

משא"כ הכא דדנין על תקנה שני' שנעשה ג"כ ע"פ הקהל ובידם לבטל החרם, לכן אע"פ שלא ביטלו, ל"ש בזה עבד ל"מ, לפי שבדיו של העובר לבטל הלאו. ולפ"ו בנידון הרא"ש בכלל הנזכר [שם סי' א] בציבור שהטילו חרם. שלא ישחוט אדם וולתי הטבח של הקהל, והלך אחד ועבר על החרם, וז"ל הרא"ש ז"ל שם, יראה שאסור לאכול משחיטתו שהרי הקהל פסלו שחיטת הכל חוץ משחיטת הטבח, בשביל שלא יקפוץ כל אדם וישחוט אף שאינו מומחה, ורשאיין הציבור להתנות ולהסיע על קיצתם כו' ואין בו משום גזל, וכן לאסור המותר משום מיגדר מילתא, ומה שאסרו אסור לכל בני העיר, וכש"כ זה שעבר על החרם ושחט ראוי לדמותו למומר לאותו דבר, כיון שעבר על החרם כדי לשחוט, ואע"פ שאינו חשוד לאכול דבר איסור מ"מ מכוער הדבר וראוי לקנסו שלא לאכל משחיטתו עכ"ל. והנה בנידון זה, לטעם תשרי הרא"ש [שם] סי' ד, דלהכי ל"ש גבי שבועה אי עבד לא מהני לפי שבדיו לבטל, וקשה מאונס שגירש, וצריך לתרץ כנ"ל, וממילא בנידון זה שהקהל תיקנו והשוחט עבר דמי לאונס שגירש, דשייך בזה לומר למאי דקי"ל כרבא, דלא מהני שחיטתו, וא"כ מה ששחט באותו עיר [שחיטתו] אסורה ע"פ דין. דלא מיבעי לטעמו הראשון של הרא"ש כיון דלאו בדידי קאי לבטל דמי לאונס שגירש, [דלא מהני שחיטתו] ואף לטעם השני של הרא"ש שחכם עוקר הנדר מעיקרא, אפ"ל כיון שהקהל עשו תקנה ותקנה זו למגדר מילתא שהחכם אינו יכול להתירו, כמו הנשבע שלא לשחוק לדעת כמה פוסקים [יו"ד סי' רכח סט"ו] דאף אם התירו לא מהני, ולהכי שיכל בדבריו שעשה למיגדר מילתא, אמנם כן באותו העיר. אבל במקום אחר, אף שעבר והאכיל מ"מ כיון שאין איסור נבילה מחמת עצמו רק נסתבב ע"י דבר אחר אינו דומה לגמרי למומר לאותו דבר לחשדו שיאכל נבילות עצמו, אך ראוי לקנסו אף בעיר אחרת, כיון שע"י שבועה שלו לא נפקע איסור שאינו זבוח.

אמנם בעיקר השבועה יש לידון דדומה קצת לבדרי אונסין, שיכול לבטל בלבו כיון שע"פ הדין אינו יכול להשביעו מלשחוט על הכפרים, וגם ששבועה זו היא נגד דינא דמלכותא שגם ע"י נתינת הקיזו אינו רשאי לשחוט על הכפרים, הרי דתוקפו של הקיזוער להשביעו אינו מדינא ולא מדינא דמלכותא רק מחמת שירא ממנו שלא ימסרו בידי נכרי וע"י היטב.

ועל דברי יד"ב אשר יצא לומר דהרא"ש לשיטתו מטעם שאינו בר זביחה, יעי' מעלתו בראשונים ואחרונים דטעמא דאינו ב"ז אינו אלא באוכל נבילות להכעיס, אבל בלחאבון לא שייך זה כלל, ובנידון תשרי הרא"ש בודאי

לא עשה להכעיס, ועוד יש להשיב הרבה ולפלפל בזה אך בעה"ד ירט לנגדי.

ידידו לנצח הק' משה יהודא ליב

סימן ב

בדין קונה שטר חוב מחבירו

שאלה באחד שקנה שט"ח מחבירו שהי' לו על ראובן וזמן הפרעון הי' עדיין איזהו חדשים וקנה ממנו בפחות עבור שעדיין אין הזמן פרעון וזהו מותר כמבואר בש"ע [יו"ד סי' קעג, ס"ד] ושורש הדין מביאו הר"ף בשם הירושלמי, וכשהגיע זמן הפרעון תבע מהבע"ד מעותיו וזה דחה אותו מלשלם, ואמר לו הלא יש לי היוק ע"י מה שאוכל להרויח בממוגי שמגיע לי והשיב לו מסתמא אראה שלא יהי' לך היוק, ועתה כשפורע לו המעות תובע ממנו מה שהי' יכול להרויח בממוגו וטען שאתה גרמת לי היוק ואתה הרווחת בו עד עתה, והוא משיב שלא יוכל ליתן לו ריוח דהוי ריבית התורה אסרה, מאי דינא בזה. והגני אומר מה שחנני ה' בזה לדעתי הקלושה.

הנה המרדכי ז"ל בב"ק פרק הגזול קמא סי' קכ"ה מביא דעת רבינו אליעזר ב"ר יהודה ורבינו משה הכהן ז"ל דס"ל דמבטל כיסו של חבירו דפטור היינו דוקא בלא הרויח אבל בהרויח בו חייב ליתן לו, ודעת שאר הגאונים ז"ל ס"ל דאף בהרויח בו אמרי' מבטל כיסו של חבירו פטור, וכתב בשם תשובת רבינו האי גאון דס"ל המפקד מעות אצל חבירו אסור להשתמש בהם בלא רשות בעל הפקדון ואם עבר ושלח בהם יד חייב באחריותו ואם הרויח בהם נותן לו מחצית שכר עכ"ל, והקשה הרשב"ם כיון דשלח בהם יד הו"ל גזלן ותנן כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואמאי יתן לו מחצית הרויח, ואומר אני דבמאי שעבר קודם שתבעו לא עלה על לב הגאון ז"ל לחייבו ברויח וכו' ולא משווין להגאון שוגג בזה אך בכה"ג קאמר שזה תובע להחזיר לו פקדונו ששלח בו יד כדי להרויח ואינו רוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד דהתם אי מסרב ודחי ליה מחויב נמי ברויח למפלג בהדדי, ותו לא מידי וכו', עכ"ל.

והקשה המהרש"ל ז"ל ביש"ש [ב"ק שם] סי' ל' על תירוצו מאי מהני בשתובעו הלא מ"מ קנה בשליחות יד וסוף סוף גזלן הוא ותירץ תי' אחר בדוחק ליישב דברי הגאון ז"ל. וליישב דברי המרדכי ז"ל י"ל דס"ל כשיטת הב"ח ז"ל בח"מ סי' שס"ג דהיכא דמברר התובע שהי' יכול להרויח חייב לשלם גבי מבטל כיסו,

סעיף ה' בגזל ספינה והשכירה לאחרים ונטל הגזלן השכירות צריך להחזיר השכירות לבעלים, והטעם פ"י הסמ"ע שם [ס"ק יג] משום דגזלן ל"ק רק בשבח דאית ע"י השבחת הגזלן, משא"כ בשבח דאית מעלמא ואינו נשבח בגופו הרי הוא כהוקר הכלי דב"י לא תקנו משום תקנת השבים שיצטרך ליתן לו הגזלן כפי מה שנתיקר עכ"ל, וע"ש, ולפ"ז הרי הכא בששלח בו יד והשביח ע"י מו"מ שהרויח בו ה"ה דהשבח הוא להמפקיד ולא להנפקד.

אמנם לפמ"ש למעלה בפשוט נראה דס"ל דסתמא לא נחשדו אינשי ברשיעי ומסתמא נחית להתעסק בפקדון לטובת המפקיד, א"כ הא בנ"ד אמרינן מסתמא כשמעכב ממון חבירו בידו ומרויח בהם דעתו למחצית שער, דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן (ובפרט בנ"ד שאמר לו שלא יהא לו הפסד), והתובעו תובעו מעותי — דלא לשיטת המרדכי ז"ל בתירוצו להגאון ז"ל — צריך ליתן לו וכנ"ל וכש"כ בגוונא דהכא דהוי מבטל כיסו והרויח לשיטת רמ"כ וראב"י"ה הג"ל מחוייב לשלם, ומי הוא אשר יכניס עצמו לספק לסמוך על הגאונים המתירים ואינם מחייבים, להכנס בספק רשע, ומסתמא ה"י דעתו מתחילה למחצית שער וגם אפשר יותר ממחצה כל מאי שהפסיד חבירו כי לשיטות הללו מחויב לשלם כל מה שמרויח.

ואף שבפקדון כ' המרדכי שאם הוציא אינו צריך ליתן ריוח אף לשיטת הסוברים דמבטל כיסו והרויח חייב לשלם, היינו דוקא בדלא תבע ל"י וכדמשמע מדבריו שם, זכנ מבואר במ"ל ז"ל בפ"ז מהל' מלוה ולוה ה"י א וע"ש. והנה לפ"ז דבמבטל כיסו והרויח חייב לשלם, י"ל שיטת הר"א מטון ז"ל שמביאו המ"ל שם דס"ל דבשכירות לא שייך ריבית ורא"י מדאמרי' ריש מכות שמין כמה יתן ויהי' בידו אלף וזו מכאן ועד שלשים יום או עד עשר שנים, ואי איירי בהלוואה א"כ איך יכול ליתן יותר כשיהי' בידי אלף וזו עד עשר שנים וע"כ איירי בשכירות, ובשכירות לא שייך ריבית וע"ש, והקשה המ"ל דלמא שיימינן כמה רוצה המלוה ליתן ללוה כשהלוה לו לעשר שנים ותובעו ממנו שיחזיר לו קודם לשלשים יום וזה מותר לכ"ע ע"ש.

ולפמ"ש י"ל דזה אא"ל דשמין כמה יתן המלוה ללוה וא"כ גרמו לו העדים היוק דהלא זה הוי רק מבטל כיסו של חבירו, דהרי מגיעת ריוח.

והנה י"ל דר"א מטון ז"ל ס"ל כשיטת התוס' בב"ק ד' ע"ב [ד"ה ועדים] דבממון לא אמרי' כאשר זמם ולא כאשר עשה, והיינו הטעם דס"ל דכיון דבנפשות חידשה

אמנם י"ל הא דוקא בתובעו ואומר שרוצה להרויח בו ואינו רוצה שישתכר הוא בו ויתן לו מחצה כי בזה ניכר שודאי יש לו ריוח בבירור, וע"כ שפיר כתב המרדכי ז"ל [דה"מ] שתבעו ואינו רוצה במחצה שער ודאי מחייב לשלם משום מבטל כיסו, והמהרש"ל ז"ל דלא פסק שם הכי ע"כ מקשה על המרדכי ז"ל, אמנם שיטת המרדכי ז"ל י"ל כמ"ש. אמנם לדעתי הקלושה, לא הבנתי כלל קושיית הרשב"ם ז"ל על הגאון ז"ל ולמה פלפלו כ"כ לתרץ דבריו ז"ל, דהנה הרא"ש ז"ל בפרק איזהו נשך בתוך סי' י"ז וז"ל וליכא למימר כיון דא"ל הלויני דדור בחצירי הוי כאילו השכירה לו, ואע"ג דעד הנה לא ה"י רגיל להשכירה, עתה השכירה לו דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן שיאמר לו הלויני דדור בחצירי בשכר בתורת ריבית אלא אדרבא א"ל הלויני דדור בחצירי דבלא"ה אינו משכירו לאחרים עכ"ל. וכן מבואר ברי"ף ז"ל שם ס"ו ע"ב גבי הא דאמרי' התם זביני הכא הלואה, ופי' בזביני דליכא איסורא הויא מחילתו מחילה בהלוואה דאיכא איסורא לא הויא מחילתו מחילה, ופי' הנ"י דבהלוואה אנן סהדי דלא נחא ל"י לאיניש למעביד איסורא ואי הוי ידע דזביני בטיילי והויא הלואה לא הוי שבק ל"י למיכל משום איסור ריבית והלכך ליכא מחילה כלל ע"ש, עכ"ל. וכן רוצה לפסוק בתשובת מהר"י בן לב ז"ל בחלק ב' סי' כ"ו במי שעוסק במעות יתומים בלא היתר עיסקא דחייב ליתן ריוח ליתומים משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וכסברת הרא"ש הנ"ל ומסתמא ה"י דעתו למחצית שער ע"ש.

ולפ"ז דברי הגאון ז"ל עולין בפשוט, דמתחילה כתב דהמפקיד אצל חבירו אסור לשלוח בו יד ואם שלח חייב באחריותו והיינו שלקח הפקדון ושלח בו יד בלא עסק רווח כלל קנה בו וחייב באחריותו, ואח"כ מסיים בדין אחר ואם הרויח בהם נותן לו מחצית שער, כלומר אם נטל הפקדון ועוסק בו להרויח, א"כ י"ל ב"י ספיקא, אי נטל להרויח וכוונתו לשלוח בו יד לעצמו וקנאו, או דנימא דסתמא אמרי' אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ומסתמא מה שנטלו להרויח וכוונתו לטובת חבירו למחצה שער ולא ח"ו לגזל, וא"כ לא קשה כלל רק הוא דמתעסק בשל חבירו לטובת חבירו והוא סובר שלא געשה גזלן בזה, ובכה"ג שכוונתו אינו לגזל רק לטובת חבירו לא הוי גזלן וכמבואר [שם צו א] בספינה שירד שם אדעתא דאגרא וכמ"ש מהרש"ל שם וכמבואר בפוסקים וע"כ אמרי' סתמא אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן, וע"כ חייב ליתן מחצה שער לבעל הפקדון ודברי הגאון ז"ל נכונים.

ע"י"ל דברי הגאון ז"ל ד"ל דהגאון ז"ל ס"ל כשיטת הרמ"ה שהביא הטור ח"מ סי' שס"ג והרמ"א שם

לבו התורה את זה, ובממון לא מצינו חידוש זה אמרי אין לך בו אלא חידושו היינו רק בד"ג ולא בד"מ, וא"כ בממון לא הוי עדים זוממים חידוש כלל, ואף שאמרי ג"כ בממון שחייב כאשר זמן היינו דבממון לאחר פסק דין הוי כאשר עשה דכל העומד לגבות כגבוי דמי לענין פסק דין וכבר נכסיו משועבדים לו, וכיון דלא הוי חידוש א"כ לא אמרי בי שום חידוש, ואם נדון לפי מה שהי יכול הלוח להרויח בו הרי הוי מבטל כיסו ופטור בכ"מ וא"כ איך נוכל לחייב את העדים דאם העדים חייבים ושאר כל אדם פטורין בכה"ג הוי חידוש דין, וע"כ לא פי' הר"א מטוך ז"ל כן רק פי' דשמין היינו כמה יתן הלוח למלוה ובכה"ג כשגוטל ממון בידיו ומרויח בו ודאי חייב מטעם מבטל כיסו, ומסתמא כשלוה גוטל ממון גוטלו להרויח, וע"כ שמין הכי, משא"כ במלוה שנותן ממון ללוח שיחזיר לו מעותיו בתוך זמנו, מסתמא לא הוי משום הרווחה רק שרוצה ליטול מעותיו בחזרה שירא להניחו אצלו, או מטעמים אחרים, ודאי הלא מעיקרא הלוח לו עד זמן זה, מסתמא אמד עצמו שלא יצטרך למעות עד אותו זמן, וסתמא נותן הלוח בכדי שיכול להרויח במעות, ואילו המלוה ללוח אינו מטעם הרווחה ומש"ה ס"ל לר"א מטוך ז"ל דשמין כמה יתן הלוח למלוה ולא כמה יתן המלוה ללוח, ולפ"ז י"ל קושית המפרשים על הר"א מטוך שהביא המ"ל ז"ל שם מהאי דלא יאמר נכש עמי ומהאי דאמר רבא להנהו דמנטרי באגי יע"ש, די"ל דהתם איירי בלא הרויח, ובנידון דר"א מטוך ז"ל י"ל דאיירי בהרויח בהם.

