המפרשי' ל"א רק כשאנו רואים שכונת הנותן בעיכוב הזמן שדעתו שירד היורש תחלה משא"כ כשרואים כונתו שיתקיים התנאי זכה המקבל ומעתה לדבריהם בנד"ז שאדרבה גילה דעתו שאין רצונו שירדו היורשי' תחלה שהרי צוה בפירוש שלא יערער שום יורש כל ימי חייה ואחר מותה אז יתחלקו קרקעות בין היורשים כ"ע מודו שזכתה.

ועכ"ז אלמלא באים לדון מכח קי"ל הנה עוד לנו מהר"ש חסון שם בתו"ח סי' ח' והדב"מ ח"ב סי' ע"ב דתנו ס' המפרשי' דאין קיום למתנה זולת כשהיא בתנאי ובנד"ז אין תנאי אבל אנן אתכא דמרן סמכינן והוא ז"ל נראה ודאי דס"ל כהרמב"ן ז"ל חדא שהביא תשו' הרשב"א בב"י סי' רמ"ח שהיא כמ"ש הרמב"ן ולא זכר שום חולק בזה ועיין בעי חיי ח"מ ח"ב סוס"י פ"ג שכתב דמרן הביא ס' בב"י ולא הביא חולק ודאי דהכי ס"ל וכ"כ ארץ חיים ז"ל בכללים כלל י"ז וסוגין דעלמא דקבלנו דעתו בין בש"ע בין בב"י בין בתשו' שנית ממה שהוכיח הרב"ד דממ"ש בב"י ריש סי' ר"ן דמתנת שכ"מ לא חיילא אלא עם גמר מיתה ודאי דלא ס"ל ירושת יורש קודמת ואין לה הפסק דא"כ לא משכחת קיום למתנת שכ"מ כלל.

שלישות כי המעיין באבק"ר סי' ע"ז וע"ח כצוואת ששון פרח שזיכה ליצחק בנו קרקע כשיפרע סך פ וזה יובן ג"ך אחרי מות האלמנה וטרם מיתת אלמנה מכר יצחק הקרקע לאחר ונחלקו שם אם המכר קיים או לא ומרן שם ביטל המכר שאין זכייה ליצחק רק אחר מות האלמנה ואם איתא לס' המפרשים בלא"ה לא זכה כי היורשי' יטענו שכבר קדמה ירושתם ואין לה הפסק.

כי הגם ששם היה תנאי שיפרע ולדידהו בתנאי ל"א מ"מ לא התנאי לבדו עיכב ההורדה אלא מיתת האלמנה דזה אינו אלא כנותן לאח"ז ונימא דקדמה זכות יורשים אלא משמע דס"ל לרבנן ומרן מכללם דהעיקר בזה כהרמב"ן דכל דלא ירשו מכח הנחלת היורש ל"א קדמה וכו' ואחר ההוכחות האלה דכן דעת מרן ז"ל כוותיה עבדינן וכ"ש אם נאמר דמאמר אחר מיתתו אינו לשון המצוה רק העדים שראו שאמר שהוא מצווה מחמת מיתה כתבו מסתמא מא שמה שמצוה הוא לאחר מיתתו ויש סמך לזה שכל דבריו אמרום כמדבר בעדו כגון החצר שיש לי והחנויות השייכים לי ואילו הכא אמרו שאחר מיתתו ולא מיתתי ש"מ דזה לשונם ולא לשונו וא"כ אין כאן לאחר זמן אלא מעתה: והנשאר לעיין בזה הוא מ"ש העדים שאמר וכן שתי החנויות שלי ומצאנו מחלוקת בזה כי העדוב"י סי' ע' למ"ש בנדריים פ' השתפין קונם לביתך שאיני נכנס מת או מכרו מותר וכו' אלמא כשמת ויצא מרשותו שוב לא חל הנדר ה"ן כשמת יצא הממון לרשות יורשים והוא לא אמר רק מה שהוא שלו ומינה א"כ גם בנד"ז ואין כאן זכות והגם דהרב"ד ח"מ סי' ק"ל הקיפו בחבילות קושיות דלא דמי לנדריים והש"ס והפוס' מלאים מלשון זה ולית דחש לבטל הצוואה מזה עכ"ז הרב"מ בסי' ע"ג תי' כמה מקושיותיו וגם הביא תשו' הרשב"א שבתולדות אדם סי' קכ"ח שנראה כהרב"ד וכתב דשאני התם דכתוב כל מה שיש לי דכולל עכשיו ולאח"מ אבל מה שיש לי הוא דוקא מה שיש לי עתה ע"ש ומ"ש הרשב"א דבש"מ אזלינן בתר אומד"ד כבר תמה ע"ז עדוב"י ומזה חלק על הרב"ד ז"ל מ"מ מלבד שמרן ז"ל בב"י הביא תשו' הרשב"א ולא העתיק כל מה שיש לי שדקדק

ממנה הדב"מ והעתיק דבש"מ אזלינן בתר אומד"ד ולא הביא שום חולק ולא שום פקפוק בזה ש"מ דלמר ס"ל הכי בכל אופן דבש"מ הכי דיינינן וכן באבק"ר סי' ע"ו וע"ז הביא לשון מנכסי או הקרקעות שיש לי ולא פקפק בהם מצד לשון זה עוד בה דבנד"ז שהעדים מבורר מדבריהם שידעו היטב מדברי המצווה שכונתו על לאחר מיתה וגם ממה שאמר בחצר השייכה לי דמבואר שאין דבריו רק לברר איזה חצר הוא מזכה יגיד עליו רעו החנויות שכתב שני שגם בהם כונתו כן ילמד עליון מתחתון גם העדוב"י יודה דאטו בנדרים עצמם אם יברר קונם לביתך כ"ז שהוא בעולם נימא דיהיה מותר וכיון דמין הוכחו דאין זה מעכב לדידיה וגם מהלשון והעדים מוכח דכונתו לזכות גם לאח"מ לא נשאר פקפוק; ובכן מכל האמור קם דינא דצוואה זו שרירא וקימת בכל פרטיה ובפרט שכתבו שאמ"ל כתבוה בשוקא וכו' לצאת י"ח המצריכים זה גם במתנת שכ"מ וגם אמר שהוא מצוה מחמ"ת דאז אינו מזיק שהיא במקצת ובעיא קנין והיא זכות יתר על תנאי ב"ד ונוהגים בה כל הדינים שכתב הריב"ש סי' ת"פ כמש"ל וישארו פירות הקרקעות למזונותיה כל ימי חייה ואם יסכימו רבותי בזה אהיה סניף עמהם.

סי' ט' רש"ל אחים הסכימו ומכרו חצר ירושתם מאביהם ליאורה וכתבו שטר מכר בק"ס ובחזוק"ס ככל הנהוג והניחוהו ביד שלישי עד שתכתב החוגי"ט בשררה וגם שיפרע להם דמי המקנה כי לא פרע ממנה רק יו"ד לי"פ ביד השלישי לבטחון שאם יבטל המכר יקחו להם היו"ד לי"פ הנז' ולדעתו שיתקיים המכר תיקן איזה תיקונים בחצר הנז' ובמשך הזמן פייסו ליאודה לבטל המקנה וקבל בחזרה את היו"ד לי"פ והוצאות התיקונים והם קבלו השטר שכתבו וכ"א הלך לדרכו אח"ז חזרו ומכרו הקרקע לזבולון ואז יצא יאודה לטעון שאחר שהיה מקחו קיים בידו בק"ס ובשטר ובכסף ובחזקה ורק נתפייס בפה ולא חזר ומכר להם באופן קנין המועיל עדיין זכות קנינו בידו וכמ"ש מור"ם בח"מ סוס"י קפ"ט והם משיבים שעיקר קניינו אין בו ממש וגם אם היה בו ממש כיון שביטל ולקח הכסף אשר פרע בתחלה די בזה לבטל המכר ודורשים הדין עם מי: ואשימה עיני בטענתם הראשונה להפיל חומת הד' קניינים שאמרו אין בהם ממש האמת אתם אם לאו ואתחיל מענין הכסף הם היו"ד לי"פ שפרע להאמצעי ואומר דהגם דלכאורה אין בו גרעון מצד שכתב בח"מ סי' ק"ץ תן מנה לפ' וקנה לך קרקע שלי כיון שנתן קנה והכא לא אמרו וקנה לך אין זה מבטל דדוקא כשאמ"ל ליתן לזכות האחר אבל כשצוהו ליתן לאחר לזכות של עצמו אין זה אלא שלוחו וגם אם לא אמר שהיא שעתא וקנה לך אינו מעכב ע"ש ס"ב וכמו כן אין לפקפק מצד שלא השלים כל כסף המקנה דהא לא על ונפק אזוזי רק ריעותא היא שלא היה הכסף לשם פרעון רק לשם ערבון ומפורש שם בהגה דלערבון שניהם יכולים לחזור ורק שיקנה מהגרוע שבשדה נגד מעותיו והכא דלא הונח רק נאם יחזור בה יקחו אותו אין זה רק אסמכתא כמפו' באומנים דע"ז ולא יקנה אפי' מהגרוע וכן מדוקדק בלשון הטור והסמ"ע דדוקא באומר ואקנה בהם הוא שקונה מהגרוע וגם כשחזרו לבסוף לכתוב שטרות אין לסמוך על אותו כסף לאמר דחזר להיות כסף דתחלת פרעון כיון שמתחלה לא בא לידם זולת בתורת מלוה כל עוד שלא הוברר המכר ואי בעינא לחשבו כסף מקנה הרי בשכ"י ומשכונה שדינם כמכר פסק בס"י קצ"ה שאין נקנים במלוה ועיין בס' ר"ד במכר מטלטלין ובס"י קצ"ט סתם דלא קנה במלוה רק במלוה שבאה מחמת מכר ועיין בסמ"ע הטעם דהתם עשו חז"ל כאילו המכר הראשון

הוא בעין והחליפו עם זה ובנד"ז אין מכר שבאה מחמתו והגם שה"ה פ"ז מה' מכירה ה"ד כתב דאם קנה במלוה וכתב שטר קנה דהו"ל כמתנה מלבד די"ל דל"א רק כשיש כל דמי המקנה בידו דאז י"ל דס"ד משא"כ במקצת דמקצת דהכא עוד דאתרא דידן כתבי שטרא ומאי מהנו כספא לחוד וסו"ס אין כאן רק כח השטר ולקמן בע"ה יתבאר ענין השטר הכא והנה היה נראה פשוט שאין כח בשטר זה לעשות קנין שהרי לא פרע דמי המקנה וכמש"ל וקי"ל בסי' קצ"א דהקונה בשטר אעפ"י שהגיע לידו בעדים לא קנה עד שיתן דמים וכתב הסמ"ע פ' כל הדמים כמ"ש מורם סי' ק"ץ סט"ז מטעם דאין השטר קונה לחצאין וכ"כ בב"י משם הר"ן בלי חולק ע"ש אלא שבנד"ז יש מקום עיון לפי שבמקומנו כותבין בשטרי מכר שמודה המוכר שהגיע לידו כל דמי המקנה עספ"א ויש מקום לומר שבהודאתו זאת יחשב לו כאילו פרע לו כל הכסף עם השטר ואז יש קנין גמור והנה בב"י סי' קצ"ב הביא תשו' הרשב"א ז"ל שאלת כמ"ש בשם רב האי דהיכא דזבין איניש קרקע בדמים ידועים בין בשטר בין בעדים ולית ליה ראייה דיהיב דמי בחזקת שלא נתן עד שיביא ראייה שנתן וכתב להודיעך דעתי אם כתוב בשטר המכירה וקבלית מינך כו"ך אם צריך הנותן ראייה שנתן מסתברא שכל מקום שכותבים ואח"כ נותנים עליו להביא ראייה אבל מקום שנותנים ואח"כ כותבים א"ץ להב"ר שהרי העיד על עצמו שקבל מעות ומ"מ אין עיקר דינם עולה יפה וכו' וע"ש שדעת הרשב"א תמיד הלוקח נאמן בשטרו ודעת ר"ה שאעפ"י שהודה שקבל אין זה כי אם נוסחת השטר והמוכר נאמן ועיין למהרימ"ט ח"א סי' קנ"ב מבואר מדבריו דלאו דוקא לענין תביעת הכסף פליגי אלא גם לענין ביטול המקח דשם כתב דגם ר"ה לא האמין למוכר זולת כשאין הקנין אלא בשטר דדינו בלתי כסף אינו קונה והויא הכחשת הכסף היא טענת ביטול המקח ולזה הטענה נוגעת לביטול מקח וארעא בחזמ"ק קיימא ונאמן אבל כשהמקח קיים בלא השטר כגון שקנה בחזקה וכיוצא או שהתנה לקנות בשטר בלי כסף דאז המקח קיים ואין התביעה רק לענין פרעון יודה ר"ה דהלוקח נאמן ובזה ישב על ר"ה מקו' הרשב"א עליו ע"ש וזוהי שטת מהר"ש הלוי ז"ל שם (לא זכיתי להבין מה שתי' קו' הרשב"א מהך דפ' מי שמת במי שטען על שטר מכר שהוא אמנה דאמרי' הלך אחר השטר ותו' הוא ז"ל דר"ה ואמר דהתם מיירי שכתוב בשטר וקבלית מניה והלא הרשב"א נשאל ע"ז בדעת ר"ה והשיב לדעתו שבמקום שכותבין ואח"כ נותנים המוכר נאמן) גם מהראנ"ח ז"ל ח"א סו' ס"א בדרך זה דביטול המקח תלוי בתביעת הכסף (לא הבנתי א"כ אמאי פסק כהרשב"א דבעה"ש נאמן דלא כר"ה כיון די"ל ארעא בחזמ"ק ואולי דבנדונו לא היה המנהג פשוט לכתוב ואח"כ ליתן וס"ל כמהרימ"ט דר"ה ל"א נמי רק במקום שנוהגים לכתוב ואח"כ ליתן) עכ"פ בנד"ז כיון דמטענה זו נפק"מ לביטול המקח הגם שכתוב בשטר שקבל הרי כאילו לא כתוב לדעת ר"ה והשטר בטל: אבל עוד בזה לא נתברר הענין כל צרכו כי פה אין בזה מנהג פשוט כי פעמים כותבין תחלה ופעמים נותנים תחלה ומ"ש הרשב"א לדעת ר"ה נראה דלא רק כשיש מנהג קבוע שממנו ועליו תסמוך הטענה והנראה ממהרימ"ט ז"ל שם דכגו"ז אין המוכר נאמן אחר שהודה שקבל ואינו נגד המנהג וכ"כ מהרש"ך ח"א סי' ע"ג ופ"מ ח"א סי' ס"ד ועדוב"י סי' ס"ג דקנ"ה דהודאתו משוי ליה כקבלו ממש והרגישו ממ"ש הרשב"א דאין זה רק נוסחת השטר ותו' עדוב"י דל"א רק כשהמנהג פשוט לכתוב ואח"כ לתת ע"ש אבל

למקום שאלתנו דאתכא דמרן סמכי הנה בסי' קצ"ה ס"ד כתב אם הוא מקום שנותנים מעות ואח"כ כותבים והודה וכתב בשטר שקבל הלוקח נאמן ועיין בסמ"ע סק"ח ובביאורים סק"ג דתרתוי בעינן שהמנהג לתת תחלה שהודה המקבל שקיבל אך לפי"ז קשה מ"ש בסי' רל"ו יש מי שאומר דאין כותבין שטר למוכר אעפ"י שאין לוקח עמו רק כשמעידן ע"ע שכבר קבל המעות מיד הלוקח וכו' ומשמע דכשמעידן כותבין בכל מקום והלוקח נאמן אלא דיש ליישב זה עפ"י חילוק מהרימ"ט בדעת ר"ה דהיכא דנפק"מ בתביעה לביטול המקח אז המוכר נאמן אבל כשהתביעה אינה נוגעת רק לפרעון כי המקח הוא קיים מצד אחר בלי שטר והשטר אינו רק לראיה הלוקח נאמן וא"כ הנה בסי' רנ"ח פסק בש"ע דאין כותבין שטר שלא בפני הלוקח רק כשהמוכר הקנה לו מיד בק"ס או שהעיד ע"ע שכבר הקנה לו באחד מדרכי ההקנאה ונמצא שהשטר שכותבין למוכר לגוף ההקנאה רק לראיה ובזה יודה ר"ה ז"ל דבכל מקום שיכתב הלוקח נאמן שהרי הודה שקבל והלוקח הוא מארי ארעא שו"מ למשה"א סי' קצ"א כ"כ ושו"ש.

ומעתה קם לדינא נד"ד לדעת מרן כשעיקר המקנה נסמכת על השטר לא יהיה הלוקח נאמן לפרעון עד שיהיה המנהג פשוט שנותנים ואח"כ ותהיה הודאת המוכר שקבל הלא"ה אין כאן הודאה על הכסף והו"ל שטר בלי כסף והשטר בטל. והגם שיש לדרוש זכות ליאודה ממ"ש בשטרי דידן לך חזו"ק וכו' ובשט"ד מבלי שתצטרך לשום ז"ו"ק שבעולם ובזה כאומ"ל או בעינא בשטרא איקני והגם כי מהריב"ל ש נסתפק אי תנאי זה מהני דוקא בכסף ולא בשטר או גם בשטר עיין למהרימ"ט ח"ב סי' ס"ה ולח"ר קנ"ב וקנ"ג ומהרש"ך ח"א סי' ע"ג ומהרש"ה סי' מ"ז מ"מ מרן בב"י סי' קצ"א דעתו מפורשת דמהני גם בשטר שכ"כ משם ה"ה וסיים ופשוט הוא אבל עכ"ז הנה מפו' בסי' קצ"א דשטר מכר אינו קונה עד שיגיע לוד הקונה אעפ"י שהגיע הכא ליד השליש עיין בב"י משם הרשב"א דבעו שיאמרו שניהם לשליש זכה בשביל שנינו ועוד עיין במשפטים ישרים למהרש"ג ז"ל שחילק להרשב"א בין נעשה הענין שהושלש עליו לעדיין לא נעשה ואע"ג שהכנה"ג בסי' כ"ה הגה"ט או"ב כתב משם בני שמואל דכשעדיין לא נעשה להגמ"ר יכול לחזור המשליש ולהרא"ש לא הוא ז"ל תמה עליו מהרשב"א דבלא נעשה ודאי יכול לחזור וגם מט"ש בהגב"י או"ג הביא מכמה פוס' כהגמ"ר ואסיק דאון לומר בזה קי"ל כהרא"ש ואין לטעות בזה ממ"ש מהרש"ג שם דל"א הרשב"א בשטר מכירה שבלא הגעתו לשליש זכה הקונה ולא הונח לשליש רק על תנאים הכתובים בו ויאמר לדמות נד"ז דילמד סתום מהמפורש בשאלה זאת עצמה במהרש"ה סי' מ"ז דשם היה ק"ס שקונה בלא שטר אבל הכא אין רק הקנאת שטר וכו' בעינן שיגיע ליד הקונה ולא די ליד השליש רק בתנאים הנז' שישלישו שניהם וכשעדיין לא נעשה יכולים לחזור והכא ליתנהו ופקעא קנין השטר ככל האמור: גם טענתו שבנה וסתר ובזה קנה בחזקה הגם אם נרחיק מזה פד"ר אי בעיאי עמה כסף או שטר כמובא בב"י וכנה"ג ומט"ש ונאמר הרי הש"ע סו' קצ"ב פסק דקונה בלי כסף ובלי שטר ומור"ם הוסיף אפי' באתרא דכתבי שטרא וגם לא נקפיד על מה שהחזיק שלא בפני המוכרים כיון שכתבו לה בשטר לך חזק וקנה דמהני כהחזיק בפניהם כמש"ש ואפי' אם לא צוו לסופר לכתוב כיון שמנהג לכתוב כן מהני ובפרט שכתבו בסוף השטר וקנינא וכו' עיין סי' ס"א ס"ה וסי' ע"א מ"מ לא עלתה לו חזקה זו דלא נתכון לקנות בה וסמך על קניינים האחרים ועיין מ"ש מרן

בסי' קפ"ט בבד"ה ללמוד מדברי הטור דכל קנין שלא נתכון לזכות בו אינו קנין וכן בש"ע סי' ער"ה גבו עודר בנכסי הגר ובסי' ק"ק גבי מדד על החמור דבעי כונה לקנות ואע"ג דיש דע"א מקנה נראה דלא קנה ואילו בסי' קמ"ב במכניס כותל אחר לתוך שלו אע"ג דלא ידע שלו או של חבירו פסק דקנה אע"ג שלא נתכון לזכות והיינו משום דעת אחרת מקנה, כבר העיר ע"ז המשה"א בסי' ק"ק ות"י דל"א דע"ח מקנה זולת אם בשעה שהיה עושה סדרהקנין היה מתכון המקנה להקנותו א"נ דוקא במתנה שאין בה תשלומין מהקונה דע"א מקנה משא"כ במכר דאולי הקונה אינו רוצה לקנות מפני שלא ישלם דמיו ע"ש (בדב"ק יתו' מה שהק' מט"ש בסי' קצ"ב על מה שנסתפק כנה"ג בבע"ח ח"א לחו"מ סי' קל"ו באומר לך חזק וקנה אי מהני אפי' בלא נתכון לזכות דתפשוט ליה מהך דרב ענן בב"ב דמ"א שהיא הך דינא דסי' קמ"ב דפי' בש"ס הרשב"ם ז"ל דסיוע המערער הוי כלך חזק וקנה ואסיקנא דאילו הוה ידע המערער היה זוכה הקונה ומהכא תפשוט ולהנז' לק"מ דשאנ"ה דהוי מתנת חנם ואם אפי' מתנה הוי כמכר נימא התם דאילו הוה ידע היה מתכוין לזכות לו בשעת המעשה) ועכ"פ בנד"ז דאינו מתנה וגם המוכרים לא היו שם בשעת המעשה אין כאן דע"א מקנה והבונה לא נתכון לזכות ואין כאן קנין חזקה ומה שנראה מדברי מח"א בקנין משיכה סי' ד' דכל שמתעסק בענין זכיה זכה אעפ"י שלא נתכון לזכות י"ל דל"א הרב רק בכי הך דמציאה שנתכון לזכות בנפילה דנהי דבנפילה לא קנה עכ"פ הוא מהדר לזכות ועם דמעשיו לא אהנו קונה בארבע אמות אע"פ שלא נתכון בהם משא"כ הכא דלא אהדר לזכות כלל רק בנה כעושה בשל אחרים לצרכם ומה שצריך בו עיון הוא ק"מ שהוא קנין חזק לבדו וכמ"ש בסי' קצ"ה וז"ל בש"ע וכיון שמשך המקנה הכלי נקנה הקרקע או המטלטלים ללוקח או למקבל מתנה בכ"מ שהוא אעפ"י שלא החזיק ולא נתן כסף ולא כתב שטר ולא משך וכו' וכ"ש שאם נכתב השטר אעפ"י שלא הגיע לידו נא לימא דכיון דכתב השטר אין דעתו להקנותו אלא בשטר וכיון שלא הגיע לידו לא זכה דזה דוקא דעת הר"ח והרי"ף ובב"י סי' ט"ל האריך בס' החולקים עליהם ואסיק להלכה דלא כוותייהו ועיין לפ"מ ח"א סי' ס"ד שכתב שגם הר"ח והר"פ מודו דלענין קנין משעת קנין קנה זולת היכא דחזינא שכתב שטר או שאמר בעינן דלימטי שטרא לידיה והמפרשי' חולקים גם בזה ועיין בלח"ש דק"ס אול"ו ומה שנראה מסי' רמ"ג בש"ע סי"ב דעכ"פ בעו שיגיע לידו אחר מיתת הנותן עיין במהר"י הלוי סי' ס"ד דליתא ומאיזה טעם כתב כן והגם דמהריב"ל ח"א סי' פ"ד נסתפק לאתרא דכתבי שטרא אי בעו גם כשיש ק"מ ומהרא"ש סי' נ"ז כתב מהריטב"א ז"ל דבעו ואנן בדידן אתרא דכתבי שטרא וקי"ל דשטרי דידן שטרי קנין הם ולפי"ז הנה בשטר קנין בעינן שיגיע ליד הזוכה ונימא דה"ן בנד"ז כיון שלא הגיע השטר לזוכה הגם שיש ק"ס למהריב"ל ומהרא"ש אין בו די אלא עם השטר והשטר יגיע לידו ואז יגמר הקנין מ"מ הא ל"מ דמלבד דמהרש"ך ח"א סי' ע"ג פשיט"ל דק"ס לא בעי שטר גם באתרי דכתבי וגם פ"מ ז"ל שם סי' ס"ז כתב דהריטב"א ל"א רק כשיש צד לומר דאותו קנין לאו לכתיבה עומד כגון שקנו ביניהם לבין עצמם וכו' אבל כשקנו בעדים דסתמו לכת' עומד גם הריטב"א יודה דהו"ל במקום שטר ממש ונד"ז היה הקנין בעדים וסתמו לכת' עומד וא"צ עמו שטר עוד בה כי בבע"ח ח"ב לח"מ סי' מ"ח האריך להוכיח לדעת מרן דבק"ס לחוד סגי גם באתרא דכתבי שטרא ועיין להרב יד ימין ח"מ סי' מ"ב שזיכה לנמואל

בק"ס לחוד בלי שטר ומני"ר הוא ממקום שקבלו דעת מרן כמונו (פת"ש בסי' ק"ץ משם רשמי שאלה בהפך לדעת מר"ן): ומה שנשאר בענין ק"ם זה הוא שעתה אין לפנינו עדי הקנין הזה והמוכרים טוענים דהיה הקנין על תנאי שיפרע כל דמי הקנין וגם תגמר החוגי"ט במלכות אז יתקים הקנין וכיון שלא גמר את אלו אין כאן קנין האם יהיו נאמנים בזה או לא ואנכי הרואה ששורש לזה נובע ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל ס"ו ס"ג וז"ל ודאי שטר הנמצא ביד הנותן אם אין עדי הקנין קיימין או שהלכו למד"ה והיה טוען הנותן שעל תנאי קנו מידו ולא נתקים התנאי אפשר דהיה נאמן במגו דאי בעי קליוה לשטרא כל זמן שלא הוחזק בב"ד אבל בנד"ז שאין השטר יוצא מתח"י הנותן ואין ידוע שבא ליד המקבל אחרי מות הנותן אלא עפ"י המקבל וגם הוא טוען שזקנתו אמ"ל שנתנתו לו מחיים ולא היה השטר אלא פקדון ביד הנאמן נאמן לומר טענה זו במגו דאיבעי אמר מחיים בא לידי ואין מכחישו ע"כ ועיין בש"ע סי' רמ"ג שכתב שכתוב בו שנתן קרקע לפ' בקנין אעפ"י שלא בא שטר זה ליד המקבל אלא לאחר מיתת הנותן קנה ע"כ והסמ"ע סקכ"ב העתיק ע"ז דברי הרא"ש ז"ל הנז' מהטור וסיים ובזה נתבארו דברי המחבר דא"כ הם בכה"ג דמודה המקבל דהיה ביד הנותן עד אחר מותו ואחר מותו בא השטר לידו ואין עדים בדבר דאי מיירי שאמר שהיו ביד אחר א"כ נשאל פי האחר באיזה אופן בא לידו ואי מיירי ששכח הדבר או מת א"כ אסור ליתנו לו וכו' ואי מיירי שבא לידו מאחר בלא עדים דאז נאמן במגו א"כ נימא נמי דבאו לידו מהנותן בלי עדים ונאמן במגו ע"כ נלמד מזה ג' סוגים שאם שטר בקנין ביד הנותן וטען שע"ת נעשה אם הוחזק בב"ד אזלינן בתר שטרא לראות אם יש תנאי או לא (זה מבואר בכלל ס"ח סי' ז"ך) ואם לא הוחזק בב"ד הנותן נאמן שע"ת היה מכח מגו ואם היה ביד שלישי אם לשם פקדון היה בידו אין כאן טענת תנאו ואם לאו נשייליה ואם שכח או מת לא יזכה המקבל ואם נמצא ביד המקבל אעפ"י שמודה שבא לידו רק אחר מיתתו אם אין שם עדים איך בא לידו והוא אומר שאין שם תנאי נאמן במגו דאי בעי אמר מחיים נמסר לו ואין מכחישו.

והנה לכאורה יש להרגיש על הסמ"ע דפה בסקכ"ב כתב הגם דיש בו קנין אם היה ביד אחר ומת או שכח אין ליתן למקבל ואילו בסקכ"ג עמ"ש הש"ע מי שמת ונמצא מופקד אצלו שטר מתנה שנתן ראובן קרקע לשמעון וראובן מת יחזירו ליורשי נותן ע"ז כתב ז"ל דזה מיירי בלי קנין דלא זכה בו המקבל עד שיגיע לידו אלא דיש לספק אולי כבר ליד המקבל והוא הפקידו ביד זה ע"ז קאמר דמס' אין מוציאין קרקע מחזקתו ומחזירין ליורשי נותן אבל אם היה בו קנין היו מחזירין למקבל ומשמע דביש בו קנין אעפ"י שמת הנפקד מחזירין למקבל דלא כמש"ל סקכ"ב וי"ל דהתם בסקכ"ב ידוע שבא מהמזכה לנפקד ומספקינן אולי יש תנאי ואין מחזירין למקבל אבל בסקכ"ג אין ידוע ממי נפקד ואולי מהמקבל וכיון דיש בו קנין וצד אחר לסייעו אולי הוא הפקיד לזה מחזירין לו וע"ז ציין לסוס"י ר"ו דהתם נמי זכה המקבל משום שהנפקד הגיד שהופקד בידו סתם ה"ן כיון שיש ס' ממי הופקד הו"ל כסתם שהנפקד כאילו חי ואומר הופקד סתם ואין זה דומה למי שאומר שכחתי אלא כמגיד לא הופקד רק בסתם ולא בתנאי וא"ת לפ"ז דבהופקד בסתם ויש בו קנין זכה המקבל אמאי בסי' נ"ו ס"ה כתב בש"ע מי שחייב עצמו להכירו בשטר בקנין והפקידו החייב ביד אחר בסתם ומת המפקיד לא יתנו למלוה וגם לא

יחזירנו ליורשי לוח ע"כ ואמאי לא יתננו למלוה כיון שהוא בקנין והופקר בסתם לא ק"מ כי המעיין בב"י יראה דשורש דין זה מבעה"ת שנ"ב ח"ד שלמד אותו שכתב וכן מי שכתב שטח"ו ע"ע בשם אחר וכו' ונתן אותו ביד שלישי ולא פירש לו וכו' ומת ה"ז אינו כלום ועיין בתשו' הרא"ש כס"ו שכתב ומה שהבאתם לראיה מהרמב"ם שכתב וכן וכו' אין הנדון דומה לראיה שכותבים שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו ושמא כתב ללות ולא לוח אבל במתנה בקנין מיד שהקנה זכה המקבל ובטור סי' נ"ו כתב ב' טעמים הא' שמא לוח ופרע ונמצא בידו והוא הפקידו ביד זה והב' אולי לא בא מעולם והתנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולא ליד המלוה (ליורשי לוח לא יחזיר שמא אמר לעדים בסתם קנו ממני לפ' וכתבו לו השטר ונמצא שזכה המלוה בהיותו ביד העדים ואפשר טעו ומסרוהו ללוה שלא כדין) ומוכרח לומר דמאי דלא חיישינן גם במתנה שמא התנה על העדים שיתנו השטר לידו ולא ליד הזוכה כמו הטעם הב' שכתב הטור גבי החוב היינו דבשלמא גבי מלוה דלא נתחייב רק אדעתא שיגבה כסף החוב מהמלוה דהעדים לא ראו שפרע בפניהם לזה י"ל שלא כתב השטר בקנין רק לשיהיה מוכן בידו לעת שיקח הכסף אבל במתנה שהיא בחנם למאי נפק"מ יכתוב טרם שהסכים להקנות לזה מיד שהקנה זכה המקבל ואולי הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ז"ך הק' זאת אמאי ל"א גם במתנה שצוה לעדים לכתוב ולמסור בידו ות' משם הב"ח שבש"ע סוס"י ר"ן מיירי כשידוע שהקנה לפני העדים בסתם ולא התנה עמהם שיתנו השטר לידו ולא ליד הזוכה וכגון שעדי הקנין לפנינו והרבה להשיב על הסמ"ע בעניינים אלו ע"ש באופן דדעת הש"ך שגם במתנה חיישינן שמא כתב וצוה למסור השטר לו ולא לזוכה כמו בשטר מלוה זולת בידוע שהקנה בסתם ולא צוה לעדים אבל באינו ידוע לא יחזיר לא לזה ולא לזה וכ"כ בדיני שלישות העולים מסו' נ"ו באוי"ז ע"ש וגם הסמ"ע כבר כתבנו משמו בסו' רמ"ג בס"ק כ"ב בשטר מתנה דאינו נאמן המקבל אלא במגו וכשהוא ביד שלישי דליכא מגו בעי דלישייליה לשליש איך בא לידו ואם מת או שכח לא יתנו למקבל אלא דהט"ז שם פליג בזה ומודה דהמקבל זוכה גם בלי מגו ובשטר מכר מהצעת שקו"ט בין הסמ"ע להש"ך תבין דהסמ"ע מדמהו לשטר הלואה דגם בידוע שנכתב סתם אימור כתב למכור ולא מכר עיין לו בסי' ר"ן סקע"ב ובסי' רמ"ג אבל הש"ך מדמהו לשטר מתנה דבידוע שהיה בסתם והעדים אומרים שלא צוה ליתן השטר לידו דזכה המקבל כמש"ש באוי"ז מדיני שלישות.

וממוצא דבר אתה למד בשטר מכר זה בק"ס שהוא ביד שלישי גם אם רק לא נודע לנו שהונח בסתם בין להסמ"ע ובין להש"ך הרי יש לחוש לטענת המוכרים שהיה בתנאי ואולי כתבו למכור ולא מכרו והרי אין לקונה איזה מגו להאמינו וגם לט"ז אולי לא זוכה בלא מגו רק במתנה אבל במכירה יודה דדמיא להלואה דבעי לקבל דמי המכירה אז יגמור הקנין וכ"ש שהשליש עודנו חי ואומר שעל תנאי זה הופקדו בידו ומעתה כח הקנין נפל גם הוא אזדא ליה ואין כאן שום קנין מהארבעה הנז': ומלבד זאת רואה אנכי דגם טענתם השנית שהחזירו לו הכסף שפרע ונסתלקו זה מזה ובזה מחל להם אותו קנין ובטל המקח שהדין עמם והגם שמפורש בח"מ סי' ס"ו דהנותן מתנה לחבירו והחזיר לו השטר לא חזרה מתנתו עד שיכתוב לו קנה לך שט"ד וכו' או שיכתוב שדה נתונה לך

כמ"ש הסמ"ע שם ומורם בסי' קפ"ט דמחי' ל"מ אלא שצריכים להקנות זל"ז בקנין גמור.

מ"מ הנה הרשב"ש סי' ח"י הבי"ד עה"ש סי' קצ"ה או"ב כתב אם המוכר הקנה בק"ס ועדיין לא נתן המעות ואמ"ל נקאלך אללה (לשון מחילה בערבי) ונתרצו שניהם בטל המקח שכיון שמעותיו בידו הם הו"ל כאילו קנאה במעותיו וא"כ ה"ן הרי נשארו מעות הקונה בידו ועדיפא מינה פה דטענו המוכרים שאחר מחילתו דר בה אחד מהם וגם היה משכיר לאחרים ועיין למשד"ר ח"א בח"מ סי' פ"ב שכתב ואין לומר דכיון שנגמר הקנין שוב ל"מ מחילה וצריכים להקנות זל"ז דליתא דהא בדירתו שדר בה ובנה וסתר אין לך קנין גדול מזה ונסתלק ראובן מקנית החנות ע"כ והשתא הני תרי טעמי איכא הכא או משום דמעות הקונה הנם בידו ואי משום דאחד מאחים דר בה וגם השכיר לאחרים ונשתמש בה כעושה בשלו.

והגם כי בדברי המבי"ט ח"ג סי' קצ"ה כתוב דמתנת הקרקע אעפ"י שקרע השטר לא חזרה המתנה והרי הוא כמו שקנה בחזקה שאעפ"י שיחזור בה צריך המוכר להחזיק בו ואם קנה בכסף חזרת הכסף אינו מבטל הקנין אלא א"כ אמר כשהחזיר הכסף אתה מוכר לי השדה שמכרתי לך בכסף זה ע"ש מלבד מה שמצאנו להגאון מהר"י נ' מיגאש ז"ל בתשו' ק"ל הבי"ד עה"ש סי' ק"ץ כתב דהקונה קרקע מחבירו ופרע לו מקצת דמים והשאר עליו חוב ופייסו זא"ז נבטל המקח אם הלוקח מודה או שיש עדים שחזר וקבל מה שפרע לו בטל המקח דהו"ל כחזר ומכרה לו שמתקיים בנתינת דמים וא"ץ קנין וזה דלא כמבי"ט ופשיט דאילו שמיע ליה הוה קאים מקמי גברא רבה.

ולפ"ז מ"ש מרן ומור"ם י"ל דאינו רק במתנה דאין שם חזקת כסף ובמה יקנה ובנד"ז דמציד חזקת כסף יש חזקת דירה אפשר דהמבי"ט יודה לחיוב שו ז"ל ומ"ש מור"ם סוס"י קמ"ו מב"י בשם הרשב"א דמה שנמצא כתוב בפנקס הקהל שנתבטל המקח אינו כלום אלא שיחזור ויקנה לו בק"ג אפ' דלאו למימרא דצריך דוקא ק"ג וגם החזרת הכסף הוה סגי אלא שלא נמצא כתוב בפנקס ג"ז ולפיכך הצריכו לקנין חדש ונראה דמות הכרח לזה ממ"ש ביו"ד סי' קע"ב מכר לו שדה במנה ועשה לו שטר שאם יחזיר לו המנה יחזיר לו שטר המכר אם נעשה תנאו זה בשעת המכראו קודם לו אין זה מכר אלא הלואה ואם לאחר המכר אפ"י שעה אחת ה"ז מכר ואם כל שנגמר המכר ורוצה למחול לא די בחזרת הכסף עד שיחזור למכור בק"ג הא לא"ה עדיין ברשותו הרי התם און בתנאים רק חזרת כסף ולא קנין חדש ואמאי חשיב הלואה (יש לדחות דהתם התנאי היה על הקנין הראשון שהוא בטל מעיקרו מעת שיחזיר המעות) והגם דחק"ל ח"א ח"מ סי' לק"ח עמד איך בשטרי הטבה די להם בחזרת הכסף לאו משום דלא סגי ליה חזרת הכסף אלא משים דאינהו אתרא דכתבי שטרא ובהטבה לא כתבי והגם דהכא כתבי שטרא וא"כ אינו די חזרת הכסף לפי ישובו למנהג דמנהג הכת"י הוא שתסמוך דעתו וכשעיקר הקרקע שלו די לו לס"ד בנד"ז נמי דעיקר הקרקע למוכרים בחזרת הכסף לחוד סגי וגם לדעת חב"י ומהריט"ץ שכתב שם דגם בהטבה בעו שטרא הכא דהקרקע עד היום בשמם בטאבו ס"ד בחזרת הכסף לחוד וממילא צדקו דבטל המקח שלו מהני טעמי תריצי וה' יאיר עינינו בתורתו אמן: סי' יו"ד על מה שנשאלנו מעי"ת עדן יע"א אודות צוואת סאלם



יצחק יעקב נ"ע שבהיותו בריא ציוה בכתב שחתמו עליו שני עדים בחנוק נכסיו לבנותיו ולאחרים בקנין סודר והתנה לבסוף ע"מ אם לא אחזור בי מהיום עד אחר חיים ואח"ז שחלי"ש באו עדים והעידו בע"פ שביום ח' תשרי תרפ"ב בקשם המנוח הנז' וצוה אותם מחמת מיתה באן הווא טאייה ומא עאד יסהו נפסה ואחדרהם יכלו באלהום עלא כלאמה באן כל מא ווצא קודאם עדים הראשונים ואנכתב יכון תאבת ופקט וכו' חזר מאיזה סעיפים ובדה"ץ דשם קיימו הצוואה עפ"י עדות האחרונה וציינו דהוי מצוה מחמ"ת ממ"ש בש"ע ח"מ סי' ר"ן ס"ח ומתשו' גאון שהביא הגמ"י פ"ח מה' זו"מ יע"ש ובקשו חו"ד בזה להגיד אם אמת אתם או לא: והנה אנחנו הרואים שכדי לעמוד בנד"ז על אמתות הדין צריך בתחלה לברר שתי חקירות א' אחר שלא פירש באחרונה פרטי הצוואה בפיו רק בסתם אמר שכל מה שצוה בפני הראשו' יהיה קיים אם נדין זה כאילו במאמרו זה חזר ופירט ואצואתו אחרונה סמכינן או נאמר כיון שלא חזר ופירט אצוואה ראשונה ניקום ונסמך ב' את"ל כיון שלא פירט לא סמכינן אלא אצוואה קמייתא מה דינה אם כיון שצוה היה בריא א"כ כל דין מתנת בריא יש לה וצריך שיהיו הקנאותיה חזקים כדין כל מתנת בריא או דין מתנת שכ"מ לה דכל דבריו ככתובין וכמסורין דמו ויש בזה נ"מ דהנה בצוואה הראשונה זיכה לבנותיו וזולתם כל הנשאר מטלטלים ושט"ח אגב קרקע והגם דקי"ל דמטלטלי' וגם שט"ח כשכתב אינהו וכל שעבודיהו נקנים באגב והכא נמי כתב כן מ"מ אשכחן להרשב"א סי' תתפ"ב והבי"ד הב"י סי' ר"ן דבמתנת ש"מ לא מהני קנין אגב דהו"ל כהקנה לו מטלטלים אגב קרקע של מקנה (להסמ"ע) או של מקבל (להב"ח) ע"ש ובהגהת מורם ז"ל משא"כ אם דין מתנת בריא יש לה הנה מהרש"ך ח"א סי' קמ"ו כתב דהרשב"א לא אמרה במ"ב ע"ש ונראה דזה יש לפשוט אותו דודאי צוואה זאת לענין זה יש לה דין מתנת ש"מ כיון שהתנה בה שיכול לחזור וכתב הטור בסי' ר"ן וכן בש"ע סי' נז"ר דאין קנין מתנה זו נגמר אלא לאחר מיתה וממילא שייך טעם הרשב"א ז"ל דאין קונה בקנין אגב והשתא אם נאמר דכשאמר סתם הוא סומך על אופן שעשה בראשונה אפ' הששה חלקים שהחליף זכותם לשמנה וסומך על הקנין הראשון הרי לא מהני להו ולא מידי.

