הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר משפטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-מלווה-ולווה/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
פרק ב 20
פרק ג 30
פרק ד 47
פרק ה 55
פרק ו 76
פרק ז 103
פרק ח 111
פרק ט 120
פרק י 132
פרק יא 135
פרק יב 158
פרק יג 163
פרק יד 167
פרק טו 190
פרק טז 199
פרק יז 225
פרק יח 230
פרק יט 234
פרק כ 243
פרק כא 250
פרק כב 262
פרק כג 265
פרק כד 267
פרק כה 271
פרק כו 283
פרק כז 284

פרק א

הלכה א

מצות עשה להלוות לעניי ישראל שנאמר אם כסף תלוה, את עמי את העני עמך. יכול רשות תלמוד לומר העבט תעביטנו וגו' ומצוה זו גדולה מן הצדקה אל העני השואל שזה כבר נצרך לשאול וזה עדיין לא הגיע למדה זו והתורה הקפידה על מי שימנע מלהלות לעני שנאמר ורעה עינך באחיך האביון וגו'.

מ"ע להלוות לעניי ישראל, תימה גדולה שלא הזכיר שמצוה להלוות גם לעשיר ואפי' אם לא הוי הלואה לעשיר מדין מצוה זו אלא ממצות גמילות חסדים מ"מ קשה שלא הזכיר זה כלל לא כאן ולא בהל' מתנות עניים, וכן בספר המצות כתב שצונו להלות לעני ולא הזכיר גם שם כלל שיש מצוה להלוות גם לעשיר ובגמ' בב"מ דף ע"א מוכח דמצוה להלוות גם לעשיר, דאיתא שם דתני רב יוסף אם כסף תלוה את עמי את העני עמך עמי ונכרי עמי קודם, עני ועשיר עני קודם, ופריך בגמ' עמי ונכרי עמי קודם פשיטא ומשני לא נצרכה דאפי' לעכו"ם בריבית ולישראל בחנם, ומדלא פריך עני ועשיר עני קודם פשיטא מוכח דלעשיר נמי איכא מצוה להלוות ובריית זו איתא נמי במכילתא, ומפרש המלבי"ם דעמי הוא גם לעשיר, וכתב אחר כן את העני להורות דאם יש עני הוא קודם לעשיר וכן בירוש' פ"א דפיאה הל' א' איתא הצדקה נוהגת לעניים וגמילות חסדים בין לעניים בין לעשירים, וא"כ קשה שלא הזכיר הרמב"ם המצוה להלוות לעשיר, ועוד יותר דגם בהל' ב' כתב כל הנוגש העני ומוכח דבעשיר ליכא לאו, ולפי הגמ' דהך קרא מיירי גם בעשיר א"כ גם לאו דלא תהי' לו כנושה הוא גם בעשיר, ואף דהלאו הוא דוקא בזמן שיודע שאין לו מ"מ משכחת לה גם בעשיר שיש לו נכסים ויודע המלוה שעתה אינו יכול למכרם.

והנראה בזה דהנה במה שכתב הרמב"ם יכול רשות ת"ל העבט תעביטנו והוא מדברי המכילתא כאן. ובפ' יתרו על קרא דואם מזבח אבנים ר' ישמעאל אומר כל אם שבתורה רשות חוץ משלשה וכו' קשה אם נימא דפסוק דואם כסף תלוה הוא מצות עשה להלוות בין לעני בין לעשיר דא"כ היכי דריש ר' ישמעאל אם כסף תלוה חובה ויליף מקרא דהעבט תעביטנו, דהא קרא דהעבט תעביטנו כתיב להדיא בעני וכי ימוך אחיך והיכי נלמוד מזה דהך קרא דואם כסף תלוה דכתיב ביה בין לעני בין לעשיר הוא ג"כ חובה, לכן סובר הרמב"ם דהוא מחלוקת התנאים ובלא"ה כתב המלבי"ם בפ' יתרו דראב"י בזבחים דף ס"א ע"ב פליג על ר' ישמעאל דאמר שם אם רצה לעשות של אדמה יעשה ע"ש, ולכן גם הך ברייתא דדריש את עמי את העני דאת עמי הוא לעשיר, ע"כ חולקת

על ר' ישמעאל ולא סברה דאם כסף תלוה הוא חובה, אלא דהך קרא הוא בין לעני בין לעשיר ואין בו חובה אלא דקאי אסיפא דקרא לא תהי' לו כנושה ודוקא בעני חובה מקרא דהעבט תעביטנו.

ואף דגם לפי"ז קשה דא"כ למה צריך קרא להקדים עני לעשיר כיון דלעני חובה ולעשיר רשות צ"ל דלהך תנא נימא דמה דאיכא חובה לעני מקרא דהעבט תעביטנו הוא מגדר צדקה ובשיעור חוב של צדקה והיינו עד חומש, והך קרא דאם כסף תלוה לא מיירי בחוב של צדקה והך קרא הוא רשות ומ"מ אשמעינן קרא דמצוה להקדים עני לעשיר, אבל לר' ישמעאל נאמר דסבר דמצות הלואה לעני אינו בשיעור חוב של צדקה, ואפי' ביותר מחומש אם מבקש העני ללוות חייב להלוות לו, ואפשר דזהו אם חושב שהעני יהי' לו ודאי מעות להחזיר לו, ועיינתי בס' אהבת חסד וראיתי שכתב ג"כ דמצות הלואה הוא ביותר מחומש אלא דמסתפק בכמה הוא השיעור, וכתב דאין סברא שיהי' חייב להלוות כל ממונו שמא יזדמן לו לקנות סחורה, ועכ"פ כיון דלר' ישמעאל מיירי הך קרא בעני דהא יליף מהעבט תעביטנו שהוא חובה, א"כ א"א לפרש דאת עמי הוא בעשיר וע"כ דאת העני הוא פי' על את עמי ומה דכתיב את עמי הוא רק לומר דעמי ונכרי עמי קודם אפי' אם לנכרי ברבית, וזה כתב הרמב"ם בפ' ה' הל' ז', וכיון שפסק הרמב"ם כר' ישמעאל לכן לא כתב הא דעני ועשיר עני קודם כיון דלעני חובה וכנ"ל, וכן מיושב מה שכתב בהל' ב' כל הנוגש העני דלשיטתו האי קרא מיירי בעני ועל זה קאי הלאו דלא תהי' לו כנושה, אלא דבהל' ג' לא כתב העני משום דבגמ' גבי איסור לא הוזכר עני אלא בעל חוב.

-השמטות ומלואים-

לעיל הבאתי דברי האהבת חסד דשיעור חומש הוא רק על צדקה ולא על גמ"ח להלוות, כתב ע"ז דברמב"ם בפיהמ"ש מפורש דגם לגמ"ח יש שיעור חומש, וכן הוא בשנות אליהו שם מד' הירושלמי, והנה מד' הרמב"ם אין להקשות דהא מפרש גמ"ח שבמתני' שם דקאי על צדקה, אבל בירוש' מפורש שם דגמ"ח הוא על הלואה וכמו שהבאתי בספרי, ומ"מ קאמר דמה דתנן דאין להם שיעור זהו בגמ"ח בגופו אבל בממונו יש לו שיעור, והוא באמת תימה גדולה על האהבת חסד, ומ"מ כיון שמשמיא אסכימו עליו והצליח בכל דרכיו אי אפשר שיטעה טעות מפורשת במקומו, ולכן יש לומר שכיון שע"פ הסברא דבריו נכונים דלא שייך בזה תקנת אושא שהתקינו שהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש דתניא בכתובות דף נ' טעמא שלא יצטרך לבריות, לכן יש לומר דמה דאמר בירוש' על מה דתנן גמ"ח בין הני דאין להם שיעור הדא דתימא בגופו, אבל בממונו יש להם שיעור

היינו משום דזה ודאי גם להירוש' דצדקה הוא בכלל גמ"ח, והרמב"ם מפרש דוקא על צדקה והירוש' מפרש על צדקה והלואה, ולכן אומר הירוש' דמה דתנן דגמ"ח אין להם שיעור זהו בגופו אבל בממונו יש להם שיעור, והיינו דהא לענין צדקה יש להם שיעור, אלא שהי' אפשר להוסיף על בגופו גם בהלואה, ולכאורה חשבתי דהא גם בגמ"ח של הלואה ג"כ יש איזה שיעור כמש"כ שם האהבת חסד בעצמו דא"א לומר דכל זמן שמונח אצלו מעות פנויים מחוייב להלות דשמא יזדמן גם לו לקנות להרויח, אבל באמת אינו מיושב בזה דהא מה דתנן אין להם שיעור אינו שמחוייב בלא שיעור, דאטו בפאה חייב בלא שיעור, דהא שיעור פאה א' ששים וע"כ דהכונה דיכול להפריש כל שדהו פאה, משא"כ בתרומה ועיין בירוש' ובר"ש שם, וא"כ מה דיש ע"כ קצת שיעור בהלואה אינו אלא דאינו מחוייב בכל ממונו, אבל כיון דתקנת אושא ליתא בהלואה ומותר לו להלות כל ממונו א"כ בהלואה אין להם שיעור, ואולי אפשר דאה"נ דהי' יכול הירוש' להוסיף גם הלואה ולא נחת לחלק בזה ומ"מ הוא דוחק.

ונראה דכיון דבסברא דברי האהבת חסד נכונים דלא שייך בהלואה תקנת אושא היכי שהלוה נאמן ובטוח, לכן נראה לחלק באופן אחר דכיון דתקנת אושא שלא יבזבז יותר מחומש הוא בין לעני בין לעשיר, וכיון דעיקר שיעור חומש הוא שנה ראשונה מן הקרן ואח"כ מן הריוח כדאיתא בירוש' שם והובא בתוס' בכתובות דף נ', א"כ אנו רואים שגם על ריוח ואפי' מרויח הרבה יש תקנת אושא, א"כ אם הוא עוסק במסחר ולדין כמה הוא צריך להלוות ממונו לאחרים ע"פ הסברא הוא כמו דמן הריוח יש תקנת אושא שלא יבזבז יותר מחומש, א"כ גם לזה שלא ילוה כל ממונו והוא לא יתעסק וירויח יש ג"כ תקנת אושא שאינו צריך לבטל מה שהוא בעצמו יכול להרויח אלא עד חומש, אבל כל זה הוא במי שעוסק במסחר, אבל מי שאינו עוסק ופרנסתו הוא מאומנות או ממשרה ויש לו מעות ע"פ הסברא לא שייך בזה תקנת אושא, ולכן אפשר דדינו של האהבת חסד נכון במי שאינו עוסק קבוע במסחר, אלא דמ"מ כתב דמסתבר שאינו מחוייב להלוות כל ממונו שמא יזדמן לו איזה דבר לקנות, אבל מי שעוסק במסחר גם בהלואה דינו כמו צדקה כיון שהמעות הוא צריך להרויח, ועכשיו כבר לא קשה מה שלא נחת הירוש' לחלק בכגון זה וסמך על הסברא במה דשייך תקנת אושא.

הלכה ב

כל הנוגש העני והוא יודע שאין לו מה יחזיר לו עובר בלא תעשה שנאמר לא תהיה לו כנושה, ומצות עשה לנגוש את העכו"ם ולהצר לו שנאמר לנכרי תגוש מפי השמועה למדו שזו מצות עשה. אסור לאדם להראות עצמו לבעל חובו בזמן שיודע שאין לו, אפי'

לעבור לפניו שלא יפחידו או יכלימו אע"פ שאינו תובעו ואין צריך לומר אם תבעו.

אסור לאדם להראות עצמו לבע"ח, הלח"מ כתב בדעת הרמב"ם דאע"ג דבגמ' מפקינן ליה מקרא דלא תהי' לו כנושה משמע להרמב"ם דליכא אלא איסורא ואסמכוהו אקרא דלא תהי' לו כנושה, ובגליון הרמב"ם של הגאון ר"ח ברלין זצ"ל העיר דבספר המצות כתב דזהו לאו גמור, ומ"מ נראה דדברי הלח"מ נכונים וכאן בהלכותיו חזר בו, אכן ד' הרמב"ם במה שכתב ואין צריך לומר אם תבעו אינם מובנים כלל דהא זהו עיקר הלאו איברא דלפימש"כ בהל' א' מיירי בהל' ג' גם בעשיר ומ"מ אינו מיושב דעכ"פ כתב בסתם והוא גם בעני, ומה צריך להשמיענו דאיכא איסור, ולכאורה היה אפשר לומר דהלאו הוא דוקא אם תבעו בחזקה ובנגישה כמו שכתב כל הנוגש העני, אכן לבד שהוא תימה דהא לאו דלא יגוש הוא בשמיטה וכאן כתיב לא תהיה לו כנושה, ונושה הוא מי שחייבים לו כדכתיב כל בעל משה ידו, ועוד יותר מבואר דאי אפשר לומר כן דבפ"ד מהל' שביעית הל' א' כתב התובע חוב מחבירו שעברה עליו שביעית עובר בל"ת שנאמר לא יגוש, ומבואר דגם בלאו דלא יגוש עובר בתביעה לחוד וא"כ איך אפשר לומר דעל לא תהי' לו כנושה אינו עובר בתביעה לחוד.

ונראה דכונת הרמב"ם במה שכתב ואצ"ל אם תבעו אינו דאסור לתבעו דאינו מדוייק הלשון אם תבעו והו"ל לכתוב לתבעו לכן יש לומר דכונתו הוא אם תבעו והיינו אם תבעו מקודם אף שתבעו בלא איסור שלא היה יודע שאין לו ועתה יודע שאין לו, בזה הוא כ"ש מסתם להראות לפניו, דבסתם אינו מוכח דכונתו לתבעו אבל אם תבעו כבר א"כ עתה כשמתראה לו ודאי יחשוב הלוה שהולך לתבעו ובזה הוא כ"ש דאסור.

הלכה ד

עיין מה שכתב הלח"מ ועיין מה שכתבתי בספרי חלק א' הלכות נזקי ממון פרק ה' הל' י'.

הלכה ה

אין בעל חוב גובה לא מכסות אשתו ובניו של לוה ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן אע"פ שעדיין לא לבשו אותן ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן אלא הרי אלו שלהן, בד"א בכלי החול אבל בגדי שבת והמועד גובה אותן בעל חוב ואצ"ל אם היו בהן טבעות וכלי זהב או כסף שהכל לבעל חובו.

בד"א בכלי החול, המ"מ כתב ע"ז וז"ל לשון זה שכתב הרב ז"ל לא מצאתיו מבואר בשום מקום בדין זה והמשנה של ערכין סתם היא שנויה, אבל נראה לי שיצא לו ממה שאמרו פ"ק דב"ק האחין שחלקו מה שעליהם שמין ומה שעל בניהם ובנותיהם אין

שמין, ואמרו בירוש' דשל רגל ושל שבת שמין, וראיתי מי שחלק ואמר שאחין הוא בדוקא שאינן מקנין לאשתו ובניו של זה אלא בגדי חול, ומפני שלא יפשיטום ערומים, אבל בעל לאשתו הקנה הוא בין של חול בין של שבת, ויש סעד לחילוק זה מפני שהורע דין האחין בצבע שצבען לשמן שהוא נישום, שלא אמרו אלא מה שעל נשיהם ובניהם ממש, ואילו בעל חוב אינו גובה מהן ואפשר שאף בגדי שבת ומועד כן, ואני תמה בדברי הרב למה לא כתב חילוק זה פ"ג מהל' ערכין והביא המשנה בסתם וצ"ע עכ"ל.