או י"ל דר"א מטוך ז"ל ס"ל כשיטת הב"ח דהיכא דהוי היזקא לחבירו ומברר הזיקו מחייב לשלם גבי מבטל כיסו. וכן מבואר במחנה אפרים הל' גזילה סי' י"א ובהל' ריבית סי' [מ"א] שכן הוא שיטת מהר"ם ז"ל וע"ש, ולפ"ז י"ל דבשלמא אי אמרינן כמה יתן הלוח למלוה. א"כ ברור הזיקא ללוח, דכיון דלוח על עשר שנים מסתמא צריך לי לאותו זמן, וא"כ בודאי נתן מעות עבור זה, משא"כ אי אמרינן כמה יתן המלוה ללוח לא ברור הזיקא ללוח דשמא לא נתן המלוה ללוח עבור זה, וכן אין לומר דאמרינן כמה יתן איש אחר עבור זה, דכל זה לא הוי ברור הזיקא, משא"כ אי אמרינן כמה יתן הלוח למלוה הוי ברור הזיקא וגם ההיזק מתחיל תיכף כשהעיד עדים ובכה"ג חייב גבי מבטל כיסו, וע"כ חייב מן הדין ולא הוי חידוש כלל. ולפ"ז י"ל דברי הרמ"א ז"ל בח"מ סי' רצ"ב סעיף ז' שכתב אבל אם אמר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד הדין עם הנפקד עכ"ל, והקשה המ"ל הג"ל שם בשם אגורת אוזב ז"ל דלמה תפס הרב דברי המרדכי הראשונים ולא האחרונים דאע"ג שכתב המרדכי מעיקרא שקרוב הדבר

בעיניו שאפילו אם תבע פקדונו מפני שזה אומר שרוצה להלוותו וזה אומר הלוותיו וכו', אם תרצה לקבל להיות קרוב לשכר ולהפסד אתן לך חלקך והלה אומר וכו' הדין עם הנפקד, הרי אחרי זה כתב על דברי רבנו האי גאון ז"ל שאם זה תובע להחזיר פקדונו ששלח בו יד כדי להרויח ואינו רוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד והוא מסרב ודחי ליה חייב ברויח למפלג בהדי' הרי שהמרדכי חזר מתחילת דבריו ופשיטא שדבריו האחרונים הם עיקר וע"ש מ"ש המ"ל ז"ל עליו לתרץ לחזק בדברי המרדכי. ולפמ"ש"כ י"ל דמ"ש המרדכי לתרץ דברי רב האי גאון ז"ל, איירי היכא שמברר התובע שיש לו הפסד וניכר שמתחיל היזקא תיכף כסברת הב"ח, והנה לפמ"ש בחידושי אנשי שם שעל המרדכי דהאי ואינו רוצה קאי על הנפקד ל"ק כלל על הרמ"א ז"ל.

והנה לפ"ז באם יש היזק להמפקד חייב משום מבטל כיסו, וגם שיטת הר"א מטוך ז"ל י"ל דס"ל הכי כנ"ל, וגם אי מרויח בהם יש שיטות הראשונים ז"ל שהיא גם שיטת הר"א מטוך ז"ל דס"ל דחייב כמו שכתב המ"ל"מ ז"ל יע"ש, וא"כ י"ל היכא דאיכא תרתי למעליותא בשיש היזק להמפקד והנפקד הרויח ודאי חייב גבי מבטל כיסו, ואף שהמהרש"ל ביש"ש ב"ק שם ס"ל דאף בכה"ג פטור י"ל היינו דוקא בלא התחיל ההיזק מיד, אבל כשמתחיל ההיזק להמפקד תיכף כשלקח זה מעותיו ומבטלו לכ"ע חייב, ומהרש"ל איירי כגון דאינו מתחיל ההיזק תיכף דומיא דדברי הירושלמי בפ' המקבל [הל' ג] הובאו בגמוק"י [ב"מ קד א] גבי מתני' דהמקבל שדה מתבירו והובירה כי משם הוציא הירושלמי הדין ע"ש¹, ושם הרי לא התחיל ההיזק תיכף רק אח"כ בעת הקציר וכן צ"ל לשיטת מהר"ם והב"ח ז"ל הג"ל, וגם י"ל דשם לא ברור היזקא דדילמא אי זרע ה' נשתדף, וכמ"ש תוס' בב"ב י"ב ע"ב ד"ה מעליגין לי כנכסי, דמקשה על פירש"י דס"ל דבתרי ארעתא נגרי לא שייך למימר מעלין בדמים כיון דצריך להשקות ואין מתברכת זו יותר מזו, והקשה הלא גם באותן שמשקים מתברכת א' מהם פעמים יותר שאחת לוקה בשדפון ואחת אינה לוקה יע"ש.

ולפ"ז גבי הובירה לא הוי ברור היזקא דשמא אי זרעה הוי לוקה בשדפון וכל האי דינא דמבטל כיסו אין לנו הוכחה רק מדברי הירושלמי הג"ל, ולשיטת התוס' אינו מוכח רק דומיא דהתם דלא הוי בריר היזקא, ולפ"ז י"ל

1. צ"ע דמשם למד הירושלמי רק דין מבטל שדהו של חבירו דחייב לשפותו, ואילו דין מבטל כיסו דפטור למד מתוספתא שם פ"ד הנותן מעות לחבירו ליקח בהן וכו', ועי' היטב בגמוק"י שם רצ"ע.

דבשיטה זו היא פלוגתא דרש"י ותוס' ז"ל, דלשיטת רש"י דס"ל דלשדפון לא חיישינן א"כ אף בבריר היזיקא פטור מבטל כיסו, ולשיטת התוס' לא שמעינן דינא דמבטל כיסו רק היכא דלא בריר היזיקא.

ולפ"ז י"ל קושית הקצה"ח סי' של"ג ס"ק ב' בשם בנו הרב מ"ו יוסף דוב ז"ל על התוס' ב"מ דף ע"ו ע"ב ד"ה אין להם זע"ז אלא תרעומת והקשה הר"י ז"ל דהא קי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל, כיון שע"י נבטלו אותו יום וי"ל דאיירי דכשחזור בו עוד ימצאו להשתכר ומ"מ תרעומת יש שעתה לא ימצאו אלא ע"י טורח וע"ש, והקשה הקצה"ח ז"ל בשם בנו מה בכך שנתבטלו על ידו ממלאכה הא קי"ל מבטל כיסו של חבריו פטור, וע"ש באריכות ד"ק, ולפמ"ש י"ל דתוס' ז"ל לשיטתו דס"ל דהיכא דברור היזיקא חייב גבי מבטל כיסו, ושם הרי ברור היזיקא, אח"ז ראיתי במחנה אפרים הל' גזילה סי' י"א, שהוכיח מדברי התוס' הג"ל דס"ל דברי היזיקא שאני וגם הרא"ש ב"מ שם [סי' ב] מסיק כשיטת התוס' א"כ מוכח נמי דבכה"ג חייב מבטל כיסו של חבריו.

אמנם התוס' בב"ק כ' ע"א ד"ה זה אין נהנה פוסק אפי' בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר דפטור כיון שלא נהנה אעפ"י שגרם הפסד לחבירו דאפי' גרשו מביתו ונעל דלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא עכ"ל, והיינו דס"ל דהוי מבטל כיסו ופטור וכמ"ש הרא"ש ז"ל [ב"ק פ"ב סי' ו] והנמוק"י שם בטעמו. י"ל דהתם לא מתחיל ההיזק תיכף וגם לא בריר היזיקא דשמא לא ימצא למיגר, וגם על האי דינא דתוס' פליגי הרי"ף והרא"ש והרמ"ה ז"ל ושאר גאונים וע"ש בנמוק"י והרא"ש דהוי כמזיק בידים ושאני אהדקי' באגדרונא היכא דהוי כבר שם וסגר עליו הדלת דפטור כמבואר בח"מ סי' ת"כ סעיף י"א דהתם לא בא לידו כלום מחסרון חבריו ולא הרויח כלל, וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם וע"ש, ולפמ"ש י"ל דהתם בסגר הדלת עליו לא התחיל ההיזק תיכף וכסברת מוה"ר"מ והב"ח הג"ל, ולפ"ז י"ל כונת הרמ"ה שמביא הנמוק"י שם דחייב בחצר דקיימא לאגרא ונעל הדלת דחייב והביא ראי' לדבר משבת שלא במקום גזק כגון דאהדקי' באגדרונא חייב כדאמרי' בהחובל דף פ"ה ע"ב וע"ש, וקשי' הלא שם דאהדקי' באגדרונא הוא שבת דאדם באדם וחייב משא"כ בחצר דהוי לי' אדם בשור דפטור משבת ולפמ"ש י"ל דראי' הרמ"ה ז"ל היא מדמחייב שבת באדם והלא לא הוי רק כמבטל כיסו, וע"כ דהוי משום דאמרינן דמתחיל ההיזק תיכף ולא הוי גרמא, וא"כ כיון דלא הוי גרמא רק כמזיק בידים א"כ גם בנועל ביתו הוי כמזיק

בידים, דכיון דאמרי' דמקרי מתחיל ההיזק תיכף, ה"ה דבממונו חייב בכה"ג וכנ"ל. אח"ז ראיתי בקצה"ח ז"ל סי' שס"ג [ס"ק ג] שמקשה קושיא זו על הרמ"ה ז"ל וע"ש. והנה לפ"ז מבואר היכא דמתחיל היזיקא תיכף או בהרויח בהם חייב גבי מבטל כיסו, ולשיטת הרמ"ה ז"ל הג"ל בודאי חייב דהרי חייב אפי' נועל דלת התצר וע"כ כמ"ש, ולפ"ז בג"ד דהרויח וגם גרם לבטל כיסו דמתחיל מיד ההיזק לא מצינו מי שיפטור ואף לשיטת המהרש"ל דפוסר, לא מצינו שיפטור בכה"ג דמתחיל היזיקא תיכף וכנ"ל, וא"כ בודאי חייב.

אמנם כל מה דביררנו אינו מוכח רק בפקדון וכדומה לו שלא בא לידו בתורת מלוה, ובפקדון מבואר במחנה אפרים ז"ל, בהל' ריבית סי' [מא] להדיא דמחייב וע"ש, ובמלוה עדיין לא ידעתי, ואף שבא לידו החיוב ע"י מכירת השטרות, מ"מ כיון שכבר מחויב הוא לו המעות הוי מלוה, וכן מוכח מהמרדכי ז"ל בב"מ ס"פ המפקיד [סי' רצה] וז"ל ואם הנפקד רוצה לתת שום דבר מעצמו לראובן אין בו משום ריבית, דאין זה ריבית הבאה מלוה למלוה דהא לאו בתורת מלוה ולא בתורת מקח נתן לו דנימא שכר מעותיו עומד ונוטל כי בפקדון נתנם לו וכו' עכ"ל הרי כתב דאם חייב לו מעות משום מקח הוי לי' כמלוה ואסור ליקח ריוח, אמנם י"ל דהתם איירי בגוונא דמתני' שם דמפקיד אצלו והוי בתוך זמן, וכן במעות מקח שמכר לו הפץ וזמן הפרעון של המעות עדיין לא הגיע, וא"כ הוי המעות מלוה אצלו, משא"כ הכא בג"ד דלקח שטר בעד דבר מסוים, והגיע הזמן ותבע ממנו נעשה מעותיו עתה פקדון, ואף שהוציאו ואינו בעין אצלו מ"מ הוא מקבל עליו בתורת פקדון, ובפרט לפמ"ש לעיל דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן בודאי מה שעסק בעסק המעות הוה עבור חבריו וחייב ליתן לו מחצה ריוח וכנ"ל, ולא דמיא להא דהמרדכי דעוסק בו בהיתר וכמ"ש שם משא"כ בג"ד דתבע מעותיו ומדחי לי' ובפרט דא"ל שלא יהי' לו הפסד בודאי מותר, וגם התם במרדכי לא איירי מטעם מבטל כיסו דהתם איירי דלא גרם לו היזק כלל להמפקיד, אבל היכא דגורם לו היזק בודאי חייב כמ"ש לעיל, וא"כ ה"ה במלוה גמור היכא דבא הזמן ולא פרע וגרם היזק לחבירו י"ל דמותר לשלם לו משום מבטל כיסו. והנה בח"מ ס"ס פ"א סעיף ל"ב, ראובן תבע לשמעון ריוח החוב וכו', ושמעון אומר שלא התנה, שמעון פטור וכו' שאף לדברי ראובן וכו' ויכול לחזור בו. והקשה הסמ"ע ז"ל [ס"ק סה] מסי' רצ"ב דכתב רמ"א דאם תבע ראובן מעותיו שירויח בהם והוא מעכבן בידו שחייב לו ותי' דאיירי הכא בתוך הזמן א"נ בלא תבעו עכ"ל, והש"ך

מהרש"ל ז"ל שם משום דמסתמא דעתו ה' למחצית שכר והפסד, יעו"ש, א"כ בג"ד דודאי לא מחזקינן אינשי לרשיעי בודאי דעתו ה' על היתר וא"כ חייב ליתן לו, ואף א"נ דלשיטת מהרש"ל אסור באינו מקבל הפסד, מ"מ לשיטת הסמ"ע בתובעו אחר זמן ודאי מותר וכנ"ל, וא"כ י"ל שפיר דמחויב.