ונמצא שהדבר תלוי רק בפשוט החקירה הראשונה ואחר החפוש מצאנו שדב"ז תלוי במחלוקת בין שני גדולים בס' תומת ישרים סי' נ"ה דשם כתב צוואה המצווה בהיותו בריא בלתי קנין ובשעת פטירתו קראוה לפניו ואמ"ל שצוואה זו תהיה קימת ומהר"ח עובדיה ז"ל פסק דאע"ג שקראוה לפניו ואמר תהיה קיימת אפ"ה לא אזלינן בתר אומדנא והרי הראשונה היא מ"ב בלי קנין אבל המחבר ז"ל השיבו דאי משום שלא חזר וצוה כלפרטי הצוואה במה שחזר ואמר אני מקיים כל מה שצויתי סגי והוייא צוואתו צוואת ש"מ וכו' ובזה לא יחלוק חולק כלל עש"ב.

ולי ההדיוט נראה להביא עזר לס' המחבר ז"ל ממ"ש הטור סי' ר"ן על הך דנמצא דייתיקי קשורה על ירכו דלא יתנוהו למקבל ואם זיכה בה לאחר וכו' דבריו קיימים דפי' רשב"ם זוכה בה לאחר שאמ"ל זכה בזה השטר במ"ש בו אעפ"י שהשטר כתוב לראובן והוא זיכה לשמעון קנה דלא גרע מצוואת שכ"מ שהיא כתובה וכמסורה ע"ש והנה התם נמי לא פירט לו סדר המתנות הכתובות שם אלא בדרך כלל ועם שאין זכותו מכח השטר שהרי אינו כתוב על שמו רק מכח זכייטו בפה ובפה הרי לא פירט לו אופן הזכות עכ"ז

אמרינן דהו"ל דבריו ככתובין וכמסורין אלא מה אני ומה חיי להכריע בזה ומ"מ נלע"ד גם מהרח"מ ז"ל יודה בנדון זה כיון דמתחלה התנה שיוכל לחזור והרי חזר וא"כ נימא דביטל מכל אופן הכתוב שם ואינו מזכה אלא בתור ש"מ ופנ"ח באו לכאן אלא דעידניה אנסוה וזכר הזיכויים בדרך כלל ודעתו לזכותם בתור ש"מ ואיפשר בעיין דהכא אליבא דכ"ע אצואה בתרייתא סמיך ובזה ניצול פסק בדה"ץ הנז' מהדין ערעורא.

זולת אכתי לא ידעינן טעמייהו אמאי מהדרי להביא ראיות דהוא מצוה מחמת מיתה ולא די להם לקראה בשם שכ"מ ולא עוד אלא שהביאו עצות מרחוק מתשו' הגאון דבהגמ"י גם בבריא שאמר שמצוה מחמת מותה אם מת סמוך לזה יום או יומים דבריו קיימים ע"כ ואח"ה אם כונתם להביא לנדונם שאעפ"י שהיה בריא כיון שהעידו העדים שצויה מחמ"ת די בזה.

לא דברו נכונה חדא דגם הגאון ל"א רק כשמת אחר יום או יומים ונדונם צוה בח' תשרי ומת בי"א ואין לנו להוסיף מדעתנו ועוד כי כס' הגאון כתב המרדכי בסופ"ק דבב"מ ובפי"ן והבי"ד הב"י בסי' ר"ן וכתב שהרשב"א ומהרי"ק ז"ל פליגי בזה דלבריא לא מהנו אמירתו או התאוננותו שמצוה מחמת מיתה ובש"ע נזהר ולא כתב מצוה מחמ"ת רק בש"מ ואפשר דלא הביאו תשו' הגאון רק להפליג הענין אבל הנדון הוא בשכ"מ ומ"מ התמיהה הראשונה מדוע בקשו למישויה מממת ולא די בשכ"מ במקומה עומדת.

ואפשר טעמם משום דאע"ג דאמרינן דאצואה בתרייתא נסמוך דהיא כתובה וכמסורה ולא בעיית זכיית משיכה למטלטלים ולא כתו"מ לשט"ח ולא אגב מ"מ כיון שאמר שמ"ש בצוואה הראשונה יהיה קיים אין לנו להוסיף בגוף הזכיות כלום אלא למי שזיכה זיכה והשאר נשאר בלי זיכוי ובצוואה הראשונה כמדורות שזוכה לאשתו ולבנותיו לדור בהם אינו זיכוי בגופם רק לדור בהם ובפרט בדירת אשתו שהתנה אח"כ שאם תלך מרשותו תקח כתובתה ותלך ולא פירש מה יהיה במקום דירתה ממילא נשאר בלי זיכוי, והשתא דסמכי' אדבריו האחרונים דהו"ל מתנת שכ"מ הנה מפורש בסי' ר"ן דמתנת שכ"מ במקצת בעיית קנין והכא בדבריו האחרונים לא קנו מניה מפני כן באו לסלקו מדין ש"מ ולתת לו דין מצוה מחמ"ת דאז אפי' במתנת מקצת בלי קנין קני כמפורש שם.

ובהיות כי העדות האחרונה נתקבלה בבית דינם ועלייהו סמכינן המה בחכמתם יבינו איך נמסרה אליהם שאם העדים העידו כי היה מוטל על ערש בצוותו אותם ואמ"ל שהוא מצוה מחמת מותה או אפילו לא אמר בהדיא רק שהיה מתאונן לפנייהם על מיתתו או אפילו לא התאונן רק אומר בפירוש שהוא נותן בתור מתנת שכ"מ (כי פ"ה המלות שכתבו שאמר הו טאייה ומה עאד יסהן נפסה לא ידענו עומק הבנתם) אזי הדין דין אמת ככל מה שפסקו ואין להרהר אחרייהם והאמת והשלום אהבו.

דברי החו"פ עה"ק טבריא בסוף סיון המוכתר בכת"ר שנת התרפ"ג: סי' ל"א עמדו לפנינו לדין ראובן ושמעון אודות הדלת של חנות שמעון אשר החנות הנז' סמוכה לבית הכסא של ראובן ודלתה היה נשען על כותל בה"כ המפסיק בין בה"כ ובין רשות הרבים וסמוך לבה"כ יש פתח מרה"רליכנס לבית ראובן ועתה נפרץ קיר בה"כ הנז' ורצון ראובן לחדש במקום בה"כ חנות קטנה אלא שהדלת בפתיחתו מעכבו כי ייצר הפתח של חנות ולכן תובע משמעון לשנות דלתו לצד אחר וכו' ושמעון משיב שאינו חייב כי כבר

החזיק וראובן אומר שכיון שמתחלה בהיות בה"ך והקיר עומד לא היה נמשך לו שום נזק מהדלת לא הוה אכפת ליה ולזה לא מיחה לא כן היום שבגזרת המלכות הוסר הבה"כ משם ונשאר מקומו פרוץ ויועיל לחנות אלא שהדלת מונעו לזה דינא קא בעי ושמעון השיב שלא בימיו נעשה הדלת כי בשעה שלקח החנות כך מצא ומי יודע איך זכו בזה הבעלים הראשונים: ובמחשבה תחלה דמיתי שזה נוגע למחלוקת הרא"ש ז"ל והרשב"א וחביריו ז"ל שהביא בש"ע ח"מ סי' קנ"ד סט"ז בפותח במקום שאינו מזיקו עתה אלא לאח"כ כגון בפותח לחרבה או על גג של רעפים דלהרא"ש כיון שעתה זה נהנה וזא"ח אינו יכול למחות בו עתה וממילא כיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה ולהרשב"א ודעימיה יכול למחות בו ובש"ע כתב דכוותיהו נקטינן והיה משמע דכיון דלדידהו יכול למחות כיון שלא מיחה נעשה זה מוחזק אלא דשם סיים בש"ע ומיהו כתב הרמב"ן שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ולפ"ז היה נראה דהדין בנד"ז עם ראובן אלא דעכ"ז אחר הישוב אמרתי דהדין עם שמעון והוא במה שיש לדקדק מה הלשון אומרת ומיהו כתב וכו' ועוד מ"ש כתב הרמב"ן שנ"ל והי"ל לכתוב בקצור והכי נקטינן וכתב הרמב"ן שאינו יכול להחזיק וכו' אלא נראה דעת עליון דס"ל בדעת כל הני רבוותא פשיט"ל דכיון דיכול למחות מכיון שלא מיחה זכה זה לעולם אלא שהרמב"ן לבדו אע"ג דקאי בשטתייהו לענין מחאה כתב שנראה לו (כלומר לא מעיקר הדין) מצד הסברא שאין לו חזקה ומטעם שכתב הסמ"ע ע"ע.

ולפ"ז לא מוכחא מלתא דבש"ע פסק כהרמב"ן ולא גם הרמב"ן פסיק"ל להלכה כן אלא שיש לצדד כן מסברא ועיין מ"ש הפ"ת סקי"ד מתשו' רעק"א ז"ל דרוב הפוס' חולקים בזה על הרמב"ן והרמב"ן עצמו כתב להפך בסוגית יונה פפאה כמ"ש הב"י ומזה נראה דהרמב"ן מספק"ל ואין ספקו מוצא מודאן דרבוותא ע"כ ואנן בעניותין הנה דקדקנו מלשון הש"ע דגם מרן כן דעתו וכמש"ל ועוד אני אומר דאפי' אם יהיה ס' שקול בזה אם כדעת הרמב"ן.

או כדעת החולק עליו ויהיה ס' ג"ך מי המוחזק אם המזיק או הניזק כמובא בספרי הפוס' הכא נראה ששמעון יזכה בדינו חדא דהוי כמו ס"ם שמא בטלה מחלוקת אם נאמר דהרמב"ן ל"א אלא בספק ולא אתי ספקיה ומוציא מידאן ואת"ל בודאי אמרה ועדיין מחלוקת שמא המזיק הוא המוחזק וכ"ש דקי"ל היכא דפליגי מי המוחזק דאזלינן בתר רובא דחזקה או בת"ר דעיקר הדין עיין בכללי הקי"ל בכנה"ג סי' כ"ה והכא בעיקר הדין רובא ס"ל דלא כהרמב"ן וג רובא דחזקה מסייעי הכא לשמעון דהוא המוחזק משום דעת הסוברים להחזיקו בנזק שאינו מבורר והכא אינו ברור ההזיק שטען שמעון שיעשה החנות מצד האחר ויניח מקום זה לפתח החצר ולא יעכבהו הדלת.

גם לס' האומרים דוקא נזקים גדולים כקוטרא ובה"כ הוא דהניזק מוחזק הכא אינו נזק גדול כהנך ועוד דאינו מעמיד הדלת בתוך רשות חבירו אלא ברה"ר זולת שמעכת פתחו ובזה אין הניזק מוחזק ועי"ל דאפשר דלא פליגי מי המוחזק זולת בבא להזיק מחדש אבל מי שכבר עשה אלא שיש מחלוקת אי מצי לסלקו או לא הו"נ כמוציא מחבירו וכל הממע"ה: ובר מן דין י"ל דבנד"ז ההלכה ברורה לדעת מרן ז"ל שאין מי שיזיז שמעון מחזקתו כי מור"ם בהגה כתב דאפי' למ"ד שיש לו חזקה הואיל והיה יכול למחות

ה"מ בפותח לרשות חבירו אבל בפותח לרה"ר שאין בידו רשות למחות כלל לכ"ע לא הוי חזקה והסמ"ע בסקל"ח כתב פי' כי יכול חבירו להאפיל עליו אם אין ביניהם ד"א רוחב ברה"ר אעפ"י שאין יכול לפתוח חלון נגדו וטעם החילוק ביניהם מפו' בתשו' שו' רשב"א וכו' ותכלית הדברים ע"ש שכיון שהמלך נתן רשות שכל מי שירצה ופתח לרה"ר וקדם זה ופתח זכה וכשיבא זה לפתוח נגדו יאמ"ל אל תזיקניבראייתך כמו בעל העליה אם קדם ועשה אוצר בעליתו יאמ"ל לתחתון אלו תזיקני לעשות רפת בקר אבל למנעו מלהאפיל וירחיק ד"א אינו יכול שזה אומ"ל שכל שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי אינך רשאי עש"ב ותשו' זה פסקה מרן בסל"א אמור מעתה דגם הרא"ש דס"ל שמי שאינו יכול למחות בתחלה אין לחבירו חזקה אינו כ"א שבהזיקו משעבד רשות חבירו וכיון שלא היה יכול למחות בו הו"ל משעבדו שלא מדעתו (אלא דלהרשב"א ס"ל דהי"ל למחות וכיון שלא מוחה הו"ל מדעתו) אבל בעושה ברה"ר וקדם לחבירו דלא שעבד רשות חבירו כגון הכא דקיר בה"ך סתום וזה קדם להציב דלתו וזכה להיות במקום הזה סגור בדלתו וזה עתה נתעורר לפתוח המקום ההוא ולעקור הדלת גם הרא"ש יודה דזכה זה כמו הקודם לפתוח חלון ברה"ר דזכה ואדרבה זה יכול לעכב עליו מלפתוח אם ימשך מזה איזה היזק לדלתו והרי בש"ע סוס"י קנ"ד הלכה זו מפורשת בסל"ב עש"ב ולא כתבתי זה כ"א להורות לת"ח המתנגד וצו"מ: סי' י"ב נקראנו אני וחבירי הי"ו לדון בדבר סכסוך שנולד בין כוללות עיר מאה"ק ובין השד"ר ששלחו לחו"ל לקבץ נדבות ואחרי שובו סדר להם חשבון ההכנסה וההוצאה ומסרו לו מנהלי העדה כתבם שדקדקו החשבון לנכון והגיעם כל חלקם, ואחר איזה שנים קמו לטעון כי לפי מה שרואים ויודעים מה שהיה לו טרם השליחות וגם מה שעלה לו חלקו בשליחות וגם עם מה שקבץ בנו לעצמו בהיותו עמו יש להם עתה יותר ויותר לפי החובות שיש לו על אחרים והקרקע שקנה ורהיטי הבית ובזה חושדים אותו בגנבה וגם טוענים כי גם מפיו הודה בהיותם בבית הראב"ד פ' שעתה יש לו רכוש סך פ' וכאשר הוציאו מזה חלקו ושל בנו נשאר נוסף עליהם סך פ' וא"כ הו"ל מודה במקצת ומה שנתגלה תוספת ישלם ועל השאר ישבע שד"א והוא השיב שעל מה שחושבים הרכוש הכל שלו ומביאים ראיה מהלואותיו לאחרים אין הכל משלו כי היה לזה ומלוה וגם שבמשך הזמן בא לו מתנות מאחרים אוהביו וגם לבנו.

ולבנו יש לו יותר ממה שהודה ורק באותה שעה העלים שלא להשביע את בנו זת"ד בקצרה: ואחרי העיון ולא מצאתי בזה טענת בריא מהתובעים כ"א השערה ואומדן שלהם הנני משיב מה שנלע"ד שאלולי היה זה טרם שעשו עמו חש' וקבלו חלקם ונתנו לו שטר פיטורין היה הדין נותן שישביעו אותו גם מספק כדין השותפים ובן בית בח"מ סו' צ"ג אבל אחר כל אלה מחלו לו ואין עליו שבועה זולת אם יש לאומדנא כח בריא דמפו' שם דאף אחר שנסתלקו זה מזה משביעין בבריא ומגלגלין עליו גם הראשונה ע"ש.

והנה לכאורה נראה דהאומדנא עדיף כחה גם להוציא מהמוחזק כמפורש בש"ס בכמה דוכתי זכרום הרא"ש בתשו' כס"ח וע"ח ופ"ו וק"ז והתשב"ץ ח"א סי' פ"ד [והרשב"א סי' אלף קמ"ו נשאל על ב"ד שידוע להם שהשטר מזוייף ועדיו עדי שקר אלא שלא הוחזקו וקרעו ב"ד השטר ההוא וכתב שאם הב"ד ההוא מוחזק בכשרות שפיר עבדי

וכמ"ש ר"ן למרי בר איסק הכי דאינא לך ולכל אלמי כוותך ושמע שכן היה מעשה לפני הרמב"ן וקרע השטר אלא די"ל דאין זה ראייה די"ל שמפני שידוע להם זיופו קרעו ולא מכח אומדנא לבד) וכן דנו למעשה גם לזמניהם אחר התלמוד ע"ש: אבל אחר הישוב הנה מצאנו להרמב"ם ז"ל פכ"ד מסנהדרין שאחר שכתב להוציא מהיתומים באומדנא סיים כל אלה הדברים מעיקר הדין אבל משרבו בתי דינים שאינם הגונים ואם הגונים אינם חכמים כראוי הסכימו רוב בתו דיני ישראל שלא יהפכו השבועה וכו' עפ"י עדות אשה או קרוב וכן בשאר דינים לא ידון עפ"י סמיכת דעתו שלא יאמר כל הדיוט והדיוט לבי מאמין לדב"ז ודעתו נסמכת עליו וכו' ובטור ח"מ סי' ט"ו כתב כן בשם הרמב"ם וסיים וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל בשם גאון אהך דכגון אבא מרי ברי דקאים לי בגויה מרענא שטרא אפומיה וכו' ע"ש) אי קשייא איך הרא"ש דן באומדנא הפך ממ"ש מהגאון כבר תי' בב"י דהרא"ש סבר דל"א הגאון רק בהורעת השטר ופגמו בע"א ולא בשאר דינים אבל הרמב"ם ס"ל דהכל שוה ע"ש) וכ"ך בש"ע סי' ט"ו וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא כדעת הדיין ולא כאמזן המת ולא הטוען ועיין בסמ"ע דנקט היתומים לרבנותא אע"ג דלית להו טענתא אבל בין היתומים בון בע"ד אין מוציאין מהם.

ונמצא שהרמב"ם סגר המדב"ר שבזה"ז אין לדון באומדנא כלל אלא שיש להרגיש בזה ממ"ש הרמב"ם פ"ב מה' מלו"ל ובש"ע סו' צ"ט גבי סדור בע"ח שמי שהחזיק עני וכשר והולך בתום וידוע לדיין ולרוב העם ובא בע"ח להשביעו אסור לדיין להשביעו וכו' ואמאי אין כאן רק אומדנא ואמאי יפטר משבועה וי"ל דמשום שידוע גם לרוב העם ואין הדיין סומך רק על עצמו לחוד אין עוד בזה שיאמר כל הדיוט אני נסמך על דעתו ועד"ז סוכב מ"ש אח"ז כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלה וכונתו לרדוף צדק וכו' ה"ז מורשה לעשות וכו' דהיינו באופן שידוע ג"כ לרוב העם או כמש"ל מתשו' הרשב"א אבל לא מכח אומדנא לחוד (אגב ראיתי לה"ה ז"ל שהביא מקור להרמב"ם במ"ש כללו של דבר ממ"ש בש"ס כפתיה ואודי וסיים ומ"מ כתבו המפרשים האחרונים שאין בכל ב"ד כח בזה וכו' הבי"ד אלו בב"י סי' צ"ג וראיתי להלח"מ שתמה עליו ועל הריב"ש אמאי תלו הדבר באחרונים והלא הרמב"ם עצמו כ"כ פכ"ד מסנהדרין נראה שהוא ז"ל הבין דה"ה עשה להרמב"ם והמפרשי' כחולקים ולזה תמה ולעד"ן דה"ק ה"ה ז"ל דבזה שכתב שלידוע לרוב העם ידון היה ראוי להיות גם בזה"ז אלא שהאחרונים סתמו גם בזה והמה רוב בתי דינים שכתב הרמב"ם עצמו ולזה ראוי לחזול מזה גם בידוע לרוב העם) (ועיין בגד"ת שער ב' ח"א שהבין שחולקים בזה ונ"ט להרמב"ם ז"ל ע"ש) סו"ד הנה לפניך כי הרמב"ם והש"ע סי' ט"ו ורצ"ז כתבו דבזה"ז אין לדון אלא באמזן הדיין ולא התובע ולא באמזן המת וזוהי שקשה דבש"ע סי' ס"א פסק דכשהדיין רואה שהשטר מרומה יכתוב ויחתום שאין לשום דיין ישראל להטפל בו ובסי' ס"ה בשטר ויש אמתלאות שממלוה נפל מחוייבים ב"ד לקיימו כבתחלה לחייבו לפרוע ובסי' צ"ט מס"ו ואילך דן דכשיש אומדנא דמבריה שיהיו מעשיו בטלים ובסי' צ"א שמוציאין מן היתומים בפנקס אביהם כשיש רגל"ד שמ"ש הוא אמת ובסי' רמ"ו כתב לעולם אומדן דעת הנותן ולתרץ בעד זה דכל מ"ש באלו הוא לדינא דגמ' אבל לזה"ז כבר גילה דעתו דאין לדון באומדנא וכמו שנראה מהסמ"ע בסי' צ"ט סקי"ד שכתב אההוא דינא מיהו

כתב ה"ה משרבו הדיינים וכו' וכבר כתבו הטור והמחבר בסי' ט"ו לפיכך קיצר המחבר כאן ע"כ זה דוחק דבשלמא הכ"מ כתב כן על הרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין משום שדרכו להעתיק האמור בש"ס גם שאינו להלכה משא"כ בש"ע שאינו מעתיק רק מה שהוא להלכה.

ועלה ע"ד לתרץ עפ"י ב' יסודות א' מ"ש מהריק"ו שורש קכ"ט להוכיח ממה שפסקו הרי"פ והרמב"ם כחכמים בשבועות דל"ד בשור המועד ליגח ונמצא שור מנוגח בצדו הרוג דהממע"ה דלא כר"א דאזיל בתר אומדנא והוק"ל מכמה מקומות דאזלי בתר אומדנא ות"י דכל היכא דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים בדעת הנותן או המוכר או המגרש אזלינן בתר אומדנא אבל היכא שגוף המעשה לא נתברר אצל הדיינים כהיא דגמל דלא ידעינן אם נגחו אם לא אלא מתוך אומד הלכה כחכמים.

ב' מה שראיתי להרדב"ז ח"א סי' ה' אודות אחד שנתן מעות לחבירו להסתחר לו ונטבעה הספינה והוא בתוכה אך המעות ניצולו וטוען אפוטרופוס היתומים אולי החזיר לך מתוך הספונה ודן הרב מכח אומדנא שישלמו ול"מ לדעת הרא"ש דפסק כרב אחא אלא גם הרמב"ם דפסק כחכמים דבשלמא גבי גמל ס' אם נתחייב אבל הכא ודאי קבל המעות והס' הוא רק אם החזיר בהא יודה גם הרמב"ם דאזלינן בתר אומדנא (בזה יל"ד בלי אומדנא נמי קי"ל ברוא בחיובא וס' בחזרה ודאי חייב.

גם מ"ש דהרא"ש פסק כרב אחא לא ידעתי אייהו גם מהריק"ו כתב שלא מצאשום פוסק שפסק כר"א גם הטור סי' ת"ח פסק כחכמים ואם ר' אבהו ז"ל פסק כרב אחא הי"ל לפחות לזכרו ולהכריע הפכו ואם ממה שהזכיר ס' רב אחא בכללים כבר כתב הב"ח שם סי' ת"ח שכונתו רק להביא דאשכחן תנא דאזיל בתר אומדנא אע"ג דלית הלכתא כוותיה מצינן למילף לדון באומדנא וצ"י) ועפ"י שנים אלה יובן דבהך דסי' רמ"ו האומדנא הוא בדעת הנותן אבל החיוב ברור ובכך בפנקס נמי החיוב ברור דפנקסו ככתב ידו והס' הוא אולי החזיר ולא מחק וכ"ך הרא"ש בתשו' ובמבריה חיוב התובע ברור והס' אם מהניא ההברחה או לא ובשטר החיוב ברור והס' רק מהלוה נפל והוא כס' חזרה ושטר מרומה הרי לא פסק לקרעו רק להשמט מדינו ובזה יתיישב טעם אלו לדון באומדנא בהם.

אך אין זה מהישוב כי מה שחילקו בזה מהריק"ו ורדב"ז ז"ל הוא באומדנות בזמן התלמוד ואם נאמר דגם בזמן הזה יש לחלק בכך א"כ מה הוסיפו לחדש רוב בתי דינים שלא לדון באומדנא בזמן הזה וכתבוה הרמב"ם והש"ע. וכן א"א לומר דס"ל דבזמן התלמוד כשהחיוב ברור הוו דנים באומדנא בין להחזיק בין להוציא ואילו בתי דינים החליטו בלהוציא שאין לדון כלל וכמו שתראה להרדב"ז ח"ב סי' רפ"ז ובעי חיי ח"מ ח"א סי' ס"ד וב"י עייאש סי' י"ג בטענה זו שחלקו כן שהרי הש"ע באינך דינים גם בלהוציא דן באומדנא לפיכך הנראה לומר בדעת מר"ן ז"ל דהולך בשטת הרא"ם ז"ל סי' ט"ז שהאריך שם בענין אומדנא ולבסוף מסיק וז"ל דכיון דאין אנו בקיאים באומדנא כמו שהיו בקיאים בזמן התלמוד דהווי בקיאי טפי ויודעים איזה אומדנא דמוכח ואיזה לא לכן לא נוכל אנחנו להוציא ממון ממחזיק בו בלא ראייה ברורה אלא באומד הנזכר בתלמוד או באומדנא דמוכח טפי דליכא למתלי בה בשום מלתא אחריתי ע"כ, ומלתא דמסתברא היא שהרי טעם הבתי דינים משום שלא יאמר כל הדיוט אני סומך על לבי

וא"כ באומדן שנזכר בש"ס או גלוי שאין להסתפק בדבר אחר דלאו בלב הדיין תליא מילתא שפיר דיינינן ביה.

וגם המדקדק בתשו' הרא"ש יראה דלא דן באומדנא זולת באומדנא הנזכרת בש"ס או בדליכא למיתלי בדבר אחר וכמ"ש באומדנא דהברחה דאין אדם שיתן כל נכסיו לאחר והוא ימות ברעב ע"ש ופוק חזי למרן עצמו בתשו' אבק"ר סי' פ"ו שהוכיח למהרש"ה ז"ל אמאי דן באומדנא והשיבו שהרי הרא"ש דן באומדנא ובסי' פ"ט כתב לו דהטור סי' ע"א הביא מהרא"ש דלא סמך על האומדנא הרי שלא כל האומדנות שוות ע"כ ולכאורה יש להעיר אמאי לא הק' לו דהרמב"ם ביטל דין האומדנא לגמרי אם לא דס"ל דבין הרמב"ם או הרא"ש מחלקים באומדנות וככל האמור ולעד"ן שורש לזה מכתובות דנ"ה במתנת ש"מ שכתוב בה קנין דרב אמר ארכביה אתרי רכשי שיש לה כח מתנת בריא וש"מ וקאמר התם טעמו משום דאזיל בתר אומדנא ושמואל אמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאח"מ והשתא ק' הרי שמואל לא אזיל בתר אומדנא והרי התם גופיה אמר"ן אמר שמואל הלכה כראב"ע שלא כתב לארוסה אלא ע"מ לכנסה אלא ודאי שני ליה דהך דראב"ע מוכחא לכל העולם משא"כ אומדנא דרב שיש לאורועה בשמא לא גמר להקנותו וכו' ולא אזלינן בתרה ופסקו הפוס' כשמואל בתרוייהו ש"מ דבחילוק הנז' בדין האומדנות מודו כ"ע אלא דקשה כדמעיקרא א"כ כיון דדין התלמוד הוא א"כ מה תוס' הוסיפו האחרונים לבזמן הזה וי"ל דהוספתם הוא דגם אם יראה לדיין שהאומדנא מוכחא טפי וברורה עכ"ז לא יסמוך על עצמו לבדו אלא עד שיאסוף עמו אחרים ויתברר מכולם שהיא אומדנא מעלייא שאין לתלות בדבר אחר אז ידון כי לא כל הדעות שוות וכן ראיתי בתשו' באמ"ח מוצירי ח"ב סי' כ"ה לב' רבנים דעסקי בדין אומדנא (אגב ראיתי שהק' מס' משפט צדק על חי' מהריק"ו דדוקא בחיוב ברור הוא דדיינינן באומד"ד והרי הרא"ש בשטר שנפל שיכתבו הדיינים תמורתו למלוה והתם אין החיוב ברור דאין אנחנו יודעים ממי נפל.

ולע"ד לק"מ דהתם הכונה שחיוב ההלואה ברור רק בס' דאולי הלוח פרע וממנו נפל וא"כ אין זה רק ס' חזרה וכמ"ש"ל מהרדב"ז ז"ל) ואסיקו מכחהאומדנא לאורועי שטרא שלא להוציא בו אבל הרב מהרי"ע שם מיאן בזה וכתב שלא ידונו בלחודייהו מכח האומדנא ואיבע"ל לאכנופי כמה רבנים שיחליטו דהוייא אומדנא דמוכחא טפי ע"ש ואע"ג דאינהו קיימי באתרא דדייני בקי"ל לא אבה בזה משום דהרא"ש עצמו ל"א רק באומד"ד טפי וזה עצמו לא יתברר מפי אחד או שנים אם לא באיכנופי וכמ"ש בהוספת האחרונים ז"ל ובזה ראיתי לחד מן קאמייא מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' ש"ם שדן באומדנא להוציא הגנבה מהנחשד וכתב ולפי שאפשר יקשה ממ"ש הרמב"ם שאין לדון בזה"ז באומדנא לדעתו כונתם שיעשה בב"ד חשוב כ"א לפי דורו ויוסיפו עליהם ב' או ג' תלמידי חכמים מהמעיינים שאז לא יאמר כל הדיוט אני סומך על לבי ובזה סרה תמיהת האחרונים עליו דהכא ובסי' שמ"ו דן באומדנא ובסי' מ"ה ומ"ו וקס"ה מיאן בה דהכא הרי התנה שצריך הוספת המעיינים ובסי' שמ"ו לא היתה האומדנא על עצם הענין רק האומדן מהו פי' דברי הדיין שכבר דן הענין ובזה אזל בתר אומדנא משא"כ בשאר המקומות עכ"פ בלי צירוף אחרים אין לדיין לבדו להחליט דהוייא אומד"ד ולדון בה וכמ"ש הרב מהרי"ע ז"ל אחכ"ז חפשתי ומצאתי להה"ג פני"ץ אב"א ז"ל ח"א סי' י"ט

שהאריך בזה כדרכו בק' וסוף מסקנתו דבאומדנא שהוא ברורה לכל העולם דנין בה ובזה ישב דעת מרן גם דעת מהר"מ אלשיך סי' מ' והלבוש והסמ"ע והביא הרב עדות ביאוסף סאמון ז"ל סי' נ"ט האריך בזה והעלה כן ורבני תונס הסכימו עמו עש"ב.

ואחר עלות כל אלה הרי הוברר הדבר שאין לנו לדון באומדנא בזמן הזה רק כשתהיה אומדנא המוזכרת בש"ס או ברורה לכל ומוכחא טפי בב"ד חשוב ובצירוף אחרים רבנים עמהם ואם חסר אחת מאלה אין לנו כח להוציא מכחה וגם בכל התנאים האלה אין נראה לדון בה זולת כשהתובע תובע בבריא והנתבע מכחיש ויש אומדנא לסייע לתובע אבל כשהתובע עצמו אין טוען זולת שמא מי יימר דמהניא אומדנא וא"כ בנד"ז מלבד שבתשו' הנתבע שבידינו הריע כח אומדנתם בכמה הוכחות עד שלא נוכל לקרותם או אומדנות מוכיחות טפי וגם שהם עצמם אינם תובעים בבריא ואין תביעתם רק באומדנא באיזה כח נוכל לחייבו להוציא ממנו ופוק חזי למהרשד"ם סי' קס"א בשותפים שנמצא לאחד מהם אחרי מותו דברים מסחורות שהיו נמכרים בחנות וגם ידוע שטרם השתתפו עמהם לא היה לו זולת הקרן שהניח בשותפות וגם כל העם יודעים שא"א להיות לו כל הממון שנמצא אחרי מותו גם פעם אחת קפץ ונשבע שאין לו רק מה שיש לו בשותפות גם טענו שאותם החפצים שנמצאו הם מהחנות ורב אחד רצה להוציא מהיתומים מכח כל האומדנות הנז' ומני"ר הביא דברי הרמב"ם שאין מוציאין מהיתומים אלא בראיה ברורה וכיון שיש לתלות באחר שנתעסק לו ומזה הרויח כל אלה הרי נהרס היסוד ונפל הבנין גם בסי' ס"ו כתב וז"ל הגם שהאומדנא היא אומדנא גדולה אבל החזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו והממע"ה היא עילא מכל והוכיח דינו מהרמ"ם והרא"ש עש"ב ובזה תדין ק"ו מהאומדנות ההנה כמה גדול כחן ועכ"ז זיכה הרב לנתב"ע כ"ש לנד"ז דגרוע מהם שאין לנו כח להוציא מכח אומדנא ידידיה וד"ב גם מה שבאו לחייבו שבועת מודה במקצת על מה שהגיד בבית הרב כמה קרן יש לו ואחר ניכוי חלקו מהשליחות וחלק בנו שהגיד מצאו שלפי הודאתו ישאר אצלו עודף אפשר כונתם לדמות זה להך דסי' ע"ה ס"ה שאם הכירו הב"ד מתוך דבריו שנשאר חייב לחבירו אעפ"י שלא הודה בפירוש הו"ל הודאה במקצת אבל הוא השיב שמה שלא הגיד הכל היה שלא להשביע את עצמו ואעפ"י שזה אינו מצילו רק אם היה לפני עדים ולא אמר אתם עדי דיכו"ל משטה הייתי כך כמש"ש בסי"ז ולא יתחייב שבועה דאינה טענת בריא ע"ש משא"כ בפני ב"ד דהודאה בפניהם לא בעיא אתם עדי כידוע בסי' ג' והכא היה בבית הרב מ"מ אנחנו חקרנו זאת מפי הרב והגיד לנו כי כשהיה בביתו לא היה בתור מושב ב"ד רק היו מתוכחים ביניהם וא"כ הרי הודאה זאת הוא חוץ לב"ד ויכו"ל משטה הייתו אפ"י אם היה מודה בפ"י דהאל"א אתם עדי ועוד והוא העיקר דכיון שלא היו טוענין אותו בריא אין מזקיין אותו אפ"י להסת וכמש"ש סי"ז כל טענת שמא אין משביעין עליה כלל ושרשו מרמב"ם פ"ט מה' טוען וז"ל אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ס' פטור כיצד אמר וכו' דבר פ' נגנב מביתי ולא היה שם אלא אתה קרוב בעיני שאתה גנבתו ה"ז פטור משבועת היסת ומפרש שם בס"ך דפטור משבועת מודה במקצת בטוענו שמא והודה ע"ש והגם דמורם בסי"ז כתב די"א דמשביעין היסת כשיש רגל"ד מדכתב וי"א משמע דמרן לא ס"ל הכי וגם מדכתב כל טענת שמא בא לכלול בין כשיש רגל"ד ובין לא יש אין משביעין ובפרט ברמב"ם מפורש שיש רגל"ד שלא היה



שם כ"א הוא ואעפ"כ כתב שאין משביעין ועיין ש"ך ס"ק ס"ג שכ"ך בדעת הרמב"ם ואעפ"י שהרדב"ז ח"א סי' תל"ז כתב שמ"ש רמב"ם אינו אלא באומר קרוב בעיני ולא בטוען בריא לי שאתה גנבתו וכן נראה מהש"ך שם שכתב אולי הרמב"ם יודה כשהאומדנא נראית לדיין ולא רק לטוען מ"מ נד"ז אין שום ריח טענת ודאי להשביע עליה לא היסת ולא שביעה דאורייתא כיון שלא ידעו ואינם יכולים לידע בבריא שגנב רק אומדים באומדנא: והנה ראיתי תוך דבריהם כתבו שהם מוחזקים כי הנתבע יש לו שטרי חובות וזכיות על הכולל וכונתם שאם ימצא איזה ס' המזכה אותם יחזיקו מה שבידם בטענת קי"ל ולעד"ן דכיון שבררנו שאומדנות כאלה לדעת הרמב"ם ומרן ז"ל ס"ל שאין לדון בהם בזה"ז לדידן שקבלנו הוראותם אין עוד קי"ל נגדם.

ועוד דכיון שהשטרות חיובם ברור ותביעתם אינה על גופם רק באה מצד אחר והיא תביעת ס' הרי זה דומה למ"ש סי' ע"ה בטוען מנה לי בידך והלה טוען יש לי בידך כנגדו כסות או כלים דאם טוען בודאי מזקיקו לישבע ואם בס' טוען יש לי נגדו בעל המנה גובה בלי שבועה והגם דבסי' נ"ט כתב מלוה שהוציא שטר מקויים והלוה אומר שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו ע"ש לא דמי כלל דמלבד מ"ש משה"א דזה דוקא במסופקין בפרעון דאז הוי כמסופקין בשטר דאם פרע השטר בטל משא"כ כשמודה שהשטר לא נפרע רק שטוען יש לו חוב נגדו דקי"ל זה גובה וזה גובה א"כ אף אם אמת הדבר לא נתבטל השטר ואין ס' בו והדרנין לכללין דהמלוה ישבע שאיני יודע אם נתחייבתי לך ופטור ועיין קצה"ח ובשב הכהן סי' ס"ז הבי"ד בפת"ש שם סק"ג ובסי' ע"ה סק"י שכ"כ בארוכה.

