שו״ת · אחרונים

שער יהושע

רבי יהושע רפאל בנבנישתי

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שער יהושע

רבי יהושע רפאל בנבנישתי

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/שער-יהושע/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 4
סימן ב 17
סימן ג 23
סימן ד 31
סימן ה 36
סימן ו 42
סימן ז 47
סימן ח 49
סימן ט 60
סימן י 68
סימן יא 79
סימן יב 84
סימן יג 87
סימן יד 90
סימן טו 96
סימן טז 101
סימן יז 108
סימן יח 112
סימן יט 119
סימן כ 130
סימן כא 135
סימן כב 138
סימן כג 145
סימן כד 151
סימן כו 153
סימן כז 160
סימן כח 176
סימן כט 184
סימן ל 187
סימן לא 192
סימן לב 197
סימן לג 203
סימן לד 206
סימן לה 211
סימן לו 215
סימן לז 225
סימן לח 239
סימן לט 244
מפתחות 251

סימן א

בע"ה ה' דיינים. לכמ"הר שמואל עדינה נר"ו. השצ"ט

הן כל אלה ראתה עיני שמעה אזני ותבין דברי פי חכם חן וכבוד הוצק בשפתותיו. ישא מדברותיו. משפטים ישרים ותורות אמת מעמקה של הלכה אליבא דגמרא וכל יש לו מפלפולו מילתא דתליא בסברא זו היא דרך ישרה דאגמרה בסימנין ואסברא במאי דדמי ליה מהדר ליה מפלפוליה דין אמת לאמתו באשר ה' אתו:

אנכי הרואה שצדק מאמר החכם באמרו כי כח המוליד בדומה. דדמי האי צורבא מרבנן לצור ממנו חוצב ולמקבת בו **(בור כצ"ל)** ממנו נוקר והחורש דומה אל השרש ואל העקר. יקר מחכמה מכבוד אב בתורה אב בחכמה כאשר יאמר משל הקדמוני כי השלמות והדעת. היא מעלת האב לבן נוסעת. זו אף זו תסתיים ויתקיים בחותמיו אשר חכמים יגידו כי חלק הנזון דומה לטבע המזון שנזון ממנו ואליו הוא נושא את נפשו כאשר עינינו הרואות שהחכם השלם הפוסק אותותיו אותות יעידון. יגידון. אשר יצק מים על יד התייר הגדול מורנו הרב זצו"קל ומעשה ידיו. הן הן עדיו. כי שתה מים מבורו ונוזלים מתוך בארו ולו שם בין המובחרים שבאחינו המשמשים את הרב לאכול לחם לפני האלהים לחם חמודות משלחן גבוה. בשרא שמנא אפתורא. דמניה יתזון כל בשרא. ואנא לא מחכמה די איתי בי חפצתי צדקו. ואבוא היום לעשות סמוכות לרקיע. כי ממנו ומעצמו נמוקו עמו על כן עמד טעמו בו ולאו לדידי צריך אפס כי קרבת חבת אהבת החכם השלם הפוסק נ"רו הניעתני וחכמתו היא סמכתני אלצתני לבדוק לי אקנקני. לדעת היש אתי דעת מכרעת לכוין לדעתו ולא אוכל להתעלם מאשר ירזמון עיניו. לצאת לקראת נשק באיתן קסתי עתי וקולמוסי. לא אצא חפשי. ולמען היות. דברי דודים ערבים עלי ויהיו בפי כדבש למתוק אמרתי אלקטה נא בשבולי אמיריו להתענג בנפת אמריו להתעלס במתק דבריו. ובתנובתו הטובה כמו נפת צופים טעמתי ואשתעשע במצוותיו אשר אהבתי:

תחלת דינו של החכם הפוסק נר"ו הוא דכשם שהדיין מוזהר שלא להטות את הדין. כך הוא מוזהר שלא להטות את הפשרה כדכתב הטור ח"מ סי' י"ב וכתב עליו הרב ב"י דהוא נלמד מהא דתניא פ"א ד"מ (דף לב:) צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה. ופירש רש"י צדק דין שלך. וצדק פשרה שלך. לפי ראות עיניך ולא תרדוף את האחד יותר מחברו ע"כ. והוסיף בם נופך משלו וז"ל ואף שלכאורה נראה מדברי רש"י ומדברי רש"י בפ"ק דסנהדרין וכו' וכו' עד וא"כ שמא דמהך קרא מקשינן פשרה לדין שצריך שיהא בג' כיון דבחד קרא הוא נימא דאתקש לכל. ושמא י"ל דכי דרשינן קרא אחד לדין

ואחד לפשרה מדבר הכתוב עם הדיין שיצדיק הדין והפשרה שלו וליכא למימר דנדרוש נמי שיהיה בג' משום דההיא דרשא לא שייכא כלפי הדיין אלא עם משה וכל ישראל שיהיה בג' ולא הוי הצווי באחד ומשום הכי לא מפקי רש"י והתוס' דיהיה פשרה בג' מהך קרא ע"כ דבריו. וממרוצת לשונו נראה דכל עצמו של חלוק זה הוא שלא יתכן הצווי בדבור אחד לגופים מתחלפים ואין טענה עליו דלפי דבריו למה להם לתוספות בפ"ק דסנהדרין לדחות פסוק דאמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם יכם לענין דמקשינן פשרה לדין מטעם אחר תיפוק ליה דלא מצי למשמע מניה דמקשינן פשרה לדין משום דהוי צווי אחד לגופים מוחלקים דהתם לא מיקרי צווי אחד לגופים מתחלפים דהא לאו בהדיא בא הצווי לענין דלהוי בג' אלא מדאפקיה בלשון משפט קאמר וכדקאמרי בהדיא משום דאתקוש למשפט הילכך אי לאו טעמא אחריני דדחו ליה התוס' מהתם שפיר הוה מצינא למישמע מניה. דאמת ומשפט וכו' דמקשינן פשרה לדין אבל מקרא דצדק צדק תרדוף דליכא הקש אלא ציוי איה יחולק הצווי בדבור אחד לגופים מוחלקים ועם שהחכם השלם נר"ו קצר בלשונו זה מכוון דבריו והם כפתור ופרח:

הן אמת הואיל ובאנו לידי מדה זו אפשר להרחיב החלוק הזה בענין יותר מרווח והוא דבקרא דצדק צדק תרדוף לא איתפרש התם לא דין ולא פשרה בהדיא אלא מיתורא דצדק צדק מפיק ליה אחד לדין ואחד לפשרה ואמרינן ממשמעותו צדק דין שלך וצדק פשרה שלך כדכתב רש"י ז"ל והוא ענין הנוגע לצדוק הדין בעצמו ואיך א"כ נוכל להוציא ממנו דיהיה בג' דאינו ענין נוגע לצדוק הדין בעצמו ומשום הכי אי אפשר ללמוד ממנו דמקשינן פשרה לדין לענין ג' אבל מפסוק דמשפט וצדקה לשטת רש"י ומפסוק דאמת ומשפט שלום לקס"ד התוס' שפיר שמעינן מניה דמקשינן פשרה לדין מדאפקיה בלשון משפט ולכל מילי אתקש וזהו בעיני חלוק נכון ואפשר לכוללו בתוך דברי החכם נר"ו ובכלל דבריו דברי:

וגם ראיתי את הלחץ אשר נדחק בו החכם הפוסק נר"ו ליישב דברי התוספות שכתבו בפ"א דסנהדרין **(דף ו. ד"ה בצוע)** וז"ל ואפשר שלזה כוונו התוס' בד"ה בצוע וכו' וז"ל בצוע בג' אעג"ב דמקשינן פשרה לדין לאו בכל דבר מקשינן וכו' עד דאמרי בי תלתא וכו' וקצת קשה לי מאי מקשו התוספות דאע"ג דמקשינן וכו' דהא מסקינן בשמעתין דלא מקשינן עד ואפשר לומר עד ואפשר לומר עוד וכו' ע"ש ע"כ ומשמע מריהטיה דלישניה דהוא מפרש דכוונת התוס' בדבור זה בעצם ובראשונה הוא לאשמועינן דאי אמרינן דמקשינן פשרה לדין לאו לכל דבר הוא שיש דלא מקשינן והיינו בענין הרוב כדאמרינן בע"ז (דף עב.) כדשיימי בי תלתא וכו' ולפיכך הקשה מה שהקשה ותרץ מה

שתרץ והדבר צריך לי תלמוד דא"כ אמאי לא התפיסו התוס' ז"ל ענין זה במאי דקא' בגמ' מקשינן פשרה לדין דהתם שייך לומר דלאו לכל דבר וכו' ומה להם להתפס דבריהם במאי דא' בצוע בג' דכפי דבריו אין לו ענין למה שהם מחדשים דהא בכל מה שכתבו עד סוף הדבור אין דבר נוגע ומתיחס לענין בצוע בג' ולדידי לא קשיא ולא מדי שאני אומר שכוונת התוס' לאו לאגמורי דינא הוא דאתיא אלא שכונתם ז"ל הוא משום דהוקשה להם דלסברוה דלקמן שהיו סוברים בני הישיבה דלעולם לכ"ע מקשינן פשרה לדין מפסוק אחד והכא בהאי קמיפלגי אי דין בג' או בשנים דמ"ס בג' ומ"ס בשנים קשיא א"כ ליפלגו וליתנו בדידיה בדין עצמו דמ"ס בג' ומ"ס [בב'] ומנה ידעינן דפשרה נמי הכי למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה דלכ"ע מקשינן פשרה לדין ולמה להם לחכמים ולר' מאיר להלביש מחלקתם בפשרה ליפלגו בדין ומקשינן לה לפשרה לדין לזה באו לו' דאע"גב דלסברוה דלקמן מקשינן פשרה לדין לכ"ע לענין ג' וא"כ תקשי לך דא"כ אמאי לא נחלקו לדין ומינה אני שומע לפשרה לכ"ע דמקשינן פשרה לדין הא ליתא דהא דמקשינן פשרה לדין לאו לכל דבר שהרי ברוב הן חלוקין ולפיכך נחלקו בפשרה דאי הוי חולקין בדין והייתי לומד מדין פשרה הוה גמרינן לכל דבר הנוגע לענין שלשה והיינו ברוב נמי דכי היכי דברוב סגי בדין ה"נ בפשרה אבל השתא דפליגי בפשרה וקא' ר' מאיר בצוע בג' לענין שיהיו ג' הוא לבד הוא דמקשינן אבל לא לענין רוב כדאמרן ולכן הלבישו מחלקתם בפשרה ולא בדין דלא נימא דמקשינן לכל דבר:

ואכתי איכא לדייקי בדברי התוספות דלקמן בד"ה תסגי בתרי כתבו ז"ל וז"ל אע"ג דמפרש בירושלמי טעמא דר"מ משום דפשרה נמי צריכא הכרעת דעת מ"מ מתוך דברי רבי מאיר משמע דתרי נמי דעשו פשרה כמו שהיו רגילין שלשה לעשות לא עשו ולא כלום ובעלי דינין יכולין לחזור בהן ע"כ וכיון דהתוס' רוצים להשוות הירושלמי לגמרא דידן א"כ נמצא דדעת ר' מאיר דבעי ביצוע בשלשה הוא משום דבעינן הכרעה דרוב ואיך א"כ אמרו הכא דלדעת ר"מ דאמר בצוע בג' צריך שיסכימו כלם כההיא דע"ז (דף עב.) כדאמרי בי תלתא עד דאמרי תלתא הא בעינן הכרעת דעת והוא הרוב:

והנה הרב מהרא"ש בסי' ל"א בנה דייק על קושייא זו וקבע בה מסמרות ואמר וז"ל ועל שהיא קושיא הגונה הן אמת שעל צד הדוחק אפשר לי לומר דלעולם ר"מ בפשרה בעי שלשה כדין וכי היכי דבדין אמרינן דאין ב"ד שקול גם בפשרה אמרינן ואנו צריכין מעיקרא ג' דהיינו הכרעת דעת אבל יש הפרש בין הג' דדין לג' דפשרה דג' דדין אזלינן בהו בתר רובא אמנם בג' דפשרה בעינן שישוו שלשתם כדאמרינן בע"א שם כדאמרי בי תלתא עד דאמרי תלתא ונמצא א"כ דמאי דקא' בירושלמי דפשרה נמי צריכא

הכרעת דעת לאו למימרא דאזלינן לר"מ בתר מכריע אלא הכינה לומ' דבעינן ג' כדין אלא דבפשרה הג' כלם צריך שיסכימו לדעת אחד שהמכריע ההוא שמא יסבור להם סברא אחת שמתוך הויכוח של שלשתם יסכימו לדעת אחד ולעולם בעינן ג' ושיסכימו כלן לדעת אחד דבפשרה הוי כמי שאומר כדאמרי בי תלתא וכו' וק"ל אמנם נ"ל דוחק כעת ע"כ ואחר המחילה מעפרות רגביו אי לאו דאמרם מר ופה קדוש אמר דבר זה היה אמינא דמעיקרא תיובתא ליתא והתירוץ שתירץ לדוחק לפע"ד הוא מורחב ומרווח לרווחא דמילתא דכל עצמו של הרב ז"ל דנקיט להאי תירוצא לדוחק הוא משום דס"ל דעל הסתם משמעות דהכרעת דעת בכל מקום הוא שם מונח על האיש המכריע כשיש שתי סברות כנהוג ובא השלישי לסבור כסברת האחד הוא הנקרא הכרעת דעת דהכרע הוא לשון כף מאזנים המכריע לצד האחד כששנים חולקים ובא שלישי ומכריע המשקל כאחד מהם כדכתב רש"י ז"ל בפ' ראשית הגז (דף קלו ע"א ד"ה והאמר מר.) על מתני' דוכמה הוא מרובה בגמ' ע"ש וכדאמרי' בפ' כיצד מברכין (דף מ"ג:) ב"ש מברך על השמן וב"ה מברך על ההדס וקאמר רשב"ג אני אכריע ושמן עדיף וקאמר בגמ' הלכה כדברי המכריע דנראה בהדיא דלשון הכרעה הוא כששנים חולקים ובא השלישי וסייע לאחד הפך האחר נקרא מכריע ומשום הכי נראה לו לרב ז"ל דדוחק הוא לומר דהכרעת דעת דירושלמי הוא בענין שיסכימו כלם לדעת אחד. אמנם אין המאמר הזה החלטה בעלמא דנימא דכל מקום שהוזכר שם הכרעה הוא על זה האופן שהרי בכמה מקומות מהתלמוד הוזכר שם זה דהכרעת דעת ואיכא הכי ואיכא הכי יש מהם שהוא על האופן הנ' ויש מהם שהוא באופן אחר שבשנים חולקים בדבר אחד ובא השלישי ועביד פלגא כמר ופלגא כמר כההיא דקולי מטלניות דפ' במה מדליקין (דף כ"ט.) דאמר ר' אליעזר בין מן המוכן בין שלא מן המוכן טמא ור' יהושע אומר בין מן המוכן בין שלא מן המוכן טהור ור"ע אומר מן המוכן טמא ושלא מן המוכן טהור וקרי ליה רב בפ' כירה (דף מ'.) לר' עקיבא בענין זה מכריע דהכי איתמר התם אע"פי דר"א מחמיר ור"י מיקל ור' עקיבא מכריע אין הלכה כדברי המכריע הרי שקרא הכרעה לענין דעביד פלגא כמר ופלגא כמר וכמוהו רבים. ויש מהם ששנים חולקים בדבר אחד ובא השלישי ואמר לא כמר ולא כמר ועכ"ז הונח שם שם הכרעה כההיא דראשית הגז דגבי מתני' דתנן ראשית הגז אינו נוהג אלא במרובה וכמה מרובה ב"ש"א שתים וב"ה אומרים חמש ור' ישמעאל אמר ארבעה וקארי לה התם הכרעה שלישית הרי דאע"ג דאמר ארבע דלא כמר ודלא כמר עם כל זה קרי ליה מכריע אע"ג דהלכה אינו כמותו ורבים כזה. באופן שלא בהחלט הונח שם הכרעה כששנים חולקים ואחד מכריע כאחד מהם דאיכא הכי ואיכא הכי

כדאמרן ואדרבה מצאנו ראינו לתוס' בפ' הגוזל ומאכיל (דף קט"ז.) על הא דתניא חבית של יין של תרומה שנטמאת ב"ש אומרים תשפך כלו וב"הא תעשה זלוף וקאמר בגמרא אין הכרעה ג' מכרעת כתב ז"ל וז"ל ואומר ר"י דהא דפ' כיצד מברכין ב"ש אומרים על השמן וב"ה אומרים על ההדס וקאמר רשב"ג אני אכריע דשמן עדיף ומברכין עליו שמן זכינו לאורו וכי' לא שייכא ההיא הכרעה לשאר הכרעות דלא ס"ל פלגא כמר ופלגא כמר אלא דמפרש טעמא כחד מיניהו וס"ל כותיה לגמרי וכל דכל מקום שאם תנא אחד יסבור כתנא אחר דפליג עליה לא יקרא בכך מכריע תדע מדאצטריך ר"י עלה למימר הלכה כדברי המכריע אע"גב דאיהו גופיה כבר אמר בפז כירה כל מקום שאתה מוצא שנים חלוקים ואחד מכריע הלכה כדברי המכריע ש"מ דודאי לא שייכא להההיא הכרעה דשבת ודהכא ולא קארי לה הכרעה אלא מפני שמכריע דברי ב"ש על דברי ב"ה ע"כ הנה נתבאר כי התוספות סוברים דשם הכרעה אע"גב דאיתמר בגמרא לכמה פנים ממינים שונים אפ"ה לא נאמר בעצם ובראשונה אלא כששנים חולקים ובא הג' ועביד פלגא כמר ופלגא כמר ויש להביא ראיה לדבריהם מהא דתניא בבריתא די"ג מדות וכן שני כתובים המכחישים זה את זה עד שיבוא הג' ויכריע ביניהם וקאמר התם שני כתובים המכחי' וכו' כיצד כתוב אחד אומר וירד ה' על הר סיני וכתוב אחד אומר כי מן השמים דברתי עמכם בא הכתוב הג' דמן השמים השמיעך את קולו יעל הארץ והכריע מלמד שהרכין הקב"ה שמי השמים העליונים על הר סיני ודבר עמהם ועוד שם כתוב אחד אומר ובבוא משה לדבר אתו וכתוב אחד אומר ולא יכול משה לבוא בא הג' והכריע כי שכן אמור מעתה כל זמן שהיה הענן שם לא היה משה נכנס נסתלק הענן נכנס ובא ובספרי פ' נשא א"א לומר מאהל מועד שכבר נאמר מעל הכפורת וא"א לומר מעל הכפורת שכבר נאמר מא"מ הא כיצד יתקיימו שני כתובים הללו זה מדה כתובה שני כתובין המכחישין זה את זה עד שיבוא הכתוב הג' ויכריע ביניהם ובבוא משה אל האהל ונשמע את הקול מדבר אליו מגיד שהיה נכנס משה ועומד באהל וקול יורד מן השמים לבין הכרובים והיה שומע את הקול מבין הכפורת וכו' ע"כ הנה שמכל הבריתות הללו נראה דהמכריע הוא המקיים שני הכתובים הנראים כמתנגדים וכן פירשו מפרשי הבריתות בבאור דוק ותשכח א"כ לזה בחרו התוס' פירוש הכרעה ואמרו דשם הכרעה בעצם ובראשונה הוא על השלישי שסובר פלגא כמר ופלגא כמר. ואחר שכן דזכינו לדין לדעת התוס' דהכרעה הונחה על האופן הזה אין ספק אצלי שהם מבינים במאי דאמרי בירושלמי דפשרה צריכא הכרע דעת הכי פירושו שצריך שלשה שאם האחד הוא מוחלק מן השני מן הקצה אל הקצה שיבוא השלישי ויסביר להם האמצעיות בטענות צודקות עד שעל צד הויכוח

והשואה יהפך לבב כלם ויסכימו לדעת אחד ומשום הכי הוקשה להם דאיך אמרו בגמ' דאי ס"ד צריכא קנין למ"ד צריכא תלתא למה לי תסגי בתרי וליקנו מניה דכיון דקנו שוב אינו יכול לחזור דלא יהא אלא ב' עדים סגי בכך והלא אמרינן בירוש' דצריכא הכרע דעת ואפ"ה בעינן שלשה שאם האחד יהיה חלוק עם השני עד הקצה האחרון יבוא השלישי ויסבירם באופן שיבואו אל המצוע הנאות ויסכימו כלם והכא נמי אעג"ב דצריכא קנין בעינן תלתא להכרע דעת על דרך ההשואה וההסכמה כמו שאמרנו ותרצו מ"מ מתוך דברי ר' מאיר משמע דתרי נמי שעשו פשרה כמו שהיו רגילין שלשה לעשות לא עשו ולא כלום ויכולין בעלי דינין לחזור בהם ע"כ. ואי לאו דמסתפינא דידענא בחיליה של הרב ה"ה ז"ל דגברא רבא הוא וחולשת דעתי היא שעמדה לי הוה אמינא דמדברי תירוץ התוס' עצמו יש הכרח שהם מבינים בירוש' דהכרע דעת היינו לענין שלשה לבד כדי שיסכימו כלם ולא להכרעת הרוב דאי להכרעת הרוב קאמרי ועל יסוד זה הוקשו מאי האי תירוצא דתריצו מ"מ מתוך דברי ר' מאיר משמע דתרי נמי שעשו פשרה כמו שהיו רגילין לעשות שנים ואי הכרעת דעת הוא שיכריעו הרוב היכי מצי תרי למדייניה כמו שהיו רגילין שלשה לעשות אם לא בהבנה מעוקלת אבל באמרנו שיסודם הוא נבנה על שפירוש הכרע דעת הוא על צד ההשואה והויכוח והאמצעיות אפשר לומר דשנים שעשו פשרה כמו שרגילין לעשות ג' כלו' לא על דרך הנצוח אלא על דרך ההשואה והויכוח כדאמרן אכ"ז אחר דדברי התוס' מלמטה למעלה הם דברים מתישבים חזרנו אל הקודם דלפי דרכנו בדבור הקודם לאו לאגמורי דינא קא אתו אלא לאוקומי סברה דסברוה דלקמן כמו שהוכחנו:

ומ"מ לענין דינא הדין דין אמת דהאי דמסקינן בגמרא לקמן דלא מקשינן לדין אינו אלא לענין שיהיה בג' והכי משמע להו לתוס' בהכרח דאל"כ כשאומרים התוס' אע"ג דמקשינן לדין לאו לכל דבר דבדין אזלינן בתר רובא ובפשרה לא עד שיסכימו כלם למה לא הזכירו חלוק אחר שיש בין פשרה לדין שהדין לא בעי קנין והפשרה צריכא קנין וא"א לומר דשמא התוס' סברי דהא דאמר והלכתא פשרה צריכא קנין לאו בדאיכא תלתא קא' אלא בדאיכא שנים כמו שאנו מוכרחים לפרש לדעת רבינו יוסף ט"ע שחלק בתשובתו וקאמר דבג' לא בעינן קנין והביאו דבריו ההגהות בפכ"ב דה' סנהדרין והרב מה"ריק בסי' י"ב טור ח"מ וכי היכי דלדידיה דר"י ט"ע בהכרח לומר דהאי והלכתא לא קאי אתלת וכמו שכתב הרב ריי"ק בש' ריי"טע הנז' ה"נ לדעת התוס' דהא התוס' עצמם אמרי בסמוך והלכתא פשרה צריכא קנין והא דלא סגי בתרי משום דהוי כקנין בטעות דלא בקיאי בפשרה שפיר ע"כ הא בהדיא סברו דהלכתא אג' קאי וא"כ למה לא

הזכירו חלוק זה דקנין בין פשרה לדין בדבור הקודם אם איתא דהאי מקשינן הוא לכל דבר חוץ מג' אלא ודאי שהתוס' מבינים דהא דגמרא אי מקשינן אי לא מקשינן לג' לבד הוא דאיתמר וכיון שכן לא חלקו אלא בענין הנוגע לג' שהוא ענין הרוב אבל בחלוק אחר לא נחתי לכך א"כ נתבאר דלא נחית תלמודא לומר במסקנא דלא מקשינן פשרה לדין אלא לענין שלא יהיה בשלשה וטעמא דמילתא משום דכתיב בצדק תשפוט עמיתך בלשון יחיד וכדרב אחא בר איקא דאמר בפ"ק דסנהדרין [דף ג.] מדאוריתא חד נמי כשר דכתיב בצדק תשפוט עמיתך וכתב רש"י דאפקיה בלשון יחיד אבל לכל שאר דברים כל היכא דאפשר לאקושי מקשינן כיון דאפקיה קרא בלשון משפט דכתיב ויהי דוד עושה משפט וצדקה כדאיתא בפ"א דיני ממונות ומה גם לענין שתהיה הפשרה שוה וקרובה לדין בלתי נטית האחד יותר מהאחר כיון דעל קרא דצדק צדק תרדוף דאתא נמי בלשון יחיד תניא אחד לדין ואחד לפשרה ופירש בו רש"י צדק פשרה שלך וצדק דין שלך ולא תרדוף את האחד יותר מחברו וגם הטור כתב וכשם דמוזהר שלא להטות הדין כך מוזהר שלא להטות בפשרה אין ספק שמחוייב הדיין לעשות פשרה קרובה לדין וכ"ש בנדון דידן דלא נכתב בקונמופרוסיו בין בפשרה קרובה לדין או רחוקה כמו שנוהגים לכתוב שטר קנפרונוסיו אחרים ולא אמר אלא בין בדין בין בפשרה דודאי פתרונו הוא פשרה דומיא דדין וכמו שכתב החכם השלם הפוסק בדרך אמת ויציב ונכון וקים וישר ואמינא ליה יישר:

ונראין לי הדברים דכיון דהדיין הזה הפריז על המדה במאד מאד כמו שנאמר וגם שהבעל דין חושדו בדבר בכמה מיני פרטים שבאו בתוך תרעומות לוי ללועזית בלעז ודאי דצריך להסביר לו הענין ולברר מאי זה טעם חייבו כל כך וכההיא דפ' אי זהו נשך (דף ס"ט) הנהו תרי דעבוד עיסקא בהדי הדדי אזיל חד מניהו פליג בלא דעתא דחבריה אתו לקמיה דרב פפא א"ל מאי נפקא לך מינה הכי אמר רב נחמן זוזי כמאן דפליגי דמו לשנה זבין חמרא קם אידך פלג בלא דעתא דחבריה אתו לקמיה דרב פפא אמר מאן פלג לך א"ל חזינא דבתר דידי קאזיל מר א"ל רב פפא כי הא ודאי צריך לאודועי זוזי מי שביק חסרי ונקיט טבי חמרא איכא דבסים ואיכא דלא בסים וכתב הר"אש וכל אבזריה דכ"הג שיש פתחון פה לחשוד הדיין צריך להודיעו טעם הדין משום הייתם נקיים מה' ומישראל וא"כ בנדון זה שחושדו ככל לוי המתלונן עליו צריך שהדיין יתן טעם לו למה חייבו כדאמרן וכמו שכתב החכם השלם הפוסק כרו בהמשך דבריו:

האמנם ראיתי להחכם השלם נר"ו דמשום יגדיל תורה ויאדיר ולמען רבות הפלפול והמשא והמתן הכניס עצמו בדוחק הכנסה שלא לצורך ליישב לדעת הרשב"א וז"ל וא"כ

בנד"ד דצווח ככרוכיא באמרו שהעביר עליו את הדרך יותר מדאי בטענות צודקות כראי מוצק נראה דפשיטא דצריך לכתוב וליתן לו מאי זה טעם דינו ואף שראיתי תשובה להרשב"א הביאו מה"ריק בסי' י"ד שכתב ראובן שתבע מהדיינים לכתוב לו מאי זה טעם דנוהו שכך קנו מידו על תנאי זה אפשר שלא יתחייב ב"ד לכתוב אם לא היה תנאי שלא נאמרו דברים אלא במי שכפאהו ב"ד שבעירו וכו' וכתב עליו הרב מהר"ק שדעת ה"רן כן בפ' א"נ וכן כתב הנמקי שכתב כן הרא"בד והרשב"א וה"רן והר"י ושכן כתב בסמג וכן פסק הרמ"בן וכן נראה מדקדוק דברי הרמ"בם כלם שוים כר"ת דלא נאמרו דברים אלו אלא כשכפוהו וכו' אכן כשדן מעצמו לא. וגדולה מזו נראה מדברי הרש"בא שהביא הרב מהר"ק וז"ל ואחר שכתב שאין כותבין ונותנים אלא כשנתעצמו וכו' כתב וז"ל ועוד אומר הרמ"בן שאפי' להההוא שכפאוהו לדין בעירו לא חייבוהו לכתוב טעמו של דבר אלא שיכתבו הטענות שטען שעליהם חייבוה כי ווה צריך לכתוב ראיות הדין וכו' וכו' וסיום דבריהם שמסכימים לדעת א' הרמ"בן והרשב"א דכשקבלוהו עליהם אפי' טענות אין צריך לכתוב ועוד נראה מפשט דבריהם דהא דרב פפא דאצטריך לאודועי טעמו של דבר היה כשכפאוהו ומשום דהיה חשד בדבר הוצרך הא לאו הכי לא וא"כ יאמר אומר דבנדון דידן כיון שמדעתם קבלוהו עליהם ולא כפאם אפי' טענות שטענו אין צריך לכתוב למה חייבים ואפי' דאיכא חשדא כנראה מדברי הרשב"א כאמור וא"כ נימא דלדברי הפוסקים ד"סל כר"ת ומפרשים דבריהם איפכא דהר"אש דאפי' שואל בפי' דלא כתבינן אפי' הטענות כיון שקבלוהו עליהם וכו' ע"כ ובשביל זה הוצרך לומר דיכול זה לומר קים לי וטענות אחרות כמו שנראה מדבריו. ולא ידעתי מי הכריחו להחכם השלם נר"ו לומר דהרש"בא הוא הפך הר"אש דהא דאצטריך לאודועי הוא משום דאיכא כפיה וחשד הרי זה דומה למאי דאמ' בירושל' הן דלא פליגא את עבד פליגא דלדידי אין אנו צריכין לכל זה דלעולם הרש"בא סובר דבמקום דאיכא חשדא אפי' דליכא כפיה מודעינן טעמו של דבר שהרי בההיא עובדא דאיזהו נשך דהנהו תרי כותאי לא משמע דאיכא כפיה קאמר התם אתו לקמיה דרב פפא דמשמע ברצונם ומדעתם באו ואפי' הכי משום דאיכא חשדא אמר ודאי כגון דא צריך לאודועי וכשכתב הרשב"א אפשר שלא יתחייב בית דין לכתוב מאיזה טעם דנוהו שלא נאמרו הדברים האלו אלא במי שכפוהו ב"ד שבעירו ע"כ כלומר וכ"ש היכא דלא כפאוהו ואיכא חשדא. דשלש מדרגות הם אם לא כפאוהו וליכא חשדא אפי' שאל לא מודעינן ליה ואם כפאוהו לדון לפניהם אי שאיל כותבין לו הטענות לבד ואי לא שאל לא והיכא דאיכא חשדא אפי' שלא כפאוהו אפי' דלא שאל מודיעינן לו טעמו של דין וכדכתב בהדיא הרמ"בן בההיא דהביא הרשב"א

בחדושיו וז"ל הילכך כל שלא כפאוהו לדון לפניהם אינן חייבים לכתוב לו כלום ואם כפאוהו לדון בפניהם. כותבין לו הטענות והדין שפסקו עליהם בלבד. ובכיוצא מעשה דרב פפא שיש לזות שפתים יש לו לדיין להודיע על פה טעמו של דין וכן עיקר. הרי דשלש מדרגות בדבר לא כפאוהו. וכפאוהו. וחשדוהו והאחרון הכביד יותר מכלם דצריך להודיע טעמו של דבר ומעצמו ואין לומר דהיכא דקאמר הרמ"בן ואם כפאוהו לדין בפניהם כותבין לו הטענות והדין בלבד ובכיוצא מעשה דרב פפא שיש לזות שפתים וכו' כלו' היכא דכפאוהו וגם שיש לזות שפתים כיוצא מעשה דרב פפא דהא מנא לך כיון דמעשה דרב פפא אתו לקמיה קאמר דמדעתם ורצונם בלי כפיה וגם מה שכתב הרשב"א בתשו' והביאו הרב ב"י שם וז"ל וכשהוא כותב א"צ לכתוב טעם החיוב והפטור שלא מצינו אלא במקום חשד וכמעשה דרב פפא כגון דא ודאי צריך לאודועי הא בעלמא אין צריך לכתוב אלא פלוני טען כן ופ' כן ומתוך הטענות פסקנו כן ע"כ לאו למימרא דהכי פירושו כשהוא כותב דהיינו בשעת שכפאוהו אין כותבין אלא הטענות שלא מצינו שכותבין הטענות והטעם אלא במקום דאיכא חשד כלו' עם הכפיה וכמעשה דרב פפא כמו שנראה מבין ריסי עיניו של הח' השלם דהכי ס"ל בפרושן של דברים אלו. אלא הבאור בדברים אלו הוא כשהוא כותב דהיינו כשכפאוהו אינו כותב אלא טענות דלא מצינו שיכתוב טעמו של דין אלא מפני החשד אפי' דליכא כפיה וכמעשה דרב פפא ונמצא לפי זה דמדרגת החשד הוא גדול מכלן ולהכי צריך לכתוב טעמו של דין ומעצמו בלי שאלת הבעל דין כלל:

ועל פי דרך זה יתישבו דברי התוס' היטב שכתבו בגמ' על ההיא דכגון דא צריך לאודועי וז"ל כגון דא צריך לאודועי משמע דדוקא הכא שיש פתחון פה לחושדו קאמר דצריך לאודועי משום והייתם נקיים מה' ומישראל אבל בעלמא לא והא דא' בס"פ זה בורר דף ל"א: שנים שנתעצמו לדין שכופין אותו ודן בעירו ואם אמר הורוני כותבין לו אר"ת דיקא התם דלא רצה לדון אלא בכפיה אבל בעלמא לא ואיכא למידק בדבריהם דמאי נרגשו מההיא דסנהדרין דאמר דכותבין ונותנין כיון שיש לפרשו דמיירי דוקא כששאל הב"עד אבל הכא בשלא שאל שהרי הם עצמם בפ' זה בורר על ההיא דנתעצמו כתבו ז"ל וז"ל ואם אמר כתבו ותנו נותנין לו דוקא היכא דנתעצמו אבל בעלמא לא והכי משמע בפ' איזהו נשך (דף סט.) ומיהו יש לדחות דהא דקאמר כי הא ודאי צריך לאודועי היינו דוקא שצריך לאודועי מעצמו אבל בעלמא אי שאל אין ואי לאו לא הרי הם עצמם חלקו זה החלוק ואמאי נרגשו הכא ואי נמי דנרגשו אמאי בא משנו הרי שנויא. ויש ליישב דכונת התוס' הכי הויא מעקרא דייקו מלישנא דכי האי ודאי צריך לאודעי שיהיה פירושו

דוקא בענין כזה מודעינן כלו' בדלא שאיל אבל בעלמא לא והשתא קאמרי שמא יטעו בדבריהם דהא דקאמרי אבל בעלמא לא הכונה לומר בעלמא אי לא שאיל לא אבל אי שאיל מודעינן ליה בכל מקום ויביאם לטעות בזה מאי דאמרינן בסנהדרין ואם אמר כתבו כותבין ונותנין להכי אתו לומר התוס' דהא דאמרינן בספ"ז בורר שכותבין היכא דשאיל היינו דוקא משום דאיכא כפיה אבל בעלמא היכא דליכא לא חשדא ולא כפיה אפי' שאיל לא אמרינן ליה והם שלשה חלוקי דינין היכא דאיכא חשדא כי הא דרב פפא שנשתרש החשד במעשה עצמו אפי' בלא שאלה צריך לאודועי והיכא דליכא חשדא במעשה עצמו אבל איכא כפיה נהי דבלא שאלה לא מודעינן ליה אבל אי שאיל מודעינן והיכא דליכא לא כפיה ולא חשדא אפי' דשאיל לא מודעינן ליה:

נמצא קצרן של דברים שכשיש חשדא בדבר אפי' דליכא כפיה אם שאל כותבין לו וכן יש לפרש דברי הרש"בא והרמ"בן כמו שהוכחנו וא"כ בחנם דחק עצמו הח' הש' להביא לו עצות מרחוק כי כל אנפין שוין דגם הרש"בא והרמ"בן וכל אביזרייהו היכא דאיכא חשדא אפי' בלא שאלה מודעינן וכ"ש הכא בנדון ששואל ד"י ראמ"ן פור"קין מ"י שונד"ינה ובפרט שנשתרש החשד בלבו כמו שנראה מלשון השאלה פעמים שלש כאמור גם פא"רה ק"י טו"רו אומ"ברי ק"י מ"י נא"רי א"י וציר"זי איס"טה אש"כה ק"י הי"זו איס"טי דיי"ן ק"י קונוס"קא קו"ן קואנ"טה הי"קה קונסיפיאה א"י מאר"קו ירא"ת שמי"ם ל"ה הי"זו וכו' ולמטה מזה זאת ועוד קואנטוו"די מאנדאר"ון לו"ס אמ"ם דימ"י בפנ"י ודלא קד"ני אין טור"ו לו"ש פוא"י מאמ"ין וכו' ובסמוך מזה כ"י טור"אש איסט"אש מינ"י רי"מא נרא"ש ס"י קיא"י קלא"רה מינ"חי קוא"נטה מאד"ה וילונט"אד תיני"אה א"י תיי"ני קואינטרה מ"י איסט"י דיי"ן וכו' ע"כ דבהדיא הם דומיא דבתר דידי קאזיל מר ועדיפי מניה בלי ספק שצריך להסביר לו מנין יצא לו להפריז על מדותיו וילכו בארחותיו. ועל מה שיש לספק דמי יימר לן דהדברים הללו נאמרו ג"כ בענין פשרה דהא בין בההיא דנתעצמו דסנהדרין בין בההיא דכגון דא צריך לאודועי דמציעא תרויהו לא מיירי אלא לענין דינא דהכי משמע לישנא דדנתוני וגם ענין דחמרא איכא דבסום וכו' הוא דין גמור אבל בפשרה אפשר לומר דאפי' שיאמר הורוני לא שמעינן ליה הנה החכם הפוסק נר"ו כבר כתב ווה שיש בו די ולי מה יקרו דבריו באותה ראיה שהביא מדמוקמינן ההיא דפרק עשרה יוחסין (דף ע"ד.) דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי היכא דפריך תלמודא ונהדר ונדיינא ופריק בשודא דדייני הוא בין לפירש"י שפירש דשודא דדייני בדין שאינו תלוי בטעם אלא למי שיתנדב לבו של דיין לומר דזה **(כאן כתוב תיבה שלא יכולתי לקרותה ולפי הענין צ"ל שכנגדו לומר שזה היה רגיל אצלו יותר

ולזה נתכוין)** ובין לפי' התוספות שפי' בשודא דדייני הוא כל מה שירצה הדיין לעשות הנה הכל הוא תלוי בדעתו של דיין בלי טעם וכמו שכתב הטור בסי' כ"ג על ענין זה ודוקא בשודא דדייני דאינו תלוי בטענות אלא בראיות הדיין איך שיזדמן ולא בעינן שיהא קרובה לדין אלא כל אשר יעלה המזלג מבלי השקמה והתבוננות אם רבה לזה או מעט לזה א"כ אדפריק בשודא לפרוק בשודא **(בפשרה כצ"ל)** אם משום דהיא מצוה ומצוה קודמת או משום דהיא רגילה יותר והמורגל קודם לבלתי מורגל אלא ודאי נראה דליכא מילתא דאין לה שייכות לטעם וטענות אלא שודא אבל פשרה צריך לה התיחסות ושייכות כפי הטענות ועל פי הטענות ההם תהיה הפשרה קרובה לדין ומ"ה כל היכא דאמר הורוני מהיכן חייבתוני חוץ מן השורה חייב הפשרן להסביר ולתת טעם לדברים דהא התוס' והטור והר"אש תלו טעם הדבר משום והייתם נקיים מה' ומישראל וכיון דהפשרה נמי צריכא להיות קרובה לדין אין נקי לשמים ולבריות אם הבעל דין צעק ולא נענה:

עוד זאת יש רעותא אחרת בגזרה זו ועם שאפשר שנכללה בדברי החכם השלם לא הוזכרה בפרטות והיא זאת שכתוב בתוך תלונות לוי וז"ל עוד מ' קישו' די"ל דיי"ל ק"י אי"ן קיאנטא"ש קוזא"ש ק"י דיי"ן גז"רה סובר"י איליה נ"י אוסטורימוש א"ה טרנו"ת דילאנטרי ד"י אי"ל אי"ן אי"ן קואנטא"ש קוזא"ש דיי"ן גזר"ה קואינטר"ה לאי"ש טענות ק"י אוטוכנארון לוש אחי"ם ע"כ שנראה מדבריו שהדיין הזה בדה מלבו טענות אשר לא נתנו ליכתב מדעת שניהם וכיון שהוא יחיד הפשרן יכול הבעל דין להשמט ממנו וכמו שכתב הרב מהרשד"ם טור ח"מ סי' ט' וז"ל נדרשתי לאשר שאלוני שני בעלי דינין שעמדו לפני דיין אחד והדיין חייב לאחד וזכה לאחד ושאל המחוייב לדעת מהיכן דנו והדיין כתב טענות השני חלקים וגזרתו עליהם וכשראה המחוייב הטענות שכתב החכם מן החלקים צעק בקול מר ואמר שהטענות הכתובות בפסק החכם לא טען אותם שכנגדו וכו' תשובה נראה בעיני שאם הדיין יחיד לבד ואין עדים בטענות הנז' בפסק החכם שנאמן הבע"ד לחלוק להציל עצמו מן החיוב שחייבו הדיין דומה לזה נאמן הדיין וכו' וכו' ובסוף התשובה חתם דבריו וז"ל וכלל הדברים חוזר שאחר שהדיין אחד ואין עדים מעידין על הטענות יכול הבע"ד להשמיט מן הדין הנלע"ד וכו' ע"כ והלא דברים ק"ו ומה אם באותו הנדון שהנגוד וההכחשה הוא לטענת שכנגדו ואפשר שהוא לא שמע וגם שנראה שהדיין ההוא היה מוחזק לחכם ויודע פשר דבר כתב הרב הנ' ז"ל דנאמן הבע"ד להשמיט מן הדין כ"ש בענין זה דהוא מנגד על טענת עצמו בפרטות ולב יודע מרת נפשו וגם הפשרן הוא מהבעלי בתים הנידונים ואינו מסוג המוחזקים לת"ח שודאי נאמן לוי זה

להכחיש הדין ולהשמט מהדין ומה גם שיש גם בתוך תרעומות לוי תלונה אחת וז"ל גם ל"ה די די"נפרינטה ד"י ליש דוש בגדי"ם א"י לא"ש איוגו' ק"א ריזא"ש פולילי"י אדא"ש ק"י אביאמוש קידא"דו די סולו פיראיס"ה גמור"ה אביאמו"ש ד"י אי"ר א"ה ד"ין קומ"ו אי"ל מוזמ"ו ל"ו אטור"גרה א"י ל"ו דא"י ק"י ל"ו גוזק"ה ש"ין מי"ן לי"סי אסיאה סי"נו ק"י מאנדה ל"א פסג"ר ק"ון טר"יג כובלא"דו רבי"ת וכו' ע"כ שנראה שכוונתו לומר שלא קבלו לפשרן עליהם לדיין זה לענין הבגדים וקאהזיאש והוא נדרש ללא שאלו והוא אין ספק כי גם הפשרן יודה בזה כמו שאו' הבע"ד קומ"ו אי"ל מוזמ"ו ל"י איטור"ה פשיטא דכל מה שעשה בענין הבגדים והקריגא"ש הבל המה ואין בדבריו כלום וזה ברור וכתבו הרב מהרשד"ם ג"כ בסי' ד' וז"ל מעשה שנפלו דברי ריבות בין שמעון ולוי וברוו לזבולן ולנפתלי לדיינים ופשרנים ופסקו וכו' שמעון טוען שהדיינים הנ' נכנסו ללא נדרשו כי אם לא נבררו לדיינין רק על ההפרש בתביעת הבתים ולא על שום ד"א הרי א"כ בטלה גזרתם במה שגזר עליהם עוד וכו' תשובה הדברים פשוטים כי במה שנתקבלו נתקבלו ולמה שלא נתקבלו לא נתקבלו אבל בדליכא שום דבר מאלה פשיטא שאין דיניהם דין כלל אלא ג' הם שיכולין לדון את הא' בע"כ הרי שכתב בהדיא דלמה שלא נתקבלו לאו מה שעשו עשוי ועם שהיו שנים וכ"ש הכא דהוי חד דאי מודה כדברי הבע"ד פשיטא דאין במעשיו כלום וגם אמנם אפי' שיכחיש הדיין את הבע"ד ויאמר דנדרש לאשר שאלו וכשקבלו עליהם את הדין היה ג"כ על הבגדים והקאריזא"ש חזר הדין דחד בהדי חד הוא וכיון שכבר יצאו מלפניו בענין הדין אינו מחוייב להתחייב בדינו של דיין כמו שהוכחנו וגדולה מזו כתב הרב מה"רי ן לב ז"ל בח"ג סי' קי"ט על ראובן ושמעון שקבלו עליהם לדיינים ופשרנים ללוי ויהודה וזבולון וגזרו עליהם מה שגזרו וראובן שהוא מוחזק טוען שאינו רוצה לקים הפסק באמרו שלא נטלו קנין והלכתא פשרה צריכא קנין והפשרנים מעידים שנטלו קנין והשיב ז"ל מוכח בהדיא דהפשרנים והדיינין לא גריעי מתרי דעלמא ומה שיש להסתפק אי נימא דמאי דמהמני הוא דוקא על הפשרה לומר כך וכך פסקנו אבל לומר בלא נטלו קנין לא מהימני דחשיבי נוגעים בעדותם כי היכי דלא לימרו דדייני דשפלי נינהו שלא ידעו דפשרה צריכא קנין ומשום הכי קאמרי דנטלו קנין וכבר היה מעשה זה שנים רבים ואחד מגדולי הדור היה סבור לדון כך ונחלקו עליו שאר הגדולים ואברא דיש פנים לומר כך דהרי אשכחינן דאפי' בדוכתא דליכא הנאת ממון הוי נוגע בעדות כדאשכחן פ' חזקת (דף מ"ד) על המוכר שדה שלא באחריות אינו מעיד לו עליה משום דמעמידה בפני בעל חובו ומסיק דבלית ליה ארעא אחריתי והוא נוגע בעדות משום דלא ליקרו ליה רשע הא קמן דבמילתא כל דהו מ"מ הוי נוגע בעדות וכו' ומסיים

דהא תינח אי הוי תרי אבל היכא דהוי ג' דהוו פלוגתא דרבוותא אי צריכא קנין בהא לא הוי נוגעין בעדות וכד מעיינינן שפיר אשכחינן דאפי' תרי וכו' ולפי זה הדרך דוקא תרי הוא דמהימני אבל חד לא מהימן ע"כ הרי דאפי' לענין ג' משום נגיעת כל דהו סבירא ליה לאותו רב דאינן נאמנין ולדידיה ז"ל אחר העמל והטורח הוכיח דלא משום דהויא פלוגתא לענין שנים לא ברירא ליה מילתא ואי ברירא היא מטעם אחר כמו שיראה המעיין שם כ"ש וק"ו בדהפשרן הוא חד דאין ספק מלבד שאינו נאמן כמו שם ואין כן דעת הצדק דעדיף מינה דלוה רשע וכו'. משום דהתם נמי מחזי כלוה רשע לגבי אידך כדכתב הרב מהריב"ל שם שם ז"ל משום ההיא דהרשד"ם גם משום נוגע בדבר דמשום דלא לימרו בנדון דידן דנדרש ללא שאלוה ודאי דלא הוי נאמן לענין הבגדים והקריזואש ולענין הכל משום שמכחישו בטענות כדאמרן ויכול להשמט ממנו כדכתיבנא:

ומבלעדי אלה רואה אני את דברי לוי בתוך תרעומותיו טענה אלימתא והיא זאת וז"ל עוד דיג"ו ק"י אי"ס כאז"ן דיסבראט"ר הוג"ה גזר"ה פנ"ר קואינט"ר ק"י א"י ניל קונמפרמיס"ו דיז"ו ק"י הור"ו האחי"ם איך הוציאו המודעה אשר עשו נגד השטר של לוי לפני הרב הגדול מהרימ"ט **(**לא אדע בבירור אם **נכתב** מהרימ"ט כי נכתבו האותיות ביחד.)** ז"ל והראוה לרב ה"ה ואח"כ מסרוה לברור הנז' א"י ייופנ"ר פוסא"ר סי"ר וירדא"ת ל"ו ק"י כיזא"ן ק"י וידי"ו אי"ל שיור"ב ל"א דיינ"א מודע"א א"י לי פ"י ארשיי"ו בני"ן מ"י קונטיוס"י ד"י א"י נטרא"ר אי"ן פשר"ה מא"ש די"ש פואי"ש דוש"י ק"י אי"ל שי' ר"ב גנ"ו כוז"י קיס"י אידי"ו מודע"א אישנ"ר איס"ו דיג"ו קינ"א קיית"ו פשר"ה ש"י נ"ו וא"ה אי"ל די"ן אדילאנט"י ק"י נהרג"ו ני"ו מ"י שט"ר קיי"ם עצי"ר והנכון אצלי דמשום טענה זו לבד יכול לוי לסתור גזרת הדיין וכמו שכתב החכם השלם הפוסק נר"ו דהוי בכלל מה שפסקו הפוסקים שמי שנתרצה בפשרה ואח"כ מצא עדים וראיה דהוי פשרה בטעות ואפי' דאיכא קנין ושבועה חוזר כמו שהוכיח מהרב המב"יט להמרשד"ם ז"ל וכבר הביא הרב בעל העטור ז"ל תשובה בשם הרי"ף ז"ל וכתבו הרב מהר"יק ב"י בסי' כ"ה שמי שחייבוהו ב"ד שבועה ונרצה לפשרה ואח"כ נודע שאינו חייב שבועה אלא חרם סתם יכול הוא לחזור בו שיש לו לומר אלו היה יודע שאין עליו שבועה לא היה מתרצה בפשרה וה"ל קנין בטעות ואם מטעם הפרש דשבועה לחרם סתם דאפי' הכי יש לו עליו חיוב אמרינן דהוי קנין בטעות כ"ש וק"ו כשנודע לזה שלא היה שום דבר כנגד השטר דודאי חוזר דאם נתרצה זה היינו דוקא משום דחשב בלבו שהמודעא שהראו לרבינו ז"ל היתה סותרת שטרו אבל השתא דאתגלי ליה דלא היתה מודעא בעולם ודאי דאחר

דהוו קנין ושבועה בטעות וכמו שהעמיק הרחיב החכם השלם המורה לצדקה וכל דבריו האמת והצדק:

כלל הדברים אני אומר רואה אני את דברי החכם הפוסק ברים ורצויים עשוים באמת וישר לא יחסר כל בם לא מלח ולא תבלין. והדברים עתיקים מבורות עמוקים כראי מוצק חזקים דברים המצודקים מתוקים מדבש ויינומלין. ואם לדין אף אני כמוהו מסכים הולך שהגזרה הזאת מבוטלת היא תבטל ודיניה בטלין מכמה פנים שקדמונו ועוד רבות אשר אזון וחקר הח' השלם הלכות ערוכות תלי תלין. השונים ביני לבינו יודע אלהים כי כל ישע וכל חפץ היה בלבי להשתעשע באמרותיו המהוללות בעשר מיני הלולין. לולי כי מיראת האריכות פן אהיה לטורח בעיני כל רואיה להעתיר דברים מלין ע"ג מלין. צמצמתי דברי והנני בא שם ארחותי בדברים אחדים ואמרתי צר לי המקום שאלין. וגם כי אין אתי דעת מכרעת להכריע והדברים לא מורידין ולא מעלין משום עת לעשות רצונו חפצתי ואף כי שיחתי אינו אלא שיחת חולין. אני הוא המדבר יהושע רפאל בכמוהר' ישראל בנבנשתי זל"ה.

סימן ב

דיינים. להחכ' משה אמאטו לרודים השע"ט

שאלה אנשי עיר אחת שקבלו עליהם ת"ח מרביץ תורה ביניהם וכתבו עליהם תנאי' וז"ל בהתאסף ראשי עם קדש יחד ק"ק אשר פה העירה פ' וראינו כי אזלת יד התעודה ואפס עצור ועזוב אין דורש ואין מבקש היש דורש אלקי"ם אתנו ובאנו כולנו יחד להקים סוכת התורה הנופלת אילת אהבים מחוקקי ישראל כימי עולם וכשנים קדמוניות וחפץ ד' בידנו יצלח לכן קמנו ונתעודד אנחנו נחלץ חושים וחלנו את פני הלת תהלת החכם השלם בנן של קרושים משרתי עליון כמהר' פ' נרו' להיות לנו לקציו ולראש מרביץ תורה בתוכנו לעשות תורה קבע וכל המלאכה נמבזה ונמס ולקבוע עתים לתורה בד' אמות של הלכה ולהורות לנו דרך ישר לפני איש על התורה ועל העבודה אמת ומשפט שלום ישפוט את העם בכל עת את הדבר הגדול והקטן יביאון אל משה ואיש לא ימרה את דברו ככל היוצא מפיו יהיה נכון ומרוצה כדין שדנו ב"ד של ר"ג ז"ל ולא יוכל שום יחיד או רבים לו' איני מתרצה בדין החכם שהרי יש חכמים חולקים עליו אלא כל מה שידון בין דם לדם יהיה נכון ומרוצה כדין תורת ה' כנתינתה מסיני והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע אל הכהן החכם נרו נתחייבנו כלנו כאיש מלחמות יעיר קנאת ד' צבאות לייסר אותו בשוטים ובעקרבים סלונים וסרבים סלוא דלא מבע דמא חויא דרבנן יטרקיניה

דלית ביה אסותא עד ישוב מחטאתו אשר חטא ושב ורפא לו וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידון עוד ונתחייבנו כלנו יחידי השתי ק"ק יצו' לתת להחכם השלם נר"ו חלף עבודתו י"ב אלפים לבנים מדי שנה בשנה המתחילות משנה זו שנת השע"ד ולהבטחת כל הנ"ל נטלנו קנין שלם לקים כה"ל ונשבענו שבועה חמורה בביטוי שפתים ע"ד המב"ה ועל הנ"ב וע"ד החכם הנז' בלי ערמה לשמור ולגמור כה"ל ע"כ הכתב. עתה קמו קצת יחידים ואומרים כי אינם רוצים לקבל גזרת החכם אלא רוצים שיתן להם פסק דין על כל דין ודין כדי להראות אותו לחכמים אחרים אם יסכימו עמו ואז קבלו עליהם את הדין גם אם חייבים לפרוע להחכם השלם נר"ו כל פרס של עשר שנים כמו שהתנה עמהם אי יאמרו לו טול כדי השנים אשר עמדת עמנו עוד שאלו אם החכם יכול לדון באיזה פעם פשרה כי כן כתיב בשטר התנאים אמת ומשפט שלום ישפוט את העם דהיינו פשרה על הכל יבוא נא דברו הטוב ושכרו גדול מעל שמים:

טובים השנים אב ובן שניהם כאחד טובים הנה הנם החכם הנעלה הישיש כמהר"ר משה אמאטו נר"ו והבן יקיר לו חכם פלפלא חריפא כהר' יהודה נר"ו כמעשה לבנת הספיר בכתם אופיר ראה ראיתי אגרתכם המסלאה היא מבכרת לי לשמי להטפל עצמי בענין זה לכבוד החכם השלם נר"ו ולכבודכם לתת השאלה לכל החכמים הרבנים יושבי על מדין המה יביטו יעינו בדבר הלא גם בנו קשרתם עלי כלכם בקשר אמיץ אחוה דעי אף אני ולא נכחד עצמי ממני כי איני ראוי לכך אמנם זכותא דרבים עדיפא וחכמתכם היא סמכתני ואבוא היום בעד האשנב מציץ מן החרכים אולי יראה ה' בעיני לתת לי מהלכים בין העומדים הלא כה דברי:

תשובה בפעם הזאת לא טובה עצת המנגדים **(המתנגדים כצ"ל)** על החכם השלם לאמר אין אנו מתרצים אלא הורנו מהיכן דנתנו אין שומעים להם כדאשכחן בפ' איזהו נשך (דף ס"ט) הנהו תרי כותאי דעבוד עסקא בהדי הדדי אזל חד מנייהו פליג בלא דעתא דחבריה אתו לקמיה דרב פפא א"ל מאי נפקא לך מינה הכי א' רב נחמן זוזי כמאן דפליגי דמו לשנה זבין חוורא בהדי הדדי קם אינך פלג ליה בלא דעתיה דחבריה אתו לקמיה דרב פפא א"ל מאן פלג לך א"ל קא חזינא דבתר דידי קאזיל מר אמר רב פפא כי הא ודאי צריך לאודועי זוזי מי קא שביק חסרי ונקיט וכו' אבל חמרא איכא דבסים ואיכא דלא בסים וכו' וכתבו בתוס' משמע דדוקא הכא שיש פתחון פה לחושדו קא' דצריך לאודועי משום והיתם נקיים מד' ומישראל אבל בעלמא לא והא דא' בספ' זה בורר (ל"א:) שנים שנתעצמו לדין שכופין אותו ודן בעירו ואם אמר כתבו לי כותבין לו אר"ת דדוקא התם דלא רצה לדון אלא על ידי כפיה אבל בעלמא לא:

ובטרם אקרב לפסקא דדינא אסורה נא ואראה מאי דאיכא למידק בדבריהם ז"ל דמאי פריך מההיא דסנהדרין אחר שנוכל לו' דהאי דקא' כי הא ודאי צריך לאודועי מיירי בלא נשאלו אבל ההיא דנתעצמו מיירי כששאל ולכך כותבין וליכא פירכא כלל שהרי הם עצמם כתבו כן בפ' זה בורר עלה דההיא מימרא שנים שנתעצמו לדין וכו' ואם אמר כתבו כותבין ונותנין לו וכתבו התוס' ז"ל דוקא היכא דנתעצמו אבל בעלמא לא וכן משמע בפ' איזהו נשך וכו' ומיהו יש לדחות דהא דקא' כי הא ודאי צריך לאודועי היינו דוקא שצריך לאודועי מעצמו אבל בעלמא אי שאיל אין ואי לא לח ע"כ הרי אם כן בביאור נתפרש בדבריהם שיש חלוק מההיא דמציעא להיא דסנהדרין ומיניה נרגש מההיא דפ' זה בורר ולא משני האי שנויה ומשני שנויא אחריתי:

ונראה לפרש דהכי הוא כוונת התוס' מעקרא דקדקו מלישנא דכי הא ודאי צריך לאודועי שיהיה פירושו דדוקא בענין כזה מודעינן כלו' בדלא שאיל אבל בעלמא לא והשתא קא"י שמא יטעו בדבריהם ייחמרו דהא דא' חבל בעלמא לא רוצה לו' בעלמא אי לא שאיל לא אמרינן ליה בלא שחלה אבל אי שאיל מודעינן לי הבכל מקום ויביאם לטעות בזה הא דאמרינן בההיא מימרא דסנהדרין ואם אמר כותבין ונותנין לו לכך אמר דהא דאמרינן בס"פ ז"ב שכותבין היינו דוקא משום דנתעצמו אבל בעלמא אפי' שאל אין כותבין לו. והם שלשה חלוקי דינין היכא דאיכא חשדא טובא כי ההיא דאיזהו נשך אפי' בלא שאלה צריך לאודועי לפי שנשתרש החשד ב' פעמים. והיכא דליכא כל כהאי חשדא אבל איכא פורתא כההיא דסנהדרין שנתעצמו וסובר זה כיון דנתעצמו מי יודע אם יש לו פנייה להדיין שם וחושדו לא אמרינן בלא שאיל אבל אי שאיל אמרינן דגלי דעתיה דאיכא חשד. והיכא דלא נתעצמו אפי' שאיל אין כותבין לו דליכא רגלים לדבר כלל מפני החשד ובזה נשארו דברי התוס' ז"ל מתורצין משני עבריהם. נקטינן מהא דכתבו התוס' ז"ל דדוקא היכא דאיכא עצום וכפיה בדבר בכי האי גונא אם שאל כותבין אבל בשלא נתעצמו אפי' שאיל אין כותבין מכאן יש ראיה לנדון דידן דכיון שלא נתעצמו אלא הכניסו עצמם בגזרת החכם מעיקרא אפי' אמרו הורונו מהיכן דנתנו אין שומעין להם:

ואפילו לדעת הרא"ש ז"ל שכתב בפ' איזהו נשך מכאן דקדק ר"ת דהא דא' בסוף זה בורר שנים שנתעצמו בדין כופין אותו ודן בעירו ואם אמר כתבו לי מאיזה טעם דנתוני כותבין לו היינו דוקא היכא שדנוהו תחלה ע"י כפייה אבל אם מדעתו דנוהו תחלה לא ואין ראיה. ודחה ראית התוס' אפי' הכי איכא למימר דאי נמי דחה ראיתם מפ' איזהו נשך עם כל זה עדיין הראיה האמתית שיש מעצמה אינה נדחית ובמקומה עומדת דאומדנא היא דבנתעצמו דוקא מיירי דהכי קאמר שנים וכו' ואם אמר כתבו כותבין משמע דעלה

קאי דנתעצמו שזה שהכריחו התוס' ז"ל הוא מתרי טעמי חדא דהכי משמע הכא ועוד באיזהו נשך ואפי' דחה השני הראשון לא זז אשם והכי מוכח ממאי דכתב הרב בעל כ"י ז"ל וז"ל וכתב הראב"ד ז"ל דכי אמרינן כותבין ונותנין ה"מ בשכפאוהו לדון בעירו אבל בשבא לדון מעצמו לא וכתבו המפרשים שכן הוא האמת דהני משמע הכא ע"כ וכתב המרדכי ז"ל בפרק זה בורר וז"ל וכתב ר"ת דהא דכותבין וכו' דוקא היכא דנתעצמו אבל בשלמא לא וראיה מדלא קבעינן להאי מילתא אלא בנתעצמו ועו' ראיה בפ' הרבית הנהו תרי כותאי וכו' ע"כ הרי בביאור לדבר הנ"י ולדברי המרדכי ז"ל דמפרש מילתיהו דבעלי התוס' דסבירא להו דמלבד ראית איזהו נשך יש סמך מהאי דקבעה במקום הזה ואחר שכן הוא אפי' נאמר שהרא"ש דחה ראית בבא מציעא הטעם אחר במקומו עומד ונאמר דהכי נמי סבירא ליה דדוקא בנתעצמו כותבין ונותנין אבל בלא נתעצמו אפי' שאל אין כותבין. וזו היה דעת הרמב"ם ז"ל פ"ו מה' סנהדרין שנר' דדוקא בנתעצמו אבל בעלמא לא וכן פסק הרשב"א ז"ל בתשובה וכן כתב הרב הגדול מה"ר קארו זלה"ה בשם סמ"ג והר"ן וזו היא סברת הפוסקים חוץ מרבינו ירוחם שכתב בין בכפיה בין שלא בכפיה ולא קיימא לן כותיה אחר שכל אלה גאוני ועמודי ההוראה קימו כחד סברא ודאי עבדינן כותייהו כ"ש וק"ו בנדון זה שכבר קימו וקבלו היהודים יצ"ו הסכמה חמורה עליהם כאשר הוצעה בלשון השאלה ואין כח בידם לעבור מוצא שפתותם בשבועת בטוי וקורא אני עליהם שרי להו מרייהו:

ואין לומר שיאמר אחר שכן הוא שבשעה שכפאהו יוכל לומר כתבו מהיכן דנתוני א"כ כל א' יסרב להדיין לדון בעירו ויכפאוהו ואחר שיאמר **(כן יאמר כצ"ל)** הורוני מהיכן דנתוני ומפה והלאה ישימו עלה דהא דא' כן הוא מפני החשד שלא יחשדוהו כיון שזה רוצה להדיין באותו ב"ד אולי נתפשרו כבר שיטה הדין וזהו דוקא היכא דלא קבלוהו עליהם מעקרא אבל בענין כזה שמתחלה קבלוהו עליהם בסבר פנים יפות הוסר החשד שעל כרחם למשפט יקרבו לפני אותו ב"ד וליכא נמי כפיה שבשעה שנתרצה לא הואי כפיה כלל והודו בדבר מתחלה מדעתם ורצונם הטוב בלי שום זכר אונס:

ועוד דלפי מה שכתב מהררי"ק ז"ל אפי' נאמר דבכי האי גונא מיקרי כפיה לאו כלום הוא שכן כתב ז"ל וז"ל ונראה מדברי הרמב"ם ז"ל דאפי' בנתעצמו לא אמרו שכותבין ונותנין אלא כשדן אותם ב"ד קטן אבל אם דן אותם ב"ד גדול אין כותבין ולא חיישינן לטעות דאין לדבר סוף ונתבאר בדברי הרמב"ם שבזמן הזה מקום שיש מומחה לרבים דין ב"ד הגדול יש להם ע"כ נראה דדוקא בב"ד קטן אבל בחכם מומחה לא כתבינן וכיוצא בזה בנ"ד שאחר שכפי הנשמע החכם השלם גמיר וסביר וקורא לו בשם הגדולים אשר בארץ

ונוסף גם הוא שהמחוהו עליהם כר"ג אין ספק שאינן יכולין לוז הורנו מהיכן דנתנו ואם אמרו שומעין להם:

עוד זאת אדרש מלשון השואל על דבר הכסף אשר נתחייבו יחידי הק"ק יצ"ו לתת לחכם הנז' חלף עבודתו מדי שנה בשנה עד משך עשר שנים אם נתחייבו היחידים לפרוע לו פרס כל העשר שנים אם ירצו לקיים מאמרו וזה נר' בעניותי מילתא דפשיטא מההיא דאמרינן בפ' השוכר את האומנים (דף עו:) תניא השוכר את הפועלים והטעו לב"ה או שב"ה הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת דברים וכן כתבה הרב **אלפסי** ז"ל והרמב"ם ז"ל וכתב עליו הרב המגיד ז"ל בה' פועלים ותרעומת דברים שאמרו הוא כשלא היו נשכרים אמש אבל אם היו מוצאים להשכר אמש ועכשיו אינם נשכרים הרי זה כדבר האבד ונמצא הפסידם לכך נותן לו שכרו כפועל בטל והר"י בעל הטורים כתב השוכר הפועלים כל א' מהם שרצה לחזור יחזור בד"א בשלא התחילו במלאכה הילכך יכול הב' לחזור שאינו גורם הפסד אבל אם התחילו אינו חוזר אבל נותן שכרו כפועל בטל משמע מכל הני רבבתא ז"ל שזה שאנו אומרים שחוזרים בהם היינו דוק' כשאין להם נזק והפסד ולא התחילו במלאכה אבל אם התחילו ואולי ימשך מזה כיצד נזק או הפסד אין חוזרים בו כיוצא בדבר בנדון שלפנינו אחר שכבר התחיל במלאכה וזה כמשלש שנים שמרבין תורה ביניהם והעתיקותי ממקומו וגרמו לו אולי נזק אין לנו לומ' דחוזרים בהם ואין לומר דאחר שכן הוא א"כ יתנו לו שכרו כפועל בטל דהא דאמרינן הכי היינו טעמא בגמ' משום דאינו דומה הבא טעון להבא ריקן וכבר כתב הרשב"א ז"ל הביאה מהר"יק ז"ל בטור ח"ה סי' של"ג ה"פ דהחי טעמא לא שייך הכא וז"ל כתב הרשב"א ז"ל שנשאל על בני חבורה ששכרו חכם לדרוש להם בכל שבת ונשו חזרו בהם בני חבורה אם יכולין לשלם לו הזמן שישב עמהם ולעכב השאר והשיב שאינם רשאים וחייבים לתת לו שכרו משלם ולא שייך הכא טעמא אינו דומה הבא טעון להבא ריקן וכו' דאדרבה לב הדורש שמח יותר בדורשו בקהל רב להשמיעם את המצות ופקודי ה' ישרים משמחי לב ועוד כי המתעסקים בלמוד התורה נוחים הם ואם אינם עושים מלאכתם יעפו ויגעו הרי הם כאוכלסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי עכ"ד הרי נר' דהאי טעמא דאינו דומה הבא טעון וכו' לא אמרינן ליה אלא בסוחר בעלמא אבל בת"ח ליכא הבא טעון דלאו טעון מקרי וכשיתבטל זה הטעם ודאי אינם חוזרים בהם ונותנין לו שכרו משלם כדכתב הרשב"א ז"ל וכן כתב שם בשם הרמ"בם ז"ל כיוצא בזה ואין צורך כלל להאריך ואחר שכן הוא בלי ספק שבנ"ד יכול לטעון שבאותו זמן היה מוצא להשתכר במקום אחר ועכשיו אם יסירוהו צריך ללכת במקום אחרים למצוא מנוח לכף רגלו ואיכא פסידא

ודאי שחייבים היחידים לפרוע הפרס של עשר שנים דלא גרע משכר שכיר ולפחות לא תהא כהנת כפונדקית:

ועל הענין שבא בשאלה אם יכול הדיין לדין באיזה פעם בדרך פשרה אחר שכתוב בשטר התנאים אמת משפט שלום והיינו פשרה לא אבין לכאורה כונת השאלה והצעתה סוגרת ומסוגרת לית דיפרקניה כי לא פורש באיזה אופן שואל כענין שאם הוא בהודאת הבעלי דינין פשיטא שיכול אדרבה אמרינן בגמ' (סנהדרין דף י':) וכל דיין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח שנא' אמת משפט שלום בשעריכם וכו' ואם שלא בהודאת הבעלי דינים הא נמי אתמאה דמי לא ידע בכל אלה דאין יכולין כדאמרינן בגמ' שם מצוה לבצוע איני והא אמר רב הונא כי הוה אתו לקמיה בעלי דינים הוה אמר אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו אלא מאי מצוה לבצוע למימר להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו ולהתחיל פשרה ברישא הנה נתבאר דמעיקרא סלקא דעתיה דמאי דאמרו מצוה לבצוע הוא בלא הודאת בעלי דינים מקשה ליה מרב הונא וחזר בו ואמר שצריך להודיעו **(להודיע. כצ"ל)** להם א"כ פשיטא דאין יכול לדיין לדין פשרה בלי הודאת הבעלי דינים אמנם אשר אני אחזה לי אחר השקידה נר' שכונת השואלים היא אם נזדמן לבעל דין לשאול דין מרומה וכפי ראיותיו ועדותיו האמת אתו והדיין נראה לו באומד הדעת שזהו דין מרומה אם יכול לדון דין פשרה ולא לגלות דעתם אלא יחשבו שהוא דין תורה גמור אם לאו ואיברא דדין זה לא נתבאר לי בגמ' אבל בדברי הר"אש כתוב ומפורש כלל ק"ז הביאו הרב בית יוסף בה' דיינים סי' י"ב וז"ל אין כח ורשות ביד הדיין להוציא הדין חלוק מתחת ידו שצריך לגמור ולהשלים הדין כדי להטיל שלום בעולם ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ועדיות. פעמים באומד הדעת ופעמים כמו שיראה לדיין בלא טעם ובלא ראיה ובלא אומד הדעת ופעמים על דרך פשרה ע"כ הרי בפנינו נראה בפי' שכשאינו יכול לעמוד על תלו של דין יכול לדון פשרה וז"ש הרא"ש בלא הודאת הבעלי דינים היא דאי בהודאתם מאי רבותיה דכשאינו יכול לעמוד על בוריו אפי' יכול לעמוד יכול אם נתרצו הבעלי דינים אלא ודאי דמיירי בלא הודאתם וקאמ' דיכול א"כ גם בנדון זה אם נזדמן דין מרומה לידו יכול לדון דרך פשרה כיון דלפעמים **(דלפעמים. כצ"ל)** אין הדיין יכול לברר הדבר כמו שבא בטור ח"ה סימן י"ב בשם הירושלמי דר' שמעון יוחאי וכן ר' יוסי בר חלפתא באו לפניו שני אנשים אמרו לו ע"מ שתדיננו דין תורה אמר להם איני יודע לדון אתכם דין תורה וכן סמ"ג ע"ש:

סופא דמילתא שהיחידים האלה חייבים לקיים מה שיגזור עליהם החכם נר"ו ואינם יכולין לטעון הורנו מהיכן דנתנו כיון שכבר קבלו עליהם בתחלה כ"ש וק"ו שהשבועה היתה גדולה כי השבע השביע איש את אחיו לגמור לשמור ולעשות כמו שבא כתוב בתורף ההסכמה והודו כי נשבעו וכל אחד מעיד על שבועת חבירו דודאי אין לספק כי מה שעשו עשוי כדבר האמור מפי החכם השלם נר"ו והפרס הנדר והנדב חייבים לפרוע לו משלם עד תשלום העשר שנים וגם אם באיזה פעם יזדמן לפני החכם השלם נר"ו איזה דין מרומה והוא בעצמו קים ליה כי נבלה עשה ואין יכול לעמוד על בורייו שורת הדין שידין בו פשרה גם כי לא הודיע לבעלי דינים והם בקרבם יחשבו, מחשבה כי זו היא דרך ישרה על פי התורה ולית דא צריכא רבא **הלא** כה דברי לחוץ ידבר במתורגמניהו דרבנן הייטב בעיניהם ואם רע בעינם אשובה לי כי ירא אנכי פן אהיה לבוז והייתי שפל בעיני פני פניני הודם והדרם על כן אמרתי אלכה לי אל הגדולים הרבנים המובהקים נר"י יושבי על מדין כל ריב וכל נגע והדבר יצא מפי כבודם כאמור כן תקום וכן תהיה. אנוש רמה להבל דמה יהושע בכמ"הר ישראל בנבנשתי זל"הה

סימן ג

לכמה"רר עזריה יהושע נר"ו. ה' דיינים. איזמיר:

שאלה עיר שיש בה ג' קהלות שיש להם זה ימים ושנים חכם מרביץ תורה בקי בהוראה מוסמך מגאוני עולם והוא המוציא והמביא ונוהג את צאן ה' כאשר ישא האומן את היונק ותורת אמת היתה בפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו ויהי היום קרה מקרה בלתי טהור כי נתקיים בו אשר יאהב ה' יוכיח ונפל לו כמו שבלול או תבלול בשתי עיניו אשר לא יוכל לראות כלל וע"כז הג' קהלות הנ' לא חזרו אחור מפני זה כי סברו וקבלו יען כי אינן מוצאים תמורתו ולא כיוצא בו אמנם יש בעיר ג' קהלות אחרות שיש להם חכם למרביץ תורה ובנפול איזה הפרש בין איש ובין רעהו זה מחכם זה וזה מחכם זה אינו רוצה התובע ללכת אחר הנתבע באמרו כי מאור עינים פסול לדון ורוצה התובע להתדיין בפני חכם שלו והנתבע אומר כמו שיש פוסקים שפוסלים סומא לדון כן יש מכשירין ומכללם רש"י והתוספו' וסמ"ג גם רבנו ירוחם הביא סברת שאר פוסקים דמכשירים וכן סובר רבינו האיי ז"ל וא"כ דין הוא שתבוא להדיין בפני החכם שלי והן אמת כי כונת ג' קהלות אחרות להמשיך בזה לב העם אחר החכם שלהם וימליכוהו עליהם לשר ושופט וישאר החכם הראשון במתי מספר על כן יורנו מורנו ורבנו אם יש כח בידם לכוף את הנתבע לילך להדיין בפני החכם שלו או אם הרשות ביד הנתבע להתדיין בפני

החכם שלו ולא בפני זולתו ויכוף את התובע ללכת אחריו כמו שנהגו ללכת התובע אחר הנתבע מיום הוסדה העיר הזאת ועד עתה ואם את הדבר הזה יעשו איש על מקומו יבוא בשלום ע"כ לתשובת האדון יחלנו ושכר האדון מן השמים יהיה שבעתים:

תשובה דבר זה תלוי במחלוקת גדולים נוחי נפש שיש מהם סוברים דמאור עינים משתי עיניו פסול לדין דיני ממונות ויש מהם מכשירין ושורש מחלקתם תלוי כפי חלוף הגרסא דגרסי בההיא עובדא דההוא סמיא דהוה דאין דיני בשבבותיה דר' יוחנן ולא אמר ליה מידי דמייתי לה בפ"א דיני ממונות (דף לה:) ובפ' בא סימן (דף מט:) דמאן דגריס ההוא סמיא בחד מעיניו כדגריס הר"יף נפקא ליה דסומא משתי עיניו פסול ומאן דגריס ההוא סמיא סתם דמשמע משתי עיניו נפקא ליה דאפי' סומא משתי עינים כשר כיון דר' יוחנן לא אמר ליה מדי ומייתי סתמא אחרינא ושביק סתמא קמא וכמו שביאר זה הרמ"בן ז"ל במלחמותיו ובשם רב שרירא כתב שכן כתוב בספרים וכבר נודע מי ומי הם הפוסלים הלא הם הר"יף והר"אש והרמ"בם כמו שהזכירם הרב ב"י טור ח"מ סי' ז' ונוסף עליהם בעל המאור והר"מבן והעטור באות בית וה"רן ז"ל כתב בשמו ובשם רב שרירא והרב המאירי כי ג"כ הוא מן הפוסלים. ואולם כת המכשירים הנה הנם רבינו האי ז"ל כמו שכתבו בשמו העטור ובעל צרור הכסף והתוס' בפ' בא סימן (דף מ"ט) כתבו דלרבנן סומא בשתי עיניו כשר דהא לא מקשי ריבים לנגעים ורבינו ירוחם בשם שאר הפוסקים ג"כ והרב המאירי העיר ג"כ שכן סוברים גאוני עולם והמרדכי ז"ל כתב פאד"מ סומא בשתי עיניו אעג"ב דלהעיד פסול מ"מ כשר לדון דלא מקשינן ריבים לנגעים כלל ואפי' בסומא משתי עיניו דומיא דלילה ע"כ וכתב בעל בית חדש שכן הוא פוסק וסמ"ג בעשין ל"ז כך היא מסקנתו כר' יוחנן דסבר כרבנן דלא מקיש ריבים לנגעים ומכשיר סומים לדון ומסתמא סומין הם משתי עיניו **(על הגליון נכתב הג"ה "ורא"בן בספרו דף קי"ג היא מכשיר בהדיא")** והגהות ומיימוניות על דברי הרמ"בם שכתב וסומא בשתי עיניו פסול כתבו וז"ל כר' מאיר וכסתם מתני' דכל הכשר להעיד אבל הר"מ פסק כרבנן דפליגי אר' מאיר וכן אמרינן התם ההיא סמיא דהוה בשבבותיה דר' יוחנן דהוה דיין דינא ולא א"ל ולא מידי כדמסיק דסתמא אחרינא אשכח וההיא דפ' בא סימן כל הכשר לדון כשר להעיד ההיא ר' מאיר היא עכ"ל ומבואר מדבריו שהוא נוטה לדעת המכשירין וכדוחה דברי הרמ"בן כתב דסברא ליה כסתמא דר' מאיר והוא סתמא דיחיד אבל בס' המצות פסק כרבנן וכסתמא דרבים וכדאמרינן בגמ' מאי אולמיה דהאי סתמא מהאי סתמא ומשני הא סתמא כלו' דפוסל הסומא הוא סתמא דיחיד והא סתמא דמכשירו הוא סתמא דרבים וסתמא דרבים עדיף ואב"ע משום דקתני לה גבי הלכתא דדיני ע"כ והיינו נמי

מאי דקאמרי ההגהות דיותר ראוי להכריע כדברי ס"מ משום דהוי כרבנן וסתמא דרבים דלא כהרמ"בם דסבר הכי והעידו ג"כ על הרשב"א דפסק כר' מאיר והיינו סתמא דיחיד וא"כ למדנו דגם ההגהות הם מכלל המכשירין ור"שי ז"ל בפ"א ד"מ על מאי דאמרינן בגמ' ר' יוחנן סתמא אחרינא אשכח ד"מ דנין ביום וגומרין בלילה כתב הוא ז"ל סתמא אחרינא אשכח דמכשר סומין דהא גומרין בלילה דומיא דסומא עכ"ל והדברים מוכיחים דגם הוא ז"ל מכשר בסומא בשתי עיניו דהא סתם קאמר ולשון סומא סתם כלו' משתי עיניו וכההיא דאמרינן בפ' החובל (דף פ"ז:) א"ר יוסף מריש הוה אמינא מ"ד הלכה כר' יהודה דאמר סומא פטור מן המצות עבידנא יומא טבא לרבנן וכו' וההוא ודאי סומא משתי עיניו קאמר דהא על עצמו היה דורש והוא מאור עינים הוה וא"כ היכא דחזינן לרש"י דקאמר סתמא אחרינא אשכח דמכשר סומין דהא גומרין בלילה דומיא דסומא וזו היא מסקנת הגמרא ודאי דסבר רש"י דמסקנא בגמ' הוא דסומא משתי עיניו כשר וזו היא שכתב הרב בעל העטור ז"ל ורש"י פירש סתמא אחרינא אשכח דסומא משתי עיניו כשר ע"כ ואלו בלשונו של רש"י לא כתב כי אם סימא סתם אלא דמשמע ליה לעטור ז"ל דלשון סומא סתם דכתב רש"י ודאי הוא משתי עיניו והיינו נמי מה שכתב בעל צרור הכסף וז"ל ורבינו האיי ז"ל הכשיר בסומא משתי עיניו לדון וכן רש"י מדקתני דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה דהיינו סומין בשתי עינים ע"כ והוסיף הוא ז"ל משתי עינים מטעמא דאמרן באופן למדנו מדברי רש"י ז"ל שכתב בפאד"מ דגם הוא ז"ל מכלל המכשירין לסומא בשתי עיניו לדון ד"מ. ואף שרש"י ז"ל בפ' בא סימן דמייתי הך סוגיא היכא דקאמר סתמא אחרינא אשכח דיני נפשות דנין ביום וגומרין בלילה פירש הוא ז"ל וגומרין בלילה אלמא לא מקשינן ריבים לנגעים דכתוב וביום הראות בו בשר וכי היכי דלענין לילה לא מקיש לענין סומא נמי לא מקיש ע"כ ולא כתב דמכשיר סומא הא נמי מלבד דלא קשיא איכא סיועא לומר דמכשיר בסומא מדלא כתב טעמא דרי"ף דכתב דהא לא מצו אנשי למחזי בלילה כדחזי סימא באחת מעיניו ביום וקתני גומרין בלילה וכיון דגומרין בלילה דין הוא לסומא באחת מעיניו שידון ביום לכתחלה ע"כ וכתב האי טעמא דלא מקשינן ריבים לנגעים סבירא ליה דכיון דלא אתקוש לא פסול סומא משתי עיניו וכמ"ש התוס' לרבנן סומא בשתי עיניו כשר לדון דהא לדידהו לא מקשינן ריבים לנגעים. והכי נמי ס"ל לרש"י. ואעג"ב דמכת הפוסלין איכא נמי דסבירא להו הך טעמא והוא הרב בעל המאור ז"ל שכתב על הר"יף ז"ל דהלכתא כותיה ולא מטעמיה דלא מצו אנשי למיחזי בלילה וכו' אלא משום דלא מקשינן ריבים לנגעים וכו' לא מפני זה נאמר דס"ל לרש"י נמי לפרש דרישא דכל הכשר לדון כשר להעיד הלכתא

היא ולא זזה ממקומה כמו שפירשו הם וא"כ סומא משתי עיניו פסול דהא לא נתבאר זה בדבריו וכל שכן אחר שראינו כאן בסנהדרין שפירש כן מטעמא דסומין דלא נאמר דפלג דידיה אדידיה ומה גם דודאי עבדינן הך דסנהדרין עיקר מפני שהוא במסכתא דתנא כילי דינא דדייני מש"כ ההיא דנדה שהיא אגב גררא וכדאשכחן בגמרא דמשני לענין תרי סתמי שהשנוי במסכת דדיני היא העיקר וקאמר אב"א משום דקא תני לה גבי הלכתא דדיני כלו' דכאן הוא העיקר ששנויין בה כל הדינין השייכין והתם הוא אגב גררא וא"כ ברש"י נמי עבדינן עיקר הך דסנהדרין וכמו שעשו עיקר העטור ובעל צרור הכסף שהזכרנו דבריה לעיל. וא"כ חזר הדין דרש"י ג"כ מכשיר סומא משתי עיניו לדון ד"מ:

אלא שעדיין צריך להתישב בדבר מה זה היה לרש"י ז"ל לשנות את טעמו משם לכאן דבסנהדרין נתן טעם לדבריו מדמכשר סומין בלישנא דלילה. ובפ' בא סימן כתב טעם הדבר משום דלא מקשינן ריבים לנגעים ואפשר שרש"י ז"ל פירש תחלה ההיא דפ' בא סימן וכתב טעם דלא מקשינן ריבים לנגעים למימר דכיון דלא אתקוש סומא בשתי עיניו כשר כדכתבו התוס' וכדאמרן בשם רש"י ז"ל אח"כ כשפירש מסכת סנהדרין ושם לעיל מיניה קאמר רמי רבא כתיב ושפטו את העם בכל עת וכתיב ביום הנחילו ראה מעשה ונזכר הלכה דאי משום טעמא דלא מקשינן ריבים לנגעים לאו כלום הוא דנימא דהא דלא מקשינן ריבים לנגעים היינו משום דכתיב בריבים ושפטו את העם בכל עת אבל לענין סומא לעולם אימא לך דמקשינן וכו' שהקשו זה התוס' בסנהדרין והניחוהו בצ"ע להכי חזר בו רש"י מטעמא דלא מקשינן ריבין לנגעים וכתב טעמא דלישנא דסומין דהיינו משתי עינים דהשתא ליכא לאקשויי תו מידי לקיים סברתו דסומא בשתי עיניו כשר לדון:

ובהכי ניחא נמי דהתוס' בפ' בא סימן כתבו טעם דלא מקשינן ריבים לנגעים כנראה מהמשך לשונם ולא מקשו ולא מידי ואח"כ בסנהדרין הקשו זאת הקושיא והניחוה בצ"ע והיינו כדאמרן משום דראו מעשה ונזכרו הלכה כדכתיבנא ועם שאין זה מוכרח דאיכא למימר דתוס' חלוקים הם בהיותם חבל נביאים שלמים וכן רבים איש ואיש כפי דעתו יכתוב ידו מ"מ לרש"י ז"ל נוכל לומר דמשום הכי חזר בו כדאמרן ויש להסביר זה במה שכתב הרמב"ן ז"ל במלחמותיו על דברי המאור ז"ל וז"ל ומ"ש בעל המאור וטעמו של הרי"ף שכתב בסיף דבריו בפירוש משנתנו וכו' דהא לא מצו אנשי למיחזי בליליא כדחזי סומא בא' מעיניו וכו' היא טעמא ליתיה כלל ואין טעמו של דבר אלא משום דלא מקשינן ריבים וכו' אמת הוא שכך רגילין רבותינו לפרש והוא הנכון אבל ראיתי אף לרש"י ז"ל

שפירש כדבריו בלילה דומיא דסומין ונראה שהוזקקו לכך משום דקשיא להו דילמא האי דלא מקשינן ריבים לנגעים ומכשרינן גמר דין בלילה משום דכתיב ושפטו את העם בכל עת אבל גבי סומין הכי נמי דמקשינן ולפיכך פירשו מה שפירשו ע"כ הרי נתבאר שטעם מה שפירשו טעמא דסומין דהוי דומיא דלילה והניחו טעם דלא מקשינן ריבים לנגעים הוא מהכרח הקושיא דשאני הכא דכתיב בכל עת וכמו שבארנו בקודם לדעת רש"י ז"ל והכי נמי הוה מצינא לדייק לכאורה מדברי הרב ן' זמרא ז"ל לומר דס"ל דסומא כשר לדון מדכתב בתשו' סומא ה"ה ככל אדם בריא לכל הדינין חוץ מלענין עדות והגדה וסנהדרין ומלקרוא בתורה לפי שהוא קורא אותה על פה ועליה לרגל וחגיגה דבכל אלה נתמעט בהדיא ומהם אתה למד לכל השאר דחייב מדאצטריך למעט כל הני עכ"ל ומדקא' לסנהדרין ולא לדיין לדון דהוה רבותא טפי הוה בעינא למידק דס"ל דכשר אלא דאי משום הא לא אירייא שהרי בפ"ק דמכות איתא (דף ג':) הנהו לועזי דאתו לקמיה דרבא אוקי רבא תורגמן ביניהו והיכי עביד והא תנן שלא יהא סנהדרין שומע מפי תורגמן ומדמקשי מסנהדרין לדיינין משמע דכולה חדא מילתא היא וכך השווום הרמ"בם בפכ"א דה' סנהדרין בין כך ובין כך יצא לנו בברור דרש"י ז"ל הוא מכלל המכשירין לדין דיני ממונות לסומא משתי עיניו וזה ברור. ואחר הדברים והאמת דהלכה זו במחלקת היא שנויה ורבים מישיני עולם גדולי הפוסקים על שתי הסעיפים שרפים עומדים מערכה לקראת מערכה הללו פוסלים והללו מכשירים. שורת הדין בנד"ד דהמוחזקים שהם הנתבעים יכולין הן לומר קים לן כהני רבוותא דסברי דמאור עינים בשתים יכסה פניו כשר לדון דיני ממונות כיון דאית בכללא דכולי כל גדולי האחרונים ומרגלא בפומיהו לומר היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לענין ממון קים לי כהני דמסייעו לי ואפי' במעוטא הכא נמי יכולין ואל מקום אשר יהיה שמה רוח הנתבע ללכת ילכו לא יסבו בלכתם:

איברא דלכאורה יש לחולק לומר דעד כאן לא הורגלו קמאי ובתראי לומר קים לי היכא דאיכא פלוגתא ואפי' להמשך אחר המעוט אלא כשהנתבע זוכה תיכף בהאי קים לי אמרינן לא יוציא ממון מספק אבל כשהנתבע בטענה שטוען **עדיין** הדבר מסופק אם יזכה כנדון דידן דאפי' שיאמר קים לי להדיין בפני מאור עינים כהנהו רבוותי אכתי אפשר שאם ידיין לפניו לא יזכה א"כ מצינא למימר דלא אמרינן בכי האי גונא קים לי שהיה לו לחילוק הזה קצת ראיה ממה שכתב הרב מוהרש"דם ז"ל בתשו' דשייכי טור ח"מ סי' קצ"ז וז"ל מצורף לזה נראה לע"ד דאע"ג דבעלמא אמרינן דיכול הנתבע לומר קים לי כפ' ואנן טענינן ליתמי מ"מ איכא לחלק דבשלמא כשהנתבע יכול לטעון טענה זו ויזכה בא **(בה כצ"ל)** שלא יוציא ממון לעולם ניחא אבל בטענת שמא יגדלו ימצא

היתום טענה לבטל הצואה דהא ודאי חששא רחוקה אין לו' קים לי עכ"ד ונדון שלו הוא שראובן תובע מאפוטרופס שיעמוד עמו לדין בעד יתומים קטנים דהא איכא רבוותא דסברי דמקבלין עדות ביתומים קטנים ושומעין טוען דאינו רוצה לעמוד בדין דהא איכא נמי גדולים דסברי דאין מקבלין עדות ביתומים ועל זה פסק הרב ז"ל דאין לומר קים לי כיון דעדין אינו זוכה א"כ הכא נמי בנד"ד אפשר למימר כן:

ברם לקושטא דמילתא אמינא דיש חלוק בין נד"ד לנדון של הרב מהרש"דם ז"ל דבשלמא התם כיון דכל עצמו של טענה היא משום דהוה חששא רחוקה ולא חיישינן להא משום הכי החשש הוא שם רחיק מאד שהמדיין עכשיו אין לו טענה אלא טוען לכשיגדלו הנערים אולי ימצאו טענה ואז ודאיו עדיין הדבר בספק דשמא יזכה כשיעמוד לדין היתום עצמו באותה הטענה א"כ היינו שמא דשמא וחששא רחוקה עד מאד היא אבל בנד"ד שהטוען והנטען טענותיהם ערוכות להם מאתמול שלשום וליכא ספיקא אלא אם יזכה או לא יזכה בהא יכולין לטעון קים לי אפי' לדעת הרב ז"ל והדבר המוכרח לחלק בדברי מהרש"דם או חלוק זה או חלוק אחר כיוצא בו שהרי הוא עצמו כתב בתשו' ר"ח בענין מחלוקת הפוסקים אי נזקקין לנכסי יתומים במלוה תוך זמן או לא שיש אומרים דנזקקין דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו והם הרוב ויש מהם אומרים דאין נזקקין והם המעוט ואפ"ה פסק הרב ז"ל שם דאע"פי שרבו המחייבים ליתומים כיון דהיתומים מוחזקים מוקמינן ממונא בידיהו עד שיגדלו וכונתו לומר משום קים לי כדמוכח התם ואי סבירא ליה לרב ז"ל דכל שאין הדבר לזכות בדין מיד לא אמרינן קים לי א"כ היכי אמרינן ליה התם דעדין הדבר בספק אי יזכו היתומים אלא ודאי דבכל שהוא חששא רחוקה ביותר כי הך דהתם דאיכא שמא דשמא אמר הכי אבל בנד"ד יודה ג"כ הרב הנ' שכמעט הוא דומה לנדון שלו שבסימן ר"ח וכי היכי דהתם מוקמינן ממונא ביד הנתבעים אפי' שזכותם הוא בספק הכא נמי כיוצא בו לדעתו ז"ל. ועוד יש לחלק דע"כ לא כתב מהרש"דם ז"ל דאין לומר קים לי בכי האי גונא אלא התם בנדון שלו שהכל היה תלוי בטעמא דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין והתם מ"ד אין מקבלין לא הוו אלא מעוטא דמעוטא בערך כל הפוסקים ואפי' אותם המעוט אפשר דהיכא דאיכא אפוטרופוס לא סברי הכי אלא דמקבלין וכדכתב הרב מהר"יבל ח"ג סי' ל"ו וז"ל וכיון דכן בנד"ד אית לן מימר דמקבלין עדות של יתומים איברא דאיכא ההיא ספיקא דכתבינן לעיל דילמא אתפיס אביהם צררי גו זמניה אינו אלא לדעת ר' יונה אבל כל הפוסקים כלם כרובם חולקים עליו וא"כ אפשר למימר דאע"ג דהיתומים הם המוחזקים מפקינן ממונא מניהו דלא מצי מימר קים לן כמ"ד דאפי' דאיכא שטרא אין מקבלים וכו' כיון דהנך רבוותא דמסייעי ליתומים

הוו מיעוטא ואם יש להם אפוטרופס שנתמנה על נכסיהם קודם לכן אין להסתפק כלל שהרי כתב הרשב"א וז"ל אם היה ליתום אפוטרופוס על כל נכסיו בכי האי גונא מקבלין העדות בפני האפוטרופוס מאחר שנתמנה קודם לכן על כל נכסיהם ע"כ הרי דמאן דסבר דאין מקבלין עדות יתומים הוו מעוטא דמעוטא בגונא דלא שייך בהו לומר קים לי כותיהו ואפי' אותם המעוט בדאיכא אפוטרופוס אפשר דס"ל דמקבלין וכיון שבנדון של הרש"דם תרתי הוו שהדין תלוי באין מקבלין עדות יתומים שהם מעוטא וגם שהיה שם אפוטרופוס קודם לכן כמו שכתוב בשאלה ותבע לאפוטרופוס של היתום שמנו ב"ד אח"כ להטפל בנכסי היתום וכו' א"כ נאמר דמשום הכי כתב דלא אמרינן קים לי וכדברי מהר"יבל בתשו' ה"ה אבל בנדון דידן שאין המסייעים לנתבע מעוטא דמעוטא אלא כמה גדולים גאוני עולם סוברים כן והם רש"י והתוס' ורבינו האיי והמרדכי וסמ"ג וההגהות מיימוניות ורבנו ירוחם בשם שאר הפוסקים וגם הרב המאירי שהוא הפוסל העיד שיש גאוני עולם מכשירין וכמו שהזכרנו דבריהם יודה מהרש"דם דנאמר קים לי ומה גם שאם נעמוד למנין אפשר ששוים הם במנינם ובפרט שכתב הרב בני שמואל ז"ל בבאורו לטור סי' ז' בלוח קיצור הדינין סעיף ג' סומא בשתי עינים פסול זהו דעת הר"יף והר"אש והרמ"בם וכל הפוסקים והתוס' מכשירין אפי' סומא בב' עיניו ע"כ דמשמע מדבריו דכל הפוסקים והרוב זולת הר"יף והר"אש והרמ"בם הם הסוברים דכשר דאי אפשר לפרש לשונו כן סומא בב' עיניו פסול זהו דעת רי"ף והרמ"בם והר"אש וכל הפוסקים ואח"כ אומר והתוס' מכשירין ויהיה מלת וכל הפוסקים נמשכת אחרי הרמ"בם והר"אש שהרי בלוח הבאור שהביא סברת רי"ף והרמ"בם והר"אש כתב בהדיא דרבינו ירוחם בשם שאר הפוסקים כתב דכשר ואיך א"פ קאמר הכא דכל הפוסקים פוסלין זולת התוס' אבל אם נפרש תיבת וכל הפוסקים נמשכת למטה וכל הפוסקים והתוס' הכי קאמר כל הפוסקים שכתב ר' ירוחם בשם שאר הפוסקים משמע דהרוב סובר כן א"כ אפי' נעמוד למנין אפשר שכזה וכזה יהיה מנינם שוה אלא שאם כל זה לא נפריז על המדה וביחוד שראיתי לה"רן בכתיבת יד שמצרף דעת רש"י להר"יף ז"ל ואפשר דסמינן ליה מניהו ולפיכך לא יהא אלא המעוט כיון דלא הוי מעוטא דמעוטא ולא שייך נמי טעמא דאפוטרופוס הדעת נותן דגם הרש"דם יודה בזה אבל בנדון שלו דהוו מעוטא דמעוטא וגם דהיה שם אפוטרופוס ששובר טעמא דאין מקבלין כתב כן דלא אמרינן קים לי ואף שנאמר שיש שנים שלשה או יותר שסוברים כן שאין מקבלין וראוי לומר קים לי וכמו שתמה רב מהר"שך בח"ב דאחרונות סי' כ"ב על מהרי"בל ז"ל שאמר כן ואמר שהרי הכלל אצלנו דאין לומר קים לי כפ' כשחכמי ישראל חולקים עליו אבל היכא דאיכא

שנים או יותר יכול לו' קים לי מ"מ כיון שהיה שם אפוטרופוס בטל הקים לי דאפשר דאפי' הנהו רבוותא לא אמרו כן אלא כשאין שם אפוטרופוס אבל כשיש אפוטרופוס לא מקרי שלא בפני בעל דין כדכתב מוהרי"בל ז"ל ואחר שכן חוזרים לומר דבנד"ד יודה הרב מהרש"דם:

וכל שכן שכל המשא ומתן הזה הוא לרווחא דמילתא אם לצרף ג"כ דעת מוהר"שדם לכונתנו וגם דלא תקשיה דידיה אדידיה כדאמרן אבל בלאו הכי אפי' תימא דאין לחלק נמי אין בכל הפוסקים מי שחלק חילוק זה אלא מהרש"דם ז"ל והוא יחיד בסברא זו ובפרט שמצינו מי שחלק עליו והוא חכם שבאותו הדור שכתוב בשאלה דודאי לאו קטיל באגמא הוא וגדולה מזו שכתב הרב מהרי"בל ז"ל בח"ג סי' צ"ז על שנים שנתעצמו לדין התובע אומר נדון כאן לפני פ' והנתבע אומר לא כי אלא לפני פ' וחתם דבריו וז"ל הכלל העולה מן הדברים שאחר העיון בההיא שמעתא דמה שכתבו הפוסקים ובעלי החדושין יראה המעיין דבנדון פלוגתא דרבוותא היא אי כפינן לתובע לידון בפני ב"ד של הנתבע אם לאו וכיון דכן מצי הנתבע לומר קים לי כהני עכ"ל הרי בהדיא דאפי' שהקים לי שאומר הנתבע זכותו עדיין הוא בספק אם יזכה אם לאו מ"מ יכול לו' קים לי להדיין בפני ב"ד שלי ומועיל אמור מעתה בנדון דידן כן שכזה וכזה אחד הוא וזה ברור:

כלל הדברים אני רואה דבנד"ד כיון שהוא מחלקת גדולים אי מאור עינים כשר לדון אם לאו והנתבעים רוצים להדיין לפניו כל כמניהו לומר קים לי כהנך רברבתא דמכשירין ויכולין לכוף את התובעים להדיין לפני ב"ד שלהם כמו שהוא המנהג ומנהגן של ישראל תורה היא וכ"ש דמדין תורה התובע הולך אחר הנתבע כמו שכתב הרב מוהרי"בל והרש"דם ז"ל בתשובותיהם יע"ש וכל המסרב ידו על התחתונה ואין רוח חכמים נוחה הימנו ועל הכת הממאנה אוי להם מעלבונה של תורה ותושיה נדחה בשתי ידים סחוב והשלך לחוב בדמו של זקן שקנה חכמה רב ועצום ולהלבין את פניו כי אורו עיניו נאמר לו לעת זקנתו זיל דון והנפק לגרמך ואל תבוא במשפט לדון בין איש ובין רעהו היש תעלה ותרופה או אם יכופר העון הזה אף בלב עולות ובאלפי אילים בגשתם אל המזבח מי שמע כזאת מי ראה כאלה מעולם נכונו מראש חכמי הדורות ודייני גולה די בכל דר ודר כמה מהם קמו עיניהם משיבה הנמצא כזה מעשה רע ומר להמיר את כבודם ולפרוק עול דינו מעל צוארם חלילה הלא רב ששת ורב יוסף מאורי עינים הוו ואפילו שהדור ההוא מלא חכמים ותרבה הדעת בכל המקומות לא מפני זה נדחו ממחיצתם ובעמדם יעמודו יושבי על מדין כפקחין לכל דבר כמו שאמרו בראשון מסנהדרין (דף ה'.) מר זוטרא דן דינא וטעה אתא לקמיה דרב יוסף אמר ליה אי קבלוך עליהו לא תשלם

ואי לא זיל שלים וכן בכתובות (דף מ') אתא לקמיה דרב אוקמיה בנכסי וכו' ורבים כהם המורים לצדקה כי שררותם ודינותם לא נמשכה אחרי עיניהם כי אפילות ואף שנפרש בכל המקומות האלו כאשר פתר להם הרב המאירי ז"ל בשקבלוהו עליהם בעלי הדין אף בזאת יחרד לבי ונפשי עלי תאבל את עם נועז העיזו פניהם שלא לקבל עליהם את דינא מאחר שאין אסור בדבר מה שלא נעשה כמוהו בדורות הראשונים חלפו למו ובעינינו ראינו קרוב לזמנינו בדור שלפנינו כמה וכמה חכמים בעיניהם לקו באצבע אלהים ולא למראה עיניהם ישפטו הם וגם כי אור חשך באהלם בל חזו שמש על משמרתם יעמודו ולהם המשפט ואיש לא עמד בפניהם להדיח פעמיו ודינם הצדק באמת ובמשפט ובצדקה והנה בשמים עדי כי מדאגה מדבר כי נכמרו רחמי על הכת המסרבת שלא תכוה בגחלת ח"ו דברתי עד הנה וחוששני להם מחטאת שתי בה' אלקים מחסי שהפה שאסר הוא שהתיר הם אמרו והם יאמרו ובהתודע להם כי לא טובה העצה הזאת ישובו אל על ישובו יושבי בצלו להתענג מזיו כבודו ראשו בתחלה ויזכו להקביל פנים הנראים שאינן רואין ובשכר זה האל הרואה ואינו נראה יראה בשמחתם ויריק להם ברכה ורוב שלום כה מעתיר הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זל"הה

סימן ד

הלואה.

שאלה ראובן חייב לשמעון בשטר כתוב וחתום כדין וכהלכה ויש בתוכו שבועה לראובן שיפרענו בכ"כ זמן וזה ימים שעבר הזמן ואינו רוצה ראובן לפרוע לשמעון כלום ויש לו קרקעות ומטלטלין יורנו מורנו אם כופין לראובן לפרוע ושכרו כפול מן השמים:

תשובה לא ידעתי מה זו שאלה דלא מיבעיא שכופין אותו ע"י נדוי וכדכתב הרמ"בם בפ"ב דה' מלוה וכל פוסקי הלכות אלא שגם חובשין ואוסרין אותו עד יפרע חובו וכההיא דאמרינן בפ' הכותב (דף פ"ו) א"ל רב פפא לרב כהנא לדידך דאמרת פריעת ב"ח מצוה אמר לא ניחא ליה למעבד מצוה מאי א"ל מכין אותו עד שתצא נפשו ע"כ וכתבה הר"יף בהלכותיו ואעג"ב דבפ' גט פשוט (דף קעד.) פסקינן התם הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע דפליג אדרב פפא וכן כתבה נמי התם הר"יף ולרב הונא לית ליה דפריעת ב"ח מצוה היינו דלית ליה דרב פפא דסבר דשעבודא לאו דאוריתא ופריעת ב"ח מצוה בלבד אלא סבר רב הונא בריה דרב יהושע שעבודא דאוריתא וב"ד יורדין לנכסיו מדינא ופריעת בע"ח לאו מצוה בלחוד היא אבל לכ"ע דפריעת בע"ח מצוה איכא ואי אמר לא בעינא וא"א לבית דין לירד לנכסיו מכין אותו עד שתצא נפשו ומ"ה הביאה הר"יף להא דרב

פפא בפ' הכותב אע"פי שפסק נמי כרב הונא בפ' גט פשוט וכדכתב הרי"בש בתשו' סי' תפ"ב ע"ש וכן כתב בתשו' להרמ"בן וז"ל ועוד דאפי' לרב פפא דאמר פריעת ב"ח מצוה ואין ב"ד יורדין לנכסיו כופין אותו וכו' דגרסי' במ' הכותב וכו' וה"ה וכ"ש למ"ד שעבודא דאוריתא אם יש לו מה שאין ב"ד לגבות ממנו ויש לו שכופין ותו לא מידי ע"כ וכתב הר"אש בפ' המקבל (דף קיג.) על ההיא דשליח ב"ד מנתח נתוחי אין קי"ל פריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו וכן הטור בסי' צ"ז וכ"כ הריב"ש בתשו' סי' קפ"ה וז"ל ומ"מ אפשר לומר שאם הלוה מוחזק שיש לו מטלטלין ומבריחן אפשר לב"ד לכופו ולאסרו גם להכותו בגופו וכההיא דהכותב וכו' וכיון דאפשר להכותו אפשר לנו לאסרו וכההיא דפ' אלו מגלחין ומנא לן דאסרינן וכו' ע"כ ובעל האגודה בפ' כל כתבי על ההיא דאבא בר מרתא הוי מסקו ביה זוזי דבי ריש גלותא והוו קא מצערי ליה כתב וז"ל משמע אדם שיש לו ואינו משלם חובשין אותו. ואף שהרב ב"י בח"מ סי' צ"ד כתב דלאו ראיה הוא משום דהנהו דבי ר"ג הוי פריצי וכדאיתא ברישׁ פ' מי שאחזו ובשאר דוכתי והוי עבדי שלא כדין כבר קרא תגר על ראיה זו הר"א ן' חיים ז"ל בתשו' בסי' נ"ח וז"ל איברא יש לנו לדעת דמי שיש לו ואינו רוצה לפרוע וב"ד אין יכולין לירד לנכסיו חובשין אותו עד שיפרע חובו וכבר נמצא דין זה מפורש באגודה ואע"פי שהרב ז"ל בב"י רצה לדחות ראיתו אין הדחיה ברורה כ"כ עכ"ד ואי אפרש דכונת הרב ן' חיים הנזכר הוא **(הגה כתובה כאן בגליון דלאו כל ר"ג הוא אלם דהא רב הונא היה ריש גלותא כדכתב ברש"י באלו מגלחין (דף כה.) על גזע ישישים ועמו ס' מלחמות ובפ' המוכר את הבית אמר (דף סה.) הלכתא כותייכו דמקרביתו לבי ריש גלותא דאיכא הכי ואיכא הכי וליכא לאסוקי)** דליכא לאסוקי אדעתין דההוא ריש גלותא הוה עביד שלא כדין משום דחזינן דהוה דייק על הרוק שהיה מוטל לפניהם בשבת ואמר אייתי מנא סחופי עלויה כדי שלא ידרסו אותו ואתו לשפשף בשבת כדאיתא התם וא"כ משמע מינה דכשר היה וכיון דהוא אמר צורבא מרבנן הוא שבקוה מכלל דרצה לרחם עליו משום שלמד ממנו דין אבל אי לאו הכי בדין היה חובשו ומשום הכי מייתי בעל אגודה ראיה:

ובר מדין יש לתמוה על הרב ב"י ז"ל שם שעל מה שכתב הטור ז"ל וז"ל וכתב א"א ז"ל בתשובה התנה עמו שיתפוש המלוה את גופו וכתב לו בשטר אינו מועיל ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו כתב עליו ב"י ז"ל וכתב א"א הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ס"ח ז' וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' אלף וס"ט וכן כתב הרי"בש ואע"פ שמצאתי כתוב בשם ספר האגודה דאדם שיש לו ואינו משלם חובשין אותו והביא ראיה מדאבא בר מרתי כו' אינו נראה דבני ר"ג הוה עבדי שלא כדין ע"כ. ומדהשוה תשובת הר"אש

והרי"בש לתשובת הרש"בא וקשרם קשורה תמה במלת וכן והביא דעת האגודה בלשון ואעפ"י כחולק עליהם נראה דהבין דתשובת הר"אש והריב"ש דכתבו דאין אוסרין אותו מיירי כשיש לו נכסים ומבריחן ודאי שהרי תשובת הרש"בא ז"ל בהכי הויא שכן כתוב בשאלה שאלת מי ששעבד עצמו ונכסיו והבריח נכסיו היחבוש גופו אם לאו. תשובה. אין הגוף משועבד לא למכרו ולא שיחבוש בו וכו' ע"כ הרי נראה דדברי הרשב"א במי שיש לו ומבריחן מיירי ואפ"ה אמר דאין חובשין אותו ודברי האגודה דחובשין נמי מיירי במי שיש לו דהכי כתב שם משמע דמי שיש לו ואינו משלם חובשין אותי וא"כ כיון דפשיטא לן דבין הרשב"א בין האגודה במי שיש לו ואינו משלם מיירו איך השוה תשובת הר"אש והרי"בש לתשובת הרשב"א והפליגי על אגודה והלא הרא"ש עצמו כתב באותה תשובה דבר ברור הוא שאם אין ללוה לפרוע לא יתפוש המלוה גופו של לוה וכו' וכמו שכתבה הרב מהר"א ן' חיים שם בתשובה ועוד דבהדיא מצינו להר"אש בפסקיו שכתב דאנן קימא לן דפריעת ב"ח מצוה ומכין אותו וכו' כדכתבינן לעיל ואיך יתכן שיקשה דידיה אדידיה וגם הרי"בש בהדיא כתב באותה תשובה עצמו שאם הלוה מוחזק שיש לו מטלטלין ומבריחן שאוסרין וכופין אותו וכו' כדאמרן לעיל וא"כ קשיא לרב ב"י איך כתב דהר"אש והרי"בש הם הפך האגודה וכותיה דהרשב"א ז"ל ודבריהם ברור מללו דהם כדעת בעל האגודה דכשיש לו ואינו רוצה לשלם דכופין אותו ויותר תגדל התמיהה במ"ש בש"ע (חו"מ סימן צ"ז) וז"ל אבל כשאינו רוצה לפורעו והוא בחזקה שיש לו והבריח פריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד וכו' אבל אין כופין אותו להשכיר וכו' ואפי' התנה על עצמו שיתפוס המלוה גופו וכתב לו זה בשטר אינו מועיל לא לאסרו ולא להשתעבד בו ע"כ והרואה יראה דלשון זה דאפי' התנה על עצמו שיתפוש המלוה גופו וכו' כלו המשך לשון הר"אש בתשובה הוא וקא מפרש ליה דבמי שיש לו ומבריחן עסקי' והא ודאי קשיא כדאמרן וכבר עמד הרב מהר"א ן' חיים על חלק מזה והכריח שהדין דין אמת כמו שכתב האגודה דמי שיש לו ומבריח חובשין אותו ואמר שהרי"בש והר"אש קיימו כס' האגודה ודחה דברי הרב ב"י ולי היה נראה דהרב ב"י ז"ל לשון הטור ז"ל הוטעתו לומר דדברי הר"אש נאמרים אפילו נתנו טור ז"ל כתב דין דמכין אותו עד כשאינו רוצה לשלם ועליה כתב וכתב א"א הר"אש בתשו' אפי' התנה על עצמו שיתפוש המלוה את גופו וכתב לו בשטר אינו מועיל ואינו יכול לא לאסרו וכו' ע"כ ומדסמך דין דהר"אש לדין דמי שאינו רוצה וכו' הבין הרב ב"י ז"ל דהטור סבר דדברי הר"אש במי שיש לו ואינו רוצה לפרוע מיירי וזה אינו מוכרח דמילתא באפי נפשא הוא מה שכתב הטור וכתב א"א הר"אש ז"ל וקאי אדלעיל דמי שאין לו לפרוע ומיהו אכתי דברי הרב

ב"י לא נפטרו מכל וכל דנהי דבלשון הר"אש הדין כן אבל בלשון הרי"בש למה כתב דס' כהרשב"א והוא צווח בתשובתו דכשאינו רוצה לפרוע דאוסרין אותו **כלל העולה** דדברי הרב ב"י צריכין תלמוד אבל מ"מ למסקנא דמילתא זכינו לדין דגם סברת עצמו ז"ל הוא דאוסרין על מי שאינו רוצה לפרוע שכן כתב בס' "בדק הבית" שהוא אחרון מספריו (דף י"ג ע"ב) על מה שכתב ר"ת שפריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו וכתב הוא ז"ל בב"י דברי ר"ת הזכרתים לעיל. עוד הוסיף ידו שנית בס' "בדק הבית" וכתב ז"ל ובאמת כי היא סברה ישרה בעיני ומדברי הר"אש נראה שהוא סבור כן ואפי' למאן דא' דלא ס"ל כותיה הרי הרי"ף והר"מ מתירין ליכנס לבית הלוה להפרע ממנו כדאין הם הני רבוותא לסמוך עליהם במי שהוא אמוד שיש לו נכסים ומבריחם וכיון דלרבינו תם בשורת הדין יש לעשות כך ולאינך רבוותא משום נעילת דלת יש לעשות כן שפיר דמי למיעבד הכי למי שהוא אמוד ומוחזק בעיני רוב אנשי עירו שיש לו נכסים ומבריחם ע"כ הרי נראה דמסיק באחרון מספריו דאוסרין אותו והכל הולך אחר החתום ואכתי פש גבן ההיא דהרשב"א שכתב בסי' אלף וס"ט שהזכרנו לעיל דאפי' במבריח נכסיו אין לחבשו אלא שכבר ישבה הרב מהר"א ן' חיים ז"ל בפנים שם והעיקר מהם הוא דלא השיב הרש"בא אלא כלפי מה ששאלו ממנו שהם שאלו אם מכח התנאי משתעבד והוא השיב דמצד התנאי אינו משתעבד לחבוש גופו אבל לעולם אפי' הרש"בא יודה דיחבשו איתו מטעם מכין אותו כמו שהאריך שם וסיים בדבריו דדברי כלם ואפי הרשב"א הם דברים אחרים וכל שחוקרין אותו ודורשין היטב ויש לו ממון אוסרין אותו וכו' ע"ש. הרי לפנינו כמה אשלי רברבי שכתבו כן הר"יף ז"ל והר"אש והרי"בש ותשו' המיוח' ובעל האגודה והרב ב"י והרב מהר"א ן' חיים ז"ל כלם כתבו בפירוש דמי שיש לו ואינו רוצה לפרוע דחובשין אותו ואוסרין אותו עד שיפרע נוסף על הגמ' דקא' בהדיא מכין אותו עד שיפרע ודברי הרש"בא לא פליגי עליהו כפי מה שפי' הר"א ן' חיים וא"כ פשיטא דבנ"ד האיש הזה שיש לו קרקעות בעין ומטלטלין ואינו רוצה לפרוע דכופין אותו ע"י נדוי ואם לא ישמע לזה אוסרין וחובשין אותו עד שיפרע שהרי"בש ז"ל מי שהוא מוחזק בלבד קאמר כ"ש כשהם בעין ודבר זה פשוט ולדעתי ליתיה בשאלה:

ואין לומר דאי הסכימו הפוסקים לאסור את המסרב היינו בדיני ישראל אבל בעש"ג אימא לא הא ליתא דחזינן להר"יף ז"ל שכתב בתשו' והביאה הטור סי' צ"ג סעיף כ"ו שאם הלוה אלם ורע מעללים ומעיז פניו מלפרוע חובו מותר ליכנס לביתו לדעת מצפוניו ואפי' על ידי שליח גוים ע"כ הנה דבשליח ב"ד לענין למשכנו שהוא ע"י שליח בית דין נאמר דאי הוא אלם ע"י גוים שרי דוק מינה בנד"ד דאפי' ע"י גוים חובשין אותו ומה גם

דאין כח בידנו לאסרו ע"י ישראל ולא לקתה מדת הדין לכך חובשין ואוסרין אפי' ע"י גוים ואי טעין דיש לו בעלי חובות גוים ויאסרוהו אח"כ ולכן רוצה לפרוע להם תחלה גם זה הבל יפצה פיהו ונפרעין הישראלים תחלה וכדכתב רי"ף בתשו' ורמ"בם פ"א דלוה והטור סוף סי' ק"א וזה ברור ולפשיטותו הייתי מונע עצמי להשיב על זה, אלא שאין מסרבין לגדולים והוזקקתי לבוא על החתום ואף שהדברים הם פשוטים הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה

אחר כותבי כל הנז' מעבר לדף מצאתי ראיתי לבעל ספר בית חדש כתב דומה למה שכתבתי ובכלל דבריו דברי דדברי הר"אש והרי"בש והטור באין לו מיירי וגם שדחית מ"הרי קארו לבעל האגודה אינו דחיה מטעמא דכתבינן ע"ש. גם אלה דברי יהושע.