דהנה המשנה למלך בפ' ד' מהל' מלוה בתוך הל' י"ד בד"ה ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"ם הנה מהריב"ל לא מצא חולק על סברא זו אלא רש"י והטור דס"ל דאבק ריבית לא הותרה ליתומים אלא בפני ב"ד וכו' אלא כמהר"ם גקטינן ודבריו הם תמוהים הרבה, חדא דמהריב"ל כתב בחלק ג' סי' קי"ב דל"ל למעביד עובדא כמהר"ם דמאן לימא לן דאיתו אמרה ואי אמרה יחידאה הוא וכו', ואף שבס"ו ח' דחה סברת רש"י היינו דוקא כשהלוה באבק ריבית אבל בריבית קצוצה שלא מצינו מי שיאמר שחייב ליתן ריוח אלא מהר"ם ורש"י והטור חולקין עליו בפירוש, פשיטא שאין לחוש למהר"ם. ועוד דבעל פני משה בח"ב סי' כ"ג כתב בפ"י שיכל המוחזק לומר קים לי כרש"י, עכ"ל [והנה מה שכתב לחלק בין אבק ריבית לריבית קצוצה] ומאי שנא לחלק בין איסור דרבנן ובין איסור דאורייתא, וע"כ צ"ל משום דהוי ספק גזל דאי חייב לו ואינו נותן הרי עובר באיסור גזל, וא"כ בדינא דרש"י ז"ל דהוי ספיקא דדינא, א"כ היכא דהוי איסור דרבנן, הוי הנתינה ספק איסור דרבנן ואם לא יתן הוי ספק גזל דהוי ספיקא דאורייתא וע"כ אמרי' ספיקא דרבנן לקולא וספיקא דאורייתא לחומרא, משא"כ בריבית קצוצה דהוי ג"כ הנתינה עצמה ספק איסור דאורייתא ע"כ יכול לומר קים לי כרש"י וטוב יותר לומר גבי ממון קים לי ולא הוי איסור גזל כ"כ מלהכניס עצמו לספק איסור ריבית דאורייתא.

ולפ"ז ג"כ בג"ד אף אם יתן לו הוי רק ספק איסור דרבנן דריבית ואחרת הוי דרבנן, ואם לא יתן הוי ספק איסור גזל דאורייתא דלשיטת הסמ"ע חייב ליתן וגם הש"ך כתב רק בדרך ספק לחלוק על הסמ"ע, א"כ י"ל שפיר דחייב ליתן.

אמנם בתשובות שבות יעקב [ח"א שאלה סד] במלוה שהגיע הזמן ולא פרעו ותבעו והתרו בו שיצטרך לתת לו מה שיכול להרויח בהם ועכשיו טוען הלה שיש בזה איסור רבית וכתב אף שהסמ"ע ס"ס פ"א הג"ל מתיר והש"ך אסור במלוה וכתב רק בדרך עוד י"ל, הרי הוא ס"ל דהוי רבית ובודאי אסור וראייתו ממאי דאמרי' בקדושין ד' ו' ע"ב אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני

ז"ל מתוך דאיירי הכא במלוה וע"ש, ולפ"ז דברי הסמ"ע איירי אפי' במלוה ומחויב ליתן והיינו מטעם מבטל כיסו של חבירו, ולשיטת הש"ך ז"ל י"ל דאיירי בלא גרם לו היזק ממש ובכה"ג לא אמרי' מבטל כיסו חייב וכנ"ל, ומש"ה אסור במלוה, אבל בגורם היזק י"ל דגם הש"ך ז"ל מודה דמותר אף במלוה, אמנם י"ל דהתם איירי בריוח ע"י היתר עיסקא והיתנו עמו שיתן לו ריוח מעיסקא ולא במלוה גמור, וכן מוכח מהש"ך שרושם ראיותיו מהיש"ש ב"ק פ"ח סי' ע' ושם איירי במתנה על המלוה להיות בעיסקא וכמבואר בש"ך יו"ד סי' קע"ז ס"ק מ"א שרשם כאן הש"ך וא"כ בלא היתנו ליתן מעיסקא י"ל דגם להסמ"ע אסור.

אמנם בג"ד שכתבנו הסברא לא משוי אינשי ברשיעי הוי כאילו היתנו עמו בעסקא וכנ"ל, ואף להש"ך והיש"ש ז"ל שאוסרין י"ל דבגידון דמחויב מן הדין מטעם מבטל כיסו כנ"ל גם להיש"ש והש"ך ז"ל מותר ליתן וחייב ליתן, והנה לכאורה נלענ"ד דמוכח מדברי מהרש"ל ז"ל דמודה בכה"ג דמזיק לחבירו והוא מרויח דחייב משום מבטל כיסו, שהרי כתב שם בסי' ע' הג"ל וז"ל ואפילו אם יבוא הדיין לחלוק ולומר ס"ס לא גרע ממבטל כיסו וכו' דא"כ תמצא קרוב לשכר ורחוק להפסד להיתר אף לדין כגון שילוח לו לזמן קצוב ליום א' או לחצי יום ואח"כ יאמר יהי לך למחצית אלא ש"מ כשם שהלוה חייב באונסין כך הרייח הכל שלו כו', עכ"ל, ויש להקשות מה שכתב ואם יבוא הדיין לחלוק ולומר ס"ס לא גרע ממבטל כיסו וכו', ומאי מקשה ממבטל כיסו הלא הוא ז"ל פוסק בפרק הגזול קמא סי' ל' דאפי' הרויח וגורם היזק לחבירו פטור וכנ"ל, ואין לומר דמפרש דבריו אליבא דהשיטות דס"ל מבטל כיסו חייב, דמה לו לפרש לשיטות דס"ל דלית הילכתא כותיהו ואין דרכו בזה לפרש, וגם לא מזכיר כלל לשיטת הסוברים מבטל כיסו חייב, משמע דס"ל הכי, והיכא משכחת לה לפי דבריו, אלא ע"כ כמ"ש היכא דמתחיל היזיקא דהמפקיד תיכף וגם הרויח בו מודה המהרש"ל דחייב, ומ"ש היש"ש דאסור ליתן משום מבטל כיסו, דא"כ כל אדם יעשה כך לעשות קרוב לשכר ורחוק להפסד, י"ל היינו בסתמא אסור משום דא"כ כל אדם יעשה כך, אבל באמת היכא דידוע בבירור דרוצה דוקא במעותיו והוא מדחי ל' בדיחוי אחר דיחוי ומבטיח לו ליתן בודאי לא חיישינן לרמאות ואף דחייב באונס מ"מ חייב משום מבטל כיסו ובכה"ג לא איירי מהרש"ל רק איירי בסתם ב"א, ואף א"נ דמהרש"ל אסור, מ"מ בג"ד דאסורא ודאי עושה במאי דאינו מחזיר לו וכנ"ל ודאי כוונתו ה' למחצה שכר ולמחצה הפסד, ואם רוצה ליתן לו מתיר

הערמת ריבית, ומוקי לה בארווח לה זימנא. ופירשו רש"י והתוס' מה שפירשו, ולמה להם לדחוק בפירושם כ"כ ולא פ"י כפשוטו דאיירי כמו בנידון שלפנינו שנותן לו שכר עיכוב מעותיו, אלא ודאי דכה"ג הוי רבית גמור יעו"ש. ולפענ"ד הקלושה י"ל דהא דמחייב הסמ"ע, היינו משום שכשמבטיח ליתן ריוח מסתמא דעתו על עיסקא דלא מחזקינן איגשי ברשיעי וכנ"ל, וא"כ תו לא הוי בהנאת מלוה רק עבור עסקא דהוי כפקדון, כיון דבגמ' אמרי' בהנאת מלוה מקודשת ע"כ לא רצו רש"י ותוס' לפרש הכי, וגם א"נ דמבטל כיסו של חברו וגורם לו היזק מיד חייב לשלם כשיטת מהר"מ והב"ח ז"ל, ונוכל לומר דאף דלא נעשה פקדון מ"מ חייב מטעם מבטל כיסו, י"ל היינו דוקא בהרויח בהם וקודם שהרויח בהם לא מחויב, וא"כ באותו זמן שנעשה מחויב בדבר, דהיינו לאחר שהרויח כבר ה"י הריח מלוה אצלו ותו אינה מקודשת, וכמו דאמרי' שם אילימא דאזקפה הלא היא גופי' הוי מלוה היינו אותו דינר הריח, ה"ה הכא כשתתן מהרויח שמרויחה כבר הוא מלוה אצלו, ואין לומר שנתנה תיכף בעד המעות שמרויחה לו, וקונה ממנו הריח, א"כ גם באזקפה בחמש ג"כ נוכל לומר כה"ג אלא ע"כ כיון דעיקר היא מחויבת אח"כ הוי מלוה, וגם אי אמרת כשמתחיל ההיזק למלוה מיד מחויב לשלם אף בלא הרויח וכמ"ש המחנה אפרים בשם מהר"מ ז"ל וכנראה גם מהב"ח ז"ל הלא תיכף לא מתחיל ההיזק כולו רק מתחיל עתה תיכף ונגמר אח"כ, וא"כ לא מחויב רק אחר שנגמר ההיזק א"כ תו נעשה מלוה אצלו וכל פרוטה ופרוטה נעשה מלוה, ואין ראי' מכאן לחלוק על הסמ"ע והב"ח ומהר"ם ז"ל, ופשטות משמע דה"ה במלוה.

ומ"ש הסמ"ע ז"ל בסי' רצ"ב ס"ק כ"א וז"ל דקדק וכתב א"צ הא רוצה ליתן לו הרשות בידו דכיון דלא בא בידו בתורת הלואה אין כאן משום ריבית כ"כ במרדכי שם עכ"ל. וא"כ משמע דאסור במלוה, היינו דוקא היכא דלא גורם היזק לחבירו, והוא דברי המרדכי ס"פ המפקיד הנ"ל שהפקידו אצלו והוציאן והרויח בהם בגוונא דמותר להוציאן ע"ש, ושם לא איירי בתובעו להחזירו ורוצה להרויח בהם, וע"ז כתב דבהלוואה ודאי אסור, משא"כ בגורם היזק לחבירו ומבטל כיסו ודאי מותר להסמ"ע וכנ"ל, אי משום דאמרי' מחזקי איגשי ברשיעי לא מחזקינן ובודאי דעתו לעיסקא וכנ"ל, ואי משום דמבטל כיסו חייב היכא דמתחיל היזקא מיד או בגוונא דמרויח בהם.

והנה מהב"ח ז"ל בת"מ סס"י ל"ח משמע דאינו מחויב ואם רוצה ליתן יכול ליתן, דו"ל שם ומשמע מכאן דאעפ"י דראובן קבע זמן לשמעון לפרעו ועבר הזמן

אינו חייב לשלם לו כל מה שה"י שמעון מרויח במעות אלו אם ה"י פורע לו בזמנו דשאני עדים זוממין דכתיב כאשר זמם אבל בעלמא הוי אגר גטר, מ"מ עבירה היא בידו ובכלל גזול את חברו הוי דאפסדיה ממון בגרמתו עכ"ל וע"ש, ומלשונו דכתב אינו חייב לשלם וכו' משמע דחיובא ליכא, הא אם רוצה לשלם מותר, דאי אמרת דהוי איסור הו"ל למימר אסור לשלם משום אגר גטר, אלא ודאי משמע דחיובא ליכא דאם נאמר דחייב הו"ל כאגר גטר אבל אם רוצה לשלם כדי שלא יהי' לו איסור גזול ולפטור עצמו מעונש גזול ודאי מותר לשלם, אכן מדסיים ומ"מ עבירה היא בידו וכו', ואם א"א לו לשלם הריח שה"י יכול להרויח א"כ מה יעשה לתקן העבירה, ולמאי ג"מ כתב עבירה היא בידו וגזילה היא [דהא אינו יכול לשלם] אלא ודאי דמוכח דאם רוצה לשלם ההיזק רשאי, וגם ע"ז י"ל דהב"ח איירי רק במאי דיכול להרויח אינו חייב, דלא הוי רק מבטל כיסו ופטור מן הדין רק איסורא איכא, והיינו בלא מתחיל היזקא תיכף, אבל במתחיל היזקא תיכף מזמן שהגיע זמן הפירעון דחייב לשיטת הב"ח בסי' שס"ג הנ"ל י"ל דודאי חייב לשלם גם במלוה והרי הוי גזול גמור ולמה יפטר מטעם דבמלוה בא לידו, דאל"כ הו"ל להב"ח למנקט רבותא טפי דאפי' במתחיל היזקא אינו חייב לשלם, אלא משמע דבכה"ג ודאי חייב. וגם י"ל דכוונת הב"ח רק היכא דלא ברור היזקא דזמיא דעדים זוממים דאומדין כך, אבל ליכא ברור היזקא דשמא לא ה"י נותן הלוה למלוה מעות עבור זה, אבל בברור היזקא י"ל כשיטת הנ"ל דחייב גבי מבטל כיסו לשלם, א"כ ה"ה הכא חייב אף דהוי מלוה, ומדלא מזכיר הב"ח דגם בברור היזקא אינו מחויב לשלם משמע דחייב. ולפ"ז בנ"ד דהוי תרתי לריעותא דבריר היזקא ומתחיל היזקא מיד ודאי חייב מן הדין, ומדברי הב"ח ז"ל נראה דאף בלא הרויח הלוה במעות יכול לשלם לו ההיזק שיכול המלוה להרויח, וא"כ בהרויח בהם י"ל דודאי חייב לשלם, והנה לפמ"ש לעיל דשיטת הר"א מטוך ז"ל דעד זומם הוי החיובא רק כמו שאר ממון ולא יותר דאמרי' עד זומם חידוש הוא [ואין לך בו אלא חידוש] וכנ"ל, ממילא אין חילוק בין מלוה לעד זומם, וא"כ גם במלוה חייב מן הדין, גם מדינא דהב"ח חיובא מחייב. וראיתי בס' עטרת צבי בס"ס פ"א ס"ק ג"ב שכתב בשם הגאון מ' אלי' ז"ל דאם יש לא' ממרו"ם על חברו והגיע הזמן ולא פרעו ותבע ממנו לשלם שרוצה להרויח בעצמו וחבירו שתק וכש"כ אם השיב לו אני אתן לך ריוח שחייב ליתן לו ריוח כנהוג ואף שלא עשה עמו ממרו"ם על צד הטוב, וכתב החוקי משפט מכאן נראה לי ראה על

התקנה שפוסקים בכל ירידים פסידא דשוקא אם זמן הפירעון הי' ביריד, אבל בתשובת מ"ג כתב דבהלואה אסור דהוי ריבית, וכן משמע בסמ"ע סי' רצ"ב וכן כתב הב"ח בס"י ל"ח עכ"ל.

והנה לפמ"ש מהסמ"ע לא מוכח כלל ואדרבא להיפך שמעינן מיני דחייב לשלם וכנ"ל, וגם מהב"ח לא שמענו איסורא רק דאינו מחויב, וגם בגוונא דברור הויקא ומתחיל הויקא מיד מוכח לפי דברינו הנ"ל מהב"ח דחויבא נמי מחייב, וכנ"ל, וא"כ בהגיע זמן הפירעון ביריד דהוי בריר הויקא ומתחיל הויקא מיד ודאי חייב לשלם להב"ח וגם המ"ג י"ל דאיירי בגוונא דליכא הויקא בבירור ולא התחיל הויקא תיכף, וא"כ אין לנו מי שחולק על בעל חוקי משפט, וכיון דכתב הוא ז"ל דמנהג כן לדון ביריד מי יחלוק עליו כיון דלא מצינו מי שחולק על המנהג ומנהג עוקר הלכה של רוב דיעות [אפילו] אם המנהג כדעיה א' כש"כ די"ל דכו"ע ס"ל הכי וכנ"ל. והנה באחרונים הביאו דברי המאמר קדישין ז"ל דרוצה להתיר במלוה ומנהג היריד והוא אחרון שרוב העולם פוסקים כמותו². (ות"י אינו לעי"י בו) ע"כ בודאי חייב לשלם מן הדין, ואם ירצה אחד לחלוק עכ"פ איסורא ליכא ואם רוצה לשלם הויקא לחבירו ודאי רשאי ולית ב"י איסור ריבית, ובודאי כשאינו משלם יש עליו איסור גזל כמ"ש הב"ח ז"ל הנ"ל.