ובזה בטלא חזקתם בשטרות עוד לא נאמר כ"ז רק בטוען לזה בריא ומלוה שמא וכ"כ בושב הכהן שם דאין זה רק בטוען לזה בריא ע"ש משא"כ הכא להפך דמלוה חובו ברור והם טוענים שמא ועיין בכללי התפיסה לנה"מ ז"ל דכשיש שטר על ההלוואה לא הויא תפיסת ההלוואה תפיסה וזה פשוט ובלא"ה כבר כתבתי דלדעת הרמב"ם ומרן לא מהנייא האומדנא לא נשאר מקום לתפיסה נגדם ועיין לבעי חיי ח"א לח"מ סי' יו"ד דשקו"ט באומדנא ודעתו לזכות בה למוחזק בקי"ל וכתב דמרן שפסק כהרמב"ם שלא להוציא באומדנא הוא למקומו שקבלו דעת הרמב"ם.

וש"מ דאנן בדידן ל"מ האומדנא וכ"ש שלא להוציא מהמוחזק שגם הוא מודה בזה ע"ש ומלבד כ"ז יש זכות תולה לנתבע בטענתו שכבר כתבו לו פטורין וכו' וכבר מחלו לו ואע"ג שהשיבו דמחילה בטעות הוייא ומצאנו בח"מ סי' פ"א ס"ך דאע"ג שמסר לו שטר בעדים ואח"כ נתברר הדבר שטעה לאו הודאה היא.

מ"מ הנה מפורש דבעינן שיתברר הדבר ובירור זה הוא ודאי בעדים וכמו שמפורש בסי' קכ"ו גבי מעמ"ש שאם אחר שנתרצה ליתן אמר טעיתי במה שהודיתי לו אם יכול לברר בעדים שהוא אומר אמת כטור והכא אין כאן בירור בעדים רק באומדנות ומלבד מ"ש שהאומדנא איננה כעדות הרי הוא היה סותר כל ההוכחות.

ועוד כי הוא טוען שעברו כמה שנים וראו מה שראו עתה לדבריהם ומדוע שתקו עד היום אם לא שידעו ומחלו ואם נתחדש להם דבר יבררוהו וע"ז לא ענו עוד ובזה עיין למהרש"ך ח"ב סי' פ"ו נדונו במחילת שתיקה וטענו דהוי מחילה בטעות וטען דכיון

דידע ושתק שוב אינו יכול לטעון טעיתי ועיין למהריק"ו ושורש קי"א שאעפ"י שהאריך דטעות לעולם חוזר כתב דאיכא טעות במחילה אם הוא באופן שהיה יכול לברר מתחלה לברר הממון המעט הוא אם רב ולא חש לדקדק ולברר שוב אינו יכול לטעון טעיתי גם ראיתי למהרשד"ם בח"מ סי' ש"ע שכתב דל"א הרמב"ם טעות חוזר רק במחייב עצמו ליתן ולא במתחייב שנא ליקח שאין בזה טענת טעיתי שו"מ להרב יד מלאכו ז"ל בתשו' הרב"י עייאש ז"ל בח"ב לב"י בס' בני יאודה סי' מ"ב האריך להרוס טענת טעיתי בחילוקים הללו והרב המחבר הסכים עמו וממילא גם בנד"ז אין פה טענת טעינו.

אחר כל אלה זכיתי ומצאתי בבעי חיי ז"ל שם סי' ל' נדון ממש כנד"ז בשד"ר ששלחו לדון עם הרב בנו ז"ל בטו"ת כאלה ופסק הרב ז"ל שהשד"ר נאמן על מה שבידו שהוא שלו שאפי' אם נדמהו לאחד מן האחים שהיו שטרות כתובים על שמו שעליו לברר שהם שלו כ"ז הוא אם אינם חלוקים בעיסתם אבל אם הם חלוקים אימור מעסתו קמץ ואפי' אם אין הקומץ משביע לפי רוב השטרות ואפי' אם אין עדים שניתנו לו או מציאה מציאה אבל זה ברור שאינו אחד מהאחים אלא כבן בית שכל מה שהפקיד או נמצא בידו הוא בחזקת שהוא שלו אפי' שאינו אמוד וידוע שלא היה לו שום דבר וכו' ואפי' אם ימצא חולק בסברות אלו הרי קי"ל המוציא מע"ה ואפי' שהרבים הם מוחזקים נגד יחיד הסכמת הפוס' דוקא בענין מסים וכו' ובסי' ל"א שם תראה דאורייתיה מחממא ליה ורגז על המהרהרים בפסק זה וש"ש שזכיתי לאסוקי כדעת קדוש ואמת ראיתי למהרימ"ט ח"א סי' קי"ב שרצה לדון באומדנא גם להוציא מהיורשים ולסוף ראה לפשר ועכ"ז לא נסוגותי כו הוא ז"ל לא כתב רק לפי חלוקו שהרמב"ם לא הרחיק אומדנא זולת כשהחויב לא בא אלא מכח אומדנא וכו' אבל כשהחוב ברור והס' שמא פרע והאומדנא מסייעת שלא פרע ע"ש וא"כ כאן שאין חויב ברור זולת עיקרו מכח אומדנא בזה סבר רמב"ם דאין לחייב מאומדנא וגם לפשר א"ץ.

סו"ד דלפום דינא לא מצאנו חיוב לשד"ר לא תשלומין ולא שבועה לא דאורייתא ולא היסת אבל עכ"ז דחר"ם בפניו אין לפטור ממנו והוי זלזול תורה בפני ההמון וגם כי זמן השליחות הוא ארוך ורבים המה חש' ההכנסות וההוצאות ושגיאות מי יבין וטוב לוותר מיגיעו לעניים וגם כי עיקר המשפט הוא השלום קצבנו שיפרע לכוללות הסכום הנראה לנו ובזה נגמר הדין וה' יזכנו לאמתה של תורה ולא נכשל בדבר הלכה: מאי"ן סי' י"ג עובדא בא בכדה"ץ בשני שכנים ספרדי ואשכנזי והספרדי שקבלנו עלינו דעת מרן רצה לעשות בית התבשיל שיש בו עשן שאינו תדיר שבסי' קנ"ד פ' דשכנו מצי לעכב עליו ומור"ם שקבלו דעתו האשכנזים דן בהגה דלא מצי לעכב ונסתפקנו בזה היכי לידיינו דייני להאי דינא: והנה טרם היות לק"ק אשכנזים ב"ד קבוע לבדם לא היה ספק בזה דדנים אותם בין לחיוב בין לפטור כדעת מרן ז"ל דאתריה דמר הוא וכ"ך בזרע אברהם ח"מ סי' ג' דע"א והגו"ר ח"מ כלל כ"ה סי' טו"ב וחזו"ש ח"א סי' א' וגנזי חיים מע' קי"ל אומ"ט ע"ש אבל השתא דיש להם ב"ד קבוע לבדם שפוס' כמור"ם גם נגד מר"ן הו"ל כב' בתי דינין בשתי עיירות וצ"ע בזה.

והנה מצאנו להפוס' ז"ל כשהנתבע מחו"ל דדייני בקי"ל והתובע מא"י דדייני כמרן ומרן מחייב לנתבע בהא פליגי אי מצי הנתבע לומר קי"ל הגו"ר שם הביא מהרב מהר"א

יצחקי ז"ל דל"מ למימר קי"ל אבל איהו ז"ל פליג וס"ל דמצי למימר קי"ל כיון דקי"ל התובע הולך אחר הנתבע השתא נמי שדן בא"י לא איבד זכותו בזה וכ"ך הנחב"ך בח"מ דקל"ז ע"ד ובע"ח ח"מ ח"א סי' קנ"ח וחיים שאל ח"א סי' ע"ד אוכ"ג והמשא"מ ח"א ח"מ סי' ח' מטעם דמה שחייבים בני"י לדון כמרן הוא מטעם קבלה וכן חו"ל שלא קיבל מאן ספין להוציאו מחזקתו והגם שבכרכ"י ח"מ סי' ג' ד"ח ע"ג הביא שדעת מהר"מ סארגוסי כדעת מהרא"י ז"ל מ"מ סייעיה להגו"ר ז"ל מתשו' הרדב"ז בס"ה שס"ח שכתב שיוכל הנתבע לומר לא צייתנא אלא למנהג מקומו וסיים שהעיקר בזה כגו"ר ובגנזי חיים ז"ל הביא כל הנז' והוסיף לציין להחק"ל ח"מ ח"א סי' ק"ן דרכ"ג ופאת נגב יו"ד סי' כ"ב ושמיו"ט סי' ל' דקי"ג וסיים דלו יהי אלא פלוגתא הרי גם בזה המוחזק יוכל לומר קי"ל ע"ש ומהאמור אתה דן שאם הנתבע מא"י ומרן פוטר ושאר פוס' מחייבים אותו והיה דן עם התובע בחו"ל אז היה פטור אם לטעם האומרים שהתובע הולך אחר הנתבע ולטעם המשא"מ נמי כיון דאיהו קבל עליו דעת מרן כודאי והתובע בא עליו ממחלוקת הפוס' הו"ל כהך דסי' ע"ה ס' י"ז כשהתובע טוען שמא והנתבע ברי דפטור ואפי' שבועת היסת ליכא.

אמנם הא מבעיא כשהנתבע הוא בן א"י ומרן מחייבו והתובע בי חו"ל אי מצי הנתבע לזוז מחיוב מרן ולימא קי"ל כפוטר אותו כמו דמ"ל התובע או לא וגם זה לא פלט ממחלוקת כי השמיו"ט ז"ל שם כתב דכשם שהנתבע שהוא מחו"ל יוכל קי"ל כך תובעו שהוא מא"י יוכל קי"ל כמוהו ר"ל כשיש נ"מ כנדון הרב או כשקדם התובע ותפש.

אבל החק"ל ז"ל שם תמה עליו דא"כ לא משכחת דקבלו דעת מרן רק כשהתובע ונתבע שניהם מא"י והוכיח מהפוס' דלא כוותיה (הכנים גם הנתבע בכלל הגם דשיו"ט לא זכר רק התובע משום דלא משכחת קי"ל בתובע זולת כשתפס ומינה ג"כ אתה דן לנתבע שבחזקתו אומר קי"ל ועיין בחק"ל מ"ב יו"ד סי' ז"ך שהרב מר בריה כ"כ בכונתו) והנה לכאורה דברי הרב שמיו"ט תמוהים דאטו מי שיודע כי גזל חבירו בידו והלה אינו יודע שרי ליה והלא אפי' בטענת קי"ל הביא הכנה"ג בכללי הקי"ל חקי' מהרי"ב ז"ל דכיון דס' איסור לא מצינן למימר קי"ל א"כ גם בממון יש ס' גזל ול"מ קי"ל ותי' דגם אם אנו מוציאים מזה ונותנים לזה לאידך נמי הוה ס' גזל ע"ש משא"כ הכא דהתופש יודע לפי קבלתו דעת מרן דודאי גזל בידו איך יוכל להחזיק בו בקי"ל ואפשר שסובר ש הרב דלא קבילו עלייהו דעת מרן רק כשיהיו התובע והנתבע שוים בדינם אבל כאשר יהוה שהנתבע מחו"ל יזכה בקי"ל ושכנגדו אם יחזיק הממון נפיק מניה עפ"י קבלת מרן ותמיד בן חו"ל יהיה נשכר באופן זה לא קבילו עלייהו דדין כזה לא נמצא רק בעכו"ם לגבי ישראל דאמרינן בב"ק דקי"ל אם אתה יכול לזכות ליש' בדיננו אמור לו כך דיננו ואם אתה יכול לזכותו בדינם אמו"ל כך דינכם ע"ש אבל לא בישראל לגבי חבירו.

סו"ד סוג זה נמי שנוי במחלוקת בין השמיו"ט והחק"ל ז"ל: וממוצא דבר נמצינו למדין א' אם הנתבע הספרדי מרן מזכהו ומור"ם מחייבו ודאי דהוי זכאי מטעמים שכתבו ז"ל כוון דדיניה תובע הולך אחר הנתבע ואיהו קביל דעת מרן כודאי ואע"ג דהאשכנזי התובע גם הוא קבל דעת מור"ם כודאי לו יהיה אלא כברי וברי הרי קי"ל המע"ה ושבועת הוסת דרמייא על הנתבע נ"ש הכא ב' עדיפא מינה נמי גם אם מור"ם מחייב

ומרן מספק"ל לחיוב או לפיטור עכ"ז מצי הספרדי הנתבע לומר אני לא קבלתי ס' מור"ם ואמינא לזכות בקי"ל וכמ"ש ז"ל בתובע דמא"י לבן חו"ל ודומה למ"ש בסי' ע"ה בתובע מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ושבועה דאינו יודע ליכא הכא דאנ"ס דאינו יודע.

(רק מספק"ל אם חייב לצאת י"ש דלא דמי למ"ש הכנה"ג לזוכה בקי"ל דאינו חיוב לצי"ש דהתם אינו מעכב הגזל בודאי גם לדעת התובע משא"כ הכא לדעת התובע ודאו גזלו בידו אפשר דחייב או"ד לא שנא) ב' כשמרן מחייב לנתבע הספרדי ומור"ם פוטר הנה לדעת השמיו"ט ז"ל גם בזה יש לדון הספרדי כמור"ם וכמ"ש לעול מפני שלא יהיה עלוב תמיד ובכה"ג לא קביל דעת מרן אבל להחזק"ל ז"ל לכאורה נראה שלא יעבור ע"ד רבו ומ"מ לעד"ן שיש לחלק ולומר דדוקא התם דכד מפקינן מניה ויהינן לתובע בן חו"ל אין בן חו"ל גוזלו בודאי אבל הכא דכי יהינן לאשכנזי הרי הוא גוזלו בודאי לדעת מור"ם דקביל דעתו כודאי נימא מאי חזית והיכא דקיימא תיקום ומשום לתא דאיסורא נימא כמ"ש בפ"ח דזבחים על הניתנים מתן ארבע שנתערבו בניתנים מתן אחד דממ"ן איכא בל תוסיף או בל תגרע ואמר ר' יאושע כשנתת עברת על בל תוסיף ועשית מעשה בידך וכשלא נתת עברת על בל תגרע ולא עשית מעשה בידך וה"ן דכוותה וכמ"ש"ל משם מהרי"ב ז"ל בחקירתו על הקי"ל ועוד דהרי יכולים אנו לשתקו מלתבוע נגד רבו וכדאשכחן בכתובות ד"מ דפריך וניתי עשה דלו תהיה לאשה ונידחי לא תעשה דאינה ראוייה לקימה ות' אי אמרה לא בעינא מי איתיה לעשה כלל וכתבו בתו' ישנים דמשום שהיא מצווה שלא תנשא מחוייבת לומר לא בעינא וה"ן מעת שקבלו דעת מור"ם נתחייבו שלא לתבוע נגד סברתו ומזה ג"כ י"ל דמעיק' כשקבלו דעת מור"ם הו"ל כמחלו תביעות שכנגד סברתו וה"ז דומה למ"ש סי' ע"ה סי"א אמ"ל חייב אני לך מנה והלה אומר אינך חייב לי כלום דפטור ע"ש וכן הכא הנתבע יודע שחייב לדעת מרן והלה אומר אינך חייב מפני דעת מור"ם דינא הוא דפטור זהו מ"ש בנחיצה באותו פרק ומזה תדין כשיהיה להפך שהנתבע אשכנזי והתובע ספרדי וצו"מ: סי' י"ד שאלה מערי המערב יע"א אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים בשכר והאמינו נאמנות מפורש וכעת גדלו היתומים האם מחוייב לתת בידם חשבון מכל הנכנס ויוצא לידו או לא וב"ד כופין אותו ע"ז או לא.

תשו' בקצ"ר אמיץ כי העתות ספורות לעד"ן שאין ב"ד יכולין לכופו לסדר החש' לדעת מרן דסומכים על שולחנו הגם דבעת כניסת העזבון בידו בראשונה מחייבין אותו לסדרו ולעשות ממנו שטר שמוש וכמו שתי' הב"ח והפרישה בח"מ ס' ר"ץ בת' קמא לסתירת ס"ג כשימנו אותו ב"ד וכו' מרישיה לסופיה.

ע"ש וכן ביאר מרן דעתו באבק"ר סי' קנ"ט וכן דנו רבני מקנא"ס יע"א דגם בהאמינו אבי היתומים מחוייב לפנקס כל העזבון מטעם שכתב מהרמ"פ ז"ל דלא תדע מה ילד יום ושמא ימות האפו"ט' ויחטפו יורשיו העזבון ומה תועיל הנאמנות שהאמין לו ולא ליורשיו וגם הגאון יוא"ל ז"ל סי' קכ"ד החזיק בזה ע"ש מ"מ באחרונה נראה דס"ל למרן שא"ץ למסור להם חש' וכמו שסתם התם בסט"ז כשיגדילו היתומים וכו' בפרט שחילק בשבועה בין מינוהו ב"ד למינהו אבי היתומים ואילו במסירת החש' לא חילק

וגם שמור"ם הגיה עליו ס' העטור בלשון וי"א וגם מור"ם עצמו שסיים אח"ז וכן ראוי לנהוג ואשכחן למשכה"ר שכתב דבמקום שסתם מרן ומור"ם הביא וי"א וסיים וכן נ"ל להורות דהכי נקטינן ע"ש אין זה מהכלל דהכא מ"ש וכן ראוי לנהוג לאו מילי דמר נינהו אלא דברי מהרמ"פ ז"ל כאשר יראה המעיין בר מן דין המעיין שם באבק"ר יראה שהאריך להוכיח דהרא"ש פליג על העטור ורצה להוכיח דגם הרמב"ם ס"ל כהרא"ש ומשמע שדעתו לפסוק כמותם ככלליה למיזל בתר עמודי ההוראה והגם דשם בסי' קנ"ג כתב דיש לבע"ד לחלוק על הדיוקים שנראים מה"ה ז"ל נגד דברי העטור שמחייבו לתת חשבון מ"מ אסיק דיפה כחם מיהא דל"א רק שראוי לתת חשבון אמנם אם אירע שלא דקדק וכו' אין לחייבו לא ממון ולא שבועה ע"ש ומינה נמי בנד"ז אנה"ן אמרינן ליה אחזי חשבונך משום והייתם נקיים אבל אם ימאן מאיזה סבה מהיכא תיתי לכופו ובמונח זה מובנים דברי מור"ם שאחר דברי העטור דמיירי על החש' בראשונה כתב דברי מהרמ"פ וכן ראוי לנהוג דמיירי על החש' באחרונה ואינו ענין אנא משום דס"ל שיש לנהוג כהעטור לכתחלה ולא לעכובא לזה כתב דברי מהרמ"פ וכן ראוי לנהוג גם בחש' האחרון ועיין למהריק"ש ז"ל בערך לחם שנ"ל בדעת מרן לסתום רק במינהו ב"ד (רבני המערב שחייבו לתת חש' גם באחרונה אשתמיט להו תשו' מרן הנז' ולזה דנו כהעטור) והגם שהרה"ג פעמוני זהב הנד"מ בסי' ר"ץ הביא תקנת גאוני המערב בש' יג"ן וז"ל תקנו חז"ל שכל אפוטר' הן מינוהו ב"ד הן מינהו אבי היתומים יתן חשבון מדוייק לב"ד ואם נראה להם החש' אינו מדוייק מסלקין אותו ע"כ אין לומר דתקנו בין בתחלה בין באמצע בין לבסוף ומ"ש ואם אינו מדוייק מסלקין אותו דל"ש לבסוף נימא דלצדדין קתני דפשט הדברים לאו הכי משמע גם הרב המחבר שם מתוך פירושו לתקנה הנז' משמע דלא תקנו רק למי שרוצה לימשך ולא לעת סילוקו באחרונה ומה שהוסיפו בתקנה הוא דמן הדין לא היה חיוב החש' רק בתחלה גם במינהו אבי היתו' וכמו שפי' הב"ח והפרישה אהך דס"ג בש"ע וכן מתבאר בתשו' בעי חיי ח"מ ח"א סי' רי"ח מטעם שימצאו היתומים לתפוש אותו על טענת בריא ואתו רבנן והוסיפו בתקנתם גם באמצע כדי שלא יאבד ממון היתומים אבל לבסוף שכבר נסתלק מנין לנו להכניסו בכלל התקנה וכן משמע מדברי הרבנים שבס' תוש"י ז"ל שם דאתו לחיוביה גם בסוף מכח ס' העטור ואינהו דבקיאי בתקנות המערב לא אתו מכח התקנה ש"מ דהתקנה לא היתה בזה ולו יהיה אלא ס' בתקנה הנה קי"ל באה"ע סי' קי"ח ס' בתקנה העמידהו על דין תורה.

בר מן דין בנד"ז הציע הרב הפוסק הראשון שאבי יתומים האמינו בזה"ל והאמינו בנא"ג ומפורשת כשע"כ ע"כ הנכנסות והיוצאות וכו' בלי שיזדקק לשום שבועה וכו' ואפי' חרס"ל וכו' ומאחר שכל טעם המחייבים להראות החשבון הוא משום שיוכלו להשביעו בטענת בריא והכא אפי' אם יבררו בעדים איזה טענה וכ"ש בבריא דידהו אינם יכולים לה להשביעו כיון שהאמינו כשע"כ וכמ"ש בסי' ע"א ס"א א"כ מה מקים לחייבו להראות החש' ומה תועלת בו ועיין לכנה"ג סי' ר"ץ אות קכ"ב שלמד מדברי מהר"מ ריקאנטי סי' ת"ר דבהאמינו האב לא משבעינן ליה אפי' בטענת ודאי ובבאה"ט סו' צ"ג סק"ח כתב דגם בנוטל שכר דמשביעין אותו בטענת ס' נמי מ"מ אם האמינו גם על טענת בריא בפירוש תו לא משבעינן ליה והגם דבנדון אחר היו יכולים לטעון אולי מהחש' נדע איזה טענה שאינה בכלל הנאמנות עיין בסי' ע"א ס"ג מ"מ הכא דפירש שהאמינו ע"כ הנכנסות

והיוצאות הרי סגר עליהם המדב"ר והדין דין אמת כמו שפסק הרב הפוסק הראשון ואין ליתומים רק להטיל חר"ם כמ"ש סי' ע"א ס"ו אך לא עפ"י מנהג שכתב התומים דבמקום חר"ם נהגו להטיל חרם בפ"י עיין שם בס"פ כיון דהכא פטרו מחר"ם להדיא עיין שם בפתחי תשו' סק"ט זהו הנלע"ד וצוי"מ.

סי' ט"ו עיר שמנהגם למנות רב בהסכמת אנשי העיר אשר יצא לפנייהם ואשר יבא בכל צרכי הצבור והנהגותיהם ועל ידו באים גם נדבות לת"ח ולעניים והדרך להודיע הסכמתם לרב הראשי בקושטא והוא לוקח לו מינוי רב בדבר המלך ושולח ובזה תשקוט הארץ אך בפעם הזאת שנסתלק הרב הקודם ז"ל קם חכם אחד מבלי המלכת הקהל וכתב הוא וקרוביו בחשאי לקושטא כי ר"ב ורב מנין הסכימו על מינויו והרב בקושטא האמין להם והנה פתאום בא לו מינוי מלכותי ובהשמע פתגם המלך ארץ רעשה על זאת אך קשה הדבר להשיבו משום כבוד המלכות ובפנים העיר נתהוו כמה מריבות וקטטות וגרמו הוצאות רבות והוא ברסן שתפש וגם ממון העניים בידו להוציא כחפצו מתנשא לאמר אני אמלודך עליכם בחזקה ולזה שואלים הלכו לדעת אם יש ממש במינויו אם לא.

תשובה עלי לבי דוי להשיב בזה כי ידוע הוא אופייה של אומתנו הק' לברוח מן השררה ואפי' בש"ץ כתוב בא"ח סי' נ"ג שיסרב עד ג' פעמים וכ"ש בשררה כזו ומי לנו גדול משאול המלך וכתוב ביה והוא נחבא אל הכלים וכ"ש בלי המלכת הצבור וצא ולמד מ"ש בברכות דנ"ה ארי"ץ אין ממנים פרנס על הצבור אא"כ נמלכין בצבור שנאמר ראו קרא ה' בשם בצלאל אמר לו הקב"ה למשה הגון עליך בצלאל אמ"ל אם לפניך הגון וכו' אמ"ל אעפ"י כ' לך ואמור להם לישראל הגון עליכם בצלאל וכו' ועיין בתשב"ץ ח"א מסי' קנ"ח עד סי' קס"ב דב"ק כגחלי אש על רב המתמנה בלי הסכמת הקהל ועיין להגאון חת"ס חו"מ סי' י"ט וז"ל הרב הזה (שנתמנה בלי דעת הקהל) אם כגובה ארזים גבהו וחסון הוא כאלונים לא טוב עשה בעמיו לעלות ע"ג מרומי קרת בחזקה ואיה חכמתובתלמוד הלא כה אמרו בברכות דנ"ה וכו' ולקמן ית' בע"ה דלמינוי רב צריך אסיפת הקהל עם טו"ה וחבר עיר והסכמתם ברב מתוך כל (זה ירמוז הכתוב ויהי בישורון מלך הוא הרב בהתאסף ראשי עם טו"ה וחב"ע יחד עם שבטי ישראל כל הקהל יחדיו היינו רב מתוך כל) ועיין להריב"ש סי' רע"א שאין לאדם ליטול רשות מהמלך שלא ברצון הקהלות ומי שעושה כן הוא מצער הצבור ועתיד ליתן את הדין ופסקה מור"ם ח"מ סוס"י ג' ועיין בח"מ סי' שפ"ח דין מצער הצבור רח"ל ולפיכך אני תמה על החכם אם אמת הדבר הזה ואם ח"ו מפני כבוד המדומה יצרו הסיתו לתלות קיומו זה במינוי באחת מב' טעמים אי משום חתימות האנשים שחתמו לו או משום שכבר השיג מינויו בהורמנא דמלכא ודינא דמלכותא דינא חל עלי חובת ביאור להגיד כי ישר דלמיצוי ההלכה אין במ מעיל שאפילו אם היו הרוב מסכימים ומיעוט מוחים מלבד שהמעין בפ"מ ח"א סוס"י כ"א הביא מחלוקת בזה אפי' במידי דאיכא רווחא להאי ולהאי דלמהרש"ך ח"א סי' ס"ו ס"ל דהרוב כופין למיעוט ומהריב"ל חולק וס"ל דגם בזה יש מחלוקת הפוס' עוד המעיין שם יראה ויבין שלא נחלקו רק כשכת אחת מוחים שלא למנות רב כלל אבל כשכולם מסכימים למנות רב רק שכת אחת בוחרת ברב אחד והשנית בזולתו לכ"ע הוי סוג זה מסוג רוחא להאי ופסי"ל ובזה ישב הרפ"מ ב' תשו' מהרשד"ם מסי' פ"ב לסי' פ"ה ע"ש, וכן הכנה"ג בא"ח סי' ג"ן בזה השוה תשו'

מהרשד"ם דסי' פ"ה דחשיב מינוי מרביץ תורה ר"ל ופס"ל עם תשובת מהר"ש הלוי יו"ד סי' ח' דחשיב לה רוחא להאי ולהאי דמהרש"ה מיירי בממאנים למנות שום א' דבזה דין הוא שיכופו הרוב למיעוט ע"ש וא"כ בנד"ז שהכל רוצים למנות רב אלא שמוחים בזה ובוחרים בזולתו לפי"ז הוי ר"ל ופס"ל אלא שראיתי להגאון חק"ל בח"מ דל"ו בטעם הז' הביא שנראה מתשו' מהר"ם שהביא מור"ם בח"מ סי' קס"ג דס"ל גם בזה דהרוב כופין וצירף עם זה ס' פוסקים אחרים ואף הרפ"מ עמהם.

ומ"מ אין מכ"ז ראייה לקיומו כי המתבונן בשורש המחלוקת עיניו יחזו שלא נחלקו רק על מינוי מרביץ תורה דבזה הכל מרויחין מתורתו בדרשותיו לרבים והוראותיו משא"כ בנד"ז שאין לו שום עסק ברוחניות שיש ב"ד קבוע ודרשנים זולתו וכל מינויו רק בהנהגה הגשמית ומוצא הכסף ומובאיו כ"ע יודו דהוי בזה ר"ל ופס"ל ובסוג זה כבר ידוע וקמחא טחינא מח' ראשונים ואחרונים אם כופין או לא ועיין בחק"ל ח"א לח"מ סי' קט"ו וח"ב סי' כ"א ומ"ב נדיב לב ח"ב ח"מ סי' כ"ט האריכו בזה ומסקנתם דהגם דקי"ל דרבים מוחזקים לגבי יחיד היינו דוקא לענין מסים אבל בנדון כזה הממע"ה וכן הסכימו רבנן מארי דארעא דיש' הרב אדמ"ק ח"א סי' ע"ד ומוה"ר כמהרצ"א בס' בני אברהם ח"מ סי' ה' ושמיו"ט סי' ל"ב וחיים שאל ח"א סי' י' דיחיד המוחה ומוחזק בשלו הוא המרים דגל הקי"ל ולפיכך אנחנו חייבים בעקבותיהם נלך מה גם דבעי"ק יש קהלות אשכנזים שהם נפרדים מספרדים בכל ענייניהם ולהם הגם שהם שייכים במינוי זה של חכם באשי לא הי"ל שום ידיעה וגילוי דעת במינויו של זה וכבר ידוע שאעפ"י שמהראנ"ח ז"ל הוא מכת הסוברים דהרוב כופין למיעוט עכ"ז כתב דמה שמינו קהל אחד שלא מדעת ורצון קהלות אחרים אין בו ממש והגם שמתוך דברי מהרש"ך שם בס' ס"ו נראה להפך ויוכלו לכופף משום דהוי מגדר מלתא הנה כתבנו דבנד"ז אין נו שום מינוי ברוחניות ואין כאן משום מגדר מלתא ובפרט שההמוחים טוענים נגד המסכימים כי הם דורשים בזה רק להנאתם והנאות קרוביהם וכו' ואם הדבר כן הנה פשוט דכל הנוגע בדבר פסול לדונו ולהעידו עיין בח"מ סי' ל"ז והחק"ל שם הביא מפ"מ ח"א סי' ד' דכשכונת הרב רק להשתרר לכ"ע אין הרוב כופין למיעוט כהך דזקן שנידה לכבודו וכ"ש דאפ"י לסוברים דהרוב כופין למיעוט הנה מתנאיו הוא שיהיה רוב מתוך כל והגם כו החק"ל בח"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ו כתב שבעיר גדולה איך אפשר להיות ואיזה בית אשר תבנו לקבץ הכל וכו' מ"מ עלתה הסכמתו שצריך הכרזה ופרסום ושהרוביחו דעתם בפירוש ולא בשתוקה דאי שתקי אמרינן לא חש להשיב ומ"ב בנד"ל שם כתב דאם חתמו כ"א בפ"ע או שהשמש חזר להחתימם כ"א בפ"ע לא הוי רוב מתוך כל ובנד"ז לא הוה שום הכרזה ופרסום ועוד תיוהא רבא איכא בנד"ז דלו יהי אלא שרוב זה שלם בכל תנאיו מ"מ כיון שבעי"ק תלי"ת יש קרוב למאה ת"ח בן פו"י ולא הסכימו עמו אפ"י חומש מהם והנשארים מוחים הנה נודע מ"ש הפוס' דבתר רוב חכמה אזלינן ולא בתר רוב המון ועיין לחק"ל שם בטעם הז' שכתב משם פני משה ח"א סי' ד' דאם רוב הת"ח נגד רוב מנין בתר רוב חכמה אזלינן ועיין לו עוד בטעם הד' דגם למ"ד רכ"ל היינו שיהיו עמהם כל טובי העיר ובנד"ז ליכא לא טו"ה ולא רוב חכמה נוסף גם הוא שיש ב"ד קבוע אש החבר עיר וידוע בח"מ סי' רל"א דבכל הסכמה צריך הסכמת חב"ע ואז תתקיים ועיין בחק"ל שם בטעם ה"ה מ"ש בזה והביא ממהרשד"ם יו"ד סי' קי"ו

וקנ"ה וממהראד"ב סי' ס"ג ומהריב"ל סי' ע"א ופ"מ ח"ת סי' ד' דאם יש רבנים בעור צריך הסכמת כולם ולא די באחד ובנד"ז מלבד שלא היה להם שום ידיעה אדרכה הם מוחים עלית על כולנה דכל מ"ש הוא אי הוי הכא רוב ושלם בצדדיו אפי"ה לא מהני אבל הכא אפי' מיעוטא דמיעוטא של העיר לא הוו וכ"ש עם צירוף המושבות דגם להם יש שייכות במינוי זה ואין להם ידיעה ממנו ואם כן הרוב כופין למיעוט שמענו המיעוט יכפו לרוב לא שמענו ואע"ג שהרב בחיים שאל ח"א סי' למ"ד הביא מתשו' הרשב"א בח"ג סי' תמ"ג שבכל קהל וקהל אין נמנעים מלעשות תקנות וכו' אעפ"י שאין שם רוב הקהל כי ענייני הקהל הם מסורין לגדוליהם וכו' והם כאפוטרופוס'י וכו' עש"ב מלבד דאין המסכימים הכא ממונים מהקהל או גדוליהם עוד עיין לו שם שעמד בסתירת דברי הרשב"א דידיה אדידיה שכתב שאין למקצת הקהל לעשות דבר בלתי הצבור כולו וכו' ות' דמ"ש בסי' תמ"ג הוא שכן דרך הקהלות והקהל אינם מוחים אבל אם מיחו במה שעשו שלא מדעתם אין במעשיהם ממש וכן הביא ממרדכי פ"ק דב"ב משם ראבי"ה דאם הקהל מיחו אין במעשיהם כלום והכא הרי מיחו ומכ"ז יבין החכם שאם בא לסמוך כפי הדין על הסכמת אלו נא מצא ידיו ורגליו כי אין בו ממש.

אתאן השתא מצד דינא דמלכותא אי מהני ליה הנה בח"מ סוסי"ג כתב מור"ם שרשות שנתן המלך בזה"ז אינו כלום ומיהו אם קבלוהו הקהל עפ"י כתב המלך יכול לדון וי"א דאם גמיר וסביר מהני ליה רשות המלך או השר דזהו בכלל דד"מ להושיב שופטים ודיינים מי שירצה ע"כ והמעין במקור יראה כי ס' קמיתא היא מהטור ומשמע דלדידיה אפי' גמיר וסביר ל"מ ליה רשות המלך ואדרכא מגרעות נתן עיין בש"ך סקי"ב והי"א היא ס' הריב"ש סי' רע"א והביא ראייה לדבריו ממה שהיה מועיל רשות ר"ג שהיה לו כח ממלכות פרס גם הביא שכ"כ הרשב"א באלפים סי' תרל"ז וכו' ולבסוף מסיק דגם הטור שכתב דל"מ היינו לאינו מובהק אבל למובהק מהני ע"ש ומור"ם בתשו' סי' קכ"ג כתב דרשות משר ומלך מהני והבי"ר מעזרא ונחמיה שמשנו עפ"י כורש וכן שאר מלכי בית שני ור"י ראש המדברים שנתמנה עפ"י קיסר עיין בפ' במה מדליקין והביא דברי הרשב"א והריב"ש הנז' וכו' ורק שיהיה ראוי לכך ע"ש נראה שתפש להלכה כס' י"א שבהגה ועיין להרב או"ת ז"ל סוסי"ג שדחה ראית הריב"ש דה תם ר"ג מפני שהיו מזרע ב"ד הזכרים וגם רשות המלך הוא דאהני ולא משום דד"מ לחוד וכן מדקדק מדברי הטור שכתב דרשות המלך בזמן הזה א"מ ומאי שנא זה"ז מזמן קדמון חם לא משום ששם היתה נטילת רשות מזרע בית דוד הזכרים ואנכי לא ידעתי מה אשוב על ראיות מור"ם שבתשובה הנז' ואפ' שיאמר הרב דגם בשם היו נוטלים רשות מזרע בית דוד או שהיו מקבלים אותם עליהם דבזה כ"ע מודו ולא מכח דד"מ ומ"מ עדיין עומד נגדנו מ"ש הרמב"ן בתשו' סי' רמ"ה ופסקה מרן ביו"ד סי' של"ד דממונה מצד המלכות ואינו רב בתורה אינו יכול לנדות לכבודו ומור"ם לא הגיה כאן כלום ועיין בגוף תשו' הרמב"ן שרק קונסין המבייש לפי מה שהוא ולדברי מור"ם קשה אטו גרעמינוי המלכות ממבזה לממונה מהקהל עיון בכנה"ג ח"מ סי' ת"ך בהגה"ט וגם ביו"ד סי' בהגה"ט דינו וגם אם נאמר דהגם דד"מ דינא אינו אלא למי שהוא רב בתורה וכמ"ש מור"ם מ"מ אכתי מ"ש ביו"ד סי' רכ"ח סמ"ז שאם ציוה המלך שלא יחרימו שום חרם כ"א בהסכמת ראובן ואם החרימו יהיה בטל והחרימו חל החרם וכן בסוסי"י רי"ח פסק שאם השר צוה לבטל



מקצת מההסכמה שאינה בטלה ע"כ דנראה מכ"ז שדבר מלך שלטון לא מעלה ולא מוריד והיותר מתמיה הוא שעיקר דברים אלו הם מהרשב"א והריב"ש שכתבו דמינוי המלך אות ביה דד"מ שוב מצאתי להרב דבר"י אירגאס סוסי"ל כתב דהא דד"מ דינא לסוברים כן אינו רק למינוי דיינים שזה מחק המלוכה אבל לתקן תקנות או לבטל הסכמות גם הרשב"א והריב"ש מודים שאין רשות המלך מועיל כלום ע"ש ועיין בחיים שאל ח"א סי' למ"ד וממוצא דבר אנו למדין דגם הרשב"א והריב"ש לא אמרו שיש בזה דד"מ רק לגוף המינוי כלו' שהוא ידון אבל עפ"י ד"ת אבל שלא עפ"י ד"ת או שיתקן תקנות או להוסיף ולגרוע בישנות ל"ש בזה דד"מ וכן מפורש עוד להדיא בתשו' הרשב"א ח"א סי' ק"ט וז"ל ולענין דד"מ ודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הורמנא דמלכא והדברים שהם מדיני המלכות דד"מ אמרו דינא דמלכא לא אמרו אלא כמו שאנחנו יש לנו משפטי המלוכה שאמר שמואל לישראל כך בשאר האומות דינים ידועים למלכים וכו' אבל דינים שדנים בערכאות אין אלה ממשפטי המלוכה וכו' שאם אין אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני יש' וכבר בא מעשה לידי ודנתי כן ע"כ ומזה אתה למד דל"א ז"ל דד"מ רק שמחוקי המלוכה להעמיד דיין אבל לא שיוכל לשנות מדיני יש' ומנהגיהן ותקנותיהם ח"ו גם ידוע תדע דגם מינוי שופטים שכתבו רשב"א וריב"ש דהוא מחוקי המלכים לאו כללא הוא ועיין בתשב"ץ ח"א סי' קנ"ח האריך בזה והטיל תנאי דבעינן שיהיה זה חק מיוסד בחק המלכים לא שיחדשהו מלך וגם שיהיה שוה לכל בני מלכותו ומזה דן למינוי רב בעירו שאין להם חק להעמיד שופטים והגם שלגוים מעמידים אין ללמוד ליש' דאפ' שאין מעמידין הם רק מחיוב דתם לא מצד חק המלוכה ע"ש ממוצא דבר אנו למדין דגם מצד דד"מ אין קיום והעמדה למינוי זה חדא כי הנה הב"ח ז"ל הבין בטור כמ"ש דגם לגמיר וסביר ל"מ מינוי המלך רק אם קבלוהו והוסיף דלהרמב"ם ל"מ גם בקבלוהו ואע"ג שהש"ך ז"ל חלק עליו בשתייהם אני מצאתי להרשב"ש ז"ל בס' תקל"ג שכתב כהב"ח ששם הוכיח לרב שנתמנה מטעם המלך וכתב דלהטור לא מהני גם בקבלוהו רק אם גמיר וסביר דהא בזמן ר"ג נמי ל"מ רשותא אלא למאן דגמיר וסביר ומה שהיו חכמי הדורות נוטלים רשות לאו משום דד"מ אלא שלא יעלילום פושעי ישראל וכ"כ מ"ב דרבינא ביכין ובוועז ח"א סי' י"ז וז"ל ולענין מי שנתמנה דיין בהורמנא דמלכא ולא קבלוהו הצבור אלא מחמת האונס ברור שאין דינו דין ואסור לי לדון וכו' וכזה הורה א"מ ר"ש ז"ל ואפ' אם הדבר במחלוקת פשיטא דהצבור מוחזקים לגבי דידיה בגופם וממונם שנית דאפ' לרשב"א וריב"ש דיש בזה דינא דמלכותא הרי מ"מ לא מהני אלא למה שיש לו זכותו בו מדד"מ חקי המלכות והכא זכותו היא רק לענין גו"ק וירושות ובאלו אין לו בקיאות בדיניהם והמה מודים דבדלא גמיר וסביר ל"מ רשות המלך ואם להוסיף ולגרוע בתקנות או בעניני הכספים הרי כתבנו דאין זה מחק המלכות ג' כי חק המלכות שלא יתן מינוי רק בבחירה נעלמת מהקהל ועפ"י רוב הבוחרים אז יתן והכא אין זאת ועיין לחת"ס שם שכתב כנדונו ואין ס' כי הרשאתו מהשר הרשאה בטעות היא כי לו ידע כ"ז לא הרשה אותו כי חפץ חסד ומלך במשפט יעמיד ארץ ולא ביד חזקה וא"כ אין לו ע"מ להשען ע"כ ומינה לנד"ז והרי נתבאר דגם מצד דד"מ אין במינוי זה ממש: ומאחר עלות כ"ז המבין יבין דלא נשאר עוד מקום למה ששאלו אם חייבים לו הקהל תשלום ההוצאות שהוציא ע"ז דמי יחייבם אחר שהיה שלא מדעתם הן אמת שאם

היה זה לטובתם היה מקום לפלפל במ"ש מור"ם סי' רס"ד וכן כל העושה פעולה או טובה לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי כי לא צויתך וגם בזה עיין למ"ש ביש מאין ח"א סי' ל"ה דלאו כל אפיא שוין בזה אבל בנד"ז לא נכנס בסוג זה דהם אומרים דזה לרע להם ואדרבה שמעתי כי מבקשי' ממנו ההוצאות שגרם להם להפסיד בזה מכח דד"ג ועיין מ"ש בי"מ ח"א סי' ל"ח בזה והחת"ם שם בסיף השאלה כתב דכל פרוטה שיטול הרב ההוא מהכנסת הרבנית ע"י כפית השר גזל היא בידו וד"ב: ויען כי לא יכולתי להתאפק מלהעיר און ידידי הרב הנז' כי אלוף נעורי הוא ואהבת עולם בינינו זה אני אומר לו אעיצה עליך עיני הרף מאף מהתנגד ולצער הצבור וזכור דברי הריב"ש ומור"ם ז"ל הנז"ל כי מצער הצבור עתיד ליתן את הדין והמחזיק במחלוקת עובר בלאו דכתי' ולא יהיה כקרח ואל תשכח מ"ש בתשו' מהר"ם ב"ב דפוס פראג דקי"ב וז"ל ועוד גזרנו ונדינו והחרמנו בשמתא ובשם מיתה שלא יהיה אדם רשאי ליטול שררה על חבירו לא ע"י מלך ולא ע"י שר ושופט כדי לענוש ולקנוס את חבירו לא בדברי הבאי ולא בדברי שמים וכו' אם לא שימנו אותם הקהל מפני חשיבותם והעובר על גזרתנו יהיה באלה ונדוי ומוחרם בשם מיתה ויהיו כל יש' מובדלים ממנו חתומים ואינם חתומים תלמידיהם ותלמידי תלמידי תלמידיהם וחבריהם גדולים וקטנים פתו פת גויים ויינו יין נסך וספריו ספרי קוסמין והשומר וכו' וחתומים רשב"ם וריב"ם וראב"ן ועוד ק"ן רבנים וכן העתיק בס' כל בו סי' קי"ז ויש בו תוספת וז"ל והמדבר עמו יהיה כמוהו ואם מדעת המלך ויראת המושל ידבר איש עמו לפי"ש לא וחול עליו נדוי ובלבד שלא יערים ולא ירבה שיחה עמו ע"כ ועיין באו"ת סוס"י י"ג וחת"ס שם סי' י"ט העתיקו קצת מזה גם ביכין ובוועז שם בהגה כתוב אמ"ה כבר תיקן בזה הרמ"ז הרשב"ץ עם מוה"ר הריב"ש ז"ל תקנה בכח חרם ונדוי שלא יקבל אדם בעולם מינוי בענייני הקהל בהורמנא דמלכא דלא היא כתובה אצלנו ע"כ (הוצרכו לזה מפני שלא נדפסו בזמנם דברי הראשונים הנז') ועיין בשכנה"ג ליו"ד ריש סי' של"ד מ"ש משם שה"ג בפ' שבועת העדות ודון מינה ותקותי חזקה שאחרי ראותך כל אלה תאהוב שלום ותרדוף שלום ובל"ס שהבורח מהשררה היא תרדוף אחריו וה' יברך את עמו בשלום.