והנה דברי המ"מ תמוהים דבתחלת ההלכה על אין בע"ח גובה מכסות אשתו כתב זה מתבאר מאותה ששנינו בערכין אחד המקדיש וכו' הובאה בהלכות פ' המקבל וכ"כ הר' אלפסי ז"ל בתשובה, ותשובה זו נמצאת בתשובות הרי"ף סי' רנ"ח וז"ל שאלה ראינו לגאון ז"ל שנשאל מי שיש עליו חוב ואין בידו מאומה מהו להושיט ידו בתכשיטי אשתו או לא וכו' תשובה ראינו מחלוקת אלו הגאונים וכך דעתנו נוטה כמו שהזכירה ההלכה אחד המקדיש ואחד המעריך את עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבען לשמן וכו', ואתמר נמי האחין שחלקו מה שעליהם שמין מה שעל בניהם ובנותיהם אין שמין, ומאלו השמועות נתברר שמי שלקח כלים לאשתו ולבניו קנו אותם, ואין רשאי לחזור בהן ולא למכרן, אלא שבירושלמי אמרו בבגדים של חול אבל לא של רגל ושל שבת, הילכך כל מה שהיה מן הבגדים המעולין וכ"ש כלי זהב ובדולח יש לו למכור אותם עכ"ל, ומפורש בדברי הרי"ף דינו של הרמב"ם וגם זה דטעמא דאחין שחלקו אין שמין מה שעל בניהם ובנותיהם הוא משום שקנו אותם, ולא כמו שפירש"י שם שכתב דלא מבזינן להו להביאם לב"ד, אבל הרי"ף סובר דהוא חד טעמא עם מתני' דערכין משום שהקנה להם, וכן כתב להדיא הר"ח בפירושו בהא דאחין שחלקו וז"ל, מה שעל נשיהן ובניהן אין שמין פי' שכבר זכו בהן דתנן בפ' שום היתומים אחד המקדיש וכו' ומביא ע"ז הירוש' דכלי רגל וכלי שבת חולקין, וראיתי אח"כ בחו"מ סי' צ"ז סכ"ו שכתב המחבר כדעת הרמב"ם והרמ"א כתב דיש חולקין שכתב שם הגר"א דשיטת הרמב"ם דגם באחין הוא מפני שהקנה להם, והשיטה הב' הוא מד' רש"י והרא"ש דהוא משום שמתביישין להביאם לב"ד, אבל המ"מ שלפנינו כתב ג"כ משום שהקנו ומ"מ מחלק בין אחין לבע"ח.

אמנם הרי"ף הוסיף שם בתשובה וכתב וז"ל אבל אם היתה מבני טובים וממשפחה מיוחסת יש לה לעכב עליו כמו שאמרו עולה עמו ואינה יורדת עמו, והרמב"ם לא כתב זה ומוכח דחולק בזה על הרי"ף והיה נראה לכאורה דמטעם זה דעולה עמו אינו מוכרח דמקנה לה בגדי שבת בשעת הקנין ודוקא בגדי חול שא"א בלא זה, אבל לאחר העיון

בשיטת הרמב"ם ראיתי בפ' י"ג מהל' אישות דאינו סובר כלל הך דינא דעולה עמו ואינה יורדת עמו לענין כסות שכתב שם כמה הכסות שהוא חייב ליתן לה וכו' שמחייבין אותו ליתן לה בגדים הראויות בימות הגשמים ובימות החמה בפחות שלובשת כל אשה בעלת הבית שבאותה המדינה, בד"א בעני שבישראל אבל בעשיר הכל לפי עשרו וכו', ומבואר דהעיקר תליא לפי עשרו ולא לפי משפחתה, וממילא אפי' אם עכשיו הוא מחוייב לקנות לה בגדי שבת ורגל, אבל כיון שאם יעני אינו מחוייב אינו מקנה לה ויוכל למכרם למזונותיו, ומבואר בפשיטות במה שחולק בזה על הרי"ף ואינו מחלק.

ובמה שהוכיח המ"מ לחלק מדין אחין שחלקו לדין בע"ח דילפינן מדין ערכין דגבי אחין שחלקו אמרינן מה שעל בניהן ובנותיהן והוא מה שעליהם ממש, אבל מה שקנה עבורם ולא לבשו שמין, ובמתני' דערכין תנן ולא בצבע שצבע לשמן דאף שעדיין לא לבשו זכו כיון שקנה עבורם יש לסתור הוכחתו מהא דפליגי רב ושמואל בכתובות דף נ"ד באלמנה אם שמין מה שעליה, ואמר רב נחמן דתנן כוותי' דשמואל דאין שמין, והוא מתני' דהמקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו, וע"כ צריך לומר דלאו דוקא מה שעליה ממש כיון דמסייע ליה מדין המקדיש והמעריך דתנן נמי צבע שצבע לשמן, ואין לומר דמשום דרב אמר שמין מה שעליה דאפי' מה שעליה ממש שמין, לכן אמר שמואל אין שמין, דמ"מ לא הו"ל לשמואל לומר בפי' אין שמין מה שעליה, ומוכח דאין הכונה מה שעליה ממש אלא הבגדים שהיא לובשת ועוד דלפי"ז הא יש נ"מ בין בגדי ימות הגשמים לימות החמה וכמש"כ הרמב"ם בפ' י"ג מהל' אישות שחייב הבעל לקנות לאשתו בגדים לימות הגשמים ולימות החמה, וא"כ ה"נ גבי אחין שחלקו ולמה מחלק בירושלמי בין בגדי חול לבגדי שבת הו"ל לחלק דאם הדין הוא בימות הגשמים שמין הבגדים של ימות החמה, אח"כ ראיתי שכבר הקשה בגדולי תרומה בבעה"ת שער א' אות ה' על המ"מ דסובר דדוקא מה שעליהן ממש דלמה מחלק בירוש' בין בגדי חול לבגדי שבת דמשמע דכל בגדי חול אין שמין, ומשום זה אינו מוכח להקשות על המ"מ דמנלן שיהיה להם זכות בכמה מיני בגדים ובודאי אין הכונה אלא מין אחד, רק מבגדי ימות הגשמים וימות החמה שהזכיר הרמב"ם בפי' גבי בגדי אשתו מזה ודאי קשה, והגדו"ת כתב שצריך לדחוק בדברי המ"מ דכונתו רק דדוקא בגדים שכבר לבשו, ולא צבע שצבעו לשמן, ועכ"פ מהא דאלמנה ודאי מוכח כד' הרמב"ם דאין הכונה מה שעליהן ממש.

והנה בב"ק דף ק"ב בהא דהנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטים ולקח לו שעורים דאמר ר' יוחנן דלר' יהודה אם הותירו הותירו לאמצע ומחכו עליה במערבא מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטים לבעל המעות, ופריך ע"ז רב שמואל אי הכי אפי' חטין וחטין נמי לא,

אמר ר' אבהו שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד, תדע דתנן אחד המקדיש נכסיו וכו' לימא הכא נמי מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, אלא לאו משום דשליחותיה קא עביד, אמר ר' אבא לא כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו ופריך על זה ומסיק אלא א"ר אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמו שהקנה להן כסות אשתו ובניו מעיקרא, והנה לפי סדר המימרות של הגמ' בא ר' אבא לחזק דברי ר' יוחנן כיון שבא לדחות ראייתו של ר' אבהו לתירוצו לפירכת רב שמואל ובלא תירוצו של ר' אבהו נשאר פרכת רב שמואל למדחי חוכא דבני מערבא ונשארו דברי ר' יוחנן קיימין דלא אמרינן מי הודיעו, אבל בראשונים מצינו מחלוקת בזה בעיקר ההלכה אי אמרינן מי הודיעו ואי קיי"ל כר' אבא דמתני' דהמקדיש הוא משום שהבעל הקנה להם, ונ"מ לבע"ח שכתב דאיקני ושעבד מטלטלין אגב קרקע שאם האשה זכתה מן המוכר אין לבעל חוב בבגדיה ואם הבעל זוכה מן המוכר ומקנה לאשה, א"כ קדים שעבודו של בע"ח כיון שכתב דאקני.

ובזה חולקים הרמב"ן והרמ"ה והרא"ש דהרמב"ן הביאו הבעה"ת שער א' אות ה' כתב דקיי"ל כר' אבא והבעל זוכה בהבגדים מהמוכר ומקנה לאשתו ואם כתב לבע"ח דאקני גובה, וז"ל הרמב"ן למאי דקס"ד מעיקרא שליחותא דידה קא עביד אשה זו מידו של מוכר היא זוכה ולא היה זכות לבעל בכסות וסנדלים הללו מעולם, ולמאי דמוקי ר' אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמו שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא, הבעל זכה בהם מיד המוכר והוא הקנה אותם לאשתו ובניו, כיון דהלכה כר' יוחנן דאמר לא אמרינן מי הודיעו לבעל החטין שיקנה חטיו לבעל המעות וסוגיא דשמעתא דר' אבא לתרוצי לר' יוחנן איתמר שמעינן מינה דבעל זוכה מיד המוכר והם זוכין מידו הילכך אם לקחן אחר הלואה וכתב לו דאיקני וגם מטלטלין אגב מקרקעי גובה אותם בחובו עכ"ל, והרמ"ה הובא בש"מ כתב וז"ל וליתא לדר' אלעזר ודבני מערבא דאמרי כל היכא דשני שליח בזביני כי קני לנפשיה הוא דקני דמי הודיעו לבעל החטים וכו' חדא דהא קיי"ל בעלמא הכל לבעל המעות, ותו דהא קיי"ל בפ"ק דסנהדרין דכל היכא דאמרינן מחכו עליה במערבא ר' יוסי בר' חנינא ור' אלעזר תרווייהו תלמידי דר' יוחנן ואין הלכה כתלמיד במקום הרב הילכך הא דתנן אחד המקדיש נכסיו וכו' משום האי טעמא הוא דכי צבעינהו וזבנינהו מעיקרא אדעתא דידהו זבנינהו וכידם דמי מההוא שעתא זכו בהו, ושינוייא דר' אבא ליתא וכו' עכ"ל.

והנה בדברי הרמ"ה צ"ל דאף שכתב מתחלה חדא דהא קיי"ל בעלמא הכל לבעל המעות, לא זהו עיקר טעמו דא"כ קשה גבי המקדיש נכסיו הא אין האשה בעלת המעות,

וע"כ דזה כתב רק לומר דע"כ אין הלכה כר' אלעזר ובני מערבא, אבל באמת בעיקר מילתא סובר דלא קיי"ל כבני מערבא דאמרינן מי הודיעו, ולכן גם גבי צבע כיון שקנה עבורם כידם דמי והם זכו בהצבע, ונ"מ דלפי"ז אפי' אם כתב לבע"ח דאיקני אינו גובה מכסות אשתו ובניו שבעצמם זכו מיד המוכר ולא בא ליד הלוה.

והרא"ש כתב וז"ל מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטיו לבעל המעות וליתא לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות, ואע"פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות, ואע"ג דר' אבא משני הך משנה בערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוי אמרינן מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה, שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפי' אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר הלכך צריך ר' אבא לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות עכ"ל ומה שכתב הרא"ש דר' אבא משני אליבא דבני מערבא אף דלפי הסוגיא מתרץ ר' אבא לדר' יוחנן, כונתו דעכ"פ צריך לתירוצו רק בטעמא דלא אמרינן גבי צבע מי הודיעו וזהו כבני מערבא וזהו שכתב דגם למה דקיי"ל כר' יוחנן צריך לדר' אבא.

וראינו בכאן שלש שיטות דשיטת הרמב"ן דאיתא לדר' אבא דלתרוצי לר' יוחנן אתא וצ"ל בדעתו כמש"כ הרא"ש דאף דר' יוחנן לא סבר לחוכא דבני מערבא דאמרינן מי הודיעו לבעל החטין זהו דוקא כשקונה לצורך בעל המעות, ואפי' היכי דשני שליח מ"מ כיון שדעתו לקנות לצורך בעל המעות קנה אותם בעל המעות, אבל בכסות אשתו ובניו כיון שהמעות הם שלו ולא של אשתו ובניו אמרינן לכולי עלמא מי הודיעו לצבע, וזהו מאי דאמר ר' אבהו תדע לומר דאפי' לר' יוחנן צריך לחלק בין חטין וחטין לחטין ושעורין היכי דאין המשלח בעל המעות וזהו שדחה ר' אבא דגבי צבע הקנה הבעל ולא המוכר, וסובר הרמב"ן דגם אם הבע"ח הלוה להבעל קודם שקנה הכסות נמי אמרינן שהקנה להם הבעל כשקנה עבורם, ולכן אינו גובה הבע"ח אם לא כתב לו הבעל דאיקני, ולשון כל המקדיש נכסיו באמת אינו מדויק לפי"ז, דא"כ לא שייך לומר כל המקדיש נכסיו אלא כל בעל הקונה כסות לאשתו ולבניו מקנה להם בעצמו, ולשון כל המקדיש משמע דכשבא להקדיש מקנה להם מעיקרא כדי שלא יחול ההקדש עליהם והיה אפשר ללמוד מזה גם לבע"ח היכי שקנה הבעל הכסות והצבע קודם, דנימא דכשבא ללוות מקנה להם שלא יגבה מהם הבע"ח, אבל אם כבר לוה היה אפשר לומר דאינו מקנה להם להפקיע

הבע"ח כיון שגם הכסף שמשלם עבורם משועבד להבע"ח וצ"ע בזה.

ושיטת הרמ"ה דלית לן דר' אבא דאף שלפי סדר הגמ' בא ליישב דעת ר' יוחנן וכמו שכתבנו, מ"מ סובר הרמ"ה דמעיקר דינא לא קיי"ל כבני מערבא דאמרינן מי הודיעו, אלא כיון שדעת השליח בשביל משלחו וכן אפי' הבעל בשביל אשתו ובניו אף שלא שלחו אותו כיון שרצונו לזכות בשבילם ואף שאינם בעלי המעות מ"מ זכה מהמוכר בשבילם, ור' אבא בא לשנויי אליבא דבני מערבא וסבר כוותייהו בעיקר סברת מי הודיעו גבי מי שאינו בעל המעות, ואנן לא קיי"ל כוותייהו כלל, ולכן אינו גובה בע"ח אפי' בדכתב דאיקני.

ושיטת הרא"ש דאע"ג דלא אמרינן מי הודיעו זה דוקא היכא שקונה השליח במעות המשלח, אבל בהא דהמקדיש נכסיו לא זכו אשתו ובניו בהכסות והצבע, ומה שאין להגזבר לגבות מהם זהו בשביל שאין דעתו של המקדיש על כסות אשתו ובניו, ולפי שיטתו גבי בע"ח צריך לגבות מהכסות וצבע אף בדלא כתב ליה דאקני כיון שלא קנו אותם אשתו ובניו, ולפי"ז מה דאמרינן גבי אחין שחלקו דאין שמין מה שעל בניהם ובנותיהם זהו מה שעליהם ממש ומשום דלא מבזינן להו וכמש"כ שם הרא"ש אלא דקשה דהא גבי אלמנה אמר שמואל דאין שמין מה שעליה ומסייע רב נחמן לשמואל ממתני' דהמקדיש נכסיו, ואם נימא דטעמא דמתני' משום דאין דעתו אין ראיה לאלמנה כלל, וצ"ל דרב נחמן ודאי ע"כ לא סבר כלל להא דבני מערבא, וסבר דטעמא הוא משום שקנו אשתו ובניו, ומ"מ קיי"ל כר' אבא כיון דהוא בעיקר הסוגיא בדין קנין שליח בשביל משלח, ורב נחמן לא אמר זה להלכה רק דבעי לאתויי סייעתא לשמואל ודחי בעצמו מטעם אחר, ולכן סובר הרא"ש דהך סוגיא דב"ק עיקר דמסיק כדר' אבא וקיי"ל כוותיה, אך לפנינו נבאר דהרא"ש הולך בדרך פי' ב' של הרשב"א בד' ר' אבא ולהרשב"א א"א לומר כן כמו שנבאר ומ"מ כתבתי זה כיון דלפי ד' הרא"ש גבי אחין שחלקו צ"ל כן.

