

יא

ולמען יתיצבו כללות הדברים בלב המעיין אשר הערכנו עד כה, נחפשה ונתורה לברר הדברים היטיב בראיות ברורות, והוא מ"ש דכיון שלא נתכוון לגזול אלא קנין הפירות לחוד ולא קנה בקנין הגוף שהיא ברשותו לשבחא דאתי מחמתו כמו בשאר גזול שנתכוון לגזול כולו או בתשמיש המחסר את הגוף, משא"כ במעות פקדון הן צוררין הן מותרין דכיון שלא נתכוון לגזול רק את הגוף לפירות, דהיינו מה שריוח אע"ג דנעשה כגזול על כולו בע"כ היינו לענין חיוב כל האחריות ויזקא וזולא לאחר שהוציאן ברשותו של הגזול, וכיון שכן אזי שוב ממילא שיצא מרשות בעלים שאינו יכול להקדישן כדאיתא ביבמות דף ס"ו ע"ב.

(ול"ד לשואל דלא קיימא ברשותי לענין יזקא וזולא, ועיין ב"ק צ"ו ע"ב בתוס' ד"ה המלוה את חבירו, וי"ל דיש לחלק בין הלואה לגזילה וע"ש היטב. ומסתברא דגבי שואל משעת אונסין ואילך שהתורה חייבתו לא עדיף ממלוה שחייב א"ע מדעתא דנפשי משא"כ בגזול שמשלם כדי לקיים השבה). אבל לענין שיקנה את שבחא לא דכיון שלא נתכוון לגזול את עיקר הגוף אזי ממילא דינא דפלגי בשבחא כיון שע"י שניהם נסתעף ונתהווה, דהיינו ע"י מעותיו של המפקיד וע"י טרחתו של הנפקד, (אע"ג דלפעמים כחו של זה עדיף מדאיך אין לחלק בזה כדאיתא בכה"ג בב"ק דף צ"ו ע"ב אטו תורא אשבח ארעא לא אשבח מי קאמינא גשיימו כולא פלגא קאמינא אע"ג שאינם כוחות שווים, וכן במתני' ב"מ ק' ע"ב שטף נהר זיתיו דחולקין מ"מ הדין פסוק שיחלוקו בשוה) אבל שיקנה הנפקד כולא שבחא א"א דכללא הוא דכל היכא דליכא דעת אחרת מקנה לא קנה היכא דלא נתכוון כמו בעודד בנכסי הגר, וה"ה הכא בגזול בדבר התלוי בזכותו, וכן משמע לשון הגמ' גבי עשאו שליח לקנות חיסין ושינה, דאם הרייח הוא למשלח מפני שלא נתכוון לקנות ולזכות לעצמו, וההפסד הוא לעצמו מפני ששינה נעשה כגזול עיין בב"ק ק"ב ע"ב ועיין בשטמ"ק שם דלכמה פוסקים הוא מצד דין ולא משום קנסא, יעו"ש היטב. ועיין בקצה"ח סי' קפ"ג [ס"ק ה'] דאפי' באונסין שלא מחמת השגוי חייב ומביא כן בשם רי"ו ונמוק"י, הרי דדינו כגזול ואפי' הכי הרייח למשלח משום שלא נתכוין לגזול.

ועוד ראי' מערכין כ"א ע"א בתוס' ד"ה ה"ג כיון וכו' וע"ש היטב, הרי שלא יצא גוף הבית לחולין כיון שלא נתכוון ליהנות אלא בבית לדירה כמו כל שכירות דעלמא. (וגם לדעת רש"י ז"ל שם שיצא הבית גופי' לחולין משום

דאפשר לומר דרש"י ס"ל כדעת רמ"ה מובא בנמוק"י ב"ק פרק כיצד הרגל דף כ' דהיכא שנהנה בכולי' כגון בגברא דעביד למיגר ולא קיימא לאגרא אע"ג דחסרי' בשוה פרטה אינו משלם אלא כפי מה שחסרו. ולפ"ז שוב לא צריך לומר למ"ש כהתוס' שם דבבית אע"ג דחסרה בשחרוריתא דאשייתא מ"מ לא חשיב חסרון משום דנגד זה נהנה חבירו דביתא מותבא יתיב ועי"ש היטב, ומש"ה פטרינן בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר רק משום דא"צ לשלם רק את החסרון המועט דשחרוריתא, רק התוס' לשיטתיהו מוכרחין לזה דסברי דהיכא דחסרו במועט מחייבין לי בכל מה שנהנה ואפ"ה פטרינן ליה. בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, ולהכי צ"ל דסתם בית לא חשיב לחסרון דשחרוריתא דחשבינן זה כנגד הנאתו דשאייה יוכת שער, אבל לדעת רמ"ה איכא למימר דבסתם בית חשבינן לתשמיש המחסר, ומשוה"ט הוציא כל הבית לחולין. וזהו כדעת ר"י מעיקרא בתוס' ב"מ דף צ"ט ע"א בד"ה וחבירו יעו"ש דגבי משאיל קרדום של הקדש יצא כל הקרדום לחולין, והיינו מפני שהוא תשמיש המחסר ומש"ה קנה לכולא ביתא שיצא לגמרי מרשות הקדש ונעשה כשלו אע"ג דמפסיד להקדש שהרי הוא אינו משלם להקדש אלא כפי הנאתו, אל תתמה בזה שהרי כתבו שם להדיא כן גבי קורדום, ובתשמיש המחסר כבר כתבנו לעיל — אות ח' — שגם בנכסי הדיוט הדין כן גבי ספינה דקנא לשבחא אע"ג שלא נתכוון לקנות הספינה עצמה) הרי להדיא דבמאי שלא נתכוון להדיא א"א שיוכה בכוליה. ומש"ה"ט גופא לא יצא הבית עצמו לחולין משום שלא נתכוון אלא לקנין פירות לחוד.

ולפ"ז קמה וגם נצבה עיקרא דדינא של רבותינו הק' הראשונים שחידשו גבי פקדון דצריך לחלוק עמו במאי שהרוויח. ואין להקשות למה שכתבנו לעיל באות הנ"ל לחלק בין תשמיש המחסר לאינו מחסר ממסקנות התוס' ב"מ הנ"ל שגם גבי קורדום לא יצא לחולין אלא הנאת ביקוע ועיין בב"ק כ' ע"ב בתוס' ד"ה נתנה דאע"ג דעיקר מעילה הוא בשגגה היינו דלא ידע שהוא של הקדש וקסבר שהוא של חולין, אבל מ"מ בעינן דלפי דעתו נתכוון מיהת לגזול מחבירו או דקסבר שהוא של הפקר ונתכוון לקנותו לגמרי אזי בכונה זו הוא דגילתה התורה לנו שקנאו לגמרי להוציאו מרשות הקדש כדאיתא בש"ס מעילה [יח א] דאין מעילה אלא שינוי, אבל היכא דקסבר שהוא שלו שלא נתכוון לקנות ולא לגזול אזי קיימא ברשות הקדש כדמעיקרא, מ"מ דעת לבנון נקל לחלק בין מעילה שקנאו לגמרי מש"ה ל"ק לכולהו אפי' בתשמיש המחסר כגון גבי משאיל קרדום

למסקנת דבריהם שם, משא"כ לענין שבח גזילה לחד דקנאו אפי' היכא שלא נתכוון רק לקנין פירות שבו, מפני שהוא דבר המחסר את הגוף וכמש"ל באות ח'.

יב

ולפ"ז יתיישב לן היטיב דברי הסמ"ע בחו"מ בס"י שס"ג ס"ק י"א שגם לדעת הר"ף דעבדי כמטלטלין דמו אפי"ה צריך לשלם לו דמי בטלתו, והוא תמוה לכאורה דהא כה"ג אינו משלם אלא כשעת הגזילה, והרי בספינה היכא דלא נחית לאגרא אינו משלם אלא מה שפחתה אע"ג דקיימא לאגרא, וה"ט משום דגבי עבד גופי' לענין המלאכה עצמו הוי טפי ועדיפא עוד מתשמיש שאינו מחסר שהרי נחא ליה דלא לכחוש עבדיה, וכיון שלא נתכוין לגזול גופי' רק לצורך מלאכתו שוב לא אפשר שיקנה את השבח כיון שהשבח הוא מן העבד שלא נתכוון לגזולו. לכן לענין השבח הרי עודנו ברשותי דמרי' ועבדא דמרי' הוא דאשבח לי ודמי לדברי הירושלמי והרב בהלכות שכתבנו לעיל בסוף אות י', אע"ג דהתם מחלקין ביניהם היינו משום דשניהם גורמים משא"כ גבי עבד לענין שכר מלאכתו. ועיין ש"ך שם ס"ק ט' שהקשה דמן הסוגיא שם ל"מ כן שהקשו שם ומי סבר רב עבדי כמקרקעי דמי וכי' התוקף בעבדו וכי' משמע להדיא דאי כמטלטלי דמי נחא, ולדברינו הנ"ל מתורץ שפיר שהרי כל עיקר דינו דהסמ"ע ויסוד סברתו הוא משום שלא נתכוון לגזול את גופו, ובמאי דלא נתכוון שוב א"א לזכות בצד זכות שבו. אמנם כן כיתד שלא תמוט לדין דפסקינן גבי צבע בנותן לו לצבוע אדום וצבעו שחור דידו על התחתונה כר"י [ב"ק ק ב] אבל לר"מ דס"ל דנותן לו דמי צמרו משום דקנאו בשינוי הרי אע"ג שלא נתכוון לגזול כלל וכלל אפי"ה קנאו בשינוי וקנאו לגמרי. אע"ג שלא נתכוון לקנותו כולו, מכש"כ הכא שנתכוון מיהת לגזול את קנין הפירות שבו דקנה מיהת לשבחא, שהרי גם בלא כוונה דינו כגזולן לכל דבר אפי' בצד זכות שבו, ועיין תוס' ס"פ המפקיד ב"מ מ"ג ע"ב בד"ה משלם בתירוצו של ר"ת וצ"ל במה שסיימו בתוס' דתלי' אם נתכוון לקנותו בשינוי דכוונתם במ"ש דר"י סבר דשינוי אינו קונה רק היכא דכיוון לגזולו, אבל בכוונת השינוי לא תלי' כלל שהרי שינוי קונה אפי' לגריעותא דדי' כגון בהמה והזקינה אפי' בע"כ ידי', ודוקא גבי יאוש אמרינן גבי חמץ זה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות, אבל גבי שינוי דנתרבה מקרא דאשר גזל לא שאני לן בזה ולא תלי' מדי ברצונו. ועיין שם בסוגיא צ"ו ע"ב דרב אמר הלכה כר"מ דעבדי כמקרקעי דמי וע"ז מקשה מאידך דרב גבי תוקף עבדו של חבירו משום דאי אמרת עבדא

כמטלטלי דמי נחא משום די"ל דרב ס"ל כאידך דר"מ גבי צבע דאפי' היכא דלא נתכוון לגזול כלל אפי"ה נעשה כגזולן גם לצד זכות שבו, ומש"ה הוא דמיפטר ליה שפיר משכר מלאכה, שהרי גם כל הגולנים אינם משלמין אלא כשעת הגזילה ועיין שם ק"ב ע"ב דקא שקיל וטרי אם הלכה כר"י או לאו, ומסקנא דמילתא דפסקינן כר"י ועיין וזהו נכון ליישב דברי קדשו.

יג

במרדכי ב"ק ס"י קכ"ה כתב מתחילה שקרוב הדבר שבאם לאחר שתבעו המפקד שרוצה את מעותיו להרוויח בהם או להלוותם ברבית לגכרי על משכונות מובטחים והשיב הנפקד שיהי' אתו קרוב לשכר ולהפסד מפני שכבר הלוח אותן לגכרים או שהוציאם במחיר אחר שהדין עם הנפקד, ושם כתב עוד בתירוצו לדברי רב האי גאון בהיפוך מזה דאפי' כשלא נתרצה המפקד בזה מ"מ כשהרוויח מחויב ליתן לו חצי הרווח, ומחלק במל"מ דהיכא דעודנו בעינא אזי הוא דמחייבין ל' בחצי הרווח אפי' כשלא נתרצה המפקד בקרוב לשכר ולהפסד. הגם שדבריו נראין במושכל ראשון לחלק כן עודנו צריך להטעים דבריו עפ"י סוגי תה"ק ביסוד מוסד.

איברא, לפום קוטב דברינו הנ"ל נכונים הדברים היטב והוא עפ"י מש"ל דקודם שתבעו אזי עדיף טפי מחצר דלק"ל כיון שמונחים אצלו בלא עסק כלל, אכן כשתבעו ואומר שיכול להרוויח בהם אזי מחייבין ל' מן התביעה והלאה בחצי ריווח ממה שירוויח עפ"י הטעמים שכתבנו לעיל — אות ח', ט', י', — ותמצית הדברים מפני ששניהם גורמים המפקד במעותיו והנפקד בטרחתו ועמלו, וגם אע"פ שכבר הוציאם הנפקד במחיר חשיבי כאלו הם בעין, דבין במעות צרורים ובין במעות מותרים דכיוון שאינו רשאי להוציאם לצורכו רק להעמידם בעיסקא, וכן בצרורים כיון שלא נתכוון לגזול את המעות המופקד לצורכו רק לזכות לעצמו בריווח שיעלו, ודמי לקנין פירות לחד, וכיון שהגוף עודנו קנוי למפקד והוא יכול להרוויח בהם משה"ט חולקין בריווח, וכיון שכן ממילא מוכרע שצריך לקבל עליו שיהי' קרוב לשכר ולהפסד משום דלא עדיף מאשר נתעסק הוא בעצמו, שסתם עסק ומסחר קרוב לזה ולזה.

איברא, היכא שמברר שיכול להלוותם לגכרים ברבית על משכונות בטוחים דקרוב לשכר ורחוק מהפסד, אזי גם עתה שמעכבם הנפקד בידו הדין כן וצריך הנפקד לקבל עליו ההפסד מן המסחר שיעסוק בהם וחצי ריווח יתן למפקד. איברא כן הוא היכא דבשעת תביעה עודם צרורים ומונחים המעות בעין תח"י, ואם לא עיכבם הנפקד אזי

המפקיד ה"י יכול להרויח קרוב לשכר ורחוק להפסד, אבל היכא דבשעת תביעה כבר הוציאם במחיר, הרי כשם שלא נוכל לחייבו למפרע ה"ה גמי דלא נוכל לחייבו בקרוב לשכר ורחוק להפסד על דבר שהוציאם במסחר, מפני שכעת גם המפקיד אינו יכול להרויח בקרוב לשכר ורחוק מהפסד דכבר ליתנהו בעינא, ומסתמא לא יקחו הנכרים את המחיר ההוא ברבית רק עיניהם על מעות דוקא. ובוזה הדין עם הנפקד שבאם לא קיבל המפקיד על עצמו חצי ההפסד, אזי אם הרויח אח"כ אין צריך לתת לו מן הרויח. ונמצא לפ"ז דגם לחלוקו של בעל המל"מ דלפעמים הדין עם המפקיד דאפי' לא קיבל עליו בהפסד כלום, אפ"ה אם הרויח אח"כ מחויב לו ליתן חלקו ברויח, והוה היכא דאיתא תרתי למעליותא שהמעות בעין והמפקיד יכול להרויח בהם בלא הפסד, וכמ"ש המרדכי שם להלות על משכונות ברבית וכה"ג. (ויש לספק בזה היכא דלא רצה לקבל עליו גם אחריותו של אונסין, שגם באופן זה לא ינצל, דאזי אפשר שאם הרויח אח"כ דא"צ ליתן לו כלום מן הרויח. מיהא יותר מסתבר כיון דאונס לא שכית לא הפסיד בעבור סירובו בזה). אבל היכא שהמפקיד אין יכול להרויח בלא הפסד, אזי אפי' היכא דאיתא בעינא אזי הרשות ביד הנפקד שיאמר שיקבל עליו בהפסד מן המסחר ההוא ואם לא נתרצה לו אזי אבד חלקו ממה שירווח. והטעם כיון דכל חילו דמפקיד ליטול חלקו ברויח רק מפני שהוא יכול להרויח בהם, והווין מן שעת התביעה והלאה כחצר דקיימא לאגרא, משה"ט גופי' צריך לקבל עליו גם ההפסד מפני שכל מסחר קרוב לזה ולזה, ולא מחלקין בין מסחר למסחר מפני שכל מידות חכמים כך הוא (כעין שלא חלקו בשבחא דאפדנא לשבחא דארעא ב"ק צ"ו ע"ב). דאי משום אחריות דעלמא הלא בגניבה ואבידה בין כך ובין כך יתחייב הנפקד דהואיל ונהנה מהנה ועדיף טפי מעיסקא דעלמא, ומשום אונסין בין כך ובין כך לא ינצל, והיכא דליתא בעינא אזי אפי' היכא שהלה ה"י יכול להרויח במעותיו בלא הפסד כלל אילו לא הוציאם, מ"מ כיון דלא מחייבינן ל"י למפרע, אזי שוב הדר דינא ושוה להיכא שיכול להרויח בקרוב לזה ולזה, ובאם לא קיבל עליו בהפסד אזי איבד חלקו מן הרויח וכל זה פשוט וברור.