סי' ט"ז בדבר חברת המיימוניה שיו"ד אנשים קנו בשות' חלקת אדמה וחלקה ביניהם ליו"ד מגרשים אך הניחו לרחבה סמוך לרה"ר שלשים מיטר לזכות כולם אח"ז הרב כמהרבט"ו הי"ו קנה מכ"א מהם ג' מיטר חלקו בשם זולת סנייאר אשת חר"י חיון לא מכרה לו ובכ"ז מיטר שקנה בנה שם חצר ונשאר מקום פנוי שלשה מיטר מן הצד ועתה הוצרכו בני החברה לדרך מעבר מרה"ר למגרשיהם פנימה ולזה קנו בשטר כתחז"ל חת הג' מיטר מסנייאר לעשותם דרך בתנאי שגם היא תהיה עוברת עמהם חנם.

ועתה עמדו לדין לפנינו הקונים הנז' עם כמהר"ב הנז' והוא טוען נגדם לבטל המכר א' כי חלק סניואר אינו מבורר עדיין וצריך לעשות חליקה בינו ובינה ב' כי הוא מצרן יותר מהם וגם שותף ג' גם אם היה מבורר חלקה היא לבדה תעבור ולא להיות דרך כללי שיש לחוש לגנבה וגם משום היזק ראייה ד' דהקרקע הוא לבעלה ומכרה שלא בפניו ה' גם אם מאיזה צד יתקיים המכר מחוייבים לבנות חומת אבנים והוא לא יתן חלק בזה כי יש לו דרך בפ"ע והם השיבו שכיון שקנה קמא קמא מכ"א בפ"ע ולא נשארה כ"א היא א"כ הנשאר הוא חלקה ודאי וסנייאר אמרה לדבריו איך בנה בלתו שיברר חלקי וגם

בשעת הבנין שאלתיו ע"ז והשיב כי במקום הזה נשאר חלקי וע"ז מכרתיו להם ולפ"ז אין לו שום שותפות.

וע"ד בנין החומה השיבו כן ועשו רק שגם הוא יתן חלק עמהם כי כן המה תנאי החברה מראש. ואחר ההתבוננות ראינו שהצדק אתם שטענתו שחלקה לא נתברר הנה אם היה נדון זה ובאו לישראל טרם שיבנה היה הדין נותן שאם החלקה כולה שוה אין בה טוב ורע אזמכח כופין על מדת סדום יבנה כמו שעשה עתה וישאיר חלקה במקום שירצה אבל אם יש בה חלק יפה וחלק רע היתה יכולה לעכב עד שיחלקו בשומא וגורל כמפ' כ"ז בריש סי' קע"ד אבל עתה שכבר בנה והשאיר לה חלקה במקום ההוא עיון בסי' זק"ן דאפי' מקום שאין בו דין חלוקה ורצו השותפים לחלקי והלך זה בעצמו והחזיק בחלקו וזה בעצמו והחזיק בחלקו אעפ"י שלא קנו מידם אין אחד מהם יכול לחזור בו (ובאה"ט כתב דחזקה דהלוך סגי) ואפי' לא החזיק אלא אחד מהם זכה האחר בחלקו ע"כ וא"כ השתא שכבר בנה והחזיק בשאר החלקים זכתה היא במשווייר והגם שאמר לה ליתן תמורתם ממקום שהשחור פנוי מעבר השני מלבד טענתה שכבר בעת הבנין בירר לה חלקה במקום הזה ושוב אינו יכול לחזור.

עוד אומרת כו מקום ההוא צר בסופו ורחב בתחלתו לא כמו זה שהמשכו שוה ועוד שמתחלה הונח המקום פנוי לאויר מטעם המלכות ולא יבנה שם לעולם וא"כ איך תמיר טוב ברע, ואפי' אם היו שוים בתוכנם מ"מ זה יועיל לה למעבר למגרשה הפנימי וזה לא וגם היא תכופ בזה על מד"ס כמו שהוא כפה אותה במ"ס מפני שקדם ובנה וכנז"ל ומכ"ז הוברר שהדין עמה כי מקום זכתה בו ואין לו בו שום שייכות שותפות ודל מהכא טענתו מכח שותף עדיף ממצרן (היה מקום לפלפל דבסי' קע"ה ס"ד נראה דהסתם פליג על הי"א דשותף לא עדיף ואע"ג דבסנ"א נר' מבואר דפסק ששותף עדיף ממצרן יכולים היינו לתרגמה היינו כשבאו לקנות בבת אחת אלא שראיתי לצו"מ ז"ל תחלת סי' קע"ה וכן כנה"ג בהגה"ט אוצ"א ואילך פשיט"ל שדעת מרן דהשותף סלוקי נמי מסלק ליה) דאין לו רק דין מצרן ואפי' כיון שגם הקונים הם מצרנים עיון בסי"א וי"ב דב' מצרנים אפי' לא יש לאחד מהם רק חלק קטן במצרנות וקדם וקנה זכה וכ"ש הכא דהם צריכים לדרך במקום ההוא ואין להם לקנות ממקום אחר אפי' אם לא היו מצרנים וקדמו וקנו זכו כמ"ש מור"ם סמ"ט שאם הקונה צריך ולא ימצא מקום אחר לקנות אין בזה דדב"מ שאינו אלא משום ועשית היותה"ט ועוד דהמוכרת היא וגם בכלל הקונים יש אשה אלמנה וע"ש סמ"ז דבאשה ליתא דדב"מ גם מצד שכבר כתבו שטר ובהגה"ט אוס"ט כתב כנה"ג משם מקור ברוך דכשעשה שטר ללוקח הלוקח הוא המוחזק וכ"ש שכמה ימים עברו משהודיעו לו שקנו ולא בא למחות בב"ד ועיין בסל"ב שיעור המחאה הוא שילך ויביא הכסף לב"ד וכ"ש שהיא עצמה השאירה זכות לעצמה לעבור למגרשה עמהם וא"כ גם למטוניה שהוא שותף איך ס"ד להעדיף כחו מכחה תלקה מדה"ד ח"ו.

ונמצא מכל האמור דהצדק עם הקונים וגם אם ימצא חולקים בכ"ז מ"מ הלוקח הוא המוחזק עיין בסמ"ה ושם כתב מור"ם דגם במח' הפוס' הדין ובכנה"ג שם כתב דגם לגבי שותף הלוקח הוא המוחזק ע"ש וכ"ש שרוב הסניפין הנז' מקורם בש"ע ואנו אין לנו לזוז מדב"ק וגם טענתו מריבוי הדרך לא שייכא אלא במקום של שותפים שמשתמשים

בו שניהם ולזה מצי לטעון שריבוי הדרך מונעו משא"כ כשגבול כ"א מיוחד לו איך יוכל למנוע חבירו בשלו וזה מפו' בסי' קס"ב בדין חמש חצרות הפתוחות למבוי וכו' ע"ש וטענתו שהקרקע של בעלה כשיבא בעלה ויערער נשמע לו וכ"ש דכיון שהניח ביתו ריקם זה כמה שנים אז יכולה למכור גם בלי ב"ד ומכרה קיים וכמ"ש באה"ע סי' ע' עש"ב אבל טענתו לבנות חומה וכו' הדין עמו והרי גם הודו לו בזה ונראה דפטור לשלם עמהם בזה ולא דמי למ"ש בסי' זק"ן דכותל המפסיק יבנוהו על מקום שניהם והוצאות שניהם דשאנ"ה שהם מזיקים זל"ז וזל"ז משא"כ הכא דהוא ניזוק מהם ולא הם ממנו וגם בבנין יו"ד טפחים אינו חייב בחלקו שחייבוהו בסי' ק"ם ע"ש גבי גג הסמוך לחצר דאע"ג דפטור מבנין ד' אמות כמ"ש חייב ב"ט דטעמו התם שיתפש כגנב עיון ברש"י בב"ב ד"ו שר"ל שאם יכנס לפנים מהמחיצה הוא נכנס לגנבה וזה לא שייך אלא בגגין וחצרות אבל במעבר כזה שהוא מדרס לרבים ואין שום שייכות להיות בו דבר משתמר מה שייך לטענת יתפש כגנב.

ותביעתם דמי המקנה ליתן בהם חלקו הכל יהיה נידון עפ"י החוזה אוהעדים או הודאתם אם היה תנאי זה מראשית או לא ואיך היה זהו מה שנלע"ד וצווי"מ: ויען כי כמהרי"ב נר"ו כתב מגלה עפה השגות במ"ש ופן יאמר דידיה נצח ושתיקה כהודאה אמרתי להשיבו שתל"ת לא טעינו בהלכה כמו שחשב א) ביאר עתה שמ"ש שהוא שותף היינו שהוא שותף עם הקונים במצרם שגם הוא יש לו חלק עמהם ומלבד שהוא מצרן ממצר אחר ובזה הרי הוא שותף ומצרן משני צדדים וחושב שבזה יפה כחו מהם שאין להם רק מצרנות ודייק זה ממ"ש בש"ע סי"ב היו הרבה שותפין לרוח אחרת לשדה הנמכרת כ"א מהם יכול לסלק ללוקח ואם קדם אחד מהם וסלקו זכה הוא ואין שאר השותפים יכולים לערער ולא עוד אלא אפילו היה מצד אחד ב' שותפין ומצד השני שדה של אדם אחד וקנאה אחד מהשותפין אין אותו שמצד השני יכו"ל אני מצרן ודאי ואתה ס' שמא יכול חלקך לצד אחר וכו' ודקדק דמדלא הוסיף רבותא זאת דשותף ומצרן משני צדדים דהקודם זכה ש"מ דבזה יכול לסלקו ואני משיב דזה פלפול של הבל דמאיזה צד יש לתת כח יותר בזה דאי משום שותפותו עמהם הנה מפורש ברישא דאחד מהשותפים שקדם זכה ואי משום מצרנותי מצד האחר מסיפא משמע דאפי' אני מצרן ודאי ואתה ס' אינו יכול לומר וכ"ש הכא דשניהם ודאים שהרי כולם קדמו וקנו בב"א ומאי נ"מ אם הוא מצרן מב' צדדים או מצד אחד ומ"ש ממהראנ"ח ח"א סי' צ"ב דכשיש למצרן טענת אפלה א"כ יש לו שני כחות והוא קודם גם הוא לא כ"כ רק כשני כחות מתחלפים טענת אפלה וט' מצרנות ולא כששניהם משום מצרנות כגו"ז דסו"ס כח מצרנות כח חד איהו ומ"ש דגם הכא שסו"ד יבנו הכותל ויאפיל על בנינו עיין בסי' קנ"ד שעור הרחקת האפילה היא ד' אמות והכא הוא עצמו כתב שיהיה רחוק יותר מט' אמות ועוד דעיקר יסוד מהראנ"ח הוא מדברי רי"ו אבל הריב"ש חולק ומהראנ"ח עצמו לא עשה זה רק לסניף ובפרט ששם מיירי כשבאו לקנות בב"א אז העדיף בעל ב' כחות משא"כ כשקדם וקנה שגם בכמה כחות אינו מסלקו.

ב) במ"ש מסי' זק"ן דאפי' לא החזיק רק אחד מהם זכה השני כתב הוא דזה דוקא לס' י"א אבל לסתם ס"ל דצריך חזקת שניהם וה' כסתם ורמזו לעיין בסמ"ע, ובמח"ל לא העמיק בדברי הסמ"ע והצעת דב"ק היא על מה שהוסיף הרמב"ם בדברי הש"ס מלת

בעצמו ופיה ה"ה ז"ל לחד פיה שכונת הרמב"ם בזה שר"ל אפי' הלך והחזיק שלא בפני חבריו ומבני שיאמ"ל לך חזו"ק ולפי פיה זה הוק"ל לסמ"ע א"כ מה הוסיפו הי"א שכתב הש"ע ות"י דהוסיפו שאפי' נא הוחזק רק אחד מהם ולא שהרמב"ם אינו סובר כן אלא שזה אינו מפורש בדבריו ורם הוסיפוהו וחזר הסמ"ע לומר דלפי הב' שמלת בעצמו היא שחזקת אחד מהם יהיה די י"ל דכונת הש"ע בי"א שיש אומרים שזהו כונת הרמב"ם עצמו בהוספתו לומר שדי כשהחזיק אחד ומזה תבין דהסמ"ע לא אסיק אדעתיה שהרמב"ם חולק בזה ועיין להרה"ג צדק ומשפט ז"ל בסי' זק"ן שפלפל בזה ולבסוף כתב שדעת מרן בי"א לא שבא לחליק על הסתם אנא בתחלה הביא דברי הש"ס כמו שהעתיקו' הרי"ף והרמב"ם ואח"כ הביא הי"א להורות דיש מפרשי' הסתם כך וסיים דמ"ש אח"כ ואפי' לא הוחזק רק אחד מהם שהוא דין מוסכם דהרי הוכחנו מפיה"מ דהכי ס"ל להרמב"ם והרא"ש כתבו מדין חליפין וה"ה כתב דאתי במכ"ש עש"ב ונאים הדברים למי שאמרן ועל יסוד כתבנו לתוספת נופך בחצי ירח מ"ש הג"מ דהלוך סגי ר"ל כיון שכתבו כן בהחזיקו שניהם ואנן אסיקנא דאחד כשנים א"כ בהלוכו נמי סגי אבל בנד"ז אחר שבנה דהוא יותר מנעל וגדר ופרץ לא היינו צריכים לכ"ז דגם הג"מ יודו בזה וכמ"ש הב"י ז"ל ומה שחילק דהוא לא עשה חזקה רק במקצת והשאר עודנו מעורב לשניהם גם בזה שכח דאפי' קנה יו"ד שדות ביו"ד מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה את כולן עיין בסי' קצ"ב וה"ן חזקתו במקצת קנה כל החלק המגיע והיא זכחה בשאר ובהך נמי דסי' זק"ן מילא עסקינן דגם אם הוה לאחד שלישי ולב' ב' שלישים והחזיק במקצת זכה בכל חלקו ואל"כ הי"ל לבאר ומ"ש על טענתה בחליפי המקום שאומר ליתן לה ואומרת שאינו נכון לה ואומר שמתחלה לא היתה להשאר המקום רק לעשות שם חנות וג"ז יועיל מעולם לא שמענו לאבד זכותו של חבריו ברכושו במה שהיה במחשבה תחלה ג' עמ"ש דכיון דלא ימצאו דרך אחרת אין בזה דדב"מ השיב דל"א רק בבית דירה התשו' מובנת מעצמה, דכיון דהטעם הוא משום דדב"מ אינו אלא משום ועשית היוה"ט ובצריך אין כאן היוה"ט א"כ מאי שנא ומ"ש דזה שנוי במחלוקת אנה"ן אלא דקי"ל הלוקח הוא המוחזק ד עמ"ש שהמוכרת עצמה יש לה זכות לעבור מפה למגרשה ונא עדיף כחו מכחה השיב דבתחלת קנייתה מן יק"א לא היתה דעתה לכך כבר כתבנו דרכוש אדם הברור לו אין לאדם לעכב עליו מכח מחשבתו הראשונה ורשאי בשלו לשנות מחשבתו כרצונו וז"פ ה' עמ"ש דבאשה המוכרת ליתא דדב"מ השיב שיש חולקים בזה ומרן אעפ"י שהזכירה בב"י השמיטה בש"ע ע"ד השמטה שכח מ"ש הפוס' בזה ואכמ"ל ומצד החולקים כבר כנה"ג בהגב"י אוכ"ט הזכירם וכתב דהלוקח הוא המוחזק ע"ש ומה שטען כי טעם הדבר הוא מפני שלא תמצא מי שיטפל וכאן הוא אמ"ל לקנות ממנה וא"ץ טפול הנה לשון תלמידי הרשב"א שכתבו זה כך הוא לפי שאין לה מי שיפקח במעשיה רצו חז"ל שיהיה ממכרה קיים כדי שיקפצו בנ"א לקנות את שלה ע"כ ור"ל דזה היה טעם גזרתם בתחלה אבל ודאי כשגזרו לא חלקו כידוע לרגיל בתקנות חז"ל ובזה אזדא ליה מ"ש לגבי האשה הקונה ששותפיה ישתדלו בעדה ולמטוניה תקשי ליה אמאי החולקים ביש לה בעל הוצרכו לטעם הערמה וכן ביתומים אמרו דהיכא דאית הערמה איתא לדב"מ ואמרו דכשיש לה בעל וכן באפוטרופוס ליתומים כיון דיש להם מפקח איתא לדב"מ אנא ודאי דאו מהא ליתא דנימא כשגזרו לא חלקו והוא פשוט ו

עמ"ש ממקור ברוך ז"ל כשיש שטר מקנה די השיב דזה דוקא כשהאדמה ברשות המוכר משא"כ כשבעל המצר מוחזק בה לא ידעתי איך עוקר עצמה של האשה מרכושה וחושב עצמו למוחזק בה ואי משום שטתו שהוא שותף עמה כבר נשתרש שותפותו ממש"ל ומ"ש עוד דבעינן שנתגלה המכר והחזיק הקונה תרתי אמת כי הכנה"ג בהגה"ט הביא דמהריב"ל נסתפק בזה בלשון הטור אבל הרואה בלשון הש"ע דלא תלה הדבר רק שלא יהיה בצנעא וגם בלשון הטור כתב המקו"ב ז"ל דפשוט בכונתו דר"ל דכשנתגלה בזה הוחזק הקונה והכא בנה הרב מהרמ"ו הי"ו אמר למהר"ב בפנינו כי הוא הגיד לו תכף כאשר קנו ומפורש בריב"ש סי' תק"א ובדברי הרא"ש ז"ל דדי בזה ועיין למקו"ב ז"ל דגם בלא נתגלה שטר לחוד מהני וכ"ש דשט"ז יש בו ק"ס ובכל מקח הק"ס מועיל יותר מחזקה כידוע ז על היסוד שכתבנו שהלוקח הוא המוחזק הביא מ"ש מהראנ"ח ח"ב סי' דכשהחלוק ביניהם אי מחל או לא מחל דאין הלוקח מוחזק בחשבו דגם בדבר מחילתו נסתפקו ועשינו הלוקח מוחזק אמינא ליה דבזה פשיט ל כיון שידענו שנתגלה המכר ובסיוע טעם השטר ויש בו ק"ס דודאי זכו לכ"ע ונא כתבנו ט' שהלוקח מוחזק רק לרוחא דמלתא לשאר הצדדים שזכרנו וגם להבנתו יראה מ"ש מהרשד"ם ח"מ סי' זר"ע דגם במחילה י"ל דכל היכא שיש ס' דיינינן קולא ללוקח וחומרא למצרן כיון דלוקח זכותו ברורה בידו מן התורה והמצרן אינו אלא מתק"ח ע"כ וכן בדין ממאי דקי"ל באה"ע כל ס' בתקנה העמידהו על דין תורה והדברים עתיקים ואכמ"ל ועל משמרתנו נעמוד שהלוקחים זכותם חזקה בידם ויה"ר שלא נכשל בדבר הלכה.

מאי"ן סי' טוב יתום שהאפוטרופוס שלו נתחייב לאשת היתום לפרוע לה מן כיס היתום שבידו סך פ' לתכשיטיה ומודה בזה רק שטוען שזה היה להפיס דעתה לינשא אבל אח"כ הוציא הכסף לצורך חופת היתום והנה היתום אח"ז כתב לו שטר מחילה שלא נשאר לו אצלו שום דו"ד וזה אחר הנשואין שזכה הבעל בכלנכסי אשתו וגם סך זה הוי בכלל ומעתה אין עליו שום תביעה, עמדו שניהם לפנינו וחיבנו האפוט' לשלם לה מדין מעמד שלשתן בסי' קכ"ו וכתב הש"ך בס"ח שאע"ג שעדיין לא הגיע ליד השלישי אם חייב עצמו לשלישי אפי' בלי מעמ"ש אינו יכול למחול וכן בסי' ס"ו בדין מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו שאם נתחייב הלוח לקינה לא מהני מחי' ומ"ש האפוט' דכיון שמה שקנתה אשה קנה בעלה הנה הח"מ בסי"ן כתב דאם הבעל מכר מטלטלין שנתן לה משלו שהמכר בטל ואע"ג שהב"ש נסתפק בזה אין ס' מוציא מודאי הח"מ וממילא מחילתו בתכשיטיה אינה מחי' ועיין למבי"ט ח"א סי' שי"ט שכתב דהבעל ששעבד נכסיו בסתם אין נכסי אשתו בכלל וכ"ש שראינו שטר המחי' שלא מחל לו רק עזבון אביו וזה לאו מכח אביו אלא מכח האשה כנז' ומה שבקש דא"כ יפרע לו הבעל מצד שהוציאם בחופה הנה הבעל המציא שטר בעדים כי דקדקו בחש' ולא נשאר על הבעל כלום ובזה יצא גם הוא פטור בדין: סי' ח"י עמדו לידין לפנינו האחים הרבנים כמוהר"ם וכמהר"ש סתהון הי"ו בטענות שביניהם בדבר העזבון שהניח להם הרה"ג מר אביהם ז"ל והמה חמשה אחים בן פו"י והרב כמהר"ש יש לו חובות במשכנתא ושטרי מו"ש על מורישים ז"ל ומזה כמה שנים היה הוא גובה שכירות הקרקעות וכותב בפנקסו הכנסה וההוצאה הצריכה לתקונם אך מזה כמה היה גובה אותם כמהר"מ הי"ו ועתה כמהר"ש תובעו לתת לו מה שגבה באמרו שהוא עשאו שליח לגבותם לצרכו מפאת חובותיו כאשר היה עושה

ומהר"ם השיב כי הוא לא מינה אותו ורק מאליו ירד לגבות מפאת חלקו בירושה כי מה כחו יותר ממנו והשיב מהר"ש שיש בידו מעב"ד לגבות חובותיו ככל אשר תמצא ידו ועשה נימוק לזה דכיון שעברו ט"ו שנים שהוא גובה והם שותקים הרי החזיק בם וגם מכח מעב"ד הנז' א"כ בזה הוחלטו לו הקרקעות ובזה יפה כחו ומהר"ם השיבו דב"ד לא החליטו לו רק שיש לו רשות לגבות וכו' ומצד החזקה חזקת הבן בנכסי היורשי' אינה חזקה ובפרט שגם אחד משאר האחים היה גובה גם הוא וע"ז נענו מן הדין שטענת מהר"ש שהוחלטו נו מכח מעב"ד אין בה ממש כמפו' בח"מ סו' ק"ג שאין החלטה ללוה רק אחר שומא והכרזה והורדה ואפי' במשכנתא כמש"ש בסתם ואח"כ מחלוקת דהלכה כסתם והכא ליתנהו ואי משום דשטרי מו"ש י"ס דהמלוה יכול להחזיק במקחו עיין בס' יש מאין ח"א שפה עמדנו אנן ב"ד בזה ועשינו מעשה דמכח מנהג אינו יכול לעמוד במקחו ובפרט דרכא בתחלה הודה דלא היה גובה אלא לפרעון חובו ועיין בנדי"ל ח"ב דכשגילה דעתו כ"ע מודו דל"מ הדר ביה להחזיק במקחו ואי משום חזקה יפה השיב לו כמהר"ם הי"ו ובפרט שחזקתו באה מכח השטרות שבידו וכל שבא מכח השטר ואין נו זכות מכחו גם חזקתו אין בה ממש כמ"ש בס' ק"מ ומה שהזכיר שהחזיק ט"ו שנים ואפ' שכונתו בזה לומר שזכה בה מכח דד"מ שמקיימים הקרקע ביד מי שהוא ט"ו שנים מלבד שאפ' שגם הם אין דנים כן כשבא מכח השטר עוד בה דל"א דד"מ רק כשהוא חק במלכים ולא מכח דין ערכאותיהם וגם שיהיה בו הנאה למלכות ותקון המדינה כמ"ש בס' שס"ט ובפוס' ובזה ליכא ולזה דל מהכא טענת החלטה בקרקע.

אלא דמ"מ במה שטען כמהר"ש שמינה אותן לגבות אותם לצרכו והוא מכחיש לא ידענו מאי נ"מ בזה דעם שלא מינה אותו מ"מ הכסף הוא שייך לכמהר"ש מצד פרעון חובו דבמקום המשכנתא פשוט דכל שלא פדו אותה כל שכירותה הוא שייך לכמהר"ש לבדו מלבד חלק ירושתו וגם בשאר הא ודאי יש לו חומש מצד הירושה ככל אחיו וחומש של כמהר"ם גם הוא שייך לו מפאת שעבוד חלקו לו רק שאם עודף על חלקו בהכשר ינכה העודף מחלקו בקרן רק בג' חומשין של שאר האחים שאומר כי תפש אותם מפאת מה שגזלו רמה מחלקו זה כמה שנים אם יברר מי גזל וכמה גזל אנה"ן דיש לו לעכב חלק הגזלן לו כמ"ש בס' נ"ח ובמורם סי' פ"ג דהמקבל מהלוה להוליך למלוה ואמר אני מעכבם מחוב שיש לי עליו דפטור ע"ש אבל מס' לא יוכל לעכב ועוד אפי' אם יברר מי הגזלן וכמה הגזלה הרי הגזלה נוגעת לכל האחים ולא לו לבדו ועיין בס' קפ"א דשני שותפין ועמד אחד מהם והציל אם לא אמר מקודם לעצמי אני מציל הציל לאמצע.

וא"כ הזכות במה שהציל שייך לכולם והרי כולם משועבדים לפרעון חוב כמהר"ש ואז הוא יטול הכל ואם תוקע עצמו שאמר מתחלה לעצמי הצלתי אינו נאמן אלא בשבועה כמ"ש מור"ם שם אבל מ"ש הר"ש שאם לא ימצא עדים שמינהו ישבע לו ע"ז בזה לא צדק דכיון דהדין הוא אפי' בעשאו שליח וקבל יוכל לחזור ולומר לעצמי אני מציל א"כ אין כאן תביעת ממון רק תביעת שבועה שאמר לעצמי אני מציל ובכגו"ז עיין בס' צ"ט ס"ט ויו"ד דאין בזה לא שבועה ולא ג"ש ותביעת כמהר"ש בהיזק שעשה לו בעכוב המעות אצלו ליתא כי זה גרמא ולא דד"ג ועיין בס' שפ"ו סוג דד"ג וביש מאין ח"א הארכתי בזה ותבין דאין זה סוג דד"ג ועיין בס' רצ"ב במבטל כיסו של חבירו ותראה שאין חיוב למהר"ם מזה ובזה נשלמה תביעת מהר"ש: אתאן לתביעת מהר"ם ממהר"ש

שחייב להראות לו חש' הכנסה והוצאה מיום פטורת ר' אבהו ז"ל עד היום בזה ודאי הצדק אתו לדקדק חשבוננו אך במה שתבע בענין החנות שמכר לו מרדכי אחיהם למהר"א וזוכה מכח זה לבדו בשכ"י ואינו מכניסי נחש' היורשי' כולם ואומר שהרב מר אביהם ז"ל לא זיכה לו אלא בעת נישואיו והוא ז"ל נלב"ע קודם נישואיו ולא זכה מרדכי ונשארה לזכות היורשי' כולם הנה מהר"ש הראה שטר מכר בחתי' עדים וגם הרב מ"א ז"ל ומרדכי חתומים עליו שמכרו לו רביע החנות הנז' וא"כ בזה אין שום שאלה זולת על ג' רבעים שהם שבעה אחוזים וחצי שעולה לכל אחד מהאחים אחוז וחצי וא"כ אחר שמכר עוד מרדכי למהר"ש כל החנות הנה עוד שייך למהר"ש שלשה אחוזים חלקו וחלק מרדכי מצד הירושה ואין לדון זולת על ד' אחוזים וחצי של שאר האחים והנה ידענו כי הראיה שיש ביד מרדכי כי החנות שלו היא מהחוגי"ה שיש בידו מהמוכר הראשון שמכר למ"א ז"ל שמתחלה כתבה בשם הבן ולא בשם האב והשתא צריך לדעת אם המוכר כתב שטר בדיננו לשם האב או רק החוגי"ה וגם אם נכתב צריך לדעת מי קדם מהם שאם לא נכתב כלל וסמכו רק החוגי"ה שאם לא נכתב כלל ה"ז דומה למ"ש בסי"ן ק"ץ באומר למוכר הילך זוזי ויהיה קרקעך מכור לבני שפסק בס"ד שכיון שלקח הכסף ממנו נקנה להם הקרקע ויטעון מרדכי דהכי הוה והגם דאתרא דידן כתבי שטרא החוגי"ה היי שטרא כמ"ש סי' ס"ח דשטרי מקח וממכר בעש"ג הוי שטר כשר וגם אם אח"כ כתב המוכר לאב שטר בדיננו מנאי הוי כבר הוא הקודם לזה ואם ס' אולי השטר קדם אז על התובע לברר שהשטר קדם דכיון שיש ס' בעיקר המכר אמרי' ארעא היכא דקיימא תיקום והממע"ה ועוד נלע"ד שאפ"י אם יתברר שיש שטר והוא קדם מ"מ הרי ודאי לא הלך המוכר לעשות חוגי"ה בשם הבן אלא בשליחות האב והרי שלוחו כמותו ואעפ"י שבחוגי"ה חסרים דרכי הקנין הרי מפירש בסי' רמ"ה דהכותב נתתי שדה פ' לפ' או הרי היא שלו ד"ב כשיגיע השטר לידו ואע"ג שהרב פנ"י ז"ל בת"ה ח"מ סי' ב' נשאל בכגו"ז ולמד מדין זה לחוגי"ה שתועיל אך חילק דזה לא נאמר רק כשחתם המקנה בחת"י בשכר משא"כ אם לא חתם ולא מסר לו השמר במדי ישראל דנ"מ ואנחנו לא נדע לחלק בזה דכיון שגם החוגי"ה אינו לוקחה עד שיחתום בחת"י תוך הפנקס ולקחת החוגי"ה איננה כ"א לראיה א"כ מאי נ"מ אם חתם בפנקס שהוא העיקר או בחוגי"ה ומ"ש משם הסמ"ע שדבר שאין גופו קנין לא אלים כחייהו לעשותו קנין הכא לא כתיבתם היא עושה קנין אלא חתימתו והודאתו בפנקס עושה קנין והחוגי"ה אינה רק עדות מהם שכן עשה ובזה מהימנין להו ולפי האמור כי זכות מרדכי באה מכח המוכר הראשון תו אין אנו צריכים לעיין בטענתו שלא זיכה לו עד שעת הנישואין ומלבד זה הנה בתשו' מרן באה"ע ס"ל למר במי שזיכה לבנו סכום לנישואין ומת קודם נישואין דכשיכנס לחופה זכה למפרע מעת שפסק לו ודלא כמהר"י צייאח עש"ב והכא רוחא שמעתתא שלא ללון בעומק הלכה זו כיון דזכותו באה ממוכר ראשון סתומה גם אם נאמר שבלבו היה שלא יזכה רק לעת נישואין הלא קי"ל דברים שבלב אינם דברים ומכ"ז יוצא הזכות שזכה מהר"ש ממרדכי היא נקיה גם טען מהר"מ שהקרקע שקנה מהר"ש ממ"א ז"ל בחייו בשטר ולא עשה לי חוגי"ה רק כמהר"ש בחריצותו עשה חוגי"ה אחרי מותו שהמכר בטל שהחוגי"ה מעכבת.



והוא השיב שהמכר קיים השבנו שהן אמת כי המכר בלי חוגי"ה היא מח' הפוס' יש מבטלים ויש מקיימים והיה צ"ע מי המוחזק אי היורשים או מהר"ש דהיכא דקיימא ארעא תיקום אבל עיינו בטעם המבטלים וראינו דליתנהו בנד"ז דאי משום דחסרון החוגי"ה כחסרון השטר ובאתרא דכתבו שטרא מעכב הנ"י בשט"ד כותבין לך חזק וקנה בכסף שק"מ ובהס"ז מבלי שתצטרך לשום זו"ק אחרת ועיין בסי' קצ"ה דאי פריש אי בעינא בכספא אי קני דא"ץ לכתוב השטר ובפרט דקנין סודר לחוד מהני בלא שטר כמפ' שם והכא איכא ק"ם ואי משום דלא סמכה דעתיה בלי חוגי"ה הנה ראינו שהקונה ס"ד ובנה וסתר וכו' כי סמוך לבו שהרב מ"א ז"ל לא יבטל מקחו ח"ו ואיהו בקו במילי דאבוה שאין עליו נושים שיבואו לטורפה ממנו אח"כ והגם שהרה"ג כמהר"ח מודעי ז"ל ביטל כל דברי הרב פנ"י בח"ה סי' ג' ואעפ"כ חזר והודה לו מפני שאם יצטרך הקונה לחזק בדק הבית לא יתנו לו תזכרא כ"א בשם בעל הקרקע הכתוב אצלם וגם צריך כל המס שעליה אז יתנו לו אחה"ר אין בזה כדאי שלא תסמוך דעתו כי יוכל התנות זה על המוכר שכשיצטרך ילך הוא להביא תעודה או יעכב אצלו מעט מדמי המקנה עבור זה וכ"ש בנד"ז כי דרך האב לשלוח בנו לקחת התעודה בשמו ומאמינים ונותנים לו וה"ה הכא כן יעשה ואי מטעם שכתבו שכיון שהערכאות אינם מקיימים המכר זולת בחוגי"ה הו"ל דמ"ד עיין ביש מאין ח"א סי' ל"ז במעשה שהיה בבדה"ץ פה ודנו דייני שאחר שאנחנו רואים שעפ"י שטר מכר שלנו מקיימים המכר ונותנים חוגי"ה לקונה וגם מעובדא דנא שכן עשו ועפ"י שטר המכר שביד כמהר"ש נתנו לו החוגי"ה בזה נתגלה ששוב אין כאן טענת דדמ"ד ובזה אזדא ליה גם טעם הרה"ג כמהר"ח מ"א ז"ל שכתב שם דל"ס דעתיה דליקח מפני שאולי יהיה נושה למוכר ויגיע הדבר שיחנטו נו הקרקע שמאחר שמכח שטר יתקיים מקחו בידו אין האחר רק כנושה ויעמוד למשפט אם יטרופ או לא ואם באנו לו' דמכח זה לא סמכא דעתיה צא ופרנס לי גם בדיננו איך ס"ד ולא יחוש לטרפה ועיין בסי' רכ"ו שאפ"י נתגלו מערערים על המקח אם דש הלוקח אמיצרי אינו יכול לחזור דאמ"ל אחוי טרפך ואשלם לך וכ"ש כשעדיין לא יש מערערים וד"ב לביטול תביעה זו וכ"ש שהשיב כמהר"ש שמוכן להחזיר את הקרקע רק שישלמו לו ההוצאה שהוציא או השבח ובזה כיון שסו"ס הוא שותף עמהם מכח ירושה והוציא הדין עמו שתהיה ידו על העליונה כמ"ש בסי' שע"ה ובזה נגמר הדין שביניהם וצו"צ: סי' י"ט אחי רם מר דיינא מע' הרב כמהר"ם אליקים הי"ו האירו אל עבר פני שאלותיך בדבר טו"ת שתובע הרה"ח כמהר"פ ביבאס הי"ו מסי' דוד ה' עטאר הי"ו כי המנוח מ"א סי' יעקב נ"ע היו לו שתי חנויות בלקצאריא והקדיש שלישי אחת מהן לת"ת שתחת הנהלת הרב כמהר"פ הנז' והסופר כתב שהקדיש שלישי בחנות הידועה בליקצאריא שהוא נומירו והניח מקום הנומירו לבן ויען כי שמה יש לו שתי חנויות אחת גדולה ואחת קטנה והבן מכר את שתיהן וכמהר"פ טוען ששליש הגדולה הקדיש והבן טוען שלא בירר איזו מהן הקדיש ויד הזוכה עהת"ח.