והנה מ"ש למעלה דמבטל כיסו של חבירו היכא דבריר הויקא תלי' בפלוגתא דשיטת התוס' בב"ק כ' ע"א עם שאר הגאונים, דלשיטת התוס' ז"ל דאפילו בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר הו"מ למימר דפטור, הוי פטור מלשלם ולשיטת הרי"ף והרא"ש ושאר גאונים מחויב לשלם, לפענ"ד הקלושה י"ל דתלי' פלוגתתם בפלוגת' דגמ', דהנה אמרי' בב"מ ק"א ע"א מאי הוי עלה א"ר יעקב א"ר יוחנן בבית שומעין לו בשדה אין שומעין לו בשדה מ"ס משום ישוב א"י, א"ד משום כחשא דארעא מ"ב איכא ביניהו חו"ל וע"ש, ויש להבין במאי פליגי הני לישנא, וי"ל דהנה תוס' שם ד"ה בשדה כתבו דלעיל אר"י רק משום ישוב א"י, היינו משום דלא עשה בידים לא אמרי' כחשא דארעא, משא"כ הכא דנטע בתוך של חבירו בידים, ואידך ס"ל אף דעשה בידים לא אמרי' כחשא דארעא וע"ש, ולפ"ז מ"ד דאמרי' משום כחשא דארעא ס"ל כשיטת הרי"ף והגאונים דהיכא דהויק בידים מחייב כמ"ש הרא"ש שם בפ' כיצד, וא"כ ה"ה התם דהא גם התם משלם לו כחשא דארעא, וכמ"ש התוס' ב"מ צ"ע דבמאמר קדישין סי' פ"א ס"ק ס"ה, הביא רק דברי החוקי משפט ותשובת מ"ג, ולא הכריע להתיר או לאסור.

ק"א א' ד"ה ואם אמר הלה וכו', דצריך לשלם זיתיו, וה"ה הכא צריך לשלם ודאי כחשא דארעא, וא"כ אין לו ריוח. ואף דעשה בידים, הוי כחצר דקיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר דהוא לא גהנה כלל, וא"כ לשיטת תוס' פטור ולשיטת הרי"ף חייב ובהא פליגי הנהו תרי לישנא.

ולפ"ז י"ל דדברי הגמ' שם ע"א תנא אמר הלה זיתי אני גוטל אין שומעין לו מ"ט אר"י משום ישוב א"י ירמי' כגון דא צריכה רבה וע"ש ויש להקשות מאי חידש ר"י בזה וע"ש בשטמ"ק ז"ל, ולפמ"ש י"ל, דהנה ר"י אמר טעמא משום ישוב א"י ולא משום כחשא א"כ ג"מ חו"ל, ובחו"ל שומעין לו, וי"ל דס"ל לר"י דאין ג"מ בין עשה בידים או לא, דס"ל כיון דבריר הויקא הוי גרמי ומחויב כשיטת הרי"ף ז"ל בפ' כיצד דף כ"ו גבי זרק כלי מראש גגו והיו תחתיו כרים וכסתות וקדם וסילקן יעו"ש, וא"כ אמרינן דלא מחייב משום כחשא דארעא וצ"ל דס"ל בחצר דקיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר פטור וכנ"ל, והנה בב"ק דף כ' ע"ב רב כהנא אר"י אינו צריך להעלות לו שכר ור' אבהו אר"י צריך להעלות לו שכר ואמרינן הא דר"א לאו בפירוש אתמר אלא מכללא, ואמרי' כרבה דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי יע"ש, וא"כ קשה ר"י דאמר הכא משום ישוב א"י. ולא משום כחשא דארעא וא"כ ע"כ ס"ל דגברא לא עביד למיגר פטור וכנ"ל, וא"כ קשה הלא ר"י אמר בהקדש אם דר תחתיו מעל, וע"ז אמר ר' ירמי' לתרץ, ואמר כגון דא צריך רבה כלומר צריכין לדברי רבה דאמר בעלמא הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת, וכדאמרי' בב"ק הנ"ל, (או י"ל דכוונת הגמ' הכא, דהנה הכא אמר ר"י משום ישוב א"י ולא משום כחשא דארעא והיינו הטעם כמ"ש תוס' הנ"ל משום דלא עביד בידים, וקשה לשיטת הרי"ף ז"ל דגרמי מקרי בבירר הויקא אף דלא עביד בידים וא"כ הויא בריר הויקא, וע"כ דס"ל כרבה ב"ק כ"ו ע"ב בורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות ובא אחר וסילקן פטור, והיינו דס"ל דגרמי פטור דאף דבריר הויקא מ"מ פטור וכמ"ש הרי"ף שם טעמא דרבה ועל זה אמר ר"י כגון דא צריך רבה וכנ"ל).

והנה לפמ"ש דמ"ד משום כחשא דארעא ס"ל כשיטת הרי"ף והגאונים דבחצר דקיימא לאגרא וגברא לא עביד למיגר חייב, ולפ"ז לשיטת רבינו האי גאון שמביא התוס' שבועות מ"א ע"א ד"ה ומאן דהלכת כא"ד גבי ר"ג דמשביעין שבועת היסט רק באיכא דררא דממונא דס"ל דא"ד הוא עיקר ולא כשיטת התוס' דהויא טפל ללישנא קמא, א"כ ס"ל ג"כ כהרי"ף וא"כ במבטל כיסו

אם יש לו היוזק מיד חייב. וכנ"ל, וא"כ בנ"ד י"ל דלכ"ע חייב, ואף אם יחלוק אדם ע"ז מ"מ בודאי אף אם יאמר א' דליכא חיובא אבל איסורא ודאי ליכא אם רוצה לשלם לחבירו היוזקא ואינו רוצה לעבור באיסור גזל, כיון שאין כוונתו לאגר נטר ודאי מותר וליכא איסורא כלל ומי שאינו משלם כלל ודאי עבר על איסור גזל וכנ"ל זה נלענ"ד הקלושה בנ"ד.

אמנם יש עוד שאלה א' דבלווה שלוח ועבר הזמן וחל' ביניהם שטרות של יתומים קטנים, ועתה צריכים לדון בדין יתומים בכה"ג שעבר זמן הלואה אם מחויב לשלם.

והנה ביתומים אמרי' ב"מ ע' ע"א אמר רבה בר שילה אר"ח וכו' אר"ש מעות של יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד, ותו אמרי' א"ל רבה לר' יוסף הני זוזי דיתמי היכי עבדינן וכו' ומסקינן אלא א"ר אשי חזינן גברא דמשפו נכסי וכו' ויהבינן להו ניהלי' בבי דינא, הרי מבואר דריבית דרבנן מותר במעות יתומים, ומביא הטור וש"ע ביו"ד סי' ק"ס סעיף י"ח דכל ריבית דרבנן מותר במעות של יתומים, [שם ד"ה בבי דינא]. אמנם רש"י פי' דבעינן דוקא ב"ד שיש להם כח להפקיר נכסי המקבל אצל היתומים, א"כ בלא ב"ד אסור וע"ש במרדכי סי' של"ב שדייק כן ה"ר דוד הלוי מפירש"י, והנה המרדכי שם הביא תשובת מהר"ם אף דמעות יתומים אסור ליתן ברבית קצוצה מ"מ אי מטי לי רוחא ללוה יהיב לי כמו שהתנה לכל זקוק רביע לכל שנה וכו' דאיבעי לי לקיומי תנאי דאע"ג דתנאה דאתני עם האפטרופוס לאו כלום הוא וכו' אנן אבוה דיתמי אנן, וע"ש. ולפ"ז ה"ה במקבל מעות יתומים בסתם אם תרויח מחויב לשלם, דהא הטעם משום דב"ד אבוהון דיתומים אינן, ואף שכתב דחייב לקיומי לתנאי י"ל דלרבותא נקיט אף דהיתנה והוי ריבית קצוצה מ"מ מחויב לקיים התנאי, וכן פסק מהריב"ל ז"ל בח"ב סי' כ"ו ע"ש, ועי' במל"מ ספ"ד דהל' מלוה ולוה יע"ש דמסופק בזה אמנם במסקנא מוכיח כמ"ש מהריב"ל ז"ל ולפ"ז גם בנ"ד חייב ליתן הריח. אמנם לשיטת רש"י כיון דלא הוי ב"ד ולא הוי הפקר ב"ד אינו רשאי ליתן הריח.

והנה מהריב"ל בסי' הג"ל מסיק דרש"י וטור שהביא שיטת רש"י יחידאי גינהו ולא פסקינן כוותי' ומקשה על הטור שהביא פירש"י כאילו לית חולק עליו והלא כולם חולקין עליו, ויותר תימא דהרא"ש פי' שם [סי' נא] דבעינן ב"ד משום אימתא דלוה וא"כ למה פוסק כרש"י ולא כאביו הרא"ש יע"ש, וליישב זה י"ל דהנה דברי רש"י תמוהין שמקודם לזה על דברי ר"ש שאמר

מעות יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר וכו' פירש"י משום דרבנן לא גזרי על יתומים, וא"כ למאן צריך ב"ד ודברי רש"י סותרין זה א"ז, וכבר הקשה המ"ל שם על דברי רש"י והנחה בצ"ע וי"ל דודאי על היתומים יש היתר משום דעליהם לא גזרו חז"ל, אמנם אידך מותר להלוה ליתן להם ריבית הלא הוא גדול ואידך מותר ליתן ריבית, והיינו לשיטת הרא"ש והטור שכתב המל"מ שם הל' ב' ד"ה כתב הרשב"א וכו' דס"ל דגם באבק ריבית הוי אסורא ללוה ג"כ וע"ש, וא"כ י"ל דרש"י ס"ל כהאי שיטה, וע"כ ס"ל דבעינן הלואה בב"ד דב"ד מפקירין נכסי הלוה והוי כאילו לא נתן ממונו, וע"כ על היתומים פירש"י דהוי התיירא דעליהם לא גזרו חז"ל. אמנם על הלוה הרי קשה [שאסור לו ליתן] ע"כ פירש"י הטעם דמשה צריך ב"ד ולא קשה על רש"י, ולפ"ז י"ל דאף דהרא"ש כתב הטעם דצריך ב"ד משום אימתא, מ"מ ודאי הרא"ש לשיטתו [דגם באבק רבית הוי איסורא ללוה] ודאי צריך לפרש ג"כ מטעם רש"י, ואף שעל הרא"ש י"ל דס"ל כהרשב"א והנ"י דבאבק ריבית ליכא איסורא על הלוה וכמ"ש המל"מ שם בשם מהראנ"ח, מ"מ הטור ודאי ס"ל דאסור ללוה וכמ"ש המל"מ שם, וע"כ פי' הטור טעם ב"ד כרש"י ולא קשה קושית המהריב"ל הג"ל.

אמנם י"ל דאף [אם נאמר] דס"ל לרש"י דבלוה ליכא איסורא וכשיטת הרשב"א והנ"י ז"ל י"ל דברי רש"י, דהנה המל"מ שם הל' י"ד ד"ה כתב הרשב"א הביא שיטת הרשב"א דאבק ריבית דמותר במעות יתומים כגון שהתנו שיעמדו כל המעות מיוחדים ושיקבלו היתומים מן הריח הנמצא שם ממש, אבל לא שיוציאם הלוה לצרכו ושיפרע לאחר מכאן וכו' ע"ש במל"מ במה שמפלפל בדברי מהריב"ל, וא"כ יקשה מאי מהני במה שמליון מעות יתומים וליכא איסורא, ואכתי איכא למיחש שמא יקח הלוה המעות ויוציאנו לצרכו ואם כן לא נוכל ליקח ממנו הריח, וע"כ צריך ליתן לב"ד וב"ד מפקירין נכסי לוה, והיינו כל נכסיו הם ברשות היתומים וכל המעות שיעסוק בהם אף לא במעות של היתומים הוי כאילו עוסק במעות היתומים ומותר ליקח הריח ממנו, וע"כ פירש"י טעמא דב"ד משום הפקירא דנכסי לוה, ומשה הביא הטור שיטת רש"י ול"ק על הטור, ולפ"ז בעוסק במעות יתומים גופי' באמת צריך לשלם אף שהלוה המעות בלא ב"ד, וא"כ בנ"ד ליתא מאן דפליג, דחייב לשלם וגם בשיטת רש"י הביאו הפוסקים דיעות אם יכול לומר קים לי וכמ"ש המל"מ שם, ולפמ"ש דגם רש"י מודה בזה דמחייב ליתן בנ"ד ודאי לא יכול לומר קים לי, ובפרט לפי הכלל שכתב התומים בקיצור תקפו כהן [סוף סי' ככד] דשיטה שלא

הביאו הב"י והרמ"א בחיבור שלהם אי אפשר לטעון קים לי, והרי הב"י בי"ד סי' ק"ס הביא בלי חולק כלל דלא בעי ב"ד והרמ"א לא פליג ולא מביא י"א כלל, ודאי שאינו יכול לומר קים לי.

וגם במלוה סתם מעות יתומים חייב ליתן חצי ריח וכן"ל וכמ"ש המל"מ שם בשם מהריב"ל ח"א כלל ח' סי' כ"ה וכלל י"ז סי' ס"ג, ומה שהקשה שדברי מהריב"ל בח"ג סי' קי"ב סותרין לזה, שכתב בנידון שקיבל המעות יתומים להלביש אותם בסחורות וחזר וזקף עליו המעות במלוה ואינו רוצה ליתן מהריח הסחורה וכתב אע"ג דלהרשב"א ומקצת המורים אינו מחזיר לתת הריח הכא שאני דהוי מעות יתומים משום תשובת מהר"ם, והנראה מדבריו שם דלא רצה לדמות שאלתו להא דמהר"ם אלא משום דבנידון דידיה קיבל המעות כדי להלביש אותם ודמי להאי דמהר"ם שקיבל המעות בריבית קצוצה ומש"ה כתב דיש מקום לדחות דאדרבא איפכא מסתברא, ואם איתא דס"ל דלמהר"ם היכא שקיבל מעות היתומים בסתם שחייב לתת מהריח, איך עלה על דעת הרב ז"ל לומר דמשום שקיבלם מעיקרא להלביש שלא יהי חייב לתת מן הריח לאחר שזקפן במלוה כיון שאפי' בסתם חייב ליתן מן הריח א"ו דס"ל דדברי מהר"ם הללו הם דוקא היכא שלח בריבית קצוצה, אבל בסתם לא והוא היפך ממש בח"א עכ"ל ע"ש, ולא זכיתי להבין דברי קדשו בזה, דהא זה הוא כוונת מהריב"ל במ"ש דאיברא דיש מקום לדחות דאיפכא מסתברא, כלומר, דיש מקום לדחות ולומר דבסתם גרע מקיבל בתנאי דריבית וכסברת המל"מ דבתנאי עדיף, וא"כ כשזקפן במלוה בסתם עדיף, ע"ז מדהא זה ואמר דאיפכא מסתברא דבסתם עדיף מתנאי, וכמ"ש בח"א דבסתם נמי מחייב ואדרבא עדיפא מתנאי דריבית, וא"כ בין בתנאי בין בלא תנאי רק בקיבל סתמא מעות מיתומים חייב ליתן חצי ריח.