ד

מ"ש לעיל באות א' בשם הרמב"ן דהיכא דשווי' טמון באש מש"ה פטור משום שלא הפסידו ממון שיש לו רק מה שמגיע לו, יעו"ש בדינא דגרמי (דף מ"ג ע"ד) והכפיל עוד בזה דף מ"ד ע"א) גבי זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דשניהם פטורים, וז"ל דלא מחייבינן משום דד"ג דראשון הא לא אתא נזקא מחמת

כלל, ושני גמי מנא תבירא תבר. ואי משום שגרם שלא יתחייב לו הראשון היינו טמון באש דפטור וכבר פירשתי הטעם עכ"ל. ושם דף מ"ג ע"ב כתב וז"ל בתוד"ה ואי קשיא לרבנן דלא דייני דד"ג היכי מחייב והא גורם הוא לבטלו ממלאכתו וגורם הוא לו שלא ירויח, ל"ק דכיון דהדקי' מההיא שעתא הוא דאפסדי' עד דפתח ל"י והא אמינא דהיוק ניכר נ"ה עכ"ל וקשי' הן על קושייתו הן על תירוצו דמאי קושיא שהרי גם לר"מ מי גיחא דמ"מ לא עדיף מהיכא דשו' טמון באש שהרי עודנו לא הגיע לידו. ועוד שהרי אדם שהיוק שור פטור משבת דאין דין שבת בממון, ורק היכא שהיוקו בגופו הוא דחס רחמנא על הנחבל אפי' היכא דלא חבלי' בגופו כגון דאהדקי' באינדרונא, וכן לתירוצו קשיא קושיא ראשונה, ועוד דלדבריו דהוי מזיק ממש א"כ גם בשור יתחייב, וצ"ל דע"כ לא גפטר היכא דאפסדי' ממונא שלא הגיע עדיין לידו רק היכא דלא עביד ל"י מעשה בממונא דחברי' כגון דשווי' טמון באש, (וכן היכא דשברו במקל את הכלי שזרקו חבריו גמי לא חשיב כעביד מעשה בממונא דחבירו, שהרי חשבינן ל"י כאילו כבר נשברה ויצאה מרשותו לגמרי, שהרי כחרסית חשבינן ל"י דהפקירא הוא) אבל גבי שבת דאהדקי' באינדרונא דעביד ליה מעשה בגופו דחבירו כמ"ש שם הרא"ש בפ' החובל [סוף סי' ג] דלא מחייבינן ל"י אלא היכא שזרק את חבריו לחדר ונעל בפניו עי"ש, אזי אילו ה"י ברי היזיקא כגון באומן שאומנתו בכך אזי מדינא נתחייב לשלם לו, ואפי' גבי שורו היכא דברור לנו שעומד להשכיר וע"י מעשיו של זה הפסידו ג"כ חייב לשלם לו הפסידו, והרי זה דומה לגזול קנין הפירות שלו וה"נ הרי יש לו בשורו קנין לפירותיו דממון גמור הוא לכל דבר ויצא לגמרי משמא דשבת ונכנס לכלל נזק דע"כ לא נקרא בשמא דשבת אלא היכא דלא ברי היזיקא.

איברא, הא דמחלקינן בין אדם לשור דלא מחייבינן ל"י אלא בנזק לחד, והוה דלא מחייבינן ל"י בשבת כמו גבי אדם דאפי' שאין אומנותו ודרכו בכך כגון שיבר את ידו כאלו ה"י שומר קישואין ושיבר רגלו כשומר הפתח, אע"פ שאינו רגיל ואינו מצוי בכך מ"מ רחמנא הוא דחס על"י דנחבל אבל בממונו כ"ז שלא נתברר לנו שעומד להרויח לא חייבו רחמנא (לרבנן דר"מ), אולם בגוף המעשה אילו לא ה"י כמזיק ממש רק כגרמי בעלמא גם באדם לא חייבו רחמנא, ובוזה לא גיחא ליה לרמב"ן לחלק בין אדם לשור אלא דבדבר דאילו ה"י היזיקא בבחור מחייבינן ל"י גם בממונא, משום דחשוב כמזיק ממש למסקנת הרמב"ן בתירוצו משום דעשה מעשה בגופו, או

לכה"פ כגרמי לר"מ לס"ד דרמב"ן בקושיתו, אפס בדבר דלא ברי היזיקא הוא דמחלקינן בין אדם לשור ועיין היטב באשר"י פ' החובל סוף סי' ד'.

טו

ולפ"ז הא דאיתא בש"ע חו"מ סי' ש"ז וסי' ש"מ בכחשא דהדר דפליגי הפוסקים בזה, זהו כל היכא דלא ברי היזיקא ודעת המחייבים משום דגבי שור שעומד למכור חשוב לי כנוק ואינו דומה להכחו על ידו וסופו לחזור, דגבי אדם שאני שאינו עומד למכור כמ"ש הפוסקים שם וכמ"ש התוס' פ' השולח גיטין מ"ב ע"ב ואשר"י בר"פ השואל יעוי"ש.

ולפ"ז גבי שוכר הי' מן הדין שישלם לו שכרו אע"ג שאינו יכול לעסוק במלאכתו דלענין שכירות הרי ברי היזיקא אלא דיותר נראה שגם בזה פטור, וגם אפי' היכא דברי היזיקא כיון דלא עביד לי' מעשה בידים רק בפשיעתו נכחשה ולא חייבה התורה את השומרין בחיובן רק בדבר שאין סופו לחזור לקדמותו, שהרי גם בשומרין פסקינן שיכול לומר לו הש"ל, (דוק מינה שגם בנוק דחייבי' רחמנא כאילו נמכר בשוק הוא מטעם דחס רחמנא על הנחבל, שהרי אפי' כשאינו אומן ואינו עומד כלל למכור כעבד ואחרי נמכר מי יקנהו לאיש בטל כמוהו שהרי אפי' נהום כריסי' לא שווי' וזה הטעם עצמו בכל שבת דחייבי' רחמנא גבי אדם וכמ"ש"ל, וכן מבואר בפוסקים שם להדיא וברא"ש פ' החובל סי' ד' אבל היכא דברי היזיקא ועביד מעשה בידים אפשר שכל הפוסקים יחד בזה לדעת הרמב"ן, משום שאין זה בכלל שבת רק בכלל נזק כיון שהזיק לקנין פירות שלו.

טז

ולפ"ז יתיישב על נכון דברי הרמ"ה בנמוק"י בפ' כיצד [בב"ק] דאם נועל בית חבירו דקיימא לאגרא דחייב לשלם לו דחשיב כאלו אהדקי' באגרונוא וכאלו גזלו (זהו תמצית העולה מהדברים המעורבים שנשתבשו בדפוס). והקשה בקצה"ח [סי' שסג ס"ק ג] דהא אין דין שבת בבהמה, ונראה דעיקר כונתו כך הוא דאיתא באשר"י שם בפ' החובל סי' ג' דאהדקי' באגרונוא הוא דוקא כשעשה מעשה בגופו אבל היכא דנעל בפניו לחוד פטור דדמי לפורץ גדר בפני בהמת חבירו דפטור יעו"ש, נשמע מזה דלדעת הפוסקים דסברי דהא דמקשינן [ב"ק נה ב] אי בכותל בריא אפי' בד"א נמי ליחייב דקאי גם אבהמה, ועיין בש"ע סי' שצ"ו ס"ד דפליגי הפוסקים בזה, וא"כ גם באהדקי' חשיבא מעשה אפי' שלא עשה מעשה בגופו רק שנעל בפניו, משום שגם זה כמעשה דמי. ולפ"ז ממילא נשמע היכא דברי היזיקא שכבר יצא מכלל שבת

שהרי מזיקו ממון גמור והוא קנין פירות שיש לו בביתו, וזהו שהרכיב הרמ"ה את שני השמות בהדי הדדי. וזה משום דפשיטא ליה דאהדקי' כפשטא דמילתא שנעל בפניו לחוד, ונמצא נקוט מיהת חזא דזה חשוב כמעשה משום דס"ל דגם בפורץ גדר ובכותל בריא חייב על הבהמה, רק דאכתי יש מקום לפוטרו משום דאין דין שבת רק באדם, לזה כתב דהוי כגזולו שהרי ע"י מעשה זו אפסידו את קה"פ שיש לו בבירור, וכל היכא דברי היזיקא כבר יצא משמא דשבת ונכנס בכלל נזק. וכמ"ש"ל. (ועיין לקמן אות כ"ו בהגה"ה).

יז

הן הדברים שכתבנו בדעת הרמב"ן לחלק בין היכא דעבד מעשה בגוף הדבר הנזק, כעין זה מצינו בדברי קדשו שחילק בזה גבי מזיק שיעבודו משום דבדידי' קעביד מעשה. ומלבד זה הוא סברא מוכרחת בכל מילי דנויקין שהרי כבר קדמו רבותינו בעלי התוס' והוכיחו מסוגיות הרבה בש"ס דאדם המזיק חייב יותר משומר חנם וגבול נתנו לדבר דכל היכא דדמי לאבידה דקרובה לפשיעה אע"ג דש"ח פטור מ"מ באדם המזיק חייבא רחמנא, ומש"ה כשנפל מן הגג אפי' ברות שאינו מצוי' ושיבר הכלים של חבירו חייב בנוק, אע"ג דש"ח פטור אם נעל בפניה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצוי', אבל במידי דהוי כעין דגניבה אע"ג דש"ש חייב אבל באדם המזיק פטור יעו"ש בר"פ המניח בד"ה באפילה שנו.

ולפ"ז קשיא לכאורה דא"כ בנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור דהוי לה שלא תאכל [ב"ק מז ב] וכן הפורץ גדר לפני בהמת חבירו לדעת התוס' ושאר פוסקים דפטרי, היכי יעלה על הדעת שש"ח יפטור בכגון זה היכא דראה שאחר נתן סם המות לפני בהמה המופקדת אצלו. וכן בפורץ גדר דאפי' נפרצה ע"י אחר חשיבא פשיעה גמורה לגבי שומר ולא אמרינן דהוי לה שלא תברח, א"ו דבע"כ צריכין לחלק כן, דדוקא היכא דעשה מעשה בממונו של חבירו אע"ג דלא נעשה מעשה זו בגופו אלא בדבר דהוי לי' לשום עיונו, אזי בכל דבר דהוי בפלס המשקל כעין אבידה אזי חייבא רחמנא לשמור את גופו כעין דח"ר גבי ש"ש לשמור ממונו של חבירו שלא יזוק, כן חייבא רחמנא לשמור גופו שלא יזיק, ומש"ה גבי נותן סה"מ הוא דפטור מפני שלא נעשה מעשה בגופו בממונו של חבירו, אבל גבי שומר חנם חייב מפני שנעשה שומר על ממונו של חבירו, וכן גבי פורץ גדר דפטור גבי אדם המזיק מפני שלא נעשה שומר על ממונו של חבירו רק על גופו לחוד, וכיון שלא הוזק ע"י גופו אין מקום לחייבו.

יה

בדברי ר"א מטולא בתשו' מיימוני לספר משפטים סי' ט"ו שחידש דבשכירות אין בו משום רבית, ומביא ראיה מהא דאיתא בעדים זוממין דמשלמין לפי אומד דבין שלשים יום לעשר שנים. והקשה המל"מ בפ"ז מה"מ דמנ"ל דאומדן מן הלוח ומוזה הוכיח דבשכירות לית לי' משום רבית ואיירי התם בשכירות לחוד דילמא האומד מן המלוה מה שיפחית ללוה בהלוואה לעשר שנים שישלם לו מיד, וגלפ"ד דלא קשה מידי שהרי הוא גופי' ספיקא הוא דהוי אם יפחות דבר ללוה שהרי מתחלה כשהלוהו לעשר שנים מי כופיהו לזה אם לא שאמד בעצמו שלא יצטרך להם, רק דמ"מ מכלל ספיקא מיהת לא יצא, דאולי גולד לו אח"כ איזה עסק ויפחות לו, וזה מוכח להדיא בב"ק דף פ"ט ע"א אמר אביי ט"ה הואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא ט"ה לאשה הוית דאי ס"ד לבעל הוי לימרו לי' עדים מה אפסדתיך, אי הוה מזבנית לי' לט"ה בעל הוי שקל מינך. הרי להדיא דכל ממון שעומד בספק אין העדים זוממין משלמין כלום, רק היכא שיכול הלה למוכרם, דאי לא תימא הכי אמאי א"צ לשלם לאשה כלום אם אמרינן דט"ה לבעלה, דמ"מ ע"י עדותן הפסידה היא עצמה את ספק ממונא שהי' לה, וכיון שכן תו אי אפשר לומר דאומד לגבי מלוה מה שיפחות ללוה שהרי אין זה ממון גמור ברור רק שנכנס בכלל ספיקא, ובכל מידי דספק ממונא אין עדים זוממין משלמין רק היכא דאפשר למוכרם ויגיע לידו מן הלוקח מיד בשביל ט"ה שבו, ואזי צריכין לשלם מה שהפסידו לו את דמי ט"ה. ובג"ד פשיטא שאין ללוה צד זכות במה שיפחית המלוה בשביל זה שהי' ברשותו למכרם לאחרים, דגרע טפי מדבר שלב"ל ולא עבידא דאתי דאפי' לר"מ לא קנה. (וא"ל דמ"מ יכול הלוח להלוות לאחר סך זה כגון שחייב למלוה מאה זהר על עשר שנים ובאם יניח המלוה מחובו כדי לשלם לו מיד אזי יפסיד עשרה זהר, רק דספיקא דאולי לא יניח לו כלום וימתין עד הזמ"פ כאשר התרצה מתחילה לכן בעבור ט"ה זו יתן הלוח לאחר סך צ"ח זהו' באופן זה דבאם יניח המלוה מחובו יהי' הריווח שלו, ובאם לא יניח לו כלום אזי יתן לו הסך במילואו כשיגיע הזמ"פ, דזה מופרך מכמה צדדים כמובן. ועוד דממ"נ אם יתנם לאחר בהלוואה הרי זה רבית גמורה דהא אם לא יניח המלוה מחובו אזי יצטרך לשלם יותר ממה שקבל שהרי סוף סוף אין זה כמכירה גמורה שהרי עודנו הלוח משועבד למלוה כמקדם, ולא ייפטר מחובו במה שמסרם לאחר, ואם יתנם הלוח לאחר בתורת פקדון אזי לא נתחייב באונסין רק כשהתנה עמו ומי פתי יסור הנה

שבשביל ספק מועט כזה יתחייב א"ע בחיוב שאינו בידו לשמרו. א"ו דאומד דמתניתין הוא מן הלוח והוא מה שיוסיף הלוח על חוב שכבר הגיע זמנו כדי שיאריך לו עד י' שנים, ואף את"ל שגם מן הלוח איננו ממון גמור דאולי א"צ עוד למעותיו, מ"מ לו יהי' דספיקא הוה מ"מ צריכין העדים לשלם לו דמי טובת הנאה שהרי המלוה יכול למכור את החוב עם דמי טובת הנאה זו, דשמא יוסיף לו הלוח בעד זה שהרי אפי' במלוה ע"פ יכול למכרם במעמד שלשתן, וגמצא שהוכחת ר"א מטולא כראי מוצק בזה דבע"כ צ"ל דאומד דמתניתין הוא במה שיוסיף השוכר ולא להיפך ממה שיפחות המשכיר או המלוה.

— יט —

ע"ש במשנה למלך שהקשה על עיקר הדין שפסק הר"א מטולא דבעה"ב מחויב לשלם למלמד במה שיכול להרויח דהא מבטל כיסו של חברו הוא (אבל על עדים זוממין דמתניתין לא קשיא ליה, חדא, דא"ל כיון שע"י עדותן הוצרך לשלם מיד בדבר שפטור בו עתה הוי כמזיק ממש, כמ"ש בקצה"ח סי' ע"ג, ועוד דעדים זוממין שאני דמשלמים אפי' בדבר דמזיק דעלמא פטור וכמ"ש"ל אות ב). איברא תירוצו של בעל המ"ל, נראה קצת דחוק דאיירי בדתבעו לי' ובעה"ב מרויח בהם ודמי' לדברי מרדכי בפ' הגזול ולא נזכר זה כלל בדברי ר"א. ועוד דלדברינו שכתבנו לעיל אות ח', ט', י', אין זה ענין לדברי המרדכי כמובן.