ומני"ר רמז בזה לדין שבח"מ סי' רי"ח סכ"ב בהאומר לחבירו שדה דבי חויא אני מוכר לך ולהך דשי' רי"ד ס"ב באומר לחבירו בית מביתי אנו נותן לך דלא קנה אלא הפחות שבשניהם רק נסתפק אולי יש בזהחלוק בין הדיוט להקדש הגם דמפורש בסי' רי"ב דהקדש בזה"ז דינו כהדיוט מ"מ שואל חו"ד אולי גם בזה"ז יש לו עדיפות בזה ואען

ואומר דלעד"ן יראה שזכה ההקדש בשליש הגדולה ונקדים תחלה מה שיש נדקדק בלשון הש"ע דסי' רי"ד וז"ל האומר לחבירו בית מביתי אני נותן לך נותן לו הקטן שבהם וכו' וה"ה לאומר שור בשורי אני מוכר לך ע"כ דאמאי תחלה נקט בית מביתו במם ובענין מתנה ובסוף נקט שור משורי בבית ובענין מכירה ופלגינהו בתרי בבי ואילו הרמב"ם ערבינהו ותנינהו ובלישנא וענינא חדא ולזה י"ל דמרן ז"ל בחכמה יסד אר"ש להשמיענו חילוקי דינים בזה כי בסיף מנחות תנינן האומר אחד מכבשי הקדש והיו לו שנים הגדול שבהן הקדיש ומסיק התם ה"ט משום דמקדיש בעין יפה מקדיש ושם עוד תנן היו לו שלשה בינוני שבהן הקדש וחוששין גם לו דלגבי קטן עין יפה הוא ואמר ר"ן ל"ש דחוששין לבינוני אלא באומר שור משורי אבל באומר שור בשורי ודאי למשובח דוקא קאמר העולה מזה דבשור משורי ואין לו רק שנים ודאי לגדול נתכון אבל אם יש לו הרבה י"ל דגם לבינונים נתכוון אבל שור בשורי אין כונתו רק לגדול שבהן והנה גם במתנה קי"ל בסי' רי"ב דכל הנותן בעין יפה הוא נותן אפ"ל בהדיוט ויהיו חילוקים אלו שייכים בה כהקדש מכח דין עין יפה דשייך בתרוייהו ויען כי בש"ע מיירי בסתם כל אדם שיש לו בתים ושוורים הרבה נקט גם במתנה שהיא בעין יפה שאם אמר מביתו במם נותן לו הפחות דיד בעה"ש על התחתונה משא"כ אילו אמר בבית הו"ל כמפרש שלגדול ומשובח קאמר ואין כאן ספק משא"כ בסיפא דאיירי במכר שאין בו עין יפה וכמ"ש הסמ"ע בסי' רי"ב החילוק דבמכר אמרינן זוזי אנסוה ולא מקנה בעין יפה משא"כ במתנה שמאליו יהיב ע"ש לזה נקט דאפ"ל אמר שור בשורי בבית נותן לו הפחות דאין כאן עין יפה וכ"ש אם אמר במם ולפ"ז מעתה בנד"ז לו יהי אלא כהדיוט מ"מ כיון דמאליו יהיב אפ"ל אם היו חנויות רבים ואמר מחנותאי במם אפ"ל ה נימא דבעין יפה נתן ולגדולה נתכוון וכ"ש דהשתא אינם אלא שנים ואז אפ"ל אמר מחנותאי במם אמרינן דלגדולה נתכוון ועוד דאע"ג דהקדש בזה"ז כהדיוט מ"מ עיין ביו"ד סוס"י רמ"ח שפסק גם לזה"ז שאם הקדיש דבר יקדיש מהיפה שבכנסיו דכתי' כל חלב לה' וא"כ כמו שבקדשי מזבח אמרי' מסתמא בעין יפה הוא מקדיש משום דכתי' מבחר נדריכם כמ"ש רש"י ה"ן מסתמא אמרינן בעין יפה הקדיש לקיים דברי רז"ל דאסמכוה אכל חלב לה' ועוד דלא והיה אלא ספק איך נתכוון הנה בש"ע יו"ד סי' רנ"ט ס"ה פסק במי שיש בידו מעות והוא מסופק אם הם של צדקה חייב ליתן אותם לצדקה ועיקרו מהגמ"ר בב"ב משם א"ז ויליף לה מס' לקט לקט ואמת כי מור"ם שם פסק מתשו' הרשב"א במקדיש דבר בלשון שמסתפקים בו ומת שאין לידע כונתו שהיורשי' מוחזקים ותמה ע"ז הט"ז דמאי שנא מהך דסי' רנ"ח דפסק להחמיר בבעיא דאם יש יד לצדקה ותי' דמידי דאיהו ס' שא"א להתברר בשום פנים כהך דסי' רנ"ח שאפ"ל אם יאמר הוא להוצאה שלי נתכונתי נאמר דיש יד לצדקה והו"ל כפירש בזה נחמיר אבל בלשון מסופק שאם היה חי והיה אומר לכך נתכונתי היה מהימן הנכסים בחזקת היורשי' וממילא אין מחלוקת בין הגמ"ר להרשב"א אבל בחת"ס הבי"ד פת"ש שם סק"י מובן דפליגי וממילא יש לנו לפסוק בכל גוונא כהגמ"ר דפסק בש"ע כוותיה להחמיר ועוד י"ל דבנד"ז הכל מודים דגם לט"ז לא זוכה היורשי' רק במה שאם היה חי ואמר לכך נתכונתי היה נאמן ומשו"ה טענינן ליורשים משא"כ הכא שכתבנו שאם אמר בסתם אפ"ל חמר כן בפ"ל היה חייב רק אם ואמר שאמר בפ"ל דוקא קטן וכיון שתחנה אמר הדבר בפני עדים לא הוה

מהימן עד שיברר הדבר בעדים כיון דאיכא לברורי בעדים וכיון שכן עיין בכנה"ג בח"מ סי' ק"ח בהגה"ט אומ"ב וגם במט"ש שם סקל"ח משם כמה פוס' דלא טענינן ליתמי אלא מאי דמצי למטען אבוהון בלי ראייה ומעתה בנד"ז שאם היה חי והיה טוען סתם אמרתי היה חייב ליתן הגדול כמש"ל ואם אמר קטן אמרתי היה חייב לבררבעדיו כה"ג ל"ט ליורשי' וכ"ש שכ' כת"ר שהתו' יש לו ע"א שהמקדיש אמר בפ' שהקדיש שלישי מהגדולה וגם מדברי היורש שכתב כת"ר שאמר שלא בירר המקדיש ולא אמר ולא נתברר ש"מ שידע שהמקדיש אמר סתם ולא בירר וא"כ הדין בזה שזכה ההקדש בשלישי הגדולה ככל מ"ש.

ולשאלתו השנית אם מחוייב בן המקדיש לשלם ריוח המעות להקדש שעכבם מיום המכר עד היום ורמז למ"ש מור"ם בח"מ סי' קצ"ב במבטל כיסו של חברו הנה לכאורה יראה דאפי' הדיוט עם הדיוט כגו"ז שלא באו לידו לא בתורת מלוה ולא בתורת פקדון אלא מכר שלא ברשותם וגרע מפקדון ועכבם בידו ודאי דינו שלא להשתמש בהם ואם נשתמש כתב מור"ם סוף ההגה דמסתמא עסק בהם לצורך בעל הפקדון ואע"ג שהסמ"ע תמה דלא מצא דין זה בשום מקום עיון להט"ז שכתב שמצא מח' בזה בתשו' מהר"מ סי' ת"ר ומור"ם הכריע לפסוק כמזכים לבעל הפקדון ולפ"ז הנה בערי המערב עובדא דנא וכמור"ם פוס' כשלא גילה דעתו מרן והגם דהכא לפי טענתו לא הוה ידע שיש זכות להקדש וי"ל דלטובתו היה מתכוין מאן לימא לן דלא הוה ידע אלא שעתה נתחכם לעקור הדבר בשרשו ועוד דשליש בקטנה הוה ידע ומי יפטרנו וכ"ש דהכא מיירי בהקדש לענים ולת"ת ועיין להד"ן יו"ד סי' ג' דבמעות הקדש שהיו בידו ושלח בהם יד ונו"ן בהם יש מקום לחייבו בריוח שהרויח משום שלא ישתכר אדם מההקדש אע"ג דגבי פקדון וכו' זה נ"ל פשוט ועיין תשו' בע"ח יו"ד סי' קכ"ב שאלה ארוכה בלויים ממעות הקדש לת"ת שיש מהלויים טענו לפטור עצמם משום רבית ויש טוענים שלא ישלמו הקנס כי לא נתחייבו ע"ז בקנין ולטענת הכת הראשונה ביטל טענת רבית בהקדש ולשניה חייבם מחמת עכוב המעות בידם וכופין אותם שעברו על לא תמנע טוב ומשום לא תעשוק כמו שהוכיח מהפוס' וגם חייבים משום דד"ג שגרמו בעיכובם היזק להקדש ולמד כן מתשו' מהרשד"ם חח"מ סי' קע"ט וקפ"ג וכתב עוד שאם הרויחו הוא להקדש מדין מבטל כיסו של חברו והביא עדות מכמהרא"כ שראה לכמהר"א אסכנדרני ז"ל שזן כדינו גם מהר"ש אלגזי ז"ל הסכים שם וחייבם עש"ב ודב"ז לחייבו בריוח שהרויח בהם וע"ד הפרש הקמביו דב"ז אין דעתי להשיב עליו שבודאי כבר נפלו הפרשיות בזה בין הסוחרים והונהג איזה מנהג ביניהם ומ"ל ליכנס לתחום אחרים מה גם שהוא ים גדול בפוס' וכעת אין עתותי בידי והרוצה לראות אריכות בזה יעיין להגאון חק"ל ח"מ ח"א סי' קנ"ד ובמ"ב סי' ט' נפלאות מתורתו ואני זוכר שהסכמת הפוס' לפשר בזה ומ"מ נלע"ד לחלק בנד"ז לפי מש"ל מכנה"ג ומהרש"א ז"ל דעכוב מעות הקדש אית בהו דינא דגרמי ולא באנו לדון בזה אם שייך רבית בזה או"ל א"כ הנה בכנה"ג ח"מ סי' שפ"ו הגה"ט אול"ט כתב מהרדב"ז סי' קמ"ח שראובן שהי"ל סחורה ביד שמעון ואמ"ל תן לי סחורתו שאני רוצה למכרה ולא נתנה לו והוזלה והגיע זמן הסחורה ואם לא תמכר עתה הדבר ידוע שתרד ויוזל השער חייב לשלם ומהרש"ך ח"א סי' י"ח דפקיד שלא הוציא סחורה מהמכס והוזלה א"ח לשלם ואפ' דגם מהרש"ך ל"א אלא כשאין ברור

ההפסד מקודם ועיין להחק"ל סוס"י קנ"ד שכ"כ בפ"א כונת הכנה"ג לזווגם וא"כ מזה תלמוד לנד"ז בין אם היה ידוע מקודם ללא היה ידוע אע"ג שאמרו ז"ל עכוב מעות ההקדש הוי דד"ג להזיקו אבל מ"מ מצד זה אינו דד"ג אלא אם ידוע זהו מה שראיתי לכתוב בקצרה כי אין עתותי בידי להאריך כמו שביקש כת"ר וכת"ר יבחר ויקרב: סי' כ' לדידי חזי לי האי פס"ד דשדר לן מר הרב כמהרח"א הי"ו להציל המחלק נכסיו מחיים דלית ביה משום איעבורי אחסנתא ולא משום אין רו"ח נוחה הימנו וביקש לחו"ד בזה.

ואידי דערבים עלי דברי דוד אמרתי אבא הע"ר ברצוא ושוב א אייתי לן מר מ"ש מהרש"י ז"ל בב"ר פנ"ט אמ"ש וכל טיב אדוניו בידו זה דייתקי שהק' איך לא חש אאע"המהך דלא תהוי באיעבו"א ות' דל"א כן אלא בשכ"מ אבל מתנה כבריא לית לן בה וכן הביא מ"ש הרפ"מ ס' ע' דק"מ ע"ג וז"ל ועוד אפ"ל דאפי' במתנה מחיים איכא מ"ד דמקרי איעבו"א ע"כ ש"מ די"א דלא הוי איעבו"א ומזה נמשך מר לדון דגם במתנה מהיום ולאח"מ לרבוותא דדנים אותה דגופא קני מהיום ופירי לאח"מ ודלא כמהר"י בן הרא"ש והרשב"ש דס"ל דגם גופא לא קני היום ולא מהני אלא לענין שאינו יכול לחזור בו עיין שרש מחלוקת זה במקומו דלמ"ד דקני מהיום דאין בה משום איעבו"א ע"כ ואנכי לא ידעתי איך מילט מאיבו"א לסוברים דגופא קנה מהיום והלא גם לדידהו לא זכה בפירות מיהא אלא לאח"מ וא"כ לגבי הפירות הו"ל מתנת שכ"מ שבאה מכח צוואתו לאח"מ ובמתנת שכ"מ אין בה משום איעבו"א עוד ראיתי מדקדק על מהרש"י ז"ל אמאי לא ק"ל כן בכתוב דויתן כל אשר לו ליצחק דבשלמא על וכל טוב וכו' י"ל משום דבזמן ההוא לא היה כ"א ישמעאל שהוא בן השפחה והרמב"ם פסק בפ"א דה' נחלות ה"ז דבן השפחה אינו יורש עבור כן נתן ליצחק דהוא היורש לבדו וליכא אועבו"א אבל בויתן וכו' ולבני הפלגשים וכו' הוה ק' יותר וכן הק' בעיקר דינו דהא מסוגיא דכתובות דנ"ג מוכח דגם בכריא אית משום איעבו"א דר"פ איעסק לבריה בי אבא סוראה ויאודה בר מרימר לא בעא למיעל בהדיה ואמ"ל מאי דעתך אי משום דאמר שמואל לא תיהוי בי איעבו"א וכו' והתם אבא סוראה בריא הוה ולדידי אין קו' מכ"ז דמהרש"י ז"ל לא נתן רק ליישב המדרש דהחליט שהוא דייתקי אבל על הכתובים ידע דשערי תשו' לא ננעלו ליישבם בכמה אופנים והרי בויתן כל אשר לו ליצחק בב"ר אוקמה לאו במתנת ממון מיירי אלא בברכות שמסר לו הקב"ה אותם מסר לו ולבני הפילגשים שמות טומאה מסר להם וכן פירש"י בחומש ומ"ש דאהך דוכל טוב לק"מ משום שלא היה כ"א ישמעאל בן שפחה ולא יירש אעפ"י שמקצת דרשנים כתבו זה בדרך דרש אבל מהרש"י ז"ל ממאן בזה כי בב"ר סו"פ ט"ו עמ"ש כי לא יירש וכו' עם בני שאינו הגון כיצחק כתב הרב דזה ניחא דאין ראוי לירש בן האמה עם בן הגבירה דאין הדעת סובלתו דאין לומר מפני שהוא בן השפחה וולדה כמותה ולא מקרי זרע דודאי בשחרור וכתובה נישאת וכמ"ש לאשה ונא לפילגש (זה ק' למ"ש הטעם משום שהוא בן שפחה כנז') ע"כ ועיין לנח"י ז"ל אדרבה תמה אמאי לא וירש דאינו בן שפחה וכנז' ועל תמיהתו מהך דכתובות וכו' קמחא טחינא הוא זה אומר בכה להוכיח מזה דגם מחיים איתא ולעומתו ס"ל דליתא גם ברבני מערב תראה שבכרם חמר סי' קי"א ס"ל דאיתא ולזה תקנו דכל צוואה גם מחיים דלית בה דיין או שלוחו להוכיח ע"ז בטלה היא תבטל ואילו הרה"ג כמהר"פ בירדוגו ז"ל בספרו משפט"י ח"ב סי' רס"ח כתב דמחיים ליתא לאיעבו"א ע"ש וכמו כן יש

להעיר על הכנה"ג בהגהותיו לח"מ סי' רפ"ב כתב בפשיטות דמחיים אין בזה קפידא ואילו בתשו' בעי חיי ח"א דח"מ סוס"י קפ"ח שפך כאש חמתו על המחזיק או משיא עצה להעביר נחלה מהיורשים וקראו רשע וסתמא קאמר נראה אפי' מחיים ולענד"ן לתרץ בזה דאנה"ן כל הבא לצוות בהיותו בריא מדעת עצמו בלי שום התעוררות מאחר אין לו לחוש משום איעבו"א כי רשאי לעשות בשלו כרצונו ואם תמנעהו משום איעבו"א לא יהיה לדבר סוף וימנע גם במילי דמצוה וצדקה אבל אם דעתו אונה נוטה ובא אחר להשיאו עצה או לגרום לו באיזה ענין שיהיה להטותו להעביר ירושה ההוא לא טוב עשה וזה יראה ממ"ש שמואל לא תהוי בי אעבורי אחסנתא ולא אמר לא תעבור אחסנתא כי דב"ק הם לנוכח האמצעי הגורם למצוה ולא לבעל הנכסים עצמו ובזה מתיישב דברי הכנה"ג גם בזה מתישבת הסוגיית לסוברים דמחיים ליתא דאנה"ן דאבא סוראה גופיה רשאי להעניק לבתו מדעתו אבל יאודה ב"מ לא רצה ליכנס אולי לכבודו יוסיף ויהיה הוא גורם ואמ"ל ר"פ דכיון דהאב מצווה להעניק לבתו מרז"ל וכמ"ש ר' יוחנן אינך אתה הגורם וע"ז השיב לעשוויינהו נמי ומעלאי דידי היינו עשייה ונמצא אני גורם וכן י"ל עוד דס"ל ליב"מ נמי דבצוואה פשוטה רשאי כל אדם לעשות בשלו מרצונו אבל כגוןהא דנדוניית בתו מכח גזרת חכמים ולא ברצונו הוי כבע"כ ואיתא לאיעבורי אחסנתא וכמ"ש מי איכא מידי דאמ"ר ברתא לא תירות ואמרי רבנן דתירות ור"פ הביא לו מימרת ר' יוחנן דמפיק לה מקרא ועל המקרא אין לתמוה ואפ' דלזה נתכוון רש"י בד"ה האמר ר"י שסיים וילפי לה מקראי ע"כ ומה חידש אלא לעורר דכונת ר"פ כך היא שאחר שהילפותא היא מקרא ולא חדשוהו חז"ל תו אין להרהר עוד באופן שי"ל דמהסוגיא אין הכרח כ"ך דבכל צוואה מחיים איכא איעבו"א ודלא כמ"ש הבני חיי ז"ל בסי' רפ"ב לתמוה על הפ"מ הנז' מסוגיית הנז' דאין מי שיסבור דלית איעבו"א מחיים גם לפי האמור סרה קו' שם על הפ"מ בנדונו שצויה שיתנו לחנוך ע"מ שאם ימות בלי זש"ק שתחזור המתנה לשתי בנותיו ולא יתנו לאחותו דינה מאביו רק ב' אלפים לבנים וכו' וכתב הרפ"מ שבשירור זה של ב' אלפים יצא י"ח העברת נחלה מחנוך לאחותו ותמה הבנ"ח מה שייך איעבו"א ליעקב הנותן כי דינה אחות חנוך אינה יורשת שלו ולפי האמור דגם איש זר אם הוא גורם אית ביה משום איעבו"א נהי דאינה יורשת שלו מ"מ כיון שזיכה לחנוך ובדין הוא שתירשנו דינה והוא בתנאו גורם לה שלא תירש נכשל באעבו"א לולא השירור ממוצא דבר למדנו זכות לסוברים שסמך עליהם הרב הפוסק דבמתנת בריא ליתא לאיעבו"א ומה שהמשיך מזה לסוברים דגם במתנה מהיום ולאח"מ קנה מהיום אע"ג דהר"י בן הרא"ש והרשב"ש ס"ל דלא קנה מחיים וגם מהריט"ץ סי' נ"א חילק דלאחרים הוי כשכ"מ ולבניו הויא כמתנת בריא מ"מ עיין לחק"ל מ"ב ח"מ סי' ד' שהאריך להביא ראיות מקמאי ובתראי ובפרט מתשו' מרן ה' כתובה סי' ה' דס"ל דהוי כמתנת בריא ואפי' כוותיה נקטינן וה"ה הביא מפרה"א ח"ג דקמ"ד דהוי כבריא ובזה יישב מ"ש מהרש"י בפ' לך לך גבי הורקנוס שאמר לר"א כל נכסי נתונים לך דהיינו שזוכה לו מחיים וכתב הרב דהיינו מחיים ולאח"מ ע"כ וה"ה תמה עליו איך יפרש כן במהרש"י והלא מהרש"י בפנ"ט כתב להדיא דל"א איעבו"א אלא בשכ"מ או בבריא המקנה לאח"מ וכו' ולדבר הזה יסלח כי המעיין במהרש"י יראה דבתחי"ד הביא מ"ד דדינה כשכ"מ וע"ז קאי ואמר או בבריא המקנה לאח"מ לדידיה אבל אנה"ן לדידיה

יסבור דדינה כמתנת בריא ועפי"ז כתב הפרה"א שכן היה בהורקנוס וק"ל: אמנם בכ"ז עדין אין בו די להציל מס' האומרים דגם מחיים איכא אועבולי"א ובפרט דרבים וגדולים סל"ה הנה הרא"ש בכלליו ריש כלל פ"ד והטור בנו הביאה בח"מ ס' רפ"ד נשאל אם יש אופן להעביר נחלה משאר בניו ולהעמידה ביד בנו הגדול והביא מ"ש חז"ל הנותן נכסיו לאחרים והניח את בניו אין רו"ח נוחה הימנו ואפי' מברא בישא לברא טבא והמסייעו בזה מסייע ידי עו"ע ולא מצא תקון לעשות זה מחיים וכן מהרשד"מ ח"מ ס' שי"א בבחורה שנתנה במ"ב לאביה והניחה את בתה כתב שאין רו"ח נוחה הימנה והביא תשו' הרא"ש הנז' גם מהראנ"ח ח"א ס' קי"ח בנותן מתנת בריא כתב שאין רו"ח נוח"ה והוא איסור תורה וקרי ליה עבריינא גם מהרמ"פ ס' ס' כתב על הנותן במ"ב לשני אחיו ושייר מקצת לשלישי דמצוה להפך מחשבתו ורו"ל אמרו אין רו"ח נוח"ה וכ"ן ממ"ש תו' עה"ת בהך דאאע"ה דטעמו משום דהו"ל הוא וישמעאל גר שנתגירו הוא ובניו עמו דהמחזיר לו אין רו"ח נוח"ה גם הרא"ם תי' דשאני התם דכתי' כי ביצחק יקרא לך זרע ולא תי' כמהרש"י דמחיים ליתא משמע דלא סל"ה (והפלא על כנה"ג דלא נעלם כ"ז מענ"ק וכתב בפשיטות כמהר"ש יפה) וכ"ש במהיום ואח"מ דיש בה ס"ם להחמיר אולי הלכה דגם בבריא יש אעבולי"א ואת"ל דלא מ"מ במהיום ואח"מ אולי הלכה כסוברים דדינה כמתנת שכ"מ ואע"ג שכתבנו דלמרו"ס"ל דהויא כבריא הנה י"ס דעבדינן ס"ס נגד מרן אפי' להקל וכ"ש להחמיר: אלא דמ"מ יש להקל בנד"ז שיש שיור ליורשי' והגם דמהרמ"פ הנז' וגם מח"ס ח"מ ס' קנ"א נראה דגם שיור לא מהני הנה ה"ה הביא מהעטור דמהני וגם התשב"ץ ח"ג סוס"י קמ"ז כ"כ והרב בית דוד ח"מ ס' קל"ז הביא דברי העטור וכתב דכן נתפשט המנהג עפי"ז דגם החת"ס אעפ"י שפקפק בזה מסו' כתובות הנז' סיים דבשייר מנה יפה שרי להזדקק בצוואתו עוד הביא ה"ה שאם אין המצווה מכוין לנגד ליורשים רק מצד רחמנות עשה כן גם אם מתכוון להנאת עצמו כדי שיעשה לו הזוכה דברים שהטיל עליו לעשות נח"ר לנשמתו שאין חשש בזה דבר ה' בפיהו אמת שכ"כ הרב בית דוד ז"ל ואחריו החזיק מגן בזה הרב ב"ו עייאש ח"ב ס' ג"ן שהגם שכתב לדחות הך דמחיים ליכא משום איעבולי"א מ"מ העלה דכיון דאין כונת המקדיש להעביר נחלה אלא כונתו לעשות נח"ר לנשמתו אין בזה מיחוש דהנאת עצמו קודמת להנאת יורשיו ע"ש ומב' צדדים הללו שכעת לא ראינו חולק בהם הסכמנו עם ה"ה וצוי"מ: ס' כ"א עינא דשפיר חזי מלכים מתדיינים מאן מלכי רבנן דאתו ממערבא הי"ו בקונה בית ע"י סרסור דהיינו שנשתוה עם הסרסור בדמיה בסך תש"פ דורוס.

והסרסור הודיע למוכר שהוא בעיר אחרת ושלה שטר מכר כתחז"ל משמו על שם הקונה והסרסור נתנו לקונה וקבל דמי המקנה והקונה החזיק במקחו וסייד וצייר וכייר ואין פוצה פה. והן היום כאשר נתפשטה מלכות אדום בארצות ההם ונתיקרו הקרקעות יצא המוכר לטעון כי נודע לו שהקונה הנז' פייס לראובן שהיה מוסיף עליו לקנות הבית בסך עשרים דורו ולזה משך ידו ממנה והקונה מכחיש כי להד"מ והמוכר אומר שאעפ"י שלא היה הוא בעיר בן הסרסור שאל לקונה בעת ההיא אם אמת שפייס ראובן בדמים והשיבו לא ויש עדים כשרים שבעת המקח לא היתה שוה יותר מתש"פ דורו וע"ז ירדו מחוקקים בקולות וברקים זה אומר בכה וז"א בכה לבטל טענת המוכר ושאלו חו"ד בזה.

ויען כי לא פורש טענת המוכר במאי אתא עלה מוכרח לברר דלכל הצדדים אין חלות לטענתו הנז' א דאי משום אונאה מלבד דעדים מעידים שלא היה שוה יותר בשעת המקח ואין שם אונאה דאי משום שנתיקר השער אח"ך עד כדי אונאה או יותר עיין בסי' רכ"ז ס"ט דאפי' תוך זמן שיראה לתגר לא מצי הדר משום שינוי השער ומהרימ"ט חח"מ סי' י"ט כתב דאדרבא שינוי השער לגריעותא שאפי' היה שם אונאה בשעת המכר כיון שנשתנה השער טרם שיתבע תו לא מצי תבע ע"ש טעמו, ומלבד דגם לפי דבריו לא היתה האונאה יותר מעשרים צ'ורו שאם היה יותר לא היה נמנע ראובן מלהוסיף וזה הוי חלק מכ"ה בדמי המקח ורחוק מאד משתות, ומלבד שעבר זמן האונאה כמובן דהגם דקי"ל דמוכר חוזר באונאה לעולם אין זה כ"א בשאר דברים שאין מקחו בידו להראותו לתגר משא"כ בקרקע הגלוי לעין כל עיין בש"ע ס"ח, עלית על כולנה דקי"ל שם בסכ"ט דאין אונאה לקרקעות, והגם דהכא שיווי המקח היה בין המוכר והסרסור והתם קי"ל דגם בקרקעות שליח שטעה בכל שהוא בטל המקח הנה בסי' קפ"ב ס"ד פסק שאם לא יברר המשלח שהרשהו בסתם יכול הקונה לטעון שהרשהו בין לתקון בין לעוות ויהיו מעשיו קיימים וגדולה מזאת הגיה מור"ם בסי' קפ"ה ס"ה שאפי' הודה הסרסור שאמ"ל למכרו בסך קצוב יכול לטעון קנוניא עשו וע"ש בסמ"ע סקי"ב דלהרמב"ם צריך לחלק דדוקא בשליח בחנם יכו"ל לו שהורשה בין לתקון בין לעוות דמסתמא לא יקבל דוקא לתקון דמה לו ולצרה משא"כ בסרסור דבשכר אפשר דקבל, ולפ"ז ה"ן אם סרסור זה בחנם הוא דוקא שיוכ"ל ל כן אבל מתי' השני של סמ"ע נראה דדוקא כשהמשלח טוען שהתנה עם השליח למכור בסך קצוב הוא דלא יחזיר הלוקח משא"כ בסתם ובנד"ז הרי אינו טוען שקצב לו, ועוד הנה גם להרמב"ם מפורש שם בסי' קפ"ה דאם יש הכחשה בין מוכר לשליח דמוכר אומר בק' אמרתי לך למכור והשליח אומר בחמשים שיטילו חרם על מי שאמר בן' או שרצה בחמשים וחזר בו וכו' משמע שאם הודה שהודיעו השליח שעבר ע"ד ומכר בן' ורצה שוב אינו חוזר והכא הרי מפורש בשאלה שאחר השינוי הודיעו ורצה וכתב שטר מכר ואיך יחזור, ודי והותר לבטלהאונאה, ב מה שרצו הרבנים הפוס' הי"ו להליץ בטענת המוכר משום אומד"ד דאדעתא דהכי לא זבין ממ"ש מור"ם בסי' ר"ז בהגה ובטלוח מכח תמיהתם על מור"ם דמעולם לא נשמע בשום פוסק דהאומדנא מבטלת המקח וכו' לא דקדקו יפה בזה דלהדיא כתבו התו' והרא"ש דאומד"ד מבטלת המקח עיין בב"י אלא שתמה על הרא"ש בזבין ולא אצטריכו ליה זוזי דבפסקים לא חשיב לה אומדנא שתבטל המקח רק כשגילה דעתו ובתשו' כתב להיפך אבל עיקר הביטול בזה דכיון דאונאה זאת היא חלק מכ"ה הוי אומדנא להיפך דאפי' אי ידע לא היה חוזר כיון שחז"ל אמדו דבפחות משתות מסתמא מחיל.

וכ"ש דלו יהי אלא ספק אומדנא כיון שהמקח ברור והאומדנא ספק כבר הוכיח בני משה שלטון בסי' ל"ז מהרא"ש בפ' מי שמת אהך דמי שנתן כל נכסיו ועמד אינו חוזר ומתשו' הכרם להרשב"א שהביא ב"י בסי' כ"ט דבכגו"ד ארעא היכא דקיימא תיקום ע"ש, ועוד דלעד"ן מדברי הפוס' שאין האומדנא מבטלת מקח הקרקע אלא כשאומדין דאילו הוה ידע לא הוה מזבין כלל כהך דזבין אדעתא למיסק לא"י וזבין ולא אצטריכו ליה זוזי ומי שנתן נכסיו ונודע שיש לו בן ודכוותיהו ע"ע אבל כגון נד"ז דהאומדנא היא אילו ידע לא הוה זבין בהכי אלא בהכי אין זה כ"א תביעת אונאה והרי אין אונאה לקרקעות.

(מדברי החו"י סי' ס"ט נראה הפך והוא פלא) והרי בטל גם האומדנא כבטול האונאה ועוד טעם שוה לפניהם כיון דמסתמא שמע זאת ושתיק עד האינדנא הנה בסי' רכ"ז ס"ח גבי מוכר דלעולם חוזר מ"מ כתוב שם דאם ידע שטעה ולא תבע אינו חוזר לתבוע שהרי מחל וכ"כ מור"ם שם בס"ז בידע שנתאנה ושתיק ע"ש וכבר זכר מזה הרה"פ הי"ו.

ג ואם יטעון המוכר דכ"ז ניחא אם היה טועה ממילא אבל השתא דבאה הטעות מכח אחר שפייס לראובן כנז' הו"ל מקח טעות וחוזר וה"ז דומה למה שהביא הב"י בח"מ סי' ס"ו מחו' ט"ו תשו' הרא"ש דראובן נתן שט"ח לשמעון לגבותו מגוי וגבאו ושיקר לראובן שהרחיב הזמן לגוי עד שני חדשים ולכן תמורת זה זיכה לו שמעון שטר אחר בכתו"מ וכשנודע לראובן שקרו רצה לחזור ודן הרא"ש דאינו יכול לחזור ותמה הב"י ז"ל דכיון שכבר גבה זכה ראובן באותן מעות ושלו הן ובשביל ששמעון הטעהו לא הפסיד זכותו ע"כ והב"ח יישב תשו' הרא"ש דגם הוא מודה בזה ע"ש אף אנו נשיב דאי מהא לא ארייא דמלבד דהתם הטעם מפני שכבר זכה ראובן והכא ראובן שהוסיף במקנה כל שלא גמר ופרע אכתי לא זכה המוכר עוד בה דהתם שמעון הטעה לראובן מפיו לפיו והכא הקונה לא דיבר עם המוכר מאומה וגדולה מזו כתב הסמ"ע בסי' של"ב סק"י בהטעו פועלים לבעה"ב או להפך דדוקא באמ"ל כמו שעשו חביריכם וכיוצא דתלה השכי' באחרים אז הוי כאילו לא שכרו זא"ז משא"כ באמ"ל בעה"ב בד' ואמ"ל איהו בג' כיון דלא תלה באחרים אינו נותן רק ג' ע"ש, ובזה ניחא נמי הך דנו"ן באמונה דקי"ל בסי' רכ"ז דאין ב אונאה וכתב מהרשד"ם בח"מ סי' תל"ג דאם נמצא ששקר ענה יש לו אונאה, והך נמי דסכ"ה בלוקח ומוכר שנשתוו לגמור המקח עפ"י שומת לוי ושם להם דיש בו דין אונאה, דהתם נמי שאני דהיתה הטעות מפי המטעה לאזן המוטעה משא"כ הכא ואף שהוזכר בשאלה כי בן הסרסיר שאל ללוקח ע"ז וכיחש בו ונאמר דהוי כמותו (שאינן האמת כן) מ"מ הנה מהך דשם לוי וממ"ש מהרשד"ם בנו"ן באמונה גם אם נאמר דנד"ז דומה הרי לא אמרו רק דיש לו אונאה והכא בקרקע מיירי דאין לו אונאה, ומהך שהקשה הב"י אהרא"ש נמי לאו תברא, דלדבריו ולדברי הב"ח ז"ל דגם הרא"ש מודה דבאותה הטעאה בטל חליפי השטר ואינו די במה שיתן לו האונאה שאינהו בזה קשה מאי שנא מהך דהרא"ש בשם לוי שכתב דדי בהחזרת אונאה וכן בנו"ן באמונה ונמצא שקרן דדוקא האונאה מחזיר, ומוכרח לתרץ דשאני אינך שאינו כ"ך הטעאה דבשיווי המקח לא כל הדעות שוות ואפשר דהקונה גם אם היה יודע ההטעאה היה מקבל והשתא הוא דקהדר לפיכך אין לו כ"א אונאה שזכתה לו תורה אף בקנה מדעתו משא"כ בהך טעות שלא ידע שכבר גבה וזכה הוא ס"ל לב"י דאנ"ס ואומד"ד שאם היה יודעלא היה מפסיד זכותו בשום אופן ועיין למור"ם בד"מ סי' ר"ז שהביא קו' הב"י הנז' וכתב ולי נראה כהרא"ש אם לא שיש אומד"ד שבלא הטעהו שמעון לא היה ראובן מחליף ע"ש הרי גם הוא ז"ל מודה דאם יש אומד"ד דההטעאה גרמה לו להחליף מתבטלין מעשיו אלא דלדעת הב"י יש אומד"ד מגוף המעשה עצמו ולהד"מ ס"ל דאין זה אומד"ד כי אפשר שהיה מחליף גם אם ידע מאיזה סבה זולת אם יש אומדנא מבחוץ דאילו ידע לא היה מחליף ובזה א"ש מ"ש מהריק"ש בסי' קפ"ב וז"ל ראובן שהיה לו סחורה ונתן לו לוי ערך בה והלך להתיעץ עם שמעון שהוא אהובו ואמ"ל טוב שתמכור אח"כ נתגלה שלוי אין לו חפץ בה ושמעון הוא הקונה ופסק דהמקח בטל ע"ש והרב שולחנו של



אברהם בסי' קכ"ט כתב דזה חולק על תשו' הרא"ש כלל ק"מ בנמלך עם שמעון על שיווי החפץ שהיה רוצה לקנות ואמ"ל טוב ואח"ך נודע שהוא של שמעון וחיבו הרא"ש להחזיר האונאה בלוקח מהתגר אבל בלוקח מבעה"ב אין לו אונאה ע"כ ודקדק הרב שש"א דאי ההטעאה מבטלת המקח גם בבעה"ב תבטל אלא ש"מ דהרא"ש סובר דאינה מבטלת נגד דעת מהריק"ש ולפי האמור ניהא דבשלמא הנמלך עם אדם מן השוק ליכא אומדנא דאלולי עצתו לא היה קונה דאמרינן ליה לא איבעי לך לאסמוכי עילויה משא"ך בנדון מהריק"ש שדקדק לכתוב שמעון הוא אהובו ולמאי נפק"מ אלא לומר דבשביל שהוא אהובו סמך עליו והוי אומד"ד דלולא הוא לא היה סומך לפיכך כשנודע לו דלעצמו קונה ורימהו בטל המקח ועיין במשכה"ר מע' ממ אוק"ה בנדונו שהטעה הסרסור לקונה בשיווי המקח דעלה במחשבה תחלה דהמקח קיים לולא דעדיין לא פרע הלוקח דמי המקנה וכמ"ש החו"י ז"ל בסי' ס"ט ומינה דבנד"ז ג"ך המקח קיים וגם ראינו את הלח"ש אשר הביאו הרה"פ בצפרו יע"א דמיונות מרבנן בתראי ז"ל לקיים המקח איחשר מייליהו: ד ואי טענת המוכר משום שעשה הלוקח קנוניא עם ראובן לחוב למוכר.