וגם בלא יתומים י"ל בהא דזקפן עליו במלוה אי מהני שכתב שם מהריב"ל דעת הראשונים יע"ש באריכות וכמבואר הפלוגתא ברמב"ם פ"ז מהל' מכירה הל' י"ב לדעתי י"ל דתליא בפלוגתא דרש"י ותוס' בב"מ ק' ע"א, דאמרי' שם אמר רב בטוענו דמי עבד גדול דמי עבד קטן ופירש"י מסרתי לך בידך שתקנהו לי ולא קנית ותובעו הדמים עכ"ל, והקשה תוס' [ד"ה דמי] דלא הו"ל למנקט במתני' לוקח ומוכר אלא שליח ומשלח ע"ש וי"ל דרש"י ס"ל כשיטת הסוברים בעשאו שליח אף שזקפו עליו במלוה קנה המשלח, ומש"ה תני במתני' גדול לקחת, כלומר כשנתתי המעות לידך לקנות תיכף הוי המקח ואם תיקח הוי המקח בידך, ולא תוכל לזקוף המעות במלוה אצלך

ולקנות לעצמך ומש"ה תני לשון קנין, משא"כ אי תני שליחות, הו"א דהוי רק שליח ושליח יכול להחזיר ויכול ליקח לעצמו, ואף אם לקח העבד לא מקנה להמשלח, ומש"ה תני לקחתי דהיינו אם קנית העבד הוי שלי ואני לקחתי, אך אתה טוען שלא לקחת כלל וע"כ אני תובע רק הממון, משא"כ אם קנית ה"י שלי העבד ולא שלך, וזה שדייק רש"י ז"ל מסרתי לך בידך שתקנהו לי ולא קנית ותובעו הדמים, ולכאורה מילת ותובעו הדמים מיותר, רק מדייק שטוען כיון שלא קנית ע"כ אני תובע רק הדמים, אבל אם קנה לא ה"י תובעו הדמים כי בע"כ צריך ליתן לו העבד, ותוס' דפליג על רש"י ס"ל דבאמת הוי כשליח בעלמא ואם חזר בו וזקפן עליו במלוה קנה לעצמו. וע"כ מקשה על רש"י לתני שליח וממלא ידעי' דלא יכול ליקח לעצמו ורש"י ס"ל דלאו מילתא דפשיטא היא וע"כ צריכין לאשמעינן בדינא דתני לשון לקחת.

אמנם דברי מהריב"ל לא זכיתי להבין במ"ש שם דהר"ן ובעל מתיבות ס"ל דאף דזקפן עליו במלוה מוציאין בע"כ, דהא מדמקשה הר"ן ר"פ האומר בקדושין [גט א] דרבה בב"ח יהיב זוזי לרב א"ל זבנה ניהלי להאי ארעא ואזל זבני לנפשי וכו' באגא דאלימא הוי וכו' והקשה הר"ן ז"ל מתוספתא דתניא הנותן מעות לחבירו ליקח לו פירות למחצית שכר וכו' ואם ידוע שלקח מוציא ממנו בע"כ ה"ג ליפקי' להאי ארעא רבב"ח ותי' בעל מתיבות דהתם בשלקח בזוזי דמשלח אבל הכא רב בזוזי דנפשי זבין וכן"ל, והוכיח מהריב"ל מדלא תירצו דרבב"ח ותוספ' אידי ואידי איירי בשקנה במעות המשלח והא דרב איירי בשקנה לעצמו וזקף עליו במלוה, אלא ע"כ ס"ל דאף בזקפן עליו במלוה ל"ק השליח רק המשלח וע"ש, וקשי' דהא ודאי לפי המסקנא לק"ק הר"ן ז"ל דכיון דלא רצו למכור לרבב"ח רק לרב, א"כ איך יקנה רבב"ח, והלא הוי כאומר המוכר בפירוש שאינו רוצה למכור להמשלח רק להשליח וכה"ג ודאי ל"ק המשלח, והנה על כל שליח אמרי' בב"ק דף ק"ב ע"ב וכי מי הודיעו לבעל חיסין שיקנה חיסין לבעל המעות, רק מטעם שליחותו עבד וקנה, וא"כ כשאומר בפ"י המוכר שאינו רוצה למכור רק להשליח ולא להמשלח ודאי ל"ק המשלח ול"ק כלל מהתוספתא, רק קושית הר"ן על הס"ד דגמ' דס"ל דקנה רב לעצמו ומקשה והלא תניא דנהג בו מנהג רמאות, וע"ז מקשה הר"ן למה מקשה הגמ' דנהג בו רמאות והלא ל"ק כלל רב, וע"ז תי' בעל מתיבות ז"ל דקנה במעותיו לעצמו, ולא יכול לתרץ דרב קנה לעצמו במעות רבב"ח וזקפן עליו במלוה, דבזה ודאי נהג מנהג רמאות, וא"כ אכתי קשי' איך נהג רב מנהג רמאות וא"כ יקשה דרב עשה תרתי

הן הרב המופלג השואל האריך בזה בחכמתו על כל גדותיו בכל צדדי הפרטים בחריפות ובקיאות. ולדעתי אראה מתחילה להשיב את הנראה לפענ"ד בעיקרי השאלה, ואח"כ נבאר בפרטים המסתעפים, ואחר כל אלו אשתעשע את ידי"נ החכם השלם בחידושין שחידש בזה בשעשועין דאורייתא.

א

הן לכאורה נראה כדברי החכם המופלג נ"י שדין זה תלוי בדברי הש"ך והסמ"ע בס"ס פ"א, דלדברי הסמ"ע אם תבע המלוה את מעותיו לאח"כ שיכול להרויח בהן והלוה השיבו שיתן לו ריווח, מחויב ליתן לו, ולתירוצו של הש"ך אפשר לומר דפטור. ולדעתי נראה דבהלואה אין מקום ומקור כלל לחייב את הלוה אף בדיני שמים, ולא עוד אלא היכא דאמר בסתמא שיתן לו ריווח אוי לדעת ראב"ד [בפ"ו מהל' מלוה ולוה הל' ג] הוי ריבית קצוצה ולשאר פוסקים מידי אבק ריבית לא יצא והיכא דאמר לו בפירוש שיתן לו מחצית ממה שירויח אוי לכ"ע הוי אבק רבית, כמו שפירש"י גבי מעות יתומים [ב"מ ע א בד"ה קרוב לשכר] ובזה היכא שאמר הלוה לאחר זמן הפרעון שיתן לו מחצית שכר המלוה מפסיד על ידו, אוי לדעת יש"ש ב"ק פטור, ומותר משום ריבית ויתבאר לקמן.

וטעמא דמילתא שהרי מבואר להדיא ב"ק דף נ"ו [א] בכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה לאוקימתא דר"א דשוי' טמון באש דפטור מדיני אדם וכפירש"י שם [וכן פסקינן שם בש"ע חו"מ סי' תיח סט"ז]. הרי דאע"ג שאש סמוך לו ובוודאי יתחייב הלה לשלם ואפ"ה פטור מפני שעדיין לא זכה הנזק בחיובו דמויק. ועיין היטב ברמב"ן בדינא דגרמי שכתב שם להדיא כן, שאין לחלק בין מבטל כיסו של חבירו מן הרייח או מן תשלומי ההפסד שיגיע לו מחבירו, דעיקרא דמילתא מפני שעדיין לא זכה בו הלה, ואע"ג דהתם חייב בדיני שמים, זהו היכא דאיש אחר בא ועשאו טמון באש וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה, ואע"ג שמציל בזה את חבירו כיון שהצלתו הוא שלא בפלס מאוני תורתנו הקדושה, שהתורה חייבתו והוא נכנס בריב שאינו שלו וגרם לפוטרו, אוי חייב בד"ש מיתה, ולהכי לא אשתמיט חד מהפוסקים להשמיענו שגם אם המזיק בעצמו שוי' טמון באש שחייב עיין ב"ק דטמון באש דפטור התורה הוי דזקא היכא דאפסקא לגמרא אלא ודאי דבזה פטור אפי' בד"ש משום שכוונתו להרויח לעצמו והדברים עתיקים שגם בדיני דגרמי שחייב לשלם מדינא פטור לגדולי הפוסקים היכא שמתכוין להרויח לעצמו, עיין חו"מ סי'

רמאות, לקח לעצמו ולקח מעות המשלח לעצמו בלא דעת חבירו, דאף דזקפן עליו במלוה קנה, והיינו משום דקנה המעות בגזל וא"כ ודאי רב לא עביד הכי דיגזול מעות חבירו, רק דהגמ' מקשה אף שקנה לעצמו במעות עצמו מ"מ תנינא דעביד מנהג רמאות, וגם לפי המסקנא א"א לאוקמי בזקפן עליו במלוה, ודאי אף דמותר ליקח לעצמו באגא דאלימי מ"מ איך לקח מעותיו של רבב"ח בלא דעתו.

והכי מוכח דזקפן עליו במלוה הוי גזלן. דהנה קשיא לשיטת הסוברים דזקפן עליו במלוה קנה לעצמו, א"כ מאי קשי' על רב מדתני' אם לקח לעצמו מה שעשה עשוי אלא שנהג מנהג רמאות, דילמא הברייתא איירי דקנה לעצמו במעות המשלח וזקף המעות עליו במלוה. וע"כ אמרי' מאי שעשה עשה ונהג מנהג רמאות, אלא ע"כ דבזקף המעות עליו במלוה הוי גזלן על המעות ולא שייך למתני נהג בו רמאות, וא"כ מאי הוכיח מהריב"ל מדברי הר"ן ומתיבות בזקפן עליו במלוה, א"כ צ"ל דרב ח"ו גזלן ה', וא"כ אינו מוכרח מהר"ן ובעל מתיבות.

אמנם לפי שיטת מהריב"ל גם הר"ן ובעל מתיבות הכי ס"ל וגם דעת הרמב"ם היא כן וכן כבר כתבנו שכן שיטת רש"י וכן י"ל שיטת התוס' וכו', וא"כ בזקפן עליו במלוה אפ"ה אמרי' דקנה המשלח, א"כ קונה בסתמא דאמר' דסתמא עסק עבור המשלח, ואף דלא נתן לו בהדיא לעיסקא מ"מ כיון שהגיע זמנו לפרוע וידע שחבירו מקפיד על המעות להיות עוד בידו אא"כ ירויח במעות עבורו, אמרי' מחזיקינן אינשי ברשיעי לא מחזיקינן כנ"ל, א"כ ודאי מתחייב לחבירו דסתמא הרויח עבור חבירו, וק"ו למעות יתומים דמחייב מן הדין וכמ"ש מהריב"ל. ע"כ אין ספק כנ"ל דבמעות ושטרות של היתומים מחוייב ליתן מחצה ריווח וגם י"ל דביתומים מחוייב לשלם כל מאי שמבררים היתומים שהי' יכולין להרויח, כיון שמותר ליתן בלא היתר עיסקא, א"כ אם כל הרייח יעלה מה שהפסידו היתומים בהרייח אם הי' בידם, ודאי חייב לשלם מה שהפסידו היתומים כיון שעיקב המעות בידו, ובפרט לפי מה שביררנו לעיל בס"ד דבכה"ג לכ"ע חייב משום מבטל כיסו ע"כ ודאי חייב לשלם. כן נראה לפענ"ד החסרה והקלושה.

וזאת התשובה אשר באה מאת ד"ר משה יהודה לייב נ"י אב"ד רק"ק לאפק"י.

1. תשובה זו של הגאון ר' משה יהודה לייב זצ"ל מקוטנא נדפסה בשינויים קלים בספרו זית רענן חלק שני יר"ד סי' טו-יז.

ס"ו סעיף כ"ג ובש"ך ס"ק פ"א. וממילא נשמע דהיכא שעיקר חיובו הוא רק בדיני שמים אזי לכ"ע יש לפטור במקום שמכיון להרויח לעצמו. וממילא נשמע דה"ה בנ"ד אע"ג שנתברר שיכול המלוה להרויח בהם והלוה מדחיתו בלך ושוב שפטור אפי' בד"ש.

וא"ל דשאני גבי טמון שלא עשה מעשה בממונו דחבירו רק שכיסהו, דו"א ולא ניתן להאמר כלל, שהרי גם בהלואה הוא ממונו של הלוה לגמרי כמבואר להדיא בפוסקים. ועיין רש"י קדושין דף ר' ע"ב בד"ה ל"צ בסה"ד חו"ל אבל וכו' לאו מידי יהיב לה שכבר הם ברשותה והם שלה עכ"ל. וכיון דפטור אפי' בד"ש, רק היכא דיש לו לשלם ומדחיתו בלך ושוב אזי עובר על לאו מדברי קבלה כדאיתא בחור"מ סי' צ"ז ס"ג, אבל לחיובו ממונו גם בד"ש לא מצינו, ובפרט היכא דבאמת אין לו במזומן אזי פשיטא דפטור אפילו בד"ש. לכן היכא שמבטחו שלא יפסיד עי"ז, או שיתן לו ריח סתמא, אזי פשיטא דתליא בפלוגתא דהרמב"ם והראב"ד הנ"ל אם הוי רבית קצוצה ומאבק ריבית לא נפקא לכל הפוסקים.

איברא, היכא דאמר לו שיתן לו מחצית שכר הרי זה דומה כאילו נתן לו מתחילה להתעסק בהן למחצית שכר שהוא הלכה פסוקה שתיקנו חז"ל בזה שהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון, עיין רמב"ם בפ"ו מהל' שלוחין ושותפין הל"ב ובמרדכי ס"פ החובל גבי קרע את כסותי גבי מלוה לאחר זמן פרעון ואמר לי יהי בידך למחצית שכר דאמרינן שכוונתו הי' על עיסקא פ"מ ופ"פ, רק דפסק דל"מ מידי כיון שכבר נתחייב באחריותו ודמי לדאיתא לידו בתורת שמירתו. דל"מ מה שאמר לו אח"כ קרע את כסותי, וה"ג כיון דמתחילה בתורת מלוה אתי לידו ושוב לא נשתנה הענין בדיבורא בעלמא כדאיתא בח"מ סוף סי' ק"ך ובכמה דוכתי מ"מ ס"ל למהרש"ל ביש"ש ב"ק סי' ע' דלית בי' משום ריבית, אע"ג דמצד הסברא נראה דכיון דלא מהני התנאי לענין הפסד שיהי' המחצית באחריותו של המלוה, ה"ג ל"מ לענין הריח ושוב לא נפיק מכלל אבק ריבית מ"מ אין בידינו להכריע מצד הסברא נגד דעתו הגדולה. איברא, נראה דבכגון זה אמרינן הו' דלא לוספי עלה, דזהו דווקא היכא שהמלוה היתנה כן, שיהי' מהיום והלאה למחצית שכר הוא דלית בי' משום ריבית היכא דהרויח ורוצה לתת לו, מפני דאמרינן שהלוה סמך על דברי המלוה, שבכלל דבריו שגם אם יפסיד יופחת מחלקו ג"כ החצי כמש"כ היש"ש שם להדיא, אבל היכא שהלוה אמר כן לאחר זמן פרעון שהמלוה לא סמך את עצמו על דיבורו שיודע שלדחותו אמר כן, וממילא לא נתרצה ג"כ להכניס א"ע בפלגא

דפסידא, אזי נראה שגם מהרש"ל מודה דמ"מ מידי אבק ריבית לא נפקא.