חתימת מה"רר יום טוב ן' יעיש נר"ו

החכם השלם מוכתר בנמוסו צדיק הוא וצדיק דינו והבא לסמכו כמו שער בנפשו להטריח בקולמסו דזיל קרי בי רב הוא פריעת בע"ח מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו והדבר הקשה על הרב בעל ב"י העומד לנגדו ולא יכול לו (ב) לחבשו אני אפרש אותו באופן מסביר הולך לפי שטתו דלא פליגי הר"אש והרי"בש והרשב"א עם בעל ס' אגודה רק בענין אחד עולה (ב) דביש לו נכסים ואינו משלם מכין ועונשין אותו עד שתצא נפשו ומעולם לא עלה על דעת הרב ז"ל דדברי הר"אש והרי"בש שכתבו דאין לאסרו דמיירו ביש לו נכסים ומבריחן דהא ודאי ליתא וכמו שהכריח החכם השלם הפוסק נר"ו מדברי עצמן שכתבו בפירוש דביש לו מכין אותו וכ"ש לחבשו אלא על כרחינן דדברי הר"אש והרי"בש דמיירו באין לו כתב מה שכתב וראיה דהב"י במ"ש ואע"פי שמצאתי לס' האגודה וכו' כך הוא דסובר הרב כבעל ס' אגודה סובר דאפי' דלית ליה נכסי חובשין אותו ואע"ג דנקט בלישניה שיש לו לאו דוקא וה"ה אם אין לו ונקט יש לו משום דלאו אורח ארעא לחבוש למי שאין לו דלמאי אהני חבישתו והמכריח אותי דכך הוא מדאפרש ההיא דאבא בר מרתא בצערא דגופא ומשם הוציא החבישה ולפי פירושו ע"כ לומר דגם באין לו חובשין דאבא בר מרתי לא הוה נאסר ודאי דאין סברא לומר דהוו לוה ולא היה משלם דאטו גברא רבא כמו אבא בר מרתא שהוא אבא בר מניומי המוזכר בכל התלמוד יאמר עליו לוה רשע ומפני דלא תיקשי האי עובדא דאבא בר מרתא והר"אש והרי"בש החולקים בזה כתב הרב ואע"פי שמצאתי בס' וכו' בלשון קושיא ותרץ דעבדי דר"ג הוי פריצי ואע"ג דהיה אפשר לתרץ דהר"אש והרי"בש מפרשי ליה דהוו מצערי במילי ניחא ליה לתרץ דבריהם אפי' לפי פירושו של אגודה זה נראה לי ליישב דברי הרב ב"י וכי **(כאן נכתב תיבה או תיבות שלא יכולתי לקרותם)** דבריו אלה בספרו

הקצר נראה שאינן הולכים ע"ד זו הרואה יראה שם שהעתיק דברי הטור בצלם ודמות תבניתם בלי תוספות ומגרעת וכמו שאנו מוכרחים לפרש דבריו באופן מסכים על זאת הכונה כך נפרש דברי הרב בספרו הקצר במה שכתב ואפילו התנה היא מילתא כלפי דקאי אריש דינא דב"ח ולא למאי דסמיך ליה דהוי ליה נכסי והבריחן וכו' וכך פי' דבריו בעל המפה ז"ל שכתב ודוקא שאין לו וכו' דלפרש בא ולא לחלוק ע"ש כללו של דבר דביש לו נכסים כנד"ד כל אפין שוין שכופין אותו לפרוע חובו וכמו שפסק ה"ה השלם הפוסק נר"ו וענין זה לרוב פשיטותו לא היה כדאי להשיב עליו בכתב כי הדבר הפשוט והוא שאיל אומרים לשואל זיל קרי בי רב אמנם מאשר ראיתי להחכם השלם (ב) אכל שואל אפי' כביעתא בכותחא יכתוב ידו וביד כל איש יחתום ובנדון זה אשר הרים ידו וגם פקד עלי להיות סניף מצות שפתיו אענדנו עטרות כמעיל וצניף ולא אמיש זו שמי.
יום טוב ן' יעייש

סימן ה

להר"ר יצחק ן' ס"גל. ברוסא

שאלה ראובן יש לו שטר חוב על שמעון מסך מה שבעיר אחרת ועשה מורשים לגבות החוב הנז' ללוי ויהודה אשר מעיר שמעון לזמן כך וכתב להם שטר הרשאה כדין וכהלכה ובהמשך ימים מת לוי אחד מהמורשים אחר שגבו המורשים הנז' שניהם סך מה מהשטר הנז' וחלק ממנו ובעבור זמן רב בא ישששכר בן ראובן והשטר חוב הנז' והרשאות המורשים הנ"ל בידו ורוצה לגבות שארית השטר משמעון בכח השטר חוב והרשאת המורשים שבידו ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את כיון שאין לך שטר הרשאה מיוחד לעצמך שתגבה חוב וגם אין כתוב בשטר החוב ולכל מוציא שטר חיב זה וכו' ועל זה נשמט ומסרב לפרוע לישששכר כלום מאותו השטר יורני המורה אם יכופו ב"ד את שמעון לפרוע חוב השטר לישששכר אם לאו ואם ת"ל שאין לכופו לפרוע אם יוכל לטעון ישששכר שיושמו הנכסים ביד ב"ד עד שיתברר הענין או לאו ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה איני רואה מקום לכוף את שמעון שיפרע לישששכר כלום מדמי השטר בשום צד מהצדדים שאם באנו לכופו מטעמא דישששכר הוי שליח ראובן לגבות את חובו הא ודאי צריך הרשאה אגב ד' אמות וכדאיתא בהגוזל (דף ק"ד:) אלא מאי תקנתיה שיקנהו וכו' כן כתוב הרי"ף וכדכתב הטור סי' קכ"ב בשם הרא"ש ז"ל דבלא כן איכא למיחש שמא מצאו או היה פקדון וכיוצא בזה ואפי' דיש עדים שעשאו שליח איכא למיחש שמא

ביטל שליחותו ואם מצאנו ראינו להרשב"א ז"ל בתשו' בסי' תתק"כא שכתב שהוציא שטר חיב שראובן חייב לשמעון מנה שחייב ראובן לפרוע ללוי בלי הרשאה היינו דוקא משום שכתוב שם ולכל מוצאי שטר חוב זה ומתחלה נשתעבד לכך הא לאו הכי לא. וכן משמע בהדיא מדבריו שם וז"ל ש"ח שראובן חייב לשמעון ולכל מוציא ש"ח זה ועכשו בא יהודה ותובע את ראובן בלי הרשאת שמעון מהו תשובה דבר ברור הוא שחייב לפרוע ליהודה זה שהרי חייב עצמו לו בשעת ההלואה וראיה וכו' וכו' אלמא כל זמן דאמר הכי בהדיא בשעת הלואה הדבר פשוט לכ"ע דמהני משום עבד לוה עכ"ד נראה בהדיא דהיכא דאמר הכי בהדיא בשעת הלואה דנתחייב לכל מוצאי שח"ז אז ודאי מצי לגבות בלי הרשאה אבל בדלא כתוב כן כנד"ד פשיטא דלא יוכל המוציא ש"ח לכוף את הלוה שיפרע וכן נראה ג"כ מהמשך לשונו של הר"אש ז"ל שכתב בתשו' כלל ס"ח סי' ה' וז"ל על ראובן שהתחייב סך מעות לפ' ולכל מוצאי ש"ח זה וכו' תשובה וכו' ועוד אני אומר אף אם מועיל זה התנאי שיוכל לגבות בו כל מי שהשטר בידו דכל תנאי שבממון קיים מ"מ תנאי זה אינו אלא במקום הרשאה וכו' וכו' ולא עשה תנאי זה אלא שלא יצטרך להרשאה אם ירצה לעשות שליח לגבות החוב עכ"ד הרי נראה בהדיא דכשעשה תנאי זה הוא דלא יצטרך להרשאה אבל בלא תנאי זה אי איכא הרשאה אין ואי לאו לאו ואע"ג דלכאורה נראה דהר"אש פליג אהרש"בא דמהרש"בא משמע דאין צריך הרשאה ומהר"אש משמע דצריך הרשאה כמו שכתוב שם בתשובותיו שצריך הרשאה אם לא שכתיב אפי' בלא הרשאה הנה כבר יישב זה הרב המב"יט בתשו' ס"סי רס"א דלא פליגי אהדדי דהרש"בא כתב ז"ל כפי הדין והר"אש כתב לפי המנהג אם כי בדין היה חייב לפרוע עכ"ד וזה ישוב נכון ואמתי דבהדיא כתב הר"אש בס' תשובותיו כן נהגו פה שצריך הרשאה דנראה בהדיא דלמנהגא נחית ולפי דברי' אפי' דהר"אש לא פליג אהרש"בא זכינו לדין דאי כתבו כן היינו בדכתוב ולכל מוצאי שטר זה אבל היכא דלא כתבו כן תרויהו מודו דאין כח לכופו שיפרע כדכתיבנא. וכ"ש אליבא דהרמ"בם ז"ל שכתב בפ"ג דה' שלוחין דאפי' כשבא בהרשאה אם לא ירצה הנתבע לדון עמו אין כופין ליתן ולא לישבע עד שיבא בעל דינו ע"כ בנד"ד מטעם שליחות אין לכוף לשמעון שיפרע לישכר כי לאו בעל דברים דידיה הוא וכ"כ הר"אש בתשו' בכלל הנז' וז"ל וכן בנדון זה כיון שכתוב בו ששעבד לכל מוציא שטר חוב זה גובה כל המוציאו ע"כ משמע דלא סגיא בלאו הכי וגדולה מזו כתב מהרשד"ם בתשו' סי' קכ"ט ע"ש וכ"כ הרב מה"רי אדרבי בתשו' סי' רי"ב על מי שכתב ולכל מוציא ש"ח זה וז"ל תשובה אי טענת שמעון הוא משום דבא לגבות בלי הרשאה ליתא שהרי פסק הרשב"א וכו' וכ"כ וכו'

הרי דלכ"ע דהיכא דאיכא תנאי זה דלכל מוצא ש"ח זה אין צריך הרשאה אלא השטר הרי הוא כהרשאה גמורה ע"כ הרי ברור דמכלל היכא דליכא תנאי זה צריך הרשאה וזה פשוט לסוגיא דכ"ע אין להצריך בו ובנד"ד כיון דאין כתוב בשטר ולכל משח"ז אין לכופו שיפרע לישכר מטעם שליחות:

ואם באנו לכופו מטעמא דאיתיה בידיה שטר הרשאת המורשים הא נמי לאו כלום הוא דאפי' תימא דהמורשים הנז' היו כותבים לו הרשאה לגבות החוב מן הכח המסור בידם אינו כלום כל עוד שלא התנו כן בשעת שעשאם מורשים שיהיה כח להם לעשות מורשים אחרים וכדכתב הר"יף בפ' הגוזל קמא וגברא דמדרכין ליה לית ליה רשותא לאדרוכי לאיניש אחרינא ולמכתב ליה אדרכתא דיכול מימר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר וכתב הרמ"בם בפ"ג דה' שלוחין דאין למורשה לכתוב הרשאה לאחר שזה אומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר לפיכך אם התנה עליו שירשה הוא לאחר וכו' הכל לפי תנאו ע"כ. נתבאר בפירוש דבלא תנאי אין כח ביד המורשה להרשות לאחר וא"כ בנד"ד שאין כתוב בהרשאה תנאי זה פשיטא ודאי דלאו כל כמינה דמורשים להשות אחר תחתיהם ולכתוב לו הרשאה. והלא הדברים ק"ו אם אפי' שהיו כותבין לו הרשאה לא מהני דתו ליכא טעמא דנפילה או פקדון כ"ש וק"ו דהיכא דאית בידיה שטר ההרשאה שהרשה ראובן להם דחספא הוא דאיכא למיחש נמי שמא נפל מיניה או פקדון הוא גביה ושום חששא אחרת:

ואם באנו לכופו ממה שכתב הרמ"בם בפ' י"ו דה' מלוה וז"ל ראובן שהוציא שטר חוב שיש ללוי על שמעון וטען שלוי נתנו בכתיבה ומסירה ואבד השטר שהקנהו בו או שטען שהקנהו אגב ד' אמות קרקע הרי זה גובה אותו משמעון ע"כ. ובפ"ט דה' נחלות כתב וז"ל אחד מן האחים ששטר חוב יוצא מתחת ידו צריך להביא ראיה וכו' בד"א באחים שחזקתן ששומטין זה מזה אבל אחר שטען שנתן לו או שקנאי מבעליו גובה בו ואין צריך ראיה ע"כ דבריו ולמדנו מהם בשני המקומות דבלא שטר כתיבה ומסירה או שטר מתנה או הקנאה נאמן המוציא ש"ח לומר שטר אבד ממני ולאו דוקא כשטוען מסירה וכתיבה ומתנה כי גם אם טוען שבא בשליחותו נאמן לפי זה מכ"ש דהשתא לעצמו נאמן לתתו לבעליו לא כ"ש כדכתב הרב המב"יט בתשו' סי' רס"ו ח"א ע"ש א"כ נמצאת למד דנאמן בכל הטענות ולפי זה בנד"ד אעג"ב דליתיה בידיה הרשאה יהיה נאמן לומר או שליח פ' אני או נתנו במתנה אגב ארבע אמות קרקע או מכרו לו בכתיבה ומסירה וכיוצא מהטענות האלו ושטר היה לי ואבד כדכתב הרמ"בם. הא נמי ליתא דאי כתב הרמב"ם כן אינו אלא שיהיה נאמן לגבי מלוה כשהלוה רוצה לפרעו אבל אי אין הלוה

רוצה לפרעו ואומר לאו בעל דברים דידי את אין מחייבין אותו וכדכתב הרמב"ם עצמו בפ"ו דה' מכירה על המוכר ש"ח לחבירו בכתיבה ומסירה וז"ל שם ואין צריך ראיה לענין קנייתו אבל צריך לענין תביעתו שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר דבעל דברים דידי את ע"כ וכתב ה"ה ז"ל בהל' מלוה דע שכונת רבינו הוא במ"ש שגובה ואין צריך להביא ראיה דוקא כשאין הלוה טוען לאו בעל דברים דידי את ומי יאמר שכתב ומסר לך אבל אם הלוה טוען כן טענתו טענה וכ"כ בפ"י דה' מכירה אבל צריך עדים לענין תביעה שהנתבע אומר מי יאמר לי דבעל דברים דידי את וכתב ומסר לך ובפ"ט דה' נחלות כתב אחר שהביא לשון זה דה' מכירה וז"ל בכאן מבואר שמה שהוא סובר דגובה ואין צריך להביא ראיה הוא כשהלוה רוצה לפרוע אבל אם הלוה טוען מי יאמר דבעל דברים דידי את טענתו טענה וכן הודה לו הרא"בד בהשגות עכ"ל הרי לך **(במקום דדוקא אי כתב צ"ל דמה שכתב כאחד)** דדוקא אי כתב הרמ"בם דנאמן המוציא השטר בכל אלו הטענות היינו לגבי מוכר שאפי' שיכחישהו אין בדבריו כלום אבל לגבי לוה לאי כל כמיניה וכ"כ הטור בסי' ס"ו ואין צריך עדים לענין הקניה אבל צריך לענין התביעה שהרי הנתבע אומר מי לימא לן דבעל דברים דידי את לפיכך ראובן שהיה מוצא שט"ח שיש ללוי על שמעון שנתנו לו בכתיבה ומסירה ואבד השטר הרי זה גובה בו כיון שיוצא מתחת יד ראובן ע"כ. וכתב מלת לפיכך אע"פ שאינה כ"כ מדוייקת עם מה שאמר לעיל שאיך יקשור מה שאמר בסוף דהמוציא נאמן עם מה שאמר לעיל דצריך עדים לענין התביעה אלא רצה הטור לקשור לשון הרמב"ם שכתב בפ"י דה' מכירה דצריך ראיה על תביעתו ולשונו שכתב בה' נחלות ובה' מלוה דאין צריך ראיה דלא תימא דפליגי אלא זה נאמר לענין הלוה שצריך ראיה וזה נאמר לענין המלוה שאין צריך ראיה ולזה כתב תחלה שצריך עדים לענין התביעה שהוא לשון דה' מלוה וה' נחלות לקשרם כאחד לומר דלא פליגי אלא האי כדאית ליה לענין הלוה צריך ראיה והאי כדאית ליה לענין המלוה שאין צריך ראיה והן הם דברי הרב ב"י שכתב בפירושן של דברים אלו בלשון צח וקצר ע"ש ורואה אני טעם נכון לזה דיש הפרש בין לוה למלוה דמשום הכי אנו מאמינין אותו לגבי מלוה כשטוען נתנו בכתיבה ומסורה או אגב קרקע או שליחותיה קא עבידנא מגו דאי בעי קלתיה או לכתוב ע"ג הפרעון וכדומה לזה ומשום הכי נאמן לגבי מלוה לומר נתתו או מכרתו וכו' אבל לגבי לוה מה מיגו שייך דנאמינהו לגביה אפי' ישרוף אותו או יכתוב על גבו מה מידו יקח אדרבה תועלת הוא לו ומפני זה אינו נאמן לגבי לוה כשיטעון לאו בעל דברים דידי את. באופן נתברר בברור דאפי' הרמב"ם דכתב בה' מלוה וה' נחלות דאינו צריך ראיה לא כתב אלא לענין מלוה אבל לגבי לוה אי יטעון טענתו טענה וכל

שכן דסברה זו דהרמב"ם דחויה היא אצל הפוסקים כדכתב ה"ה ז"ל שהלך לשיטת רבו אבל שאר רבוותא ס"ל דאפי' לגבי מלוה צריך ראיה וכ"כ הרש"בא והרמ"בן והרא"בד ודעת הר"ן בפ' הכותב (פ"ה ע"א) בההיא דמלוגא דשטרי כדעת הרשב"א והרמב"ן וא"כ לכל הפירושים וכל הסברות בנד"ד אין לכוף את הלוה שיפרע למוציא שטר זה מהאי טעמא נמי:

ואם באנו לכופו ממה שטוען ישששכר שאביו חייב לו ורוצה להתפרע מדמי חוב זה גם זה הבל יפצה פיהו דלא מפיו אנו חיים להאמינו שהחוב הוא אמת. ואפי' אם ת"ל שהיה לו שטר חוב על זה היו מעכבין אותו החוב ביד שמעון בדרך עיכוב עד יקרבו יחדו למשפט ראובן ושמעון לא שיזיזו הממון מיד שמעון כאשר הוא ברור דין זה לכ"ע ובפסקי הר"אש ב"ק פ"א ומהר"י קו' שרש ק"ט והרב אדרבי סי' ס"ג. וכ"ש בנד"ד דלאו שטר איכא ולא עדים איכא אלא דברים בעלמא שאומר ישששכר. נשיאים ורוח וגשם אין:

הגם הלום עמדתי על מה שכתוב בסוף השאלה וז"ל ואם ת"ל דאין לכופו לפרוע אם יוכל לטעון ישששכר שיושמו הנכסים בב"ד עד יתברר הענין אם לאו. ולדידי חזי לי דאין שורת הדין נותן לעשות כך ממה שכתב הרמ"בם בפ"ג דה' שלוחין וז"ל ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע לוי. ואמר לוי לא היו דברים מעולם אבל ישבע שמעון ויטול מוציאין הממון מיד לוי ויהא מונח בב"ד עד שיבוא שמעון וישבע ויטול וכן כל הדברים שתולה לוי בשמעון ידון עם ראובן ויהיה הממון מונח בב"ד עד שיבוא שמעון וישאל עכ"ל. והמדקדק יבין דמדקאמר ובן כל הדברים שתולה לוי בשמעון יהיה הממון מונח בבית דין מכלל שאם הטענה שטוען הלוה אינה תלויה במלוה אין מזיזין הממון מתחת יד הלוה ויש לזה טעם נכון מ"מש הרב מהר"יקא ז"ל בב"י ובכ"מ בפירוש דברים אלו וז"ל וטעם דין זה לפי שהנתבע יערים ויאמר יבוא התובע וישבע ודינא קא בעי כההיא דאמרינן בהכותב (פ"ה ע"א) ותשתבע במתא אפשר דמיכספא ומודיא והנתבע אומר כן לפי שסובר שלא יצא התובע ממקומו ויבוא כאן לישבע וללכת עם הנתבע בדינא ודיינא לכך נתחכמו עליו חכמים ואמרו נוציא הממון מידו ליד ב"ד שלא יערים וכו' עכ"ד נראה דכל טעמא דמוקמינן ממונא ביד ב"ד היא משום דחזינן שהיא מערים על המלוה להניעו ממקומו בטענות וסובר שלא יבוא ויטלטל טלטול דגברא ונמצא הממון נשאר בידו ומשום הכי מפקינן ממונא מניה דהשתא אין יערים דאי לא יבוא המלוה אינו מרויח כלום שהממון אין בידו א"כ לפי זה כתב הרמ"בם דדוקא היכא שתולה טענות במלוה מפקינן מיניה אבל בדאינו תולה לא מפקינן דהא אינו מערים. וא"כ בנד"ד שאין הלוה תולה במלוה שום טענה לומר שמא יערים היכא דקימי הנכסים קימי ולא מפקינן

מניה וליכא למטען דאי חיישי בית דין שמא עד שיבוא המלוה יבזבז מעותיו ושוב לא יהיה לו תקנה לפרוע ולזה יושם הממון בבית דין דהא החוב הנז' הוא מובטח במשכנות בתים וחנויות ועכ"פ דליכא למיחש לכולי האי ומשום הכי העמד ממון במי שהוא בידו עד ישלח הרשאה המלוה משם לבנו יששכר או המורשים הנז' המה יתפרעו משמעון הנז' ולא יששכר בלתי הרשאה וליכא למימר נמי דלחשבון טוב ידון יששכר עם שמעון ויתן ערב יששכר שיביא הרשאה מאביו וכדחזינן למה"ר ישראל בכתביו שכתב בס"ס רי"ז בעלמא שנתפשט המנהג שאחד תובע את חברו בשביל אחר ואין הרשאה בידו רק שאומר שרוצה להתערב להביא הרשאה וכופין את הנתבע לדון על כך דיש ליישב המנהג הזה ומייתי מההיא דכל אדרכתא דלא כתיב בו וכו' וכו'. דהא בסוף דבריו כתב וז"ל וזמנין טובא דאתרמי דהתובע אינו בעיר והנתבע רוצה לילך למרחקים ושוב לא יוכל להכריחו לדין או כגון אם אחד מחזיק בשל חבירו שלא בפניו שאין מוחין בידו אם יש לו אוהב או קרוב שרוצה לתת ערב להרשאה שלא יפסיד הנתבע נראה דמנהג יפה הוא לב"ד לתת יד לתובע להכריח הנתבע ודין תורה להציל עשוק מיד עשקו וכעין זה כתב אשירי פ' מרובה בשם בעל העטור ותשובת רב אלפס דעביד לדין תקנתא בהרשאה כי היכי דלא ליפסדו ממוניהו אמנם הני מילי דרואין ב"ד שהוא טובה וזכות **(לבעל דין כצ"ל.)** דין שאינו כאן אבל אי הכא בענין שזה הרוצה לתת ערב להרשאה הוא מחמת מריבה או להכריחנו לתת לו ממון פשיטא דלית ביה מששא בתביעתו ע"כל הנה פירש בהם דדוקא היכא דאיכא למיחש שמא ילך למרחקים או שמא יחזיק בשל חבירו ואין מוחה הוא דיש ליישב המנהג ההוא אבל בציר מהני לא והנה בנד"ד ליכא שום טעם מזה כי הלוה שמעון הוא משתקע בעירו תחת גפנו ותאנתו סביבותיו נעריו ובני ביתו ואין דעתו לזוז משם זולת להשתקע כי הוא מהאזרחים שם וכ"ש שהוא מובטח כמו שאמרנו ואין ספק דעל זה לא דבר מהר"י ז"ל ומה גם כי יש שם מי שתמה על מנהג זה וגם הוא עצמו כתב בס"ד ואכל כה"ג אין לדיין אלא מה שעיניו רואות:

ואם באנו לכופו מדר' נתן שאביו חייב לו ושמעון חייב לאביו מוציאין מזה ונותנין לזה אטו לקתה מדת הדין במה יבחן שאביו חייב לו מי ראה או ידע מה שנעשה בארץ מרחקים בין אב לבנו אחר שאין לו שום כתב מאביו ובפרט שאביו נודע לאיש סוחר טוב לא ידבר עולה ועומד וצווח דאין לבן הזה חלק ונחלה בנכסיו וכמה פעמים הטריחו עצמם רבני העיר הזאת הי"ו לכתוב לאביו יגמלהו מנכסיו ולא עלה בידם הרבה עשו כן ולא הועלו מפיהם ומפי כתבם ואיך א"כ יעמוד לאביו לטרוף מה שאינו שלו של לוה אי תחזקנה ידיו לתת לו כלום דשמא אח"כ יחזור עליו ראובן המלוה לומר לו מי שמך לאיש

לתת משלי בלי הרשאה ובלא ראיה ונמצא שהניח מעותיו על קרן הצבי. הן אלה קצות דברי על פי השאלה אשר השאלה ממני ומתחלה חשבתי דרכי להרחיב הדיבור יותר לולא לפשיטות הענין אמרתי אקצר ואעלה ואין להאריך במקום שאמרו לקצר והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יהושע רפאל בבמ"הר ישראל בנבנשתי זצל"הה.

סימן ו

הלואה. זית רענן ובתבונה יתכונן.

שאלה ראובן קנה סחורה משמעון בשנה ראשונה בהקפה ובהמשך השנה פרע לו ונשאר חייב לו כמו מאה גרוש' וכן בשנה השנית לקח ממנו סך מה ופרע לו ונשאר חייב סך מה ג"כ מהשנה הב' ובשנה הג' קנה ממנו ג"כ סך סחורה והיה הולך ופורע לו על יד על יד וכאשר ראה שמעון שראובן היה מאריך לו מלפרוע לו אמר לו יום אחד תן לי המעות של שנה זו כי מהראשונות כלו' מהשנה הראשונה והשניה כבר נתיאשתי מהם ובא ראובן ופרע לו כל המעות של השנה השלישית ועל השאר אמר לו שאינו רוצה לחתם לו שכבר זכה בהן מחמת מה שא' שמעון שכבר נתיאש וקנה אותם בייאוש שנתיאש ושמעון מפציר לקחת את שלו יורני המורה הדין עם מי:

תשובה לא מצינו בגמ' ובפוסקים דיאוש קונה אלא לענין גניבה וגזילה ואבידה האי כדיניה והאי כדיניה וטעמא משום דבגניבה ואבידה לא ידע להו דלתבעינהו ובגזילה אפי' דידע ליה כיון דגברא אלמא הוא לא מצי למתבע מיניה ומשום הכי אמרינן נתייאש דיאוש קונה אבל לענין חוב ומלוה לא מצינו דיאוש קונה כיון דידע להן ומצי למתבעינהו ואפי' נניח שהכובש הלואתו של חברו או חובו נקרא עושק והיינו עושק והיינו גזל ותרויהו חדא מלתא נינהו ולמה חלקו הכתוב לעבור עליו בשני לאוין כמו שנתבאר בפ' המקבל (דף קי"א.) והסכימו בזה רוב הפוסקים וכמעט כלם זולת הרמ"בם וא"כ כיון שהכובש הלואתו נקרא גזלן ובדין הגזלן מהני יאוש א"כ יש מקום לומר דבכובש הלואתו כיון דהוא גזלן מהני יאוש הא ליתא דלא נאמר דנקרא גזלן אלא לענין אסור שהוא אסור לגזול וכמו כן אסור לעשוק אבל לא מפני זה נאמר דמשום דאיכא יאוש הכא איכא הכא והרי ראינו דהחוטף משכון מיד חברו למשכנו על חובו בלתי רשותו ובלתי רשות ב"ד נקרא גזלן כמו שכתב הרמב"ם בה' גזילה והטור סי' שנ"ט והוא למד מהמשנה דפ' כל הנשבעין (דף מ"ד:) הנגזל כיצד נכנס למשכנו שלא ברשות וכו' והתם אי אפשר לומר אלא דנכנס בכלל אסור גזלן אבל לא שיהיה לו כל דיני גזלן וכדכתב הרב בעל מאירת עינים ע"ש וא"כ הכא בכובש הלואתו או חובו של חברו נהי דעבר

איסור גזילה אבל לענין יאוש לא דמי והוי טעמא דאין המעות ברשותו כמשכון הבעלים ולא ראהו שהוא **(כאן נכתבו תיבות שלא יכולתי לקרותם.)** שחוטף אותו בחזקה לא מתיאש דחושב שמא היום או למחר יתפרע ממנו ולא מיאש מיניה ומה גם לדעת הרמ"בם והנגררים אחריו דסברי דאין הכובש הלואתו או חוב נקרא גזלן והיינו טעמא דכיון דלהוצאה נתנו אפי' כי כבש להו לא מיקרי גזלן וכמו שכתב המרדכי בפ' מרובה על ההיא דאמרי נהרדעי לא כתבינן אדרכתא אמטלטלי דכפריה משום דהוי כגזלן וכתב המרדכי ז"ל דוקא פקדון דלאו להוצאה נתן מחזי כגזלן אבל מלוה דלהוצאה נתנה אפי' אם כפר לא הוי כגזלן וכתבינן אדרכתא עכ"ל הכי נמי לענין יאוש כיון דלהוצאה נתנה לא מקרי גזלן דלהני ביה יאוש באופן דבין להרמ"בם וסיעתו בין לשאר הפוסקים בענין כובש הלואתו וחובו לא דיינינן ביה יאוש כדכתבינן:

ותא חזי מאן גברי רברבי כתבו בהדיא כן הלא המה הרב בעל המפה בסי' רס"ב כתב ז"ל הא דאמרינן דכשאמר ווי ליה לחסרון כיס הוי יאוש היינו באבדה וכיוצא בזה אבל מי שיש לו חוב אצל כותי שמסתמא אינו יאוש אע"פי שאמר ווי ליה לחסרון כיס לא הוי יאוש דהואיל שכל חוב הוי ספק אי משתלם ספק אי לא משתלם מספיקא אמר כך ולא גמר ומייאש עכ"ל והן הם הדברים עצמם שכתב הרב בעל הלבושים בלבוש עיר שושן סי' רס"ב סעיף ו' וכו' ע"ש א"כ הרי נראה דהני רבוותא כתבו דאפי' דבהדיא מייאש דיינינן ליה דלא גמר ומייאש כיון דחוב הוא:

ואל תטעה לומר דאפשר דזה שכתבו הני רבוותא דבחוב שיש לו אצל העכ"ום ליכא יאוש היינו דוקא בחוב דגוי אבל בחוב דישראל הויא יאוש ויהיו על דרך שאמרו בהגוזל בתרא (דף קי"ד.) במציל מליסטין ישראל מייאש אבל מליסטין גוי לא מייאש משום דגוים מחזירין בלי עדים אלא באומדנא וכו' וכן כתבו הרמ"בם והטור וכל האחרונים להלכה פסוקא דלא אמרינן הכי אלא לענין גזילה והתם הוא דאמרינן דיש הפרש בין הגויים לישראל דבישראל צריך ראיות ברורות להבריח שגזלו ואנא יבקשם ד"מ אם גזלו במדבר דודאי אין הגזלן סוס גוזל בפני עדים אבל בגויים בתביעה לבד גוזרין ומוציאים אמנם לענין חוב אין הפרש בין דיני ישראל לדיני א"ה ועל כן אפשר דבין המפ"ה והלבוש לרבותא אמרו גוי וכ"ש ישראל תדע שהרי לשון הגמרא שם בהגוזל הוא מסתברא גויים דדייני בגיתי לא מייאש ישראל כיון דאמרי ממר מיאש ופיר"שי ז"ל בגיתי בגאוה ובזרוע. אמרי מימר צא תן לו ואין חובטין במקלות וכו' משמע דבגיתי וזרוע דקאמר בגויים היינו שחובטין אותו במקלות בלי קבלת שום טענה והיינו דוקא בגזל וגניבה שרוצים לייסר את הגנבים ובעדות מזה חובטין אבל בחוב אינן חובטין והתם אין הפרש בין

גוים לישראל וכן כתבו כל מחברי הספרים והמורים הגדולים ראשונים ואחרונים מפני שהבעלים יודעין שהגוים מחזירין מיד הגזלן וכו' כלו' דוקא גזלן ולא אשתמיט חד מניהו לכתוב אלא גזלן דוקנא א"כ חזרנו על ראשונות דכיון דהני רברבי אמרו דאין יאוש לחוב הכי נקטינן.

ועוד בהדיא מצאנו ראינו לרבינו בנימן והביא דבריו הרב מה"רי קולין בסי' ג' נמצא כתוב בשם רבינו בנימין וז"ל ואפי' נתיאש ראובן מאותו החוב ואמר ווי ליה לחסרון כיס אין בכך כלום ואין זה יאוש לגבי חוב עכ"ל הרי נראה מכאן דאין יאוש מועיל לגבי חוב: **ואל** תשיבני דממה שכתב אין זה יאוש לגבי חוב ולא קאמר אין יאוש מועיל לגבי חוב ש"מ דוקא אין זה יאוש המועיל לגבי חוב אבל בענין אחר אפשר דיועיל יאוש לגבי חוב שהרי היאוש היותר מפורסים בגמרתנו הוא זה ואיך יאמר דזה לא מהני וענין אחר לא מהני אבל הכונה באומרו ואין זה יאוש לגבי חוב כלומר אע"פי שזה היאוש חשיב יאוש לגבי אבדה וגזילה וגניבה אפ"ה לגבי חוב אין זו חשיב יאוש וכ"ש יאוש אחר משום דאין יאוש מועיל לגבי חוב. א"כ נמצינו למדין גם לפי דעת ר' בנימן ז"ל דאין יאוש לחוב ואין ספק דרבינו בנימן זה גברא רבא הוא כיון דמהר"יק ז"ל מזכיר דבריו ומקשה ומתרץ עליהם עד דמשוי ליה חד וחד לגבי סמ"ג ע"ש.

ואפילו מה"רי קולין ז"ל דס"ל דיש יאוש לגבי חוב מק"ו ומה ממון שהוא מוחזק ביד בעליו בעין אפ"ה מועיל בו יאוש כדמוכח בכמה משניות בפ' אלו מציאות ובפרקין חוב בעלמא שאינו בעין וספק אתי ספק לא אתי לא כ"ש דמהני ביה יאוש כדכתב שם הוא עצמו כל זה בשורש ג' עכ"ז לא קאמר דמהני אלא בענין חוב דסתמה יאוש דהיינו כגזילה ואבדה ממש כההוא נדון דידיה דהוא שהאדון הדוכוס לוה מן היהודים ככ' אלף פרחים לגבותם בבעלי מלכות והמסים ואח"כ העליל עליהם עלילות ונתפשרו וגם לא רצה לגבותם כלום וכו' דההוא מושל מי יוכל לדון עמו וכיון שהעליל עליהם עלילות רבות לפגוע בנפשם וידו תקיפה דדי הוה צבי הוה קטיל וכו' ואח"כ בא זמן המסים ולא רצה לגבות וגלה דעתו דרצה לאנסם בההוא דקאמר מהר"יק דיש יאוש לחוב משום דההוא חוב הרי הוא כגזלה ואבידה ששטפה כהר ויותר מהמה אבל בשאר חוב דעלמא יודה הוא ז"ל דליכא יאוש וכמו שתראה מדבריו ז"ל שכתב שם וז"ל אלא ודאי צ"ל דוקא יאוש התלוי בדעת בעלים ואין ראוי להתיאש בו מן הסתם אם לא שיגלו הבעלים את דעתם שנתיאשו כמו ווי ליה לחסרון כיס באבידה שיש בו סימן דמסתמא לא איאש וכי אמר ווי ליה לחסרון כיס הוי יאוש דאהא מייתי לה בפ' אלו מציאות אבל בענין שסתמו הוי יאוש דומיא דאבידה דאין בו סימן וכ"ש בדדמי לאבדה ששטפה נהר כנדון זה דהוי

ביה יאוש כמו שנתפרסם מנהג האדון כמבואר למעלה שהיה רגיל לשלוח ידו בממון היהודים ואפי' באותו שלא בא לידו מעולם כ"ש בהלואה אשר סופו הוכיח על תחילתו שלא רצה לפרוע מעולם וכו' ואפי' ממון המונח שהיה מונח בתיבתו של אדם לא היה בטוח בחיי האדון ההוא עד כי היו רוב היהודים רוצים לברוח מתחתו וגם כי אמר לעכבו ושלא לגבותו דודאי היה אבוד יותר מאבדה ששטף הנהר וכו' ונתיאשו הבעלים ממנו בהא ודאי פשיטא דמהני ליה ייאוש מק"ו דשאר ממון בשלמא בענין דסתמא לא הוי יאוש אלא שהבעלים נתיאשו ואמרו ווי ליה לחסרון כיס בההיא ס"ל לר' בנימן דלא הוי יאוש לגבי חוב משום דיש לתלות דכיון דכל אשראי ספק אתא ספק לא אתא לפעמים סובר המלוה שהלוה עני והוא עשיר או שהוא אלם ואינו כך ומשום כך לא מהני ביה יאוש עכ"ל. הנה נתבאר מדברי הרב דאפי' איהו דסבר דאיכא יאוש לגבי חוב היינו בחוב שסתמיה יאוש והוא יותר מאבדה ששטפה נהר אבל בחוב דלאו סתמיה יאוש אפי' שיאמר המלוה דברי יאוש לא גמר ומיאש דפעמים סובר שהוא עני ואלם ואינו כן ומשום הכי אין יאוש לגבי חוב כדפירש בהדיא בדברים הנאמרים באמת ועם שהרב קולין דקדק מדברי רבינו בנימין דמדקאמר אין זה יאוש לגבי חוב ולא קאמר אין יאוש מועיל לגבי חיב או אין יאוש לגבי חוב איכא לדיוקי בה דיוקא עכ"ז לא דקדק ממנו בהא יאוש אחר מועיל לגבי חוב אלא הדיוק הוא דדוקא בענין חוב שאין סתמו יאוש לא מהני אבל בחוב שסתמיה יאוש מהני כמו שכתב והאריך שם אשר למדנו מדבריו דגם הוא הרב מהר"יק לא פליג לרבינו בנימין אלא תריץ דבוריה לענין חוב שסתמו יאוש אבל בחוב שאין סתמו יאוש כי הך דניד"ד תרויהו שוים דאין יאוש מועיל לגבי וכמו שנראה המשך לשון מהר"יק בכל כלל התשובה הנז' דוק ותשכחו:

ואף שנאמר שדיוק רבינו בנימין הוא דיאוש זה אינו מועיל בחוב הא דיוק אחר תקיף יותר ממנו מועיל והיינו שיאמר בהדיא שנתיאש אפי' כן אין חילוק זה מציל בנדון שלנו דאפי' שאמר נתיאשתי לא אמרו כמי שדומה שכבר נתיאש אלא אמרו ללוה להפרע ממנו כדי שע"י מחשבה זו יפרע לו השאר ולא שנתיאש ממנו ואנן בעינן דבר שיורה שנתיאש כמו שכתבו הרמ"בם וכל הפוסקים שצריך דברים מראין שנתיאשו וליתא ומה גם שכבר כתבנו דאין דיוק זה נולד מדברי רבינו בנימן ואפי' לדעת מהר"יק וכמו שהוכחנו:

ושמא תאמר הרי כתב הרב מהר"יק הנז' ז"ל בסוף אותה תשובה וז"ל ועוד תדע שכן הוא שהרי הקשה בסמ"ג וכמדומה אנכי שראיתיהו בתו' שיטה אמאי אצטריך קרא לפטור שטרות מאונאה וכן מפדיון הבן בפ' יש בכור (דף נ"א.) תיפוק ליה דאין קנין שטרות מן

התורה אלא מדרבנן כדמוכח בפ' מי שמת ותימא דאצטריך קרא להיכא שמצא שטרות לאחר יאוש ואח"כ מכר השטר לבעליו שהשטר יוצא על שמו דכה"ג הקנין דאוריתא כיון שהשטר נכתב על שמו ואהא אצטריך למעוטינהו מאונאה ופדיון הבן והרי לך בהדיא דמהני יאוש לענין חוב עכ"ל ומדקאמר דמהני יאוש לענין חוב סתם משמע דלכל חוב קאמר בין בסתמיה איאוש בין דלאו סתמיה יאוש דסמ"ג דאמר דלאחר יאוש הא לאו מילתא היא ואי אפשר לומר הכי דאי הכי דלכל חוב קאמר קשי' למהר"יק דמאי קא מייתי ראיה מההיא דסמ"ג דאמר דמיירי להיכא שמצא שטרות לאחר יאוש וכו' שאני התם דאיכא אבדה ממש בשטרות וכשנתיאש לא נתיאש מהחוב אלא נתיאש מהשטר דהשתא נעשה חובו מלוה על פה ולא בשטר וא"כ היאוש לא הוי אלא להפרש שיש בין מלוה בשטר למלוה על פה וכמו שתראה מהתוס' שכתבו בפ' המוכר את הספינה (דף ע"ו:) בד"ה קני לך איהו וכל שעבודיה וז"ל והא דאצטריך בפ' הזהב למעט שטרות מאונאה היינו במצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר או לוה וקנה בלא שטר ונתן לו דמים ע"מ שיכתוב לו שטר עכ"ל ובפ' הזהב (דף נ"ו:) כתבו נמי התוס' בד"ה יצאו שטרות וז"ל אי נמי אפי' הוי מכר שטר חוב מדרבנן משכחת בהו אונאה מדאוריתא כגון שהלוהו על פה ונתן לו יותר מדאי כדי לעשות שטר שעבוד או הלוהו בשטר ונתן לו הלוה יותר מדאי שיחזור לי השטר עכ"ל והן עצמם דברי הסמ"ג הנז' ונראה מדבריהם דכל מה שמרוויח בעל השטר הוא ההפרש שיש בין מלוה בשטר למלוה ע"פ וזה מבואר מדבריהם וא"כ היכא דכתב סמ"ג נמי דמיירי בשטר חוב לאחר יאוש היינו שנתייאש מכח השטר אבל לא מהחוב והיאוש היא על אבדה עצמה דאבד השטר ולא על החוב וא"כ היכא יוכל לומר דמהר"יק ז"ל מייתי ראיה לכל חוב בין דסתמיה יאוש ובין דלאו סתמיה יאוש אלא ודאי דמהרי"ק ז"ל לא מייתי ראיה מהא דס"מג אלא לחוב דסתמיה יאוש ודומה לאבדה ממש ולהכי מייתי מההיא דס"מג דמוקי במכר ש"ח לאחר יאוש דמשמע דכח החוב שיש בין בשטר מלוה בין מלוה על פה הוא שנתייאש והטעם משום דנתייאש מן השטר א"כ הרי נראה דחוב שסתמו יאוש שייך בו יאוש וכן חתם דבריו מהר"יק הנז' בסוף התשובה וז"ל ודברי סמ"ג בענין דסתמא הוי יאוש כגון ששטף נהר שטרותי' של זה ומצאן אחר ומכרם לו כמו שכתב הסמ"ג עכ"ל. הרי בהדיא נראה דס"ל כדברי הסמ"ג דלא מיירי אלא לענין שסתמו יאוש ולזה מייתי ראיה מניה אבל בחוב דלאו סתמיה יאוש לא מהני ביה יאוש כדעת רבנו בנימן והרב מהר"מ במפתו והרב בעל הלבושים שהזכרנו דבריהם במה שקדם וכן מהר"יק שמודה לדבריהם התבאר מזה דלכל הני רבוותא אין יאוש בחוב וא"כ בנד"ד במה שאמר נתיאשתי לאו כלום הוא ומה

גם שלא אמרו אלא להתפרע ממנו ולא כמו שמראה שעשה יאוש מהם וחייב ראובן לשלם השארית הנמצאה:

בידו וזה פשוט בעיני וגם אין לפוטרו מטעם דמחילה דהא אע"פי דאית לן דהמוחל חוב שיש לחברו מחול לו ואינו צריך קנין מ"מ בעינן דיהא הלשון שאומר לו לשון מחילה ממני והרי ראינו במרדכי בר"פק דסנהדרין וז"ל מעשה בא לפני רא"בן במי שפייס התובע למחול לו ואמר יהי כן כדבריך ושוב תפס התובע משכונו של זה ואמר מחילתי איני מחילה כי לא אמרתי מחול לך ופסק רא"בן דמחילה גמורה היא וכשאמר יהי לך כדבריך הוי כאלו פירש בהדיא מחול לך וכו' ע"כ ע"ש טעמא דמשום דאמר יהי כדבריך וכבר אותו האיש אמר מחול לי וכו' דהוי לשון דמחילה הא לשון אחר לא וא"כ הכא בנד"ד באמרו נתיאשתי לית לן בה ובפרט דלא אמר כן אלא להוציא השאר מידו ואח"כ השארית וא"כ זכינו לדין דחייב ראובן לפרוע לשמעון יתר החוב ועם שהיה אפשר להאריך ולהרחיב הענין יותר באתי מעט מהרבה לפשטות הענין בעיני מצורף לזה כי גר אנכי כעת בארץ אחרת כיום הזה וספר אין אתי ושמעתא בעיא צלותא ע"כ אמרתי יהיו דברי מעטים נאום הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

זית רענן ובתבונה יתכונן ידיד נפשי הנבון חשוב ומפואר כה"ר ישראל בנבנשתי יצ"ו את קולך שמעתי על פי הכתב לדרוש אותי על ענין שאלה אחת שלחת וחלות פני זאת אשיב תשובה נצחת ואני לא אצתי מרועה אחריך כי לא היה פנאי לי בימים ההם ובזמן הזה ולעת מצוא שמתיה באחד הספרים ואיידי דזוטר אירכס בקשתיה ולא מצאתיה האמת כי כללות השאלה היה רשום בזכרוני ועם שלא מצאתיה לכתוב אותה כפי לשונה הפרטות עם כל זה להפק רצונך בדרך כלל הרשום בזכרוני כתבתי עליה והנני שולחה לך אם השאלה הזאת אשר כתבת היה דומה לכל צדדיה לאותה אשר שלחת לי קחה ועינך שים עליה להעתיק השאלה והתשובה בענין אחר ואם יש ביניהם איזה הפרש או חלוף שלחנה אלי ביד תשלח השאלה אשר לך ואני ארבה ולא אסור ממנה להגיד תשובתה על נכון אלקים יחנך בני חן וכבוד והדר יעטרך וחפץ ה' בידך יצלח אמן וז"ל השאלה:

סימן ז

גבית מלוה.

שאלה יורנו רבינו המורה לצדקה ראובן מכר לשמעון קרקע אחד מקרקעותיו והשאיר לעצמו קרקע אחד ויש לו ללוי שטר חוב מסך מה על ראובן וכתוב בש"ח הנז' שעבוד

נכסים וז"ל ובשעבוד נכסים מה שקנה ומה שיקנה מקרקעי ומטלטלי ואגבן מטלטלי ועכשיו בא לוי לטרוף משמעון קרקע שקנה מראובן בטענת שעבוד נכסים בלשון הכתוב בשטר שבידו ושמעון טוען שלא ייחד לו בפירוש הקרקע שקנה הוא שהוא משועבד לחובו כי אם סתם וכבר הנחתי לך קרקע שהיה בו שויין חובך לך טרוף מאותו קרקע יורני היושב על כסא ההוראה את דבר הדין ושכרו כפול מן השמים אכ"יר:

תשובה נפלאת היא בעיני ספקו של שואל מה הוא שהרי משנה שלמה שנינו בהנזקין (דף מח:) אין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש בני חורין ואפי' הן זבורית ובלשון הזה כתבו הרמ"בם ז"ל בפרק ח' דה' מלוה והטור כתב אבל אם מצא ביד הלוה בני חרי לא יטרוף ממשעבדי וא"כ הכא שבעת שמכר ראובן הקרקע לשמעון השאיר לעצמו קרקע אחרת ויש בו כדי לפרוע החוב ללוי מה זו שאלה הרי אומר לו מקום הנחתי לך לגבות ואצלי אפשר שהטעהו לשואל לשון הטור שכתב אבל אם מצא ביד הלוה בני חרי הרי זה אינו גובה ממשעבדי ואולי חשב דבעינן שיהא הבני חרי מצויין בידו של לוה בשעה שבא לגבות חובו אבל אם אותם בני חורין שהניח לוקח ראשון אינן מצויין ביד הלוה בעת בואו לגבות חובו וכגון שנמכרו שמא יכול לטרוף מלוקח ראשון ובנדון זה ג"כ שמא נמכר הקרקע זה הוא שנסתפק השואל וידים מוכיחות יש שזהו ספקו שכתב בסוף לשון השאלה וכבר הנחתי לך מקום שהיה בו שויין חובך לך טרוף מאותה קרקע ולשון היה דקאמר ולא אמר שיש בו כדי שויין חובך מוכח שהיה כבר אבל עכשיו אינו בידו ועל זה הוא מסתפק:

ואף גם זה ברור הוא דלשון הנחתי לך דקאמרינן הוא שבשעה שהוא לוקח אותה יניח כדי שויון שעבודו ביד הלוה והרי הניח והכי תניא בפ"ק דב"ק (דף ח") מכר לשלשה בני אדם בזה אחר זה כלן גובין מן האחרון שאפי' שקנו קמאי עידית ובנונית מצו למדחן להן הלקוחות לנזקין ובע"ח אצל זבורית ולומר מקום הנחתי לך לגבות הימנו דתנן במס' גיטין (דף מ"ח:) אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אפי' הן זבורית דכי זבין הנו תרי קמאי אשתייר זבורית בני חורין ואע"פ דהדר אזדבנא בתר בתרא אזלינן ע"כ והרמ"בם ז"ל כתב בפ' י"ט דה' מלוה מכרן לשלשה בני אדם זה אחר זה כולן טורפן מן האחרון לא הספיק טורפין משלפניו לא הספיק טורפין משלפני פניו אפי' היה האחרון זבורית שהרי הלוקח הקודם אומר לטורף הנחתי לך מקום לגבות ע"כ וכ"כ הטור ז"ל א"כ הרי בהדיא שאפי' שבעת שבא המלוה לגבות חובו אינן נמצאין ביד הלוה הקרקעות שהניח ראשון שמכרן לאחר אפ"ה מצי שפיר מימר ליה מקום הנחתי

לך לגבות וכיון שכן אפי' תימא שעכשו שבא לוי לגבות חובו מראובן אינו מוצא בידו אותה קרקע שהשאיר לעצמו מה בכך הרי אומר לו מקום הנחתי לך לגבות באותה שעה: שוב אולי נסתפק השואל במ"ש הטור בסי' קי"ו וז"ל וכל הדין שיש למלוה על הלוקח כך דינו של לוקח ראשון שטרף בעל חוב ממנו ובא הוא לטרוף מהלקוחות שקנו אחריו ע"כ שלכאורה משמע דטורף מלוקח ראשון ואח"כ לוקח ראשון טורף מהלקוחות שקנו אחרו וגם זה הבל שלא נאמרו דברים הללו בכל טרפא בהחלט אלא בקצת מקומות שהדין נותן שיטרוף מלוקח ראשון וכגון שעשאה אפותיקי קרקע זו למלוה ואח"כ מכרה שבא בע"ח וטורף מלוקח ראשון וחוזר לוקח ראשון וטורף מלוקח שני שקנה קרקע האחרת וכן עז"ה השני מהשלישי או בענין אחר שהדין נותן שיגבה מלוקח ראשון לסבת מה כמו שהובאו בבית יוסף ז"ל כמה פרטים אבל בעלמא כי בנד"ד אינו גובה הטורף אלא מן האחרון ובנד"ד ג"כ יכול שמעון לומר ללוי מקום הנחתי לך לגבות ואין לו שום טענה ללוי על שמעון ודברים אלו פשוטים וברורים. יאושע רפאל בנבנשתי

סימן ח

מלוה. להח"ר יצחק ן' צהליאן. מקוס' לברוסה.

שאלה ראובן תושב ברוסה היה חייב לשמעון תושב ויניציא סך מה על פה ולהיות המקום רב ביניהם עשה שמעון מורשה ללוי תושב קוסטאנדינה שיגבה החוב ההוא מראובן ומכר הרשאתו התפשר לוי עם ראובן לזמן מוגבל לפרעון החוב ופרע ראובן מקצת החוב למורשה הנז' ונכתב על גב השטר ובין כה וכה עלה לוי המורשה לא"י ונפטר שם ובעת עלותו מסר השטר ביד חנוך בנו עתה בא יוסף בנו של שמעון ותבע מראובן שאביו **(ר"ל שמעון אביו של יוסף חייב לבנו ליוסף)** חייב לו סך מה ורוצה להפרע ממה שיש לו לאביו ביד ראובן. וגזרו בית דין העיר להוציא הממון מיד ראובן ולהפקידה ביד איש נאמן וישר בעיניהם עד שיתברר האמה אם חייב שמעון לבנו אם לאו ועל פי בית דין הנז' נתחייב ראובן בקנין ושבועה בשטר ושני עדים כשרים למסור כל כך סחורות ביד הפקיד אשר מנוהו בית דין הנז' גם יוסף בן שמעון נתחייב שכמסור ראובן הסחורות לתת לו כל כתבי החיובים ביד ראובן וכל החזוקים שיש לשמעון על ראובן. ביני ביני באו כתבים מחכמי ויניציא איך שמעון איש תם וישר וירא שמים ציית דינא ואמוד בנכסים ואינו נשמט ח"ו מהדיין עם בנו וכל מה שיתחייב בדין עליו לשלם. אך האמת אצלו באמונה וביושר לבב שבנו חייב לו והוא אינו חייב לבנו ועל פי הכתבים הנז' כתבו חכמי קוסט' מהבית דין הנ"ל גזרה אחרת ואמרו שמאחר שראובן

ציית דינא ואמוד בממון שהעכוב בטל אותו העכוב ולא חתמו כל החכמים שבבית דין הנז' אלא קצת מהם ונתנו הגזרה ביד ראובן וכראות ראובן כי בטלו העכוב קודם שימסור הסחורות שלח כ"כ סחורות לוינצייא ונתפשר עם שמעון בעל הממון ופרע לו ושלח שמעון משם כתב קבלה ומחילה מקויימת באשרתא דדייני כדין וכהלכה. עתה טוען יוסף בן שמעון דכיון דבכתב העכוב היו חתומים כל חכמי הבית דין ובכתב הביטול לא חתמו כי אם קצתם שפשע ראובן בהתפשרו עם שמעון. עוד טוען יוסף הנז' שראובן חייב בקנין ושבועה למסור הסחורות ועובר על השבועה. וראובן טוען שרוב החכמים שבכתב העכוב חתמו בכתב הביטול אבל לא יהא אלא ב"ד של שלשה סגי ומה גם שהם מאיתם שחתמו בכתב העכוב. עוד טוען ראובן לו הונח שעבר על גזרת החכמים כיון שנתפשר עם בעל הממון כבר נפטר ועתה גרע זה מהמוכר ש"ח לחברו וחזר ומחלו שאמר שמואל מחלו מחול עוד טוען ראובן שמה שלא מסר הסחורות הוא מפחדו פן יעשה שמעון מורשה מכח השררה לאיגד שאדור שבקוס' ויפרע ממנו ונמצא פורע בשני מקומות. עוד טוען כי כשרצה למסור הסחורות ביד הפקיד דרש מהפקיד כתב קבלה ולא רצה אלא אמר לו איני רוצה להיות פקיד ולא לתת כתב קבלה גם ליוסף אמר שימסור הסחורות והראם לו ולא רצה לקבלם כי לא ישרו בעיניו וכמפחיד לו אמר שישלחם לאביו והוא יתפרע מאביו. עתה יורני מורנו המולמדנו דעת הדין עם מי ואם נאמן ראובן בכל מה שאומר גם שאין נאמנות בשטר או אם עבר על השבועה הכל בכתב מיד מורנו ורבינו עלינו יופיע ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים ע"כ:

קרוב מאח באהבה ואחוה וחבה יתירה נודעת לנו נקרא ריע אהוב אוהב טהור לב כאחד ממנו ומי משלנו שם ארחותיו וכל מעיניו בהר הצדק ובגבעת האמונה עיניו ולבו הן הוא החכם הנעלה לתהלה הה"ר יצחק ן' צהליאן כי ארכו הימים ואין מענה בפי על שאלתך לא ח"ו כמתרשל לעשות רצונך היתה זאת אתי זולתי כי ידעתי שאין נחיצת השעה מכריחך כל כך ובהיותי טרוד בשאר ענינים אמרתי ימים ידברו. ולעת עבור ימים אחדים לא אשוב מצבא עבודתך וכי הרחיב ה' לי קצת והגיעה שעת הפנאי ואם מעט היא שבתי וראה להסתכל במראה שאלתך וכתבתי מה שהורוני מן השמים גליון אחד הנה הוא שלוח אליך והנני מוכן לכל אשר תשאלך נפשך וה' אלהיך ירצך:

תשובה פליאה דעת ממני איך יצא עכוב כזה מבית דין הגדול בחכמה ובמנין הנז' דאטו כל עצמו של עכוב אנו למדין אותו מס' האגודה פ' כל שעה ומדברי הר"אש בפסקיו פ"ק דקמא ובכלליו כלל צ"ז ואף הם על ידי עילה היו דבריהם שכן כתוב באגודה ומכאן נוהגים כשיש לאדם פסק דין על חברו מעכבין על ידי שליח הקהל בכל מקום שיודעים

ממונו ע"כ גם הר"אש ז"ל כתב בגמ' ובתשו' מי שבא לב"ד ואמר יש לי תביעות על פ' ומצאתי מנכסיו במקום ידוע וירא אנכי שאם יבואו לידו יבריחם ולא אמצא מקום לגבות חובי ומבקש מב"ד שיעכבו הנכסים עד שיברר תביעתו אם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע מצווה הדיין לעכב הממון עד שיברר התובע תביעתו ע"כ. הרי דבין למר ובין למר לא סגי בתביעה רקנית אלא למר בעי פסק דין ולמר צריך אמתלא ולא סגי בלאו הכי וכ"ש לפי מה שפירש הרב בעל בית חדש בדברי הר"אש והכריח דמה שכתב וכן מי שבא לב"ד וחמר יש לי תביעה על פ' מיירי שיש לו שטר אלא שאינו מקויים אבל בתביעה על פה אין שומעין לו כלל והאריך שם יע"ש. וכמה מהגנות גנה הרב בעת"ה לעכוב שהוא בלי אמתלא לכל הפחות וכמו שתראה לו בסי' ש"ה וז"ל וכבר נשתרבב המנהג לפעמים ע"י הכרת פנים עד שנתפשט לעכב אפי' היכא דליכא אמתלא יפה בדברי המעכב ע"כ הנה שייחס העכוב בלי מנהג להכרת פנים ושרבוב מנהג וכ"כ מה"רי ווייל בסי' ק"כה וז"ל אני רגיל לדון ולהורות כשאדם הוא רוצה לעכב ממון חברו באמרו שיש לו תביעה עליו ואין אנו יודעים אם יש ממש בתביעתו אז אני דן שאינו יכול לעכב הממון דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל בעלי בתים שיש להם פקדונות במקומות אחרים דיעמדו עליהם אנשים ריקים ופוחזים ויעכבו את שלהם במקומות אחרים ואין לך רמאות גדולה מזו וזו אינה צריכה לפנים ע"כ. הרי שתלה הדבר ביודעים ובלא יודעים דכשאין אנו יודעים שיש תביעה או חוב ודאי אין לנו רשות לעכב. וכ"כ בתשו' סי' ל"ה דמה שאמר הר"אש ז"ל דעבדינן עכוב בב"ק הוא שהלוה חייב ודאי וגדולה מזו כתב הרב המב"ט ז"ל ח"ב סי' ל"ג וז"ל ולפעמים באיזו אמתלא אנחנו מעכבים ליום או יומים עד שילך ויעמוד בדין ואם יתעצל ולא ילך אנו פוטרין את מי שבידו הנכסים ולא יחוש למעכב ובכל יום באים בבית דיננו לעכב ואין אנו שומעין לעכב אלא בראיית שטר או פסק דין או עדות או אמתלא שחייב לו ולא בתביעה וערעור בעלמא עכ"ד וחתמו עמו רבנים אחרים והרב מוהריק"א ז"ל כנראה שם. הנה נא דברי הנביאים פה אחד קוראים בגרון דלענין עכוב צריך שיהיה אחד מאלה או שטר או עדות או פסק דין או אמתלא או לא ציית דינא אבל היכא דליכא ליה חד מהני אין לעכב כלל:

ואע"גב דהרב מהר"י קולין ז"ל כתב בשרש ק"ט על דברי הר"אש וז"ל הרי לך דבתביעה בעלמא אם רואה הדיין אמתלא לדבריו שמצווה לעכב ואע"גב דאפשר דנתפשט המנהג אפי' בלא ראיית אמתלאה מ"מ קרוב הוא יותר להההיא דהר"אש מאשר היא לדברי האגודה עכ"ד ועם שכבר באר דתביעה בעלמא דקאמר הוא כשיש אמתלא עמה מיהא נראה מדבריו שנתפשט המנהג לעכב אפי' בלא ראית אמתלא לא מפני זה נאמר שכתב

כן כחותך את הדין אלא מדין מנהג נגע בה ואפשר ששם נתפשט ולא במקום אחר. וכמו שכתב הרב המבי"ט בתשו' הנז' וז"ל ומ"ש מהר"י קולון דנתפשט המנהג גם בלא ראית אמתלא אפשר בזמנו ובאותם המקומות הוא דפשט ולא בשאר מקומות עכ"ד. ועוד שקרוב הדבר לומר דהרב הנז' כקורא תגר על המנהג ומלעיג עליו כתב כן כלו' דמדכתב הרא"ש אמתלא ולא הצריך פסק דין כמו שהצריך בעל ספר האגודה באו לכלל טעות מנהג זה שאפי' בלא ראית אמתלא הנהיגו כן ע"ד מה שכתב בעת"ה שם וז"ל מנהג פשוט באושט"ריך וכל אגפיה לעכב הממון פקדונות והלואות בין שבידו בין מה שביד אחרים בכח ב"ד בשביל תביעות וטענות שיש לאחר על בעל הממון ונראה דמנהג זה נשרש מדברי אשיר"י בפ"ק דב"ק מי שבא לב"ד וכו' ואפשר שעל ידי שהנהיגו ב"ד לעכב בכי ה"ג נשתרבב המנהג לעכב ע"י הכרת פנים אפי' בלא ראיית אמתלא ע"כ. הנה מבואר שכתב המנהג ואמר שלמדו כן מדברי הר"אש ואח"כ קרא תגר עליו ואמר שע"י הכרת פנים יצאו מן השורה שהנהיג הר"אש ואפי' בלי אמתלא הנהיגו כן. הכי נמי יש לפרש בדברי מהר"יק ז"ל שכתב וז"ל ועל המנהג במי שיש לו תביעות ממון על חברו וימצא ממונו ביד אחר שמעכב ע"י שליח הקהל עד שירד עמו לדין וכתב מר ששרש הדבר הוא מן האגודה ולע"ד דאינה היא המדה ללמוד תביעה גרידתא שלא נתבררה ואין אנו יודעים אם יש עליו כלום כמי שיש לו פסק דין אלא עקר הדבר ושרשו הוא באשירי פ"ק דב"ק מי שיש לו תביעה וכו' הרי לך דבתביעה בעלמא וכו' ואע"ג דכבר נתפשט המנהג גם בלא ראיית אמתלא וכו' ובאור דבריו לפי דרכנו כך הוא שהשואל אמר לו שמנהג העכוב נלמד מספר האגודה והוא השיב דבמ"ש ספר האגודה מיהא איכא פסק דין וליכא למגמר מנה כשאין כתב אלא מהר"אש דכתב אמתלא לבד ומזה גמרו העכוב בלא כתב אע"ג דסוף סוף אפי' מאי דכתב הר"אש לא עבדי אלא בלי אמתלא עושין כן מ"מ יותר יש לומר דדברי הר"אש גרמו להם כן דלא הצריך אלא אמתלא יותר מדברי האגודה דפסק דין מיהא כבר הצריך ולא נחית מהר"יק לענין דינא אלא לומר מאין יצא להם תחלה המנהג ושנשמטו ממנו לבסוף ועדין יש לומר דמהר"יוק ז"ל ג"כ היא מהסוברים דבלי אמתלא אין מעכבין כלל בכל שאר הפוסקים שהסכימו כן יחד כלם.

ואחר שהדבר כן לא מצאתי מקום לעכוב זה ומה ראו על ככה רבני העיר לעשות עכוב בנכסי שמעון אשר פה קוסט' כיון דלא ידעינן אם יש ממש בדברי יוסף ובטענתו כדכתב מה"רי ווייל ז"ל גם אין שום כתב שטר כתב יד או פסק דין כדברי בעל האגודה ואין אמתלא כדברי הר"אש ז"ל אבל אדרבה אמתלא בהפך ששמעון אבי יוסף מוחזק לסוחר יבקש רצון מה' ונושא ונותן באמונה ציית דינא ואמוד בנכסים שאם יהיה נדרש לדין בוא

יבוא בבל תאחר ואם יחייבוהו שלם ישלם במיטבא ולבו נכון לכל דבר המשפט כנודע ובפרט עם בנו היוצא מחלציו שבלי ספק אם היה לו עליו ריח זכות ישלם בכפלים ולמה יגרע ללקות עליו מדת הדין לעשות עכוב בנכסיו שלא כרצון חכמים שאם היה לו איזו תביעה הלוך ילך אל המקום אשר הוא חונה שם אביו וידיין עמו אע"פי שיהיו ב"ד של עירו שהוא יושב שם גדולים וטובים מבית דין שבמקום אביו כדין כל תובע שהולך אחר הנתבע אפי' לעיר אחרת כדכתב מהר"י קולון שרש א' ובעל המפה ח"מ סי' י"ד כתב וז"ל התובע הולך אחר הנתבע אם הוא בעיר אחרת אעפ"י שבעיר התובע יש ב"ד יותר גדול ואפי' היה לנתבע מעות בפקדון בעיר התובע אלא א"כ שיכול לעכב מעותיו בעירו ואז צריך להודיעו לנתבע ואז צריך לדון בעיר התובע ע"כ והאי יכול דקאמר לאו יכלת גופי' הוא אלא יכולת דינים כלו' שאם הוא יכול לעכבו מצד הדין וכמו שפירש דבריו הרב בעל מאירת עינים וז"ל אא"כ יכול לעכב מעותיו פי' אא"כ הדין נותן שקודם שירד לדין יכול לעכב מעותיו והיינו שידע התובע שאם לא יעקל הממון יפזרם ולא יוכל להביאו במשפט וכיוצא בזה כמו שכתב בסי' ע"ג ע"כ ומבלעדי זה כן מוכרח לפרש מיניה וביה כי היכי דלא תקשי דידיה אדידיה בעל המפה בסי' ע"ג כדכתב הוא ז"ל. באופן שדברי בעל המפה לא נאמרו אלא בגברא אלמא שמעכבין הממון ודן בעירו אבל במי שהוחזק לאיש אמת בהדיא קאמר שהתובע הולך אחר הנתבע ואפי' בעיר אחרת ואפי' כשב"ד שבעיר התובע גדול מב"ד שבעיר הנתבע וא"כ בנד"ד הכי הוה להו למעבד ומה גם שהן אב ובן ואפי' שהיה האב תובע צריך הבן ללכת אחריו משום כבוד אב להדיין בעירו וכדכתב הטור י"ד סי' ר"מ ולא לעכב ממונו ללא דבר:

ושמא תאמר הרי מהר"יא ז"ל בכתביו סי' ס"ד תלה הדבר בראות עיני הדיינין ואמר אבל לעכב הממון עד אשר יעשה דין עבדינן אם עיני הדיינין רואות שיש צורך וכן בעל המפה סי' ע"ג דנראה דהכל תלוי בראות הדיינין ורצונם וא"כ בנד"ד דהב"ד גזרו כך שפיר דמי הא ליתא דמ"ש בעל הכתבים ראות הדיינים לאו כעין שודא קאמר אלא אם ראו אמתלא וזהו ראותם שהרי כתב כדכתב אשירי לעיל ודברי הר"אש אינן אמורים אלא באמתלא ועוד דהתם מסיק וז"ל ונד"ד הדבר ידוע שאם היה צורך לילך אחריך לפרא"גה אשר אתה שם לרב ומנהיג שהיה קשה להביאך בדין אא"כ לדעתך ורצונך ע"כ ושם פירש כמה דברים עשה הנתבע ההוא מכח ערכאות מורים בקשיות ערפו מלהדיין שם ולכן אמר שהעכוב היה נאות כפי הדין משום דהוה לא ציית דינא אבל בלי שום סיבה ואמתלא אפילו שיראה כן בעיניהם לפי רצונם לאו כל כמיניהו לעשות עכוב בלי טעם ודבר זה מוכרח בדבריו כי היכי דלא תקשי מהכא למה שכתב בת"ה וכבר הזכרנוהו לעיל דעכוב

בלי אמתלא הוא הכרת פנים ושרבוב המנהג וכן נמי תפרש לשון בעל המפה דמניה גמר להו וכמו שרמז במורה מקום שמן הכתבים למד כן ונמצאת למד לפי זה דכל הפוסקים שוים דאין לעכב ממון הנתבע בלי שום אמתלא וא"כ יש להפלא על בית דין גדול ועצום כזה איך יצתה גזרתם לעכב ממון שמעון בטענה ריקנית בוקה ומבוקה שטען יוסף ואני בער ולא אדע:

ואף אם תמצא לומר מה שאינו ותאמר ששורש דבר נמצא בו בעכוב זה על פי שום אמתלא וכיוצא בה והוא עשוי בענין הנאות והראוי מ"מ אינו במקום הראוי שהרי דרך העכוב הוא שמעכבין ממון הנתבע במקום שהוא ואין מזיזין אותו ממקומו עד יתברר הענין ולשון עכוב מורה על זה כלו' שמתעכב שם הממון במקום שהוא אבל היכן מצינו בעיכוב שמוציאין הממון מיד שהוא ומפקידים אותו ביד אחר והלא כל הפוסקים סתמן בלשון עכוב כפירוש זה ויותר מבואר כתבו מה"רי בכתביו שם שכתב וז"ל יכולין ב"ד לעכב ולצוות הממון ולשנא דלצוות הוא שמצוים הנפקד שלא יוציא כלום מידו וכן פירש דבריו בנמשך ממנו וז"ל אבל לצוות הממון במקומו שהוא מונח כדין וכו' ע"כ הנה באר בפירוש שהעכוב הוא שיהיה מונח במקומו ומנה לא יזוז ולישנא דלצוות נמי נקטיה בעל ת"ה ויהיה הפירוש בדבריו כך דאינו מחוסר אלא צווי אבל לא לשנותו ממקומו והרב המב"יט כתב לעכב ממון ביד מי שהם על תביעות שיש לו עמו עכ"ד נראה דדוקא העכוב הוא ביד מי שיש בו הממון וכן הוא מורה לשון הרב מהר"י אדרבי ז"ל וז"ל הרי שאין להדיין לעשות כי אם לעכב הממון ביד מי שהממון בידו אבל לא להוציאו מידו ולהחליטו ביד התובע ע"כ שפירש בהדיא ביד מי שהממון בידו ולא להוציאו מידו וגם דכתב בסוף ולהחליטו ביד התובע תרתי קאמר לא זה ולא אותו דאל"כ קשיא דיוקא אדיוקא אלא כוונתו לומר לא להוציאו מיד מי שהוא הממון כלל וכל שכן שלא להחליטו ביד התובע וכיון שכן אף על זה יש להפליא איך החלטו המאמר בגזרתם להוציא הממון מיד ראובן ולהפקידו ביד הפקיד אם היה הדבר עד שיתברר אם שמעון חייב כלום לבנו אם לאו היה להם לעכבו ביד ראובן ומשם יבוא לידי ברור:

ולא תימא דשייך הכא טעמא דכתב הר"אש בפסקיו ובכלל צ"ז דדין הוא מי שמבזבז ממונו שב"ד מוציאין הממון משום השבת אבדה ולא מטעמא דלשון בזבוז אמינא לה שפירוש מכוין לבזבזו כי האי דהמבזבז אל יבזבז יותר מדאי ומונבז בזבז אוצרות כדכתב רש"ל ז"ל בס' ים של שלמה דנהי דצריך כוון לבזבז להוציאו מידו היינו דוקא בתוך זמנו אבל הכא דכבר עבר זמנו אפי' דאינו תוך זמנו אלא ירידה מממונו נימא דמוציאין. אלא דראובן זה ח"ו אינו מכלל היורדים אלא עוסק במשאו ובמתנו ולא יגרע ממנו דבר מאז

ועד עתה ויש לו כמה קרקעות ולא אמרו כן אלא במי שאין לו קרקע כדכתב הר"יף והרש"בא בתשו' סי' תתק"ח אבל אי איכא נכסי דסמיך עלייהו לא ומה שהוא מובטח בכמה בטחונות ומשכונות קרקע וערבים כנודע ואחר שכן ואין חשש לבזבוז נכסים דלימא אדהכי והכי ליכא לאשתלומי מנך למה גזרו להוציא הממון מידו ומה מידו יקחו:

ואחר שנתבאר באמת שעכוב זה אינו כדין נמצאו א"כ טענות שטוען יוסף בן שמעון מונחות על קרן הצבי ותמה הבל אם הראשונה שטען שבכתב הראשון מהעכוב חתמו כל החכמים ובכתב השני מבטול העכוב לא חתמו כי אם מקצתם אין זו טענה דלא ימנע מחלוקה אם כשחתמו גזרת העכוב היה להם איזו אמתלא או לאו אם תאמר שלא היה להם שום אמתלא כבר בארנו שאין בעכובם כלום וא"ת שהיה להם שום אמתלא ששמעון אלם היה ולא ציית דינא וכך היו חושבין ואח"כ בא כתב מחכמי ויניציא ששמעון ציית דינא ועל זה נתחרטו ממה שעשו מקצתם וחתמו הגזרה השנית הלא גם השאר ג"כ אני אומר שכשמעם כן גם הם יודו לבטל העכוב דלא חיישינן לב"ד טועים ומה שלא חתמו לא אסתייעא מילתא ולהג הרבה ויגיעת בשר הוא לישא וליתן בסתירת טענה הלזו שמעצמה נופלת כאלה נובלת עליה ואין להתוכח עליה:

גם הטענה השנית שטוען יוסף בן שמעון שראובן נתחייב בקנין ושבועה למסור הסחורות ועכשו שלא מסר נמצא עובר על השבועה והקנין דא נמי מצדה תברה וממקום שבאנו מעקרא דכיון דעכוב זה שלא כדין ומדינא לא קא מיחייב ראובן להוציא ממון זה מידו כמו שבארנו א"כ נימא ממון אין כאן שבועה אין כאן שהרי כתב הרב מוהרי"בל בח"א סי' ע"י על מי שנתחייב בדבר שאינו קצוב בשבועה ופסק דכיון דאגלאי מילתא דלא היה חייב מן הדין משום דיכול לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו דחיוב בדבר בלתי קצוב אינו חיוב והיה נפטר בזה מן הממון א"כ השבועה גם כן נפטר ממנה שהיתה בטעות שמה שנשבע לא היה אלא מפני שחשב שהיה חייב מן הדין באותו הערבות ומה שנשבע הוא לזרז עצמו על הפרעון וכיון דחיוב אין כאן שבועה אין כאן ע"כ ובח"ב דף קס"א כתב על מי שתבע לחברו בדין על חזקת חנות שקנאה ממנו בקנין ובשבועה ופסק דלא קנה מחמת הקנין וכיון דמחמת הקנין לא קנה גם מחמת השבועה לא אלימא לאקנויי ואם לחשך אדם לומר נהי דלא קנה כיון דהויא פלוגתא דרבוותא ויכול לומר קים לי כהני מ"מ חייב לקיים שבועתו גם בזה יש לדון וכבר בא מעשה לידינו בכיוצא בזה וכתבתי פסק עליו ובנד"ד כיון דכן הוא אמרינן דלא נשבע אלא בהיותו חושב שהוא מחמת קנין וכיון דקנין אין כאן מחמת הקנין שבועה נמי אין כאן עכ"ל. גם הרב מהר"שך בח"א כתב סי' יו"ד על חיוב נעשה בקנין ושבועה ומן הדין לא היה החיוב חיוב

ופסקו ז"ל אך אמנם מאחר שנעשה החיוב בשבועה היה מקום לספק שראוי להחמיר בספק שבועה אלא שגם לזה יש להקל דכיון דמדינא אינו מתחייב ליתן מטעם אוקי ממון בחזקת מאריה גם מן השבועה אינו חייב לפרוע דלא נשבע לפרוע אלא מה שהוא מחוייב מן הדין עכ"ל וסמך שם לענין זה על דברי הרב מהרי"בל ואמר שיש בזה לסמוך עליו להקל:

ומורי הרב מוה"רי מטראני ז"ל בתשו' סי' ס' כתב על מי שנתחייב בקנין ושבועה וזה לשונו ומעתה הואיל ונפטר הר' משה מן הדין כדכתבינן גם מן השבועה נפטר לגמרי שאין השבועה אלא מה שנתחייב בדין ע"כ וכתב עוד בשם מה"רי קולין ז"ל שכתב פ"ה דכיון דמן הדין אינו חייב ליתן גם מן השבועה פטור דאין השבועה אלא לזרז הפרעון וכיון דפרעון אין כאן שבועה אין כאן נמצינו למדין מהני אשלי רברבי שכשאדם מתחייב ונשבע על איזה דבר ואותו דבר לבסוף אינו עולה בדין אמרינן ממון אין כאן שבועה אין כאן כיוצא בנד"ד כיון דעכוב זה אינו מן הדין כלל ואמר שכל מה שנשבע ראובן הוא בחשבו שהיה העכוב כדין בפרט שרואה כמה חכמים גוזרים כן אבל כיון דלבסוף אינו כדין פטור מן השבועה דיאמר ראובן אדעתא שהיה העכוב כדין נשבעתי:

ואל תשיבני מה שכתב הר"אש ז"ל במי שהקנו לחברו דבר שלא בא בעולם ונשבע שאע"פי שאינו חייב מן הדין שחייב לפרוע מחמת השבועה גם הרי"בש בסי' של"ה כתב בענין אסמכתא דאע"גב דמדינא לא קנה מ"מ חייב לקיים שבועתו שהרי נרגש הרב מהר"יבל כבר מזה לנדון דידיה וחלק דשאני אסמכתא ודבר שלא בא לעולם כיון שהם דברים ידועים לכל שאינו חייב עליהם משום הכי כשנשבע ודאי לחייב את עצמו נשבע דאל"כ למה נשבע אבל בענין דבר קצוב דלאו כ"ע דינא דהרמ"בם דאינו חיוב גמירי אמרינן דפטור מן השבועה משום דהשבועה היא בחשבו שהדין כך וממון אין כאן שבועה אין כאן אמור מעתה גם בנד"ד כיון דראובן זה לא היה יודע שעכובו היה שלא כדין מאחר דחזי רבני מתא מחייבי ליה מפני זה נשבע אבל השתא דידע שהיה שלא כדין נמצאת שטעה בשבועתו וכיון דנפטר מן הדין פטור נמי מן השבועה:

שוב ראיתי בדברי מורי הרב ז"ל הנז' שם בתשובה שחלק בין הנדון ההוא שלו לדבר שב"ל ואסמכתא דבשלמא הנהו הדבר גורם בטול ההקנאה מעקרא שם היו והם אסמכתא ודבר שלא בא לעולם ואע"פי כן נשבע אבל נדון שלו דבר הגורם בטול ההקנאה אח"כ נתחדש וא"כ יכולין אנו לומר דלא על דעת כן נשבע וכיון שחיוב אין כאן שבועה אין כאן וזה החיוב שייך ומועיל לנדון שלנו ג"כ דבשעה שנשבע ראובן עדיין לא נתחדש

כתב חכמי ויניציא אומרים דשמעון ציית דינא וזה מבטל העכוב ולהכי נשבע אבל אחר שנתחדש זה וליכא עכוב מן הדין עכוב אין כאן:

ואעג"ב דהרב מוהר"שדם בכמה תשובות והרב מוהר'שך וגם בעל בני שמואל בסי' יו"ד והרב מה"רר אברהם ן' יעייש בתשובה כ"ו חולקים הם על הרב מוהריב"ל בדין זה נראה דאינן חולקים אלא כשהטענה הוא משום קים לי דאיכא ספקא בדינא וספק שבועה להחמיר אבל כשהטענה הי' דאינו כדין כ"ע יודו בזה ודוק ותשכח בדבריהם הרשד"ם ח"ב סי' כ"ז כתב וז"ל ועוד ראיה לזה שהרי כתב מוהרי"ק בשרש כ"א וז"ל כל היכא שיש פרעון מן הדין יש שבועה וכל היכא דאין חיוב מן הדין אין שבועה ש"מ כיון דנשבע ואלו לא היתה שם שבועה לא היה מחוייב מן הדין גם מן השבועה פטור וכן בנד"ד ע"כ נראה שאפי' שהוא חולק על הרב מהריב"ל כשבא מטענת קים לי מ"מ כשהחוב מן הדין פטור ממנו מודה שפטור מן השבועה ועיין במה"רי אדרבי ז"ל סי' שי"ט:

והרב מוהרש"ך בס' בני שמואל סי' יו"ד ובח"א שלו סי' קכ"ד כתב וז"ל עוד אפשר לומר דנהי דלענין תביעת ממון אמרינן קים לי מ"מ לענין שבועה כה"ג איכא לאיפלוגי לסברת הר"י הלוי דס"ל דאע"גב דטענת מגו חשיבא לאפטורי מממון מ"מ לאפטורי משבועה לא חשיבא וא"כ אליבא דידיה נראה דלא יוכל הנתבע לפטור עצמו משבועה מטענת קים לי דלא דמי לתביעת ממון ובסי' ס' מח"א ג"כ כתב וז"ל ואומר דמילתא דפשיטא דבכל דבר דלא יספיק ויועיל קנין לגמור הדבר ולקיימו דהיינו מידי דאסמכתא ודבר שלא בא לעולם ונשבע לעשות מחייבין את הנתבע לקיים שבועתו אף שאינו מחוייב מדין הקנין ע"כ הרי דאי מחייב בתשובה הראשונה מטעם השבועה הוא כשהטענה היא מטעם קים לי דומיא דמגו כדקאמר וגם בתשובה השניה דמחייב הוא לאסמכתא ודש"בל אבל היכא דאינו מחוייב מן הדין חדא דאינו ספק שבועה להחמיר ועוד דאינו כמו דש"בל ואסמכתא דכ"ע ידעי שאין בקנינם כלום ובודאי היכא דנשבעו לקיים הדבר נשבעו דאל"כ למה נשבעו התם ודאי יודה הר"שך ז"ל דפטור מן השבועה ג"כ:

והרב בעל בני שמואל סי' יו"ד כתב וז"ל דזה לא נשבע אלא כל כל זמן שיהיה חייב וכיון דאינו חייב בטענת קים לי נתבטלה שבועתו אלא שאין דעתי נוחה בזה להקל בענין שבועה מטעם זה דבשלמא בנדון של הרשב"א דליכא חיוב כלל אליבא דכ"ע נתבטל הדבר שבגללו נשבע ולכך נתבטלה השבועה אבל בנד"ד מי יימר דנתבטל הדבר שבגללו נשבע כיון שיש פוסקים סוברים שלא נתבטל דהא דפטרינן ליה מפרעון הוא מספקא ומספקא לא מפקינן ממונא ועוד דטעמו של הרב מוהרי"בל הוא משום דלאו כ"ע דינא דהרמ"בם גמירי וא"כ אנן נמי נימא דלאו כ"ע לאו דינא דהרמ"בם ז"ל גמירי

דאיכא דגמיר ואיכא דלא גמיר ועל הספק בכל אדם אזלינן לחומרא שמא הוא מאותם דגמיר דינא דהרמ"בם ע"כ הא קמן דבין לטעם הראשון בין לטעם השני לא חייב אלא היכא דהדין ספק אבל היכא דהדין ברי דהחיוב לא היה כדין פטור גם מן השבועה יודה דפטור:

והרב מה"רר אהרן ן' חסין ז"ל בס' משפט צדק סי' ב' כתב וז"ל אחר שכתב דברי מהרי"בל במי שחייב עצמו בדבר בלתי קצוב אמר ולא הודו לו כל סיעתו ויש לדון הרבה שאין הנדון דומה לראיה דלא גרע מספק שבועה דאזלינן בה להחמיר ובשמיטה שאני דאליבא דכ"ע פטור מן הממון לא כן המתחייב בדבר שאינו קצוב דאיכא מחלוקת ומ"מ כיון דיצא הדבר מפה קדוש וגם בח"ג ראיתי שמחזיק בסברא זו אין ספק כי הסומך עליו אינו ראוי לקרותו עבריינא עכ"ל ומלבד דמדבריו אחרונים כבר למדנו לנד"ד דאין ראובן מקרי עובר על השבועה כמו שטוען יוסף בן שמעון עוד זאת זכינו לדין מדבריו הראשונים דמה שיש לדון על דברי מהרי"בל ולחלוק עליו היינו משום שהוא מטעם קים לי שהוא מחלקת אבל כשהוא פטור אליבא דכ"ע פטור מן השבועה נמצא דאפי' לדעת החולקים על מהרי"בל ז"ל אינן חולקים אלא בענין קים לי אבל בנד"ד יודו דכיון דמן הדין העכוב אינו עולה השבועה ג"כ אינה שבועה ופטור ראובן ג"כ מן השבועה אליבא דכ"ע:

ובחפשי אמתחות שיחות הפוסקים בענין זה מצאתי און לי תשו' למהה"רי אדרבי ז"ל סי' ס"ג דומה באופניו לענין שאנו בו וז"ל ראובן תבע שמעון ואמר לו לוי בעבר לים ושלחתי לו כ"כ סחורות ועתה לוי ירד מנכסיו ואין יכולת בידו לשלוח לי כדי הסחורות ששלחתי לו ובידך מנכסי לוי תנם לי ושמעון טען שאין לו מנכסי לוי ובאו לב"ד עד שהביא לשמעון במצור ובמצוק ואמר שמעון יש מעות מלוי שנתתים ביד שלוש והשלוש ההוא רוצה לעכבם בשביל חוב שיש לו אצלו אעשה השתדלות לגבות הסחורה ההיא ואתננה לך ונתפשרו כן שיתן שמעון לראובן אותה סחורה או שווי הסחורה אשר החזיק השלוש ההיא ועל זה נשבע שמעון ונטל קנין ופסק הרב הנז' שאינו חייב כלום עד שיבוא לוי לעמוד בדין עמו ואע"פי שנתחייב בקנין ליתן לו הוי קנין בטעות ואע"פי שנשבע אינו חייב כי לא חל חיוב השבועה כי אם במקום שחייב ממון מן הדין וכיון שחיוב ממון אין כאן חיוב שבועה אין כאן שאין השבועה מוספת חיוב כי אם מזרזת הפרעון במקום שיש חיוב ממון כדכתב הרש"בא בתשו' סי' תשפ"א וגם מהרי"ק שרש פ"א עכ"ל הנך רואה דנדון זה דומה בדומה לנדון שלנו ומשם תדין ותלמוד דאין לראובן חיוב שבועה כדכתיבנא:

ותו איכא טעמא אחרינא בנד"ד דידים מוכיחות שכשנתחייב ראובן למסור הסחורות היה על דעת שיתן לו הפקיד כתב קבלה דא"לכ יפרע בשני המקומות וא"כ עכשו שלא רצה לתת לו כתב קבלה אינו חייב לאבד ממונו בידים ולהשים מעותיו על קרן הצבי ואדעתא דהכי לא נתחייב ודאי שאם היה עולה זה בדעתו לא היה מתחייב וכיון שכן אזל ליה חיוב והשבועה וכמו שכתב הרב מוהר"שך ז"ל ח"א סי' קכ"ז וז"ל וראובן כשנתחייב אדעתא דהכי שיתן שמעון מה שצריך להוצאתו נתחייב אבל בלאו הכי לא נתחייב וגם אין מכח השבועה חייב לשלם דכיון דמכח הדין אין לחייבו ויכול לו' אדעתא דהכי לא נתחייבתי ג"כ יכול לומר שהשבועה לא היתה רק להשלים ולקיים מה שיתחייב מן הדין והשבועה אינה מוספת חיוב כמו שכתב מה"רי קולון ע"כ התבאר מזה דאין השבועה מוספת לקיים החיוב אלא כשהחיוב עולה בדין:

מעתה כיון שנתברר שעכוב זה בטל מעקרו ועל דברת שבועת האלקי"ם והקנין הוכחנו שאין כאן קנין ואין כאן שבועה שוב אינו צריך להשיב לשואל בקיום טענות ראובן אם הוא נאמן אם לאו שכבר חלף הלך לו החיוב והשעבוד והשטר פורח באויר והרוח באה ועוקרתו ואחר ששטר אין כאן נאמנות או הפכו מאין ובהא סליקנא ונחיתנא דראובן זה מהטעמים הנז' פטור מאותו החיוב והשעבוד והקנין והשבועה שנתחייב לפקיד הנז' כמו שנתפרש באר היטב ומה גם כי יודע כל שער עמנו כמה מהאונס הגיע לראובן באותו פרק ואולי שרבני העיר יע"א גם הם היו מעושים על כך ולכן הפריזו על המדה לפי שעה וסוף סוף האמת מתבררת ועולה היא למעלה ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת כה מעתיר אני הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זל"הה.

דברי החכם השלם זה סיני הפוסק נר"ו אינן צריכין חזוק והמעשה הזה כבר בא לידי לשעבר וזכרנו שבזמן שנעשה כתב העכוב הבא בשאלה צוחתי ככרוכיא לעכב את חתימתי ואע"פי שבאותו פרק היה יוסף בן שמעון הנז' וסיעתו נותנים אמתלאה לדבריהם שאם היו מאמצים להוציא את הממון מיד ראובן היה הכל הולך לטמיון ולא ימצא שמעון בעל הממון לגבות את חובו מיד ראובן עם כל זה מדעתי את יוסף בן שמעון הנ"ל כי קשה הוא ובעל תחבולות הייתי חוששני לו לעכב את חתימתי עד שיביא ראיה מאביו שמעון בעל הממון ולא עלתה לי מפני שרבו עלי חברי ויד מי שתקיף ממני והוכרחתי לחתום על הכתב ולא מלבי ובחמלת ד' עלינו שלא יצא דבר בלתי מתוקן לא היו ימים מועטים ובא לנו כתב משמעון אביו בעל הממון ונתבררו ונתלבנו הדברים דיוסף בנו היה מהדר כתב זיופא נגד רצון אביו ובטלנו את העכוב ובהתבטל הסבה

נתבטל המסובב והקנינים והשבועות הבאים בשאלה וכמו שיפה הוכיח החכם השלם הפוסק נר"ו וכל דבריו האמת והצדק הצעיר יום טוב בן יעיש זלה"ה:

סימן ט

הלכות שטרות. על פסק החכם כ"מ שמואל ן' חביב נ"רו נכדו של מוה' זרחיה גוטה ז"ל:
גם כי אזקין וכחי עתה כשל בעוני. גם שיבה זרקה בי ע"י החלשת הכח שלא בזמני. ואני כמעט נטוי רגלו מגדר הבריאות קדמוני ימי עוני. ולבנון אין די עולה לברר וללבן הדברים כאשר הייתי בימי חרפי בימי לבוני. עם כל זה אינני יכול לפטור עצמי מן הדין הזה כיון שבא לבית מלוני. ונטתי אז אל דברי חביבי דחביבותיה גבאי רביד על צואר וחותם על יד ימיני. חוטר מגזע היחס שלשלת יוחסין ממשפחת הדני. מלא חכמה וכליל יופי הפוסק החכם השלם ושלמה משנתו באשר על ידו השני. שמח לבי באמרותיו ותעלוזנה כליותי נפשי ובטני. כאשר שמעתי אמריו הנאהבים והנעימים שמים מר למתוק אפי' עץ הרדפני. אז אמרתי שצדק מאמר החכם אשר יאמר משל הקדמוני היא מעלת האב לבן נוסעת אביו הראשון היא עדינו העצני וכו' אור לישרים יושב בשבת תחכמוני. בזאת אני בוטח ושמתי בטחוני בקוני. גם הוא יגדל ועשה פרי למעלה להיות ממלא מקומו לרעות ביעקב עמו. ויקוים בו מקרא שכתוב על הנביא אשר קורא בשמו ויגדל שמואל וה' עמו:

ולמה שערבו לחכי אמריו ולי מה יקרו מאמריו הריני משתעשע בדבריו ואני אבוא אחריו ומלאתי את דבריו והנה תחלת דינו ומשאו ומתנו הוא על היות שטר זה שעבר זמנו זמן רב וזהו לשונו ונסתפק בזה השטר שלשה ספקות לאורועי שטר זה דלא מגבי ביה ודלא למקרעיה והג' ספקות הם אלו הא' בעבור שהוא שטר ישן ומתורתו של הר"אש למדנו שצריך הדיין לחקור הרבה למה לא גבה בו כ"כ זמן ע"כ. ולא ידעתי במה יפול הספק דלא למגביה ביה והלא הר"אש לא אמר אלא לענין דרישה וחקירה לראות אם יש צד רמאות בו וכיון שהיה רואה שאין בו צד רמאות ודאי היה מגבה בו כמו שכתב שם באותה תשובה מה שרצית לפסול השטר מפני שלא הוציאו בחיי אביהם אין זה טענה לפסול שטר זה בכך אמנם אם יראה לדיין שהוא דין מרומה וכו' וכן אני עושה כשמביאים שטרות ישנים אני חוקר ודורש אם יש אומדנא דמוכח שיש בו צד רמאות וכו' דמשמע דלענין דרישה וחקירה נאמרו דבריו. אבל בשלא היה בו צד רמאות. לא מפני שלא תבע המלוה זמן רב יפסל השטר דלא למגביה ביה וכדכתב הרב בעל דברי ריבות ז"ל בסי' ק"ט וז"ל וכ"ת הרי שטר זה הוא ישן נושן וכו' וכמו שכתב הר"אש וכן אני

עושה כשהיה מביאין לפני שטרות ישנים יש לו' שלא בשביל היות השטר ישן הוחזק בו צד רמאות שהרי כתב הטור בסי' צ"ח כשהמלוה מוציא שטרות מקויימים אנו אומרים ללוה זיל שלים אפי' שהה כמה שנים ולא תבעו וכן נראה מלשון הר"אש שאמר היות שטר ישן אפשר להיות מרומה ואפשר שלא להיות מרומה וכו' הרי ששטר זה ישן נושן ולא מחזקינן ליה למרומה ע"כ א"כ כל עצמו של הר"אש אינו אלא לדרוש ולחקור בדבר אבל סוף סוף כי לא היה מוצא בו שום מרמה היה מכשירו וא"כ מאיזה צד נאמר דלא למגביה ביה כשלא היה מוצא בו צד רמאות.

ועוד שעקר טעם הר"אש ז"ל בדרישה וחקירה זו הוא כדכתב בכלל פ"ה סי' יז וז"ל אם שטר ישן הוא כמו שרגילין בארץ הזאת להוציא שטר ישן נושן לבי נוקף תמיד עליהם ואמתלאה גדולה היא זאת אם לא היה תחבולה למה שמניח זה ימים אם לא כדי שתשתקע ותשתכח התחבולה ואז יוציאנה ע"כ וכיון שכן כל שיש אמתלא וטעם למה לא תבעו לו זה השטר כי נד"ד שהיו יתומים ובארץ רחוקה וגם בזמן אביו נודע שהלוה רוב הזמן היה הולך מחוץ לעיר וטענות רבות אחרות שיש שאביו ז"ל היה איש אמוד וטרוד בעסקי רבים כנודע וליכא שום תחבולה בדבר ודאי דמגבא גבינן ביה ולא משגחינן לאחור הזמן וכדכתב הרי"בש בסי' ק"ד וז"ל שאר הטענות שביניהם כגון מה שטען שמעון איך שתק ראובן מלתבעו כל כך זמן הרב טענות של הבל הם ולאפס ותוהו נחשבו לו ואינן כדאי להוסיף בקיום החוב או לגרוע ממנו ע"כל א"כ הכא נמי בנד"ד כיון דלא נתברר שום תחבולה אלא אדרבה יש טענות ואמתלאות לאחור התביעה הדין נותן דמגבינן ביה ומה גם דאפי' לא לא היינו מוצאים אמתלאה לאחור התביעה סוף סוף מידי פשרה לא נפקה ואין השטר נפסל כדכתב הרב מהרש"דם בח"מ סי' שס"ז בס"ד וז"ל ואם לא ימצאו טעם למה האריך כ"כ זמן ולא תבע יעשו הב"ד פשרה קרובה לדין ע"כ וכיון שכן הכא בנד"ד לית דין ולית דיין שיאמר דלא מגבינן ביה ומה גם שיש טעמים רבים כאמור ואי לאו דמסתפינא הוה אמינא דאפי' דרישה וחקירה בנד"ד לא צריכא שהרי כל האחור שאנו טוענים ודאי אינו לאחר שמת המלוה שהרי יתומי' קטנים היו ובארץ רחוקה כמו שאמרנו ולא היה כח בהם לעמוד במלי דאבוהון אלא הטענה היא משעת זמן הפרעון עד זמן מיתת המלוה שזה השעור הוא מ"מ ארבעה שנים דל מהכא שנה אחת שהמלוה הלך לו מחוץ לעיר ונתעכב שם כמבואר בשאלה א"כ נשארו שלשה שנים ששהה מלתבעו וזה הזמן לגבי העיר הזאת בזמנים אלו אינה שהיה גמורה כי רוב השטרות שקובעים זמן שבעה או שמנה חדשים כשטר הזה עובר אליהם תמיד זמן הרבה אפי' בטובים שבהם כל שכן שהגלגל כאן מתגלגל בחפזה ובין חוב לפרעון

עולים ויורדים מנכסיהם וגם שטבע המשא ומתן בזמנים אלו בעיר הזאת היא לומר לך ושוב ולא במהרה ינתק חובם מעליהם ולפי זה אין האחור הזה כדאי אפי' לעשות דרישה וחקירה ומה שכתב הר"אש שהיה לבו נוקף והיה חוקר לדרוש הדבר היינו באותם הזמנים ובאותם המקומות שהיה זמן פרעונם מצומצם ולא היו מעבירים עליהם דרך הפרעון מן הכתוב בשטר כי היה זאת להם ללעג וקלס כמו שהיה ג"כ זה בעיר הזאת בזמנים החולפים ויש לדקדק זה מלשון הר"אש ז"ל שכתב במה שזכרנו מדבריו בכלל פ"ה אם שטר ישן נושן הוא כמו שרגילין בארץ הזאת להוציא שטר ישן נושן וכו' ומלות בעיר הזאת מאי עבידתיהו אם כונתן לומר שרגילין שמה לתבוע השטרות הישנות והלא בכל הארצות ג"כ אינן נמנעין מלתבעו ואם כונתן לומר שרגילין שם שלא לתבוע ומתישנין השטרות ואח"כ מוציאין ותובעים הא נמי תברא דכיון שרגילין כן ורביתיהו בכך אמאי לבו נוקפו זו היא דרך ומנהג העיר אלא ודאי דבעיר הזאת בא לומר ששם בעיר הזאת כי היה להם אמונת עתם בפרעון מצומצמת ולא היו מאחרים זמן רב לפרוע כשהיה יוצא שטר ישן היה חוקר ודורש ומנה שבמקום שרוב עסקם בכך אפי' דרישה וחקירה אינו מוכרח. ועוד יש לדקדק מלשון הר"אש ואפי' בימים ההם ובארצות ההם צריך שיהיה השטר ישן נושן שמשמעותו ישן הנה יותר מכשעור העולה לנו בכל זה דטענת אחור התביעה בנד"ד ליכא והשטר על עמדו יעמוד ומגבינן ביה:

והנה נלך אל הטענה השנית וז"ל נסתפק על מה שכתוב בשטר שהחוב הוא מפ' וב' גבירי וינציאה וא"כ מצי למטען הנתבע לאו בעל דברים דידי את ועל זה השיב יוסף דאדם עשוי שלא להשביע עצמו וכיון שתחלת השטר נכתב על שמו של אביו מה שכתב לבסוף הוא שלא להשביע את עצמו ע"כ ועל ידו החזיק החכם השלם נר"ו דטענת השבעה טענה מעליא היא ואפי' בכתב וכדאשכחן בהר"אש שכתב כלל ס"ח על ראובן שנפטר ונמצא כתוב בגב אחד משטרותיו מכ"י שחצי אותו השטר הוא של גיסו דאין כלל לגיסו מאותו שטר דשלא להשביע את עצמו עשה כן ואפי' שהר"אש עצמו בכלל ס"ה כתב נראה דכיון דאיכא כתב ידו לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו כבר חלקו הפוסקים והתם מיירי הרא"ש כשכתב הא' יוצא מתחת ידי אותו האיש שכתוב על שמו אבל כשהוא יוצא מתחת ידי עצמו אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ואפי' קודם חתימת העדים זהו כללות דברי החכם השלם הפוסק נ"רו:

הן אמת שבענין זה נאמרו בו כמה חלוקים אם החלוק הנז' דשאני בין שהכתב יוצא מתחת ידי עצמו להיכא שכתב יוצא מתחת ידי אותו שכתוב בשמו כמו שחלק בעל המפ"ה ובעל בית חדש ז"ל וזולתם מגדולי האחרונים ז"ל ומהם חלקו דכאן בשאמרו דרך

הודאה וכאן כשכתבו שלא בלשון הודאה ומהם חלקו דכאן כשהיה יכול דרך אמירה ולא אמרו אלא טרח וכתב אין אומרים טענת השבעה אבל כשהכתיבה היא האמירה ולא סגיא בלאו הכי אומרים טענת השבעה ומהם חלקו דכאן כשאמרו בפני מי שאומר שהממון שלו וכאן שאמרו שלא בפניו הנה החלוקים האלה ארבעתם נמצאו בספרי הגדולים מהאחרונים ולפי החלוקים האלה הנזכרים שייך שפיר טענת השבעה בנד"ד שהרי הכתב הזה אינו יוצא מתחת ידי אחר אלא מתחת ידי היורש דהיינו הוא עצמו וגם שלא נכתב בלשון הודאה לומר פ' הודה אלא והם נכסי גבירי ויניציא ועוד דלא טרח לכתוב דמוכרח היה לכתוב שטר חוב על החייבים ואגב חדא תרתי גם שהיה שלא בפני אותם האנשים שנכתב על שמם וכיון דאיכא כל הני טעמי בנד"ד שפיר מצינא למימר טענת השבעה בנד"ד כדכתב החכם השלם הפוסק נר"ו אבל מה נעשה ביום שידובר בו שאר החלוקים הבאים בספרי הגדולים גם החלוק שחלק הרב בעל גדולי תרומה דמה שכתב הר"אש דאין אומרים טענת השבעה הוא כשכל עצמו של שטר הוא על ענין ההודאה אבל מה שכתב דאומרים טענת השבעה שהוא שעקר השטר על החוב אלא שמדי עברו כתב חציו לפלוני ולפי זה בנד"ד שעקר השטר הוא על החוב הנז' שהוא מגבירי וינציא אפשר דלא אמרינן ביה טענת השבעה וגם לפי החלוק שחלק הרב מה"רם אלשיך בתשובה דמה שכתב הר"אש דאמרינן טענת השבעה היינו משום דמה שנמצא כתוב הוא הפך השטר והפך מה שמעידים העדים שהם העידו שהוא המלוה והוא כתב ע"ג שחציו של פ' לפיכך אין לנו אלא עדות העדים והוא אמר כן דרך השבעה אבל בדליכא הוכחה איפכא וכותב הוא כל כי האי לא עביד אינש שלא להשביע את עצמו ע"כ יש לאומר שיאמר דבנד"ד דליכא הוכחה איפכא שהרי בשטר עצמו העדים עצמם אומרים שהם מפ' ופ' לא שייך טענת השבעה ואף גם זאת לפי מ"ש הרב הלוי בתשו' י"ט בשם רש"בם דאין אומרים טענת השבעה אלא במלוה אבל בפקדון אין אומרים הכא נמי בנד"ד שהם פקדון ולא הלואה שאם היה הלואה מה לו לכתבו בשטר זה אלא הוו פקדון וא"כ אפשר נמי דלא שייך טענת השבעה באופן שלפי כללות החלוקים אשר חלקו הפוסקים בשתי תשו' הר"אש הנז' יש מהם מחייבים דבנד"ד איכא טענת השבעה ויש מהם שוללים דליכא למימר טענת השבעה ולכן הנאות אצלי לדחות טענה זו לרוחא דמילתא דכיון דאם אביו חי היה נאמן לו' פרעתי דלא עדיף זה מכתב ידו של אדם דנאמן לומר פרעתי כפי הסכמת הפוסקים זולת הר"ח והרמ"ה ונדחו דבריהם דאע"ג דהכא כותב בשטר שהם של פלוני ופלוני אין עיקר השטר על זה אלא על החוב שחייבים השותפים הנז' בשטר ודרך העברה אומר שהם מנכסי פלוני וזה ודאי גרע מכ"י של אדם

ששם הוא מודה ומתחייב על כך וכיון שכן א"כ כיון שאם היה אביו חי היה נאמן לומר פרעתי ובשבועה השתא דמית מלוה טענינן ליורשי דפרע אבוהון וכדכתב הטור בסי' ס"ט מי שהוציא כתב יד הלוה על יורשיו אע"פי שמודים שהוא כתב יד אביהם אנו טוענין להם שפרוע הוא וזו הוא שכתב הר"אש בכלל ס"ז ראובן כתב ידו של שמעון על יורשיו וכו' הדין עם היורשים ואם היה אביהם קים היה נשמע והיורשים פטורים בלא שבועה דלא נתקנה שבועה אלא בין טוען לנטען ולא ביורשים וכו' וא"כ אפי' תימא בנד"ד דדייניגן ליה כדין כתב יד הרי אם היה אביו חי נשבע והשתא דמית אביו הן פטורים בלא שבועה וכל זה הוא במונח אם היו תובעים גבירי וינציא מה שאין כאן כלל מזה כאשר שמענו כן ראינו מימי עולם בתוך הסוחרים שהפאט"יריש כלם כשמוכרים נכסי המשלח להם מחוץ לעיר כותבים והם מנכסי פלוני והם שולחים למשלחים תמורת המעות ההם מכל כך פרקמטיא ומטהרים חשבון ביניהם וכאן גובים החובות ההם להפרע ממה שלחו שם ואחר שכן כאן אביו של יוסף שידענו שהיה פאטור מי יאמר לן דלא שלח לגבירי וינציא סחורה אחרת תמורות המעות האלו אפי' נודה דאין הדבר שלא להשביע את עצמו וא"כ טענה זו דלאו בעל דברים דידי את הרוח באה ועוקרתה ואינה טענה כלל:

ואל הטענה השלישית לבי אליה אשית הנקל הוא בעיני לדחותה כמו שדחאה הח' השלם הפוסק נר"ו וז"ל ועל הספק הג' דכיון דשם אחד מהשותפים כתוב על המחק ולא כתב קיומו לבסוף כמוזכר בשאלה נלע"ד דאפי' הכי נוכל לומר שיכול לגבות משמעון הכתוב על המחק כיון שכתוב שם אביו ושם כנויו דהוא כשם עירו וחתימת ידו למטה בשם שמעון מתקימת ומוכחה מילתא דשמעון היה מפני שהיה שותף עם יאודה וכו' ובפרט לדעת הר"אש הביאו הטור סי' מ"ב וכו' וכן נראה דעת מה"רי קו' וכו' וכמו שכלל בידינו מהרב ז"ל וכו' עד וא"תל וכו' דמצי למי' קים לי וכו' מ"מ הדבר ברור וכו' ע"כ. ודבריו כפתור ופרח דכיון דכל החששא הוא שמא חייב זה אינו פרושה כיון שכתוב בני שיטי ולא זכר קיומו לבסוף הנה במה שכתוב נאום בצלאל ושם אביו בן עזריאל כ"ש שהוא חותם למטה מכתיבת ידו מורה נאם פרושה בצלאל הרי מוכח בפי' שטעות סופר היה כאן ומתברר מתוכו הטעות וכמו שכתב הטור והביאו הח' הש' וז"ל ואפי' לא כתבו אחר אם יתברר הדבר שיש בו טעות סופר השטר כשר ע"כ וזו היא שכתב הר"אש בתשו' כלל ס"ט סי' נ"ח על שטר חוב על שמעון ולאה אשתו וטעה הסופר במקום שהיה לכתוב לאה כתב רחל ושאלו לעדים ואמרו כי יודעים בודאי כי לאה היא אשת שמעון ונזכרים שעת ההלואה וגם מכירין שהיא לאה וכו' תשובה מאחר שהעדים מכירים

ויודעים שנכתבה רחל במקום לאה יכתבו שטר אחר דכל טעות סופר בשטרות חוזר ואפי' אם לא היו כותבין שטר אחר והיה השטר בא לפני והיה מתברר שהיה בו ט"ס הייתי מכשירו כדאמרינן אחריות ט"ס וכו' וכ"ש בכאן שיודעים העדים שטעו שיכתבו שטר אחר ע"כ:

ואין לחולק לומר דשאני התם דכתב הר"אש שהעדים יודעים בודאי שהיא לאה ומכירים וזוכרים שעת ההלואה ושקנו מידה של לאה ומכירים שהיא לאה וכל התנאים הכתובים שם בשאלה ועל זה הוא שפוסק הר"אש שהשטר כשר אבל בנד"ד שאין עדים כאן שמכירים את פרושה ואין זוכרים שעת ההלואה וליכא כלל מזה נימא דלא יודה הר"אש. לפי שדברי הר"אש נכונים בטעמן ומהם יראה שאפי' אין כל התנאים הללו כיון שמוכח מתוכו שהוא טעות השטר כשר שהוא כתב ז"ל מאחר שהעדים יודעי' וכו' כותבין אחר וכו' כלו' העדים לענין לכתוב שטר אחר צריך שיהיו זוכרים ומכירים ויודעים וכל התנאים הכתובים בשאלה ולפיכך בתשו' הניחה הנחה זו כיון שהעדים יודעים ומכירים וכו' זהו לענין לכתוב אחר אבל אחר כך כתב ואפי' אם לא היו כותבין שטר אחר והיה השטר בא לפני והיה מתברר שהיה בו טעות סופר הייתי מכשירו וכו' כלו' אפי' אם לא היו כותבין כלו' שאינן זוכרים ואינן יודעין ואינן מכירים דהשתא תו ליכא למימר דלכתבו אחר והיה השטר המוטעה לפני בברור שהיה מוטעה הייתי מכשירו וזה הפירוש מוכרח במ"ש בס"ד וכל שכן בכאן שיודעים העדים וכו' ומלות וכ"ש בכאן מורים דעד השתא בלא יודעים ומכירים וזוכרים קא מיירי א"כ נתבאר לפי דרכנו דהרא"ש סובר דכל שיתבאר שהוא ט"ס השטר כשר והיינו דינו בנד"ד שמתבאר היא שהוא ט"ס אם שם אביו ומשפחתו וגם שהיו שותפים כדכתב הח' הפוסק נר"ו ועוד שחתום למטה בכתיבת ידו פרושה בצלאל אין לך יותר קרוב גדול מזה דטעות סופר יש כאן וכשר:

ואל תשיבני ממה שכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל ששי סי' ח' על צבור שהסכימו לפטור את ראובן בן יעקב וטעה הסופר וכתב ראובן בן יצחק שכתב על טעות שהיה בין ראובן בן יעקב לראובן בן יצחק אם אין ספק בדבר והכל מודים והכל אומרים שהסכימו להוציא ראובן בן יעקב אם שגג הסופר בזה למה הפסיד ראובן בן יעקב ע"כ שנראה שצריך הודאה וידיעה ותנאים רבים שאין נמצאים בנד"ד דהתם הוא שלא היה מתברר הטעות מתוך הכתב וגם שראובן בן יצחק היה מערער כדכתב בשאלה והוא רוצה להיות פטור כאשר יעיד עליו הכתב דהיינו ראובן בן יצחק לפיכך צריך שיהיו זוכרים ויודעים אבל בנד"ד שיש הוכחה או הוכחות מן השטר שהוא ט"ס וגם שאין מערער בדבר לו

מגבירי ויניציא משלנו הם ודאי שעל זה הם דברי הרא"ש אמורים וכתבם הטור להלכה פסוקה וגם הרב מהרי"ק בשלחנו הטהור כתב בסיום הלשון בלשון וי"א ויש לנו כלל מסור בידנו דכשאו' וי"א בסוף הלשון הוה הדין המוסכם וזה חזיתי להחז' השלם נ"י גדר דרכיו להשתיק לאומר שיאמר קים לי וזו היא משנה שאינה צריכה דלא הוצרכנו לכלל זה אלא כשהמחבר זוכר שתי סברות הפוכות שאז אנו אומרים י"א בתרא עיקר ומיהו מצי למימר קים לי אבל כשהמחבר אינו מביא אלא סברא אחת בלשון וי"א מאי שייך לומר קים לי כמאן והרי לא הוזכר הסברא ההפכות ואי תימא למה לו לאומרו בלשון וי"א דמשמע דיש חולקים בזה הא ליתא וה"ק וי"א כלו' שלא הוזכר חילוק זה בשום אחד מהפוסקים אלא דיש אומרים והכי הוא מסקנת הדין ואין אנו צריכים לכלל ההוא מעקרא לא הוא ולא דכותיה וכ"ש לדעת הרב הגדול מהרא"נח ז"ל שכתב באחת מתשובותיו הראשונות דאין לומר קים לי בפסק הרב מהר"יק ז"ל שכבר נתקבל אלינו לרב ונגררין אנו אחר הוראתיו והכרעתו היא המכרעת בין כך ובין כך התבאר לנו דדין גמור והלכה פסוקה היא דכל שמוכח מתוך הכתב דטעות סופר מכשרינן השטר וא"כ כאן בנד"ד דיש כמה הוכחות שטעה הסופר וכתב אברהם במקום פרושה השטר כשר ומגבינן ביה:

והכין חזינן לרבינו הגדול מהר"ם מטראני ז"ל שכתב בתשו' הא' סי' כ"ג וז"ל על ראובן שנפלה לו ירושה מקרובו ונתן חצי הירושה לשמעון וכתב לו שטר מתנה וכתב בה הנני נותן לך החצי מכל מה שאקבל מכל העזבון שהניח אברהם דודי שנפטר במקום פלוני והמתנה היתה כדין וכשורה ילמדנו רבנו כי בשטר זה היה כתוב אברהם דודי ולא כן היה אלא שהיה בן דודו יורנו מורנו הדין תשובה על מה שנמצא כתוב בשטר זה אברהם דידי ולא היה אלא בן דודו נראה שאין חשש כלל והשטר כשר כיון שכתוב בו אברהם דודי שנפטר במקום פלוני והוא ידוע כי לא נפטר לשם קרובו אלא זה אברהם בן דודו והעדים ידעו שעל זה אברהם בן דודו הוא שכתב שטר המתנה אלא שחשבו שהיה דודו ולא היה אלא בן דודו וכיוצא בזה אמרינן ההוא דקארו ליה נפחתה וכו' והכא נמי יכולין העדים לחזור ולכתוב השטר ולכתוב אברהם בן דודו וגם הנותן הוא שאמר בפי' אברהם דודו ואיכא חששא דילמא נתכוון להטעותו אפ"ה כיון שהוא אמת שנפטר באותו המקום אברהם בן דודו עליו הוא שאומר וקראו דודו שאולי היה זקן ממנו והיה רגיל לקרות דודי וכו' ואע"ג דבקרא דייק דודי דוקא וכו' הא מצינן נמי חנמאל בן דודי וכו' וכן גם את לוט וגו' ואע"ג דהתם גלי קרא וגו' אבל הכא שלא היה ידוע קודם מי היה וכו' ורצה להטעותו ולא נתן דבר. זה אינו דכל מאי דאפשר לפרושי לישנא דשטרא כי

היכי דלא ליבטיל כוליה שטרא עבדינן ומכשירינן ליה כדכתב הר"אש בתשו' והרי"בש והביא כמה ראיות וכיון שהוא ידוע שלא נפטר אברהם דודו אלא זה בן דודו שהזכיר גם שקראו דודו אין לחוש כיון שהזכיר מושבו ועליו הוא שאמר אברהם דודי והשטר כשר ע"כ הרי שהרב ז"ל אפי' במונח שהנותן כיון להטעותו ואיכא ערעור פסק ז"ל דכיון דאיתא בשטר שנפטר במקום פלוני והוא הוכחה שעל בן דודו וכו' בההיא הוכחה בלבד מכשרינן השטר ק"ו הדברים בנד"ד שחתימת פרושה מכתיבת ידו מכרעת כנגד ההוא דמהרי"מט ויותר ועוד לו הוכחות אחרות כדכתבינן ודאי דהשטר כשר לכ"ע:

ושמא תאמר הנה הרב המ"ביט ז"ל כתב שם כיון שכתוב אברהם שנפטר וכו' והעדים ידעו שעל זה אברהם בן דודו הוא שכתבו המתנה אלא שחשבו שהיה דודו וכו' דמשמע דלא סגיא בלאו הכי אלא צריך שהעדים ידעו שעל זה הוא וכאן אין דבר מזה. על זה אשיבך שהמסתכל היטב יראה דכי הצריך הרב שהעדים ידעו היינו לענין שיכתבו לי שטר אחר וזה בלי ידיעת העדים וזכירתם שעל זה הוא אומר היאך יכתבו אטו יעשו סהדי שקרי כענין שכתבנו בההוא דהר"אש דלעיל דהכי מסיק סמוך לזה והכא נמי יכולין העדים לחזור ולכתוב השטר ולכתוב אברהם בן דודו אבל לענין להכשיר השטר אם לא נזכרו העדים אינו מצריך שידעו העדים שכן כתב בסיום דבריו וכיון שהוא ידוע שלא נפטר אברהם דודו אלא זה בן דודו גם שהוא קראו דודו אין לחוש כיון שהזכיר מקום מושבו ועליו הוא שא' אברהם דודי והשטר כשר הנה גלה לנו שלענין להכשיר השטר בהזכרת מקום פטירתו סגי כ"ש הכא בנד"ד דאיכא כנויו ושם אביו וחתימתו ניכרת. ועוד דעדין איכא ספיקא דאי הוו סהדי גבן אפשר שיבואו לידי זכירה דפרושה הוא החייב שהשטר כשר והותרה בזה ג"כ הטענה השלישית:

שוב כמדומה לי ששמעתי שהיו רוצים להחליש כח שטר זה מפני שהעדים חתמו רחוק מכתב השטר הרבה ושלחתי אחריו והביאוהו לי וראיתי שהשלשה חייבים היו חתומין סמוך לכתבו של שטר בצמצום והעדים היו חתומים סמוך לחתימת העדים ואין ביניהם פרוד הרחוק כלל בענין שאפי' שהיינו דנין חתימות החייבים למקום חלק לא היה באותו רחוק שעור שגבלו ראשונים ז"ל שני שטין ושלשה אוירים לפסול השטר ומה גם שהם חתומים סמוך לחתימת החייבים שאפי' יצוייר שהיה בין חתימתן לכתיבת השטר שעור ב' שיטין וג' אוירים כיון שאין שעור זה בין חתימת העדים לחתימת החייבים בעיני השטר היה כשר דבשלמא בשטייטוהו בטיוטא דדיו אמרינן אטיוטא חתימי ולא אעקרו של שטר אבל הכא אי אמרינן אחתימת ידי החייבים חתימי הרי זה עקרו של שטר שמודים על החוב הנז' וכל שכן דליכא שעור אפי' דייניגן ליה לחלק או טיוטא:

כלל הדברים ששטר זה כשר הוא לגבות בו מן החייבים הנז' ואין בו פסול כלל בטחתי בישרו של החכם השלם זה סיני היושב על המשפט בדין זה שגם הוא ישתדל שלא תלקה מדת הדין וילך לאבוד זכות יתומים ת"ח בניהם של קדושים ולפחות אחרון אחרון לעשות בהכי משפט שלום זו בצוע שזה אפי' שלא היה טעם לאחור הזמן מידי פשרה לא נפקא כדכתב הרב מהרש"דם במה שהובא במה שקדם לנו והוזקקתי לבא על החתום אף שמנהגן של ישראל יושבי על מדין בעירנו נקיי הדעת הוא כי יהיה ריב בעיר בין שני אנשים אזרחים והדין נותן לבוא להדיין בקהלו של נתבע אין כותבין ונותנין פסק דין לאחד מהם עכ"ז שוגג אני ומוטעה הייתי כי מתחלה כשהביאו לי השאלה וקונטריסו של החכם השלם נר"ו נתנוהו לי בשתם וחשבתי שהדבר נוגע חוץ לעיר שהורשינו על כך ועל זה כתבתי רוב הענין שכתוב הכא אח"כ כשנודע לי במקרה איך היה המעשה אין ולאו ורפיא בידי אלא שזכיות יתומים הכריעו וענותנותו של החכם השלם המאיר לארץ ולדרים וצדקתו היא סמכתני שלא יקפיד עמי על זה ומכריע הוא את כלם.