דב"ז שרשו פתוח למאי דתנן בערכין דכ"ג דהמקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה כשיגרשנה ידירנה הנאה וכן לערב לאשה בכתובתה ועיין פירש"י שידירנה משום דשמא קנוניא עשה על ההקדש והערב שתגבה כתו' מהם ויחזירנה ושם בש"ס אסיק דבלוקח לא חששו להדירה דבשלמא בהקדש חששו משו' ריוח הקד' ובערב משו' דמצוה קעביד ולא מידי חסרה משא"ך בלוקח דידע דכל חד יש עליו כתובה אמאי ניזיל ונזבון איהו הוא דאפסיד אנפשיה ע"ש ועוד איתא התם דמשה בר עצרי ערבא דכלתיה בכתובה הוה ומפני דוחק רב הונא בריה אמר אביי להשיאו עצה לר"ה לגרש אשתו עד שתגבה כתובתה מאכובה ויחזירנה והק' והאנן תנן ידירנה ותי' אטו כל דמגרש בבי דינא קא מגרש ע"ש ומסוגיא משמע דדוקא בהקדש וערב מטעמייהו ניחוש לבטל הקנוניא משא"ך בשאר מילי ובהקדש ערב נמי דוקא לכתחלה אבל כשכבר יצאה הקנוניא לפועל און מבטלין דאלת"ה מה השיב בש"ס אטו כל דמגרש בב"ד וכו' אנה"ן ומ"מ הכח בדינו להוציא ממנו הכתובה כשיחזיר האשה ולתתה לערב א"ו דאין אחר המעשה כלום וא"כ בנד"ז דל"ש טעם הקדש וערב וגם כבר נגמר המקח שהמעשה יהיה קיים וכעין זה מצאנו להרדב"ז בישנות סי' רנ"ד במי שקבל לזון את בת אשתו וכו' כל עוד שהוא נשוי עם אמה ובא הוא ואשתו לב"ד לגרש את אשתו ולהחזירה כדי שיתבטל התנאי ההוא ויליף מדברי הרשב"א בחדושו דמצי למעבד הכי כהך דבן לוי שמכר שדהו ע"מ שמעש"ר יהיה שלו כ"ז ששדה זו בידו ואמרינן מכרה לאחר וחזר ולקחה ממנו אין לו עליו כלום ושוב נסתפק דאולי השתא שבאו לעשות קנוניא לחוב לבת אין שומעין להם ומסיק דמצו עבדי ע"ש ומשמע דגם לכתחלה אין מונעין אותם ומינה לנד"ז במכ"ש שכבר עשה אלא שהחק"ל ז"ל בח"ב ליו"ד דע"ט תמה דזה הוי הפך מתשו' הרשב"א ז"ל בח"א סי' תתקס"ג שכתב על מי שכתב שיוור לאשתו וגרשה ביום שנשאת והחזירה דלא אהנו מעשיו לבטל תנאים הראשונים מג' טעמי והטעם האחרון הוא מפני שזה מערים היה ושוה"ד ב"ד מחייבין אותו וכו' שלא מדין שאר בני אדם כעובדא דמרי בר איסק הכי דימהן לך ולכל אלמי דכוותך וכו' ע"כ ושוב תמה על הרשב"א מהך סוגיא דמוכח דגם בקנוניא אי עבד עבד ובפרט בלוקח אפי' לכתחלה והצ"ע ואסיק דמידי

פלוגתא בין הרשב"א והרדב"ז לא נפיק והביא דברי בארות המים דקל"ד שדן כהרשב"א מבלי שיזכיר מח' זו ע"ש ובתחלה לעד"ן לישב דברי מני"ר הרשב"א ז"ל דהא ודאי ס"ל דמן הדין גם בקנוניא אהנו מעשיו וכמ"ש בחדושו גבי הך דקבל לזון בת אשתו אלא דעכ"ז דק ואשכח בסוגיית דערכין דהגם דמוכחא דאי עבד מהני עכ"פ בערב דמצוה עביד ראו לקנסו שידירנה ולזה ראה גם הוא גבי שיוור שקרובי האשה מצוה עבדי להעניק לה נדוניא ולא מידי חסריה שראוי לקנס לבטל קנוניתו אלא דהתם כיון דסתמא מאן דמגרש בב"ד קא מגרש ומלתא דלא שכיחא היא שיגרש חוץ לב"ד לזה קבעו הקנס בעת גבית כתובה בב"ד ולמאן דלא גבייא בב"ד לא חשו למיעוטא אבל הכא א"א לקנס רק בעת מיתת האשה בלא זש"ק ולא קודם דאז יצאה הקנוניא לפעולות ולזה קנסו בעת ההיא והרדב"ז נמי מוכרח דמודה להרשב"א דמטעם קנס תבטל הקנוניא וכמ"ש בח"ב סי' תתל"ז בנתחייב לאשתו שלא ליש"א אחרת עליה וגרשה והחזירה לבטל התנאי ההוא וכתב שאין לו רשות ליש"א כ"א מדעתה שלא ילמדו לעשות כן וכו' ע"ש אלא דכלל הוא דכל הנעשית הקנוניא בשבילו דמי לערב דמצוה קא עביד מבטלים אותה קנוניא משום קנס וכמ"ש להך דהרשב"א דקרובי האשה עשו מצוה להעניק הנדוניא וה"ן בהך דח"ב דהרדב"ז אתתא מצוה קא עבדה להיות לאיש לעזרו על פו"ר הגם דאיהי לא מפקדא משא"ך בהך דח"א הבת שנעשית עליה הקנוניא וגם כן לוי שמכר מאי מצוה דעבדי ואי משום אם הבת הרי היא עצמה הסכימה עם בעלה מרצונה לעשות הקנוניא ולפ"ז אין מחלוקת בין ההרים הגדולים ז"ל ולדברי הכל בנד"ז דדמי ללוקח מפני שהי"ל לדעת דכל קונה מחזור להוזיל המקח באיזה אופן ומדלא חקר אחריו איהו אפסיד אנפשיה ואין לו דמיון לערב ולהקדש כלל אין לבטל קנוניתו לא מן הדין ולא מתורת קנס.

ה ומה שראוי לחקור בזה לכאורה הוא אי מחוייב הקונה משום גרמא בנזקין שגרם להפסידו התוספת שהיה ראוי להוסיף לו ראובן אלא שענין זה הוא ארוך מאד מים עמוקים ומי שירצה לעיון בקצות דרכיו למסקנא דהלכתא לדין עיין במ"ש בספרי יש מאין ח"א סי' ל"ח דמר"ן ז"ל דאתכא דידיה סמכינן ס"ל כמ"ש התו' בפ' לא יחפור דר"י חילק בין דינא דגרמי דחייב לגרמא בנזקין דפטור דד"ג הוא כשהוא עושה היזק בעצמו לממון חבירו ולמד מזה מרן באב"ק ר סי' פ"ז דהמלמד לאחר למאן דפטור גם אינו חייב רק כשבשעת מעשה בא ההיזק ובריא היזקא עש"ב ומינה לנד"ז דהוא לימד לאחר למשוך ידו וגם אינו בריא הזיקא דאולי יחזור ראובן להוסיף ויחזיר נו מעות שנתן לו וגם בשעת מתן השוחד לא בא ההיזק דאולי יבא אחר חוץ משניהם להוסיף וגם יש בכאן שזה נתכוון בתו הפיוס בעבור טובת עצמו ושם הובא דדעת מרן במתכוין להנאתו דפטור מגרמא וכל הני טעמי שייכי הכא ומכל האמור יצא הקונה זכאי בדינו כמ"ש הרה"פ המה בחכמתם אשרי יולדתם מלמד שהלכה כמותם.

ולא היה הדבר צריך לאמרו כי דין זה פשוט כביעתא בכותחא ורק לעשות רצונם חפצנו וצויה"מ ויורנו מתורתו נפלאות דברי החו"פ עה"ק טבריא חי' בטבת התרע"ד. סי' כ"ב ראובן שו"ב ובנו מלמד בעיר אחת בסך קצוב לכל חדש בלתי זמן מוגבל ויהי היום הודיעו לק"ק הי"ו שמהיום עד שני חדשים ויש להם זמן לבקש שו"ב ומלמד אחרים ואם לאו הם לא ישרתו להבא רק בתוספת כו"ך לכל חדש והדביקו ניירות בזה בבהכנ"ס

והק"ק לא הזמינו זולתם בסוף השני חדשים וראובן ובנו משכו עבודתם בסתם עוד חדש אחד ובסוף החדש בקשו שכירותם עם התוס' הנז' והגבאי לא רצה לשלם להם התוס' ולכן בטלו מעבודתם איזה ימים עד שיפייסום הק"ק להמשיך להם הזמן עד שימצאו שו"ב ומלמדאחרים וע"ד התוס' יעמדו למשפט וכאשר יצא הדין על החדש הראשון כן יקום על שאר החדשים וכן עשו עד שמצאו זולתם ועתה שואלים הלכו מה הדין נותן.

ואען ואומר הנה לכאורה נראה דאין לשו"ב ובנו שום תוס' כיון שהק"ק לא הודו להם בה בפ"י ול"מ על החדש הראשון שלא פייסום אלא הם מעצמם משכו עבודתם בסתם די"ל אדעתא דתנאה קמא משכו וכמ"ש מור"ם בהגה סי' קס"ג ס"ה ובסי' של"ג ס"ח ואע"ג דסיים שם אבל אם עמד עמהן בשתיקה ל"א דנשאר על תנאו הראשון היינו לגריעותא דפועל לחסר מזכויותיו שהיו לו מקודם אבל לא למעליות' לחדש עליהם מה שלא היה לו וע"ש בש"ך דגם בזה הק' על ההגה דגם בשתיקה י"ל דאדעתא דתנאים הראשונים ואין לדייק דין מור"ם מהריב"ש ומהריק"ו זולת אם הסברא היא מבחוץ דכיון ששתקו הקהל ולא השכירוהו הו"ל כש"ץ בלא קציצה וכתב דלפ"ז גם שכירות לא ישלמו לו כראשונה רק כפחות שבפועלים עש"ב ולפ"ז בנד"ז דהק"ק לא הודו להם והם משכו בשתיקה נראה דאין להם תוספת וכן יש ללמוד מדברי הט"ז ז"ל בהגהה דסי' רכ"א שפי' כן שאם קצצו ביניהם לוקח ומוכר דמי החפץ וחזר אחד מהקציצה והשני לא גילה דעתו רק שתק והחזר מעצמו קיים המקח אמרי' דאדעתא דקציצה ראשונה קיים וה"ן דכוותה.

אלא גם על שאר החדשים שבטלו ופייסום בסתם יראה לכאורה דאדעתא דתנאה קמא פייסום והוא ממ"ש בב"מ דע"ז ופסקוה הפוס' בח"מ סי' של"ב ס"ה דבע"ה ששכר פועלים בסך ידוע ונתייקרה המלאכה והפועלים הראו לו פנים זועפות ופייסם בדברים אינם יכולים לומר לא נתפייסנו אלא ע"ד שתוסיף על שכרנו כפי היוקר שהוא ישיב לא פייסתי אתכם אלא ע"ד שאוסיף לכם אכילה ושתיה וכן עשיתי ע"כ זה היה נראה לכאורה.

אבל אחר הישוב יש להפך בזכות ראובן ובנו מהתוספתא דפסקו הפוס' באה"ע סי' כ"ט ובח"מ סי' רכ"א דהמבקש לקנות דבר מחבירו וז"א במנה וז"א במאתים והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ נתקבצו ומשך סתם אם הלוקח הוא שתבע יעשה כדברי מוכר ואם להפך להפך וזה לכאורה הוא סותר להך דבב"מ הנז' אבל מצאנו לרבנן קמאי עמדו בזה הוב"ד בש"מ למציעא על דע"ז הנז' די"א דוקא כשלא פי' הפועלים וכו' אבל פירשו ואמרו אין אנו עושים עמך אלא בכו"ך וזה בא ופייסם ע"ד תוספתא שאמרו פייסם וכמ"ש בתוספתא וזה דעת רבו של הריטב"א ג"כ אבל הרמב"ן והרשב"א והתו' שם הבי"ד דשאני פועלים דכיון דמעיקרא אגרינהו וכי הדרי בהו אית ליה תרעומת עלייהו כי פייסנהו ואיפייסו אדעתא דתנאה קמא איפייסו ע"ש ובנמק"י פ' האומנים הבי"ד הרמב"ן בשם האחרונים שכ"כ משם הרמב"ן ז"ל והשתא הנה לי"א קמא החילוק הוא בין התוספתא להך דפועלים בין פירשו סכום התוס' להדרו בהו סתם ולא שני להו בין היכא שיש תרעומת ללא יש אלא כל שפירשו אפי' יש תרעומת ואח"ך נתפייסו אדעתא דידהו נתפייסו אבל להרמב"ן ודעמיה כל שיש תרעומת אפי' פירשו ואח"ך חזרו בסתם

אמרי' אתנאה קמא נתפייסו ולדעת כמאן הלכתא הנה מרן לא גילה דעתו רק בב"י סי' של"ב כתב ועיין בנמק"י מ"ש בשם האחרונים ובש"ע סתם הדברים רק מור"ם בהגה שם הוא שכתב דברי הנמק"י בשם יש מחלקים ובסי' רכ"א הביאם בסתם ומ"מ מדלא אשמועינן מרן רבותא לומר דגם בפירש להדיא ואח"כ נתפייס דאדעתא דתנאה קמא נתפייס יראה דס"ל דאין החילוק תלוי רק בחזר סתם או פירש להדיא הסכום בחזרתו וכן יראה שכן הבין בו מור"ם מדכתב ההגה בלשון ויש מחלקים כלומר דסתם מרן משמע דלא מחלק בין יש תרעומת ללא יש רק בין פירש ללא פירש אבל יש מחלקים וכו' ואם כנים אנו בזה הרי ראובן ובנו יש להם לישען טל מרן ז"ל דאתכא דידיה סמכינן וס"ל דכל שפירשו כמה הוא הסכום אף שחזרו ונתפייסו אדעתא דבקשתם נתפייסו.

ומ"מ עדיין לבי נוקפי כיון שמרן לא גילה דעתו בהדיא בזה ומור"ם כתב בסתם בסי' רכ"א כהנמק"י ומה גם דהתם לכאורה נראה דגבי מקח וממכר לא יש תרעומת על החוזר ועכ"ז פסק דכשנתפייס אדעתא דקציצה הראשונה נתפייס אלא דלזה מצאתי להקצה"ח שם שהעיר בזה וכתב דהתם נמי איכא תרעומת כיון דבסי' ר"ד קי"ל בדברים נמי איכא משום מחוסרי אמנה וכתב שם מור"ם דאפי' בתרי תרעי נמי איכא והניח שם בצ"ע מ"ש הב"ש באה"ע סי' כ"ט וכ"ך בה"י ז"ל דגם בתנאי שבין איש לאשה אם היתה בתחלה קציצה ביניהם וחזר ממנה אחד מהם והדר איפייס בסתם דאדעתא דקציצה איפייס דהתם מאי תרעומת איכא ולע"ד דגם התם יש תרעומת גדולה על החוזר דחבירו מתבייש עד שמכח זה הוציאו דין קנס השדוכין מדין אסמכתא באה"ע סי' נו"ן ובח"מ סי' ר"ז ומהריק"ו בשו"כ כ"ט כתב דהיה נ"ל לחייב קנס לחוזר משדוכין גם בלא קנין משום בשת ועיין בהאיש מקדש דהאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה והלך וקדשה לעצמו שנהג בו מנהג רמאות וכ"ש כשנתרצית היא או הוא דודאי אם חזרו מנהג רמאות הוא ומאי תרעומת גדולה מזו איכא ועכ"פ כשיש תרעומת על החוזר נראה הסכמת האחרונים דאדעתא דקציצה קמייתא איפייס וחובה עלינו לצאת י"ח מסברתם והגם דבסי' של"ג גבי דבר האבד דקי"ל בין פועל בן קבלן שוכר עליהן או מטען כתב מור"ם שם דאם מצא פועלים אחרים לשכור והטעה את אלו נותן להם כפי מה שפסק להם באחרונה ואף דמ"מ יש עליהם תרעומת בחזרתן ואמאי כבר נתעורר בזה הש"ך ז"ל סק"ל ותי' ע"ש ובקצה"ח ונה"מ ז"ל כתבו עליו דמעיקרא אין שם סתירה דשאני הך דהטען שלא פייסן בסתם אלא ביאר להם הסכום שיוסיף להם דבהא גם הנמק"י מודה ע"ש ובנד"ז לא שייכו תי' הש"ך ולא תירוצם ז"ל והדר דינא א"כ דלס' מור"ם והאחרונים אין לראובן ובנו רק כקציצה הראשונה.

לכן מצאתי להם תרופה ממקום אחר והוא דהרמב"ן וכל הנמשכים אחריו ז"ל לא אמרו דאדעתא דקציצה קמייתא איפייסו רק כשיש תרעומת על החוזר וכמש"ל וגבי פועל ל"ש תרעומת רק כשהוא שכיר יום או חדש וכו' כלומר לזמן קצוב וכן לפעולה מיוחדת לגמרה וחזר בתוך הזמן או בתוך הפעולה דאז גם דמצד הדין יוכל לחזור מ"מ יש לו עליו תרעומת מצד הדין אבל הכא דלא הושכר ראובן ובנו רק בסתם לכל חדש שירצו לעמוד שם ולא לזמן מוגבל אין זה עדיף ממ"ש בסי' שי"ב ס"ה במשכיר בית לחבירו סתם שצריך להודיעו שלשים יום מקודם ואחר ל"י פשיטא דיכול להוציאו וכן השוכר יכול לצאת ואין שם שום תרעומת והכא בנד"ז הרי הודיעום טרם שני חדשים ואמרו

שבקשו להביא זולתם אנא שלא מצאו ומה נשאר תרעומת על ראובן ובנו וא"כ בקשתם התוספת על להבא הוי שכירות חדשה כי הקצבה הראשונה אזדא לה וא"כ אפי' אם היו הק"ק מגלים דעתם בפ"י לומר דוקא כו"ך נתן וראובן ובנו אמרו כו"ך נקח והלכו להם ובאו הק"ק ופייסום אח"ך ודאי דאדעתא דראובן ובנו נתפייסו וחייבים להם התוס' כהך דסי' רכ"א ז"א בק' וכו' וכ"ש דהק"ק לא גילו כמה ותנו להם רק שפייסום בשתיקה ונדבר מזה לקמן בע"ה ונראה דזהו דעת הרב מהרי"ע ז"ל הוב"ד ביוסף אומץ להגאון חיד"א ז"ל בסי' ק"ד בפאטו"ר שהיה בינו ובין הסוחר שטר לקבל שכי' ב' לק' ואח"ך הודיעו שמכאן ולהכא לא ישרת רק בג' לק' והסותר שתק ולא השיבו על המכתב רק שלח לו סחורה בסתם וכתב הרב דכיון דהפאטור גילה דעתו בסך פ' ושלח לו בסתם חייב ניתן לו דענין השטר שביניהם לא נשתעבד לו כל ימיו בשיעור זה אלא דכשימכור יטול ב' לק' אבל מקמי דליפתח וימכור הסחורה יכול להקנות מחדש כמו שירצה וכו' וכיון שהודיעו ואח"כ שלח לו נכסים יטול כדבריו ע"ש והוא פלא איך לא נרגש מס' הרמב"ן ז"ל אלא דפשיט"ל דלא דיבר בזה כיון שאינו מושכר לו לזמן קצוב כל שעתא זמניה לבטל בלי שום תרעומת ולזה דן בפשיטות דכששלח לו סתם יטול כדבריו והגם שהגאון המחבר ז"ל הבי"ד הנמק"י וכתב לחלק דשאנ"ה דהיו פנים בפנים ונתפייס החוזר לז"א דאקציצה ראשונה איפייס משא"ך הכא דהיו בב' עיירות ומי פייסו י"ל דלא הוצרך הרב לזה רק משום דהיה ביניהם שטר ועדיין לא נקרע דאז אם היה מפייסו נימא דאדכתיב בשטרא איפייס אבל בנד"ז יודה הרב דהגם דפייסום כיון שאין שום תרעומת אדעתא דתנאייהו איפייסו אלא דנראה דכ"ז לא יגהה מזור לפי מש"ל בריש אמ"ר והוכחנו דעל חדשהא' שהק"ק לא פייסו אותם והם משכו בשירותם מעצמם שהם פטורים מהתוספת וכיון שבעת שפייסום על שאר החדשים אמ"ל בפ"י שהם מפייסים אותם אדעתא דכמו שהדי"ן בחדש הראשון כן יקבלו על אותם החדשים וראובן ובנו סברו וקבילו ועתה קם דינא דעל החדש הראשון פטורים ונמצא גם אם יטענו ראובן ובנו דקבלתם זה היתה בטעות שסברו שהדין עמהם מ"מ צריך להאריך בזה אי הוי מחילה בטעות כה"ג ואי הויא מחילה או לא אמנם אחר העיון נראה דאין אנו צריכים לכ"ז וגם על החדש הראשון הם חייבים בתוס' ומ"ש מור"ם בסי' של"ג דעל תנאי הראשון המשיך הזמן והש"ך חידש כונתו דשכי' גופה לא יקבל אלא כפחות שבפועלים היינו דוקא כשהמשיך הזמן בלתי גילוי דעתו לשינוי אבל הכא שכתבנו דקציצה הראשונה אזדא לה מבלי תרעומת וראובן ובנו טרם שימשיכו הזמן גילו דעתם שאינם מחדשים העבודה רק בסכום כו"ך והם שתקו הדי"ן לחייבם לשלם להם כמו שהתנו דשתיקת הק"ק כהודאה דמייא ודב"ז מפורש יוצא בתורת מהרש"ך ז"ל ח"א סי' ס"ט על ראובן שאמר לשמעון לקנות ללוי סחורה וטרם שהלך שמעון לקנות הראה לראובן כתב מיאודה אליו שמצוהו לקנות לו סחורות בסך ה' לק' וראובן שתק והלך שמעון וקנה ולא רצו לפרוע לו ה' לק' רק כמו שלוקחים אחרים והרז"ל צידד מאיזה מניעה לא פרעו דאי משום דלא נטל קנין הוכיח דהיכא דמפסיד הפועל ממקום אחר ואפי' אם אינו מפסיד אם רגילות לשלם בזה על עסק זה א"ץ קנין וכו' ואי משום דלא קבל הה' לק' בפ"י רק שתק אין זו טענה כלל דשתיקה מהניא לכל מילי דקי"ל המודה לחבירו בפ"ע ואמר התובע הוו עליו עדים ושתק מהני כאילו אמר כן בפ"י וגדולה מזו כתב המרדכי

דאדם שהתנה למלמד ללמד בן חבירו בפני אבי הבן ושתק שתי' כהודאה דמייא וחייב אבי הבן ע"כ ודון מינה הכא שטרם שיתחילו לשרת גילו דעתם כמה הוא שכרם ואינו גוזמא דהרי שו"ב ומלמדים כמותם נוטלים גם יותר מסך ששאלו הם ולא היה הדבר צריך קנין אם קבלו הק"ק א"כ השתא נמי ששתקו והניחום למשוך עבודתם שתיקתם כהודאה דמייא ומש"ל משם הט"ז דאם היתה קציצה ביניהם וחזר אחד ואח"כ הוא עצמו משך דאדעתא דקציצה משך הגם דשכנגדו שתק דאל"ך מאי חדושא דהיתה קציצה והלא אפ"י ז"א בק' וז"א בק"ק התובע הרבה יעשה כדברי השני כדי שלא יהיה סותר למ"ש מהרש"ך י"ל דהתם שאני דהיתה קצוצה מתחלה ויש תרעומת משא"כ בנדון מהרש"ך וגם בנד"ד דכתבנו דנתבטלה הקציצה הראשונה וכאילו לא היתה אז כשגילה זה דעתו והשני שתק אמרינן כהודאה דמייא ובר מן דין נלע"ד דבנד"ז אפ"י אם היו מגלים דעתם הק"ק שלא יעשו רק כקציצה הראשונה דהוי דומייא ממש דהתוס' ז"א במנה וז"א בק"ק דהדין הוא דהתובע יעשה כדברי השני הכא התובעים גם בחדש הראשון הם הק"ק דהא השו"ב היה יושב בביתו והם היו שולחים לו לשחוט עופות והמלמד יושב בביתו או בבהכנ"ס והם שולחים בניהם ללמוד אצלו וזה דומה להך דהתנה עם הסוחר ושלח לו הסחורה למכור ואינו דומה לפועל או ללוקח דהבע"ה יושב בביתו והם הולכים אליו לעבוד או למשוך החפץ וא"כ מ"ש חייבים הק"ק לשלם התוספת גם על חדש הראשון וכ"ש על שאר החדשים ומה שלא נכנסתי במ"ש מור"ם בסי' של"ג במלמד דהוי דבר האבד ולדון גם בשו"ב אי הוי דינו כן הוא דל"ש זה רק בביטול תוה"ז שקצבו עמו והכא כבר כתבנו דאין להם זמן מוגבל והודיעום הביטול טרם שני חדשים וצוי"מ וימ"ן סי' כ"ג ידיד עליון ערבים עלי נועם מליך ואמרתי להשיב על שאלתך בדבר עיר פ' אשר מורכבת מב' קהלות תושבים ומגורשי' ושניהם יחד מתפללים בבהכנ"ס אחת והשמשים בה היו רו"ש משרתים בק' וההנאות הנהוגות לשמשים מיח"ס מחלקים ביניהם חכ"ח לימים מחמת איזה סבה ופגם נסתלק שמעון משרת, ונשאר ראובן לבדו עומד ומשמש כמה שנים ולוקח כל ההכנסה יחידי ושמעון שותק וביקש לו עסק במקום אחר ומזה קרוב עמד לוי וקנה משמעון חזקתו שהיה לו באותו בהכנ"ס ובא ליכנס לשרת במקומו ויען כי שמעון היה מקבל המגורשי' וגם לוי הבא עתה הוא מקהלם החזיקו בידו וחתמו לו לעמוד במקום שמעון וראובן עמד בכל עז למנעו מליכנס באמרו כי שמעון דאתי מחמתיה אין לו כח למכור בחזקות כאלה שבאים מכח הצבור ומשתיקתם ממילא ובפרט בשמעון שיצא מכח פגם ובזה בטלה חזקתו וגם הוא ידע בעצמו ואיאושי מיאש ופנה לעסק אחר והחזקתי אני גם מקומו ולוי טוען שחזקת שמעון לא בטלה והרי קניתיה ממנו ובפרט שבא מכח חזקת קהלה שהחזיקו להיות מקהלם שמש בבהכנ"ס הזאת וגם אני מקהלם והרי חתמו לי ואחר עבור דברים ביניהם לסוף נשתוו וכתבו שטר ביניהם בחתימת שניהם שראובן הודה ללוי שחזקתו חזקה ושיש לו בכל ההכנסות חכ"ח ונגד זה נתחייב לוי שזיכה לראובן חלק פ' מחלקו המחצה כל ימי חייו רק אחרי מותו יהיה המחצה משוחרר ללוי וב"ך וכו' וכתוב שם שהכל נעשה כתחז"ל בביטול מודעי ומו' דמודעי ובפיסול עדיהן בקגו"ש וכו' שקא"מ לקיים כל הנז"ל ע"כ ובזה שבת הריב ושמשו שניהם יחד זה כמה וחלקו ההכנסה עפ"י הפשר הנז' והיום חזר לוי לתבוע חלק כחלק עפ"י טענות הראשונות ואודות הפשר אמר שלאנסו

נתרצה לזה והוציא מודעא חתומה בעדים שגם על הביטול מסר המודעא וכתוב בה והכרנו באנסו וכת"ר מבקש חו"ד בזה.

ואען ואומר כי לפום ריהטא אני רואה שטענות ראובן הם צודקים בין בתחלה בין לבסוף דמ"ש שאין זכות לשמעון למכור מה שהחזיק בו מן הצבור הלא די"ז מפורש בא"ח סי' קנ"ג סי"ב ושרשו מתשו' מהר"מ שהביא המרדכי סו"פ החובל דמי שזוכה בדבר מהקהל אין לו רשות הוא או ב"ך למכרו לאחר ועיין לחק"ל א"ח מדכ"ט ואילך והגם שהט"ז שם כתב דאם קנה יכול למכור מובן מאליו דל"א זולת בקונה מהקהל ולא מקונה מזוכה בחנם מהם שהוא עצמי לא היה יכול למכור ואפי' נחשוב דשמש בעבודתו הוי כמקבל שדה לזורעה בשכרו הנה גם בזה עיין בח"מ סי' שכ"ט דהמקבל שדה מחבירו לזמן ידוע ומת אין ליורש לתבוע רק מה שעשה אביו ולא יאמר שישלים במקומו ויקח הכל והטעם כתב הרא"ש שדב"ז אין גופו ממון להורישו ומינה דאין דב"ז ממון למכרו לאחר וכמו כן מ"ש לבטל חזקתו מכח שנסתלק מכח פגם טענה היא ועיין למג"א בס"י קנ"ג סוס"ק מ"ט הביא מהמרדכי דאפי' המחזיק בשררה אם עבר משררתו מחמת עבירה שעשה אפי' שוגג אינו חוזר לשררתו וכן מ"ש שכמה שנים שתק ופנה לעסק אחר ובזה ניכר דאיאוש איאש ומחל אני בעניי בתשו' אחרת הוכחתי מפ"ס ומפ"ס דאפי' בחזקת קרקעות וברב שעזב את מקומו אם אח"כ חזר איבד חזקתו ועיין בזה למהראנ"ח ח"ב סי' ע' ואכמ"ל ומה שבא לוי לידון בדבר חדש דדי לו מכח חזקת קהלו ששמש הראשון היה מקהלים והחזיקו בזה ואותה חזקה מזכים לו שגם הוא מקהלים אני רואה לו זכות מזה כי חזקה זו לא באה מכח טענה ואולי לא היה נמצא המקבל עבודה זאת ואולי גם אם נמצא מקבלה לא היה ראוי לה ולזה לא נמצא מעיק לזה וה"ז דומה למ"ש מור"ם סוס"י קמ"ט יחיד שיש לו ס"ת והחזיק שהצבור קורים בו תמיד אם היה לצבור ס"ת אחר לקרות בו כשקראו בשלו מקרי חזקה וכו' ואם לא היה להם ס"ת אחר לא מקרי חזקה ועי' בתשובתו נדפסה בפנ"י ח"ה ביו"ד סי' ה' ועוד דהכא בבהכנ"ס יש שתי קהלות ושניהם שותפים בה ואין לשותפים חזקה זע"ז כידוע סי' קמ"ט ועיין למהרשד"ם ח"מ סי' קנ"ג ומהראנ"ח ח"א סי' פ"ג ומ"ב סי' ד' שכן דנו כזה בבהכנ"ס שכל המתפללים בה דינם כשותפין ע"ש חוץ מזה דהכא הוו רבים נגד רבים ואין גזברים ממונים בבהכנ"ס כאשר הוגד לי ומאן מפ"ס ומאן מחיל להחזיק עיין למור"ם בסוס"י קמ"ט בזה ומכל הנז' יוצא דגם ביאתו מכח חזקת קהלו היא ביאה ריקנית ואם היה עומד ומשמש מאז ובא אחר להשיג גבולו אנה"ן יש לדון ולהאריך בזה אבלכשבא מחדש לזכות מכח חזקה עדיין לא מצאתי מקום לחזקתו גם מה שאמר שמהקהל חתמו לו מחדש הרי אין זה כ"א כהסכמת מינוי מחדש ועיין לחק"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד ואחריו הרב פנ"י ח"ג יו"ד סי' ט' שלא הניחו פנה וזוית בבירור התנאים לקיום ההסכמה אם רוב כופין למיעוט ואם צריך רוב מתוך כל ומה שמסבב השמש על האנשים לחתום אם יש בזה ריח רוב ואם במינוי מועיל כ"ז או דוקא בהסכמות מסים והדברים ארוכים ילאה העט לכפלם ללא צורך כי תלי"ת מצויים הם בבמ"ד ואיני חושב כי כל התנאים נמצאו במינויו של זה ועיין בש"ע א"ח סי' ג"ן דבמינוי ש"ץ אפי' יחיד מוחה ונמצא מהאמור שאין ללוי זכות חזקה ולא זכות מינוי חדש ולפי האמור לעיל דחזקת שמעון בטלה היא ונשאר רק ראובן לבדו מחזיק בכהונתו נראה דמ"ש שזכה הוא לבדו גם בחלק שמעון

טענתו טענה זוכה בו ועיין למהראנ"ח ח"ב סי' ע' שכן דן בעובדא דידיה והביא ראייה לזה מיומא די"ב אירע פיסול לכ"ג ומינו אחר תחתיו ראשון חוזר לעבודתו שני כל מצות כהונה עליו ומינה דן בק"ו דאפי' התם דהשני לא באה חזקתו אלא מחמת הראשון עד שיטהר אפי"ה זכה וכ"ש בנדונו וכן דן אחריו החק"ל שם ד"ך ע"ש ועיין עוד להלק"ט ח"א סי' ט"ל בתוקע ושוחט שאם נסתלק ונכנס אחר במקומו ואח"ך תבע הבן חזקת אביו דהבן הואיל ואידחי אידחי וכ"ך הדב"מ ח"א סי' כ' ואהל יוסף סי' דהואיל ואידחי אידחי ונשאר הזכות לשני ומינה לזה שנשאר לבדו ויכול לעמוד לשרת בה כמאז השני הואיל ואידחי אידחי והזכות כולה לראובן ואולי יש להם מנהג בזה וקי"ל מנהג מבטל הלכה, מ"מ אני מעירו על זה כי לא כל המנהגים שוים ועיון בזה לכנה"ג ח"מ סי' ר"א בהגה"ט ומשם תבין התנאים בזה ואם המנהג רופף כתב שם דהעיקר בזה ההלכה ועיין באה"ע סי' קי"ח דאפי' בתקנה כל ס' בתקנה העמידהו על דין תורה זהו מה שנראה בעיקר הדין לולא הכתב שעשו ביניהם ומעתה הנה לפי סדור הכתב המובא בשאלה נראה שראובן קדם והודה ללוי החזקה ויקח חכ"ח ואחריו אז זיכה לו לוי חלק ממחצה שלו כל ימי חייו וא"כ לכאורה וראה דזכות לוי מראובן חזקה הגם שיחזור לוי מחיובו שאין תלוי חיוב הראשון בשני וכמ"ש בביצה ד"ך ובטוש"ע ח"מ סי' רנ"ג שכ"מ שאמר תנו מאתיים זוז לפ' וישא את בתי איזה מהם שירצה יקח ובפירש"י והתו' הטעם בזה תפוש לשון ראשון וכו' ואין הדברים תלויים זה בזה ולזה יוכל ליקח ק"ק זוז ולא יקח את הבת א"כ ה"ן תפוש לשון ראשון שזיכה לו החזקה וחיוב לוי אינו תלוי בזה אבל פשוט דאין הנדון דומה חזא דל"א זה רק בשכ"מ דדבריו ככתובין וכמ"ד וממילא בדבורו הראשון כבר זכה בק"ק זוז משא"כ הבריא שאין דבורו נתפש עד שישלים כל דבורו וכל מה שישלים אח"כ הרי קשור לתשלום הראשון ועוד גם אם בריא שוה לשכ"מ לא ואמר זה רק כשני הדבורים מאיש אחד אבל כששנים הם מדברים מה טעם נתפוש דבורו של זה ולהשליך של זה וכ"ש לטעם הרי"פ והסמ"ג בסוגיא והסכימו בזה התה"ד סי' ש"ן ותשב"ץ ח"ג סי' קס"א דהתם הם שתי מתנות ויכול לזכות בשניהם וכ"כ הרמב"ם ובש"ע סו' רנ"ג במי שנתן שתי מתנות איזה מהם שירצה יקח וא"כ מה דמות לענין זה שהם שנים וזה מזכה לתועלת חבריו והשני כמוהו איך אחד יזכה והשני לא וכבר כתב זה מהראנ"ח ח"א סי' ע"ז ושם מפורש בדבריו דחיוב שנתחייבו זל"ז זל"ז ודאי חייבים לקיים שניהם ולא אתשיל שם זולת כשהאחד לא קיים חיובו מאיזה סבה אי בטלה מתנת השני דאי תלויים זב"ז בטלה דאדעתא דהכי לא נתן ואי לא תליא קיימת דהאי לחודיה קאי וכי' ואסיק דכשהם שנים מתחייבים לא תליא ובנד"ז לאו להכי שאיל לן דנראה דראובן אינו רוצה לבטל הפשר שעשו רק שלוי גם הוא יתחייב במה שקבל ואם יאמר לוי עכ"פ כיון שאין תלויים זב"ז וראובן לא יוכל לבטל זכותי שזיכה לי המחצית מה שחזרתי וזכיתי לו חלק מהמחצה אינו אלא מחילה שמחלתי לו חנק ממה שזוכה לי ובזה מה שלקח מחלקי עד היום זכה לו אבל מהיום והלאה לא יפול וכמ"ש הרשב"א בתשו' ופסקו הש"ע בסו' רמ"א דהמוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו מה שנטל נטל ומה שלא נטל לא יטול אמינא ליה דלאו מתייא לפי המובן משאלת כת"ר דלוי נתחייב בלשון חיוב ובקגו"ש כתחז"ל ושאני הך דהרשב"א שהיה בלשון מחילה וידוע דהמחי' אע"ג דלא בעיא קנין מ"מ לא שייכא רק על דבר שהוא ביד הנמחל אבל מה



שהוא ברשות המוחל אינו יכול לזכותו אלא באחד מהקנינים הראויים לו ומשו"ה התם  
דהוא לשון מחילה והוא ברשות המוחל מה שנטל וזה שותק זכה בו מכח מחילה דאותה  
שעה אבל מה שלא נטל ועודנו ברשות המוחל לא זכה בו מכח מחילתו הראשונה דבמאי  
קניה וא"כ כשנתחייב בק"ס באותו קנין זכה גם במה שלא נטל ועיין ששם בב"י הביא  
תשו' הרשב"א גופיה דאפי' בקרקע ואפי' רק בלשון ידי מסולקות ממנה אם קנו מידו  
מגופה של קרקע קנו מידו ע"כ ומהצעת כת"ר שזיכה לוי לראובן בלשון חיוב בזה נמלט  
גם מטענת אסמכתא וגם מקנה דבר שלב"ל כמפורש בסי' מ' וסי' ר"ן דלשון חיוב מציל  
מהם ועדיפא מכל הנז' אני רואה להציל מכל אלה מאחר שזכות ראובן ללוי וזכות לוי  
לראובן הכל בענין אחד אין חיוב לוי בא מכח מה שזיכה או מחל אלא מכח זכות ראובן  
לו דהוי כמבאר דהזכות שהודה לו המחצה היא דוקא אחרי מותו אבל בחייו השאיר  
לעצמו מאותו המחצה סך פ' וזה מפורש בתשו' הרשב"א ח"ג סי' ר"ה וז"ל תוך התשו'  
שלא נאמרו דברים הללו (משפטי התנאים) אלא בתנאי שאינו בגוף דבר הניתן כגון  
תנאי בני גוב"ר שהתנאו היה באם יעברו והמעשה במתנת הארץ אבל כשהמעשה  
והתנאי בגוף המתנה ביאור המתנה או שיור הן אלו במה שנותן נותן ומה שאינו נותן  
אינו נותן והעה"ש ז"ל על סי' רמ"א אוי"ד הביא מהריטב"א שכ"כ וציין לכנה"ג  
בהגה"ט סי' ר"ז אול"ב שצירף לזה דעת הרא"ש ודון מזה לנ"ד דראובן שייר לזה  
בזכותו ללוי ולרוחא כתבו בו שגם לוי נתחייב בזה ועי' בסי' ר"ט דמשייר לעצמו בעין  
יפה משייר ואפי' פירות שלב"ל.