ואפשר לתרץ דברי ר' אלעזר דגבי מלמד שקצב עמו לשלם לו מיד, אזי אמרינן דמסתמא הי' יכול להשכיר גם אצל אחרים בדמי שכירות כזה, וא"כ גם אם לא פסק עמו הי' מחוייב לתת לו סך זה משום שבת דאדם דלא גרע מאהדקי' באגדרונא, וכיון דעיקר גובע משבת דאדם הרי זה דומה כאילו אמדוהו מתחילה בכך דאם יתן לו מיד יתן לו כאשר קצב אתו, ובאם ידחהו לעדני עדנים שגם זה יש לו שיווי אצל השוכר והמשכיר וגמצא שבאם יתן לו רק הסך שפסק עמו ישלם לו חצי דמי שבתו שחייבו רחמנא, ומשה"ט יש מקום לומר דמחוייב להוסיף לו בכדי שיגיע לדמי שבתו שחייבו רחמנא, וזהו בשבת דאדם דח"ר אפי' שלא במקום נזק ואפי' ע"י גרמי בעלמא אע"ג דלא עביד מעשה בגופו ממש רק ע"י דיבורו לבד.

גהדרין לענינא קמא שגם מדבר בעל מל"מ מוכח מיהת דגבי הלואה אפי' כשתבעו לו שיש בידו להרויח בהם והלה מעכבם ומרויח בהם אפי"ה אסור משום רבית, שהרי לדעתו מיירי בתשו' מיימוני באופנים הללו, ואפי' בכה"ג לא חייבו אלא בשכירות דלית ב' משום רבית.

כ

עתה נקיימה נא דברינו להשתעשע עם החכם השואל ונתעלסה אתו באהבים בחידושים שחידש בזה בדרך קצרה ומובטחני בו שיודה על האמת ויקיים בנו ואת והב בסופה. [קידושין לב].

מ"ש לתמוה על הרשב"ם שהקשה על רב האי גאון דהא כל הגזלנים אינם משלמין אלא כשעת הגזילה מובא במרדכי בפ' הגוזל קמא סי' קכ"ה, והקשה מעכ"ת דה"ט משום דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן, ומסתמא נתכוון להרויח בשביל המפקיד, חדא דא"כ אמאי פסק שיהי רק למחצית שכר דהאי דמי כולו בעי למשקל להו ודי לו למתעסק ליטול רק כפועל וכמו שפסק במרדכי שם לעיל מיני' סי' קכד וכן הוא בהג"ה סי' רצ"ב, וא"ל דנטלם בעיסקא דהיינו בפ"מ ופ"פ מ"מ כיון שכבר נעשה גולן בפלגא מלוח שנטלו לעצמו כבר יצא מחזקת כשרותו ושוב אפשר לומר דנטלו כולו במלוה, ועוד דמשמע לי' קצת מלישנא דנקט ושלח בהם יד משמע דידוע מלתא שנטלם לעצמו, וא"ל דנטלו בתורת עיסקא וקא סבר דלא נעשה גולן משום זה כיון דבל"ז מונחים אצלו בטלים מעיסקא מ"מ כיון דלקושטא נעשה גולן עליהם אזי ממילא השבח קנוי לו כדון גולן דעלמא. איברא למש"ל אות ח', ט', אתי שפיר.

גם מ"ש בתוך הדברים דמי לספינה דנחית לאגרא, יעו"ש ברש"י שכ"ש להיפך דמש"ה אם רצה נוטל פחתה וכי' משום דהוי לי' גולן, הרי להדיא דאע"ג דקיימא לאגרא ונחית לאגרא אפ"ה הוי כגולן, ותו ל"ש בי' הטעם משום דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן, ואפ"ה אם יתרצה הלה בשכר מחוייב ליתן לו משום דזה נהנה וזה חסר ומשכו מתחילה לכך ונתחייב בהם ושום א"י לחזור, ומפשטות הדברים מוכח משם להדיא להיפוך, והוא דכל דלקושטא דינו כגולן שוב לא נוכל לחייבו משום חזקה זו ולומר דאחזוקי אינשי בגזילה לא מחזקינן וטעה בדעתו וכסבר דבזה לא יהי' גולן, שהרי גם בספינה דקיימא לאגרא לא מחייבינן לי' באגרא רק היכא דנחית לי' לאגרא להדיא, והיכא דלא נ"ל לא מחייבינן לי' בסתמא משום חזקה זו, כיון דסוף סוף נעשה גולן עלי' לא מחזקינן לי' בטעותא כדי לחייבו, ואינו דומה לדברי מרדכי דלעיל משום דהתם מחייבינן לי' בכולהו רוחא, ובאופן זה פשיטא דגם לקושטא לא נעשה גולן כיון שכל עוצם מחשבתו רק לטובת הבעלים ולא להנאת עצמו אע"ג דלכתחילה אם בא לשאול אמרינן לי' דלא יגע בהן, בזה אמרינן דטעה בדבר איסור זוטא כזה ומש"ה מחייבינן לי' בכולי רוחי כדי לנקותו משמא דגזלנותא ובכדי

שינצל מאיסור חמור כזה אמרינן שפיר דמשום חזקה זו מסתמא דעתו מתחלה לכך, אבל בנידון דר"ג דלא מתחייב לי' אלא בפלגא רוחי' הרי לקושטא נעשה גולן בפלגא, שוב אזוי לי' חזקה זו דמ"ל פלגא ומ"ל בכולי' גם מ"ש בשם הב"ח דהיכא דברי הויקא גם במבטל כיסו של חבריו חייב ודימה לזה שה"ה בהלואה גמי היכא דמעכבם לאחר זמ"פ.

איברא למש"ל באות ט"ז דגבי הלואה שאני משום דבדידי' קעביד מעשה אבל במבטל כיסו של חבריו דבדחברי' קעביד מעשה הוא דמחייבינן לי' לדעתו דב"ח ורמ"ה, דהיינו או שגורר כיס של חבריו לחדרו של בעה"כ ונעל בפניו דמי לאהדקי' באנדרונא לדעת הרא"ש (אלא דבאדם מחייבינן אפי' היכא דלא ברי הויקא משום שבת, אבל גבי ממון דלא נתחייב משום שבת פטור, רק היכא דברי הויקא חייב משום נזק וכמש"ל באות י"ד) ולדעת הפוסקים דסברי בפורץ גדר בפני בהמת חבריו דחייב כשנאבדה משום דחשיב להו המעשה בגורם כעושה מעשה בגוף הממון, או דטעמא כמ"ש הרמב"ן בוד"ג משום שהוציאה מחזקת שימור למקום אבוד והפקר, כן י"ל דה"ה להיפוך היכא דנעל בפני כיסו של חבריו דחייב היכא דברי הויקא שע"י מעשיו הוציא ממנו של חבריו מחזקתו ורשותו של בעלים הראשונים והעמידם במקום שאינו בחזקתו ורשותו, ועי"ז איבד והרס קנין פירות שלו כמש"ל אות ט"ז.

כא

גם מ"ש לתרץ קושיות הראשונים שהקשו על הר"א מטולא בתשובת מימוני מנכש עמי היום והנהו דמהפכי בי דרי ומהאי דמרבין על השכר דהתם לא הרויח ור"א מטולא איירי כשהרויח, לא נראה לחלק בזה רק לענין חיוב ופטור אבל לא לענין איסורא והיתירא ולענין לכתחילה, דממ"נ אי ליכא איסורא דרבית בשכירות אפי' כשלא הרויח גמי, ואי איכא איסורא דרבית בשכירות כשהרויח גמי אסור מדרבנן.

אפס לענין איסור רבית דאורייתא בר"ק הוא דמחלקינן בין הרויח ללא הרויח, אבל מידי אבק רבית אכתי לא נפיק, ודוחק לומר דר"א לא התיר בשכירות אלא גבי אבק רבית דרבנן והוא כשהרויח דאז כבר יצא מידי רבית דאורייתא מיהת הוא דמתיר גבי שכירות אפי' מדרבנן דא"כ בל"ז מאי קשיא למר אחיז של ר"א מהנהו דדרי באגי או מההיא דנכוש ועידור דשאני הכא דהוי כרבית קצוצה, משא"כ גבי הנידון דר"א שהי' לאחר זמ"פ דבל"ז לא הוי אלא א"ר (דס"ל כדעת הרמב"ם בזה) או

דס"ל דאפי' בר"ק מתיר ר"א לגמרי גבי שכירות אפי' מדרבנן.

כב

להשלים הדברים שכתבנו לעיל מזה דגבי ספינה אפי' דק"ל ונחית לאגרא מ"מ כל דין גזול עלי, עיין בקצה"ח סי' ש"ח [ס"ק ג] שהקשה על הרמ"א שפסק דאם נטל בהמת חבירו דקיימא להשכיר בתורת שכירות ומתה בדרך דפטור, ול"ד לשואל שלא מדעת משום דק"ל ונחית לאגרא. והקשה דהו"ל להרמ"א לפרש דאם מתה מחמת מלאכה דחייב כמו גבי ספינה דק"ל ונחית לאגרא דאם רוצה נוטל פחתה, ועוד שגם לענין שאר אונסין מבואר ברש"י דדינו כגזול כמש"ל. ונראה לפע"ד דלק"מ שהרי גבי אבידה תנן בהדיא בין דבר שעושה ואוכל דמחוייב להשכירה לאחרים משום השבת אבידה, ובדבר שאינו עושה ואוכל ה"ז לא יגע בהם, ומבואר שם [ב"מ ל א] להדיא דאפי' בקורדום דפחתן מעט ושכרן מרובה ה"ז לא ישתמש בהן בקשה, ומשמע אפילו בשכר. (ועיין ב"מ [פב ב] דגבי עני משכירין משה"ט, אבל גבי אבידה דלא ידעי לן אם הוא של עני ה"ז לא יגע בהם) ומכש"כ גבי ספינה דהפחת מרובה לפעמים מדתני אם רצה נוטל פחתה. הרי להדיא דגבי דברים דיש לבעלים הוצאה עליהם ועומד להשכירם לאחרים אנן סהדי דניחא להו לבעלים בהכי, שהרי היכא דאיתנהו ברשותי מחייבינן לי' בהכי משום השבת אבידה, ומש"ה דינו כאילו השכירו מדעתו ממש ופטור מאונסין, וכן במתה מחמת מלאכה, משא"כ גבי ספינה דלית להו לבעלים הוצאה עלי' אם תנח ולא תנוע אזי אפשר דעתה ניחא להו לבעלים שתשובות במקומה ולא להשכירה אע"ג דק"ל מ"מ לא ברירא לן דניחא לי' גם עתה, ומש"ה לא יצא מדין גזול לכ"ד, משום דא"ל דבעתים דצריך למעות ביותר משכירה ואינו חושש לפחתה, וכשאינו צריך כ"כ אזי ניחא ליה שלא תפחת ספינתו וזה פשוט וברור, ומשה"ט דקדק הרמ"א בלשונו בשולחנו הטהור ונקיט לי' בבהמה דוקא ולא נקיט בסתמא.

כג

ומ"ש לישב דעת הרמ"ה מובא בנמוק"י ב"ק בפרק כיצד, משום דק"ל אמאי חייב שבת באדם הא לא הוי אלא כמבטל כיסו של חבירו, א"ו משום דמתחיל היזיקו מיד וא"כ ה"ג בנועל ביתו ש"ח היכא דק"ל עכ"ל בקיצור אמרים, ול"ג דאכתי קשי' דהא כיון שגם באדם אינו חייב רק היכא דמתחיל היזיקא מיד, ואפ"ה קתני בהדיא דגבי אדם חייב וגבי שור פטור, ובע"כ בחדא מחתא מחתינן להו, וע"ל אות ט"ז מ"ש בדעת הרמ"ה, ועוד שכבר הוכחנו לעיל — באות י"ד, ט"ו — דשבת

באדם דח"ר — הוא אפי' היכא דלא ברי היזיקא ואינו מצוי כלל.

ולפ"ז גם הדברים של קצה"ח בסי' של"ג ס"ק ב' צ"ע מ"ש על דברי תוס' ב"מ ר"פ השוכר את האומנין דכוונתם משום שבת באדם, דא"כ אכתי קשיא לדעת הנמוק"י שתירץ בזה דאיירי שגם קודם ששכרם לא נמצא להם להשכיר אצל אחר והרי כל דין שבת באדם ח"ר בהכי כמ"ש לעיל בשם הרא"ש, וצ"ל דמ"מ יצא בזה מסוג וגבול גרמי, דעיקרו הוא דזוקא היכא דברי היזיקא ומתחיל מיד ואזי חייב אפי' ע"י דיבורא בעלמא, אבל גבי שבת דחייבא רחמנא אפילו היכא דלא ברי הזיקא וזה בדעביד מעשה דזוקא, אבל מ"מ ע"י דיבור לחוד א"א לחייבו בסוג זה רק היכא דברי הזיקא, ולדברינו הנ"ל א"ש דכל כמה דעביד מעשה בממונו של חבירו, כגון שהשליך את ממונו ש"ח לתוך חדרו ונעל בפניו ונראה בעליל הזיקא של בעלים מיד במה שאין יכול להרויח, אזי אפ"ל דכ"ע מודים לדעת רמב"ן ורמ"ה וכמש"ל — אות י"ד ט"ו —, אבל היכא דלא עביד בידים רק שנעל בפניו אזי תליא במחלוקת הפוסקים גבי פורץ גדר בכותל בריא, אם חייב על הבהמה לדעת תוס' ב"ק דף נ"ה ע"ב דפטרי התם ה"נ דפטרי הכא וכמ"ש התוס' שם כ' ע"א גבי נועל דלת בבית חבירו (אבל הכא גבי פועלים דע"י דיבורא דד"ר בגופן של פועלים קא מפסדו אזי יתחייב מצד דד"ר) ורמ"ה לטעמי' דס"ל בפורץ דחייב אף על הבהמה אע"ג דלא עביד מעשה בגופה רק בדבר הגורם, יעו"ש שכתבו הפוסקים כן ובטור סי' שצו בשם הרמ"ה, ה"נ דמחייב — בנועל ביתו ש"ח דקיימא לאגרא.

כד

איברא כן הדברים לדעת הרא"ש דמדמה להו לחדא בפי' החובל סוף סי' ג' אבל לדעת הרמב"ן בדד"ג יש מקום לומר דפורץ מגרע גרע מנועל, משום דגבי פורץ שאני דאפקו להו ממקום שמור למקום גדודי חיות ולסטים א"כ גם לדעת המחייבים גבי פורץ מ"מ יש מקום לפטור את הנועל, וכן המבטל כיסו ש"ח באופן זה דלא עביד לי' מעשה בגופן רק בגורם לו כגון שנעל בפניו וכה"ג אפ"ה דברי הזיקא לדעת רה"פ ואחרונים (חוץ מדעת הב"ח ורמ"ה).

ולפ"ז עולין פסקי הש"ע על מכונם, דגבי פורץ מביא מחלוקת הפוסקים בסי' שצ"ו, ובנועל בפני בית חבירו דק"ל [בסי' שסג ס"ו ברמ"א] וכן [בסי' ת"כ סי"א] גבי שבת דלא מחייבינן לי' היכא דלא עביד מעשה בגופו, וה"ט כמש"כ משום דא"ל דפורץ שאני, ועוד דשבת שאני דחידוש הוא דאפי' בדבר דלאו דברי היזיקא, ואפי' היכא

דסתמא הוא להיפוך אפי"ה חס רחמנא על הנחבל, ואפי"ה דלא חביל לו אלא דאהדקי. מש"ה א"ל הבו דלא לוסקי עלה, וזהו היכא דעביד ל"ה מיהת מעשה בגופו אבל לא בדבר הנגורם, אבל גבי פורץ דברי היוקא מיהת מביא גם סברת המחייבין. (ולסברא זו נוכל לקיים סברת הב"ח גבי מבטל כיסו של חבירו אפי"ה היכא דלא עביד מעשה בגופו, אע"ג דגבי שבת פטרינן ל"ה).

כה

מ"ש יד"נ בדברי המל"מ בפ"ד מה"מ [הל' יד] תוך ד"ה ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"מ דמחלק דגבי א"ר ל"מ למימר קים ליה כדעת רש"י ב"מ [ע א] דצריך ב"ד דוקא כמעוץ יתומים, רק מחייבין ליה כדעת מהר"מ, והיכא דהתנה בר"ק לא מחייבין ליה כדעת מהר"מ, וידי"ג מפרש זה בהשכל דגבי אבק רבית הוי ספיקא דרבנן לגבי איסור רבית, וספיקא דאורייתא לגבי איסור גזל, משא"כ גבי רבית קצוצה דהוי סד"א גבי שני הקצוות, נהניתי שכתב זה בחכמה ובהשכל.