והנה דברי הרא"ש הם לכאורה תמוהים שהביא ד' ר' אבא דאמר מעיקרא דכל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו, דהא בגמ' פריך על זה ומסיק אלא אמר ר' אבא כל המקדיש נכסיו נעשה כמו שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא, אכן הרשב"א בש"מ כתב בהא דר' אבא וז"ל הא דאמר ר' אבא נעשה כמו שהקנה כסות אשתו ובניו מעיקרא מדקאמר נעשה כמו שהקנה ולא קאמר כל המקדיש נכסיו מקנה כסות אשתו ובניו משמע דלב ב"ד מתנה על דבר זה קאמר, ולא היא דאי משום תקנת חכמים במקדיש נכסיו קאמר ולא בשאר מילי א"כ היאך מייתי ראיה בפ' נערה שנתפתתה דאלמנה אין שמין מה שעליה מדתנן המקדיש נכסיו אין לו בכסות אשתו ובניו וכו' דבמקדיש עבדו

רבנן תקנתא ולא בשאר מילי, אלא מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתיה לאקנויי להו כלים שלקח מהם ואע"פ שלא הקנה להם בפי' ומשום דאמדינן ליה לדעתיה אמרו נעשה כמו שהקנה וכמוהו בריש פ' המפקיד נעשה כאומר לו כשתגנב וכו', ומ"מ איכא למידק דלדברי ר' אבא לא הקנה להם בשעת קניה דנימא דשליחותיה קא עביד וכו' וא"כ קשה היאך קנו ומי זכה להם, ויש לומר דכל שדעתו קרובה להן הרבה גמר דעתו בהקנאה וזכיה לקנות ואפי' להפקיע מיד הקדש דאורייתא, ודכוותה איכא בריש פ' השוכר את הפועל במס' ע"ז גבי חנוני המקיפו כיון דאורחיה לאקופי מקני ליה דינר בכיסו כנ"ל, עוד יש לומר דתנא לאו משום הקנאה אלא משום דס"ל אין אדם נותן דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו, ודכוותה בנדרים פ' השותפין משנה היו להם מרחץ ובית הבד מושכרים ביד אחרים עכ"ל.

ומבואר בד' הרשב"א שני פירושים בהא דר' אבא פי' א' שהקנה להם ממש ומה דאמר נעשה הוא משום שלא עשה מעשה קנין אלא משום דאמדינן לדעתיה דגמר והקנה, ואף דמה שהביא מהא דהשוכר או הפועל בחנוני המקיפו הוא קצת תימה דהא לא קאי התם במסקנא הכי ומסקינן שם אלא אמר רבא ל"ש מקיפו ול"ש שאין מקיפו אע"ג דמשעבד ליה כיון דלא מיחד שעבודיה לא מיתסר וצ"ל בכונתו דיש לחלק מחנוני המקיפו דהכא שדעתו קרובה להן הרבה מקנה להם אף בלא קנין, ומביא רק לדמיון דאפשר קנין בלא מעשה קנין כיון שגמר והקנה וכפי' זה של הרשב"א סובר הרמב"ן דהוי הקנאה ממש. פי' ב' כתב דהוא לא משום הקנאה אלא משום דאין דעתו על מה שכבר לקח לצורך אשתו ובניו ופי' זה אינו מובן כלל דהא זהו תירוצא קמא דר' אבא דהמקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו, ופריך ע"ז בגמ' וכי דעתו של אדם על תפיליו ושו"ט בזה עד דמסיק אלא אמר ר' אבא וא"כ איך מפרש הרשב"א תירוצא בתרא כמו תירוצא קמא, וצ"ל בכונתו דמעיקרא אמר ר' אבא בסתם דאין דעתו על כסות אשתו ובניו היינו שאין בדעתו שיחול ההקדש עליהם, וע"ז פריך מתפילין דודאי לא הי' בדעתו שיחול ההקדש על תפילין ומ"מ כיון שהקדיש בסתם חל ההקדש גם עליהם, ועכשיו משני דנעשה כמו שהקנה להן מעיקרא והיינו שאין בדעתו בהקדישו רק על נכסים שמחזיקן לצורך עצמו, אבל מה שקנה לצורך אשתו ובניו אף שעדיין לא קנו אותן הוי כמו שהקנה להן מעיקרא ואין דעתו להקדישו והוי כמו שאמר בפי' שהוא מקדיש הנכסים שמחזיק לעצמו ולכן לא דמי לתפילין, ולפי פי' זה תירוצא בתרא דר' אבא הוא כמו תירוצא קמא ורק שבא ליישב תירוצא קמא דלא תיקשי מתפילין, ועכשיו מבוארים ד' הרא"ש שכתב תירוצא קמא דר' אבא דאין דעתו ומשום דמפרש כפי' ב' של הרשב"א.

אכן דברי הרשב"א אכתי צריכים באור דלפי פי' ב' דתירוצא בתרא הוא נמי משום דאין דעתו א"כ קשה מה שייך זה לאלמנה דאין שמין מה שעליה וזה אין לומר כמו שכתבתי לדעת הרא"ש דרב נחמן באמת פליג על ר' אבא, דהא בתחלת דבריו כתב דאין לומר דהפי' משום תק"ח דא"כ לא שייך זה לאלמנה, ונראה דכונת הרשב"א הוא דרב נחמן מוכיח ממתני' דאף דבמתני' תנן דאין להגזבר גם בצבע שצבע לשמן דאכתי לא זכו צריך לומר משום דאין דעתו אלא על נכסים שמחזיקן לצורך עצמו, אבל עכ"פ שמעינן דאין דעתו על כסות אשתו ובניו שיהיו שלו ושרק ילבשו אותן דא"כ ודאי יחול ההקדש ודמי לתפילין, וע"כ דהטעם הוא דזה ודאי דעתו להקנותן להם כשילבשו, ולכן אפי' קודם שלבשו נעשה כמו שהקנה להן מעיקרא, וא"כ שפיר מביא רב נחמן ראיה לדין אלמנה דאין שמין מה שעליה דמה שכבר לבשה אותן ודאי אין שמין, ומיושב לדברי הרשב"א דבאמת באלמנה דוקא מה שעליה אין שמין אבל צבע שצבע לשמה שמין.

ולפי"ז לכאורה אין מקום למה שכתבתי מקודם בדעת הרא"ש דסובר דרב נחמן חולק על ר' אבא כיון שנאמר שדעתו לפרש כפי' ב' של הרשב"א אלא דמ"מ כתבתי כן משום דבב"ק גבי האחין שחלקו כתב דמה דאין שמין מה שעל בניהם ובנותיהם הוא משום שמתביישין להביאם לב"ד וכבר הבאתי למעלה מדברי הגר"א בסי' צ"ז שכתב כן בשיטתו של הרא"ש דאינו משום שהקנה להם וכנ"ל, וכן שפיר כתבתי דדעת הרמב"ן הוא כפי' א' של הרשב"א ומשום הקנאה ממש משום דהרמב"ן המובא בבעה"ת כתב זה להבעה"ת שכתב מקודם בדין זה שאין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו דאפי' לא לבשו אותן ולא מסרן להם ולא זכה להם כ"א בדבור בלבד שלקחן לשמן וע"ז למד מדין כל המקדיש נכסיו נעשה כמו שהקנה להם כסות שלקח לאשתו ובניו מעיקרא, וע"ז כתב לו הרמב"ן יפה כוונת, וכתב כל מה שהבאתי מדבריו למעלה, ומוכח שהוא מפרש דדר' אבא משום הקנאה ממש אפי' במה שלא לבשו וכפי' א' של הרשב"א.

אכן במה שהקשיתי על ד' המ"מ שכתב לחלק בין בע"ח מדין אחין שחלקו דבאחין שחלקו דוקא מה שעליהן ממש והקשיתי מאלמנה דאמר שמואל אין שמין מה שעליה, ומ"מ מייתי רב נחמן ע"ז ממתני' דהמקדיש, בזה יש ליישב ע"פ פי' ב' של הרשב"א וכפימש"כ דמה שעליהן ממש זכו גם לתירוצא בתרא דר' אבא ושפיר מייתי ר"נ סייעתא לשמואל ממתני'.

איברא דאכתי אינו מיושב פי' ב' של הרשב"א ושהרא"ש מפרש כן דהתוס' הקשו במה דבעי ר' אבא מעיקרא לשנויי דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו דתינח הקדש אבל ערכין כיון שהעריך את עצמו מה מועיל שאין דעתו עליהם מ"מ

בע"כ נערך מכל אשר יש לו, וכתבו בתוס' דמשום דאית ליה פירכא אחריתא לא חש למיפרך, ובודאי מפרשים בתירוצא בתרא דר' אבא דהוא משום הקנאה ממש וכפי' א' של הרשב"א, אבל לפי"מ דמפרש הרשב"א בפי' ב' דהוא משום דאין דעתו, וכן כתב הרא"ש א"כ קשה קושיית תוס' דמה יועיל זה בערכין.

ונראה דזה ודאי דהיכי שבא הגזבר לגבות ממנו ערכו ודאי דאין אנו חושבין מה שלא היה בדעתו על כסות אשתו ובניו שהרי הוא התחייב עצמו בסכום ערך שקצבה עליו התורה, וכיון שאשתו ובניו לא קנו הצבע למה לא יגבה הגזבר, אבל יש לפרש המשנה במעריך לדין נדון בהשג יד כמה להעריכו ולפי אשר תשיג יד הנודר יעריכנו הכהן, ובזה יש לומר דכיון שאין דעתו של מקדיש על כסות אשתו ובניו משום דנעשה כמו שהקנה להן. א"כ גם לגבי הנודר חשבינן כסותן וצבע שלהן כמו שהוא שלהן דלגבי זה דין הנודר כמו דין המקדיש שהכהן לא יעריכנו אלא במה שתשיג ידו ממה שהוא חושבם לשלו והיה דעתו עליהם.

עכשיו נבוא לדעת הרמב"ם והנה הגר"א בחו"מ בסי' קע"ו סעיף י"א במה שכתב המחבר מדברי הרמב"ם וז"ל לפיכך הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהם חטים לסחורה והלך וקנה שעורים, או לקנות שעורים וקנה חטים אם פחתו פחתו לזה שעבר ואם הותירו הותירו לאמצע, וכתב ע"ז הגר"א בס"ק כ"ד בליקוט וז"ל לסחורה ובסי' קפ"ג כתב בין לסחורה בין לאכילה, ושניהן הן דברי הרמב"ם וכן הוא ד' הרי"ף וטעמם שפסקו כבני מערבא דר' אבא מתרץ למתני' דערכין כוותיה וכן פריך שם לימא פליגא דבני מערבא כו', ומפרש דוקא בשותף אבל בשליח לעולם יד שליח כיד בעה"ב ולהכי לא פריך גמ' אמתני' על ר' יהודה מי קני לבעה"ב השבח שעל הצמר, אבל הרא"ש וש"פ פסקו דלא כבני מערבא לכן פ' הרא"ש והטור וש"פ דאף בשותף בין לסחורה בין לאכילה, וכן פסק הרב בסי' קפ"ג שם עכ"ל, ולבאר דבריו נביא ד' הרי"ף בסוגיא שמביא מקודם הסוגיא בהא דתני חדא אם הותירו הותירו לו ותניא אידך אם הותירו הותירו לאמצע ואמר ר' יוחנן הא ר' מאיר דאמר קננהו בשינוי והא ר' יהודה דאמר לא קני להו בשינוי ור' אלעזר אמר הא והא ר"מ ולא קשיא כאן לאכילה כאן לסחורה, וכתב הרי"ף וכיון דקיי"ל כר' יהודה חזינן אם לסחורה נתן לו בתורת שותפות אם פחתו פחתו לשליח מפני שהוא משנה ואם הותירו הותירו לאמצע, דאפי' לר"מ כיון דלסחורה יהבינהו ניהליה לא קני לה בשינוי, ואם לא נתן בתורת שותפות אלא לקנות בהן חטין לסחורה לא יטול ממנה כלום אם פחתו פחתו לשליח ואם הותירו הותירו לבעל המעות, וכן אם נתן לו מעות לקנות לו בהן חטים לאכילה אם פחתו פחתו לשליח ואם הותירו הותירו לבעל

המעות דלא אמרינן הותירו לאמצע, אלא כשנתן לו מעות בתורת שותפות ליקח בהן חטין ולקח בהן שעורים, שעורים ולקח בהן חטין אבל שלא בתורת שותפות בין לסחורה בין לאכילה אליבא דר' יהודה חד דינא הוא אם הותירו הותירו לבעל המעות ואם פחתו פחתו לשליח וכן הלכתא עכ"ל. ומפרש הגר"א בדעתו דאם נתן בתורת שותפות יש חילוק בין לסחורה בין לאכילה. דדוקא אם נתן לסחורה אם הותירו הותירו לאמצע כיון דלא הוי שינוי גמור מדעת בעל המעות. ולכן אף דאם פחתו פחתו לשליח אם הותירו הותירו לאמצע. אבל אם נתן לאכילה קיי"ל כבני מערבא דאמרי מי הודיעו לבעל החטין שיקנה חטין לבעל המעות. וזה דוקא בנתן בתורת שותפות. אבל שלחו שלא בתורת שותפות אמרינן דשליחותיה קא עביד. וכן מפרש בדעת הרמב"ם.

ודברי הגר"א תמוהים במה שכתב שפסקו כבני מערבא דר' אבא מתרץ מתני' דערכין כוותיה דהא לפי סדר המימרות שר' אבא דחה ראייתו של ר' אבהו ממתני' דערכין א"כ קמה לה פירכת רב שמואל על בני מערבא. ועוד דמה שכתב דזה דוקא אם נתן לו לקנות בתורת שותפות. אבל אם נתן לו לקנות שלא בתורת שותפות אין חילוק בין לסחורה בין לאכילה משום דשליחותיה קא עביד הא זהו סברת ר' אבהו וגם ר' אבהו לא אמר כן אלא בחטים וחטים. ור' אבא דחה לדר' אבהו, ואולי כונתו דר' אבא פליג על ר' אבהו בהא דסבר דגם בהא דהמקדיש מהני שליחותיה קא עביד, וסובר דלא מהני או משום דאין האשה בעלת המעות. או משום דלא עשתה אותו שליח ומדין זכיה לא קני שלא מדעת הצבע. אבל עכ"פ הך סברא לחלק בין שותפין לשליח, דבשליח אמרינן שליחותיה קא עביד אפי' מחטין ושעורים גם לבני מערבא ובשותפין לא אמרינן לא מצינו זה בסוגיא.

ומה שהוכיח הגר"א זה וכתב ולהכי לא פריך בגמ' אמתני' על ר' יהודה מי קני לבעה"ב השבח שעל הצמר. והיינו דאם גם בשליח חולקים בני מערבא וסברי דמשום מי הודיעו לא קנה המשלח היכא ששינה השליח. א"כ אמאי סבר ר' יהודה במתני' דהשבח לבעל הצמר. גם זה קשה טובא דאטו במתני' מיירי דוקא שהצבע הלך לקנות צבע אחר שנתן לו הבעה"ב הצמר לצבוע לו. הא בפשיטות מיירי מתני' גם כשיש לצבע צבע משלו. ותיקשי האיך קנה הבעה"ב הצבע הא אין אדם זוכה בשלו לחבירו. וע"כ דזה לא קשה כלל דכיון שהצמר שלו ע"כ לוקח הוא את הצמר שלו ואינו מחוייב ליתן להצבע אלא דמי הצבע ושכר טרחו שזהו בכלל היציאה וזהו אם השבח הוא יותר. אבל אם השבח הוא פחות אינו מחויב ליתן אלא הוצאה שיעור שבח. ועוד אפשר לומר שקנה הצבע ע"י הצמר. ואף דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה שאני הכא שהצבע נוטל טרחו וניחא ליה וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהל' מכירה מהא דב"ב דף פ"ה כגון שהיה בעלה

מוכר קלתות.