ומכל האמור מוכן שהדין עם ראובן ואין ללוי לבטל ממה שכבר עשוהו ולא היה צורך  
לעייין בענין המודעא אחר שגם אם המודעא תבטל הכתב יחזור הדבר לעיקרו והדין עם  
ראובן אבל מפני שכת"ר הפציר לברר כל הענין חביבותיה דמר גבן אמרתי אשנה פרק  
זה ואומר הלא ידעת בח"מ סי' ר"ה שיש הבדל בין מתנה למכר דבמתנה לא בעי לא  
מודעא ולא הכרת אונס וגילוי דעת יספיק לביטולה משא"כ במכר דזבן בעי אונס ומודעא  
שכתוב שהעדים הכירו באנסו ומחילה דינה כמתנה ופשרה דינה כמכר וכתב הב"י שם  
טעם לפשרה לפי שהתובע ירא שמא יפסיד הכל והנתבע ירא שמא יתחייב בכל ולכן  
מתפייסים בפשרה והיינו מכר ממש שמוכרים תביעתם זל"ז וכו' משא"כ במחילה ע"ש  
וא"כ הכא מלבד שראובן בעיקר דינו הוא הזכאי ואינו מוותר ללוי רק משום דליזבון  
דיניה פשיטא דהוי כקונה ממנו אלא אפי' נימא דשניהם היו מסופקים הדין עם מי מהם  
ונתפשו הרי דין פשרה כמכר ובעיא אונם והעדים יכירו בו והגם דלכאורה מצאנו  
פעמים שאדם מזכה לחבירו תמורת טובה שקבל ממנו ונתנו לו חכמים דין מתנה דלא  
בעיא אונם וכמ"ש בסי' רמ"ב ממעשה באשה שלא רצתה להנשא לאיש עד שיכתוב לה  
כל נכסיו ושמע בנו וצווח איך מניחו ואמ"ל כתבו לו במטמ"י ואחר כתב לה ואמרו  
חכמים הבן לא זכה מפני מטמ"י והוא לא זכתה שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר  
שהרי גינה דעתו במתנתו הראשונה אעפ"י שהיא בטנה והרי התם לא על חנם זיכה נה  
לולא שנתרצית להנשא לו ודמי למכר דבעי אונם שידעו העדים והתם היא לא אנסתו  
רק אונסא דנפשיה שחשק בה ואונסא דנפשיה לא שמיא אונם כידוע.

הא לאו מתייא די"ל דאין נקרא סוג מכר רק אם בשעה שמקנה הוא מקבל זוזי או טובה  
אחרת דאמרינן זוזי אנסוה וגמר והקנה לזה צריך אונס הניכר לעדים דלאו ברצון הקנה

משא"כ באשה ההיא לא הקנה לה בשעת נישואין רק מקודם על סמך הבטחתה להנשא ולא היא טובה ממשות דלא ס"ד כי אולי תחזור וכדאשכחן בריש אעפ"י דקאמר ראב"ע בתוס' לארוסה לא כתב לה אלא ע"מ לכנסה ואמ"ר אין הלכה כראב"ע דקסבר הגם דאזלינן בתר אומדנא הכא לא כתב אלא משום איקרובי דעתא והא איקריבא אבל שמואל אמר הלכה כראב"ע דלא כתב אלא ע"מ לכנסה כלו' דהבעל לא חשיבא ליה איקרובי דעתא טובה גמורה אלא הכניסה ממש וקי"ל הלכה כשמואל ולזה באותה אשה שלא היה אפ"י אירוסין זולת הבטחה להנשא דנו חכמים שלא קבל טובה ממנה באותה שעה ומה שנתן לה אינו רק מתנה וממילא כשאחד מתחייב לחבירו וחבירו נתחייב לו באותו מעמד בקנין גמור ושלם דהו"ל כמטא לידיה ודאי דינו כמכר דאינו מתבטל רק במודעא ובהכרת אונס כדחזי ומינה לנד"ז דראובן ולוי דהיה במעמד אחד ובקגו"ש דינו כמכר ובעי מודעא ואונס הניכר ולא שייך בזה טענה ללוי דמה שעשה וקבל הוא משום דעביד איניש דזבין דיניה וכמ"ש רבא בב"ב ד"ל ועיין ברשב"ם שם וכן הלכה בח"מ סי' קמ"ו דלעד"ן דלא אמרו כן אלא בטוען על חבירו אם אינך מסכים לזכותי מדוע באת אלי לפייסני וזה משיב משום דליזבון דיני וכהנהו עובדי שנזכר זה אבל מי שגמר וזיכה לחבירו לא יוכל לטעון שעשה זה דליזבון דיניה ועתה מתנחם ואדרבא יאמ"ל ממטונך אתה מתחייב דכשראית שאין האמת אתך בדין הסכמת ליזבון דינך וגמרת עמי דאל"ך לא שבקת חיי בכל גמר שיגמרו שנים ביניהם בטו"ת ישוב לטעון זבנתי דיני וגם בנדון מהרשד"ם בח"מ סי' שכ"ט שזיכה בטענת עביד איניש דזבין דיניה אינו אלא משום שהיתה הטענה מדוע היית משלם שכר לתופש בה אבל אם היתה הטענה שגמר וכו' לא היתה מועלת דאין אחר הגמר כלום וע"ש ניהדר לקמיתא דדין רו"ל אינו אלא כמכר ובעי מודעא כתקנה והנה המבי"ט ח"ג סי' קפ"א העלה מדברי הרמב"ם דעיקר המודעא ג' דברים שידעו העדים שמה ששואל ממנו הוא שלא כדין וששמעו ממנו שהיה מאיים עליו לאנסו ושיש כח בידו לעשות ע"כ והתנאי הראשון מפו' ג"כ בתשו' והרא"ש כע"ב ס"ה באחד שתבע מחבירו מנה והודה לו בשמנים ואם לא יכתוב לו מחילה לא יפרע לו אף פרוטה וכתב לו ואח"כ הוציא מודעא שאנוס היה מפני שאמ"ל אם לא יכתוב לא יפרע לו אף פרוטה והשיב הרא"ש דהמחילה קיימת דהא כל מודעא דלא כתוב בה ידעין באונסיה היא בטלה והכא מהיכן ידעו העדים שחייב מנה אולי אינם רק שמנים וכשתבעו יותר כפר לו וכשחזר לשמנים חזר והודה לו ומהריט"ץ סי' קפ"ז עמד בזה וכתב שאם היה אונסו באונס חיצוני כגון פחד וכיוצא גם הרא"ש יודה דהמודעה מודעה משא"כ כשכופר במה שתובעו ואולי הדין עמו הי"ל לתבעו לדין ויתברר הדין עם מי ע"כ והגם דיש להרגיש על טעם זה ממ"ש בחזקת הבתים אב"י ורבא דאמרי תרוייהו אפ"י עלי ועליך כתבין מודעא ושב"י סי' ר"ה כתב הטעם מהרמב"ן משום דזמנין לא מיכנפי בי דינא ואחרים אומרים דאע"ג דצייתי דינא הוא מפחד שמא לא ישמעו מ"מ יאמר מהריט"ץ דזה לא שייך רק אם האונס מבחוץ ואם ימתין עד דמיכנפי יאריך צערו משא"כ כשהאונס מפני שכפר לו גם אם ימתין מה מפסיד סו"ס אל ישתנה הדין ויתברר האמת.

וגם לטעם השני שמפחד שמא לא ישמע כשהאונס הוא בכפירת הממון א"כ מה תועלת בכתיבת מודעא יתבענו לדין ואם ישמע הרי מתברר הדין ולא יפסיד ואם איננו שומע

גם כשיש מודעה לא ישמע. ונמצינו למדין ברו"ל דנד"ז שאין אונס מבחוץ רק בבירור הדין בתביעה שאין הכרת האונס שכתבו העדים הכרה דמי הגיד להם שאין ראובן מעכבו בדין והי"ל לתבעו ובפרט אם מצוי בעירכם ב"ד הקבוע ומזומן תמיד ויש יכולת בידם להעמיד הדת על תלה דאז לא שייכי תרי טעמי שכתב הרמב"ן ואחרים ז"ל ועיין להריב"ש סי' קכ"ז שכתב בנדונו דכיון שהחצר מזומנים להקביל לפנייהם תמיד וגם בע"כ ציית להם תו לא שייכי עוד הני טעמי וכ"כ משכה"ר אות מודעה דבעירם שהב"ד מזומנים תמיד ויכולת בידם לכוף לא שייכי הני טעמי ואין זה אונס אפי' אם היה אונס חיצוני וכ"ש דראובן לא אנסו רק מעכבו מליכנס לדעתו שהדין עמו.

ועוד עיין למהר"מ אלשיך סי' ע"א ולמהריק"ש באהלי יעקב סי' ק"ט ופת"ש בסי' ר"ה סק"ח ומשכה"ר באות מודעה שכתבו שבדורנו צריך לחקור העדים איך הכירו באנסו כי רבים עתהעם הארץ ועבידי דטעו ולכן בלתי חקירה אין לסמוך דידעו שהיה מונעו בלי צדק וגם לסמוך דידעו שהיה מפחידו בדבר שבידו לעשות ובלא זה אין כאן מודעה.

ולפי האמור דאין כאן אונס אמינא דאפי' מי שיחשוב זכיית לוי למתנה או מחילה ולא מכר או פשרה עיין למהרימ"ט ח"א סי' ל"א שכתב דגם דלא בעי אונס במתנה אינו רק במתנה שאין שום הנאה נגדה אבל כשיש אפי' הנאה מועטת נהי שאין דינה כמכר דזביניה זביני גם במקום אונס אבל מ"מ לא תתבטל רק עם האונס והביא כן מהריב"ש והרשב"ץ וכ"כ מור"ם בסי' ר"ה, וא"כ בנד"ז שלוי קיבל טובת הנאה מראובן שהודה להכניסו עמו וגם מתחלה לא אנסו רק במניעה ליכנס ומחמת זה פייסו ליקח חלק מהמחצה הנה שם כתב נה"מ משם מהרח"ש ז"ל דאונס בלא מודעה מבטל המתנה אינו רק כשאנסו על גוף המתנה אבל כשאנסו סתם והוא להציל עצמו נתן ליפטר מאונס אין זה אונס וה"ן ראובן לא אנסו על מה שזיכה לו אלא לשמש בבהכנ"ס והוא להציל עצמו זיכה לו מחלקו אין זה אונס ואי משום המודעה שמסר זיל לדמהרימ"ט דכיון שקיבל טוב"ה שהודה לו אפי' הנאה מועטת לא תתבטל זכייתו רק באונס והנה למ"ש אין זה אונס וכ"ז להתלמד במקום אחר אבל כבר כתבתי דזה הוי כמכר ודינו שצריך אונס גמור והכא ליתיה וטעו לומר שהכירו באונסו.

ועוד אני מדבר בזכות ראובן דכיון שכתבת שלוי בחיובו כתב בביטול כל מודעי וכו' ובפייסו לעדיהן שוב אין קיום למודעה זו ובטלה היא והגם שבסי' ר"ה פסק מרן דאם מסר מודעה גם על הביטול דאז לא מועיל הביטול שהרי גם עליו מסר מודעה והכא נראה שכן עשה מ"מ הנה מור"ם שם כתב דאם ביטל מודעי ומודעי דמודעי דמהני הביטול והגם דמרן לא גילה דעתו אם מודה בזה מ"מ מצאנו לו באה"ע סי' רל"ד גבי גט שכתב גם זה בכלל התיקונים לבטל המודעות ומודעי דמודעי עם התיקון דהרמב"ם ותקון הרשב"א לפסול העדים והכא הנה מלבד ביטול מומ"ד כתב עוד פיסול עדים ועיין להסמ"ע בסי' ר"ה שכתב דגם מרן שהוא ס' קמיתא יודה לדהרשב"א ומהריט"ץ בסי' קכ"ט כתב דבארצותנו נוהגים לכתוב פיסול עדים כהרשב"א וטעם הרשב"א דכיון שפסל העדים שוב אין כאן עדות על המודעה והגם שהר"ן חלק על הרשב"א בתשו' אינו רק כשיש אונס מפורסם דאז א"ץ לעדי המודעה ע"ש ועיין למהרח"ש בקו' מודעה תשו' ב' עמד ע"ז ומלבד שהביא מ"ש הריב"ש סי' קכ"ז שהראשונים הסכימו שביטול

מודעא מועיל לכל מודעא שקדמה עוד כתב דהרמב"ם יודה לתקון הרא"ש והרא"ש יודה בתקון הרמב"ם והרא"ש עצמו בפ' השולח רצה להשוותם גם התו' ונמק"י כתבו כהרא"ש וכתב עוד שהרמב"ם לא בעי כ"ך רק גבי גט ולא גבי מכר והגם שמהרלב"ח כתב דיש לחלק ביניהם הנה מהריב"ל ח"ג סי' כ"ח כתב דכיון שהרמב"ם כ"כ גבי גט כ"ש שיועיל גבי מכר וכתב דכל חד מהני תקוני יועיל לבדו לבטל כל מודעי והר"ן שחלק על הרשב"א בתשו' חזר והודה לו בפסקים וא"כ בנד"ז שכתוב ביטול מודעי ומוד"מ ופסול עדיהן לא נשאר פקפוק מצד המודעא ובפרט שכתוב שהכל נעשה כתחז"ל וכתב מהרח"ש שם דבזה מפרש לכל התיקונים שאמרו ז"ל להועיל לבטל המודעא ע"ש ועיין בזה בארך להפרמ"א ז"ל ח"ב סוס"י ט' ומזה רווחא שמעתתא אפי' לחושבים שאין זכיות לוי כמכר אלא כמתנה הנה בסי' רמ"ב מפורש דגם מודעא דמתנה אי לא ידעינן אונסיה וביטל המודעא המתנה קיימת וכבר הוכחנו דהכא אין ידיעה לאונס וביטל המודעא בביטול חזק ואין עוד מודעא וכ"ש למ"ש דאין זה אלא מכר.

ומ"מ אם יוכלו לעשות שלום ותווך ביניהם טוב וישר ודינא שלמא הוא ויה"ר נזכה לאמתה של תורה ולנתיבותיה שלום הכו"ח שלהי תרפ"ז בעי"ק טבריא ת"ו מאי"ן סי' כ"ד אנן מהכא ראה ראינו השתי שאלות חוברות אשה אל אחותה ואת דבר המשפט בשאלהראשונה מפני סבה לא שמנו לב אליה כעת למיקם עלה דמלתא.

אך על השניה אשר דב"ז כבר נשאל לחכמים ופתחו לה פתחה להאי פרשתא שהדין נותן לדון רק בארץ ישראל כמש"ה לשכנו תדרשו ובאת אף אנן בדידן עונין אחריהם אמן דהלכתא כוותייהו מתרי טעמי או תלתא. א' הנה מפורש בסנהדרין דלב' צדק צדק תרדוף הלך אחד ב"ד יכה וכו' ומסתמא הב"ד יפה יותר ימצא בא"י מבחו"ל מדאמרינן בכתובות דע"ה חד מנייהו כתרי מינן ובפרט עתה שידוע שכמה גדולים אשר היו מפורסמים בחו"ל ובאי לשכון כבוד בא"י דיש להם עדיפות אחר וכמ"ש שם וחד מינן כי סליק להתם כתרי מנייהו והגם שפרש"י כתרי מינן פקחים וחריפים ולפ"ז אפשר דבחו"ל הם בקיאים ביותר וזה מועיל יותר לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא וכמ"ש בסוף הוריות שלחו להו סיני עדיף דאמר מר הכל צריכים למארי חטייא מלבד דיש לחלק בין זמנם לזמננו שהכל נמצא כתוב בספר ואין הדבר צריך רק להבין אמתותן של דברים ויוצדק לומר עתה עוקר הרים עדיף עוד הנה במנחות דמ"ב ע"א אמ"ל רב אשי לר"ס לא תתקיף לך דחד מנייהו כתרי מינן והתם לענין בקיאות אתמר כיעו"ש ונמצא דאוריא דא"י גורם לשתי מעלות החריפות והבקיאות וכמ"ש בב"ב דקנ"ח ש"מ דאוריא דא"י מחכים וכ"כ חד מקמאי הרה"ג מהרי"ח ז"ל בתשו' מרן לאה"ע דיני גטין סי' ג' וז"ל ואמרתי שמן הראוי היה שב"ד של חו"ל ילכו אחר ב"ד של א"י וכמז"ל צדק צדק תרדוף גם הרב המבי"ט ז"ל ח"ג סי' ר"י כתב לרבני מצרים והגם כי ידענו שתלי"ת לחלוחית התורה קיימת ביניהם ואנחנו מרבים ומגידיים שבחם כי הם בקיאים גם בגופי הלכות וכו' עכ"ז בענוותנותם משפילים עצמם וחולקים לנו כבוד ורגילים לשאול ממנו כמה שאלות בדיני התורה להיותנו בא"י דאוריא מחכים דומה למ"ש בפ"ק דחולין דח"י מבבל לא"י כיון דאנן כייפינן להו עבדינן כוותייהו עכ"ל והנה עם שבמס' סנהדרין אמרו ליטול רשות לדון צריך מר"ג דבבבל כבר הרגישו התו' שם בחולין מזה ות' דלאיסור והיתר א"י עדיפא דחכימי טפי רק להפקעת ממון צריך ר"ג דבבל ע"ש גם הגאון חת"ס

בח"מ סי' י"ב כתב ואיך יאירו דברי שניתן בעלטה בארעא חשיכא להגיה באוירא דארעא דישאל המחכים אך מה אעשה וענות צדקתו דמר גזר עלי ומכל האמור למדנו כי טוב וישר ללכת אחר ב"ד יפה שבא"י זולת אם יש ב"ד ידוע ומפורסם לכל העולם שאין כמוהו נמצא בא"י אזי ודאי שיש לילך אחריו אפ"ל נגד מעלת א"י וכן מצאתי להרה"ג מהרח"פ ז"ל בספר רוח חיים בח"מ סי' י"ד שכתב דבסתם ודאי ב"ד דא"י עדיף מדחול"ל אבל בידוע ומפורסם דשל חול"ל גדול ומומחה יותר יש לילך אחריו וכמ"ש אחר ריב"ב לנציבין והוכיח מהתו' דנציבין היא חול"ל והגם דאחה"ר יש לדחות זה וכי סלקנו עדיפות ב"ד יפה לגמרי מחול"ל הלא למי שלא ירצה לדון רק בחול"ל התובע והנתבע יחד מ"מ יש לו לדרוש מחבירו הב"ד יפה שבחול"ל ודאי ועד"ז נאמר אחר ריב"ב לנציבין רק אם ידרוש אחד ב"ד של א"י בהא אנן קיימין ואז אין משם ראייה ומ"מ דבר ה' בפיהו אמת ממ"ש בברכות דס"ג על חנניה בן אחי רבי יאושוע שהיה מעבר שנים בחול"ל ושלחו למחות בו (כי הדין שאין מעברין רק בא"י כמ"ש) ואמ"ל והלא עקיבא בן יוסף היה מעבר שנים בחול"ל אמ"ל הנח רע"ק שלא הניח כמותו בא"י וכו' ע"ש הנה בדבר שהוא מיוחד רק לא"י מ"מ כשלא יש כמותו בא"י מותר לעשותו בחול"ל וה"ן הגם דיש עדיפות לב"ד של א"י מ"מ אם הב"ד שבחול"ל לא יש כמוהו בא"י לו משפט הקדימה רק שלפי הנראה קשה הדבר מאד בזה"ז לברר מי עדיף וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל בחח"מ סי' ב' וסי' ז' דמפני זה נתפשט המנהג בכל ערי טורקייא שהתובע הולך אחר הנתבע ולא לילך אחר ב"ד הגדול שלא ירבו קטטות שזה יאמר זה גדול מזה וזה מכחישו וכ"כ משפטי שמואל סי' קי"ז דק"ס ע"ד והגאון מהרש"ל בב"ק פ"י סי' יו"ד האריך בזה דמפני הגאווה והקנאה אין מי שיודה לחבירו ובוזה אין מציאות למ"ש הרמב"ם ז"ל דגם בזה"ז יש חכמים גדולים וכו' ע"ש ודון ק"ו לדורותינו אנן יתמי דיתמי ומ"מ עדיפות א"י הבא מכח דאוירה מחכים לעד"ן שאין מי שיכחיש בזה.

כי אויר דמאזועד עתה חד הוא. ב גם מי שירצה להתעקש לומר מאיזה טענה דגם עדיפות א"י נסתלק בימים האלה ח"ו מ"מ הרי עניי דראהביטש טוענים שרוצים לדון באה"ק באשר כי שם נמצאים כמה אנשים באה"ק שזוכרים אופני החלוקה שנתחלקו הכוללים כ"א מחבירו מה שאין נמצא בחול"ל ולדידן טענה אלימתא היא ופוק חזי להגאון עבודת הגרשוני סי' מ"ז שכתב דבין לעיקר הדין דהלוה ילך אחר מלוה בין למה שנתפשט דהתובע הולך אחר הנתבע אם טוען הלוה או התובע שבמקום הזמנתו לדין יסתתמו טענותיו ורואים אנחנו חשש שדבריו אמת אז יתהפך הדין וידונו בב"ד אחר או בזבל"א וזבל"א הגם שיצטרך הלוה או הנתבע לשלם הוצאה ע"ז עש"ב וא"כ אם על חשש סיתום טענות דן הרב כן לאו כ"ש הוא על נד"ד שלא יוכלו לטעון כלום כי האנשים אשר יודעים מהות החלוקה מי יכופם ללכת ממקומם עד שם וכן נמצא להדיא כנד"ד בכנה"ג חו"מ בהגה סוס"י י"ד וז"ל לא אמרו דילך התובע אחר הנתבע וכו' אלא כשנעשה המשא והמתן זה במקומו וזה במקומו אבל אם היו שניהם במקום אחד ואח"כ הנתבע הרחיק נדוד פשיטא שאם יש יכולת ביד ב"ד להביאו במקום התובע יביאוהו רשד"ם בח"מ סי' ק"ג ושפ"ו ובגוף תשובת רשד"ם ז"ל כתב א"כ בנ"ד כיון שאינו בעיר הנתבע ולתובע יש ראיותיו בעירו ודאי דהדין נותן שיעכבו נכסיו עד שיבא ואין לו לומר שישלח התובע טענותיו שהרי כתבו הפוסקים שאין לכוף לשום אחד מבע"ד

ליתן טענותיו ע"י כתב לשלחם לארץ מרחקים ע"כ וה"ן דכוותה אפי' אם היו עניי דראהביטש שבא"י תובעים והאחרים נתבעים והנתבעים יושבים בחו"ל כיון שנעשה הפשר פה בא"י ויש ראיות ועדים פה היה הדין נותן שילכו הנתבעים כ"ש עתה שהוא להפך וכמו שיתבאר ג' בנד"ז אין אנחנו צריכים לכל הנז' דלפמ"ש מור"ם בהגה"ה בסי' י"ד דאם הם בשני עיירות התובע הולך אחר הנתבע הנה עניי דראהביטש הניזונים מצדקת אחיהם אשר עליה עתה באים לדון כבר החזיקו בזה יותר מארבעים שנה בלי פקפוק ושאר הכוללים באים להוציא מהם ונמצא שהם התובעים מעניי דראהביטש וא"כ דינא הוא שהתובע הולך אחר הנתבע וכיון שהם שוכנים באה"ק צריכים לילך אחריהם לדון שם וכ"ש ששניהם יחד גם הנתבעים הם דרים בארה"ק כי לעניי א"ו היא הצדקה ולא לשל חו"ל ומה שתולים עצמם לדון עם הרה"ג הנשיא הי"ו אשר הוא חונה בחו"ל לאו בע"ד דידהו איהו כי כבודו אינו רק שליח לעניים ובודאי יש לו הרשאה גם מהם עם הרשאתו מגדולי חו"ל ומצוה איהו דקא עביד וזוכה לעניים אשריו והיה לנו לדון אפי' למטונייהו דאיהו הנתבע עפ"י מ"ש הכנה"ג בהגה"ט אוכ"א דמה שנהגו להיות התובע הולך אחר הנתבע הוא לטובת הנתבע ואמר אי אפשרי בתק"ח שומעין לו אלא דהאמת הוא דאין כבוד הנשיא רק שליח וכמש"ל ומכל הני טעמי קם דינא שדין זה לא ידונו אותו רק בארה"ק ולא בחו"ל וכמ"ש לפנים הגאונים והרבנים הי"ו המה בחכמתם אשרי יולדתם ולאפושי גברי אתינא אנן בדה"ץ פעה"ק טבריה הבאים עהח"ת באדר תער"ב באמת ושלוש: סי' כ"ה ראובן שמעון שותפים והביאה גויה אחת לשניהם חמשה לימ"ץ לקנות לה בהם גוואזי והונחו ביד ראובן ועכשיו נאבדו ממנו ותובע משמעון לשלם חציים ושמעון משיב כי הוא אינו יודע אם נאבדו וגם טוען כי ראובן הלוח מהם לצרכו וגם שטרם זה בראותו כי ארך הזמן ולא קנו לה לגוואזי אמר לראובן להשיב הכסף לגויה ואם לאו הוא אינו שותף עמו בזה לא בריוח ולא בהפסד וראובן מכחישו בזה מהו שורת הדין.

ואען ואומר הנה בדינם עם הגויה אם היתה באה לדון עמהם ודאי היו חייבים לשלם לה כיון שנתנה להם לא קשורים ולא צרורים וגם שנתנה להם לקנות בהם א"כ דעתה היה שיוכלו להשתמש בהם וכיון שאבדו חייבים באחריותם כמפורש בסי' רצ"ב ס"ו וגם בדיןסרסור סי' קפ"ה ס"ח וז"פ יעו"ש אך לגבי השותפים דהשתא נאבדו ביד אחד מהם נראה אם ההפסד על אותו שאבדו בידו לחוד או על שניהם ואם באנו לחייב למאבד לחוד ממ"ש בסי' קע"ו ס"ח דש"ש הם הנה פה שניהם מתעסקים יחד והגם דמשמע מהגה דבמתעסק לבדו מנדבת לבו דלא הוי ש"ש ומ"מ ש"ח הוי ונחשוב זה שלקחם מנכסי השותפות לתתם בחיקו כדי שאם ימצא לגוואזי יקנם וכיון שאבדו בפשיעתו שהניחם בחיקו בזמן ההלואה שיש דוחק גדול ויכולים הגנבים לשמטם ממנו ולא ירגיש כאשר הוא השיב בשעה ששאלנוהו איך אבדו והשיב אולי כן קרהו נימא דחייב לבדו כמור"ם מלבד שהש"ך העלה דלא הוי אפי' ש"ח ובפתחי תשו' הביא דברי הח"ס דאסיק כמור"ם וכתב דאפי' קי"ל כהש"ך ל"מ למימר ואנן דייתמי אנן אין בידנו להכריע עוד בה שכוון שבשעה ראשונה שקבלום מהגויה התחילו לחפש לקנות בהם לגוואזי שניהם יחד א"כ הו"ל פשיעה בבעלים כמפוי' שם ופשיעה בבעלים פטור ולפי"ז המאבד לא יתחייב לשלם בכח שמירה לחבירו וההפסד על שניהם ומ"מ נראה דאו משום הא לא

היינו יכולים לחייב לשני כי רבים מהפוס' וע"ש בפת"ש סקי"ג דנהי דכשהתחילו להתעסק הו"ל פשיעה בבעלים ופטור מ"מ אם הזיק חייב ונד"ד שנשאם בחיקו בעת הדחק וידע שיקרה הגנבה יש לדונו למזיק בידים וחייב.

מלבד זה הנה טען עוד שהכריז עליו להשיבם לגויה ואם לאו יהיו באחריותו בין לריוח בין להפסד ואם היה מודה לו בזה היה נראה שלא יתחייב השני עמו והגם שהמעין בכנה"ג ימצא שוש מח' כגון זו בין המבי"ט ומהר"א גאליקו ז"ל עש"ב אם יש בין שותפים לזמן ותוה"ז אמר אחד לחבירו לעקור השותפות הנז' מסבת הוספה ואח"כ הוכרח אחד מהם לחזור לקחת הדבר המשותף והיה בו הפסד אם חל על שניהם או דוקא על אותו שחזר וקבל וא"כ יוכל השותף לומר קי"ל כמ"ד שחל על שניהם וא"כ הרי אני תפוס בממון חברי מ"מ נראה דתפיסתו בממון השותפות אינו תפיסה כיון שממון השות' מונח ביניהם ואין אחד תפוס יותר מחבירו וגרע גם מממון היורשים דכתבו כמה מהפוס' שאם אחד מהיורשים תובע תביעת ס' מהממון אינו מוחזק ושאר היורשים הם המוחזקים עיין בכללי התפיסה וכ"ש הכא דכבר היה מבורר לכ"א כספו קודם השותפות דאיהו הוא הנקרא מוחזק וי"כ"ל קי"ל כמאן דפטר אותי אלא שעכשיו זה טוען לו שלהד"מ אז יוכל להשביעו היסת שכן הכריז עליו ואז יפטר אבל אם יוסכם הדבר לפטור מטעם הא' דמצי לומר קי"ל כפוטרי אותי דחשיב ליה היזק ולא פשיעה אז הוא המוחזק והממע"ה ואין עליו אפילו שבוער: מאי"ן סי' כ"ו בעה"ו ר"ח רחמים תרס"ג פה עיה"ק צפת"ו שלום רב וישע יקר.

לכבוד מע' הרבנים המופלאים. וכבוד ה' מלאים ב"ד רבה דעיה"ק טבריא ת"ו הע"י ומתוכם כעין החשמל מע' הרה"ג כקש"ת מוהר"ר אליהו ילוז הי"ו רבנים נכבדים: ביום עש"ק העבר הגיענו מכתבם היקר ע"ד הענבים המובאים מראש פינה שיש עליהם תעודה מה"ר טודרוס הי"ו שהכרמים נמכרו לגוי קודם שנת השמיטה וכו' ולעומת זה שמעו שהאשכנזים דפה עי"ק אסרו אותם ונסתפקו רומכת"ר כדת מה לעשות הנה יודע לרומכת"ר שבתעודת הר' טודרוס הנשלחת לעי"ק כתוב שכבוד הנדיב הבארוך ראטש'ילהד תושב פאריז מכר כל המושבות אשר סביב עי"ק לעכו"ם אחד מבני פאריז ועל זה סומך הר"ט הנז' להתיר ואנחנו לא נדע אם כנים הדברים או להד"מ.

ואף אם האמת כן הוא הלא ידוע התנאים ההכרחיים למכירת היתר השמיטה כמבואר בתשו' הרב המבי"ט ח"ב סי' ס"ה וח"ג סי' מ"ו ובתשו' בנו מהרימ"ט ח"ב יו"ד סי' נ"ב לענין היתר השכירות לגוי קודם השמיטה וה"ה למכירה וכמ"ש הרב שמן המור יו"ד סי' ד'. וכ"ש במכירת כרם דחמיר משדי הלבן דהא ידוע בבירור שהגוי יעבוד בהכרם בשביעית כמבואר באורך בשמן המור שם ומסקנתו שצריך למכור להגוי הכרם מכירה גמורה וחלוטה גוף הקרקע ממש בשטר גמור לשתי שנים דהיינו שנה אחת תמימה קודם השמיטה ושנת השמיטה עצמה.

כמה ששוה כרם זה להיות להגוי גוף הקרקע והאילנות להיות אדון ומושל בה שתו שנים כקונה קנין עולם ע"ש (והגם שהאריך להתיר שם איסור לא תחנם דמכירת קרקע בא"י לפרט זה מ"מ לענ"ד הנכון הוא למכור לישמעאל דוקא דקיל טפי וכמ"ש הרב מזבח אדמה יו"ד סימן קנ"ח ואפשר דכן כוונת השמן המור) וא"כ מי יעיד לנו אופן המכירה שמכר הבארוך המושבות ודי לחכימא.

ועוד דכל ההיתר הוא דוקא כשהגוי ופועליו הם העובדים בכרם כל השתי שנים וכו' אך בנ"ד בעו"ה הוא מכירת חוכא ואטלולא כי היהודים בעלי הכרמים הם הם העובדים שם בזמירה ובצירה כדרך הבוצרים. וכ"ש שאר המלאכות ממש כמו בשאר השנים כנודע.

והקונה הוא דר בפאריס. וידוע שאפי' בקרקע של גוי ממש מקנה קנינו מימי קדם.

אסור לישראל לסייעו בידים בשנת השמיטה כלל וכלל כ"א בדברים בעלמא וכמ"ש הרמב"ם פ"ז מהלכות שמיטה ה"ח ואם עבר ישראל ועבד בקרקע גוי הפירות אסורים וכמ"ש מרן בכ"מ בדעת הרמב"ם פ"ד מה' שמיטה הלכה כ"ט וז"ל ופירוש דברי רבינו כך הם עכו"ם שקנה קרקע בא"י וזרעה בשביעית פירותיה מותרים כלומר מפני שהשדה של עכו"ם וגם לא נעבד בה עבודה ע"י ישראל הלכך מותרים עכ"ל ועי' להמל"מ שם הכ"ו ובערך השולחן סי' כ"ט ראש ס"ק כ"ט, וגם אין לסמוך ולהתיר אף בלי מכירה לגוי מצד חלק הארנונא שלוקח המלך יר"ה מעשר בין שיעבוד בכרם בין שלא יעבוד וכמ"ש המבי"ט ומהרי"ט שם דכבר כתב המבי"ט שם בסי' מ"ו והרב לחם שמים פ"ד דשביעית מ"ב בדיוק לשון הרמב"ם בפ"א משמיטה הלכה י"א דחלקים הנותרים לישראל אחר חלק הארנונא חייב לנהוג בהם דין קדושת פירות שביעית וכן מסקנת הרב שערי רחמים ח"א יו"ד סי' ד' בהסכמת הגאון מהר"א אשכנזי ז"ל שם סי' ה' עש"ב. וממילא גם הקונים פירות אלו באופן הקנין המותר בפירות שביעית כמ"ש הרמב"ם פ"ו משמיטה צריכים לנהוג בהם קדושת שביעית דגם אחרי הקנין הפירות הם בקדושתם כמו שהיו. וכמ"ש הרמב"ם שם בראש פ"ו.

וידוע שדיני קדושת שביעית רבו למאד וכמבואר ברמב"ם פ"ה וכו' ועל כולם צורך הביעור בזמן הביעור. וכל מאי דקפצי זביני על ענבים דראש פנה היינו משום היין הנדרך מהם המשובח והיין דינו שוה לענבים שצריך ביעור בפסח בשנה שמינית וכמ"ש המבי"ט שם סי' מ"ו וסי' מ"ב.

וכמבואר להדיא בפסחים דף נ"ד רב ספרא הוה בהדיא גרבא דחמרא דשביעית והגם שהרמב"ם בפ"ז משמיטה הלכה י"א לא הזכיר ביעור ביין כ"א בענבים כבר כתבו הרבנים שערי צדק שער מצות הארץ סוף פרק י"ט ושנת השבע נתיב הששי דין ח' דלרוב פשיטותו לא הוצרך להזכירו והרי גם שמן לא הזכיר בחיבור.

ומ"מ בפירוש המשנה פ"ט דשביעית מ"ג הזכיר שמן וה"ה יין. וא"כ אף אם היו אנשי ראש פינה נוהגים בהם קדושת שביעית דאז היה מותר לקנות מהם באופן המותר כנז"ל מ"מ מי הוא הקונה הפתי דשביק היתרא דהיינו פירות הגויים ולינקט דבר העלול להכשל בו ובפרט כשידרוך אותם ליין ויצטרך לבערו בזמן הביעור.



ובפרט שבעו"ה אעיקרא דמלתא אסור לקנות מהם כלל שום דבר שיש עליו זיקת שביעית וכמ"ש הרמב"ם פ"ח משמיטה הי"ד דבחשוד לעשות סחורה בפירות שביעית או לשמור פירותיו ולמכור מהן אסור ליקח מאצלן כלל ואם הפירות הן פירות שכמותן בשמור כגון תאנים ורמונים וכיוצא בהן אסור לקנותן אפי' מעם הארץ שאינו חשוד וכו' לפי שאין מוסרין דמי שבועות לעם הארץ וכמ"ש ברמב"ם בפ"ח הלכה יו"ד ואילך.

וגם אין להקל בזה עפ"י הירושלמי תענית ריש פ"ג כשם שמתריעים וכו' ע"ש דכבר כתב הרב מראה הפנים שם דהרמב"ם השמיט זה משום דש"ס בבני דידן פליג ע"ש, וא"כ הגםדקיי"ל בדרכנן מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין ואפי' בדאורייתא בדבר שאינו מפורש בתורה וכמ"ש מור"ם באו"ח סי' תר"ח וכבר הסכימו רוב הפוסקים דשמיטה בזמן הזה דרבנן והכי סוגיין דעלמא וכמ"ש הגאון מהרי"ט אלגאזי הו"ד בקונט' שפת אמת סי' ג' למהר"י ניניו בספרו אמת ליעקב מ"מ בנ"ד דישראל קדושים שואלים את פיננו להורות להם הדין וודאי דאסרינן להו בפה מלא.

דברי הדו"ש כת"ר בלונ"ח ומעתירים בעדם עתרת החיים והשלום. הצעיר ישמעאל הכהן ס"ט הצעיר חיים מנשה סתהון ס"ט סי' כ"ו מעשה שהיה כך היה כי בעי"ק מאז השו"ב במקולין היא ביד שלשה שו"ב אשכנזים הי"ו ומזה כמו ט"ז שנים אשר אחד אתרע חזקתו ונסתלק מהמקולין ויעזוב את העיר וילך אל ארץ אחרת להתעסק באשר ימצא ונשארו השנים לבדם משתמשים בכל עסק השו"ב ולוקחים כל הנכנסות באין מכלים ומזה קרוב בא לפה לדור בארץ הרב פ' מחו"ל והוא אומן ובקי במלאכת הק' הזאת והלך וקנה חזקת הוא שנסתלק ומכחה רצה ליכנס במקומו וגם כמה יחידים חתמו לו ע"ז והשו"ב מיאנו לקבלו עד שנתפשרו ביניהם וכתבו ביניהם שטר כזה בחתי' וז"ל להיות לראיה ביד פ' (השו"ב החדש) איך שאנכי הח"מ מודה ומאשר ומקיים את חזקת השו"ב חלק שלישי מפה עי"ק העומדת בידו ע"י קנין שקנה מפ' חזקת ר' פ' ז"ל וכתב שיש לו מאנשי העיר שמקבלים אותו לשו"ב דפע"ק היינו חזקת חלק שלישי מכל הכנסות השו"ב דפה הן מאשכנזים הן מספרדים הן מכשרות.