איברא דלקושטא דמילתא אכתי יש לפקפק בזה דמשמע מדברי המל"מ דעיקר החיוב והפטור תליא באיסור דרבנן דאורייתא, וא"כ גם היכא דלא התנה כלל דליכא איסורא מדאורייתא מחייבין ל"ה משום דברי מהר"מ, שפוסק דלא היתנה חשוב כהתנה בזה משום תקנתא דרבנן לגבי יתמי, והרי הכא ליתא לאיסור גזל כלל לגבי הלוח רק להיפך לגבי המלוה איכא ספק גזל משום דא"ל כדעת רש"י דלא תיקנו אלא גבי ב"ד דוקא, גם אפי"ה כשהתנה יש לדון ולומר לפום דברינן שכתבנו — לעיל באות ו' — דכולהו מילי דאבק רבית דפטרנהו רבנן את הלוח אע"ג דמדאורייתא מחייב, הוא משום כחו דהפקירא שניתן להם מה"ת, וגם הלוח זכה בהן מה"ת. ומה שהתקינו אח"כ גבי יתמי הוא משום דהדרי רבנן בתר תקנתא והדרו ואפקרנהו מן הלוח למלוה, וממילא גידון כזה כבר יצא מכלל איסור גזל דאורייתא. גם בא"ר דרבנן דמספקא לן אם חזרו ותקנו גבי יתמי אפי"ה שלא בפני ב"ד, הרי זה דומה כאילו מספ"ל מדאורייתא אם זכה בהן הלוח מהפקירא אי לא, ועדיין קשיא אמאי לא מצי למימר קים לי כרש"י וזכיתי בהם מהפקירא, גם יש מקום לומר דשאני איסור גזל דהתירה התורה ספיקא ידי' מדכתיב מי בעל דברים יגש אליהם כמ"ש בקצה"ח בקונטרס הספיקות גבי אינו יודע אם נתחייבתי, ונראה גם בספיקא דדינא יש לומר כן. אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא לענין עיקר ועצם הממון לענין תפיסה וכדומה, מפני שגם זולת האיסור גזל שבו, הכי אנן לא מחייבין להודק ולדון עפ"י מוסדי תורה על עיקר הממון של מי ומי הוא, שהרי גם בקטנים

שאינו אנו מחייבין להפרישן מכל איסורין שבתורה מ"מ נזדקקין להוציא מהן דברים שאינן שלהם, או שנתחייב אביהם בבירור כמ"ש בש"ע חו"מ סי' ק"י ס"ה. הרי להדיא דלאו משום איסורא שבו לבד יסוב פני החיוב מהפטור אלא אע"ג דאיסור גזל אודא ל"ה משום ספיקא, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא כיון דמ"מ נעלמה ממנו קושטא דמילתא אחרי עיקר הממון של מי הוא מפני ספיקא דדינא.

כו

מ"ש ליישב דעת רש"י בא"ג דף ע' דמש"ה צריך לחדש במעות של יתמי משום הפקירא משום דאכתי יש איסורא לגבי הלוח, יש להשיב בזה כיון דרבנן תקנו כן כי היכי דלא ליכלו זוזי דיתמי, כשם שהפקיעו את איסורא דרבנן מן המלוה ה"ה גמי מן הלוח דאי לא הא לא קיימא הא ואכתי ילכו ממונן לאיבוד, וגבי איסורא דרבנן לחד לא מצריכין לכיילי משום כחו דהפקירא דהם אמרו והם אמרו, הגם שהתוס' כתבו כן לחד תירוצא שם בד"ה מעות ש"י, היינו לס"ד דאפילו בר"ק מותר ביתמי ובע"כ הוא משום ריבויא דקרא דבל"ז א"א לעקור דבר מן התורה בקו"ע (דגם משום הפקירא א"א כמ"ש במ"ל שם) אוי יש מקום לחלק בין לזה למלוה כמו גבי הקדשות דמחלקים הפוסקים בזה בין לזה למלוה, משום דגבי הקדש ההיתר בעצמותו, אבל למסקנא ביתמי דעיקרו הוא משום תקנתא שלא יאכלו את רכושם, תו אין מקום לחלק בין מלוה ללוח.

גם מ"ש באופן הב' משום דחיישינן שמא יוציא מעותיהם לצרכיו וירויח בממון אחר דזה אסור אפילו ביתמי. אתממה שהרי גם לגבי מלוה פליגי אי להוצאה ניתנה אי לא, רק דאנן פסקינן דמסתמא להוצאה ניתנה והכי ביתמי דמחפשינן אחרי איש נאמן ואמיד, ומתנין בהדי להדיא שיתן החלק מן הרויח והרי זה כאילו מתנין עמו בפירוש שלא יוציאם דאזי בוודאי אסור להוציאם ואחזוקי איגש ברשיעי לא מחזקינן, והרי זה דומה כעיסקא שאין רשאי להוציאן לצרכו ועיין קידושין [מז א] ברש"י ד"ה להוצאה ניתנה הלוח רשאי להוציאם בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתקיה מצויה בכל עת שיתבענו עכ"ל ועי' בשטמ"ק ב"מ דעיקר ההיתר ביתמי משום דהוי כעיסקא דהוי פלגא מלוה ופ"פ, וחשבינן ל"ה כמתנה שומר חנם להיות כשואל.

גם מ"ש בשם הב"ח בסימן ל"ח דכתב שאינו מחויב ליתן לו מה שהי' יכול להרויח משום איסור רבית ומ"מ עבירה היא בידו ובכלל גזול א"ח איכא, דאפסידהו ממון בגרמיהו, נראה לי דפשטות דבריו הוא. להזהירו

לכתחילה שלא יבוא לידי כך, ובדיעבד מידי סרך גזל לא נפיק ולא ניתן להשבון משום אגר גטר, וכן מצינו כמה פעמים בש"ס. עיי' ב"ק דף ק"ה ע"א גזילה אין כאן השבה אין כאן. וכן ב"מ דף כ"ו ע"ב עובר משום לא תגזול ואע"ג דאהררי' לאחר יאוש וכו'. ובע"ז דף ע"ב ע"א [גבי בן נח דאינו בתורת הישבון]. שעוצם הכונה להזהיר את בעלי הד"ת ולהפרישם לבל ילכזו בענין זה שהוא מעוות שאינו יכול לתקן. ובעקבותיהם דרך בעל הב"ח גם בזה, והוא מפני שכל לזים דעלמא אינם עוברין כשמעכבין זמן הפרעון אלא בלאו מדברי קבלה כמבואר בח"מ סי' צ"ז ס"ג. והיכא שהמלוה מפסיד על ידו אי לא נפיק גם מאיסורא דל"ת, וא"א לתקנו עוד משום איסור דריביתא.

ומ"ש להסב דברי הב"ח על כונה אחרת, והוא שפי' שפטור לשלם היזיקא משום איסור רבית אבל מותר וכשר הדבר שישלם לו כדי לתקן איסור גזילה, לא נהירא כלל, שהרי משמא דרבייתא יותר מתגלגל דינא דאיסורא והיתרא מדינא דחיובא ופטורא, שהרי בהערמת רבית אין בהם רק משום איסורא לחד לכתחילה, ובדיעבד מחויב לקיים תנאו כאשר פסק לו (ודעת הרמב"ם והרשב"א, שם ב"ד סי' קס"ג [ס"ג] ועי' לקמן בד"ה כאשר פסק לו).

ועתה יסוב פני הדבר בהיפוך ונימא שפטור ומותר, מה אמרת דמ"מ ישלם משום איסור גזל ולא יתכוין משום אגר גטר, חזא דלא מצינו כזאת דאיסור רבית יהי קשורה בכונה, ועוד דדמי ללא אפשר וקא מכווין וקרוב לפסיק רישא, ועוד, דאי נימא כמ"ש מעכ"ת דהוי כאיסור גזל ממש ומש"ה צריך לשלם לצאת ידי השבה ולא יתכוון משום אגר גטר, איברא לא נוכל לחייבו בב"ד משום א"ג, אדרבא איפכא מסתברא ויותר נכון שיכפהו בב"ד משום איסור גזל, שהרי אצלם הכונה רצוי' בלא שום תערובות דבר, שכל כפייתו הוא רק משום איסור גזל כמו דמצינו שת"ח רשאים להלות זה מזה ברבית, ואי משום דחיישינן שהמלוה מתכוון לא"ג משום דעיקר איסורא דא"ר לגבי מלוה הוא, הלא גם עתה שמשלם לו מעצמו עודנו לא נפקא מחשש זה.

מ"ש יד"ב להשיג על הראי' של תשובת שבות יעקב, ספרו אין בידי לשום עיוני בהם ונכונים הדברים שכתב מעכ"ת בדחיית ראיתו. גם מ"ש בשם האחרונים עטרת צבי [בס"ס פא] שעיקרן בנוין על תקנות ומנהגים של די ארצות אשר לא נתפשטו בכל המקומות ולא בכל הזמנים רק בדורותם בזמן הוועד, וכן שמעתי מן ש"ב

הגאב"ד דק"ק לונטשיץ מוהר"ח זצ"ל דאנן לא פסקינו השתא פסידא דשוקא כתקנות ארבע ארצות. ומ"ש מעכ"ת דפלוגתא הפוסקים אי חייב לשלם שכר דירה בחצר דק"ל וגברא דלא עבד למיגר תליא בשני אוקימתות ב"מ ק"א אם בחו"ל יכול לומר עצי ואבניי אני נוטל משום כחשא דארעא, יאמין לי ידיד לבי שבכל כחי רציתי להצדיק דברי קדשו הנאמרים בהשכל במושכל ראשון, ובפרט כי דבר גדול הוא לחפש ולתור אחרי מקור הדברים ממעניות חכמי הש"ס, וכן דרכי מאז בעז"י אבל מה אעשה כי האמת אהוב אצלי מכול, הן עצם כוונתו (הגם כי קיצר ביותר לשקול ולפלט הדברים ולעלות במאזנים יחד) כן הוא, דכיון שמשלם לו במה שמכחיש ארעא בשעת עקירה, היינו בע"כ כמו שאר מוזיקין דשמין בכמה ימכר עתה בפחות, אבל אינו צריך לשלם לו מה שישבות האדמה מעט זמן מוריעה וקצירה שהרי שבת במקום נזק ליתא, אלא גבי אדם לחד כמבואר להדיא בפ' החובל במתני', (ודעת לנבון נקל להטעים בזה מש"ל לתרץ דברי הרמב"ן ורמ"ה — באות י"ד ט"ז — והוא דדוקא במקום נזק הוא דפטור גבי שור, אבל באהדקי באגדרונא היכא דברי היזיקא חייב גם גבי שור, דהיינו נזק, אבל גבי אדם חייב אע"ג דלא ברי היזיקא, ואפי' כשאינו מצוי ורגיל בזה כמו בכל שבת דעלמא).

ומש"ה לסברת הר"ף יכול למחות בו שלא יעקרו משום דמ"מ יחסרוהו מהיום והלאה בזריעה וקצירה. אבל לדעת התוס' יכול לעקרו מפני שלא נהנה זה בשביתת אדמתו ש"ח, שהרי היכא שכבר עשו פירות פשיטא דאינו יכול לעקרו וליטלם עם הפירות, מפני דאכתי ארעא דיד' אשבח את האילנות שישאו הפירות, א"ו דעיקר הפלוגתא היכא שנתרוקנו מפירות והטענות שביניהם הוא מכאן והלאה.

אבל לקושטא גם לדעת התוס' יכול למחות בו, בכדי שלא יזק מכאן ולהבא עוד, וע"כ ל"פ תוס' אלא היכא שכבר דר בה דאזי פטור לשלם מפני שלא נהנה אע"ג דחסרי, אבל פשיטא דיכול למחות בו ולהשליכו חוצה כדי שלא יופסד. (ואם משום שהאילנות שלו המה, כיון דבכונה נטעם בשדה ש"ח פשיטא דיכול למחות בו, כדי שלא יפסידו הבעלים בדבר שלא גרמו לזה. עיי' פשיעתן), וגם היכא שכבר עקרו ושילם לו הנוק דהיינו מה שנפחת עתה מערכה במכירה, אזי גם לדעת הר"ף פשיטא דפטור לשלם לו שכר ביטל עבודתה.

ואגב גררא אודיע ליד"ב בהאי ענינא שתמה בעל מחנה אפרים בהלכות גזילה [סי' יג] על דברי תגה"ה שכי' בס"י שס"ג ס"י ישראל שברח מן העיר וכו' דפטור

מפני שלא קיימא לאגרא שאם לא הי' דר בו הישראל הי' דר בו הכותי. והקשה מתוס' ב"ק כ' בד"ה הא איתהנית דבתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה דחייב, מפני שנהנה מחסרון של חבירו, אע"ג דבשעה שנהנה לא חסרי' מידי שכבר נחסר ע"י התחב, וכן באכלה מתוך הרחבה דמשלם מה שנהנית אע"ג שכבר נחסר, מ"מ כיון דמטי ל"י הנאה מכח החסרון של חבירו א"כ ה"ג יתחייב אע"ג דלא ק"ל בשעה שנהנה דמ"מ מטי ל"י הנאה ע"י חסרון שקודם לזה.

ומה מאוד נפלאתי על גבר בגוברין אביר הרועים גאון הגאונים כמוהו שמדמה בזה הדברים השווים במילות אפס בתוכנתם רחוקים זמ"ז מרחק הלאה, דגבי מידי דאכילה הוא דלא אזלינן בתר השתא וגמא כיון דהשתא לא חסרי מאומה כיון דלעולם לא סגי בלא"ה, שהרי אי אפשר ליהנות מן האוכל עד דחסרי בלעיסה, או דמטיא ל"י לבית הבליעה במקום שאינו יכול לאהדורי רק ע"י הדחק, ולהכי א"א לחלק ולהפריד בין החסרון שקודם להנאתו ולבין הנאה שנהנה אח"כ, כיון דלעולם א"א בלא"ה, דזמנה למה דאמרינן בגיטין [גב ב, בתוס' ד"ה מנסך] דא"א לנסוך בלא הגבהה וחשיב כאלו געשה בהדי הדדי, אבל גבי בית דאפשר ליהנות בלא חסרון כלל, כגון היכא דל"ק לאגרא כלל, ולהכי גם עתה דל"ק מפני השר ששללו אזי אזלינן ג"כ בזה בתר השתא, והחסרון שחסרו השר כבר נסתלק בשעה שנהנה השתא, ולא אזלינן תו בתר מעיקרא כיון דאפשר הוא לחלק ביניהם וזה ברור וגנז.

מ"ש מעכ"ת כונתו בגמרא ב"מ ק"א כגון דא צריכא רבה משום דק"ל קושית הגמרא לעיל כ' מקורה של הקדש וצריכין לתירוצא דרבה, שמחתי על השקדת לימודו בעינים ושעשועין דאורייתא, אבל לקושטא הלא התם איירי בחצר דל"ק וגברא דעל"מ וקשיא מקורה של הקדש, אבל הכא דאיירי משום כחשא דדמי לפלוגתא דבין רי"ף ותוס' דאיירי בק"ל וגברא דל"ע למיגר, דתו ל"ק מהקדש, שהרי גם גבי הקדש גופא היכא דלא נהנה לא מעל אע"ג דחסרי' להקדש, ואפי' לדברי רא"ש שהמציא דאע"ג דלע"מ מ"מ חשיב כנהנה רק שיוכל להשיג הנאה זו בלא שכר במ"א אבל הכא שלא נהנה כלל פשיטא דלא מעל. ומובן מעצמו דלדעת הרא"ש אין לדמות הגידון דכחשא להתם.

ומ"ש מעכ"ת לתמוה על מהריב"ל בח"ג סי' קי"א דקושית הר"ן ר"פ האומר בקידושין לא קאי למסקנא כיון שהמוכר לא נתרצה בפירוש למוכרם לאחרים, והעיקר תלוי בדעת המקנה כדאמרינן מי הודיע וכו', יש

לדחות הכי המוכר לא נתרצה להקנות ליד מי שהוא, רק בני באגי היו אלמים והיו מרחיקים הלאה את הקונים בקולות ודברים כדרך התקיפים והאלימים כי יתנו בקולם בצוחה ובצעקה להלאות הקונים לבל יקרבו זרים בתוכם, שהרי אמרינן שם דמ"מ הוי ל"ה להודיעו סבר אדהכי והכי אתי אינש אחרינא זבין לה, הרי להדיא שהמוכר נתרצה לכל מי שיזדמן, ומי שלא ישמע לקולם ולא יחוש למו יקנם, ולאחר הקנין שוב הקולות יחדלו ולא ישמעו עוד.