והנה אם היה צריך לפרש בדעת הרי"ף כדברי הגר"א הי' אפשר לומר דלא פסקו כר' יוחנן משום דלא פסקו כר' אבא דמתרץ אליביה ובטעמא דמילתא יש לומר דמפרשים כפי' ב' של הרשב"א בטעמא משום דאין דעתו. ומדברי רב נחמן בכתובות גבי אלמנה הא מוכח דלא כר' אבא. ולכן פסקו כרב נחמן וע"כ הוא כבני מערבא וזהו להיפוך ממה שכתבתי בדעת הרא"ש דקיי"ל כר' אבא ולא כרב נחמן.

אכן נראה דאין כונת הרי"ף והרמב"ם כלל לפסוק כבני מערבא חדא דהרי"ף לא הזכיר הא דבני מערבא כלל רק שחילק בין לאכילה בין לסחורה. ועוד דא"א לומר דהרמב"ם סובר כר' אבא ומשום שהבעל בעצמו הקנה לאשתו ובניו. דא"כ היכי שהבע"ח הלוה להבעל קודם שקנה הכסות והצבע. וכתב הבעל הלוה דאיקני ושעבד לו מטלטלין אגב קרקע גובה אפי' מכסות אשתו ובניו וכמש"כ הרמב"ן ולא הו"ל להרמב"ם לסתום הך דינא בהלכה שלפנינו. וכן הרי"ף בתשובה לא הי' לו לסתום דאין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו ולחלק רק מבגדי חול לבגדי שבת והו"ל לפרש דכל זה דוקא כשלוה הלוה אחר שקנה הכסות והצבע. ועוד דעיקר החילוק בין שותף לשליח לא מסתבר כלל דהא שותף נמי שליח הוא. ואם בשליח לא אמרינן מי הודיעו גם בשותף אין סברא דנימא מי הודיעו.

ומה שחילק הרי"ף בין נתן לו לקנות לסחורה ובין לאכילה וכן מה שכתב הרמב"ם בהך דינא שהביא המחבר בסי' קע"ו והוא בפ"ה מהל' שלוחין הל' ב' שכתב הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהן חטין לסחורה. ובפ"א הל' ה' והוא בחו"מ סי' קפ"ג כתב הנותן מעות לשלוחו וכו' ליקח בהם חטים בין לאכילה בין לסחורה זהו מטעם אחר לגמרי דהרי"ף השמיענו כאן שלא נטעה לומר דאפי' אם הוא רק שליח כיון ששינה ולקח שעורים אם הוסיפו הוי לאמצע כמו דכך דינא בהוסיפו לשליח דאיכא פלוגתא בכתובות דף צ"ח וקיי"ל דהוא לאמצע אלא דאסיקנא שם דזהו דוקא בדבר שיש לו קצבה. אבל מה שאין המקח קצוב ההוספה הוא לבעל המעות. וזה ודאי דנתן לו מעות ליקח חטים לאכילה לא שייך ע"ז בתורת שותפות דהא אין עומדין למכירה ולהרוחה. ואם נתן לו שיאכלו שניהם גם לזה אין שם שותפות אלא הלואה כגון שנתן לו מאה דינרים אם נתן לו לקנות חטים לאכילה אם בפי' אמר שיאכלו שניהם הרי זה כאילו אמר לו הנני מלוה לך חמשים דינרים. וכיון דבברייתא לא הוזכר זה אלא סתם הנותן מעות לשלוחו ליקח בהם חטים ע"כ דאם לאכילה אינו אלא שליח בעלמא. ורק דר' אלעזר מוקים הברייתא דקתני אם הותירו הותירו לאמצע כשנתן לו לקנות לסחורה. והיינו

דבשכר טרחו יקח מחצה הריוח, ולכן חילק שפיר הרי"ף בין לסחורה בין לאכילה דאם נתן לו לקנות לאכילה אם הותירו הכל לבעל המעות. וכן מבואר בד' הרמב"ם שבפ"א מהל' שלוחין הל' ה' כתב הל' זו דאם הוסיפו הוסיפו לבעל המעות. ובאותה הלכה כתב הי' השער קצוב וידוע והוסיפו לשליח במנין או במשקל או במדה כל שהוסיפו לו המוכרים הרי הוא של שניהם וחולק התוספת השליח עם בעל המעות. ואם הי' הדבר שאין לו קצבה הכל לבעל המעות עכ"ל. והנה מבואר שזהו גם כונת הרי"ף במה שמחלק בין לסחורה בין לאכילה אבל מעיקר דינא פסקו כר' יוחנן לגמרי וכדעת הרמ"ה וכמו שנתבאר. ולכן לא חילקו בין לוה קודם שקנה או אח"כ.

והנה נשאר לנו ליישב תמיהת המ"מ במה שהרמב"ם סתם בהל' ערכין ולא חילק בין בגדי חול לבגדי שבת ויו"ט, אלא דבאמת עיקר קושייתו אינה אלא לדעתו דהרמב"ם כתב זה מסברת עצמו. וכיון דעיקר דין בע"ח דאינו גובה מכסות אשתו ובניו לומד הרמב"ם ממתני' דערכין והחילוק בין בגדי חול לבגדי שבת למד מדין אחין שחלקו. לכן הקשה שפיר דכיון שבא לחדש וללמוד מדין אחין שחלקו לדין בע"ח הו"ל לכתוב זה בעיקר הדין וזהו בדין ערכין. אבל כיון שנתבאר שהרמב"ם לא כתב כל ההלכה מדעת עצמו אלא הוא מדברי הרי"ף והוא זה שחילק גבי בע"ח בין בגדי חול לבגדי שבת ויו"ט. א"כ לא קשה כלל מה שלא הביא הך דינא בהל' ערכין. דשם כתב המשנה כצורתה וידוע שאין הרמב"ם מחדש דינים שאפשר ללומדם מתוך דינים אחרים אלא במקומות מועטים. אבל תמיד כותב המשנה והגמ' כצורתם. ורק שלפעמים מביא ד' הגאונים והרי"ף. וכאן שהרי"ף כתב כן בדין בע"ח כתבה הרמב"ם כאן. ובהל' ערכין נלמוד בעצמנו מדין בע"ח ועיקר החילוק הוא מדין אחין שחלקו.

הלכה ח

מלוה שבא להפרע שלא בפני הלוה כגון שהיה הלוה במדינה רחוקה ותפסה האשה מטלטלין מנכסי הבעל כדי שתזון מהן מוציאין אותה מידה ונותנין לבעל חוב שאפי' היה בעלה עמה לא היה יכול לזון את אשתו ובניו עד שיפרע לו כל חובו.

מלוה שבא להפרע וכו' הלח"מ הביא דהנמוק"י כתב טעם להרי"ף והרמב"ם משום שמזונות הם מדבריהם ושעבודא דבע"ח דאורייתא, ותמה על זה דהא סובר הרמב"ם בפי"ב מהל' אישות דמזונות האשה דאורייתא. וכתב דטעמם הוא כמש"כ הב"י בשם בעל התרומות דגמר מיכה מיכה מערכין וכי היכי דהתם ממעטינן מזון אשתו ובניו דאמר קרא הוא למעוטי אשתו ובניו ה"נ בבעל חוב, ועיקר ד' הנמוק"י הם דברי הרי"ף בתשובה שהביא הבעל התרומות שער א' אות ד' שכתב הבעה"ת מקודם בטעמא דאין

נותנים לאשתו שכשם שבערכין מיעט אשתו ובניו אע"פ שקדמה לחוב המעריך בע"ח נמי אף שהיא מוקדמת נתמעטו דהא גמרינן מיכה מערכין ואח"כ הביא דברי הרי"ף בתשובה שכתב בטעמא דמילתא משום דמזונות האשה ובניה מדרבנן. אכן צריך לבאר ד' הנמוק"י שכתב כן גם בטעמו של הרמב"ם, והרמב"ם סובר בפי' דמזונות האשה הוא מן התורה.

ונראה ליישב ד' הנמוק"י עפ"מ שכתב הרמב"ם בפי"ב מהל' אישות הל' ד' וז"ל ועוד תיקנו חכמים שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסיה, וקבורתה כנגד ירושתו לכתובתה, לפיכך אם אמרה האשה איני ניזונת ואיני עושה שומעין לה ואין כופין אותה, אבל אם אמר הבעל איני זנך ואיני נוטל כלום ממעשה ידיך אין שומעים לו שמא לא יספקו לה מעשה ידיה במזונותיה, ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה עכ"ל, וד' הרמב"ם אינם מובנים דכיון דמזונות דאורייתא ומזוני עיקר א"כ אם לא ספקו מעשה ידיה במזונותיה, מדאורייתא אינו יכול לומר איני זן ואיני נוטל מעשה ידיה, ואי ספקה הא באמת יכול לומר צאי מעשה ידיך במזונותיך, כדאיתא בכתובות דף ע' ובגיטין דף י"ב וכתב כן הרמב"ם פ"ז מהל' רוצח הל' ב'. ועוד צריך ביאור מה שכתב ומפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה דלאיזה דין כתב זה כיון דעיקר המזונות דאורייתא.

ולבאר כונתו נראה דכתב זה לשיטתו דבכתובות דף נ"ג ע"א איתא מוחלת כתובתה לבעלה אין לה מזונות. ופירש"י דהוא באלמנותה דתנאי כתובה ככתובה. אבל הרמב"ם כתב בהל' י"ח ובפי"ז הל' י"ט שאפי' בחיי הבעל אין לה מזונות. וזה באמת תימה דהא סובר דמזונות דאורייתא ואינם מתנאי כתובה. לזה חידש לנו הרמב"ם דהך דינא שלא יוכל לומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך שמא לא יספקו זהו מתנאי כתובה דמעיקר דין התורה אינו חייב לזונה אלא כל יום ואינו חייב היום להניח לה מזונות על יום המחר. ונ"מ שהיה יכול לילך למדינת הים ולומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך. אלא שמן התקנה הוא מדין תנאי כתובה שאינו רשאי להניחה באופן זה שאח"כ לא יהי' לה מזונות ואפי' אם עכשיו מספיקים אין לו רשות. שמא אח"כ לא יספקו. וזהו מה שכתב בהל' כ' הבעל שאמר בשעה שהלך למד"ה טלי מעשה ידיך למזונותיך אין לה מזונות שאילו לא רצתה בדבר ולא סמכה דעתה הי' לה לתובעו או לומר לו אין מעשה ידי מספיקין לי. ורש"י בדף ק"ז בד"ה חיישינן פי' וקבלה. וכן מדברי הרמב"ם מוכח שיכולה לעכב שלא ילך למדינת הים עד שיניח לה מזונות על משך זמן שיראו הב"ד.

ולכן מבוארים דבריו במה שכתב שמפני תקנה זו יחשבו המזונות מתנאי הכתובה.

והיינו שעכשיו אחר התקנה גם עיקר המזונות נחשב מתנאי הכתובה. ולכן כשמחלה כתובתה כונתה למחול כל חוב המזונות. דאף שעיקר חיוב מזונות הם מן התורה מ"מ אמרינן שדעתה למחול כל החוב שיש לבעלה על מזונות שלה.

ועכשיו נוכל ליישב דברי הנמוק"י שכיון שהאשה תפסה מטלטלין כדי שתיזון מהם א"כ אין לה זכות מן התורה לתפוס מטלטלין שהרי אין על בעלה אלא שבכל פעם שתצטרך לאכול שיתן לה מזונות, אבל אין עליו חוב להניח לה על מזונות כשהולך למדינת הים. לכן שפיר כתב דבכה"ג שיש חוב ושעבודו מן התורה וחיוב מזונות של האשה הוא רק מן התקנה שאין לו רשות להניח אשתו בלא מזונות לכן הבע"ח קודם. וזהו כונת הרמב"ם במה שכתב כדי שתזון מהם והיינו על מזונות דלהבא דמזונות שכבר נתחייב זהו כמו שאר חוב. ויש להוסיף דאפי' אם השט"ח הוא מוקדם לזמן שנתחייב לה במזונות שלעבר ג"כ אין מוציאין ממנה המטלטלין דהא אין דין קדימה במטלטלין ולזה העירני ח"א הגר"א שך שיחי'.

פרק ב

הלכה ד

מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם ובא בעל חובו להשביעו בתקנה זו וכו', יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו וכו', וכן אני אומר שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום וכו', שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כח בדיין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדותו עד שיתן יעשה.

כתב המ"מ שכתבו האחרונים שאין בכל ב"ד כח בזה אלא א"כ הוא ב"ד חשוב ומוחזק בחסידות וכו'. ותמה בזה הלח"מ דהא גם הרמב"ם כתב כן בפ' כ"ד מהל' סנהדרין הל' ב' שעכשיו אין לדיין לדון לפי אומד דעתו וכתב הלח"מ דהרמב"ם סמך כאן על מה שכתב בהל' סנהדרין. ונראה דיש לחלק מדין זה דכאן למה שכתב בהל' סנהדרין. דשם מיירי באופן שע"פ אומד דעת הדיין יעשה הדיין שינוי בדין. כמו מי שחייב שבועה לפטור ואמר לדיין אחד שהוא נאמן אצלו שהוא חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על התובע ויטול. וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם אחד שסמך עליו אפי' אשה או קרוב פרוע הוא יש לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה וכן להוציא פקדון מיתומים ע"פ סימנים שכל אלו הדינים אנו משנים עיקר הדין ע"פ אומד דעת הדיין. אבל כאן אין אנו משנים את הדין. והדין הוא בדין כפי' שכופים הלוה בכל מה דאפשר. ולכן יש נ"מ

לגבי אומד דעתו של הדיין דהיכי שהדיין צריך לשנות את הדין ע"פ אומד דעתו בזה סובר גם הרמב"ם שעכשיו אין לדיין לדון לפי אומד דעתו משום דזה שייך לעיקר הדין. וכיון שעכשיו אין מוחזקים הדיינים שאומד דעתם הוא כ"כ ברור אין לו רשות לשנות את הדין. אבל כאן דאיירינן בדין כפי' שב"ד מחוייבים לכוף למי שעובר על הדין. וכיון שגם עכשיו הם עכ"פ ב"ד ולהם ברור ע"פ אומד דעתם שהלוה יש לו לשלם. זה מסור להדיין בעצמו ולא בטלו ממנו חובתו לכוף למי שעובר על התורה. וכמו שב"ד צריכים לכוף למי שמגדל חיות ובהמות טמאות שלא יגדלם ואם ב"ד ידעו באומד דעתם שפלוני מגדלן אלא שהוא מחזיקם ברשות נכרי ודאי צריכים לכוף ולמנוע אותו אף שאין להם עדות ברורה. וכן כאן כיון שלהב"ד ברור באומד דעתם שיש לו לשלם יש להם רשות לכופו ולנדותו אף שיוכל לצאת מזה שיקח נכסי אשתו וישלם וכמו שכתב הרמב"ם. כיון שלהב"ד ברור באומד דעתן שאינו כן ויש לו בעצמו לשלם. ומכש"כ בתחלת דינו של הרמב"ם כשגלוי וידוע להדיין שאין להלוה שאין להשביע מתקנת הגאונים גם עכשיו דזהו פשוט.