סימן י

יו"ד ה' גבית חוב מהיתומים: להחכם השלם כמה"רר יאודה פיגה ז"ל. הש"צו. צפת תוב"ב:

שאלה ילמדנו המורה לצדקה ראובן היה חייב לו שמעון ת"ק גרוש' וילך ויקח עמו ב' ת"ח וילכו שלשתם יחדו אצל שמעון ויאמר לו ראובן לשמעון מאותם הת"ק גרוש' שאתה חייב לי אני מקדיש מהם מאה גרוש' למדרש ת"ת שבא"י ותתנם לאלו הב' חכמים כי ידי מסולקת מהם וכאשר תתנם להם אכתוב קבלתם ובאותו מעמד אמרו הת"ח להנז' לשמעון רצונך תקבל עליך אלו המאה גרוש' להרויח בהם ותקבלם עליך לתת בהכשר עשרים גרוש' למאה בכל שנה אמר שמעון כן אקבלם על עצמי מהיום והלאה אתן עשרים גרוש' בשנה ויכנסו בתוכם אף גרוש' שנדבתי לתת לזה המדרש בכל שנה ועכשו אתן י"ח ויהיו עשרים תכתבו שטר עלי אמרו לו הב' ת"ח תעשה חסד לנו שתכנס אשתך ערבנית ונכתוב השטר על שניהם השיב שמעון אדבר עם אשתי ואפייסנה כי הוא דבר מצוה והלכו להם וחלו פני ת"ח אחר אהוב שמעון שידבר עם אשתו ויפייסנה לכתוב השטר ובעו"ה נתרשלו כלם והלך שמעון דרך ים פתאום ולא שב עוד לביתו וישמע כי נטבע במים שאין להם סוף והניח יתום קטן ועתה באים הב' הת"ח לתבוע מממונו הק' גרוש' של הקדש כי נכסוהי דבר איניש ערבין ליה ואם יארכו הימים אפשר

יפסידו הנכסים ויבוא נזק גדול להקדש בין מהקרן בין מהריוח. עתה יורנו המורה מה יהיה משפט הנער ומעשיהו ושכרו כפול ומכופל:

קול דודי הנה זה בא חוצב להבות ואתא מרבבות נחלי שמן משחת קדש החכמה והמדע ודעת קדושים. קול לו קול אליו מפרק הרים ומשבר סלעים בפרוקו והשערתו והשלמתו ליישר ההדורים והיה העקוב למישור והרכסים. קול דודי דופק על שער בת רבים מגדולי המורים וחצב וחקק וטהר וזקק פרטי דעותיהם סולת נקיה עד ישים מחשך לפניהם לאור ומעקשים. קול נגידים ידבר וזקוקין די נור דנפקין מפומיה דמי לבר אלהין ידבר נפלאות דברי אלקים חיים צחות ונכוחות המשמחות אלקים ואנשים. קול ענות גבורה במלחמתה של תורה ועדות נאמנה הוא ענה ולעמקא דדינא היה לראש פנה ופנה דרך לסקל המסלה ישובב נתיבות וחוצות ישים. קול ענות חלושה דעתי הקלושה והכחושה בקשה נפשו לבדוק בעוקצי קולמסי ויגזר אומר עלי להכריחני לחוות דעי בנדון הלז ולהשתשע באמרותיו הטהורות ודנא כתבא די רשים. קול ענות אנכי שומע ואין לי פה להשיב ווה אדבר ומה אומר והוא לא כן ידמה היאמר חומר שלבו גס בו לחד גריס דדייק ונפיש דקה מן הדקה משה שפיר קאמר דבריך טובים ונכוחים כלם קדושים. קול ושוברו עמו וגדר האמת יעיד על עצמו די באתרא דמתבעי וזכין לאדם משום יגדיל תורה אין להשיב ומנה לא יזוז ואם מך הוא מהיות דעתי מכרעת ולא עמד טעמו בו אחד המרבה ואחד הממעיט ובלבד שיכוין לבו היא שעמדה לי והיא יושב ממולי לצאת לקראת נשק נגד פני עליון חיש כלבבי עיני ולבי ושמעי ורעי דמחדדן שמעתתיה החכם הפוסק נר"ו ויהי מה ארוצה נא ואלקטה נא בשבלי עומרי אמריו ספיר דבריו לצדד צדדין עד יצא כנוגה צדקת חוקת תורת מעות הקדש המופקדים ביד חיש עתי לענין הדין ומעלין בקדש ואין מורידין:

והנה טרם אענה אני אומר דהלכה רווחת את כל ונוכחת דאין נפרעין מנכסי יתומים בין במלוה על פה בין בשטר אלא באחד מן השלשה דרכים הידועים והם חייב מידה ומת בנדוייו או מת תוך זמן כמו שהוסכם וזולת זה יש אחרת והיא כשרבית אוכלת בהם כמו שהוצע כל זה בפרק שום היתומים (דף כ"ב) להלכה והעלוהו הפוסקים וגדולי המורים איש על ספרו אין להעלותם על ספר לרוב פשטותם ואפי' שיש מי שסובר דהיכא שיש בשטר נאמנות עליו ועל יורשיו דנזקקין לנכסיהם הן זאת דחויה היא אצל הפוסקים ובטלה במעוטה כמו שכתב החכם השלם המורה שיחיה וזה ברור:

אפס כי בדברי המרדכי יש להתיישב שנראה מפשט לשונו לפום ריהטא שהוא סובר דבמלוה בשטר נזקקין ממה שכתב בפ' הכותב וז"ל וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו

אלא בשבועה מכאן משמע דנזקקין לפרוע מנכסי יתומים וכן נמי משמע בשמעתא קמייתא דפ' הנזקין (דף נ'.) אמר אביי קשישא יתומים שאמרו בין גדולים בין קטנים וכו' ופסק לשם הלכתא כותיה ותימא דבפ' הגוזל בתרא (דף קי"ב.) משמע דאין מקבלין עדות על היתומים עד שיגדלו ופ"רי דבמלוה בשטר נזקקין דנעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד אבל בדברים שצריך עדות דין נזקקין ע"כל הרי דממרוצת הלשון הזה נראה דבמלוה בשטר נזקקין כאשר הגיע החכם השלם הפוסק בשם מהרש"ס ז"ל. והנה עיני כל חכם לב המה יביטו כמה סוללות שפך הוא נר"ו על סברא זו כלם נכוחים למבין וראויין למי שאמרן ומה גם מה שהקשו בתוספות בפרק הנזקין בפשטא דשמעתא דיתומים שאמרו בין גדולים בין קטנים לשבועה ולזבורית ואלו בשום היתומים משמע דאין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהן ואי הוי גוי היכי משבעינן והכתיב ושם אלהים אחרים לא תזכירו ואולם בעבור זאת הוכרח לחלק דדעת המרדכי כדעת הריט"בא ז"ל והיא דבנאמנות נזקקין וכו' ובזה תיקן לשון המרדכי בטוב טעם ודעת ודבריו כפתור ופרח:

ולדידי מיפרשא הך דמרדכי בגונא אחריתי אחר הדיוק בדבריו דאם איתא דבמלוה בשטר לבד מהני תלת דאמרן וחוץ מאותה שרבית אוכלת בהם נזקקים משום דכנחקרה עדותם דמי מה שאין כן במלוה על פה דלאו נחקרה עדותם הוא וזו היא כונתו בדברים אלו א"כ היה לו להקביל לשונו דבר והפכו ולומר ואור"י דבמלוה בשטר נזקקין דנעשה כמי שנחקרה עדותם בב"ד אבל במלוה על פה שצריך עדות אין נזקקין ולמה פתח במלוה בשטר וסיים בדברים אחרים אשר על כן הנכון אצלי בזה דהמרדכי דרך אחד לו עם שאר הפוסקים דאין נפרעין מיתומים קטנים אלא על השלשה דברים הנז' ועל ארבעה כשרבית אוכלת בהם ומשמע ליה דההיא דכתב בהכותב וכן היתומים מן היתומים מיירי בין קטנים בין גדולים כיון דתני ליה סתם והדבר מוכרח דמיירי בחד מהני גווני דידיעי שנפרעים מיתומים קטנים דאל"כ היכי קאמר וכן היתומים מן היתומים והנה בחייב מודה ומת בנדוייו ומלוה תוך זמן א"א לאוקמו דאם כן אמאי אצטריך להו שבועה בלא שבועה נמי נפרעין כשהמלוה חי ואיכא למיפרך כדמקשי בגמרא אטו אי אבוהון הוה שקיל וכו' ואפי' דאית דסברי דלעולם ביתומים קטנים לא סגי בלא שבועה ואפי' בהני גווני א"א לייחס סברא למרדכי ז"ל שבמקום אחר כתב דגובה בלא שבועה וכמו שכתב מה"רר שמואל חיון ז"ל בבאורו על הטור אלא אי איתמר הכי איתמר דמיירי כשרבית אוכלת בהם או שהוא גר תושב או כשערב לו מן הגוי כדמוקי לה בירוש' ובכ"הג אפי' דנזקקין בשבועה הוא דנפרעין ולכן אמר מכאן משמע דנזקקין לנכסי יתומים קטנים כלומר כדיני והיינו כשרבית אוכלת בהם או בגר תושב או כשערב לו

מן הגוי או בגוי ממש לדעת הסובר דיכולין אנו להשביעו איך שיהיה והכי נמי משמע בשמעתא קמיתא דהנזקין דאמר אביי הלכתא בין יתומים גדולים ובין קטנים לשבועה ולזבורית והאי זבורית משכחת לה בשחייב מודה והאי שבועה משכחת כשהרבית אוכלת בהם או בגר תושב או כשערב לו מן הגוי וכדכתבו התוס' התם וא"ת בשבועה היכי משכחת לה בקטנים לרב אסי דאמר בערכין (דף כ"ד.) דאין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם ובשלמא זיבורית משכחת לה כשחייב מודה דליכא שבועה אבל בשבועה וכו' וי"ל דמיירי בגר תושב שקבל עליו שלא לעבוד ע"ז ולכך משביעינן ליה או כדמוקי לה בירוש' כשערב לו מן הגוי וקבל עליו להתפרע מן החייב תחלה דא"לכ גוי בתר ערבא אזיל ואסיר כדמוכח פ' אי זהו נשך (דף עא.) ע"כ הנה נתבאר דהני תרתי שבועה וזבורית מוקי להו האי כדיניה והאי כדיניה א"כ היכי נאמר דסבר המרדכי דהאי דפ' כל הנשבעין ודהנזקין מוקמינן להו כשרבית אוכלת בהם דאיכא שבועה כדאמרן והאות המורה על זה הוא שהמרדכי בריש הנזקין כתב סתמא כלשון התוספות מראש ועד סוף ולא דחי כלל דמשמע דהכי ס"ל וע"כ אמר והכי נמי נראה משמעתא קמייתא דגיטין והשתא מקשה ותימא דבפ' הגוזל בתרא (דף קיב) אמרינן דאין מקבלין עדות בפני הקטנים כלו' נהי דלענין דנזקקין שפיר דמי דהיינו כשרבית אוכלת בהם וכדאוקומינן ליה אבל אכתי איך אפשר לענין קבלת עדות בפני הקטנים דשלא בפניהם מיקרי וכמאן דליתוהי דמו וס"ד דמיירי בכל ענין בין במלוה על פה בין במלוה בשטר דסתם מיתנו והשיב ופ"רי דבמלוה בשטר נזקקין כלו' האי דהנזקין כשרבית אוכלת בהם מיירי במלוה בשטר דתו ליכא קבלת עדות וכנחקרה עדותם דמי ואין הכי נמי במלוה על פה היכא דהיא כנחקרה עדותם וכגון שנתקבל העדות בחיי אביו כדכתב הטור והר"אש ז"ל אבל בדברים אחרים שצריך עדות כלומר שהוא מלוה על פה ולא נתקבל העדות בחיי אביו אין נזקקין ולכך לא הקביל לשונו לומר דמלוה על פה בהחלט דלא כל מלוה על פה נמנעין מליזקק אלא כל דצריך לקבלת עדות ונמצא לפי זה דהיכא דהמרדכי מצריך דבר שלא יצטרך לקבלת עדות ואמר דבמלוה בשטר נזקקין קאי אהני דידיעי לן דנזקקין יהיה מה שיהיה:

והן הם הדברים שכתב בעל התרומות **בשער י"ד** הביאו הרב מהרי"ק ב"י סי' ק"י וכיוצא בו כתב הרש"בא פ' ד' וה' וז"ל ואע"גב דאמרינן בשחייב מודה או שמתוהו ומת דנזקקין נ"ל בשחייב מודה בפני ב"ד או בפני עדים ואמר כתובו דמשעת כתיבה נעשה כמי שנחקרה עדותם וחי משום קיום שטרות הא קימא לן בהגוזל בתרא דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד והא דקימא לן נמי דמית בגו זמניה דנזקקין ומגבינן מיתמי הויא נמי

כמלוה בשטר ע"כ הרי שהרש"בא ובע"הת כי מצרכי שטר להני דידיעי דנזקקין ה"נ יסבור המרדכי דהיכא דצריך שטר הוא בהני דידיעי וכדאמרן. והעד הנאמן על זה הוא מ"ש המרדכי בריש בתרא על ההיא דקא' בגמ' הקובע זמן לחברו וא"ל פרעתיך תוך הזמן הינו נאמן דלא עביד אניש דפרע גו זימניה וכן הלכתא ואפי' מיתמי וכתב המרדכי ואפי' מיתמי משמע דאפי' בלא שטר כגון המלוה על פה בעדים אם מת הלוה תוך זמנו יפרע מיתמי בלא שבועה וחשיב תוך זמן בלא שטר יותר מן השטר ולאחר זמן משום דכיון דאי הוה אבוהון קיים לא מהימן למימר פרעתי משום דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אנן נמי טענינן ליה ופ"רי דאפי' ליתומים קטנים נזקקין בתוך הזמן דהא קיימא לן כרב הונא בריה דרב יהושע בפ' גט פשוט (דף קעד.) דמפרש טעמא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום דילמא אתפיס ליה אבוהון צררי ותוך הזמן לא מתפיס אניש צררי ואפי' בלא שבועה גובה מהם ודוקא שיש לו שטר כדמשמע הכא דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותם דמי אבל במלוה על פה לא אא"כ נתקבלה עדותם בב"ד בחיי אביהם דקי"לן בהגוזל בתרא (דף קי"ב.) חין מקבלין ערות שלא בפני בע"ד ע"כ. הנה נתאמת לנו דאי ס' המרדכי דנזקקין במלוה בשטר הוא בתוך הזמן כדינא ועלה קאי ודוקא שיש לו שטר ואם אין נזקקין הוא במלוה שצריך קבלת עדות אבל חלילה שנאמר דבכל גונא במלוה בשטר נזקקין חוץ מהני דידיעי כדהוה ס"ד מעיקרא דאי תימא הכי היכי קאמר הכא ופ"רי דנזקקין ליתומים קטנים ודוקא בשטר אפי' לאחר זמן נזקקין אלא ודאי מחוורתא כדשנינן מעיקרא הרי נתפרש לשון המרדכי באופן שלא יקשה כלל דאיך כתב הפך כל הפוסקים ונגד הגמרא:

ואכתי פש גבן לאוקומי נמי הא דכתב המרדכי פ' השולח וז"ל שאל ר"ב את ר"מ על מעשה שבא ראובן קובל וצוח על יתומים קטנים בני שמעון שיעמידו להם הקהל אפוטרופוס שיש להם דין מקרקע שירשו מאביהם ואמר ראובן שיש לו הזקות מבני שמעון על כן רוצה שיעמידו להם הקהל אפוטרופוס לחובתם וכו' וכו' עד וקימא לן אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם והילכך לאו כל כמיניה לשום להם אפיטרופוס לחובתם ברוך בר שמואל ועוד כתב אפי' דקימא לן דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד מ"מ אין להעמיד להם אפוטרופוס והשיבו הר"אם נתת חלוק בין קיום שטרות להעמדת אפוטרופוס ולא פירשת למה אמנם יש להקשות וודרבא ארבא לפי פרושך דפסק מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד בפ' הגוזל בתרא (דף קי"ב.) ובערכין (דף כ"ב) פסק דאין נזקקין לנכסי יתומים ובערכין משמע דרבא אף בשטר קאמר דכלה שמעתא אף בשטר מיירי אלמא אע"ג דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד אין נזקקין

לנכסי יתומים ואומר אני הא דפסק רבא בערכין לאו אשטר קאי ע"כ הנה נראה מהנגלה מדבריו דבשטר נזקקין ומ"ש בגמרא אין נזקקין לאו אשטר קאי כלו' ומיירי במלוה ע"פ וכמו שנרגש מזה הח' הש' המורה בהביאו חלק מדברי המרדכי וייישבו באופן אחר ותו דאיכא לדיוקי במה שסתם דבריו ואמר דלאו אשטר קאי והא כלה שמעתתא מוכח דאף בשטר קאמר כמו שהציע בקושיא ואיך תקן משמעות הסוגיא בזה:

ואפשר לפרש על פי דבריו דה"פ ועוד אעפ"י שמקימין את השטר שלא בפני בע"ד עכ"ז אין מעמידין אפוטרופוס ומשמע ליה להרא"ם בדברי מהר' ברוך דמדתלה זה בזה ה"ק אעג"ב דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד אין מעמידין אפוטרופוס משום דקיום שטרות מרבנן וה"ה כנחקרה עדותם אבל העמדת אפוטרופוס להדיין בעד היתומים צריך איזו קבלת עדות ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מן התורה וכמו שכתבו התוס' שם וא"כ מדיוק לשון זה שמה שאין מעמידין אפוטרופוס הוא משום קבלת עדות מנה משמע דאי הוי בגונא דלא שייך ביה האי טעמא דקבלת עדות מעמידין ולהכי אקשי מההיא דערכין דאין נזקקין לנכסי יתומים והאי אפי' בשטר מיירי כדמוכח כולה שמעתא ואפ"ה פסק רבא דאין נזקקין לזה פירש רא"ם דטעמא דאין מעמידין אינו מטעם דאין מקבלין עדות ומטעמא דמקיימין את השטר אלא מטעמי אחריני אי משום שובר אי משום יהיה מה שיהיה וזהו שעור לשונו של מרדכי וז"ל ועוד כתב אעפ"י שמקיימין את השטר וכו' אין מעמידין אפוטרופוס והשיב רא"ם נתת חלוקין בין קיום השטר להעמדת אפוטרופוס ולא פירשת למה כלומר ונראה מדבריך דהוי טעמא משום דקיום שטרות דרבנן ליכא בהעמדת אפוטרופוס וכפי זה אמנה יש להקשות לפי פירושך מדרבא אדרבא דבפ' הגוזל (דף קי"ב) פסק דמקיימין את השטר ובערכין (דף כ"ב) פסק דאין נזקקין לנכסי יתומים והתם משמע דאפילו בשטר מיירי דהכי מוכח כלה שמעתא דהתם ואמאי הרי אין שם קבלת עדות שכנחקרה עדותן דמי וזאת הקושיא גרם לה דיוק לשונו דמה"רר ברוך שאמר אעפ"י שמקיימין את השטר וכו' דנראה דתלוי זה בזה על כן אמר מהרא"ם ואומר אני דהא דפסק רבא בערכין לאו אשטר קאי כלו' לאו היינו טעמא משום קבלת עדות ומטעמא דשייך לשטר אלא אי משום שובר או משום צררי איך שיהיה ונמצא א"כ דלא ס"ל להר"אם דבשטר בעלמא נזקקין כדהוה ס"ד מעקרא:

נמצינו למדין דבין הר"אם ובין ר"י דמייתי המרדכי הנם ככל המון הפוסקים דאית להו הלכה דאין נזקקין לנכסי יתומים אלא להנהו תלת וחד דעמן והוא כשרבית אוכלת בהן אבל לבד מהני תלת או ארבע פשיטא להו דאין נזקקין כלל ואם כן בנדון שלפנינו אי ליכא חד מהני דידיעי פשיטא לן דאין נזקקין והנתחייב מודה ומת בשמתא דל מהכא

דאין זה ענין לנדון שאנחנו בו ואי הוה סברא למימר הוא אולי מיקרי תוך זמן ממה שכתוב בשאלה שיתן בכל שנה עשרים גרוש למאה ולשון זה מורה דפחות משנה לא היה התנאי וכדאשכחן בשכירות בית דהמשכיר בית לחברו בכך וכך לכל שנה ולא פירש זמן קצוב אינו יכול להוציאו קודם שתכלה השנה הראשונה ואפי' בא להוציאו משנה ואילך אינו רשאי אלא אם הודיעו קודם זמן הקצוב בגמ' בימות החמה ובימות [הגשמים] כדכתב הרשב"א בשתי תשובותיו הביאן הרב ב"י סי' שי"ב טור ח"מ יע"ש א"כ כיון דלישנא דכך וכך בכל שנה אי אפשר לפחות משנה בנדון דידן נמי שהתנאי היה לתת עשרים למאה בכל שנה ודאי לפחות פחות כונתם היתה לשנה וכיון שמת שמעון תוך שנה ראשונה הוא סברא לומר דתוך זמן מיקרי ונזקקין לנכסי יתומים בכי האי גונא. והא נמי ליתא דההי' דשכר בית לשנה חשיב שכירות סתם ומ"ה הבא להוציאו אחר שנה ראשונה צריך זמן המוגבל בימות החמה ובימות הגשמים כדין כל שכירות סתם דאי הוה מפורש ביום מלאת זמן שכירותו מוציאו מבלתי המתנת שעה אחת וכמו שנראה מן הירושלמי והעלו כן הר"יף והר"אש והרמ"בם ופסק כן המהר"יק סי' שי"ב ומאחר דלשון דכל שנה חשיב סתם לא יהא אלא כהאי דכתוב בשאלה לתת עשרים למאה בכל שנה נדייניה כמלוה סתם ואין זמנה פחות משלשים יום הרי הסכימו סתם הלואה אע"פי שזמנה שלשים יום ומת בתוך שלשים יום לא מיקרי תוך זמן וטעמא זימנין דאתרמי ליה זוזי ופרע תוך זמן השלשים ואפ"ה נאמן אם אמר פרעתי כמו שנתבאר כל זה בטור סי' עח וק"ח וא"כ אפילו נדייניה להאי לישנא דבכל שנה שבא בשאלה כמלוה סתם לא מקרי תוך זמן ודלמה הכא נמי הא כתוך זמן ואין צד לומר דנזקקין בנדון זה:

ואם באנו ג"כ בנד"ז לומר דנזקקין לכי האי מילתא מטעמא ששמעון זה לא מת מיתה ודאית אלא הלך דרך אניה ולא שב עוד לביתו ולא נודע ממנו ככתוב בלשון השאלה וכמו שכתב החכם השלם המורה נר"ו ועשה לו סמוכות מהרב הקדוש זקנו זצ"ל שמפיו אנו חיים בתשובה ע"ו שפסק כן מתשובת הר"ן סי' ל"א דא נמי מצדה תברה דאי נמי החכם הפוסק נר"ו צדק במאמרו כפי חומר השאלה אשר הוצעה לפניו שכתב בה הלך דרך אניה ולא נודע ממנו עכ"ז קושטא דמילתא ידוע לן דלא דמי נד"ד לנדון דה"רן ודהרב זקנו ז"ל דה"רן כתב ואין נמנעין מליזקק להם מפני חשש שמועה שמת לבד משמע דליכא אלא חשש שמועה לבד ומהתם נמי נסתפק הרב זקנו ז"ל בענין כיוצא בו וכתב דכיון דליכא שום עדות לא עידי מיתה ולא עידי תביעה פשיטא דבענין כזה אין לו חזקה שמת וכו' שנראה דאפי' קלא דפסיק ליכא באותו עובדא אבל בענין זה שנספד ועמדו עליו בשורה ואתתיה מהדרא אחר היתר נשואיה ועלתה לה אין ספק דבענין כזה לא

דברו לא ה"רן ולא הרב זקנו ז"ל עם שהחכם נר"ו והוראתו נקי כי אין לדיין אלא מה שעיניו רואות בהצעת השואל אם מעט ואם הרבה:

ואם באנו לומר ג"כ בנדון זה דנזקקין מטעמא דליכא למיחש לצררי ושובר דאין אדם מתפיס אלא כשמרגיש במיתתו הנה לענין שובר כבר דחה החכם השלם נר"ו ואמר דאיכא למיחש לשובר טובא ולצררי נמי איכא למיחש דאפי' מאן דסבר דלצררי לא חיישינן כשאינו מרגיש במיתתו אינו אלא לאפוקי מת פתאום דלא אבל הלך למדינת הים בהדיא כתבו התוס' פ' מי שמת ובשם הר"ר שמשון וכו' דחיישינן דילמא מתפיס צררי והיינו כגון שהלך למדינת הים דאז מתפיס צררי אבל נפל וכו' שהוא לפתע פתאום אין לחוש וכו' ואין לאיפלוגי בין מדינת הים לשאר דברים דכיון דכל הדרכים בחזקת סכנה מה לי מ"ה מה לי שאר דרכים כל הבא אל הדרך חושש לסכנה ומתפיס דומיא דחולה וכיון שכן בנד"ד שהאיש הזה רכב אניות לשים לדרך פעמיו איכא למיחש לצררי ואם כן מהאי טעמא נמי אין נזקקין:

ברם היתד התקועה אשר ראוי לבנות עליה דייק להזקק בענין זה הוא ההיא דכתב הח' הפוסק נר"ו דכיון דיש ריבית אוכלות בהם והוא אותו התנאי שהתנו לתת עשרים למאה בכל שנה אין לך רבית גדולה מזו ונזקקין ולא מבעיא להרש"בא שכתב בתשובות המיוחסות סי' רנ"ב דמעות הקדש מותר להלוותם ברבית קצוצה משום דאין להם בעלים ידועים ולא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה דכפי זה אין ספק דנזקקין ליתום זה אפי' נדייניה להאי רבית קצוצה כיון דמדינא חייבין לפרוע הרבית אלא אפי' אליבא דשאר הפוסקים דפליגו אהרשב"א ואמרי דלא הותרו אלא ברבית דרבנן אבל הכא שהתנו עשרים למאה דמחזי רבית קצוצה לא שבקינן להו למשקל ואין נזקקין.

אמנה יש מקום לומר אליבא דידהו דנזקקין בענין זה כיון שבא בשאלה שנתפשר עם השני ת"ח לתת עשרים למאה בדרך היתר ובהכרח לומר דלישנא דבדרך היתר תפשינן עיקר ולישנא דעשרים למאה טפל לו דאי תפשינן לשון דעשרים למאה עיקר אי אפשר לתת משמעות לבדרך התר שהם שני הפכים ולא יסמכו אבל בתפשנו עיקר לישנא דכדרך היתר יש לתקן לשון דעשרים למאה שדעתם היתה שיגמר הענין בדרך היתר ובהכשר באופן שיגיע הריוח להקדש עשרים למאה בהתר ולא באסור וא"כ כיון דהך רבית מיחייב למיהב מדינא ה"ה כרבית אוכלת בהם ונזקקין כמו שנזכור:

וכבר חתר החכם השלם הפוסק למצוא אופן נאות לעשרים למאה בדרך היתר שיהיה דומה לרבית אוכלת בהם בין ירויחו המעות בין לא ירויחו ובטוב טעמו פשפש ומצא לו נדון מהרי"בל בח"ג סי' ס"ד וז"ל נדרשתי לאשר שאלוני על מי שנתן מעות לאהובו ואותו

האהוב נתחייב לתת בכל שנה כל מה שירויח באותו ממון ולא יהנה מהריוח אפי' שוה פרוטה וקבל עליו כל האחריות ועוד נתחייב שאם לא ירויח באותו ממון עשרים למאה שהוא ישלם לו מממונו עד הסך הנז' ונסתפק השואל אי שריא למעבד הכי או אם יש צד רבית דרבנן או דאוריתא תשובה וכו' וכו' וחתם דבריו בזה הלשון ומכאן יש להוכיח שהאו' לחברו הלויני מעות ואני אתעסק בהם לכל הנאתך ויעמדו באחריותי כל המעות הרי זה מותר ואין כאן רבית וה"רן כתב ואם כל הריוח לבעל הפקדון אפי' שכל האחריות על הנפסד הורו חכמים שהוא מותר דאין זה הלואה אלא שלוחותיה קא עביד וכו' ועל מה ששאל השואל אם רצה הלוה להתחייב בסך ידוע מהריוח אע"פי שלא יעלה ריוח המעות לאותו הסך הא נמי מילתא דפשיטא הוא דכיון דנתרצה לתת לו כל מה שירויח באותם המעות ולא יעכב אפי' פרוטה לעצמו מצי למיהב ליה כל מה שירצה דמתנה הוא נותן לו עכ"ד מהרי"בל ז"ל וכתב החכם הפוסק דהן הם דברי שאלתנו ובכ"הג נוכל לישב לשון הנז' בשאלה כ' למאה בדרך היתר ודבריו טובים ונכוחים כפי לשון השאלה אשר הוצעה לפניו שכתוב בה ונתפשרו עמו שיהיו בידו הגרוש' ושיתן ריוח להקדש בכל שנה עשרים גרוש' והיתה הפשרה בדרך היתר ולא בדרך אסור עכ"ד השאלה ולפי לשון זה יצדק לומר דנדון זה הוא כנדון של מהרי"בל ז"ל:

אמנם מה נעשה ביום שידובר בה בלשון השאלה אשר הוצגה לפנינו מכתב ידו של החכם השואל נר"ו בעצמו וזהו לשונו ובאותו המעמד אמרו החכמים תקבל עליך אלו המאה גרוש' להרויח בהם ותקבלם עליך לתת בהכשר עשרים גרוש' למאה בכל שנה אמר שמעון כן אקבלם על עצמי מהיום והלאה ואתן עשרים גרוש' בכל שנה ויכנסו בתוכם שני גרושו' שנדרתי להקדש בכל שנה ועכשיו אתן עמם י"ח ויהיו ך' ע"כ הרי דמלשון להרויח הוא מובן שנתנו לו שיזמין לו השם ואפי' שיהיה רב מאד אינו חייב ליתן זולת ך' לק' קצובים וכן משמע דקפיד למעט הריוח הנתן להקדש מאותו אשר יהיה לו שאמר שהשנים הנודרים בכל שנה יכנסו בחשבון כי היכי דלהוי ליה יתרון בריוח א"כ איפה נפל לן פתא לבירא דא"א לדמות זה לנדון של מהרי"בל דכל עצמו של היתר דאיתא התם בין מלשונו בין מלשון ה"רן הוא בהניחם דכיון דנתרצה לתת כל הריוח אין שם הלואה אלא מתנה וכו' אבל הכא שכתוב בשאלה להרויח בהם והוא נהנה מהריוח אינה מתנה וחזר הדין דהוי רבית כדאמרן:

וכי היכי דלמטי לן מילתא דשויא להני תרי לישני דשאלה אפשר לומר דהיכא דנתפשרו עם שמעון שיקבל עליו המאה גרוש' לתת בהכשר ך' לק' אולי הכונה בהכשר ההוא הוא כמו שכתב רבנו הגדול המב"יט ז"ל בח"א סי' נ"א על מי שהלוה לחברו לזמן פלוני

ואמר ואם יעבור הזמן הזה ולא אפרעך הריני מתחייב לפרוע קנס כך וכך בכל חדש שיעבור מזמן הפרעון ופסק ז"ל דהוא רבית דרבנן מכמה טעמי שהציע שם ובהדיא נמי בתשו' המיוחסות חם לא אפרעך עד זמן פ' אתן לך כך וכך דהויא הערמת רבית ע"כ א"כ דכיון דהערמת רבית ושאר רבית דרבנן הותר בנכסי הקדש וכמו שכתב הטור סוף סי' רי"ד דנכסי יתומים ונכסי הקדש ות"ת מותר להלוותם קרוב לשכר וה"ה לכל רבית דרבנן וזו היא דעת הרמ"בם והר"אש וכל רבוותא זולת הרש"בא ואידחי מקמיהו כדפסק מהרי"ק ז"ל והאי קנס הוי הערמת רבית אפשר דכשנתפשרו עשרים למאה בדרך הכשר הוא בדרך הזה שדרך משל קבע עשרה ימים לפרעון וכל העובר מאותו זמן ואילך יתן עשרים למאה בכל שנה שהוא דומה לכל חדש וחדש שכתב הרב המבי"ט וכן הרב מאורליינאש שהובא בדברי המרדכי ובתוך דברי הרב המב"יט ז"ל וכן כתב הרב מה"ר שלמה הכהן ז"ל והרב מהר"ר דוד ן' נחמאש והרב מהר"ר אהרן ששון ז"ל הובאו דבריהם בס' תורת אמת סי' קס"א וקס"ב וקס"ג להרב ששון הנז' עיין שם וכיון שנעשה רבית זה בהיתר כמו שהנחנו הרי חייב אביהם של יתומים לפרוע הפרס הקצוב כל עוד שלא יחזיר מעותיו והחיוב מוטל על היתומים לפרוע חוב אביהם לכשיגדלו ואין לך רבית אוכלת מזו דבפרעם לו עכשו ירויחו כמה וכמה ממה שהיה עולה הקנס האמור ובודאי דנזקקין וכההיא דפ' שום היתומים (דף כ"ב) אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהם:

אלא שאם באנו לידי מדה זו איכא לאקשוייא היכא דמקשי בפ' שום היתומים להך מימרא דרב אסי דאמר אין נזקקין לנ"י אא"כ רבית אוכלת בהן ממתני' דשום היתומים שלשים יום ושל הקדש ששים יום במאי עסקינן אילימא בב"ח כותי ומי ציית יומי אכרזתא אלא פשיטא בב"ח ישראל ומי שבקינן ליה למשקל רביתא ואלא דלא קא אכיל ונזקקין וכו' בשלמא ר"י משכחת לה וכו' ומסיק לעולם בב"ח גוי שקבל עליו לדין בדיני ישראל א"ה רבית נמי לא לישקול כשקבל לזו ולא קבל לזו ע"ב למה ליה לאוקומי מתני' בגוי שקבל לזו ולא לזו ולדחוקי נפשיה בהאי לוקמא בהקדש למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה להרש"בא ברבית קצוצה ולשאר המפרשים ברבית דרבנן:

וכי תימא דלשאר המפרשים לא משמע להו דהאי רבית אוכלת בהן דקאמר רב אסי מיירי אלא ברבית קצוצה דסתם מתניא ולכך לא מצי לאוקומה ברבית דרבנן קשיא לוקמה בהקדש בדק הבית ואתי שפיר לכ"ע ולמה ליה לחזר אשנויי דחיקא וכבר הבליע החכם הפוסק נר"ו בנעימות דבריו ואמר דלכ"ע קשיא וגם לבעל התרומות קשיא דאמר דבשטר שיש בו נאמנות נזקקין לוקמה לה בשטר שיש בו נאמנות:

ולדידי חזי לי לישב זה עם מה שכתבו התוס' בריש פרקא דשום היתומים וז"ל שום היתומים שלשים יום וא"ת אמאי נקט יתומים אפי' כ"ע נמי אי אתו ב"ד לירד לנכסיהן לפרוע כתובת אשה וב"ח צריך שומת ב"ד ל' יום כדאיתא פ' המפקיד (דף ל"ה:) מאימת אכיל פירי מכי שלמו יומי אכרזתא אלמא לכל אדם שבאין לירד לנכסיו צריכין שומא ל' יום וא"כ אמאי נקט יתמי וי"ל דתנא יתומים לרבותא נקט מהו דתימא להוו יתומים כהקדש ולכ"ע שומא דב"ד ששים יום קמ"ל עכ"ל נראה מדברי התוס' דכל עצמו דתנא דמתני' דתני שום היתומים ל' יום לאשמעינן רבותא דכח יתומים גריע כשאר כל אדם ולית להו תוספת משאר כל אדם א"כ היכי מצינן לאוקומי מתני' השתא בהקדש האי כדיניה והאי כדיניה דלא אשמעינן רבותא משום דאנא אמינא תדע לך למה גריעי כח דיתמי משום שהוא לגבי הקדש אבל לעולם לגבי שאר כל אדם להוו יתומים כהקדש ולבעו שומא ששים יום ומתני' אתא לאשמועינן חדוש דיתומים ולכך לא מצי תלמידא לאוקומי בהקדש בשום צד וזהו ישוב כולל בין להרשב"א בין לשאר המפרשים בין לבעל התרומות דלא בעי לאוקומי אלא במילתא דלא נוכל לומר שאני הכא דיש יתרון לכשנגדו אבל בעלמא להוי יתומים כהקדש וקל להבין ונמצינו למדין מכל האמור דהיכא דיש רבית אוכלת בנכסיהן של יתומים אזדקקינן דון מנה בהך עובדא דילן דכיון דהרבית מותר להן ואין יכולין למנוע מהן שצדק הדין דנזקקין ונזקקין:

ומה גם אם מורשי ההקדש הנז' מוותרים ליתום זה דבר מה מהחוב הזה מההקדש דאז ודאי אין ספק דנזקקין דמה לי רבית אוכלת בהן מה לי ויתור החוב הכל ריוח הוא כמו שפסק החכם המורה נר"ו בשם הרש"בא והרב המבי"ט וה"רן ז"ל ג"כ בתשובותיו חזק דעת הרש"בא וכתב דאע"פי דאין נזקקין לנכסי יתומים כבר הורה הרש"בא דכל היכא דהב"ח רוצה לעשות הנחה מחובו ואפי' מעט נזקקין כדמוכח מההיא דערכין אא"כ רבית אוכלת בהן ואע"פי שיש לדון אחר דבריו וכו' גם הסביר כן כמו שבא בכתבך שהקרובים רוצים זה לתועלת היתום אף הב"ד נראה בעיניהם שכך הוא ואתה רוצה לעשות איזו הנחה מהכתובה דעתי מסכמת דנזקקין ומעמידין אפוטרופוס ואין בדבר הזה ספק כלל עכ"ל וכן פסק הרב מהר"ר ישראל ז"ל במפתו הנכתרת א"כ כיון דכל הני רבואתא קדמונים ואחרונים ס"ל הכי ודאי דנקטינן כותיהו וגם שהרב מה"רל ן' חביב לא רצה לעשות מעשה על פי תשובת הרש"בא כמו שנראה בתשובותיו סי' צ"ה וכתבו החכם הפוסק נר"ו אפשר דדבריו לא היו אלא שלא להכריח לאפוטרופוס על כך אם לא רצה וטעמא דמלתא דאפשר דמאפוטרופוס קים ליה וידע דאפי' דלאחר שיגדל היתום מפייס ליה ומחיל ולפיכך לא רצה להתפשר וע"כ אמר דאין להכריחו אבל בעלמא

כשאין האפוטרופוס מסרב בדבר ואין ב"ד רוצין להזקק והב"ח מניח קצת מחובו יודה הרב ן' חביב דנזקקין דאין לך רבית אוכלת גדולה מזו:
כללא דמילתא דבנד"ד דאיכא תרתי לטבותא ויתור החוב ורבית אוכלת בהן הסברא נותנת דנזקקין ליתום זה דזכות הוא לו וכמו שחקר ופלפל צבי עדיינו החכם השלם הפוסק נר"ו וגם שהרבית אינו כלול בשטר כבר כתב הוא מה שיש בו די והותר ולאו לדידי צריך כי עמד טעמו בו ונמוקו עמו זולתי מבלתי יכולת מעבור ספיר גזרתו והוא פקד עלי להגיד את הרשום בעין שכלי ואם דל הוא הוזקקתי לבוא על החתום והנראה לעניות דעתי כתבתי וחתמתי שמי אני אני הוא הצעיר יהושע רפאל ככמה"רר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן יא

בע"ה שטרות.
מאחר עלות קול מצהלות לזות שפתים ילעגו לי גדולים וטובים ויהיו מלעיבים. הייתי שחוק עם מלכים ובין נגידים אני מנגינתם כחוכא ואטלולא על שער בת רבים בשגם זו לעגם יערוף כמטר על שטר יוצא מתחת ידי אשר בתוכו הוכפלו הטעיות אחת ושתים בספר נכתבים. ראשון לחשבון עונות הפוצעים בי הבית הזה אשר בניתי דרך נשים לי ומאיש לקחה זאת בכל כתבי הקדש תורה נביאים וכתובים. ועוד חמש שנים רצופים אשר כתבתי במרוצת הספור ההוא גם עליו עבר כוס חמתם להבאישני בעיני יושב הארץ היהודים הפרזים יצאו נצבים. אמרתי אך דבר שפתים ועצור במלין לא עת האסף מן השפה ולפנים ועצמותי כמוקד נחרו בהיותם כואבים. כגון דא ודאי צריך לאודועי איש והנה תועה מאין ולאין שופכו אשוריו מני הדרך אל מקום אשר הם שבים. ואם שגיתי יבינו לי המה בחכמתם ורוח מבינתם יורוני ואני אחריש ויהיו דברי לאפס ותוהו כלים רקים ועורות לבובים:
אם אמרתי אבוא אע"יר ידי לקרב מפסוק **(משלי ב' יח)** כי שחה אל מות ביתה ואעשה לי עזר ממנו שכנוי הנקבה סובב אל הבית לדעת קצת כאשר הובא בספר השרשים הווה יביטו הצד השוה שבהן סברת י"א אשר הא נכתבת בצדי שסובב אל האשה הנזכרת או אל הזכר הנסתר ויאמרו עלי כי בער אנכי ויעשו האחרון עיקר. עם שאין זה מחוק הויכוח כי המקשה עצמו לדעת יחיד או רבים שהם חלק מהכלל בענין שלא יסכימו עמהם הכל אבל יש חולקים ואפי' אחד הנה קושיתו כחשש תרפה כי המוקשה יכול לפטור את עצמו אנכי הרואה כדברי החולק פלוני ובפרט בענין מלאכת

הדקדוק שאינו משפט דינא לנטות אחרי רבים. ומה גם כי הענין מבואר מעצמו וקרוב אל הסברא לומר שמלת שחה סובבת אל הבית הנז' יותר משאר הפירושים יען כי לפי דעת האומר שסובב אל האשה צריך להוסיף שחה אל מות שהוא ביתה. ולאומר שיאמר שסובב אל הזכר הנסתר מלבד שאין זכר נסתר שמה מוכרח להעותו אע"פי שהוא מלעיל מת שאין כן לפי דרכנו כי יבוא מרווח באין פרץ במשקלו כמשמעו. ועם כל זה אפריז על המדה ולא אתקע עצמי בסעד זה אחר שהוא היולנית לדעת קצת ומה גם היותו מפורסם בדפוס וברור אפי' למתחילים ומפי עוללים. האמנם זכורני כשהייתי קטן בעמדי לפני החכם מה"ר יצחק עוזיאל נב"ת ללמוד חכמת הדקדוק היה החכם הנזכר כמשתאה על אחד ממחברי הדקדוק לא אזכור שמו שכתב במלת בית וימצאו במקרא שנים לשון נקבה ולא נודע מקומם אים כי אף שנאמר שהאחד הוא שחה אל מות ביתה לדעת קצת עדין השני היא בבל יראה ובל ימצא. והיתה תשובתי אליו כי אינו מן הנמנע שהמחבר ההוא טבע ביון הטעות והשגיאה וברשת כי הבחור בנימוקיו בפסוק ואוולת בידיה תהרסנו ואולי שניהם מצאו כן בספר מוטעה ישן נושן וזאת היתה נסבה לרמוז שני מקומות בלשון נקבה ולא שוה לו. ואחר עבור ימים ושנים זה לי עשרים שנה ויותר מהמה בהתגוררי בית המנוח הרופא הר' יצחק קארי נ"ע להתבונן בטבעיות מדי יום יום לא ידעתי איזה רוח עבר מאתי לחפש חפוש מחפוש בכל ספריו ושמה ראיתי ספר אחד גדול בכמות ובאיכות מכונה בשם תיבת נח לחכם גדול בנצרים בחכמת הדקדוק נרתק המדקדקים רובם ככלם לכלם בשם יקרא דעתם וסברתם על כל שרש ושרש מהמלות והשמות נפעלים ובחפשי אמתחו' דבריו בשרש בית מצאתי כתוב לאמר שמהמדקדקים אמרו כי ימצא בית במקרא שנים בלשון נקבה ואני לא מצאתי אלא אחד והוא כי שחה אל מות ביתה והאחד אינינו. והנכון אצלי שהשני יהיה (ישעי' ז) וקראת שמו עמנואל כי אם היה סיבב אל העלמה היה מן הראוי לומר וקראה כי גם שמצינו וקראת אתכם הרעה ועשת את התבואה הנה על צד היותר טוב יתכן לפרשו שסיבב אל הבית הנז' הנאמר שמעו נא בית דוד וכו' הנה העלמה וכו' זהו תוכן כללות דבריו דרך כלל לא אוכל להטפיסם מלה במלה כי הזמן רב עבר בינינו ולא ראיתיו עד הנה ועל צד הדרישה נודע לי כי כעת הספר ההוא ביד החכם כה"ר יעקב רוי'מאן י"א. בקומו מערש דוי בעזר האלקי אראה מה אחרית דבריו על נכון ואשיבה חורפי דבר באופן כי גם מזה היה אפשר לנו להסתיע אלא שגם זה לא הונח לי אחר שיש פנים לכאן והראיה הנאותה והישרה היה אשר אי אפשר בה להכחיש כונת הוראתה. אך עשרתי מצאתי און לי מתירתם של רבותינו חכמי המשנה נוחי נפשי אשר לא במקום אחד ולא בשנים גזרו אומר לתאר

חת הבית בלשון נקבה כי גם בכמה מקומות רב המספר זה דברם הלא נגד עיניני חמרם במציעא פ' הבית והעליה (דף קט"ז:) הבית והעליה של שנים שנפלו אמר בעל העליה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העליה בינה את הבית ודר בתוכה עד שיתן לו את יציאותי' ע"כ ובפ' ט' דערכין דף לא:) שנינו המוכר בית בבתי ערי חומה הרי זה גואל הגיע יום י"ב חדש ולא גאלה היתה חלוטה לו וכי' נטמן כדי שיהא חלוטה וכי' התקין הלל הזקן וכו' ע"כ ובפ' חזקת ב"ב (דף נ"ט:) שנו חכמים לקח בית בחצר אחרת לא יפתחנה לחצר השותפין ע"כ הנה מלת בתוכה ויפתחנה וגואלה וחלוטה כלם כאחד יורו על אמנת כונתנו שפעמים הבית תתיחס ביחס הנקבות וכדי שלא להיות נושא ספרים כמשמעו לא אטריח עצמי להביא כמה ראיות מכמה מקומות להאריך בזכרונם. והאיש אשר לא טהור הוא מסוגי רעיוני שכלו אשר לבבו פונה למצוא מענה להתעקש כי דברי חכמינו זכרונם לחיים באו ע"צ ההזדמן מבלי התבוננות להבדיל מזכר עד נקבה חלילה לאל שבחר בהם במשנתם מדרך זו כי כל דבריהם ומלותיהם שקולים הם ויבואו במאזני משקל לשון המקרא כמוהם וכבר נודע כמה דיות משתפכות באותו משא ומתן המפורסם בראשון וקידושין על אמרם האשה נקנית בשלש דרכים והיתה הקושיא אמאי לא תני בשלשה בה"ה לשון זכר ולולא שמצאו פסיק מבואר את הדרך ילכו בה ל' נקבה כמעט לא היה נחה דעתה כלל. וכמה כרכורים כרכר התייר הגדול הרב המיימוני בראשית מסכת תרומות בפי' על המשנה שאמרם תרם או יתרום או תרמו היה כן השורש אצלם כי בעלי המשנה עברים היו בארץ הצבי ובהשתמשם בלשון תרם הנה ראיה שכן היה מקובל בלשון וע"ז הדרך תהיה תשובתך לכל מי שיאמר מן האחרונים שלשון המשנה אינו צח או שנשתמשו במלות שלא כראוי וזה העקר אמתי ע"כ והתוס' פ' בתולה אמרו על מ"שא בגמר' דאין נושאין בשבת שמא ישחוט בן עוף כתבו ז"ל אית דגרסי בן עוף ואע"פי דשבת לשין נקבה דכתיב מחלליה מות יומת הרי מצינו שומר שבת מחללו ע"כ הנה כי כן כל זה הוראה גמורה כי חכמינו ז"ל שמו מגמתם ועיני השגחתם פקוחות תמיד לדרוך במסלול מעגלי שבילי חכמת דקדוק לשוננו הקדוש ובכל פינותם שהם פונים עליהם יסבו בלכתם. ואם נאמר בתלמוד לשון תורם לעצמה ולשון חכמים לעצמן אין הרצון במאמר ההוא בענין שיהיה כנגד המקרא כי אם בדבר שיסבול שתי הלשונות גם יחד והמקרא תופס האחד אפשר בלשון חכמים לתפוס הלשון האחר והעד על זה אמרם בגמרא חולין פ' ראשית הגז (דף קל"ז) כי סליק איסי בר היני אשכחיה לר' יוחנן דקא מתני ליה לבריה רחלים אמר ליה אתניה רחלות אמר ליה כדכתיב רחלים מאתים אמר ליה לשון תורה לעצמה לשון חכמים לעצמן ע"כ שהכונה בדברים אלו

שמאחר שאנו מוצאים אותו לשון נקבה רחל לפני גוזיה ומצאנו הרבים לשון זכר אפשר אל חכמי המשנה לעשות' הרבוי לשון נקבה ומה גם כי המובן אצלי בענין זה הוה זולת זה והוא אחר הדקדוק הראוי בלשון רש"י ז"ל שכתב מתני ליה לבריה רחלים מתני מתני' חמש רחלות גוזזת מנה ופרס וכו' ע"כ והדברים דחוקים כי מי הכריחו לרש"י לו' כי על רחלות גזוזות במנה ופרס היתה השגתו ולא על ואינו נוהג אלא ברחלות וכו' בש"א שתי רחלות וכו' שהוא מוקדם בראשית המשנה יותר מרחלות גזוזות ופירש שהמשא ומתן הזה היה בחמש רחלות גוזזות אלא שכוונת רש"י ז"ל לפי דעתי שמעולם כששמע שהיה שונה לבנו כל המשנה בלשון רחלים ואמר אינו נוהג ברחלים וב"ש אומרים שתי רחלים וכו' לא הוקשה לו כלל ולא ממנו נרגש שלעולם צריך לחזר אחר לשון המקרא כל מה שיוכל והכתוב אמר רחלים מאתים וכו' אמנם כשא' חמש רחלים גוזזות דרחלים לשון זכר וגוזזות בינוני לנקבה אז נרגש ולתניה רחלות מאחר שסמוך לו גוזזות והשיב כי תפס לשון הכתוב רחלים מאתים אז אמר לשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד כלו' שאע"פי שבלשון הכתוב רחלים יסמכו לבינוני מהנקבה והעד כעדר הרחלים שכלם מתאימות ושכולה אין בהם עם כל זה לשון חכמים לעצמן וכיון ששנה גוזזות צריך לדקדק יותר ולו' רחלות גוזזות לפי שצריך לפרש יותר באופן כי לא אמר לשון חכמים אלא על אמרם שני הפכים בדבור אחד אבל אם היה שונה רחלים מבלי שיסמך לגוזזות לא היה שואל לו כלל ומכל מקום למדנו מכאן לדעת שכנגדו שגם בלשון המשנה צריך להזכיר בדיוק לשון המקרא וכאמרו כדכתיב רחלים מאתים. ונחזור לענין שהיינו בו מאחר שמצאנו ראינו לשון המשנה בית בלשון נקבה ככה יעשה שהם בודאי דקדקו היטב וידעו שרש המלה ובנינה וידעו הענין מקובל אצלם כי אפשר לעשות כן וכל שכן לשון שטרות שכלו בנוי ומוסד על לשון המשנה והתלמוד צא ולמד מכל שטרי מקנה ושכירות הוזכר בתוכם בית עלית ובית תחתית שהם תואר לנקבה וכהנה רבות מכאן מודעה רבה למלעגים בדברינו על כתבי הבית הידועה ובפרט בראותנו ראש המדברים הרמ"בם ז"ל כי כל דרכיו משפט הגיוני ודבריו כלם באו בדקדוק נכון שם ארחותיו במעגלי יושר. ועם כל זה כתב בפ' חמישי מה' שכנים מכאן אתה למד שאחד מהשותפין שהביא אצלו לביתו אנשי בית אחרת יש לחברו לעכב עליו מפני שמרבה לו הדרך ע"כ הנה ייחס מלת אחרת שהיא נקבה אל הבית הנז' וכתב עוד בפ' עשירי דה' שמטה ויובל המוכר בית בתוך ערי חומה הרי זה גואלה הגיע י"ב חדש ולא גאלה הרי זה נחלטת וכן אם נתן הבית ולא גאלו הרי זה נחלט ע"כ הרי שבדברים אחדים מעט המספר כנה את הבית פעם לשון זכר ופעם לשון נקבה וזו ראיה שכך הבין בלשון המקרא וכיון שהוא

עשאו הרשות נתונה לנו להלוך בעקבותיו ובפרט בלשון השטר כמו שאמרנו וגדולה מזו מצאנו בדברי גדול המדקדקים הרא"בע ז"ל שכתב בפסוק שמן תורק שמך שבית עמל ומקום בא פעמים רבות במקרא לשון נקבה ע"כ הנה בזה יצאנו ידי חובת התנצלות השגיאה הראשונה אשר תלו על צוארנו ודי בזה כעת לפי המכון ממנו. ואולם על אמרם כי חטאתי במענה לשוני אשר כתבתי חמש שנים רצופים אפשר להסתכל היטב במה שקדם במאמרנו יתישב חלק ממנו ויודה במקצת ועכ"ז לא אמנע עצמי להביא דבר מה מכון להתנצלתנו הן אמת אמת כי חמש הוא לשון נקבה ורצופין הן לשון זכר ולא יסמכו ההפכים מצורף לזה כי בכל המקומות רובם ככלם הוזכרו השנים בלשון נקבה הן במנינם ובשמותיהם ובפעליהם ובמלותיהם אמנם מצאנו ראינו בענין רעבון מצרים בפ' מקץ כי אף שנא' ותחילנה שבע שני הרעב וייחס אותם בלשון נקבה בעתידים עכ"ז סמוך להם אמר יהיו שבע שני הרעב ואם השנים לא יצויר התיחסם אלא בלשון נקבה היה לו לומר תהיינה שבע שני הרעב כמו שבע שבתות תמימות תהיינה על דרך שאמר ותחילנה שבע וגו' ותכלינה שבע וגו' באותו פרק עצמו אבל כאשר נניח שיתוארו השנים בלשון זכר ובלשון נקבה פעם אמר ותחילנה לשון נקבה ופעם אמר בלשון זכר כאמור וכל הרוצה לשלש יום אחד שליש במקרא שליש במשנה ימצא סעד לדברנו במקומות רבו מספור. ולא תתיחס כאן קושית קשו קראי אהדדי המוזכרת פרק ראשון מקדושין על הדרך ילכו בה וזה הדרך לכו בו כי הטעם מבואר למי שהרגיל מלאכה זו כי כאשר הונח נפרד השנים שנה בלשון נקבה והונח הקבוץ בלשון זכר שנים על כן באו פעלו ושמותיו פעם נקבה על יחס הנפרד ופעם זכר ליחס הקבוץ והרבוי וכן יובן הענין בשמש ומחנה כי בהפרדתם ימצאו זכרים ובקבוצם יקובצו לשון נקבה מחנות ושמשותיך כמו שכתב הבחור בנמוקיו ובלשון רז"ל בין השמשות לפי זה יתחלפו פעם ללשון זכר ופעם לשון נקבה כנודע. אף אני אביא דברי הרב המיימוני ז"ל לעמוד ברזל ולחומת נחשת התנצלות לא תוכל להרפה שכתב בפ' שנים עשר דה' טוען שלש שנים שאמרנו אפי' היו חסרים יום אחד לא החזיק וכו' הנה אמר שלש לשון נקבה ובתוך כדי דבור אמר חסרים לשון זכר כדמיון רצופין שכתבתי אני אע"פי שכתב בסמוך שלש שנים שאמרנו הן רצופות וכו' ואם הוא ז"ל בנועם הגיונו ורוחב שכלו ודקדקו ובחבור נקי כמוהו יחס השנים מזכר עד נקבה מה יעשה אזוב הקיר שפל ונבזה כמוני ולשון השטר שדורשין בו לשון הדיוט איך שיהיה עלה בידינו המקובץ לנו בקודם כי מלת בית ושנים אשר נק"בו בשמות במקום שלא יזכ"רו הן אפשריות במבטא וכמעט שהן מחויבות אצל כל דבור המתיחס ללשון רבותינו נוחי נפש והדבר ברור כי כל עמודי לשונות שבשטרות הנה

הנם בנויים ומשוכללים על אדני לשון חכמינו אם מהמשנה ואם מהתלמוד וכאשר ימצא כתוב בספר זכרונותם כן תקום וכן נקבל מבלי שיתלו אשם אל המקבלו והאומרו למען יצדק בדברו. הנה נא ערכתי משפט והעתרתי דברים במקום שאמרו לקצר כי שמעתי דבת רבים יפטירו בשפה לאלפה כי דברי לעו תעו במדבר. לא על המלגלג אני כועס לא ידעתי אכנה אל מי מקדושים אפנה הממציא הראשון המשלה אותי הוא וחביריו אשר דמוני לתועה ומצאו בי ערות דבר. כי בצל החכמה אשר נתן אלקים בלבם בה יחסו ועל צד החקירה בטוהר שכלם סוף סוף יבררו האמת בטעמי דמסתבר. אך דבר שפתים היוצא מפי על דברת הבינונים תלויים ועומדים בדעת זולתם אשר אין כח בהם לא לזרות ולא להבר. מאז שמעו שמע הרע הזה נשתרש טעותי בלבם וזה עשר פעמים יכלמוני באזני עם הארץ באתר דלית גבר. זאת היתה לי כי מלאתי מלים למצוא מנוח אשר ייטב לאדם שיחי ואומר זך לקחי ובר. ותשואות תן חן למאור הגדול סיג שכולל אחדים בחכמות ולמודים וגדול ליהודים נר ישראל רב לנו מנהיג אחד לדור ודבר. אשר בהוד חכמתו ורוב ענותנותו היו דבריו כי לגבי דידי איש אשר כמוני חד דייק יתפלא בי אף שהמלות הן אפשריות מכל צדדיהם על שני קצותם וחובר. אשתחוה אפים ארצה לעמת מחברתו וכאשר יקרה נפשי בעיניו להעלותני על לפנים ממחיצתי כמדובר. כן יגן עלי בכנף חכמתו ויגזר אומר כי לגבי דידי ואפי' לגבי דידיה נכון העשותו אליו פי קראתי לקרב ולרחק בזרוע עוזו את אשר יבחר הוא הקדוש ואם רע בעיניו אשובה לי מדברי ואתחרט על העבר. פי המדבר בקידה בהשתחויה לב נשבר יהושע רפאל בנבנשתי.

סימן יב

בילוגראדו. ה' שטרות.

שאלה ראובן היה חייב לשמעון סך מה ע"פ ושמעון היה חייב לראובן סך מה ע"פ מחמת כ"כ הגו"שייוש שעשה לו בשליחותו ומה שהיה חייב שמעון לראובן מחמת ההי' גושייוש שעשה לו לא היה מחשיבו לכלום והיה נוגש לראובן על מה שהיה חייב לו וכאשר ראה שמעון כי לא יכול לראובן על מה שהיה תובע ממנו ע"כ הוציא עליו שטר קיים משותפות שהיה לו עמו והשטר על השותפות היה פרוע והוליכו לב"ד ותבע ממנו כפלים ממה שהיה חייב לו ע"פ וטען ראובן כי השטר שהוציא עליו על השותפות פרוע הוא ואמרו ב"ד הבא המעות וישבע לך שמעון שלא נתפרע ממך וכאשר לא היה יכולת לראובן להביא מעות בעת ההיא לח כלם ולא מקצתם והב"ד אשר עמדו מפניהם אין בהם חכם דסביר וגמיר כי אם הדיוטות ממונים שמעמידים הקהל לזמן גם העיר אין

להם חכם ראש וקצין על הצבור לדון. והממונים הנז' כאשר ראו שלא היה יכול ראובן להביא המעות נתנו גזרה לשמעון שיתפרע מראובן בע"שג והוליכו לע"שג ועל זאת היה צועק ראובן ככרוכיא ואין שומע לו וכשראה ראובן בצר לו שהיה מביאו שמעון למאסר הוכרח להתפשר עמו ע"י מתווכי השלום בסך מה בהרחבת זמן שלש שנים ועשה עצמו כמתחסד שהיה מוחל לו על השאר ממה שתבע ממנו וכתב עליו ש"ח לפרוע השליש בכל שנה ושאם לא יפרע לו כל פאגא בזמנו שיתפרע ממנו הכל עם כל מה שניתר לו בעש"ג עם ההוצאות ונאמנות על הכל לשמעון כל כמה חזוקים שרצה העמיס עליו בש"ח שכתב עליו וקרע שטר השותפות שתבע בו לראובן ויעצוהו לראובן שיודה לשמעון על הכל וכשיבא לפרוע לו יתבענו בדין שישבע לו והגיעו הדברים לאזני שמעון את אשר יעצוהו לראובן ובעוד שלא היה ראובן בעיר שהלך לעיר אחרת להסתחר שם הלך שמעון לסופר קרובו והעתיק הש"ח הנז' ולקח הטופס בחתימת שני עדים מעידים כי מתורף הש"ח נעתק הטופס ההיא כי אמר להם שהיה שולח הטופס ההיא לעיר אשר ראובן שם להתפרעה ממנו ולא שלח כלום והניחו אתו למשמרת התופס הנז' לאחר זמן כשיצא ראובן ידי חובתו על הש"ח הנ' לקח ממנו ראובן הש"ח הנז' וקראו ודקדק בו כי הוא הוא וקרעו לפני עד א' והשליך קרעיו אחר כל זאת כשהלך שמעון לסופייא תבע לדין ראובן לשמעון על מה שלקח ממנו בעד הש"ח הנז' כי היה בעול וחמס שישבע לו וטען שמעון שהיה לו ש"ח עליו ושיביאנו תוך שלשים יום לאחר הזמן הנז' הוציא עליו הטופס אשר עשה בערמה ותבע ממנו הש"ח הנז' ע"י הטופס הנ' וראובן טען כי הוא פרע לו כל השטר ההוא בשלמות וביד קרע הש"ח הנ' אחר שקראו ודקדק בו כי הוא הוא ולו עד בדבר ומעולם לא שלח טופס להתפרע ממנו בשום מקום ואם אמת הוא כי זהו הטופס של שטר הש"ח עצמו היכן הוא שהיה לו להפקידו ביד ב"ד כפי הדין שלא יתפרע ממנו שתי פעמים הנה על כל אלה צועק ראובן ככרוכיא יורנו המורה צדק את דבר הדין האם יש לו דין לראובן לחייב לשמעון שבועה על אלה הגם כי כתוב נאמנות בשטר של שמעון על הכל יתן פריו בעטו ושכרו כפול ומכופל מן השמים אמן:

תשובה האי שטרא ריעא אתרע חזקתיה מעקרא כיון שנעשה על פי שנים עדים מעידים שמתורף השטר נעתק כמו שכתוב בשאלה ופועל זה לא יעשה אלא על פי בית דין שהרי המוליד הראשון מענין הטפסת שטרות הנה הוא בעל התרומות ז"ל בשער נ"ז שכתב בשם יש מהמורים שהורו שאם הלוה במ"ה והמלוה חושש שמא יוליך שטר חובו בידו אולי יאבד בא לב"ד ומטפיסין אותו ומניח שטר חובו ביד בית דין שבעירו וב"ד של מקום שהלוה שם מודיעין לבית דין שבמקום המלוה איך נפרע מחובו וקורעין השטר וכו' כמו

שהביאו הטור בח"מ סי' מ"א יע"ש והוא עצמו כתב למטה מזה ודע והבן כי זה שפסקנו בענינים הללו שמחדשין את השטר וכותבין שטר שני דוקא ב"ד אבל עדים החתומים בה אין לחדשו כלל ואע"פי שנמחק בפניהם ויוצא מתחת ידי המלוה אבל ב"ד עושין לו קיום ע"כ הרי שאפי' העדים עצמן של אותו שטר אין יכולין לחדשו ולהטפיסו אם לא שיהיה על יד ב"ד וכן כתב הרב הב"י דלית תקנתא אלא על פי ב"ד א"כ איכא בנד"ד שההטפסה היתה על ידי העדים בלתי מעשה ב"ד מעשה קוף בעלמא הוא וטעם נכון יש לזה דבשלמא כשהוא עושה ע"י ב"ד כח ב"ד יפה למעבד כל טצדקי דאפשר שלא יפרע ממנו שני פעמים וכדמסיים שמעכבין השטר ואח"כ כותבין לאותו ב"ד ועכבי' התורף וב"ד שבעיר הלוה כותבים להם שיקרעוהו וכיוצא בדברים האלו אבל כשהדבר הוא על ידי עדים הדיוטות מאן בקי לעשות זאת הילכך דוקא על ידי ב"ד גבינן בטופס אבל על ידי עדים ריע חזקתיה ולא מגבינן ביה כשהלה מכחישו וטוען פרעתי:

ויש לדון כך מדברי הרב בעל התרומות עצמו שכתב שם וז"ל ויש לברר לוה שטען על אותו שטר שני שעשו ב"ד פרעתיו מה דינו אחר שאין בידו שטרו הראשון על זה פסק הראב"ד שאינו יכול לטעון פרעתי כדגרסינן הטוען אחר מעשה ב"ד לא עשה ולא כלום וכל מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה ע"כ טעמא דהוא טוען אחר מעשה ב"ד ולכך אינו יכול לטעון פרעתי אבל כשאינו טוען אחר מעשה ב"ד אלא אחר מעשה הדיוטות מצי לטעון פרעתי כיון שאין השטר הראשון בידו. והסברא מוכחת כן דכיון דחזינן להאי שטרא שהוא טופס ודאי שהיה לו תורף וראוי לחקור היכן הוא התורף אם הוא בעולם נשייליה לשמעון זה איפה הוא וכשיתברר הדבר שהוא קיים יתפרע שמעון ויקרעו שניהם גם יחד ואם אינו בעולם ודאי שנפרע ונתן התורף ביד ראובן כמו שהוא טוען וכבר כתב הר"אש ז"ל בכלל ס"ח שמעולם לא היה דן מתוך התופס עד שיביאו לפניו גוף השטר כלו' כשאינו עשוי על פי ב"ד שכותבים ועכבנו התורף וכ"כ הטור ז"ל בסי' מ"א ואם כתבו לאדם טופס שטר ובא לפני ב"ד אין ב"ד גובין בו עד שיוציא גוף השטר אם לא כתבו בו טעם למה עשו שטר אחר כי ההיא דנמחק שטר חובו וכיוצא בו ע"כ והן דברי הר"אש בכלליו סי' כ' וכלל דבריו שכשאנו רואים הדבר ברור כשמש שהטפסה זו נעשית כהוגן כי ההיא דנמחק שטר חובו שהוא על פי ב"ד אז גובין בו אבל אי לאו הכי לא דון מנה בנד"ד דשואלין לשמעון אנה הוא הטורף ואם יברר שהוא בעולם מחפשין אחריו אם נמצא קיים והגון ודאי שיתפרע שמעון ואם לאו שקר הוא טוען ואין לו על ראובן שום תביעה הנלע"ד כתבתי הצעיר יהושע רפאל בכמה"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן יג

בלוגראדו. ה' חזקת קרקעו'.

שאלה ראובן קנה חצר א' מגוי ובנה בתוכו ואח"כ מכרו לשמעון ושמעון בנה בתים זה על גבי זה דבר שלא היה מקודם ופתח חלונות לארבע רוחות העולם ויש היזק ראיה לחצר לוי שבצדו וכשהתחיל לבנות שמעון שלח לוי שליח ב"ד לומר שלא יבנה שום דבר חדש עד שיחדיו למשפט יקרבו והשיב שמעון בערמה שטוב הדבר שלא יעשה שום דבר ח"ו חוץ מן הדין ועתה בעונותינו מדת הדין רגזה ובהיותנו מפוזרים בכפרים נטה שמעון למשל אזנו וישם אל הבנין פניו ובנה מחדש מה שרצה תחתיים שניים ושלישים ופתח חלונות לכאן ולכאן כרצונו ועשה מחיצות מנסרים בחלונות מהוצא ודפנא דבר שאינו של קיימא שלמחר הרוח באה ועוקרתם ולוי צווח כי כרוכייא בייא כאמור כי מחיצות של נסרים אינה מחיצה חזקה שהיום או למחר יפלו ברוח מצויה ועל זה רבו המריבות ביניהם. עוד טוען שמעין שהגם שפתח חלונות כיון דמעיקרא החצר היה של גוי אמרינן הבא מכח הגוי הרי הוא כגוי ורוצה לעשות כמעשה הגוים שפותחים חלונות זה כנגד זה ועושין מחיצות של נסרים כדי להסיר ההיזק ראיה ואע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא אי אמרי' הבא מכח הגוי כו' ומ"ס הכי ומר סבר הכי שמעון טוען קים לי כאותו פוסק שסובר סברא זו. ולוי משיב הגע עצמך שהחצר היה מעיקרא של גוי כיון שהגוי מכרו לראובן וראובן לשמעון כשהתחיל לבנות שמעון שלח לו לוי שליח ב"ד שלא יבנה והחריש שמעון עד שנתפזרו בכפרים ואז מצא שמעון המקום פנוי מהאנשים שלא היו שם ואמר עת לעשות ובנה מה שרצה א"כ כיון שהוא בא אחר שני כחות וגם שפתח חלונות אחר ההתראה שהתרוהו ב"ד כנז"ל איך יאמר קים לי כפ' הפוסק ולוי צווח עדיין ואומר לו אל תפתח והוא אינו מטה אזנו לשמוע ועוד טוען לוי ואו' לשמעון דהא דאמרי' הבא מחמת גוי כו' הוא אם היה שמעון לוקח מהגוי אבל כיון שקנה מראובן מה לנו לראות מבריאת העולם ועד עתה אם היו של הגוי על הכל יורנו המורה אם זוכה שמעון בטענתו ושכ"מה אכי"יר.

תשובה לדידי חזי לי התובע והנתבע והשואל כלפי הנשאל תרווייהו כמאן דלא גמירי דינא דמו שמה ענין הבא מחמת גוי כו' לנ"ד עד שהוצרך הנתבע להתלות בטענה זו לטעון דכיון שהקרקע מתחלה היתה לגוי הותר לו לעשות כמעשיהם ואפי' יהיה מחלוקת שיכול לומר קים לי כפ' גם התובע שחוזר וטוען הדא דאמרי' הבא מחמת גוי כו' הוא אם היה שמעון לוקח מגוי אבל כיון שקנה מראובן מה לנו לראות מבריאת העולם ועד עתה דמשמע דהא קא מודה ליה שאם שמעון היה לוקח מגוי מצי לפתוח

חלונות כו' ורואה אני את שניהם דתלו תניא בדלא תניא דאי אמרי' בפ' חזקת הבא מכח גוי הרי הוא כגוי מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מכח אין לו חזקה אלא בשטר ומנה ילפי רבוותא לענין חזקת שמוש דמה לי חזקת קרקע מה לי חזקת שמוש היינו דוקא לענין שאם אותו השמוש היה עשוי ומזומן טרם מכירת הגוי קרקע לישראל ואחר שקנה הישראל הקרקע מן הגוי לא נתחדש שום דבר בהא מתוקמא מלתייהו שהרי הוא כגוי להניח אותו הדבר העשוי כבר על מתכונתו אבל אם אחר שקנה הישראל הקרקע מן הגוי ובא לידו ורשותו ונתחדש שום דבר מזה שנאמר דכי היכי דאי הוה הקרקע בידו מצי עביד הכי כך יכול הישראל לעשותו זה לא שמענו ולא יעלה על לב לעולם דא"כ לא שבקת חי לכל ארעתא שמעט אשר היו לפנינו מהקרקעות לא באו מן הגוים ליד ישראל ולקתה א"כ מדת הדין בנזקי שכנים חלילה. ואעידה לך עדים נאמנים כמה תשו' הגדולים שבאו בענין זה הטור ז"ל בסי' קנ"ד טור ח"מ כתב תשו' לאביו הר"אש ז"ל וז"ל ראובן שיש לו בית אצל שכינו הארמי ופתח חלון על גגו של ארמי והחזיק בו כמה שנים לאחר ימים מכר הארמי את ביתו לשמעון ובא שמעון להגביה ביתו בענין שסותם החלון של ישראל וטען ראובן אתה מאפיל אור חלונותי שהחזקתי בו כמה שנים טענת ראובן אינה טענה דהבא מחמת גוי כו' ואין ראובן יכול למחות ע"כ. גם הרב ב"י מביא תשו' אחרת להרש"בא וז"ל שאלת ארמי שיש לו חלון על חצר ראובן ואין ראובן יכול לעכב עליו משום דיני ארמים ועמד הארמי ומכר ביתו לשמעון ועכשיו אומר ראובן לשמעון שיסלק היזקו מי מצי אמר שמעון מכח הארמי אני בא. תשובה לא אמרו הבא מכח הגוי כו' אלא להחמיר וכמו שאמרו מה גוי אין לו חזקה אלא בשטר כו' ע"כ. עוד שם תשובה להרש"בא וז"ל ראובן שהיה לו בית על חצרו של ארמי ופתח לו חלונות כו' תשובה אין לראובן חזקה ע"כ. ובהגהות אשירי דפ' חזקת עלה דההיא דאמר רב יהודה הבא מכחו של גוי כו' כתב וז"ל הרי הוא כגוי דוקא להרע כחו של ישראל אבל ליפות כחו של ישראל וכגון גוי שהיה דר בשכונת ישראל והחזיק בחלונות שלש שנים ושוב קנה ישראל מאותו גוי לא אמרי' הרי הוא כגוי להחזיק באותם החלונות דמה שהחזיק הגוי הוא שלא כדיני ישראל ע"כ ובתשו' אחרת לגאון הביאה הטור כתוב ישראל שהיה לו חלון פתוח לחצר הארמי וסתם אותו מבחוץ והניחו פתוח מבפנים לאחר זמן מכר ארמי חצרו לישראל תשו' אינו יכול לפתוח כו' ע"כ. הא קמן דכל הני רבוותא שייחסו ההיא דהבא מכח גוי ה"ה כגוי לענין חלונות מר כדאית ליה ומר כדאית ליה כולהו מיירו בשכבר היתה החלון פתוח בהיות קרקעו של גוי בידו והיתה החלוקה במציאות אם ברשות ישראל אם ברשות גוי. אם הר"אש

בהדיא אמר ופתח חלון על גגו של ארמי והחזיק שם ואם הרש"בא בתשובה הא' בפי' כתב ארמי שיש לו חלון על חצרו של ראובן כו' ובתשובה השנית בביאור אומר ופתח ראובן חלונו על חצרו של ארמי גם הגהות מימון פירשו דבריהם ואמרו והחזיק הגוי בחלונות ובתשו' לגאון אמר וסתם אותו מבחוץ לימים מכר הארמי ביתו לישראל כו' באופן שדברי הנביאים אלה כלם פה א' בדיני החלונות דילפי לים מההיא מימרא דהבא מחמת גוי כו' היינו שהחלונות הם כבר היו עשויות אם ברשות הגוי ואם ברשות ישראל כשהיה לגוי קרקעו בידו ולהכי בתר דמכר הגוי קרקעו מר אמר הכי ומר אמר הכי אבל היכא שאחר שבא קרקע הגוי ליד ישראל נתחדש החלון אם ברשות הגוי או ברשות ישראל לפתוח או לסתום בהא ודאי אין ענין לזה עם ההיא מימרא דהבא מחמת הגוי כו' דהשתא הפועל מהחלון מכחו של ישראל בא ולא מכח גוי ועל כן אין דין הבא מחמת גוי שייך בנ"ד לשיוכל שמעון להתלות בו ולוי ג"כ שיוכרח להשיבו על פי מדותיו:

ואחר שכן שמעון זה אינו יכול לפתוח חלונות לחצרו של לוי שהוא בצדו בענין שהוא עושה לו היזק ראיה כאשר בא בשאלה ואם עבר ופתח יסתום אותם ולא בהוצא ודפנא דבר שיתקלקל מיד והרוח באה ועוקרתם אלא מחיצה כפי המנהג שבעיר אם המנהג הוא לסתום החלונות במחיצות לבנים עושים ואם בנסרים עושים אך בענין שיהיו חזקים ומדובקים באופן שלא יוכל לראות את חבירו משם וכענין שאמרו במחיצות השותפין במשנתינו מקום שנהגו לבנות גביל וכפיסין ולבינים הכל כמנהג המדינה שבעיר וכתב הגאון הר"אם ז"ל בראשונותיו סי' ח' וז"ל א"כ בנ"ד לית ליה חזקה וכ"ש למ"ד היזק ראיה היזק תדיר הוא ודמי לקוטרא ובית הכסא דלית ליה חזקה ולכן יתחייב לעשות סתימה מעלי' כי היכי דלא ליזיק לחבריה בהיזק ראיה אך שנכפה אותו לבנות כותל עם אבנים האי ודאי לא מצינן למכפיה כיון שהמנהגות חלוקות אבל על כל פנים צריך שיהיה כפי הכותל הפחות במשנה והיינו כפיסין ולבנים שרחבן ג' וד' ולא אבנים שרחבן שש כו' עד אם יעשה אותם בקרשים חזקים סתומים מלהביט פשיטא דאין לכופו לעשותו של אבנים עכ"ד קא תני מיהת שכשאין מנהג בעיר אפי' שיעשהו בקרשים צריך חזקים א' אל א' בענין שלא יזיק בראיה ולא יפלו אפי' ברוח שאינה מצויה והיכא דאיכא מנהג נהרא נהרא ופשטיה:

הכי נמי בנ"ד חזרנו על הראשונות ששמעון זה אינו רשאי לפתוח חלונות לחצרו של לוי להזיקו בראיה ואם פתח יסתום אותם ולא בסתימה כל דהו אלא הכל כמנהג המדינה ואם אין מנהג פשוט בעיר וירצה לסתמם בנסרים וקרשים צריך שלא יהיה על צד ההזדמן אלא קרשים חזקים ומדובקים בחוזק של קימא וכתורה וכמשפט יעשה והנלע"ד

כתבתי וחתמתי שמי אע"פי שאין הפנאי מסכים. הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן יד

שאלה ראובן היה יושב בעיר אחת ושמעון יושב בעיר אחרת והיו נושאין ונותנין זה עם זה כל אחד שולח לחברו פרקמטיא ונמשך דבר זה ביניהן זמן רב ואחר עבור זמן הרשה ראובן ללוי ללכת אצל שמעון לפקח בעסקיו ולטהר חשבונותיו עמו וכן עשה לוי הלך אצל שמעון וטהר חשבונותיו של ראובן עם שמעון ונשאר שמעון חייב לראובן אלף ות"ק גרוש' וכתב לוי לשמעון שטר מחילה איך לא היה לראובן עוד שום תביעה על שמעון כלל ונשארו האלף ות"ק גרוש' הנז' מלוה על פה אח"כ שלח ראובן לתבוע משמעון הסך הנז' וכפר לו שלא נשאר חייב לו שום דבר שהשטר מחילה היה על כל התביעות שהיו לו מיום דעתו עד היום הזה כראות ראובן דברי שמעון אלו פעמים שלש שהיה כופר בכל עשה שטר על שמעון איך היו חייב ליאודה חמיו של ראובן אלף ות"ק גרוש' ואמר לעדים שטר זה אני עושה למשמרת שאם יקשה ערפו ויחזיק במעוזו ויאמר ב' או ג' פעמים אחרות שאשלח לתבוע ממנו הסך הנז' ולא יפרע לי אז אוציא עליו השטר הזה ואתפרע ממנו אבל אם יודה על האמת ויפרע לי מה שהוא חייב אקרע השטר לשנים קרעים שאין כונתי כי אם לתקן אשר עוות לוי בעת טהרת חשבונותי עם שמעון שלא עשה שטר עליו שהיה חייב את"ק גרוש הנז' וכל כונתי היא להציל את שלי בלבד כי ח"ו לא עלה על לבי שום דבר בליעל להתעולל עלילות ברשע על שמעון וכן עשה ראובן כי אחר עשותו השטר הנז' שלח לשמעון לתבוע האלף ות"ק גרוש' הנז' ע"י שליח פעמים שלש ואח"כ הלך ראובן עצמו ונתפשר עמו ונתן לו אלף ור' גרוש' ועשה שטר מחילה אחר ואז ראובן כראותו שכבר נתפשר עמו קרע השטר הנז' כי לא היתה כונתו להרע לשמעון עתה יורנו אי איתרע חזקתו של ראובן בעשיית השטר הזה דמקרי מהדר אזיופא או לא איתרע חזקתיה הואיל וכל כונתו לא היתה מעיקרא כי אם להציל את שלו שהרי כיון שנתפשר מיד קרע אותו ולא עשה שום מעשה לתבוע בו ולא הוציאו ב"בד. ושכרו כפול מן השמים:

תשובה ודאי דהאי איתרע חזקתיה דאיבעיא ליה לשואל לאו בעסק זה קאמר דהא אזלה וכבר נתפשר ובטלה מחלקת אבל כי איבעיא ליה הוא מכאן ולהבא אי מחזקינן לראובן זה כשמוציא שטר אחר על שמעון מעסק אחר או על שאר בני אדם ואפי' מסך זה דקא מהדר אזיופא אם לאו איברא דהרבה טרחתי למצוא צדדין לשאלה זו ולא מצאתי

דלמאי ניחוש לה אי להההיא דפ"ק דמכות (דף ה':) בעובדא דההיא אתתא דאתיית סהדי ואשתקור ואייתיית סהדי אחריני ואשתקור ואייתיית סהדי אחריני ולא אשתקור דאמר ריש לקיש הוחזקה זו וכתב רש"י הוחזקה זו להביא עידי שקר ולא נקבל עוד עדות אחרת. הא אמר ר' אלעזר אם היא הוחזקה כל ישראל מי הוחזקו והלכה כותיה דקאי ר' יוחנן כותיה וכדפסק הרי"ף ובעל האגודה בהדיא וכן העלו הרמב"ם והטור וכל שאר הפוסקים. ותו דאפי' ריש לקיש דאמר הוחזקה זו לא אמר כן אלא בההיא עסקא בלבד אבל בענין אחר זולתו לא מחזיקינן לה זייפנית. וכי תימא לאו ההיא עובדא דמכות ענין לזה כלל ולאו מהתם נסתפק השואל דבשלמא התם העדים הם שבאו לבית דין והוכחשו או הוזמו בענין שנמצאו שקרנים וכיון שכן שפיר קאמר ר' אלעזר אם הוחזקה היא כל ישראל מי הוחזקו כלו' ואם הביאה עדים אחרים לא חיישינן דמשקרי אבל כאן שהענין הוא דראובן זה מהדר אזיופא ועשה שטר מזוייף ניחוש נמי דשמא יעשה שטר אחר מזייף וליכא למימר תו כל ישראל מי הוחזקו דכיון דמהדר אזיופא אמרינן דהוא עצמו למד לזייף החתימות ומזייף להו והיינו ממש ההיא דפ' אלו נערות (דף ל"ו:) דא"ר פפא על שטרא ריעא דלא מגבינן ביה ושאיל ה"ד שטרא ריעא כגון דאתו בי תרי ואמרו לדידן אמר לן פ' זייפו לי שטרא ומקשי תלמודא אם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו ומשני דכיון דקא מהדר אזיופא אימור זיופי זייף וכתב ופיר"שי ז"ל וז"ל אם הוחזק הוא לחזר אחר עידי שקר כל ישראל מי הוחזקו להיות שומעין לו לזייף אלא כיון דקא מהדר אזיופא אימור זיופי זייף הוא עצמו למד לכוין כתב הדומה לכתב ידי העדים שחתם בו ע"כ וכן פירש ה"רן וכיון שכן אמור מעתה נמי בנד"ד דבזה נסתפק השואל דכיון דחזינן ליה שזייף שטר ניחוש מכאן ולהבא. הא נמי מצדה תברה דבהא נמי ליכא לספוקי דאי מסיק בגמ' אימור זיופי זייף וכתב היינו לאותו ענין בלבד ולא איתרע חזקתיה לזולתו דייקא נמי דקתני לא מגבינן ביה כלו' אבל באחר דלאו מאותו ענין מגבינן ולא מחזקינן ליה לגברא זייפנא דאע"ג דראינוהו דזייף אמרינן שמא מנה היה אצלו בעל פה וירא שמא יכפור לפיכך כתב לו שטר כדכתב הרא"ש בפ' אלו נערות ולהכי לא פרעינן אלא זה השטר באותו ענין עצמו ולא בזולתו וזהו לשון הטור בהדיא בח"מ סי' ס"ג שכתב וז"ל עדים שהעידו על ראובן שבא להם שיזייפו לו שטר של מנה על שמעון ואח"כ הוציא שטר של מנה על שמעון אין גובין בו אבל שאר שטרות שיש לו על אחרים או אפי' על שמעון ואינן מזה הסכום הרי הן בחזקתן ע"כ גם הריט"בא ז"ל כתב בשיטתו וז"ל יש מרבותי אומר דלא חיישינן לזיופא אלא להההוא שטרא גופיה דהוה מהדר לזיופיה כגון דאמרו עדים לדידן אמר לן זייפו לשטר של כך וכך על ראובן

כי השטר שיוציא על ראובן מאותו סך ריע אבל על אינש אחרינא או על ראובן ומסך אחר כשר וכן נראה מדברי ר"ב שכתב דכי אתו תרי סהדי ואמר לדידן אמר לן זייפו לי האי שטרא איתרע ההיא שטרא ע"כ וזו היא דעת הר"אש ג"כ שכתב בפ' אלו נערות וז"ל י"מ דכיון דהעידו עליו דמהדר אזיופא כל שטרות היוצאין מתחת ידו מחזיקינן להו בחזקת מזוייפין ולא מסתבר כן דלישנא דתלמודא לא משמע הכי דקאמר האי שטרא דריע לא מגבינן ביה דמשמע דוקא האי שטרא דאית ביה רעותא כגון שאז העדים פלוני בקשני לכתוב ולחתום לו שטר של מנה על פלוני ואח"כ הוציא שטר מנה על פלוני האי שטרא ודאי איתרעי ולא שאר שטרות היוצאים מתחת ידו שלא הוחזק לזייף שטרות על כל בני האדם אלא דוקא על אותו פ' שהזכירו העדים דתלינן שמא מנה היה אצלו בעל פה וירא שמא יכפור אבל אם העדים לא הזכירו שם הלוה וסכום המעות בהא מסתבר קצת שחשוד לזייף כל שטרותיו ותלינן דזייף שטר אחד ולא ידעינן הי ניהו ע"כ ובעל בית חדש כתב וז"ל לא איתרע אלא האי שטרא מזה הסכום על שמעון אבל לא שאר שטרותיו שעל שמעון שלא מזה הסכום או אפי' מזה הסכום על אחרים לא איתרע שום אחד מן השטרות כלל ע"כ. נמצאו דברי הני אשלי רברבי כולהו סברי דאי אמרינן בגמ' אימור זיופי זייף וכתב להההוא ענינא בלחוד קאמר באותו האיש ובאותו סכום ולא בזולתם. וכן דקדק הר"ן ג"כ מלשון הר"יף ומלשון הרמ"בם וז"ל ומדברי הרי"ף שכתב ה"ד שטרא ריעא כגון דאתו בי תרי ואמרו לדידן אמר לן זייפו לי האי שטרא נראה דלא מרעי שטרא אלא על אותו פלוני מאותו סך שאמרו העדים לדידן אמר לן זייפו לי שטרא פ' מסך פלוני אבל שטרות שיש לו מסך אחר על אותו פלוני וכן כל שאר שטרות לא ריעי וכן נראה מלשון ר"ח שכתב אי אתו תרי סהדי ואמרי לדידן אמר לן זייפו לי האי שטרא איתרע ההיא שטרא וכן נראה מלשון הרמ"בם אבל בנוסחאות שלנו כתוב כגון דאתו בי תרי ואמרו לדידן אמר לן זייפו לי ע"כ.

הן אמת דדברי הר"ן הנז' הם סיוע לדברינו ועושין לנו סמוכות לומר דאיכא נמי הרי"ף ור"ח והרמ"בם דס"ל דלא איתרע חזקתיה אלא בההוא שטרא ולא בזולתו כמו שבארנו בקודם אבל מ"מ יש מקום דקדוק בדבריו דבשלמא מלשון ר"ח שפיר מוכח דכתב בהדיא איתרע ההוא שטרא כלו' הוא לבדו הוא ולא אחר אבל מלשון הרי"ף והרמ"בם היכי מוכח דהכי ס"ל אי משום דהרי"ף כתב האי שטרא כדמשמע מן הנגלה מדבריו והרמ"בם כתב שאל ממנו לזייף שטר זה ומדקאמרי תרויהו לשון שטר זה לא מרעי אלא אותו השטר מה בכך אימור דאינהו סברי דאפי' שאמרו העדים לדידן שאל זייפו לי האי שטרא אפ"ה הוחזק בכל השטרות לגברא זייפא כדעת הי"מ שדחה הר"אש

סברתם והביאו ג"כ רבינו ירוחם בנתיב ו' ח"ה וכהריט"בא ז"ל שכתב שם אבל דעת הרב ז"ל דאפי' הוה מהדר בזיופא על ראובן חוששין לשמעון וה"ה לראובן מסך אחר דכיון דמהדר אזיופא מזייף ואזיל אדנפשיה וכן הדעת נותנת ע"כ הרי שאע"גב שהם אמרו דמהדר אזיופא על ראובן והיינו דאמרו האי שטרא מיהו סברי דהוחזק לזייפן על כל השטרות וא"כ איך הוכיח דמדכתב הר"יף האי שטרא והרמ"בם שטר זה נאמר דלא הוחזק אלא על שטר זה ולא על זולתו. ואי תימא דמשמע ליה דאין סברא לומר דכי אמרו שטר זה שיזייפו כל השטרות והנהו רבוותא דאמרו שיזייפו כל השטרות מיירו בדלא אמרו העדים שטר זה אלא שטרא בלבד או זייפו לי ותו לא א"כ במאי קא מיפלגו שהרי רבותיו של הריט"בא ז"ל שהזכרנו דבריהם שהם מהסוברים דלא יזייפו אלא אותו השטר מ"מ כתבו דכל היכא דהעדים אומרים לדידן אמר זייפו לי שטרא ולא פירשו מי הוא כל שטרא דמפיק הוי ריע והכי דייק לישנא דגמ' דאמר לדידן אמר לן זייפו שטרא אלמא כיון דאמר הכי הוי שטרא ריע ע"כ וכן הר"אש נמי כתב שם אבל בשלא הזכירו העדים שם הלוה נחשדו כל שטרותיו וכו' ובהא לא פליגי וא"כ מאי ביניהו דהנהו **רבוותא** כיון דהני מיירו בשאמרו שטרא דנא והני מיירו כשא' שטרא סתם א"כ אין מחלוקת ביניהם אלא ודאי דזה א"א וכי פליגי בהאי שטרא פליגי דהני סברי דהוחזק מזה השטר לכל השטרות והני סברי דלא הוחזקו וכיון שכן הדרן קושיין לדוכתה מנא ליה להה"רן ללמוד דיוק זה מדברי הר"יף והרמ"בם ואנא דאמרי שהן מכת הסוברים שאפי' שאמרו העדים שטרא דנא הוחזק לזייף כל השטרות כקצת הפוסקים הנז' ומה ראיה היא מלשון העדים. **האמנה** מדברי הרמ"בם מיהא היה זה צד ללמוד דס"ל הכי כדכתב ה"רן ואם לא מדיוק לשון שטר זה אלא דכתב הרמ"בם בכ"ב דה' עדות וז"ל מי שהביא עדים ונחקרה עדותן והוזמו וחזר והביא עדים אחרים באותה הטענה עצמה והוזמו אפי' מאה כת ואח"כ הביא עדים באותה טענה עצמה ונמצאת עדות אלו האחרונים מכוונת דנין אותו על פיהן שאע"פי שהוחזק זה שטען טענה זו להביא עדים שקרנים הרי לא הוחזקו אלו העדים האחרונים שהן משקרין אבל שטר שקרא עליו ערער והוא שיבואו שנים ויאמרו ממנו שאל לזייף לו שטר זה אע"פי שנתקיים השטר בחותמיו אין גובין בו לעולם ע"כ ומן הידוע דהדין הראשון דמי שהביא עדים והוזמו וכו' הוא ההיא עובדא דמכות דאייתיית סהדי ואשתקור וכו' וכו' והדין השני דשטר שבאו שנים ואמרו ממנו שאל לזייף שטר זה הוא ההיא דפ' אלו נערות דשטרא ריעא כדכתב הרב בכ"מ ז"ל ואם איתא דמה שכתב הרמ"בם בדין השני הוא דהוחזק זייפן לכל השטרות כי"מ דהר"אש מאי אבל דקאמר ומה ענין לזה אצל זה לומר אבל כלו' זה הוא הפך זה והלא עובדא דמכות ההכשר הוא

אפי' באותה טענה עצמה וכדמפרש הרמב"ם בהדיא וההיא דשטרא ריעא הוא דאפי' בכל השטרות הבאות פסול ואיך יאמר הרמב"ם אבל דמשמע דהתהפכות הדין הוא בענין אחר וכדקאמר אין גובין בו ואח"כ נמצא דההתהפכות הוא מן הקצה אל הקצה ולא יפרש ויאמר אבל שטר שקרא עליו ערער לא מיבעיא דאין גובין בו אלא אפי' בשאר שטרות וכו' זה נראה לי איזה טעם לומר דנוכל ללמוד דהרמ"בם הוא מכת הסוברים דלא מחזקינן ליה זייפנא אלא להההוא שטרא בלבד ואולי לזה כיון ה"רן לומר וכן נראה מלשון הרמ"בם אלא דמדברי הרב מהר"יק בכ"מ נראה שהבין הר"ן ללמוד זה מלשון הרמ"בם מצד הגירסא דהאי שטרא וחזר הדין דהיכי למד זה מדבריהם דהרי"ף והרמ"בם מדיוק לשון דהאי שטרא.

ולי אפשר ליישב דברי ה"רן אחר שנדייק דהיכי אסיקו אדעתיהו אותן הי"מ לומר דהוחזק לזייפן לכל השטרות והלא בגמרא לא קאמר אלא האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה משמע ביה הוא דדוקא משום דהוחזק לשטר ריעא לא מגבינן אבל בשטרות אחרים מגבינן וכמו שהקשה להם הר"אש דלא מסתבר כן מלשון הגמרא אלא מוכרחים אנו לומר דהי"מ מפרשי הכי האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה ושאיל היכי דמי שטרא ריעא וקאמר כגון דאתו בי תרי ואמרו לדידן אמר לן פ' שנזייף לו וחיישינן שמא מכאן ואילך כל השטרות הוא מזייף והיינו שטרא ריעא דקאמר בגמ' דלא מגבינן ביה כלו' כל שטר שיש בו צד לחשוב עליו רעותא והיינו היכא דגברא דהדר אזיופא בפעם אחרת הוציא שטר אחר עכשיו על טענה אחרת ונמצא לפי זה דשטרא ריעא לא קאי אפרטיות דשטר אחד אלא על כל שטרא ושטרא דקא מפיק דכיון דהדר אזיופא מעיקרא בטענה אחרת נקרא כל שטר ושטר שמוציא בין על פלוני הנז' בין על אחרים זהו הפירוש שהיו מפרשים בגמ' ומזה הולידו דהוחזק זייפן לכל השטרות ועל האמת האדם יראה לעינים דאי מצי הי"מ לפרש זה הפירוש בגמ' הוא לגירסא דגרסי לדידן אמר לן זייפו לי כדגריס ה"רן לבסוף ומשום הכי היכא דקאמר האי שטרא ריעא לא מגבינן ביה כלו' כל שטר ושטר שיש לחשוב בו צד רעותא כגון דהדר אזיופא פעם אחרת וכדפרשינן אבל לגירסי דגרסי לדידן אמר לן זייפו לי האי שטרא אין מקום כלל לפרש פירוש הי"מ דקאי אכל שטר ושטר שמוציא אחר זה אלא הכי פירושה ה"ד שטרא ריעא כגון דאמר פלוני לדידן זייפו לי האי שטרא ושטר זה הוא שטרא ריע ממש בפרטיותו ועליו אמר לא מגבינן ביה ומשמע ביה לא מגבינן אבל באחריני מגבינן וא"כ אין להוליד מזה דין הי"מ דהוחזק זייפן על כל השטרות ואחר שנתאמת דמאן דגריס האי שטרא לא מצי להוליד דין זה דהוחזק זייפן לכל השטרות משום הכי כתב ה"רן דמדברי הר"יף דגריס האי שטרא נראה דלא

מרעי אלא אותו השטר באותו ענין דליכא תו לפרש דשטרא ריעא קאי אכל שטר ושטר שמוציא אח"כ כדפירשנו כיון דגריס האי שטרא וא"כ שטרא ריעא קאי אפרטיות שטר זה ואמר אבל בנוסחאות שלנו כתוב לדידן אמר לן זייפו סתם כלו' ומשום הכי מצאו מקום אותן דסברי דהוחזק זייפן לכל השטרות שהיה מפרשים הפירוש שהזכרנו בגמ' ועל סגנון זה נתישבו קצת דברי ה"רן לפני עניותי. יהי מה הרי נתבאר דברי הנביאים פה אחד הר"יף והרמ"בם והר"אש והטור ור"ח ורבותיו של הריט"בא וגדולי האחרונים שהזכרנו דאי מסיק בגמ' אימור זיופי זייף וכתב היינו לאותו ענין בלבד וא"כ בנד"ד נמי אפי' נחשוב לראובן זה לזייפנא כבר עבר ובטל עסק זה שהרי בטלה מחלקת ומכאן ואילך לא יתואר בו חזקת זיוף. ואף שנמצאו היש מפרשים דסברי דהוחזק זייפן לכל השטרות כבר דחאה לנו הר"אש ז"ל בשתי ידים מלישנא דגמרא ועם שאין זה מספיק דאפשר יוכל הלוה מכאן ואילך בשטרות דמפיק לומר קים לי כי"מ ואין לומר הכא שהוא קים לי כיחיד כנגד כל חכמי ישראל שלשון יש מפרשים הם רבים וכל שכן שכבר הזכרנו שהריטב"א כתב וכן הדעת נותנת ולדידי נמי אפשר דה"רן נמי הוא מסברא זו וכן רבינו ירוחם כתב בלשון יש אומרים אלא דלרווחא דמילתא אני אומר דבנד"ד אפי' הריט"בא והי"מ וכל אבזרייהו יודו דאינו זייפן לכל השטרות דעד כאן לא קאמרי הכי אלא בדבר שהוא ספק כגון שבאו עדים ואמרו לנו שאל לזייף דסברת שכנגדם הוא דתלינן שמא מנה היה לו בע"פ וירא שמא [וכו'] אבל הי"מ והריטב"א דעתם דלא תלינן בהא אלא כיון שהתליה בזה הוא ספק אצלינו ואנו רואים דכבר הדר אזיופא פעם אחת חשבינן ליה למזויף שהרי הזיוף לפנינו ותלייתו דשמא מנה בע"פ הוא ספק ולא אתי ספק ומוציא מידי ודאי אבל כשידענו נאמנה שאין כונתו אלא להוציא את שלו כי נד"ד אין ספק שגם הריטב"א והי"מ ודכותיהו יודו דלא מחזקינן ליה למזוייף מכאן ולהבא וזה אצלי לאמת מוחלטת בדעתם וכן נראה מלשון הר"אש הנז' דכן היא דעת הי"מ למתבונן היטב בו ומנה בנד"ד דכיון דכונתו להוציא את שלו לא מקרי מהדר אזיופא ואפי' שמה שכתוב בשאלה ואמר לעדים שטר זה אני עושה להיות לי למשמרת שאם יקשה ערפו ולא יפרע לי וכו' עדים הללו הן עידי השטר הנז' עצמן והיה אפשר לומר דאינהו לא יצאו מידי רעים להאמין להם כיון שחתמו בשטר הנז' מ"מ כיון שסופו של ראובן הוכיח על תחלתו דכשנתפשר תיכף ומיד קרע השטר נראה לי דראובן הנ' בכשרותו הוא עומד ולא איתרע חזקתיה לכל הדברים וכל שכן אם נתברר כפרנוהו של שמעון אחרי טהרתו כל חשבונותיו עמי לעיני בני עמו ואפי' לא יתברר כפרנותו של שמעון ונודעה הפשרה שעשה לוי עם שמעון בסך אלף ות"ק גרוש' וחזינן דשטר שעשה ראובן הוא מהסך הנ'

ידים מוכיחות דלאו לזיופא נתכוון אלא על אותה פשרה שתהיה בכתב וכל שכן שלא עשה בו שום מעשה ולא הוציאו בב"ד דלא מקרי מזוייף כדכתב השואל ולשון הפוסקים בכלל מורה שצריך שיעשה מעשה עמו ויוציאהו לתבוע תביעתו להחזיקו במזויף ולא סגיא בלאו הכי. כלל הדברים אני רואה דראובן זה לא הורע חזקתו אשר היה לו מתחלה ובעשיית שטר זה לח זזה כשרותו ממנו וריח זיוף לא עדת ביה והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי אני אני הוא הצעיר יהושע רפאל בכמהר"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה

סימן טו

בע"ה להר"י עונקנירא ה כתב ידו.

שאלה יעקב תושב איזמיר נתן לבנו ראובן סך מעות ללכת לברושא להלביש בכל כך משי והלך ראובן מאיזמיר לטירייא ונתאכסן ברית שמעון קרובו ומשם הלך לברושא והלביש מעותיו וחזר ובא לאזמיר לבית אביו יעקב ושאל לו אביו מה הבאת בני אמר לו הבאתי כ"כ משי אמר לו אביו הבאת ק"כ ליטרין אמר לו הבאתי יותר עד ק"ן ליטרין אמר לו אביו ושאר המעות מה עשית אמר לו הבאתי ג"כ דיראהיש ותכף באותו היום נפל ראובן חולה במטה ולא עברו כ"ד שעות שנפטר והלך לעולמו הצדק ואחר עבור חדש ימים בא שמעון מטירייא לאיזמיר ותבע מיעקב אבי ראובן המת שנתן לבנו ראובן פקדון א' ממעות להלביש לו בברושא וטען יעקב שהוא אינו יודע אם נתן אם לא נתן וגם בנו לא הגיד לו שום דבר מזה כלל וגם הקרן שנתן לו לא הביא בשלמות ועמדו לדין בפני ב"ד וגזרו חומרא על יעקב שלא היה יודע דבר מזה וגם בנו לא הגיד לו שום דבר מזה ושלא היה שום סיכייו של שמעון במשי ושלא הטמין ולא הבריח הפקדון וקבל יעקב חומרא על כל זה ואע"פי שהטילו עליו חומרא רצה יעקב לישבע משום והייתם נקיים מה' ומישראל וקודם שנשבע טען יעקב שיוציא שמעון כתב א' שהראה לו מבנו אשר מתוכה מוכיח שלא נתן לבנו כלום והטילו עליו חומרא והוציא הכתב ההוא בב"ד וכתוב בזה זה הלשון ר"ש אה ווש אי אה וואי סו הי"גי אי שאב"ריש קימו וינו יוסיף אי טרושו איל אמאניט דיוואיסו היגו' שלמה אי יופואי קון איל טורקו אי שילו היזי איסמירסאר אה שירביו אי' מאנקו דילוקי מידקי יו תוור לה אמיסטאר קימי טיניאה איל גודייו לי היזי אינפריזינטאר אה שיכקו מש מאנקו פור ליברה. ואח"כ בסוף הכתב חוזר ואומר מה שכתוב למעלה אי ר"ש פנים אחרת אינו טיכגה קוידאדו קי אישטה אין קאזה עד כאן דברי האגרת וטען יעקב בב"ד ואמר איך אתה אומר שנתת פקדון לבני בטירייא שבכתב אומר וינו יוסוף אי טרושו' איל אמאניט די וואיסו היגו' ואיך אתה אומר שנתת

אותו לבני בטירייא שהיא טענה שקרית והשיב שמעון ואמר האמת הוא שאני הייתי רוצה לתתו לו והוא לא רצה לקבלו ואמר תנהו לתוגר שיביאהו ואני אשתדל להלבישו עם התוגר. עוד טען יעקב שהכתב ההוא מזוייף ואינו כתיבת בנו וגם לא חתם בה בנו לא למעלה ולא למטה ואמר יעקב בב"ד שיטילו עליו חומרא אם הכתב ההוא היה של בנו או אם היה שום זיוף ולא רצו להטיל עליו חומרא לא בתחלת הטענות ולא בסוף וביני ביני נטרפה השעה וברח התובע והלך לטירייא ולמחרת בקש יעקב מב"ד שיתנו לו פסק דין איך אין לשמעון עליו שום זבות ושום תביעה וטענה מחמת הפקדון וכו' ואמרו לתת לו פסק דין ולא הספיק הזמן לתת לו פסק דין לפי שהיתה מגפה בדולה בעיר וברחו לכפרים ואחר עבור כמו שנה א' חזרו ובאו התובעים האב והבן לתבוע מיעקב תביעת הפקדון כו' וטען יעקב שכבר עמדו לדין פעם ראשונה וקבל חומרא ונשבע גם כן ונגמר הדין שאין להם עליו שום תביעה ולא היה רוצה לעמוד עוד לפני החכם ההוא לפי שכבר פסק דינו ואמר לו לתת הגזרה ואם היה להם דין ודברים עמו שיבאו לפני חכם קהלתו שלא היה רוצה לעמוד בפני החכם הראשון שהיה לו איבה עמו על מסירות א' שעשה לו החכם ההוא בתוך הזמן הנז' כמו שיברר יעקב והלך יעקב לקחת עצה מהחכם שלו ואמר לו חבי כמעט רגע עד יעבור זעם וכאשר ראה החכם הראשון כן נתכעס על יעקב ושלא בפניו נתן גזרה לתובעים הנז' ואמר איך שלח שני בעלי תורה מדקדקים וראו הפנקס של הנפטר וכפי הפנקס הדין עם התובעים וחייב יעקב לתת להם הפקדון שתובעים ממנו וכל זה היה שלא בפני יעקב ויעקב טוען שבפנקס אינו כותב שקבל בנו הפקדון אלא שהלביש מה ששלח עם התוגר וגם התוגר אומר שהיה נותן הפקדון לראובן ולא רצה לקבלו ונתן אותו לתוגר אחר חברו שהוא יוסוף הכותב באגרת. עתה יעקב טוען שכבר נפסק דינו בפעם הראשונה שהדין עמו ואם החכם הנז' אמר ששם שני בעלי תורה מדקדקים וראו הפנקס כל זה היה שלא בפניו ולא לקח קנין ולא שבועה ודינו הראשון יקוב את ההר שכל מה שנעשה אח"כ היה שלא בפניו ולא היה לו קנין ושבועה. וגם טוען יעקב שאחד מהבעלי תורה מדקדקים. שאומר החכם שראו בפנקס אומר שמעולם לא נכנס להיות דיין בדבר זה וכל זה אמר בפומבי בפני קהל ועדה ובפני החכם עצמו וזהו העתק הנמצא כתוב בפנקס ראובן בן יעקב אחרי מותו איל דיגירו די שמעון די רבעים 550 דיגרות 15 וחצי דיכסף בכ"ה 34 סך ראליש 60 די שמעון און מושקאדור אואון לי מירקי פור אין נז' סידה ליבנו 52 ורביע ע"כ עתה יורנו מורה צדק על כל הפרטים האלה הדין עם מי ושכרו כפול מה' אכי"ר:

תשובה האותיות שאלוני פשר דבר שאפי' מפי עוללים דרדקי דבי רב אשר היו בנוקדים לא נתן להדרש והשם היודע כי רצוני היה שלא לכתוב על דברים פשוטים כאלו והמה בכתובים בעט ברזל ומה בצע להעתיק ספרים לולא שהפצרת השואל רבה עלי כי גברה מאד ומשום אל תמנע טוב נזקקתי לדרישתו לתת את שאלתו. ואומר דאע"גב דמדברי הר"אש ז"ל בתשו' כלל פ"ו סי' א' נראה דיש ללמוד מן הפנקס שאדם רגיל לכתוב כל עניניו ואפי' להוציא מיתומים קטנים כדכתב הטור ח"מ סי' צ"ה בשמו וכן בסי' ק"י כתב וכן אם הודה האב בכתב על מטלטלין שבידו שהן מעסק פ' או פקדון מפ' מוציאין מן היתומים ואפי' קטנים ע"כ וכתוב בס' בית חדש דכתב ידו לאו דוקא אלא הוא הדין פנקס מ"מ לא נפריז על המדה בהחלט שאין דברי הר"אש אמורים אלא כשיש הוכחות מאמתות וראיות שהפנקס הוא אמתי וכמו שכתב שם הר"אש עצמו בכלל פ"ו ובנדון זה שנראה ששמעון היה רגיל לכתוב כל עניניו בפנקס דיש רגלים לדבר שכל מה שכתוב בו שהוא אמת שהרי שטר ועדים מעידים וכל בני ביתו יודעים יש לילך אחר הפנקס ע"כ הרי דצריך כמה תנאים ללכת אחר הפנקס וגם הטור שם כתב היכי דיש רגלים לדבר כגון ראובן שמסר אלף זוז וכו' ואחרי מותו נמצא פנקס מכתיבת ידו שהיה כתוב בו זכרון המשכונות שלקחתי מהאלף זהובים של ראובן והמשכונות הנמצאים באותו הפנקס היה כתוב בכל פרק שם ראובן וכו' ע"כ שנראה שצריך ברור גדול וראיות צודקות לאמן הפנקס וכמו שכתב בעל ב"ח על תשובת הר"אש וז"ל ונראה מתשובת הר"אש דבאותו נדון שדן עליו דהוו טעמים ואומדנות מוכיחות שמה שהיה כתוב בפנקס אמת לכן פסק להוציא מן היתומים הא לאו הכי לא באופן דאפי' תימא דהולכין אחר הפנקס ואפי' לאפוקי מיורשין היינו כשיהיו ההוכחות והאומדנות מסכימין שמה שכתוב בפנקס אמת וכדכתב הר"אש עצמו דאיכא שטר ועדים ובני בית והוכחות אחרות מורות על כך אבל כשאין הוכחה בדבר זולת הפנקס ויש טענה ליורשים לטעון כאלו היה אביהם חי ודאי דטענינן להו כיוצא בנד"ד דנהי שכתב ראובן בפנקס שנטל פקדון משמעון אפי' נודה כך אלו היה המוריש חי היה טוען החזרתי ובפרט פקדון כזה שבהיותו בברוסה נתן לחזרה וכן שכן טענינן ליה ליה ליורש הכי שכבר שלח לו מברוסה. הגע עצמך שנמצא כתוב בפנקסו שחייב לשמעון מנה חיוב גמור לזמן כך ועבר הזמן ומת וכי אין היורשים פטורים דטענינן להו פרעתי ודאי דפטירי וכמו שכתב הרש"בא בתשובה הביאה ב"י ס' ק"ח וז"ל כתב הרש"בא בתשו' ראובן שמת ונמצא כתוב בפנקסו שהיה חייב לשמעון מנה היורשים פטורין דמלוה על פה אפי' בעדים אינו גובה מהיורשים אלא א"כ בתוך זמנה וא"ת ואם פרע מפני מה לא צוה כן ואמר בשעת מיתה או מפני מה לא מחק הכתב.