ובעיקר כונת דברי מהריב"ל בתשו' הג"ל כמ"ש שם. איברא, דיש מקום לדחות דאדרבא איפכא מסתברא, וגראה ממשמעות לשונו כך, דהיכא שהתנה להדי' ברבית קצוצה הוא דמחייב מהר"מ ביתמי, אבל הכא שהיתנה בפירוש שהריוח מהלבשה זו דהיינו מחיר וחילוף הראשון שיסחור מן הסחורה וחפצים שקיבל מן האפטרופוס שיתן כולו ליתמי, משמע קצת לס"ד דמהריב"ל דדמי להיתנו בפירוש שלא יתנו עוד ממסחרים שיעשו אח"כ בחילופים והלבשות אחרות וכאלו גילו דעתם בפירוש בזה, ובמסקנא לא קיים סברא זו. ואולי נודע להם כי הלבשה זו רחוק מן ההפסד לכן נתרצו מתחילה ליתן כולא רווחא ליתמי, משא"כ במסחרים אחרים שיעשו אח"כ שיכניסו א"ע בהפסידות וסכנות עצומות לכן גם אם ירווחו יהי שלהם לבד, אבל בסתמא ממש גם מהריב"ל מודה לדעת רמ"א.

ועתה עיקרא לדינא דבחלק המגיע ליתומים מחוייב ליתן להם חצי הריוח שמגיע לחלקם אע"ג דלא התנה כאשר פסק הרמ"א בח"מ סי' ר"צ ומסקנת המל"מ שם ודעת בעל הט"ז ב"ד סי' ק"ס ס"ק י"ז ול"מ מי שחולק בזה מן האחרונים המפורסמים וזולתי דעת רש"י שמצריך דוקא בב"ד ואגן לא פסקינן כוותיה בש"ע בזה [ע"י יו"ד סי' קס ס"ח] ולא מצי למימר קים לי כמ"ש מעכ"ת יד"ג בשם האו"ת.

ובזה אצא ואומר שלום לארעא קדישא ושלום לכל יושבי הקדושים והפרושים, ובפרט להחכם הרב המאה"ג המופלג בתורה וביראת שמים מעדו ועד עתה הצדיק המפורסם בכל הגלילות מו"ה נחום ג"י שליט"א. מעי מעי הומה עלי וקירות לבבי תוקד בקרבי, מי יתן לי אבר כיונה אעופה ואשכונה בתוכם, נשמחה ונתעלסה יחד באהבת תוה"ק ועבודתו הצלולה וברה שמה. המשתתחה מרחוק מול הדרת כבודכם אשר כבר זכיתם למעלה הגדולה והיקרה הזאת. אל תפחדו ואל תיראו מדאגת שנות הבצורת הללו, ובעזה"ש תפרעו וד' יודע עד היכן הדברים מגיעים בעמל ויגיעה רבה כה יתמו הדברים בזכותכם

ובגודל צרתכם וישאו הרים פרים כחפצכם וכרצון ידד נפשיכם בכל עוז ובכל קירות סרעפי לבבי.

הק' משה יהודה לייב בן הרבני מוה"ר בנימין זלה"ה.

הערות המחבר לתשובת גאב"ד קוטנא

הנה מ"ש הגאון הרב מוה"ר משה לייב נ"י אבדק"ק קוטנא נ"י וז"ל בקיצור ובוזה היכא שאמר הלוה לאחזה"פ שיתן לו מחצית שכר והמלוה יפסיד על ידו לדעת היש"ש בב"ק פטור ומותר משום ריבית, וטעמא דמילתא שהרי מבואר להדיא בב"ק דף נ"ו ע"א בכופף קמתו של חברו לפני הדליקה לאוקימתא דר"א דשוי טמון באש דפטור מדיני אדם וכפירש"י ז"ל שם. הרי אע"ג שאש סמוך לו ובודאי יתחייב הלה לשלם אפ"ה פטור, מפני שעדיין לא זכה הניזק בחיובא דמזיק, ועיין היטב בהרמב"ן ז"ל בדינא דגרמי וכו', ואע"ג דהתם חייב בדיני שמים זה הוא היכא דאיש אחר בא ועושה טמון וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה אע"ג שמציל בזה את חברו וכו', והוא נכנס בריב שאינו שלו וכו' אזי חייב בד"ש, ולהכי לא אשתמיט שום חד מהפוסקים להשמיענו שגם אם המזיק בעצמו שוייה טמון באש שהוא חייב וכו', אלא ודאי שבוה פטור אפי' בד"ש שכוונתו להרויח לעצמו וכו' עכ"ל.

הנה מאוד תמהני איך יעלה על הדעת לומר שאדם שילוח ממון מחבירו על זמן שלשים יום יהא מותר לכתחילה לעכב ולא לשלם עד עשרים או שלושים שנה, ונימא דהוי מבטל כיסו של חברו והוא מכון להנאת עצמו לא יהיו עליו אפי' [איסור] בדיני שמים, ואף אם באמת לא יהי' לו לשלם היכא דלא יעבור בלאו דלך ושוב ולמחר אתן לך, רק כדרך ב"א שאין להם לשלם רק ע"י טורח לא יהי' איסור בד"ש, ונימא דלהרויח לעצמו מכון ולית ב"י שום איסור, וא"כ מצינו גזל מותר לכתחילה בכה"ג והומ"ל בחולין דף ק"ט ע"ב [גבי כל דאסר לן רחמנא שרא לן כוותיה] אסר לן גזל והתיר כיוצא בו בזה בנ"ד. (נכתב בצדו²: בחינם התפלא הכי משנת חסידים שנית, רק לענין תשלומין מילתא אחריתא הוא). ומה שמייתי הגאון נ"י ראי' מהאי דשוי' טמון באש וכתב בפירש"י ז"ל, כוונתו למ"ש רש"י ז"ל שם בד"ה טמון איתמר וז"ל שכיסה קמת חברו בסדיגין כשראה דליקה אצלה והוא לא שלח את הבעירה ושוי' טמון וגרם להפסיד את הניזק ולפטור את המבעיר דפטור על טמון באש עכ"ל וא"כ מדכתב רש"י ז"ל ומדייק לישנא והוא לא שלח את הבעירה וכו' ש"מ דאם המבעיר גופי' שוי' 2. כפי הנראה הוא העתקה מכת"י גאב"ד קוטנא כחשובה להערות המחבר.

טמון באש פטור, ומוה הביא הגאון נ"י ראי' לדבריו, ולענ"ד אין ראי' מזה, דהנה ע"כ צריך רש"י ז"ל לפרש הכי, דהנה מקשינן שם ותו ליכא והאיכא כו' ומשני מיהא איכא טובא והני איצטריכא ל"י מהו דתימא בד"ש גמי לא ליחייב וכו', ולרב אשי דאמר גמי טמון איתמר, מהו דתימא אנא כסויי כסיתיה גיהלך, ובדיני שמים גמי לא ליחייב קמ"ל וע"ש. והקשה התוס' ז"ל ד"ה כסויי וא"ת גלוי וידוע למקום למה גתכיון אם לטובה אם לרעה וי"ל דאפי' במתכיון לטובה שלא ימהר לשרוף וכו' מ"מ בד"ש חייב דאיבעי ל"י לאודהורי ולאסוקי אדעת' שלא יבוא לו הפסד בכך עכ"ל והנה לפ"ז הא ניחא באדם אחר שלא הבעיר את הבעירה ושפיר הוי ס"ד כיון דכוונתו לטובת הניזק להוי פטור בד"ש, משא"כ באדם המבעיר גופי' הלא הוא חייב ע"י הבערה שלו לשלם והוא המזיק בידים ע"י הבערה שזו וא"כ מאי ס"ד דלפטור בד"ש הלא ידוע לכול דע"י דמשוי טמון באש יוכל להיות הפסד לניזק, דאם לא ישו' טמון יצטרך לשלם לו הניזק, ובשלמא אדם אחר י"ל שכוונתו ה"י שטוב לו להציל ודילמא לא יוכל לעמוד במשפט עם אדם רע שמבעיר בערה להדליק קמתו של חברו וכיוצא בו כמה טעמים, משא"כ על המזיק בעצמו מה טובה הוא מתכוון שיהי' לו טובה בודאי עי"ז, וכי גרע גבי המבעיר שמשוי טמון באש משילח את הבעירה ביד חש"ו דפשיטא ל"י דחייב בד"ש הואיל דשכיח לבוא להפסיד לב"א, א"כ כש"כ כה"ג דשוי המבעיר טמון וע"כ איצטריך רש"י ז"ל לפרש דוקא באדם אחר ולא המבעיר גופא. (נכתב בצדו²: בכל האריכות הוא דבר שפתיים כיון דטמון איירי בנפלה מחיצה שלא מחמתו כמבואר שם פשיטא שיכול לומר לטובתו נתכוונתי דכי כ"ע ד"ג [דינא גמירי] שיתחייב מפני שהי' לו לגודרו, לכן חישב להצילו שלא יזוק).

ויותר י"ל דאולי ס"ל לרש"י ז"ל כשיטת הרא"ה מביאו השטמ"ק ז"ל שם דמפרש אנא כיסוי כסיתי אפי' במתכיון להפסיד לחבירו (ע"י הטמון רק הואיל ומ"מ יוכל להיות לו טובה) הוי ס"ד דפטור בד"ש, ופליג על שיטת התוס' ז"ל וכך פי' המאירי ז"ל יע"ש וא"כ בכה"ג שמתכוין להפסיד לחבירו ע"י הטמון רק הואיל ומ"מ יוכל להיות לו טובה הוי ס"ד דפטור בד"ש, וא"כ במבעיר גופא בכה"ג וודאי גרע הרבה טפי מהשולח את הבערה ביד חש"ו וגם גרע טפי מהנותן סם המות לפני בהמת חברו, דבאמת הקשה שם תוס' ד"ה אבל הני דהוי חידוש גדול ודוחק לתרץ יע"ש וא"כ היכא דמבעיר שוי' טמון וודאי פשיטא, וא"כ ע"כ צריך רש"י ז"ל לפרש דוקא אדם אחר ולא המבעיר גופא.

ועוד י"ל דכה"ג אפשר דמחויב המבעיר לשלם מן הדין, דהנה טמון גופא פליג ר"י ומחייב ורבנן דפטרי הוא גזה"כ ובאמת הוא חידוש, וא"כ י"ל דזקא היכא דהוי טמון בתחילת הבערה [שאז דזקא פטור, אבל אם נתחייב כבר בתחילת הבערה] א"כ אף דאח"כ נעשה טמון, מ"י אמר דכה"ג דבעת התחלת הבערה הוי לחיובא מג"ל דיפטור עצמו ע"י שנעשה אח"כ טמון, והלא תחלת חיובא הוי לחיובא. והרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות חובל ומזיק הל' ח' כתב הזורק כלי של חבירו מראש הגג על גבי כרים וכסתות של בעל הכלי וקדם בעל הכלי והסיר הכרים, הזורק חייב שזריקתו הוא הגורם הראשון לשבירת הכלי יעו"ש. וא"כ אף דבעת התחלת החיובא לא הוי בר חיובא דהרי מונח תחתיו כרים וכסתות, ובעה"ב בעצמו עשה ההיזק מ"מ מחייב הזורק. הואיל וגרם ההיזק, כש"כ בכה"ג דהכא דהמבעיר התחיל הגרם בחיובא והפטור דטמון דהוא חידושא גרם המזיק גופא, וודאי ראוי להתחייב, אמנם לא מצינו האי דינא בפוסקים ולא נוכל לחייבו בכה"ג, מ"מ בדיני שמים ודאי מחייב.

עוד כתב הגאון נ"י וז"ל והדברים עתיקים שגם בדיני דגרמי דחייב לשלם מדינא פטור לגדולי הפוסקים היכא דמתכוין להרויח לעצמו עיין ס"י ס"ו סכ"ג וכו' וממילא נשמע דהיכא שעיקר חיובו רק בדיני שמים אזי לכ"ע יש לפוטרו במקום שמכוון להרויח לעצמו וממילא נשמע דה"ה בג"ד אע"ג שנתברר שיכול המלוה להרויח בהם והלוה מדחיהו בלך ושוב דפטור אפי' בד"ש. וכוונתו למאי דאמרינן שם סעיף כ"ג היכא דמוכר ש"ח של בנו לאחר ומת ד"א שם דרשאי למחול לעצמו כיון שאינו מתכוון רק לטובתו מותר וא"כ כש"כ היכא דעיקר חיובא הוי רק לצאת י"ש. והנה לדעת לא דמיא כלל להאי דינא דס"י ראשית, דגם שם באמת כתב הש"ך ז"ל ס"ק פ"ב דמחייב לשלם מטעם דינא דגרמי רק דמהני המחילה שלא יהי מלוה בשטר ועיי"ש וא"כ מהיכן ראוי שיש לו רשות להפקיע ממון חבירו ורייח שהי יכול להרויח. עוד י"ל דשאני גבי מחילת שטרות דמבואר בפוסקים בשם ר"ת ז"ל דמהני משום דשיעבוד הגוף של הלוה אינו יכול למכור ונשאר אצל המלוה והמכירה. לא מהני רק לשיעבוד הנכסים וכן מבואר בסמ"ע ז"ל שם ס"ק [נה] וא"כ כשמחול שיעבוד הגוף שיש לו ממילא נפקע שיעבוד גכסי ועיי"ש.

והנה שיעבוד הגוף ושיעבוד גכסי הוי שני דברים ממש וכמ"ש הסמ"ע ז"ל בס"י ס"ו ס"ק מ"ט דקנין גוף השטר ושיעבוד גכסי הוי שני קנינים נפרדים זה מזה ועיי"ש וא"כ ה"ה במכירת שטרות לענין שיעבוד הגוף

וגכסי דאין ללוקח שום חלק בשיעבוד הגוף וא"כ כשהמוכר מוחל אינו נוגע בדבר שיש ללוקח שייכות בו, ואף שבא ע"י היזק ללוקח בשיעבוד גכסי שלו זה ממילא נפקע אבל הוא אינו עושה מעשה ב"י כלל ובפרט היורש שהשיעבוד הגוף שלו ומוחל לעצמו, וא"כ מה עוול עושה בזה שמחזיק בשלו במה שאין להלוקח חלק בו כלל, משא"כ בלוה שיש לו בידו ממון אחרים ומחזיק בו ואינו מחזיר הלא אף שעכשיו הממון שלו וכמ"ש הגאון נ"י מדברי רש"י ז"ל בקדושין הג"ל, מ"מ יש לחבירו תביעה עליו ובא הממון לחבירו ממנו ומפקיע ומפסיד לחבירו ממון שפיר שייך לחבירו ואף שעכשיו שלו מ"מ בא לידו מחבירו ומעיקרא הוי של חבירו, משא"כ בשיעבוד הגוף של מכירת שטרות דמעיקרא הוי שלו ולא של חבירו ומחזיק רק בשלו ממש ולא דמיא כלל לנ"ד.

ולפ"ז י"ל נמי הא דמביא הגאון נ"י הג"ל מהא דס"י ס"ו סעיף ל"ב בהגהה היכא שמכר שט"ח שיש לו על גכרי בריבית וחזר ומחל לגכרי דא"צ לשלם רק הריבית שכבר עלה עליו ולשיטת הש"ך ז"ל ס"ק ק"ז פטור על הריבית שכבר עלה כבר וע"ש הרי אע"ג דהפסידו ברור לנו מ"מ פטור ובעל הגהה זו שחולק בזה משום דס"ל דריבית נמכר וכבר זכה זה בקניתו, אבל לכ"ע מיהת בריבית שיעלה עליו לא מחייבין לי' אע"ג דבדאי יגיע וע"י מחילתו יפסידו מיד, א"כ כש"כ ברייח שיגיע למלוה אם יפרע לו שעדיין לא זכה בזה מאומה ולא מחייבין לי' משום עיכוב פרעון וכו' עכ"ל בקיצור.

והנה לפמ"ש לא דמיא כלל דכאן במכירת שט"ח דהתם אינו מוחל רק דבר שהוא שלו ממש, דהיינו שיעבוד הגוף ואינו עושה שום מעשה ופעולה בשל חבירו, משא"כ במעכב ממון חבירו בידו לאחז"פ, ואף דזכה ב"י בשעת הלוואה מ"מ הוי עיקר ממון של חבירו ומפסיד לחבירו בשל חבירו וכנ"ל, ואף שרש"י ז"ל בקדושין דף מ"ז ע"א כתבו דמלוה הוי של הלוה וכמ"ש הגאון נ"י משם ראוי דנקרא ממון שלו, וודאי לא הוי ממונו ממש דרש"י ז"ל לא כתב רק דהקדושין לא מהני משום דכבר זכתה בה בעת הלוואה ויש לה בה זכ"י וע"כ לא נחשב לה קבלה ממש דתתקדש עצמה דלא הו"ל הנאה גמורה, אבל מ"מ יש להמלוה זכות עלי' על המלוה והשעבוד ומה"ט מהני בהנאת מחילת מלוה משא"כ בדבר שממש הוי שלו וע"י דבר שעשה בשלו ממש כגון שעבוד הגוף דמלוה, וודאי רשאי לעשות ולא מחייב אף לצאת י"ש ולא דמיא למלוה של ממון חבירו כלל.