ועוד ראי' לעיקר דברינו דבהלואה לכ"ע פטור אפילו היכא שהמלוה מברר שיכול להרויח בהם מש"ע חור"מ סי' ס"ו סעיף ל"ב בהג"ה היכא שמוכר שט"ח שיש לו על נכרי בריבית וחוזר ומחל לנכרי דא"צ לשלם לו רק הריבית שכבר עלה עליו, אבל לא הריבית מהיום והלאה, ועיין בש"ך שם ס"ק ק"ז שמשגיג גם על זה מפני שריבית אינו גמכר, ואע"ג שהי' יכול לגבותו, דמניעת ריח לא חשיב היזק יעו"ש, הרי אע"ג דהפסידו ברורה לנו מ"מ פטור, והרמ"א שחולק בזה משום דס"ל דריבית גמכר וכבר זכה זה בקנייתו, אבל לכ"ע מיהת בריבית שיעלה עליו לא מחייבין לי, ואע"ג דבוודאי יגיע וע"י מחילתו מפסידו מיד, וא"כ מכ"ש בריות שיגיע למלוה אם יפרע לו שעדיין לא זכה בזה מאומה דלא מחייבין לי משום עיכוב פרעונו, דלא עשה מעשה רק בשב ואל תעשה דלית שום צד לחיובו. ואי משום שהוא הרויח בהם דהא כיון דמלוה להוצאה ניתנה וקנה אותן להוציאן לגמרי, שוב מאי איכפת לן במאי שהרויח במעות של עצמו, ואין הגידון דומה לראי' כלל לסי' רצ"ב דמחייבין לי אם יכול להרויח כמו שיתבאר להלן, ומ"מ יש מקום לקושת הסמ"ע וש"ך בס"ס פ"א כמ"ש לקמן באות ב'.

ובזה שכתבנו די לבאר דלא דמי לדברי ב"ח ורמ"ה לקמן בסי' שס"ג דהיכא דנועל בית חבירו ואינו מניחו להשכירו דחייב לשלם מפני שמפסידו בבירור, דהתם שאני כיון שביתו ברשותו לכל דבר, וכשם שיש לו קנין הגוף יש לו גמי קנין הגוף לפירותיו, דהיינו הבית לדור בו, דהוי כמו דקל לפירותיו וע"י מעשיו גוזל ממנו מיהת קנינו לפירותיו, מש"ה ס"ל דחייב לשלם הפסידו, משא"כ הכא שהוא רק ע"י העדר מעשיו לחוד. ועוד דבדידי' קעביד שכבר קנה המעות משעת הלואה (ועיין רמב"ן פרק השולח שכתב כן גבי מו"ק שעבודו לחלקו מדינא דגרמי מפני דבדידי' קעביד מעשה) ומה שהרויח בהן הלוא בשלו מרויח, ולא נתכוין להזיק רק להרויח דעדיף ממוחל בתלתא דרגא דפשיטא דפטור, וכיון דפטור אפי' בדיני שמים פשיטא דאית בי' משום ריבית.

ועוד ראי' דאלת"ה ונגקוט דברי הסמ"ע בפשיטות שגם בהלואה מחויב לתת לו ריח כשהלה מפסיד מה שיכול להרויח והלוה מרויח בהן, אזי מלבד ראיה הנ"ל מטמון באש ומריבית שיעלה דפטור המוחל, תקשה לן דא"כ בקל נעקרו כמה תקנות והלכות קבועות, חזא שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב ולא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו, והשתא אי תימא שהלוה יתחייב לשלם למלוה ממה

שהרויח והלה יכול להרויח א"כ לרוב פעמים יתבטל הלאו לגמרי, שהרי יש אפס מנהו אשר עדיין לא זקפו עליו במלוה והוי כהקפת חנות שאינו עובר עליו, וכיון דמעורב בו מידי שאינו עובר עליו תו לא עבר עליו גם על מלוה כיון שבמשכון זה יש בו שמץ מנהו שאינו עובר עליו כמבואר בנתיבות המשפט סי' צ"ז יעו"ש שמביא ראי' לזה משוטחה לצורכה ולצרכו וראי' זו שהבאתי הגם שאינה מוכרחת אבל מכרעת ומסתברת.

ועוד בדמות ראי' מס' ק"ג דאם ירד המלוה לגכסי הלה אפי' כשעשאו אפותיקי מפורש והחזיק בהם שלא מדעת הלוה ושלא ברשות ב"ד דכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו, והרי הפסיד המלוה ע"י עיכוב הלוה שאילו נתנו לו מדעתו כאשר נתחייב לו בשעת הלוואה שעשאו אפותיקי מפורש, הרי כבר הרויח המלוה הפירות הללו וע"י עיכובו הפסידו לגמרי, ועוד מידי איירי שלא הי' יכול להרויח במעותיו ואעפ"כ מנכין לו כל הפירות שאכל בלי שום ניכוי מעיכוב הפרעון ומהפסידו דמלוה.

ב

ועתה נבאר דברי הסמ"ע בס"ס פ"א שלכאורה דבריו תמוהים שהקשה על מלוה מפקדון דמג"ל לדמותו, ועוד שכבר ביארנו דבמלוה לכ"ע פטור, ועוד יש לדקדק דמשמע מדבריו דעיקר קושיתו על מה שהציב ציוגו דלא מהני דיבורו כיון שלא התנה בשעה שנתחייב וגם בלא קנין, וביותר ה"ל להקשות דאפי' בלא התנה כלל יתחייב כמו בפקדון.

לכן נראה לפע"ד למעיין היטיב בתשובת הרא"ש שם [כלל סו סי' י] יתבונן דעובדא הכי הוי, ראובן תבע לשמעון את חלק בנו שמת, בשט"ח שיש על שמעון מה שמגיע ממנו מנדונית אמו של בנו ותבע גם את הרויח שהבטיח לו, והשיב כיון שלא הבטיח לו בשעה שנתחייב לא מהני מידי בדיבורא בעלמא, דמשמע שבשעה שנתחייב מהני ומחויב לתת לו ריוח הלא זה רבית גמור, שגם אם נימא שכוונתו הי' ממה שירוויח מכל מקום אבק ריבית הוא, שהרי אפי' כשיכול להרויח בהם להלותם לגכרי התורה חייבתו בהכי להלותם לישראל בלא ריבית, א"ו דעובדא הוי ששמעון חייב א"ע ליתן לנדן איש אחד בעד האשה הזאת שהיתה אם בנו ואח"כ מת בעלה הראשון ולא הגיח אחריו לשלם נדוני' של אשתו, ונמצא שמגיע לה הנדן ע"י שיעבודא דר' נתן ואח"כ נשאת לראובן והי' לו בנים ממנה ומתה ואח"כ מת בנו הקטן שאינו יכול לתבוע מחמת אשתו שאין הבעל נוטל בראוי [כמבואר בש"ע אה"ע סי' צ ס"א] וטוען ראובן ששמעון הבטיח לו אחר שמתה אשתו ותבע ממנו את חלק בנו הקטן, אזי

הבטיח לו ליתן לו ריוח דהיינו ממה שירוויח כמו דפסקינן דגכסי יתומים קטנים מותר להלותן קרוב לשכר ורחוק להפסד, ועל זה השיב הרא"ש דאם הבטיח בשעה שנתחייב הנדן בוודאי מחויב לשלם, דבנדן פסקינן כן דבשעת חיובו מותר לקצוב גם בריבית כמ"ש בס"ס קע"ו וסי' קע"ז סעיף ט"ו ומחויב לשלם כאשר קבל עליו. אבל אם כבר נתחייב הנדן ואח"כ פסק בריבית פטור, ואסור גם משום רבית ומש"ה בעובדא הלו אע"ג דמותר משום דבשעת פסיקה כבר הגיע לגכסי יתומים מ"מ פטור משום דבדיבורא בעלמא לא נתחייב.

(וא"ל שהרי במעות יתומים אפי' לא התנה כלל מחויב ליתן החצי ממה שהרויח אפי' בלא התנה דהוי כאלו התנה כמבואר בס' ק"ס סעיף י"ט [ובט"ז שם ס"ק יז] דזהו כשהיו מעות של היתומים בשעת הלוואה, אבל הכא לא הי' בשעה שנתחייב מעות של יתומים) ועל זה הקשה הסמ"ע מס' רצ"ב דכיון דמחייבין לי' שם כשולח יד משום עיכוב הפרעון, הרי דאיתא בכלל דין ממון מה שהפסיד הלה ע"י עיכובו והוא הרויח בהם, דנהי דהתם עדיף טפי כאשר נבאר להלן באות ז"ח בארוכה בדרך מישרים בעזה"י. ומשה"ט מחייבין לי' התם אפי' בלא התנה, מ"מ יתחייב הכא כשהתנה אפי' בדיבורא לחודא, שהרי זה עולה במסילה להא דפסקינן בס' קכ"ט ס"א ברמ"א ובסמ"ע ס"ק ג' כשתובע את חבירו לשלם לו ואין לו ובא חבירו ואמר אני אשלם בעדו, דאזי היכא שפטר את הלוה לגמרי מחויב חבירו לשלם לו דהוי כערב בשעת מתן מעות שעל פיו הלוהו וה"נ על פיו פטר את הלוה. ותו נעלה עוד בהדרגה זו ונימא דאיזה נפקותא יש בין מוחל לגמרי לחייבו בכולו, או למוחל לו במקצת לחייבו במקצתו, שהרי מבואר בס' ס"ו סעיף כ"ד ובש"ך ס"ק פ"ג דגם כשמוכר מאריך הזמן פרעון ללוה מחויב לשלם ללוקח מה שהפסיד לו. וכיון שכן הרי בעובדא זו שכבר הגיע זמן הפרעון לשלם ליתומים והי' יכול לנגוש שישלם לו וילום לאחרים קרוב לשכר ורחוק להפסד, ורק משום תנאו שהתנה עמו שיתן לו החצי ממה שירוויח מהיום והלאה מחל לו במקצת, דהיינו שהרויח לו הזמן פרעון והניחו מלנגוש עוד ולכפותו שישלם לו בזמנו וירוויח בהם, וזהו עצמו בכלל דין ממון, ודמי למחל לו במקצת, ומן הדין שיתחייב לו גם הוא באותו מקצת, דמה לן בין מחל לחבירו או מחל לעצמו כיון שרק מפני הבטחתו הניח לו במה שנתחייב לשלם כבר בזמנו ומפני הבטחתו נפסד הלוה במה שיכול להרויח.

איברא, זהו היכא דלית בי' משום ריבית בין בשעת הלוואה בין בשעת התנאי, אבל בשאר ערב שלא

בשעת הלואה אפי' כשהגיע זמן פרעון משום דאיסור ריבית מפיקע דין ממון שבו ואפקעתא דמלכא הוא ומש"ה פטור הערב לגמרי, וע"ז תירץ דאיירי בתוך זמנו, דאע"ג שמגיע לו ריחא לאחר זמן מ"מ כיון דבשעת התנאי לא נהנה כלום וזו לא יתחייב בעבורו, ועיין באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ל"ח יעו"ש. ובסמ"ע שם [סוף סי' פא] כתב עוד וז"ל או דאיירי בלא תבעו דהיינו שלא גילה לפניו שייכול להרויח בהם ע"י עסקיו או להלותם לאחרים, ומש"ה עודנו לא נכנס בסוגיא דממונא שיתחייב חבירו מפני שיתדמה למחול לו במקצת.

הא דהוצרך הסמ"ע להציג קושייתו מסי' רצ"ב ולא הביא ממתניתין דריש מכות [ג, א] גבי עדים זוממין דהזמה שאני דחידוש הוא שהרי לא נפסד חבירו כלום על ידו, דאפי' לדעת הפוסקים דגבי ממון לא אמרינן כאשר עשה שיפטרו מלשלם אך מ"מ לא הפסידו לחבירו מאומה, שהרי הלה מחוייב להחזירם ואפ"ה לא נפטרו המזה מתשלומי הזמה, ולא עוד דאפי' גבי ספק ממונא כמו גבי שינוי וחדר בעינו דפטור לשלם משום ספיקא אלא כשיתפוס וכשהוזמו מחויבים לשלם לרב עיין רמב"ם פכ"א מהל' עדות הל"ד ובכסף משנה ובמגדל עח.

ולרווחא דמילתא לשעשועין דאורייתא נביא עוד ראי' מוכרחת לזה, דשאני עדים זוממין משאר מזיקים, שהרי לרבנן דפטרי בדינא דגרמי פטור ג"כ בזיכה את החייב אפי' היכא דקם דינא כמבואר ברמב"ן בסוגיא דשיקול הדעת ובתוס' שם איתא שני תירוצים בזה, והשתא אי תימא דעדים זוממין שווין לשאר מזיקין דעלמא אי"כ לא משכחת לן עדי שובר ופרעון דהרי הוי כעדות שאי אתה יכול להזימה שהרי לא הוסיפו מאילו שרפו שטרותיו לגמרי, אלא ודאי אע"ג דבעלמא פטורין מ"מ עדים זוממין משלמין על מחשבתן הרעה. ובוה נסתר מה שהאריך החכם השואל בזה בדברי הגהות מיימוני ומל"מ בפ"ז מהל' מלוה ולוה והא דלא הסב הסמ"ע הקושיא מסי' ס"ו סכ"ד דשאני שהמוכר הפסיד שטרו מדמי שווין שהי' בשעת קנייתו כמובן.

ג

והש"ך בס"ס פ"א חולק בזה וס"ל דגבי עניני חיוב והלואה פטור כשהתנה בלא קניין אפי' היכא דלית ביה משום מילתא דאיסורא, בין בשעה שנתחייב ובין בשעת התנאי אפי' כשתבעו לאחר זמנו והוא מפסיד והלה מרויח אפ"ה פטור, ולא נוכל לדמותו להא דריש סי' קכ"ט כיון שגם התם עיקר חיובו הוא מחמת ערבות דגילתה התורה דמהני בדיבורא בעלמא ועיין ריש פ' הנושא בכתובות דף ק"ב ע"ב לא קאמר ר"י התם אלא וכו'.