הלכה ו

ראובן שהיה חייב לשמעון מאה ולוי חייב לראובן מאה מוציאין מלוי ונותנין לשמעון לפיכך אם אין לראובן נכסים והיה לו שטר חוב על לוי ואמר לוי שטר אמנה הוא פרוע הוא והודה לו ראובן אין משגיחין על הודאתו שמא קנוניא הן עושין לאבד זכותו של שמעון אלא ישבע שמעון ויטול מלוי כדין כל טורף שאינו נפרע אלא בשבועה.

לפיכך אם אין לראובן נכסים. כתב המ"מ מימרא בכתובות דף י"ט וכאוקימתא דאביי והוא שאין לראובן נכסים כמו שכתב הרב שאותה של ר' נתן שהזכרתי בשאין לו נכסים אחרים להשתלם ממנו עכ"ל וכתב המגיה שמה שכתב המ"מ "שכתב הרב" זהו הר"נ בהלכות שם, והוא תימה שהמ"מ לא יכתוב על הר"נ הרב ואפשר עוד היה קודם הר"נ אך באמת הוא ברשב"א בקדושין דף ט"ו ולזה בודאי כונת המ"מ שתמיד מביא דבריו, והנה הקשה הלח"מ ממה שכתב הרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה ויובל היה לו חוב על חבירו ויש לחבירו קרקע הואיל והוא תחת שעבודו כותב עליו פרוזבול ובגמרא אמרו דטעמא הוא משום דמשועבד למלוה ראשון מדר' נתן ואם איתא דר' נתן איירי בדלית לי' נכסי היה לו לפרש, ומדבריו משמע דאע"ג דאית לי' נכסים כיון שזה ג"כ משועבד כותבין עליו פרוזבול, ודברי הלח"מ משמע דמפרש דמה דאמרינן כותבין עליו פרוזבול היינו שמפרש להדיא שכותב פרוזבול על זו הקרקע המשועבדת, ולזה קשה לו דהו"ל לפרש דאם יש לו נכסים אין כותבין על זו הקרקע. אבל באמת אין בנוסח הפרוזבול כלל

שכותב הפרוזבול על זו הקרקע, וגופו של פרוזבול הוא מוסרני לכם פ' ופ' הדיינים שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה אלא שאין כותבין פרוזבול אלא א"כ יש ללוה נכסים והשמיענו כאן שאף שיש ללוה שדה המשועבדת לחוב שיש לו על אחרים כותבין עליה פרוזבול, וא"כ מאי מקשה דהו"ל לפרש דזהו דוקא אם אין ללוה נכסים, דהא פשיטא דאם יש ללוה נכסים כותבין פרוזבול בשביל נכסים שלו, ואין לומר דכונתו אם יש ללוה מטלטלין דזה אינו דאף דכשיבואו ב"ד לגבות יגבו קודם מן המטלטלין של הלוה מ"מ אין המטלטלין של הלוה מעכבין כיון שמטלטלין יכול לכלותם או למכרם. ועיקר טעמא דאינו גובין מדר' נתן אלא כשאין ללוה נכסים היא משום שיכול לומר הנחתי וזה לא שייך במטלטלין ולכן ודאי שפיר כותבין פרוזבול על שדה שמשועבדת ללוה אף שיש ללוה מטלטלין.

אלא דמ"מ זה אמת כדברי הלח"מ דהשעבוד שיש לראובן על נכסי לוי שלוה משמעון זהו אפי' אם יש לשמעון נכסים, כיון דכל טעמא שכתב הרשב"א דביש לשמעון נכסים אין גובין מלוי הוא משום דין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וכיון דקיי"ל בכתובות דף צ"ה דאישתדוף בני חרי טריף ממשעבדי ומוכח דלא פקע השעבוד כשמכר הלוה להלוקח בשביל שיש לו בנ"ח וא"כ גם בנוגע לנכסי לוי ג"כ הכי הוא דדוקא אם עכשיו בעת הגביה יש לשמעון נכסים, אבל אם עכשיו אין נכסים הא גובין מלוי, ואף דאפשר לומר דזהו דין חדש עתה ולא שמשועבד לראובן מקודם, אבל אין לנו מקור לומר כן כיון דדין דר' נתן הוא דאורייתא ודין אין נפרעין וכו' הוא מדרבנן וא"כ ודאי דהשעבוד על נכסי לוי יש גם כשיש לשמעון נכסים וממילא לענין פרוזבול שפיר אפשר לכתוב גם מצד נכסי לוי אלא שאין צריך לזה כיון שיש לשמעון נכסים וכמו שכתבנו.

עוד כתב הלח"מ וז"ל גם בהל' אישות פכ"ב הביא ה"ה ברייתא דהרי שהיה נושה באחיו מנה ומת והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי, אלא מוציאין מידו וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואיתא בפ' האשה שנפלו דטעמא הוא משום דר' נתן וא"כ היה לו לפרש שם דאיירי בדלית ליה נכסי, ולכן כתב הלח"מ דאף שאין גובין מדר' נתן אם יש להלוה נכסים מ"מ שעבודו של המלוה קיים אף על השדה המשועבדת ולכן מוציאין מן היבם אף שיש להמת נכסים, ודבריו תמוהים מאד דכיון שכתב בעצמו דהטעם הוא משום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין א"כ כשיש למת נכסים היאך מוציאין מן היבם שהי' חייב למת כיון שדין נכסי היבם כמו נכסים משועבדים, וכן כתב הרשב"א שהוא אומר לו הנחתי וכנ"ל וא"כ איך יגבו מן

היבם כיון שיש נכסים של המת שהם בנ"ח ואף שיש יורשים על נכסי המת לא עדיפי מלוקח שני שלוקח ראשון אומר הנחתי וגובין מלוקח שני, לכן ודאי מיירי הך ברייתא שלא הניח המת נכסים והוא ברור, אח"כ ראיתי בש"ך סי' פ"ו ס"ק ה' שהאריך הרבה בזה וגם בדבריו יש לדון, אלא שבעיקר דינא כתב כמש"כ.

המ"מ הביא דברי הראב"ד במה שטען לוי שטר אמנה או פרוע הוא והודה ראובן שאין משגיחין על הודאתו לאבד זכותו של שמעון, שאם אח"כ פרע ראובן בעצמו לשמעון ואח"כ הוציא שטרו על לוי שגובה אותו ממנו כיון שמתחלה לא האמינוהו אצל שמעון ואמרינן להשמט ממנו אמר כן, לגבי לוי ג"כ אין תופסין אותו בכך שהרי אם עמד מתחלה ולא פרע לשמעון משלו הרי מוציאין מן לוי ונותנין לו ג"כ עתה שפרע משלו גובה מן הלוה דלא גרע משמעון עכ"ל, והנה דברי הראב"ד אינם מובנים במה שכתב דלא גרע משמעון דודאי גרע דלגבי שמעון אין מאמינים הודאתו אבל לגבי עצמו למה לא יאמינו לו, ואולי דכיון דבשעה שהודה היה עומד שמעון ליפרע מן השטר א"כ ההודאה שהודה לא היתה על עצמו אלא על שמעון, אח"כ ראיתי שהרא"ש בכתובות שם הביא דברי הראב"ד וכתב ע"ז והר"ר יונה היה אומר דאם תבע בע"ח לגבות משטר זה ובא המלוה ואומר שטר אמנה זה יש לדון בזה כדברי הרב שלא אמר זה אלא לדחות את בעל חובו, אבל אם אמר המלוה בלא תביעת בע"ח נראה דלגבי עצמו נאמן ולגבי בע"ח אינו נאמן, ולשון הר"ר יונה משמע דהוא משום שלא אמר זה באמת אלא לדחות בעל חובו. אבל יש לפרש גם כמש"כ שאין זו הודאה כלל לגבי עצמו. ומה שכתב הרר"י דאם אמר בלא תביעת בע"ח נאמן צ"ע דהא זה פשיטא ואולי כונתו דהא אף שאסור לכתוב שטר אמנה מ"מ נאמן לגבי עצמו. ומ"מ לשון הראב"ד שכתב דלא גרע משמעון אינו מבואר. וזה אין לומר דכונתו דגובה מכח שמעון דהא לא פרע לשמעון בשביל לוי אלא בשביל עצמו, ואפי' אם אמר בפי' דפורע בשביל לוי הוי כפורע חובו של חבירו דפטור.

ונראה דיש לומר בכונתו דכיון דאם פרע לוי לראובן מוציאין ממנו לשמעון משום שהחוב כבר נעשה לשמעון עיין בחו"מ סי' פ"ו ובקצוה"ח שם, לכן כתב דעכשיו שראובן פרע לשמעון הוי כאילו עתה חזר אליו החוב, אבל באותה שעה שאמר שטר אמנה הוא לא הי' החוב שלו דלוי היה אז חייב לשמעון ולכן לא מהני הודאתו לגבי עצמו.

וכן כל מי שיש עליו שטר חוב והודה מעצמו לאחר בחוב אחר, אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה.

הכ"מ כתב וז"ל נ"ל שכונת רבינו היא שכשמחייבין אותו לתת היותר ממזונותיו אע"פ שתבעוהו אחרים והביאו עדי הלואה והוא מודה שלא פרע אין מאמינים אותו שאדם

עשוי בכיוצא בזה לעשות קנוניא והאחרים נראה להם שעושין מצוה שיהי' לו במה לפרנס אשתו ובניו, אבל מי שיש לו נכסים לפרוע וכו' אילו באו אחרים ותבעוהו והביאו עדי הלואה הוה מהימנינן להו ונותנין להם אם קדמו, אבל אם מודה בעצמו אני חייב לאחרים בכי הא לא משגחינן ביה אע"פ שאח"כ באו אותם אחרים ותבעוהו וכו' וזהו מה שכתב כאן והודה לאחר מעצמו. ובהל' ה' כתב מי שנתחייב בשבועה מפני שט"ח שעליו והודה לאחרים בחובות אחרים והשיגה ידו יותר על הראוי לו לא יטול היתר אלא בעלי שטרות בלבד שמא קנוניא עושה בהודאתו על נכסיו של זה, והיינו דשם הוא אפי' בתבעוהו אינו נאמן.

והנה אף שדיוק הכ"מ הוא נכון במה שכתב הרמב"ם והודה לאחר מעצמו, מ"מ קשה לחדש חידוש זה לחלק בין אם יש לו עכשיו נכסים ובין ממה שירויח אח"כ, דכיון דהטעם הוא בין כאן ובין בהל' ה' שלא יעשו קנוניא וכמו שכתב כאן ושם. ואילו באנו לדייק יש לדייק להיפוך דלפי דברי הכ"מ בהל' ה' הוי הקנוניא מצדו ומצד התובעים שתבעוהו כדי להשאיר בשביל אשתו ובניו, וכאן שמודה מעצמו הקנוניא היא רק מצדו, והרמב"ם הרי כתב להיפוך, דבהל' ה' כתב שמא קנוניא עושה וכאן כתב שלא יעשו קנוניא לכן נראה דאין מקור לחדש חידוש כזה ובפשוטו אין נ"מ דבכל גווני אינו נאמן בהודאתו לחוב לבעל השטר.

עוד קשה עיקר הלכה זו, דכיון שכבר כתב בהל' ה' דין זה שאינו נאמן להודות על חוב אחר א"כ מה בא להוסיף כאן הלכה אחרת שאין בה הוספה כלל, ומה נ"מ בין ממה שירויח אח"כ ובין מהנכסים שיש לו עכשיו, ואדרבא עוד הוא ק"ו משם דשם הרי מודה קודם שהשיגה ידו יותר על הראוי לו ומ"מ אינו נאמן כ"ש כאן שמודה אחר שכבר נמצאו לו נכסים שמשועבדים לבעלי השטרות.

ונראה דהחילוק בין הלכה ה' לכאן הוא בזה דשם הא מיירי לאחר שתבעוהו לדין וביי"ד חייבו אותו לשלם וגבו ממנו נכסיו שיש לו ולא הספיקו כדי החוב והשביעוהו שמא שירויח אחר כן יתר על הראוי לו יתן להבע"ח, ונמצא שכבר נעשה מעשה בי"ד בשביל בעל השטר גם על מה שירויח אח"כ ולכן שפיר אינו נאמן אח"כ להודות על חוב אחר, אבל כאן לא כתב שכבר תבעו בעל השטר לדין אלא שיש עליו שטר והוא הודה על מלוה ע"פ היה אפשר לומר דכאן ההודאה קיימת גם לגבי בעל השטר ולכן אשמעינן דאינו נאמן לגבי בעל השטר, והדין דהל' ה' לא הי' אפשר ללמוד מכאן, משום דכאן הרי הנכסים הם בעין והם בפנינו משועבדים לבעל השטר, אבל שם כיון שעוד לא הרויח היינו סוברים דנאמן להודות ולהתחייב על מה שירויח, וכמו שכתבנו דבצד

זה כאן פשוט יותר, ובזה נוכל להבין מה שכתב כאן הרמב"ם והודה מעצמו ולא כתב זה שם, דשם כיון שכבר חייבוהו בי"ד ליתן לבעל השטר מכל מה שירויח אפשר לומר דניכר הדבר דמודה בחוב חדש בשביל קנוניא, אבל הכא שמודה בחוב קודם שתבעו בעל השטר שפיר נקרא זה מעצמו והיינו שאינו כלל בקשר עם זה שהוא מחוייב לבעל השטר ומ"מ אינו נאמן.

הלכה ח

הרב שלוה מעבדו ואח"כ שחררו או לוה מאשתו ואח"כ גירשה אין להן עליו כלום שכל מה שקנה עבד קנה רבו וכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה אלא אם הביאה ראיה שהם מנדוניתה.

אין להן עליו כלום, כתב המ"מ בשם הרשב"א דדוקא מעות טמונים אבל מעות שאינם טמונים חייב לפרעם, וכתב המ"מ דאין זה דעת רבינו שלא חילק, וכתב הכ"מ שכן כתב בספר התרומות שבין טמונים בין שאינם טמונים אין להן עליו כלום דאנן סהדי שלא נשתעבד להם דלא ניחא ליה למיהוי עבד לוה.

אכן בפכ"ב מהל' אישות הל' כ"ט חילק הרמב"ם גבי המוכר קרקע לאשתו בין מעות טמונים למעות שאינם טמונים, והוא מפורש להדיא בב"ב דף כ"ב, אלא שכתב דאם המעות טמונים לא קנתה הקרקע וילקח בהן קרקע והבעל אוכל פירות ועמד שם בזה המ"מ וכתב המ"מ בטעמו לפי שהאשה נאמנת לומר על מעות שבידה שנתנו לה במתנה וכיון שכן אע"פ שהן עתה ביד הבעל כיון שהיא לא נתנתן לו אלא על דעת המכר לא הורע כחה בכך שהרי כשהוציאתן מרשותה היתה סבורה שיהיה לה שדה תחתיהן, וכתב עוד וז"ל והוצרכתי לכתוב בזה מפני שרבינו כתב פ"ב מהל' מלוה הבעל שלוה מאשתו ואח"כ גירשה אין לה עליו כלום שכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה אא"כ הביאה ראי' שהן מנדוניתה והכרח הוא שהוא ז"ל יחלק בין הקונה ממנו שדה ובין המלוה אליו חדא שכאן חלק בין מעות טמונים למעות שאינם טמונים ושם לא חלק ועוד שכאן כתב אפילו טמונים ילקח בהן קרקע ושם כתב אין לה עליו כלום והטעם שכל שהלותה לו יצאו מחזקתן והרי הן ביד הבעל וחוששין שמא משלו הן שאל"כ לא היה לה להלוותן לו אלא שיקח מהן קרקע אבל בקונה ממנו שדה סבורה היתה שהמקח קיים ולפיכך לא אבדה זכותה כך נראה לי לדעת רבינו עכ"ל והביא דעת הרשב"א שאינו מחלק בזה וציין לדבריו כאן, ועיין בלח"מ שם שהאריך הרבה בזה.