עוד יש לחלק ולומר מהאי דמחילת שט"ח לענינו הג"ל דשאני התם דהא גם הלוקח השט"ח מהמלוה גורם

הפסד להלוה היורש דאי לא לקחה מאביו הוי הוא היורש ולא בעי לשלומי כלל ועכשיו כשלוקח השט"ח גורם הפסד להלוה היורש וע"כ מותר גם להיורש למחול לעצמו אף שבא עי"ז הפסד ללוקח. והנה האי דינא דמיא ממש להאי דאמרינן ב"ב דף י"ח ע"א ר"י מתיר בחרדל מפני שיכול לומר לו עד שאתה א"ל הרחק חרדלך מן דבוראי הרחק דבורך מן חרדלאי וכו' אע"ג דבעל הדבורים ה"י מחזיק מקודם מ"מ כיון שגם ע"י בא היזק לבעל החרדל א"צ להרחיק וכן הוא שיטת רוב הפוסקים והמפרשים ז"ל שם, ועיין שם בתוס' בד"ה ואי לא סמך ואף לפרש"י שם אין בעל הדבורים צריך להרחיק כלל משום דלא עשה היזק כלל וע"ש, י"ל דהתם אפשר שלא יעשה לעולם חרדל וכיון שהוא זכה בהיתר לא חשיב שלא כהוגן, אבל במכירת שט"ח דיודע שבדאי יבוא הפסד ליורש כי ברוב פעמים יבוא לידי ירושה וודאי מיקרי שלא כהוגן ובפרט שרוב השיטות חולקים על פי התוספות עיי"ש ועיין בטור סי' קנ"ה וגם מוכח שכן הוא שיטת הרא"ש ז"ל דהרי הרא"ש ז"ל שם ס"ל כשיטת ר"ת ור"ת ז"ל שהביאו התוס' ז"ל שם ע"ב ד"ה וסבר ר"י דגרסינן אלא אמר רבינא על המזיק להרחיק א"ע, א"כ אף לרבנן היכא דליכא משום כל מרא ומרא וכו' מותר לסמוך ומודה רבא לאבבי היכא דליכא משום מרא ומרא נשמע מדבריהם דאף לאחר שבנה זה כותלו אינו צריך להרחיק הגפת שסמך מקודם וא"כ קשיא על הרא"ש ז"ל שם בפותח חלון לחורבת חבירו דאינו יכול למחות דל"ש לומר שמא תחזיק עליו וכיון שאינו יכול למחות ממילא אין לו חזקה וכשיבנה זה חורבתו ויזיק אותו יכפהו לסתם החלון ע"ש וא"כ קשה אמאי צריך לסתום אח"כ הלא לדעת התוס' ז"ל כל שסמך מקודם אין עליו הרחקה לעולם.

ועוד קשיא ממ"ש הרא"ש ז"ל בפ"ב [סי' ו] גבי רפת בקר אם ה"י רפת בקר קודם לאוצר מותר אף דהוי גירי דל"י משום דדירה שאני עכ"ל משמע דגם למסקנא צריך לטעמא דדירה שאני ועיינתי ומצאתי זאת בתשובת הגאון ר' עקיבא איגער ז"ל אבד"ק פוזנא בקונטרס מילי דנוזיקין [סי' קנא] שכתב קושיא זאת על הרא"ש ז"ל בשם תשובת פני יהושע ז"ל והעלה שם הפנ"י דס"ל להרא"ש דמותר לסמוך קודם שיש שם דבר הניזוק אבל אח"כ כשיש שם דבר הניזוק חייב להרחיק יע"ש באריכות. אמנם אכתי קשה דלפ"ז אמאי א"צ בעל הדבורים להרחיק לר' יוסי וע"כ צ"ל דשאני התם גבי דבורים דכיון דגם הבעל חרדל מזיק לבעל הדבורים והכי כתב להדיא הרא"ש ז"ל שם בתוך סי' ג' וז"ל לא דיך שסמכת אצל מיצר שלי אלא שתכופני להרחיק, נהי

דבהיתר סמכת ולא הייתי יכול לעכב עליך, מ"מ שלא כהוגן עשית לקרב היזקך אצל מיצר שלי, דאיבעי לך לאסוקי אדעתך שמא היום או מחר אזרע חרדל ויזיקו לי דבוריך וכו' עכ"ל בקיצור ועיי"ש, וא"כ ה"ה בלוקח שט"ח של יורש דמיא ממש לשם, משא"כ בג"ד דמחזיק ממון חבירו ומפסידו עי"ז וחבירו לא גורם לו שום היזק וודאי אסור ויכול להיות דמחוייב לשלם היכא דברי היזקא לפי שיטת הב"ח ז"ל.

עוד הביא הגאון הג"ל ראי' לדבריו מדכתב רחמנא לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו והשתא אי תימא שהלוה חייב לשלם למלוה ממה שירווח 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 שמעורב בו מידי דאינו עובר עליו תו אינו עובר גם על המלוה וכמבואר בנתיבות המשפט סי' צ"ז שמביא ראי' לזה משטחה לצרכו ולצורכה וע"ש וראיה זו אף שאינו מוכרחת מ"מ היא מכרעת עכ"ל בקיצור והנה אינו מוכרח דסתמא גובה המשכון בעת זמן הפרעון ולא ה"י זמן להרויח או דלא ברי היזקא ולא עביד להרויח, אמנם מ"מ סתמא איירי קרא וע"כ כתב הגאון ג"י שמכרעת.

אמנם י"ל דלא דמיא לדינא דנה"מ דהתם המשכון תפס על פלגא פקדון, ועל פלגא פקדון הוי משכון גמור ויכול לתפוס על פקדונו וממילא מותר לתופסו על פלגא מלוה, משא"כ בג"ד דמעכב החוב ואינו פורע ומפסידו ממון שיכול להרויח אף שמחוייב לשלם מ"מ י"ל דאינו משועבד עבור זה הנכסים דהנה למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ס"ל להרשב"ם ז"ל [ב"ב קע"ב, ד"ה שיעבודא דאורייתא וד"ה לאו דאורייתא] דאין לו שיעבוד אפי' על נכסי [בני חורין] ואף לשיטת התוס' ז"ל דפליג שם [ד"ה דבר תורה] וגם למ"ד שיעבודא דאורייתא מ"מ י"ל היינו דוקא במלוה גופא וטעמא י"ל דבזה שהקנה לו המעות נקנו ל"י נכסי הלוה לשיעבוד דהו"ל בקנין מעות עכ"פ לשיעבוד וכמ"ש הנמוק"י ז"ל ב"מ [ד' א] בשם הר"י הלוי ז"ל דמה"ט נקני משכון בשעת הלואה משום דהוי ל"י בקנין מעות שהלוה יע"ש וה"ה בשיעבוד נכסי מה"ט. וכיון שיש לו שיעבוד יכול לקנות המשכון עבור המעות שנתן, ואף במשכון שלא בשעת הלואה התורה הקנתה לו עבור מעות שנתן או בעבור הפקדון ואם במשכון על המלוה פרכינן בתמורה דף ר' ע"א למ"ד אי עביד לא מהני ומשני דשאני התם דמהני דאמר קרא השב תשיב וזה נחא במלוה גופי, משא"כ במאי דמפסידו שה"י יכול להרויח דהו"ל מבטל כיסו של חבירו דהיכא דלא ברי

היזיקא פטור לגמרי א"כ בברי היזיקא אף ד"ל דמחויב לשלם כמ"ש הב"ח ז"ל וכאשר כתבתי בתשובתי הראשונה מ"מ החיוב אינו רק על הגוף ולא על נכסי ונכסי הלוה אינו משועבד להמלוה למה שמפסידו באיחור זמן ואינו יכול לתפוס המשכון כלל ולא מהני תפיסתו שתפס למשכון על היזיקא שמויקו ובכה"ג לכו"ע י"ל דלא מהני, וא"כ איך יכול להיות מהני על גוף החוב דלפטור ע"י זה מלאו דלא תבוא אל ביתו, ולא דמיא להתופס משכון על פלגא מלוה ופלגא פקדון דשם הוי משכון גמור על פלגא פקדון, [וכיון] דמהני תפיסתו לפלגא פקדון מהני גמי לפלגא מלוה שלא יהי עובר עליו בלאו דלא תבוא וגו' משא"כ הכא.

ועוד י"ל דשאני הכא דהא עיקר פסידא דמחויב במאי שגורם לו פסידא בא ע"י החיוב דמלוה גופא וא"כ י"ל דלא יהי עדיף הטפל מהעיקר, דעל עיקר מלוה שתפס המשכון עובר בלאו ועל החיוב הבא מכח המלוה יהי פטור, ומש"ה י"ל דחיובא מחייב, ועכ"פ אין בו כח לבטל חיובא דמלוה גופה משא"כ בפלגא מלוה ופלגא פקדון [דכיון] דפקדון לא בא מכח המלוה פטור על פלגא פקדון, ממילא נפטור גם על המלוה.

אמנם כל זה אי נימא כשיטת הנה"מ ז"ל יש לחלק נידון זה מדינא דנה"מ ז"ל, אמנם בדינא דנתיבות ז"ל י"ל דלא דמיא לשטחה לצרכה ולצורכה, דהתם אינו עושה מעשה כלל בגוף החפץ ולא מהני יותר בחפץ, דהא כל החפץ צריך לשטחה לצורכה והוא מתכוון ג"כ לצורכה א"כ מאי איכפת לן בזה, משא"כ בלוקח חפץ שזה מנה והפקדון שזה רק חמשים א"כ היצטרך מדמי פקדון עושה בו איסור לקיחתו דלא הר"ל ליטול רק נגד חמשים דינרין ולא יותר, וא"כ על המותר עובר על הלאו דלא תבוא, ובשלמא אי הוי אמרינן בשטחה בגוונא דאינו צריך לשטח רק מקצת מהחפץ לצרכה, והוא שוטח את כולה לצרכו, כיון דבחצי ששטחה לצרכה לא מהני לי' לצורכו וע"כ שטחה לכולה לצורכו וכה"ג אמרינן דמותר לעשות כן ואמרינן הואיל וצריך לשטחה למחצה לצרכה מותר לשטחה כולה לצורכו הוי שמעינן גם במשכון בפלגא מלוה ופלגא פקדון, הואיל ומותר ליקח על פלגא פקדון ה"ה דמותר ליקח יותר שיהי בטוח ג"כ על פלגא מלוה, משא"כ דלא אמרינן רק דכשצריך לשטח לכל החפץ לצורכה וממילא נעשה לו הנאה גם לצורכו דמותר האי גוונא לא דמיא למשכון דפלגא מלוה ופלגא פקדון, ולא מוכח כלל דינא דנתיבות המשפט ז"ל.

והנה לפמ"ש אף דמחויב לשלם מ"מ ליכא עליו רק חיוב שעבוד הגוף ולא שיעבוד נכסי. לפ"ז נדחה

ג"כ ראיות הגאון נ"י שהביא מסי' ק"ג דאם ירד המלוה לנכסי הלוה אפי' כשעשהו אפותיקי מפורש והחזיק בהם שלא מדעת הלוה ושלא ברשות ב"ד דכל הפירות שאוכל מנכין לו מחובו, והרי הפסיד המלוה ע"י עיכוב הלוה שאלו נתן לו מדעתו כאשר נחתיב בשעת הלוואה שעשה אפותיקי מפורש הרי כבר הרויח המלוה הפירות הללו וע"י עיכובו הפסידים לגמרי, ועוד מידי איירי שלא הי' יכול להרויח במעותיו ואעפ"כ מנכין לו כל הפירות שאוכל וכו' יע"ש ולפמ"ש אף דבאמת חיובא רמיא עלי' לשלומי מ"מ אין לו חיובא על נכסיו. וע"כ צריך לשלם מה שאכל מפירותיו, והכי מוכח מלשון המחבר ז"ל שם סעיף ו' שכתב הטעם כיון שיכול הלוה לשלם לו מעות ולסלקו ועי"ש. הרי מבואר דהטעם שאין לו חיובא על הקרקע רק על גוף הלוה וזה אפי' על החוב גופו וכש"כ על תוספות שמפסידין לאחזה"פ.

ועוד י"ל לפמ"ש לעיל שהטפל לא יהי חמור מעיקר המלוה וא"כ בזה כיון דלא יכול לתפוס על עיקר החיוב כש"כ דלא יכול לתפוס על הטפל דהיינו ההפסד שבא לו ממנו.

הנה ביארנו דראיית הגאון נ"י אינו עולה לחדש דינו החדש, אמנם נראה להוכיח להיפך דהיכא דברי היזיקא חייב במבטל כיסו של חברו לשיטת הסוברים כן אף במעכב מלוה שבידו מהמלוה, וליכא לחלק כמ"ש הגאון נ"י דבמלוה שאני דהוי ממון שלו שכבר זכה בהם והפוסקים דס"ל דהיכא דברי היזיקא חייב לשלם דוקא היכא דגוף הממון הוי של חברו דהיינו בסותר חנות של חברו דגוף החנות הוי של חברו.

ולדעתי הקלושה אא"ל הכי לחלק בזה דהרי גוף הדין של מבטל כיסו של חברו שורש דינו מהירושל' ב"מ בפ' המקבל [הל' ג] על המתניתין דתנא המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה היא ראוי' לעשות וכו' ואמרינן שם בירושלמי א"ר יצחק דאמר אמרה המבטל כיסו של חברו פטור, המבטל שדה של חברו חייב לשפותו וכתב שם הנמוקי ז"ל פי' המבטל כיסו של חברו דפטור יליף לה מדתניא ליקח בהם חטין ולא לקח אין לו עליו אלא תרעומות ובשדה חייב משום דמנהג כך הוא עי"ש.

והנה בשדה שחייב הוא רק משום מנהג אבל בלא מנהג פטור, ושם הי' הפסידו רק מאי דלא הוציאו ממון שלו לזרוע ואפ"ה חיובא הוא משום דמנהגא כך הוא ובלא"ה פטור וע"ז כתבו דהיכא דברי היזיקא חייב משמע גם בכה"ג דבא ע"י ממון שלו ובשדה שאני הואיל ולא ברי היזיקא דשמא יזרע ולא יצמיח ומש"ה אינו חייב רק

משום מנהג, הא בגוונא כהאי וברי היזיקא חיובא מחייב בלא מנהגא, וגם בנותן מעותיו ליקח חטיין ולקח שעורין הלא לא עשה מעשה בממון שלו דהרי השעורים שוין כמו מעותיו ואלו ה' מניח מעותיו ולא לוקח כלל, ג"כ לא ה' מרויח הנותן כלל וע"ז כתבו הפוסקים ז"ל היכא דברי היזיקא מחוייב לשלם משמע דאף בכה"ג דאין עושה היזק בממון של חבריו כלל רק מעצמו בא ההיזק וברי היזיקא חייב לשלם הרי מוכח דלא כדברי הגאון ג"י. ואף דיש לדחוק קצת בזה, האמת יראה שכן הוא, וע"כ אף אי נימא דאין חיובא לשלם ע"פ דין תורה מ"מ עכ"פ לצאת ידי שמים וודאי חיובא מחייב לשלם וכמ"ש בתשובתי הראשונה ואי לא תימא הכי יהי מותר כל גזל, שיקח בהלוואה מאה אלף על יום אחד ויעכב על שנים רבות ויפסיד לכל העולם ויהי יוצא ידי שמים בזה, ותמוהין הדברים לומר כך וכמ"ש לעיל.

עוד הקשה הגאון ג"י הנ"ל — באות ב' — על הסמ"ע ס"ס פ"א שהקשה על מלוה מפקדון דמנ"ל לדמותו, ועוד הקשה דמשמע מדברי הסמ"ע ז"ל על מה שהציב ציונו דלא מהני דיבורו כיון דלא התנה בשעה שנתחייב וגם בלא קנין, הלא ביותר הו"ל להקשות דאפי' בלא התנה כלל יתחייב כמו בפקדון.