דילמא מלאך המות אנסיה וגדולה מזו אמרו בס"פ המוכר את הבית דף ע. גבי שטר כיס היוצא על היתומים ומר סבר מלאך המות הוא דאנסיה הא התם דאע"גב דאיכא שטר והוה ליה למימר אפ"ה לא גבי מיורשים מהאי טעמא כ"ש בכתב שעל הפנקס ע"כ נמצא דאפי' שהפנקס אומר בהדיא דחייב כיון דאיכא טענה למדחיה טענינן ליה הכא נמי אפי' ננית שהפנקס הוא אמיתי ומודו שלקח הפקדון ממנו ניטעון ליה שכבר שלחם מברוסה ובפרט שנתנם להלבישם ויש לומר הלבישם וכבר שלח לו ובהדיא כתב הרי"בל ח"א סי' נ"ד על ראובן שבהיותו באסכנדריאה שלח למצרים לשמעון פרחים שילבישם בסחורה ואחר שקבלם מת שמעון שם ונמצא כתוב בפנקס שמעון מכתיבת ידו קבלת הפרחים הנז' ונודע לכל שמיום שקבל הפרחים לא הפליגה משם ספינה וכתב שם הרב וז"ל אין להוציא מיד היורשים הקטנים מטעם שכתוב בפנקס מכ"י ששלח לו להלביש אותם הפרחים שמ"ש הטור וכן אם הודה האב בכתב ידו על המטלטלין שבידו שהן מעסק פלוני או מפקדון פלוני מוציאין מידם הא ודאי דמיירי כשהודה לפני מותו דלא עדיף הפנקס מכתב ידו שכתב הטור וזולתו דטענינן להו ליתמי שמא אביהם פרע וזה פשוט ומה שיש להסתפק הוא בחלק היורשים הגדולים דבהא נמי נראה לכאורה דאין להוציא מידם דהא כתוב בשר"תם בפ' השואל דאע"פי שאמרו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו ה"מ במלוה וכו' וא"כ בנד"ד נמי טענינן להו ליתמי מאי דמצי אבוהון למטען ודבר פשוט הוא דאלו היה אביהם חי היה יכול לפטור עצמו בכמה טענות וכי דייקינן שפיר חזינן שיוכל ראובן להוציא מיד היתומים חלקם ולא מכח הפנקס כמו שכתבנו אלא מטעם העדים שלפי דברי השואל יש לו עדים איך קבל שמעון הפרחים להלבישם בעכוב עד ידרשו ורגלים לדבר שלא החזירם לו כדמוכח מתוך השאלה ומלתא דלא שכיח לא טענינן להו ליתמי ע"כל נראה בפירוש דמן הכתוב בפנקס מכתיבת ידו לא מפקינן מיורשים לא גדולים ולא קטנים וכי מסיק התם דיש להוציא מן הגדולים חלקם וכמדפרש דלא מטעם פנקס אלא מטעם מלתא דלא שכיחא והיינו מטעמא דלא הפליגה ספינה כדכתוב שם דוק מנה בנד"ד דכיון דהוא מלתא דשכיחא דאפשר דהלביש הסחורה והוא שלח אותה בידו כמו שהיה אביו יכול לטעון אם היה קיים לא מפקינן מיורשים בכי האי גונא וזה ברור ואין להשיב ממאי דכתב הר"אש כלל ק"ז סי' ו' דלברר על עסקיהם נעשה הפנקס ועדיף משטר דהשטר כללי והפנקס פרטי והרב מהרי"קא ז"ל הוליד מזה וכתב בחבורו הקצר סי' צ"א דאינו נאמן לומר פרעתי כל זמן שהפנקס בידו דהתם מיירי כשהפנקס יוצא מתחת התובע וחתם עליו הנתבע דאמרינן אי פרעתני פנקסך בידי מאי בעי. וכדכתב הרב בעל מ"ע על זה דא"א דפרעו לא היה להניחו בידו

ומשום הכי אמרינן דאינו נאמן אבל הכא דהפנקס היה ביד הנפטר וברשותו לית דין שיאמר דאינו יכול לטעון פרעתי ואפי' לרבוותא דסברי דבכתב יד אינו נאמן לו' פרעתי דע"כ לא קאמרי התם הכי אלא משום דמצי למימר כתב ידך בידי מאי בעי אבל הכא דליכא האי טעמא יודו דנאמן ועוד אחרת היתה שם שהיה עד אחד כדאיתא התם ולא ראי זה כראי זה אשתכח השתא בנד"ד דאפי' נודה דלשון הכתוב הוא לשון הודאה וחיוב כיון דאי הוה מורישׁ חי היה יכול לטעון פרעתי אנן טענינן ליה ליורש ואפי' שבועה לא בעיא דבחרם סתם סגי כמו שנחלקו הפוסקים בזה ורובן ועקרן סברי דבחרם סגי ומה גם דאפי' הוה המעוט היורש הוא מוחזק ויכול לו' קים לי כהנהו רבוותא ובהא אין להאריך. וכל זה כמונח דלשון הכתוב בפנקס ראובן מודה על הקבלה שקבל משמעון אבל רואה אני טענת יעקב טובה שטוען שבפנקס לא כתב שקבל אלא מזכרת הוא מה שהלביש התוגר על ידו וזו לדעתי טענה אלימתא דאפי' לא היה משמעותו כל כך קרוב אלא שתי משמעיות בלשון אפי' דהוה דיינינן לפנקס זה דין כתב יד או דין שטר לעולם ידו על התחתונה כדאיתא בפ' ג"פ וזו הלכה פסוקה כ"ש וק"ו דידים מוכיחות הויין בלשון הפנקס שהוא מזכרת על מה שהלביש התוגר על ידו ואע"גב שכתוב לי מירקי פני איל נז' סידה לי' וכו' כיון שהוא היה המשתדל עם התוגר ועל גו היתה הנהגתו הכי קאמר מזכרת מנכסי שמעון רבעים וכו' שהוא הסך שהביא התוגר וכתב ג"כ שהלבישם בכ"כ לי' ע"י הנז' ואחר שכן מה לשמעון אצל יעקב ומה מידו יקחו אחר שכבר החרימו סתם אין להם עליו אפי' תרעומת דברים. הן אמת הנני יוסיף להפליא הפלא ופלא על החכם הדיין הראשון אשר התהלכו לפניו מאז הפקיד שני אנשים מדקדקים לראות הפנקס כי מה צורך לדקדוקם בדבר פשוט לזה ואם כה יאמר אדמה לעליון הוא הר"אש שבתשובתו לבגיל ואלרדאד שבכלל ק"ז סי' ו' יכתב לכן אני בורר את החכם ר' יששכר הלוי והר' ישראל אלבאג"יל שהם יבררו שלשה אנשים בקיאים מטובי הארץ והם יראו הפנקס וכו' אין הנדון דומה לראיה דהתם בקיאין האנשים הוא לענין שומא כדכתוב שם וישומו כל חוב מהחובות כמה היה שוה כל חוב באותו זמן וכו' ולזה ברר אותם האנשים שבקיאים בשומת החוב אבל כאן מה לנו ולאנשים המדקדקים והדבר פשוט וברור כאשר קדם לנו שיעקב הנ' זכאי בדינו וכבר נעשה הדין הראוי וכל המהרהר על דינו הראשון אין רוח חכמים נוחה הימנו ואולם על שאר הטענות והדברים אשר באו בשאלה לא אטפל עצמי בהם כי מדעתי הם שפת יתר ולהגו הרבה יגיעת בשר. הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יהושע רפאל בכמה"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן טז

ה' ערב. ברוסא.

שאלה שטר שכתוב בו איך פ' חייב לפלוני סך כך וכך ולבטחון בידו משכן לו הבתים והחנויות וכו' כדין וכהלכה וכו' וליותר בטחון ברשות החייב הנז' נהיה בנו פלוני ערב קבלן פרעון רצה מזה גובה רצה מזה גובה וכו' וקנינא מהחייב הנז' ומבנו הנז' ק"ש וכו' עכ"ל השטר ועתה עברו מאותו השטר הרבה שנים וטוען הבחור הערב בן החייב שבאותו זמן היה עדיין קטן שעדיין לא היה בן י"ב שלמים ואין בערבותו כלום ועל האמת כן הוא עתה יורנו המורה אם הערבות הוא ערבות אם לאו ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה בקטן שערב לאחרים לא תיבעי לך דאין בערבותו כלום וכל המלוה מעות בערבותו הניח מעותיו על קרן הצבי דלית ביה דעת לשעבד את עצמו על מה שאינו חייב ואפי' לכשיגדיל אינו חייב לשלם כמו שכתב הרמ"בם ז"ל בפ"כה דה' מלוה בשם הגאונים והטור סי' קל"ב וה"ה שם ובעל התרומות בש"לה וכל הפוסקים פה אחד אין להשיב ולאו דוקא כשלא הגיע לעונת הפעוטות אלא אפי' הגיע לעונת הפעוטות כיון שהוא קטן בשנים ועדין לא הגיע להיות בן י"ג אין בערבותו שהרי דין זה דערב קטן כתבו הרמ"בם בהל' מלוה סמוך לדין אחר שכתב קטן שלוה חייב לשלם כשיגדיל וההוא בקטן שהגיע לעונת הפעוטות הוא וכדכתב ה"ה ז"ל וא"כ כיון דבסמוך זה כתב דין דקטן שערב את אחרים הנז' ואמר אף כשיגדיל מסתמא כי היכי דקטן הנאמר בהלואה לענין דינו הנה אפי' הגיע לע"פ הכי נמי שערב לאחרים אפי' הגיע לעונת הפעוטות הוא ולא מיקרי שיגדיל אלא עד י"ג שנים וזה ברור וא"כ אם בשטר זה היה כתוב שנעשה ערב לבד פשיטא דאינו חייב אף לכשהגדיל אמנם באשר הוא שם כתוב לאמר נעשה ערב קבלן וכו' יש להסתפק אי קבלן נמי אמרינן דאין בקבלנותו כלום אם לאו. והנה בעל התרומות כתב בשער ל"ה וז"ל ומסתברא דקטן שערב ממון אעג"ב דלא משתעבד בערב שאינו קבלן בדרך קבלן משתעבד דה"ול כקטן שלוה ומיהו משלם לאחר שיגדיל ואיכא מאן דאמר דכשם שלא נשתעבד דרך ערב מפני שאין לו דעת כדי לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו כך אינו משתעבד עצמו בקבלן ומילתא צ"ע עכ"ד הרי דס"ל לבעל התרומות עצמו דכיון שנעשה קבלן לאחרים הוה ליה כלוה וחייב לאחר זמן. הגם דמצינו למימר דכיון דאית לן כללא בממונא דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן קים לי לגבי מוחזק וא"כ הכא לא יהא אלא שהיא מחלוקת כדכתב בעל התרו' יכול לו' הערב קים לי כההוא מאן דאמר דכתב בעל התרומות דאפי' קבלן לא נשתעבד ודיו ומה גם דאפי' בעל

התרומות דכתב דבקבלן נשתעבד והיא סברת עצמו אפ"ה בסוף דבריו חש להההוא מאן דאמר וכתב ומלתא צ"ע הא קמן דלא החליט המאמר לקבוע מסמרות בסברתו אלא כתב ומילתא צ"ע כלו' שבמחלוקת היא שנויה וא"כ יכול לו' הערב קים לי מ"מ צריך לחקור בדברי הפוסקים המפורסמים מה בפיהם לענין זה א"א אפשר להסכימם לחיוב דחייב או סוברים דפטור לשונם הוא חתום ואין ללמוד מהם דבר ועל דרך זה יצא כנוגה צדקת הדין להיכן נוטה. ואי מדברי הרמ"בם נראה דאפשר ללמוד מהם וז"ל הורו הגאונים שאינו חייב לשלם כלום אף כשיגדיל שאין לקטן דעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו ולא בערבות ולא בכל כיוצא בו ודין אמת הוא וכן ראוי לדון עכ"ל ומדקאמר ולא בערבנות ולא בכיוצא הורה לומר דכל דבר שהוא כיוצא בו שאין הקטן חייב בו אין לי דעת להשתעבד וכמו שקדם בדבריו אין בו דעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב וא"כ קבלנות נמי דאינו חייב בו ודאי דאין הכי נמי דאינו משתעבד דכיון דתרויהו לית ליה חיוב בהו מה לי ערב מה לי קבלן וכדיהיב טעמא ההוא מ"ד דבעל התרומות שכתב כשם שלא נשתעבד דרך ערב מפני שאין לו דעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו כך אינו משעבד עצמו בקבלן ע"כ רצה לומר דזיל בתר טעמא כל שאינו חייב בו וצריך שעבוד אין לו דעת על זה א"כ היכא דחזינא להרמ"בם שפירש דטעמו הוא משום דאין לו דעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב ופירש ואמר בערבנות ובכיוצא בו דון מנה שרצה לרבות הקבלנות כיון דאית ביה ההוא טעמא דאינו חייב כלום אף לכשיגדיל וזהו ג"כ לשון הטור בסי' קל"ב שכתב שאין לקטן דעת לחייב עצמו בדבר שאינו חייב בו לא בערבות ולא כל כיוצא בזה ע"כ משמע דאיהו נמי ס"ל דאפי' בקבלן אינו חייב כמו שכתבנו לדעת הרמ"בם ז"ל:

אוברא דלכאורה בדברי הטור יש קצת מקום עיון שכתב שם וז"ל ועבד ואשת איש שערבו לאחרים או נכנסו קבלנים ונתחייבו לשלם אין חייבין עד שישתחרר העבד או תתאלמן האשה וכו' אבל קטן שערב לאחרים הורו הגאונים וכו' עד ולא בכל כיוצא בזה עכ"ד ובתחלת המחשבה היה מקום לומר דכיון דנחית בראש דבריו לפרש שערבו או שנכנסו קבלנים וכו' ותיכף כתב אבל קטן שערב ולא מדבר לשון קבלנות שמא כונתו לומר דדוקא ערב ולא קבלן כדעת בע"הת ומ"ה פירש בענין אשת איש ערבות וקבלנות וכאן קצר ולא כתב אלא ערב ואחר ההשקפה הא לאו מילתא היא דאיך אפשר לומר דהטור סובר דקבלן חייב והרי כתב בסוף וכן כל כיוצא בזה וקבלן נמי כיוצא בזה הוא כדאמרן. ותו דלטעמיך דאמרת דדוקא באשת איש או עבד הוא דאשמעינן הטור דין דקבלן ולא בקטן איכא למידק דלמאי אצטריך לאשמועינן דבקבלן חייב לשלם לאחר זמן

פשיטא אם ערבות חיבים קבלנות לא כ"ש וכ"ת דהא אתא לאשמועינן דאפי' קבלנות אינן חייבין לשלם עכשיו הא לא צריכא לן דאטו מי שאין לו מה מידו יקח בשלמא אי הוה טעמא אחרינא שפיר היה מצינו למימר דשפיר קמ"ל דאפי' בקבלן אינו חייב אבל כיון דטעמא הוי דמה שקנו העבד והאשה קנו בעליהן מה לי קבלן מה לי ערב אבל לדידן דאמרן דקבלן נמי קטן פטור האי אתא לאשמענן מראש הסימן וכותב ערבים או קבלנים לרבותא דקטן דלבסוף למעוט סברא דבעל התרומות דס"ל דקבלן חייב באופן דלשון הטור גם הוא מורה ברור דסובר דאפי' קבלן קטן פטור אף לכשיגדיל. ובחפשי אמתחות שיחות המפרשי' ז"ל מצאתי און לי רב גדול אחרון והוא בעל המאירת עינים ז"ל שעל מה שכתב הרב מהר"יק ז"ל בש"ע סי' הנז' עבד או קטן שערבו או נכנסו קבלנים וכו' אבל קטן שערב לאחרים פטור אף לכשיגדיל וכו' כתב הוא ז"ל וקטן אפי' הוא קבלן לאו בר חיובא והקנאה הוא בדבר שאין לו הנאה ממנו אפי' הגיע לעונת הפעוטות לכן הוא פטור אף לאחר זמן עכ"ל הרי דמשמע בסתמא דלשון הש"ע שהוא לשון הטור דאפי' דלא כתבו בפירוש קבלן כיון דטעמיה הוא דאין לו דעת להשתעבד במה שאינו חייב ואין לי הנאה ממנו הכי נמי בקבלן דטעמיהו חד הוי התבאר לנו מזה לפי כונתנו דכיון דבעל התרומות כתב השתי סברות וראינו להרמ"בם ז"ל דמוכח לישניה כדעת איכא למ"ד וכן לטור ז"ל כדכתיבנא ובהדיא חזינן לרב האשכנזי הנז' דהכי ס"ל ומה גם דראינו לבעל התרומות עצמו דחש ליה להוא מ"ד הכי אין ספק דלרוחא דמילתא הכי נקטינן וא"כ בנדון זה אפי' שיניח שבנו של ראובן הוא קבלן כיון שהיה קטן בשעת ערבותו אפי' עבר זמן רב ביניהם והגדיל אינו חייב לשלם:

ותו איכא למימר דטעמא דאתינן עלה לומר שהוא פטור הוא כמונח יסוד מוסד דלשון זה שכתוב בשטר ערב קבלן וכו' הוא נדון לקבלן ומשום הכי הוצרכנו לבקש סמוכות מהמפרשים ז"ל להוציא לאור משפט לזה לאשורו אבל אעקרא דדינא עדין הלכה זו במחלוקת היא שנויה שהרי כתב הטור בשם בעל התרו' וז"ל וכתב עוד שצריך לכתוב בשטר הקבלנות ואני אמרתי תן לו ואני אתן לך אבל אם כתב בשטר ערב קבלן יד בעל השטר על התחתונה אולי אמר הלוהו ואני קבלן שאינו אלא ערב ואע"גב דהתנא פליג עליה בבבא בתרא. וקאמר דאע"פי שאינו מפרש אלא שכתב פלוני קבלן סתמא מסתמא בלשון המועיל קאמר להיות קבלן מיהו בעל העטור נמי קאי כותיה דבע"הת שכתב באות עין והיכא דלא כתוב בשטר אלא קבלן סתמא אמרינן דילמא הלוהו ואני קבלן קאמר דלית ליה דין ערבות הרי דהעטור סבר כותיה דבע"הת ז"ל וכן נמי הוכיח בעל התרו' שהוא דעת הרי"ף כתב שם ז"ל ואחרי אשר פסק הר"יף דאפי' תן לו ואני קבלן

לשון ערבות הוא בעי למכתב בשטרא שאני אמרתי תן לו ואני אתן לך דאי כתיב בשטרו ערב קבלן סתם יד בעל השטר על התחתונה וכו' הרי שגם הר"יף יש פנים לומ' דסבר הכי וכן נמי יש להכריח נמי מדברי הרמ"בם לגירסת הספרים שבדפוס שכתוב בהם דאפי' תן לו ואני קבלן הוי ערב ואפי' לגירסא האחרת דלא כתיב בה תן לו ואני קבלן דהוי ערב עכ"ז כבר כתב הרב ב"י ז"ל דכיון דהר"יף פסק תן לו ואני קבלן לשון ערבות הוא ולא לשון קבלנות מסתמא הכי נמי ס"ל להרמ"בם ע"כ נמצא א"כ שהרי יש בהדיא הרב בעל העטור ובעל התרומות שסוברים בפירוש דערב קבלן הי' ערב ומסתייע הרב בעה"ת מדברי הר"יף והכי נמי הן דברי הרמ"בם בין לפי הגירסא המפורשת בספרי כ"מ בין לגירסא האחרת א"כ אפשר לומר בנדון שלנו דאפשר לערב לומר קים לי כבעל העטור ובעל התרומות בהדיא והוכחת לשון הרי"ף והרמ"בם לגבי הר"אש וערב קבלן דכתוב בשטר לאו היינו דינא ערב ופטור ואעג"ב דכתב הרב המגיד בפ"כו דה' מלוה וז"ל וכתב הרש"בא יש מי שאו' שאם כתוב בשטר ונעשיתי לו קבלן גמור דנין אותו כקבלן דכל שהודה שנעשה קבלן גמור סתמא דמילתא קבלן כדיניה קאמר וכך אמר לו תן לו ואני נותן לך ובענין זה כתבו התוס' עכ"ל וא"כ נראה דיש או' דהרש"בא והתוס' קיימי כהר"אש ז"ל וכמו שהבין הרב מהר"יק ז"ל וכתב בב"י סי' קכ ט על דעת הר"אש וז"ל וכתב הר"אש אע"פי שאינו מפורש וכו' בסוף בתרא וכן כתב ה"ה בשם הרש"בא וכן כתבו התוס' ע"כ דמשמע דמכייל להו להר"אש והרש"בא וה"ה ס' ולי"א דהרש"בא דקימי כדעת אחרת וא"כ כיון דהני רברבי קיימי כחד סברא מי יקיל ראשם כנגדם לומר קים לי הא נמי אפשר ליישב דלדידי דעת י"א דהרש"בא והתוס' יש ממנו סיוע לבעל התרומות ובעל העטור דמאי דכתב הרש"בא הוא היכא דכתוב בשטר הוא קבלן גמור וכיון דכתב גמור כונתו הוא לומר דכדינא הוא שהוא תן לו ואני אתן לך אבל כשכתב קבלן סתם עדין אפשר לומר דהלוהו ואני קבלן קאמר לדעת קצת או תן לו ואני קבלן לדעת קצת דהוה לשון ערבות והיינו ששנה בדבריו ואמר הרש"בא דכל שהודה שנעשה קבלן גמור סתמא דמילתא דקבלן כדיניה קאמר וכו' דיקא דקאמר דכל שהודה שנעשה קבלן גמור ובראש דבריו כתב יש או' דאי אמר ונעשיתי קבלן גמור משמע דלא סגיא בקבלן גמור וא"כ י"א דהרש"בא והתוס' הם סיוע לבע"הת ובעל העטור וכן מצאתי בהדיא בספר צרור הכסף בדרך הראשון שער חמישי וז"ל וי"א שאם כתוב בשטר ונעשיתי לו קבלן גמור וכו' דכל שהודה שהוא קבלן גמור כדיניה קאמר וכן כתוב כתוס' ובעטור כשלא אמר קבלן גמור אלא קבלן סתמא כתב דלגריעותא קאמר והוי ערב אבל אי כתוב בשטר ונעשיתי קבלן גמור דנין אותו כקבלן עכ"ד הרי שהבין הרב הנז'

בלשון העטור דיש הפרש בין קבלן סתמא לקבלן גמור א"כ נשמע מנה דכשאמר הי"א דהרש"בא דקבלן גמור הוי קבלן וכן התוס' היינו בגמור אבל בקבלן סתם דין ערב יש לו וא"כ נמצא לפי זה דההעטור ובעל התרו' וי"א דהרש"בא והתוס' כלהו בהדיא ס"ל דקבלן סתם הוי דינו כערב וכן מוכח לישנא דהר"יף והרמ"בם כדכתיבנא א"כ כיון דכל הני אשלי רברבי ס"ל הכי ודאי דיוכל הערב לומר קים לי ככל הני רבוותא לגבי הר"אש ונכון הוא ובנד"ד דכתוב ערב קבלן ולא כתוב גמור דין ערב יש לו וקטן שערב פטור אף אחר שהגדיל:

ועוד אחרת קרוב הדבר בעיני לומר דבנד"ד כ"ע מודו דהאי ערב פטור וליכא מאן דפליג עלה שהרי לא מצינו בכל הפוסקים מי שיאמר דיש הפרש בין ערב לקבלן בקטנותם אלא בעל התרומות וכמו שהוכחנו בקודם דאיהו הוא דאמר דבדרך קבלן משתעבד ולדידיה ערב קבלן סתם לאו קבלו מיקרי אלא ערב דאיהו הוא דאמר דאי כתיב בשטרא ערב סתם יד בעל השטר על התחתונה ולא הוי אלא ערב וצריך שיאמר א"כ מוכרח הדבר לומר דכי כתב הוא ז"ל דבדרך קבלן משתעבד כלו' קבלן דידיה דהיינו תן לו ואני אתן לך או לפחות קבלן גמור אבל ערב קבלן סתם דלדידיה לא הוי אלא ערב בהא לא מיירי ובודאי דערב הוא וא"כ לפי זה נמצא דלכל הפוסקים דלא מפלגי בין ערב לקבלן דכתרויהו אית להו דבקטנותם אי נעשו ערבים או קבלנים אף כשיגדיל פטורים ולבעל התרומות דסבר דקבלן הוא חייב מודה בערב קבלן סתם שהוא ערב בנד"ד כיון שהוא ערב פטור דכל אנפין שוין בנד"ד דהוא ערב קבלן סתם דפטור דכ"ע דיינין להו כערב בלבד וכמו שקדם והרי הלכה רווחת ואת כל ונוכחת דקטן שערב לאחרים פטור אף כשיגדיל וכמו שהוסכם מכל הפוסקים הרמ"בם והטור וכל גדולי המורים פה אחד ורבינו הגדול שמפיו אנו חיים הרב מהר"יק ז"ל פסק בש"ע בהדיא כן וכתב בסי' קל"ב אבל קטן שערב לאחרים אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל עכ"ל:

ברם השתא דאתית להכי צריך לדייק בדברי הרב מהר"יק הנז' שכתב בש"ע סי' רל"ה קטן שלוה מאחרים יש או' שחייב ויש או' שפטור ויש מחלק שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אבל אם אינו ידוע אין נפרעים ממנו ובסעיף סמוך לזה כתב קטן שערב לאחרים פטור מלשלם אף לכשיגדיל וצ"ע דכיון דכתב דין זה התם בסי' קל"ב בהדיא אמאי חזר ושנאו כאן למאי הלכתא והרי הטור שם כתבו בסי' קל"ב והכא לא מדכר מידי דקטן שערב וכיון שהוא הולך בעקבותיו למאי הלכתא שנאו בסי' רל"ה וראיתי ב"בי סי' רל"ה על מה שכתב הטור דין דקטן שלוה מאחרים דיש מחלקת די"א חייב לשלם וי"א דפטור ויש מחלק דאי ידוע שלוה לצורך מזונותיו וכו' כתב הרב בב"י

וכתב רבינו ירוחם בנתיב י"ט שאם ערב הקטן את אחרים פטור לשלם אף לכשיגדיל עכ"ל וגם שם לא הונח לי מה בא ללמדינו והרי כתבו הטור בסי' קל"ב ותו אטו אי לא הוה לן רבינו ירוחם לא הוה ידיע לן והרי מתורתם של ראשונים הוא והרמ"בם והפוסקים הקדמונים א"כ למה תלה הדין ברבינו ירוחם ז"ל והנכון אצלי בזה דהר"ב ז"ל אתא לאשמועינן דין זה אפי' אליבא דהר"אש דמחלק בלוה בין לצורך מזונותיו לשלא לצורך מזונותיו דלא תימא כיון דהר"אש פטר לקטן שלוה משים חוסר דעת ואפי' הכי מיחייב ליה לצורך מזונותיו הכי נמי הוה אפשרות לחלק בדין קטן שערב בין כשהוא לצורך לשאינו לצורך וכו' ולמד זה מרבינו ירוחם ז"ל דאחר כתב המחלוקת הנז' בקטן שלוה וכתב דעת הר"אש דמחלק בין שהוא לצורך לכשאינו לצורך מזונותיו כתב בהחלט דקטן שערב את אחרים ולא חלק בין לצורך בין שלא לצורך פטור ולפיכך בב"י אחר שסיים המחלוקת והחלוק של הר"אש כתב ור"י בני"ח כתב דקטן שערב וכו' כלו' ואין אפשרות לחלק בו לצורך או שלא לצורך דבהחלט פטור והיינו נמי מה שכתב בש"ע אחר דין דקטן שלוה וכתב חלוק דהר"אש בין לצורך מזונותיו לשלא לצורך מזונותיו הוצרך לכתוב דקטן שערב וכו' כלו' ואפי' להר"אש דמחלק בלוה אין לחלק בערב וזה הטעם שחזר ושנאו כאן וכן תמצא לרבינו ירוחם ז"ל שכתב דין זה דקטן שערב וכו' שני פעמים אחד בשם הגאונים כלשון הרמ"בם ממש ושנית אחר שהזכיר חלוק הר"אש בין לצורך מזונותיו לשלא לצורך מזונותיו והוא מן הטעם שזכרנו דאשמעינן דאפי' להר"אש דמחלק בלוה בערב אין לחלק ויש סעד לזה ממה שכתב הרב בעל מאירת עינים בסי' רל"ה על דברי ש"ע קטן שערב לאחרים וכו' ואין בו משום תקנת כדי חייו והרב בעל הלבושים ג"כ כתב וז"ל אחר שכתב דין דלוה וחלוק דהר"אש כתב ואם נעשה הקטן ערב אין שייך בו שום תקנת כדי חייו ופטור מלשלם אפי' לכשיגדיל עכ"ל נראה מדבריהם דכלם סוברים דמה שכתב הרב מהר"יק כאן בסי' רל"ה דין זה הוא לרבותא ואפי' לחלוק דהר"אש לומר דהכא לא שייך ובזה נמצאו דברי מהר"יק ז"ל נכוחים למבין ומפתח שפתי מישרים:

קצרן של דברים חוזר הראשונות דבנדון דידן יש מקום לומר דלמאן דסבר קטן שנעשה קבלן שהוא חייב לכשיגדיל בנדון זה אית ליה שהוא ערב ולענין דינא שוה הוא לכל המפרשים דפטור אף לכשיגדיל ואפי' נניח שיש מי שכתב דבנ"ד הוי קבלן וס"ל נמי דקבלן חייב לשלם לכשיגדיל הוא יחיד בסברא זו לגבי כל הפוסקים ד"סל דאין הפרש בין ערב לקבלן בענין זה ומה גם שהוא מוחזק ואין להוציא מידו אלא בהסכמת הכל ולכן מכל הטעמים שכתבנו נראה בהדיא דערב זה שערב בקטנותו פטור לשלם אפי' עתה

אחר שהגדיל ועברו כמה שנים ואין בעל השטר רשאי לתבוע ממנו כלל כמו שהוכחנו וזה ברור:

ומה שטען בעל השטר דכיון דאחר שהגדיל לא מחה בדבר מסתמא נתרצה אחר שהיה גדול וחייב בכן על ערבתו דברי רוח הן שהרי חיוב ערב זה שאינו בשעת מתן מעות הוא בקנין ושיאמר אני ערב בעדו וכו' והרי אחר שהגדיל לא קנו מידו ולא אמר כלום ואי סמך על קנין דקטן ומה שנתחייב הרי מעשה קטן וקנינו אינו כלום והרוח באה ועוקרתם ובמה נתחייב זה ואם במה ששתק לית לן בה שהרי מצינו בענין קטן שאע"פי ששלח סבלונות לאחר שהגדיל לא אמרינן אלא דעל דעת קידושין הראשונים שלח ואין בכך כלום כמו שהוא מוסכם ומעתה הדברים ק"ו ומה התם דעשה מעשה מה אחר גדולו ושלח סבלונות מ"מ אמרינן דע"ד קדושין ראשונים הוא הכא בנד"ד דלא עשה שום מעשה אחר שהגדיל אלא שתק לא כ"ש דאמעשה ראשון הוא דקאים שערב בקטנותו ואין במעשיו כלום:

שוב ראיתי בדברי הערב טענה מעליא שאמר דאפי' אם ת"ל שהיה גדול אין חיוב הערבות חל עליו אלא ח"ו אם אירע איזה נזק בבתים ובחנויות או ח"ו שנמכרו ולא עלו סכום החוב שחייבין לו אז יוכל לחזור על הערב לתבוע ממנו חבל כל זמן שהבתים בעין יתפרע מהבתים שהם אפותקי לו לפרעון חובו ואין עליו עדיין שום חיוב וזה נראה טענה אלימתא ומה גם שראיתי לשון השטר שכתוב בו וליותר כח וכו' שמשמעות דברים אלו כלו' שכבר היה מובטח ועומד אלא לרווחא דמלתא ליותר בטחון אם ח"ו הבתים והחנויות יאנסו או ירדו משווים שאז חייב הערב וא"כ כל עוד שהבתים הם בעין ולא ירדו משווים למה ינגוש את הערב שהרי כל זמן שיש נכסים ללוה אינו חוזר על הערב וכ"ש שהבתים והחנויות הם משכון מיוחד אצלו ויש לומר שלא נתחייב זה אלא על סך הבתים הנז' באופן דדינא קא בעי הערב הזה בדבריו אלה וכמו שמצינו ראינו לאחד מגדולי האחרונים כתב ענין כזה והוא הרב בעל משפט שמואל בתשובה סי' ל"ג וז"ל ראובן ושמעון לקחו בערבות אחד אל אחד סך מה מנכסי היתום פ' על יד אפוטרופוס פ' ולבטחון נתנו בידו מהבית שלהם וכתבו בשטר שאם לא יפרעו לזמן הנז' שהבית יהיה ליתום הנז' וכתוב אח"כ בשטר ולרווחא דמילתא נכנסנו ערב ופרען אשר בן יהודה וכו' וכו' ועתה אומר היתום מה לי בבית הרי אשר הוא הערב ואני אפרע ממנו וכו' תשובה זה אשר הביא לאשר בן יהודה בעש"ג בר נדוי הוא להוציא מיד הערב תחלה דהרי אין תובעין לערב כשיש ללוה נכסים כ"ש בנד"ד שעשו הבית אפותיקי על החוב הזה ואפי' בקבלן בעינן כמה תנאים להפרע ממנו ואע"פי שכתוב בשטר רצה מזה גובה רצה מזה

גובה יש מן הגדולים שפסקו שאם יש נכסים ללוה שאין נפרעין קמא מן הערב כ"ש וק"ו בנד"ד דיש נכסים ללוה והוא הבית אשר נעשה אפותיקי כנ"ל ודאי ימכרו הבית ואם לא יספיקו יראו ב"ד אם יש נכסים אחרים ללוה יפרע מהם עד לא ימצאו נכסים אז יפרע מן הערב אם יש קנין אם נכנס ערב בשעת מתן מעות ופשיטא לי דמ"ש בשטר ולרוחא דמילתא נכנס ערב פרען לא יפה כחו לומר דחשיב כקבלן דלישנא דלרוחא דמילתא הוא לישנא קלילא ולא יפוי כח וגם ליכא למימר דלטפויי אתא דפשיטא מה שנכנס ערב הנז' לתרוצי דה"ק שאם יקרה אונס בבית דאז הוא ערב ופשיטא דבענין שטרות כל היכא דמצינן לתרוצי כל שאינו מבטל השטר מתרצינן ואמינא יד בעל השטר על התחתונה והממע"ה ואף לא מאלמין כח הערבות הזה אלא ככל הערבות דעלמא ואולי הוא גרוע למבין ומי שבא לענות ולהוציא מן הערב בר נדוי הוא עכ"ד נראה מדבריו בהדיא דהיכא דיש משכון וכתב לשון דיש לתרצו שהוא ללישנא קלילא ולא ליפוי כח מתרצינן וא"כ בנד"ד ג"כ שכתוב וליותר בטחון שאם יקרא איזה אונס בבית דחייב אבל בלאו הכי לא ואפי' דבשטר דידן כתוב קבלן כבר כתבנו לעיל דלכלהו רבוותא חוץ מבעל התרומו' קבלן סתם הוי כערב ולא חיישינן לבע"הת דיחיד הוא ומה גם שהערב מוחזק והלכה כרבים.

נמצא קצרן של דברים אמורים דבנד"ד לו הונח שערב זה היה גדול בשנים אפי' כן היה יכול לפטור עצמו מן הדין וכ"ש שהיה קטן וקטן שערב פטור אף אחר שיגדיל ואף שכתוב בו קבלן פרען דינו כערב לרובא לרבוותא ואפי' נחוש למעוטא דסברי דדינו כקבלן כבר הסכימו רוב הגדולים דבין קבלן בין ערב שקבלו או ערבו בקטנותם פטורים אף לכשיגדלו וק"ו הדברים שהערב מוחזק שיכול לו' קים לי כהנהו רבוותא אפי' לא הוו רובא וכמו שהוזכר בקודם ובין כך ובין כך הערב פטור לגמרי. הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי:

הצעיר יהושע רפאל בכמה"רר ישראל בנבנשתי זלה"ה

סימן יז

בע"ה.

(השאלה מובנת מתוך התשובה.)

כאור נוגה הולך ואור האירו אל עבר פני אותיות מחכימות ראמות וגביש אין ערוך אליהו מעשה ידי אמן דנהירין ליה שבילי דגמ' החכם השלם סיני ועוקר הרים ומטחינן בריחים אחי ורוחי הפוסק נר"ו ואחזה אנכי כל הכתוב לחיים נעשה לי סם חיים דברים אמתים

ורצויים עשוייים באמת וישר ואמינא ליה ישר ואצלי אלו דברים לאמתתן וכאמתו של תורה כמעט אפי' בלא ראיה שהרי כל החזוק שיש לעצמו של ערבות אפי' שהוא דרך אסמכתא היינו משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה כדאיתא בסיף פרק גט פשוט א"כ מה לי בשעת מתן מעות מה לי קודם מתן מעות כיון שסוף סוף כשנותן המלוה ללוה על אמונתו של ערב קא סמוך ואיכא טעמא דבההיא הנאה וכו' הרי הוא כאלו באותה שעה משתעבד מה שאין כן לאחר מתן מעות שכבר אזלא ליה טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה דקודם דהמניה יהב ליה וכיון שכן אפילו בלא ראיה הסברא נותנת דכל ערב קודם מתן מעות דינו כערב בשעת מתן מעות וכל שכן שיש כמה ראיות נכוחות מוכיחות הביא גם הוא קצת מהם ומה גם ההיא דבסוף חזה התנופה ועוד אחרת נראה לי שיש להביא ראיה מההיא דכתב המרדכי בס"פ גט פשוט וז"ל וערב המקבל ערבות אם על פיו מחזיר שטרו או משכונו הוה ליה כערב המשתעבד בשעת מתן מעות ולא בעי קנין ע"כ והשתא דידן אתיא מקל וחומר ומה התם דהוי הערבון אחר מתן מעות אפ"ה לא בעי קנין כיון דשייך ביה בההיא הנאה דקא מהימן ליה שבנתינתו המשכון או השטר הרי מאמין בערבותו בנד"ד דאיכא האי טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן והוא קודם מתן מעות לא מבעיא דאין צריך קנין באופן דכל אנפיא שוין בנד"ד דערב זה חייב לפרוע מה שהלוה לראובן על פיו ואפי' בלא קנין משתעבד. וזה חזיתי להח' השל' אחי נר"ו כתב וז"ל ומצאתי למורי הרב הגדול זלה"ה **(המהרי"ט)** בתשו' חח"מ סי' פ"א כתב על שטר שכתוב בו נתחייב פלוני שכל חוב או חובות שיתחייב אביו שהוא ערב בעדו עד שלשים אלפים שאע"פי שהוא קודם מתן מעות שצריך קנין ונראה דשניא היא מנדון שלנו דהתם לא נתחייב בהחלט ובצווי לו' תנו וכו' אבל בנד"ד שנתחייב בהחלט ובלשון צווי וכו' צריך קנין וכו' ממרוצת לשונו נראה שנרגש מההיא דמרן והצריך ליישב דהא בלשון צווי והא לא בלשון צווי ואצלי אין מקום להרגשה כלל מעיקרא שהרי כתב מה"ר ז"ל שם דכל שעבוד כה"ג בעי קנין אע"גב דהוי קודם מתן מעות משום שלא נתחייב לכל מי שיתן ע"פ ערבותו אלא העדים יודעים שכל מה שנתחייב האב הבן ערב עליו אע"פי דלא ידע המלוה כלום בשעת שהלוהו ואין כאן מקום לומר בההיא הנאה דהמניה לדידיה ע"כ נמצא שמה שמצריך מרן התם קנין הוא משום דליכא טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה שהרי כשהלוהו לא ידע בערבותו וא"כ לא הימניה לדידיה מה שאין כן בנד"ד דידע המלוה בערבות הערב שהלוהו וכיון שכן מה ענין לזו אצל זו שנאמר שיש להרגיש עד שהוצרך ליישב שניהם הא לא דמי כלל ואין התיחסות כלל לזו בזה ואף אם ת"ל דאיכא צד להרגשה אמאי לא חלק ביניהם

החלוק שחלק מה"ר שאמר דכיון דלא ידע המלוה לא הימניה לדידיה וליכא טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה וייחס אליו טעמא דצווי או בלתי צווי שהוא הטעם שכתב הרב מהרש"דם ז"ל בנד"ד בין כך ובין כך הדין דין אמת כמו שכתב החכם השלם המורה שיחיה דבענין כזה אין צריך קנין לכל הפרושים. וראיתי את אשר נגזר מאתו להביא ראיה מתשו' מוהרש"דם בסי' ל"ח דלא פטר לערב אלא מטעם דלא היה כתוב בלשון צווי ודמי לכל הזן לא הפסיד ע"כ כלו' אבל אי לאו האי טעמא היה מחייב אפי' דליכא קנין ומ"מ עדין היה מקום לדוחה לדחות דשאני נדון מהרש"דם דאמרינן דאי לאו טעמא דאינו בלשון צווי שהיה מחייב לערב משום דהתם כתוב נכנס ערב קבלן פרען כערב המשתעבד בשעת מתן מעות שהרי נתחייב כדין ערב המשתעבד בשעת מתן מעות דלא בעי קנין אבל בנד"ד דליכא הכי מי יאמר שיודה הרב מהרש"דם אלא שהפנה הגדול והעמוד אשר דין זה תלוי בו הוא המנהג שנהגו בין הסוחרים שהכתבים ששולחים איש אל רעהו מעיר לעיר בענין סחורותם מחזיקים אותם לשטר גמור וכמ"ש החכם השלם המורה אחי שיחיה ולא בעי קנין ולא שום חזוק מחזוקי סופר אלא אמירתם הרי היא כמסירתם דומיא דחתומתם דקנין לדברי הכל ובהדיא כתב הרי"בש בסי' ק"ה אבל בענין הקניות כל שנהגו הסוחרים הולכים אחר מנהג אפי' סתם ומבטל הלכה המצריכא קנין או משיכה וכו' וכן בתשו' שמה וכן העלו כל הפוסקים כאשר הוכיח אחי הח' הש' המורה נר"ו וכיון שכן שלוי זה כתב אישי ולכאן דימי אי שם פאנגאם אן פונטואל מעה הרי נעשה ערב וחייב לשלם:

ומדברי החכם השלם המורה שיחיה נראה שהערב רוצה להשתמט מלשלם בטענה שהאריך זמן המלוה ללוה וכבר בטל הת' הש' הפוסק נר"ו דעה זו וכתב בו מה שיש בו מן הספוק ובפרט מתשו' הרמב"ן ז"ל הביאה בע"ת ז"ל שאפי' התרה בו הערב בפני עדים שלא יאריך זמן לאו כל כמיניה ואף שהרב הגדול בס' בדק הבית כתב דלאו הרמב"ן חתים עליה זה א"א דאם בע"תר היה אומר וכן כתב הרמ"בן הוה מצינא לומר לאו הרמ"בן חתים עליה כההיא דמר בר רב אשי אבל בעל התרו' שהוא תלמוד הרמ"בן אמר ושאלתי את פי הרמ"בן זה אשר השיב לי ערב וכו' דמשמע פה אל פה ידבר בו וא"כ מה יועיל כי נאמר לאו הרמ"בן חתים עלה אנן לאו בתר חתימי אזלינן אלא עדות בע"תר היא שעמדה לנו כאשר כתב החכם השלם נר"ו וכ"ש שהרב בע"תר והטור ורבינו ירוחם זו דעתם ואחרם כל ישרי לב רבים מהפוסקים סוברים כן הרב מה"רר יצחק דון דון בתשו' כ"י כתב וז"ל ונחזור לענייננו שאם המלוה האריך זמן ללוה לא מפני זה נפטר הערב וזה אפי' שהאריך לו ע"כ של ערב ע"כ גם הרב מהר"ר יצחק ן' לב בתשו' כתב

וז"ל על ענין כזה אם הטענה שנראית קצת טענה והיא טענת אורך הזמן שהאריך המלוה ללוה אינה טענה שלא מפני זה נסתלק הערב מן הערבות שאפי' שבא ערב אצל המלוה והתרה בו שיתבע מהלוה ואם לא שיפטר מערבותו והמלוה לא רצה והאריך זמן ללוה כתבו הפוסקים שאינו נפטר בכך ע"כ ומן המבואר מלשון זה שעל הרמ"בן ורבותיו הוא רומז וסבר דחתים עלה הרמ"בן זכינו לדין שהדין מוסכם ביני רבוותא שאפי' שהתרה הערב שיגבה מעותיו ולא תבעם ולא מבעיא שלא תבעם אלא שהאריך לו זמן אחר לא נפטר הערב בכך כ"ש הדברים בנד"ד דלא התרו בו כלל וגם לא האריך הזמן בקום ועשה אלא ממילא עבר זמן דהכי הוא לשון החכם הש' נר"ו לא תבע לראובן ונתארך הזמן דמשמע בבלי התראה הוא ומעצמו עבר הזמן לא שיש שום הארכת זמן דודאי אליבא דכ"ע לא נפטר הערב. ודברי הרב בס' בדק הבית אינן מזיקין לנו שכבר כתבתי דלא דק לראות שהענין היה שאלה מהרמ"בן אבל בודאי אי הוה חזי דבע"ת כתב שאלתי את פי הרמ"בן ודאי דלא אמר מי חתים עלה ומה גם דבשלחנו הקצר כתב סברת הרמ"בן לבד דאפי' התרה בו והאריך הזמן המלוה לא נפטר הערב בכך האמת שכתב בסוף דבריו ויש להתישב בדין זה וכתב עליו הרב בעל המפה שהטעם שכתב הרב שצריך להתישב בדין זה הוא מפני שיש חולקין בזה וכתב עוד ומיהא אם הלוה הוא מוכן ליתן למלוה מעותיו והערב שלח אחריו שיבוא לקבלם או לשלוח שטר חוב ולא עשה כן הערב פטור אם נאבד החוב וכתב עליו הרב בעל מ"ע ז"ל שלא מצא שום חולק בזה הדין ואם ממה שכתוב בס' דר"מ שלשון הרב מה"ר ווייל בתשובה נראה שהוא חולק הנה שם כבר יישבו הרב בעל המפה עצמו וכתב שיש לחלק דמ"ש הרי"ו הוא כשהוא מוכן לשלם הלוה ודין הרמ"בן הוא כשאינו מוכן לשלם וא"כ כיון שהוא בעל המ"פה עצמו חלק שם זה החלוק א"כ איך כתב כאן שיש חולקים ומסיק הרב בעמ"ע הנז' דממה שכתב הרי"ו למטה מזה שם נראה שהוא חולק שכתב עוד שם שאם אמר הערב למלוה תן לי השטר חוב לתבוע ללוה והמלוה לא נתן לו דהערב פטור. ולשון לתבוע החוב נראה דהמעות אינן מוכנים ביד הלוה ואפ"ה קאמר דהערב פטור משום הכי כתב כאן דיש חולקין והיינו ההיא דמהר"יו דלא מצינא לומר דבמוכנים איירי מלשון לתבוע וכ"ת דכאן נמי בצדו כתב והערב שלח אחריו לבוא לקבלם או לשלוח לו השטר לתבוע החוב דהכל מודים דפטור דמשמע דלית ליה חלוק דמוכן ושאינו מוכן י"ל דאיירי ג"כ במוכנים וסמך על מ"ש לעיל מניה בסמוך אם הלוה מוכן לשלם ועלה קאי האי לתבוע כלו' לא בב"ד אלא לשאול לו מן המוכן שאמר שיש לי מש"כ בלתבוע החוב דהרב ווייל דהתם לא נזכר לפני זה שהמעות מוכנים לשנאמר דעלה קאי וא"כ היינו דקאמר בעל המפה דחולק

ובס"ד אמר בעמ"ע דאפי' לא יקרא חולק דהר"מבן לא קאמר אלא כשאין הערב רוצה לטרוח להוציא המעות מהלוה ולשלם למלוה אלא שאומר למלוה נחות אתה לדין עם הלוה והפרע ממנו בזה קאמר דאינו יכול לכופו לטרוח בדינא ודיינא ואם הערב היה אומר שהערב רוצה לטרוח ולא רצה הלוה הערב פטור ומה"ר ווייל מיירי בזה שהערב רוצה לטרוח ולהוציא המעות שכן אמר שם לשלוח לו השטר לתבוע המעות כלו' שהוא הטורח והמלוה לא עשה כן אז הערב פטור וחלוק זה ברור אלו דברי הרב בעל מאירת עינים והסכים דאין חולק על הרמ"בן דמיירי בשאין הלוה רוצה לטרוח ודברי הבל הוא דון מנה לנידון דידן דבהדיא ובברור אין הערב היה רוצה לטרוח דאם היה רוצה למה לא אמר לו בזמנו תן לי השטר ואוציא ממנו אלא החריש ולא דבר דבר וכיון שכן כ"ע מודו לדין הרמ"בן דהערב פטור למסקנא דהרב בעמ"ע ואין ספקו של הרב בעל המפה מוציא מידי ודאן דכ"ע. עד כה סופא דמילתא ובה סליקנא ונחיתנא דבנד"ד לא נפטר הערב מן החוב הנז' וכיון שעבר הזמן חייב לשלם:

סימן יח

להח"ר שמואל פרץ יצ"ו. הת"א.

שאלה ראובן חייב לשמעון מנה בשטר כתוב וחתום ולוי ערב בעדו בתוך השטר כדין וכהלכה לזמן ששה חדשים וז"ל וברשות ראובן הנז' נהיה לוי ערב פרעון בעד החוב רצה מזה גובה תחלה רצה מזה גובה תחלה ובתוך הששה חדשים לוה עוד ראובן משמעון מנה אחר בלתי ערבות לוי אלא שנתן לו משכון שוה מאתים בידו וכתב לו שטר על זה ובהשלם זמן הששה חדשים של החוב הראשון שלוי ערב לו בא לוי אצל שמעון ואמר לו הנה נשלם זמן השטר שאני ערב בו קחי ממונך ראובן ואצא מערבותי ובא שמעון ונתפשר עם ראובן והאריך לו זמן פעם ופעמים לימים פשט ראובן את הרגל בשמעון והיה דוחה מיום ליום ומחדש לחדש ובא שמעון ותבע מלוי שיפרע לו כי הוא ערב לו בשטר ולוי טוען אני הייתי ערב לששה חדשים ובתשלום הו' חדשים באתי והתריתי לך שתתבע ממונך מראובן ואצא מערבותי ולא תבעתו כבר נפטרתי מערבותי עתה יורנו המורה הדין עם מי ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה נראה דטענת לוי אין בה ממשות כלל דלאו כל כמיניה דערב לומר בהשלם הזמן תבע אותו ואם לא תבע שיהיה פטור מערבותו כל זמן ששטרו קיים מדי דהוה אכל שטרות וחיובים שאעפ"י שעבר זמן החיוב ע"כז אינן בטלים וכמו שכתב רבינו ירוחם ז"ל במישרים כלל ה' וז"ל ערב שבא למלוה בזמן ואמר לו תבע מהלוה ולא רצה

או האריך לו זמן ואפי' אמר לו דאשתדוף נכסים שהיו ידועים ללוה לא נפטר הערב בכך וכ"ש מקבלן וכן כתב הרמ"בן ז"ל עכ"ד ובהדיא נמי כתב הרב התרומות ז"ל בשער ל"ה וז"ל ובתשובה לקמאי ערב הבא למלוה בזמן ואמר לו תבע ממונך מן הלוה ולא רצה המלוה לתבעו והאריך לו זמן לא נפטר הערב בכך וכ"ש בקבלן וכו' ואף בערב נדין כן ששניהם תלוים ברצון המלוה ומפני שתיקותו ואריכותו לא הפסיד עכ"ד וכן ראיתי בתשו' כ"י לרב אחרון מהר"ר יצחק בוכבון ז"ל וז"ל ונחזור לענינינו שאם המלוה האריך לו זמן ללוה לא מפני זה נפטר הערב וזה אפי' שהאריך לו על כרחו של ערב שלכך עשה לו שטר ערבות כדי שלא יצא מהשעבוד עד שיקרע השטר או יביא ראיה שכבר נפרע מהלוה עכ"ד הרי דכל הני רבוותא פסקו דערב שאמר כבר התריתי בך שתתפרע בזמן ולא נתפרעת וכבר יצאתי מערבותי אין טענתו טענה הכא נמי בנד"ד מה שלוי טוען אני הייתי ערב לו' חדשים ובתשלום הזמן וכו' התריתי וכו' וכבר נפטרתי מערבותי הבל יפצה פיהו וזה פשוט וכ"כ הטור בסי' קל"א ח"מ בשם הרמ"בן בתשובה המתחלת ערב שבא למלוה בזמנו והתרה בו וכו' שעתיד אני לזכרה לפנים בע"ה וחתם בדבריו שגובה מן הערב בענין כזה ע"ש.

ברם אם יש לספק בנדון זה הוא מפני שכשהתרה לוי לשמעון שיתבע ממונו אז היו ביד שמעון משכון על מנה אחר שוה מאתים שממותר המשכון היה יכול ליפרע מנה זה ג"כ שלוי ערב בו כמו שבא בשאלה וא"כ היה מקום לבע"ד לחלוק ולומר דיכול לוי הערב לטעון הרי היה בידך באותה שעה משל ראובן כדי החוב שאני ערב בו והתריתי בך וכיון שאחר ההתראה החזרתו לו את הוא דאפסדת אנפשך ודמיא קצת לההיא דכתב הרשב"א בתשו' סי' תתצ"ב וז"ל שאלת ראובן לוה משמעון מנה ומשכן לו עליה אחת ונעשה לו קבלן לוי וכתב לוי הנז' שהוא נעשה קבלן אח"כ מכר ראובן העליה ליהודה וחתם בו שמעון הנ' וכשהגיע זמן החוב בא שמעון לגבות מלוי הקבלן ואמר לו לוי את הוא דאפסדת נפשך שחתמת לו הדין עם מי תשובה אברא דאם היה לוי ערב לבד הדין עמו דהויא ליה כההיא דאמרינן בפ' מי שהיה נשוי (דף צה.) דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואפי' הן זבורית ואיבעיא להו אשתדוף בני חרי מהו דלטרוף ממשעבדי ת"ש כתב לראשון ולא חתמה לו לשני וחתמה ליה אבדה כתובתה אמר רנ"בי מאי איבדה איבדה משני] ואמר רבא עלה שתי תשובות בדבר חדא דאבדה לגמרי משמע ועוד תניא לוה מן האחד ומכר לשנים וכתב בעל חוב ללוקח שני דין ודברים אין לי על שדה זו עמך אין לו על הלוקח ראשון כלום מפני שיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות דמיו כלו' דה"ה לאשתדוף בני חרי דאינו גובה ממשעבדי ודחינן

שאני התם דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה כשחתם לו הכא נמי שמעון זה אפסיד אנפשיה כשחתם ליהודה שאם לא חתם לו היה לו לחזור על הלוקח שלקח מראובן דודאי היכא דאיכא משעבדי וערב יכול הערב לדחותו למשעבדי כדאמרינן נכסוהי דבר אניש אנון ערבין ליה ולעולם חוזר תחלה לערבות הנכסים לפי שאין דעת הערב לשעבד עצמו אלא במקום דאשתדוף כל בני חרי של לוה אלו דברי הרש"בא ז"ל ומכללם אנו למדין דהיכא דהמלוה הסיר כחו מיד נכסי הלוה והחזירם לו מיקרי דאיהו אפסיד אנפשיה שהרי העליה שהיתה ממושכנת לו והוא העבירה מעליו וסר כחו ממנה לפי זה פסק דנפטר הערב בכך א"כ ה"נ בנד"ד יכול הבע"ד לחלוק ולו' כיון שהמשכון שהיה ביד שמעון היה בו כדי להתפרע ג"כ חוב זה והתרה בו והחזירה שמעון אפשר נמי למימר בהא את הוא דאפסדת אנפשך:

ומיהו הא נמי לאו מילתא היא דשאני נדון של הרשב"א שהיתה העליה ממושכנת בעד החוב עצמו שלוי ערב לו ולפיכך יכול לומר הערב אם ערבתי לך ושעבדתי עצמי לכך הוא משום דהיית מובטח יפה באותה עליה ואפי' שראובן לא יפרע לך היה באותה עליה כדי לפרוע לך ולא היה מגיע לי שום נזק ואת דחתמת בם אפסדת נפשך אבל בנד"ד שאין המשכון ממושכן בעד החוב שלוי ערב בו וכשלוי נתערב לשמעון עדין לא היה משכון ביד שמעון שיהיה יכול לומר אדעתא דהכי נתערבתי פשיטא דהרש"בא עצמו יודה דלא נפטר מערבותו וכ"ש שאין המשכון קרקע אלא מטלטלין וכן נראה מתשובת הרמ"בן הביאה הרב בעל התי' בשער ל"ה והטור סי' קל"א והיא אותה שייעדנו למעלה לזכרה פה וז"ל ערב שבא למלוה בזמנו והתרה בו ואמר תבע ממונך מהלוה ולא רצה לתבוע לא נפטר בכך הערב ואין צריך לומר בקבלן שאינו תובע אלא ממי שירצה ובזמן שירצה ואם האריך נמי המלוה ללוה זמן הפרעון אין הערב נפטר מכלום וגדולה מזו אמרו אשתדוף בני חרי גבי ממשעבדי לא שנא אשתדוף בתוך זמנו ולא שנא לאחר זמנו אף כאן אשתדוף דלוה גבי מערב ולא עוד אלא אפי' היו נכסים ידועים ללוה והערב אמר לו חות לדינא וגבי מהני והלה האריך זמן ללוה ואשתדוף חוזר על הערב ואע"גב דתניא לוה לאחד ומכר נכסיו לשנים וכתב בעל חוב ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך אין לו על לוקח ראשון כלום התם הוא משום דמחל ליה חובו לגמרי ואחריותו עליו הא אלו האריך זמן ללוה או ללוקח שני ואשתדוף חוזר על הראשון ותובעו כללו של דבר נכסוי דאניש אינון ערבין ליה ודינא דלוה ונכסים כדינא דערב ולוה כדאמרינן בפ' גט פשוט ובפ' יש בכור וכשם שאדם מאריך ללוה זמנא בתר זמנא וחוזר וגובה מנכסיו וכו' כך הוא מן הערב עכ"ל הא קמן דאפי' היו נכסים. ללוה שהיה אומר לו לערב הפרע מהם

ולא רצה ואשתדוף ואפי' שהן קרקעות וכדמשמע מלישנא דנכסים ואשתדוף אפ"ה כיון שאינן ממושכנים על אותו חוב עצמו שהערב נתערב בו חוזר אצל הערב כשהאריך לו זמן ואפי' שכשחתם אמרינן דהפסיד אנפשיה שאני התם דמחיל חובו לגמרי כדכתב הוא ז"ל דון מינה בנד"ד דאפי' שהיה המשכון ממושכן בידו כיון שהוא בעד חוב אחר והחזירם לו והאריך זמן לא מפני זה נפטר הערב וכדמשמע מדברי הרמ"בן בתשו' וזה ברור. ואע"גב דהרב הקדוש מהרי"ק ז"ל כתב בס' בדק הבית על תשובה זו וז"ל בעיני יפלא למה לא יועיל לערב טענת ערבותי לא היה אלא בזמן והואיל ובאותו זמן היית יכול לגבות ולא גבית את הוא דאפסדת אנפשך וקרוב אצלי לומר דהאי תשובה לאו הרמ"בן חתים עליה ועל דרך מה שאמרו בפ' כיצד לאו מר בר רב אשי חתים עלה עכ"ל וכיון דהרב מהר"יק דאנו קבלנוהו עלינו לרב ולהתנהג על פי הוראתיו כמו שכתב הרב מהר"א ן' חיים ז"ל בתשו' והוא ז"ל דחאה לזו דהרמ"בן ואמר דלאו מר חתים עליה א"כ איך נעשה מעשה כנגדו. הא ליתא דאי כתב הרב מהרי"ק ז"ל כן הוא מפני שברוב עיונו ועסקו בתורה לא היה לו פנאי לראות הענין בשרשו וכתב בטור בסי' הנז' כשהביא תשובה דהרמ"בן הנז' כתב הוא ז"ל כן כתב רבינו ירוחם בשמו והוא מה שכתב רבינו ירוחם בסוף דבריו וכ"כ הרמ"בן ולא חש לראות דהרב בעל התרומות כתב להך תשובה מלה במלה ולפיכך כתב דאפשר דהרמ"בן לאו סתים עליה אבל אם היה רואה בס' בעל התרומות שכתב והנה שאלתי את פי הרמ"בן וזה אשר השיב לי ערב שבא למלוה והודה וכו' עד סוף כל התשובה בודאי הגמור דלא היה אומר דלאו מר חתים עלה שהרי הר"בעה"ת תלמיד הרמ"בן היה ומפיו ומפי כתבו יקרא את כל הדברים האלה וא"כ איך יאמר דלאו הרמ"בן חתים עלה וכן ראיתי בס' חשן המשפט שהובא מצפת תוב"ב מבית מדרשו של הרב הנז' כתוב בכתיבת ידו שנתקיים בחותמו שכתוב ואי לאו דרב וגדול היה הרמ"בן ומי כמוהו מורה הייתי אומר דטענת הערב טענה מעליא היה וכו' וקרוב הדבר בעיני דלאו הרמ"בן חתים עליה עכ"ל הרי שהטיל תנאי שאם יתברר בברור דהרמ"בן כתב לה אין מהרהרין אחריו א"כ אחר שהרב בעל התרומות כתב וזה אשר השיב לי אין לך ברור גדול מזה וא"כ הרב מהר"יק ז"ל נמי יודה דאין בטענת הערב שום ממשות כדכתיבנא:

ובלעדי אלה יש טענה אחרת לחייב את הערב ממה שהוגד לי שכתוב בשטר החוב שלוי ערב בו זה הלשון וברשות ראובן נהיה לוי ערב פרעון בעד החוב הנז' כערב המשתעבד בשעת מתן מעות רצה מזה גובה תחלה רצה מזה גובה תחילה הכל באחריות ושעבוד וכו' וכל חזוקי סופר וכו' והנה טרם כל במלת פרעון יש לדון בה אי דייניגן לה כקבלן

או לא דאי דייניגין לה כקבלן הרי כתב הרש"בא באותה תשובה בסיף דבריו אבל היכא דנעשה קבלן גמור כגון דאמר תן לו ואני אתן לך יכול לחזור עליו שאפי' לא מכר העליה עליה דידיה הדר א"כ לא אפסיד אנפשיה כשחתם דלא גרע כחו עכשיו לגבי קבלן מאלו היה לו לבע"ח בני חרי וכאן אע"פי שלא אמר לו תן לו ואני אתן לך נראה דכיון דאמר אני קבלן גמור הרי הוא כמ"ד תן לו ואני אתן לך שהרי יש מן הגדולים שאמרו דכל שאו' אני קבלן הרי הוא כאומר תן לו ואני אתן לך שהרי חייב עצמו כקבלן גמור שאומר תן לו ואני אתן לך עכ"ל נראה בהדיא דהיכא דהוא קבלן אפי' חתם באותו המשכון שעליו ערב לו חוזר על הערב ואינו נפטר בכך וא"כ אלו נדין למלת פרען שהוא כאומרו קבלן לא נפטר בכך ויש לי להסתפק בזה דאפי' לדעת הרמ"ה שכתב הטור בשמו בסי' קפ"ט סעיף כ' דתן לו ואני פרען או תן לו ואני חייב הוי נמי קבלן אפ"ה איכא לדחויי דשאני התם דקאמר תן לו שהוא לשון מועיל וכדאמרינן בפ' גט פשוט (דף קעד.) אמר רב הונא הלוהו ואני ערב הלוהו ואני פורע הלוהו ואני חייב הלוהו ואני נותן כולן לשון ערבות הוא ופירש רש"בם ז"ל דהא לשון הלואה קאמר הלוהו הוא יהיה לוה ואני פורע אם לא יפרע לך וקאמר תו התם תן לו ואני קבלן תן לו ואני פורע תן לו ואני חייב תן לו ואני נותן כלן לשון קבלנות הוא ופי' רש"בם תן לו מסור בידו הממון ואני אפרענו לך אין כאן לשון הלואה אלא שליחותו דהאי דקאמר ליה תן לו עביד המלוה ע"כ הרי שאפי' היכא דאמר ואני פורען דהוי דומיא כפרען דנד"ד דוקא אם אמר לו תן לו דהיינו מסירה דשליחותו קא עביד בההיא היא דקאמר רב הונא דהוי קבלן ובההיא דפסק הרמ"ה כותיה אבל כשאמר הלוהו ואני פרען לשון ערבות הוא וא"כ הכא דלא כתיב אלא פרען לבד מספקא לן אי הוי נתן לו ואני פורע או כהלוהו ואני פורע לדעת הרמ"ה ומה גם שקרוב הדבר בעיני לומר דכיון דכתיב בשטר ערב פרען הוי כהלוהו ואני פרען דמלת ערב הוא כמלת הלוהו שפירושו אפרע אם לא יפרעך הכי נמי ערב הוא אפרע אם לא יפרעך וחזר הדין דהאי לוי דהכא דכתיב בשטר ערב פרען לית ליה דינא דקבלן אפי' להרמ"ה ושאר רבוותא דכתב עליהו הר"יף דפסקו הלכה כרב הונא:

וכל שכן אליבא דשאר הפוסקים הר"ת והרמ"בם והר"אש והטור ורש"בם ושאר המורים שפסקו הלכתא כרבא דאמר התם כלן לשון ערבות הוא בר מתן לו ואני אתן לך ופי' רש"בם רבא אמר כלן ערבות הוא אפי' אמר הלוהו ואני קבלן תן לו ואני פורע דמשמע אני אפרע בשבילו אם לא יפרעך בר מתן לו ואני אתן לך ע"כ וכתב הרב ב"י כבר נתבאר דכולהו רבנן בתראי ס"ל ופסקו כרבא והכי קי"מלן דאין ספק דבנד"ד האי לוי אית ליה דין דערב לחוד ואפי' דרב חסדא קאמר בגמרא כלן לשון קבלנות הוא בר מהלוהו ואני

ערב דפי' רש"בם אפי' הלוהו ואני פורע קבלן הוי לרב חסדא ונד"ד הכי הוא ערב פרען דהוי כמו הלוהו ואני פורע מ"מ לית בכל הפוסקים דחש ליה להא דרב חסדא ולא נקטינן כותיה באופן דכללות להקת הפוסקים רובם ככלם אית להו דערב פרען הוא כהלוהו ואני פורע שהוא ערב גמור ולא קבלן וא"כ אזיל ליה טעמא דמשום שהוא קבלן לא אפסיד אנפשיה:

ובר מן דין ומן דין אפי' נניח כמונח דמלת פרען הוי כמו קבלן או אפי' שנאמר שבמקום פרען הוה כתיב בשטר בהדיא נעשה קבלן אפ"ה לא הוה דיינין ליה כקבלן דמי ייקל ראשו לפסוק נגד הרי"ף ז"ל שכתב בפ' גט פשוט תן לו ואני חייב תן לו ואני פרען תן לו ואני קבלן מסתברא לן דהלכתא כרבא דאמר כלן לשון ערבונות הוא ע"כ נראה בפירוש דס"ל דכי קאמר רבא כלן לשון ערבנות הוא בר מתן לו ואני אתן לך היינו דוקא ולא תן לו ואני קבלן וא"כ בנדון זה אפי' דכתיב קבלן בהדיא כל עוד דלא כתיב שאמר תן לו ואני אתן לדעת הרי"ף הוי ערב ולא קבלן וכדכתב הרב בעל התרו' בשער ל"ה סי' א' וז"ל ואחרי אשר פסק הר"יף דאפי' תן לו ואני קבלן לשון ערבות הוא בעי למכתב בשטרא שאני אמרתי לו תן לו ואני אתן לך דאי כתיב בשטרא ערב קבלן סתם אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ואמרינן כי אולי ר"ל תן לו ואני קבלן דהוי כמו ערב הילכך לא הוי אלא ערב בלבד עכ"ל אמור מעתה בנדון זה דאפי' דפרען הוי כמו קבלן או שיצוייר שכתוב קבלן סתם לא הוי אלא ערב ואפי' שרש"בם והר"אש והנמוקי יוסף בשם האחרונים כתבו דהיכא דא' רבא בר מתן לו ואני אתן לך כלו' וכ"ש תן לו ואני קבלן דעדיף טפי מאני נותן לך והכי משמע נמי מלשון הגמרא דקאמר לשון קבלנות הוא שנראה דקבלנות עדיף טפי כיון דתן לו ואני אתן לך נתלה ומתיחס בו עכ"ז מי יכריע כמותם לגבי הר"יף ובעל התרומות כאמור ובפרט דהרמב"ם נמי כותיה וכתב בפ"ר דה' מלוה בדפוס הכסף משנה וז"ל אבל אם אמר לו הלוהו ואני ערב הלוהו ואני פורע הלוהו ואני חייב הלוהו ואני קבלן תן לו ואני קבלן תן לו ואני פורע תן לו ואני חייב תן לו ואני ערב כלן לשון ערבנות הוא ואינו תובעו תחלה ע"כ הרי דבפירוש אתמר בדבריו דתן לו ואני קבלן אפי' שהוא היותר טוב מכלן הוי לשון ערבות בר מתן לו ואני אתן לך דוקא ואע"גב דבספרי הרמב"ם בדפוס מגדל עוז וה"ה ז"ל כתב בנוסחא אחרת סתמית וז"ל אבל אם אמר הלוהו ואני ערב הלוהו ואני פורע הלוהו ואני חייב הלוהו ואני נותן הלוהו ואני קבלן תן לו ואני ערב כלן לשון ערבות הן ואינו תובעו תחלה וכו' ע"כ שנראה דתן לו ואני קבלן לא נזכר בכלל הללו הערבנות אפ"ה יש לו' דסתמו כפירושו בהכרח משום דתן לו ואני חייב תן לו ואני פורע נמי לא נזכרו שם עכ"ז לית בכל רבוותא

דפסקי כר"ה דתן לו ואני קבלן שהוא קבלן דלימרו דתן לו ואני פורע ותן לו ואני חייב שהוא קבלן א"כ תנא ושייר וכי היכי דשייר הני שייר נמי האי וכ"כ הרב מהר"יק ז"ל ב"חמ סי' קכ"ט וז"ל וכתב רשב"ם והר"אש דלרבא תן לו ואני קבלן כ"ש דהוי קבלן וכ"כ נמוקי יוסף בשם האחרונים אך הרמב"ם לא כתב אלא לשון הגמ' תן לו ואני נותן אבל הלוהו ואני קבלן אינו קבלן ויש להסתפק בדעתו היכא דאמר תן לו ואני קבלן דאיכא למימר דכיון דלא כתב דמהני להיות קבלן אלא באומר תן לו ואני נותן משמע דבכל שאר לישני לא מהני אפי' אומר ואני קבלן דאיכא למימר דהא דלא מהני ואני קבלן היינו משום דקאמר הלוהו אבל אם אמר תן לו ואני קבלן עדיף מתן לו ואני נותן לך ומ"מ כיון דהר"יף מסיק דתן לו ואני קבלן לשון ערבות הוא ולא לשון קבלנות מסתמא הכי נמי סבירא ליה להרמ"בם עכ"ל הנה נראה בפירוש דאפי' כפי הנוסחא הסתמית פשיטא ליה דסתמו כפירושו ודעת הרמ"בם כדעת הר"יף ולפי זה בס' חשן המשפט הנז' אשר הובא מצפת תוב"ב יש שם מכתיבת יד הרב על דעת הר"יף והכי נקטינן ע"כ ואם על הנסחא סתמית כתב כן כ"ש וק"ו אחר שראינו נסחה ברורה ומפורשת דהרמ"בם בהדיא קאי כר"יף ז"ל דתן לו ואני קבלן לשון ערבות הוא דהכי הוי הלכתא ואין לספק בה דתרויהו עמודי ההוראה נינהו ועוד דאיכא אביזריהו כמה גדולים דס"ל הכי ר"י ן' מיגש והתוס' כמו שכתבם מגדל עוז עיין שם והמגיע לנו מזה דבנד"ד דכתוב ונהיה ערב פרעון אפי' שנדינהו דלשון פרען הוא כלשון קבלן וכתבו קצת מפרשים דבקבלן סתם דהוא לשון מועיל וכדכתב בתשו' דשייכי ומיהו אם היה כתוב ערב קבלן סתם נראה דמועיל עם כל זה כיון דהרמ"בם והר"יף והנגררים אחריהם ס"ל דצריך תן לו ואני נותן לך דוקא ולא בענין אחר כותיהו נקטינן ואין ללוי זה אלא דין ערב לבד מלישנא דערב פרען כמו שהוכחנו:

האמנם ממה שכתוב בשטר רצה מזה גובה תחלה רצה מזה גובה תחלה נראה דהיינו קבלן גמור ממש ויכול ליפרע ממנו אפי' יש נכסים ללוה וכמו שכתב הרמ"בם ז"ל בפכ"ה דהל' מלוה וז"ל התנה המלוה עם הערב ואמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב תחלה אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה או שהיה קבלן הרי זה יתבע את הערב הזה או את הקבלן הזה תחלה ויפרע ממנו אע"פי שיש נכסים ללוה עכ"ד וכתב ה"ה ז"ל ודעת רבינו בדינו שדינו כדין קבלן דכל תנאי שבממון תנאו קיים ע"כ הרי דהיכא דכתוב בשטר רצה מזה גובה תחלה היינו קבלן גמור כמי שאומר תן לו ואני אתן לך ואם יש פוסקים חולקים על זה לא חלקו אלא היכא דכתב ממי שארצה אפרע סתם ולא פירש לשון תחלה וכמו שכתב הרב בעל התרומות

בשער ל"ה וז"ל ולעולם דוקא היכא דאמר ממי שארצה אפרע סתם הוא דפליגי אבל האומר ממי שארצה אפרע תחלה הרי זה תנאי מפורש והכל מודים שגובה מן הערב תחלה וכ"כ הטור וכ"כ הר"אש ז"ל ולפי זה היה אפשר לומר דהיכא דמשיג הרא"בד על הרמ"בם בזה לא השיג אלא על נוסחה הכתובה סתם וכמו שכתב הרב בעל התרו' ויש שכתבו בשם הר"ר משה ז"ל שכתב בספרו ממי שארצה תחלה ואני בדקתי בספריו ולא מצאתי שכתב אלא ממי שארצה בלבד וכן גי' משנתנו ע"כ א"כ היה אפשר לומר דעדין הרא"בד ס"ל היכא דכתוב תחלה דדינו כדין קבלן וכהר"אש ז"ל דבמי שארצה סתם דיין ליה לערב ובמי שארצה תחלה דיין ליה כקבלן הכי נמי הרא"בד ז"ל וגם שכתוב בנסחת הרא"בד ז"ל בפירוש תחלה אפשר דט"ס היה אלא שראינו לרב ה"ה ז"ל שגורס בלשון הרמ"בם בפי' תחלה ומעתיק השגת הרא"בד על גירסת תחלה כנראה שם ואפי' נאמר כן כיון שהרמ"בם והר"אש והטור וה"ה ובעל התרומות ורבים כהם קיימי בחד שטה דהיכא דאמר תחלה דינו כדין קבלן הכי נקיטינן וכן כתב הנמוקי יוסף וז"ל אלא שיש מן האחרונים שכתבו דכל שהתנה הערב בדבר שאפשר לקימו דהיינו ממי שארצה אפרע תחלה הכל לפי תנאו והכי מסתבר עכ"ל וכן חתם דבריו הרב מהר"יק ב"י סי' הנז'. יצא לנו מזה דבנד"ד דכתוב בשטר רצה מזה גובה תחלה רצה מזה גובה תחלה לד"ה דינו כדין קבלן וכי היכי דבקבלן גמור אפי' שהיה משכון בידו והיה מתרה בו הערב והחזירו הלוה והאריך לו זמן עכ"ז לא נפטר מערבותו וכמו שכתב הרש"בא בהדיא בההיא דמשכן עליה וזו היה הסכמת הפוסקים רבם ככלם כמו שהוזכר למעלה כ"ש וק"ו בנדון זה דאין המשכון על החוב עצמו שלוי ערב בו דודאי לא נפטר מערבותו אפי' האריך לו זמן כמה פעמים דקבלן הוי ומצורף לזה מה שכתבנו בקודם וזה ברור בעיני. הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יהושע רפאל בכמהר"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה

סימן יט

בע"ה ה' ערב.

(השאלה מובנת מתוך התשובה)

הכתב אשר נכתב בטבעת דעת החכם השלם המובהק סיני ועוקר הרים הפוסק נר"ו ראתה עיני שמעה אזני ותבן לה דברים המחוורים כשמלה כלם נכוחים המצודקים מים עמוקים עמוק עמוק מי ימצאנו אולי ממה שיערה עלי משותיה דמר דקא משתעי בלשון חכמה אמרתי אחכמה גם אני לישא וליתן בדברותיו ובאמרותיו הנחמדים כפרים עם נרדים והנה כתב מר על מה שכתב הרב מה"רי אדרבי ז"ל סברת הרמ"בם שאין לומר

קים לי כהרמ"בם כיון שהוא יחיד בדבר וז"ל ולדידי אי נדון מוה"רי אדרבי ז"ל היה כעין מה שכתב הרמ"בם וכו' אין לדחות סברת הרמ"בם גם כי אשלי רברבי חולקים עליו כיון דהוא ורבותיו סוברים דבדבר שאין לו קצבה לא מצי משעבד נפשיה ויכול לפטור את עצמו ולומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו ע"כל ומיהו אין מזה תלונה על הרב מה"ריא דנימא דהוא סבר כמו שכתב הרב מהרי"בל ז"ל בתשו' ח"א דף קמ"א וז"ל ויש לעיין בר"ה מכירה בענין המתחייב בדבר שאין לו קצבה כתב וכן הורו רבותי ואלו בה' מלוה בההיא דערב המתערב בדבר שאין לו קצבה כתב ויראה לי ולא כתב וכן הורו רבותיו והרב המגיד כתב דאתיא מכ"ש וכו' וכו' ולכן יראה לע"ד דע"כ לא קאמרי רבותיו של הרמ"בם אלא דוקא בההיא דה' מכירה משום דהתם לא הוי מילתא בערבות אלא מי שחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לזון לפ' ה' שנים וכו' וטעמא הוי דכל מילתא דערבות הוי אסמכתא אלא דאמרינן דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה כדאיתא בפ' גט פשוט (דף קע"ג:) אמר אמימר ערב דמשתעבד וכו' עד אלא אר"ב אשי דההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה ע"כ דגמרא ונוכל לומר דאלימא האי טעמא למימר דאפי' בדבר שאינו קצוב גמר ומשעבד נפשיה ואפשר שזו היה סברת רבותיו של הרמ"בם ולפיכך לא כתב הרמ"בם בהך דערבות וכן הורו רבותי כדכתב בההיא דמחייב עצמו וה"ה כתב דכ"ש הוא והבו דלא לוסיף עליו וכ"מ טובא דאלו בערבות לא הודו רבותיו כמו שכתבתי לא יוכל המוחזק לאמר קים לי כהרמ"בם וכדכתב מהר"יק דאין לומר קים לי כפ' הגאון היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו ואי נאמר כדברי ה"ה ז"ל יש לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו. ובס"ד כתב שיעשו פשרה וכו' כאשר יראה נקיטינן דדעת מהרי"בל הוא דכיון שהרמ"בם במתחייב אומר וכן הורו רבותי ובערב אומר וכן יראה לי מנה שמעינן דמעולם רבותיו של הרמ"בם לא דברו אלא במתחייב אבל בערב בההיא הנאה דקא מהימן גמר ומשעבד נפשיה ואפי' בדבר שאין לו קצבה סוברים דחייב הוא א"כ איפא אימא שזו היא סברת הרב מה"רי אדרבי ז"ל בנדון שלו כיון דמדין ערב נגע בה וכמ"ש טענה זו אינה טענה דאפי' בלא קנין מתחייב מדין ערב כההיא דגט פשוט וכו' ולבסוף כתב וכ"כ כל הפוסקים דערב משתעבד וכו' שנר' שכל פינות שהוא פונה לחייבו הוא מדין ערב וכיון שכן מאחר דהרמ"בם לא כתב בדין ערב וכן הורו רבותיו אלא ויראה לי לבד כלו' שדעת זו מיוחדה אליו לבדו סבירא ליה לרב אדרבי דרבו' אינן מודין לו בדין ערב כדעת מהרי"בל ולהכי כתב דאין לו טענת קים לי כהרמ"בם שהוא יחיד בדבר כדכתב נמי הרב מוהרי"בל ז"ל דלא כפי' ה"ה ז"ל וא"כ לדעת הרב מהי"רי אדרבי יכול לומר וכו' ואף שהרב הנז' בתמצית פסק הדין כתב הרי שלדברי הני אשלי

רברבי האדם מתחיב בדבר שאין לו קצבה וכיון שכן אין לזוז מדבריהם ובנד"ד חייב שמעון לתת לראובן כל מה שהוציא בפיין לאו דוקא במתחיב בלא ערבות קאמר אלא במתחייב כי נדון דידיה שהוא ערב כמו שהקדים בדבריו ולשון מתחייב אשגרת לישן הוא כלו' מתחיב בערבות אי נמי רצה לומר דאתיא מק"ו להנהו רבותא דאם במתחייב דליכא טעמא דאגב דמהימן סברי דחייב כל שכן בערב אבל מ"מ יכול לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו אבל בנדון דידיה אין לומר קים לי כדכתיבנא לפי דרכו זה של הרב מהרי"בל ומהר"יא בנד"ד למדנו שמעון ולוי שנתערבו ליהודה בעד ראובן אחיהם על כל מה שיקיף לו כיון דאין לומר קים לי כהרמ"בם משום שהוא יחיד ואין רבותיו מודים לו א"כ חייבים לשלם ליהודה כל מה שחייב ראובן כדעת הראב"ד והרש"בא והריט"בא ובעל מ"מ וכמה מהגאונים שחולקים על הרמ"בם ז"ל:

איברא שראיתי לרב בעל מ"ש בסי' קמ"ה שכתב וז"ל די לך שהרמ"בם ורבותיו הורו בפי' שאין הערב חייב כלום ואעג"ב דכל שאר הפוסקים חלקו עליו והם הרמ"בם והרשב"א והריטב"א והרא"בד ועשו מעשה דלא כותיה מ"מ אומר אני שהמעיין בדברי החולקים ימצא דע"כ לא אמרו שהוא ערב אלא כשיש קנין שהקנין מחייבו בכה"ג דאע"ג דבעלמא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין מ"מ אומר אני דדוקא בלשון טוב אבל בלשון גרוע כי הא ודאי דבעי קנין וכן מוכחי דברי הרשב"א ושאר הפוסקים בענין המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דמכח הקנין מחייבי ודלא כהרמ"בם וא"נ בנד"ד מעידים שלא היה שם קנין לכ"ע משמע אין חיוב לערב כלל אחרי דאין קנין ולא קצבה עכ"ל נראה מדבריו דאמרינן דע"כ לא פליג כולהו רבוותא על הרמ"בם ואמרי דהערב בדבר שאינו קצוב חייב דוקא כשיש קנין אבל בשאין שם קנין מודו להרמ"בם דאינו חייב ומייתי ראיה דכלהו רבוותא דיקי בלישניהו לשון קנין הרש"בא ז"ל מעשים בכל יום שאדם מחייב עצמו בקנין בדבר שאין לו קצבה דאין לאחר קנין כלום ודלא כהרמ"בם והרי"טבא ז"ל כתב וז"ל מי שחייב עצמו בקנין לתת מנה בכל שנה וכו' והריט"בא כתב כך דעתי נוטה שהמחייב עצמו בקנין לזמן ידוע לזון את חברו חייב ואעפ"י שאין לו קצבה ואעג"ב שהרמ"בם חולק על זה וכו' הרי דכלהו רבוותא דייקי לישניהו לשון קנין וא"כ היכא דליכא קנין מודו להרמ"בם זהו סגנון לשון הרב ז"ל ופירוש דבריו וא"כ לפי זה נאמר בנ"ד דכיון דליכא קנין וליכא קצבם כ"ע מודו ואפי' הנהו רבוותא דפליגי אהרמ"בם דאינן חייבים כלום שמעון ולוי:

הן אמת דאעקרא דדינא פירכא ותחלת דינו של הרב ז"ל לא נתחוור שהוא ז"ל כתב מ"מ המעיין בדברי החולקים עליו ימצא דעד כאן לא אמרו דהוי ערב אלא כשיש קנין וכו'

וכשבאנו לעיין בדברי החולקים בערב אין גם אחד מהם מצינו שאומר דדוקא בקנין אלא ה"ה ז"ל כתב בדין הערב כבר כתבתי בה' מכירה שדעת רבים שהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב אע"פי שקנו מידו לא נשתעבד ואף כאן הלך לשטתו וכבר כתבתי שיש חולקים בזה ומדבריהם נראה שאף דאין הערב משועבד וכו' ע"כ וכי תימא דהתם כלהו קא אמרי בקנין שאני התם שהוא מתחייב בדבר ואי לאו קנין לאו כלום הוא כדכתב ה"ה ז"ל בה' מכירה דאין אדם מתחיב בדבריו בלא קנין ובלא שטר א"כ משום הכי כתבו הריט"בא והרש"בא בקנין דאם לא כן לאו חיוב איכא אבל בענין ערב מי יאמר לנו דבעו קנין כיון דערב משתעבד בההיא הנאה דקא מהימן מה לי קצוב מה לי בלתי קצוב וא"כ מהיכן הוציא הרב ז"ל דין זה דרבוותא דפליגי על הרמ"בם הוא דוקא בקנין בענין ערב ונכתב בצדו כת"י המחבר:

ועדי בשמים שאחר ג' או ד' ימים שכתבתי זה הסתכלתי בדברי הרב מוה' מרדכי מטלון ז"ל אשר בא אחריו להחזיק דעתו של הרב מ"ש וז"ל שמה שנז' והרש"בא שתלה הכל בקנין נוכל לומר שלא אמר כן אלא בדברים שאינן נקנין אלא בקנין אבל בערב שאין צריך קנין אמירתו במקום קנין קאי ועוד שמלשון הרמ"בם נראה שקצת מחייבין אע"פי שלא נטל קנין וא"כ יוכל לוי המוחזק [לומר] קים לי כאותם הגאונים הרי בכלל דבריו דברי שכתבתי] ואחר שהונח כן שהחולקים על הרמ"בם לאו דוקא בקנין אלא בכל ענין קאמרי דערב משתעבד בדבר בלתי קצוב א"כ חוזרני לראשונות לפי פירושם של הרב מהרי"בל והרב מהרי"א דכיון דהרמ"בם לגרמיה אמרה ולא בשם רבותיו א"כ אין לו' קים לי כנגד כל גדולי ישראל ושמעון ולוי בנד"ד חייבים לשלם ליהודה כל מה שחייב ראובן:

שבתי וראה דכיון דה"ה כתב דרבותיו של הרמ"בם סוברים ג"כ שערב בדבר שאינו קצוב לא משתעבד וכן הרב מה"רש קלעי ז"ל כתב כן בהמשך לשונו זה נסחו הרי לך שהרמ"בם ורבותיו הורו בפירוש שאין הערב חייב כלל גם הרב מהרש"דם ז"ל בח"מ בתשו' סי' קכ"א כתב וז"ל ואחר שידענו זה היה אפשר לו' דערבות זה בטל שיכול לו' קים לי כהרמ"בם ז"ל ורבותיו אלא דלא מקרי זה דבר בלתי קצוב וכו' באופן כיון דכלהו הני רבוותא אומרים דרבותיו של הרמ"בם ס"ל דערב בדבר שאינו קצוב לא משתעבד א"כ אמינא דיכולין לומר השתא שמעון ולוי קים לן כהרמ"בם ורבותיו לרוחא דמילתא וכל שכן שהרב מהרי"בל ז"ל בתשו' ע"ו ח"א כתב ג"כ כעין זה וז"ל ראובן אמר לשמעון כל מה שתתן ללוי אני ערב לך ולא פירש קצוב ונשבע שבועה על [זהן ועתה תובע שמעון מראובן אותו הסך שנתן ללוי ושאל השואל דכיון דמן הדין אינו חייב ראובן לשמעון פשוט דיכול לומר קים לי כהרמ"בם דאין אדם מתחייב בדבר שאינו קצוב מ"מ

יתחייב לפרוע מטעם השבועה או לא תשובה וכו' אבל בנד"ד אפשר דטעה בדין וחשב דלכ"ע היה חייב באותו הערבות דלאו כולי עלמא דינא דהרמ"בם גמירי ומה שנשבע היה לזרז על הפרעון וכיון דאיגלאי מלתא דלא הוה חייב מן הדין משום דיוכל לומר קים לי כהרמ"בם א"כ השבועה היתה בטעות דמאי דנשבע וכו' ובס"ד כתב וכיון דחיוב אין כאן משום דיכול לומר קים לי כהרמ"בם שבועה נמי אין כאן עכ"ל וההכרח לומר דמה שבא בלשון הרב דיכול לומר קים לי כהרמ"בם לאו דוקא כהרמ"בם בלתי רבותיו דא"כ קשיא דידיה אדידיה שבאותה תשובה שהזכרנו כתב דאי אמרינן דרבותיו אינן מסכימים בערב לא מצי למימר קים לי ותו דהכלל מסור בידנו ממה"רי קולון ז"ל והוא ז"ל כתבו אלף פעמים דאין לומר קים לי כפלוני הגאון נגד כל החכמים אלא אם יהיו שלשה או שנים לפחות כמו שהוא רגיל לכתוב בתשובותיו וכיון שכן ודאי מה שאומר כאן בתשו' זו דיוכל לו' קים לי כהרמ"בם ורבותיו וסובר שרבותיו של הרמ"בם מסכימים עמו אפי' בערב ולפי זה השתא לרוחא דמילתה אמינא ולא מסתפינא דשפיר יכולין לו' בנד"ד שמעון ולוי קים לן כהרמ"בם ורבותיו שבדבר בלתי קצוב אין הערבות כלום ופטורים מלשלם מאחר שהגדולים כולן סוברים כן לא נשאר זולתי הרב אדרבי וגם הוא סותר דבריו מניה וביה ובסי' קפ"ח כתב דאמרינן קים לי כהרמ"בם בערב בלתי קצוב וכבר תפסו הרב מהר"שך בזה וליכא לאקשויי להר"יבל ז"ל מתשו' זו לתשובה הנז' דהתם לא כחותך את הדין אמר כן אלא סדר הבדלות הוא מונה וכו' דיש הבדל בין הסברות דאי אמרינן כה"ה יש לומר קים לי ואי אמרינן דדוקא הרמ"בם ולא רבותיו היו באותה עצה אין לומר קים לי אבל כאן בהדיא פסק דיכול לומר קים לי כהרמ"בם כלו' וכרבותיו והכי כתב הרב בני שמואל בתשו' דף ל"ב וז"ל בנד"ד כיון שלא פירש הר"ש די מדינה קצב הדבר אלא אמר סתם תכנס לי ערב לא גמר ומשעבד נפשיה כדעת הרמ"בם ורבותיו וכו' ושכתב ג"כ קודם זה דאע"גב דמהרי"בל כתב דאפשר דבערב לא מודו לו רבותיו כבר כתב שם דלדברי ה"ה מודו רבותיו ויכול לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו ע"כ והרב מהר"שך שם חזק את דבריו וכתב וז"ל מילתא דפשיטא הוא דאם לא ידע הר"ש די מדינה קצב הדבר אשר נתערב שאינו חייב כדברי הרמ"בם ורבותיו וכסברת הרב המגיד דכתב שרבותיו של הרמ"בם סברי דין זה והשוה דבר זה עם מה שכתב בה' מכירה עכ"ל גם הרב מה"ראי בוטון שם חתם בפסק הרבנים הנז' וכתב וז"ל ולענין דינא אני מסכים עמו דפטור הר' שלמה די מדינא משום דיצא ערב בדבר שאין לו קצבה ודעת הרמ"בם ורבותיו דאינו מועיל אע"פי שבח"ה מפסקי מהרי"בל פירש דרבותיו דהרמ"בם פליגו עליה בערב מ"מ לרב המגיד אנו שומעים שכתב דמודו

ליה אפי' בערב וכיון שכן יוכל הר' שלמה לו' קים לי כותיהו וכ"כ הרב מה"רם מטאלין ז"ל באותה תשובה הנה נא דברי הנביאים פה אחד ה"ה ומה"רש קלעי ומהרש"דם ומה"ריק ומהרש"ך ומ"רא בוטון ומכללם גם הרב מהר"יבל כלם סוברים דרבותיו של הרמ"בם מודו להרמ"בם דבענין ערב בדבר שאין לו קצבה אינו חייב ויכול לומר קים לי כהרמ"בם ורבותי' ז"ל ואף שראינו לרב מהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קכ"ג שכתב וז"ל אבל מטעמא אחרינא היה נראה לכאורה לפטור את פ' ובאנו למחלקת הרמ"בם שכתב שהמתחייב בדבר שאינו קצוב אינו כלום אלא שבזה וכו' ותו שכבר נדחו דברי הרב בזה וכמה פעמים נעשו מעשה הפך דבריו ע"כ אפשר דלאו לענין קים לי קאמר אלא שמא שבאותו נדון לא היה מוחזק אותו פ' בענין שהיה יכול לו' קים לי ולהכי קאמר דכבר נדחו דבריו ואין לדיין לפסוק אלא כמאן דפליגי עליה ואע"גב דזה בעיני דוחק הוא הוזקקתי לכך משום שמצאנו לרב הנז' בסי' מ"ז שכתב וז"ל עוד היה נראה להביא בנד"ד וכו' ולמדנו זה ממה שראינו לרב מהר"יבל שכתב על המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דלדעת הרמ"בם פטור ס"ל למהר"יבל וכו' ומשום דמצי לומר קים לי כהרמ"בם פטרו הרב וכו' א"כ בנד"ד נימא הכי וכו' ע"כ שנראה משם שמסתייע ממה שכתב מוהר"יבל דמצי מימר קים לי כהרמ"בם וא"כ כאן שאמר שכבר נדחו דבריו לפתרו דלאו ענין קים לי קאמר ומה גם דאפי' ננית דלענין קים לי קא' מ"מ לא שבקינן כל הני רבוותא ועבדינן כותיה באופן שהמתחבר מזה כעת הוא דכיון דכל הגדולים סוברים שיכול לומר קים לי כהרמ"בם בענין חיוב דבר בלתי קצוב הכי נקיטינן ג"כ נד"ד מצי שמעון ולוי למימר קים לן כהרמ"בם ופטורים לשלם מה שנתערבו ליהודה מזה הצד:

וכבר ראיתי להח' השלם המורה נר' דמצדד אצדודי לומר דבנד"ד אפי' להרמ"בם חייבים וז"ל מעתה נראה לומר דאפי' דאמרינן דמי שנתערב בדבר שאינו קצוב לא משתעבד איכא למימר דשאני ערבות דאסמכתא הוי דבלשון דאי קאמר דאם לא יפרענו הלוה יפרע הערב אלא דמ"מ אמרינן כיון דעל אמונתו הלוהו גמר ושעבד נפשיה אבל האומר תן לו ואני פורע וכל הבטחון של המלוה אינו אלא עליו ומה גם בשותפין דהוו שלוחין זה לזה דכל חד מניהו שליחות דחברו קא עביד איכא למימר דכי האי גובה דמעסקי יחד ומתרבה סחורותיו ומרוחי טובא גמרי ומקנו אהדדי וכו' וכו' ובנדון דידן דלא הקיף יאודה לראובן אלא בשביל דהוה שלוחם של שמעון ולוי דשותפין הם כמי שלוחים זה לזה המנותיה דיאודה עליה דשמעון ולוי כנראה באגנות ששלחו שמעון ולוי ליאודה סמך ועל ידי כן נתרבה העסק ורויחי טובא איכא למימר דבכי האי גונא גמרי ומקנו וראיה לדבר כתב הרש"דם סי' ט' על מי שהבטיחו לו הק"ק חצי מכל מה שירויח

לסוחרים במכסיות סחורותם ועוליהם וצדד הרב ז"ל לומר דאפי' להרמ"בם דסבר דדבר שאין לו קצבה לא משתעבד מ"מ בנדון דידיה שברי לקבל הנאה כזאת גמרי ומקנו ובשליחותו יהבי ליה וגם כי אינן נותנין משלהם אלא מה שהם רגילין ליתן עד עתה וכי האי גונא הרמ"בם מודה ומייתי ראיה מהרש"בם לדבריו מהא דכתב מהר"ק בתשובה שמצא על שלשה אחים שהתנו יחד על נכסי אחותם שנתן לה בעלה שכל מי שיקבל מתנה מאחותם שיחלקו בשוה לימים נתנה מתנה לאחד והשיב שהתנאי שהתנו קים ואפי' דהוי דבר שאין לו קצבה ולעד יש לב"עד לחלוק ולומר דהתם מה שנתן לה בעלה הוא דבר ועל סך שנתן לה בעלה הוא שהתנו יחד בעת סך הכתוב שנתן לה וכי האי גונא דבר קצוב מיקרי א"כ התם דשניהם התנו אלים שעבודיה טפי אגב דאיתי אהדדי איך שיהיה נקטינן מדברי הרש"דם ז"ל היכא שמקבל הנאה. וכן נמי היכא דיהבי ליה בשכר שליחותיה כי האי גונא גמרי ומקנו אהדדי וה"ה בנד"ד דע"י כן מתרבה העסק ומרוחי טובא אגב דאוקי אהדדי גמרי ומקנו ויש לנו לומר כן כיון דחזינן אשלי רברבי קמאי ובתראי דלא סברי להו כסברת הרמ"בם כל מאי דמצינן למעט המחלוקת ולקרב הסברות עבדינן עכ"ד והעתקתים כלם מראש ועד סוף איידי דחביבין עלי דברי דודים לישא וליתן בהם ואשתעשע במצותיו אשר אהבתי:

ותחלה אומר שהשני חילוקים שחלק בין התשובה שהביא מהרש"דם ז"ל לנדון שלו אם מצד שהמתנה שנתן לה בעלה שהיה דבר קצוב אי מטעם דכיון ששניהם התנו אלים שעבודה טפי אגב דצייתי אהדדי שניהם כאחד טובים ומוכח הכי התם מלשון הרב מהר"יק עצמו אכן כתוב שם תשו' לרבנו משולם על שלשה אחים שהתנו יחד בקנין על נכסי אחותם שנתן לה בעלה וכו' והשיב שאע"גב דאין אדם מקני דשל"בל בההיא הנאה דקא סמכי אהדדי גמרי ומקני אהדדי וכו' וכל תנאי דמתנו אהדדי מהני בו מאסופה הרי לך בהדיא שכתב המ' והר' משולם שבכל מה שהשותפין מתנין מהני וכו' עכ"ד והנה ממה שנרגש התם ואמר אע"גב דאין אדם מקנה דש"בל ולא נרגש האמר נמי אע"גב דהוי דבר שאינו קצוב מוכיח דהתם במתנה שנתן להם אחותם דבר קצוב היה ועל שלא איכפת ליה מהא דלא יהא אלא כל המתנה הרי קצבה יש לה וכמו שכתב הרב מהר"א ששון ז"ל בתשו' קכ"ג על ראובן ושמעון שנפלו ביניהם הפרשים על חזקה אחת ונתחייבו שכל מה שיאמר לוי זה יתנו וחש הרב שמא היתה דבר בלתי קצוב כיון שלא פירשו עד כמה והשיב אלא שבזה יש לו' שכיון שכל המחלוקת וההפרשים והטענות היתה על החזקה כיון שהבתים הם ידועים וקצובים סגי ע"כ הכא נמי במתנת אחותם אימא שהיתה קצובה המתנה שנתנה וכיון שכן מה מייתי ראיה הרש'דם לנדון דלא הוה ידוע

התם קצב הדבר וכי תימא דלעולם התם המתנה עצמה לא הוה ידיע קצבתה כיון שלא פירשה שם ומה שלא נרגש ממנו רבינו משולם משום דלא היה חושבו רבנו משולם להא דהרמ"בם בדבר בלתי קצוב משום דכ"ע פליגי עליו כמו שכתבו רבים מהפוסקים אשר קדם לנו זכרונם אשיבך דהיא הנותנה ג"כ דאין ראיה להרש"דם ז"ל מאותה תשובה למה שהוא חושש להרמ"בם דאמר דדבר שאינו קצוב לא משעבד וכדאי הוא הרמ"בם ורבותיו להסמך עליו כדכתב התם יע"ש ורבינו משולם לא חש לה כדאמרן. ואם החלוק השני ששניהם אתנו אהדדי אלים שעבודיה אגב דצייתי אהדדי הא נמי בהדיא כתב שם בההיא הנאה דקא סמכי אהדדי גמרי ומקני אהדדי ומדין שותפין נגע בה כדכתב בס"ד הרי לך הר"ם ורבנו משולם או' שכל מה שהשותפין מתנים וכו' וכיון שכן אינה ראיה להרש"דם לנדון שלו דלא שייך דין שותפין כדכתב החכם השלם המורה נר"ו ואומר זך לקחו:

האמנם אעקרא דדינא שרצה הסכם השלם לומר דאפי' הרמ"בם עצמו יודה בנד"ד דחייבין שמעון ולוי לבי מהסס שהוא נר"ו הרכיב דבריו אתלת ריכשי למדקדק בלשונו חדא דיש הפרש בין ערב דהרמ"בם לאומר לחברו תן לו ואני פורע שכל הבטחון אינו אלא עליו ב' דהשותפין שלוחין זה לזה ג' דבכי האי גונא דמתעסקי יחד ומתרבו סחורותיו ומרוחי טובא גמר ומקנו אהדדי ועל ג' אלה מייתי ראיה מההיא דהרש"דם ולדידי שלשתם בעצמם חלושים בטעמם אם הראשונה הוא באה בגמ' בפ' גט פשוט דתן לו ואני פורע לשון ערבות הוא לרבא וכתב ז"ל דמשמע ואני פורע אם לא יפרע הוא ופסקו הר"יף והרמ"בם והר"אש וכל גדולי האחרונים כרבא גם הרב מהר"יק ז"ל בבית יוסף פסק כן להלכה א"כ שוה הוא כפי הדין תן לו ואני פורע לערב דעלמא וא"כ מהיכא תיתי לחלק השתא ולו' דאפי' דהרמ"בם כתב בערב בדבר שאינו קצוב שאינו משתעבד בתן לו ואני פורע יסבור דמשתעבד מה בין זה לזה שניהם לשון ערבות הוא לפי המסקנא וההלכה ואי אל השנית שכתב ומה גם בשותפים דהוו שלוחים זה לזה דכל חד מניהו שליחות דחבריה קא עביד איני מבין מה זה שליחות עושה בענין זה בשלמא אי הוה מוקי דיהודה הוה שליח דשמעון ולוי ניחא דהוה אמרינן דמדין שליחות דהוה ליה יהודה שליח דהוה גמר ומקני דשלוחי כמותו וכמו שהציע בראשית דבריו לחלק בההיא דהרב אדרבי ז"ל אבל בפרט זה שהשליחות והשותפות הוא בין ראובן שמעון ולוי ולא נגע ולא פגע יאודה בשליחות זה כלל מה מעלה ומוריד שליחותם ושותפותם לדבר זה ואם הרב מהרש"דם הזכיר בתשובתו טעמא דשליחות היינו שהתובע היה שליח מהמשלח וטרח בדבר ואמר דיהבי לי בשכר שליחותו דהיינו דטרח ומדין פועל

כדמוכח התם דון נמי לישנא דשכר שליחותו דקאמר התם א"כ היינו שהתובע הממון היה שליח מאותו שנתחייב לו בדבר שאינו קצוב אבל שהחייב והערב יהיו שלוחים זה לזה מה יושיענו זה ואל השלישית לבי אליה אשית שכתב וז"ל איכא למימר דבה"ג דמעסקי יחד ומתרבה סחורותיו ומרויחי טובא גמרי ומקנו אהדדי וראיה לדבר כתב מהרש"דם וכו' ולדידי אחרי המחילה מתורתו אין הנדון דומה לראיה דדברי מהרש"דם לא שייכי בנד"ד וז"ל שם על כובד המכסיות ועולות ותלאות שהשתרגו על צוארי הסוחרים והתנו הסוחרים עם ראובן שכל מה שיקיל מעליהם בהשתדלותו במשך עשר שנים יקח החצי ראובן הנ' והחצי יהיה לסוחרים וכתב על זה הרב מהר"שדם ז"ל אם חל השעבוד כיון דהוי דבר שאין לו קצבה וכו' ומ"מ חייבים הסוחרים לפרוע לראובן שהרי משנה שלימה שנינו הנושא את האשה ופסקה לזונה ה' שנים הרי זה חייב וכבר נתן טעם זה הרמ"בם וא"כ הרי דהרמ"בם לאו בכל מקום קאמר דבדברים דאיכא למימר אנן סהדי דגמרי ומקנו חל השעבוד וכמו שיש להביא ראיה מתשו' שהביא מהר"יק ז"ל ואם כן יש לנו לומר שהרמ"בם ג"כ יודה בנד"ד דחייבים דאנן סהדי דכדי לקבל הנאה גדולה כזאת גמרי ומקנו ואינן נותנין משלהם כלום וכו' אבל היכא דהוי כשכר שליחותו כנד"ד וגם אינן נותנין משלהם כלום אלא מה שהיה רגילין עד עתה מרויח ונותן להם והם אינן נותנין לו דבר גמרו ומקנו וכ' ע"כ והאי המתבונן היטב בדברי הרב יראה דשלשה טעמים נתן בדבר א' שהנאה גדולה ודלא חסריה מידי למתחייב אלא שאדרבה היא מרויח כשהיה בשכר טורחו ושליחותו וכמבואר בלשון השאלה שההנאה גדולה היתה הלכת המסים לעשר שנים גם הנ' הלך טרח והשתדל בכל עוז ומצא ידו בעדם והם הרויחו ולא נתנו משלהם כלום וא"כ אם שלש אלה ימצאון שם פסק הרב דחייבים אבל דידן בנדון מנלן דרויחי טובא ואיו שכר טורח השליחות שיש בהן ואפשר דחסרי מידי ולא שקלי כלום באופן נראה לי דאין מתשובת מהרש"דם שום ראיה לנד"ד כאמור וכבר עלה שהחכם השלם בחכמתו הרמה הרגיש בחלשת הראיה ולהכי כתב ויש לנו לומר כן למעט המחלקת ולקרב הסברות באופן דלדעת הרמ"בם נד"ד דהוה דבר בלתי קצוב לא משתעבד שמעון ולוי לכל הפנים וליכא לממר דכיון דהרמ"בם בההיא דמכירה דחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דלא משתעבד נתן הטעם מפני שזה כמו מתנה ואין דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה א"כ כל שאינו דרך מתנה משתעבד וכההיא שכתב הרב מהר"שך ז"ל ליישב הקושיות שהקשה הרמ"בן על הרמב"ם ושתים הכא האחת מהא דאמרינן אין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדים וטעמא הוי מפני שאינן קצובין כדכתב הרמב"ם עצמו פכ"ה דה' מלוה דדוקא מפני תקון העולם לא גבי ממשעבדי הא מבני

חרי גבי אעפ"י שאין לו קצבה והשנית מהא דתניא בפ"ק דמציעא (דף טז) מה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום דהוי דבר שלא בא לעולם הא מה שעלתה מצודתי קנה ואע"ג דהוי דבר שאין לו קצבה ולתרץ שתי קושיות הללו כתב הרב הנ' וז"ל אבל יש לי דרך ישר בדרכי הרמ"בם כי היכי דלא תיקשי מדי ולא נצטרך כלל לדחוק וזה שכתב הרמ"בם שם באותו פרק קודם דין זה המתחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה היא ואהא קאי מאי דכתב בסמוך חייב עצמו בדבר שאינו קצוב אע"פי שקנו מידו לא נשתעבד דזה כמו מתנה היא ולא כתב הרמ"בם דין זה אלא במי שלא היה חייב כלום ונתחייב ובהא דוקא לא נשתעבד בדבר שאין לו קצבה שכן כתב שזה כמו מתנה שנראה שאם היה כמכר נשתעבד א"כ מהא דאין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדים ליכא קושיא דהתם הוא אחד שגזל קרקע ומכר לאחר וכתב לו אנא איקום ואשפי זבינה אילין ועמליהון ופירי דידהון דכיון דהוי מכר נשתעבד אפי' בדבר שאין לו קצבה וכן במה שתעלה מצודתי מכור לך וטעמא דמכירה משום דאגב זוזי גמר ומקנה ולא גרע משטרי פסיקתא ע"כ כיון שכל הטעם שפוסק כן הרי הוא מפני שטעם הרמ"בם הוא שזו כמו מתנה וא"כ כל שאינו דרך מתנה כההיא דאין מוציאין לאכילת פירות וההיא דמה שתעלה מצודתי מכור לך אינו בכלל דין הרמ"בם א"כ נד"ד נמי שאינו דרך מתנה אלא נושאין ונותנין ביחד אלו עם אלו ואפשר דאיכא רווחא לכולהו נימא דבזה לא דבר הרמ"בם הא ליתא ובדוקא היא לדידן שהרי הרמ"בם עצמו בפ"כה דה' מלוה בענין ערב שאינו דרך מתנה כתב דאינו משתעבד ולא סמכה דעתו ולא גמר ומקני א"כ אי אפשר לומר שכשכתב הרמ"בם שזה כמו מתנה מנא נשמע שכל שאינו דרך מתנה ואפי' ערבות לא מפטר שזה סותר עצמו אבל דינו של הרב מהרש"ך אמת שכל שהוא דרך מתנה לאפוקי מכר דאיכא זוזי אגב זוזי גמר ומקני ולא דבר הרמ"בם בזה אבל ערב אע"פי שאינו דרך מתנה כיון דליכא טעמא דאגב זוזי לא גמר ומקני והדרינן לכללין דכפי דעת הרמ"בם בנד"ד ולפי דעת רבותיו דבר שאינו קצוב הוא ולא משתעבד ולכך נראה לומר דיכולין לומר קים לן כהרמ"בם ורבותיו ופטורין מלשלם:

וסבור הייתי לומר חולי מדין מנהג ניתי עליהו דשמעון ולוי לחיובינהו והוא ששאלתי לסוחרים רבים ואמרו שהמנהג הוא פשוט בין הסוחרים שעושין כן ביניהם וכל פאטור ופאטור ערב למשלחים לו לקנות סחורות בעדם ולוקחים כתב יד הערב ואומר אני ערב לפלוני בעד פלוני על כל אשר ישלח בידו הן רב הן מעט ולבסוף אותו הכתב יד נידון כשטר ונפרעין מהם עד פרוטה אחרונה וכיון שכן שהמנהג הוא כן אפשר לומר דמטעם

מנהג חייבין כאשר כתב הרב מהרש"דם ז"ל בענין דומה לזה וז"ל ראובן הוציא ליטרא די קאמביו על לוי ממאה זהובים שמודה לוי שקבלם משמעון שותף ראובן לפרעם ט"ו יום לראית הכתב הנז' ותובע המאה זהובים מלוי ולוי טוען שכתב כן בחשבו לקחתם ולא לקח אלא חצים ושהוא נאמן מגו דהיה יכול לומר פרעתי וכו' תשובה ידוע המחלוקת שיש בין הפוסקים אלו אומרים דבכתב יד נאמן לומר פרעתי והללו אומרים דאינו נאמן וכפי הבראה הכא יכול הלוה לומר קים לי כמ"ד דיכול לומר פרעתי וכו' וכו' אמנם אכתי אית לן למימר דאלו כתבי קאנ"מביו הוא מנהג סוחרים והנראה בעיני כי כתב כזה פשוט ביניהם שאינו נאמן לומר פרעתי כל עוד שכתב הקנ"מביו ביד המלוה והוי כדין שטר גמור וא"כ נמצא שלוי חייב לפרוע דכיון דנטלה הסבה נטל המסובב דטעמא דלוה נאמן לא הוי אלא מגו דאי בעי לו' פרעתי היה נאמן וכיון דהכי הוי דבאלו הכתבים המנהג פשוט ביניהם שאינו יכול לומר פרעתי גם הר"יף וכל אבזריה יהיה סוברים שזה הלוה חייב לפרוע וכל שכן במנהג כזה דהוי מנהג ותיקין מכמה רברבי דסברי הכי דבכתב ידו אינו נאמן לומר פרעתי ע"כ למדנו מדבריו דהמוחזק יכול לו' קים לי כפ' ופ' שאומרים דכ"י יכול לומר פרעתי ומשום הכי נאמן אני לו' שלא לקחתי אלא חציים מגו דאי בעינא אמרנא פרעתי אפ"ה מבטלינן ליה האי קים לי כיון דמנהג הסוחרים שלא לדון פרעתי בכ"י ואזלא ליה המיגו וא"כ גם בנד"ד יאמר אומר דאפי' שמעון ולוי המוחזקים יכולין לומר קים לן כהרמ"בם ורבותיו בדבר שאינו קצוב אינו משתעבד ופוטרים עצמם בזה אפ"ה כיון דמנהג הסוחרים שדנין חיוב זה כשטר גמור ואי טוענים זאת הטענה לא מקבלי מניהו מבטלינן הקים לי וכ"ש דיש כמה גאונים סוברים דמשתעבדי כדכתב הוא ז"ל כיון דאיכא רברבי דסברי הכי וכו':

אלא דעדין יש לחלק דשאני התם דמעיקרא מציאות הליטרא דקאמביו ומשפטיה בעולם הוא תקון סוחרים וכמו שהקדים הוא בדבריו ואמר אמנם אלו כתבי קאמביו הוא מנהג סוחרים וא"כ כיון שהוא תקון סוחרים אתי מנהג סוחרים ומבטל תקון סוחרים אבל בנד"ד דאיכא שטר כדכתב השואל וזה תמצית השטר לא אמרינן דאתי מנהג ומבטל דין השטר ואע"ג דבכמה דוכתי אית לן דמנהג מבטל הלכה מיהו צריך תנאים רבים שיהיה מנהג קבוע ושהוקבע על פי ותיקין וכיוצא בזה ומי יאמר דבנד"ד איכא כל הני:

סוף דבר הרבה יגעתי למצוא לי סמך של קימא ולהסכים בדינו של החכם השלם המובהק סגן לויה הפוסק נר"ו ולא עלה בידי וגמרתי בדעתי דאי איישר חילי והיה הדבר בא לידי הייתי עושה ביניהם איזה משפט שלום זה בצוע וכמו שכתב הרב הגדול מהרי"בל בתשו' בדבר שאין לו קצבה בדף קמ"א מספרו הראשון וז"ל ובנד"ד אי נאמר

כרבא ורב מ"מ יש לומר קים לי כהרמ"בם אמנם יש להסתפק כמו שנסתפקתי. ולכן אני אומר שטוב הדבר שיכנסו ביניהם החכמים השלמים אשר שם אם יראה בעיני כבודם לפשר בניהם ואיש על מקומו יבוא בשלום ותו לא מדי ע"כל אף אני כמוהו נושק כפות רגלי תורתו זה דעתי בנד"ד שאם הדבר בא לידי פשר דבר הרעה שבפשרה לא ידע אנוש ערכה חבל לחייב את שמעון ולוי על פי הדין המזוקק לא שמיע לי ולא סבירא לי אני הצעיר יהושע רפאל בכמהר"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן כ

בע"ה דה' חזקות והסכמות.