וכן הא דאיתא בריש קדושין [ו, ב] תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב הרי דדין ערב הוא סוג מחדש, וע"כ לא חידשה לן אלא בגוף אחר חוץ משניהם, אבל לא בדברים שבין המלוה והלוה גופיה, דלא מיבעי לדעת הפוסקים [חור"מ סי' שפ ס"א ברמ"א שם] גבי זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דלית ביה משום ערבות, פשיטא דהכא לית לן לחיובא ללוה בדיבורו משום ערבות, אלא אפי' לדעת החולקים דמחייבין, דהתם מיהת איתא פעולה מהודשת חוץ משניהם, משא"כ הכא דליתא אלא בין מלוה ללוה גופיהו לא נכנס כלל בסוג ערבות. גמצא לפי זה לכ"ע גבי הלואה היכא דאית ביה סרך איסורא לא מהני הבטחתו כלום, שהרי סוף דינא לא עדיף מתחילת דינו דמריבין להדיא ב"מ ע"א ע"ב דישאל קדם בלא ריבית מעכו"ם בריבית ובפרט בעתים הללו, דבטלו הכפיות וההתנגשות מאחינו בנ"י דלא פטרו במיד', ובמה יתחייב הלוה. איברא הסמ"ע ס"ל דאין סברא לחלק בסוג הערבות משום שפעולה יוצאת חוץ משניהם, רק שבזרוק מנה לים היינו טעמא דפטרי משום דלא אתא לידי בר דעת דליזכי בהו, כמ"ש הר"ן פה בריש קדושין.

ד

ולפ"ז נראה ברור לפענ"ד לדינא שהלואה פטור, ולא עוד אלא שאסור, וא"ל משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וכשאמר לו לאחר זמן פרעון בזה"ל מסתמא אראה שלא יגיע. לך היזק, דכוונתו היתה למחצית שכר בפלגא מלוה ופלגא פקדון כמו שהאריך בזה החכם השואל, וראיתו מדברי הרא"ש פרק איזהו נשך גבי חצר דלא קיימא לאגרא, ומדברי הר"ף גבי מחילה בטעות לפירושו של הנימוק"י שם, לדעתי נראה דלא דמי דשאני התם דמשום חזקה זו לא מפקינן דבר מחזקתו הראשונה ממה שנהייתה עד כה. ומשום האי טעמא בחצר דלא קיימא לאגרא עד כה, לא אמרינן שעתה משכירו למלוה בשכר ריבית וכן גבי מחילה בטעות לא אמרינן דמחל לו משום איסור ריבית, אבל בנ"ד שהיו מעותיו אצלו בהלואה עד כה, משום חזקה זו לא אמרינן שדעתו הי' לאפקועי ממלוה לפקדון ולהוציא המעות מחזקתו, וזה דומה למאי דאיתא בערובין ל"ו ע"א היום חול ולמחר קודש מספיקא לא נחתי לי קדושה, היום קודש ולמחר חול מספיקא לא פקעא ליה קדושתו.

ועוד דכשם דלא מחזקינן לאינשי ברשיעי, ה"ג לא מחזקינן להו לאינשי בטעותא, שהרי משום דברים הטמונים בחבו ובסרעפי לבבו לא יקבל עליו הלה פסידא ואחריותא מפלגא דפקדון, רק היכא שהמלוה אמר כן בפירוש או יש לומר שהלואה סמך על דיבורו שלא יחזור

בהם, כמ"ש ביש"ש ב"ק סי' ע'. ואין זה דומה להא דמהריב"ל בח"ב דהתם במעות של יתומים איירי דמותר ליתן להם רווחא ממה שהרווחא אע"ג דכולא מלוה, וכן איתא להדיא בש"ע יו"ד סי' ק"ס סי"ט דמעות של יתומים אפילו לא התנה מותר ליתן להם חצי ריוח, ולהכי גם כשהתנה ברבית קצוצה מותר, משום דהוי כאילו לא התנה.

ה

עיי' ביש"ש ב"ק סי' ע' שמחלק בין היכא שהי' בידו מעיקרא בתורת מלוה ואח"כ אמר לו המלוה שיהי' מהיום והלאה פלגא מלוה ופלגא פקדון, דל"מ שיתחייב המלוה באחריותו ושיתחייב הלוה לתת לו חצי הריחא אלא בקנין גמור, והיכא דהוי בידו מעיקרא בעיסקא ואח"כ הסכימו בדיבורא בעלמא שיהי' בידו מהיום והלאה בהלוואה דמהני, ומחלק שם בין היכא שבא לפוטרו לבין היכא שבא לחייבו, ומש"ה ברישא דבא לפטרו ל"מ, משום דדמי לקרע את כסותי היכא דאתא לידי' בתורת שמירה, אבל בסיפא שבא לחייבו מהני בדיבורא לחד. ומצד הסברא נראין דבריו דחוקים קצת למעיין, שהכח הפוטר נגרע מכח המחייב, ולפענ"ד הקלושה נראה שהדברים פשוטים לחלק ביניהם, דהיכא דהי' מעיקרא בתורת הלוואה כיון שכבר קנויים ביד הלוה והם כשלו לגמרי אוי לא אפשר שיקנה המלוה מה שתח"י הלוה שיהי' של המלוה, אם לא שמקנה לו המחזיר שתח"י בקנין גמור למלוה, כי היכא דליפקעי ממלוה לפקדון, דכשם שאינו יכול ליתן את שלו לחבירו בדיבורא בעלמא, ה"ה גמי מן לזה למלוה, וכיון דלא קנה המלוה החצי שיהי' כשלו, אוי אין הלוה מחויב לתת לו חצי הריחא. אבל היכא שהי' מעיקרא בעיסקא אע"ג שאין המעות גופי' בעין, כיון שהמחזיר והתמורה בעינא והלה אינו רשאי להוציאם לצרכו, רק לאיעסוקי בי' כדאיתא להדיא ב"מ דף ק"ד ע"ב, ועכשי' שאמר הנותן שיהי' בידו בתורת הלוואה, הרי נתן לו רשות להוציאם גם לצרכו ולמשתי בי' שיכרא, והרי הוא כאילו המלוה מקנה את העיסקא ללוה דמהני בדיבורא בעלמא, שהרי ישנם מתחילה תח"י המתעסק.

ודבר זה דומה ביתר שאת ועדיפא עוד מהיכא שהי' לו עסקא ביד אשה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת לי. בעסקא זו דמקודשת, שכן מפורש ברש"י בקדושין מ"ז ע"א בד"ה מלוה וכו' וז"ל הלוה רשאי להוציאם בהוצאה ואינו חייב להעמידם בעסקא שתהי' מצוי' בכל עת שיתבענו, וכיון דלהוצאה ניתנה הו"ל כדידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל אלמא בעיסקא מקודשת.

והא דהוצרך המרדכי פ' החובל להוכיח בדין זה היכא שאמר לו שיהי' בידו, למחצית שכר דל"מ משום דדמי להיכא דאתי לידי' בתורת שמירה, דמשמע מזה דאילו אמר לו ע"מ לפטור מאחריות אונסין דמהני, לאו לענין שיטול המלוה החצי מן הריחא ושיתחייב לו הלה בזה דכיון דבלתי אפשרי שיהי' קנוים למלוה בדיבורא לחד, ועודנו לא יצאו מרשות הלוה אוי פשיטא דפטור, רק דדברי המרדכי קאי רק לענין אחריות, דנהי דל"מ שיתחייב הלה בחלק הריחא מ"מ יפטור מיהת מאחריות אונסין, שהרי מחילה א"צ קנין ומש"ה הוא דמצריך לדמותו לאתי' לידי' בתורת שמירה, וכ"ת דמהיכא תיתי יפטור הלה מן האחריות כיון שעיקר דיבורו הי' רק בשביל מחצית שכר שהרי כך אמר לו בפירוש שיהי' למחצית שכר, רק דממילא גשמע שכיון לפלגא פקדון, והאיך נאחז את הטפל שבו ונעזוב את העיקר, דמ"מ יש מקום לומר כיון שפטרו מן אחריות וע"י זה נפטר הלה לס"ד דמרדכי בקושינתו, ומש"ה סמך על הלוה שיתן לו גם חצי ריוח כשיריוח בהיכא הנאה דנהנה מהנה.

ולפ"ז היה מדברי מרדכי כדמות ראייה לדברי היש"ש שם שגם למסקנא דלא נפטר מן האחריות, משום דדמי להיכא דאתי לידי' בתורת שמירה, דמ"מ מותר לתת לו חצי ריוח מפני שסמך הלוה על דיבורו של מלוה שיקיים דיבורו אע"פ שמצד הדין פטור. ה"ה גמי להיפך, אלא דלקושטא הכא עדיף טפי כיון דמ"מ בחד צד מיהת מהני מדינא, ומש"ה סמך המלוה א"ע שיתן לו גם חצי ריוח אע"ג דלא נוכל לחייבו מדינא, אבל בדינא דיש"ש י"ל דאסור ליתן לו חצי הריחא כיון דל"מ למסקנא בשום צד משום דדמי לאתי' לידי' בתורת שמירה. ולא עוד אלא דיש מקום לומר לקצת פוסקים בחו"מ סי' ר"ז [סי"ג ברמ"א] בשנים שהמרו זה עם זה וכן בב"י ריש סי' קע"ו דלס"ד דמרדכי אוי מחויב לתת לו חצי הריחא כיון דאיתא לשניהם צד זכות וחובה, דהיינו לענין אחריותו של הלוה וחצי ריוח של המלוה ואידי דבעי למיקני גמר ומקני.

וגמצא תבנא לדינא דהיכא דאמר המלוה ללוה אחר זמן פרעון שיהי' בידו למחצית שכר ע"מ לפטור מאחריות אונסין, דאוי כיון דפטור מדינא, אוי ממילא דמותר ליתן לו חצי ריוח, ולמקצת פוסקים מחויב מדינא כאשר הוכחנו מדברי מרדכי הנ"ל. איברא, כן הוא דעת המרדכי ויש"ש הנ"ל, אבל לדינא דפסקין [ביו"ד] סי' קע"ו סעיף א' דכל כמה דלא פטרו מכל אחריות דהיינו מגניבה ואבידה ומאונסין הוי מיהת אבק ריבית, והכא כשאמר לו שיהי' בידו למחצית שכר אפי' אמר לו ע"מ לפטור מן האונסין, כיון דאכתי חייב בגניבה ואבידה, וחלק

הפקדון עודנו לא נקנה למלוה בלא קנין גמור, ולא נקבע שם פקדון עליו, א"כ אכתי אינו רשאי לתת לו מן הריח, כיון שכל הסך שהלוה לו עודנו ברשות הלוה ושליו הוא כמו שהי, רק מצד פטור אחריות הוא דנתיר לו וכיון שלא פטרו מכל אחריות אכתי מכלל אבק רבית לא נפקא, דבשלמא בכל עיסקא דעלמא אע"ג שמחויב בגניבה ואבידה, כיון שהריח שגוטל הוא מן ממונו ומחלק הפקדון דאיתא ברשותו תו לא איכפת לן בחיוב אחריות דידר, אבל היכא שהי מתחילה בידו בתורת הלואה תו אי אפשר להכניסו לרשות בעלים בלא קנין וכמ"ש.

לכן לדינא קשה עלי הדבר לפסוק כשיטת היש"ש בזה, ובג"ד דמיגרע גרע עוד באיזה מדריגות, חדא שהנותן לא התנה כלום שהיו למחצית שכר, וגם הלוה הטמין בחכו עיקר דיבורו ולא אמר בפירוש שיהיה למחצית שכר רק שיראה שלא יפסיד, שיש לזה כמה פירושים כמובן, והוי כידים שאינן מוכחות כלל דל"מ מדי דפשיטא דאסור ליתן לו אפי' אם הריח, רק בחלקן של יתומים דאפי' לא התנה דינם כהתנה.

1

בדברי רש"י בפ' איזהו נשך דף ע' התמוהין, דמעיקרא בדברי רב ששת פירש משום דביתמי לא גזור ולבסוף בדברי רב אשי מפרש משום הפקר ב"ד. וגם דברי הטור בי"ד [סוף סי' קס] לא הביא כלל דעת רש"י ובחז"מ [סי' ר"צ] פוסק כוותי, כבר עמד בזה המל"מ בפ"ד מהל' מלוה ולוה הל' י"ד. ועוד יש לדקדק דמשמע שם בעיקרא דמילתא בזווי של יתומים שנתחדש הדבר בדורותם אם להיתר או לא, ופליגי אמוראי שם בזה, ובבכורות דף ל"א ע"ב מביא שם ברייתא להדיא דמקילין ביתמי, דמוכרין מעשר בהמה לאחר שחיטה משום דביתמי אוקמה אדאורייתא יצו"ש במסקנא בדברי רבא (וי"ל קצת דעתם משום פסידא והכא משום רווחא) לכן נראה דאפשר לומר דבדאי לעיקר היתירא דקרוב לשכר ורחוק מהפסד אין אנו אחראין לומר משום הפקירא, דבל"ז יש כוח בידם להיתר בדבר שנאסר עד כה, כי היכא דלא לכלי' קרנא דיתמי כמו שהבינו בדעתם הרחבה לפי העת והזמן.

איברא, כל זה היכא שהלוה גותנם לבסוף מדעתו אבל כשאינו מתרצה והב"ד הוא שיכפוהו שיקיים תנאו אזי בע"כ צ"ל משום כחא דהפקירא, וטעמא דמילתא שהרי גם מעיקרא דדינא בכל אבק רבית כה"ג שהתנה הלוה בשעת הלואה שיתן לו ממה שירוית דמדאורייתא נתחייב ונשתעבד לו בשעת הלואה, ותו אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה. רק בע"כ צ"ל שגם בזה משום כחא דהפקירא הוא דאתי עלי, שכח זה

ניתן להם מה"ת וכדאורייתא ממש הוא לכל דבר. (דא"ל משום דראו שיש לגדור בזה ולאסור הדבר לכן גם מילתא דממונא הוא דנגרר בתרייהו, שהרי בכה"ג איתא להיפך במכר לו דבר שאסור באכילה מדרבנן והלוקח לא ידע ואכלם שא"צ המוכר להחזיר הדמים ועיין בש"ך יו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז הטעם דלענין ממון אוקמה אדין תורה ועיי"ש היטב, דלכאורה נראה דזהו דוקא להוציא, אבל לקושטא אין לחלק בזה כמובן. ויש להבין קצת דא"כ באיסורי הנאה מדרבנן אמאי צריך להחזיר לו, דאי משום דאין לו מכר הא גופא קשיא אמאי לא אמרינן דלענין צד ממון שבו אוקמה אדין תורה, וצ"ל דבאיסורי הנאה כיון דאסרו לו לכל הנאות איכא למימר דמשום כחא דהפקירא הוא דאתא עלי, משא"כ באיסורי אכילה דעודנו ברשותו לכל דבר שוב אי אפשר לומר משום כחא דהפקירא כמ"ש תוס' יבמות דף פ"ט ע"ב ב"ד"ה שהפקר) וכן אמרינן להדיא בהערמת רבית לרוב הפוסקים דלכתחילה אסור אבל לא נפקע תיובתו עיין בי"ד סי' קס"ג סעיף ג'.