ועוד הקשה דמשמע מדברי תשובת הרא"ש ז"ל דאם התנה בשעה שנתחייב מהני ומחוייב לתת לו ריח הלא זה רבית גמור שגם אם נימא דכונתו ה' ממה שירויח מ"מ אבק רבית מיהו הוי, לכן פי' דברי הרא"ש ז"ל דאיירי בבן קטן ומעות יתומים דמותר להלות בריבית רק הואיל ומעות באים מהתחייבות שהתחייב לאבי הבן ואעפ"י שבשעת פסיקה כבר הגיע לנכסי יתומים מ"מ פטור משום דבדבורא בעלמא לא מתחייב וא"ל שהרי במעות יתומים אפי' לא היתנה כלל מחוייב ליתן החצי ממה שהרויח אפי' בלא היתנה דהוי כאלו היתנה כמבואר בסי' ק"ס סי"ט דזה הוא כשהיו המעות של יתומים בשעת הלוואה אבל הכא לא ה' בשעה שנתחייב מעות של יתומים וע"ש.

ולדעתי מ"ש כיון דלא ה' מעות יתומים בשעה שנתחייב ואעפ"י שבשעת פסיקה כבר הוי מעות יתומים לא מהני. לדעתי הקלושה נראה להיפוך מדברי המל"מ ספ"ד מהל' מלוה ולוה קודם ד"ה ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"ם, וז"ל ויש להסתפק במי שהלוה לחבירו מעות קרוב לשכר ורחוק להפסד ומת, והמקבל נתעסק במעות אף לאחר שמת והרויח בהם, אם יכולים היתומים לתבוע ממנו הריח שהרויח לאחר שמת אביהם דאף וכו' מ"מ מהני תנאי אביהם למה שהרויח לאחר שמת, כיון דלדידהו

שרי בכה"ג א"ד כיון דבשעת התנאי לא ה' יכול להתנות משום דלדידי' אסור, א"כ הו"ל תנאי זה כמאן דליתי' ונשאר בידו המעות בהלוואה בסתם בלי שום תנאי, ולפ"ז אינו חייב לתת שום ריח ליתומים אף במה שהרויח לאחר שמת אביהם, ואף למאן דס"ל דמי שקיבל מעות יתומים בסתם שחייב ליתן מן הריח היינו דוקא היכא שקיבל מהיתומים משום דאמרינן מסתמא קיבלם כתקנת חז"ל וכו', אבל אם לוה מאביהם ומת פשיטא דאין לחייבו בריח כיון שהוא לא קיבלם אדעתא דהכי וכו' ומסיק דכל הלוואה דהוי התנאי באיסור נשאר המעות בתורת פקדון ואינו חייב לתת ריח ליתומים ממה שהרויח לאחר מיתת אביהם וע"ש באריכות.

והנה דברי המל"מ לא הבנתי דאי נימא דמעות הוי פקדון, והיינו משום דלא הלוה לו רק על תנאי זה, וכשבטל התנאי לא הוי מלוה והמלוה בטל והו"ל פקדון וא"כ אמאי אינו מחוייב לתת ריח, הלא מבואר בסי' רצ"ב בהרמ"א ז"ל בסעיף ו' בהא שהביא בסמ"ע ז"ל הנ"ל דבפקדון אם הרויח בהם בסתמא הרויח לבעל הפקדון וכ"כ בפקדון של מעות יתומים וא"ג דטעו אינשי וסברי שמלוה היא וע"כ לא מתעסק סתמא ע"ד ליתן ריח לבעל המלוה כמו בפקדון שם, מ"מ מעות של יתומים ודאי קשה לומר שלא ידע מזה, וגם הלא הגאון ג"י הנ"ל כתב להדיא באמת דאתזוקי אינשי בטעותא לא מחזקינן. ואף אם לא נאמר הכי מ"מ ביתומים דוחק לומר כן, ואף א"ג כדברי המל"מ ז"ל היינו דוקא בהיתנה באיסור אבל היכא דהתנה עם היתומים [והפסיקה היתה כבר בשעה שהיו יתומים] כיון דהפסיקה הו"ל בשעת היתר וודאי מתחייב ליתן, דכל ספיקא דהמל"מ ז"ל לא הוי רק משום דפסיקה הו"ל בשעת איסור, אבל פסיקה דבהיתר ודאי מתחייב ליתן הריח שפסק אף דלא הוי קנין, מ"מ במעות יתומים גילוי מילתא סגי דלא גרע ממקבל סתם המעות מיתומים, רק בנידון זה שקיבל בעת איסור פסיקה לא מהני סתם מ"מ באמירה ליתן הריח בעת היתר פסיקה ודאי לא גרע ממקבל סתם מיתומים ובכה"ג לא מסתפק המל"מ כלל.

ומה שהקשה אמאי הקשה הסמ"ע ז"ל על היתנה ולא הקשה אפי' בלא היתנה להתחייב, ועוד הלא הוי איסור רבית, י"ל דהנה התומים ז"ל סי' פ"א ס"ק מ"א כתב דע"י תנאי נשתעבד ליתן אם ירצה ליתן אף שלא ה' בעת מתן מעות דהיינו אם ה' מלוה ואמר שיהי בפלגא מלוה מהני השיעבוד אם ירצה ליתן אח"כ וכן הוא סברת היש"ש ז"ל בב"ק פ"ח סי' ע' והסברא י"ל כך דהיינו כשאומר הלוה שרוצה מעכשיו שיהי בפלגא פקדון

הוא מסלק רשותו ממנו, וה"ה הכא אע"ג דהמלוה לא עשה קנין במעותיו של פלגא פקדון מ"מ נסתלק מיני רשות הלוה, וכשנוטל אח"כ לעסוק בו הוי כאילו נוטל מעות הפקר ועוסק בו להרויח עבור המלוה וזוכה בו המלוה דהוי כאלו מגביה מציאה לחבירו.

אמנם הא תינה כשרוצה ליתן אח"כ להמלוה הריחה, אמנם כשאינו רוצה ליתן הוי כאלו מגבי מציאה לחבירו ועד שלא נתנה לו אומר אני זכיתי בה זכה בה זו סברתם ו"ל, והוא דעת המחבר סוף סי' פ"א הנ"ל דאם היתנה כך דמהני וכמ"ש התומים ו"ל שם לדעת המחבר מדכתב אף לדברי ראובן לא ה"ה תנאי משמע הא אם רוצה ליתן יכול ליתן ולא הוי איסור רבית ולא הוצרכנו לדחוק לסברת התומים ו"ל שם ועי"ש.

אמנם הא תינה אי התנו עכ"פ לאחר מתן מעות ו"ל דסילק נפשי הלוה מהמעות וזכה עבור פלגא פקדון להמלוה, משא"כ בלא היתנה כלל ודאי א"א לומר הכי אף דהמלוה תובע חובו, מ"מ מה היתר יש ליתן לו ריוח כיון שלא היתנה הלוה בזה במאי מסלק נפשי מיני, משא"כ בסי' רצ"ב דאיירי בפקדון לא בעי סילוק הנפקד כלל דפקדון ברשות המפקיד הוא אף שהי מוציאו בסחורה, מ"מ ו"ל כיון דעיקר המעות הוי פקדון לא יוכל להוציאם למשתי שכרי כמו במלוה, רק להעמידו בעיסקא והעיסקא עומדת ברשות המפקיד, וכמ"ש הגאון ג"י בעצמו בתשובתו. ולפ"ז לא יכול הסמ"ע ו"ל להקשות דאף בלא תנאי יתחייב ליתן כמו בסי' רצ"ב, דהא הכא הוי מלוה ומה היתר יש לו ליתן והתם הוי פקדון. ולכך מקשה רק על אם הותנה אמאי לא יועיל, הלא כיון שאם רוצה ליתן מוכח מדברי המחבר שמותר ליתן, וע"כ מטעם הנ"ל, וא"כ תו הוי כשהותנה לאחר מתן מעות כמו בפקדון, דמסתמא כשמרוצה בפלגא מלוה ודאי קיים דבריו וסילק נפשי מיני, ועוסק אח"כ עבור חבירו וא"כ אמאי לא מהני כמו בסי' רצ"ב, וע"ז תירץ דאיירי בלא הגיע זמנו א"כ לא סילק עדיין, או לא תבע מעותיו ובכה"ג לא אמרינן סתמא סילק נפשי אא"כ אם רוצה ליתן הריחה אח"כ אמרי' בודאי ידע בעצמו דסילק נפשי מיני ועוסק בזכי בעד המלוה כמו בפקדון.

ומאוד תמוהין לענ"ד החסידה דברי הגאון ג"י שכתב באות ה' דמ"ש היש"ש ו"ל דאם התנה בפלגא מלוה ובפלגא פקדון אם רוצה ליתן רשות, ולא הוי איסור רבית, אויל לשיטתו דס"ל כשפטרו מחיוב אונסין אע"ג דמחויב בגניבה ואבידה לא הוי איסור רבית, משא"כ לפסק הש"ע דפסק בי"ד סי' קע"ו ס"א דצריך לפטרו מכל אונסין ומגניבה ואבידה ודקא, א"כ הכא אף שמקבל

עליו שיהי' פלגא פקדון מ"מ מחויב בגניבה ואבידה על הפקדון, וכיון שנשאר חיובא דגניבה ואבידה הוי אבק ריבית וא"כ אליבא דהלכתא אסור וע"ש. ולא זכיתי להבין, הלא המחבר מדכתב דלא הוי תנאי אינו מחויב ליתן ש"מ דאם רוצה ליתן רשות ליתן וכמ"ש התומים ו"ל הנ"ל, הרי פסק להדיא כשיטת היש"ש ו"ל אף דפוסק בסי' קע"ו דצריך לפטור מגניבה ואבידה ג"כ אלמא לא תליא זה בזה, וע"כ כמ"ש דהוי כאלו נוטל עכשיו המעות לפלגא מלוה ופלגא פקדון, רק כשאינו רוצה לא נוכל לחייבו דכיון דתנאי הוי לאחר מתן מעות אמרינן דמשטה ה"ה בו וכמ"ש.

עוד הקשה על הסמ"ע ו"ל אמאי לא מקשה מעדים זוממין דריש מכות ותי' דעדים זוממין חידוש הוא, ומביא רא"י דאלת"ה דעדים זוממין שאני א"כ לרבנן דפטרי גרמי פטרי ג"כ בויכח את החייב אפי' היכא דקם דינא ואי נימא דעדים זוממין שווין לשאר מוסיקין דעלמא, א"כ לא משכחת לה עדי שובר ופרעון, דהרי הוי כעדות שאין אתה יכול להזימן, שהרי לא הוסיפו מאילו שרפו שטרותי של חבירו לגמרי, אלא ודאי דאע"ג דבעלמא פטורין מכל מקום עדים זוממין משלמין על מחשבתן הרעה יע"ש. ולדעתי הקלושה ו"ל דשאני בויכח את החייב דהא טעמא דקם דינא בטועה בשיקול הדעת, הוא משום דהזוכה אומר דילמא הלכה כאידך אע"ג דשיטת עלמא כאידך דילמא מעיקרא הורה טוב וכמבואר בפוסקים ו"ל ומה"ט ו"ל דלרבנן דפטרי גרמי ג"כ פטרי לדיין דזיכה את החייב דאף דלא פסקינן הכי, מ"מ ו"ל דלא מחייבינן להדיין, דהלא מ"מ יש קצת ספק שמא הוא כמו שפסק תחילה דהרי מה"ט לא מצינו למיהדר דינא, וא"כ ו"ל דודאי כשפוסק ע"פ דיבורו הוי כמעשה, כיון שעל פיו לא ישלם הוי כגזול ממש מחבירו, ומ"מ לא עדיף מדינא דגרמי, כיון דו"ל דשמא הלכה כפסק הראשון אבל בעדים זוממין הוי כמעשה גמור. וכן משמע מדברי הקצות"ח ו"ל סי' ע"ג ס"ק ב' דעד זומם הוי מעשה, דהרי בודאי לא ישלם לו לעולם כיון שעדים מעידין לו ופטור הוא מביא לעצמו עדי שקר להפטר ודאי הפסידו ברור והוי מוסיק לגמרי, משא"כ בשורף שטרותיו דאף דמקרי ברי היזיקא מ"מ יכול להיות שישלם לו המלוה בלא שטר ומש"ה הוי גרמי. והכי מוכח לשיטת התוס' ו"ל ב"ב כ"ב ע"ב ד"ה זאת אומרת דס"ל דגרמי הוי רק קנס מטעם תיקון העולם וא"כ אמאי מחייב בעדים זוממין וא"ג דבאמת הוי חידוש ומטעם חידוש הוא ולא מטעם דינא וא"כ קשיא מהא דאמרינן מכות ב' ע"ב מ"ט דר"ע קנסא היא וכו' אמר רבה תדע וכו' אמר רב נחמן תדע שהרי ממון ביד בעלים

ומשלמים ולמה לי למימר משום דממון ביד בעלים, הלא לשיטת הסוברים דבממון לא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ [הרי ייתכן שהממון אינו ביד בעלים, דגם בכאשר עשה חייבים] ולימא הטעם משום דלא הוי רק דינא דגרמי, דהא לא עשו מעשה רק ע"י פיהם והוי גרמי וגם א"כ היכא דנעשה מעשה והוציאו הממון הוי מעשה מ"מ לימא בעדים זוממין דשובר דהוי חידוש דלא הוי רק דינא דגרמי ופטור מן התורה, אלא ודאי דכיון דעושין מעשה בגוף הממון ע"י פיהם דע"י פיהם תפס גוף הממון הוי כעושה מעשה בגוף הממון וכמ"ש הקצ"ח ז"ל סי' ע"ג הנ"ל לענין הרווחת זמן יע"ש. והא דכתבו הפוסקים בסי' ל"ח [עיי"ש ש"ך ס"ק א] דעדים זוממין הוי גרמי י"ל היינו דהחייב הוא אע"ג דלא עשה וע"ז אמרינן באמת תדע דהוי חידוש, א"כ ודאי לא עדיף מגרמי, אבל ודאי כנעשה מעשה ע"פ עדים זוממין ודאי י"ל דהוי מעשה יותר מגרמי לרבנן דפטרי בגרמי וראי' מהאי דמכות דאיירי דממון ביד בעלים וכמ"ש.

ועוד י"ל דבאמת עדים זוממין בשובר פטורין, דהרי בממון איכא פלוגתא בפוסקים אי אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה, והנה בעידי שובר תמיד הוא כאשר עשה דתיכף כשעומד על הפרעון או על השובר מיד פטור, ונפטר עוד מלשלם והוי כבר עשוי ממש. וא"כ לשיטת הסוברים [דגם בממון אמרינן כאשר זמם] ולא כאשר עשה ודאי פטורין, וא"כ קשיא היכי משכחת לה עדי שובר ופרעון הלא הוה עדות שאי אתה יכול להזימה, וצ"ל דכיון דעכ"פ יש בממון זה דין הזמה והיינו היכא דמעידים על החוב ולא על הפרעון הוי עדות, ודוקא היכא דל"ש הזמה כלל בהאי ממונא זה מקרי עדות שאין אתה יכול להזימן, וא"כ לרבנן דפטרי בגרמי י"ל הכי או י"ל דרבנן דפטרי גרמי י"ל באמת כשיטת הסוברים דבממון לא בעינן עדות שיכול להזימן ור"מ ורבנן דפליגי בדינא דגרמי פליגי בשיטה זו אי בעינן בממון עדות שאתה יכול להזימן או לא, והפוסקים דס"ל דבממון ג"כ בעינן עדות שיכול להזימה משום דפסקין כר"מ, ואף דמדרבנן מוכח דס"ל דלא בעינן בממון יכול להזימן ומג"ל דר"מ פליג בהכי י"ל משום דהם הוכיחו כן משום דבכל הש"ס לא מצינו חילוק בין ממון לנפשות ע"כ ס"ל דשוין הם, וע"כ הוכיחו דע"כ ס"ל להגמ"ל דלר"מ דהלכתא כוותי' בעינן גם בממון עדות שאתה יכול להזימן.