שאלה שתי קהלות פה רודוס יש להן חזקה בקנית הזוגואלדה בהסכמה חמורה וקצת מהתנאי אשר להם הם אלו אחד כתוב וז"ל בהיות שקנית הזיגואלדה היה חזקת השתי קהלות אשר פה רודוס לכן אנחנו פרנסי ומנהיגי השתי ק"ק במעמד טובי העיר הסכמנו שלא יוכל שום אדם לא פ' ולא פ' זולתו לקנית זוגואלדה בלתי רשות פרנסי ומנהיגי השתי קהלות עוד הסכמנו שלא יורשה שום אדם לדבר לשון הרע על ענין חזקת הזוגואלדה ע"כ והנה מיום שנעשתה ההסכמה ועד עתה היו מכריזים ההסכמה בשתי קהלות והיו מעלין אותה בדמים ומי שהיה נותן יותר היו מחליטין אותה עליו ברשות פרנסי השתי ק"ק והנה יש כמה שנים כי לוקחי חזקת הזוגואלדה נעשו כלם אגודה אחת והיו לוקחים החזקה בדבר מועט וכראות יחידי הק"ק שלים יע"א את כל אשר הם עושים אמרו כי הם עשו ההסכמה זאת לתועלת הכולל למען יהיו הדמים הלקוחים כדי להקל מעליהם קצת ממשא מלך ושרים ועתה אינם רוצים למכור חלקם המגיע להם שהוא אחד מארבעה חלקים אלא הם יקחו חלקם ויקחו הק"ק גדול חלקם וכל אחד מהקהלות יחלקו אותם לאשר יכשר ביניהם ויחידי הק"ק גדול טוענים על זאת כי מתוך לשון אשר בהסכמה אינם יכולים לחלק החזקה אלא למכור אותם ביחד ואין לחלק אלא המעות הנלקחים בעבור החזקה וזה מפני שכתוב שלא יכול שום יחיד לקנות זוגואלדה בלתי רשות פרנסי הק"ק ואם היו רשאין ליטול חלקם למאי אצטריך ליטול רשות מהפרנסים אשר בשתי קהלות ולזה השיבו קצת ממתקני ההסכמה יחידי ק"ק שלום כי מה שכתוב בהסכמה שלא יוכל שום יחיד לקנות וכו' בלתי רשות וכו' היינו לענין קניית הזוגואלדה מיד הערלים המביאין אותה וכל זה כדי לחזק בדק ההסכמה ביד הב' קהלות שלא יבוא דרך משל הקהל הא' וימחול החזקה לאיש אחד ואת פי הקהל האחר לא ישאל לכן הסכימו שצריך שיהיה ברשות השתי קהלות ועל זה לאמת הענין שלוח שלח החכם

השלם נר"ו בעד הסופר אשר כתב ההסכמה לדעת מה בפיו והעיד בתורת עדות כי ההסכמה לא היתה אלא לענין קנית הזוגואלדה מן הערלים אבל בענין שימכר ביחד מעולם לא עלה על לב ועל זה שאל השואל אם רשאין הק"ק שלום לקחת חלקם הואיל כי הם נעשו אגודה אחת ומצדם בא נזק והפסד לק"ק עוד טענו הק"ק גדול כי אם יחלקו יבוא נזק והפסד בחלק הנוגע להם לפי שיש קצת אנשים סוחרים אשר הם באגודה אחת ורגילים לקחת החזקה בכל שנה ועתה הם אומרים אם יכריזו החזקה כלה נקחנה ואם לאו אין אנו רוצים לקחת אותה חלקים לפי שבהיות הזוגואלדה בהרבה מקומות נמכרת בזול ונמצא כי בא הפסד לק"ק גדול כזה ואחד מתנאי ההסכמה הוא שלא יוכל שום אדם לדבר לשון הרע על ענין חזקתה ואין לך הפסד גדול מזה ואנשי הק"ק שלום טוענים כי מה שכתוב בשטר ההסכמה היינו לענין שלא ילך שום אדם וידבר לשון הרע לאומות על מה שלוקחים ומרויחים הקהלות ככל כך מעות בחזקה ויגיע ח"ו שום נזק או הפסד מזה עוד טוענים הק"ק שלום שאם לא יהיו יכולים לחלק יעשו אותה קאבולה שכל מי שיקנה נאד אחד מזוגולאדה יתן כ"כ מעות לק"ק על הכל יבוא נא דברו הטוב ושכרו כפול ומכופל מהשמים:

תשובה הגם כי בשטר ההסכמה לא פורש לשון שותפות (והיה נראה לק"ק כדינם עם כל זה על צד היותר טוב) ומעתה הדבר תלוי בחלוק דעות הפוסקים וחלופי חלופיהן כי כת מהם סוברים דשותף אם קבע זמן אינו חולק בתוך זמנו והם הרמ"בם ז"ל וסיעתו וכת מהר סוברים שאפילו קבעו זמן יכולין להפרד כדין פועל שיכול לחזור בו בחצי היום והם רבינו ישעיה והנגררים אחריו וכלהו הני רבואתא נותנים טעם לדבריהם מההיא דא' רבא בפ' המקבל (דף קה) הנהו בי תרי דקבילו עסקא בהדי הדדי אמר חד לחבריה תא נפלוג וכו' ומסיק התם ששותף אינו חולק בתוך זמנו דלהרמ"בם וסיעתו היא הדין לשות' ולרבינו ישעיה וסיעתו מדאצטרך לאשמועינן היכא דקבילו עסקא ודאי דהיכא דעבדו שותפותא לא כמו שכתב הרב בעל נמוקי יוסף ז"ל מהכא דמוקמינן בשותפין שקבלו עסקא. מבעל הבית משמע והני בי תרי דעבדי שותפתוא אעג"ב דקבעו זמן יכולין לחלק דלא גרע מפועל דחוזר בו בחצי היום ועל האמת כוותיה דהרמ"בם פסקינן מאחר שהטור ז"ל הביא לשונו סתם וסתם כוותיה ולא פירש מי שחלק עליו ועוד דהרמ"בם והר"יף ז"ל קימי כחד סברא ואע"ג דלאו בפירוש איתמר מכללא איתמר וזה שמה שנסתבך המחלוקת בין הפוסקים על זה לאו משום דפליגי אלא שחלוף הגרסאות גרם להם שבא לחלוק כמו שכתב הר"ז הלוי ז"ל אמר רבא הני בי תרי דקבילו עסקא כן מצאתי נסחאות ולא הני בי תרי דעבוד עסקא משמע שהשטה היתה מוחלפת בחלוף

הנסחאות ולפיכך הרמ"בם ז"ל והנמשכים אחריו שהיתה נסחתם דעבוד עסקא שהם שותפין פסק שאין יכולין לחלוק כמסקנא דהתם ורבינו ישעיה וסיעתו שהיתה נסחתם דקבילו עסקא פסקו דדוקא בקבלנים אבל בשותפין לא וכיון שכן הוא וחזינן להר"יף ז"ל דתפש גרסת הרמ"בם ודאי דסבירא ליה כוותיה ואחר שהרמ"בם והרא"בד והרי"אף כלהו קיימו כחד סברא עבדינן כוותיהו כ"ש שהטור ז"ל פסק כמותם:

ברם תמהני על הרב המובהק מוהר"יק ז"ל שרצה להכריח שהתוס' והר"אש הם חלוקים על הרמ"בם ז"ל ממאי דכתבו התוס' ז"ל שם בי תרי דקבילו עסקא וכ"ת אמאי מוקי ליה הכי ולא קא' האי מאן דקביל עסקא מחבריה ויש לומר לפי שהמקבל יכול לחזור קודם הזמן דפועל יכול לחזור בחצי היום אבל בעל העסקא יכול להיות שאין יכול לחזור בו שהרי פלגא הוא מלוה ביד המקבל וגם פלגא דפקדון נתן לו זכות והשליטו להשתכר בו עד הזמן וזה לא היה שום חדוש להשמיענו שמעכב המקבל וכן פסק הר"אש ז"ל יחיד שקבל עסקא המקבל יכול לחזור בו אבל בעל העסקא לא כמו שכתבו התוס' ומכאן הוכיח הרב ז"ל וכתב ולפי זה שותפין נמי אע"פי שקבעו זמן יכולין לחזור ותמיה אני על רבינו שכתב דברי הרמ"בם סתם ולא כתב שהר"אש חלוק עליו והתוס' ע"כ ולא לבד יקשה עלי תמיהתו על הטור והכרעתו שהתוס' והר"אש הם חלוקים על הרמ"בם ללא דבר אלא שלפי סברתו התוס' רמין אהדדי ומוקשים הם מעצמם ממה שכתבו ההגהות בשם התוס' דדוקא כשנשלם זמן השותפות יחלוק אבל אם לא הגיע לא:

ולי הדיוט אין מקום לתמיהתי דדוקא התוס' והר"אש פסקי ביחיד שקבל עסקא שחוזר בו משום דפועל יכול לחזור ופועל ומקבל חדא מילתא נינהו אבל לעולם בשותפין לא קאמרי משום דטעמא דפועל יכול לחזור הינו דקא' קרא כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים והאי טעמא לא שייך בשותפין משום דכל אחד משתעבד לחברו ממונו והרי הם שוים ולאו עבדים לעבדים מקרו משום דיצא שכרו בהפסדו כמה שמשתעבד כל אחד לחברו והרי הם כאלו לא השתעבד כל אחד לחברו אלא שעבדו ממונם וכיון שכן התוס' אינם חולקים לסברת הרמ"בם ולזה סתם הטור סברתו דלא נראה לו דהתוס' והר"אש פליגי עליה ובהכי ניחא נמי שהתוס' מתורצים משני עבריהם וליכא פירכא ביניהם מהכא למה שכתוב בהגהות בשמם נקיטינן מהכא שהשותפין שהתנו ביניהם זמן קצוב לעמוד בשותפות אין יכולין להפרד אחד בלא רצון חברו כדכתב הרמ"בם:

אפס כי בנדון דידן שכפי הצעת השואל יש נזק והפסד בדבר אין ספק דאם אפילו קבעו זמן יכול לחלוק על כרחו של חברו מהא דאשכחן בפ' הגוזל בתרא (דף קטז) תנו רבנן שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד עליה גייס לטרפה ועמד אחד והציל הציל לאמצע

ואם אמר לעצמי אני אני מציל הציל לעצמו היכא דמי אלימא דיכולין להציל אפי' סיפא נמי לאמצע ואי באין יכולין להציל אפי' רישא נמי לעצמו אמר רמי בר חמא בשותף עסקינן וכגון זה שותף חולק שלא לדעת חברו אמר אין לא אמר לא ופי' רש"י וה"רן כגון זה במקום אבוד שותף חולק שלא לדעת חברו אפי' לא ירצה חברו והר"יף וכל הפוסקים פסקו הלכה כרמי בר חמא הרי לנו בהדיא שבמקום שיש אבוד או הפסד שותף חולק שלא ירצה חברו וכן נראה מדברי הר"יף ז"ל שכתב על ההיא מימרא דרבא וקא' ועוד דלא אמר רבא דאית ליה למימר הכי אלא היכא דידיע מילתא לפום מנהגא דאי שביק ליה מתוסף ביה רווחא אבל היכא דידיעא מילתא לפום מנהגא דאי שביק לא מתוסף מדי וכ"ש היכא דאיכא פסידא לא ע"כ וכן פסק מה"רם ז"ל בשתי תשובות דקלקול החובות הביאם גם המרדכי ז"ל שם הלכה למעשה כללו של דבר דבנדון כי הכא דאיכא פסידא ודאי חולק אפי' שלא ירצה שותפו:

ואין לאומר שיאמר שזה שאמר בהגוזל ומה שפסק מה"רם ז"ל והר"יף ז"ל היינו היכא דאיכא פסידא ממש משלו כי ההיא דשיירא אבל בנדון זה דליכא פסידא ממש אלא שעד עתה היו מרויחים מאד ועכשו אינו כל כך לא חשבינן ליה פסידא דאנן סהדי דאפי' מעקרא אם היו יודעים שלא ירויחו כ"כ היו מתרצין להסכים יחד שהרי זה ימים הנהיגו השותפות והיה להם מגיע הראוי וכבר נעשה להם קרן גמור ועכשו שהם מאבדים אותו חשיבא ליה פסידא ממש וראיה לדבר ממה שכתב מהר"ם ז"ל בתשובו' דשייכי לספר קנין אשר שאלת בעניני המס שהורגלו היהודים בכל מלכות המלך לתת מס בשותפות וכן נהגו זה כמה שנים והנה אחר כך נתן המלך קצת עיירות לבנו ואינו לוקח מס מאותם היהודים הדרים בעיירות בנו ועתה תובעים הקהלות מס מאותם היהודים כיון שהיו בשותפות לתת כמשפט הראשון נ"ל שאם נסתלק המלך מאותם העיירות לית דין ולית דיין שאין להכריח יושבי עיירות האלו לתת מס עם יושבי מלכות המלך דטובא אשכחן דהיכא דאיכא פסידא שותף חולק אפילו לא לא ירצה חברו ע"כ הנה לפנינו דבאותו מעשה שהביא מהר"ם ז"ל לא היתה פסידא ממש אלא חסרון ריוח שהרי כבר הורגלו לתת מס ואינו אלא שהיו רוצים להרויח המסים ואפילו כן חשיב ליה פסידא וכן נמי בנדון זה כיון דאית ליה פסידא מצו מחלקי וגם הטענה שטענו הק"ק גדול שאם יחלקו אית להו פסידא גם זו אינה טענה שהרי באותה שנשאל מהר"ם איכא פסידא לקהלות שצריך שיתנו הם כל המס ואפי' הכי פסק דחולק כ"ש וק"ו שמצדם בא ההפסד שנעשו אגודה אחת ככתוב בלשון השאלה **ואף** כי שבועה גדולה יש ביניהם הוו להו כנדרי שגגות דאזלינן בתר אומדנא דנודר כמו שכתב הרש"בא בתשובה הביאה הרב

מהר"יק ז"ל בטור ח"מ וב"יד סי' רע"ד מי ששדך בתו לשמעון ובשבועה ובנדר קבעו זמן וקלקל המשודך מעשיו אין אבי הבת חייב לקיים שבועתו לתתה לו כדא' במרובה לא נתכוונה זו אלא להגון לה וכן כתב הרא"ש ז"ל בתשובה על מי ששדך בנו לבת שמעון והתנו ביניהם שכל מי שיעבור קביעות הזמן אשר קבעו ביניהם יתן לחברו סך מעות לקנס וזה היה בשבועה חמורה ובתוך הזמן נשתמדה אחות המשודכת שהדין עם אבי הבן הע"פי שלא פירש בשעת התנאי שום דבר כיון שאונס גדול כזה אירע אנן סהדי שאם היה יודע זה מעיקרא לא היה משדך בנו והוי כאלו התנה מעיקרא בשעת מעשה ע"כ וגדולה מזה כתב הר"אש ז"ל בתשובה ג"כ מכוונת יותר לדין שאנו בו על ראובן ששדך בתו לשמעון בשבועה וחרם ונדר לו לתת כ"כ נדונייא והיה לו לראובן חובות בשעת השדוכין ועליהן סמך וכעת נתקלקלו החובות אם יקרא עובר על שבועתו ויהיה מוכרח למכור ביתו ומטלטליו לקיים השבועה או לאו והשיב אע"פי שאם ימכור ביתו ומטלטליו יקיים שבועתו עם כל זה פטור דאדעתא דהכי לא נשבע ללון ברחוב ע"כ הרי לנו נתבאר בביאור שאע"פי שהיה יכול לקיים שבועתו כיון דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשבע פטור אם כן גם פה בנדון דידן דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשבעו יחידי ק"ק שלום נקיים משבועתם וכן דעת מהרי"ק ז"ל בשרש י"ז וכן כתב מהר"יק ז"ל בה' שבועות ובה' נדרים סי' רכ"ח על תשובה שכתוב במרדכי דשבועות איש ואשה שקבלו עליהם חרם הקהלות וכו' י"ש ומהרש"דם ז"ל בשלשה או ארבעה מקומות פסק כן בפרט בסי' ק"ד ובשאלה קכ"ג בענין האדרות ע"ש:

ואין לבעל דין מקום לחלוק ממה שכתב הרמ"בם ז"ל בה' שבועות מי שנשבע ואמר שבועה שלא אוכל היום ועל דעתיכם אני נשבע אין זה יכול לומר כך וכך היה בלבי שלא נשבע זה על דעתו אלא על דעת אחרים וכיון שהיה פיו ולבו שוים שנשבע על דעתם חייב שלבם של אלו כלבו והכא נמי חייבים דנדרו על דעת אחרים. דהתם ליכא אומדנא דיכול להיות שאדם נשבע לבלתי אכול היום ולפיכך כשתלה על דעת אחרים לאו כל כמיניה אבל הכא דאיכא אומדנא דמוכח אמדינן דעתיהו דלא תלו בדעת אחרים אדעתא דלהוי להו פסידא וראיה לזה מתשובת הר"אש ז"ל שהבאתי לעיל שנשבע על דעת חברו ואפי' הכי סמכינן אאומדנא:

פסקן של דברים שהק"ק שלום יכולין להפרד בענין חזקת הזוגואלדה כיון דאיכא הפסד בדבר ואין כאן נדר אין כאן שבועה ובטל הנדר ובטל השבועה מעקרם ואף כי היינו יכולין לומר דמעקרא לא הוה חל השותפות מן הטענות אשר טענו יחידי ק"ק שלום כי טובות הנה ולא היינו צריכין לזה עם כל זה על צד היותר טוב סדרנו טענות הק"ק גדול

שאפי' מטענותם לאו כל כמנייהו וזה פשוט בעיני הנה נא ערכתי מלים חלולים חלולים לא מעלים ולא מורידין לענין הדין ויהיו דברי אלה כתב העשוי להתלמד אל מול פני פניני הוד והדר הרבנים המובהקים להוציא דין אמת לאמתו כי להם משפט הגאולה הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יהושע בכמה"רר ישראל בנבנשתי זללה"ה

הנה נא ערכתי משפט שאלה זו בפני עצמה בעת שהושאלה ממני השואל ועתה פעם שנית הניפותי ידי ופניתי אני אל דברי הידיד מלא חכמה וכליל יופי הפוסק החכם נר"ו ומה מתקו לחכי אמרותיו ובחלוק דברי התוס' וחילק בין פועל למקבל עסקא דעתי מכרעת למה שיפה דק ולנפש ינעם הצעיר יוסף בכמה"ר משה מטראני זלה"ה.

סימן כא

להרב יהודה אלגאזי יצ"ו. השע"ו.

שאלה ראובן מת והשאיר אחריו שני בנים קטנים וקרקעות ושמעון חמיו נעשה אפוטרופוס שלהם ומשגיח בנכסיהם ומכר ללוי קרקע אחד מול"קי שהיה להם מעזבון אביהם ונעשה ערב זא"ראריינה והחזיק הקונה לוי בקרקע כהלכה ויהי כי ארכו הימים מת לוי הקונה והניח בן יורש קטן ואח"כ מת שמעון חמיו של ראובן הנ' וקמו יתמי ראובן לערער על המול"קי הנ' באמרם שהיה של אביהם ובן לוי השיב ששמעון זקנם מכרו לאביו והחזיק בו ובני ראובן אומרים שמי נתן כח לזקנם למוכרו שהנה לא היה אפוטרופוס לא מפאת אביו ולא מכח בית דין והעד שאין לו כתב אפוטרופסות מב"ד קהלם כמנהג עתה יורנו אם יכולין בני ראובן לקחת הקרקע מבן לוי הקונה בטענתם שלא היה אפוטרופוס ולא יש לו כתב אפוטרופוסת ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

ידיד ה' גם בני איש נחמד להשכיל החכם המעלה כהר' וכו' את קולך שמעתי שואל כענין על דבר הריב אשר בינך ובין האחים הנ' ואנא לא מחכמה די איתי בי חפצתי צדקך לולא לעשות רצונך חפצתי להרצות דברי אלה לפני מעלת קדושים הרבנים המובהקים היושבים ראשונים במלכות ההוראה ומלפניהם משפט יצא כנגה צדקם ומניהו תסתיים שמעתתא וזה החלי. הלכה רווחת היא דטענינן ליורש כאו' ששנינו בפ' חזקת **(ב"ב דף מא.)** הבא מחמת ירושה אין צריך טענה וכתב רש"י והר"ן ז"ל שאפי' אינו יודע לטעון ברי לומר אבי קנה ממך אלא מביא ראיה שאביו דר בו יום א' והוא החזיק שלש שנים סגי דכ"הג הוא טענינן ליורש וזו היא הסכמת הפוסקים חדשים גם ישנים:

איברא דאין זה ענין לכדרכנו ולא זה הדרך לנדון שלפנינו דהתם דוקא הוא כשהלוקח הוא יורש והמערער הוא טוען שהקרקע שלו אבל בענין כזה שהמערער טוען של אביו

היתה והוא היא קטן ולכך לא מחה הדין נותן דטענתיה טענה וכדאשכחן בפ' המפקיד (דף לט) א"ר הונא אין מורידין קרוב לנכסי קטן אמר רבא ש"מ מהא דרב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל וכן כתבו הר"יף ורמ"בם והטור ז"ל **ברם** דבהא איכא פלוגתא דרבואתא יש מהם סוברים דאפי' אחר שהגדיל החזיק המחזיק שלש שנים ליה לן בה אחר שהיה קטן בתחלה והם רש"י והרא"בד והנוהגים אחריהם וכת מהם סוברים דאם החזיק שלש שנים רצופים אחר שהגדיל בהא אין סברא לו' דלאו חזקה היה אלא בהא עסקינן כשהחזיק שנה אחת בימי האב והוא היה קטן ואחר מות אביו החזיק שני שנים או בהפך ההוא לאו חזקה מקרי והם הרמ"בם והרב ן' מגאש והנגררים אחריהם וכתב ה"ה ולכלם אין הכרח מהגמ' ומעתה אם באנו לתפוס כדעת הרמ"בם וסיעתו עלה בידנו דבנד"ד אחר שהחזיק היורש שלשה שנים אחר שהגדיל מהני אותה חזקה ואם באנו להכריע כסברת רש"י ז"ל ולהקתו אין החזקה מועלת כלום:

ולדידי חזי לי לתפוש כשטת הרמ"בם מהכרח נולד לי מהגמ' מאותה ששנינו באשה שנתארמלה (דף טו) ומודה ר' יהושע באומר לחברו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו שהוא נאמן שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואם יש עדים שהוא של אביו והוא אומר לקחתיה ממנו אינו נאמן ואמרינן עלה בגמ' וליתני מודה ר' יהושע באו' לחברו שדה זו שלך היתה ולקחתיה ממך משום דקא בעי למתנא סיפא אם יש עדים שהיה שלו והוא אומר לקחתיה ממנו אינו נאמן היכי דמי אי דאכלה שני חזקה אמאי לא מהימן ואי דלא אכלה שני חזקה פשי' דאינו נאמן בשלמא גבי אביו משכחת לה כגון שאכלה שנים בחיי האב וא' בחיי הבן וכדרב הונא דאר"ב הונא אין מחזיקין בנכסי קטן ואפי' הגדיל ע"כ ואם איתא דאין מחזיקין בנכסי קטן אפי' אחר שהגדיל ג' שנים שלימות לשמעינן רבותא דמשכחת לה כשהחזיק האב והחזיק הבן שלש שנים חזקה מעליא ואפי' הכי אינה חזקה כיון שהתחיל להחזיק בעודו קטן לפי סברתם ואמאי קא' משכחת לה וכו' דמשמע דבענין אחר לא משכח אלא ודאי מהך נר' לו' כסברת הרמ"בם שפי' דהא דאין מחזיקין ואפי' הגדיל ר"ל אכלה בפניו כשהוא קטן שנה ושתים אחר שהגדיל אין זה כלום עד שלש שנים רצופים אחר שהגדיל כמו שכתב בה' טוען פ"ד ואתי שפיר מ"שא בגמ' שתים בימי האב שר"ל כשהיה קטן כמו שהכרחו התוס' שם ע"ש ואחת בחיי בנו דהוי חזקה קטועה אבל כשהחזיק שלש שנים רצופים חזקה מעליא הוא:

ותו נר' להכריח כסברת הרמ"בם מדיוקא דלישנא דאם איתא כדברי רש"י והרא"בד היה לו לומר ואפי' אחר שהגדיל או משהגדיל דהיה ר"ל אחר שהגדיל היו הג' שנים רצופים אבל באו' ואפי' הגדיל ר"ל ואפילו הגדיל תוך שני החזקה לאו חזקה היא:

אפס כי עדין אנו צריכין לפשטת הרמ"בם לישב מה שהקשה הנמקי ז"ל בפ' המפקיד וז"ל והא דשמעינן הכי מרב הונא היינו מדלא הקפיד אלא בקרוב ומטעמא דאמרן משמע הא ברחוק לא חיישינן שיוכל לטעון חזקה לעולם שא"ת דאית ליה חזקה לעולם אכתי קשיא היאך מורידין רחוק לנכסי קטן ליחוש שמא יחזיק שם ג' שנים משיגדיל אלא ודאי אין לו חזקה לעולם ע"כ והן הם דברי הרי"בש בתשו' שע"ה אם כן לפי דרך זה דיש חזקה לאחר שלש שנים היכי מפיק מדרב הונא ליחוש שמא יחזיק שלש שנים:

ואצלי אין מקום לתמיהתם דמעיקרא זו היה חששא רחוקה דאי משום דא' אין מורידין קרוב לנכסי קטן משמע הא רחוק מורידין תופוק ליה לאפוטרופוס וכההיא דתנן בפ' חזקת **(ב"ב דף מב.)** השותפין והאפוטרופין אין להם חזקה אבל בעלמא אם יבוא אדם ויחזיק אמאי אין חזקתו חזקה אבל עכ"ז גזרו כן שלא יבוא אחד מן השוק ויחזיק שתי שנים בעודו קטן ואחד בעודו גדול לכך גזרו כן אבל שלשה שנים רצופין אחר שהגדיל הא לא גזרינן דודאי שמע ליה ומחל להיפך אמר דוקא שהגדיל בתוך שני החזקה ותו לא. אמור מעתה דסברת הרמ"בם יותר קרובה אל הסברא כפי מה שא' בגמ' בפרט שהרב הלוי ן' מיגש סבר כותיה וכיון שכן בנד"ז שהחזיק כל שני החזקה בעודו גדול אפי' נאמר שהאפוטרופוס לא מנוהו בית דין ולא עזבו אביו מימיו מאחר שהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל חזקתו חזקה מעליא היה:

ולרוחא דמלתא נ"ל דאפי' כל הני אשלי רברבי דפליגו אהרמ"בם מודים בהאי עובדא לאשר חזקת בן לוי הקונה דמ"ש דלא מהני חזקה בנכסי קטן ואפי' שהגדיל וכו' היינו כשהחזיק המחזיק ובא הקטן וערער עליו והמחזיק עודנו בחיים חייתו דב"הג אמרינן אין מחזיקין אבל אם מת המחזיק ונשאר לו בן יורש כי הכא קטן ודאי דכי היכי דנאמר טענינן ליתמי נימא ודאי טענינן ליורש שמא אביו קנאה ממנו לאחר שהגדיל. וראיה לזה מהגאון רב האי ז"ל שהוא ראש החולקים על הרמ"בם וסברתו כמו שכתב הטור סי' ק"מו וז"ל אם החזיק בו כמה שנים אחר שהגדיל אינה חזקה לעולם מאחר שירד שם בעודו קטן ואפ"ה כתב אח"כ אבל היכא דהחזיק האב בפני הקטן לאחר שגדל ומת בנו) יכול לטעון אולי חזר אביו וקנאה לאחר שגדל וזהו בכלל טוענין ליורש הרי א"כ שאפי' שהגאון ראש החולקים על סברת הרמ"בם עכ"ז כשהמחזיק מת טענינן ליורש והכא נמי בנדון דידן דמת המחזיק והחזיק בנו אח"כ חזקתו חזקה:

וכ"ש אם בשטר המכירה שמכר שמעון זקנם של יתומים כתוב איך פ' בן פ' אפוטרופוס יתמי פ' מכר קרקע פ' לפ' והם מנכסי פ' דבהא ודאי מוסכם דמהני מכירתו אפי' היתומים או' שלא היה אפוטרופוס ואע"פי שאין בידו כתב אפוטרופוס מב"ד לפי

שהעדים שמעידים על המכירה מסהדי נמי היות אמת אפוטרופוסותו וכמו שכתב הרב מהרי"בל בס"א סע"ח דעדים אכולי שטרא קא מסהדי בענין כזה דומה בדומה ואחר שהביא סברת הרשב"א וה"רן כתב סוף דבר מדבריהם אני למד דאפי' היתומים טוענין שהוא לא היה אפוטרופוס עם כל זה מכירתו מכר דעדים אכולי שטרא קא מסהדי וממכרו ממכר מלבד הטעם הראשון:

ובר מן דין נ"ל שהחזקה היא מעליא כיון ששמעון זקנם של יתומי היה נושא ונותן בנכסיהם ומשגיח בפרטיהם והם סמוכין אצלו וכההיא דתנן (גטין דף נ"ב.) יתומים שסמכו וכו' וכתב רש"י אע"פי שלא נתמנה חשיבא ליה כאפוטרופוס גמור וכדאיתא בגמ' שם בההיא עובדא דהנהו יתמי דהוו סמיכי גבי ההיא סבתא וכו' וכן כתב הר"אש כלל פ"ח ע"ש ואפי' שהן קטנים ולא הגיעו עדין לט' שנים מכרו מכר דההיא סברה דהר"מה **(הובא בטור חו"מ סימן ר"צו.)** דחו אותה כל הפוסקים והר"אש כתב ולא מסתבר לחלק בין קטנים לקטנים הכלל העולה דבן לוי זה זוכה במקחו וחזקתו חזקה ויהיו בני באופן יגעם לסבל כיון שהאפוטרופוס מכר לאביו הקרקע הנ' כ"ש בצרוף הטעמים שזכרנו ומה שעשה עשוי. ואתה אחי יקר מחכמה מכבוד זכה במקחך כי מה' היתה לך הבית וכל גבולו סביב והמטים עקלקלותם רוח על פניהם יחלוף ופעלם מאפע. הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר יהושע בנבנשתי.

דברי החכם הפוסק טובים וישרים לעיני כל רואיהם ולענין דינא אין ספק כיון שבן לוי הקונה החזיק שלש שנים ודאי ידעו היורשים ומחלו ולא מחו בידו ועוד דמי יאמר לנו שלא נתפשר לוי עמהם וחזר וקנאה כאשר כתב החכם גדול בשם רב האי ז"ל. הצעיר משה משלם הלוי

ראיתי אשר כתב החכם הותיק הפוסק נר"ו ומה מתקו דבריו לענין דינא בפרט עשה לו סמוכות מהחכם השלם מר קשישא הרב הלוי וכו' אלא להפצרת השואל לא יתנני השב רוחי כתבתי וחתמתי שמי. שמואל ו' ויליייסיד.

סימן כב

חזקה.

שאלה ראובן היה לו חנות אחת ומכרה לתוגר אחד ולא לקחה ממנו בשכירות אחר שמכרה אלא התוגר עצמו היה נושא ונותן בחנות הנז' ובהמשך ששה או שבעה חדשים מת התוגר ההוא ובנים לא היו לו ונשארה החנות ההיא לבאקוף כנימוס שלהם ובעת ובעונה ההיא המותיב"ילי של הואקיף לא היה בעיר ואחרי מות התוגר ההיא הלך ראובן

הנז' למקום שהמותיבילי שם לראות אם יוכל לקנות המתבאקוף כפי דבריו עכשיו אבל לא פרסם בעיר שהליכתו היא למען זאת ובין הזמן ההוא הויקיל של המתיבלי אשר הניחו במקומו והוא כמותו הוציא החנות הנז' במיזאט למכרה דרך מהלול ויצאו עליה קונים תוגרמים שנים או שלשה והעלוה עד סך מה וכשראה שמעון שהחנות היתה נחלטת לתוגרמים העלה החנות על מה שנתנו התוגרמים דבר מה ולקחה מיד הויקיל אז בא חתנו של ראובן והתרה את שמעון בפני ב"ד שלא יקנה החנות הנז' מפני שהיא חזקת חמיו הנז' ושעל זה שם חמיו לדרך פעמיו ללכת להמקום שהמותיבילי שם לשוב לקחתה כי המותיבילי אוהבו הוא ומכירו הוא לשעבר ועכשו יעשה לו יתרון למכרה לו בדמים מועטים והשיב שמעון כי לחשבון טוב הוא יקנה אותה לבלתי יקחוה תוגרמים ובבוא חמיו יחדו למשפט יקרבו ויש לשמעון טענות שבעבורם יזכה בקנית החנות ואם לא יזכה בקנייתה אז יחזיר לו החנות או יפרע לו דמי חזקתו כפי מה שיגזרו עליו בדין התורה וביני ביני נתמצעו ביניהם אנשים וחשך עצמו שמעון מקניית החנות ונסתלק ממנה ואח"כ קנאה ראובן מהמותיבילי בסך מה ונשארה החנות לראובן הנ' למקנה גמורה. ויהי כאשר בא ראובן בעיר שהחנות שם תבע את שמעון ואמר לו שהחנות היה חזקתו מקודם והוא כבר היה לוקחה מן המותיבילי בסך חמש מאות גרוש' בהחלט וכאשר כתב הויקיל ששמעון היה קונה אותו בשבע מאות אמר לו המותיבילי לראובן דמעלין בבאקיף ואין מורידין עד שהוכרח ראובן לקנותה גם הוא בשבע מאות ונמצא שגרם לו נזק מאתים גרוש' ותובע אותם ממנו כי הוא היה הגורם ושמעון טוען כי אין חזקה לראובן בחנות ההוא כיון שלא קבלה עליו בשכירות ויש הסכמות בעיר ולא פורש שם שכל מי שימכור קרקע ולא יקחהו מהתוגר בשכירות שיש לו חזקה ואם שימצא בפי ההמוניים שכן הוא המנהג אין ראיה לזה כל שלא הוקבע עפ"י ותיקין ולא בכתב בתוך ההסכמות וא"תל שיתאמת זה המנהג במכירת קרקע נאמר שיש חלוק במה"לול ואף אם ת"ל שאפי' במה"לול הוא חזקתו כיון שלא היה בעיר יכול היה לקנותה בלתי רשותו שבמה"לול אין ממתינין אותו אלא נחלטת מיד והיו תוגרמים לוקחים את החנות ולכך קדם שמעון ובדעתו של שמעון היה שאם יתברר שהחנות חזקת ראובן יחזירוה לו או יתן לו דמי חזקתו עתה יורנו המורה הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה האדם יראה לעינים ששמעון בטענתו דינא קא בעי שמאחר שדבר זה לא פורש בהסכמות מה יעשו לו אטו אנן ניקום ונגזור גזרה לגזרה לדון במוחשים בלתי מוחשים והלא הרב מה"רר דוד נעמאש ז"ל בתשו' מהר"ם סי' קמ"ז אפי' בהסכמות קוסט' שכתוב שמוכר ביתו לגוי חזקת המקום לו תהיה אם יקבלנו עליו בשכירות אבל זהו מכרה

לחלוטין והתנו עמו להריקו ולא יקבל עליו כל הקודם זכה דמשמע מדיוקא דהיכא דצריך לפרש שלחלוטין מכר הא בסתם אבד חזקתו אפ"ה כתב נ"ל שאם מכר סתם ולא התנו דאבד חזקתו כיון שלא פירש בהדיא מוכר סתם כ"ש בנד"ז דאין משמעות כלל למוכר סתם ואי הרב מהר"אש נסתפק שם בלשון ההסכמה הוא מפני דיוקא דסיפא דאמר לחלוטין ויתנה עמו להריקו אבל בנד"ד דלא כתוב לישנא דמשתמע לסתם נמי פשיטא דאין לכלול בה מה שלא נכתב בפועל ועם שבפי המוניים ושיחת דקלים כשיחתם הקלה אשגרת לשון הוא שכך הוא המנהג לא מפיהם אנו חיים כיון שאין מנהג זה גלוי וידוע קבוע על פי ותיקין כאשר הושם השורש אצלנו מגדולי הפוסקים דברים המצודקים והדברים עתיקים:

והרי גדולה מזו כתב הרב מהרי"בל ז"ל בתשו' ח"ב סי' פ' וז"ל נדרשתי לאשר שאלוני כי לא פורש בהסכמות החזקות כשיהודי אחד מוכר המולקי שיש לו לגוי ואינו שוכרו ממי שקנאו והגוי הקונה רוצה להשכירו ליהודי אחר אם יוכל להכנס באותו החצר או אם נאמר שמי שמוכר המולקי עדין ישנה לו זכות בחזקת אותו המולקי לפי שלפעמים מוכרים המולקי בפחות משווין כדי שישאר להם זכות החזקה אברא דמסתברא דלא נשאר שום זכות ליהודי המוכר המולקי שלו לתוגר דמאי דהתקינו מתקני ההסכמות היינו שאם יהודי מחזיק בבית או בחצר שלא יוכל שום אדם להשיג גבולו ולהכנס באותו הבית והחצר אבל זה האיש שמכר הבית או החצר כבר נסתלק ממנו ומה לו עוד באותו בית או באותה חצר והרשות נתונה לכל אדם להכנס בו וזה ימים בא מעשה לידי בחברת רב מובהק מרבני קוסטאנדינא במי שמכר בתים לתוגר והיה רוצה לזכות בחזקה וראינו עדויות כתובים וחתומים איך נהגו בקוסט' שכל מי שמוכר מו"לקי לתוגר שזכות החזקה נשארה למוכר ולא יוכל שום יהודי להכנס באותו המלקי אם לא ברשות המוכר שזכות החזקה נשארה למוכר וצריך לעיין אם יש כח במנהג כזה כיון שלא פירש בהסכמות החזקות ולא נכתב וכמו שכתב הר"אש בתשו' וז"ל וכו' מדבריו שאין כח במנהג להפקיע ממון ליטול מזה וליתן לזה כמו שהאריך שם ע"ש והלא דברים ק"ו לנד"ד אם בנדון ההיא שהיו עדויות כתובים וחתומים שכך היה המנהג לא נהירא לרב ז"ל לקים המנהג כ"ש וק"ו בנד"ד דדברים בעלמא הוא שאומרים ההמונים לאו כל כמיניהו אפי' שיעידו בתורת עדות גמורה ואע"פי שהרב מהרי"בל שם מגמגם לומר שמא עובדא דהר"אש הוא במנהג שנתקבל בטעות וכמו שהרחיב שם מ"מ בחתום דבריו סבר וקביל למסקנא גמורה דכיון דלהרי"בש והרמ"בן לא מהני המנהג אין ולאו ורפיא בידיה וגם שבסאלוניקי נהגו כן אע"פי שלא פורש בהסכמות אפשר שקבלה היה בידם מרבנים

אחרים שתקנו ההסכמות המנהג הזה איברא דאופן הוא בנד"ד הוה צריך לאודועי כיון דכתבינן דהוה מסתברה לן דלא נשאר זכות בחזקה למי שמכר המל"קי וכדכתבינן עכ"ל התבאר בפירוש דלמסקנא גמורה נקיט דכל דלא ידעינן שקבלו כן מהרבנים האחרים מתקני ההסכמות שכך היה התקון לא מהני המנהג ואפי' בעדות ברורה שהוקבע מנהג זה דון מנה מק"ו בנד"ד דאין חזקה לראובן המוכר הזכות ושמעון אם בא לקנותה ברשות קא נחית:

ואע"גב דהרב מהר"דך בתשו' סוף סי' ל"ב כתב וז"ל כללא דמלתא דבהסכמות ובתקנות אמדינן דעתא בין להוציא ממשמעות ההסכמה והתקנה מה שיראה לנו בין להכניס ולהוסיף על התקנה מה שלא נפרש בו והרי הוא כמותרה ועומד שם ע"כ דמשמע דמה שלא נכתב בפירוש אינו מעלה ומוריד וכל דאיכא להוסיף באומדנא מוסיפין ואפי' שהרב הרי"בל ז"ל כתב שם לענין אחר דבר זה הוא מחלוקת מה"רם והר"אש תלמידו של מה"רם דמר סבר דאין כח באומדנא להוסיף על התקנה ומר סבר דיש כח להוסיף עכ"ז מסיק במסקנא דכיון שהם סברות חלוקות המנהג עיקר ואם נהגו בעיר הזאת שהקונה בית מתוגר שהיה מחזיק בו היהודי שהיה פורע למחזיק דמי החזקה אזלינן בתר מנהגא ואע"גב דאמרינן דאין כח במנהג להפקיע ממון של זה וליתן לזה הכא דאיכא סברות חלוקות מלתא דפשיטא היא דאזלינן בתר מנהגא ע"כ באופן דס"ל לרב מהרי"בל דמוסיפין על התקנות בדאיכא מנהג וא"כ יאמר אומר דבנד"ד לכ"ע וכ"ש למהר"דך דמוסיפין כיון דא דאיכא אומדן דעתא שפעמים מוכר אדם קרקעו בפחות משוויו כדי שתשאר לו החזקה וכמו שהציע מוהרי"בל בתחלת תשו' הנ' אלא יצויר שיעידו עדים שהמנהג כך אזלינן בתר מנהגא כבר חלוק על זה מהר"יט כפי מ"ש הרש"דם בסי' הנז' וכתב שהסכים ידו גם הרב מה"רי בי רב בתשו' ע"ש ובשם ה"ה ג"כ כתב שהסכים לזה ע"ש ברם כיון שבתקנות אלו יש חרמות ושבועות ואפי' שנאמר שהוא פלוגתא הוה ליה ספיקא דדינא וכל ספק חרם להחמיר צריכין אנו לחוש לרבוותא דאמרי דמוסיפין עליהם והם הר"דך ז"ל ונאמר דאף לדעת הר"דך אמינא דלא דמי נד"ד להההיא דהרב מהר"דך ז"ל דבשלמא בנדון מהרד"ך ראינו דההסכמות הוא בשכירות והמעשה הוא במשכנתא וקאמר הרב ז"ל דמשכנתא הוי שכירות ממש וכמו שכתב שם וז"ל בנד"ד משכנתא הוא צד מצדדי חזקה שיש לה שכינות דנימא כולה חדא גזירה וכשתקנו על זה תקנו על זה כ"ש וק"ו דיש לדמותו למאי דגזרינן גזרה לגזרה דהא בהא תליא ואי לא הא לא קימא הא וכו' יע"ש שנראה בהדיא דדוקא באומדנא כי הך דזה דומה לזה ממש או זה תלוי בזה ממש דטעם אחד להם בכי האי גונא הוא דאמרינן דבאומדנא יש להוסיף

בהסכמה וכן נמי ההיא דמהרי"בל ז"ל ההסכמה היא ששום יהודי לא יכול לשכור בית שמחזיק בו יהודי והמעשה הוא בקונה בית שיהודי מחזיק בו אי מדמינן מכר לשכירות אי לאו וקאמר הרב ז"ל דכולא חדא מילתא דמחמת האומדנא אית לן למימר דמה לי שכירות ומה לי קניה בשניהם הוא מסיג גבול רעהו ומוציא את חבירו מביתו ומנוחתו ואומדנא דמוכח הוא דהרבנים המתקנים ההסכמה על שניהם נתכוונו דמכדי שקולים הם ויבואו שניהם כמו שהאריך שם ועוד כתב שם אבל בנד"ד אע"גב דלא כתבו מתקני ההסכמות אנא שכירות הוה ליה כאלו הוציאו מפיהם קניה ממש כיון דשקולים הם ויבאו שניהם וטעמא דשייך בשכירות שייך במשכנתא ובמאי דתקנו וכתבו ששום יהודי לא ישבור בית שמחזיק בו יהודי יש במשמע קניה נמי דחד טעמא אית להו ושקולים הם ויבואו שניהם וכדכתבינן עכ"ד ונתבאר מהם דבענין כזה דהאומדנא מוכחת דנכלל דבר זה בתוך ההסכמה כיון דטעמא חדא להו ואמרינן זיל בתר טעמא בההוא דוקא אמרינן דמכח האומדנא יש להוסיף על ההסכמה דומיא דההיא דמהר"דך נמי דכולא חדא גזרה היא או באה מכח זו דהרי הוא כאלו כתוב אבל כשאין האומדנא מוכחת בפירוש כי נד"ד דלא כתיבא בהסכמות אלא זה הלשון מי שירצה לקחת בית או חנות או חצר או חנות מגוי ויש לשום יהודי אחר חזקה מקודם דוקא דהחזיק בו או שהעלם עליו בשכירות או שהיה התנאי ואיכא ליה מדי דחזקה אבל כשמכר ואין לו חזקה לא יחוייב הלוקח אותו וכמו שכתב הרב מהרי"בל ז"ל באותה תשובה והזכרנו דבריו לעיל דמאי דהתקינו הוא כשהיא מחזיק וכו' כבר נסתלק ומה יש לו עוד באותו בית והרשות נתונה לכל אדם ליכנס שם ע"כ בכי הא ודאי לא אמרינן שנוסיף על ההסכמה אין לנו בו אלא חידושו והבו דלא לוסיף עלה וכמ"ש הרב מהרש"דם בתשו' השייכות בח"מ סי' ר"פו וז"ל ומעתה יש לנו לדעת שהסכמות החזקות הם תקנות שתקנו האחרונים קדושים אשר בארץ המה ואין לנו אלא חדושן והבו דלא לוסיף עלה ומה שהטען הוא לשון ההסכמה שכתב וז"ל עוד הסכימו וכו' ומצאן טעו וחשבו כי זמן ההודעה בסתם ח' ימים ויש לדקדק למעיין וכו' וכו' ע"כ נראה בהדיא דאפי' דהיה להם קצת מקום התלות בלשון ההסכמה ולטעון בפירושו אפ"ה כתב הבו דלא לוסיף עליו והיינו טעמא דליכא אומדנא דמוכח ומטעם זה כתב הרש"בץ בתשו' והביאו הרב ב"י טור י"ד סי' ריח והרש"דם סי' רכ"ח וז"ל מי שנשבע שלא יעשה יין למכרו ליהודי ולא לערל מפני שהעלילו עליו שמכר לישמעאלים ויש לו עכשו יין שהתחיל להקריש ועשאו קודם שנשבע נראה שאסור למכרו אע"פי שנשבע שלא יעשה וזה היה עשוי משום דאזלינן בתר אומדנא שנדר מחמת העלילה וכאותה ששנינו קונם וכו' ע"כ והיינו טעמא דיכול

להוסיף על הנדר והשבועה אע"פי שנראה הפך הלשון משום דאמרינן זיל בתר טעמא מה טעם אמר זה שלא יעשה בשביל עלילה א"כ למדנו העשוי נמי איכא חשש עלילה ולפיכך מוסיפין על השבועה א"כ בזה האופן ג"כ הוא מה שכתב הרב מהר"דך והרי"בל ודרך אחד להם וכי הא דהרש"בץ וכל שטעם אחד יש להם והחששא אחת היא אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה ובהא מוסיפין על התקנות אבל כשאין האומדנא מוכחת כל כך ואין טעם התקנה שייך לאותה האומדנא לא מוסיפין:

והנה בשמים עדי כי אחר שכתבתי חלוק זה ביני עמודי עולם הרבנים הנז' מצאתי מעין פתיחה זו בדברי הרב מהר"א ששון ז"ל בקמא מתשובותיו ראיתי ואשמח שכונתי לדעת רב מופלג כמוהו וז"ל כבר ידוע המחלוקת הקדום שיש בין גאוני עולם אם יש להוסיף על ההסכמות החזקות מכח אומדנא דבר שלא נתבאר בהסכמה וכמו שכתב הרב מהרש"דם ז"ל דהרד"ך ז"ל דעתו נראה שמוסיפין ומהר"י טיטצק כתב דאין מוסיפין והבו דלא לוסיף עלה והרב ר"י אבואב מסכים לדעתו וכן הרב בעל ת"ה אך מדברי הרש"בץ נראה כדברי מהר"דך והגם שהרב הרש"דם ז"ל דכיון דהוי ספק חרם ראוי להחמיר הנה י"ל דמאי דקאמרי הרד"ך והרש"בץ וגם הרב הנ' שדעתן להוסיף על ההסכמות אפי' בדבר שהלשון מורה היפך וה' הכא מאי דקאמרי כל הנך רבוותא היינו משום שהאומדנא ההיא היא טובה וחזקה אבל אומדנא דנ"דד וכו' הא קמן דמחלק בין אומדנא לאומדנא ועל פי חלוק זה טעמן של גדולים אלו כולן שוין לטובה דבדבר דלית אומדנא כי נד"ד דאין טעמן שוה ולא פורש בהסכמת הבו דלא לוסיף עליה ומאי דתקון תקנו אין עוד מלבדו ונמצינו למדין לפי זה דשמעון זה זכה בטענתו כי אמר שאין לו חזקה לראובן כיון שלא קבלה עליו בשכירות ולא פורש פרט זה בהסכמות:

ואולם רואה אני בכלל טענות שמעון סעיף אחד וז"ל ואם ת"ל שיתאמת זה המנהג במכירת קרקע נאמר שיש חלוק במהלול ע"כ וכמדומה אני שכונות דבריו הוא לומר דכיון דזכה הבאקוף בחנות מכח דינא דמלכותא פקע לו חזקתו מיניה וטענה זו במובן הראשון היה אפשר לקימה דכיון דבאקוף שלהם הוא כהקדש שלנו כי היכי דאמרינן בדידן דהקדש מפקיע שעבוד הכי נמי לדידהו הכי נמי מפקיע מידי שעבוד שהרי אנו רואים כמה בעלי חובין שיש להם חוב אצל אדם אחד חשוך בנים ואותו אדם יש לו קרקעות ואקוף אם רוצה למכרם יצא ידי חובתו ואפי' שיתעקש ולא ירצה לפרוע יקריבוהו למשפט הערכאות וטורפין אותו קרקע הואקוף ממנו שיש להם לב"ח שעבוד באותם הקרקעות ואם ימות הלוה ערירי ונשאר הקרקע לבאקוף כדינן פקע שעבוד הב"ח מאותו קרקע ואין לו לב"ח כלום מדינן רק הכל לבאקוף שנראה מכל זה שהבאקוף

בדינם מפקיע מידי שעבוד וכיון שכן על זה נסתפק השואל בנד"ד דאפי' תימא דיש מקום לומר שיש חזקה לראובן מדין מהלול נגעינן בה ואבד חזקתו וכבר עמד על פרט זה הרב הכהן ז"ל בח"ב מתשובותיו וז"ל טעמא דמילתא דהבקוף שלהם כהקדש שלהם וא"כ כשנכנסו ברשות הבאקוף דחשיב כהקדש שלהם הפקיע מידי שעבודן וחיוב המוכס כי היכי דבדיני ישראל קימא לן דהקדש מפקיע מידי שעבוד מכל מקום אפשר שהפקעת השעבוד אינו אלא דוקא כשהם ברשות וכח הבאקוף אבל אם מכרו הבאקוף לאיש אחר וכו' ע"ש נראה א"כ דמסקנתו היא דבקוף מפקיע מידי שעבוד וזו היא א"כ טענת השואל שכוון לכך בשאלתו דכיון שנפלה החנות לבאקוף פקע שעבוד ראובן מיניה.

האמנם יש לחלק דאם ראובן היה טוען בחנות זו חזקה דאית בה מששא כגון אגיה"ליק או עגא"לה מנא"הירי שבדינם חזקה מיקרי ולא היה יכול בעל הקרקע ממנו ואיקרו נכסי לענין בעלי חובין בהא ודאי אמרינן הקדש באקוף זה מפקיע מדי שעבוד ראובן וכיון ששמעון לקח מהמה"לול ע"פ ד"מ זכה שמעון אבל טענת חזקה שטוען ראובן שהוא משום שמכרה הוא לתוגר והוא היה בעלים הראשונים אינו זוכה בה אפי' לדעתו אלא מטעם הסכמות שלנו אפי' יצוייר שהיה הדין עמו אבל בדינם ובנמוסיהם הכל הבל ורעות רוח שאם ירצה בעל החנות גרש יגרש אותו ממנו גם הבע"ח אינן נפרעין מחזקה בדינם משום שהוא פורחת באויר ואין לה על מה שתסמוך וכיון שכן אין החזקה נלקחת לבאקוף וא"כ אכתי איתנהו בחזקת ראובן נמי שמוכר קרקע לגוי וכמו שכתב זה החלוק עצמו מה"רר אברהם ן' נעמיש ז"ל בתשו' הובאה בתשו' מהר"א ששון סי' קמ"ח יע"ש שהוא חלוק נכון וקים באופן שמטעם זה של מהלול לדידי אין טענה לשמעון אבל מטעם הראשון דמעיקרא לית ליה חזקה לראובן הדין עם שמעון כמו שהזכרנו בקודם:

ועוד דאפי' תימא דיש לראובן חזקה וגרם לו נזק נראה דשמעון פטור כיון שלא נתכון להזיק ולא ידע כי חזקתו היא וכל שאינו מתכון להזיק פטור שהרי אפי' מוסר ממון חברו כל שלא נתכוון ביחוד למסור הממון אלא להציל את שלו אפי' שהזיק פטור כמו שכתוב בתשו' דשייכי לה' חובל סי' כ"א וז"ל לא מצינו בתלמוד מוסר ממון אלא המתכון להזיק אבל זה נתכון להציל את שלו ע"כ ועוד אפי' תימא דגרם לו בכונה נראה דפטור ממה שכתוב בשאלה דקפצו עליה קונים תוגרמים שנים שלשה והעלו החנות עד שהיתה נחלטת החנות עד שהוכרח שמעון להעלותה דבר מה שנראה שכבר הנזק היו עשוי מפי התוגרמים ושמעון קמחא טחינא טחון ופטור כמו שכתוב במרדכי פ' הפרה תשו' וז"ל סי' ס"ט על ראובן שהלשינוהו למושל וגרם לו נזק וז"ל אם ידוע שכבר הלשין לוי את ראובן טרם יבוא שמעון והלשין גם הוא שמעון פטור מידי דהוה אמרבה

בחבילות וכופף קומתו של חברו לפני הדליקה דבלאו אינהו מטיא להו נזק. הכא נמי בנד"ד כבר ברי הזיקא שהחוב היה מופסד היא ושמעון קמחא טחינא טחון דמקלא קליה כבר המלשין הראשון ושמעון לאו מידי עביד לענשו ממון שהפסיד נהי דכבר יצא ראובן מאת השופט ושמעון החזירו מי יכול לומר כמה ומי יודע דשמא בלא מסירתו היה מגיע לו הנזק ואפי' שלא היה מגיע לו כלי או מקצתו מי יוכל לידע כמה ומספקא לא מפקינן ממונא משמעון ע"כ הכא נמי בנד"ד דהתוגרמים כבר העלו החנות שמעון הבא אחריהם כמרבה בחבילות וכו' נראה דאפי' נאמר דשמעון הרבה לו הנזק לא ידעינן כמה ומספקא לא מפקינן ממונא כי התם דמי יימר לן דבלא העלאת שמעון היה נותנו לה בפחות שמא אפי' שלא יעלה שמעון החנות הנ' כבר הנזק עשוי ועומד ופטרו מדינא ולא יהא אלא ספק ספק גרמא פטור כדכתב מה"רם בתשו' סי' נ"ט וז"ל ראובן שהלוה לגוי ובא שמעון ואמר לגוי אלוה לך בפחות ותפרע לראובן אינו חייב לשלם לו כלום דלא בריא הזיקא ואין כאן אלא ספק גרמא דשמא לא יוכל ראובן להלותם כל כך מהרה ודמי למבטל כיסו של חברו ע"כ הרי דכיון שהגרמא הוא בספק פטור ואע"גב דלא דמי האי גרמא להאי גרמא דהתם הספק הוא בענין מציאות והכא הוא הספק בענין הכמות מ"מ נקיטינן מיהא דכל איכא ספק פטור ועוד דהא כתב בתשו' הקודמת במרדכי מי יוכל לידע כמה ומספיקא לא מפקינן ממונא שנראה בהדיא דאפי' בספק כמות בגרמא פטור. עלה בידינו ממה שהתחבר בקודם ששמעון זה פטור מכל וכל ולא רמיא עליה לפרוע שום נזקא ופלגי נזקא ואפס דקצהו משוה פרוטה ומעלה נאם הצעיר יהושע.

סימן כג

חזקות.

שאלה ראובן היו לו שלשה בנים והיה לו חצר ובתים בית גדולה ועליה על גבה ובית אחרת על הבתים הנ' ודירתו עם אשתו ובניו וכל בני ביתו היה בבית התחתונה להיותה רחבת ידם ולמטה ממנה זמלי"יק לתשמיש ופרוזדור לפני הבית והשיא בנו הגדול והיה דר עמו בבית הנ' עם יתר אחיו ובנים היה לו שם וכשהשיא בנו השני פנה משם הבן השני לדור בעליה שעל הבית הגדול הנ' אמנם הבן הגדול לא יצא משם כל ימי אביו וגם אחרי כן עד שנפטר חיי לרבנן ולכל ישראל שבק גם בניו דרים עד היום בבית הנ' ואחרי מות ראובן נשא אשה בנו הקטן והחזיק לדור בבית האחרת בלי הקפדה מזה על זה כלל. וימות ראובן ולא חלק הבתים לבניו על פיו וגם האחים שלשה לא באו לחלק ביניהם הבתים לזמן שחלקו שאר נכסי עזבון אביהם. ודרו כמה שנים כל אחד

בבית שהחזיק בלי שום ערעור ויתהלך חנוך בן ראובן הגדול אל האלקים ונפטר לבית עולמו ונשארו בניו בבית הנ' זה כמו עשר שנים וכל א' מהאחים בביתו ובמשך זמן זה הבן השני הרחיב את גבולו הבית שהיה דר בה ובנה גארדאק ועליה מרווחת בגארדאק כשהוציא מנכסיו כמו ה' או ו' אלפים לבנים וגם הבן הג' בנה בביתו והרחיב הגארדקי עד כותל החצר שהולך למעבר הרבים ופתח חלונות לבנות שם בית לול שמנעו אותן ושום א' מהם לא תבע סיוע להוצאות בניינו מחברו כי אם כל א' הוציא ההוצאות מביתו עתה נפלו קטטות ומריבות בין שני האחים עם בני אחיהם הגדול באמרם כי האחים אין להם חזקה זה על זה וכל הבתים שבחצר יד כלן שוה בהן הגם שדרו כל כך שנים כל א' בבית א' ואומרים לבני אחיהם הגדול לכו נא ונחלוק החצר והבתים שבתוכו כי כלנו בני איש א' נחנו ושוים בנחלה והימים הראשונים שדרנו כל א' ממנו בבית א' יפלו כי אין חלוקה בינינו עד היום ובני האח הגדול טוענים לאמר אנחנו באים מכח ירושה מאבינו ז"ל שידענו נאמנה שמיום שנכנס לדור בבית הנ' בימי הזקן אביו ז"ל וכל ימי חייו דר בתוכו ואחרי פטירתו כפלים משני חזקה שאנחנו בניו דרים בלי שום ערער ומערער מכם ושמא אבינו חלק עמכם ונפל זה הבית בחלקו ושטר החלוקה לא ידענו מה היה לו כי נשארנו יתומים קטנים ואם כדבריכם שלא נתפסתם כל א' הבית שלו למה לא מחיתם לא בחיי אבינו ולא גם בנו מזה כמה שנים שאנחנו בניו דרים בתוכה אם כן מה שהוריש אבינו לנו הוא ולבנינו עד עולם ועוד כי אם לא נתפייסתם כל א' בבית שדר בתוכה וגם לא חלקתם עם אחינו **(אבינו)** כמו שאנו טוענים למה כשבניתם בבתיכם בנין חדש והרחבתכם את גבולכם לא תבעתם ממנו חלק בהוצאה שעשיתם כל א' בביתו וכמו כן למה לא שאלתם ממנו רשות לבנות בנינים מחדש אין זה כי אם ודאי נתפייסתם כל א' בביתו ואין לך חזקה גדולה מזו ועל דבר הזמליק יש הפרש ביניהם אשר הוא למטה מהבית הגדולה הנ' ופתחו פתוח לתוך הבית הנ' והגם שהאחים שני ושלישי היו דרים כל א' בביתו היו משתמשים בזימליק הנ' ושם שם להם יינם וגבינה ומזונות והיו נכנסים בתוכו לרצונם ואין מוחה בידם והן עוד היום משתמשים כן עכשו טוענים היתומים כי אם היו מניחים אותם להשתמש בתוכו לא היה בשביל שהיה להם זכות להשתמש בתוכו כי אם היו בחורים בלי נשים לא היו מקפידים שיכנסו בתוך ביתם אל הזמליק אמנם נשואים אינם רוצים שיכנסו וישתמשו בזמליק ואין להם להשתמש עוד בתוכו והאחים טוענים כי הגם שיזכו בדין התורה בבית הנ' ע"פ טענותיהם עדיין לא זכו בזמליק כי הן עוד היום הם משתמשים בתוכו כמוהם כן הם ואין לאל ידם למנוע מהם תשמיש כי בית לחוד זמליק לחוד והיתומים אומרים כי כמו שזכים בבית הנ' ע"פ

טענותיהם הנ"ל זוכים גם כן בזמליק הנ' כי בכלל הבית הזמליק ואין להם להשתמש עוד בתוכו כי עד עתה משום כבוד דודיהם היו מניחים אותם להשתמש ומביאים ראיה לדבריהם שהרי כל השנים שהיה האחד מהם עם ביתו זו אשתו מחוץ והשכיר ביתו לאחרים לא הניחו ליכנס בתוכו כלל.

עתה יורנו מורנו ורבינו נר ישראל המאיר לארץ ולדרים עליה בתורתו וסלקן ליה שמעתא אליבא דהלכתא אם זכו היתומים בבית הנ' ובזמליק הנ' מכל הני טעמי הגם שהבית היא גדולה וטובה מהאחרות או אם הדין הוא עם דודיהם המערערים עמהם וצריכין לחלוק החצר והבתים הנ' מחדש שוה בשוה בין שלשתם ולהעלותן בדמים על הכל יצא דבר מלכות מלפניו ויבא כגשם לנו ומה' תהיה משכורתו שלמה:

תשובה מן המבואר הוא העקר שקדם אצלנו הבא מחמת ירושה אין צריך טענה כדאיתא בפ' חזקת (דף מא.) וכבר הוסכם דין זה בין המפרשים כלם דבראיה בלבד שדר מורישו יום אחד והוא שלש שנים ויום אחד קני ושוב אין צריך טענת מכירה או מתנה וכיוצא בה אלא בטענת ירושה בלבד מעמידין אותה בידו כמו שכתב הרמ"בם ז"ל בפ"יד דה' טוען והטור ז"ל ח"מ סי' קמ"ו ואחריהם כל ישרי לב מהפוסקים להלכה פסוקה וכיון שכן בנד"ד שבני האח הגדול טוענין שבאים מכח ירושה זה מספיק וטענינן להו כל מה דהוי מצי למטען אבוהון ואלו היה קים אפשר שהיה טוען שזה גורלו מכח חלקו נפל לו בירושה או שלקחה מהם וא"כ אף אנן טענינן להו ולא מבעיא למאן דסבר דאחין אינן כשותפין ומחזיקין זה על זה והוא בעל העטור ז"ל באות חית והובאו דבריו בטור ח"מ סי' קמ"ט אלא אפי' למאן דמדמי אחים לשותפין ואין להם חזקה זה על זה אפ"ה לגבי יורש מהניא ליה חזקה זו וטענינן ליה כל שיכול אביהן לטעון וכמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ח וז"ל על ראובן ושמעון אחים שירשו בתים מאביהם וראובן רוצה לחלוק אותם ושמעון טוען שהוא מוחזק בבתים מצד אמו שהחזיקה בהם והשיב הר"אש ז"ל שאם האם קימת היא חזקה שאין עמה טענה אבל אם מתה האם ויש עדים לשמעון שהחזיקה האם שלש שנים חזקתה חזקה דכיון דמתה טוענים לכל בא מכחה יורש או לוקח כל מה שהיתה היא טוענת והיא יכולה לטעון קניתי הבתים מבני והחזקתי בהם שני חזקה או ב"ד הגבוה לי בנדוניתי או בכתובתי חזקתה מועלת דלא מזדהר אניש בשטריה ולא מקריא חזקה שאין עמה טענה אלא שלא אמר לי אדם דבר מעולם אבל כל טענה שיטעון איך בא הקרקע לידו הוי חזקה הילכך שמעון זה זוכה מצד אמו ע"כ הנה פירש בהדיא דאפי' דחזקת האם לא הויא חזקה בחייה מיהו אחרי שמתה מועלת ליורש אותה משום דטענינן ליה כל מה דמציא איהו לטעון וכיון שאם היתה היא בחיים יכולה

היא לטעון קניתים או הגבו לי ב"ד בכתובתי ונאמנת בשבועה יורשים דידה זכו בלא שבועה הכא נמי בנד"ד אפי' למאן דס' דחזקת האח הגדול בחיים חייתו לא הויא חזקה משום דאחים כשותפין נינהו ואין מחזיקין זה על זה מ"מ אחר שמת טוענין ליורשיו כי התם ומה גם דאפי' מאן דסבר דהאחים אין מחזיקין זה על זה אינו אלא בדלית בה דין חלוקה כשותפין עצמן אבל בדאית ביה דין חלוקה מחזיקין זה על זה כדמשמע מההיא תשו' דהרש"בא וכדכתב הרב בעל מאירת עינים בסי' קמ"ט סעיף ו' וכאן בנד"ד מלשון השואל נראה דהבית גדול ורחב ידים ויש דין חלוקה ואין להו חזקה לכ"ע

איברא דאכתי הוה מצינן לספוקי דאי אמרינן טענינן ליורש היינו דוקא כל מאי דמצי אבוהון למטען אבל ודאי דבר שלא היה אביו יכול לטעון לא טענינן וכמו שכתב הרב מהרש"ך בח"א והביא תשו' הר"אש ע"ש ואחר שכן בנד"ד דאיכא למימר דמעיקרא ירד המוריש ברשות אביו כדמוכח מלשון השאלה דקאמר דמעולם היה דר בבית ההוא מעודו עד היום ההוא וא"כ הוה ליה שנכנס ברשות וכיון שנכנס ברשות שוב אינו יכול לטעון לקוחה היא בידי כדכתב ריב"ש בתשו' סי' שכ"ח וז"ל מסורת היא בידינו מגדולי האחרונים דאין חזקה מועלת אא"כ ירד מתחלה בתורת מקח וההיא דבן גזלן או בן האריס אין הדבר כמו שחשבת שהיו דרים בבית נכסי אביהם וכשמת אביהם נשארו שם כמו שהיה בחיי אביהם דבכה"ג אין חזקה כיון שע"כ יש להם להודות שנכנסו שעה אחת שלא בתורת מקח אלא כגון שהגזלן או האריס היה אוכל פירות השדה בחייו ואחר מותו בא הבן להחזיק בשדה ההיא וקמ"ל שאע"פי שאין לאב חזקה מחמת גזל אפ"ה יש לבן חזקה כל דאתי מחמת נפשיה אבל אם היה דר בבית אחת מחמת גזל או אריסות או מחמת שירד ברשות והיו בניו ואשתו דרים עמו וכשמת נשארו הם דרים בבית כאשר היו דרים בימי הגזלן או היורד ברשות אין להם חזקה לומר חזרנו ולקחנו שהרי כבר היו דרים קודם לכן בחיי האב ובשעת מיתתו שלא בתורת מקח ושוב אין להם חזקה כלל ע"כ התבאר מזה דכל שירד ברשות שלא בתורת מקח שוב אינו יכול לטעון חזרתי ולקחתי ממך א"כ אם המוריש היה קיים בנד"ד לא היה יכול לטעון כך וכיון שכן אף אנן לא טענינן ליה וחזר הדין שהיא חזקה בלי טענה ואינה חזקה ואע"גב דכתב הרש"בא בתשו' הביאה הרב ב"י ח"מ סי' ק"נ וז"ל כל שנכנס ברשות וחזר וטען לקוחה היא בידי בזה נחלקו גדולי המורים שיש אומרים דנאמן כההיא משכנתא דסורא שאע"פי שנודע שנכנס מתחלה בתורת משכנתא אפ"ה נאמן ולא אשכח ליה תקנה במחאה וי"א דאינו נאמן מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא וכיון שהוא מחלוקת אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא והיינו היורשים בכללותם וכדכתב הרב מוהרש"דם ז"ל בשייכות לח"מ סי' רנ"ב

על ענין כזה וז"ל תשובה לא זכה היורש וכדי שלא להאריך אעתיק פה תשובת הרש"בא הביאה ב"י בח"מ וז"ל כתב הרש"בא בתשו' שנחלקו גדולי המורים כשנכנס ברשות י"א דנאמן וי"א דאינו נאמן וכו' עד סופה א"כ אף בנדון זה עם שהוא אמת שלא היה פורע אב היורש שכירות לאביו כיון שכשנכנס ברשות אביו נכנס א"כ נמצא שדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא שכתב הרש"בא כנז' ויכולין אנו לומר כיון דהוי ספקא דדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת ע"כ הרי א"כ בהדיא דבדין זה ממש אמר דאוקי ארעא בחזקת מארי קמא וכן כתב הרב מהרש"ך ז"ל ח"א סי' צ"ב על ענין הזה וז"ל ואע"גב דאיכא רבוותא טובא דס"ל דאע"פי דירד ברשות מתחלה דנאמן אח"כ לומר חזרתי ולקחתי הא איכא נמי רבוותא טובא דס"ל שאפילו בידוע ששלמו ימי המשכונא כיון שמתחלה ירד ברשות לא מהימן ולא יהא אלא ספק אוקי ארעא בחזקת מריה קמא ע"כ גם הרב מהרש"ך בעל בני שמואל ז"ל בסי' מ"ד כתב כן ע"ש באופן דלכל הסברות לא יהא אלא ספקא אוקי ארעא בחזקת מאריה קמא והיינו כללות היתומים וא"כ דא תברא לבני האח הגדול:

אלא דאעקרא דדינא איכא למימר דמעולם כל הני רבוותא דסברי כשירד ברשות שוב אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי היינו דוקא בדליכא שנוי רשות דמעיקרא הא כיצד כגון שירד לתוך שדה חברו ראובן ברשות שוב אינו יכול לומר לקחתיה מיד ראובן עצמו דכיון דמתחלה ירד ברשות לומר שחזר ולקחה ממנו קשה הדבר משום דדמיא לעדים שראה כדכתב הרי"בש דכיון דאיכא עדים קשה הדבר לו' חזר ולקחה והיינו דנקטי כל הני רבוותא בלישנייהו לשון חזר דמשמע דלא קפדי אלא אחזרה בדליכא שנוי רשות אבל כשהבעלים הראשונים שירד זה לתוך שלהם ברשותם מכרו אותו קרקע לשמעון ובהמשך הזמן נמצא זה שירד ברשות מוחזק בתוך הקרקע ובא שמעון הקונה ואומר לו מאי בעית בהאי ארעא והוא משיב ממך לקחתיהו בהא ודאי אין סברא לומר דלא מצי טעין הכי דאמאי לא והלא אין הירידה ברשות כשהיתה הקרקע של בעלים ראשונים שוכר ללקיחה מיד שמעון שהרי על כל פנים יצתה מיד הבעלים הראשונים וכשטוען מהבעלים השניים לקחתיה הויא טענה מעליא וזה ברור בעיני וא"כ בנד"ד שהאח הגדול הנ' כשירד ברשות היה הקרקע של אביו ואח"כ נשתנה הרשות ונפל קמי יורשים מאב אל בנים פשיטא דאם היה קיים האח הגדול והיה טוען לקחתיה מכם או נפלה לי בגורל מנת חלקי ודאי דמהימן ואחר שכן כי היכי דהוא הוי מצי למטען הכי עכשיו נמי טענינן ליורשיו אפי' בדלא טענו אינהו דשמא אביהם לקחה מהם או נפל בגורלו ושטר קנין או חלוקה היה לאביהם ואבד. ולדידי מצאתי און לי לחלוק הזה מ"מש הר"אש

באותה תשובה בכלל צ"ח שהזכרתי לעיל אם האם קימת אין לה חזקה אבל אם מתה האם חזקתה חזקה דכיון דאתם **(דמתה)** טוענין לכל בא מכחה יורש או לוקח כל מה שהיתה טוענת היא אם היתה קימת והיא יכולה לטעון קניתי הבתים מהיורשים והחזקתי בהם שני חזקה או ב"ד הגבום לי בכתובתי חזקה מועלת וכו' ע"כ הרי דאפי' דהאם אין חזקתה חזקה והיא כמי שירדה ברשות לעצמה מ"מ כיון דאיכא התם שנוי רשות מהמוריש ליורשים מציא למיטען קניתי מהיורשים או הגבום בכתובתי והנה הר"אש ז"ל הוא מהסוברים דכל שירד ברשות שוב אינו יכול לטעון לקחתיה כדכתב הטור בס' ק"כ ומדברי א"א יראה כדברי הרמ"בן ואף דהרב מהר"שך נסתפק דמנא ליה לטור כן מדברי הר"אש בין כך עדותיו נאמנו מאד ואפשר שהוא ראה כן בתשובותיו שלא נראו לנו וכ"ש שהרב מהר"שך בסי' הנ' דכן נראה מלשון הר"אש דפ' חזקת הבתים על ההיא עובדא דרבה בר שרשום ממלת לעולם וראיה זו מוכרח היא למהר"שך להורות עליה שהרי גם הוא ז"ל מכריח על הרי"בש כדומה לזה ממלת לעולם איך שיהיה הר"אש ז"ל הוא מכלל הסוברים דכל שירד ברשות שוב אינו יכול לטעון לקחתיה כדכתבינן ואפ"ה חזינן ליה דהיכא דאיכא שנוי רשות מצי לטעון כך א"כ הכ' נמי יש לחלק בכל שאר רבותא דאפי' שאמרו דכל שירד ברשות שוב אינו יכול לטעון מיהו כשיש שנוי רשות יכול לטעון וא"כ בנד"ד אפי' שהאח הגדול ירד ברשות מעקרא כיון דיש שנוי רשות יכול לטעון אליבא דכ"ע וזכו בניו אחריו בבית מצד זה ומה גם שיש אמתלאות אחרות שהם בנו בשלהם ולא שאלו ממנו חלק בהוצאה וגם שכתב בעל מאירת עינים שדין זה דיורד ברשות אליבא דרובא דהני רבוותא אינו אלא כמשכנתא לבד ע"ש ועם שאינן טעמים מספיקים הם לבדם. בהצטרפותם גם יחד נראה שזכו בני האח הגדול בבית. ועוד אחרת איכא בנד"ד דאפשר דבני האח הגדול מיקרו מוחזקים כיון שהם דרים בתוך הבתים וכמו שנראה מתשו' הרש"בא סי' תתקע"ב שכתב אע"פי שאין הקרקע נתפס נפקא מינה לזה שירד לתוכה ברשות בעלים ע"כ וכתב עליו מה"ר ששון סי' קנ"ב שדעתו הוא דכיון שהוא עכשו בידו מיקרי מוחזק ולא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרה קמא ועוד לפחות יהיו תרי חזקות אחד חזקת מאריה קמא ושנית חזקת הדר בתוכו ע"כ באופן שאפשר בנד"ד לומר דבני האח הגדול כיון שהם בתוך הבתים אפשר שיהיו מוחזקים ויכולין לומר קים לן כהנהו רבוותא דס"ל דאפי' ירד לתוכן ברשות יכולין לטעון חזרתי ולקחתי וכו' ושומא היתה בלבי להאריך בענין זה עדין לולא שנחיצת השואל רבה עלי באמרי כי נוסע והוזקקתי לקצר אפי' במקום שאמרו להאריך והנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי. הצעיר יהושע רפאל בכמה"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

ועוד יש לומר דעקר טעמן של גדולים דמי שירד ברשות שוב אינו יכול לטעון לקחתי הוא מידי דהוה אעדים וראה דמטלטלין ועדים דמטלטלין צריך שידעו בבירור שבתורת פקדון יהבה ניהליה דא"לכ מצי אמר נהי דאיכא עדים שמסרו אצלו אבל בתורת מכר או מתנה היה כדכתב הטור סי' קל"ג וכי היכי דהוא כן במטלטלין בענין מי שירד ברשות צריך שיהיה על אופן זה ממש ובנד"ד ליכא עדים דידעי כן ומה שאומרים כן היתומים לאו מלתא היא דלא בקיאי במילי דאבוהון והרי כתב הרי"בש עצמו בענין זה בתשו' שכ"ח כיון שהוא מפורסם על פי עדות שירד ברשות וכו' דמשמע דלא סגי בלאו הכי וא"כ הכא שאין עדות ברור שנכנס ברשות אפשר לומר שהיה טוען האח הגדול שבתורת מקח ירד ואי נמי מעודו היה שם שמא באי זה זמן פנה משם ואח"כ נכנס בתורת מקח כל שאין עדים בדבר וכיון דהוא הוה מצי טעין הכי אנן נמי טענינן להו ודוק:

סימן כד

ה' חזקות. קושט'. לבני הרב כמה"ריט ן' יעיש ז"ל.

הן אמת כי מעשה כזה דרעפים או דחרבה לא בא לידנו באי זה פעם או פעמים שמינוני להיות מהדנין לפי חכמים בעניני החזקות אך שמעתי מפי אבא מורי זלה"ה שפה קושטאנדינה היו נוהגין כהר"אש בחרבה וברעפים וכמו שהוא המנהג בסאלוניקי כאשר העידו החכמים השלמים המאורות הגדולים והסכימו ב"ד של מעלה שכן שמעו שהיה המנהג ואחר שכן פשיטא דמנהג עיקר וכמו שראינו להר"יבש ז"ל אע"פ שהוא ראש החולקים על הר"אש מ"מ מסיק בסוף תשובתו בסי' תע"א אמנם אם יש בעירכם מנהג אחר בזה הולכים אחריו כי בכיוצא בזה הכל כמנהג המדינה ע"כ אמור מעתה כי כיון שכבר העידו בני סמכא שכך הוא המנהג הכי נקיטינן.

וגדולה מזו אני אומר שאפי' היה לנו המנהג בספק יש לדון כהר"אש ז"ל מטעם ס"ס ספק אם הלכה כהר"אש או כרבוותא דפליגי עליה וא"תל דאין הלכה כהר"אש ספק אם כאן בקושט' היו נוהגין כהר"אש והוא ס"ס מתהפך היטב ס' אם בקושט' נוהגין כהר"אש אם לאו ואת"ל שאין נוהגין ספק אם הלכה כהר"אש או כמאן דפליגי עליה וס"ס כזה למדתיו מפי רבי מורי הרב מטראני ז"ל בראשונות סי' קי"ד וסי' קל"ג שכתב וז"ל ס' אם יש דין חזקה בחורבה אם לאו וא"תל יש בה ספק אי בעינן חזקה וטענה ע"כ והכי נמי יש לדון ס"ס כזה לענינינו דמה לי אם הספק השני הוא במנהג מה לי אם הוא בטענה כולה חדא מילתא הוא כיון דהוו תרי ספיקא דמתהפכי וארוחנא בהא דאפי' לא אתבריא לן אם בעל החורבה הוא המוחזק או בעל החלונות דאיכא פנים לכאן

ולכאן זכה בעל החורבה כמו שרגיל מהרי"בל לו' דהיכא דאיכא תרי ספיקי מפקינן מיד המוחזק **(כל מה שנסגר כאן נכתב על הגליון ונכרתו מקצת תיבות מהכורך.)** [ואף שמה"ר ס"ל דלא נכון לעשות כן כדכתב בסי' הנ' מ"מ אפשר שיודה במנהג כזה דלא ברור לן שבעל החלונות הוא מוחזק אלא שאדרבה איכא מרבוותא דבעל החורבה הוא המוחזק כמו שכתב הרב מר"אי ז"ל בתשובה פ"ז יע"ש וכבר כתב מה"ר ז"ל בא' סי' קל"ד ובטור סי' מ' דיש להסתפק מי יקרא מוחזק המערער או המחזיק...] וכל שכן דיש לנו עדות נאמנה מפי גדולים שכן המנהג בקוסט' וביחוד בנו של רבינו מה"ר ישעיה ז"ל שכתב שנמצא כתוב בפסק מה"ר ז"ל אביו שכך הוא המנהג בקוס' לדון כסברת הרא"ש ולא נסתפקו אלא כשבעל החלונות יורש או לוקח דטענינן להו ושאף גם זאת מתוך דברי מה"ר ז"ל בדבריו האחרונים דאפ"ה יכול בעל הגג לסתום ולהאפיל הלא בספרתו הדברים ברורים עכ"ל ועם היות שבדקנו בכל תשובות מה"ר ז"ל בראשונות בסי' פ"ז ופ"ח וק"ז וקי"ד וקל"ג דשקיל וטרי בענין זה ובתשו' דשייכי לח"מ בסי' ע"ה וע"ו שמדבר בענין זה וכן בכל ספר תשובותיו המודפסת ולא מצינו לרבינו ז"ל שמעיד כך על מנהג קושט' הא לאו כלום הוא דאפשר דדברי בנו החכם השלם ז"ל שכתב הלא בספרתו הם על התשובות האחרות שלא הוקבעו בדפוס ואיהו ידע וקים ליה שכן כתב בתשובותיו ומי לנו גדול ממנו להעיד על זה דהוא ידע במילי דאבוה טפי מינן דכיון דהמנהג הוא כן בקוסט' וכתב הרי"בש דהכל כמנהגי המדינה א"כ כיון שכבר הונהג לדון ע"פ הר"אש ברעפים וחורבה דלית להו חזקה הכי דייניען שהרי העיקר אצלנו שכל שנהגו בענין ממון כפוסק אחד בין להקל בין להחמיר אותה המנהג תורה היא כדכתב הרי"בש בסי' שמ"ז ות"כג ותצ"ג ורבים מהפוסקים ואפי' נניח דמ"ש בירושלמי המנהג מבטל הלכה היינו מנהג ותיקין הרי אין לך ותיקין גדולים מהם היושבים על מדין בענין החזקות והם היו גדולי ישראל מעולם ראשי אלפי ישראל המה וכיון שהוקבע המנהג על ידם לדון כהר"אש אין ותיקין גדולים מזה ומשיחתו של הרב מהריש"ך ז"ל אפשר לדיוקי שכדינו של הר"אש נהגו בכל המקומות שכן כתב בח"ב סי' ז' וז"ל הנה הטענה שטוען ראובן שכיון שחלונות עלייתו פתוחות למעלה מגגו של שמעון א"כ זכה באורו יראה דאין כח לזכותו מכח טענה זו שהנה כבר ידענו שנתפשט המנהג בזה לדון על פי הר"אש שסובר שחלון הפתוח על גג של רעפים אין לו חזקה ויכול בעל הגג לבנות ולהגביה הגג אע"פי שמאפיל על החלון עכ"ד ומדכתב שכבר נתפשט המנהג סתם ולא סיים המקום שנתפשט יש לדין שנתפשט בכל מקום קאמר ומלת ידענו דקאמר תסייעה דאם על סאלוניקי קאמר מאי ידענו הרי פשוט הוא אלא כלו' ידענו מכל המקומות שכן

נתפשט המנהג איך שיהיה בין כך ובין כך כיון דיש לנו עדות נאמנה שנהגו בקושט' בגג של רעפים לדון כהר"אש כן יש לנו לדון ברעפים וגם בחרבה דדרך אחד להם ולשניהם טעם אחד ועוד דאשגרת לישן הוא בפוסקים רעפים וחורבה:

ועוד שתורת אמת היתה בפינו הרב מהר"אש ז"ל בסי' פ"ז שכתב שאע"פי שיהיה המנהג בספק דייניין כותיה ועם שהרב מהר"יק פסק דלא כותיה היינו באותו זמן שהיו דנין ע"פ הרמ"בם באנו ולא היו נוהגין לו' קים לי אבל בזמן הזה בכל גלילותינו שנוהגין לו' קים לי דמצי למימר קים לי כהר"אש ואע"גב דהרב מהרי"בל כתב בתשו' פ"ח ח"א שהר"אש הוא יחיד בדבר זה גם בעל משאת בנימין כתב בסי' ד' ואע"ג דרבינו יונה והרש"בא ושאר רבוותא חולקין על הר"אש והי"ל הר"אש יחיד לגבייהו לאו למימרא שהוא יחיד ממש ואין עוזר לו מהפוסקים וכיון שכן לא מצי למימר קים לי מההיא דכתב הרב קולון דאין לומר קים לי כפ' הגאון היכא שכל חכמי ישראל ח לקין עליו שהרי במרדכי דפ' חזקת כתב דרא"בן וכל רבני דורו ס"ל כהר"אש גם הר"ם מרוטנב"ורק כתב כן בתשו' וכן הריט"בא בשם הרא"ה כדכתב מ"הר ז"ל בתשו' דשייכי לח"מ סי' ע"ה ובראשונות סי' קל"ב יע"ש והר"אש כתב שהרמ"בן ג"כ סובר כהר"אש ודכותיהו איכא מרבוותא דס' כהר"אש וא"כ איך אפשר לומר דהיכא דאמרו שהוא יחיד כלו' הוא לבדו ואין אחר עמו אלא ודאי שכונתם לו' דהוי מעוט לגבי החולקים עליהם וכיחידים דמו ואחר שכן יש לבעל החורבה או בעל הרעפים לומר קים לי כהר"אש וכל הנלוים עמו דאין חזקה לרעפים ולחרבה וזוכה בדין וכל שכן אם בעל החלונות אינו טוען שבפי' מחל לי בעל החרבה או בעל הרעפים לפתוח לו חלונות או שמכרן וכל כיוצא בזה שהיא חזקה שיש עמה טענה אלא אומר החזקתי ג"ש וכיון ששתקת מחלת לי בזה ודאי אפי' החולקים על הר"אש והפוסקים דלא כותיהו יודו להר"אש בזה כדכתב מורי הרב ז"ל בכלל התשובות הנז' הרוצה לעמוד עליהם ידרוש מעל ספר לא שזה מעלה ומוריד לדין זה אלא לרווחא דמילתא קאמינא והדין דין אמת לפי קצירי כיון שיש מעידים שכך הוקבע המנהג בקוש' שנוהגין לדון כהר"אש ומה גם דאיכא למימר קים לי כהר"אש ומאן דעמיה ויש בדבר גם ס"ס כמו שהצענו בקודם זכה בעל החורבה ובעל הרעפים בדין:

סימן כו

ה' חזקות. דר' נור מבעלי מקרא

שאלה ראובן גדל יתומה אחת בביתו והגדילה והשיאה לשמעון ונתן להם בית דירה בבית אחת שלו ולא פירש בשעה שהושיבם בבית אם בשכירות או בחנם אלא סתם נתן

להם הבית לדור בו ואחר עבור שלש שנים אמר לשמעון תדע שאיני נותן דירה אלא בשכירות ועתה עברו כמו שבעה עשר שנים שדרים בבית ההוא סתם עתה תובע ראובן משמעון שכירות הי"ז שנים כפי מה ששוה שכירות הבית ואומר לשמעון כבר התריתי בך ואמרתי שאיני נותן לך הבית בלי שכירות ושמעון מכחישו ואומר לא אמרת לי כלום ועדים אין בדבר יורנו אם יהיה נאמן ראובן בשבועתו לומר שעשה לו התראה ויגבה ממנו השכירות ושכרו כפול מן השמים:

תשובה אע"גב דקימא לן כרב נחמן דאמר בפ' השואל (דף ק"ב.) קרקע בחזקת בעליה עומדת וכדפסק הר"יף שם ומנה גמרינן דבכל הפרשיות וטענות שיפולו בין השוכר ובעל הבית אמרינן העמד קרקע בחזקת בעליה וישבע המשכיר ויטול כל זמן שאין השוכר מביא ראיה כמו שדקדקו אבות העולם בכמה טענות שהרמ"בם בפ"ז דה' שכירות כתב שבעל הבית נשבע היסת כשטוען לזמן קצר השכרתיך והשוכר טוען לזמן ארוך וכתב עליו ה"ה ז"ל דטעמו מהאי דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ושכן הדין בכל דבר דלא עבידא לאגלויי ע"ש גם הר"אש ז"ל כתב בתשו' כלל צ"ב והביאו הטור סי' שט"ו וז"ל וששאלת שמעון שכר בית מראובן ואומר ששכרו על תנאי כך וראובן מכחישו וכו' ונסתפקת מי יהא נאמן בשבועתו דע כיון שראובן וכו' ואם אין לי עדים שהתנה כך קרקע בחזקת בעליה עומדת לכל ספק הנולד ביניהם ועל השוכר להביא ראיה וכל זמן שלא הביא ראיה ישבע ראובן ע"כ וכ"כ בעל המפה ובעל מאירת עינים דבכל הספקות והפרשיות שביניהם אמרינן כן והוא נלמד מההיא בעיא דפ' השואל שוכר אמר נתתי ומשכיר או' לא נטלתי וכו' דעל השוכר להביא ראיה כשהוא בתוך הזמן וזהו בנין אב לכל מקום שיש הפרש בין השוכר ובין המשכיר דיד בעל הבית על העליונה ונשבע ונוטל וא"כ הכא נמי בנד"ד לכאורה היה נראה דכיון דהשוכר אומר בחנם והמשכיר אומר בשכירות דנימא שהמשכיר יהיה נאמן בשבועתו:

מ"מ אין הדין כך אלא היכא דלית ליה מגו לשוכר כי נד"ד דכיון דדר בו יותר מג' שנים וכמו שבח בשאלה שדר בו י"ז שנים ויכול היה לומר לקוחה היא בידי א"כ יהיה נאמן השוכר במגו זה וכדכתב הרש"בא בתשובה הביאה הרב ב"י ס' שי"ב וז"ל שאלת מי שדר בחצר חברו והוא אומר שכורה היא אצלי עד זמן פלוני ובעל הבית אומר לא כי אלא שאולה היא אצלך עד זמן שארצה תשובה בעל הבית נאמן כל זמן שלא החזיק בה שני חזקה דקרקע בחזקת בעליה עומדת שאלו החזיק בה שני חזקה היה נאמן במגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי ע"כ הרי דכל דאית ליה מגו לשוכר נאמן וידו על העליונה והכא בנד"ד כיון דשמעון זה דר יותר משני חזקה נאמן ועיקר הדבר מההיא דפ' המקבל (דף

קי.) דאמרינן בשטר משכנתא שהמלוה אומר בה' והלוה או' בשלשה א"ל אייתי שטרך א"ל שטרא ארכס אמר רב יהודה מלוה נאמן מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי ע"כ ואין לחלק בין שכירות למשכנתא שהרי הטור והרמ"בם העמידו דבריהם בין בשכירות בין במשכנתא הרמ"בם בפ"ז דה' שכירות כתב אבל הממשכן או השוכר וכ' והטור ג"כ כתב ואם דר בו השוכר וכו' וכן כתב מהרי"ק בש"ע באופן שהדין שוה בממשכן ושוכר ומלתא חדא נינהו וכיון שכן בנד"ד שדר שמעון י"ז שנים הדין נותן שיהיה נאמן במגו והוי חזקה שיש עמה טענה ובכי האי גונא ודאי לא אמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת: **ומיהו** נראה שאם יש עדים לראובן שכשירד שמעון זה לתוך הבית בתורת שאלה נחית שוב אין שמעון יכול לטעון לקוחה היא בידי ובטל המגו ונאמן ראובן בשבועתו מידי דהוה אמשכנתא דכל שירד לתוכה בתורת משכנתא שוב אינו נאמן ובטל המגו כמו שהוא נלמד מעובדא דרבה בר שרשום ובהדיא כתב הרב המגיד ז"ל בפ"ז דה' שכירות על מה שכתב הרמ"בם השוכר נאמן אלו רצה אמר לקותה היא בידי נאמן שהרי אכלה שלש שנים וכתב הוא ז"ל ודוקא שאין עדים שהוא ממושכנת או מושכרת וגם בעל הקרקע לא מחה שהרי השוכר או המלוה יכול לומר לקוחה היא בידי הא לאו הכי ודאי אינו נאמן שנאמנותו אינו אלא מדין מגו ובטל נאמנותו ע"כ והביאו הרב ב"י וכתב דפשוט הוא וכן פסק בחבורו הקצר וא"כ בנד"ד נמי אם ימצאו עדים שמתחלה בתורת שאלה ירד או כל דבר שמחייב בטול המגו ראובן בעל הבית נשבע שהתרה בו ונוטל כפי מה ששוה שכירות הבית על פי שני אנשים בקיאים דכיון ששתק ודאי נתרצה וסבר וקביל ואין שהייתו לשאול השכירות מזקת לו להפסידו שכירותו וזה פשוט בעיני ולולא הפצר השואל כמעט נטיתי ידי מלהטריח קולמוסי על דברים פשוטים כאלו והמה בכתובים.
נאם הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה

אח"כ הוגד לי שהבתים האלו שהושיב ראובן לשמעון הם באקוף אולד כפי נימוס המלך ושופטים שלהם ופירושו שמורישו של ראובן צוה שלא ימכרו לעולם בתים אלו ולא תסוב נחלתם מזרעו וזרע זרעו לעולם לא במכירה ולא במתנה ואם יפסק זרעו הוא נשאר להקדש עניים ישראלים וישמעאלים והוא קיים כפי דינם שאין אחד כי האי גונא יכול למכור קרקע של או"לד בא"קוף וכמה מהגדולים נשאלו אם בדינינו יכולין למכרו והשיבו דדינא דמלכותא דינא ובפרט כשהוא אגול אוגולה כלומר מזכר לזכר שאין הבנות בכלל שאינו עובר על מה שכתוב בתורה שהבנות יירשו דוק ותשכח ואחרי הודעי ספקתי ספק בנד"ד דאפשר דאפי' ליכא עדים לראובן דשמעון בתורת שאלה נחית מ"מ נאמר דבעל בית נשבע ונוטל דהשתא ליכא מגו לשמעון לומר לקוחה היא בידי כיון

דקרקע זה אינו נמכר בדינם וגם בדינינו היכי מצי מימר לקחתיה וכמו שכת' רש"בץ בתשו' הביאה ב"י דף קמא וז"ל ואע"פי שהחזיק הלוקח שני חזקה אינו כלום כיון דמכח מכירה בטלה קא אתיא ומחזיר הקרקע ע"כ והכא נמי כיון דאין מכר זה עולה בדינם ולא בדינינו בטל ליה מגו ואין החזקה כלום וכיון דלא מצי מימר לקוחה היא בידי אין חזקתו כלום וכההיא דרבא בר שרשום לקוחה היא בידו לא מצית מימר ולא עלתה לו חזקה ואפי' נניח כפי דעת האומרים דיכולין בדיננו למכרו מיהו חזינן דאין קונה אותו בכלום מיראתם דעל פי הנמוס יחלטוהו מידם ואנן סהדי שאין אדם מניח מעותיו על קרן הצבי לקנות קרקע אולד בא"קוף שמחר יודע הדבר לערכאות ומה גם שיש כמה תובעים שיש להם חלק בקרקע פן יודיעו הדבר לעש"ג ויקחוהו מידו וכיון דאנן סהדי בכך מגו במקום אנן סהדי לא אמרינן כדכתב הרי"בל בתשו' ח"א סי' צה וז"ל וה"ה בנד"ד נמי אין דרך בני אדם לזקוף במלוה חובות השותפות ולכתוב מ.' איך הוא חייב משארית הריוח סך כך ומגו במקום אנן סהדי דאין דרכן של בני אדם בכך לא אמרינן ע"כ וכן כתב הרב מהר"ד ן' זמרא בתשו' וז"ל מגו במקום אנן סהדי לא אמרינן אע"גב דליכא סהדי ממש ולא תקשי לך דמסיים דבריו ואמר אלא שאנו משערין כפי אומד הדעת שמה שטוען הוא שקר דמשמע דחששת אנן סהדי היא כנגד הטענה שהיא טוען עכשיו שכן אומר שאנו משערין כפי אומד הדעת שמה שטוען שקר כלו' על הטענה הטוענת עכשו ולא על אותה דהוה מצי לטעון וא"כ בנד"ד דאנן סהדי הוא על אותה שהיה יכול לטעון לא שהרי כתב הרב מהרי"בל בשלישיות סי' ע"ט בכללו המגו וז"ל משמע מהכא היכא דהוי ודאי כעין ההיא דנהר פקוד דאנן סהדי דאיכא מיא תדיר באורחא דנהר פקוד לא מהמנינן ליה דבההיא זמנה לא היה מיא אע"ג דאיכא מגו דמגו במקום עדים לא אמרינן אבל היכא דלא הוי ודאי או קרוב לודאי לא קרינן ליה מגו במקום עדים והכי נמי או ידעינן דאיכא עדים דקא מכחשי ליה אי הוה טעין ההיא טענה מעליתא לא אמרינן מגו ומלתא דפשיטא היא וגדולה מזו כתב הר"אש וכו' ושמעינן מדבריו בזאת התשובה דהיכא דבההיא דהוה מצי טעין איכא עדים ואפי' דהוו פסולין כעין ההיא עובדא דהוו קרובים זה לזה והוו מכחשי ליה לא הוו מגו והוא הדין נמי אי נפק קלא דלא כההיא טענה דהוה מצי טעין לא אמרינן מגו ע"כ לשון מהרי"בל ז"ל משמע מדבריו דהא דמגו במקום אנן סהדי לא אמרינן הוא נמשך ממגו במקום עדים לא אמרינן ולמדנו ג"כ דמגו במקום עדים הוא בין שהעדים הם כנגד הטענה דעכשו ובין כנגד הטענה דהוה מצי למטען וא"כ כי היכי דהתם כמגו במקום עדים הוא כשהעדים מזימים לטענה שטוען עכשיו ולטענה דהוה מצי לטעון הכי נמי במגו דאנן סהדי שוה הוא בין שהאנן סהדי

הוא בטענה הנטענת עכשיו ובין בטענה דהוה מצי למטען וכיון שכן בנד"ד שאנן סהדי דאין אדם מניח מעותיו על קרן הצבי מימי עולם לא ראינו מי שעשה כך שהוא קרוב לודאי כדכתב מהרי"בל ואפשר שהוא ודאי עצמי נראה דבטל מגו דשמעון זה דאי בעי אמר לקוחה היא בידי וקרוב הדבר לומר דיהא זה מגו במקום חזקה דודאי חזקה אין אדם מניח מעותיו על קרן הצבי וכההיא דכתב הר"אש ז"ל בתשוב' כלל ק"ז סי' י' וז"ל על מי שטוען פרעתי וז"ל ואם הפרעון שהוא טוען שפרע רצה לומר שפרע מעותיו ועכב שטרי חובות של הגוים לעצמו זאת הטענה נראית שקרית כי אין דרך המתעסקים בכך ליתן מעותיהם בשביל שטרות שאין גובין ממון וכ"ש בזמן הזה שנתקלקלו החובות ויש טורח לגבותם וחזקה שאין אדם מניח מעותיו על קרן הצבי ע"כ נראה דמשום חזקה כזו מבטל פרעתי הכא נמי משום חזקה כזו ראוי לבטל לקוחה היא בידי וליכא מגו וכיון שכן חזר הדין דנאמן ראובן באופן דבין למאן דסבר דאולד בקוף אינו נמכר בדינינו בין למאן דסבר דהוא נמכר בדינינו יש מקום לומר בנד"ד דליכא מגו לשמעון:

ואפילו שראינו לעתים רחוקות אחד מני אלף בקרקע של ואק"וף או"לד שהוא נמכר אחר כמה מיני טצדקי שעושין אותו אשת"דכל וזה אחר העמל והטורח אפ"ה בנד"ד יש מקום לומר דאין זה מגו כיון דסוגיא דכ"ע אזיל דאין קרקע ואק"וף או"לד נמכר והרי הוא כאלו אית ליה קלא הפך הטענה דהוה מצי למטען ולא אמרינן מגו וכמו שכתב הרי"בל דהיכא דנפקי קלא דלא כההיא טענה דהוא מצי טעין דלא אמרינן מגו ואע"ג דאית לומר לקוחה היא בידי כיון שקול מבטל הקול אינו מניעא החליטת להאי מגו וכמו שפירשו הר"אש והתוס' ההיא דרבא בר שרשום וז"ל ודאי אי הוה טעון לקוחה היא בידי מהימן כיון דאכלה תלת שנין בחיי אביהם ומשום קלא בעלמא לא יפסיד חזקתו אלא הכי קאמר לא מצית אמרת כלו' לא היית ברצון אומר כך ולא היית יכול להעיז פניך לומר כן מפני הקול ואין זה מגו והכי אמרינן בפ' האיש מקדש (דף נ.) גבי דברים שבלב דקאמר היה לך מזיד הייתי ואע"פי שאם היה אומר מזיד הייתי היה נאמן מ"מ לא אמרינן מגו ע"כ נראה דאפי' היכא שאותו הקול דאיכא בעלמא אינו בהחלט מבטל המגו דיש אפשרות רחוק לקיים המגו מ"מ אמרינן דסגי האי קלא לבטל המגו הכא נמי בנד"ד כיון דקלא אית להאי באק"וף שאינו נמכר אע"פי שלפעמים באפשרות רחוק הוא נמכר לא אמרינן מגו ועוד לא יהא אלא מנהג בעלמא שאינו נמכר היכא דאית ליה מגו וכתב המרדכי פ' המקבל וגם בנמוקי יוסף כתב נמצא שמעינן דהא אמרינן הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראיה וכתב מהר"יק שרש י"ט בדבר שהיא מנהג מסוחרים מי שיטעון נגד המנהג אינו נאמן הרי לן בהדיא דאזלינן בתר מנהגא ואפי'

להוציא ולא מהימן האי אמר ששנה המנהג ואפי' במקום מגו **(כאן נכתבו בגליון איזהו שטין אשר נכרתו מהכורך ולא כהלין כתבא למקרי.)** ותו דלענין לקוחה היא בידי בענין זה הוה צריך קלא שנמכר וכיון דליכא קלא לאו כלום הוא וכדכתב הר"אש בתשובה הנז' אחר שהביא תרי עובדי דפ' השוכר את האומנין (דף פא.) דההוא גברא דהוה מעביר חביתה וההיא גברא דזבין ליה לחבריה ארבע מאה דני דחמרה וכו' וכתב ז"ל שמעינן מהני תרי עובדא דכל דבר שיש לו קול ואי אפשר שלא יודע לשכנים אין האדם נאמן עליו בשבועה ע"כ וכההיא דא' רבא קלא איתי ליה למלתא ע"כ ותו דמאי דאמרינן בעלמא דמחזיק נאמן במגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי ולא אמרינן אייתי שטרך היינו משום דלא מזדהר אניש בשטריה טפי מתלת שנים כמו שהוסכם וא"כ היינו דוקא כשאותה טענה דלקוחה היא בידי אותה לקיחה משופה ומנוקה משום פקפוק מ"ה אמרינן לא מזדהר איניש בשטריה טפי מג"ש אבל כשאותה טענה דלקיחה יש לה איזה שודר וחולשא ודאי דאמרינן מזדהר ומזדהר וכיון שלא נזהר איהו דאפסיד אנפשיה וכמו שכתב הטור ח"מ סי' קמ"ט בשם ר"י אלברצלוני ז"ל היכא דמנה ראובן את לוי אפוטרופוס על בניו הקטנים או שמנוהו ב"ד אחרי מותו דקי"לן שהוא רשאי לעשות כל צרכי היתומים ולמכור בתים ושדות וכרמים להאכילם ובעוד שהיה לוי אפוט' על בני ראובן הקטנים החזיק שמעון באחד משדות ראובן שנים רבות עד שגדל בן ראובן ותובע בן ראובן משמעון וטוען שמעון קניתי מלוי האפוטרופוס והחזקתי בו ג' שנים ואבד שטרי ולא מחה בי לוי האפוטרופוס ובן ראובן טוען אין מחזיקין בנכסי קטן בודאי הקונה מאפוטרופוס קרקע שידוע שאינו שלו מזדהר בשטרא טובא יותר מבשטר אחר ואם הפסיד השטר איהו דאפסיד אנפשיה ואינה חזקה ואיכא מאן דבעי מימר דהויא חזקה ואינו נראה לנו אלא דאינה חזקה לשמעון עכ"ד התבאר מהם דכל שהמכר אינו כל כך משופה ומנוקה אע"פי שעולה כדין לא אמרינן לא מזדהר איניש בשטריה דמזדהר ומזדהר ואי לא איהו דאפסיד אנפשיה וכן נראה ממאי דכתב הרש"בא בתשו' סי' תרע"ב וז"ל הגע עצמך בקטנים דעלמא שיש להם אפוטרופוס אם לא מחה מי מפסדי קטנים כלו' בחזקה שטוען לקוחה היא בידי ואבר שטרי והלא צריך היה ליזהר כיון שהוא של יתומים ואע"פי שאפוטרופוס יכול למכרו מ"מ מזדהר וכן פסק הרב בעל המפה וכן נמי בעל בית חדש וכיון שכן בנד"ד כיון דמכירת האו"לד באקיוף היא מנועה בדיניהם גם בדיננו הוא מחלקת דיש אומרים שנמכר וי"א שאינו נמכר אמרינן דצריך אדם ליזהר בשטרו ועכשו ששמעון טוען לקוחה היא בידי אמרינן ליה אייתי שטרך וטענתא דאירכס אינה מועלת ואע"גב דהרב מהר"יק ז"ל בשלחנו הקצר כתב סברת י"א דהוי חזקה ולא

הזכיר דעת האומ' דאין לו חזקה ובס' בדק הבית כתב דלענין הדין נראה דאיכא מאן דבעי מימר הפך הר"י אלברצלוני כשטוען קניתי מהאפוטרופוס אכתי יש לומר דהתם היינו טעמא משום דהאפוטרופוס היינו ממש כאב עצמו ואלמוה רבנן למכירתו כמכירת האב עצמו וכמ"ש בעל מאירת עינים יצ"ו דהוי חזקה משום דיש כח לאפוטרופוס למכור כאב עצמו וכו' ע"כ ומשום הכי הוא דקאמר שם הרב דנראה דאיכא מ"ד דבאותה המכירה לית בה שום פקפוק ומה לי אב ומה לי אפוטרופוס אבל במכירה זו שהיא מחלוקת וגם מצד דינם היא מנועה נראה דיודה הרב ועוד דסוף סוף בעלי דינין אלו המוזכרים בשאלה כראובן ושמעון שניהם בעלי מקרא הם והם בכל דיניהם וירושותם מתנהגים על פי דין תורגמים ובשובה ונחת אזלי בנימוסיהם לענין ממון באין פרץ ואין יוצאת אפי' בדבר שהוא לנגד דינינו וכ"ש בענין או"לד באקיוף שיש מגדולי' אומרים שהוא עולה בדין שבודאי הגמור תרויהו ניהו להו על פי הנימוס והשיכ"עיו אין ספק שאין שמעון זה קנה הקרקע כיון דבדיני דתוגרמה דהיינו דיני עצמו אינו נמכר לא הניח מעותיו על קרן הצבי באופן שכל הטעמים הנזכרים בהצטרפם נראה לי דראובן זה נאמן בשבועתו כדכתיבנא. נאם הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

איברא דאכתי יש מקום לחולק לומר דנהמניה לשוכר שאמר דסתם היה מגו דאי הוה אמר פרעתי דהוא מהימן אם הוא לאחר זמן השכירות וכההיא דהשואל (דף קב.) שוכר אמר פרעתי ומשכיר אמר לא נטלתי על מי להביא ראיה ומסיק דבמשלם זמנא קמיירי: **איברא** דאכתי יש מקום לחולק לומר דנאמניה לשוכר במיגו דאי הוה אמר פרעתי דמהימן לאחר זמן השכירות כההיא דהשואל דשוכר אמר פרעתי ומשכיר אמר לא נטלתי ששוכר נאמן דאפי' תימא א"כ הכא דזה י"ז שנים סכר בית הרי מיקרי לאחר זמן דסתם שכירות בית הוא שנה אחת הרי מיקרי כל השנים עבורים לאחר זמן ואם היה טוען פרעתי היה נאמן וכיון שכן השתא דאמר לא אמרת לי כלום להימנא במגו דאי הוה אמר פרעתי אלא דאפשר לו' דכבר נכנס זה כההיא דכתב הרב מהרי"בל דהיכא דאיכא רעותא בההיא טענה דהוה מצי למטען אין זה מגו כההיא דהנזקין (דף נא.) דאמרינן התם מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו לפני בעל חובו ופירשו התוס' וז"ל פירוש אמאי לא יהיה נאמן במגו דאי בעי כופר הכל או נלך מהכא דלא אמרינן מגו ומשני דאין אדם מעיז פניו לפני בעל חובו דאין לו פנים לכפור הכל ואע"גב דבכופר הכל אמרינן בפ' שבועת הדיינין (דף מב.) דאשתמוטי אשתמיט ולכך תקנו שבועת היסת בכופר הכל מכל מקום יותר יש לו פנים לכפור מקצת מלכפור הכל וליכא מגו ע"כ וההיא חזקה דאין אדם מעיז פניו אינה חזקה מעליא

דאשתמוטי אשתמיט אלא דאיכא רעותא בההיא טענה דיש לו יותר פנים לכפור מקצת ולכפור הכל ע"כל משמע דהיכא שהטענה שטוען עכשו היא יש בה פחות העזה לא אמרינן מגו, דאיבעי אמר טענה אחרת שיש בה יותר העזה וא"כ הכא נמי בנד"ד אי הוה אומר פרעתי הויא העזה יותר דמשקר בפניו אבל כשאומר דהוה סתם אינו כל כך העזה שבעל הבית אומר שמא לא שמע או לאו אדעתיה כיון דלאו מעשה בקום עשה הוא ולא משקר אבל פרעתי דהוה מעשה ודאי דמעיז מיקרי ובכי האי גונא אפשר דלא אמרינן מגו ואע"גב דכתב ה"רן בפ' כל הנשבעין בשם רב שרירא גבי שוכר שכיר דנשבע ונוטל דלא שכרתיך הוא יותר העזה מפרעתיך היינו טעמא משום דאיכא טעמא דבעל הבית טריד בפועליו וסובר השכיר דכשאמר פרעתיך דאגב טרדתו לא מדכר ומיחזי ליה דפרע אבל לא שכרתיך מעולם העזה גמורה היא אבל היכא דליכא טעמא דטירדא ליכא מאן דפליג דפרעתי היא יותר העזה מלא שכרתי ועוד אחרת אפשר לומר בנד"ד כדכתב הרב מהרי"בל שם האופן הי"א דלא אמרינן מגו היכא דמצינן למימר שהוא סבור דבההיא טענה דקא טעין איכא מעליותא ובההיא טענה דהוה מצי למטען איכא גריעותא ע"כ ולדעתי זו היא שכתב הרב ן' זמרא דמגו מטענה טובא לטענה רעה לא אמרינן והכא בנד"ד טענה שאומר שלא אמר לו דבר היא טענה טובה דמיום הכנסו בבית הוא נפטר מלתת שכירות אבל בטענה דפרעתי אינו נאמן אלא השנים שעברו חוץ משנה זו וא"כ הוי מגו מטענה טובה לטענה רעה ולא אמרינן. באופן דמשני טעמים אלו אפשר דליכא מגו לשמעון וחזר הדין דראובן נאמן וזה מהני הבטול רשות י"ב חדש כדכתב הטור בסי' ע"ח וע"כ לא אמרינן דבתוך זמן לא מהימן אלא בקובע זמן אבל בסתם אפי' [בתוך ל' יום] אם אמר פרעתי תוך זמן נאמן דזמנין דמתרמי ועביד אינש דפרע בגו זמניה עוד יש צד מכריע לזכות ראובן דלא יהא אלא כטענת שמעון שאומר שנכנס סתם ולא פורש אם בשכירות אם לאו כיון דלא התנה תחלה בחנם ודאי שנאמר דסתמו כפירושו הוא שישב בשכירות כמנהג וכיון דכל עניני שכירות בסתם הכל כמנהג המדינה דהמנהג על הרוב הוא להשכיר בתים ולא מצינו מי שיושיב בביתו אנשים כ"כ זמן ודאי נאמר דבנד"ד סתמו הוא כפירושו שישב בשכירות מכל הלין טעמי היה אפשר לי דראובן זוכה בטענתו ומ"מ הטוב בעיני אלקים ואדם להביא הענין לידי פשר דבר והמתמצע ביניהם לפשרם הרי זה משובח:

סימן כז

בע"ה ה' נזקי שכנים. לגבירים אחים בני ויליסיד יצ"ו. הת"א.