גם א"ל דאבק רבית שאני משום דגדרו בזה כי היכא דלא לייתי לידי איסורא דאורייתא, וכמ"ש תוס' יבמות [פח, א ד"ה מתוך] ובכמה דוכתי דהיכא דראו טעם גדול לדבריהם אזי יש כח בידם אפי' בקום ועשה מ"מ אין זה פשוט כ"כ דאיזהו גבול ניתן לזה, רק היכא דמפורש להדיא, שהרי גם פרוזבול משום דנמנעו להלוות שיש בו מילתא דאורייתא ומשום תיקון עולם ואפ"ה מקשה שם בגיטין ל"ו ע"ב משום ה"ט, אלא מחזורתא דמילתא שגם הכא משום כחא דהפקירא הוא וכמו דמשני שם בשמיטה, גם א"ל דהכא באבק רבית דמי לשב ואל תעשה דהא תינח לאביי דס"ל דגם בממונא אמרינן כן לרבי דס"ל שמיטה בזמן הזה דרבנן, אבל רבא פליג עליו בסברא זו שם ועיין בפרש"י שם משום דס"ל דדבר שבממון נידון לעולם אפי' ממלוה ללוה כקום ועשה, וכיון דמעיקרא משום שהכניסו חז"ל בזה לכחא דהפקירא שהוא כדאורייתא ממש, שוב יש לדון על מאי דכפינן ללוה ליתן ליתמי משום ה"ט גופי' כיון דאין כח בידם לעקור דבר מה"ת בקום ועשה, שהרי מתחילה שפטרו את הלוה הוא משום כחא דהפקירא שהפקירו ממון המלוה וזיכו את הלוה ושניהם מדאורייתא, כמ"ש בחידושי רשב"א שם והאיך יוכלו עתה לחייב את הלוה במה שכבר זכה בו מדאורייתא.

(הגם שיש לחלק ולדון בזה בסברות דחוקות ושדופות קדים). ולהכי מפרש רש"י מילתא בפשטא שגם עתה משום הפקירא הוא שנתגוללו עליו לחייבו ולכפותו, ומשה"ט בדברי רב ששת דלא חידש רק משום מילתא דאיסורא והמציא לן התירא גבי יתמי אזי די לן משום

דביתמי לא גזור, אבל רב אשי דחפש וחתר אחר כל צדי צדדים בכדי שיהיו הקרן והריח מובטחים דאפי' היכא שאינו רוצה לקיים דבריו אנן הוא דכפינן ליה מש"ה צ"ל משום כחא דהפקירא.

איברא רב יוסף פליג בזה על עיקרא דהיתירא, היינו משום דלא ניתא ליה למיתי עליה משום כחא דהפקירא, שהרי גם חכמינו ז"ל לא הכניסו א"ע בזה בכ"ד רק לצורך גדול היכא דחזיקא להו טובא כדמשמע בכמה דוכתי, וכיון דסו"ס ליתא בזה תקנתא גמורה ליתמי, שהרי אם לא ירצה לקיים דיבורו לא יכפוהו, מש"ה גם לענין מילתא דאיסורא לא עקרוהו למגן, משא"כ התם גבי מעשר דפסידא ורווחא דיתמי תלויה בתקנתם. ויתיישבו היטיב גם דברי הטור דביו"ד לא הביא רק דינא דאיסורא והיתירא, אבל בחו"מ שם עיקרו לתקנת היתומים גשנו מש"ה הצריך בפני ב"ד כמו שפרש"י כי היכא דנוכל להתגולל עליו משום כח דהפקירא.

ז

ועתה נבוא ונתקומם ונלקטה בשבליים דברי המרדכי בפ' הגזול סי' קכ"ד קכ"ה מובאים ברמ"א חו"מ סי' רצ"ב בקצרה. והנה מוסכם בפי כולם באם שלח יד בפקדון של חבירו, הן במעות מותרין והן בצרורין ותבעו שיוכל להרויח בהם ולא רצה להחזירם והרויח בהם דמחויב לתת לו החצי ממה שהרויח רק באם אמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי הפסד והמפקד לא רצה בזה משום שהוא יכול להרויח בלא הפסד כלל להלוות לנכרים על משכונות מובטחים לדעת אגודת אוזב יש פלוגתא בזה במרדכי ובעל מל"מ מחלק בזה בין היכא דישנם בעינא לבין היכא שכבר הוציאם.

ומתחילה יש להתבונן בעיקרא דמילתא דמחייבין לי לתת במה שהרויח, דמאיזהו שורש ומקור יצא להם לחדש כזאת, ואין מדרכם של רבותינו הקדושים נ"ע כן להוציא ממון בסברות המדומות אם לא עפ"י סברות המכריחות ברורים וצלולים, ועוד שהרי ממשמעות הסוגיות משמע קצת להיפוך דלא מחייבין ליה גם בספינה באגרא רק היכא דנחית אדעתא דאגרא וקיימא לאגרא, [ב"ק צז א, ובשו"ע חו"מ סי' שסג ס"ה] גם ברחל וגזזה פרה וילדה דאינו משלם רק כשעת הגזילה [שם צג, ב] והרי ידעינן בבירור שהגזול הי' מרויח כן, ואי משום דקנאן בשינוי גבי מעות נמי אמאי לא קנאם, ואי משום דלא תבעו זהו רחוק מן השכל שהתביעה יגרום דבשלמא גבי מעות תלי' בתביעה משום דלא בכל העתים עומדין להרויח, אבל בגיזות וולדות ידיעינן בבירור שירוויח בהם תו לא אכפת

לן אם תבעו אם לאו. ועוד, דנראה בפשטות מכל הפוסקים דאפי' בתבעו פטור מגיזות וולדות.

ועוד קשיא לכאורה, דבסוף פרק המפקד [ב"מ מג א"ב] קאי השקלא וטריא שם לפרש מתניתין דשולח יד בפקדון דב"ש סברי דילקה בחסר ויתר וב"ה אומרים כשעת הוצאה מן העולם, ור' עקיבא אומר כשעת התביעה ולבסוף העלו בקושי דב"ש וב"ה פליגי בשבח גזילה ור"ע קאי על יוקרא וזולא עיי"ש [מג ב] בתוד"ה ר"ע אומר, הלא אם נלקטה כל הסברות האלו הערוכים לפנינו דברי המרדכי ובעל אגודת אוזב וסברת בעל משנה למלך יש דרך סלולה לפרש המשנה כן. והוא דב"ש ס"ל דילקה בחו"י דהיינו בחסר אפילו לאחר שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי האחריות, והמפקד לא רצה אפ"ה נתחייב הוא בכל הפסידא ואם הרויח מחוייב ליתן לו (כסברת בעל אגודת אוזב) וב"ש לא מחלקי בין היכא שכבר הוציאם או היכא דאיתא בעינא, וב"ה ס"ל דהא דילקה בחו"י אף שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי אחריות אפ"ה מחייבין את הנפקד בהפסידא וברווחא, וזהו היכא דתבעו בשעת הוצאה אבל היכא שכבר הוציאם אזי לא ילקה בשניהם אלא הברירה ביד המפקד או שיקבל עליו גם חצי אחריות או שלא יטול גם מן הרויח, (וזהו כחידושי של המשנה למלך שמחלק בזה). ולפי שב"ש וב"ה איירי היכא דילקה בשניהם יחד, לזה המציא ר"ע שגם ביתר לחוד לית ליה למפקד, דהיינו אפי' דלא אמר לו הנפקד כלל מן חיוב האחריות, אפ"ה לית ליה ברווחא רק משעת תביעה ואילך כמבואר במרדכי שם.

ח

לכן נראה לפרש לפע"ד ברור דעיקרן של הדינים הללו לא נשנו אלא במעות פקדון דוקא, והוא שנטלן להתעסק בהן לצורכו (דבסתמא אמרינן שלצורכו של בעלים התעסק בהן משום דלא מחזקינן ברשיעא כמ"ש במרדכי לעיל מיניה) וכיון שמעות לא נפחתו בכך משום דמהפכי בהן בעיסקא שהרי לא ניתנו ליהנות בהם בגופן כמו שאר מטלטלין, ולהכי היכא דלא נטלן להוציאן לגמרי לצורכו רק העמידם בעיסקא ולהחזירם ולהחליפם במטבע כמקדם נמצא שהוא לא נתכוון לגזול גופן רק את קנין הפירות בלחוד דהיינו הרויח שיצמח לו מהם, אע"ג דלחובתו נעשה כגזול על כולן דלא גרע משואל שלא מדעת שגם בתשמיש שאינו מחסרו חייב באחריותו לאחר שישמש בהם כמבואר בחו"מ [סי' רצב ס"א] מ"מ דבר ברור הוא דבדבר הנוגע לטובתו ולזכותו של הגזול אי אפשר לזכות לו ביותר ממה שנתכון הוא בעצמו, ונקוט מיהת מזה דאי אפשר לנו לדון לזכותו של הגזול רק כגזול את

קנין הפירות לחוד, אבל הקרן קיימא ברשותי דמרא לענין התלוי בצד-זכות וחוב של הגזול, וכיון שכן ממילא נתגולל עליי שמחויב לתת לבעלים חצי הריחות, שהרי זה שקול עין בעין לדברי רבינו אלפס בדבר שיש לו קצבה וחולקין אע"ג שהשליח מתכוון לקנותם (ואם המוכר הקנה אותו בפירוש להשליח אפ"ה חולקין עיין סמ"ע סי' קפ"ג ס"ק ח"י) משום דנסתעף מבעותיו, וה"ג כיון דלחובתו של גולן אמרינן דלית להו יותר ממה שכיון בעצמו וכיון דלפי כונתו הרי הקרן עודנו ברשות בעלים, נמצא דממונא דבעלים הוא שגרמו בהדי טרחתו ועמלו ומש"ה חולקין. איברא, דזהו דוקא במעות שכל עיקרן עומד רק להוציאם מש"ה לחובתו לא נעשה כגולן על גופן, אבל בשאר דברים שדרכן להפחית ע"י תשמיש, אזי אע"ג שלא לקחם לגמרי רק שהשתמש בהן נעשה כגולן על כולן משום שדרכן לחסר בגופן, אזי ממילא נידון לכל דבר כאילו נתכוין לגזול את כולן, מש"ה גבי ספינה היכא דלא נחית לאגרא אע"ג דלא נתכוון לגזול הספינה לא מחייבינן ליה באגרא משום דדינו כגולן לגמרי לכ"ד הן לזכות והן לחוב, משום דכיון דדרכן לחסר גופן תו לא איכפת לן בכונתו דדמי בזה לפסיק רישיה ולא ימות.

ס

וכן היכא שנוטל ממונו של חבירו מרשות בעלים להרויח בהם אע"ג שלא נתכוין לגזול גופן מ"מ דינו כגולן לכ"ד, מפני דלא נחא ליה שיהיו ברשות חבירו כלל תו לא איכפת לן בכונתו ודעתו דממילא נעשה כגולן לכ"ד כיון שהוציאן מרשותו, ודוקא היכא שהפקידן אצלו דנחא ליה בשמירתו וברשותו, ואע"ג דאיתא שם בב"מ מ"א ע"א דהיכא דשלח בהן יד כלתה ליה שמירתו, ול"מ החזירים למקומם לפוטרו מאחריות, זהו דוקא בתשמיש המחסור אבל באינו מחסר גם התם מהני חזרה למקומו לדעת רמ"א בס"י רצ"ב שם ואע"ג דגבי מעות ל"מ החזירים למקומן חזא דאיכא למימר דזהו היכא ששלח בהם יד לצורכו לגמרי ולגזול גם את גופן, ועוד דלענין אחריות שאני כיון דדינו כגולן לחובתו שוב ל"מ חזרה למקומן כיון דכלתה ליה שמירתו, אבל לזכות של הגזול לענין ריח פשיטא שמן הסברא יש לחלק בין היכא שנוטל מרשותו לבין היכא שנוטל מרשות חבירו דכיון שעומד בלא זה ברשותו וגם מעלה בדעתו דכל כמה דלא תבע ליה אינם צריכים לעסוק בהם או להוציאם, אע"ג דלחובתו לענין אחריות נעשה עליה כגולן משום דלא עדיף משואל שלא מדעת בתשמיש שאינו מחסור, אבל לזכותו לענין ריחות, עודנו לא גכנס בסוג זה לדונו כגולן כיון שלא נתכוון לגזולו וכמש"ל. ומש"ה גבי שולח ביד בפקדון דפליגי

ב"ש וב"ה ור"ע דאיירי מסתמא אפי' בשאר חפצים, ואפי' במעות עצמם, כיון דמסתמא מיירי שנטלם להוציאם לצורכו לגמרי אזי בודאי פטור מן הריחות ומש"ה"ס לא מוקמינן פלוגתיהו בהכי.

איברא, כ"ז היכא דתבעו אבל כ"כ דלא תבעו וקסבר שמעותיו עודם צוררים ברשות הנפקד איך אפשר שיקנה לו מעותיו במאי שלא עלתה על דעתו אפי' לספק בהו כלל, ואינו דומה לדברי הרי"ף לעיל, דהתם מספקי להו מיהת מעיקרא. וכעין זה מצינו בדומה לזה לחלק בריש פרק כיצד משתתפין עירובין דף פ"ב ע"א אמר רב אשי הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני, ושם ברש"י ד"ה הודיעוהו יעו"ש.

י

גם במעות מותרים יש לתת טעם נכון למרדכי דמחייב ליה ברווחא מן התביעה והלאה, ולכאורה רחוק הוא מן הסברא כיון דלאחר תשמיש בוודאי קמו ברשותי והוי כמלוה אצלך, ונראה לומר כיון דגם גבי מלוה פליגי בקדושין מ"ז ע"א אם מלוה להוצאה ניתנה ופרש"י אם ניתנו להוציאם לצורכו דלמ"ד לאו להוצאה ניתנה אזי מחוייב להעמידם בעיסקא ואינו רשאי להוציאם לצורכו, ואנו פסקינן כמ"ד להוצאה ניתנה.

איברא, נראה דבמעות מותרים דתנן שיש לו היתר תשמיש, אבל אינו רשאי להוציאם לצורכו לגמרי רק דמחוייב להעמידם בעיסקא שהרי ישתמש בהם תנן, אבל לא גקט ליה בלישנא דהוצאה ולייתי דיוציאם, וכדמות ראי' לזה מדמפלגינן בשולחני לבעה"ב, ואם אמרת דרשאי להוציאם לצורכו לגמרי מה איכא בין בעה"ב לשולחני, ועיין בנמוק"י ב"ק ק"ד ע"ב בשם הרא"ה דבעיסקא גם חלקו של מלוה נקנה באגב משום דאינו רשאי למשתי בהו שיכרא הוי כאלו הם ברשותו. ועיין בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ה ובסי' ס"ז ס"ק ב', וכיון שגם במעות מותרין אינו רשאי למשתי ב' שיכרא הרי כולן ברשותו, ונמצא שבמעותיו הרויח מן יום התביעה והלאה והדר דינו לדברי הרי"ף בדבר שיש לו קצבה חולקים, משום שע"י מעותיו נצמח לו רווחא ואפי' היכא שהמשלח הקנה בפירוש רק לשליח כמ"ש הסמ"ע בס"י קפ"ג ס"ק ח"י, וכה"ג איתא בירושלמי בפרק הגזול קמא בגמרא שם ה"ה וז"ל לא קיים שליחותו נתכוון לזכות ולזקק חולק עמו אמר הואיל ובאה לו הנאה מתחת ידו אף הוא חולק עמו עכ"ל. וכונתו כיון שע"י מעותיו הרויח, רק דהתם אפי' בלא גילוי דעת דמעיקרא משום דמעיקרא נעשה שליח משא"כ הכא, כדאיתא להדיא במרדכי פרק הגזול אות קכ"ה חילוק זה.