והנה נמצא אתי בפנקסי מועתק מכת"י אדמו"ר הגר"ח הלוי זצ"ל שנתן לי בעצמו פנקסו להעתיק ממנו אבל לא אזכור אם זהו לשונו או שהעתקתי התוכן וז"ל, גבי לגלויי

זוזי פסק גבי מכירה דוקא מעות טמונים וגבי לוה מן האשה דאפי' אינם טמונים, כן גבי מכירה פסק דהמעות שלה וגבי לוה דפטור לגמרי ויישב במש"כ גבי מוכסין (הכונה לדברי הרמב"ם פ"ה מהל' גזילה הל' י') מפני שזו כמכירה וחזקתה שנתיאשו הבעלים ממנה וגם אינו יודע בודאי שזו גזילה, דמכירה צריך שיהי' יאוש ושינוי רשות אך מ"מ הי' לו להתחייב דמים ע"ז כתב דאינו ידוע ואף שנמצאו הבעלים מ"מ אולי מכרום ואף דאין להגזלן חזקה (כיון שחזקתו בכך) זהו על החפץ אבל אם לא נשאר כ"א מעות לא נשאר כ"א ספק לפטור וזהו ג"כ כאן דאף דאין לה חזקה מ"מ הוי ספק ולכן גבי מכר דהוי מקח טעות הוי תפיסה מספק דאינו כלום (היינו מצד הבעל) אבל אם לותה לו דלא נשאר כ"א חיוב פטור מספק וזה החילוק בין טמונים שכתבו התוס' דלא שייך לומר שרצה להוציא משום שחייב לשלם ולא שייך זה אלא במכירה דדוקא בטמונים כדי שיאכל הפירות אבל שלא בטמונים כיון שחייב לשלם לא, אבל בלוה כיון שפטור אין נ"מ. ע"כ מועתק בפנקסי.

ובעיקר תירוצו של אדמו"ר שדימה זה במה שביאר דברי הרמב"ם גבי לקח מן המוכסין יש לדון דשם אנו דנין אם יש לחייבו דמים ואנו אומרים דמספק אין לחייבו כיון שלא הוחזקו הבעלים שהוא שלהם ושודאי לא מכרום, אבל כאן גבי האשה כיון שהמעות היו ביד האשה וכתב גבי מכר שכיון שהמכר בטל אין לתפוס ממנה מספק דשמא הם של האשה א"כ גבי לוה נמי אמאי פטור הבעל שלקח מעות האשה שלא הי' לו זכות לתפסן מספק, וצ"ל דכונתו דגבי מכר נתנה לו המעות לקנות עבורם השדה וכיון שלא קנתה השדה נשארו המעות שלה ואנו דנין כמו שהם בעין אצל הבעל ומחויב להחזירם אבל גבי לוה כיון שהאשה נתנה לו המעות והם שלו אין אנו צריכין כלל לומר שבאותה שעה שנתנה לו המעות נתבטלה ההלואה והיו גזל בידו אלא שעכשיו אנו דנין אם יש עליו חוב לשלם או אין עליו חוב לשלם דהלואה אין פירושה שהוא דוקא באופן שמתחייב הלוה תמורת ההלואה אף שדין התורה הוא כן שהלוה מחוייב לשלם אלא פירושה שמאמין המלוה להלוה שישלם לו בזמנו וא"כ ה"נ גבי הבעל יתכן שבאותה שעה חשב לפרוע לה ההלואה ואין זה מקח טעות באותה שעה ורק שעכשיו אנו דנין אם נחייבו מספק אבל גבי מכר ודאי פירושו שהלוקח יקנה הדבר הנמכר וכיון שמספק אינו קונה נשארו המעות בחזקת הקונה ומספק לא יוכל הבעל לתפוס המעות.

והנה קוטב תירוצו של המ"מ הוא דבלוה מן האשה יש הוכחה שאין המעות שלה שאם היו שלה לא היה לה להלוותן לו אלא שיקח מהן קרקע, וסברת המ"מ צריכה ביאור דלמה נימא סברא דלא הי' לה להלוותן לו וכי אשה אינה צריכה להלוות לבעלה, ונ"ל

דכונתו דכיון דיש מקום לחשוש שיאמר אח"כ שהמעות שלו לכן לא היה לה להלוותן לו, אבל כשקונית ממנו קרקע בעדים וסבורה היא שהמקח קיים ונעשית הקרקע בחזקתה אינה חוששת, ודרכו של אדמו"ר היא דלעולם הוי ספק בין במכר בין בלוה אלא דבמכר לא מהני שיתפוס מספק ובלוה פטור וכמו שביארנו.

ובאופן אחר נראה לבאר דברי הרמב"ם ומשום דבלשון הרמב"ם לא משמע דהוא מדין ספק דהא כתב שכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה, והנה עיקר דברי הרמב"ם סותרים לזה שכתב בהל' אישות דכאן כתב שכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה לגבי זה שאין לה עליו כלום כשלוה ממנה ומוכח דאנו חושבין המעות שהם שלו לגמרי, ושם כתב בהל' ל' הרי שנמצא מעות או מטלטלין ביד האשה היא אומרת במתנה נתנו לי והוא אומר ממעשה ידיך הם והם שלי הרי זו נאמנת ויש לו להחרים על מה שטוענת דבר שאינו כן וילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות ואם אמרה על מנת כן נתנו לי על מנת שלא יהי' לבעלי רשות בהן אלא אעשה בהן מה שארצה עליה להביא ראיה שכל ממון שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פירותיו עד שתביא ראיה, וכבר עמד הלח"מ שם על זה וכתב דמה שכתב כאן הרמב"ם שכל ממון שנמצא ביד האשה אין הכונה בזמן שהם בידה דבזה הא כתב בהל' אישות דאינם בחזקת הבעל אלא על אכילת פירות, אלא דכאן כונתו במה שכתב שכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה היינו על אחר שכבר הוציא אותן מידה וכמו בלוה מן האשה שהם כבר אצל בעלה בזה אמרינן שהם בחזקת שהיו של בעלה, אבל לשון הרמב"ם אינו מכוון כלל עם פירושו של הלח"מ.

ונראה דהחלוק הוא בין מה שכתב כאן ובין מה שכתב בהל' אישות דשם הא מיירי שנמצאו מעות בידה והיא טוענת שהם שלה שנתנו לה מתנה, והוא טוען שממעשה ידיה הן, ובזה שפיר אנו אומרים שהיא נאמנת משום דאם הם ממעשה ידיה הרי הם אצלה עכשיו בגנבה כשאינה רוצית למסרה לבעלה ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ולכן נאמנת בטענתה שהם שלה, אלא דמ"מ אינה נאמנת לטעון שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בהן אלא שמה שתרצה תעשה משום דעל זה אינה מוחזקת כלל שאין בחזקתה במה שמחזקת הממון ראיה שלא יהיה לבעלה רשות בהן, וכיון שכל מה שהיא נאמנת אף בצירוף מה שאמרנו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן הוא רק בשביל שנמצאו המעות ברשותה ולכן על זה שלא יאכל הבעל פירות אין לה חזקה כלל, אבל כאן הא לא מיירי הרמב"ם שבשעה שלוה מאשתו אמרה שהמעות הם שלה ואפשר המעות הם בידה על מזונותיה להבא שאף שאינה יכולה לכופו שיתן לה מזונות על

להבא אא"כ הולך למדינת הים מ"מ כשנותן לה מזונות על להבא תוכל לזכות בהם וה"נ אם אמר לה שמעשה ידיה יהיו על מזונות של להבא, וא"כ הבעל שלוה מאשתו סתם אינו מוכרח שנפרש שהיא טענה בזה שהממון הוא שלה וכן שהוא הסכים במה שלוה הימנה שהמעות הם שלה ואפשר הם שלה רק על מזונות ועל אופן זה לוה הימנה שיפרע לה ותיזון מהם, אבל זהו דוקא גבי לוה מן האשה, אבל מכר לאשה קרקע מוכח מזה שהמעות הם שלה והיא קנתה הקרקע שתהיה הקרקע שלה ובזה הוי כמו שטענה כשהוציאה המעות מידה שהם שלה ובזה נאמנת שילקח בהן קרקע והבעל יאכל פירות משום דעל יותר מזה אין לה חזקה.

ובזה שכתבתי שאפשר שנתן לה הבעל מעות על מזונות או שאמר לה שיהיו מעשה ידיה בידה על מזונות מבואר מה דתניא בברייתא וכן כתב הרמב"ם לוה מן האשה וגירשה וכן לוה מן העבד ושחררו, דלמה צריך לומר שגירשה וכן ושחררו ולמה יהי' להן עליו כלום קודם הגירושין והשחרור ולפימש"כ מבואר דקודם הגירושין נאמנים לפחות לטעון שהמעות הם שלהם על מזונות שלהבא דאף דבסתמא המעות של האשה הם של בעלה והמעות של העבד הם של רבו אבל זה אפשר שעכ"פ הם אצלם ליזון מהם וע"ז הם מוחזקים, ולכן נקט דוקא וגירשה וכן בשחררו, אלא דכ"ז הוא בסתמא אבל אם טוענת האשה בפירוש שהמעות הם שלה מהני חזקתה מה שהיא מוחזקת בהמעות עם טענת ברי שלה שהמעות הם שלה בין כשטוענת שהם מנדוניתה ובין כשטוענת שנתנו לה מתנה אלא דלא מהני טענתה רק שילקח בהן קרקע והבעל יאכל פירות וכנ"ל.

אלא דלכאורה אכתי אינם מיושבים דברי הרמב"ם כאן לפי"מ שכתבנו דאם טוענת האשה כשהמעות בידה שהם שלה נאמנת וכמפורש בדבריו בהל' אישות וא"כ איך כתב כאן וכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה אלא אם הביאה ראי' שהם מנדוניתה, והא לפי דברינו גם בטענה נאמנת ולמה הצריך הרמב"ם שתביא ראיה, ונראה דצריך לפרש דברי הרמב"ם במה שכתב אא"כ הביאה ראיה דזה קאי על עיקר ההלכה וזה פירושם של דברים הרב שלוה מעבדו וכו' או לוה מאשתו וכו' אין להן עליו כלום - שכל מה שקנה עבד קנה רבו וכל המעות שביד האשה בחזקת בעלה - אלא אם הביאה ראיה שהן מנדוניתה, והיינו שמן תיבת שכל עד תיבת בעלה הוא טעמא דמילתא, ואח"כ כתב על עיקר ההלכה אלא אם הביאה ראיה שהן מנדוניתה וזה קאי כבר על שעת הד"ת שאם הביאה ראיה שהן מנדוניתה אז מחויב להחזיר לה, ומה שלא כתב אלא באשה ולא כתב כן על עבד אם הביא ראיה שנתנו לו שיוציא המעות רק לצרכיו יש לומר דא"כ אין המעות שלו אלא להוציא לצרכיו וא"כ לא היה לו רשות להלוות המעות להאדון

ולכן נאמר שאף שנתנו לו מעות באופן זה אבל אלו המעות אינם מזה שנתנו לו אלא מעות של האדון, וזה אינו מצוי שיהיו עדים על אותם המעות ממש.

והנה הלח"מ הקשה על המ"מ שמחלק בין מכר לאשתו ללוה מאשתו דבקנתה סבורה היתה שהמכר קיים ולכך הוציאה מידה, אבל בהלותה לבעלה כיון שהוציאה המעות מידה חוששין שמא משלו הן שאל"כ לא היה לה להלוותן לו אלא שיקח מהם קרקע, והקשה הלח"מ דהא בגמ' פריך על מ"ד המוכר שדה לאשתו קנתה והבעל אוכל פירות מהברייתא דלוה מן האשה וגירשה אין לה עליו כלום לאו משום דלגלויי זוזי הוא דבעי, ומתרץ דשאני התם דלא משוי נפשי' עבד לוה לאיש מלוה, ולד' המ"מ הא לא קשה כלל ממלוה למכר, דמלוה כיון שהוציאתן מידה חוששין שמא משלו הן, וזה קשה גם לפי"מ שתירצתי לחלק בין מלוה למכר דמאי פריך בגמ' ממלוה למכר.

וכתב הלח"מ ליישב דמה דאמר בגמ' שאני התם דלא משוי נפשי' עבד לוה הכונה דגבי לוה ודאי לא שייך טעמא דלגלויי זוזי שלא היה משים עצמו לוה משום כך אלא ע"כ טעמא דכיון דהוציאה חוששין שמא של בעל הן, והנה אף שכתב הלח"מ דנ"ל בדוחק, אבל לדעתי אף בדוחק לא ניתן ליאמר, שמלבד שלפי דבריו לא אמר המתרץ שום טעם לחלק בין מלוה למכר ועיקר חסר, גם לבד זה עיקר סברתו לומר דשייך לומר לא משוי נפשיה עבד לוה היכי דבעי לגלויי זוזי ואינו חושב לפרוע לה א"כ איזה עבד לוה הוא.

ונראה ליישב לפי ד' המ"מ דאף דמעיקרא לא הוי סבר בגמ' לחלק בין מכר ללוה מטעם המ"מ דלא היתה מלוה לו שהיתה חוששת שמא לא יפרע לה, ודוקא גבי מכר משום שחשבה שהמכר יהי' קיים ולכן הוי סבר דטעמא דלוה מן האשה דפטור הוא משום דאמרינן לגלויי זוזי הוא דבעי וע"ז משני שאני התם דאיכא סברא דלא משוי נפשי' עבד לוה ולכן אמרינן דלגלויי זוזי הוא דבעי אבל לפי"ז ע"כ הברייתא דוקא במעות טמונים וגבי מכר גם מעות טמונים לא מהני והמכר קיים, אבל למסקנא דמסיק רבא דבמעות טמונים לא קנתה וא"כ ע"כ כל גדולי האמוראים רב ור' יוחנן ור' אלעזר ור' חייא בר אבין דאמרי דהמוכר שדה לאשתו קנתה מיירי בשאינם טמונים וכיון דאמרי בסתמא ע"כ דבסתמא הוא בשאינם טמונים וא"כ כיון דתניא בסתמא לוה מן האשה וגירשה אין לה עליו כלום ע"כ דגם בשאינם טמונים פטור וא"כ לא הוי טעמא משום דלא ניחא ליה דליהוי עבד לוה לאיש מלוה דזהו רק טעם על דעתו ורצונו וזה שייך במעות טמונים דנימא שרצה לגלות המעות אבל בשאינם טמונים הא לא שייך לומר שרצה לגלות וא"כ איזה חילוק יש בין מכר למלוה דממ"נ אי אמרינן דהמעות שבידה הם שלה למה לא יתחייב גבי לוה ומה מהני סברא דלא ניחא לי' דלהוי עבד לוה ואם חזקתן שהן של בעל

למה מהני המכירה וע"כ דלמסקנא לא ס"ל סברא דלא ניחא לי' דלהוי עבד לוה לאיש מלוה אלא דלגבי לוה יש לנו ראיה שהמעות אינם שלה דאם היו שלה לא היתה מלוית לו, ובאופן זה נאמר לפימש"כ דכיון דלמסקנא ע"כ דהברייתא דלוה מן האשה איירי במעות שאינם טמונים וא"כ לא שייך למיתלי טעמא בסברא דלא ניחא ליה דהא אנן דיינינן אם המעות שלה או שלו ומה מהני דעתו, וע"כ דעיקר החילוק הוא דבלוה כיון שלא טענה מפורש שהמעות הם שלה מחזיקינן בסתמא שהם שלו אבל במכר דהוי כמו שאמרה בפי' שהמעות שלה מעמידים אותם בחזקתה ובמעות שאינם טמונים קנתה ובמעות טמונים דאיכא סברא דלגלויי זוזי הוא דבעי לא קנתה אבל המעות הם שלה וילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות.