שאלה ראובן היה מסתחר בחנותו לקנות ולמכור ראזינה ובגדים ובגדי משי וכיוצא בהן כדרך הסוחרים והאלהים אנה לידו איש משרי המלך גדול מאד שנזדמן אליו ועשה משא ומתן עמו פעמים שלש ומאז והלאה לא זז מחבבו ויהי מדי עברו יסור שמה לקנות מעמו כל הנצרך אליו ולביתו עד שמרוב ההרגל עמו ובמשאו ובמתנו נפש השר ההוא נקשרה בנפש ראובן הנז' ויהי לו לבן בית המוציא והמביא בכל מוצאיו ומובאיו ומפקח בעניניו וכל דצריך לו מבגד וראז"וש וקנמאש וחפצים וכל דבר דאיקרי כסף מידו יבקשנו ואין לזרים אתו כה משפטו מאז הפקיד אותו על ביתו זה כעשרים וחמש שנים ויותר מהמה ובהמשך כל הזמן הנ' לא חסר ממנו שנה אחת שלא היה חייב השר הנ' לראובן הנ' קרוב לעשרה אלפים גרוש' מ"מ כי הוא היה נותן בהקפה ולעת מצוא יתפרע ממנו כאשר עם לבבו וירבו הימים והשר הנ' נעשה ויזיר בתוך הקובה והוכרח לקנות אליו כל הצריך למלבושיו ומלבושי אנשיו ונעריו כי רבו וכלי זיינם עליהם כסף ושוה כסף כפי מנהגם וראובן הנ' נתן הכל בהקפה אם מחוט ועד שרוך נעל עד שעלה סך החוב קרוב לשלושים אלף גרוש' ומלבד זה כל אשר היו שואלים ממנו היה נותן כי אמר אולי יחנן ה' יעלה במעלה רמה להיות מבני עליה ונוצר תאנה יאכל פריה. כי יצא הקצף מלפני ה' והקציף הקב"ה אדונים על עבדיהם וחמת המלך בערה בארבעה משנים ויזי"רוש אשר בשער המלך לסבת מה ובפתע פתאום הדת נתנה מאת המלך לגרש אותם לאי רודוס מבלי הודע אליהם הקדמת הידיעה כלל וגם המשנה הזה היה בתוך הגזרה ויגלה אותם כרגע ובזז בזה כל אשר להם מטלטלי ומקרקעי נכסיהם למלך וגם צידה לא עשו להם משלהם בלתי אם גויתם הניחום בתוך הדוגיא ושלחו אותם שמה באי רודיס אל מקום אשר אסורי המלך אסורים שם כשמוע ראובן הדבר הרע הזה נעצב אל לבו בעצבון ודאבון נפש כי החוב היה יותר משלשים אלף גרוש' וגם שהוא חייב לסוחרים הרבה ומה יעשה טלה בין זאבים כי יבקשו את שלהם ואין לאל ידו לצאת ידי חובתו ועל כל אלה שם באלקים מחסהו ועל השם השליך יהבו ועל הראשונים שהיה מצטער עליהם בחובו בא להוסיף עליהם ולקח חמשים אלפים לבנים בכיס אחד להוצאת הדרך ומקצת כלי גולה הנצרכים לדרך משכב וספות וכלי יוצר ומיני מתיקה ומאכלים צידה לדרך והגיש למשנה הנ' ולעם אשר אתו ודבר על לבו ג"כ דברים טובים דברים נחומים עד שנפלאו מאד הפלא ופלא השרים היושבים בצדו על ראובן הנ' בנדיבותו וארושותו והמשנה הנ' התחיל אז לספר בשבחו של ראובן באמרו כי מצאו אהוב נאמן ועובד מאהבה מיום דעתו אותו ושאם האל ית' יזכרהו לטובה להשיבו על כנו ולהעלותו לגדולה עליו לשלם כפי הראוי והמחוייב אליו ויפרדו איש מעל אחיו המשנה הלך למסעיו לחוף

ימים וראובן עלה אל ביתו לדעת מה יעשה לו עד עברו ימים מספר וחמת המלך שככה ויאמר להשיב המשנים המגורשים אל איתן מושבם ומכללם המשנה הזה והמה באו עיר המלוכה דחופים וסחופים ועניים מרודים ואין להם על מה שיסמוכו כי המלך בזז את כל אשר להם ובאותו פרק ג"כ ראובן הנ' החזיק את יד המשנה להמציא לו די מחסורו אשר יחסר לו עד סוס לרכוב עליו ועבד לרוץ לפניו לבוא אל שער המלך לדי"ואן כמנהג. ויהי לתקופת הימים וה' נתן את חן המשנה הנ' בעיני המלך יר"ה ובאהבתו אותו עשאו שרו של מצרים ומושל בכל אשר לו כי היא ממשלה טובה ומועילה עד מאד ואז ראובן הנ' היה מוטל על ערש דוי קלהו מראשו קלהו מזרועו מאין לבוא אל שער המשנה כי גבר עליו חליו ובכל זאת לא חטא המשנה באהבתו ולא שקר באמונתו וביום אשר יצא מלפני המלך בלבוש מלכות הוא הכלע"אט ויבוא אל ביתו בה שעתא לבוש כבודו מעליו הפשיט ונתון הלבוש ביד איש מעבדיו וישלחהו אל ראובן הנ' לכלע"אט באמור לו כי נתן לו השרף באשיליק והלבש אותו הנלעאט כמשפט ויהי בבוקר אזר חיל ראובן הנ' ובחולשתו בא אל המשנה ויתנפל לפניו והמשנה שמח עמו שמחה גדולה אז אמר לראובן ולאחיו הכינו לכם צדה כי בעוד שלשת ימים נוסעים אנחנו והכינו אשר יביאו בהמרצה גדולה ובין כה וכה איש יהודי היה יוצא ובא בפתח הויזיר עאזם לענין מה וכי ראה כי נתנה למשנה הנ' הממשלה הראשונה הנ' וישימהו בכל ארץ מצרים אז חשב בלבו לרשת משכנות לא לו ובקש והוי"זיר ע"זם שיצוה למשנה הנ' שיעשהו צרף באשי במקום ראובן הנ'. ולא אחר הויזיר עזם לעשותו וכתב לו בויורדי אחד שיתנו השרף באשיליק לשמעון וירע הדבר מאד בעיני המשנה ואם כי קם בעצמו והודיע אל הויזיר עאזם כי יש אתו יהודי אחד שהוא בן משק ביתו משנים רבים וכבר נתן לו האצרף בשיליק עם כל זה דבר הויזיר עאזם הנ' היתה עמו לאמר צוהו על השרף באשיליק כי באלה חפצתי ולמען היות המשנה מוכרח במעשיו שלא להמרות דבר הויזיר עזאם כן עשה והלביש אותו כלעאט לשראף באשי' וכל עבדי המשנה וכל אבזריה והוא עמהם היו כמתאוננים איכה נהיתה הרעה הגדולה הזאת ובדרך סוד דבר עם ראובן לאמר אל תשים את לבך דבר רדה אלי ושכרך הרבה מאד. וכי ראו קצת מנכבדי הארץ העושק והמרוצה אשר נעשה לראובן הנ' נכנסו בין ראובן ושמעון לפשרם באופן שלא יוזק אחד מחברו ולא עלה בידם כי מאת ראובן היתה נסבה שלא להביא הדבר לידי פשר ושותפות כי אמר איך אעשה הרעה הגדילה הזאת ולקחתי את לחמי מפי עוללים ויונקים הבנים בני אשר טפחתי ורביתי ונתתי לאיש אשר לא עמל בו וגם כי המפשרים הנ' היו אומרים שיפשרו בענין שיהיה לו ויתור רב לא קבל ולא שת לבו גם לזאת ושמעון וכל אנשיו

היו שוטמים כי אם לא יתפשר ראובן עמו יש לו יד ושם עם המשנה הגדול והואלדה והשולטא"רה ויעשה באופן שלא ילך ראובן למצרים ועוד אחרת כי באותו זמן היה פה אילג"י מפלאנ"דיש איש חשוב ויקר בעיני כל השרים ודברו לא ישיב ריקם בכל אשר יבקש והוא היה עוזר לשמעון ועושה לו סעד לתמכו ומיראת ראובן על כל אלה כשנסעו ללכת מדי עלותם בדוגיא הם לבדם מבלי אמצעי נשבעו איש אל רעהו להיות שותפים בענין הש"רף באש"יליק בתנאי שילבש שמעון כלעט במצרים או באסכנדריאה ואם לא ילבש נקי הוא משבועתו זאת ואפי' שילבש שמעון כלעט בענין מכירת קומאש' וראזוש' וכלעאטיש אין לו עסק בהם כפי דברי ראובן כי הכל הוא משל ראובן. ויהי כי הקיפו הדוגיאות לצאת ממחוז קושטאנדינה ויתנכר המשנה אל שמעון כאלו לא היו דברים מעולם ביני לבינו ופעם ופעמים דבר אתו קשות ללא דבר כי לא חפץ בו ובבואם מצרימה תכף ומיד הלביש כל"אט לראובן הנ' לש"רף בא"ש ולא לשמעון וכל פינותיו שהיה פונה אם לטב אם למוטב בכל ענייניו ובכל הנצרך אליו היו דבריו עם ראובן ולא עם שמעון וכל אנשי המשנה קיהאיה ושה"יר האכ"לה וכל אבזריהו כמוהו כמוהם. כראות שמעון שלא נעשתה עצתו ועבר ימים או עשור ואין כל מאומה בידו אז אמר לראובן אנה אני בא ואין לב המשנה שלם עמי לספחני באחת הכהונות קלה כבחמורה לכה ונכרתה ברית אני ואתה בפשר דבר שתתן לי ואלך מעליך וטוב לך ונכנסו ביניהם אנשים חכמים ויודעים ופשרו שיתן ראובן לשמעון שלשה אלפים וחמש מאות גרוש' ושיפרע לו בעד המשנה שהוא חייב לו ד' אלפים שהם בין הכל ז' אלפים ות"ק וילך מעליו וכן עשה ראובן הנ' ונתן לו ז' אלפים ות"ק גרוש' וכתבו ביניהם מחילה כוללת מזה על זה מחילה חתוכה וחלוטה כדין וכהלכה בכל תוקף וכל חזוקי סופר ושמעון נסע משם וילך לו אל ארץ הצבי ונתגורר שם ימים מספר ואחרי כן בא אל ביתו פה קושט' וראובן נשאר שם יוצא ובא בשער המשנה כאשר בתחלה ואחר עבור שנתים ימים מטעם המלך הזיזו את המשנה ממקומו ונעשה מעזול ושם לדרך פעמיו דרך ירשה וראובן מחולשתו כי כבד עליו הדרך בא דרך אניה בלב ים והגיע אל ביתו בשלום ובמישור ויהי כבוא ראובן פה קושטאנדינה קרא עליו ערער שמעון הנ' כי הוא שותפו בהחלט ורוצה לחלוק עמו בכל אשר הרויח כי הוא ג"כ לבש כלעאט פה לשראף באשי' ואם נתפשר שם במצרים הכל היה על צד האונס ואומר שיש לו מודעא לבטל המחילה וראובן טוען כי שמעון ירד עמו לחייו והשיג את גבולו להכנס במקום שאינו שלו לבוא עליו בשער הנ' כי זה שלשים שנה זכה והחזיק בה וכמה פזורים וכמה פסידות ארעו לו בזה הפתח וכמה דורונות הוציא עד עתה להעמיד שירות פתח שער המשנה על נכון כנודע לכל ושמעון זה בא

בזרוע נטויה וביד רמה לקחת את שלו ועכ"ז הוא נמנע לעשות עמו פשר אם לא על תנאי שילבש כלעט למצרים ולא לבש ועם כל זה במצרים נתן לו שלשה אלפים ות"ק גרוש' בפני עדים וחכמי מצרים כנראה בשטר המחילה עתה מה רוצה ממנו ומה מידו יקח ועכ"ז אינו נשמט מדין התורה ויחדו למשפט יקרבו וכל דמתעני מן דינא עליו לשלם ושמעון זה לא השיב ידו מבלע תחת יד להבאישו בעיני הסרנים מפה ומפה אדוני הארץ לולא ה' שהיה לו לראובן והאמת עד לעצמה. עתה יורנו מורנו אם יש שום ממשות בדברי שמעון והדין עם מי ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה יסוד היסודות ועיקר שהכל תלוי בו בענין זה היא לידע ולהודיע אם ראובן זה בהתמדת שירותו ומשאו ומתנו בפתח המשנה הנז' חשיבא ליה חזקה או לאו דאי לא חשיבא ליה חזקה כל היכא דלא מסר מודעא מה שעשה עשוי מדי דהוה אזביני דאע"ג שהוא שלו ואונס אותו למכרו עם כל זה זביניה זבין כל זמן שלא מסר מודעא כמו שנראה מכללות הפוסקים אשר הובאו דבריהם בית יוסף ח"מ סי' ר"ה וכתב עליהם הרב הנ' ומדברי כלם למדנו דכל היכא דלא מסר מודעא לעולם זביניה זביני וכן נראה מדברי הר"אש וכ"כ הרמ"בם בפ"י דה' מכירה ובפ"ט דה' גזלה עכ"ד ומה גם בענין זה כיון דמדינא לית ליה חזקה בשער המשנה מי יודע אם נתרצה בפשר זה וליכא אונס וכיון דלא מסר מידעא פשרתו פשרה ואם נדינהו למוחזק בפתח שער המשנה הנ' אין ספק דאפי' לא מסר מודעא כתבינן ליה ואין במעשיו כלום כמו שיתבאר לפנים בס"ד כאשר יורונו מן השנים:

והנה מתורתו של הרש"בא בתשובה הובאה בב"י ח"מ סי' קנ"ח יש ללמוד דראובן זה הוא מוחזק בשער המשנה שכתב שם וז"ל נשאל הרש"בא חייט אחד שהיה רגיל אצל עירוני אחד מכמה שנים שהוא לבדו עושה מלאכתו ובא חייט אחד ורצה להכנס עצמו עם העירוני הזה לעשות מלאכתו בזול יותר והראשון מתרעם עליו מסתברא שמוחים בידו דדמי קצת למצודת הדג כדאמרינן שאני דגים דיהבי סיארה בבא בתרא (דף כא) הכי נמי כיון שרגיל לעשות מלאכתו על יד זה הרי הוא כאלו בא לידו ועוד דכל מכר הרי הוא כאלו בא לידו כבר כדאיתא התם בפרק יש נוחלין (דף קכג.) גבי בכור נוטל פי שנים בזרוע לחיים והקיבה וההולך ומפתה את הארמי לעשות מלאכתו כפוסק לחיותו של זה וגוערין בו ומוחין בידו ע"כל ומדקאמר דהרי הוא כמי שבא לידו ודמה אותו למצודת הדג דאמרינן שאני דגים דיהבי סיארה ופירש רש"בם נותנין עין בהבטה להיות רגילין לרוץ למקום שראו שם המזון הילכך כיון שהכיר זה חורו ונתן מצודה ומזונות בטוח הוא שילכדנו והוה כמאן דמטא לידיה ונמצא חברו מזיקו ע"כ נראה שהחייט

ההוא הוי מוחזק באותה מלאכה דעירוני ואם בחייט ההוא דלית ליה פסידא כלל אלא חסרון ריוח כתב הרש"בא דמקרי מוחזק והרי הוא כאלו בא לידו כ"ש וק"ו בראובן זה שזה שלשים שנה ויותר עומד ומשמש בפתח המשנה הזה בכחו ובאונו בהונו וממונו וכמה פסידות ארעו לו וכמה הוצאות הוציא עד עתה כנודע ומפורסם לכל שאין ספק דמקרי מוחזק ומוחזק וכמאן דמנחא ליה בכיסתיה דמי.

וגדולה מזו כתב הרב הגדול מהר"ר דוד ן' זמרא ז"ל בתשוב' כלל שבועות ונדרים וז"ל מעשה שהיה כך היה בראובן שהיה מוחזק באלתזאם שלקח אותו מאת המלך יר"ה לשלש שנים כמנהג בלתז"אם ואחר שעבר מקצת זמן בא שמעון וא"ל תן לי חלק במקום הזה ואם לאו אוסיף עליך וכן המנהג שמקבלין התוספת ומוציאין את הראשון וראובן מפחדו לזה נשתתף עם שמעון ונתן לו השליש באלתזאם הנ' וכתב לו שטר שותפות בכל חזוקי סיפר בכל מיני מודעות ובשבועה חמורה לקיים כל הכתוב לעיל ואחר עבור הזמן באו לחשבון וקנה ראובן חלקו של שמעון ונתן לו השליש במקום הנ' בכך וכך אעפ"י שהיה מגיע יותר כפי החשבון וזקפן עליו שטר חוב בכל חזוקי סיפר בביטול מודעי ע"ס ובפיסול עדיהן ובשבועה חמורה לקיים כל הכתוב לעיל וכשהגיע זמן הפרעון תבע שמעון את ראובן החוב הנ' ואמר לו ראובן שאינו חייב לו כלום שאנוס היה בדבר והוציא שטר מודעא כתוב וחתום שבאונס עשה כל זה וכו' תשובה תחלה יש לדקדק אם חזקה זו תהיה חזקה או לא כיון דדרכם לסלק בתוך הזמן וכו' והנה תחלה אומר כי שמעון זה לא טוב עשה כי ירד לתוך אומנותו של חברו ויורד עמו לחייו וראוי לעונש ומותר לקרותו רשע כדאמרינן עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה נקרא רשע ומרגלא בפומייה דאנשי דקירין לכיוצא בזה מסיג גבול רעהו לפי זה קאי בארור וכ"ש פה מצרים שיש תקנה וחרמן של ראשונים שלא יוסיף וישכור בית שדר בו חברו או חנות ואם בבית דירה כך אמרו כך כ"ש במקום שתלוי בו פרנסתו ופרנסת ביתו ואפילו אחר האלתז"אם והשלם הזמן אסור לישראל לקחתו דלא גרע מעני המהפך בחררה דאומדן דעתא הוא דכל הני סברי שאחר שיושלם הזמן יחדשו האלתזאם וכ"כ מה"רי קולון בשרש ב' אמנם לגבי הדין כיון דקימא לן דינא דמלכותא דינא ודינא דמלכותא הוא שמסלקין את הלוקח האלתז"אם אם הוסיף עליו אפי' לא השלים זמנו וכן הוא המנהג בכל מלכות המלך יר"ה אין כאן חזקה וכ"ש וק"ו בנדון זה שהמקום הוא של המלך שאין חזקתו חזקה ובבתרא יש מעשיות מסכימין לזה ומעתה מטעם חזקה הדין עם שמעון אם היה לוקח אותה מאת המלך אבל מאחר שלקחה מראובן ועשה מודעא יש לדון בדבר ע"כל הרי דלייט עלה הרב ז"ל לאיש העושה זאת וקראו רשע ומסיג גבול דליקום בארור ואי לאו טעמא

דדינא דמלכותא דשייך באלתז"אם הוי חזקה מעליא ועכ"ז כתב בסוף דבריו דכיון שלקח מראובן יש לדון בדבר אי הויא חזקה דון מינה בנדון שלנו דכיון דלא שייך בה טעמא דדינא דמלכותא דאין זה מחוקים שחקק הממלך לבני המדינה כמו שכתב הרמ"בם בפ"ה דה' גזלה ואינו ענין לדינא דמלכותא כלל ואדרבה התוגרמים מלעיגים בנו לדבר זה באמרם כי היו שרי יהודה כמסיגי גבול בודאי הגמור דחשיבה ליה לראובן חזקה מעליא והבא ליכנס בתוך גבולו גברא אלמא הוא וכל אלו וכיוצא בהן משלחי גלימי דאנשי הן:

ואל תשיבני ממה שכתב המרדכי ז"ל בפ' חזקת הביאו הרב ב"י בשלהי סי' קנ"ז וז"ל יש מקומות שדנין דין מערו"פיא וכן ראיתי בתשו' ר"י ט"ע ומדמו ליה לדגים דיהבי סיארה ויש מקומות שאין דנין ומתירין לישראל ללכת למערופיא של חברו ולהלוות לו ולשחודי ליה ולאפוקי מניה דאין כאן גזל בנכסי הגוי הרי הם כהפקר וכל הקודם בהן זכה כדאיתא בפ' חזקת ע"כ דמשמע דאין הדין זה מוחלט לכ"ע אלא כפי מנהג המקומות דשתי תשובות בדבר חדא דבאתרא דאין דנין אותו ודאי היינו קודם שיגמר הענין ביד בעל המערופיא וכדאמר אח"כ דנכסי ארמי ה"ה כהפקר וכל הקודם בהן זכה הרי דיש זכות למי שקדם וגמר קנינו וזה מוכרח דאי לא תימא הכי מאי עבדי ליה למאי דאמרו בגמרא בענין מרחיקין מצודת הדג שאני דגים דיהבי סיארה והלא נראה משם דכיון שנתן מצודתו והוא בטוח שיבוא אליו ה"ה כמאן דמטא לידיה ואלו דין מערופיא הוא אחר שיגמר קנינו למה לא יהא אסור אלא ודאי דמיירי בענין שבעל המערופיא עדין לא גמר קנינו ובהא יש חלוק במקומות דקצתם מדמו ליה לדגים דיהבי סיארה דכיון דהוא מערופיא שלו בטוח גם הוא שיבוא אל ידו וה"ה כמאן דמטו לידיה וקצתם לא מדמו ליה לדגים משום דמפרשי ליה להאי דשאני דגים דיהבי סיארה דמיירי בדג מת שכן דרך הדייגים לשום במצודות דג מת והדגים מתאספים שם סביב אותו הדג וכיון שזה פירש מצודתו תחלה ועל ידי מעשה זה שעשה מתאספים אליו הדגים ודאי אם חברו פורש מצודתו נמצא גוזלו דכבר הוא כאלו אתא לידיה כדתרץ רבינו מאיר אביו של רבנו תם בקידושין פ' האומר (דף נט.) כשהקשה ממרחיקין מצודת הדג למי שפירש דעני המהפך בחררה אינו של הפקר ע"ש א"כ הכי נמי סברי קצת מקומות דלא מדמו דגים דיהבי סיארא לדין מערופיא משום דמערופיא עדין לא בא לידו ומשום הכי התירו אבל בנדון שלנו שכבר נגמר הענין וכבר לבש ראובן כלעאט על הש"רף באשי"ליק שזהו גמר הענין בענין זה אין ספק שאפי' באותם המקומות היו אוסרין דהשתא תו ליכא טעמא דכל הקודם בו זכה זכה זה בלבישת הכל"עט כאמור ודמיא לאותה שאמרו בהנזקין (דף

נט.) עני מנקף בראש הזית מה שתחתיו גזל מפני דרכי שלום ואיתמר עלה בגמ' תנא אם לקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור ופירש רש"י הואיל ומטו לידיה גזל גמור הוי ע"כ והתוס' כתבו אצטריך לאשמועינן דתולשן בידו ומפילן אע"פי שלא אחז בידו אלא להפילן הוי גזל גמור כאמור ע"כ וה"נ כיון דלבישת הכלע"ט הוא גמר הענין כמו שהוא המנהג בכל השא"רף באש"יש דכיון שלבש כלע"ט כל עולה קפצה פיה ושוב אין פוצה פה ומצפצף ומה גם בנדון זה שאהבה עזה היה בין המשנה ובין ראובן וכל פינותיו היו לעזר ולהועיל לראובן ולבישת הכל"עט לשמעון כמעט היה ומוכרח במעשיו אין ספק דאפילו באותם המקומות היו דנין דין מערופיא ושויא אנפשייהו חתיכה דאסורא:

ועוד דאפילו תימא דבכל ענין לא היו דנין דין מערופיא באותם המקומות ונניח מה שאינו אפ"ה בנדון זה מקום שנהגו לדון דין מערופיא מקרי כיון שיש הסכמות קבועת אל כלל הקהלות מעניני החזקות והבתים ששום בר ישראל לא יורשה להסיג גביל רעהו כמבואר לכל וכ"ש בענין כזה שתלוי בו חיות אדם וכל נפשות ביתו וכמו שכתב הרב ן' זמרא ז"ל באותה שהזכרתי למעלה שמעון זה ראוי לעונש ומותר למקרייה רשע כדאמרינן עני המהפך בחררה נקרא רשע וכו' וכ"ש פה מצרים שיש תקנה קדומה וחרמן של ראשונים שלא יוסיף וישכור לו בית שדר בו חברו אם בבית דירה אמרו כך כ"ש וק"ו במקום שתלו בו פרנסתו ופרנסת ביתו ע"כ הרי דפשיטא ליה לרב ז"ל דבמקום שיש הסכמות איומות וקדומות בענין חזקת הבתים שלא יורשה שום בר ישראל לקחת ולהוסיף במקום שדר חברו דיש בכללן לכל שירד בתוך גבולו של חברו בענינים אלו וכיוצא בהן ונמצא א"כ לפי זה שראובן חשיב מוחזק בפתח שער המשנה חזקה מעליא:

ואחר שזכינו לדין דראובן זה מקרי מוחזק בשער המשנה ושמעון הבא להשיג את גבולו הרי הוא יורד לחייו ויש לו דין עני המהפך בחררה ועני המנקף בראש הזית שהוא גזלן גמור כמו שהוכחנו א"כ אין ספק דאפילו דראובן זה לא מסר מודעא בעת שנשבע שמעון אפ"ה אונסיה אונס ואין צריך למסור מודעא וכמו שכתב הרמ"בם בפ"י דה' מכירה וז"ל והביאו הטור סי' ר"ה ח"מ וז"ל כתב הרמ"בם במ"דא שצריך מודעא בחמסן שכופה את המוכר למכור לו שלא ברצונו אבל בגזלן והוחזק גזלן ואח"כ לקח שדה שגזל אין המוכר צריך למסור מודעא כמו שבארנו בה' גזלה ע"כ ובה' גזלה פ"ט כתב על הגוזל שדה והוחזק גזלן ז"ל אין בעל השדה צריך לעשות מודעא על מכר זה הואיל והוחזק גזלן זה על שדה זו ואין ראיתו בר ראיה ואין צריך למסור מודעא ואין דין הגזלן כדין האונס את חברו ותלה אותו עד שימכור לו שזה האונס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדין כלום לפיכך אם לא מסר המוכר האנוס מודעא מכרו קיים עד כאן דבריו ז"ל:

ויש כאן מקום עיון בדבריו מפנים חדא למה כפל את דבריו שאמ' אין בעל השדה צריך לעשות מודעא ובאמצע הסעיף כתב ואין ראיתו בר ראיה ואין צריך למסור מודעא הא קם ליה חדא זימנא אין צריך לעשות מודעא וסגי ותו איכא לדיוקי בדבריו דכיון דעקר דין זה נלמד מההיא דפ' חזקת (דף מז:) דאמר רב נחמן אמר לי הונא כולן שהביאו ראיה ראיתן ראיה ומעמידין שדה בידן גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה וכמו שכתבו מפרשי דבריו והתם לא הוזכר אלא גזלן לבד למה ליה לרב לאטרוחי כולי האי ולמימר גזלן והוחזק גזלן וכן לעיל מלשון זה כתב הגוזל את חברו והוחזק גזלן וכו' והכי נמי בה' מכירה אבל הגוזל והוחזק גזלן דכיון דתאמר גזלן בצורתא דשמעתא ודאי דהוחזק גזלן וכדאמרינן התם היכי דמי גזלן כעין ויגזול את החנית מיד המצרי והתם הוחזק גזלן לענין החנית דבאפי כולהו הוה וא"כ נראה מילי דכדי ומאי כוליה האי ותו איכא לאקשויי עליה מם שהקשו עליו הראשונים והרב ב"י ז"ל כתבו יותר מבואר שם וז"ל ובאמת שדבריו תמוהים דהא איתא בפ' חזקת וכתבתיו בראש סימן זה אמר רב נחמן א"ל הונא וכולן שהביאו ראיה ראיתם ראיה ומעמידין שדה בידן גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה ואין מעמידין שדה בידו רב ביבי מסיים בה משמיה דרב נחמן קרקע אין לו אבל מעות יש לו ואמרינן בתר הכי אמר רב הונא תליוה וזבין זביניה זביני ואותבינן עלה מדתנן לקח מסקריקון וחזר ולקח מבע"הב מקחו בטל ואמאי התם נמי נימא אגב אונסיה גמר ומקני ומשני הא איתמר עלה אמר רב לא שאנו אלא דאמר ליה לך חזק וקני אבל בשטר קנה ולשמואל דאמר אף בשטר לא קנה מאי איכא למימר ומשני מודה שמואל היכי דיהיב דמי ולרב ביבי דמסיים בה קרקע אין לו אבל מעות יש לו מאי איכא למימר ומשני דרב ביבי מימרא היא ומימרא לא סבירא ליה לרב הונא ופי' רש"בם ז"ל ולרב ביבי דמסיים בה וכו' אבל מעות יש לו לגזלן שנתן להנגזל אלמא ס"ל דאפי' נתן הגזלן מעות לנגזל לא קנה דתליוה וזבין לאו זביני זבין ובתר הכי אסיקנא אמר ורבא הלכתא תליוהו וזבין זביניה זבין וכיון שכן משמע דכרב הונא קימא לן ולא כרב ביבי אלא תלוה וזבין זביניה זביני אלא א"כ מסר מודעא וכ"כ הר"יף והר"אש וכן נראה מדברי הפוסקים זולתי רבינו ירוחם שכתב לשון הרמ"בם וא"כ יש לתמוה דכיון דפסק כרב הונא דתליוה וזבין זביניה זבין וכדאסיקנא בגמ' היאך פסק כרב ביבי דלא ס"ל לרב הונא כותיה דאם איתא דבגזלן נמי ס"ל לרב הונא דמקחו בטל לא הוה ליה למימר דלא ס"ל כרב ביבי וטפי הוה עדיף לשנויי כרב ביבי בגזלן ומ"ה מקחו בטל ורב הונא מודה בהכי אלא ודאי רב הונא לית ליה דרב ביבי וכרב הונא קימא לן וכבר השיגו הרא"בד ע"כל וה"ה ז"ל ג"כ כתב בפ"ט דה' גזילה על לשון זה דהרמ"בם וצ"ע היאך חלק בין זה

להההו' דתליוהו וזבין אחר שהגמ' משוה אותם עכ"ל ולפי דבריו בדברי הרמ"בם יתיישב זה בס"ד:

והרב הקדוש מהר"י קארו ז"ל ב"בי תרץ בשני פנים וז"ל ונ"ל ליישב דברי הרמ"בם שהוא ז"ל סובר דרב הונא מודה כרב ביבי דגבי גזלן תליוה וזבין לאו זביניה זבין ורב המנונא דאותיב ליה מסקריקון הוה ס"ד דרב הונא פליג ארב ביבי וגמ' אהדר ליה לפום שיטתיה דרב המנונא דרב הונא לא ס"ל דרב ביבי אבל קושטא דמלתא היא דאית ליה דרב ביבי וע"יל דאין הכי נמי דרב הונא לית ליה דרב ביבי כדמשמע מפשטא דגמרא מיהו כיון דרב ביבי משמיה דרב נחמן קאמר לה ורב נחמן דיינא הוא והלכתא כוותיה בדיני הכי קימא לן ע"כל ועם שהתרוץ הראשון הוא קצת דחיק דלא משמע מפשטא דגמרא דלפום שיטתיה דרב המנונא אהדר ליה כן וכמו שהעיד הרב הנ' עצמו בתחלת התרוץ השני שכתב דאה"נ דרב הונא לית ליה דרב ביבי וכדמשמע מפשטא דגמרא אפילו הכי קבלה נקבל כיון דלית ליה קושיא ודברי הרב אמת ותורתו אמת. אבל אכתי קשיא מאי דתרוץ בתרוץ השני דכיון דרב ביבי ק"אל משמיה דרב נחמן והלכתא כותיה בדיני הכי קי"לן ע"כ ואלו דברי תימא דמעקרא ודקארי לה מאי קארי ליה וכי לא ראה שהם דברי רב נחמן דה' כותיהו אלא ודאי דמאי דקשיא ליה הוא משום דאסיקנא בגמ' הפך דבריו הלכתא תליוהו וזבין זביניה זביני כרב הונא והתלמוד פוסק כרב הונא וכדכתב הרב ובתר הכי אסיקנא וכו' וכיון דפסק כרב הונא וכדאסיקנא בגמ' היאך פסק כרב ביבי דלא ס"ל לרב הונא כותיה ע"כ משמע דכל עצמה של תמיהה היא משום דאסיקנא בגמרא הפך רב נחמן וא"כ מאי קא משני דכיון דה' כותיה בדיני הכי קימא לן אי אית לן האי כללא היינו היכא דלא מוכח מתלמודא הפך דבריו אבל אי מוכח בטיל האי כללא וכמו שכתב הרב בעצמו בכללי התלמוד אשר לו על כלל דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו הלכה כמותו וכתב הוא ז"ל ואמרינן בבתרא דף כ"ו דהיכא דמוכח בתלמודא דלאו כותיה לא סמכינן אהאי כללא ע"כ ובהדיא כתב הרב הנ' בכלליו וז"ל הוי יודע שכל כלל שבתלמוד כגון פ' ופ' הלכה כפלוני וכיוצא בו מהכללים שהזכרנו כולהו קי"לן הכי מסתמא בר מהיכא דמתפרש בהדיא או מוכרח מסוגית התלמוד דלית הלכתא כהני ובכמה דברים פסיק התלמוד הלכתא נגד הכלל ובאותם דברים וכיוצא בהן אין סומכין על הכלל ואין משגיחין בבת קול וכן אומר הרשב"א ז"ל בפ' יש נוחלין בפירושיו ע"כ וא"כ דפסיק תלמודא בהדיא דלאו כותיה אלא דפסק כרב הונא לא נסמוך נמי אהאי כללא:

ואפילו תימא דעיקר הקושיא על הרמ"בם ובפרט בדברי הרב מהר"יק הוא לאקשויי מניה וביה דכיון דפסק בספרו דתליוהו וזבין זביניה זבין כרב הונא היכי פסק כרב ביבי

בענין גזלן והא רב הונא לא סבירא ליה כותיה וכמו שנראה כן מלשונו שכתב בכסף משנה וזה נסחו ומאחר שפסק כרב הונא דתליוהו וזבין זביניה זבין כמו שכתב בריש פרק זה עכ"ד מה שלא כתב כן ב"י אלא במקום מה שכתב כאן בריש פרק זה כתב התם וכדאסקנא בגמ' ע"ש אפי' שנפרש כן עדיין הקושיא במקומה מאי קא משני דפסק כרב ביבי משום ד"סל כרב נחמן והלכתא כותיה בדיני אכתי תקשי אמאי פסק כרב הונא בראש הפרק וקשיא דידיה אדידיה ופ"ת דיש מקום לומר דבהא פסק כחד ובהא כחד כמו שמצינו במקומות רבים א"כ איבעי ליה לפרושי בהדיא:

האמנם אשר אני אחזה לי ביישוב לשונו של הרמ"בם ולשנויי כל מאי דאקשינן עליה הוא לומר דהוא ז"ל פסק בגזלן דאפי' דיהיב דמי אין צריך מודעא כדרב ביבי משום דקאמר לה משמיה דרב נחמן דהלכתא כותיה בדיני על דרך מה שכתב הרב מהר"יק ז"ל ומאי דמסקינן בגמ' הלכתא תליוהו וזבין זביניה זבין משמע ליה דהך מסקנא הויא דלא כרב הונא דקאמר בכל ענין ואפילו בגזלן אלא מסקנא הויא דוקא במי שאונס את חברו ותלה לו עד שימכור וזה מוכרח לו משום דרבא קאמר ליה ולעיל קאמר תלמודא דאמר רבא דלא כתבינן מודעא אזביני ומודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדסא דההוא גברא דמשכן פרדסא לחבריה לתלת שנין בתר דאכלה שני חזקה א"ל אי מזבנת לי מוטב ואי לאו כבישנא ליה לשטר משכנתא ואמינא לקוחה היא בידי כי האי גוונא כתבינן מודעא ע"כ ובאור הסוגיא לדעת הרמ"בם הוא כמו שפירשה הרב מהר"יק אליבא דרש"בם דשלש חלוקות בדבר אי תליוהו וזבין אשדה סתם ובהא אפי' דמסר מודעא לא כתבינן דכיון דמדעתו ברר ונתן לו א' משדותיו ליכא אונס ואי תליוהו וזבין אשדה זו בפרט ובהא אפי' לא מסר מודעא בטלי זביני ולא צריך למכתב והיינו דאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני דלא ימנע אי בשדה סתם ליכא אונס ואי בשדה זו לא צריך כדאמרינן ומודה רבא היכא דאניס וכמעשה דפרדיסא דכתבינן מודעא כלומר כי האי גונא דפרדסא דאי לאו דמסר מודעא לא אפשר לברורי שהוא אנוס אי מסר מודעא בטלו זביני דהא שדה זו היא ואי לא מסר מודעא זביניה זביני דהא לא ידעו העדים באנסו דמאחר שאינו אומר לו בפני עדים אי לא מזבנת לי כבישנא לשטר משכנתא נמצא שאינן יודעין אלא על פי מסירת המודעא ובהא מודה רבא דאע"ג דהוא שדה זו ואין צריך מ"מ לפרסומי מלתא דאונס דלא ידוע כתבינן מודעא זו זהו פירושה של סוגיא זו לדעת הרמ"בם על דרך שפי' הרב ב"י לדעת רש"בם והאריך בו ע"ש א"כ נמצאת למד מפירוש זה דרבא סבר דהיכא דאמר דלא כתבינן מודעה אזביני הוא משום דאי בשדה סתם לאו אונסא הוא ואי בשדה זו אין צריך ולכך החליט המאמר דלא כתבינן אלא היכא דהוא בחשאי

ובמסתרים כמעשה דפרדסא וכל זה אפי' דיהיב דמי ושמעינן מנה דבגזלן כיון שהוא שדה זו ממש ואינו בחשאי דלא כתבינן דלא גרע משדה זו כשאינו בחשאי א"כ לפי זה מוכרח דהיכא דמסיק רבא הלכתא תליוהו וזבין זביניה זבין לאו היינו לומר דמסקנא הוא כרב הונא דאמר למעלה תליוהו וזבין זביניה זביני ואפי' בגזלן היכא דיהיב דמי כמו שנראה מדהקשו לו מסקריקון ודרב ביבי ולא משני שאני גזלן וכו' אלא דדחי ליה משום מימרא אבל מסקנא דרבא היא באונס את חברו ותלה לו למכור ולא בגזלן דאי תימא בגזלן קשיא רבא דידיה אדידיה לעיל קאמר דשדה זו אין צריך ובזולת מודעה לאו זביניה זבין והכא קאמר דבגזלן דהיינו בשדה זו ולא צריך לברורי דצריך מודעה ונמצאו דבריו סותרין זה את זה אלא ע"כ לומר דהך מסקנא דרבא דתליוה וזבין זביניה זבין לא מיירי בגזלן אלא באונס את חברו שימכור לו שדה סתם וכדכתב הרב ב"י שם וז"ל רבא אמרה בשדה סתם משום דליכא אונס ולפיכך השתא לא קשיא מידי לא ממסקנא ולא ממה שפסק הוא בריש הפרק דמסקנא דרבאי והוא כרבא פסק ולא כרב הונא דלא ס"ל כרב ביבי ולפיכך פסק בגזלן כרב ביבי משום דקאמר לה משמיה דרב נחמן דהלכתא כותיה בדיני ובגזלן אפי' דיהיב דמי אין צריך מודעא דלמאי ניחוש לה הא שדה זו היא ולא צריך לברורי כמעשה דפרדיסא דהא בפומבי הוא גזלן לעין כל והיינו טעמא שכל כונותיו של הרמ"בם ז"ל בין בה' מכירה בין בה' גזילה מאריך בלישניה ונחית לומר גזל והוחזק גזלן פעמים שלש להודיענו דאע"גב דמעשה דפרדסא היינו גזלן דכביש שטר משכנתא ואפ"ה צריך מודעא היינו משום דהתם לא ברירא לן אונסא אם לא על פי מסירת המודעא כדכתיבנא אבל הכא בגזלן שכבר הוחזק גזלן בשדה זו לעין כל תו לא צריך לברורי דהא ידיעא מילתא לכ"ע וא"כ להכי כתב הוחזק גזלן למעוטי גזלן דפרדסא ודוגמתו דלא הוחזק ולא ידיע אונסא ומשום הכי נמי הוצרך לכפול ולומר אין צריך לעשות מודעא ואין צריך למסור מודעא לשלול שני דברים בענין גזלן האחת שאינו צריך לעשות מודעא להורות דאיכא אונס ולזה כתב אין צריך לעשות מודעא והשנית שאינו צריך למודעא לברר הענין דהכל גלוי וצפוי הוא ולהכי כתב ואין צריך למסור מודעא ונמצאו לפי מה שבארנו בדברי הרמ"בם דבריו מיוסדים על אדני פז כלם נכוחים למבין לפי מה שפירשנו בם ומכללן של דברים אלו אנו למדין דלהרמ"בם והטור שכתב דבריו בפשיטות גזלן אין צריך מודעא בכל ענין ואפי' לדעת הר"יף והר"אש והרא"בד דפליגי עליה לא פליגי אלא בגזלן שנתן מעות וראו העדים שנתן מעות ומנה הדמים דאז צריך מודעא אבל כשלא ראו העדים שמנה המעות אפי' שהודה הנגזל שלקח המעות אין

הודאתו הודאה ומוציאין הקרקע מיד הגזלן כדכתב ה"ה בפ"ט דה' גזלה עיין שם באופן דלכ"ע גזלן דלא יהיב דמי אין צריך מודעא כלל:

ואין טענה מההיא דאלת"זאם שזכרנו לעיל שכתב הרב ן' זמרא דהוי גזלן ויורד עמו לחייו ואפ"ה כתב בסוף דבריו אבל מאחר שלקח מראובן וראובן מסר מודעא יש לדון בדבר ע"כ דמדקאמר וראובן מסר מודעא משמע דלא סגיא בלאו הכי דאפשר דהתם מעשה שהיה כך היה ולא לעכובא כתב כן ותו דאפי' את"ל דלעכובא כתב כן שאני התם דאי לאו מסירת מודעא לא אתבריר אונסיה משום שהאונס היה בינו לבין עצמו דהכי כתב שם השואל ואמר לו תן לי חלק במקום הזה ואי לאו אוסיף עליך דמשמע דבינו לבינו היו הדברים ולפיכך אי לאו מסירת מודעא מי יימר דאניס הוי כההוא דמשכן פרדסא דאפילו דאמר רבא לא כתבינן מודעא אזביני משום דבשדה זו לא צריך עם כל זה בכי האי גונא דהוי בחשאי צריך מודעא וכמו שפירש רש"בם אבל בהוחזק גזלן ואתבריר אונסי' אפי' דלא מסר מודעא אונסיה אונס ואם הביא ראיה אין ראיתו ראיה בכל ענין אליבא דהרמ"בם וסיעתו ולר"יף וסיעתו בדלא יהיב דמי הכי נמי והוא דבר מוסכם לכ"ע ובנדון שלנו אחר שהונח שראובן זה הוא מוחזק בפתח שער המשנה ושמעון זה הוחזק גזלן בעסק זה ובלא כסף ובלא מחיר ירד עמו לחייו ואחרי שכבר גמר קנינו ולבש כלאעט כמנהג הסיג את גבולו וכמו שידוע ומפורסם לכל כי מאז היה הענין הזה כל העם מקצה לבשו קנאה וקול הקריה הומה על העושק והמרוצה הנעשה לראובן ה"נ בודאי הגמור דאפילו דראובן זה לא מסר מודעא לאו כלום הוא וכל מה שהודה ואפי' בקנין ושבועה הכל היה על צד האונס ובטל הפשר מעקרו בטלה שבועה ועקרה:

ומה גם שכל הדברים האלו כמעט בנדון שלנו הם אך למותר דכיון דראובן טוען שהשבועה שביניהם היתה על תנאי שילבש שמעון כלעט באסכנדריאה או במצרים על הש"רף באשיליק ואם לא ילבש נקי הוא משבועתו והרי לא לבש אפילו ששמעון מכחישו נאמן ראובן מגו דחי בעי אמר מעולם לא נשבעתי שהרי אין עדים בדבר ונאמן במיגו ולא סוף דבר שצריך להשבע שבועה אחריתי אלא אפי' שבועה אחרת לא בעי וכדכתב הר"אש ז"ל בתשו' כלל עשירי וז"ל ראובן נשבע לאשתו שלא יצא מהעיר אם לא ברשותה ויצא ועתה הוא טוען שהיא התירה לו והיא טוענת שמעולם לא התירה לו מי נאמן תשובה כיון שלא האמינה עליו בעדים נאמן ראובן לומר מרצונה יצאתי כי דברים הללי בינו ובין יוצרו הם כי כבר נשבע שלא יצא אלא מרצונה ואם תטעון היא אתה עובר שבועתך אין לפסלו בכך כי הוא אומר שהיא התירה לו דלא עדיף מאם שהיה חייב לה ממון והוא היה אומר שפטרה אותו מן הממון היה חייב לה שבועה

והכא לא שייך שבועה שהרי כבר נשבע שלא יצא כי אם ברשותה והוא אומר שפטרה אותו ואם הוא משקר הרי הוא עובר על שבועתו ואין שבועה חל על שבועה עכ"ד וכתוב במרדכי פר"ק דמציעא סי' ש"ך ענין כיוצא בזה וז"ל על שטוען שמעון שראובן תקע לו כפו באמונתו אם יש לו עדים או שטר שתקע לו כפו על בית דין לצוות לשמעון לקיים אמונתו כי גדולה אמונתו שנשבע באמונה שיש לו בהק"בה ומאד החמירו בדבר זה שנאמר בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפך וכו' ונאמר אל תהי בתוקעי כף וראיתי אני את רבינו יוסף בר יצחק שהחזיר מעות ע"י תקיעת כף אחרי שעבר האיש על אמונתו אבל אם אין עדים ושמעון משיב לא תקעתי אלא בתנאי כן נאמן אם יזהרוהו ב"ד על שבועתו ולא מחייב תו שבועה אחריתי שלא ראו שתקע לו כפו כדאמרינן היה חייב שבועה לחברי ואמר נשבעתי ועדים או' שלא נשבע הוחזק כפרן לאותה שבועה טעמא דעדים מעידין אותו הא אין עדים מעידים אותו אינו נשבע דמגו דיכול למימר לא תקעתי כף כי אמר תקעתיה ובכה"ג נאמן בלא שבועה ובלבד שיהא מוזהר באזהרת ב"ד ע"כ וכן כתבה הרב ב"י בח"מ סי' פ"ז במחודשים סי' ל' להלכה עיין עליו וכ"כ מה"רם בתשובה סי' קסז וז"ל ועוד אחרי שראובן אומר כך וכך נשבעת ליתן לפי מה שהיה החוב בשעת גבית המס ושמעון אומר לא נשבעתי כך ואין לראובן עדים ולא עד אחד כשר שהוא כדבריו אין צריך שמעון לחזור ולישבע שאף כפי דברי ראובן כבר נשבע לעשות כן ואין שבועת היסת חל על שבועה כדאיתא בפ"ק דב"ב דף י"ז היה חייב לחברו וכו' ע"ש הרי דבין להר"אש בשבועה ממש בין למרדכי דדיין לה כדין שבועה ממש ולרב מהר"יק דמייתי מלתייהו להלכה משמע בהדיא דתו לא צריך שבועה אחריתי ונאמן בלא שבועה במגו דאי בעי אמר לא נשבעתי מעולם ואפי' לראב"יה והרי"בא דפליגי אהר"יף במי שנתחייב שבועה לחברו ואמר נשבעתי דלא מפטר משבועת היסת אי טעין ליה אשתבע לי שנשבעת שבועה שהיית חייב לי וכמו שהביא המרדכי סברות אלו שם לא דמי לנד"ד דהתם המלוה מכחיש את הלוה ואומר לא נשבעת ולפיכך לא נפטר משבועה מדי דהוה אמי שחייבוהו ב"ד לתת סך כך ואחר שיצא מב"ד אמר פרעתי דאי טעין אשתבע לי שפרעתני לא סגיא בלאו הכי אבל הכא דתרוויהו מודים בשבועה אלא שזה אומר על תנאי כך היה וזה אומר לא היה כך מה בצע לחזור ולהשביעו לא ימנע מחלוקה אם הוא נאמן כבר נשבע וטוען שעל תנאי כך ונהמניה ליה במיגו לפי דרכנו למדנו דלכ"ע ראובן זה נאמן במה שטוען שע"ת שילבש כלעט שמעון במצרים היתה שבועתו במיגו דאי בעי אמר מעולם לא נשבעתי:

וכל שכן שבשטר המחילה אשר ביד שניהם כתוב בלשון הזה בהיות שראובן ושמעון נשבעו שבועה להיות שותפים בענין הש"רף באש"ילק בתנאי שילבש שמעון כלעא"ט במצרים או באסכנדריאה ובאו הנה ולא לבש עם כל זה על צד היותר טוב נתרצה ראובן ונתן לשמעון סך כך ועשו מחילה זה לזה בכל לשון יפוי כח וכל חזוקי סופר וכ' שלשון השטר מוכיח דהשבועה היתה בתנאי ואע"פי דלא אמרינן בעלמא דעדים אכוליה שטרא קא מסהדי אלא בענין שמות המלוה ולוה דמסתמא סהדי דייקי בשמתייהו משום דהמלוה תלויה בזה וכמו שכתב הר"ן בחדושי הלכות במ' כתובות פ' האשה על ההיא בעיא דמעלין משטרות ליוחסין וז"ל וכתב הר"אה דהא דמספקא לן דוקא בלישנא דידיה כי האי דאמר אני פ' כהן לויתי מפ' וכו' אבל בלישנא דסהדי ודאי מהמני וכי מספקא לן נמי בהך דשייך למידק בשמא דידיה דהמלוה תלויה בזה אבל באינך מילי דמתניא בשטר בשמא דידיה לא מסהדי סהדי עליהו אלא דאיהו אמר הכי וכן נראה דעת הרש"בא ז"ל ע"כ הרי נראה דלא אמרינן עדים אכוליה שטרא קא מסהדי אלא בענין שמות שהמלוה תלויה בזה ואינהו דייקי שפיר אבל בדברים אחרים שבשטר לא ואפי' שהרב מוהרי"בל בס"א סי' ע"ח על ראובן שמכר שדה יתומים לשמעון וכתב בשטר איך פ' אפוטרופיס יתמי פ' וכו' הביא דברי הר"ן והרש"בא והר"אה וכתב עליהם מדבריהם אני למד בנ"ד ודאי עדים אכוליה שטרא קא מסהדי היינו דוקא בענין אפוטרופוס דדמי לשמות ממש משום דמלוה תלויה בהן והתם נמי מכר תלוי בזה אבל בענין כזה דאינו מעלה ומוריד אם השבועה היתה ע"ת אם לאו לענין המחילה דסוף סוף כל חד מחיל לחבריה אין הדין נותן דנימא דעדים אכוליה שטרא קא מסהדי והוו דומיא דאינך דכתב הרא"ה דכתיבי בשטר וא"כ הכא אינו מחויב שהעדים מעידים כי היתה השבועה על תנאי דלא רמיא עליהו אלא ענין המחילה ולא דייקי שפיר במה שכתוב בהיות וכו' אם הויא הכי או לאו עפ"ז נקיטינן מנה מ"מ דשמעון הודה בפני העדים דהכי הוה עובדא וכדאמר הרא"ה אבל אינך מילי דמתניא לא מסהדי עדים עליהו אלא דאיהו אמר להו כלו' אינם מעידין על גוף אותו הפרט שהיה כך אלא שהוא אמר להם כן והכא נמי הרי מעידים שהוא אמר להם וגדולה מזו דהא שמעון חתים עלה בחתימת ידו והודאת בע"ד כמאה עדים דמיא:

וגם ששמעון זה מסר מודעא על המחילה כמו שהוא אומר אפשר לומר דלו הונח דיש שום תועלת במחילה מה שאינו כן לפי האמת לא מהניא אלא לבטל המחילה לבד וכ"ש שאין אנו צריכין לזה כיון שראובן זה נאמן כמו שכתבנו ולא מפיו של שמעון אנו חיים ועוד דמודעת שמעון בשטר מחילה זה הכל היא מעשה תעתועים דלא נתנה מודעא

אלא כשהאונס הוא שלא כדין אבל כשהאונס הוא כדין אין מודעא כלל וכמו שכתב הר"אש בתשו' הביאה הרב מה"רי קולון סי' קפ"ו והובאה באבן העזר ז"ל וששאלת אשה שמחלה כתובה נדוניא ותוספת לבעלה מחילה גמורה וטוענת שעשתה המחילה מפני שהיה מאיימה ומגזים לה לישא אחרת מפני שאינה יולדת אין זה טענת אונס לבטל המחילה כי כדין היה עושה לישא אחרת כדי לקים מצות פריה ורביה והיא שחדתו בממונה שלא לישא אחרת ע"כ נראה בהדיא דהיכא דהאונס אשר מחמתו מוסר המודעא הוא כדין או לקיים האמת לאו מודעא היא. אמור מעתה בנד"ד אפי' שנניח כתב מודעא זאת בכל חזקיה וברר שראובן אנסו שם במצרים בכל מיני אונסין להדפו ולדחפו מעליו כיון דכדין היה עושה להבריח ארי מעליו כי לו משפט הגאולה אין זה נקרא אונס וקשה הדבר בעיני להאמין שיש אנשים שכתבו במודעא והכרנו באונסו ואע"פי דאי חתמי עלה לאו פסולי עדות נינהו בהא משום דסברי דדינא הכי דעבידי אנשי דטעו בכך מ"מ המודעא בטלה וכדכתב כל זה הרב מוה"רם אלשיך ז"ל בתשו'. סי' ע"א ע"ש:

העולה מכל זה חזרנו על כל הצדדין ובהא סלקינן ונחתינן דראובן זה פטור משבועתו אשר נשבע עם שמעון ואין לשמעון שום תביעה וזכות לא מכח דשבועה ולא מכח המודעא ואת כלם ישא רוח ואדרבה אי לדידי ציית שמעון ילך ויפייס את ראובן על העושק והמרוצה אשר עשה לו וכמה וכמה דרא דממונא גרם לו אולי יכפר בעד חטאתו ושב, ורפא לו:

ועל הארץ הטובה הארץ הלזו היתה כגן עדן מקדם כלילת יופי לתורה ולתעודה. ארץ חפץ ולה יד ושם על כל ברכה ותהלה ועל כל שכיות החמדה. מאנה הנחם נפשי קלני מראשי קלני מזרוע וצירים אחזוני כצירי יולדה. אנה פנה הודה וירד המונה והדרה ערו ערו עד יסודה. איש כל הישר בעיניו יעשה את הדבר הקשה עביד דינא לנפשיה בדבר אשר זדה. כל הרוצה ליטול חלקו וחלק חברו נוטלו בזרוע ואין אומר השב להחזיר אבדה. ועל השרידים העומדים על הפקודים החרדים אל דבר ה' ווי העמודים אשר העיר נכון עליהם פני העדה. בעיני יפלא מדוע לא משדי והורמנא דרחמנא יעשו סייג לתורה דלימנו אשמתא ואנגידא. לבלתי נתון לכת איש להסיג גבול רעהו להסתפח בנחלת זרים קלה כבחמורה כל מילתא דאית בה פסידא. ולא תהיה עדת ה' כאנשי הארצות שאין להם שמור ושנוי רשות על קו השוה והנקודה. כי כאשר ישאג האריה והכפיר על טרפו טורפים מהמשועבדים אל הזולת שלי שלי ושלך שלי זו מדת סדום מדה שאינה מדה. זאת נחמתי בעניי אולי הגיעו הימים שבן דוד בא לגאול בקרוב עדת ה' אשר לא יעדה והפדה. ובא האות והמופת דעקבות משיחא אותותיו שניין דא מן דא. אמן כן

יעשה ה' ואלהינו מרחם ה' צדקנו ישים חלקנו מהמתקדשים עצמם במותר להם במשפט במדה. ושמר רגלנו מלכד במקום שחב לאחרים כי אם איש תחת גפנו ותאנתו לשמרה ולעבדה. כה מעתיר המדבר מתהומא דארעא ולפני כל יודעי דת ודין מחוי קידה. הצעיר יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבשתי זלה"ה.

סימן כח

ה' שכנים. לר' יוסף נייזוס. הת"א

שאלה ראובן היה סרסור בבית אנ"גליז אחד ואינו מספיק לצאת ידי חובת שירותו כי רב הוא במשא ומתן ובא אל שמעון ואמר לו רצונך להכנס עמי בשותפות בסרסרות הא"כגליז פלוני ותרויח בשופע אמר לו אין אמר לו בתנאי זה תשתתף עמי בבית האנג"ליז הנ' שבשנה הראשונה לא תקח חלק כלל מן הסרסרות אלא תטרח ותשרת בחנם ומשנה השנית והלאה תקח חלק כך וכך למאה כפי הפשרה שהתפשרו ביניהם ושמעון נתרצה בדבר וקם מעסק המיחאניגילית אשר לו שהיה בו שאנן ושלו ושקט אל שמריו וילך אחרי האיש הנ' לשרת בבית האנגליז הנ' בכל מין שירות ועבודה יגזרו עליו ועליו היו כל הטרחות והמשאות הן מענין גבית המעות וכתיבת הדפתר וענינים אחרים כלות ושוב וכה היה משפטו שנה אחת לבלתי קחת כסף מחלקו אפי' שוה פרוטה ונוסף גם הנה כי נכסיו אשר היו ביין הלכו הלוך וחסור וכל יש לו בבית ובשדה מאין לו יכולת לפקח בעסקיו ושעת הפנאי ויהי לתקופת הימים כי באה השנית נכנס בחלק עם ראובן והיה נוטל סך כך למאה כאשר התפשרו מקדם המשך זמן מה והיו שניהם משתדלים בבית האנגליאז ובעסקו כמנהג כל הסוחרים שבאנגליאז שהם המוציאים והמביאים ומפקחים בעסק הערל ואין איש בא בגבולם להסתחר או לעשות סרסרות בביתם כי כה משפטם כנודע ובין כה וכה יד ה' היתה בשמעון וחלה את חליו אשר מת בו והשאיר אשה ובנים אחריו ומטופל בבנים ובנות הגיעו לפרקן ויש לו יתומים שאלו לחם עוללים ויונקים ואין לאל ידם ואחד מבניו הגדולים רוצה להכנס בסרסרות האנגליז הנ' במקום אביו למזון האשה והבנות והבנים הקטנים והוא גם בן חיל למטרח ולמעבד למיפק ולמיעל בענין הסרסרות והשירות כאביו שמעון וראובן הסרסור השותף מונע בו שלא לעזוב אותו ליכנס שם כי אמר היתה לי נחלתי לי לבדי ואין לזרים אתי עתה יורנו המורה אם שמעון הנפטר היה נקרא מוחזק בענין הסרסרות בחיים חייתו לענין שלא יוכל איש להסיג את גבולו וא"תל שהיה הוא מוחזק אם יש לו כח להוריש לבניו אחריו

מקומו המיוחד וכל מה שעתיד לבוא בריוח הסרסרות ולא במותו נתפרדה חבילתו ואם מוחין ביד המונע את בנו להכנס בגבולו ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה נלע"ד דכיון דהמנהג בסרסרות האנגליזיש שהבית אחד מיוחד להם לבדם ואין לזרים אתם ודאי דשמעון זה זכה בחלקו בבית האנגליז הנ' ולא במותו יקח איש אחר את זכותו כי בניו אחריו יהיו יורשין מקומו וראיה מהא דתנן בפ' כל הגט (דף ל.) המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהם מחלקו מפריש עליהם בחזקת שהן קיימין ואינו חושש שמא מתו מתו צריך ליטול רשות מבניו היורשין ובעינן בגמ' ואע"גב דלא אתו לידיה ומשני אמר רב במכרי כהונה ולויה ושמואל אמר במזכה על ידי אחר ופירש רש"י ז"ל מפריש עליהן המלוה הזה כשיפריש תרומותיו ימכור התרומה ויעכב הדמים לעצמו בפרעון חוב זה בשביל הכהן וכן המעשר בשביל הלוי וכן מעשר עני בשביל העני, צריך ליטול רשות מן היורשין מפני שאין חוב זה מוטל עליהם לפרוע יטול מהם רשות אם רוצים שיתקבל חובו בשבילם ויעכבם ממעשרות עצמו. ואע"ג דלא אתו לידיה בתמיהה וכי אע"פי דלא אתו לידיה דכהן ויחזירם לו קתני מתני' דיפריש עליהם וכיון דלא מטי לידיה מאן זכי ליה להך תרומה שיקבלנה זה בחובו והיאך יצא ידי נתינה. מכרי כהונה ולויה כמו איש מאת מכרו שהן מכיריו ואוהביו ואינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא להך כהן הילכך כיון דמילתא דפשיטא הוא דלדידהו יהיב אסחו שאר כהני דעתיהו והוי כמאן דמטי לידיה ע"כ. הרי נראה מכאן דכיון דרגיל לתת לזה שאר העם אסחו דעתיהו וחשיב כמאן דמטי לידיה והבנים זוכים אחריו עד שצריך ליטול רשות אם יתפרע אם לאו:

וליכא למימר דאי אמרינן התם דמכר הרי הוא כאלו מטא לידיה היינו משום דעל מנת כך הלוה להם דהכי תנן להיות מפריש עליהם ומשום הכי דיינינן כמאן דמטא לידיה אבל בעלמא לא שהרי ראינו בגמרא דקא מתמה ואע"גב דלא אתו לידיה ואי לאו טעמא דמכירי כהונה לא היה מועיל מה שהלוה להם ע"מ להיות מפריש עליהם משום דכתיב במתנות כהונה ונתן ובעינן נתינה כדקאמ' בפ' הזרוע אלא טעמא דמכרי עיקר א"כ שמעינן מינה דאפי' באתרא דלא הלום ע"מ כך ולא מטא לידיהו חשיבי מכירים כמאן דמטא לידיהו ועוד דלקמן תני רא"בי אומר המלוה מעות את הכהן ואת הלוי בב"ד מפריש עליהם בחזקת אותו שבט והיינו דינא דמתני' ולא מדכר כלל להיות מפריש עליהם אם לאו. ואע"גב דשמואל מוקי לה במזכה על ידי אחר דמשמע דמכר סבירא ליה דלא הוי כמאן דמטא לידיה הא ליתא דרב ושמואל לא פליגי בענין הדין אלא דכל חד מוקי ליה אוקמתא חדתא וכמו שכתב הרמ"בם בפ"ז דה' מעשרות וז"ל המלוה מעות

את הכהן ואת הלוי ואת העני וכו' מפריש עליהם בחזקת שהן קיימין כיצד מפריש מזכה להן על ידי אחר לאותו כהן או לאותו לוי או עני שהלווום ואם היו רגילין ליטול ממנו והוא רגיל שלא ליתן אלא להם אין צריך לזכות להם על ידי אחר אלא מנכה מחובו וכו' מת הכהן נוטל רשות מן היורשין ע"כ וכתב עליו הרב מהר"יק בכ"מ ומ"ש ומזכה ע"י אחר כשמואל שם ורב לא פליג עליה לענין דינא ומ"ש אם היו רגילין ליטול ממנו כרב שם עכ"ל הא קמן דרב ושמואל לא פליגי לענין דינא וכל חד אוקמתא חדתא הוא דמוקים ובין לרב ובין לשמואל היכא דאיכא מכירין ורגילין ליתן להם חשיב כמאן דמטא לידיה והיורשים זוכים אחריהם. דון מנה בנד"ד דכיון דהאנ"גליז היה רגיל לעשות כל סרסרותו ע"י ראובן ושמעון זה וכבר עברו ימים דשמעון היה לוקח חלקו אין ספק שכבר. זכה שמעון במקום זה לו ולזרעו אחריו.

ותו איכא להביא ראיה מההיא דתניא בפ' יש נוחלין (דף קכג) דבכור נוטל פי שנים בזרוע לחיים וקיבה ופרכינן היכי דמי אי דאתי לידי אבוהון פשיטא ואי דלא אתי ליד אבוהון ראוי הוא ואין הבכור נוטל פי שנים בראוי כבמוחזק ומשנינן הכא במכרי כהונה ולויה עסקינן ודאשתחיט בחיי אבוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין וכתב רש"י ז"ל מכרי כהונה ולויה מכיריו ואוהביו של זה הכהן ומזכין לו זכוי גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו קודם שהופרשו מן הבהמה. דאשתחיט בחיי אביהן ודמו כמאן דאתו לידיה בטבליהו דאמרינן בשחיטת חולין בפ' הזרוע דקני להו כהן אי אתו לידיה בטבליהו דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין כדנפקא לן ממשפט הכהנים שהמתנות דין הוא להוציאם בדיינים אי אתו לידיה בטבליהו כדמפרש התם והכא נמי כיון דאשתחיט בחיי אבוהון והן מכיריו של כהן אע"פי שעדיין לא הופרשו הרי הוא כאלו באו לידו שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה ודמי כמי שהוחזק בהם בחייו דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין ויטול בהן פי שנים הבכור וכ"כ הרמ"בם והטור בה' נחלות נראה מכאן דכיון שהוא מכיר ורגיל לתת מתנותיו אע"גב דלא אתו לידיה הרי הוא כאלו באו ומקרי מוחזק בהן וזכו יורשיו אחריו הבכור כבכורתו והצעיר כצעירתו:

ואע"גב דמוקי לה בדאשתחיט בחיי אבוהון ולא סגיא בלאו הכי לאו כלום הוא דההוא דוקא לענין בכור הוא דהוכרח לאוקומי הכי משום דכתיב אשר ימצא לו פרט לשאינו מצוי דהיינו ראוי ומשום הכי אוקמיה בדאשתחיט בחיי אבוהון אבל לענין הפשוטים אפי' דלא אשתחיט בחיי אבוהון כיון שהוא מכר ורגיל זכו היורשין מידי דהוה אמלוה מעות דלא מחלקין בין הפריש קודם מיתתו או לאו משום דלא מתניא לענין בכור

ה"נ וזכו הפשוטים בפשיטותם הכא אפילו לא אשתחיט בחיי אבוהון שהרי ראוי הוא כדקאמר בגמ' ואי דלא אתי וכו' ראוי הוא והפשוט נוטל בראוי וא"כ הכא נמי בנד"ד הבנים בפשיטותם זוכין בסרסרות האנגליז כדאמרן והכי נמי יש ראיה מפ' הזרוע **(חולין דף קלג.)** דכל מכר הרי הוא כאלו הגיע לידו ויש לו כח לזכות לאחר דאיתמר התם האי כהנא דאית ליה צורבא מרבנן בשבבותיה ליזכי ליה מתנתא ואע"ג דלא אתי לידיה במכירי כהונה וכתב רש"י במכרי כהונה בכהן שהיה ניכר ורוב העיר היו נותנין לו המתנות באותו כהן אמרינן דיכול לזכות מעשרותיו לאחר ואעג"ב דלא אתו לידיה ע"כ אמור מעתה שהוא זוכה ומזכה לאחר ומוריש לבניו אחריו כל עוד שהוא מכרו ואפי' שלא בא לידו:

ואם יחלוק החולק לומר דאי אשכחנא דעביד למכר כמוחזק היינו דוקא בענין מתנות כהונה ולויה דוקא ואפשר שיהיה הטעם כדכתבו התוס' בפי"נ (קכג.) היינו טעמא דמכרי כהונה ולויה הוו מוחזקים מפני שזהו מתנה מועטת ואפי' בדברים בעלמא אסור לחזור בו עכ"ד אבל בעלמא מי יימר לן דהוו מוחזקים. הא נמי ליתא שהרי בפ' כל הגט עלה דמתני' דהמלוה מעות את הכהן שהזכרנוה לעיל קאמר בגמרא עולא הא מני ר' יוסי היא דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה וכתב רש"י עשו את שאינו זוכה כזוכה במקומות הרבה עשו כן משום תקנה לר' יוסי בהנזקין (דף נט: עני המנקף בראש הזית ומצודות חיה ועוף ומציאת חרש ובבכורות (דף יח) כל שחליפיו ביד כהן פטור מן המתנות ובשנים אוחזין (דף יב.) השוכר את הפועל ילקט בנו אחריו וכ' ע"כ משמע בהדיא דדין זה דשאינו זוכה כזוכה הוא שוה בין במתנות בין בכל מילי דכולא חדא מילתא נינהו הכי נמי יש לומר דאוקמתא דמכירי כהונה הוא שוה בכל המכרין בין במתנות בין בעלמא ואם התוס' כתבו משום דהוי דבר מועט היינו לרבותא דסד"א כיון דבמתנות כתיב ונתן אימא דבעינן נתינה ממש וכדאמרינן בפ' הזרוע קמ"ל דמפני שהוא דבר מועט הוה ליה כמאן דמטא לידיה וכל שכן במכירין דעלמא:

ועוד דחזינן להרש"בא בתשו' הביאה הרב ב"י סוף סי' קכ"ו דמייתי ראיה ממכרי כהונה למכר דעלמא וז"ל שם נשאל הרש"בא חייט אחד שרגיל אצל ערוני אחד מכמה שנים שהוא לבדו עושה מלאכתו ובא חייט אחר ורוצה להכניס עצמו עם העירוני הזה לעשות בזול יותר מן הראשון והראשון מתרעם עליו והשיב אין בית דין מוציאין מידו מה שהערוני נתן לו מדעתו אבל מסתברא שמוחין בידו דדמי קצת למצודת הדג כדאמרינן (ב"ב דף כא) שאני דגים דיהבי סיארה הכא נמי כיון שרגיל זה לעשות מלאכתו ע"י זה הרי הוא כאילו בא לידו ועוד דכל מכר הרי הוא כבא לידו כבר כדאיתא בפ' יש נוחלין

גבי בכור נוטל פי שנים בזרוע לחים וקיבה וההולך ומפתה את הגוי לעשות מלאכתו כפוסק לחיותו של זה וגוערין ומוחין בו ע"כל הנה למדנו מדבריו דאין הפרש בין מכר דכהונה למכר דעלמא וכיון דמצינו במכר דכהונה דהוי מוחזק הכי נמי בכל מכר דעלמא ועוד למדנו מדבריו בהדיא לעיקר הדין דכל שרגיל לעשות מלאכתו הרי הוא כאלו בא לידו ומוחזק מקרי לגבי אחר וגוערין ומוחין בבא להסיג את גבולו. ועוד חדוש אחר אנו למדין מדבריו לענין הדין דאפי' שהגוי רצה לחזור בו ולקחת השני לעשות מלאכתו מוחין בשני שלא יסיג את גבול הראשון דהכי כתב בהדיא אין ב"ד מוציאין מידו מה שהעירוני נתן לו מדעתו אבל מסתברא שמוחין וגוערין וכו' דמשמע דאפי' שהגוי נתן לו מדעתו נהי דאין מוציאין מידו אבל מיהא לא שבקינן ליה:

איברא דהדבר צריך לי תלמוד מנין זה לו להרש"בא ז"ל והלא כל עצמה של ראיה שהביא הוא ז"ל היא מההיא דבכור נוטל פי שנים בזרוע לחיים וקיבה והתם אינו אלא בדלא הדר ביה בעל המתנות אלא הוי מכר שרגיל לתת לו המתנות תמיד ולהכי אמרינן דהרי הוא כאלו בא לידו אבל אנ"הנ שאם היה חוזר בו היה יכול. וכדכתבו התוס' שם וז"ל ואע"פי שאם רצה לחזר בו יכול מ"מ כל כמה דלא הדר ביה הוי כמוחזק ע"כ וא"כ איך מייתי ראיה דחייט דחזינן שהעירוני חזר בו ונתן לו מדעתו ואין הנדון דומה לראיה הן אמת שעלה בדעתי לומר דכיון דאית לן בפ' חזקת (דף נד.) נכסי הגוי כהפקר וכל המחזיק בהן זכה וכתב ר"ש ז"ל נכסי הגוי שמכרן לישראל וקבל הדמים אך לא החזיק בהם קנה השני לגמרי והראשון חוזר על הגוי לקחת מעותיו אם יוכל ואם לאו הפסידן ע"כ דמשמע דאפי' על כרחו של גוי כיון שהחזיק המחזיק כדינו הרי הן שלו ואין כח ביד הגוי להעמידו ביד הראשון א"כ הכא נמי בענין החייט דהרש"בא כיון שנקרא מוחזק מן הדין במה שעתיד לבוא וכאלו בא לידו מטעמא דמכר אפי' דהדר ביה גוי לאו כל כמניה דאין הדבר תלוי בדעתו של הגוי ולפיכך מוחין וגוערין לכל הבא להכנס בגבולו שהרי הוא כאלו זכה ונכנסו בידו:

אלא דדא נמי מצדה תברא דא"כ כיון דזכה והרי הן שלו אמאי לא מפקינן מניה מה שנתן לו העירוני מדעתו והוא ז"ל כתב דאין מוציאין מידו וראיתי בתשובת הרש"בא כתיבת יד שנרגש מזה וז"ל שם ועוד דכל מכר הרי הוא כאלו בא לידו כבר דתניא בפי"נ בכור נוטל פי שנים בזרוע לחיים וקיבה ואוקימנא בדאשתחיט בחיי אבוהן אלא מיהו לא דמי לגמרי דהתם בדלא הדר ביה במכרין אחרים אבל מ"מ למדין אנו ממנה דכל מכר הרי הוא כאלו נותן לו וההולך ומפתה את הארמי לעשות מלאכתו הרי הוא כפוסק לחיותו וגוערין בו ומוחין בידו עכ"ד הנה נראה שנרגש מזה הרב עצמו ז"ל אלא שהרב מהר"יק

קצר את לשונו ומ"מ עדיין צריך להבין בדבריו כיון שנרגש מזה ואמר דלא דמי איך חתם דבריו ומ"מ למדין דכל מכר הוי כאלו בא לידו הא אין אנו למדין כן דאנא אמינא שאני התם משום דלא הדר ביה ולא תידון מנה לכל מכר דהדר ביה כי הכא. ואפשר לומר דה"ק אעג"ב דלא דמי לגמרי דהתם בדלא הדר והכא בדהדר מיהו יש ללמוד מזה לזה שהרי למדין אנו משם דכל כמה דלא הדר ביה מכר הרי הוא כאלו בא לידו א"כ הכא נמי לא הדר ביה העירוני אלא על ידי פתוי שכן כתוב בשאלה ורצה להכניס עצמו עם העירוני ובתשו' כתב יד כתוב שאמר שמה שהיה עושה הראשון בשני דינרין הוא יעשהו בדינר דנראה בהדיא דע"י פתוי והסתה הדר ביה הערוני הזה א"כ הוא הגורם ואין זו חזרה שהיא ע"י פתוי ולכך מייתי ראיה מינה והיינו דמסיים וההולך ומפתה את הארמי גוערין בו ומוחין בידו דכיון שהוא על ידי פתוי הרי הוא כאלו לא הדר ביה בין כך ובין כך נקיטינן מדברי הרש"בא ז"ל דאפי' שהגוי נתרצה ע"י פתוי ועשה מלאכתו עם השני יש לגוערו ולגזור עליו בכל מיני גזרות שלא יכנס בגבול חברו דכל מכר הרי הוא כמוחזק וכמי שבא לידו.

והרב מהרש"דם ז"ל בתשו' סי' רע"ו ח"מ כתב וז"ל על ראובן שהחזיק להיות לו בטאן זה ימים ושנים ועתה קם שמעון לעשות בטאן אחר במקום אחר ילמדנו רבינו אם ראובן יכול לעכב ביד שמעון באיזה אופן שיהיה מצד הדין או מצד האומו' תשובה וכו' וכו' ומעתה הכני בא לבאר שיש כח לבעל הבטאן הראשון לעכב ביד מי שירצה לעשות שם בטאן אחר ולא לבד שיעשה בכוחו אלא גם מן הדין והטעם דגרסינן בקידושין (דף נט) רב גידל הוה מהפך בארעא וכו' א"ל המהפך בחררה וכו' ופירוש מהפך בחררה מחזר אחריה ע"כ משמע דלא מקרי מהפך בחררה אלא מי שמחזר אחריה ועדיין לא זכה בה כלל אבל אם זכה כבר הנוטל ממנו הוי גזלן וכן כתב רבינו תם דאסיר המהפך דנקט הכא. לא שייך אלא דוקא כשרוצה העני לקחת בשכירות או שרוצה לקנות דבר אחד וחברו מקדים וקונה וכו' נראה ודאי דדוקא כשרוצה לקנות וחברו מקדים זהו דנקרא רשע אע"פי שעדיין לא זכה בו כלל אבל כיון שזכה בו קצת הוי גזל גמור ומדינא מעכבינן ליה ובחתום דבריו כתב וזיל ודומה זה ממש למ"ש הרש בא בתשו' הביאה ב"י וז"ל נשאל הרש"בא חייט אחד שהיה רגיל אצל עירוני אחד ע"ס כל התשובה ואח"כ כתב א"כ בנד"ד זה היה רגיל בבטאן זה כמה שנים והבא לבנות בטן אחר הוי כגוזל את חברו במה שזכה כבר כלל העולה וכו' עכ"ד ואם בענין הבטאן שלא בא השני במקומו ממש אלא משום דגורם לו הפסד מרחוק קא פסיק הרב ז"ל דהוי גזל משום דכבר זכה בו ומעכבן בידו מן הדין כ"ש וק"ו בנדון זה שבאים לקפח פרנסת המחזיק בשירו' במקום

דכבר זכה בו והחזיק דודאי צריך לגדור דרכיו בגזית לבל יקרב סחור סחור לגבולו של חברו וזה לא יקרב אליו:

וגדולה מזו מצינו לרב הגדול מהר"רד ן' זמרא ז"ל בתשו' כלל שבועות ונדרים שכתב וז"ל מעשה שהיה כך היה בראובן שהיה מוחזק באלתזאם שלקח אותו מאת המלך יר"ה לשלש שנים כמנהג באלתז"אם ואחר שעבר זמן בא שמעון ואומר תן לי חלק במקום הזה ואם לאו אוסיף עליך וכן המנהג שמקבלין התוספות ומוציאין את הראשון וראובן מפחד לזה נשתתף עם שמעון ונתן לו באלתזאם הנ' וכתב לו שטר שותפות ואחר עבור זמן באו לחשבון וקנה ראובן חלקו של שמעון ונתן לו השליש הנ' בכך וכך אע"פי שהיה מגיע יותר כפי החשבון וזקפן עליו במלוה לפרוע אותם לזמן כך וכך ואח"כ אמר שהיה אנוס תשובה תחלה יש לדקדק אם חזקה זו תהיה חזקה אם לאו כיון דדרכם לסלק בתוך הזמן והנה תחלה אומר כי שמעון זה לא טוב עשה שירד לתוך אומנותו של חברו ויורד עמו לחייו וראוי לעונש ומותר לקרותו רשע כדין המהפך בחררה וכו' ומרגלא בפומיהו דאנשי שקורין לאיש אשר כזה מסיג גבול רעהו ולפי זה קאי בארור וכ"ש פה מצרים שיש תקנות וחרמן של ראשונים שלא יוסיף וישכור אדם בית שדר בו חברו ואם בבית דירה אמרו כ"ש במקום שתלוי בו פרנסתו ופרנסת ביתו ואפי' אחר האלת"זאם והשלם הזמן אסור לישראל לקחתו דלא גרע מעני המהפך בחררה דאומדן דעתא הוא דכל הני סברי שאחר שיושלם הזמן יחדשו האלת"זאם וכ"כ מה"רי קולין בשרש ב' אמנם לגבי הדין כיון דקימא לן דינא דמלכותא דינא ודין הוא שמסלקין את לוקח האלת"זאם אם הוסיפו עליו אפי' לא השלים את זמנו וכן הוא המנהג בכל המלכות אין כאן חזקה וכ"ש בנד"ז שהמקום הוא של המלך שאין חזקה ובבתרא יש מעשיות מסכים לזה ומעתה מטעם חזקה הדין עם שמעון אם היה לוקח אותה מאת המלך אבל מאחר שלקחה מראובן יש לדון בדבר ע"כל הרי דלייט ליה הרב ז"ל לאיש העושה זאת וקראו רשע ומסיג גבול רעהו דליקום בארור ואי לאו טעמא דדינא דמלכותא דינא דאיתא התם הויא חזקתו חזקה וכמ"ש בסיף דכיון דלקח מראובן יש לדון בדבר דון מנה בנדון דידן דכיון דלית בה טעמא דדינא דמלכותא בודאי הגמור דחשיבא לשמעון חזקה וכאלו באו לידו והבאים להסיג את גבולו משלחי גלימי דאנשי הויין גזלנין גמורים ולא שבקינן להו וכיון שזכינו לדין מדברי הגאונים האלו ששמעון הוה מוחזק בדבר והבא ליטול כאלו נוטלו ממנו ממש מנה אנו שומעים דזכו בניו אחריו במה שראוי לבא דהוי כאלו הוא מוחזק וכמו שהוכחנו מההיא דפ' כל הגט ודפ' יש נוחלין בענין המתנות והמעשרות כדכתיבנא:

ואל תשיבני ממה שכתב המרדכי ז"ל בפ' חזקת הביאו הרב ב"י בשלהי סי' ק"כו וז"ל יש מקומות שדנין דין מערופיא וכן ראיתי בתשו' ר"י ט"ע ומדמו ליה לדגים דיהבי סיארה ויש מקומות שאין דנין ומתירין לישראל ללכת למערופיא של חברו ולהלוות לו ולשחודי ליה ולאפוקי מניה דאין כאן גזל דנכסי הגוי הרי הן כהפקר וכל הקודם בהן זכה כדאיתא בפ' חזקת ע"כ דמשמע דאין הדין הזה מוחלט אלא איתא הכי ואיתא הכי דשתי תשובות בדבר חדא דהדבר תלוי במנהג המקומות ומקומנו הוא מקום שנהגו לדון דין מערופיא דכיון שיש הסכמות קדומות ואיומות אל כלל העיר ששים בר ישראל לא יורשה לקחת בית או חנות שדר בו חברו כ"ש וק"ו בענינים כאלו שתלוי בהן פרנסתם ופרנסת ביתם וכמו שכתב הרב ן' זמרא בההיא דזכרנו ומעשים בכל יום כן בעירינו בענין סרסורי האנגליזיש איש כי ימות הבן קודם לכל והיא ירושת האב לבן נוסעת ואפי' יתומים קטנים דאי אפשר להו למטרח ונתפרד חבילתם עכ"ז מתפשרים וממנין איש מצדם ונותנין להם חלק מה כפי הפשרה שמתפשרים דון ותשכח כמה וכמה מהם ועוד דאפשר דענין דמערופיא אינו אלא לענין הלואה לגוי ברבית דה"ק ומתירן לישראל ללכת למערופיא של חברו ולהלוות לו וכן נמי הרב ב"י כתב למטה מזה אם מותר לישראל ליקח מכרו של ישראל חברו ולהלוות לו תלוי במנהג המקומות ע"כ דהיינו הך דהכא דמשמע דלענין הלואה דרבית הוא דוקא ליה במנהג המקומות וטעמא דכיון דלא טרח כלל לא הוי שלו ואין כאן משום גזל כדכתב הרב מה"רי קולון בשרש קל"ב דטעמא דטרח הוא עקר לענין שיהיה גזל וחתם עליו הרב מהרש"דם ע"ש א"כ הכא נמי בנד"ד דשמעון זה טרח הרבה יותר משנה או שנתים בשירות בית הגוי בכל מין שירות וגם הוציא מעותיו שהיה תחת גפנו מתעסק בעסק המיהניגלוק וריוח ישים ובסבה זו אשתדוף נכסי כמו שבא בשאלה בודאי הגמור דאפי' במקום שאין דנין מערופיא לענין הלואת דרבית בכי האי גונא דנין:

ולאומר שיאמר דאי עבדינן מכר כמוחזק וכמי שבא לידו היינו דוקא בשאין לו לאותו מכר אלא זה שנותן לו ואין לו אחר לאותה מלאכה כההיא דחייט דהרש"בא שכתוב בשאלה והוא לבדו עושה מלאכתו ובתשו' כ"י כתוב ואין אומן אחר עושה מלאכתו בההיא היא דאמרינן דכל מכר ה"ה כאלו בא לידו אבל היכא דאית ליה למכר זה שני אנשים שמחלק לשניהם מלאכתו לא הוי חד לגבי חד מוחזק וא"כ בנד"ד שהיו כאן שני סרסורים אעג"ב דחד דעלמא אינו רשאי להכנס בגבולו מ"מ ראובן זה שהוא סרסור עמו אפשר דרשאי להכנס בגבולו. אף אתה אמור לו דאין אלו אלא דברים בטלים דטעמא מאי אמור רבנן במכירי מתנות שהרי הוא כאלו בא לידו היינו משום דפשיטא להו

דלדידהו יהיב להו שאר כהני אסחי דעתיהו וה"ה כמאן דמטא לידיה כדכתב רש"י בפ' כל הגט (דף ל.) א"כ הכא נמי שותף זה כיון דפשיטא ליה דאותו חלק יהיב לחבריה אסח דעתיה מניה וזכה זה בחלקו הוי כמוחזק באותו חלק ושוה הוא חברו לאיניש דעלמא וזה נ"ל מוכרח כן הגמ' מדמסיק בפ' הזרוע (דף קלב:) דבמערבא פלגי למתנות גרמא ומוקי לה בדתורא וכתב הרמ"בם מפני שאבריו גדולים רשאי לחלק אבר אחד לשני כהנים או ג' ומדמוקי בגמ' בין בפ' כל הגט בין ביש נוחלין ובין בפ' הזרוע אוקמתא דמכרי כהונה ולויה ולא פליג בין היכא דיהיב חדא מתנתא לחד כהן או להיכא דיהיב לתרי שמעינן מנה בין שהמכר היה נותן לכהן הזרוע כלו או חציו או חלק ממנו הרי הוא אותו חלק כמאן דמטא לידיה ואע"פי שלא באו לידו הרי הוא כמוחזק ביה והבכור נוטל פי שנים וכן במעשרות ולא אמרינן דכיון דיש כהן אחר שנוטל חלק ממנו דהאי לא הוי מוחזק הכי נמי בנד"ד וכל מקום דיש שותף בחלק האחר כי אחר מוחזק בחלקו: **כלל** הדברים אני רואה דשמעון הנפטר היה נקרא מוחזק בחלק הסרסרות בית האנגליז ובמה שעתיד לבוא והוה ליה כמאן דמטא לידיה ומנה אני שומע דבניו הבאים אחריו מכחו יורשין מקומו ומה גם שיש ביניהם מי שהוא בר הכי לטרוח כאביו וכל הבא ליכנס בגבולו בין מהשותפין בין אניש דעלמא ראוי לגערם ולרודפם בכל טצדקי דאפשר ליה ומעכבינן להו מדינא דלא להוו רשעים וגזלנין כדכתב הרב מוהר"שדם בתשובה הנז' ע"ש והנה אשרי אנוש יחזיק במעוזם של יתומים דליכלו מדידהו ולא יבוא אחד מן השוק ובער בשדה יתומים להכנס בגבולם דדמיא להו כמאן דמנחא בכיסיהו ויש להם פת בסלם וגם שמו בכליהם וזר לא יקרב אליהם. הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה

סימן כט

ה' נזקי שכנים:

נדרשתי מאת השתי כתות ה"ה הח"ר יהודה בנבשת צד אחד והר' משה טיררו צד אחד על הפרשיות היו ביניהם שהם שכנים זה לזה והיה להם מלפני בתיהם חרבה על רוחב השתי בתים הנ' והיו משתמשים ממנה השני שכנים הנ' לענין מעבר שהיו עוברים דרך שם ועתה בא ר' משה טירנירו ובנה בחרבה הנ' במה שלפני ביתו וחלק בקו ישר חצי החרבה הנ' מה ששטח שלפני ביתו ועשה כותל גדול והכניס חצי החרבה ועשה פתח יוצא לחצי החרבה האחר שבשטח בתי הח"ר יהודה הנ' ויוצא ובא דרך שם והה"ר יהודה היה מוחה בו באמרו כי כבר חלקת החורבה ולקחת חצייך והכנסת לתוך שלך

ועתה החצי האחר נשאר עד שנתמצעו ביניהם אנשים ופשרו ביניהם שיתן ה"הר משה להח"ר יהודה ל"ו גרוש ושימכור מהחרבה הנ' לענין שיהיה מעבר לה"ר משה וז"ל השטר בפנינו וכו' וכו' ובעבורם מכר הח"ר יהודה לר' משה הנ' במקומו עקום דרך מעבר שיהי לו זכות לצאת ולבוא דרך שם לביתו של מעלה הוא וכל הבאים מכחו לטעון ולפרק משאותם דרך שם וכו' גם נתפשרו שבהיות שיש להם זירחימין בשותפות תחת הגארדאקי המכוסה שלא יש להם רשות לאחת מהם לעשות שום בנין ופירדי ולא תנור וכירים ולא שום תשמיש מאס כל המקום אשר הקימיר של הזירזימיי הוא שם רק תמיד יהיה אותו המקום פנוי לשמוש בעלמא כל זה הלשון הוא בשטר ועתה עשה ר' משה הנ' בתוך המעבר ב' מזחילות בשפתן גנותיו מזרימות בקרקע המעבר ומתאספים שם מי הגנות ונופלים במעבר בחזקה וביב אחד פשו למטה ששופך בו מימיו שמשתמש בביתו וגם עשה בגארדוקי המכוסה הנ' שני דיריקיש וטאדאן אחד בחלק השטוח לפני ביתו וטען הח"ר יהודה שיסלק המזחילות והביב שע"י רבוי המים הוא ניזוק נזק גדול והוא לא מכר אלא לענין מעבר דרך לעבור שם כנראה בשטר ור' משה השיב שהמזחילות יורדות על מה שקנה והמעבר שלו ובשלו הוא עושה. עוד טען הח"ר יהודה שיסלק הקונדיסין והדיריקים והבארזק שבנה כאשר היה התנאי ביניהם עוד טוען הח"ר יהודה הנ' שעל שטח חרבתו בנה כותל למשמר וכבר נהנו בו ג"כ ר' משה הנ' שישלם לו כפי מה שההנהו עוד טען הח"ר יהודה שכותל אחר בנה ר' משה מצד האחר שמפסיק בין חרבתו לחרבת הח"ר יהודה והחזיר הרעפים הנוטפים בחרבת הח"ר יהודה שיסלקם ור' משה השיב שמחל לו בפי' והח"ר יהודה מכחישו אלו הם הטענות שטענו השתי כתות לפני:

על ראשון ראשון השבתי להם וגזרתי כי לענין המזחילות חייב הח"ר משה טורנירו הנ' לסלקם שלא ישפכו לקרקע המעבר הנ' או שיפייס להח"ר יהודה הנ' שיתרצה ויעזבהו להורידם דרך שם כמו שכתב הטור והסכימו בו המפרשים דבין במרזב בין במזחילות הנשפכים לחצר חברו יכול לעכב עליו והכא נמי קרקע המעבר הזה הוא של הח"ר יהודה אחר שהחצי האחר הכניסו הר' משה בתוך שלו ולא מכר לו אלא לענין דרך בלבד כנראה לשון השטר שכתוב בו מכר לו במקומו מקום לדרך מעבר שיהיה לו זכות לצאת ולבוא ולעבור דרך שם וכו' שנראה בבאור שלא מכר לו אלא לענין שיעבור בלבד אבל עדין הקרקע הוא של הח"ר יהודה ואינו רשאי הר' משה להחזיר מימי המזחילה על חצר חברו כמו שאמרנו. ולו הונח מה שאינו שהם שותפין בקרקע מעבר הנ' אפי' הכי יכול לעכב עליו דלא גרע מהמחזיר שופכי גנותיו לרשות הרבים דבני ר"ה יכולין לעכב

עליו כדכתב הרש"בא בתשוב' הביאה הרב ב"י סי' קנ"ג ופסק כן בש"ע משום דהמים נשפכין בקלוח וחוסמין את העוברים הכא נמי בני החצר או המבוי יכולין לעכב וכמו שכתבו הרב בעל מאירת עינים ובעל המפה ע"ש. וטעמא דיכול השותף לומר חוסמין אותו מלעבור או מזיקין את הכותל שלו וכיוצא בו ואפי' שהיה מקום מעבר זה אשר המים נשפכין בו בתחלה מה"הר משה הנ' אלא שבסוף הולכין דרך מדרון לקרקע הח"ר יהודה הנ' אפי' כן היה מקום להח"ר יהודה לעכב עליו כדכתב הרב בעל הלבושים דאפי' אחד מבני מבוי שאצל זה המבוי ואינו מבני מבוי זה אלא שיש לו כותל סמוך לה יכול למחות אפי' אין השופכין לכותלו מגיעים יכול לומר סוף שיציפו המים ויפסידו גם כותל שלי ע"כ הא קמן דאפי' כשהשפיכה ובראשונה אינו על קרקע המעכב אלא בדרך מקרה ובשניות אפי' כן יכול לעכב עליו כאן ג"כ היה יכול הח"ר יהודה לעכב וכ"ש שהמקום הוא של הח"ר יהודה ויכול לעכב על כן גזרתי על הר' משה, או שיסלקהו או שיפייס את הח"ר יהודה שיתרצה על זה:

ועל ענין הדיריקיש אשר טען הח"ר יהודה נר"ו באתי אל המקום וראיתי שהקים דיריק עם טאראן אחד ה"ר משה טורינירה ואין למחות בידו כי לא היה תנאם אלא שלא יבנו שום בנין או פינדי כמו שכתוב בשטר התנאים וז"ל גם בהיות שבצד הפתח הנ' אשר פתח הר' משה הנ' למעלה יש שם מקום פנוי אשר הוא תחת הגארדאק מכוסה ותחת המקום ההוא יש זירזימין א' למטה מעתה מעכשו לא יש רשות לשום א' מהם ולא לשום באי כחם לעשות שוירנין ופירדי ולא תנור וכירים ולא שום תשמיש מאס בכל מקום אשר קימיר של זירזימין שם רק תמיד יהיה אותו המקום פנוי לשמוש בעלמא ע"כ הנה נראה שלא היה תנאם אלא לבנין ופירדי ודבר שיש בו בנין אבל בהקמת הדיריק אינו מזיקו ואינו מחסרו כלל ואין מקום לו' שיש רבוי דרך שצריך, להקיף העמוד אם יכנס הח"ר יהודה יחי' על דרך שכתב הרמ"בם בדין ה' חצרות הפתוחות למבוי שהפנימיות מעכבות על החיצוניות שלא יעשה אצטבא שהרי מקיפין האצטבא ויש להם רבוי דרך דשאני אצטבא שיש לה רוחב יותר ויש טורח להקיפו אבל כאן רוחב הרידיק הוא טפח או קרוב לו ומה טורח יש ומה גם שהוא בצד פתח הה"ר משה הנ' וסמוך לביתו מקום שאין הח"ר יהודה הנ' יוצא ובא דרך שם ואם מפני דהרידיק מזיק לקימיר בכבדותו הא נמי ליתא דאין שום בנין שם שיכביד על הקימיר ואדרבה נראה שהקמת הרידיק ההוא הוא מעלה להח"ר יהודה ג"כ מפני שהגג אשר בגארדאק ההוא על פני השני בתים אחד הוא ויש לו רוחב רב ולולא הדיריק הזה אפשר שיפול הוא ויזיק לשניהם ע"כ גזרתי שהדיריק אשר הקים הר' משה טירנירו שם אין למנעו:

ולענין הכותל אשר בנה הח"ר יהודה נכח הבתים שלו וטוען שהר' משה ישלם חלקו כפי מה שההנהו הגם ששייך דין זה עם מי שגדר לו גדר רביעית עד שנמצאה חורבתו מוקפת דנותן חצי ההוצאה כדאיתא פ"ק דבתרא (דף ד.) והביאו כל הפוסקים הרמ"בם והטור וזולתם מ"מ גם הר"י טירנירא הקיף להח"ר יהודה מצד האחר ושוין הם ע"כ גזרתי שהכותל שבנה הח"ר יהודה כל הנוגע לפני ביתו עליו ההוצאה וכל הנוגע לפני ביתו של הר' משה מצד ההר שהוא כדי רוחב הפתח אשר לו בגארדאק המכוסה יושם על יד ב' בקיאין כמה הוצאה צריך ויתנם ההר' משה להח"ר יהודה ויפטר בזה:

ועל אודות הרעפים הנוטפין מגג ר' משה לחצר הח"ר יהודה ור' משה טוען שמחל צריך שיברר כן ההר' משה שהח"ר יהודה הוא המחוזק כיון שהוא נזק מבורר ואם לא יפנם למקום שלו ואיש על מקומו יבוא בשלום הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי יהושע רפאל בכמה"רר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן ל

ה' שותפות. להר' יעקב נפתלי. סופיאה

שאלה ראובן ושמעון אחים ולוי גיסם נתקיים ביניהם שותפות זה כמה שנים לזמן מוגבל ובהגיע הזמן היו באים לחשבון ומטהרים חשבונותיהם ומשתתפים פעם אחרת זה דרכם ובתוך זמן השותפות נפטר שמעון לבית עולמו הצדק וחיי לרבנן ולכל ישראל שבק והניח יתום אחד קטן כבן תשעה שנים והמשיכו השותפות עם נכסי היתום עד זמן הקצוב בשטר שותפותם ובהגיע זמן השותפות באו לחשבון ראובן ולוי וניקו חשבונותיהם וראו שהיו חייבים סך גדול לסוחרים והקרן שלהם היה מעט מזעיר שאם יחלקו היו צריכים לפרוע להב"ח והיו צריכים לעבור הסחורות בשוקא חריפא ולא היה נשאר להם שום קרן אשר על כן הסכימו ביניהם להשתתף יחד ראובן ולוי פעם אחרת וראו לסלק ולהפריש חלק היתום יען כל משאם ומתנם הוא שהולכים לקושטאנדינה להלביש סחורות ומעבירים אותם פה ושולחים המעות פעם אחרת וכבר אמרו כל הדרכים בחזקת סכנה הם וידוע הוא שאין שולחים נכסי יתומים בדרך ים או בדרך שיש בה סכנת אונס לזה באו להפריש חלק היתום ולהניחם פה לתת אותם בריוח כמנהג העיר כל נכסי יתומים ויען היו חייבים הרבה לא רצו לגלות חשבונותיהם לב"ד הק"ק הביאו ג' אנשים אוהבים השניים מהם רחוקים אך אמנם השלישי הוא יאודה אחי אמו של היתום ושלשתם בקיאים בשומת הנכסים ושמו הנכסים לערך שלשים למאה ריוח ממה שקנו בקושטאנדינה שכך דרך כל סוחר העיר לעבור הלבשת קושטאנדינה לערך זה אפילו

בהקפה כאשר ידוע ומפורסם זה והפרישו חלק היתום ויען לא נמצאו סחורות קרוב למעות אלא כמו חצי קרן היתום הפרישו הסחורה קרוב למעות והשאר זקפום עליהם במלוה בשטר חוב שעשו על ראובן ולוי גיסו לזמן מוגבל ותכף לקחו אוג"ארה אחת ושמו הסחורה בתוך האוג"ארה זה כמה שנים ובהגיע זמן השטר חוב פרעו החוב ונתנו המעות בתוך האוג"ארה עם המעות אחרות שמכרו מכלי כסף וכלי זהב ומטלטלי הבית כאשר צוה שמעון הנפטר וכו' ובנכסי היתום היו מתעסקים ראובן אח הנפטר ויאודה אח אשתו של הנפטר לתועלת היתום זה כמה שנים והיתום הוא סמוך אצל יאודה דודו יושב בביתו אוכל ושותה עמו ולוקח סך מה לשבוע בעד מזונותיו ויהי היום רוח אחרת עלה על לב יאודה לומר ליתום שעדין השותפות נמשכת וכל מה שהרויחו מיום שמת אביו עד היום שיש לו חלק בו וראובן ולוי טוענים שכבר חלקו השותפות על פי שומת ב"ד ונתפרדה החבילה והפרישו נכסי היתום וזה נודע לב"ד ולקרובי היתום ולכל העיר ויאודה היה אחד מהשמאים ונתעסק בנכסי היתום ועדיין חשבון הנכסים שעשו בזמן החלוקה והערך ששמו השלשה שמאים הוא בידם ואומרים שיראו השומא עכשיו ב"ד ויראו שהכל נעשה כהוגן וכשורה וראובן ולוי הם מוחזקים בכל העיר לאנשים טובים וישרים ותמימים ומעולם לא נמצא עול בידם ויאודה מכחישם ואומר שמעולם לא נמצא בשומא ואחד מהשמאים נפטר לכ"ע חיי לרבנן ולכל ישראל שבק אמנם השמאי האחר מעיד איך נמצא שם יאודה עם השני שמאים אחרים ושמו הנכסים לערך שלשים למאה כדברי ראובן ולוי יורונו מורי ורבותי אם יש איזה זכות ליתום לתבוע מהם הריוח ושכרם הטוב כפול ומכופל מאת ה' מן השמים והיה זה שלום:

תשובה איברא דמאי דמוכח ממסקנא דגמרא הוא שכשהשותף פליג בלא דעתיה דחבריה צריך שתהיה הוכחה גמורה וברורה שחלק בפני ג' בקיאים בשומא לפחות שני עדים מעידין דפליג באפי תלתא וכאותה שאמרו בפ' אלו מציאות (דף לא.) איסור ורב ספרא עבוד עסקא בהדי הדדי אזל רב ספרא פלג ליה בלא דעתיה דאסור באפי תרי אתא לקמיה דרבה בר רב הונא א"ל זיל אייתי תלתא דפלגת קמייהו אי נמי תרי מגו תלתא ואי נמי תרי סהדי דפלגת באפי תלתא אמר ליה הא מנא לך אמר ליה דתנן אם יש בית דין מתנה בפניהם אין שם בית דין בפני מי יתנה שלו קודם אמר ליה מי דמי התם דמפיק ממונא מהאי ומיתיב להאי בעינן ב"ד אבל הכא דידי שקלי גלוי מילתא בעלמא הוא בתרי סגי תדע דתנן אלמנה מוכרת שלא בפני ב"ד אמר ליה אביי ולאו איתמר עלה אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן אלמנה אינה צריכה ב"ד מומחין אבל צריכא ב"ד של הדיוטות ע"כ וכיון דקא מסיק הכי דג' מיהא בעי תפשו בעלי ההלכות כלן

דפחות מתלתא לא הויא חלוקה והר"יף והטור כתבוה להלכה פסוקה גם הרמ"בם ז"ל בפ"ה דה' שותפין כתב וז"ל אחד מן השותפין שבא לחלוק שלא מדעת חברו חולק בפני שלשה ואפי' הן הדיוטות ובלבד שיהו בקיאין בשומא ואם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום ע"כ:

והואיל ואתא לידן אימר דאיכא למידק אמאי רב ספרא כשאמר לו רבה בר רב הונא דלא סגיא בלאו תלתא לא הקשה לו מיד דהא תנן אלמנת מוכרת שלא בב"ד דקושיא אלימתא היא אי לאו הא דרב נחמן דצריכה ב"ד הדיוטות וליה לא שמיע ליה וי"ל דרב ספרא לא רצה להקשות לו מיד והא תנן מוכרת שלא בבית דין משום דתשובתו בצדו דהתם משום טעמא דחינא או משום שלא תתבזה אשתו בב"ד הוא ושאני התם כדהקשו התוס' שם אלא שאל לו הא מנא לך דעל כל פנים צריך שלשה ופשיט ליה ממתני' דמתנה בפני ב"ד דמשם נראה דאין כח להפקיע ממון פחות מג' כיון דאמר ליה הכי אמר ליה רבי ספרא אמת דצריך ב"ד להפקיע ממון כשהוא אפוקי מהאי ומיתב להאי אבל כשהוא שלו סגי בתרי תדע כלו' תדע דהיכא דיש איזה הפרש או טעם אינו מוכרח שיהו שלשה אלא בתרי סגי שהרי אלמנה שאינו שלה מטעמא דחינא או שלא תתבזה אמרו דמוכרת שלא בב"ד הכא נמי מטעמא שהוא שלו מצינא למימר דבתרי סגי אמר לו ולאו איתמר עלה שצריך ב"ד הדיוטות וא"כ לא משום טעם אמרינן דמצינן להפקיר ממון בפחות מג' זה באור סוגיא זו לפי קצורי:

ובהכי ניחא מאי דכתבו התוס' אלמנה מוכרת שלא בב"ד וא"ת סתם משום חינא או משום שלא תתבזה בב"ד כדמפרש בפ' אלמנה ניזונית וי"ל דס"ל כיון דאלמנה מוכרת אעג"ב שאינו שלה שלא בב"ד משום חינא הכי נמי שותף יטול את שלו שלא בב"ד אעג"ב דליכא טעם דחינא עכ"ל וצריך לראות כיון דכל עצמן של התוספות בקושיתם לא באו אלא לומר דמה ראיה מייתי מאלמנה לשותף דשאני התם דאיכא טעמא דחינא או שלא תתבזה ולהכי הקלו בשנים והכא בשותפי ליכא הני טעמי א"כ מה מתרצים דס"ל דכיון דאלמנה מוכרת שלא בב"ד אעג"ב שאינו שלה משום חינא ה"נ שותף יטול את שלו בב"ד אעג"ב דליכא טעם דחינא ואמאי שאני התם דאיכא הני טעמי אלא כונת התוס' היא על פי הדרך שדרכנו בפי' הסוגיא. מעקרא אקשו דמה ענין אלמנה לשותף שאני אלמנה דאיכא טעמא דחינא ושלא תתבזה ומ"ה הקלו בה דסגי בשנים ותרצו דס"ל לרב ספרא דכיון דאלמנה אעג"ב דלאו שלה הוא דלא מציא מימר דידי שקלי לענין שנאמר דסגי בתרי עם כל זה מטעם חינא הקלו בה ואמרו דסגי בשנים הכא נמי בשותף כיון

שהוא שלו ואיכא טעמא דדידי שקלי ולאו בעי אלא גלוי מילתא אעג"ב דליכא טעמא דדידי שקלית והוא מכוון אל הפירוש שפירשנו בסוגיא:

וראיתי לרבינו ירוחם ז"ל במישרים נכ"ח ח"ב וז"ל שותפין שחלק אחד מהם או שנים בלתי חברו קרקע או מטלטלי בפני ג' הדיוטות או תרי מגו תלתא מה שעשה עשוי והאחר אינו יכול למחות ע"כ וכתב עוד בסמוך לו וז"ל שותף שרוצה לחלוק בלא דעת חברו צריך שיחלוק בפני שלשה או תרי מיגו שלשה. מציעא עכ"ד ונראה בהדיא שהוא חלוק עם רש"י בפי' הסוגיא שרש"י מפרש זיל אייתי דפלגת קמיהו אי נמי תרי מגו תלתא שנים מן השלשה יבואו ויעידו לומר דג' היינו ורבנו ירוחם מפרש זיל אייתי תלתא דפלגת קמיהו אי נמי תרי מגו תלתא כלו' אי נמי תרי מגו תלתא דפלגת קמיה תרי דאתו מגו תלתא שכן כתב שותף שחלק בפני ג' או תרי מגו תלתא מה שעשה עשוי שנראה שהחלוקה היה בפני תרי דאתו מגו תלתא ויותר מפורש כתב בסמוך צריך שיחלוק בפני שלשה או תרי מגו שלשה דמשמע בהדיא דאחלוקה קאי שצריך לפחות בפני שנים דאתו מגו תלתא וצריך טעם לפירושו של רבינו ירוחם דבשלמא לפירוש רש"י דמפרש אי נמי תרי מגו תלתא לענין עדות שיעידו שחלקו בפני שלשה ולעולם בג' החלוקות האלה אייתי תלתא דפלגת אי נמי תרי מגו תלתא אי נמי תרי סהדי בכלהו הכונה לומר שיתברר הדבר שבב"ד היה הדבר ולא בפחות שפיר מייתי ראיה ממשנתנו ואם יש שם ב"ד דלעולם אין כח להפקיר אלא ב"ד של שלשה ולא פחות אבל לפירוש רבינו ירוחם דהחלוקה סוף סוף הוא באפי תרי א"כ איך יביא ראיה מן המשנה תלתא בעינן ולא פחות. ואפשר דהכא במאי עסקינן בשותף שרוצה לחלוק בלא דעת חברו ובא לב"ד ואמר בואו ונחלק בפניכם נכסי השותפות ונתרצו לכך ונתועדו ללכת לחלק ואחר מתוך השלשה יצא דבר שילכו השנים לחלק והלכו וחלקו ברשות הג' דמה שעשו עשוי שהם הג' הם שהפקירו המעון בהתועדם ללכת לחלק ועם שלא באו אלא השנים כח ההפקר מכח הג' קא אתי. ויהי מה המתבאר מסוגיא זו לפי פשטא שכשותף חולק שלא לדעת חברו צריך שתהיה החלוקה בפני שלשה ואם נפל הפרש ביניהם שיברר החולק שבפני שלשה פלג לפחות תרי סהדי דפלג קמיהו ולפי זה בנד"ד שכפי הנראה אין להם שני מעידים שחלקו בפני שלשה אפשר שהחלוקה לאו כלום היא וזו היא שטוען היתום שעדין השותפות נמשכת וכל מה שהרויחו מיום שמת אביו עד היום שיש לו חלק בו והוא נמשך למה שכתבו ההגהות מיימוניות בפ"ד דה' שותפין והביאו הרב ב"י בסי' ק"עו בשם רש"י שאם חלק אדם שלא לדעת חברו שלא בפני ב"ד לא חשובה חלוקה וכל מה שמרויח השכר לאמצע דדמיא להיא דהנותן מעות לשליחו לקחת חטים וקנה

בהם שעורים אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע כמו שהוא שכל המשנה אם פחת פחת לו ואם הותיר הותיר לאמצע וכתב מהר"יקו בשרש ט"ו שכל המשנה לעשות דבר בשותפות דמסתמא חברו הוא מקפיד עליו כל ההפסד שבא מחמת אותו השנוי עליו לפרוע ואין משנה והקפדה גדול מזה בפלג בלא דעתיה דחבריה ועם שהטור קורא תגר על זה כבר נדחו דבריו מן האחרונים:

ומיהו נראה דמסקנא דגמ' לא הויא אלא לענין שהחלוקה תהיה בשלשה לא פחות מהם אבל לא לומר דלא מהני פחות משני עדים שהרי כששאל ממנו הא מנא לך השיב דתנן אם יש ב"ד מתנה בפניהם וכן כשאמר רב ספרא מי דמי התם מפיק ממונא מהאי ומיהב להאי בעינן בית דין אבל הכא גלויי מילתא וסגי בתרי דמשמע דכל משא ומתן שלהם אינו אלא במציאות השלשה שחולקים בפניהם אבל לא שקלו וטרו בענין אי יש הפרש ביניהם אי הוו בשלשה דלא סגי בלאו תרי סהדי ואי אמר רבה בר רב הונא הכי לאו דוקא אלא כל מידי דאי בא ברור שבפני ג' חלק אפי' דליכא תרי סהדי אלא ברור בענין אחר סגי ומה שלא הזכירו רבה בר רב הונא אולי נאמר דאפי' תימא דרב ספרא לא באר לו בעמדו לפניו דבאפי תרי פלג כמו שבארנו שמה כיון שהאמת היה כך נשמע אליו דפלג באפי תרי ולפיכך לא הזכיר זה וא"כ כפי זה לאו מסקנא בגמ' דבלאו הכי לא סגיא וכיון שכן אם יפול הפרש בכך ויש לו עד אחד שבפני ג' חלק משביעין אותו שחלק בפני ג' ואם כן בנד"ד דזה אומר שחלק בפני ג' והלה מכחישו ויש לו אחד מהג' שאומר דתלתא הוו בלי ספק דסגי בכך ולפי דעתי להכי כתב הרמ"בם ז"ל שכל א' מהשותפין שבא לחלוק שלא מדעת חברו חולק בפני ג' ואם חלק בפחות מג' לא עשה ולא כלום ע"כ ומדלא מדכר שאם נפל הפרש ביניהם דלפחות צריך תרי סהדי דמסהדי נראה דסבר דבכל ענין של ברור מהני ומסקנא לא אתא אלא לענין שיהא החלוקה בפני שלשה כדאמרן:

וכל שכן שבשאלה כתוב דחלוקה זו היתה על פי ב"ד נודע לב"ד ולכל העיר ולקרובי היתום וכי' ומה לנו עוד לבקש ואפי' שידיעה זו אינה בענין שיכולין להעד עליה אלא שהקול נשמע כן בכל העיר ולב"ד ולקרובי היתום נראה לי שאין צריך עוד ולי אפשר דאפי' שבועה לא בעו אלא אפי' בחרם שמקבלים עליהם שהחלוקה היתה בפני שלשה סגי ומיהו אם רוצה היתום להשביעם שבועת השותפין משביעם כדכתב הרמ"בם בפ"ט דה' שותפין הורו רבותי שאם מת השותף האחר אין היורש יכול להשביע את שותפו בטענת שמא ויש מי שהורה שמשביע אותו היורש בטענת שמא וכזה ראוי להורות שהרי היורשין הם משביעין את האשה בטענת שמא ע"כ הרי שהרמ"בם מכריע כמ"ד דיכול היורש להשביע שותף אביו בטענת שמא וכן פסק הרב מהר"יקא בחבורו הקצר

ולזה נראה דיכול להשביעם שבועת השותפין הן אמת דהרב מוהר"אש בס' ת"א סי' קי"א כתב דא"פה מצי השותף לומר קים לי כרבותיו של הרמ"בם ע"כ ולדידי אין ולאו ורפיא בידי דכי אמרינן בעלמא דבכל דבר שבממון היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא מצי המוחזק לומר קים לי היינו כשיש מחלוקת בדבר יש שכתבו כן ויש שכתבו בהפך כל אחד במקומו התם יכול לומר קים לי כפ' אכל כשאחד מהגדולים מייתי השתי סברות ומכריע הוא שם, כאחד מהם אפשר דלא נאמר שם קים לי ועוד דהא אית לן דהכרעת האחרונים מכרעת שלא לומר קים לי כמו שכתב בתשובה מה"רם אלאשכר ז"ל סי' כ"ג וכל שכן הכרעת בית יוסף אשר כבר פסק הדין וכתב והכי נקיטינן וכבר נתקבל עליו הרב במקומנו לרב ללכת אחר הוראותיו ע"כל מכאן נראה, לי דכיון דהרב בית יוסף ז"ל הכריע כמאן דאמר דיכיל יורש להשביע לשותפי אביו וכל שכן שהרמ"בם ז"ל שהוא אבי התעודה הכריע כן שלא כדעת רבותיו הכי עבדינן ואי בעי יורש להשביע לשותף אביו יש יכולת בידו להשביעו מצד הדין:

הכלל העולה דבנד"ד החלוקה שעשו השותפין הנ' חלוקה מעליא ואין ליתום טענה עליה זולת אם ירצה שיקבלו חרם שהחלוקה היתה בפני שלשה שומעין לו או אם ירצה להשביעם שבועת השותפין יכלול בתוכה שהחלוקה היתה בפני ג' וסגי זה נ"ל הצעיר.