והן מטרפות הן מהמקחים שמקבלים כעת והן כשיתוספו המקחים הן באופן שמקבלים השובי"ם כעת והן כשיקבלו השובי"ם באופן אחר מה שהיה ומה שיהיה הכל שייך חלק שלישי היינו ל"ג ושליש פרסנטי מכל ההכנסות לר' פ' הנז' ולב"ך ויו"א לצמיתות עלמין בלי שום ערעור וטו"ת ופ"פ ודו"ד בעולם כלל כי זכה להחזיק בחזקתו הנ"ל זכיה וחזקה מעלייא כדת וכתחז"ל נו ולב"ך ויו"א לצמיתות עלמין לעשות בה כחור"ר כאדם העושה בשלו בלי שום מוחה ומערער בעולם כלל ותמיד יד ר' פ' הנ"ל עה"ע ויד המערער על חזקתו הנ"ל עה"ת"ח וכל הנ"ל אני מודה ומאשר ומקיים ברצוני הטוב ובכל אופנים היו"מ עפ"י תחז"ל ובביטול כל מודעות ובפיסול כל עדי מודעות ע"ס כל המודעות ובקגש"מ וכנעשה בבד"ח נגד זה התחייב ר' פ' הנז' בחיוב גמור ומוחלט ובכל אופן היו"מ כתחז"ל שכל זמן שיתן לנו האלי"ת אריכות יו"ש אין לר' פ' (השו"ב החדש) שום רשות לדרוש מחזקתו הנ"ל רק עשרים פרסינט מכל הכנסות השו"ב דפע"ק והי"ג ושליש הנשארים שיש לו בתוקף החזקה שלו הוא מוסר בקגו"ש במדל"ב ובכד"ח מעתה ומעכשיו לזכות ורשות של ר' פ' (אחד מהשובי"ם הקודמים הנז') לכל ימי חייו מבלי

להשאיר לו שום זכות בהם לא לדרוש אותם ולא למכרם לאחרים כל ימי חייו ואחר איו"ש שלנו אין שום זכות ליו"א של פ' בי"ג ושליש הנז' וכו' כי ההתחייבות היה רק לכל ימי חייו וכו' וכל הנ"ל אנחנו מאשרים בחתי' כי כל זה נעשה ברצוננו הטוב ובכל אופנים היו"מ כתחז"ל ובביטול כל מודעות ע"ס כל המודעות ובקגא"מ ונעשה כבד"ח ולראיה באנו עהח"ת ביום פ' חדש פ' שנה פ' והכל שריר וקיים נאום פ' נאום פ': דא היא חתי' פ' וחתי' פ' ואשרתים וקיימתים כדחזי גם אני מאשר גוף הדבר הנז' וע"ז בעהח"ת יום הנ"ל פ' ראב"ד ע"כ ההעתק מגוף השטר ויען שאחר עבור כשנתיים ימים והשלשה שו"ב הנז' משמשים במקולין יחד ומחלקים ההכנסה ביניהם כמו שיוויים כנז' וקולם לא ושמע רוח אחרת היתה עם שו"ב החדש להתאונן שחלקו הנז' אינו מספיק לו לפרנסתו ובוזה הוא מבקש חלקו שלישי במושלם ואמר שמה שזיכה הי"ג אחוזים ושליש היה לאנסו מפני שסגרו הדלת בפניו שלא ליכנס עמהם וכבר קודם הזיכוי מסר מודעא ע"ז ואנן ב"דנסינו לתווך ביניהם בדרך השלום ומאיזה סבות שנתגלגלו לא עלתה בידינו והמה בקשו דינא קא בעינא וכאשר היינו מתייעצים בינינו אם להטפל ואם לחדול נשאול מעמדי מאת חברי הי"ו מה דעתי בעיקר הדין ולפי תומי בהשקפה ראשונה שלדעתי השני שו"ב המה זכאים כך עניתי לו וסוף דבר הענין לא נגמר על ידינו ולא אכפת לי איך שיהיה רק מפני שאני מרגיש כי יחד מתלחשים כי אמרתי אני בחפזי מבלי ישוב ומשנה שלימה שנינו היו מתונים בדין לכן אמרתי לגלות דעתי מהיכן דנתי לכאורה ואם שגיתי הנני ענו בי ואודה ולא אבוש כי יודע אני בעצמי מיעוט ערכי ומי יאמר זכיתי לבי ואען ואומר שעיקר תשובתי ע"ז תכף מפני שמתוך דברי השו"ב שמעתי שעיקר דחייתם אותו בראשונה מפני שהיו יודעים שאין לו שום זכות בקנייתו מהשו"ב שעבר חדא כי גם השו"ב ההוא קנה משו"ב ז"ל שלא נכנס למקולין מכח שום חזקת אבות או מקח וממכר רק האדמו"ר שהיה בימיו פייס לקהל להניחו ליכנס והם שתקו לו ואם הדבר כן הנה ידוע תשו' מהר"מ שהביא המרדכי סו"פ החובל דמי שזוכה בדבר מהקהל הוא או ב"ך אין לו רשות לתת ולמכור לאחר ועיין לחק"ל א"ח מדכ"ט ואילך ובש"ע או"ח סימן קנ"ג סי"ב כ"פ להלכה וא"כ זה שקנה ממנו שדי זוזי בכדי וגם הוא אין לו זכות למכור והגם שהט"ז שם כתב שאם קנה יכול למכור מובן דל"א רק בקונה מהקהל עצמם לא בקונה ממי שאין לו זכות למכור וז"פ וכ"ש לשטת הלק"ט והנמשכים אחריו דאין בשו"ב סרך שררה רק אומנות בעלמא ועיין בח"מ סי' שכ"ט דהמקבל שדה מחבירו לזמן ידוע ומת אין ליורש לתבוע רק מה שעשה אביו ולא יאמר שישלים במקומו ויקח הכל והטעם כהרא"ש מפני שדב"ז אין גופו ממון להורישו ע"ש וה"ה הכא דאין אומנות השו"ב גופה ממון להוריש או למכור שנית היו אומרים שהשו"ב שמכר לו יצא בפיסול מהמקולין וכזה ודאי איבד חזקתו ועיין במג"א בסי' קנ"ג סוס"ק מ"ט שהביא מהמרדכי דאפי' המחזיק בשררה אם עבר משררתו מחמת עבירה שעשה אפי' בשוגג אינו חוזר לשררתו ע"ש וא"כ מה נשאר לו זכות שימכור לאחרים.

ובפרט שזה כמה שנים שעזב והלך לעיר אחרת ולא דרש את חזקתו ומזה מוכח דאייאוי מייאש ואסח אדעתיה ומחל ועיין מ"ש בזה מהראנ"ח ח"ב סי' ע' ואני בעניי במ"א הבאתי מפ"ס ומפ"ס דאפי' בחזקת קרקעות וברב שעזב את מקומו אם אח"כ חזר איבד חזקתו ואכמ"ל גם עלה בדעתי כי השו"ב החדש יטעון לזכות מכח שזה שנים רבות

אשר כל השו"ב היו מקהל בהכנ"ס שלו ויאמרו שכבר קהלם החזיקו בזה והמה יזכו לו החזקה הזאת מכחם אבל לא שמתו לב ע"ז יען כי חזקה זאת לא באה מכח טענה זולת כי כל הזמן ההוא לא היו נמצאים שו"ב מומחים כ"א בקהלם לא כן בימים האלה כי רבים המה השו"ב זולתם ה"ז דומה למ"ש מור"ם בח"מ סוס"י קמ"ט יחיד שיש לו ס"ת והחזיק שהצבור קורים בו תמיד אם היה לצבור ס"ת אחר לקרות בו כשקראו בשלו מיקרי חזקה וכו' ואם לא היה להם ס"ת אחר לא מיקרי חזקה ועיין מ"ש בזה בתשו' הנדפסת בפני יצחק ח"ה יו"ד סי' ה' ועוד הכא כל קהלות הק' שבעיר זו כולם שותפים יחד במקולין אחד וידוע בסי' קמ"ט דאין לשותפים חזקה זע"ז ועיין למהרשד"ם ח"מ סי' קנ"ג ומהראנ"ח ח"א סי' פ"ג ומ"ב סי' ד' שדנו כן בבהכנ"ס שכל המתפללים הם כשותפים לזה ועוד ט"א דהכא רבים נגד רבים ואין מחזיקים רק כשיש גזברים מיוחדים ועיין למור"ם בזה סוס"י קמ"ט ונד"ז דאין בזה גזברים מיוחדים מאן מפיס ומאן מחיל ומובן דאין זה דומה למה שמונעין הבא להחזיק במה שהחזיק הראשון אע"ג שראשון החזיק בשל רבים דהתם לא שאנו מחזיקים הראשון בעצם הדבר שהרי הרבים ואפי' יחיד הבעה"ב יכול לסלקו אלא שכיון שבעה"ב רוצה להנותו מונעים את זה מלהשיג גבולו.

גם ראיתי ונתון אל לבי במה ששמעתי כי רבים חתמו לו לקבלו לשו"ב וראיתו שאפי' אם הם רבים ואפי' נדון זה כהסכמה עיין לחק"ל ז"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד ודן אחריו הרב פני יצחק ח"ג סי' ט' ביו"ד טעמים לביטול ההסכמות בנדונם ורובם שייכי לנד"ז והוסיף פנ"י להוכיח שהרמב"ם והרא"ש שאנו סומכים עליהם ס"ל שאין הרוב כופין את המיעוט והגם שהרב מר ואהלות ח"מ סי' וי"ו כתב מהרב"ח שהש"ע פסק בב' מקומות שכופין הוא ז"ל הוכיח שלא כ"כ רק בענין מסים ומה גם בענין מינוי שהש"ע בא"ח סי' ג"ן פסק דמינוי ש"ץ אפי' יחיד מוחה ועוד דאפי' למ"ד כופין אינו אלא ברובו מתוך כולו ומה שהשמש חוזר ומחתיים אין בזה אפי' ריח רוב ועילא מן כל שצריך הסכמת חבר עיר וגם מרן מודה למור"ם שגם בהסכמת העיר צריך חב"ע ואם לא הסכים תחלה אינו מועיל מה שיחתום לבסוף עש"ב עוד ומזה תבין לנד"ז כי הוליד חסרו"ן כ"ז וכ"ש דלפי המשוער שהחת"י שבידו אינם אפי' מיעוטא דמיעוטא לפי רוב הקהל ה' יוסיף עליהם ועיין בענין בזה בדר"ת ה' שחיטה סי' א' מאות ר"ח ואילך ובזה לא יכולתי למצוא לו זכות גם מצד זה ובזה החליטה דעתי שאולי הכתב שעשו ביניהם והיו באים תחלה לדון להם אם יוכלו למנעו מלהכנס הגם שבא בטענות הללו היה הדין נותן שהם זכאים הגם שקנה בזווי אותה חזקה מאחר שהמוכר לו נדחה מחזקתו וכמש"ל הבא מכחו אין לו חזקה והמה אשר קדמו וזכו במקומו לשמש לבדם המה החזיקו גם בחלקו ועיין למהראנ"ח ח"ב סי' ע' בראובן שהיה לו חזקה שיתפללו בביתו ומחמת סבה עזב את העיר ושמעון התנדב שיתפללו בביתו ושוב מכר ראובן את ביתו ללוי ותבע לוי שהזכות שלו ויחזרו להתפלל בביתו וכתב הרב שכבר זכה שמעון ממ"ש ביומא די"ב אירע פיסול בכ"ג ומינו אחר תחתיו ראשון חוזר לעבודתו שני כל מצות כהונה עליו הרי הגם דחזקת השני לא באה אלא מסבת הראשון עד שיטהר אפי"ה זכה ומינה לשם גם החק"ל שם ד"ך דן כן מדבריו וכ"כ הלק"ט ח"א סי' ט"ל בתוקע ושוחט דאם מת ונכנס אחר במקומו ואח"כ תבע הבן חזקת אביו דהבן הואיל ואידיחי אידיחי וכ"כ הדב"מ

ח"א סי' ב' וגם אהל יוסף דהואיל ואידחי ואידחי ונשאר הזכות לשני ע"ש ומינה לנד"ז דהואיל ונכנסו במקומו השני שו"ב איהו והבא מכחו הואיל ואידחי ואידחי אבל כיון שחזרו ונשתוו ביניהם באותו כתב הוכרחתי לתת דעת אליו והגם כי ידעתי שכ"ז אינו אלא להלכה אבל יטעון השו"ב החדש שאצל האשכנזים הי"ו נהוג אצלם חזקות כאלה למכרם והמנהג מבטל הלכה כידוע בזה אני אומר עיין להכנה"ג בח"מ סי' ר"א בהגה"ט כמה תנאים צריך להתפשטות המנהג עד שיהיה לו דין זה ואם חסר אחת מהנה לא ובפרט בדבר תמוה כזה שמי שנפסל וגם כמה שנים נתייאש והלך לו ועכ"ז יהיה המנהג פשוט שיוכל למכור זכותו לאחר זה רחוק מהשכל וע"ש שהביא מכמה פוס' שבמקום שהמנהג רופף בידך הלך אחר ההלכה ולא והיה זה עדיף מתקנה והרי באה"ע סי' קי"ח פסק כל ס' בתקנה העמידהו על דין תורה וד"ב.

נתנה ראש על מעשה הכתב דלפי אומד"ד נראה דאת השו"ב הקודמים לא נחתי לה והפקיעו זכותם זולת על סמך שהוא יתחייב לזכות אח"ז הי"ג ושליש וכי ליתא להאי האי נמי ליתא והגם כי בביצה ד"כ ובטוש"ע ח"מ הי' רנ"ג איתא דשכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' וישא את בתי איזה מהם שירצה יקח וכפירש"י והתוס' הטעם בזה דתפשי' לשון ראשון כיון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין ואין הדברים תלויים זה בזה ולזה יוכל שלא לקחת הבת ויזכה בק"ק זוז ולפ"ז ה"ן שקדמו והודו על החזקה בקגו"ש הרי זכה בה וחיובו אינו תלוי בזה ויוכל לחזור בו ושוה בזה גם הברי"א לשכ"מ הנה החילוק מבואר ביניהם דהתם היו שתי זכיות מאחד לתועלת חבירו ולכן אמרינן דנתפש לשון ראשון ולא השני אבל כשהם משני בנ"א דכל אחד מתחייב לבדו אין טעם לתפוש לשון המתחייב הראשון ולא המתחייב האחרון וכ"ש לפי הסמ"ג והרי"פ שהסכים בו התה"ד בסי' ש"ן וכן התשב"ץ ח"ג סי' קס"א דטעם הסוגיא משום שהם שתי מתנות ויכול לזכות בשניהם אלא שאם אינו רוצה לקבל רק אחת רשאי מה שאין שייך לומר זה בשנים מזכים זל"ז וזל"ז כ"א לתועלת חבירו וכמ"ש כ"ז מהראנ"ח ח"א סי' ע"ז ע"ש וגם הרמב"ם והש"ע סי' רנ"ג כתבו בזה"ל דמי שנתן שתי מתנות איזה מהם שירצה יקח וכו' כטעם הרי"פ ודלא כרש"י (יש קצת עיון במ"ש מור"ם שם בשם תה"ד דנראה לכאורה הפך ממ"ש תה"ד שם בהגה) וכ"ש הכא דכמו שהשו"ב הקודמים הודו בקגו"ש גם הוא התחייב בקגו"ש וכו' והגע עצמך הגם בלי חיוב השו"ב הקודמים בא השו"ב החדש מעצמו ונתחייב להם בקגו"ש או בשטר שכתב ואם אינו חייב וכמ"ש בסי' מ' וסי' ר"ז ואין בזה משום אסמכתא וכיון שכתב בלשון חיוב אין בזה משום קנין בדבר שלב"ל כמ"ש בסי' ס' וא"כ דל מהכא טעם תליית זב"ז איך יפטר ועיין למהראנ"ח שם בתחי' דבריו שכתב דודאי חייב לקיים מה שקבל ורק לענין אם לא קיים מאיזה סבה ע"ז עמד לפלפל שאם תלוי זב"ז תבטל המתנה ואי לא לא והכא הלא המה עודם מקיימים מה שזיכו לו ורק רוצים שגם הוא יעמוד בחיובו ואין לדמות זה למ"ש בסי' רמ"א והוא מתשו' הרשב"א שהביא ב"י דהמוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו מה שנטל ומה שלא נטל לא יטול וכו' דהתם הט' מפני שלשון מחולה לא יועיל למה שהוא ברשות המוחל ובמה קנה רק אם נטל וזה ראה ושתק נימא דבאותה שעה הוי מוחל ומחילה א"ץ קנין משא"ך הכא דהדבר הנמחל אינו תחת"י וגם אין כתוב לשון מחי' אלא הקנאה גמורה בקגו"ש ובחזו"ס זכה מההיא שעתא וגם מה שלא נטל יטול ועיין בב"י שם תשו' אחרת

מהרשב"א דאפי' בקרקע ואפי' רק בלשון ידי מסולקות ממנה אם קנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו ע"ש ועוד אני אומר לעד"ן שכיון ששטר זה אינו בלשון עדים אלא מלשון שניהם ששניהם חתומים בב"א על כ כל האמור בו ובתחלה כתוב הודאת החזקה וסמוך ונראה כתוב התחייבות השו"ב החדש בי"ג אחוזים ושליש כל ימי חייהם ואחר איו"ש יהיה כל החזקה שלישי לו הו"ל כאילו שניהם מדברים ומבארים סגנון הגמר ביניהם מה זיכו לו בחזקה ומה נשאר להם, וכן נראה ממ"ש בחיובו התחייב פ' ולא התחייבתי וכן אין לפ' לדרוש ולא אין לי לדרוש הכל בל' אחר מדבר בעדו ולא כמדבר בעד עצמו ומ"ש בתחלה שהודו לו ע"כ השליש בשלמות אינו אלא לאחר איו"ש כמו שמבואר למטה ואי זה לא סוג תנאי ולא סוג מחילה אלא ביאור ושירור ובוזה לא יהיו דברי השטר סותרין זא"ז דמתחלה נראה דזיכו לו השליש במושלם ואח"כ בסוף וראה שדוקא עשרים אבל אי הוי ביאור וסיום מה שקדם ניחא ועיין סי' כ"ט דכל שיכולים לכוין שלא יהיו סותרים מכווני' ובפרט דחיוב השו"ב החדש הוא בגוף הדבר שזיכו לי שהוא חלק ממשכורת המקילין שזיכו לו בה חזקת שלישי וזה נמצא מפורש בתשו' הרשב"א ח"ג סי' ר"ה וז"ל בתוך התשו' שלא נאמרו דברים הללו (משפטי התנאים) אלא בתנאי שאינו בגוף הדבר הניתן והנמכר כגון תנאי בני גוב"ר שהתנאי היה באם יעברו והמעשה במתנת הארץ אבל כשהמעשה והתנאי בגוף המתנה ביאור המתנה או שירור הן אלו כמה שנותן נותן ומה שאינו נותן וכו' והרב עה"ש על סי' רמ"א אוי"ד הביא מחי' הריטב"א שכ"כ וציין לכנה"ג בהגה"ט סי' ר"ז אול"ב שצריך לזה דעת הרא"ש בתשו' עיין עלהים בארך ונמצינו למדין בנד"ז דאין זה אלא שירור ששיירו מהחזקה להם וגם הוא הסכים בשירור זה ונתחייב בו ואז לא צריך משפטו תנאים ומזה אין להרהר פה כמה שנראה דפה קדם מעשה לתנאי כי הם זיכו לו תחלה ואח"כ הוא התחייב דהוי כתנאי וקי"ל במשפטי התנאי דצריך תנאי קודם למעשה וכן שאר המשפטים דהא אין כאן אלא שירור ולא תנאי ועיין בסי' ר"ט דמשייר לעצמו בעין יפה משויר ואפי' בפירות שלב"ל אמרינן דשייר מקום הפירות אעפ"י שלא פירש וא"ת דהכא אפי' הנשחטים עדיין אינם בעולם ואין כאן לא פירות ולא מקומ' י"ל דלזה החכימו והסכימוהו בלשון חיוב כדי שיחול החיוב על גופו גם על דבר שלב"ל וכמש"ל ועוד די"ס דכוון דזה מקנה לזה וזל"ז בההיא הנאה גמרי ומשתעבדי גם לדבר שלב"ל ע"ש במור"ם ואע"ג דמרן בסי' קע"ו ס"ג לא פסק כן כיון שזה נתחייב באופן היו"מ כתחז"ל י"ל שבזה קבל עליו ס' החולקים שהיא המועלת לקיום זה והדברים עתיקים בזה רק שאכמ"ל: אך הגם שכתבנו שמתחלה אם היו באים לדון היו המה זכאים בחזקתם אלא שאח"כ זיכו לו ולולא שחזר ונתחייב היתה חזקתו שלמה וגם לטעם השני ששיירו לעצמם הרי שיירו בדבר שלב"ל ולולא שנתחייב בלשון חיוב או משום שכתב באוי"מ כתחז"ל לא היה בו ממש א"כ גמר הזיכוי להם אינו רק מחמת חיובו והרי הוא טוען עתה שלא נתחייב אלא לאנסו ויש לו מודעא לזה אמינא דכיון שבעיקר הזכיה המה הוו זכאים בדין ולזה מנעוהו א"כ כאשר נתפייסו לו באופן שיתחייב וקבל אין זה אלא חסד ולא אונס ואם יאמר שכ"ז הוא לדעתם אבל לדעתו הוא סומך על חזקתו ולדידיה זכותו היא ברורה בידו ועכבתם לו שלא כדין והויא אונם מ"מ הנה לא יבצר דשני הצדדים לא היה ברור להם מי יזכה בדין ולזה סו"ד גמרו ביניהם והו"ל זה פשרה שעשו שהם יוותרו

לו עד עשרים אחוזים והוא יוותר בשארית השליש ועיין בסי' ר"ד דפשרה דינה כמכר וכתב בב"י שם הטעם לפי שהתובע ירא שמא יפסיד הכל והנתבע ירא שמא יתחייב כל ולכן מתפייסים בפשרה והינו מכר ממש שמוכר לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה וכו' משא"כ במחילה ע"ש וא"כ ה"נ נד"ז מטעם הנז' הוי כמכירה וכבר מפורש שם דמתנה ומחילה סגי לבטולה גילוי מלתא או אונס לחוד אבל המכר והפשרה בעו תרתי מודעה ואונס שיכירו בו עדי המודעה.

ואעפ"י שיש להרגיש בזה ממ"ש בסי' רמ"ב דמתנתא טמירתא לא הוי מודעא לחברתה רק אי מוכחא מלתא ומייתו מעשה באשה שלא רצתה לינשא לאיש עד שיכתוב לה כל נכסיו ושמע בנו הגדול וצווח איך מניחו ריקן ואמ"ל כתבו לו במתנתא טמירתא ואח"כ כתב לה וגמרו חכמים הבן לא קנה משום מטמ"י והיא לא קנתה שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה אעפ"י שהוא בטלה מפני שהיא מסותרת ע"כ דמשם יראה שאעפ"י שקבל מהאשה טובה שקבלה להנשא לו ותחת זה כתב לה איהו עכ"ז נתנו לה דין מתנה שדי ביטולה בגילוי מלתא שהרי מ"ט שקדמה לה אין לה כח מודעה שמבטלת המכר וגם האונס שהיה לו בגוף המתנה אין לו כח אונס שדי בו לבטל המכר דהא הו"ל אונס דמנפשיה ע"ש בב"י רק דבצרוף שניהם חשבינן ליה כגילוי דעת שמבטל המתנה וא"כ קשה אמאי לא הוי כמכר דבעי הכא תרתי מודעה ואונס גמור י"ל דלא הוי סוג מכר רק אם בשעה שזה מוכר לו הוא מודה לחבירו בפועל אותה ההנאה שנותן לו מודה לחבירו מה שמטיב לו תמורתה אבל אם רק הבטיח ולא גמר לעשות בפועל אין זכיית חבירו לו רק מתנה דאכתי לא סמכא דעתיה לזכות בהחלט וה"ט התם שרק הבטיחה להנשא לו ואולי תחזור בה.

וכתב קודם שנשאת רק הבן הקדים מפני הפחד אולי יכתוב ותנשא לו בפועל שאז תתקיים המתנה וישאר ריקם ולזה דנו חז"ל שבאותה שעה שכתב עדין לא נשאת אין זה אלא מתנה שדי לבטלה בגי"ד והרי גי"ד במ"ט שעשה לבנו וראיה לזה דברי אעפ"י ס"ל לראב"ע דגם בארוסה לא כתב לה תוספת אלא ע"מ לכונסה ורב אמר אין הלכה כראב"ע ושמואל אמר הלכה ומסיק דגם רב אזיל בתר אומד"ד אלא דס"ל דלא כתב לה אלא משום איקרובי דעתא והא איקריבא והרי התם אע"ג דנתארסו שהוא תחלת נישואין לא נחשב לראב"ע שהיא קבלת טובה דאין טובה רק בנשואין ממש והרי קיי"ל כשמואל התם דמשמע דגם אירוסין לא הוה רק הבטחה שתנשא לו ואפשר שאחר שכתב תחזור בה דאיך נדון זה כמכר ומה טובה קבל עדין תמורת זיכויו לה לזה דנו אותה לאותה מתנה שדי לה בגי"ד לבטלה משו"ה כשיש טובה גמורה לזה כמו לזה שנגמר טובת שניהם באוה"מ לפו"ד ושום אחד לא יוכל לחזור אז אם טען מודעא יש לי נימא ליה שצריך מודעא כדינה ואונס גמור כדין כל מכר ופשרה.

וא"כ בנד"ז דהגם שזה טוען בעיקר החזקה הצדק עמי וחבירו אומר שהצדק עמו ונתפשרו בחיובים שכתבו ביניהם אין זה אלא דין פשרה ולא מתנה ומחילה דלא שייכי אלא במי שהדין ברור שהדבר הניתן או נמחל שהוא שלו ונתן או מחל אבל במסופק הוא עצמו ולזה נתפשר אין זה אלא כדין מכר וכמ"ש וכ"ש שהם אומרים שידע הוא עצמו שהדין עמהם שהרי יביאו עדים שהיה מרבה עליהם רעים שיגמרו עמו עד

שיתפייסו לגמורעמו באופן הנזכר והגם שלזה יוכל להשיב שלהציל עצמו ממריבות והעמדה בדין היה מבקש זאת וכמ"ש בב"ב ד"ל אמר רבא עביד איניש דזבין דיניה ועיין ברשב"ם שם ועיין בח"מ סי' קמ"ו דכן הלכה מ"מ כ"ז היה שייך אם לא זוכה רק דבר מועט אבל הכא שזוכה י"ג חלקים ושליש משלשה ושליש ולכל ימי חייהם אין זה דבר מועט לא מצד כמותו ולא מצד איכותו לזמן רב ועוד דל"ש זה רק בטוען שהיה מפייס ולא נגמר הענין אבל אם היה מפייס וגמר הענין בחיוגו"ש איך יטעון שגמר משום דליזבון דיניה אדרבה יאמר שכנגדו ממטונך הרי אתה מודה דמטעם דליזבון דינך גמרת ברצונך ולא באונס ואין אחר המעשה כלום וגם בנדון מהרשד"ם בח"מ סי' שכ"ט שדן לזכות לבטל החזקה בטענה זו שמה שהיה משלם שכר לתופס בה משום דליזבון דיניה אינו רק משום תשלום שכי' וגם דבר מועט אבל אם היה קונה אותה בהחלט או שהיה תשלום השכר דבר גדול לא היה זוכה בטענת דזבין דיניה ע"ש וא"כ בנד"ז שהדבר גדול וגם גמר בחיוגו"ש אין טענה זו מצלת והדר דינא רק לטענתו במודעא שעשה על הפשרה וצריך לדעת תנאי המודעא מה הם ומצאנו להמבי"ט ז"ל ח"ג סו' קפ"א שהעלה מדברי הרמב"ם ז"ל דעיקר המודעא ג' דברים שידעו העדים שמה ששואל ממנו הוא שלא כדין וששמעו מפיו שהיה מאיים עליו לאנסו ושיש כח בידו לעשות ע"ש והנה התנאי הראשון שכתב ז"ל הוא מפורש ג"כ בתשו' הרא"ש כמ"ב סי' ה' באחד שתבע מחבירו מנה והודה לו בשמנים.

ואם לא יכתוב לו שטר מחילה לא יפרע לו אף פרוטה וכתב לו ואח"כ הוציא מודעא שמפני שכפר לו אם לא יכתוב המחילה נאנס וכתב והשיב הרא"ש דהמחילה קיימת דהא כל מודעא דלא כתוב בה דידעינן באונסיה לאו מודעא היא והכא לא הכירו העדים באנסו די"ל שלא היה חייב לו רק שמנים שהודה וכשתבע יותר כפר לו וכשנתרצה לקבל מה שהיה חייב חזר והודה לו וכו' עש"ב הרי דכל שלא ידעו העדים שאונסו שלא כדין אין כאן מודעא ועיין למהריט"ץ ז"ל סי' קפ"ט שעמד בדברו הרא"ש הנז' וכתב דאם היה האונס חיצוני כגון שהפחידו על הדבר בעש"ג וכווצא עד שמזה הוכרח להתפשר גם הרא"ש מודה שהמודעא מודעא משא"כ כשכופה במה שתובעו ואפשר שהדין עמו אין המודעא כלום שהי"ל לתובעו למשפט ויתברר הדין עם מי ע"ש ואע"ג שנראה ניגוד לזה ממ"ש בפ' ח"ה דאביי ורבא אמרו אפ"ל עלי ועליך (דצייתי לדינא) כתבינן מודעא וכתב הרמב"ן הבי"ד הב"י בסי' ר"ה הטעם משום דזמנין דלא מיכנפי בי דינא ואחרים אמרו דאע"ג דצייתי דינא הוא מפחד שמא לא ישמעו יאמר מהריט"ץ דטעמים אלו לא שייכי רק באנסו באונס חיצוני דאם ימתין עד דמיכנפי אז כבר עבר עליו האונס ומה יועיל הב"ד דמאי דהוה הוה משא"כ כשהאונס בגוף הדבר אם ימתין עד דמיכנפי אין הפסד כי הדין לא ישתנה.

וגם לטעם השני אין זה רק שיכתבו המודעא שתועיל אם לא ישמע אבל לא מפנ"ז תועיל המודעא כי כאשר לבסוף יבואו לב"ד המה יראו אם העדים ידעו שמסר מודעא כדין וזה אנסו שלא כדין אז יקיימוה ואי לא לא ובפרט אם ידוע לתובע שב"ד יכולים לכופו זה לדין שאז יודו גם המפרשי' הללו דאין כותבין לו המודעא כיון שסו"ס יש שופטים שיכופו מאי נ"מ לכתוב ועיין להריב"ש ז"ל בסי' קכ"ז ששם היה שמנעו האב מלהוציא כרוז שרוצה לנסוע וטען שזה היה אונס בגט ובטל וכתב הרב שאין זה אונס דהו"ל

להקביל ע"ז בחצר שהמה מזומנים תמיד וליכא טעם עד דמיכנפי וגם טעם שמא לא ציית ליכא דבע"כ ציית לחצר ע"כ וכ"כ משכה"ר אות מודעא דלגבי עירם שהב"ד מזומנים תמיד ויכולת בידם לכוף ל"ש הני תרי טעמי אמור מעתה בנד"ז אפי' או הוה אונס חיצוני מ"מ כיון שיש ב"ד מזומנים בכל יום וגם יכולים למנוע האונס תכף כיון שהדבר הוא בענין מלאכת הקדש שו"ב שזה מסור בידם ואם לא ישמעו לדין יסלקו אותם כדין מאן דלא ציית לדינא ששחיטתו פסולה והוא לא הקביל בזה ושתק אין כאן מודעא ואונס וכ"ש שלא היה האונס חיצוני אלא בגוף הדבר וצריכים לגברי רברבי לדעת הדין עם מי וא"כ איך תרי סהדימאנשי המקום ידעו שאונסים אותו שלא כדין ועיין למהר"מ אלשיך סי' ע"א ולאהלי יעקב מהריק"ש סו' ק"ט ופת"ש בסו' ר"ה ס"ק ח' ולמשכה"ר אות מודעא שמבואר מדבריהם דבדורנו הגם שכתבו העדים והכרנו באנסו צרוך לחקור אחריהם איך ידעו כי הן רבים עתה עם הארץ ועבדי דטעו ע"ש ומתוך האמור דעכ"פ היה יכולת ביד ב"ד לכופם למנוע האונס ויעמדו בעוקר התביעה לדין בב"ד שיהיה מזה נפל גם התנאו דבעי במודעא דהיה מפחידו בדבר שהיה בידו לעשות ובכאן אם היה מתברר בדין שיש לו זכות חזקה לא היה להם שום אפשרות למונעו שאם לא ישמעו לדין תכף הב"ד והקהל יסלקום מן העבודה והגם שאמר שכבר תבע אותם לדין ועשו זבל"א וזבל"א וקבעו להם זמן ולא הלכו וגם שלחו להם הזמנה ללכת ולא הלכו הנה השיבו שמאיזה סבות דחו הזמן אבל היו נכונים ללכת אח"כ אלא שאדביני ביני גמרו ביניהם ולא הוצרכו ללכת ולא עוד אלא שכ"ז שלא הביא להם כתב סירוב מב"ד לא נכנסו בסוג לא צוייתי ויכולים לדחות.

ועוד אמרו שהרי סופו הוכיח שהיה יכול לעשות מתחלה מה שעשה כעת לכתוב חוזה עם הקצבים בלי המלכת ב"ד וכיון שהיה בידו לאשתמוטי מעכבתם או בב"ד או בחוזה ולא אשתמיט גם אם מסר מודעא לא הוי אונס ועיין למהרימ"ט ח"א סוף סי' ל"א שכ"כ והבי"ר ממ"ש בגמ' ולא אמרן אלא דלא אפשר ליה לאשתמוטו אבל אפשר ליה לאשתמוטי לית לן ביה וכתב דזה קאים להלכה ע"ש ואחר שלמדנו מהאמור שאין כאן טענת אונס א"כ גם החושב לדון חיוב זה שנתחייב השו"ב החדש שאינו אלא מתנה ולא מכר ובמתנה גם בלא אונס די בגי"ד אמינא לזה דמלבד ס' רבינו יונה ורבותיו וריב"ש שהביא ב"י באה"ע סי' רל"ד דס"ל דגם במודעא דמתנה בעי' אונס עוד עיין למהרימ"ט שם שכתב דגם למאן דלא בעי אונס במתנה אינו רק במתנה שאין שום הנאה נגדו אבל כשמקבל נגדה אפילו מתנה מועטת נהי שאין דינה כמכר דזביניה זביני גם במקום אונס מ"מ גם הוא לא תתבטל רק עם האונס וכן הביא מהריב"ש והתשב"ץ וכ"כ מור"ם בסו' ר"ה ע"ש והשתא כיון דבעיא אונם עיין בנה"מ סי' ר"ה סעיף קטן שהביא ממהר"ש ז"ל דנהי דאונס בלי מודעא מבטל המתנה אינו אלא כשאנסו ליתן מתנה אבל אם אנסו סתם והוא נתן לו ליפטר מאונס אין זה אונם ע"ש וא"כ לפ"ז אפי' היה בנד"ז אונס המניעה הרי לא היה על המתנה אלא שנתן להנצל מהאונס זה ואין לו אונס במתנה ואי משום המודעא שדי בה לגי"ד במתנה הנה כתבנו דבמתנה כזו שקיבל נגדה בעיא אונס ונמצא שאין ביטול למתנה זו לא מצד האונס כיון שלא היה האונס עליה ולא מצד המודעא כיון שהיה לו קבלת הנאה כנגדה ומודעתה בעיא שתהיה עם אונס ואיננו.



ועוד נראה להעמיד חיוב השו"ב החדש הנז' ממ"ש שהודה בכת"י שהכל נעשה ברצון ודביטול מודעי דמודעי ע"ס כל המודעות ובפיסול עדיהן וכו' וא"כ ל"מ אם דין חיוב זה כדין מכר ופשרה וכמש"ל שמפורש בסי' ר"ה דביטול המודעא מקיים המכר גם אם הים באונס מתחלה אלא גם אם הוא כדין מתנה כיון שהוכחנו שאין דין אונס בזה כנז' הנה בסימן רמ"ב מפורש דגם מודעא דמתנה אי לא ידעינן באונסיה וביטל המודעא המתנה קיימת והגם דהכא מסתמא מסר מודעה גם על הביטול שיבטל אח"כ ומרן בסי' ר"ה כתב דבזה לא מועיל הביטול שהרי גם עליו מסר מודעא שלאנסו יבטל מ"מ הנה לא גילה דעתו באם יאמר בביטול שמבטל מודעי ומודעי דמודעי וכו' כגון מ"ש בכאן אם יועיל או לא רק מור"ם הוא שכתב מהרא"ש י"א שאם חזר וביטל כל הביטולין שעשה דמהני וכן נוהגין לכתוב בשטרות לבטל כל מודעי ומודעי עד עולם וגם מרן באה"ע סי' רל"ד בתיקון ביטול המודעות בגט כתב גם זה בכלל תקון הביטול ע"ש והגם שכתב תקון הרמב"ם שיאמר בפני העדים כל הדברים שמסרתו שגורמים אם יתקיימו לבטל הגט הרי הם בטלים וכו' וגם כתב תקון הרשב"א לפסול עדים מ"מ נראה שרוצה לזאת י"ח גם בתקון הרא"ש והרי הוא כתוב כאן הוא והפיסול עדים דהרשב"א ועיין להסמ"ע בסי' ר"ה דגם מרן שהוא ס' קמייתאשם יודה כדהרשב"א וכן מהריט"ץ בסי' קפ"ט כתב שבארצותנו א"י נוהגים לכתוב בפיסול עדים כהרשב"א וטעם הרשב"א הוא דכשפסל עדי המודעא אין כאן עוד מי שיעיד על המודעא והגם שהר"ן חלק בתשו' על הרשב"א אינו רק כשיש אונס מפורסם דתו אין אנו צריכים לעדי המודעא ע"ש ועיין למהרח"ש בקו' מודעא תשו' ב' דעמד בכ"ז ומלבד שהביא דברי הריב"ש בסי' קכ"ז מ"ש שהראשונים הסכימו שביטול מודעא ומשמע גם ביטול סתם מועיל לכל מודעא שקדמה עוד כתב דהרמב"ם מודה לתקון הרא"ש והרא"ש יודה לתקון הרמב"ם והרא"ש עצמו בפ' השולח רצה להשוותם גם התו' ונמק"י בשם ר"י כתבו כהרא"ש וכתב עוד שהגם שהרמב"ם לא כ"כ רק גבי גט ולא גבי מכר ומהרלב"ח כתב שיש לחלק ביניהם הנה מצאנו למהריב"ל ח"ג סי' כ"ח כתב דכיון שכתב הרמב"ם זה גבי גט כ"ש שיועיל זה גבי מכר.

וכתב דהר"ן חזר והודה להרשב"א בפסקים ע"ש וגם מהריב"ל שם כתב דכל חד מהני תיקוני לחודיה מהני לבטל כל מודעי כללי ופרטי. וא"כ הכא בנד"ד דכתיבי תקון הרא"ש ותקון הרשב"א ודאי דמהני לבטל כל מודעי כלל ופרט ובפרט דתרווייהו מק"ק אשכנזים הי"ו והמה חייבים לדון כהרא"ש ומור"ם שקבלו דעתם.

ובפרט שכתבו שקבלו כל הכתוב מרצונם ונעשה באופן היו"מ כתחז"ל וכתב שם מהרח"ש בסוף התשו' דבזה הוא מפרש וזוכר כל התיקונים שעשו חז"ל להועיל לביטול המודעות ע"ש ועיין בזה באורך להרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"ב סוף תשו"ט. וד"ב זהו מה שעלה במחשבה תחלה ונזרקה מפי לענות דלפי"ד השו"ב הקודמים הם זכאים.

וכיון שלא נגמר הדין בפנינו לא תקעתי עצמי לברר זה דמאי נפק"ל מינה אבל אחר ששמעתי שעוד מהרהרים אחר דברים שבע"פ הוכרחתי לברר הדבר בכתב מפרש לא להלכה ולמעשה רק משום והייתם נקיים וה' יצילנו משגיאות ויזכנו לכוין לאמתה של תורה. אליהו ילוז ס"ט בריך רחמנא דסייענן, מריש ועד כענן, להשלים ספרא דנא יש

מאין ח"ב שו"ת של עט"ר מר אבי, מורי ורבי, הוא אדוני אליהו ז"ל, כן יחייני ויעזרני עוד להוציא לאור במ את כל שארית ספריו היקרים שעודם בכתובים, והם ס' מעשה אליהו.

וס' הלכות אישות וס' מצוה ותורה, ויה"ר שיהיה הס' הזה חשוב ומקובל ומרוצה, כקרבן אשה, לריח ניחוח לפני ה', ולהיות שפתי צדיק א"א הרה"ג המחבר, דובבות בקבר, בלומדם בספרו זה, ולהיות לו כזה נח"ר לנפשו רוחו ונשמתו, גם יהיה למנוחת ולעילוי נפש רוח ונשמת נות ביתי היקרה הצדקת הכשרה בנשים מזרע קדושים, הנדכית ביסורים קשים, ונפטרת במבחר ימיה, עודנה באבה קראה רבה, בת מ"ט שנים מ' יוכבד נ"ע ביום שבעה עשר לח' תשרי ש' תרצ"ב בעיה"ק ירושלים ת"ו, ולמנוחת ולעילוי נר"ן האשה הצדקת הזקנה הכשרה בנשים, שסבלה יסורים קשים אדונתי אמי מ' שמחה נ"ע שנלב"ע ביום ה' לח' אדר שני ש' תרצ"ב יה"ר שתהיה נשמתם צרורה בצה"ח בג"ע העליון עם הני נשי צדקניות וחסדניות, ולא ישמע עוד שוד ושבר בגבולנו, וה' יאמר די לצרותנו, ושלוה ושלוה יהיו תמיד בארמנותנו, אנו וזרענו וזרע זרענו, ובא לציון גואל אכ"ר: הבוטח בה' בו שמח לבי ויעלוז, הצעיר יוסף חיים ילוז הי"ו