פרק ג

הלכה א

אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה לא בשעת הלואה ולא שלא בשעת הלואה ולא עפ"י בי"ד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו ואם תודה לו תשלם ואם תכפור תשבע אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה.

השגת הראב"ד. אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא וכו', עד שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה. א"א בשעת הלואה אין זה חובל עכ"ל.

המ"מ כאן נטה מדרכו ליישב דעת הרמב"ם אלא חיזק דעת הראב"ד דכיון דלר"ש ע"כ דוקא שלא בשעת הלואה ע"כ גם לרבנן כן הוא דאל"כ היה להם לחלוק גם בשעת הלואה אפי' בעניה וע"כ דאפי' אי לא דרשינן טעמא דקרא אין במשמע של לא תחבול אלא שלא בשעת הלואה, והנראה בדעת הרמב"ם דגם הוא אינו עושה מחלוקת בזה בין ר"ש ורבנן אלא דסובר דגם ר"ש סובר דאף בשעת הלואה מיקרי חבלה דדעת הרמב"ם דמה דאמר ר"ש שאתה חייב להחזיר לה אין הכונה מדין חזרת העבוט ביום ובלילה דא"כ היה לר"ש לומר דדוקא בכר ומחרישה ולא במשכנות אחרים ולמה אמר סתם עניה אין ממשכנין אותה וע"כ דהכונה דכיון שהוא צריך להחזיר לה המשכון שאינו יכול למכור המשכון בלא בי"ד כשיגיע הזמן וכשיצטרך למעות יהיה צריך ללילך כמה פעמים עד שתחזיר לו המעות ויראו השכנים שהוא הולך אצלה עם החפצים אבל עשירה תיכף תחזיר לו המעות כשיגיע הזמן ותלך אליו לשלם ולקבל המשכון שכן צריכה לפרוע בעצמה החוב תיכף כשיגיע הזמן ובזה אין משיאה שם רע בשכנותיה וכן פירש"י במשנה בד"ה

משיאה שם רע שכתב שאתה יוצא ונכנס אצלה שחרית וערבית, אלא שהרמב"ם מפרש דלא בשביל החזרה שחרית וערבית, אלא בשביל שצריך לילך אצלה עם המשכון לתבוע המעות אבל בעשירה שבעצמה תלך אליו עם המעות לקבל המשכון אינו משיאה שם רע בשכנותיה שמלבד שהוא פעם אחד אפשר שבמקום שהמלוה דר אין מכירין אותה כלל.

אכן ראיתי בפיהמ"ש להרמב"ם שכתב וז"ל ואסור לחבול האלמנה משום חשד כשתתעכב אצל הממשכן אותה בשביל המשכון שלה או שיארע ביניהם קלקול ולפיכך השוה בדבר העניה והעשירה והנה כתב דגם כשהיא הולכת אצל המלוה יש חשד וכתב עוד שיש חשש שמא יארע ביניהם קלקול אלא דכתב זה להלכה דבין עניה בין עשירה אין ממשכנין אותה ומשמע דסבר דגם ת"ק סובר דטעמא דקרא משום חשד או משום קלקול וכבר כתב בזה הלח"מ דהרמב"ם פירש המשנה למ"ד דדרשינן טעמא דקרא וסבר דאפי' בעשירה איכא טעם זה. והעירני חביבי הרב רד"פ נ"י דבתרגום יונתן איתא דלא יקומון שיבבין בישין ויפקון עלך טיב ביש כד יהדרון משכונא לה ויש לומר דדעת התרגום הוא גם להלכה דגם עשירה אין ממשכנין אותה דהא כתב בסתמא וע"כ כהרמב"ם דגם לת"ק הוא משום חשד אלא דסבר דגם בעשירה איכא חשד אף שיחזיר לה רק פעם אחד ור"ש סבר דדוקא בעניה לפירש"י משום שצריך להחזיר לה ונכנס ויוצא שחרית וערבית ולהרמב"ם לפימש"כ משום דבעניה מצוי שיצטרך לילך כמה פעמים ועי"ז משיאה ש"ר.

-השמטות ומלואים-

מה שכתב חתני הגאון ר' יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ח ספר פרשת המלך.על הלכה א' דן כאאמו"ר בדברי הרמב"ם שם שכתב דהלאו דלא תחבול בגד אלמנה הוא גם בשעת הלואה. והר"א משיג עליו דבשעת הלואה אין זה חובל והמ"מ חיזק דברי השגתו ובא להוכיח משיטתו של ר"ש על דעת רבנן דאינו אלא שלא בשעת הלואה וכתב שם ליישב דברי הרמב"ם דלדעתו גם לר"ש הלאו הוא גם בשעת הלואה, אמנם אם יישב בזה השגתו של המ"מ לא יישב עיקר השגתו של הר"א דמדבריו הקצרים בשעת הלואה אין זה חובל, נראה דבא בטענה דלשון חובל הוא רק בבא לחבול בעד זה שכבר חייבים לו, ולא בבא ללוות ומביא עמו לבטחון משכון, ואמנם כן הם דברי רש"י בב"מ קי"ד ע"ב בזה דאמרו שם דאם משכנו חייב להחזיר לו לפי הדין דכסות יום וכסות לילה, דאינו אלא במשכנו שלא בשעת הלואה אבל משכנו בשעת הלואתו אינו חייב להחזיר לו דקראי בחובלו לאחר הלואה כתיב דהיכא דאתייה ניהליה לא חובל הוא וכן הם דברי רש"י גם בפירושו לתורה בפרשת משפטים ויוצא ממילא לפי"ז דכן מה דכתיב לא תחבול

בגד אלמנה ולא יחבול ריחים ורכב הוא רק שלא בשעת הלואה דבשעת הלואה לאו חובל הוא, ודאי דלהוכחה זו מדין חיוב החזרת המשכון כוון הר"א בכתבו כ"כ בברירות דבשעת הלואה אין זה חובל.

ובדעת הרמב"ם עלינו לומר דלא ס"ל כלל מטעמו דרש"י דלפיכך משכון בשעת הלואה אינו חייב להחזיר משום דאז לאו חובל הוא דבאם היה מודה לזה הרי דברי הר"א מוכרחים הם, ולדעתו מה דאמרו דבמשכון בשעת הלואה אין חיוב עליו להחזיר לפי דיני כסות יום ולילה היינו משום דמפורש בתורה בחיוב החזרה דכסות לילה בפרשת כי תצא בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט וגו' וזהו מה דבי"ד ממשכנין דהוא ודאי שלא בשעת הלואה וכן מה דכתוב לפנ"ז כי תשה ברעך וגו' לא תבא אל ביתו לעבט עבטו היינו ודאי שלא בשעת הלואה דכבר נושה בו, ואף דבכסות יום בפרשה משפטים אינו מפורש כן בא זה ולמד ע"ז דמגדר דין אחד הוא והרי עלינו לומר גם לרש"י והר"א דעיקר הטעם הוא משום דבשעת הלואה אין זה חובל, דהרי רק בכסות יום בפרשה משפטים כתוב חובל ובע"כ דאחד מגלה על השני כיון דמגדר דין אחד הוא, ולפי דרכו בזה בלאו דלא יחבול רחיים ורכב ולא תחבול בגד אלמנה דלא נרמז בפרשה דאיירי שלא בשעת הלואה ולשון חובל לא משמע ליה רק שלא בשעת הלואה משו"ה ס"ל דעובר על הלאו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה, וזיל בתר טעמא יש ג"כ מקום לחלק בין הנושאים דבממשכן דבר הניתן להמשכן אמרה התורה דכל דיני השבה שעליו הם רק בממשכנו שלא בשעת הלואה, אבל כשמביא הלוה בעצמו לפני הלואה כדי לקבל ההלואה אין מחיובי השבה דכסות יום וכסות לילה עליו, אבל באם הדבר הממושכן הוא מסוג כזה דלא נתן להמשכן בכלל או שמאנשים כאלה אסור למשכן, בזה גזרת התורה היתה בלי שום חלוקים דאסור למשכנם אף באם הלוה מביא מרצונו בשעת הלואה ובדוגמת אסור רבית דאסרה התורה אף כשמתחייב הלוה מרצונו הטוב.

הלכה ב

וכן המלוה את חבירו בין שהלוהו על המשכון בין שמשכנו אחר הלואה בידו או עפ"י בי"ד לא יחבול כלים שעושין בהן אוכל נפש כגון הריחיים והעריבות של עץ ויורות שמבשלין בהם וסכין של שחיטה וכיוצא בהן שנאמר כי נפש הוא חובל ואם חבל מחזיר בעל כרחו ואם אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה.

השגת הראב"ד. וכן המלוה את חבירו וכו' עד כי נפש הוא חובל. א"א לא נהיר עכ"ל.

המ"מ כתב שהשגת הראב"ד היא כמו בהלכה א' דלאו דחבלה אינו אלא שלא בשעת הלואתו, וא"כ אין אנו צריכין ליישב דעת הרמב"ם גם כאן אלא דהמ"מ הוסיף כאן טעם

לחזק שיטת הראב"ד וכתב שכל בשעת הלואה אין זה חובל אחרי שמרצון הלוה מקבלו הימנו וע"ז הלוהו והרי הוא כמוכרו לו, וטענה זו של המ"מ היא חזקה עד שדעת הרמב"ם צריכה ישוב מיוחד כאן דלא דמי לדין אין ממשכנין את האלמנה שכבר הבאתי דברי הרמב"ם בפיהמ"ש דגם בשעת הלואה איכא טעמא דחשדא, אבל כאן גבי כלים שעושין בהן אוכל נפש כיון שבלא משכון אינו רוצה להלוותו ואין אנו יכולין לכופו להלוותו ושלא יהיה בטוח במעותיו א"כ מאיזה טעם יהי' אסור להלוותו על כלים אלו והא ודאי שמותר לקנות ממנו כלים אלו.

ונראה דהנ"מ בין לקנות כלים אלו ובין למשכנו הוא בזה דכשקונה ממנו כלים אלו תיכף משקנה הרי אינם שלו ואין עליו חיוב ליתן לו אותם בחזרה אלא מדין צדקה ועד כמה שהוא מחוייב ליתן צדקה ואם כבר נתן שיעור הראוי לו הרי אינו מחוייב ואפי' אם עוד לא נתן הרי אין זה אלא מצות צדקה אבל כשממשכנו כלים אלו אף שבשעה זו שממשכנו ומלוה לו עליהם אין טעם לאסור כיון שברצון נותנם במשכון בשביל שרוצה ללות המעות אבל תיכף כשקבלם הרי מחזיק בידו כלים של חבירו שעושין מהם אוכל נפש ואף שאחר שקבל המשכון ואינו מחזירם הרי אינו עושה מעשה ולמה נאמר שעובר על ל"ת בשעת החבלה וכתב הרמב"ם שאם אבד המשכון ואינו יכול להחזירו לוקה, י"ל דזהו שאסר הכתוב בשעת החבלה כיון דבודאי נטל המשכון ע"מ להיות בטוח במעותיו ותיכף משנטל הרי יעבור כשלא יחזירו ולכן אסר הכתוב מלעשות לכתחלה מעשה זו להלות על משכון של כלים אלו, כיון שתיכף כשנטל עובר על מה שמחזיקם ואפי' אם נוטל הכלים קודם ואח"כ נותן המעות וא"כ יש כאן הפסק בין נטילת המשכון ובין החזקת המשכון מ"מ נחשב הכל ענין אחד וזהו שאסר הכתוב, ומתחלה חפצתי לומר שאז ההלואה היא התחלת המשכון אבל עוד איננו מיושב דאיך יהי' אם המעות מונחים על השולחן והלוה נוטל מעצמו משנטל המלוה המשכון וע"כ דהוא כמו שכתבנו דזהו ענין אחד והלאו הוא בשעת נטילת המשכון.

הלכה ג

חבל כלים הרבה של אוכל נפש כגון שחבל עריבה ויורה וסכין חייב על כל כלי וכלי בפני עצמו אפי' שני כלים שהן עושין מלאכה אחת חייב עליהם משום שני כלים ולוקה שתים על שתיהם שנאמר לא יחבול ריחים ורכב לחייב על הרחיים בפני עצמו ועל הרכב בפני עצמו, כשם שהרכב והריחיים מיוחדין שהן שני כלים ומשמשין מלאכה אחת חייב ע"ז בפני עצמו וע"ז בפני עצמו כך כל שני כלים אע"פ שמשמשין מלאכה אחת חייב על זה בפני עצמו ועל זה בפני עצמו וכן אם חבל צמד בקר החורש לוקה

שתים.

השגת הראב"ד. כשם שהרכב והרחיים וכו' עד לוקה שתים. א"א זה אינו כלום עכ"ל.

וכן אם חבל צמד פרות כתב המ"מ ופירשו ז"ל שהצמד שלהם היו משני כלים מחוברים ועושים מלאכה אחת וחייב על כל כלי וכלי ולזה נתכוין רבינו לפי הנראה אבל בהשגות כתב א"א זה אינו נ"ל שדעת הר"א ז"ל הי' שכונת רבינו היתה לומר שהצמד לא היה אלא כלי אחד ומתוך שמזווג שתי פרות חייב שתים ומתוך כך פרט אותו בביאור או שהיתה כונתו לחייב על גוף הפרות אם חבלן וכל זה אינו ולא ידעתי מי הביא לר"א ז"ל בזה ולשונו סתום וצ"ע עכ"ל המ"מ והנה להמ"מ פשוט דכונת הרמב"ם לחייב על הצמד ולא על הפרות ולכן ע"כ שהצמד עשוי של פרקים, אבל לדעתי לא כן כונת הרמב"ם וכמו שנבאר, והנה עיקר הפי' מבואר ברש"י ותוס' דרש"י במקומו כתב וז"ל וכן צמד של פרות חבל ב' פרות חורשות עם צמדן וכתבו ע"ז התוס' ואין נראה לר"י דבפרות לא מיירי עכ"ל ומשמע דגם רש"י מפרש דהחיוב הוא על הצמד וע"כ צ"ל דהצמד היה של פרקים ומה שפירש"י דחבל גם הפרות נראה דסובר דכיון שהצמד בעצמו אינו ראוי לחרוש ואם אין להלוה פרות אין הצמד כלים שעושין בהן אוכל נפש לכן אפי' אם הלוה יש לו פרות כיון דבעיקר החבלה אינו מוכח דחובל כלים שעושין בהן אוכל נפש אינו חייב לכן פירש שחבל הצמד עם הפרות.

אכן בדעת הרמב"ם נראה להוכיח שאינו מפרש כן אלא כמו שמפרש המ"ע בכונתו דחייב משום הפרות ומשום דבגמרא איתא וצמד של פרות וזהו דהחיוב הוא על הצמד של פרות והרמב"ם שינה וכתב צמד בקר, ועוד דאם כונת הרמב"ם על הצמד וכונתו צמד של בקר א"כ היה לו לכתוב צמד בקר החורשות וכיון שכתב צמד בקר החורש ע"כ דכונתו דחייב על צמד הפרות ולפי ששתי הפרות ביחד נקראים צמד בקר לכן כתב לשון יחיד החורש, ואף דלדעת רש"י דאינו חייב אלא א"כ חבל גם הפרות אפשר ליישב לשון זה ובכונה כתב צמד בקר גם לדעת רש"י שהחיוב על הצמד מ"מ נראה יותר דהרמב"ם אינו מפרש דהחיוב על הצמד דכיון שכבר הוסיף על לשון הגמ' הי' לו להוסיף שהיו שני כלים וע"כ דהוא כפשוטו בשביל הפרות וזהו שכתב וכן אם חבל צמד בקר שזהו דין חדש שכמו שחייב על שני כלים כן חייב על שתי פרות וכפי' המ"ע ומשום זה השיגו הראב"ד שכתב להדיא בש"מ שהחיוב על הצמד שהוא שני כלים וכמש"כ המ"מ וכנ"ל.