סימן לא

בדיק לן מר על ראובן ושמעון שלוו מתוגר אחד שש מאות גרוש' לצורך שותפותם שהיו שותפין במקטעת המסדריא' והמשיכו שותפותם שתי שנים מ"מ והתוגר ההוא לא נתפרע ובמלאת זמן שותפותם שכבר הזיזו עצמן מן המסב"ריא תבע התוגר הנ' לראובן בערכאות והכתיב עליו השש מאות גרוש' ולקחם כלם מראובן ופטר אותו עכשו בא ראובן לתבוע משמעון שיפרע לו השלש מאות גרוש' שהם חצי החלק שהיו חייבים לתוגר ונוגע לו ש' גרוש' ושמעון משיב כי מנכסי ממסדריה ממה שהיה נוגע לשמעון הנה נשארו ביד ראובן יותר משלש מאות גרוש' שהם יהיו לו לפרעון השלש מאות גרוש הנוגעים לו וראובן מכחישו ואומר שלה"דמ ונסתפק כ"ת מי משניהם ישבע אם ראובן שהוא בעל השטר שלקחו מן הגוי והוא בידו או שמעון שהוא מוחזק במעות ואנא לא מחכמה די איתי בי שמתי פני לכתוב זאת זכרון כי מה ידעתי ולא ידע כ"ת האמנם דבר כ"ת עלי היא כגזרת מלך לא אוכל כפרה מצורף לזה כי אנכי הרואה כ"ת הוא טרוד בכמה מיני טרדות השתרגו עלו על צוארו והן הם עדיו לסבות מונעות להסביר הענין כי על כן באתי להרצות לפני כ"ת הנראה בעיני אם מעט הוא:

הן אמת כי לא פורש בדברי כ"ת אם התוגר ההוא החזיר לו השטר מלוה שהיה לשניהם עם טמי"שוק מידו שכבר נתפרע ממנו ונקרא חקל"אשמה כמנהג או לא החזיר לו אלא השטר בלבד מבלי נתן לו טימי"סוק על הקבלה שיש הפרש בין זה לזה לענין הדין ויש מדרגות בדבר שאם אין ביד שמעון אלא השטר חוב שלוו שניהם ואין לו ראיה לא מבעיא שיכול לטעון פרעתי כמו שנבאר אלא ג"כ יכול לטעון לא פרעת לו ונפל ממנו או פרעתי לו ונפל ממני ומצאתו או פקדון הוא אצלך וכדכתב הרמ"בם בפ"כו דה' מלוה וז"ל כל ערב שבא ליטול מה שפרע בין שבא להפרע מהלוה או מהיורשים הרי זה צריך להביא ראיה שפרע ואין מציאת שטר חוב שעליו ביד הערב ראיה שמא נפל השטר מיד המלוה ולא פרע זה כלום עכ"ד וכ"כ בעל התרו' ואין צ"ל שצריך להביא ראיה שאם לא הביא ראיה לא מהני עכ"ל וכ"כ נ"י בפ' חזקת בההיא ערבא וז"ל ולאו ראיה כלל היא לומר הא שטרך דשמא פקדון היא גביה עכ"ל וכ"כ ה"ה ז"ל שזה מוסכם מכל המפרשים וכ"כ הטור בסי' קל"א וכמו שנזכיר דבריו בע"ה אם כן מן המבואר הוא דאם בנדון זה אין ביד ראובן אלא השטר חוב לבד מבלי שיש לו עדים וראיה שפרע אסף רוח בחפניו ואין לו דין על שמעון שיכול לטעון כל הטענות אשר קדם לנו זכרונם:

וגדולה מזו יש בנד"ד דאפי' תימא שמלבד השטר שבידו יש לו ראיה שפרע נהי שהציל עצמו מכל הטענות הנ' אבל אכתי יכול לטעון שמעון פרעתי לך או שעשיתי חשבון עמך הכנסתיו בחשבון או יש מנכסי השותפות בידך לפרוע חוב או יותר כמו שנראה בטענה הבאה בשאלה כל זמן שאין לראובן שטר שכתוב התקבלתי מן הגוי ונתתי לו זכותי וכמו שכתב הרמ"בם בפ' הנ' אפי' אמר לו פרעת ונתתי לך מה שפרעת ישבע הנתבע שבועת היסת או שבועת (התורה אי הוא מודה במקצת ויפטר ע"כ ובאור דבריו כשאין ביד הערב כתב מהמלוה דקאמר נתקבלתי כמו שכתב עליו ה"ה ז"ל בפי' דבריו ובע"הת כתב בזה ואם טען הלוה פרעתי נאמן ואין שטר חוב שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר ע"כ. וכ"כ ה"רן ז"ל על ההיא דפ' חזקת דההוא ערבא דאמר והא שטרא והובאו דבריו בס' ב"י ח"מ ק"ל וז"ל וגם ה"רן ז"ל כתב והא שטרא כלו' וכגון שכתב לו מלוה התקבלתי ונתן לו זכותו הא לאו הכי אע"פי ששטר חוב יוצא מתחת ידי ערב אינו גובה וכמלוה על פה דמי שהלוה לא נשתעבד בשטר זה לערב וכ"כ הרש"בא משם רבו הר' יונה ע"כ וכ"כ ב"י ז"ל וז"ל והא שטרא ומיירי כגון כתב המלוה התקבלתי ונתן לו זכותו ע"כ וכ"כ הרב המגיד שדין הערב עם הלוה שהוא כמלוה על פה כשלא אמר התקבלתי הוא מוסכם במפרשים וזהו משמעות לשון הטור שכתב וז"ל ואין הערב גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרע בשבילו אבל כל זמן שאין עדים אינו גובה ממנו כלל אפי' אם

שטר החוב בידו אינו מועיל לו לגבות ממנו כלום שיכול לומר פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ומצאתו או לא פרעת עדיין למלוה ונפל ממנו ומצאתו או הפקידו בידך או יכול לומר לו פרעתיך כי אין שטר חוב זה שבידו ראיה לעשותו כשטר ואם כתב המלוה לערב קבלתי ממך דמי החוב מהני ליה לגבות מהלוה ע"כל ועם שלכאורה נראה שיש מקום דקדוק בדברי הטור ז"ל דמדקאמר אבל כל זמן שאין לו עדים אינו גובה כלום דיכול לומר פרעתי למלוה או לא פרעת עדיין או הפקידו בידך או פרעתיך וכו' משמע מדיוקן של דברים אלו דכשיש לו עדים שפרע נצול מכל אלו החששות והטענות והא ליתא דהא אפי' דאיכא עדים שפרע וסמי להו אלו טענות עכ"ז טענת דפרעתי לך אח"כ איכא דמה ענין לעדי פרעון אצל והכי חזינן לכל רבוותא דאפי' בדאיכא עדים חיישי לה להך טענה ואיך קאמר כ"ז שאין עדים וכו' וכו' יכול לומר פרעתיך מכלל דהיכא דאיכא עדים אינו יכול אתמהה מיהו נוכל לפרש דבריו אחר הדקדוק בהן דהכי קאמר כל זמן שאין לו עדים אינו גובה כלום מפני שיכול לטעון פרעתי או לא פרעת או הפקידו בידך וכי תימא דאיכא עדים גם על זה יכול לומר פרעתיך כי אין שטר החוב שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר אלא שאם כתב המלוה התקבלתי וכו' וכו' והכי כתב בטענה זו שלאחר כולן או יכול לומר פרעתיך ולא אמר או פרעתיך כמו שכלל כולן ואמר יכול לומר פרעתי או לא פרעת או הפקידו בידך מבלי שיאמר בכלן מלת יכול מפני שאותם השלשה הן נמשכות מהעדר מציאות העדים ולכך ערבם כולן ביכול אחד אבל זאת הרביעית שהיא נמשכת מפאת העדר כתב התקבל ואפי' במציאות עדים הוצרך לומר בה יכול וכו' וזו אף זו שכתב בשטר בסוף דבריו או יכול לו' פרעתיך כי אין שטר החוב שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר וכמדומה דלאו רישא סיפא וסיפא רישא דפתח בכל זמן שאין עדים וסיים כי אין שטר חוב ראיה לעשותו מלוה ע"פ אלא לפי דרכנו יתישב היטב דהשתא בזאת הטענה לאו מהעדר עדים קאתינן עלה אלא מהעדר התקבלתי ולכך אמר דאין שטר וכו' כלו' אפי' תימא דיש עדים יכול לטעון פרעתי לך ואין השטר מועיל לו וזהו מה שכתב הרב ב"י ז"ל על דברים אלו כ"כ בעל התרומות ז"ל ע"כ ודברי בעה"ת הם כך אבל אם לא הביא ראיה או שטען פרעתי נאמן ואין השטר ראיה ע"כ שפי' הדברים הם כך אם לא הביא ראיה וא"תל שהביא ראיה טען פרעתי נאמן ונמצא לפי זה דדברי הטור עם כל המפרשים צדקו יחדו ועלה לנו בהסכמת כלם דאפי' דאיכא עדים שפרע כל זמן שאין כתב התקבלתי ונתן לו כחו הלוה נאמן כן הדבר בנד"ד דאי לית טומשוק חקלאשמא' ושנתן לו כוחו שמעון נשבע ונפטר וכבר עלה בדעתי לחלק דשמא יש לחלק בין ערב לשותף אלא שראיתי לרב הגדול מהרש"דם שכתב בח"מ

סי' כ"ו על ראובן ושמעון שהיו חייבים ללוי ופרע שמעון כל החוב ותבע אח"כ חלקו מראובן וכתב בתשו' וז"ל לזה אני אומר שגם שהיה אפשר לחלק בין ערב לשותף משום דהתם הערב אינו חייב למלוה כלום ומ"ה איכא למימר שלא פרע ושהשטר בא לידו על אחד מהדרכים הנ' אבל בנד"ד שהיו שניהם חייבים ליכא למימר הכי ומ"מ נראה בעיני פשוט שהדין שוה לשניהם שהרי אי אפשר לשטר להיות ביד שניהם ואפשר ששניהם פרעו ונשאר השטר ביד אחד מהם ופשיטא הוא שאם יצא השטר מיד האחד ויתבע החלק מהשני שיהיה השני נאמן לומר פרעתי דליכא למימר שטרך בידי מאי בעי כיון שלא נעשה השטר הזה כדי שישתעבד האחד לחברו רק ללוי ע"כ וגם הרב מהר"א ששון בתשו' סי' ע' על ראובן ושמעון שנתחייבו לגוי אחד סך מה ופרע ראובן הכל ועכשו תובע משמעון שיפרע חלקו הביא דברי בעל התרומות והרמ"בם ושאר רבוותא דמיירי בענין ערב דמשמע דאין הפרש בין ערב לשותף בחוב וחזר הדין בנד"ד שאם אין ביד ראובן אלא השטר חוב בלבד ואפי' שיש עדים שפרע כיון ששמעון זה טוען פרעתי נאמן ולא זו בלבד אני אומר אלא אפי' נניח שיש ביד ראובן הנ' כתב התקבלתי ונתן לו כחו עכ"ז שמעון נאמן בשבועתו שהרי כל עצמו של חלוק זה שאנו אומרים שכשכתב לו התקבלתי ונתן לו זכותו הרי הוא עומד במקום המלוה ובמלוה בשטר אינו יכול לו' פרעתי היינו טעמא משום דעקרא דהאי מילתא היא ההיא דגט פשוט (דף קעג) שאמר ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו אינו גובה ואם כתוב בו התקבלתי גובה ע"כ ופירש בה רש"בם ואם כתב בו המלוה התקבלתי מן הערב דלהכי כתב ליה התקבלתי דלהוי ערב מוחזק בשטר ולא חשיב מלוה על פה וכו' ע"כ וכן פירשוה ג"כ המפרשים שקדם לנו זכרונם שהם הטור וה"רן והב"י וה"ה ז"ל והנמשכים אחריהם ולהכי כתבו דכשאמר התקבלתי ונתן לו זכותו אינו נאמן הלוה לו' פרעתי. אבל מ"מ אין הפירוש הזה מוסכם לכ"ע שהרי פי' בתוס' וז"ל ונראה לר"י לפרש הכי אם כתב בו התקבלתי גובה היינו דאם כתב הלוה בשטר התקבלתי מן הערב שכך כתב הלוה גם לערב כדי ליפות כחו לדוחקו לפטרו לשלם חובו למלוה גובה ע"כ והרש"בא ז"ל בתשו' סי' תתפ"ח כתב וז"ל והפירוש המחוור בבריתא דסוף גט פשוט כן הוא שאם כתוב בו התקבלתי שכתב הלוה לערב בשעת ההלואה כתב אחר ואמר לו התקבלתי ממך המעות כדי ליפות כחו שאם יפרע למלוה שיהא חייב לו בשטר והויא ליה מלוה בשטר גובה וכענין הזה פי' התוס' רבותינו הצרפתים ז"ל וזה הנכון כי לפירוש רש"בם יש בו קושיא גדולה ואין זה מקום אריכות ע"כל וכ"כ הרב מהר"אש ז"ל שהוא מבואר בחדושי הרמ"בן ז"ל. באופן שאם נתפוס פי' זה בצורתא דשמעתא דא הנה אין משם ראיה לנדון שלנו דהיכא דכתב המלוה לערב

התקבלתי דהויא ליה מלוה בשטר שהרי אין הדברים הללו אמורים אלא כשכתב הלוה לערב בשעת ההלואה התקבלתי ליפות כחו וכל כמה דלא כתב כן הרי הלוה לגבי ערב כדין מלוה על פה ומה גם כשנדקדק דברי הרש"בא שכתב בתשו' שהזכרנו שכתב ליפות כחו שאם יפרע למלוה שיהא חייב לו בשטר זה והויא ליה מלוה בשטר דמשמע דדוקא כשהלוה הוא דכתב התקבלתי מועיל לשוויה מלוה בשטר אבל לא בענין אחר דאפי' כתב לו מלוה אח"כ התקבלתי אינו מועיל וא"כ כיון שהרש"בא והרמ"בן והתוס' סברי לפרש פי' ולפי פירושם אין התקבלתי דמלוה מועיל לעשותו מלוה בשטר א"כ יאמר שמעון זה שהוא מוחזק במעות קים לי כהרש"בא והתוס' והרמ"בן ויהיה נאמן בשבועה. וליכא למטעי דראובן מיקרי בעל השטר מוחזק דבשלמא אם היה מוחזק לכ"ע ובדין היו חולקים יכול לומר בעל השטר קים לי אבל מעקרא המחלוקת הוא אי מיקרי בעל שטר אם לאו דלבע"ת והטור וה"רן וה"ה ז"ל ודכותיהו מיקרי בעל שטר והוא מוחזק ולתוס' והרש"בא והרמ"בן לא מיקרי בעל השטר ואינו מוחזק א"כ כיון דבמציאות החזקה פליגי אין בעל השטר יכול לומר קים לי מטעם מוחזק וכמו שכתב הרב מוהריב"ל כן בהדיא בס' סי' מא וז"ל הא קמן דכולהו רבוותא סברי דהלוקח הוי מוחזק והמצרן הוא המוציא והר"מה סובר דהמצרן מוחזק והלוקח מוציא ובנד"ד ליכא מוחזק דהא בהא מעיקרא פליגא ע"כ הנה נראה דהיכא דבעיקר המציאות פליגי ליכא מוחזק הכא נמי כיון דמעיקרא אלו חולקים ואומרים שאינו בעל שטר א"כ ליכא חזקה גביה אבל גבי ראובן על כרחיך אית ליה חזקה במעות שהרי הוא מוחזק בהן ויכול לומר קים לי כהנהו רבוותא ואפי' תימא דחזקתו של שמעון נמי במחלקות היא שנויה הרי סוף סוף הוא המוציא המעות ומה גם דאיך ניצוח ממון הפך הרש"בא והרמ"בן והתוס' ובפרט שכתב הרש"בא כי זהו הפירוש המחור ואיכא קושיא לפירוש האחר ודוחה אותו בשתי ידים ועוד שידים מוכיחות כדברי הרש"בא מדכתוב בברייתא ואם כתוב בו התקבלתי ולפי' התוס' ניחא שכתב שהלוה כתוב בשטר והיינו דאמר בו אבל לפירוש רש"בם ואביזריה היכי שייך לומר בו והרי אין התקבלתי דמלוה כתוב בשטר כדמקשו התוס'.

ועל כל אלה שלדעתי הרמ"בם ז"ל הוא סובר כהרש"בא והתוס' והרמ"בן בפירוש הבריתא שהרי כתב הדין סתם ואמר פרעתי למלוה או פרעתי לך ישבע היסת ויפטר כדין כל המוציא מחבירו עליו הראיה ולא כתב דין דהתקבלתי משום דס"ל דאינו כן פירש הגמ' אלא כפי' הרש"בא ומפני זה לא כתבו כאן ואין טענה דאמאי לא כתב דין דהתקבלתי כפי' הרש"בא ולימא אבל אם הלוה כתב התקבלתי לערב בשעת מתן מעות אינו נאמן דהרי מדין חיוב אחר קא אתית עליה ולאו מכח חיוב זה ולכך אין מקומו

והשמיטו מכאן באופן דגם הרמ"בם יש לומר שהוא שותף בפירוש זה וכיון שכן מי יכניס ראשו להוציא ממון דלא כהרש"בא והרמ"בן והתוס' והרמ"בם מכללם וצריך להודיע דטענה זו לא אומר שחברתיה אלא שבחרתיה ולמדתיה מדברי רב אחרון וגדול בישראל הוא מהר"א ששון זיל שכתב בתשו' סי' ע' וז"ל ועוד שאפילו ראובן זה היה מביא כתב קבלה מן הגוי מ"מ יש לפטור לשמעון הנ' שהרי המעיין בדברי התוס' שם בפ' גט פשוט יראה דיש לדקדק משם אפי' דלגבי לוה עצמו לא מהני כתב קבלה מן המלוה רק שיהיה כתב הקבלה מן הלוה עצמו כפי פירושם שהם מפרשים שם וכן נראה יותר מבואר למעיין בחדושי הרמ"בן ויש ג"כ סמך לזה מתשו' הרש"בא עכ"ל הנה נראה מדבריו דלפי התחלפות הפירושים הדין מתחלף וכיון דלפי פירוש הרש"בא והתוס' והרמ"בן אינו מועיל התקבלתי דמלוה לערב פסק בהדיא דיש לפטור את שמעון או יהא משום טענה דקים או אחרת איך שהיה ומה גם בנד"ד דלא יהא אלא שיכול שמעון לומר קים לי כרב מהר"אש שפוטר אותי סגי.

ועוד אני אומר דאם לא נמצא בידו כתב של התקבלתי ונתן לו זכותי ואומר ראובן אלך ואביאנו ואכתובנו מן הגוי יכול שמעון לומר קים לי כרב מהר"ר ז"ל שהביא דבריו בעל מאירת עינים דלאחר שפרע אינו מועיל שכבר נמחל שעבודו ע"ש. והנה אמת שכל הדברים האלו הם במונח שהיה שטר חוב לגוי הנ' על ראובן ושמעון כדין וכהלכה אבל אי החוב לא היה אלא בכתב ידן שנתנו לגוי הנ' ועכשיו שפרע לו נתן לו הכתב יד ביד ראובן הנה אם הענין כן אין אנו צריכין כלל לכל מה שכתבנו כי שמעון יכול לומר פרעתי ונאמן בשבועתו לרווחא דמלתא וכ"ת בשכלו הזך יברר הסולת מתוך הפסולת כי מחמת היותי טרוד בענינים אחרים לא היו דברי בהתבוננות רב וה' אלקים אמת שחותמו אמת ישלח עזרך מקדש לפרוש על חסד ואמת אם תרוץ לא תכשל בדבר הלכה רק שלום ואמת יהיה כל מאי דלימרון משמך והדין דין אמת נאם הגבר אחוז וקשור בחבלי ידידותיך לא ימיטו לעולם שומר אמת:

הצעיר יהושע רפאל בימה"רר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן לב

ה' שותפים. להר' יוסף אבזאמיר השפ"ד.

שאלה שמעון ולוי אחים שותפים היו בשטר השותפות זה בברושה וזה במגנציאה יותר מי"ב שנה ויהי בדרך אשר שם שמעון לדרך פעמיו ללכת מאיזמיר למגנציאה קפצו עליו לסטים והרגוהו כשמוע יהודה היושב באיזמיר כי הרגו את שמעון קם ופתח אוצרות

אשר נכסי שמעון ולוי שם לעיני השמש ותפשם באמרו כי שמעון היה חייב לו כך וכך עתה לוי אחיו של שמעון צווח ואומר שהנכסים ההם חציים שלו ועוד שהיתומים הם קטנים ולא נתנו לפרעון עד אשר יגדלו הנערים כ"ש שאין ביד יהודה לא שטר ולא כתב יד משמעון ולא חזוק אחר כלל עתה יורנו המורה הדין עם מי ושכרו מעל שמים יהיה שבעתים:

תשובה מודעת זאת לפני כל יודעי דת ודין דאפי' בתר דתקינו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח בין מלוה בשטר בין מלוה ע"פ כמו שהוסכם עכ"ז לא תקינו אלא במידי דליכא למיחש לפרעון כהנהו דכתב הרמ"בם והטור לדינא דגמ' שהם מי שצוה בחלייו שמת בו שחייב לפ' מנה או שנדוהו ומת בנדויו או שמת תוך זמן הפרעון דחזקה חין אדם פורע בתוך זמנו בהנהו דוקא הוא דנזקקים דתו ליכא למיחש לפרעון אבל חוץ מאלו לא דטענינן ליתמי כל דמצי אבוהן למטען ושמא אם היה אביהן חי היה טוען טענות לא שערום הבאים אחריו וזה הוא מבואר מעצמו ופשוט מדברי הטור חו"מ סי ק"ח וז"ל כיון שכופין היתומים לפרוע חוב אביהם ולתקנת הגאונים דגובה אף ממטלטלין והוא שהודה אביהן בחולי שמת בו שחייב לפ' או שהיתה ההלואה לזמן ומת תוך הזמן או שנדוהו שיפרע ומת תוך נדויו ע"כ ור"שי **(נראה שצ"ל רש"בם ב"ב דף קע"ד ד"ה רב הונא בריה דר' יהושע.)** ז"ל כתב בפ' גט פשוט ונראה בעיני דאעג"ב דמטלטלי דיתמי לא משתעבדו לבעל חוב השתא גבי כמו שתקנו הגאונים ז"ל בכתובת אשה וה"ה לב"ח דגבי ממטלטלי היכא דידוע לנו שאביהן היה חייב ע"כ וע"כ לומר דהא דקאמר היכא דידוע לנו החוב אין הרצון בו דאיכא עידי הלואה ולא ידעינן אי פרע אי לא פרע דלא גרעי יתומים מאיניש דעלמא דהמלוה את חברו בעדים אין צריך לפרעו בעדים אלא ודאי הא דקא' היכא דידוע לנו וכו' כלומ' שיודעין אנו בבירור שעדין החוב במקומה עומדת וליכא למיחש לפרעון כהנהו תלת דאמרן דנזקקין ותו לא א"כ בנ"ד שהן יתומים קטנים ואיכא למיחש לפרעון פשיטא דאין נזקקין:

אפס דאיכא למימר דמאחר דתפש אין מוציאין מידו ומהניא תפישה זו אפי' שיהיה לאחר מיתה דמאי דא' אין תפישה לאחר הכותב **(צ"ל לאחר מיתה)** וכדמוכח בהכותב (דף פד:) יש לך עדים שמחיים תפשת היינו דוקא קודם תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי לא הוו משתעבדי לב"ח ולפיכך אז התפישה הבל ואין בה מועיל אבל לאחר תקנת הגאונים לא שנא לן בין מחיים בין לאחר מיתה כמו שהאריכו זה כל פוסקי הלכות בהרחבה אחרונים וקדמונים הרי"אף בפ' הכותב והטור בסי' ק"י והרי"בש סי' קצ"ב וה"רן כתב בפ' הכותב אפי' תפישה דלאחר מיתה מהניא לדידן דמטלטלי דיתמי

משתעבדי לב"ח א"כ כאן שתפש יאודה הצמר גפן אשר היה במגאזין נימא דיכול לטעון עד כדי דמיו אפי' שלא יהא ידוע לנו בביאור וכדכתב הר"אש כלל ק"ו נסתפקת נהי דמהניא תקנת הגאונים לחוב ידוע ומוחזק בשטר או מלוה ע"פ וידוע שלא פרע כגון שחייב מודה או מת בנדויו וכו' אבל בדבר שאינו ידוע כולי האי לא תקינו נ"ל דאין חלוק כיון דגבינן מטלטלי ולא פקע שעבודייהו ותפשם לאחר מיתה נאמן בכל אשר יוכל לטעון בחיי אביהן אם תפשן השתא נמי נאמן ע"כ וכן כתב מהר"יק בב"י בטור ח"מ סי' ק"ה וז"ל ומ"מ בתר תקנת הגאונים מהניא תפישה לאחר מיתה כגון אם אין לו עדים או שטר שזה חייב לו כך וכך שאם לא תפש לא מגבינן ליה ע"כ:

הן אמת שההקש מחייב זה לולא דתפישה דנ"ד לא שויא כלום דמאי דמהני בגמ' תפישה היינו בענין שיכול התופס לטעון לקוח היא בידי דאז נאמן במיגו כדכתב הרב מ"מ בפי"ב דה' מלוה עלה דההיא דכתב הרמ"בם תפס המלוה מטלטלין כתב הוא ז"ל והוא שיכול לטעון לקוח הוא בידי וכו' אבל תפישה דנ"ד דליכא מגו וכל העם שמעו וראו שפתח אוצרות כמו שהוגד ונראה כך משטח לשון השואל דלא הויא כמילתא טמירתא ודאי דבטל המגו והתפשה כמאן דליתא הויא. ובעל התרומות כתב הביאו ב"י סי' הנז' וז"ל משמע מעובדא דרב שרשום שאם תפש מטלטלין בחיי אביהן אי ליכא עדים וליכא ראה הא ודאי מהני תפישתו ונפרע מהן אבל אי איכא עדים וראה לא מהני ליה מדי ומוציאין מידו מה שתפס וכי גדלי יתמי אשתעי דינא בהדייהו וכן העלו כל הפוסקים פה אחד ובנדון זה נראה שמחזיר הצמר גפן ליתומים וכשיגדלו הנערים יחדו למשפט יקרבו:

איברא דאכתי איכא לספוקי בנ"ד דאפי' התפשה היתה בפני עדים ואינו יכול לטעון לקוח היא בידי מ"מ נאמין אותו על החוב מגו דאי בעי אמר החזרתים וחזינן לכל רבואתא דחישי למגו דההחזרתי שהרי בעל התרומות כתב אבל אי איכא עדים וראה לא מהני מדי משמע מדבריו דתרויהו אצטריכא לן עדים וראה אבל אי איכא עדים בלבד מהני תפישתו והיינו מטעם מגו דההחזרתי וכן כתב הכא שבההיא דמלוגא בשטרי דאיכא עדים וראה דאלת"ה נאמן במגו דההחזרתי והכי נמי כתב בהדיא בכלל ק"ו וז"ל ואף אם הפקיד אצלו בעדים נאמן עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר החזרתי וכן כתב הר"ן בהכותב והטור סי' קל"ג וכל גדולי המורים העמידו דבריהם במגו דההחזרתי וחיישי ליה א"כ בנ"ד אפילו שהתפשה היתה לעין כל וליכא מגו דלקוח נהמניה ליה במגו דההחזרתי:

והנה לכאורה היה עולה בדעתי לדחות ספק זה מתשובת מה"רם הביאה המרדכי פ' המקבל וז"ל פתרון ראה נ"ל אפי' אם אין עדים רואים אותו בשעת התביעה אלא אם בשעה אחרת ראהו אצלו בעדים ותבעו מה טיבו אצלך וטען אתה מכרתו לי או טענה

אחרת הראויה לעכוב כיוצא בה ואין ראוי להחזירו לפי אותה טענה דחשיב ראה ואין כאן מגו שיכול לו' החזרתי שאפי' אם היה טוען ברור החזרתי נראה שלא היה נאמן כדאמרינן בפ' שנים אוחזין (דף יז.) מנה לי בידך והלה אומר לה"דם והעדים מעידין שיש לו וחזר לו' פרעתי הרי הוחזק כפרן לאותו ממון ע"כ. וממה שא' שכשטען טענה אחרת כיוצא בה הראויה לעכוב אין לטעון החזרתי היה נראה לי לפום ריהטא ללמוד לנ"ד שכיון שבתחלה טען שהיה חייב לו כך וכך הרי הוא טענה לעכוב וכשיטעון אח"כ החזרתי הרי הוחזק כפרן וסותר טענתו הראשונה ולא מהני אלא שאחר העיון הקל אין ללמוד מהתם דההיא דמה"רם היא דוקא כשטען מכרתו או טענה אחרת כיוצא בה דהיינו נתתו שהיא ודאי טענה הראויה לעכוב ואין ראוי להחזירו כלל כפי אותה טענה וא"כ כשטוען אח"כ החזרתי הוחזק כפרן דאי אפשר לקיים שתי טענותיו דאי איתא שמכרו או נתתו לו למה החזירו אמנם בנדון זה שטען בתחלה אני מעכבו בשביל חוב שיש לי עליך ואח"כ טען החזרתי לא הוחזק כפרן דב' טענותיו גם יחד יכולות להתקיים כגון שא' אח"כ נתפרעתי והחזרתים א"כ לא הוחזק כפרן והדרא ספקא קמא לדוכתה להימניה ליה במגו דהחזרתי:

ומיהו אחר החקירה בנ"ד לא שייך מגו דהחזרתים דבשלמא במה שכתב בעל התרומות שייך לומר החזרתים לך מאחר שהתפשה היתה בחיי האב וכן ההיא דהכא שמיירי דאיכא פקיד ושייך לומר החזרתים אל הפקיד וכן ההיא דמלוגא חיישינן מי יודע אם החזירתם אל המפקיד אצלה אבל בנ"ד לא ימלט ההחזרה אלא אל אחד מחמשה אם אל האב ואם אל היתומים ואם אל האפוטרופיס ואם אל הבעל הבית שהיתומים סמוכין אצלו ואם אל המקום אשר ממנו לקחם והנה דל מהכא החזרה חל האב שאחרי מיתתו תפש וגם החזרה ליתומים דלאו בני דעה נינהי ולית להו יד להחזרה וג"כ אפיטרופוס עדין לא נתמנה כנודע לא נשאר לנו לדחות אלא טענת החזרתים אל המקום אשר לקחתים או אל בעל הבית שהיתומים סמוכין אצלו:

והנה אל הטענה הראשונה שהיא אל המקום אשר לקחם הא ודאי אם יטעון כך אינה טענה דאפילו יהא כדבריו שהחזירן שם הרי הן באחריותו ואם נגנבו או נאבדו חייב לשלם שהרי גזלן הוא שירד לנכסי יתומים בלתי רשות ב"ד וכמו שכתב הר"אש כלל פ"ה סי' ו' מלוה שירד לנכסי יתומים קודם שתבעם לדין גזלן הוי דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה וקודם שישבע אין לו שום זכות ומי יימר דמשתבע ובעוד שלא נשבע נכסי בחזקת יורש קיימי וזה שתפשן גזלן איקרי וכן כתב הרמ"בם ה' גזלן פ"ד ומאחר דהוי גזלן אפי' שהחזירם לפי דבריו כיון שלא הודיעו לבעלים חייב באחריותם

כדמוכח בשלהי ב"ק (דף קיח.) בההיא מתני' דהגונב טלה מן העדר וכו' וכתב הרמ"בם ז"ל בפ"ד מה' גניבה הגונב כלי מביתו של חבירו והחזיר הדבר הגנוב למקומו אם ידעו הבעלים בגניבתו ולא הודיעם בהחזרתו עדין הגנב חייב באחריותו וכלשון הזה כתב הטור חו"מ סי' שנה ה' גניבה ע"ש א"כ בנד"ד דהוי גזלן אפי' שנודה לדבריו שהחזירם למגאזין ועתה לא נמצאו הוא חייב באחריותם כיון שלא הודיעו לבעלים או לבאי כחם או לבית דין:

ואולם אל הטענה האחרת שהיא החזרתים לבעל הבית שהיתומין סמוכין אצלו לכאורה היה נר' דהוי טענה מעליא דתנן (גטין נב.) יתומים שסמכו וכו' היי כאפוטרופוס לכל דבר ואין חולק כלל אלא שכבר האיר עינינו הריט"בא בזה בחדושיו פ' הנזקין גבי עובדא דההיא סבתא דהוו סמיכי יתמי אצלה הוי להו תורתא שקלה וזבנה כתב הוא ז"ל פי' להאכיל ולא להניח דאפי' נאמר דאפוטרופוס שמנהו אבי יתומים יש לו רשות לעשות כן וכדכתיבנא יתומים שסמכו הוי אפוטרופיס לכל דבר דיי לנו שנאמר דהוי כאפוטרופוס שמנהו ב"ד ואומר רבינו נ"רו דאינו אפוטרופוס אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתומים לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ נר' דהיתומים שסמכו דאמרינן דהוי כאפוטרופוס הוא לענין הנכסים המוחזקים בידו שאם מכר או קנה מה שעשה עשוי אבל מה שאינו בידו לא א"כ בנד"ד שהצמר גפן לא היה בידו אם יטעון יהודה שהחזירם ביד הזקן שהיתומים סמוכים אצלו אינה טענה מצורף לזה שיתומים שסמכו צריך שיהיו בני תשע כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה וכל הפוסקים אין חולק בזה זולת הרא"ש וזה מכללא דהטור בנו ולאו בפי' איתמ' בדבריו כדכתב מהר"יק ז"ל באופן דשאר הפוסקים כלם מצרכי בני תשע לדינא דיתומים שסמכו להיות כאפוטרופוס וכאן בנ"ד ידוע לנו דאינן אפי' בני חמשה ובודאי דאין בהחזרתו כלום וצריך להוציא בלעו מפיו:

ועל מה בטוען לוי אחי שמעון שהנכסים אשר היו במגאזין חציים שלו ורוצה לקחת החלק המגיע לו מהם יש להשיב שאם הנכסים ההם הוא דבר הידוע לבית דין שהן מן השותפות אין ספק דהדין עם לוי ואין לשותפין חזקה זה על זה כדמוכח במתני' דפ' הבית והעליה (דף קטז.) חולקים באבנים ובעצים וכו' ופריך בגמ' ולחזי ברשותא דמאן יתבא ולהוי אידך המוציא מע"ה ומשני שותפין בכה"ג לא קפדו אהדדי ומייתי הר"יף בהלכות ואע"גב דפניה חד לרשותו לא הוי חזקה בדבר הידוע לשותפות ובריש בתרא נמי אמרינן במתני' לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ופרכינן פשי' לא צריכא דפניה חד לרשותיה מהו דתימ' להוי אידך המע"ה ק"מל וכתב הר"יף

ושמעינן מנה מלתא דידיע לתרי שותפי אעג"ב דאיתיה ברשותא דחד מניהו לא נפק מחזקה דאידך והרב הגדול מהר"ד ן' זמרא כתב סי' ק"ח לענין הממון והסחורה הידועה לשותפות לא הוצרכת לשאול דקי"מלן השותפין אין להם חזקה זה על זה ואפי' שיהיה ברשות אחד מהם אינו יוצא מחזקת שניהם כל ימי השותפות ואע"גב דמת אחד מהם ובטלה השותפות מ"מ דבר הידוע לשותפות ה"ה בחזקת השותפות עד שימכר או עד שיחלוקו ואפי' שהם מעות דמצי לפלוגינהו בלא דעתיה דחבריה ה"מ לענין חלוקה אבל לענין שיהיו היורשין מוחזקים בחלק המגיע לאביהם ורואין אותם כאלו חלקו והוחזקו ולהוו שותפין המוציאין מהם ודאי לא אמרינן וה"ה בחזקת השותפות ה"נ בנ"ד אם הנכסים המופקדים במגאזין ידיע לב"ד קודם מיתת שמעון שהם מנכסי השותפו' ודאי דלוי השותף יקח חלקו וזו אינה צריכה לפנים. והנה בשמים עדי כי לא נעלם ממני ערכי על כי ידעתיו נשבר ונדכה עד שלא הגיע לעונת הפעוטות כל שכן להראות העמים והשרים משפטי ודיני זולת אהבת חבת השואל הוציאתני ממחיצתי היא שעמדה לי לכתוב זאת זכרון מצורף לזה כי מקריב אני משפטי ודיני לפני מעלת קדושים רבני ההוראה ומניהו תסתיים שמעתתא ואיני כמזהיר אלא כמזכיר דברי הפוסקים איפה הם רועים והמה בכתובים וה' אלקי הצבאות יצילני משגיאות אני המדבר. יהושע רפאל בכמה"רר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

ראיתי את כל דברי החכם הותיק הפוסק זה סיני והם האמת והצדק על הדין ועל האמת ויהושע מלא רוח דעת עוקר הרים וטוחנן ואני בעניי נשאלתי על ענין זה בסגנון אחר ושם הארכתי כי בא הענין ברוב דברים לא יחדל החקירה ובנד"ד יפה דן ויפה זיכה את היתומים ומה זו סמיכה כי חכמתו היא סמכתהו כי סמך משה בתורתו עליו ידיו רב לו ולית דין צריך לר' אושעיה נאם הקטן שמואל ן' ויליסד.

מה נמרצו אמרי יושר דברי פי חכם חן טובינא דחכימי החכם הפוסק ידיד נפשי וברוחב בינתו כיון לתלמיה את ההלכה יפה דן ויפה זיכה וכאשר שמעתי אמריו כי נעמו אף אני לעשות רצונו חפצתי לשאת ולתת באמרותיו המאירים המשמחות אלקים ואנשים ואהיה שעשועים יום יום כפי אשר תשיג ידי ומה שתעלה מצודתי היום. על מה שחקר החכם הפוסק שיחיה אם יהיה נאמן התופס הזה אע"פי שתפס בעדים מגו דמצי אמר החזרתי היה אפשר לדון בה מההיא עובדא דההוא דחטף נסכא דר' אבא לפי מה שכתב הרמ"בם בה' גזלה דהוי כגוזל את חברו בעדים וצריך להחזיר לו בעדים וכו' וכמ"ש הרב מ"מ וכו' וכו' ואני בעניותי יש לי ללמוד בטעמן של גדולים וכו' וכו' והאריך הרבה כדכתוב בקונטריס מיוחד. וראיתי מה שהביא החכם הידיד הפוסק נר"ו תשובת מה"רם

שהובאה במרדכי פ' המקבל פתרון ראה אפי' אין עדים רואין אותו בשעת התביעה אלא אם בשעה אחרת ראהו אצלו בעדים ואמ' מה טיבו אצלך וטען אתה מכרתו לי או טענה אחרת הראויה לעכוב וכו' אפי' שהיה טוען החזרתי לו היה נאמן כדאמ' בפ"ב אוחזין וכו' וכבר דחאה לנו החכם הפוסק נר"ו ואמר דטענת מכירה שאני דאין ראוי להחזירו אבל היכא דטען בתחלה אני מעכבו בשביל חוב שיש לי ואח"כ טען החזרתי לא הוחזק כפרן ששתי טענותיו גם יחד יכולות להתקיים שאח"כ נתפרע והחזירם עכ"ד ודבריו כפתור ופרח ראויין למי שאמרן וכו' והאריך ג"כ שם. והנה מדברי החכם הפוסק נרו שמענו שיש פה מי שסמכו יתומים אצלו שהוא הזקן אבי אביהם דחשיב כאפוטרופוס שכתב הוא נ"רו אלא שכבר האיר עינינו הריט"בא דאינו אפוטרופוס אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף ולתת בידו מנכסי היתומים לא ואע"גב דאנהירינהו לעייניו בזה אכתי וכו' והאריך ג"כ שם. ומהודענא ליה לחביבי החכם הפוסק נר"ו בההיא דכתב הרמ"ה שיתומים שסמכו דוקא שיהיו בני תשע וכו' וכו' והאריך גם שם ועל מה שטען לוי אחי שמעון שהנכסים שהיו במגאזין חצים שלו ורוצה לקחת חלקו המגיע לו יפה דן ויפה זיכה החכם הפוסק נר"ו דכל דבר הידוע לשותפות אין להם חזקה זה על זה וכו' וכו' והאריך הרבה ובסוף דבריו כתב מעתה זכינו לדין שתפיסתו של יהודה אינו מועיל לו כלום ולוי אחיו שהוא שותף כמו שמפורש בשטר השותפות ה"ה מוחזק במחצית הסחורות הנמצאת ברשות המת וכמו שכתב החכם הפוסק המורה לצדקה ודבריו נכוחים וישרים למוצאי דעת:

נאם הצעיר יוסף בכמ"הר משה מטראני זלה"ה

סימן לג

ה' שותפין.

כאור נוגה הולך ואור האירו אל עבר פני אותיות מחכימות ראמות וגביש אין ערוך אליהם ורב פנינים אל דמי להם תורה חתומה והדת נתנה מאביר הרועים החכם השלם סיני ועוקר הרים נאמן שמואל בשבילי דתלמודא כשבילי דמתא ואני לא נקראתי להוסיף על דבריו ולא להחזיקם כי חזקים המה מעצמם בטוב טעמם ונמוקם עמם אפס כי לרוב הפצר השואל אלצני עד בוש וגם אמר באזני שהחכם השלם הפוסק נר"ו כך גזרה חכמתו להיות אני סניגרון לדבריו אז אמרתי הנה באתי חשתי ולא התמהמתי ולעשות רצונו חפצתי והנה אמת שהדין דין אמת ויציב בשגם כל כך ברור הוא לפני שעמל הוא בעיני לכתוב עליו לרוב פשטותו האמנם לרוב תשוקתי להתבשם בריח שמנו אסורה נא ואראה

מה דדייק מר בלשון הטור ז"ל שכתב דעת הרא"ש ז"ל אחר דעת הרמ"בם ז"ל כאלו אינן חלוקים ועל האמת סברת הרמ"בם דלא כהר"אש דלהרמ"בם אינו יכול להקיף אלא דוקא היכא דתדיר נמכר בהקפה ולהר"אש אפי' איכא הכי והכי והיה לו להזכיר סברת הר"אש בלשון אבל זהו תורף קושיתו והניחה בצ"ע (ואית תניא דמסייע ליה הוא הר"אש הרב בס' תורת אמת סי' קל"ו מכלל דבריו שעל דעת בעל העטור כתב וכן משמע קצת שהוא דעת הר"אש בתשו' כלל פ"ט הביאה הטור סעיף קע"ו וכו' כנראה שהוא משוה דעת הר"אש לדעת העטור ודלא כדעת הרמ"בם) ועם שהרב הוא החכם השלם נר"ו ברוב חכמתו כבר הרגישו בחולשתה וכמודה במקצת לבד בלשון קצת קשה כנה אותה לדידי חזי לי לא מנה ולא מקצתה שהרי כל עצמו של הר"אש בתשו' זו לפטור את שמעון מדין תנאי הרשות נגע בו שכן כתוב בדבריו הדין עם שמעון שהיה לו רשות להתעסק בכל מיני סחורה ומה שטוען שלא הרשהו למכור בהקפה תנאי זה איני רואה לו הוכחה מתוך השטר אלא שהרשיהו להתעסק בכל מיני סחורה כדרך הסוחרים וגם מנהג למכור בהקפה אז לא פשע שמעון אבל אם אין מנהג למכור בהקפה אז פשע שמעון וכו' ע"כ שמובן דברים אלו הוא שכיון שהרשה אותו להתעסק בכל מיני סחורות מנהג הסוחרים איכא הכי והכי וההקפה נכנסת בסוג הסחורה לפעמים הרי רשות נתן לו והוה ליה כאלו תנאי היו דבריו שיקיף אבל אין מנהג כלל בתוך הסוחרים להקיף כלל פשע שמעון מפני שאפי' שהרשהו בכל מיני סחורה ההקפה לאו סחורה מקריא מאחר שאין מנהג זה בסוחרים כלל ולפי דרכיו זה נמצא שהר"אש ז"ל פוטר לשמעון מכח התנאי ומנה משמע דאם לא היה תנאי ורשות בדבר אלא סתם ומנהג הסוחרים איכא הכי ואיכא הכי שמעון זה היה פורע משום שאין המנהג מוחלט בכל הסוחרים וכיון שכן דעת זו הוא דעת הרמ"בם עצמו שבמשתתף סתם כתב לשון תדיר ודקדקו המפ' שצריך מנהג מוחלט בכל הסוחרים אלא א"כ התנו מתחלה מעתה א"כ צדק הטור בלשונו שכתב דעת הר"אש אחר דעת הרמ"בם בלי מלת אבל ששוין הם בסברתם ועל דעת אחת יסמכו ומה גם שסוף דברי הרמ"בם וחתימתם שכותב הטור בשמו הם ואם התנו הכל לפי תנאם ותכף סמוך לו כתב שאלה לא"א הר"אש וכו' כלו' דכי היכי דהרמ"בם כתב דבסתם צריך מנהג כל הסוחרים ואם התנה הכל לפי התנאי כן הר"אש ז"ל בתשו' זו שפוטר את שמעון מכח תנאי ורשות נראה שהכל לפי התנאי ומה שאם לא היה תנאי ורשות בדבר נקרא שמעון פושע כיון שאין מנהג זה מוחלט בכל הסוחרים כדברי רמ"בם ז"ל בין כך ובין כך לענין הדין דברי פי חכם חן החכם השלם הפוסק נר"ו צדקו עתקו גם גברו חיל שהלכה זו אי מצי שותף להקיף בלא דעתיה דחבריה במחלוקת היא שנויה

בין הפוסקים וא"כ אם המקום שהקיף שמעון היה מקום מובטח בעת ההקפה פשיטא שהיה יכול לומר שמעון קים לי כדכתב מהר"אש בסי' קל"ו אבל כאן דמעקרא ידע ביה בלוי שהיה איש שבור נשבר ונדכה במה יזכה את ארחו לאמר לא פשעתי להשקיט את ראובן מעצבו ומרגזו ואין לך פשיעה גדולה מזו למה זה דומה למי שנטל ארנקי וזרק לים ואמר לא פעלתי און:

ובר מן דין קרוב הדבר לומר דאפי' במקום דמצי שותף לומר קים לי בנד"ד לא כן ידבר דאי אשכחנא פלוגתא דרבוותא היינו דוקא בשותף אבל בשליח לא מצינו ואפשר לומר הבו דלא נוסיף עלה דגריע שליח משותף בענין זה דשותף אית ליה חלק ועושה בשלו ג"כ מש"כ בשליח שהוא עושה בשל חברו לבד והוה ליה לפרושי תדע שהרי כתב הרש"דם ז"ל בטור ח"מ סי' ק"ל עביד ק"ו לשליח משותף בענין כזה וז"ל והטור ז"ל כתב לשון הרמ"בם ז"ל ולא ימכור בהקפה וכו' ולא עוד אלא שכתב רבינו ירוחם וכו' דכל אשראי ספק הוא והדברים ק"ו ומה שותפים שהוא עושה בשלו ג"כ עכ"ז חייב השותף לשלם הכל ולא חלק הרמ"בם ז"ל דמשמע על הסתם חייב בנד"ד שהוא שליח עא"כו וא"כ ש"מ שכל עוד שלא פירש יכול לומר לא אמרתי לך אלא במעות מדודים וכו' ומייתי ראיה מתשובת הר"יף ז"ל הביאה הטור ז"ל סי' קל"ב בישראל שהיה ערב לגוי וכו' ומסיים דבריו וז"ל בנד"ד שהוא שליח היה לו לפרש אם ימכרנו במעות בעין או בהמתנה ומדלא פירש יכול לומר לא אמרתי לך אלא שתמכרו במדודים ולא בהמתנה עכ"ל למדנו מדבריו שני דברים דבשליח כל עוד שלא פירש למכרו בהמתנה פושע הוא ועוד דגריע שליח משותף דשותף עושה בשלו ג"כ ושליח בשל חברו לבד וכיון שכן אפשר לומר דאפי' במקום דמצי שותף לו' קים לי אפשר דשליח לא מצי אמר כן וא"כ אפי' תימא שדין זה דשותף אי מצי מקיף בלא דעת חברו הוא מחלוקת הפוסקים ואם היה במקום מובטח הוה מצי מימר קים לי מיהו שליח בנד"ד שהוא שליח ופאטור כנראה מלשון השאלה אכתי איכא למימר דכל שלא פירש פושע הוא ואין לומר דכיון שהקיף נכסיו בפני עצמם לאיש הזה הרי הוא כשותף שהשותפין צריך שיהיה באותו הממון המוקף עצמו וכן משמע מריהטיה דלישנא דהרב מהר"י אדרבי ז"ל שבתשו' סי' ר"פו בפאטור שמכר בהמתנה פסק ז"ל וגם אין לחייבו משום דמכר בהמתנה שהרי הרשהו ראובן וכו' ע"כ משמע מדבריו הא שאם לא היה מרשהו היה חייב אפי' שהיה מקום מובטח בעד ההקפה כמו שנראה שם ולא היה יכול לו' קים לי כמ"ד בשותף דמצי מקיף בלא דעת חברו וטעמא משום דלא דמי שותף לשליח כדכתיבנא סוף דבר שמעון זה שהקיף לאיש שבור מעוך וכתות כזה בעת ההקפה בלא דעת משלחי בין דדייניין

ליה כשליח בין דדיינינן ליה כשותף כל אנפין שוין דפושע הוא וחייב לשלם ושאר הטענות אשר טען שמעון הרוח בא ועוקרתם כאשר גזר אומר הח' הש' הפוסק נר"ו. נאם הצעיר יהושע רפאל.

סימן לד

ה' שותפים. לאח' השלם הנאמן כמה"ר אברהם אלגאזי ז"ל. הש"ע.

שאלה בעיר אחת יש קהל אחד והם כמו חמשים יחידים אשר היו כצאן אשר אין להם רועה עד שקמו שנים שלשה יחידים מגדולי הארץ ומאציליה וכתבו וחתמו קונפרומיסייו אחד בגזרת נח"ש מחייבים לכל היחידים שיחתמו באותו קונפרומיסו שכל מה שיסדרו שלשת האנשים ההם הסכמות ותקנות וסייגים שיהיה מקובל הכל על אנשי הק"ק לעשותם ואם ימאנו הרי הם יהיו מובדלים מעדת ישראל וחתמו בקונפרומוסו קצת מיחידי הק"ק מקצתם מפני הקורבה להם עם שלשת האנשים הנ' וקצתם מפני האימה עד שעלו החתומים לרב הק"ק וכ' ונשארו כמו עשרים יחידים שאינם רוצים לחתום בקונפרומסו ההוא רק שיבררו להם ההסכמות והסייגים ואם יהיו ישרים נכונים יקבלום עליהם יען כוונתם לקרב אליהם בעירם חכם מרביץ תורה מכל מקום אשר ימצאו להורותם את הדרך ישר ילכו בה. ועוד טוענין המעוט כי רואים חמס וריב בעיר בפרעון המסים שפורעים בשוה יחד עשיר ואביון ושואלים ודורשים שיעשה עריכה כדרך כל הארץ לפרוע כל אחד לפי ממונו. ועוד טוענין הבלתי חתומים על הרועים הקמים לרעות בעם כי הם קרובים זה לזה ואין ראוי שהם ירעו בעם רק יעמדו אתם שלשה אנשים אחרים והמה יביטו כל עניני הקהל ועל פיהם יהיה כל סדר וסייג. ילמדנו רבינו אם הרוב יכופו למעוט שילכו אחריהם משום אחרי רבים להטות אע"פי שטענות המעוט כלם נכוחים למבין וישרים בדרכי ד' או נאמר שאין הרוב יכול לכוף למעוט אחר שטענות המועט צדקו יחדו ולא יהיה במעו' מכשול ח"ו יורנו מורנו ושכרו כפול מן השנים:

תשובה זה שנתים ימים עברו חלפו בא מעשה כזה לידינו ושם נאמר מה השיגה דעתי הקצרה בהורמנותיה דמלכי מניהו אפרכי הרבנים הגדולים אלופנו מסובלים בתורה ובמצות אף כי הדין הוא פשוט ולית דין צריך חפוש מחפוש עם כל זה לקיים ולגמור לשמור ולעשות דברי פי חכם השלם המאיר לארץ ולדרים ישר ונאמן עטרות לי וכו' אמרתי הנה באתי במגלת ספר כתוב הנלע"ד והעולה מן הפוסקים חדשים גם ישנים לענין דינא הלא כה דברי:

תניא בפ' השותפין (דף ח:) ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ולהסיע על קצותם וכתב המרדכי ז"ל בשם ר"ת שנעשין מדעת טובי או מחמתן וטובי העיר הוו כחבר עיר והר' מרדכי מצא בשם ר"ת האי רשאין אלהסיע קאי פי' שכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו אין כח בדיני העיר להכריח לבני עירם למה שירצו. והני תרי לישנא אליבא דר"ת נראין כסותרין זה את זה הגם שלכאורה היה נראה לתפוש לשון ראשון שכן מוכיח הלשון שפיר דקאי אלהתנות ודוחק הוא לומר דקאי אלהסיע מ"מ מצינו מגדולי המורים האחרונים קצתם תופשים לשון אחרון עיקר וגם כי יש טעם לדבר לאחז בסנסיניו משום ההיא עובדא דמייתי בגמרא הנהו טבחי דאתנו בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה אזל חד מניהו עביד ביומא דחבריה אתו לפני רבא בתר דקרעו למשכיה חיובינהו להו רבא לשלומי איתיביה רב יימר ולהסיע על קיצותם לא אהדר ליה וכו' ע"כ ואי ס"ד כלישנא קמא דקאי אלהתנות והוי טעמא משום הפקר ב"ד הפקר כמו שפי' מה"רם ללשון ראשון מאי אקשי ליה רב יימר לרבא שהני התם דהפקר ב"ד הפקר אבל הכא לא שייך הך טעמא דליכא ב"ד כלל אלא הנהו טבחי בלבד אלא נראה דהאי רשאין לאו היינו טעמא משום הפקר והוי טובי העיר כחבר עיר אלא משום דאתנו בהדי הדדי כל בני העיר ולכך מקשי לרבא על הנהו טבחי שפיר ושוין הם. אמור מעתה שאם תפשנו כלשון אחרון יצא לנו משפט דאם לא התנו ביניהם כלם כאחד אין כח בהם להכריחם אפי' לאחד שבהם לכל אשר יגזרו אמר:

ונראין לי הדברים כן להביא סעד ממה שכתב הרמ"בם ז"ל בפרק ארבעה עשר מהלכות מכירה רשאין בני העיר וכו' ולהתנות ביניהם וכו' והוסיף מלת ביניהם דלא אתא בצורתא דשמעתתא ללמדנו דהאי דוקא הוא בשהתנו ביניהם אשר היו כולם שם במעמד כל אנשי העיר אבל אם לא נתקבצו והיה הדבר במעמד כלם אינם רשאין ולפי זה מה שכתב ה' המגיד ז"ל בשם הרב אלברצלוני ז"ל בבבא בתריתא דרשאין בני אומניות דבתנאי כל האומנין קאמר אולי יוכל לומר דלאו דוקא פי' הכי לבבא בתריתא אבל בבבא קמיתא נמי הוי הכי מטעמא דאמרן וטעמים אחרים בס"ד:

ברם הרב מוה"רם אלשיך ז"ל בתשובה נ"ט רצה להכריח מדברי הרמ"בם ז"ל ומדברי הרי"אף ז"ל כלשון ראשון וז"ל וכן הרמ"בם ז"ל כתב וכו' הרי בפי' שלכתחלה יכולין להתנות שהוא כלשון ראשון וליכא למימר דמאי דסבר לכתחלה היינו כל אנשי העיר ולא היה שום אדם מוחה בדבר דגם כן פשיטא מי מוחה בידם ודברי הרב תמוהים הם הפלא ופלא דאם הרמ"בם ז"ל סובר דבעינן מעמד כלם ודאי ד"סל לשון אחרון של ר"ת דרשאין אלהסיע קאי דכולה חדא גזרה היא אם כן מאי קשיא ליה השתא פשיטא לעולם

אימא לך דצריך מעמד כלם וכ"ת מה בא ללמדינו האי רשאין אלהסיע קאי ורבותא קמ"ל דאף שחזר בו קנסינן ליה אע"גב דאין דכין דיני קנסות עכשיו. ועוד אם תמצי לומר דהרמ"בם ז"ל מפרש דהאי רשאין קאי אלהתנות מאי קא קשיא ליה אם היה במעמד כלם פשיטא הא ליתא דרבותא אתא לאשמועינן שפיר דאע"פי דבדיבור בעלמא קא מתנו וגרע טפי מאסמכתא דכל דאי לאו כלום הוא אפי' הכי הכא תנאם תנאי ומהני דבההיא הנאה דקא ציתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי. איידי דקני גמר ומקני כמו שהביא מה"רם ז"ל ההיא דפ' הפועלים (דף צד.) מתנה שומר חנם להיות שומר שכר או שואל ואפי' בדברים דבההיא הנאה דנפק עליה קלא דאינש מהימן הוא גמר ומקני ומשעבד נפשיה וזה הטעם בהכרח לא יוכל הרב זלה"ה להכחישו דאי לאו הכי מאי עביד בבבא דבסמוך דרשאין בני אומניות לפסוק ביניהם שלא לעשות ביום שיעשה חברו והתם בתנאי כל האומנין קאמרו כדברי הרב אלברצלוני ז"ל וממקור שחוצב דין זה הוא מההיא עובדא דטבח והתם בתנאי כולם הוא דהכי קאמר דאתנו אהדדי כמו מהר"א מזרחי ז"ל ואם כן מאי רשאין דקאמר אם כלם הודו ואנש לא ימחה מי יעכב אלא על כרחין יש לנו לומר דאתא לאשמועינן דבדבור בעלמא סגי הכא נמי בבבת בני העיר זה בא ללמדנו:

ותו איכא למידק בדברי הרב ז"ל איך יעלה על הדעת לו' דס"ל להרמ"בם ז"ל דלא בעינן מעמד כלם והרי הרמ"בם עצמו ז"ל כתב בסמוך במה דברים אמורים בשיש חכם חשוב בעיר וכו' אבל אם לא היה חכם חשוב וכו' דאין לענוש ולהפסיד על מי שלא קבל התנאי אלא אם כן התנה עמהם הרי גם כן סופו הוכיח על תחלתו דבעינן תנאי כלם ואם לא אין יכולין לענוש ולהפסיד.

וליכא למימר דהתם דקא' במ"דא לא קאי אלא למאי דסליק מניה שהוא בבת בעלי אומניות אבל לבני העיר לא ויהיה גם כן מה שא' ואין יכולין לענוש ולהפסיד לבעלי אומניות דוקא אבל לבני העיר מה שעשו עשוי ויכולין לענוש בלא במעמד כלם דהא מלישנא דגמ' משמע נמי דקאי לבני העיר דכי אותביה רב יימר לרבא דחייבינהו להנהו טבחי מבריתא דולהסיע על קיצותם שני רב פפא ה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דמתנו הא קמן דאף בבני העיר ליכא טעמא דאדם חשוב וכך נראה לי מדברי הטור ז"ל שכתב לשון הרמ"בם סי' רל"ה וכתב במ"דא שאין חכם בעיר אבל אם יש חכם בעיר אפי' כל בני העיר אינן רשאין הרי לנו בהדיא בין מצורתא דשמעתתא בין מדברי הטור דהצרכת חכם חשוב הוא בין בבני אומניות בין בבני העיר ואם כן פשוט הוא דמ"ש הרמ"בם ואין יכולין לענוש וכו' קאי נמי אף אבני

העיר דאם נאותו יחד מהני תנאם ואם לאו תנאם בטל ואיך כתב הרב ז"ל דהרמ"בם לא אצריך מעמד כלם וכמו שהוכיחו מדבריו הרב מה"רא מזרחי והרב מה"רי קולון ורבים מהפוסקים האחרונים. וזו היא סברת מה"רם ז"ל והרב הזקן ממנץ ז"ל והרי"בר קלונימוס וה"רם בר מרדכי ורבנים אחרים הובאו כל דבריהם במרדכי ז"ל. העולה לנו מכל זה לפי סברת הפוסקים הנ' דבנדון שלפנינו אע"פי דאיכא רובא דמנכר לא מהני גזירתם על המעוט כיון שהם מסרבין בדבר כ"ש דלית בהו מגדר מלתא ולא תקנת הקהל.

ומיהו עדין לא נתקררה דעתי להורות הלכה על זה אחרי ראותי רש"י ז"ל בתשובה מביאה המרדכי בפ"ק דשבועות והרמ"בן ז"ל באיגרת החרם ורא"ביה ז"ל אשר הובא במרדכי דהשותפין חולקים בדבר וסוברים דכשהרוב הסכימו חל עליהם בעל כרחם כמו שהובא בארוכה זה בדברי הרב מהר"רא ז"ל ולדעתי ג"כ מכללא איתמר וסבר וקביל הטור ז"ל כן שכתב רשאין בני העיר וכו' ואחר כן כתב רשאין כל בני אומניות הרי דמאי דצריך כלם הוא בבני אומניות דוקא אבל לא בבני העיר וכיון שכן היכי נפסוק הלכה מהאי טעמא הפך סברת רש"י והרמ"בן וראב"יה והטור ז"ל שמא נכוה בגחלתם.

לכך נראה לפרש הני תרי לישני אליבא דר"ת ואחר כך אבוא לענין הדין כאן באופן שיסכימו גם רש"י וסיעתו ז"ל ואומר דהני תרי לישני לא פליגי אהדדי כי מה שכתב בלשון אחרון דטובי העיר הוא כחבר עיר היינו כשהוברורו אותם טובי העיר להשגיח על עניני הקהל והתם לאו טובי העיר בעינן אלא אפי' יחיד שהוברר גזרתו אמת ויציב כיון שהמחוהו רבים וכההיא שכתב ראב"יה ז"ל הביאו המרדכי שם על אודות טענת האפוטרופוס וכו' על זאת אשיב ואומר אם הוברורו טובי העיר להנהיג קהלם אפי' יחיד שבררו מה שעשה עשוי כתקנת הקהל כדגרסי' בירושלמי שלשה מבית הכנסת כבני ב"ה ז' טובי העיר ככל העיר במה אנן קימין אי בהוברורו אפי' יחיד ואי בדלא הוברורו אפי' כמה אלמא אנו למדין משם אפי' יחיד שבררו מה שעשה עשוי ע"כ נראה מדברי הירושלמי וראב"יה דבנברר יחיד מנהיג מהני ובלא הוברר אפי' רבים והשתא לישנא קמא מיירי בהוברורו ולכך טובי העיר הוו כחבר עיר ולישנא בתרא מיירי בשלא הוברורו ולכך בעינן מעמד כלם:

ואומדנא דמוכח הוא לפרש זה בשתי לשונות הללו דבלשון ראשון נקט טובי העיר ובלשון אחרון נקט בני העיר ואי פליגי אמאי שני בדבוריה ולא נקט בכולהו חד לישנא אלא האי כדיניה והאי כדיניה דלשון ראשון קא' טובי העיר כל שהוברורו לטובים וגדולים שהעיר מנתה אותם ובלשון אחרון נקט בני העיר דר"ל לא הוברורו ולפי זה רש"י ז"ל וסיעתו דאמרי דחל החרם על המעוט לא מיירי אלא כשהוברורו שכן כתב הוא כך

שמעתי הנשבע לעבור דרך צבור וכו' דדרך צבור ר"ל אנשים שמינום הצבור עליהם וראב"יה גם כן כבר הובאו דבריו דפליג בין הוברו ללא הוברו אבל אם לא הוברו בהא ליכא מאן דפליג בין רש"י וסיעתו וכ"ש החולקים עליהם:

נמצינו למדין דבשלא הוברו לית דין ולית דיין אשר יגזור אומר דמהני גזרתם ואחר שכן בנדון זה כפי מה שהוצע בלשון השואל האנשים האלה אף כי הם מגדולי הארץ ומאציליה לית להו ברירה ולפיכך אין בגזרתם שום ממש על המסרבין ואם עברו על הגזרה הרימו מכשול אין כאן נדוי אין כאן חרם כלל כ"ש שהם טוענין טענות נכונות בריאות וטובות הלא כה דבריהם הודיעו לנו הסיגים והתקנות ואם יהיו נכונים נחתום ונודה בדבר והלא דין הוא ומה אם אפי' כשהוברו לא מהני גזרתם אלא דבר שהוא תקנת הקהל כדברי הרמ"בם ז"ל חכם חשוב לתקן ולהצליח דרכי יושביה וכן ראבי"ה זלה"ה כתב מה שעשה עשוי בתקנת הקהל ומה"ריק ז"ל אבל אם היתה תקנה בלתי מתוקנת אפי' שהם ברורים אינן רשאין לכפות למורדי דבריהם ואם ברורים שהוברו כתבו כן כ"ש בנדון זה דאינן מגלין המסכימים ההסכמה והתקנה ואולי עלה על דעתם מלתא דאיכא פסידא להאי ורווחא להאי איך יעלו חתימתם על ספר. זאת ועוד כי לבם לשמים וכונתם רצויה למנות להם חכם מרביץ תורה אשר יצא לפניהם ואשר יבוא לפניהם להורות להם דרך ישר ואפי' שהיה להם נדר ושבועה לדבר הזה אין הנדר חל ונשבע לבטל את המצוה כ"ש וק"ו עתה שאינם נשבעים יכניסו עצמם בתגר זה והם חושדין אולי שכוונת שלשת האנשים הוא הפך כוונתם למנוע להם חכם:

סופא דמלתא דברי המעוט גברו חיל בתבונה ובדעת צדקו יחדו כאשר יראה איש איש עיניו בראשו מפי סופרים ומפי ספרים חדשים גם ישנים רבנן בתראי וקמאי דקמאי אשר לספרם אין די עולה על דל שפתי ימים ולילות כי לא להזכיר פרטיות סברתם אחת לאחת במקום שאין אני רשאי להאריך משום פשיטות הענין ולהג הרבה יגיעת בשר ולולא גזרת מלך דור והדרו והרמנותא דמלכא נטיתי ידי ואין משיב. הנל"עד כתבתי וחתמתי שמי יהושע רפאל בכמ"הר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

הדין דין אמת ויציב כאשר כתב החכם הוותיק הפוסק וכו' ידיד נפשי וכו' ולהיות השואל לא יתנני השב כאשר עם לבבי ולהשתשע בשיח ניב שפתי זה דודי לא אכתוב זולת דברי אחרון הגאונים בזמן ראשם בדרוש הזה הוא הר"אם וז"ל והנה כל הגאונים הראשונים כמו הרמ"בם וכו' עד אינם יכולין להכריח בשום הכרח שבעולם אף היו כל גדולי העיר ביחד והסכמה אחת ואפי' אם אותם הגדולים היו מנהיגי העיר שכל עניני העיר נעשת על ידם עכ"ל כ"ש בנדון דידן דלא היו מנהיגי העיר אלא שקמו מאליהן דאין כח בידם

לכוף את האחרים וכ"ש אם כוונתם אינם לש"ש כי לית דין צריך שאלה ותשובת חכם ובמקום שאין להאריך הרי אמורים קצרם של דברים. נאם הקטן שמואל ן' ויליסיד.

סימן לה

שותפות.

שאלה ראובן שמעון ולוי אחים ושותפים והלך ראובן לעיר ויניציא להתעסק עם יאודה תושב ויניציאה והקיף יאודה לראובן סחורות רבות הכל בשטר וזה תמצית השטר איך הודה ראובן כי הוא ואחיו כלם נתחייבו ליאודה סך מה ואחיו הנז' כתבו ליאודה קודם שיקיף הסחורות לראובן כי כל שיתן ויקיף לראובן שהם מרוצים ומחוייבים לשלם גם שנו ושלשו בכתבים אחר שהקיף יאודה ומסר סחורות לראובן כתבו ושלחו אגרת ליאודה כי כל מה שנתן לראובן שותפם הם חייבים לשלם הכל בחתימת ידם וברורו דבריהם בפי' פרטי הסחורות שמסר יאודה לראובן שהם מזומנים לפרוע הכל בשלימות עתה תובע יאודה לשמעון ולוי כל מה שנתחייב ראובן בשטר ששמעון ולוי ישלמו כיון שנתרצו הם ועל פיהם הקיף לראובן יורנו רבינו אם חייבים שמעון ולוי לשלם ליאודה אי משים דבורא קמא שאמרו שכל מה שיתן לראובן חייבים הם לשלם או נאמר כיון שלא נתנו קצבה לדבר עד כמה מתחייבים לשלם לא חל עלייהו שום ערבות גם טוען שמעון ולוי כיון שכל מה אשר הבטיחו לראובן היה בלתי קנין הוו להו דברים בעלמא. עוד הם טוענים שמעון ולוי שכל מה שלקחו מהסחורות שהביא ראובן מידו של ראובן לקחו ולו פרעי ואין להם עסק עם יאודה כי כנגד מה שקבלו מראובן לו שלמי הכל עתה יורנו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים. תשובה על השאלה הראשונה אשר רצו שמעון ולוי לפטור עצמן כאמור כי כיון שנתחייבו לדבר שאינו קצוב פטורים הם מלשלם וכדכתב הרמ"בם פ' י"א מהלכות מכירה וז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב לזון או לכסות חמשה שנים אע"פי שקנו מידו לא נשתעבד כו' וכתב מוה"רי אדרבי זלה"ה סי' ע"ג דלהרמ"בם דכתב דבדבר שאינו קצוב לא נשתעבד האומר אם תרצה להיות שלוחי להוציא את קרובי מבית האסורים ועלי לשלם כל מה שתצטרך להוציא כדי לפדות את קרובי דאינו חייב לשלם לו כיון שנתחייב בדבר שאינו קצוב אלא שסיים הרב ז"ל וכתב שאין לסמוך על דברי הרמ"בם ולומר קים לי כיון שכל הפוסקים חולקים עליו הלכך חייב לשלם לו כל מה שהוציא בשביל להוציאו מבית האסורים ואע"פי שאין כאן קצבה עכל"ה ולדידי אי נדון ומוה"רי אדרבי זלה"ה היה כעין מה שכתב הרמ"בם ז"ל

אין לדחות סברת הרמ"בם גם כי אשלי רברבי חולקים עליו כיון דהוא ורבותיו סוברים בדבר שאין לו קצבה לא משתעבד יכול לפטור עצמו ולומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו. **אמנם** מתרי טעמי נראה דלא דמו אהדדי כמו שאבאר בע"הי חדא דמאי דפטר הרמ"בם למי שחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה מפני דהוי כמו מתנה ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה ע"כל הרמ"בם ז"ל אבל במי שמשוה לחברו שליח כמו נדון דמוה"רי אדרבי זלה"ה שאמר לו אם תרצה להיות שליחי לפדות את קרובי מבית האסורים כל מה שתוציא עלי לשלם ובאמירה בלבד נעשה שלוחו וכדכתב הרמ"בם פ' א' מה' שלוחין אם כן מה שהוא הוציא הוא דעביד שליחותיה וכאלו הוא הוא הוציאו דמה לי הוא מה לי שלוחו ודברים פשוטים הם לע"ד:

עוד אני אומר דהיכא דעל פי דברו דאמר לו שהוא ישלם לו כל מה שיוציא ואינו יכול ליפרע כי אם מזה שהבטיח לו לשלם ואם לא ישלם לו מפסיד כל מה שהוציא ועל דבוריה דידיה סמיך והוציא נ"ד בכי האי גונא אלים שעבודיה טפי והוא ליה כאלו שעבד גופו לשלם לו כל מה שיוציא וראיה לדבר כתב הרמ"בם ז"ל פ' כ"ה מהלכות מלוה ולוה מי שלא פירש קצב הדבר שערב כגון שאמר כל מה שתתן לו תן ואני ערב או מכור לו ואני ערב או הלוהו ואני ערב יש מהגאונים שאומרי' שנשתעבד הערב (ויראה לי) שאין זה הערב חייב כלום כיון שאינו יודע הדבר ששעבד עצמו בו לא סמכה דעתיה ולא שעבד עצמו ודברים של טעם הם למבין ע"כל הרמ"בם זלה"ה ולכאורה יש לדקדק בדברי הרמ"בם זלה"ה דבפ' י"א מהלכות מכירה פסק בסכינא חריפא דהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב לא נשתעבד וכן הסכימו רבותיו ואלו בפ' כ"ה מהלכות מלוה ולוה במי שערב לחברו בדבר שאינו קצוב כתב ויראה לי שאינו חייב דמשמע מריהטא דלישניה דהוה מקום לחלק קצת מההיא דפ' י"א מהלכות מכירה אלא שמגודל חכמתו פסק דאפי' גבי ערב דין הוא למפטריה וכבר מהרי"בל זלה"ה ח"א כתב דהוה קצת מקום לחלק ולומר דגבי ערב הוא אמינא דאלימא טעמא דאגב דמהמניה ליה גמר ומשעבד נפשיה ואפי' דהוי בדבר שאינו קצוב:

מעתה נראה לומר דאפילו דאמ' דמי שנתערב בדבר שאינו קצוב לא משעבד איכא למימר דשאני ערבות דאסמכתא הוי דבלשון דאי קאמר דאם לא יפרענו הלוה יפרע הערב אלא דמכל מקום אמ' כיון דעל אמונתו הלוהו גמר ושעבד נפשיה אבל כשנתערב בדבר שאינו קצוב כאסמכתא הוי כי האי לא אמ' דשעבד נפשיה אבל האומר לחברו תן לו ואני פורע וכל הבטחון של המלוה אינו אלא עליו ומה גם בשותפין דהוו שלוחים זה לזה דכל חד מנייהו שליחות דחבריה קא עביד איכא למימר בכי האי גונא דמעסקי יחד

ומתרבה סחורותיו ומרוחי טובא גמר ומקנו אהדדי ואפי' להרי"בל זלה"ה דסבר דמי שנעשה ערב קבלן על חובות הכתובים בשטר אלא שאינו יודע כמה עלה סכום החובות דלהרמ"בם דסבר דערב המשתעבד בדבר שאין לו קצבה שאינו חייב ה"ה היכא שנתערב בחובות קצובים אלא שאינן ידועי' לו ולע"ד היה נראה לחלק קצת אלא שכבר הורה רב ומובהק מכל מקום בנדון דידן שלא הקיף יאודה לראובן אלא בשביל דהוה שלוחם של שמעון ולוי דשותפים הם שלוחים זה לזה וכל המנותיה דיאודה עליה דשמעון ולוי כנראה באגרות ששלחו שמעון ולוי ליאודה ועל פי דבורם סמך ועל ידי כן נתרבה העסק ורויחי טובא איכא למימר בכי האי גונא גמרי ומקנו וראיה לדבר כתב הרש"דם סי' צ"ט על מי שהבטיחו לו הק"ק חצי מכל מה שירויח לסוחרים במכסיות סחורתם ועוליהם וצדד הרב ז"ל לומר דאפי' להרמ"בם דסבר דדבר שאין לו קצבה לא משתעבד מכל מקום בנדון דידיה שכדי לקבל הנאה כזאת גמרו ומקנו ובשכר שליחותיו יהבי ליה וגם כי אינם נותנים משלהם אלא מה שהם רגילים ליתן עד עתה וכי האי גונא אפי' הרמ"בם יודה ומייתי הרש"דם ראיה לדבריו מהא דכתב מהר"יק מתשובה שמצא על ג' אחים שהתנו יחד בקנין על נכסי אחותם שנתן לה בעלה שכל מי שיקבל מתנה מאחותם שיחלקו בשוה לימים נתנה מתנה לאחד והשיב שהתנאי שהתנו קיים ואפי' דהוי דבר שאין לו קצבה עכל"ה זלה"ה ולע"ד יש לבעל דין לחלוק ולומר דהתם מה שנתן לה בעלה הוא דבר קצוב ועל סך שנתן לה בעלה הוא שקבלו והתנו יחד בעד סך הקצוב שנתן לה בעלה כל שיקבל מתנה יחלקו בשוה וכי האי גונא דבר שיש לו קצבה איקרי א"נ התם דשניהם התנו אלים שעבודיה טפי אגב דצייתי אהדדי איך שיהיה נקטינן מדברי הרש"דם ז"ל היכא שמקבל הנאה וכן נמי היכא דיהבי ליה בשכר שליחותיה כי האי גונא גמרי ומקנו אהדדי וה"ה בנדון דידן דעל ידי כן מתרבה העסק ומרוחי טובא אגב דצייתי אהדדי גמרי ומקנו ויש לנו לומר כן כיון דחזינן אשלי רברבי קמאי ובתראי דלא סברי להו כסברת הרמ"בם כל מאי דמצינן למעט המחלוקת ולקרב הסברות עבדינן:

ועל מה שלא נטלו קנין השותפים כשנתחייב לשלם ואמרו שמעון ולוי כי הם לווים ופרעונים בדבורא בעלמא סגי כמו שאבאר בע"הי אי משום דבורא קמא דאמרו כל מה שתתן ביד אחינו אנו פרעים ועל פיהם האמין והקיף כי האי גונא אינו צריך קנין כמבואר לעיל ואי משום דבורא בתרא דאחר שהקיף יאודה לראובן חזרו וכתבו שמעון ולוי בעליהם לשלם כל סך הניתן בהקפה וברורו ואמרו כל כך בגדים כו' עליהם לשלם מסתייע לע"ד כי האי גונא שהם חייבים לשלם ומנא אמינא לה כתב הרמ"בם הביאו הרי"בה סי' ע"ז שותפין שלוה אחד מהם השני משתעבד אפי' לא היה עמו בקנין ואפי'

הר"אש דחולק וסובר שאין שמעון משתעבד במאמר ראובן מכל מקום היכא דגלה דעתו השותף דניחא ליה במאי דעבד שותפיה אפי' הר"אש יודה דנשתעבד דהא אפי' בסתם כתב הרי"בה ז"ל אם ניכר וידוע שלצורך שותפות לקחן נשתעבד דדוקא כשלוה סתם דאיכא למימר שלצורך עצמו לקחו הוא דסבר הר"אש דלא נשתעבד במאמר חבירו מעתה איכא למימר דאפי' שיש חולקים על סברת הרי"בה מ"מ היכא שגלה דעתו בהדיא דניחא ליה במאי דעביד שותפיה פשיטא לי לע"ד דנשתעבד דהא בממון עצמו הביא דבריו הרי"בה סי' קע"ו וז"ל עוד אירע כשהיו שותפין היה לו אח לשמעון אמר לו שמעון השתדל עמנו ותקח מהריוח בכדי מעותיך עד וכל אחד היה לו כח לעשות כל מה שיהיה אל השותפות תועלת והשיב הר"אש הדין עמו ויטול חלקו בריוח המעות וצדדו האחרונים אי אמרינן דהרמ"בם פליג אהר"אש דכתב המשתתף עם חברו עד לא ישתתף עם אחרים ומדברי הר"אש משמע בהדיא דיכול להשתתף עם אחרים אם הוא תועלת השותפות ומה"רר שמואל יפה זלה"ה כתב באו דבריו בתשובות הרא"נח סי' ס"ה דדברי השואל הם ולאו כולי עלמא דיני גמירי ולדעתי יש לומר דהיכא דהשתוף הוי לתועלת השותפות ונכר כדכתב מוה"רי בי רב זלה"ה כי האי גונא מצי לאשתתופי בלי רשות חברו אבל היכא דעביד ונכר שאין בו תועלת נמשך לשותפות אלא דבעי לאשתתופי בהדי אחריני כי האי גונא לא מצי ואפי' נימא דלתועלת השותפות אפי' אם ניכר לא מצי לאשתעבודיה ליה בלי רשות חבירו מכל מקום איכא למימר דדוקא גופו אינו יכול לשעבד ואפי' שהוא לתועלת השותף אם לא במאמרו אבל גבי ממון שהוא משותף בין שניהם אם ירצה להשתתף עם אחר באותו ממון ונכר לתועלת השותף מצי עביד:

וראיתי להרב המב"יט זלה"ה סי' קפ"ג שכתב דהר"אש סבר שאין שותף משתעבד במאמר חברו איך כתב בכלל פ"ח. על יעקב ובנו שהיו שותפים בחנות ויעקב לקח הממון להתעסק בסחורה עד שנר' שנכנס בשותפות עד אם לא שנחלוק כי מה שרגיל להסתחר בשותפות ומה שכתב שאין חברו משתעבד במאמר חברו בדבר שאינם מסתחרים עכל"ה ולדעתי במאי דאמ' ניחא דדוקא בגופו היא דקאמר דלא מצי לשעבודיה ליה אבל ממון שנשתתפו שניהם גם יחד אם יראה בעיניהם להשתתף אחר עמו בלי רשות חברו מצי למעבד:

כללן של דברים כיון דחזינן להרמ"בן והרמ"בם דסבירא להו דמשתעבד במאמר חברו ולהר"אש דפליג כתב דהיכא דניכר לעין דלתועלת השותפות עביד מצי לאשתעבודי ולדעתי בממון השתוף עצמו לבד מצי לאשתתופי ליה בלי רשות שותף וכיון שכן כיון

דחזינן דלפעמים מצי השותף לשעבודי לחבריה בלי רשות חברו היכא דגלה דעתו חברו דניחא ליה במאי דעבד חברו נראה לי דחל עליה השעבוד:

ועל מה שטוען שמעון ולוי כי מיד ראובן לקחו הסחורות ולו פרעו דמי הסחורות כי מידו קבלו ולו שלמו לא ידענא מה שח דהלכתא רווחת דשנים שלוו אחראין וערבאין זה לזה וכל שכן היכא דכתבו שהם לווים ופרענום ואפי' אם כנים דבריהם שפרעו לראובן מאי איכפת ליה ליאודה חזרתי על כל הצדדים ולא מצאתי מקום פטור לשמעון ולוי השותפים הנז' זה כתבתי דרך שקלא וטריא לא כחותך הדין אם לא בהסכמות דייני מתא וריש מתיבתא כמה"ר יהושע נר"ו:

המזומן לשמוע תורה מפיו לב נשבר ונדכה שמואל הלוי

סימן לו

על פסק הח' הש' כמה"רש הלוי נר"ו שקודם זה.

הכתב אשר נכתב בטבעת דעת החכם השלם המובהק סיני ועוקר הרים הפוסק נ"רו ראתה עיני שמעה אזני ותבן לה דברים המחוורים כשמלה מים עמוקים עמוק מי ימצאנו אולם במה שיערה עלי משותיה דמר דמשתעי בלשון חכמה אמרתי אחכמה גם אני לישא וליתן בדברותיו הנחמדים כפרים עם נרדים. והנה כתב מר על מה שכתב מהר"י אדרבי ז"ל על סברת הרמ"בם דאין לומר קים לי כותיה דהרמ"בם כיון שהוא יחיד וכל הפוסקים חלוקים עליו וז"ל ולדידי אם נדון מה"רי אדרבי ז"ל היה כעין מה שכתב הרמ"בם אין לדחות סברת הרמ"בם גם כי אשלי רברבי חולקים עליו כיון דהוא ורבותיו סוברים דבדבר שאין לו קצבה לא מצי משעבד נפשיה ויכול לפטור עצמו ולומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו עכ"ל ומיהו אין מזה תלונה על הרב מהר"יא הנז' דיכולין אנו לומר בעדו דהוא סבר כמו שכתב הרב הגדול מהרי"בל בתשו' ח"א דף קמא וז"ל על לשון הרמ"בם ויש לעיין דבה' מכירה בענין המתחייב בדבר שאינו קצוב כתב וכן הורו רבותי ואלו בה' מלוה פ' כ"ה בההיא דערב המתערב בדבר שאין לו קצבה כתב ויראה לי ולא כתב וכן הורו רבותי. וה"ה ז"ל כתב דמ"כש קא אתי' ולכן יראה לע"ד דעד כאן לא קא אמרי רבותיו של הרמ"בם דבדבר שאין לו קצבה אינו מתחייב ומשתעבד אלא דוקא בההיא דמכירה משום דהתם לא הויא מילתא דערבות אלא שחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון לזון את פ' ה' שנים וטעמא הוי דכל מילתא דערבות הוי אסמכתא אלא דאמרינן דבההיא הנאה דקא מהימן גמר ומשעבד נפשיה כדאיתא פ' גט פשוט (דף קעג:) אמר אמימר וכו' עד אלא אמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר

ומשעבד נפשיה ע"כ בגמ' ונוכל לומר דאלימא האי טעמא למימר דאפי' בדבר שאינו קצוב גמר ומשעבד נפשיה ואפשר שזו היה סברת רבותיו של הרמ"בם ולפיכך לא כתב הרמ"בם בהא וכן הורו רבותי כדכתב בההיא דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וה"ה ז"ל כתב דכל שכן הוא והבו דלא נוסיף עלה וכ"מ טובא דאם בערבות לא הודו לו רבותיו כמו שכתבתי לא יוכל המוחזק לומר קים לי כהרמ"בם וכדכתב מה"רי קולון דאין לומר כפ' הגאון כשכל חכמי ישראל חלוקים עליו ואם נאמר כפי' ה"ה ז"ל יש לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו וכו' ובסוף דבריו כתב שיעשו פשרה כמו שיראה הרואה שם נקיטינן דפי' ומוהרי"בל הוא שכיון דהרמ"בם במתחייב כתב וכן הורו רבותי ובערב כתב ויראה לי נשמעינא מן הדא שמעולם רבותיו של הרמ"בם לא דברו בערב מטעמא דבההיא הנאה דקא מהימן גמר ומשעבד נפשיה ואין דבריהם אמורים אלא במתחייב בלבד ונמצא דבערב סברת הרמ"בם דברי יחיד הם א"כ איפה אימא שזו היא ג"כ דעת מה"רי אדרבי בנדון שלו כיון דמדין ערב נגע בו. ולמ"ש זו אינה טענה דאפי' בלא קנין מתחייב מדין ערב ולבסוף כתב וכ"כ כל הפוסקים דערב משתעבד וכו' שנר' שכל פינותיו הוא לחייבו מדין ערב וכיון שכן מאחר דהרמ"בם ז"ל לא כתב בדין ערב וכן הורו רבותי אלא ויראה לי דיראה שדעה זו מיוחדת אליו לבדו סבירא ליה לרב אדרבי ז"ל דרבותיו אינן מודין לו בכך ולפיכך כתב דאין לומר קים לי כותיה שהוא יחיד בדעה זו ואף שהרב הנ' בהמשך דבריו כותב פעם ופעמים [מתחייב] לאו דוקא אלא כלו' מתחייב בערבות קאמר. לפי דרכם דהני רבוותא הרב מהרי"בל והרב אדרבי ז"ל למדנו ששמעון ולוי שנתערבו ליהודה בעד ראובן אפי' שהוא חיוב שאין לו קצבה כיון שאין לומר קים לן כהרמ"בם דיחיד הוא חייבים לשלם כדעת הפוסקים כלם הרא"בד והרמ"בן והרש"בא והריט"בא ובעל מ"מ ורבים מהגאונים החולקים על הרמ"בם ז"ל:

איברא שראיתי לרב בעל משפטי שמואל ז"ל בסי' מ"ה שכתב וז"ל הרי לך שרמ"בם ורבותיו ז"ל הורו בפי' שאין הערב חייב כלום ואע"גב דכל שאר הפוסקים חלקו עליו והם הרמ"בן והרש"בא והריט"בא והרא"בד ועשו מעשה דלא כותיה מ"מ אומר אני שהמעיין בדברי החולקים ימצא דע"כ לא קאמרי שהוא ערב אלא כשיש קנין שהקנין מחייבו בכ"הג דאע"גב דבעלמא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין מ"מ אומר אני דדוקא בלשון טוב אבל בלשון גרוע כה"ג ודאי דבעי קנין וכן מוכיחו דברי הרש"בא ושאר הפוסקים בענין המחייב עצמו בדבר בלתי קצוב דמכח הקנין מתחייב ודלא כהרמ"בם וא"כ בנד"ד שמעידים העדים שלא היה שם קנין לכ"ע אין חיוב לערב אחרי דאין קנין ולא קצבה ע"כל נראה מדבריו דאמרינן דע"כ לא פליגי כלהו רבוותא על הרמ"בם וקאמרי דערב

בדבר בלתי קצוב חייב אלא דוקא כשיש קנין אבל כשאין שם קנין מודו להרמ"בם ומייתי ראיה דכלהו רבוותא דייקי בלישנייהו לשון קנין הרש"בא ז"ל כתב מעשים בכל יום שאדם מחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה ודלא כהרמ"בם והריט"בא כתב כך דעתי נוטה שהמחייב עצמו בקנין לזמן ידוע לזון את חברו חייב אפי' שאין לו קצבה ואע"גב שהרמ"בם חולק על זה זהו פירוש לשון הרב מ"ש ז"ל וא"כ יאמר אומר נמי בנד"ד דכיון דליכא קנין וליכא קצבה כ"ע מודו ואפי' רבוותא שחולקים על רמ"בם דשמעון ולוי אין חייבים כלום:

הן אמת דאעקרא דדינא פרכא ותחלת דינו של הרב ז"ל הנז' לא נתחוור שהוא ז"ל אומר שהמעיין בדברי החולקים על הרמ"בם ימצא דעד כאן לא אמרי דהוי ערב אלא כשיש קנין וכו' וכשבאנו לעיין בדבריהם בענין ערב אין גם אחד מהם מצינו שאומר דדוקא בקנין וכי תימא דבמתחייב בדבר בלתי קצוב כלהו מזכירים לשון קנין כאשר הובאו דבריהם במה שקדם שאני התם שהוא מתחייב בדבר שאינו חייב דהכי משמע לישנא דהרמ"בם ועליהו קיימי הני רבוותא וכמו שכתב מהרש"ח ז"ל ונזכור דבריו בע"ה דבמתחייב בדבר שאינו חייב קיימינן ומשום הכי אי לאו קנין לאו כלום הוא כדכתב ה"ה ז"ל בה' מכירה דאין אדם מתחייב בדברים בלא קנין ובלא שטר א"כ משום הכי כתבו הרש"בא והריט"בא התם קנין דאי לאו קנין לאו שום חיוב איכא אבל בענין ערב מי יאמר דמצרכי קנין כיון דהערב משתעבד בההיא הנאה דקא מהימן מה לי קצוב מה לי שאינו קצוב וא"כ מהיכן הוציא הרב דין זה דמאן דפליג אהרמ"בם בערב הוא בקנין דוקא. ועתה הנה בשמים עדי דאחר ג' ימים שכתבתי זה הסתכלתי בדברי הרב מהר"ר מרדכי מטאלון ז"ל הכתובים על דברי הרב הנ' להחזיק דעתו ולהסמיך סברתו וז"ל שמה שנראה מהרש"בא שתלה הכל בקנין נוכל לומר שלא אמר כן אלא בדברים שאינן נקנין אלא בקנין אבל בערב שאין צריך קנין אמירתו במקום קנין קאי ועוד שמלשון הרמ"בם נראה שקצת מן הגאונים מחייבין את הערב אע"פי שלא נטל קנין וא"כ יכול לוי המוחזק לו' קים לי כאותם הגאונים עכ"ד והתהלה לאל שבעניותי כוונתי לדעת גדולים ובכלל דבריו דברי ואחר שהונח כן שנדחו דברי הרב מ"ש והחולקים על הרמ"בם בערב לאו דוקא בערב בקנין פליגי אלא בכל ענין א"כ חוזרני לראשונות לפי פירוש הרב מהרי"בל והרב אדרבי ז"ל דכיון דהרמ"בם לגרמיה אמרה ולא בשם רבותיו בערב המשתעבד בדבר בלתי קצוב א"כ אין לומר קים לי כותיה כנגד חכמי ישראל ושמעון ולוי חייבים לשלם ליהודה כל מה שנתנו לראובן:

שבתי וראה דכיון שהרב המגיד כתב דרבותיו של הרמ"בם סוברים דאפי' בערב בדבר שאינו קצוב לא משתעבד וכן כתב הר"ש קלעי וז"ל הרי לך שהרמ"בם ורבותיו הורו בפירוש שאין הערב חייב כלום גם הרב מהרש"דם ז"ל בתשו' דשייכי לח"מ סי' קכ"א כתב וז"ל ואחר שידענו זה אפשר דערבות זה בטל שיכול לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו וכו' והרב מה"רם מטאלון ג"כ כתב כן באותה תשובה והרב בני שמואל ז"ל כתב וז"ל בדף ל"ב בנד"ד כיון שלא פירש הר' שלמה די מדינא קצב הדבר אלא סתם אמר לו הכנס לי ערב לא גמר ומקני ומשעבד נפשיה כדעת הרמ"בם ורבותיו ועוד כתב ואע"גב דמהר"יבל כתב דרבותיו של הרמ"בם אינן מודין לו בכך כבר כתב שם דלדברי ה"ה מודין לו רבותיו ויכול לומר קים לי כהרמ"בם והרב מהר"שך שם חזק את דבריו וכתב וז"ל פשיטא אם לא ידע הר' שלמה קצב הדבר שנתערב שאינו חייב כדברי הרמ"בם ורבותיו וכסברת ה"ה דרבותיו של הרמ"בם סברי דין זה גם הרב מה"רא די בטון ז"ל שם כתב ולענין דינא אני מסכים עמו דפטור הר"ש דמדינא משום דיצא ערב בדבר שאין לו קצבה ודעת הרמ"בם כרבותיו דאינו מועיל אע"פי שב"חא מפסקי מהר"יבל פירש דרבותיו של הרמ"בם פליגי עליה בערב מ"מ לרב המגיד שומעין שכתב דמודו ליה אפי' בערב וכיון שכן יוכל לומר הר"ש דמ' קים לי כותיהו ע"כ א"כ כיון דכל הני אשלי רברבי אומרים דרבותיו של הרמ"בם סוברים ג"כ בערב בלתי קצוב שאינו משתעבד השתא יכולין לו' בנד"ד שמעון ולוי קים לן כהרמ"בם ורבותיו לרוחא דמילתא:

וגדולה מזו שאפי' הרב מהרי"בל כתב כן בתשו' ח"א סי' ע"ו וז"ל ראובן אמר לשמעון כל מה שתתן ללוי אני ערב לך ולא פירש קצב הדבר ונשבע שבועה על כך ועתה תובע שמעון מראובן אותו הסך שנתן ללוי ושאל השואל דכיון דמן הדין אינו חייב ראובן לשמעון משום דיכול לומר קים לי כהרמ"בם דאין אדם מתחייב בדבר בלתי קצוב מ"מ יתחייב לפרוע מטעם השבועה או לאו תשובה וכו' וכו' אבל בנד"ד אפשר דטעה בדין וחשב דלכ"ע היה חייב באותו הערבות דלאו כ"ע דיניה דהרמ"בם גמירי ומה שנשבע היה על הפרעון לזרז עצמו וכיון דאיגלאי מילתא דאינו חייב מן הדין משום דיכול למימר קים לי כהרמ"בם א"כ השבועה היתה בטעות ובסוף דבריו כתב וז"ל וכיון דחיוב אין כאן משום דיכול לומר קים לי כהרמ"בם שבועה נמי אין כאן עכ"ל ובהכרח לומר דמה שבא בלשון הרב דיכול לומר קים לי כהרמ"בם לאו דוקא כהרמ"בם לחודיה בלתי רבותיו דא"כ קשה דידיה אדידיה שבתשובה דבדף קפא והזכרנוה למעלה כתב דאי אמרינן דרבותיו של הרמ"בם לא מודו ליה בערב לא מצינן למימר קים לי ותו דהכלל מסור בידינו ממה"רי קולון וכתבו הרב ז"ל אלף אלפי פעמים דאין לומר קים לי כפ'

הגאון נגד כל חכמי ישראל אלא אם יהיו שנים או שלשה כמו שרגיל הרב לכתוב בכמה מתשובותיו ואיך א"כ יאמר כאן דכהרמ"בם לחודיה בענין ערב אמרינן קים לי אלא ודאי מה שאומר כאן בהמשך לשונו דיכול לומר קים לי כרמ"בם בענין ערב בלתי קצוב דבה קאים כלו' כהרמ"בם ורבותיו והוא שסובר שרבותיו של הרמ"בם מסכימים עמו ג"כ בערב כשאר הגדולים. ולפי זה השתא בכח גדול וביד חזקה אמינא ולא מסתפינא דכיון דדברי הנביאים כלם פה אחד והם הרב המגיד והר"ש קלעי ומהרש"דם ומהר"שך ומה"רא די בוטון ומה"רם מטאלון ומה"ריבל מכללם כלם סוברים דרבותיו של הרמ"בם מסכימים עמו בערב בלתי קצבא אם כן אמרינן קים לן כהרמ"בם ורבותיו ושמעון ולוי פטורים מלשלם ולא תקשי לך מהרי"בל להרי"בל עצמו מתשו' זה לתשובה הקודמת דהתם לא כחותך הדין כן אלא חלקי הסותר הוא מונה אי אמרינן הכי אין לומר קים לי ואי אמרינן כפי' ה"ה ז"ל י"ל קים לי אבל לא פסק הדין בסכינא חריפא אבל כאן בהדיא קבע מסמרות בסברא זו ופסק כן א"כ זכינו לדין דכלהו רבוותא ס"ל דרבותיו של הרמ"בם מסכימים עמו בדין ערב המשתעבד בדבר בלתי קצוב ולהכי אמרינן קים לן כותיהו. ואף שראינו לרב מה"רא ששון ז"ל בתשו' קכ"ג וז"ל אבל מטעמא אחרינא נראה לכאורה לפטור את פ' ובאנו למחלקת הרמ"בם שהמתחייב בדבר שאינו קצוב אינו כלום אלא שבזה י"ל וכו' ותו שכבר נדחו דבריו וכמה פעמים נעשה מעשה דלא כותיה ע"כ אפשר דלא לענין קים לי קאמר הרב כן אלא שמא באותו נדון לא היה מוחזק אותו פ' בענין שהיה יכול לומר קים לי ולהכי קאמר דכבר נדחו דבריו ואין לדיין לעשות ולפסוק אלא כמאן דפליגי עליה ואף שזה בעיני דוחק מ"מ הוזקקתי לכך מפני שראיתי לרב עצמו בסי' מ"ח שכתב וז"ל עוד היה נראה להתיר בנד"ד וכו' ולמדנו זה ממה שראינו למהרי"בל שכתב על המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב דלדעת הרמ"בם פטור סבירא ליה לרב מוהרי"בל וכו' ומשום דמצי למימר קים לי כהרמ"בם פטרו הרב א"כ בנד"ד נימא הכי וכו' ע"כ שנראה משם דמסתייע ממה שכתב מהרי"בל קים לי כהרמ"בם וגם כן כאן שאמר שנדחו דבריו לא לענין קים לי קאמר ועוד דאפי' נניח דלענין קים לי קאמר לא שבקינן כל הני רבוותא ועבדינן כותיה מזה דכיון דכל הגדולים סוברים דיכול לומר קים לי כהרמ"בם לא נשאר כי אם הרב מה"רי אדרבי ז"ל והוא גם הוא סותר את דבריו מניה וביה דבסי' קפ"ח כתב בהדיא דמצינן למימר קים לי כהרמ"בם בערב בלתי קצוב וכמו שתפשו הרב מהר"שא בזה א"כ הכי נקיטינן ושמעון ולוי פטורין:

וכבר ראיתי להחכם השלם זה סיני ועוקר הרים המורה נר"ו דמצדד אצדודי לומר בנד"ד אפי' הרמ"בם יודה דחייבין שמעון ולוי וז"ל מעתה נראה לומר דאפילו דאמרינן דמי

שנתערב בדבר בלתי קצוב לא משתעבד איכא למימר דשאני ערבות דאסמכתא היא דבלשון דאי קאמר דאם לא יפרענו הלוה יפרע הערב אלא דמ"מ אמרינן כיון דעל אמונתו הלוהו גמר ומשעבד נפשיה אבל כשנתערב בדבר שאינו קצוב באסמכתא כי האי לא אמרינן דשעבד נפשיה אבל אומר תן לו ואני פורע שכל הבטחון אינו אלא עליו ומה גם דהוו שותפין והוו שלוחין זה לזה דכל חד מנייהו שליחות דחבריה קא עביד איכא למימר בכי האי גונא דמעסקי יחד ומתרבה סחורותיו ומרוחא טובא גמרי ומקני אהדדי וכו' וכו' וכו' עד כל מאי דמצינן למעט המחלקת ולקרב הסברות עבדינן וכו' יע"ש ואיידי דחביבין עלי דבריו וערבים עלי דברי דודים אציגה נא עמהם מעט מהמשא. המתן ואשתעשע במצותיו אשר אהבתי:

ותחלה אומר שהשני חלוקים שחלק בין התשובה שהביא מהרש"דם לנדון שלו אם מצד שהמתנה שנתן לה בעלה היה כבר קצוב ואי מטעם דכיון דשניהם התנו אלים שעבודיה טפי אגב דצייתי להדדי הנה החלוקים הנזכרים שניהם כאחד טובים ומוכח הכי מלשון הרב מהר"י קולון ז"ל עצמו שכן כתב שם תשובה לרבינו משולם על שלשה אחים שהתנו יחד בקנין על נכסי אחותם שנתן לה בעלה וכו' והשיב דאע"גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בההיא הנאה דקא סמכי אהדדי גמרי ומקנו אהדדי וכו' וכל תנאי דמתנו אהדדי מהני בר מתנאה דאסורא הרי לך בהדיא שכתב רבינו משולם שכל מה שהשותפין מתנין מהני וכו' עכ"ד והנה ממה שנרגש התם ואמר אעג"ב דאין אדם מקנה דש"בל ולא נרגש מדבר שאינו קצוב יש פנים לומר דידוע היה במתנה שנתנה להם אחותם שהיה דבר קצוב ולזה לא נרגש מהא דדבר בלתי קצוב בין האחים כיון שהמתנה קצובה וכמו שכתב הרב מה"רא ששון ז"ל בתשו' קכ"ג וז"ל על ראובן ושמעון שנפלו ביניהם הפרשים על חזקה אחת ונתחייבו שכל מה שיאמר לוי זה יתנו וחש הרב שם שהחיוב היה בלתי קצוב כיון דלא פרשו עד כמה והשיב דכיון דכל המחלקת וההפרשים והדעות היתה על חזקת הבתים כיון שהבתים ידועים וקצובים סגי ע"כ הכא נמי במתנת אחותם אימא שהיתה קצובה המתנה וכיון שכן מה ראיה מביא מהרש"דם לנדון שלו דלא הוה ידיע קצבתו. וכי תימא דהתם נמי לא הוה ידיע קצבתה של מתנה ומה שלא נרגש הרב מדבר בלתי קצוב משום דלא הוה חש לדהרמ"בם כיון דרוב הגדולים חולקים עליו וכדהרש"בא דקאמר דנעשו מעשים דלא כותיה אשיבך דהיא הנותנת ג"כ דאין ראיה להרש"דם מאותה תשובה לדידיה דחש לדהרמ"בם ורבותיו דדבר שאינו קצוב לא משתעבד וכדאי הוא הרמ"בם ורבותיו להסמך עליהם כדכתב התם ורבנו משולם לא חש לה כדאמרן ואם החלוק השני שחלק דכיון ששניהם אתנו אהדדי אלים שעבודיה

אגב דצייתי אהדדי הא נמי בהדיא כתב שם בההיא הנאה דקא סמכי אהדדי גמרי ומקנו אהדדי ומדין שותפי' נגע בה כדכתב בסוף דבריו הרי לך רבנו משולם או' דבכל מה שהשותפין מתנין וכו' וכיון שכן אינה ראיה להרש"דם דבנדון דידיה לא שייך ששניהם אתנו אהדדי כדכתב החכם השלם מאריה דגמרא ואומר זך לקחו:

האמנם אעקרא דדינא שרצה החכם השלם הפוסק נר"ו לומר דאפי' הרמ"בם עצמו יודה בנד"ד דחייבין שמעון ולוי לבי מהסס שהוא בפלפולו הרכיב דבריו אתלת ריכשי למדקדק בלשונו חדא דיש הפרש בין ערב לאומר תן לו ואני פורע שכל הבטחון אינו אלא עליו ועוד דשותפין שלוחין זה לזה ותו דבכי האי גונא שעושין עסקים ומתרבה סחורותיו ומרוחי טובא גמרי ומקנו אהדדי ועל שלש אלה מייתי ראיה מההיא דמהרש"דם ולדידי שלשתם בעצמם חלושים בטעמם אם הראשונה הנה באה בגמ' פ' גט פשוט (דף קעד) דתן לו ואני פורע הוי לשון ערבות לרבא וכתב רש"י ז"ל דמשמע ואני פורע אם לא יפרע הוא ופסקו כרבא הר"יף והרמ"בם וכל האחרונים והרב ב"י ז"ל אם כן שוה הוא כפי הדין תן לו ואני פורע לערב דעלמא וא"כ מהיכא תיתי לחלק ולומר דאפילו דהרמ"בם כתב בדבר ערבות בלתי קצוב שאינו משתעבד בתן לו ואני פורע יסבור דמשתעבד מה בין זה לזה שניהם לשון ערבות הוא לפי ההלכה ואם אל השנית שכתב ומה גם בשותפין דהוו שלוחי' דכל חד מניהו שליחות דחברים עביד איני מבין מה זו שליחות עושה בענין זה בשלמא אי הוא מוקי דיסודה הוא שליח דשמעון ולוי ניחא דהוה אמרינן דמדין שליחות דהוה יהודה שליח דידהו גמרי ומקנו וכמו שהציע בראשית דבריו לחלק בההיא דהרב מה"רי אדרבי ז"ל אבל שהשליחות הוא בין ראובן שמעון ולוי ולא נגע ולא פגע יהודה בשליחות זה כלל מה מעלה ומוריד שליחותם ושותפותם לדבר זה ואם ראינו שהרב מהרש"דם הזכיר בתוך לשונו טעמא דשליחות היינו שתובע הממון היה שליח מהמשלח וטרח בדבר ואמר דיהבי ליה בשכר שליחותו אבל שהערב והחייב יהיו שלוחים לזה מה יושיענו זה:

ואל השלישית לבי אליה אשית שכתב וז"ל איכא למימר דכ"הג דמעסקי יחד ומתרבה סחורותיו ומרוחי טובא גמרי ומקנו אהדדי וראיה לדבר כתב מהרש"דם וכו' ולדידי אחרי המחילה הרבה אין הנדון דומה לראיה ודברי הרש"דם לא שייכי בנד"ד וז"ל שם על כובד המכסיות העולות ותלאות שהשתרגו ועלו על צוארי הסוחרים עם ראובן שכל מה שיקל מעליהם בהשתדלותו יקח החצי ראובן במשך עשר שנים והחצי אחר יהיה לסוחרים וכתב על זה הרב מוהרש"דם צריך לעיין אם חל השעבוד כיון דהוי דבר שאין לו קצבה וכו' ומ"מ חייבים לפרוע לראובן שהרי משנה שלימה שנינו (כתובות דף קא.)

הנושא את האשה ופסקה עמה לזון את בתה ה' שנים חייב וכבר נתן טעם זה הרמ"בם וא"כ האי דהרמ"בם לאו בכל ענין איתמר דבדברים דאיכא למימר אנן סהדי דגמרי ומקני חל השעבוד וכמו שיש להביא ראיה מתשו' שהביא מהר"רי קולון ז"ל וא"כ יש לנו לומר שהרמ"בם ג"כ יודה בנדון דידן דחייבים דאנן סהדי דכדי לקבל הנאה גדולה כזאת גמרי ומקני ואינן נותנין משלהם כלום וכו' אבל היכא דהוי בשכר שליחותו כנד"ד וגם אינן נותנין משלהם כלום אלא מה שהיה רגילין עד עתה הר' חיים מרויח ונותן להם והם אינן נותנין לו דבר גמרי ומקנו עכ"ל והנה המסתכל היטב בדברי הרב יראה דשלשה טעמים הניח בדבר אחד שתהיה הנאה גדולה ושני דלא חסרי מדי למתחייב אלא שהוא מרויח ושלישי שיהיה בשכר טורחו ושליחותו וכמבואר בשאלה שההנאה היתה רבה וגדולה קלות המסים לעשר שנים גם שהר' חיים הלך וטרח והשתדל בדבר מאד בכל עוז ומצא ידו לגמור בעדם והם הרויחו ולא נתנו משלהם כלום ואם כן אם שלש אלה ימצאון שם פסק הרב שחייבין אבל בנד"ד מנלן דרויחי טובא והנאה גדולה ואיה שכר טורח השליחות שיש כאן ומה גם דאפשר דחסרי מידי ולא מרויחי כלום וכבר נראה שהחכם השלם הפוסק נר"ו הרגיש בחולשת הראיה ומשום הכי כתב ויש לנו לומר כן למעט המחלקת ולקרב הסברות באופן דלדעת הרמ"בם נד"ד דהוא דבר בלתי קצוב לא משתעבדי שמעון ולוי לכל הפנים:

וליכא למימר דכיון דהרמ"בם בההיא דחייב עצמו בדבר שאינו קצוב בה' מכירה דלא מחייב נתן הטעם מפני שזו כמו מתנה ואין דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה אם כן כל שאינו דרך מתנה משתעבד כההיא שכתב הרב מוהר"שא ליישב הכי קושיות שהקשה הרמ"בן על הרמ"בם הא' מהא דאמרינן אין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדים וטעמא הוי מפני שאין קצובין כדכתב הרמ"בם עצמו בפ' כ"ה דה' מלוה ולוה וסתם משמע דדוקא מפני תקון העולם לא גבי ממשעבדי הא מבני חרי גבי אע"פי שאין לו קצבא והשנית מהא דתניא בפ"ק דמציעא (דף טז.) מה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום דהוי דש"בל הא מה שהעלתה מצודתי קנה ואע"גב דהוי דבר שאין לו קצבא ולתרץ שתי הקושיות הללו כתב הרב מהרש"ח הנ"ז וז"ל ויש לי דרך ישר בדברי הרמ"בם כי היכי דלא תקשי מדי ולא נצטרך לדחות כלל וזה שכתב שם הרמ"בם באותו פרק קודם דין זה וז"ל המתחייב עצמו בממון לאחד בלא תנאי כלל אע"פי שלא היה חייב כלום לו הרי זה חייב שדבר זה מתנה היא ואהא קאי מאי דכתב בסמוך חייב עצמו בדבר שאינו קצוב אע"פי שקנו מידו לא נשתעבד דזה כמו מתנה היא ולא כתב הרמ"בם דין זה אלא במי שלא היה חייב לו כלום ונתחייב ובהא דוקא לא נשתעבד בדבר שאין לו

קצבה שכן כתב שזה כמו מתנה היא שנראה שאם היה כמכר נשתעבד אע"פי שהוא דבר שאין לו קצבה א"כ מהא דאין מוציאין לאכילת פירות מנכסים משועבדין ליכא קושיא דהתם הוא אחד שגזל קרקע ומכרה לאחר וכתב לו אנא איקום ואישפי זבינא אילן ושבחיהון ופירי דידהון דכיון דהוי מכר נשתעבד אפי' בדבר שאין לו קצבא וכן במה שתעלה מצודתי מכור לך וטעמא דמכירה משום דאגב זוזי גמר ומקני ולא גרע משטרי פסיקתא ע"כ וא"כ כיון שכל שפוסק הרב כן הוא מפני שהרמ"בם נתן טעם לפי שהוא מתנה וא"כ כל שאינו מתנה כההיא דאין מוציאין לאכילת פירות וההיא כמה שתעלה מצודתי מכור לך אינו בכלל דינו של הרמ"בם א"כ נד"ד גם כן שאינו דרך מתנה אלא ערבות נימא דבזה לא דבר הרמ"בם. הא ליתא דבדותא היא לדידן שהרי הרמ"בם עצמו בפ' כ"ה דה' מלוה כתב בענין ערב שאינו דרך מתנה דאינו משתעבד ולא סמכא דעתיה ולא גמר ומקני א"כ א"א לומר זה שכשכתב הרמ"בם שזה כמו מתנה מינה נשמע שכל שאינו דרך מתנה ואפי' דרך ערבות קא מיחייב שזה סותר את עצמו אבל דינו של הרב מהרש"ח שכל שאינו דרך מתנה אלא מכר דאגב זוזי גמר ומקנה משתעבד ובזה לא דבר הרמ"בם אבל ערב בדבר בלתי קצוב אע"פי שאינו דרך מתנה כיון דליכא טעמא דאגב זוזי לא גמר ומקני והדרינן לכללין דלפי דעת הרמ"בם ורבותיו בנד"ד כיון דהוי דבר בלתי קצוב לא משתעבד וא"כ יכולין לומר שמעון ולוי קים לן כהרמ"בם ורבותיו ופטורין מלשלם בטענה זו:

וסבור הייתי לומר שמא מדין מנהג ניתי עליהו דשמעון ולוי לחיובינהו והוא ששאלנו לסוחרים ואמרו לנו שהמנהג פשוט ביניהם לעשות כן ובדין סוחרים מחייבין אותם וכיון שכן שהמנהג ביניהם כך אפשר היה לומר דחייבין וכמו שכתב הרב ומהר"שדם ז"ל בענין דומה לזה וז"ל ראובן הוציא ליט"רא ד"י קאמ"ביאו על לוי ממאה זהובים שמודה לוי שקבלם משמעון שותף ראובן לפרעם לזמן ט"ו יום לראיית הכתב הנ' ותובע המאה זהובים מלוי ולוי טוען שכתב כן בחשבו לקחת אותם אבל לא לקח אלא חציים ושהוא נאמן מגו דהיה יכול לומר פרעתי וכו' תשובה ידוע המחלקת שיש בין הפוסקים אלו אומרים דבכתב יד נאמן לומר פרעתי והללו אומרים דאינו נאמן וכפי הנראה יכול המחוזק לומר קים לי כמ"ד דיכול הלוה לומר פרעתי וכו'. אמנם אכתי אית לן למימר דאלו כתבי הקאנמב"יאש הוא מנהג סוחרים והנראה בעיני כי כתב כזה פשוט ביניהם שאינו נאמן לומר פרעתי כל עוד שהכתב של קאנ"מביו ביד המלוה והוי כדין שטר גמור וא"כ נמצא שלוי חייב לפרוע דכיון שנטלה הסבה נטל המסובב דטעמא דלוה נאמן לא הוי אלא מגו דאי בעי אמר פרעתי היה נאמן וכיון דהוי הכי דאלו הכתבים המנהג פשוט

ביניהם שאינו יכול לומר פרעתי גם הר"יף והנמשכים אחריו יהיו סוברים שזה הלוה חייב לפרוע וכל שכן במנהג כזה שהוא מנהג ותיקין מכמה רברבי דסברי הכי דבכתב ידו אין נאמן לומר פרעתי ע"ב למדנו מדבריו דאפי' דהמוחזק יכול לומר קים לי כפ' ופ' שסוברים דבכתב יד יכול לומר פרעתי ומשום הכי נאמן לומר לא לקחתי אלא חציים מגו דאי בעי אמר פרעתי נאמן אפ"ה מבטלינן ליה הכי קים לי כיון דהמנהג הסוחרים הוא בהפך שלא לומר פרעתי בכתב יד וליכא מיגו וא"כ גם בנד"ד יאמר אומר דאפי' ששמעון ולוי יכולין לומר קים לן כהרמ"בם ורבותיו דדבר בלתי קצוב אינו משתעבד אפ"ה כיון דמנהג הסוחרים לדון חיוב זה כשטר גמור ואם טוענים זאת הטענה לא קבלי מניהו מבטלינן הקים לי וכל שכן שיש כמה גאונים שסוברים דמשתעבד וכמו שכתב הוא ז"ל דאיכא כמה אשלי רברבי דסברי הכי:

אלא דעדין יש לחלק דהתם דמעקרא מציאות ענין הליטרא די קאנמביו הוא מנהג סוחרים וכיון שכן שהוא תקון סוחרים אתי מנהג סוחרים ומבטל תקון סוחרים אבל בנד"ד דאיכא שטר כמו שכתב השואל וזה תמצית השטר מי נאמר דאתי מנהג סוחרים ומבטל השטר ודאי לא ואע"גב דבעלמא בכמה דוכתי אית לן דמנהג מבטל הלכה מיהו צריך תנאים רבים שיהיה מנהג קבוע ושהוקבע על פי ותיקין ומאן לימא לן דבנדון דידן איכא כל הני:

סוף דבר הרבה טרחתי ויגעתי למצוא איזה סמך של קיימא להסכים עם החכם השלם המובהק סגן לויה הפוסק נר"ו ולא עלה בידי וגמרתי בדעתי דאי איישר חילי והיה הדבר בא לידי אז הייתי עושה ביניהם איזה משפט שלום זה בצוע וכמו שכתב הרב מוהרי"בל ז"ל בתשובה דומה לזו בדף קמ"א מספרו הראשון וז"ל ובנד"ד אם נאמר כדברי הרב מגיד משנה יש לומר קים לי כהרמ"בם ורבותיו דבדבר בלתי קצוב לא משתעבד אמנם יש להסתפק כמו שנסתפקתי אני ולכן אני אומר שטוב הדבר שיכנסו ביניהם החכמים השלמים אשר שם אם יראה בעיני גבורים לפשר ביניהם ואיש על מקומו יבוא בשלום ותו לא מדי ע"כ אף אני כמוהו נגרר אחרי עקבותיו זה דעתי בנד"ד שאם הדבר בא לידי פשר דבר הרעה שבפשרות לא ידע אנוש ערכה אבל לחייב את שמעון ולוי על פי הדין המזוקק לא שמיע לי ולא סבירא לי. זה דעתי אני אני הצעיר יהושע רפאל בכמה"ר ישראל בנבנשתי זלה"ה.