או י"ל א"כ דבעדי שובר או עדי פרעון לא מחייבי ממון משום דהוי גרמי, א"כ תו מחייבינן מלקות כמו גבי עדי גרושה ריש מכות, דהלא מהדין אית בי' מלקות גבי עדים זוממין משום לא תענה, וכל חייבי מלקיות

פטורין מלשלם, רק אמרינן [כתובות לב ב] בפירוש ריבתה תורה עדים זוממין לתשלומין, וא"כ הא תינח היכא דאיכא חיובא דממון, אבל היכא דליכא חיובא דממון דהיינו בעדי שובר ופרעון לרבנן, א"כ נשאר המלקות דלא תענה, וא"כ תו הוי עדות שאתה יכול להזימה כמ"ש התוס' ז"ל ריש מכות [ד"ה מעידין] כן נראה לדעתי הקלושה וליכא ראי' כ"כ, והכי מוכח מדברי הקצ"ח ז"ל בסי' ע"ג ס"ק ב' שכתב שם וז"ל אבל כאן שהמעוה ביד הלוח נרוצה לעכבו זמן מה אינו אלא מבטל כיסו של חבירו אע"ג דהוא אסור לכתחילה וכו' וע"ש, הרי מבואר דאע"ג דבא לו הנאה במאי דמעכבו מ"מ הו"ל איסורא גבי' והוא ממש דומה לנ"ד דכוונתו להנאת גופו ועצמו, והכי נ"ל להביא ראי' לזה מהא דאמרינן בב"ב דף כ"ב ע"ב דמקשינן והא גרמא הוא אר"ט זאת אומרת גרמא בגזיקין אסור וכו' ע"ש והרי שם מעמיד הסולם לתועלת עצמו וכוונתו היא לא להזיק לחבירו, רק לטובת עצמו וההזיק לחבירו בא מעצמו ולא הוי רק גרמא ולא גרמי, דההזיק אינו בא תיכף ע"י מעשיו ולא בריר הויקא יע"ש בשטמ"ק ז"ל הרי דאף דמכוין לתועלת ולטובת עצמו בדבר הגרמא, מ"מ הו"ל איסורא וה"ה בנ"ד.

עוד כתב הגאון הנ"ל — באות ד' — דלא אמרינן אחזוקי אנשי ברשיעי לא מחזקינן רק להחזיק הדבר ברשות שהי' מקודם אבל לא שווי' להאי סברא להוציא הדבר מרשותו. והנה לכאורה נראה להיפך ממה שתמה הפרי מגדים ז"ל בא"ח סי' תמ"ח [אשל אברהם ס"ק י] בענין למכור הבהמות לעכו"ם שמאכילין אותם חמץ, על התבואות שור שכתב שמכירת חמץ היא הערמה והרי משמע מכל הפוסקים דבעינן מכירה גמורה עיי"ש והיינו שבודאי כונתו למכור מכירה גמורה דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן לעשות מכירה בערמה היכא דלא מהני ויעבור איסור חמץ עיי"ג, הרי דע"י חזקה זו מוציאין הבהמות מרשות ישראל ומכניסין ברשות עכו"ם לגמרי, אף שיש לחלק שם קצת דהתם עושה המכירה בפועל, מ"מ הלא ניכר שם ההערמה שמוכרין לעכו"ם עני שאין לו פרוטה שוורין של אלף דינרי זהב, [כמ"ש התבואות שור בחידושי' לפסחים שם] ואפ"ה מהני מטעם חזקה זו וא"כ כש"כ בנ"ד.

וראי' לדברינו דאף להוציא מחזקתו אמרי' חזקה זו דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן מדברי הה"מ ז"ל בפ"ט מהל' זכיה ומתנה הל' י"א על מ"ש הרמב"ם ז"ל אמר פלוני עבדי עשו אותו ב"ח וכו' וכתב ה"ה ז"ל וכבר הקשו המפרשים ז"ל כיון דקיי"ל דהמשחרר עבדו עובר בעשה וכו' איך שומעין לו לעבור על דברי תורה

וכי וכתב הרשב"א ז"ל ושמו גאמר שכל שאמר הרב לשחרר אומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב לו על גמולו דאחזוקי אינשי בעוברים בעשה לא מחזקינן, וכיון שכן הרי הוא כמוכרו לו וכי עכ"ל יע"ש הרי מבואר להדיא דאפי' להוציא העבד מרשותו דבעה"ב והיורשים מהני אותה חזקה הרי מבואר להדיא כמ"ש דאף להוציא ממון מהני האי סברא דאחזוקי אינשי וכי.

עוד כתב הגאון נ"י הנ"ל שם — באות ו' — דבאבק ריבית כשאנינו נותן הלואה למלוה הוי קום ועשה, בדבר שבממון הוי גם ככה"ג קו"ע, ומביא רא"י מהא דאמר רבא גיטין דף ל"ו ע"ב הטעם משום הפקר ב"ד הפקר ופירש"י ז"ל שם דאתא גם כרבי דס"ל דשביעית בזה"ז הוי דרבנן ותיקנו רבנן לעבור על דיבורו שלא ישלם ומקרי לרבא קו"ע ומהני משום הפקר ב"ד עכ"ד בקיצור ועיי"ש היטב בביאורו באריכות, ולדעתי הקלושה דברים הללו קשה להולמן שיהי' זה מקרי קו"ע ומ"ש רש"י ז"ל דרבא מתרץ גם אי אמרת דאתא כרבי י"ל שכתב דלפי תירוצו של רבא יכול לאוקמי בין לרבנן דהוי קו"ע ובין לרבי דהוי שב ואל תעשה ולא צריך למימר לתירוצו דאביי.

ובאמת אליבא דרבי נוכל לומר משום שב ואל תעשה, ובאמת הרשב"א ז"ל פירש בחידושו [גיטין שם] דתירוצו דרבא קאי רק למימר דאתא אפילו כרבנן והיינו כמ"ש דכיון דלרבנן צריך למימר מטעם הפקר ב"ד, ממילא נוכל לאוקמי כרבי ג"כ מה"ט דהפקר ב"ד ולא צריך למימר משום שב וא"ת שאני.

ויותר ג"ל לפמ"ש הרשב"א ז"ל שם דס"ד דמקשה הוא משום דס"ל דכיון דצריך המלוה למימר משמט אני מקרי קו"ע, ומש"ה אמר אביי שב ואל תעשה הוא ולא קאמר שוא"ת שאני, כלומר, אין זה אלא שב ואל תעשה שאין עיקר הדבר אלא שאומרים לזה אל תגבה חובך עכ"ל. ולפ"ז י"ל דרבא פליג עלי' דאביי וס"ל כס"ד דמקשה דשמיטה מקרי קו"ע משום דצריך למימר משמט אני ומש"ה פרש"י ז"ל דרבא מתרץ בין אי אמרת דאתא כרבנן ובין אי אמרת דאתא כרבי, דס"ל דגם לרבי הוי קו"ע גבי שמיטה, משא"כ הכא דאין הלואה משלם במקום אחר ודאי מקרי שוא"ת, ואף שכתב הרשב"א ז"ל שרש"י ז"ל לא פי' הכי, מ"מ לתירוצו דרבא י"ל דס"ל לרש"י דרבא ס"ל הכי דמשום שצריך לומר משמט אני מקרי קום ועשה.

עוד כתב הגאון הנ"ל — באות ח' — סברא נכונה דהיא דנטל הנפקד המעות להרויח בהם ואין כוונתו רק לגזול הפירות דהיינו הריח ולא הקרן אף שנקנה לו הקרן

לחובו דהיינו לאונסין ושאר חיובין מ"מ לחובת המפקיד לא מהני ולא קנה לענין זה וגשאר הממון ברשות בעלים ושייך מחצה ריח להמפקיד ודמיא לדינא דהרי"ף ז"ל בדבר שיש לו קיצבה דחולקין אע"ג שהשליח מתכוין לקנותם וכי עיין בסמ"ע סי' קפ"ג סעי"ק י"ח משום דנסתעף ממצותו, וה"נ כיון דלחובתו של גזלן אמרי' דלית ליה יותר ממה שכיון בעצמו וכיון שלפי כוונתו הרי הקרן עודנו ברשות בעלים, נמצא דממונא דבעלים הוא שגרמו בהדי טרחתו ועמלו ומש"ה חולקין וכי ועיין בדברי קדשו של הגאון נ"י באריכות וסברות נכונות המתקבלות על הלב ובראותיו על האי דינא שלו.

אמנם לא זכיתי להבין, דלדעתי החסירה הוא נגד דברי המרדכי ז"ל בפרק הגזול קמא סי' קכ"ב וז"ל מכאן פסק ר"י שיכול אדם להלוות לחבירו למחצית שכר והלואה מקבל עליו כל אחריות כמו שיאמר שילווה על משכונות כסף וזהב וישמרם בקרקע אם הלואה בענין אחר אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע וכי ואין בענין זה איסור רבית ליחשב קרוב לשכר וכי וגם המקבל אינו נחשב גזלן במה שמשנה ממונו של זה לדבר אחר, דאם הי' נחשב גזלן לא היה אומר הותירו לאמצע, אלא בודאי נחשב וכי כשליח גמור מאחר שאין מתכוין לגזול אלא מתכוין לטובת הבעלים כדי שיריחו חבירו בדבר וכי עכ"ל יע"ש. הרי מבואר דדוקא משום טעמא דמתכוון לטובת חבירו ולא נתכוון לגזול הריח, הא מתכוין לגזול את הריח הוי גם הריח שלו ולא לבעל המעות, וכן משמע שם ממ"ש בתוך סי' קכ"ה וז"ל ואם צרורים פטור גמי מן הריח אעפ"י שחטא ועבר ע"ד בעה"ב והכי משמע לישנא דברייתא וכי ובירושלמי גמי איתמר וכי הנותן מעות לחבירו ולקח בהם פירות למחצית שכר ובאחרון אמר לא לקחתי אין לו עליו אלא תרעומת, ואם יש עדים שלקח ומכר מוציאין ממנו בע"כ, אבל דרך פקדון לא וכי, ונראה דגבי פקדון גמי אם תובע פקדונו מפני שאומר אני רוצה להרויח בו וכי והלא מעכב ומרויח בו גם זה מבטל כיסו הוא. ואם ידוע שמרויח בו חייב לתת לו מכאן ולהבא שהרי הוא מזומן להלוותו וכי עכ"ל יע"ש. הרי מבואר שדוקא כשתובעו להרויח בהם, ומבטל כיסו, ס"ל להמרדכי דמחויב משום מבטל כיסו, אבל בלא"ה, רק דמרויח בעצמו ומתכוון לגזול הריח לעצמו, ולא עבור חבירו, הריח שלו, ולא שייך לבעל המעות כלל, אף דהמעות צרורין, המעות הן ברשות הבעלים. מכל הלין מוכח לדעתי הקלושה דלא כדברי הגאון נ"י הנ"ל. ומה שהקשה הגאון בתשובתו ממתני' דהשולח יד בפקדון ילקח בחסר וביתר, לוקמי דפליגא בשלוש דיעות שבמרדכי

דברי המל"מ, כל המעיין יראה שדוחק לפרש כן בלשון כשעת התביעה.

ומה שהקשה הגאון נ"י מ"ש מגזל פרה וגזזה, ומספינה היכא דלא נחית לאגרא דקנה הריוח, ולמה כתב המרדכי ז"ל דאם הריוח צריך ליתן הריוח להמפקיד, וכתב שדוחק לחלק דהתביעה גרמה לו לשלם, וע"כ נחית לחלק בחילוקא הנ"ל, אמנם לדעתי עיקר החילוק בין תובעו, או לא, דבתובעו להפקדון ורוצה להרויח בהם וא"כ ברור היזיקא, וחייב משום מבטל כיסו, ואף אם לא הריוח כלל רק מעכב מעות חבירו, וחבירו יכול להרויח, וברור היזיקא, מחייב משום מבטל כיסו, רק דמשמע מהמרדכי דבעינן ג"כ שירויה, ומבטל כיסו ובריר היזיקא.

והנה מבואר להדיא בהרמ"א ז"ל סי' רצ"ב, דיש חילוק בין תובעו או לא, והטעם משום מבטל כיסו, ולא דמיא להגזול חפץ דקנה להגזילה ומחויב לשלם הקרן. והריוח קונה ע"י שינוי, משא"כ הכא דאין כוונתו לגזול המעות ממש, חייב משום מבטל כיסו, משא"כ היכא דלא שייך מבטל כיסו דהיינו בלא תובעו ולא ברור היזיקא וודאי קנה הריוח, ולא צריך ליתן להמפקיד, והכל תלוי בתובעו.

ויותר יש לפרש, דהכא תיכף כשתובעו המפקיד מעותיו ואינו מחזיר לו הפקדון, תיכף מתחיל החיוב לשלם משום מבטל כיסו, וגמור כשמרויח, וא"כ מתחיל החיוב קודם שמתחיל הגזל, ולכן אף שהוציא אח"כ, ושלח יד בהם, מ"מ החיוב נשאר משום מבטל כיסו, אבל במקום דלא שייך מבטל כיסו, אי אפשר לומר חילוקו של הגאון נ"י, וכמ"ש דמוכח מדברי המרדכי להיפך, וכנ"ל.

עוד כתב הגאון נ"י — באות י' — סברא נכונה דאף במפקיד מעות מותרין, דמותר להשתמש בהם, היינו דוקא להוציאן בסחורה אבל לא למישתי ב' שיכרי, רק המעות צריך להיות מונחים תמיד בסחורה יע"ש.

אמנם לכאורה לא משמע הכי מ"ש הגהות מרדכי בב"מ, ופסקה המחבר בסי' רצ"ב סעיף ד' דאם דרכו של בעה"ב להלוות בריבית הוי כשלחני וע"ש בסמ"ע ובש"ך ז"ל וא"כ כשמלוה מעות לאחרים בריבית, הלא העכ"ם מוציא המעות לגמרי אפי' למישתי ב' שיכרא, הרי משמע דאף בהני מותר להוציאן (ע"כ גמצא בכ"י וההמשך חסר)

סימן ג

בדין נדה

הנה החוות דעת ז"ל בסי' קפ"ד ס"ק ט' בבאורים

ובס"ק כ"ג בחדושים, מחדש דין [אודות] נשי דידן שאין להם שעה ידועה בקביעות לראות דם, צריך להיות להם מוך דחוק כל העונה ובמשנית וסתה ב' או ג' ימים צריך מוך דחוק כל אותן הימים יע"ש.

והנה אני הקטן הצעיר והשפל הנבער מדעת ומזימה יצאתי לידון קצת בהאי דינא, הואיל ולא ראיתי ולא שמעתי מעולם מי שנוהר בזה, והוא ז"ל כתב שצריך ללמוד זאת לב"ב, וכל הנשים אומרים שזה דבר שא"א לפי תש כחות נשי דידן. וא"כ ח"י יהי הכל באיסור נדה ח"ו בזמן שפוסק הוסת דהיינו תחילת עבורן וכדומה, ואף שאין לי ספרים לעי' מגדל דחיקא עניות הש"י יעזרני. וזה אשר החלילתי.

הנה תוס' נדה דף ט"ו ע"א ד"ה אפי' מקשי תימא האיך מותרת בעת וסתות הא אמרינן בשבועות [יח ב] אזהרה לב"י שיפרשו מנשותיהן סמוך לוסתן, וי"ל כשהתה אחר הוסת שבעה ימים שיכולה לטבול יע"ש, והנה הפוסקים ז"ל עבור האי קושיא פסקי דסמוך לוסתה הוי דרבנן דלא גרע משעת וסת.

ולענ"ד החסרה א"ש דהלא ראתה בלא הרגשה מותרת מן התורה כדאמר שמואל ר"פ הרואה כתם דף ג"ז ע"ב, וא"כ שפיר אסורה סמוך לוסתה שמא תראה בעת וסתה בהרגשה, אמנם בעת וסתה כשאינה מרגשת מותרת מן התורה, ואם תרגיש אסורה דא"א בהרגשה בלא דם וכדאמרי' בסי' ק"ץ [ס"א] ויע"ש בט"ו ס"ק ג' יע"ש.

ולפ"ז י"ל טעמא דרב בנדה דף ט"ו ע"א בדקה ומצאת טמאה טמאה, טהורה טהורה דהנה ריש נדה [ג א] אמרי' טעמא דשמאי הואיל ואשה מרגשת בעצמה, והלל כסבורה הרגשת מי רגלים היא וכן ר"פ הרואה כתם אמרי' דחיישינן שמא הרגשת מי רגלים, וא"כ י"ל כיון שראינו עתה שראתה דם, וספק לנו מתי ראתה, אם עתה, אם בזמן הוסת, אמרינן מסתמא בעת הוסת, כיון שרגילה לראות בזמן הוסת, אמרי' חזקה אורח בזמנו בא, משא"כ בלא ראתה לא אמרי' חזקה אורח בזמנו בא שהרבה פעמים פסקו מלראות, וכיון שאמרי' חזקה ראתה בזמן הוסת, אמרי' וודאי ראתה כדרכה לראות ממקור, וממקור וודאי ראתה בהרגשה וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהל' איסורי ביאה הל' א' וא"כ טמאה מדאורייתא, כי אמרי' בוודאי הרגשה רק סברה הרגשת מי רגלים.

ולפ"ז י"ל קושי' התוס' נדה דף ט' ע"א ד"ה הא ליכא חרדה, דמקשה דילמא לעולם וסתות דרבנן ומיירי

1. עי' ש"ך יר"ד סי' קפד ס"ק ה, וע"ע פתחי חשובה ס"ק ג.