סימן לז

שאלה ראובן שמעון ולוי שותפין בסרסרות בזה האופן באו שני סוחרים פלאמינגוש פה העירה לשבת בית כנהוג ולהסתחר מכאן לפראנ"קיה וראובן קודם ביאת אלו הסוחרים חלה פני המופ"טי שהיה מכירו מקודם ועשה עמו חסד לשים אותו לסרסור בפתח סוחר אחד למצא טרף לביתו ואמר לו המופ"טי הנז' בבית הסוחרים אשר הם כבר פה אי אפשר שכבר כל אחד יש לו סרסור אבל אחלה פני הקונס"ול של הפלאמנגוש שבפתח הסוחר הקודם שיבא מחדש ישים אותך לסרסור וכן עשה וחלה פני הקונסול והקונסול ג"כ הסכים לעשות כדברי המופ"תי ובבא הפלאמינגוש הנז' פה העירה שלח לאמר לראובן כבר באו אנשים סוחרים חדשים כדי לאמת הבטחתי למופ"תי והנה באו שמעון ולוי ליכנס ולסרסר שם ואמר להם הטראגומאן של הקונסול לא תכנסו בפתח זה כי פתח סוחרים אלו מוכנת לראובן אשר חלה פנינו המופתי על זה והשיבו מה לך ולראובן ואנחנו נשתתף עמו וכן עשו כשהלך שם ראובן אמרו לו אם טוב בעיניך נשתתף יחד ונהיה לב אחד כדי שלא יוכל אחר לגרשנו מן הפתח הזה ונשתתפו בשבועה חמורה בכל תוקף כנהוג להיות שותפים בכל דבר סרסרות כל זמן שהסוחרים הנז' הם פה העירה וחלק כחלק יחדיו יחלקו. שוב אירע שהיה רוצה יששכר ליכנס לסרסר בפתח הסוחרים הנז' ואמרו השותפים הנז' לראובן יעשה תקנה לפרצה זו והלך ראובן וחלה פני יששכר על זה ואף כי היה ביד יששכר יכולת מספיק לכוף את הסוחרים הנז' שיקחו אותו לסרסור בפתח ע"י חלויים מ"מ להפקת רצון ראובן נתרצה ולא נכנס שם והנה יששכר מעיד על זה וגם זבולון עד בדבר בדומה לזה ששמע מפי שמעון הנז' שנתרצה ונשתתף עם ראובן בעבור כי בידו יכולת מספיק להפיץ ולהדיח כל אשר יקום עליהם ליכנס לסרסר בבית הסוחרים הנז' כי כמה אנשים מוכנים הלא הם פ' ופ' ודומיהם ליכנס ולסרסר. א"כ אח לשמעון וערער ליכנס בפתח הנז' לסרסר ואמר שמעין לשותפים הנז' מה אעשה ואני שותף עם אחי בשבועה יצריך אני לחלוק עמו וחלה פני ראובן ולוי על זה ונתרצו שיקח ראובן כ"ה לק' וע"ה לק' יקחו שמעון ואחיו ולוי וחזרו ונשבעו שבועה חמורה מחדש על זה ואח"כ נתחדש שגרשו שמעון ולוי את אח שמעון הנז' מן הפתח הנז' וחזר ראובן לתבוע חלקו שליש בריוח כאשר בראשונה ועמדו לדין בפני המרבץ תורה שבעיר על זה וזכה לראובן ואח"כ נכנס יששכר הנז' לפשר ביניהם וחלה פני ראובן ונתרצה ליקח כ"ה לק' וע"ה לק' שמעון ולוי וחדשו שבועה חדשה על זה בכל תוקף כנז' אח"כ נתחדש שנפל הפרש ביניהם ע"ד מתנות ודרונות שהיו לוקחים שמעון ולוי מאת המוכרים והקונים בפתח הסוחרים הנז' ולא היו נותנים לראובן חלק בהם

וראובן היה טוען שכל המתנות הבאות מכח השותפות הנז' יש לו לחלוק בהם ונכנסו פשרנים ביניהם ונתרצו ויאותו וחדשו החברה הנז' בשבועה חדשה ועשו שטר וזה נוסח השטר בס"ט וריוח והצלחה בפנינו עדים ח"מ ראובן שמעון ולוי נתרצו ויאותו ברצונם הגמור בלי שום אונס בעולם וקימו וקבלו ביניהם חברה ושותפות כדין וכתקון חז"ל שנשתעבד כל אחד מהם לחברו מדין שכיר המשתעבד והכל על פי התנאים כמו שנבאר ואלו הם בררו שהשותפות הנז' מתחיל למנות מיום שהגיעו הסוחרים פלאמינגוש שהם סי' גאק' או סי' גאן וימשך ביניהם כל הזמן שיהיו הסוחרים הנז' פה העירה וכל הריוח שיזמין להם השי"ת בפתחי הסוחרים יחלקו ביניהם בזה האופן שמכל מאה יקח ראובן כ"ה ושמעון מ"ה ולוי שלשים זהו במה שירויחו בפתחי הסוחרים הנז' בסרסרות ואמנם מכל מתנות ודורונות שיזמין הש"ית בין בפתחי הסוחרים הנז' בין מכל מקום זולתם וגם כל סרסרות שירויחו בכל מקום אחד זולת הסוחרים הנז' יקח ראובן הנז' ט"ו מכל ק' והשאר הוא לב' שותפים האחרים כפי מה שנתפשרו ביניהם וקבלו עליהם כל אחד משלשתם להתנהג ביושר ואמונה כחק לישראל הוא ולא יעלים ויסתיר שום מהם מכל איזה מחבריו שום דבר בעולם אפי' שוה פרוטה ולהשתדל כל אחד מהם כפי יכולתו ומאמצי כחו להראות הנזק ולקרב התועלת של השותפות הנז' כיד ה' הטובה עליו בע"ה גם התנו שאם יאנס איזה מהשותפים או מחמת חולי ח"ו או איזה אונס אחר באופן שלא יוכל להשתדל ולשרת בשותפות שע"כז יקח כל אותו זמן חלקו על האופן שנתבאר לעיל עוד בארו שאם שמעון יצטרך לילך לקושט' שעד משך ו' חדשים מיום לכתו יקח חלקו משלם כנז' עוד בארנו שקבל כל אחד מהשותפים הנז' על נפשו ועל יחידותו לפני בורא העולם יתברך שמו שלא ידבר שום רכילות ולשון הרע על שום מחבריו ולא יגרום לו שום קנטור ושנאה לא עם הסוחרים ולא עם שום נברא והתנו שאם באולי ח"ו יגרש איזה מהסוחרים לאיזה מהם וידחה אותו מפתחו שאע"פי כן יקח חלקי משלם כנז' אע"פי שלא ישרת עמהם וקנינא מיד כל אחד מהג' שותפים הנז' קנין גמור ושלם כראוי מעכשיו כמדל"ב וגם נשבע כל אחד מהם שבועה חמירה בת"כ ע"ד הק"בה וע"ד הנ"ב וכל אחד מהם ע"ד חברו לקיים כל הנז' בלי שום ערמה ומרמה ח"ו ובטול כל מיני מודעות שבעולם ובפסול עידיהן לדעת הרש"בא ז"ל ומסודר הנ' בב"ד חשוב וכו' לא יפסל וכ' רצונו לבאר שה"טו לק' הנ"זל שיתנו לראובן הוא מהמתנות ודרונות כנז' אמנם בסרסרות בין בפתחי הסוחרים הנז' בין בכל איזה מקום אחר יחלקו ביניהם על האופן הנז' והוברר שאם איזה חבר משלשתם ילך למקום אחר ולא ירצה לשרת בפתח הסוחרים ועשה יאוש מאותו הפתח אז הוא פטור מלתת חלק מכל מה שירויח במקום

אחר לחברים אבל אם ישוב לפתח הסוחרים הנז' אז מחוייב לתת מכל מה שהרויח כנז' כפי תנאם לעיל ובירר וקיים נהיה פה איזמיר יע"א ביום כ"ו לכסליו הת"טו לציר"ה יקיים. ויהי היום ואחד מן הסוחרים הנז' הלך לו לפראנקיאה ואח"כ היה רוצה **(רואה כצ"ל)** ראובן שהיו מעלימים ממנו שמעון ולוי ולא היה יכול עבור זה והיה מצפה ומקוה רחמי שמים על זה עד כי נזדמנה לו שעת הכושר ומצא הפנקס של שותפיו הנז' ולקחו ובא לפני המרביץ תורה שבעיר ואמר לו זאת מצאתי וכתוב בו דברים שאני זוכה בהם ומתירא אני שמא שמעון ולוי ילשינו עלי לסוחר שלקחתי הפנקס שלהם מבית הסוחר ויגרשני מביתו ובכן גזר המרביץ תורה הנז' בגזרת נח"ש על שמעון ולוי שלא יגלו הדבר לסוחר עד יעמדו למשפט לפני דייני העיר ויראו יביטו בפנקס הנז' כל זכות שיגלה משם לראובן ואח"כ יחזור הפנקס לשמעון ולוי ושמעון לא השגיח לדברי המרביץ תורה הנז' ולא חש לחרם הנז' והלך והלשין לסוחר והסוחר הרבה והגדיל חמה וכעס על ראובן הנז' ואמר להוליכו לדיין עבור שגנב הפנקס מביתו ושלח שראגומאן לבקש את ראובן על זה להוליכו לעש"ג אם לא ישיב להם את הפנקס ולא זו בלבד אלא שבן לוי הלך לבית המרביץ תורה עם משרת אחד לסוחר הנז' לתבוע שישיב ראובן הפנקס הנז' ונשתרבב הדבר עד שרצה משרת הסוחר הנז' לבקע את מוחו של המרביץ תורה הנז' ח"ו וצוח ככרוכיא על שמעון המלשין הנ' עד שנקבצו באו עם שמעון הנז' אהוביו ורעיו וחלו פני המרביץ תורה הנז' יתיר את החרם שמעל בו שמעון הנז' וכן עשה והתיר החרם כששם קנס עליו עשרה גרושו' ונתרצה ראובן שיתירו לו עונש החרם אך יחדיו למשפט יקרבו על ההפרש שביניהם לפני הדיינים שבעיר אח"כ נמשך עוד שבררו להם ג' השותפין הנז' לדן ונפתלי לדון ולפשר ביניהם בק"ס וגזרו שיתנו שמעון ולוי שמנים גרושו' לראובן עבור העבר ועל העתיד יתנהגו כפי התנאים הנז' בשטר שביניהם וכתבו גזרה על זה וחתמו בה דן ונפתלי ונתנו ביד ראובן ויהי כאשר שלמו שמעון ולוי השמנים גרושו' הנז' לראובן לקחו הגזרה הנז' והנה עכשיו דן אומר שכן קבלום עליהם לגזור הן על העבר הן על העתיד ונפתלי אומר שלא היה בידם כח לגזור אלא על העבר ולא קבלום עליהם על העתיד כלל אך בטעות היה שנכתב בגזרה הנז' מה שנכתב ומכאן והלאה גזרנו שיתנהגו כפי התנאים הנז' בשטר והנה מן ההלשנה הנז' שעשה שמעון לראובן הנז' והלאה לא רצה עוד הסוחר הנז' להניחו ליכנס בביתו והיה מתרעם על זה באמור לשמעון אתה סבות ע"י ההלשנה הנז' ועליך לתקן והוא היה משיב אני אתקן ומה לך אם תכנס או תעמוד בחוץ והרי אתה שותף עמנו ומרויח לצורך השותפות בכל אשר תמצא והרי אתה שותף עמנו בכל אשר אנחנו עושים בפתח הסוחרים הנז' וכן

עשו והרויחו סך מועט באותו פרק ושלחו לראובן חלקו כפי השטר הנז' ואח"כ נתחדש שהמרבית תורה שבעיר כתב פסק לשמעון ולוי שהם פטורים מהחברה הנז' עבור שאחד מן הסוחרים הנז' חלף הלך לו ובשטר כתוב כל זמן שיהיו הסוחרים הנז' פה העירה והרי אחד מהם הלך לו ועוד כי מקודם טוענים שהיו אנוסים בחברה הנז' מאת ראובן שהפחידם טראגומהן הקונסול והרגלי של הקונסול שלא יכנסו בפתח הסוחרים הנז' ואם יכנסו ירעו להם ושיש להם עדים על זה ושמצוה לב"ד להתיר לשמעון ולוי הנז' שבועה השותפות הנז' מאחר שהיו אנוסים בחברה הנז' וראובן טוען שהוא לא אנסם מעולם ולו יהיו שהיו אנוסים ההוא חברה לזביני דמי ולא למתנה והיה להם למסור מודעה על כל הד' שבועות הנז' מה שלא עשו ואמה שטוענים שהלך אחד מן הסוחרים מה בכך ואין מובן השטר כדבריהם ח"ו ולא זו בלבד אלא שאחר לכת הסוחר כנז' נמשכה חברתם וא"כ שבלכת אחד מן הסוחרים הנז' נתפרדה חבילת השותפות הנז' למה לא ערערו על זה ונמשך השותפות הנז' ועוד למה שמו הפשרנים הנז' לפשר ביניהם על העתיד אם כבר נתפרדה חבילת שותפותם הנז' ואפי' לפי דברי אחד מן הפשרנים הנז' שאומר שלא הוברר בעת קנין ברירתם שיגזרו כלום על העתיד מ"מ אפי' לפי דבריו בעומדם לטענות ושאל מהם חסרון העבר עד היום ההוא היה להם להשיב שהם לא היו חייבים לתת חשבון ולשלם לו כי אם עד זמן הליכת אחד מהסוחרים הנז' ולא זו בלבד אלא שאחר שהלך אחד מן הסוחרים הנז' ושכבר נתגרש הוא מפתח הסוחרים הנז' ושכבר כלו כל ההפרשים שביניהם ונגזר עליהם מאת הפשרנים הנז' נתנו לראובן חלק במה שהרויחו אח"כ זה מורה שסברו וקבילו החברה הנז' ושדעתם היה מראש מקדם שאפי' אם הלך לו הסוחר הנז' עוד החברה הנז' במקומה והנה קמו אנשים בסתר ובחשאי והתירו לשמעון שבועת השותפות הנז' כפי דברי שמעון ולוי עתה יורינו מורינו המורה לצדקה אם שותפות שלשת הסרסורים הנז' קיים או אם ההתרה שעשו האנשים הנז' היא התרה לשבועת השותפות הנז' ואם הם ראוים לעונש עבור עשותם ההתרה הנז' ואם אפי' שיהיה בכאן אונס כפי דברי שמעון ולוי אי מהני אונס כזה דהפחדה לבטל החברה הנז' והשבועה הנז' אפי' בלי מודעא ואם חייב שמעון לתקן את אשר עותו בהלשנתו לגרש את ראובן מפתח הסוחר הנז' הן שהחברה הנז' במקומה או בטלה כי בכל אופן יש נזק לראובן שאם היה שם ירויחו יותר או אם החברה בטלה היה מרויח לעצמו ומה גם שאין כדאי להאמין לשמעון הנז' שבנאמנות יביא חלק ראובן לידו מאחר שהוא אמוד ומלומד למעול בשבועות וחרמות כנז' ומה תקנתו ואיך יכופו או ידונו ב"ד על זה שוב טוען ראובן שאפי' כפי דבריהם שהיו אנוסים כנז' מאת הטראגומאן ורגלי

הנז' כנז' הרי הוא לא ידע מזה כלום והוא לא שלחם אלא אם הלכו היה לפי שחלה פניהם המופטי מקודם על זה שישימו לראובן לסרסור בבית הסוחר הקודם שיבא על הכל יבא דבר האדון על הדין ועל האמת ושכרו מאת ה' מן השמים יהיה שבעתים אמן:
תשובה זו מחלקת ישנה נפלה על ההרים הרמים גדולי הפוסקים חלקם בחיים ושלש דעות בדבר אחת היא דעת הרמ"בם ז"ל ברביעי מה' שותפין שכל שותפות שהוא לדבר שלא בא לעולם כגון אומנין שנשתתפו לאומנותם חייטין אורגין וכיוצא בהם אע"פי שקנו מידם אין כאן שותפות כלל שאין שעבוד הקנין חל על גופן וגם אינו חל על הריוח שהוא דבר שלא בא לעולם כדכתב הטור בח"מ סי' קע"ו יע"ש שלזה נוטה דעת הרמ"בן. זאת שנית סברא הפכיית מן הקצה אל הקצה כתבה הרש"בא בפ"ק דב"ב ששני שותפין שנשתתפו באומנותם לזמן ידוע שכל מה שירויחו יהיה לאמצע נעשו שכירין זה לזה ואין צריכין קנין לפי שכל אחד מתחייב לחברו בשכר מה שעושה חברו בעדו והלוכן ודבורן היינו שכרן דבההיא הנאה דקא צייתי אהדדי גמרו ומקנו דכל מה שירויחו הרי לאמצע וזו היא דעת מה"רם הביאו המרדכי בפ' הגוזל בתרא גם הגהות מימוניות בפ"ד דה' שותפין וה"רן בפ' השותפין ומה"רי קולון בשרש קפ"ה דעת שלישית מכרעת בין שתי הקצוות האלה שבקנין יכול אדם להקנות את עצמו כיון שגופו בעולם והוא הרא"בד בהשגות וכתב הטור שלזה נוטה לשון תשו' הר"אש וע"ש ועם שלנד"ד לא מבעיא למ"ד דאין צריך קנין אלא אפי' לכת המחייבת קנין הרי יש קנין בדבר וא"כ שתים הנה מהשלש דעות הללו ברור מללו לנד"ד שהשותפות מתקיימת גם שהסוברים שהשותפות מתקיימת אפי' בש"בל הם רבים וגדולים. וגם הרב מה"רי קולון ז"ל כתב בשרש קפ"ב שרוב הפוסקים סוברים כן ושיש להלך בזה אחרי הרוב מ"מ כלל מסור בידנו ממה"רם ואילך דיכול הנתבע לומר קים לי ואפי' שהם המעוט וא"כ בנד"ד יאמרו המושלים ומוחזקים בממון שמעון ולוי קי"ל כהרמ"בם והרמ"בן שאין השותפות נגמר בדבר שלא בא לעולם ואפי' בקנין ולא יתנו לראובן מהריוח כלל וכמו שכתב הרב הרב מהרש"דם בטו' ח"מ סי' קנ"ד וז"ל בהא ודאי אני ממשכן נפשי לומר דיכול הנתבע לומר קים לי כהרמ"בם והרמ"בן והנמשכים לדעתם וכן בסי' רע"ד כתב בענין זה וא"כ אחר שענין זה פלוגתא דרבוותא פשיטא דמצי טעין נתבע קים לי כהני רבוותא דסברי דלא מהני קנין בדברים כאלה ע"כ הכא נמי בנד"ד מידי ספקא לא נפקא ויכולין לומר שמעון ולוי קים לן ותו דבלאו הכי רוב הפוסקים הסוברים דהשותפות מתקיימת מודו מיהא דאם רצו לחזור חוזרין שהרי ה"רן ז"ל מסיים דבריו דהתם וז"ל דודאי אם רצו לחזור רשאין שהרי פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום ע"כ גם ההגהות מדמי ליה לפועל

ופועל יכול לחזור בו בתוך הזמן גם הר"ן פ"ק ב"ב דרוב הגדולים שאומרים שהשותפות קיימת אפי' בדש"בל בההיא הנאה וכו' כלם יענו ויאמרו דהינו על העבר אבל על העתיד יכולין לחזור בהן ואנן בדידן על העתיד קיימין כנראה מלשון השואל שכבר נתנו לו לראובן חלק העבר המעט הוא אם רב אלא שעל העתיד היתה שאלתו וע"ז צריך לדון:

איברא דאסוף דינא נראה דשמעון ולוי חייבים לקיים השותפות הזה ואפי' להבא מכמה' טעמי חדא מכח השבועה שנשבעו כמה פעמים ואפי' תימא שמן הדין לא יהיו חייבין משום חומר שבועה כופין להו ואמרינן קיימו שבועתיכו כזה שנראה מלשון הרש"בא בתשו' הביאו הרב ב"י ז"ל ח"מ סימן קע"ו וז"ל וכתב עוד הרש"בא בתשו' שלו הטילו לכיס כבר קנו מהם וכל אחד הקנו גוף הנכסים וכו' ועוד שכבר נשבעו ואי אפשר לעבור על שבועתם ע"כ ולישנא דועוד משמע דאפי' תימא דמן הדין אינה מתקיימת מ"מ מחמת שבועתו צריך להתקיים ואפי' להרמ"בם והרמ"בן דסברי דאין הקנין מועיל וכמו שדן הרב מהרש"דם בענין זה עצמו בתשו' סי' שצ"ה וז"ל מחלקת ב' כתב מהרר"יק בשרש קפ"א וז"ל ונחזור לעיקר דבריו ונאמר דאנחנו למדין דר"ת ור"ם ס"ל דתנאי דשותפין מתקיים אפי' בדש"בל והביא תשובה א' וכו' וכו' וכו' עד וא"כ כפי דעת הרמ"בם אפי' אותם שנתועדו ועלתה הסכמתם להשתתף על הדרך הנ' בשאלה לא עשה ולא כלום מכח הקנין אמת כי מכח השבועה חייבין לקיים שבועתם ואפי' שיש לפקפק מטעם שהיינו יכולין לו' שהשבועה לא באה אלא לחזק הקנין וכיון דקנין אין כאן שבועה אין כאן מ"מ כתבתי פעם אחרת דעתי שאינו אלא כמו שנראה מתשו' הרש"בא הביאו הב"י ז"ל ח"מ עלה קפ"ב ע"ג שכבר קנו מידם וכו' ועוד שכבר נשבעו וא"א לעבור על שבועתם ע"כ משמע לישנא דועוד שפירושו שאפי' מצד הקנין לא היו חייבין מצד שבועתם חייבים לקיים מה שנשבעו עכ"ל וכל המשא והמתן הזה כתב ג"כ הרב הנ' בסי' רע"ד ובסי' קי"ג עי"ש למדנו מדבריו שהדין דין אמת שאפי' שמצד הדין לא יהא השותפות מתקיים מצד השבועה יתקיים ושכן נראה מלשון הרש"בא בתשובה וכן הראו פנים גדולי האחרונים שמצד השבועה חייבין לקיים השותפות כדכתב הרב מהר"שך בראשונות סוף סי' קצ"ו וז"ל תנאם קיים אפי' בדברים דעלמא בקנין וכ"ש וק"ו אם נשבעו על זה דבלי ספק הם מחוייבים לקיים תנאם מצד השבועה עכ"ל ובסי' כ"ו כתב וז"ל מילתא דפשיטא היא דבכל דבר שלא יספיק ויועיל ק"ג לעשות הדבר ולקיימו דהיינו מידי דאסמכתא ודש"בל ודבר שאינו ברשותו ונשבע המקנה והמתחייב לעשות הדבר ההוא מחייבין את המתחייב שאף אם מדין הקנין אינו חייב לקיים תנאו מ"מ מדין השבועה חייב להשלים ע"כ גם הרב מוהר"ד ן' זמרה בשאלה כ"י כתב וז"ל

שאלת ממני אודיעך דעתי בשנים שנשתתפו ברינאן א' בשבועה וקנין ובעדים וישב א' מהם ברינאן והרויח ואינו רוצה לתת לחברו חלק באמרו אין זה שותפות תשובה אע"גב דלדעת קצת מהפוסקים אין כאן שותפות שהרי לא הטילו דבר לכיס ואין דבר שיחול בו הקנין מ"מ וכו' וכ"ש בנד"ד דאיכא נמי שבועה ופשיטא דכופין אותו לקיים שבועתו עכ"ד נראה דהיכא דאיכא שבועה בדבר הסכמת גדולים הוא אפי' בדבר שלא בא לעולם שיקיים שבועתו:

הן אמת דדברי הרי"בש בסי' שכ"ח לענין זה שכתב וז"ל עוד כתבת שראית בתוס' בשם ה"רי בן הר"אש שכתב בשם אביו ז"ל שהמקנה דבר שלא בא לעולם אם נשבע על ככה שקנה הקונה ואפי' מת המקנה המקח קים וראיתו ממכירת הבכורה שמכר עשו ליעקב וכתיב השבעה לי ואמרת שאודיעך דעתי תשובה לא הר"אש ולאו הר"י בנו חתימי עלה ואיני רואה לתלות בגברי רברבי כותיהו סברא זו שאין לה על מה שתסמוך גם הראיה שהביאו אין לה עיקר לפי שהיה קודם הדבור ומאן לימא לן שלא היה אדם מקנה אז דבש"בל והשבועה היתה לרוחא דמלתא שלא יערער עשו בדבר שהכירו שהיה זד יהיר איש זרוע לפיכך השביעו ע"כ הרי נראה שדברי הרי"בש אלו הם הפך הנרצה לנו ובהדיא קאמר דסברא זו זרה שהשבועה עושה קיום וכבר נרגש מזה הרב מהרש"דם ז"ל בתשו' רע"ד שכתב ולענין השבועה היה אפשר לומר שהשבועה לא באה אלא לחזק הענין וכיון שקנין אין כאן שבועה אין כאן ולכאורה נראה שכן דעת הרי"בש סי' שכ"ח אבל אינו נראה כן מדברי הרש"בא אלא שאפי' במקום שאין קנין מועיל חייב מכח השבועה שכן כתב בתשו' סי' קכ"א וז"ל ועוד שכבר נשבעו וכו' ע"כ וכן כתב בסי' קי"ג יע"ש הנה שמפרש הרב דברי הרי"בש הפך דברי הרש"בא שכתב לקיים השותפות מחמת השבועה וא"כ יאמר אומר דבנד"ד יש לחוש לסברת הרי"בש ז"ל ויאמרו שמעון ולוי קים לן כותיה:

ומיהו יש לישב וזה אחר העיון בדברי הרי"בש שלכאורה נראה דסותר דידיה אדידיה דמהכא משמע דאין השבועה עושה קיום לדעתו ואלו בסי' של"ה מתשו' כתב וז"ל בענין אסמכתא שאף אם מדין הקנין אינו חייב להשלים תנאו מ"מ כדי לקיים שבועתו חייב להשלים וב"ד כופין אותו להשלים ומשמתין אותו לקיים שבועתו ע"כ עוד כתב בתשובה הביאה הרב מהרי"בל בח"ב סי' ל"ח וז"ל ראובן שקנה חבית של יין משמעון בכך וכך המדה ולא משך זולתי שטוען שנשבע לו ראובן לפרוע לו כל מה שיעלה והשיב שהוא חייב לקיים שבועתו אע"פי שמן הדין אינו חייב משום שלא משך ועוד כתב הרב הנ' בשם הרי"בש תשובה הנ' בסי' של"ה ורצה להסתייע מהם לדבר שלא בא לעולם

והם שותפין שהתנו לחלוק כל מה שירויחו שחייבין לפרוע מתשובות אלו של הרי"בש דאע"פי שמן הדין אינן חייבין חדא משום מחוסר משיכה וחדא משום אסמכתא אפ"ה סובר הרי"בש משום שבועה חייב לקיים ומנה דלשותפין שהתנו שיחלוקו הריוח אע"גב דהוי דש"בל השבועה מקימת השתוף אע"פי דמן הדין אין לה קיום א"כ נראה משתי תשובות אלו דהרי"בש סובר דהשבועה מקיימת מה שאינו קיים מן הדין וא"כ איך כתב באותה תשובה דסי' שכ"ה שזו סברה זרה לומר שהמקנה דבר שלב"ל ונשבע על ככה שקנה הקונה. והיישוב בזה מבואר דלעולם סובר הרי"בש דבין אסמכתא בין מחוסר משיכה בין דש"בל וכיוצא בזה אע"פי שמן הדין אינן קונים מכח השבועה כפינן ליה לקיים שבועתו כאשר כתב בשתי תשובות אלו שהביא הרב מהרי"בל אלא דלא סבר ליה דממש השבועה יש לה כח כקנין ממש לכל הדברים כמו שסובר השואל אותו בסי' של"ה שהשבועה היא כב"ד חשוב ממש לענין אסמכתא ונפקא מינם שאם מת ולא השלים שחייבין היורשים וכן בחייו נמי ב"ד יורדין לנכסיו וכו' וכדומה הא ליתא דלא סבירא ליה אלא שכופין אותו לקיים שבועתו אבל לא שתהיה השבועה ממש כקנין והכי כתב שם בתשו' של"ה שאף אם מדין הקנין אינו חייב להשלים מ"מ מכח שבועה חייב להשלים ונפקא מנה שאם מת ולא השלים אין יורשיו חייבין וגם אין יורדין לנכסיו וכו' אלא שב"ד משמתין אותו אם יתרשל לקיים שבועתו וכן כתב הרב מהרי"בל בתשו' הנ' בשמו וז"ל והרי"בש ז"ל כתב בתשו' דאין בי"ד יורדין לנכסיו אי לא השלים וכן נמי אין בניו חייבין להשלים והשואל היה סבור דהשבועה היתה מקימת הקנין ועושה מילתא דאית בה אסמכתא כמאן דלית בה אסמכתא ומביא ראיה מתשו' הר"אש והרי"בש השיב לשואל שאין לומר שקנו מן הדין ושהשבועה תקים הקנין ותעשה מה שלא בא לעולם כאלו בא ע"כ ונראין דברי הרי"בש ע"כ לשון מוהרי"בל ז"ל למדנו מהם בהדיא דאע"פי דסובר הרי"בש דבכל ענין בין בדש"בל בין באסמכתא בין במחוסר קנין ומתיחס לו מכח השבועה מחייבין אותו להשלים ומשמתינן ליה עד שישלים לא מפני זה סובר דהשבועה הוא כב"ד חשוב וכדבר שבא לעולם וכמשיכה וכדומה אלא שמכח השבועה מחייבינן ליה וזהו מה שכתב הרי"בש בב' התשו' הנ' ואחר שכן כשבא השואל ושאל לו בסי' שכ"ח דהמקנה דבר של"בל אי נשבע על הכא שקנה הקונה ואפי' מת המקנה המקח קיים וראיה מיעקב ועשו השיב תשובה צודקת לדעתו שסברא זו אין לה על מה שתסמוך כלו' שיעשה הקנין דש"בל כאלו בא לעולם ונפקא מנה שבניו יתחייבו במקח ההוא כמו שסובר השואל אבל לעולם לענין קיום המקח בחייו משמתינן ליה שיקיים שבועתו תיכף כדכתב בתשובות האחרות ואמר עוד גם הראיה שהביא בשמו

אין לה עיקר לפי שהיה קודם הדבור ומי יאמר דלא היו אז מקנים דש"בל והשבועה היתה לרוחא דמלתא כלו' אם יביאו ראיה מיעקב שהשביע לעשו והיינו כדי שתתקיים המכירה לדורות אע"פי שהיו דבר שלא בא לעולם אין זה ראיה דשמא לפני הדבור היו מקנים דש"בל ויעקב לרוחא דמילתא עבד הכי לפי דרכנו זה נמצא דגם הרי"בש הוא מהסוברים דבכל מקום שיש שבועה אע"פי שהקנין אינו מועיל מכח השבועה כייפינן ליה כדעת הרש"בא וגדולי האחרונים הנ':

ואכתי פש גבן להבין דברי הרב מהרש"דם דאיך כתב בתשו' רע"ד ובתשו' תי"ג וכיון שקנין אין כאן שבועה אין כאן ולכאורה נראה שכן דעת הרי"בש אבל אינו נראה כן מדברי הרש"בא בתשו' באומרו ועוד דכבר נשבע דמשמע דהרש"בא והרי"בש פליגי בדעת זו ואיכא למימר דלהכי קאמר לשון לכאורה כלו' אבל אחר העיון אפשר להשותם כמו שישבנו לשון הרי"בש והשוינו דעותיהם אך דברי מהר"י אדרבי ז"ל קשים לשמוע שכתב בסי' שי"ט וליכא למימר כיון דבנד"ד איכא שבועה חומרת השבועה גמר ומקני ליתא שהשבועה אינה מוספת שום חיוב פרעון יותר משאם לא היה נשבע אלא השבועה מתלא תליא לזרז הפרעון במקום שישנו אבל במקום שאין פרעון אין שבועה ואם פרעון אין כאן שבועה אין כאן שלא נשבע זה לפרוע אלא כל זמן שהוא חייב וכ"כ מהרי"ק שרש פ"א וכן פסק הרי"בש בתשובותיו סי' שס"ח וכן האריך על זה סי' ע"א שאין השבועה מקיימת הקנין וכן נראה מתשובת הרש"בא סי' תש"עה הילכך אין כאן חיוב לא חיוב ממון מן הדין ולא חיוב שבועה ע"כ והשתא אין להלביש בדבריו דכונתו לו' דאין השבועה עושה קנין כדפירשנו בדברי הרי"בש ובדברי מהרש"דם אבל מכח שבועה חייב שהרי פירש בדבריו בהדיא בסוף פסקא דדינו וגם אין כאן חיוב שבועה כלו' דלא יפרע כלום אפי' מכח השבועה ושותיה דמר קשיא טובא חדא שאיך אמר שכן דעת הרי"בש והלא דברי הרי"בש ברור מללו דקנין ליכא אבל חיוב שבועה איכא ואלו היה אומר כן משמיה דהרי"בש בסי' שכ"ח לבד החרשנו כי שם סתם הדברים והוצרכנו לפרשו כמו שפירשנו אבל אמר שכן נמי כתב בסי' ע"א ואלו התם בהדיא קא' אבל בנד"ד דאיכא שבועה חייב להשלים ובשאר תשובותיו ג"כ ועוד שכתב שכן נראה מתשו' הרש"בא בסי' תש"עה ולטעמיה הרש"בא ז"ל סותר דידיה אדידיה דמכאן משמע דחיוב שבועה אין כאן ומהתשובה אחרת משמע דאיכא חיוב שבועה שכן כתב ועוד שכבר נשבע וכו' וכדכתב הרב מהרש"דם באופן דדברי הרב הם קשים לשמוע וכבר דחאם הרב מהרש"ח ז"ל בתשו' סי' יו"ד ויישב כל הדברים האלה יע"ש שאין מקום להאריך והמקום שכל הרי ישראל יושבי על מדין קיימי כחד סברא דמצד השבועה כייפינן להשלים כמדובר הרב

אדרבי ז"ל הוא יחיד בסברתו וכ"ש שראיותיו בלתי מוכרחות ועבדינן כשאר רבוותא ובפרט בענין שיש חומר שבועה דאפשר דלא מצי מימר קים לי וכ"ש ביחיד התבאר מכל זה דכ"ע שוים דבמקום דאיכא שבועה אע"פי שמן הדין לא יועיל התנאי מכח השבועה כופין אותו ואומרים לו קיים שבועתך הכא נמי בנד"ד כיון דאיכא חומר כמה שבועות בדבר אפי' שלוי ושמעון לא יהיו חייבין בדבר מכח השבועה כייפינן ליה. ואפילו שלדעת מהרי"בל האי דקיים שבועתך לא אמרינן ליה אלא בדברים הידועים וברורים לכ"ע דכיון שהוא ידוע לו שאינו חייב מן הדין אית לן למימר דנשבע כדי לחייב עצמו מחמת השבועה אבל היכא דיש מקים לומר דדילמא טעה וחשב דאליבא דכ"ע דחייב מן הדין ומה שנשבע היה לזרז עצמו על הפרעון ולהבטיחו שלא יעבור לו המועד ושלא יצטרך להעמידו לדין וכיון דאגלאי מלתא השתא דאינו חייב מן הדין א"כ השבועה היתה בטעות שמה שנשבע לא היה אלא שחשב שחייב מן הדין והביא ראיה מתשו' מהרי"קו בשרש פ"ד בשם הרש"בא על הנשבע לחברו שיפרענו לזמן פ' והגיע זמן השמטה קודם הפרעון אי השביעית משמטת בזמן הזה ונאמר ממון אין כאן שבועה אין כאן או אם נאמר שבועה דאורייתא ושמטה בזמן הזה דרבנן ולא אתי דרבנן ומבטל דאוריתא והשיב אם אין לו פרוזבול ולא תנאי שביעית משמטתו אפי' בזמן הזה דהפקר ב"ד הפקר ולא נשבע זה לפרוע אלא כל זמן שהוא חייב כדכתב בתשו' ל"ח ח"ב לא קשיא מידי לענין שלפנינו שהרי פירש דבריו שם בהדיא וכתב דמקנה דבר שלא בא לעולם כ"ע גמירי לה דלא קני ומרגלא הוא בפומיהו דאנשי וכ"כ הרב מהרש"ח סי' יו"ד וא"כ חזר הדין דגם הרב ז"ל יסבור בנד"ד דכיון דכ"ע ידעי דאין אדם מקנה דש"בל ושמעון ולוי נשבעו לקיים הדבר נשבעו ואע"ג דידעי דמדינא לא מיחייבי ונמצא לפי זה ברור דדבר שוה לכל הוא בנד"ד שיש לקיים תנאם מכח השבועה:

עוד יש טעם אחר לחייב את שמעון ולוי מטעם מנהג דכיון דמנהג העולם הוא כשמשתתפין שנים או ג' אנשים מתנין ביניהם כך יש לקיימו וכמו שכתב הרב מהר"ד ן' זמרא ז"ל באותה תשובה הזכרנוה לעיל וז"ל אע"פי שלדעת קצת הפוסקים אין כאן שותפות כלל שהרי לא הטילו דבר שיחול בו הקנין מ"מ כבר נהגו במדינה זו להשתתף בדרך זה ע"י שכר וקנין וכבר ידעת כי מנהג מבטל הלכה וכ"ש בדבר שהוא מחלקת ונהגו כאחת מן הסברות ואפי' מנהג החמרים והספנים הוי מנהג לבטל הלכה לענין ממון ע"ש כיוצא בדבר כתב הרב מהר"שך בח"א סי' קצ"ו וז"ל עוד נראה לי לחייב לשותפין לחלוק עם לוי כל מה שהרויחו והוא שכבר נהגו העולם כשעושים ב' או ג' אנשים שותפות מתנין ביניהם שכל ריוח שיזמין ה' מלבן ומעלה שיחלקו ביניהם ואפי'

מציאה בשוק וכיון שנהגו רוב העולם כך יש לקיימו אפי' אליבא דהרמ"בם שכח הרבים עדיף וכמו שאמר הרש"בא דע"כ לא פליג הרמ"בם על שאר הפוסקים אלא על שם שותפין דעלמא ואין הסכמת בעלי כל האומנות של אותה העיר כך אבל היכא שכל בני האומנות התנו להשתתף מודה הוא דרשאין ותנאם קיים א"כ בנד"ד כיון שזה התנאי שהתנו השותפין ביניהם שכל ריוח שיזמין להם ה' בכל מין משא ומתן שבעולם דאפי' מציאה שיחלוקו הוא מורגל בין השותפין תנאם קיים אפי' בדבור בעלמא כל שכן בקנין ע"כל ולא תידון מיניה שמה שכתב נראה לי לחייב את השותפין לחלוק בכל שהרויחו הוא דוקא במה שהרויחו כבר אבל להבא לא דכיון דמדין מנהג נגע בה והמנהג הוא בין לשעבר בין להבא שמתקימת השותפות ודאי דעל הכל קאמר בין על העבר בין על העתיד אלא שמה שפירש בלשונו לשון הרויחו הוא לפי שמעשה שהיה כך היה שלוי השואל לו לא היה תובע על העתיד וכנראה שלא היה לו מקום לשאול על העתיד שלא יהיה מציאות לריוח עתיד לבוא וכגון שפסק הריוח או נמנעו מלעשות אותו העסק וכמו שרמוז זה בלשון השאלה וז"ל והנה ראובן ושמעון המתעסקים בחנות אחד מהני נטפל בעסק המוכשירלית והרויח והאחר עשה יין ומכר והרויח ולוי תובע מאותם הרוחים וכו' משמע שכל עצמה של שאלה לא היתה אלא על העבר ולא על העתיד דשמא אין מקום לשאלה במה שעתיד מאיזה אופן איך שיהיה א"כ לפי זה כתב הרב כל מה שהרויחו תשובה צודקת על מה שנשאל אבל מנהג דבעלמא גם על העתיד דינו כן כיון דמדין מנהג נגעו בה. נקיטינן מהא לדעת הרבנים הנ' דכל שהוא מנהג שקונים בו הסוחרים והמקנים אפי' שמן הדין אינו קונה מדין מנהג מתקיים התנאי ועם שהמה בחכמתם לא סיימו ראיה לזה כי הכל גלוי וצפוי לפניהם אנו בעניותינו נאמר דלא גרע מסתימתא דקניא באתרא דנהיגי למקני וזה בנין אב לכל הדברים הנהוגים להקנות כגון מסירת המפתח לגמר המקח והערבון הנקרא קפארו שבלקיחת פשוט אחד נגמר המקח כמו שכתב הר"אש בפ' הרבית וה"ה בפ"ג מה"מ בשם הרש"בא כי המנהג מבטל הלכה בכל כיוצא בזה שבכל דבר שבממון כל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין וכן כתב רבנו ירוחם בפ"ו ח"ד. ועד בשחק נאמן עלי שאחרי כתבי הא דסטומתא מצאתי לרב מהר"שך בח"א סי' ס' שהביאו לראיה לענין זה וששתי כעל כל הון יע"ש וא"כ כאן בנד"ד אפי' תימא דמן הדין אין השותפות מקיימת כיון דהמנהג הוא בין הנושאים והנותנים והמתנים כך חייבין שמעון ולוי לקיימו:

עוד יש צד אחר לחייב את שמעון ולוי מטעם חיוב דהא אית לן דאע"פי שהמקנה דבר שב"ל אינו כלום מ"מ אם מחייב עצמו בדש"בל החיוב הוי חיוב כמו שכתב הטור ח"מ

בסי' ס' והרב ב"י הביא תשובת הרש"בא ז"ל האומרת דבר ברור הוא שלא אמרו דש"בל אלא פירות דקל זה אבל המחייב עצמו בדש"בל חייב שזה אינו מקנה דש"בל אלא מחייב עצמו ליתן ע"כ והרב מהרי"בל ז"ל כתב בשניות סי' ל"ח היכא דמחייב עצמו אפי' בדש"בל הקנין והחיוב חל ע"כ וכ"כ הרב מה"רי אדרבי בסי' קל"ג וזו היא הלכה רווחת את כל ונוכחת ואחר זה צריך לדעת מה שכתב הרב מהר"שך בראשונות סי' קצ"ו בשותפין שנשתתפו לחלוק ביניהם הריוח העתיד לבוא והרויחו השנים במובשטלק ואינו רוצה לתת חלק לחבריו מטעם דש"בל השיב וז"ל עוד נראה לי טעם אחר לחייב לראובן ושמעון שיחלקו עם לוי בכל מה שהרויחו לפי שבלי ספק כשנשתתפו ועשו התנאים עשאום בלשון חיוב ובלי ספק כן כתוב בשטר ואפי' אם ת"ל שלא נכתב בשטר אפ"ה כמו שנכתב דמי כיון שנהגו כל העולם לכתב כך בשטרות וכמו שכתב הטור ח"מ סוף סי' מ"ב שכל הלשון שרגילין לכתוב אע"פי שלא נכתב הרי הוא כמו שנכתב וא"כ הא קימ"לן דאע"גב דאין אדם מקנה דש"בל אפ"ה בלישנא דחיוב מהני אליבא דכ"ע כדכתב הטור סי' ס' והמחייב עצמו בדש"בל וכו' ע"כ. נראה דדעת הרב ז"ל דכיון שמנהג התנאים הוא דרך חיוב כשנראה שטר תנאים אפי' דלא כתיב בה לשון חיוב דיינינן ליה כמו שנכתב ואפי' שהיה דשל"בל לית לן בה וכך יש לדון מסיום לשון תשובת הרש"בא הנז' שהביא הרב בב"י ולא סיימה אבל הרב מהרי"בל סיימה וז"ל ובחיובים ובתנאים ואפי' בשכירות ובשעבוד לא שייך ביה דשב"ל בחיובין כזה שאמרת במחייב עצמו לזון את בת אשתו ה' שנים דחייב ואע"פי שאין לו בעולם כלום וכן ע"מ שתתני לי מאתים זוז אע"פי שאין לו וכן ע"מ שתיניתי וכן ע"מ שתתן לי פירות דקל זה לאחר כמה שנים ובשעבוד במשעבד מה שיקנה ומטעם שנשתעבד גופו להלואתו ובשכירות כמשכיר את עצמו ע"כ:

ודייקינן מלשון תשובתו הן מה שבכלל שכתב ובחיובין ובתנאים שהן ממה שבפרט דמפרט בתר הכי כל פרט בפני עצמו חיוב כיצד ותנאי כיצד דלאו דוקא בחיוב מפורש אלא אפי' בתנאי בלא חיוב לא אמרינן ביה דשל"בל ע"ש א"כ נקטינן מדברי הרש"ך ז"ל דאפי' דאין לשון חיוב בשטר דיינינן דבלשון חיוב עשאו ואע"פי שלא נכתב כמו שנכתב דמי וכ"ש היכא דכתוב לשון תנאי כדדייקינן מלשון הרש"בא ז"ל א"כ דון מנה בנד"ד דכיון דמנהג העולם לעשותו בלשון חיוב הכי דיינינן ליה ומה גם שכתוב והתנו שהוא לשון תנאי ובודאי דלשון תנאי מועיל היה שם וכ"ש שיש ג"כ לשון שעבוד וכבר כתב הרש"בא ג"כ בתשו' הנ' דבשעבודין ליכא טעמא דדב' שב"ל:

כלל הדברים ששותפות זה של ראובן שמעון לוי קיימת לעד אי מצד השבועה ואי מצד המנהג ואם מצד החיוב כאשר התבארו כל הטעמים הללו במה שקדם לנו:

ועל הטענה שטוענים שמעון ולוי שמקודם היו אנוסים שהפחידם טראגומן הקונסול ורגלי של הקונסול שלא יכנסו בפתח הסוחרים ואם יכנסו ירעו להם יפה משיב להם ראובן שהוא לא הפחידם ולא אנסם ואם הרגלי והטראגומאן דברו איזה דבר מעצמם מפני שיד המופתי תקיפין עליהם מה מידו יקחו הם דברו ולא ממנו הגזימה ולא ידע כל שכן דמעקרא האונס של הרגלי והטראגומאן לאו אונס דעביד אניש דגזים ולא עביד ואולי דברים בעלמא אמרו לו ועל הכל שאפי' אמת היה הדבר שאונס הטראגומאן והרגלי היה אונס הנה הנם שמעון ולוי פתחו בקלקלה שבאו להסיג גבולו של שמעון שהוא דבר מתחלה אל המופתי קודם שיבואו שמעון ולוי לשאול מקום הסרסרות וא"כ אם שמעון ולוי יבואו להשיג את גבול ראובן הרי זה דומה לעני המהפך בחררה ובא אחר ליטלה דגזלנא מקרי כמו שידוע בפי כל חי ואין זה צריך ראיה א"כ אפי' תימא שאונס הטרגמן היה אונס בדין היה שלא להשיג גבול חברם והרי זה כמו שאונסין את האדם וכופין אותו לעשות הישר בעיני אלקים ואדם:

ולמה שטוענין שמעון ולוי שהלך אחד והסוחרים ונתפרדה חבילה זו טענה שאין בה ממש כי בשטר כתיב כל זמן שהסוחרים הנ' יהיו פה העירה ופירוש הדברים כל זמן שיהיו ולא ילכו שניהם אבל אי הלך אחד מהם ונשאר האחד התנאי קיים וזה ברור ואף אם לו יהיה כדבריהם הרוצים לדמות זה למת אחד מן השותפין בטלה השותפות הרי אם נמשכה השותפות אחר כך לא אמרינן בטלה שותפות כנודע והרי כאן נמשכה שותפותם אחרי שהלך לו הסוחר האחד ונתנו לראובן חלקו וכמה פשעות וכמה שבועות היה בדבר ונתנו לו חלקו המעט הוא אם רב וא"כ פשיטא שהשותפות במקומה עומדת כדכתב הרב מהר"שך בסי' י' ס"ו וכ"כ הרב מהר"מ גאלנטו בסי' כ"ה:

ועל ההתרה שהרשו לו ג' אנשים בסתר ובחשאי על האמת ראויין לעונש ולחרם בסלוא דלא מבע דמא וכמו שכתב הרי"בש ז"ל בסי' קפ"ו שאפי' לר"ת דסבר דהנשבע לתועלת חברו ולדעתו אם התירו מותר מ"מ כתב וכל בית דין שנזקק לכך ראוי להוכיחו וליסרו שנותן דמי מלחמה בשלום ע"כ וכן העלו כל הגדולים אף כאן בנד"ד לא נכחד שע"י שגרמו להתחלל ש"ש כי יאמרו שהקלו בשבועות ודאי שראויין לעונשו אמנם לענין שאם התירוהו יהיה מותר אם לאו כבר נודע המחלקת שיש בין הגדולים שהרא"בד סובר שהנשבע לתועלת חברו והתירוהו שלא בפניו ומדעתו אפי' בדיעבד אינו מותר וראיתו מדכתיב אם לא אלתי אשר בזה ובריתי אשר הפר אע"פי שהתירו לו סנהדרין

וא"א שהוא מותר לא בזה ולא הפר אלא סנהדרין הן שפשעו הדבר והתירוהו ור"ת סבר דלכתחלה אין מתירין אבל אם התירוהו מותר וראיה מדאמרינן בפ' השולח (דף לה:) וליחוש דילמא אזלה לגבי חכם ומפר לה ואי בדיעבד לא מהני כי אזלה לגבי חכם ומפר לה מאי הוי וכו' וכל חד וחד מתרץ כל ראיותיו דבר פלוגתיה כמו שכתב כל זה הרי"בש בסי' ק"פו יע"ש ומשאר רבוותא יש נוטין לדעת הרא"בד **(ר"ת כנ"ל שצ"ל)** ואם הם המעט אבל רוב המורים ס"ל כהרא"בד דאין לו התרה ואפי' תימא דהוי פלוגתא דרבותא לא מפני זה יאמרו שמעון ולוי קים לן כמ"ד דאם התירוהו מותר שהרי כתב הרב מהרש"דם בטור א"ה סי' כ"ד וז"ל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא קי"לן באיסור דאורייתא וכל ספק דאורייתא לחומרא וכ"ש דהוה לן למימר הכי בענין שבועה החמורה אשר נזדעזע עליה העולם ומה גם שהרא"בד הוא המחמיר וכתב הרש"בא בתשובה שאפי' היה דעתו שלהרא"בד להקל בספק אסור תורה היה סומך עליו וכ"ש כשהוא מחמיר שכל ירא וחרד על דבר ד' אין לו לזוז מדברו גם הרב מהר"שך ז"ל כתב בראשונות סי' ס' וז"ל איברא דר"ת סבר דהנשבע לתועלת חברו אם התירוהו ב"ד שלא מדעתו מותר מ"מ אין הכל מודים לסברתו דהא הרא"בד ז"ל ורבוותא אחריני ס"ל שאפי' בדיעבד אם התירוהו אינו מותר ודחי כל ראיות ר"ת ז"ל א"כ בפלוגתא דרבוותא בספק שבועה יש לחוש ולהחמיר וכ"ש דאפי' ר"ת דסבירא ליה שאם התירו לו מותר מ"מ כתב ומ"מ הב"ד או החכם שנזקק לכך ראוי לייסרו שנותן דמי מלחמה בשלום באופן שכל איש אשר בשם ישראל יכנה צריך להרחיק עולה כזו מגבולו ולחוש לחומרת ספק שבועה ע"כל הרי נראה מדברי הני רבוותא דאפי' דבעלמא בפלוגתא דרבוותא אמרינן דהמוחזק יכול לומר קים לי הכא שהוא ספק אסורה דשבועה לאו כל כמניה לומר קים לי וספק שבועה להחמיר דון מנה בנד"ד דאפי' שהתירו לשמעון ולוי שלשת האנשים האלה נאמר להם קיימו שבועתיכו ואי לא צייתי כייפינן להו:

עוד יש חלוק אחר כתבו הרב מהרש"דם ז"ל שם דאם כתב דהתירוהו מותר היינו בנשבע לתועלת מהמשביע בהו לא מיירי ר"ת אבל יודה דאפי' אם התירוהו אינו מותר כדכתב הרב מהרי"קו בשרש נ"ב בשם רא"בד והרש"בא דאפי' אם התירוהו אינו מותר וכן פסק ג"כ הרב מהרש"דם ז"ל וא"כ גם בנד"ד ששמעון ולוי הם מקבלים טובה ג"כ מראובן שמה שהיה מרויח הוא ג"כ היה נותן להם אפי' התירוהו אינו מותר:

וגדולה מזו אני אומר דאפי' תימא דהך פלוגתא דרבוותא הויא ככל פלוגתא דעלמא דמצי מוחזק לומר קים לי והכא נמי יכולין שמעון ולוי לומר קים לן כר"ת דאם התירוהו מותר אפ"ה לא פקע מנייהו חיוב הממון מעליהם אפי' דפקע מהם עונש השבועה דאע"פי

שכתב הריב"ש בתשו' של"ה דהיכא דמדין הקנין אינו חייב להשלים אלא מכח השבועה חייב דאם התירוהו מותר ואינו חייב להשלים אליבא דר"ת איכא למימר דהני מילי היכא דהנשבע בהפטרו מן השבועה זוכה בממון מטעם חד קים לי כפלוני אבל היכא דאחר הפטרו מן השבועה אינו זוכה בממון שבידו אלא בטענת תרי קים לי לא מפטור בכך וכדכתב הרב מהר"שך בתשו' הנ' וז"ל וכל זה, אני אומר אפי' אם מצד חיוב הדין הגמור חייב ראובן הנ' וכופין אותו לשלם לנפתלי הקנס שהתנה עמו והטעם בזה הוא שכיון שראובן אינו יכול לפטור עצמו ומנפתלי אלא בטענת תרי קים לי דהיינו קים לי כהנך רבוותא דסברי דלא סגיא קנין גרידא לקיים קנס השדוכין וקים לן כר"ת דסבר דאם התירוהו מותר ואפי' איכא תרי ספקי דמסייע למוציא מחברו דהיינו נפתלי ובס"ס דממונא אזלינן לחומרא דנתבע ומפקינן ממונא מניה עכ"ד והוא הדין והוא הטעם בנד"ד דכיון דשמעון ולוי אינן יכולין לפטור עצמם מראובן אלא בתרי קים לן קים לן כהרמ"בם דשותפות הריוח שעדיין לא בא לעולם אין שים צד קיום בה ואף שיש שבועה ואמרינן קיים שבועתך קים לן כר"ת שסובר דאם התירוהו מותר ותרי קים לי לא אמרינן וכל זה הוא יתרון דברים דהיינו דוקא אי לא הוה לן אלא טעמא דשבועה אבל כבר קדם לנו כמה טעמים אחרים אם מטעם מנהג ואם מטעם חיוב ואפי' הוה ס"ד שמצד השבועה לא היה זוכה מן הטעמים האחרים הוא זוכה:

נמצא קצרן של דברים בנושא שלנו לפי דעתי ששמעון ולוי חייבים לתת לראובן החלק שקצבו עמו כל זמן שהסוחר השני עדיין הוא בעיר בין מן העבר בין ממה שעתיד לבוא ולא פקע חיובא מניהו אם מכח המנהג ואם מכח החיוב כאשר התבארו פרטי משפטי הטעמים אשר הובאו בקונטריס זה אחד אל אחד והטענות אשר טוענים שמעון ולוי הרוח בא ועוקרתן ואין להם על מה שיסמכו ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת ע הדין ועל האמת כה מעתיר הצעיר יהושע

סימן לח

בע"ה ה' שותפין.

שאלה ראובן ושמעון שותפים בשתי עיירות ראובן בעיר אחת ושמעון בעיר אחרת שהיו שולחים סחורות מעיר זו לעיר זו זה לזה וזה לזה בשם שותפות לימים נפטר ראובן והניח יתומים קטנים והעמידו ב"ד אפטרופא ליתמי ראובן כדת מה לעשות ובא האפטרופוס הנ' אל המקום אשר שם שמעון וטהר עמו חשבון מכל השותפות שהיה לראובן ונפטר עם שמעון וכשטהרו חשבונתיהם נשאר חייב שמעון ליתמי ראובן סך מה מחמת

השותפות הנ' ובא האפטרופוס בברית עם שמעון להתפרע ממנו לזמן מוגבל בפרטיות ונכתב בספר כתוב וחתום כהלכתו דבר החוב שנשאר חייב וסדר פרעונו והזמן אשר גבלו לפרעונו לימים הלך לוי קרובו של שמעון אל המקום אשר שם יתמי ראובן וקם עליו האפטרופוס הנ' וטען על לוי להיותו קרוב של שמעון שבידו נכסי שמעון שיפרע ליתומים הנ' והיה זה בתוך זמן המוגבל בש"ח הנ' וטען לוי כי מעולם לא באו לידו מנכסי קרובו שמעון כלל ועמדו למשפט בפני חכם ב"ד מובהק שבעיר וחייבו ב"ד ללוי שבועה ונשבע בפני ב"ד הנז' שמעולם לא באו לידו מנכסי ראובן כלל ואחר שנפטר בב"ד בשבועתו לא נתרצה האפוטרופוס בזה והוליך ללוי בעש"ג והביאו לידי מאסר ושמו אותו במשמר בית הסוהר וכראות לוי כי יד האפוטרופס תקיפא עליו נתפשר עמו ופרע לו בעד שמעון עתה בא לוי להתפרע משמעון nה שפרע בעבורו ושמעון טוען ואומר מי אמר לך לפרוע בעדי כלום הרשתיך על זאת אתה הפסדת את עצמך שאלו היו באים אצלי היית בא עמו בחשבון והייתי מראה לאפוטרופוס שהוא חייב לי ואני איני חייב לו כלום יורנו מורינו חמורה לצדקה את דבר הדין ופריו בעט ברזל וציפורן שמיר ושכרו יהיה כפול ומכופל מן השמים:

תשובה זו אינה צריכה לפנים דהא איפסיקא הלכתא בשלהי כתובות (דף ק"ט) כחנן שאמר דמי שהלך למ"ה ועמד חברו ופרנס את אשתו דאבד מעותיו ופיר"שי דבכל חוב איירי וכן כתב הרמ"בם בפ"כו דה' מלוה וכן הוא דעת הר"יף וריי"בא וטעמהו מדמקשי בגמ' מפורע חוב של חברו ושוקל את שקלו ומשני הא מני חנן היא ותו דאיתמר בירוש' הפורע חובו של חברו פלוגתא דחנן ובני כהנים גדולים וכיון דבפלוגתא דחנן ובני כ"ג איפסקא הלכה כחנן בפורע חובו של חברו הלכה כותיה ומי שפרע הניח מעותיו על קרן הצבי. ואע"גב שהטור כתב אבל ר"ת פירש דלא איירי אלא בפורע חוב אשתו אבל בשאר חובות חייב לשלם וכן היא מסקנת א"א הר"אש ז"ל כיון דהלוה מוחזק מצי אמר קים לי כרבוותא דסברי דפטור וכ"ש כי הם הרבים וכמו שכתב הרב מה"רר דוד ן' נעמאס ז"ל בתשו' הובאה בתוך תשובת הרב מה"רא ששון ז"ל סי' ע"ה בענין זה:

ותו דאכתי לא אתבררא לן דהר"אש ס"ל כר"ת כדכתב הרב ב"י ותמה על הטור שכתב כן מדחזינן ליה להר"אש דבפ' אין בין המודר כתב פי' רש"י ובפ' בתרא דכתובה על ההיא דאמרינן ב' דברים שא' חנן הלכה כמותו כתב נמי הר"אש ז"ל. דאף כיוצא בו בשאר חובות הלכה כמותו ע"כ:

ובהדיא נמי בתשו' כלל ע"ב סי' ה' וז"ל דהא דאמרינן הפורע חובו של חברו הפסיד. מעותיו היינו היכא דמדעתו קם ופרע אבל היכא דמתחלה נעשו אחראין וערבאין אין

כאן מבריח ארי וצריך חברו לפרוע חלקו ואי ס"ל להר"אש כדעת ר"ת אמאי לא קאמר דההיא לאו בפורע חוב איתמר אלא בפורע מזונות אשתו אבל מדהוקשה לו מהפורע חובו של חברו ולא הזכיר בו דעת ר"ת שמע מנה דלא סבר כותיה וא"כ השתא נשאר ר"ת יחיד בדעה זו ודעתו בטלה אצל כל הפוסקים ומה גם דהירוש' וסתמא דתלמודא משמע דלא כותיה עם שכבר יישבו סתמא דתלמודא דידן בתוס' דפ"ב דייני גזרות עכ"ז הירוש' נראה הפך דעתו וצריך ישוב. ועוד דאפשר דר"ת ומאן דעמיה יודו בנד"ד דפטור דעד כאן לא קאמרי דחייב אלא בפורע חובו של חברו מדעתו בלא שום כפיה וטעמא משום שלא תנעול דלת גומלי חסדים בפני לוין דאלו את פוטרו לא ימצא מי שיגמול חסד לחברו אבל כשנתפס בעד חברו בחזקה אפי' תימא דפטור מאי נעילת דלת איכא והלא ע"כ שלא בטובתו פרע וכמו שכתב הרב בעל מאירת עינים בסי' קכ"ח וז"ל נראה דאפי' החולקים על רש"י דס"ל דבכל חוב זולת מזונות אשתו חייב לשלם ולפרוע לו מודים היכא דנתפס דדוקא שם דמיירי שפרע לו מדעתו וגומל חסד עמו חייבוהו חז"ל לפרוע כדי שלא תנעול דלת בפני ג"ח מש"אכ כשנתפס שלא פרעו מדעתו אלא הוצרך לפרעו בע"כ משום דנתפס עליה עכ"ל הרי דאפי' ר"ת יודה בנד"ד כיון שהביאו במשמר והושם בית הסוהר דפטור מלפרוע ונמצא נדון זה דאליבא דכ"ע פטור:

וכבר ראיתי לרב הרד"נח הנ' ז"ל שכתב באותה תשובה וז"ל ואין לומר שיש חלוק בין פורע חובו של חברו מרצונו לפורע בע"כ דבפורע מרצונו הוא דס"ל לר"ת דחייב לשלם אבל כשנתפש בעד חברו בע"כ הוא פטור דאדרבא איפכא מסתברא שהפורע מרצונו לא יפרע חברו שאפשר שפרע משום מחילה וע"מ שלא יתבענו והפורע בע"כ דליכא למימר משום מחילה פורע יהיה חברו מחויב לשלם לו מה שפרע בעדו ועוד דכשפורע בשלא משכנוהו בעד חברו איכא למימר מפייס הוינא ומחיל ליה אבל כשפורע בע"כ שמשכנוהו ע"כ דלא מצית מימר כך חייב חברו לשלם וא"כ תקשי לטור איך כתב דין זה בלא חלוק דנ"ל דס"ל כשאר הפוסקים שהפורע חובו של חברו פטור מלשלם ע"כ ואחר המחילה מעפרות רגביו איך נאמר כן מסברא בלתי ראיה כדי להעמיד שני קושית על הטור אחת דאיך כתב הא במשכנו בלי חולק ותו דנראה הפך דעת אביו ז"ל אדרבה יותר צודק לומר כפירוש בעל מ"ע דיש הפרש מפורע מרצונו לפורע בעל כרחו דבהכי ניחא מה שכתב זה בלי חולק דבהא מודו ר"ת והר"אש והוא אליבא דכ"ע וגם לפי זה אינו הפך אביו דאביו לא דבר בזה ואי משום מה דיהיב טעמא דפורע בלא משכנוהו איכא למימר מפייס הוינא ומחיל לי אבל כשפורע בע"כ דלא מצי למימר חייב חברו לשלם הא נמי תיובתא לא חזינא דאפשר דלשון מפייס יש לפרשו אי הוא דוחק לי הייתי

מפייסו וכדכתב הר"ן בהלכות וז"ל הירוש' אין כשטת גמרתנו ואפ"ה ילפינן מנה דחנן אפי' במלוה שיש עליה משכון דכיון דבירוש' אמרי בפשיטות כן ובתלמוד דידן לא מצינן איפכא הכי עבדינן ואמרינן בירוש' שאפי' כשהמלוה דוחקו עד שמראה שאין דעתו קרובה אצלו למחול את חובו אפ"ה פטור שאמור נשמענה מן הדא ושוקל את שקלו ואם אינו שוקל הרי ממשכנין אותו הדא אמרה אפי' בבעל חוב שהוא דוחק ע"כ א"כ נתבאר דאפי' במשכנו ובדוחק דמראה דלא היה מוחל אפשר מימר ליה מפייס הוינא ומחיל ולפי זה ממילא איתותב טעמא דהרב הנ' שכתב כשפורע ע"כ שמשכונוהו לא מצית מימר כך וא"כ כיון דבפירוש שפי' בעל מאירת עינים נתישבו דברי הטור ולא אתו היפך אביו הכי מפרשינן:

איברא דאעקרא דדינא יש להתישב איך כתב הטור אחר שכתב דברי ר"ת וכן היא מסקנת אבי הר"אש ז"ל והלא בפ' אין בין המודר ובפ' בתרא דכתובות במ"ש שני דברים שאמר חנן הלכה כמותו כתב בהדיא כפי' רש"י כמו שהקשה הרב ב"י וגם בכלל ע"ב סי' ה' נראה בהדיא דס"ל להר"אש דפורע חובו של חברו אבד מעותיו כרש"י ודלא כר"ת כמו שהזכרנו ראיתי לרב בעל ב"ח שרצה לחלק בזה בין כשהחוב בשטר לשאין החוב בשטר דלא תקשה להר"אש אהר"אש עצמו וגם דהכא נאמר בלשון פסק והכא בלשון פירוש כדאזיל ומפרש התם וזה נעלם מן העין. ולרב מה"רר דוד נח' ראיתי שרצה לתרץ זה בהגיה הלשון ולומר דוכן היא מסקנת א"א הר"אש צריך להסמיכו אחר מה שכתב וכ"כ הרמ"בם ומלבד שקשה להגיה הספרים יקשה עוד דבטור י"ד נמי כתב ומסקנת א"א הוא כר"ת בהדיא וא"כ גם שם צריך להגיה וזה קשה עד מאד וכבר עמד הרב מה"רא ששון על זה:

ועוד אחרת איכא למידק על הטור דאיך אפשר לומר דהר"אש אפי' באותו ענין ס"ל כר"ת והלא מייתי הירוש' דרי"בל אמר אין לך אדם שנתפס על חברו וחייב ליתן לו אלא ארנון וגולגולת רב אמר כל הנתפס על חברו חייב ליתן לו וקאמר התם הר"אש והלכתא כרי"בל ולא כרב ואי סבירא ליה להר"אש דבשאר חובות חייב ליתן לו כר"ת איך אמר דאין אדם נתפס על חברו וחייב ליתן לו והא איכא פורע חובו של חברו ומיהו לתרץ זה אפשר לומר דהוה מצינן מימר דלעולם דפורע חובו של חברו בלא תפיסה אלא מעצמו ס"ל כר"ת וטעמא שלא תנעל דלת כדכתיבנא בשם מ"ע אבל בנתפס והוא בע"כ דלא שייך טעמא דנעילת דלת סבר הרי"בל דאינו חייב ליתן לו וכענין שחלק הרב בעל מ"ע וזהו שהרב מהרר' דוד נח' ז"ל הקשה על ר"ת היאך יחלוק על הירושלמי דאמר דאין אדם נתפס על חברו אלא בארנון וגלגולות ודוחק לומר דאתי כרב והניחו בצ"ע והיינו

טעמא דהניחו בצ"ע מפני דאזיל לשטתו דיותר סברא לומר שהפורע מרצונו לא יפרע לו חברו דאפשר דמשום מחילה פרע מש"אכ בפורע בע"כ דליכא למימר הכי ומשום הא לא מצי לחלוק מה שחנו דבנתפס שאני דליכא נעילת דלת אבל לדידן דנהירא לן טעמא דהרב בע"מע אתי שפיר כמו שהוכחנו אלא דעדין נשאר לנו לפרש איך הטור כתב דזו היא מסקנת אביו:

בין כך ובין כך נמצינו למדין דלרובא דרבוותא רוב בנין ורוב מנין פורע חובו של חברו אבד מעותיו ולדעת האחרונים הר"אש נמי סבר כותיהו ובפרט לדעת מה"רי קארו ז"ל בב"י ובבדק הבית כתב וז"ל ולענין הלכה כיון שהר"יף והרמ"בם מסכימים לדברי רש"י ור"יבא הכי נקיטינן כל שכן שהר"אש כן דעתו לפי האמת ע"כ וכן פסק בחבורו הקצר ואחר שכן בנד"ד שפרע לאפוטרופוס בעד שמעון הניח מעותיו על קרן הצבי וזהו אפי' שהיה מודה החוב דהוה מצי ממר אפי' בנתפס מפייסנא ליה ומחיל לי כדכתבינן ואת הפסדת עצמך לפרוע בעדי וכ"ש בענין כזה שאומר לו אם הייתי בא בחשבון עמו הייתי מראה לו שהוא חייב לי ואת שנתפסת בעלילה נתפסת ומזלך גרם וכן כתב ה"רן בנדרים וקימא לן כחנן הילכך פורע חובו של חברו הניח מעותיו על קרן הצבי ואפי' בב"ח דוחק וכן כתב הרב מהרש"דם בטור ח"מ סי' שפ"ח וז"ל קימא לן הפורע חיב של חברו אין חברו צריך לשלם ורוב הפוסקים רוב בנין ורוב מנין הסכימו בדכל חוב איירי ואפי' בדלא כר"ת דבשאר חוב חייב לשלם אלא רובם הסכימו דבכל חוב איירי ואפי' על משכון ע"כ וכ"כ בתשו' סי' קכ"ו והביא גם תשו' מריק"ש וז"ל פסק רי"אז אם ראובן חייב למלוה גוי או ישראל והלך אותו מלוה ותפס את שמעון שהיה בן עירו של ראובן ונתפשר עמו שמעון בממון אין ראובן חייב לשמעון כלום וכן פסק רבינו שמחה ורי"בא ונראה שכן דעת הרמ"בם ע"כ הרי דאפי' בנתפס פסקו דהניח מעותיו על קרן הצבי ואבד מעותיו וזה פשוט אצל כל הפוסקים ראשונים ואחרונים ואפי' דנניח דר"ת ור"ח והר"אש סברי בהיפך מצי המוחזק לומר קים לי כמאן דפליגי עליהו ובפרט שהם רובא דמנכר וכ"ש דכבר הוכחנו דבנתפס אפי' ר"ת יודה כדכתב הרב בע"מע וזה ברור וליכא לספוקי דכיון דטעמא דירוש' הוא דמצי ממר מפייסנא ליה ומחיל לי א"כ הכא בנד"ד דהוא נדון של יתומים בטל טעם זה דיתומים קטנים לאו בני מחילה נינהו ואפוטרופוס אינו יכול למחול וכענין שנסתפק בו הרב מהרד"נח ז"ל בענין הקדש עניים דמאן מחיל ומאן מפייס דבשלמא התם ליכא מאן דמחיל ואיכא לספוקי בהא דהוא הקדש העניים ברם הכא נהי דהשתא לא מצי מחיל אבל מצי מימר מפייסני ליה לאפוטרופוס ודחי כוליה לשעתיה ולכי גדלי יתמי מפייסנא להו ומחלו לי ואיכא צד לומר דיצוייר מחילה לזמן אמנם

הדחיה שדחה הוא ז"ל לדידיה שאין לספק ולפקפק זה שהרי הירושלמי כתב שאפי' בב"ח שהוא דוחק ופורע חברו בעדו שהוא פטור ע"כ בעיני יפלא ואיכא דחיה דבשלמא התם בב"ח דוחק ופרע בעד חברו הוא פטור משום דיש בו צד אפשרות למחול אלא שמראה שאין דעתי קרובה למחול ואפ"ה מצי מימר מפייסנא ליה ומחיל אבל בהקדש עניים מאן מחיל ומאן מפייס הא ליכא צד אפשרות למחול ע"כ מאי דחיה היא זו דמה ענין לזה אצל זה ובנד"ד אין אנו צריכין לכל זה דיש צד אפשרות למחול כדכתבינא: הכלל העולה שאפי' יצוייר שהחוב שחייב שמעון ליתומים הוא אמתי ונכון וקיים ופרע לוי בעדו לאפוטרופוס אפי' ע"י כפיה היה פטור שמעון לפרוע ללוי מטעמי דכתיבנא כ"ש וק"ו דאין שמעון מודה בחוב ואומר שיש לו טענות להפטר דבהא לית דין ולית דיין שאמר שפרע לו ואיהו דאפסיד אנפשיה לפרוע ומזלו גרם. והנלע"ד כתבתי אני הצעיר יהושע רפאל בכמה"ר ישראל בנבנשתי זלה"ד.

סימן לט

שאלה ראובן שלח סחורות ידועות לשמעון שימכרם בעדו ובשמו בתורת פאתורייאה ובכל כתב שהיה שולח לו היה מזהירו שישתדל למכור הסחורת ההם כפי אשר ימכרו הסוחרים לשעה הסחורות ההם וממעותיו בפרע לכל כתבי חילוף שהיה שולח לו ראובן הנז' לזמן מוגבל ידוע ביניהם והשיב לו שמעון בכתב ואמר ואם באולי לא ימכרו הסחורות ההם לזמן המוגבל לפרעון הכתבי חילוף מה יעשה שהיה מוכרח לקחת אותם בקאמבייו והשיב לו ראובן על זה ואמר אם יארע שלא ימכרו הסחורות לזמן המוגבל לפרעון הכתבי חילוף הנז' יקח מעות בקאמב"ייו לזמן מועט ויפרע הכתבי חילוף הנז' אך בזאת שישתדל בכל עוז למכור הסחורות הנז' בכל מה שימצא לו ולא יביא את עצמו לקחת מעות בקאמבייוש כה משפט ראובן כל הימים בכל פעם שהיה כותב לו היה מזהירו על הדבר הזה ועל סדר זה היה מתמיד ראובן ושולח סחורות עם כתבי חילוף שיעשה עליהם הסדר הנז' ושמעון הנז' לא הטה אזן למאמר ראובן ושינה מדעתו ועכב הסחורות בידו ולא מכרן ולקח בקאמבייוש כל המעות המצטרכות לפרעון הכתבי חילוף ויצא ידי חובת כולם ושלח כתב אויזו לראובן להראות לו חבה יתירה כי אהבת נפש אהבו ומבקש הנאתו ועל זה לא היה רוצה למכור סחורותיו בזול ולמען עשות טובה עמו היה מעכב הסחורות בידו בהבטחה שעם הזמן ימכרו ביוקר וראובן היה רואה בעינו שכל הסחורים ששלחו סחורותיהם עם סחורותיו בזמן אחד כלם מכרו ושמעון זה לא היה מוכר והיה משדלו בדברים טובים ומרמהו בהבטחות מזייפות ולא היה יורד ראובן

לסוף דעתו של שמעון ולא היה יודע מה היה בלבו ויהי היום וישלח ראובן לשלוחו לוי ויצו אליו לאמר שימכור הסחורות מיד כאשר ימצא וישתדל לפרוע הקאמבייוש תכף ומיד יען ההנאה שימשך בהמתנת זמ' כדי למכרן ביוקר היה יוצא שכרו בהפסדו כי במה שבין היה עולה הקאמ"בייוש למעלה עקרבים וכתב ראובן לשמעון ואמר שמיד בהגיע שלוחו לוי שם שימסור בידו הסחורות שימכרם על ידו ויתפרע שמעון מכל הקאמ"בייוש והשאר ימסרנו ביד לוי וכששמע שמעון שראובן היה שולח ללוי למכור הסחורות כנז' כתב לו ואמר כבר נמכרו כל סחורותיך כלם או רובם וכשראה ראובן שהמכירה שמכר שמעון היה יותר בזול ממה שהיה נמכר לימים שעברו ונמצא עכובו לרעה ולא לטובה צעק חמס ואמר אוי לי שחרב את ביתי ושרף את היכלי והוכרח במעשיו ראובן לצאת ממקומו ובא עד מקום מושב שמעון להתוכח עמו וממרירות לבו בקנאתו כאש עברתו דבר אליו קשות ואמר מה היה לך למכור סחורותי קודם הגעת שלוחי שם מאחר שכבר קבלת כתב ידי שהייתי שולח ללוי שם כדי למכור סחורותי על ידו היה לך להמתין עד שיגיע שם לוי ואם פחתו פחתו לי ואם הוסיפו הוסיפו לי אלא ודאי נראים הדברים כי מתחילה בעלילה באת אלי ובקרבך שמת ארבך והיית מרמה אותי במשאות שוא ומדוחים בדברים מראים תומה ואהבה ותחתיהם ערמה ואיבה היית אומר שהסחורות אינם נמכרות והיית מוכרח לקחת מעות בקאמ"בייו לפרוע הכתבי חילוף שלי ושכונתך רצויה לעשות טובה עמי בהמתנת זמן כדי שימכרו הסחורות ביוקר וכיוצא בדברים אלו ונהפוך הוא כי מעולם לא היתה כוונתך לשם שמים וטינא היתה בלבך ולהנאתך ולטובתך נתכוונת להוציא מעותיך ברבית בשם קאמ"בייו אשר לא כדת ולעכב כל סחורתי בידך ופשעת בי כמה פשיעות א' שעכבת סחורתי בידך ולא מכרת אותם בזמן שהיו מצויין להמכר ביתר שאת מהסך שמכרת אח"כ ורעה עוד מזאת שהארכת הזמן הרבה בהמשכת רבית עד שעלה הסך למעלה ראש ונוסף גם הוא שבר על שבר כי אתה מחשב עלי כמה קאמ"בייוש באמרך שכך פרעת בעדי וזה שוא ודבר כזב שמעולם לא לקחת שום מעות ברבית כי כל מה שפרעת בעדי לכתבי החילוף ממעותיך היית פרעם וזאת היתה כונתך מתחילה והתלת בי ותלית מעותיך בגוי עתה יורנו מורנו המורה לצדקה אם יכול ראובן בדין התורה להוציא משמעון כל הנזק שגרם לו בהעכב הסחורות בידו ולא מכרם מיד ועבר על צווי ראובן שהיה מתרה בו בכל פעם ושולח לו לאמר שימכרם בכל מה שימצא ונמצא שמעון זה משנה מדעת בעלים וידו על התחתונה עוד יורנו המורה אם יעלה בדין שראובן יפרע לשמעון הקאמ"ביוש שטוען שמעון שפרע בעדו מאחר שהמעות היו של שמעון כפי טענת ראובן הנז' ואם שמעון יכחישנו ויטעון

שהמעות לא היו שלו אלא לקחם מגוי ברבית כפי מה שסדר לו ראובן הנה תשובתו בצדו שטוען ראובן שיוציא שמעון כל פנקסיו הכתובים בהם כל משא ומתן שלו בסדר א' ב' ג' פנקסים כי כן מנהג כל סוחרי ויניציא אשר כותבים בכל יום כל משא ומתן שעושים או מעות שלוקחים בקאמבייוש את הכל כותבים בבירור בפנקסיהם בנוסח זה ביום פ' כך ימים בחדש פ' של שנה פ' עשיתי כך וכך או לקחתי מעות מפ' פ' ואם ימצא כתוב בפנקסי שמעון שלקח מעות מגוי פ' לחשבון ראובן בקאמבייוש ישבע לו שמעון שלא עשה לו קנוניא שהיו שלו ותלה מעותיו בשם גוי פ' רק שהוא אמת שלקחם מגוי לחשבון ראובן וגם יכלול בשבועתו אם ביום עצמו שהיה לוקח המעות בקאמ"בייוש היה כותבם מיד בפנקס ואז יפרע לו ראובן הקאמבייו יען פיו הרשיעו שסדר לו שיקח בקאמבייו בעדו לפרוע כתבי חלופיו על כל הפרשים הנז' יבא דברו הטור באר הטב ויורנו הדין עם מי ושכמ"ה

תשובה כל שהשליח משנה מדעת משלחו איזה דבר ואפי' כל שהוא פקע תורת שליחות מניה וכדכתב הרב מה"רי קילון בשרש ששי היכא שהשליח משנה מדעת המשלח בטל השליחות מכל וכל וכן בשרש כ"ז כתב וז"ל הרי לך דבשנוי כל שהוא פקע תורת שליחות מהשליח ע"כ וכיון דפקע מניה תורת שליחות כל הפח"ת ומגרעת אשר יקרה באותו השליחות נמשך מחמת אותו השנוי עלי דידיה דשליח הוי דכיון דאתפסל משליחות הסחורה ההיא היא לאחריותו וכדכתב הרב מוהר"ד ן' זמרא ז"ל וז"ל בתשו' דבר ברור כי משעה ששנה שמעון בשליחותו נתבטל השליחות ושוב אינו שלוחו של ראובן ודמי סחורתו היו חייב לו קבע שהרי הסחורה הזאת היא לאחריות שמעון ויד ראובן על העליונה ע"כ וכ"כ הרב הרמבי"ט ז"ל סי' קע"ט ח"א ולעולם הוי פחת לשליח כיון ששנה ע"ש והיינו ברייתא דפ' הגוזל קמא (דף) דתניא הנותן מעות לשלוחו ליקח חטים ולקח בהם שעורים שעורים ולקח בהם חטים אם פחתי פחתו לו דאע"גב דבענין אונסין יש בזה פלוגתא דרבותא מהם סוברים שאם נאבדו ונאנסו אינו חייב השליח והאי פחתו דברייתא אדמים קאמר מ"מ לענין יוקרא וזולא כ"ע מודו שיד המשלח על העליונה שהרי הרשב"א שהוא ראש החולקים בזה כתב בחדושיו פ' הגוזל עצים וז"ל מאי דקתני בבריתא אם פחתי פחתו לו היינו דוקא לענין פחת דמים אמנם לענין אונסים ברשות משלח קיימי וההפסד דאונסין הוי למשלח עכ"ל גם הרמ"בם אפי' תימא שהוא נוטה לדעת הרשב"א בענין אונסין כמו שרצו לומר קצת מהפוסקים האחרונים הרי כתב בפ"א דה' שלוחין אם פחתו דמי זה שלקח פחתו לשליח מפני שהוא משנה וזו היא

דרך ישרה מכל הפוסקים דאפי' מאן דסבר דבאונסין ברשות המשלח קיימי מ"מ בפחת דמים ההפסד לשליח כיון דשנה ואפי' בכל שהוא:

וכבר נמשכה מחלוקת זו בגדולי האחרונים קרוב לזמנינו זה שנחלוק בזה הלכה למעשה ה"ה הרב מוה"ר אברהם מונסון ומה"ר שלמה גאביזין ז"ל שמה"ר א ז"ל מחייב השליח ששנה אפי' באונסין והמה"ש גאביזין פוטרו מאונסין והרב מהר"שך ז"ל מכריע כדברי מה"ר מונסין כמו שכתב בתשובותיו ח"ג ומ"מ יד כלם שוה דבפחת דמים לעולם ההפסד על השליח ששנה כמו שתראה שם ואין צורך כאן להאריך אפס קצהו נראה הרב מהר"שך ז"ל שם וז"ל ועוד אני מוסיף לומר דאפי' אם נניח כסברת הרשב"א כפי מה שיראה מדבריו דשליח ששנה וקנה סחורה שלא הרשהו המשלח לקנותה וא"פה קאי ברשות המשלח לענין אונסין והפסד דאונסין הוא למשלח איכא לפלוגי טובא מ"מש הרשב"א שם לעובדא דנד"ד דבאונס כה"ג דנ"ד אפי' הרשב"א יודה שיש לחייב לשליח ששנה דדוקא היכא שצוהו המשלח לקנות חטים וקנה שעורים ולא עשה בהן שום מעשה אחר ונאנסו אז שם במקום שקנאם יסבור הרשב"א לפטור את השליח כיון שלא עשה השליח שום מעשה אחר אמנם בנד"ד שזה הפאטור קנה סחורה שלא הרשה המשלח ושם אותה הסחורה במקום דשכיח הזיקא דהיינו ששלחו דרך ים ודאי כי האי גונא ראוי לחייב לפא"טור דאע"ג דנימא דס"ל להרשב"א דלא אמרינן שליח ששנה וקנה סחורה שלא הורשה מהמשלח לקנותה כי ברשות השליח קאי לענין הפסד דזילא ויוקרא או דאונסין אע"פי שהאמת יראה שהיא סברא נכונה ויש להפלא על הרשב"א במה שיראה שחולק על זאת הסברא מ"מ יראה דלא יחלוק אלא דוקא כשאירע האונס באותו מקום שקנה הסחורה שלא הורשה עליה אבל כל שנאנסו מחמת ששלחה ממקום למקום כיון ששנה שקנה סחורה שלא הרשוהו לקנות ושלחה דרך ים שמחמת כן אירע אונס שאירע יש לחייבו אפי' לסברת הרשב"א וכו' עד ורואה אני שזה החלוק הוא אמתי ונכון עכ"ד וראיתי לרב אחרון הוא מה"רר יעקב הלוי ז"ל בתשו' סי' ע"ו אחר, שהביא לשון הרב מוהר"שך ז"ל כתב וז"ל לאחר המחילה אלף פעמים איני רואה שום חלוק כאן שהרי הנדון ההיא היה שהמשלח צוהו לקנות לו כ"ב ראז"וש וישלחם דרך ים עם המעבר הראשון וכמו שהזכיר שם הרב עצמו וז"ל ודאי שליח ששנה משליחותו כעובדא דנד"ד דהיינו שצוהו המשלח לקנות סחורה אחת כמו שצוהו לקנות ראזוש ושישלחם לו דרך ים במעבר הראש"ן וקנה סחורה אחרת ושלחה וכו' וא"כ איך יצדק החלוק שרצה לחלק מההיא דהרשב"א שלמפרע מה ששלח הסחורה במקום דשכיח הזיקא דהיינו ששלחו דרך ים שמר את מצותו של המשלח ועשה כרצונו שהרי המשלח צוהו בכך

ובשלמא אם היה שולחם עם מעבר אחר שלא היה הראשון אז ודאי שיש מקום לחלק יען היו כאן שני שנוים אחד שקנה סחורה אשר לא צוהו ושנית לשלחה במעבר אשר לא צוהו אמנם בנדון ההוא לא שנה רק בדבר אחד שקנה לו סחורה אשר לא נוהו וכו' וכו' וזה נראה ברור לע"ד וא"כ אין מקום כלל לחלוק ההיא שכתב מוהר"שך ז"ל עכ"ל ובאמת עיני כל חכם לב ישפוטו כי כל עצמו של מהר"י הלוי ה"ה להשיג על הרב מוהר"שך לומר שאין טעם בחלוק ההיא הוא מפני שהוא מבין כי כונת הרב מהר"שך בחלוקו הוא לחלק בין שנוי אחד לשני שנויים ולהכי קאמר דלא עשה אלא שנוי אחד כדמפ' ואזיל ובמחילה מכ"ת לא דק דעיקר הטעם בחלוקו של מהר"שך הוא תלוי אם האונס בא מחמת הפשיעה אם לאו ולהכי קאמר דכשצוהו לקנות חטים וקנה שעורים ונאנסו במקום ההיא אין האונס בא מחמת הפשיעה דאפי' היה קינה חטים והיה שם אותם במקום ההוא היו נאנסים אבל בנדון ההוא ששנה מדעת המשלח שצוה לקנות לו ראזוש והוא קנה סחורה אחרת שאם היה ממתין לקנות ראזוש כמצות משלחו לא היה טוען בספינה הג' שלא היה נמצאים בעת ובעונה ההיא ואפשר שלא היו נאנסים אבל עכשו ששנה מדעת המשלח ולא המתין לרא"זוש וקנה סחורה אחרת ולסבת שקנה אותה טען אותה בספינה הנ' אע"פי ששלח לו במעבר הראשון כמצותו הרי בא האונס מחמת הפשיעה שאם לא היה פושע לקנות בסחורה ההיא אלא היה ממתין לא היה טוען כלום בספינה הנ' ואפשר שלא יארע אונס וא"כ כיון שהוא אונס נמשך מחמת פשיעה חייב וזהו שכתב הר"שך ז"ל אבל כל שנאנסו מחמת ששלחה ממקום למקום כיון ששנה וקנה סחורה שלא הרשוהו לקנות ושלחה דרך ים מחמת כן אירע האונס שאירע יש לחייבו אפי' לסברת הרש"בא ע"כ הרי שני פעמים הזכיר מלת מחמת לו' דעל שהיה האונס מחמת פשיעה חייבו כאמור דאלו היה משום ארי שנויים כדסובר מהר"יל ז"ל היה לו לפרש מנין השנויים ואינו כך אלא דטעמיה הוא משום אונס מחמת פשיעה שרצה להסביר דבריו לרוחא דמלתא ולא ידעתי מה יענו שפתו במה שכתב הרב מהר"שך אחר החלוק ההוא וז"ל ולזה יועיל מה שכתבתי אז פסק ששלחתי להחכם הנז' שיש בחייב את השליח מטעם שהאונס הנ' בא מחמת הפשיעה שבזה הטעם יש לחייב אפי' לסברת הרש"בא ז"ל דכיון דאם לא היה קונה ושולח הסחורה ששלח אשר נאבדה נמצא שבא האונס מחמת הפשיעה וגם מה שכתב במקום דשכיח היזקא לאו לממרא ששנה בזה מדעת משלחו כיון ששנויו מדעת לקנות הסחורה ההיא גרמה לו לשלחה דאל"כ היה ממאן ושמא לא תר"ע יקרנו אונס והשנוי גרם לשלחה במקום שברי הזקו אע"פ שעשה מצותו הרי בא אונס מחמת פשיעה וחייב זהו פירוש כללות דברי הרב

מהרש"ך ובזה נקי הוא מתמיהתו ואפי' ריח קושיא לא עדת ביה ונמצינו למדין לפי זה מה שהצענו במה שקדם דאפי' הסוברים דשליח ששנה מדעת המשלח כל אונס שיקרה הוא על המשלח אפ"ה בפחת וגרעון הדמים סוברים דעליה דשליח הדר וא"כ בנד"ד בם יתברר שהפא"טור הזה שינה מדעתו ועכב הסחורות ולא מכרן כשמכרו אחרים כמו שצוה לו ראובן משלחו ופרע קאמ"ביוש והאי ששמעון חייב לפרוע ההמסדת הנזק אשר גרם בהעכבתו הסחורות ולא מבעיא אם הפאטור שמעון זה עשה בערמה ובעת בא העכבה זו כמו שכתוב בשאלה הוא דחייב אלא אפי' נחזיקהו בחזקת תם ושלא עבר עליו רוח רמאות אלא לטובת ראובן נתכוין כמו שהיה כותב לו לראובן אפ"ה חייב כיון ששנה מדעת המשלח וכמו שכתב הרב מהר"שך ח"ג סי' ס"ד וז"ל עוד טעם יש להפטר אפי' אם נאמין לדבריו שלטובת ראובן נתכוון כמו שטוען עכ"ז כיון ששנה השליח מדעת המשלח קי"ל שהדבר תלוי ועומד אי יבוא לידי גמר טוב יזכה המשלח ואם יארע הפסד בשווי הדמים מה מקום יש לשיהיה הפסד על הבעלים כיון ששנה הפאטור מדעת המשלח הסחורה קאי ברשותיה ואם הפסיד איזה הפסד עליה דשליח הדר ואין צורך להאריך בזה עכ"ל והכא נמי בנד"ד אפי' ששמעון יטעון שלטובה נתכון מ"מ חייב בהפסד כיון ששנה. ואפי' תימא דכיון שהודיעו למשלח ונתרצה במה שכתב לו כתב אביזו ונתרצה ראובן כמו שכתוב בשאלה א"כ לאו משנה הוא זה מ"מ איכא שינוי אחר והוא מה שמכר הסחורה קודם בוא לוי שלוחו של ראובן אחר שכתב לו ראובן שימסור הסחורות ביד לוי והוא לא עשה כן אלא אחר שראה הכתב לא הטה אוזן ומכר הסחורות שכן כתוב בלשון השואל וכתב ראובן לשמעון שימסור הסחורות ביד לוי וכששמע שמעון וכו' דמשמע דאחר שידע ושמע שמעון שראובן אומר שימסור סחורותיו ללוי מכרן ואין לך משנה מדעת המשלח יותר מזה חייב באופן דבין הכי ובין הכי פאטור זה שנה מדעת המשלח יהיה מזה הצד או מצד זה משנה הוא וחייב. וכל שכן אם המעות שאומר שלקח בקמבייו הם משל הפאטור עצמו כמו שטוען ראובן דאז ודאי חייב לכ"ע וכמו שכתב הרב מהרש"דם בתשו' כתבה הרב מה"רא מונסין ז"ל בתשובותיו הנדפסת בתוך תשובות מהר"שך על ראובן ששלח לפאטור שלו שיקנה בעדו כל כך בגדים ושמעון הפאטור לקח בגדים שלו ושלח לו ונאבדו וז"ל תשובתו הדבר פשוט שהדין עם ראובן שהרי כתבו הפוסקים שכל שליח ששנה מדעת המשלח בדבר דאיכא קפידא כל דהו לא הוי שליח וכבר האריך בזה מהררי"ק ז"ל שרש י' וגם בשרש ז"ך ומטעם זה איני מאריך רק לשון קצר שכתב בשרש כ"ז והרי לך דבשנוי כל דהו פקע תורת שליחות מניה ואין לך שנוי גדול מזה דודאי דברים של טעם הם דברי ראובן שאם היה קונה מאחר היה מדקדק שהרי

כתב הרמב"ם והביאו הטור ח"מ סי' קפ"ה הסרסור שליח הוא כמו שכתבתי למעלה עד שמעינן ממה שכתבתי שדין הסרסור ודין השליח אחד הוא וכו' א"כ הוא הדין והוא הטעם בנד"ד כיון דשמעון שליח מראובן וידו כידו לא יצאה הסחורה מיד מוכר לקונה דבשלמא אם שמעון היה קונה מאחר אז ודאי קונה ראובן דיד שליח כיד בעל הבית אבל השתא בעינא דעת מקנה וליכא וזה ברור לע"ד עכ"ל גם הרב מהר"י חדרבי ז"ל בתשו' סי' רס"ח כתב וז"ל אבל מה שבא בשאלה שמעט הקאמנייו יהודה עצמו נתנם מדידיה צריך לדקדק מאן שם ליה הריוח של קאמבייו שיהיה לה' למאה דהא קימא לן שאין השליח יכול לקנות שום דבר לעצמו כההיא דאמרינן בכתובות פ' אלמנה (דף ק"נ) בההיא גברא דאפקידו גביה כיסתא דיתמי וכו' ואמר רב אסי מאן שם לך וכתב הר"ן בהלכות וגם הרא"בד הביאו הטור ח"מ סי' קפ"ה מהא שמעינן שאין השליח יכול לקנות אפי' באותם דמים שהרשהו המשלח למכרו לפי שכיון שהוא שליח הרי הוא כיד הבעלים ולפיכך אינו יכול להקנות לעצמו שאין המכר אלא הוצאה מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהרי במקום בעלים עומד אף בנד"ד כיון שהיו המעות ביד יהודה מי הקנה לו אותם המעות וכו' דפשיטא דיהודה אינו יכול לשום לעצמו עכ"ל. נראה מדברי הני תרי אשלי רברבי דכל שהשליח מוכר או קונה לעצמו מנכסי המשלח בלתי ידיעתו נקרא משנה מדעת הבעלים דמאן שם ליה וכל גרעון והפסד אשר יקרה בשנוי ההוא עליה דידיה הדר ואע"ג דהרב מהר"י אדרבי מסיים שם לשונו לאו כל כמיניה לשום לה' למאה אלא כפי מה שיעריכו או ישימו בקיאים דמשמע דמיהב מיהא יהיב כבר פירוש דבריו שם ואמר וכל זה אם לא יהודה חייב מסבת הפשיעות הבאות בשאלה שיתברר שלא פשע ע"כ וא"כ בנד"ד שבכל עניני הפאטור הזה נראה שהוא פושע אם במה שגנב את לבבו לומר שלטובתו נתכוון ולא מכר הסחורות. כשמכרו כל הסוחרים וגם במה שמכרן בעת שצוה ראובן למסרן ביד לוי שהדברים האלו בכללן ופרטן דבר פשע הוא ודאי דלכ"ע חייב הוא בכל ההפסד וכל שכן אם מעות הקאמ"בייו הן מהפאטיר עצמו שיש לחשדו דלהכי לא מכר כשמכרו הסוחרים כדי לתת מעותיו בקאמ"ביו וגם לא דקדק כשמכר הראמבייו המעט הוא אם רב שהוא מבקש תועלתו וכמו שכתב הרב מהר"א מונסין ז"ל בתשו' וז"ל שאם הוא לא היה עושה לעצמו הקאמבייו היה מחפש הראזו"ש וייגע וימצא בלי ספק גם כן אולי אם היה עושה הקאמבייו לאחר היה מדקדק ליקח הקאמבייו על סחורה אחרת חריפא שתמכר מהרה ולפי שהיה שלו לא דקדק אלא תועלתו עכ"ל נראה עשית הקאמבייו לעצמו גורם לכמה חשדות שעשה שלא כהוגן כן הדבר בנד"ד וטענת ראובן שטוען שהקאמבייו שלו אם אמת היה הדבר ודאי דלית דין

וליה דיין שלא יחייב לשמעון הפאטור על הפחת וההפסד ואף שלא יתברר שהקאמבייו שלו אלא אפי' שנכון שלקח מאחר עם כל זה חייב מטעם ששנה כדכתיבנא.
נמצאת למד מכל האמור למעלה שבין כך ובין כך שמעון הפאטור חייב בכל פחת ומגרעת שיקרה במכירת הסחורות הנ"ל כל מה שהפסיד ראובן ממה שמכרו הסוחרים הסחורות הנ' בזמן הראשון כיון ששנה כמה שינויים עליה דידה הדר וחייב לשלם הנלע"ד כתבתי וחתמתי שמי הצעיר יהושע

מפתחות.

א) אם הדיין מוזהר שלא להטות את הפשרה כשם שמוזהר שלא להטות את הדין. ואם יכול הבע"ד גם בפשרה לומר הורני מאיזה טעם דנוני והרבה חילוקי דינים בפלפול חריף.
ב) אנשי עיר אחת קבלו עליהם חכם דיין אחד וכתבו לו שכל היוצא מפיו יהי' נכון כדין שדנו ב"ד של ר"ג ז"ל ולא יוכל שום יחיד או רבים לומר איני מתרצת בדין החכם אלא כל מה שידון יהי' כדין תורת ה' כנתינתה מסיני (ועי' לשון הכתב בפנים באריכות) עתה קמו מקצת יחידים ואינם רוצים לקבל גזרת החכם אלא רוצים שיתן להם פסק דין להראותו לחכמים אחרים:
ורם יכול החכם הנ"ל לדון באיזה פעם פשרה כי כן כתיב בגמר התנאים אמת ומשפט שלום ישפוט. עוד נאמר בכתב הנ"ל שנחייבו לתת להחכם הנ"ל חלף עבודתו י"ב אלפים לבנים עשר שנים ושאל השואל אם חייבים לפרוע להחכם השלם הפרס של כל עשר שנים או יכולים לאמר לו טול כדי השנים אשר עמדת עמנו.
ג) עיר שיש בה ג' קהלות שיש להם חכם מרביץ תורה בקי בהוראה ונפל לו תבלול בשתי עיניו אשר לא יוכל לראות כלל ועכ"ז סברוהו וקבלוהו עליהם ג' קהלות הנ"ל יען כי אינם מוצאים כיוצא בו אמנם יש בעיר הנ"ל עוד ג' קהלות אחרות שיש להם חכם מרבץ תורה אחר ונפל כעת איזה הפרש בין איש ובין רעהו והתובע מג' קהלות האחרות ואינו רוצה התובע לילך אחר הנתבע (כאשר המנהג מיום הוסדה העיר) ולדון לפני החכם מאור עינים הנ"ל באמרו שמאור עינים פסול לדין הדין עם מי.
ד) ראובן חרב לשמעון בשטר כתוב וחתים כדין וכהלכה ויש בתוכו שביעה לראובן שיפרענו לזמן. וזה ימים שעבר הזמן ואינו רוצה לפרוע לשמעון כלום ויש לו לראובן קרקעות ומטלטלין אם כופין לראובן.

ה) ראובן יש לו שט"ח על שמעין מסך מה שבעיר אחרת ועשה מורשים ללוי ויהודה הדרים בעיר שדר בה שמעון לגבות החוב הנזכר. ובהמשך הימים מת לוי אחד מהמורשים הנז' אחר שגבו המירשמם הנזכר חלק ממנו. ובעבור זמן רב בא יששכר בן ראובן ובידו השט"ח והרשאות המורשים הנ"ל ורוצה לגבות שארית החוב ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את. כיון שאין לך הרשאה מיוחדת לעצמך. האם יכופו לשמעון לשלם ליששכר ואת"ל לאו החם יכופו לשמעון שישימו נכסיו ביד ב"ד עד שיתברר הענין.

ו) ראובן קנה סחורה משמעין בהקפה ובהמשך השנה פרע לו ונ"ח לו כמו מאה גרוש' וכן בשנה השנית לקח ראובן ממנו סך מה ופרע לו ונ"ח לו סך מה ובשנה השלישית קנה ג"כ ממנו סך סחורה והיה הולך ופורע לו על יד על יד. ויהי היום ויאמר שמעון לראובן הן לי המעות של שנה זו כי מהראשונות כבר נתייאשתי ובא ראובן ופרע לו כל המעות של שנה השלישית והשאר אינו רוצה לפרוע באמרו שזכה בהן מחמת שאמר שמעון שכבר נתייאש מהן. ושמעון מפציר לקחת את שלו. הדין עם מי:

ראובן מכר לשמעון קרקע אחד מקרקעותיו והשאיר לעצמו קרקע אחד ויש לו ללוי שט"ח שבו נכתב שעבוד נכסים על ראובן ורוצה לטרוף משמעון קרקע שקנה מראובן ושמעון טוען הנחתי לך קרקע שויין חובך לך טרוף מאותו קרקע:

על ענין כתב עיקול (עיין באריכות)

על שטר ישן שהיה בו מחק ועוד רעותות (עיין בתשובה באריכות) שמעון היה חייב לראובן ת"ק גרוש' וילך ראובן עם ב' ת"ח לשמעון ויאמר אליו מאותם הת"ק גרוש' שאתה חייב לי אני מקדיש ק' גרוש' ותתנם לאלו הב' ת"ח. ובאותו מעמד אמרו הב' ת"ח לשמעון הנז' רצונך תקבל אלו המאה גרוש' להרויח בהם לתת בהכשר עשרים גרוש למאה בכל שנה. אמרו לו הב' ת"ח תכניס אשתך ערבנית ונכתוב השטר על שניכם ויען ראובן אדבר עם אשתי והלכו להם. ובעו"ה נתרשלו והלך שמעון דרך ים פתאום ולא שב לביתו. והניח יתום קטן ועתה תובעים הב' ת"ח המאה גרוש' של הקדש הנ"ל:

א) מליצה ליישב לשון שטר שכתב המחבר ז"ל ומראה שבצדק כל אמריו אין בם נפתל ועקש:

ב) עיין השאלה בפנים באריכות:

ג) ראובן קנה חצר א' מגוי ובנה בתוכו, ואח"כ מכרו לשמעון ושמעון בנה בתים זה ע"ג זה ויש היזק ראיה לחצר לוי שבצדו ועשה מחיצו' מנסרים בהוצא ודפנא דבר שאינו של קימא וטוען שהבא מכח גוי הרי הוא כגוי והגוים פותחים חלונות זה כנגד זה ועושין

מחיצות של נסרים כדי להסיר ההיזק ראיה. חם הדין עמו ד) ראובן הי' יושב בעיר אחת ושמעון בעיר אחרת ונושאים ונותנים זה עם זה כל אחד שולח פרקמטיא לחבירו ונמשך הדבר זמן רב ואחר עבור זמן רב הרשה ראובן ללוי ללכת אצל שמעון לטהר חשבונותיו עמו וכן עשה ואחר החשבון נשאר שמעון חייב לראובן אלף ות"ק גרוש' וכתב לוי לשמעון שטר מחילה איך לא היה לראובן עוד שום תביעה על שמעון כלל ונשארו האלף ות"ק גרוש' מלוה על פה אחר כן כפר שמעון ואמר שלא נשאר לו חייב כלים כראות ראובן שכופר הכל עשה שטר [מזויף] על שמעון איך הוא חייב סך אלף וחמש מאות גרוש' ואמר לעדים שטר זה אני עושה שאם יקשה שמעין ערפו ויכפור אשלח לתבוע עם השטר ואח"כ נתפשר ראובן עם שמעון וקרע השטר הנ"ל אם אתרע חזקת ראובן ונקרא מהדר אזיופא או לא:

טו) יעקב תושב אזמיר נתן לבנו ראובן סך מעות ללכת לברוש"א לקנות משי וכו'. והלך ראובן דרך עיר טירייא ונתאכסן בבית שמעון קרובו ומשם לברושא והלביש מעותיו ושב לאזמיר לבית אביו וסיפר לאביו כל הקניות ותיכף באותו היום נפל למטה ומת ואחר עבור חדש ימים בא שמעין וטוען שנתן לבנו ראובן פקדון ויעקב טוען שלא סיפר לו בנו מאומה מזה ושם השאלה באריכות ע"ד כתב יד של ראובן שנמצא תחת יד שמעון:

טז) ע"ד שטר שכתוב בו וליותר בטחון נהיה בנו של התחייב ערב קבלן פרען רצה מזה גובה רצה מזה גובה. וטוען הערב שבאותו זמן היה עדיין קטן ואין בערבותי כלום. הדין עם מי:

יז) ע"ד ערב שטוען שאחרי שהמלוה האריך זמן ללוה בלא רשות הערב פקע ערבותו מניה.

יח) ע"ד ערב שהתרה למלוה בכלות זמן הפרעון שיתבע מעותיו ולא יאריך הזמן והמלוה האריך הזמן פעם ופעמים ולימים פשט הלוה את הרגל ותובע המלוה מן הערב שיכרע לו והערב משיב כבר יצאתי וערבותי

יט) ע"ד ערב בדבר שאינו קצוב:

כ) ע"ד חזקות והסכמות ובעסקי הקהל (עיין בפנים באריכות)

כא) ראובן מת והניח בנים קטנים ושמעון חמיו נעשה אפטרופוס שלהם ומכר קרקע אחד ללוי והחזיק הקונה לוי בקרקע כהלכה ויהי כי ארכו הימים מת לוי והניח בן קטן ואח"כ מת שמעון. וקמו יתמי ראובן לערער על המכירה באמרם כי שמעון זקינם לא היה אפטרופוס לא מפאת אביהם ולא מכח בית דין ורוצים לקחת מבן לוי הקרקע. האם הדין עמהם:

כב) בעניני חזקה (עיין השאלה בפנים באריכות)
כג) בעניני חזקה (עיין השאלה בפנים באריכות)
כד) בעניני חזקה (עיין השאלה בפנים באריכות)
כו) ראובן גדל יתומה אחת בביתו. והשיאה לשמעון ונתן להם בית דירה ולא פירש אם בשכירות אם בחנם ועברו י"ז שנים וכעת תובע ראובן שכר דירה באמרו שאחרי עבור שלש שנים אמר לשמעון תדע שאיני נותן דירה אלא בשכירות ושמעון מכחישו ואומר לא אמרת לי כלום ועדים אין בדבר. הדין עם מי:
כז) מי שהחזיק להיות נושא ונותן אצל השר ובא אחר והשיג גבולו והתפשר עמו (עיין השאלה בפנים באריכות)
כח) שנים נעשו שותפים בסרסרות שבבית אנגליז אחד ומת אחד מהן והניח יתומים ואחד מבניו הגדולים רוצה לכנוס בסרסרות האנגליז בעקום אביו והשני מוחה בידו באמרו כי היתה לי נחלתי לבדי הדין עם מי
כט) בעניני נזקי שכנים (עיין בפנים)
ל) שותפים שמת אחד מהם ויען כי מסחרם הי' שהולכים לקושטנדינא להלביש סחורות וכל הדרכים בחזקת סכנה הפרישו חלק היתום בפני ג' שנים מהם רחוקים וא' מהם דודו של היתום וכעת תובע היתום חלקו בריוח ודודו מחזיק בידו ואמר שמעולם לא היה בשומא. ועוד א' מהשמאים של"ח הדין עם מי:
א) ע"ד שותפין שמכחישין זה את זה:
ב) שמעון ולוי אחים ושותפים זה בברושא וזה במגנצא יותר מי"ב שנה ונהרג שמעון בדרך והניח יתומים קטנים ויהודה תפס נכסי שמעון ולוי באמרו כי שמעין חייב לו כך וכך. עתה לוי אחיו של שמעון צווח ואומר שהנכסים חציים שלו ועוד שהיתומים קטנים כ"ש שאין ליהודה לא כתב יד ולא ש"ח משמעון ולא חזוק אחר. הדין עם מי:
ג) בדו"ד שבין שותפים:
ד) בעיר אחת יש קהל אחד שהם כצאן שאין להם רועה וקמו שנים ושלשה יחידים מגדולי הארץ וכתבו קונפרומוסיי' וחתמו רוב הקהל שכל מה שיסדרו שלשת האנשים ההם הסכמות ותקנות וסייגים שיהיה מקובל על הכל ואם ימאנו יהיו מובדלים מעדת ישראל וחתמו בקונפרומוסי' קצת מיחידי הק"ק ומיעוט הקהל אינם רוצים לחתום מטעמים נכונים שנתבארו בפנים האם יכולים לכוף את המיעוט מטעם אחרי רבים להטות:

ה) ראובן ושמעון ולוי אחים ושותפים והלך ראובן לעיר ויניציא להתעסק עם יהודה. ושמעון ולוי כתבו ליאודה מקודם כי כל שיקיף ויתן לראובן שותפם שהם מרוצים ומחויבים לשלם והקיף יהודה לראובן סחורות רבות והכל בשטר וזה תמצית השטר איך הודה ראובן כי הוא ואחיו כולם נתחייבו ליהודה וכו'. גם אחר שהקיף יאודה הסחורות שנו ושלשו בכתבים ליאודה כי כל מה שהקיף לראובן שותפם הם חייבים לשלם ופרטו הסחורות שמסר יאודה לראובן. עתה טוענים שמעון ולוי ששלמו ליאודה הכל ורוצים לבטל הערבות (מטעמים שנתבארו בפנים עיין שם) האם הדין עמם או לא:

ו) על ענין הנ"ל:

ז) על דין ודברים שבין שותפים בסחורות (והשאלה מאד באריכות. עיין בפנים):

ח) ראובן ושמעון ושותפין זה במקום זה וזה במקום אחר ומת ראובן והניח יתומים קטנים והעמידו ב"ד אפטרופיס והלך האפטרופיס למקום ששמעון דר וטהר עמו חשבון מכל השותפות ונשאר חייב שמעון ליתמי ראובן סך מה ונתפשר האפטרופוס עם שמעון להתפרע ממנו לזמן מוגבל בפרטיות ועשו שטר ע"ז ובתוך הזמן הלך לוי קרובו של שמעון אל המקום שיתמי ראובן ואפוטרופסם דרים והעליל עליו אפטרופוס שיש בידו נכסי שמעון ושם אותו בבית הסהר והוכרח לשלם בעד שמעון עתה תובע לוי משמעון מה שפרע ליתמי ראובן בעדו ושמעון טוען כלום הרשיתיך. ואם היה בא האפטרופוס אליו היה מראה לו שאינו חייב כלום הדין עם מי:

לט) ראובן שלח סחורות ידועות לשמעון שימכרם בעדו ובשמו ובכל מכתב שהי' שולח לו היה מזהירו שישתדל למכיר הסחורות ההם כפי אשר ימכרו הסוחרים ויפרע הכתבי חילוף ששלח אל שמעון ואם לא יוכל למכור הסחורות יקח מעות בקו"ומבייו ושמעון שינה מכפי דעת המשלח לבסוף (עיין המעשה בפנים באריכות) וכעת ראובן רוצה להשביעו על כמה דברים עיין בפנים:

תם ונשלם שבח לבורא עולם