הלכה ד

המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר לא ימשכננו אלא בב"ד ואפילו שליח ב"ד שבא למשכן לא יכנס לביתו וימשכננו אלא עומד בחוץ והלוה נכנס לביתו ומוציא לו

המשכון שנאמ' בחוץ תעמוד, א"כ מה בין בע"ח לשליח ב"ד ששליח ב"ד יש לו ליקח המשכון מיד הלוה בזרוע ונותנו למלוה וב"ח אין לו ליקח משכון עד שיתן לו הלוה מדעתו עבר ב"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנא' השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין.

השגת הראב"ד. עבר בע"ח ונכנס עד כבוא השמש. א"א שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו וכדכתיבנא לעיל עכ"ל.

עבר ב"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו, המ"מ כתב על השגת הראב"ד שכתב הטעם דאינו לוקה מפני שנתחייב באחריותו דדעת רבינו שאין זה לאו הניתן לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו, ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזה"כ היא היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו ואין זה לאו שניתן לתשלומין שהרי הלוה והמלוה אין מחלוקתן עכשיו בממון אבל הוא לאו שניתק לעשה ואם לא קיים העשה שבו לוקה עכ"ד המ"מ, והנה דבריו צריכין ביאור במה שכתב ואינו לא גנב ולא גזלן, דהא כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה הל' ט"ז החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות הרי זה גזלן אע"פ שהוא חייב לו, ואצ"ל אם נכנס לתוך בית חבירו ומשכנו שהוא גזלן שנאמר בחוץ תעמוד, ועיין בחדושי מחנה אפרים על הרמב"ם כאן שכתב דכונת הרמב"ם במה שכתב אבד או נשרף לוקה שלא נאבד באונס וחייב מדין שומר שכר גם בלא חיוב גזלן, וכבר כתבתי בפ"ג מהל' גזילה דא"א שיהיה גזלן ושומר ביחד, וכתבתי שם דמה שכתב המ"מ דאינו לא גנב ולא גזלן דאין כונתו לענין חיובי גזלן להתחייב באונסין דודאי על זה כתב בהל' גזילה שהוא גזלן, וכל הפרק קאי שם בדין חיובי אונסין דגזלן לאפוקי מדין מלוה על המשכון דאינו אלא שומר שכר, אלא דכונת המ"מ דלא שייך לומר דניתן לתשלומין כיון דאין כאן הפקעת ממון חבירו והוא מרוצה בזה שיהיה המשכון שלו בחובו, אלא דאינו קונה אותו לגמרי ורוצה רק לתפסו למשכון, אבל עכ"פ אינו גנב ולא גזלן לגזול ממון חבירו שנאמר שהלאו הוא לחייב בתשלומין ואף דאם המשכון שוה יותר חייב לשלם מ"מ אין אנו יכולין לפטרו ממלקות על הלאו כיון דהלאו הוא גם על מה שכנגד בחוב ובזה אינו חייב בתשלומין אלא מפסיד חובו.

עוד כתב המ"מ וז"ל וא"ת היכי לוקה ומשלם וכבר נתבאר פ"ג מהל' גנבה שאין אדם לוקה ומשלם בבת אחת נ"ל שדעתו ז"ל הוא שהלאו הוא בשעת נטילת המשכון ובאותה שעה לא היה מתכוין לגוזלו אלא ליטלו במשכון בחובו וכשנאבד נפקע חובו בכדי שויו שהרי לכך נטלו, כל זה היה נראה לדעת רבינו אבל הסוגיא שבאלו הן הלוקין לפי

גרסת ספרינו מורה בביאור כדברי הר"א ז"ל ומשוה לאו זה ולאו דגזילה, וכן כתב שם רבינו מאיר הלוי ז"ל ואפשר שיהיה לרבינו גירסא אחרת שם עכ"ל המ"מ, והנה צריך באור מה הוסיף המ"מ על דבריו הקודמים שכבר כתב דאין זה לאו הניתן לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו, ונראה דהמ"מ מחלק בין לאו הניתן לתשלומין ובין לוקה ומשלם, דאף דאין זה לאו הניתן לתשלומין כיון דלהמלוה היה ניחא לקנות המשכון בחובו, אלא דהוא דין התורה שאינו יכול לזכות בהמשכון בלא שומת ב"ד ושיגבוהו לו, והלאו בכאן הוא רק שלא ימשכן בעצמו בזרוע בלא רשות ב"ד, ואף דממילא יש לו דין גזלן להתחייב באונסין כיון שלא היה לו רשות לתפוס, מ"מ זה הלאו אינו ע"ז שיתחייב בתשלומין והיינו להתחייב באונסין אלא דממילא חייב, אבל כל זה לענין שלא יהיה הלאו ניתן לתשלומין, אבל זה הוקשה להמ"מ דעכ"פ ע"י זו המעשה של החבלה נתחייב באחריות המשכון, ועכשיו שאבד המשכון הרי הפסיד משום זה חובו ואין אדם לוקה ומשלם בשביל מעשה אחת וע"ז תירץ דאף דעכשיו שאבד המשכון הרי הוא עונש עליו בזה שאנו אומרים שהפסיד חובו, אבל בשעה שנטל המשכון לא הי' עליו עונש שרצונו היה בכך ליטול המשכון בחובו וממילא פקע חובו אם לא יחזיר המשכון.

וצריך להוסיף על ד' המ"מ דזה שכתב דלא מיקרי לוקה ומשלם משום שבשעת נטילת המשכון הי' ניחא ליה לזכות במשכון ולהפסיד חובו אם לא יחזיר לו, אינו רק כאן בהל' ד' דבאמת זכה המלוה במשכון אפי' נטל שלא ברשות, דהא צ"ל כן גם בהל' ב' בחבל כלים שעושין בהם אוכל נפש שלא זכה ומחזיר בע"כ ומ"מ אם אבד המשכון לוקה, וע"כ דלא מיקרי לוקה ומשלם בזה שמפסיד חובו כיון שהוא מרוצה מתחלה בכך, והשגת הראב"ד שמשיג על הרמב"ם כאן ודאי קאי גם על הל' ב', אלא ששם השיג על משכנו ברשות וכנ"ל.

ועתה עלינו לבאר דעת הרמב"ם בזה שהקשה עליו המ"מ בעצמו דבמכות דף ט"ז בסוגיא דביטלו ולא ביטלו מבואר כדעת הראב"ד, והנה שם בתוס' מובא שתי גירסות, אבל עכ"פ זה מפורש שם דמדמי הגמ' לאו דגזילה ללאו דחבלה, וכיון דבלאו דגזילה פסק הרמב"ם פ"א מהל' גזילה הל' א' דאפי' שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו הניתן לתשלומין אינו לוקה, א"כ אמאי כתב כאן דאם אבד המשכון או נשרף לוקה, והנה המ"מ כתב דאפשר הרמב"ם אינו גורס כגירסת ספרינו וכונתו דלא הי' גורס הך קושיא והרי משכון, אך אינו מיושב בזה כלל דא"כ אכתי תיקשי לדידן אמאי אמר ר' יוחנן אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת דהא איכא משכון, והנה האמת

שהרמב"ם בפיהמ"ש שם מנה שלשה והם שילוח הקן ופיאה דאמר בגמ' דזהו זאת ועוד אחרת וגם משכון, וקשה אמאי אמר ר' יוחנן זאת ועוד אחרת, עוד קשה דבגמ' הקשו דלימני אונס שגירש ומשני שם דלדבר מצוה יש לו הפרה, והרמב"ם פסק בפ"א מהל' נערה הל' ז' שאם מתה גרושתו קודם שיחזירנה לוקה, אלא דזה פשוט דבגמ' לא תירצו אלא דלא משכחת לה בבטלו ולא בטלו, ובעי לאשכוחי בהדירה על דעת רבים ובזה מסיק דלדבר מצוה יש לו הפרה, אבל למ"ד קיימו ולא קיימו ודאי משכחת לה במתה גרושתו או שהוא כהן כמש"כ הרמב"ם, ועכ"פ מוכח מזה דאף דר' יוחנן הוא דאמר אין לנו אלא זאת ועוד אחרת ור' יוחנן הא סבר קיימו ולא קיימו לגירסת הרי"ף והרמב"ם ומשום זה פסק כן, וכמש"כ הכ"מ בפט"ז מהל' סנהדרין הל' ד' וע"כ דר' יוחנן דאמר אין לנו אלא זאת ועוד אחרת היינו דמצינו שם בין קיימו ולא קיימו בין בטלו ולא בטלו, וזהו דבמה דפריך בגמ' מגזל ומשכון אמר ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו ובטלו ולא בטלו, וכן בלשון זה כדפריך מפאה וכן מקודם פריך בגמ' הניחא וכו'.

ולפי"ז נראה דמה דסובר הרמב"ם דגבי חבלת משכון לא מיקרי הלאו ניתן לתשלומין משום דבשעה שחבל היה מרוצה ליטול המשכון כנגד החוב זהו למ"ד קיימו ולא קיימו שאנו דנין על עבירת הלאו בשעת נטילת המשכון, אבל למ"ד בטלו ולא בטלו דסובר לשיטת הרמב"ם דשייך התראה בשעת הביטול דעיקר עבירת הלאו נגמר כשמבטל קיום העשה שהלאו ניתק לה, וה"נ במשכון מיקרי ביטול העשה כששרף המשכון א"כ שפיר משני בגמ' דכיון דאיתא בתשלומין אינו לוקה דבשעה ששרף המשכון הא לא ניחא ליה באותה שעה להתחייב בתשלומין עבור המשכון, ולכן שפיר מיקרי לאו הניתן לתשלומין, ואף דאכתי קשה מה מהני מה דעכשיו לא ניחא ליה להתחייב בתשלומין כיון שכבר נתחייב בשעה שנטל המשכון, מ"מ יש לומר דכיון דעכשיו בעת ששורף המשכון בידים בדין הוא שיתחייב לשלם אף אם לא היה מחוייב משעת נטילת המשכון, ונ"מ דאם מעיקרא היה שוה זוז ועכשיו ד' זוזי חייב לשלם ד' כדאמר רבה בב"ק דף ס"ה, א"כ עיקר מעשה שריפת המשכון הוא מחייב אותו בתשלומין, ולכן אין נ"מ אפי' אם לא הוקר המשכון ולא ניתוסף עליו חיוב, כיון שעיקר מעשה השרפה מחייב תשלומין, וכבר כתבנו בפ"ז מהל' גנבה הל' א' דלאו הניתן לתשלומין הוא פטור בפ"ע ולא מגדר אינו לוקה ומשלם ואפי' אם עכשיו אין כאן גדר תשלומין אבל אם המלקות הוא משעת נטילת המשכון שפיר כתבנו דאינו לאו הניתן לתשלומין כיון דבאותה שעה מרוצה ליטלו בחובו, ולכן אפי' אם המשכון שוה יותר א"א לומר שהלאו ניתן לתשלומין כיון דהלאו הוא אפי' אם אינו שוה יותר, אבל בזה דמעיקר הדין חייב לשלם בשעה ששרף

לכן אפי' אם בזה המשכון כבר נתחייב בשעה שנטל ולא הוקר ולא ניתוסף חיוב מ"מ עיקר מעשה השריפה ניתן לתשלומין.

אח"כ ראיתי דמה שכתבתי דהגמ' במכות משני דלא משכחת לה בבטלו ולא בטלו כתב כן הבעל המאור במכות במקומו בפי' ב' אלא שהבעה"מ כתב כן על אונס שגירש והוא פשוט ואנחנו הוספנו לבאר לשיטת הרמב"ם דמיושב שיטתו גבי משכון וכנ"ל. וראיתי עוד בש"ך סי' ע"ב סוף ס"ק ט' במה שכתב דדעת הרמב"ם דמשכנו שלא ברשות חייב באונסין וכתב בסוף דבריו ודלא כנראה מדברי הרמב"ן במלחמות שם דאפי' משכנו שלא ברשות פטור מאונסין ולכך הוצרך לדחוק דלא פריך אלא מבטלו ולא בטלו אלא כדפרישית, ועיינתי בדברי המלחמות שם ולא מצאתי כלל שכתב כן, רק הבעה"מ כתב כן וגם לא ראיתי משמעות בדבריו שמשכנו שלא ברשות פטור באונסין ולא הזכיר רק אונס שגירש, אך דברי הש"ך תמוהים מאד במה דניחא ליה שלפי"מ שכתב בשיטת הרמב"ם דמשכנו שלא ברשות חייב באונסין דלפי"ז לא צריך לומר דהגמ' קאי למ"ד בטלו ולא בטלו והוא תימה דישאר קושית המ"מ במה שכתב הרמב"ם דאם נשרף המשכון לוקה וע"כ כמש"כ. ועוד דמשום אונס ע"כ צ"ל כן וכן כ' הריטב"א.

והנה הקצוה"ח בסי' צ"ז ס"ק ה' הביא דברי המ"מ כאן וכתב עליו וז"ל ומבואר מדבריו דמשכנו שלא ברשות אינו לא גנב ולא גזלן והא דחייב באונסין היינו משום דמסתמא לכך נטלו בכדי שיאבד מעותיו אם יאנס המשכון וא"כ ממילא משמע דהיתר מכדי חובו אינו חייב לשלם וזה דלא כש"ך שכתב בסי' ע"ב דמשכנו שלא ברשות אינו חייב באונסין ומשום דהוי גזלן וליתא וכמש"כ שם בסק"ב, ותדע דהא משכנו שלא ברשות קונה משכון ורבינן ליה מקרא דכתיב השב תשיב וכדאיתא בפ"ק דתמורה וקונה משכון לשמיטה ואינו מחזיר אלא כסות יום ביום ואם היה עליו דין גזלן מאי בעי גביה הרי צריך להחזיר ולקיים והשיב את הגזילה וכיון דרבי קרא שיהא קונה משכון אפי' שלא ברשות ממילא תו ליכא עליה תורת גזילה, והא דאבד מעותיו היינו כמ"ש המ"מ דמסתמא לכך נטלו וזה ברור עכ"ל, ודבריו תמוהים שלא הזכיר כלל דברי הרמב"ם בפ"ג מה' גזילה שהחוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן וכל דבריו שם בדין חיוב אונסין אלא שלא כתב הרמב"ם שהוא חייב באונסין כיון שהלוה חייב לו אבל ודאי אם המשכון שוה יותר חייב לשלם כדין גזלן, אלא שצריכין אנו ליישב מה שהוכיח הקצוה"ח דהא משכנו שלא ברשות קונה משכון ורבינן ליה מהשב תשיב, וגם לא יועילו בזה דברי הנתיבות שכתב שם לחלק בין הגיע זמן ההלואה ללא הגיע דלשון שכתב הרמב"ם שלא ברשות ב"ד מוכח להדיא דאפי' הגיע זמן ההלואה ויכול ליטול רשות מב"ד למשכן מ"מ

אם נטל שלא ברשות הוי גזלן.

ונראה דאף דמרבינן מקרא דהשב תשיב דקונה משכון אף דמשכנו שלא ברשות ב"ד מ"מ אינו מוכח מזה שלא יהיה גזלן בשעה שממשכנו ונוטל חפץ של הלוה שלא ברשות, אלא דעל כל גזלן איכא קרא דוהשיב את הגזילה שמחויב להשיב תיכף וכאן גלי קרא שקונה החפץ למשכון שיהיה אצלו כ"ז שלא יחזיר לו החוב ואינו חייב אלא להשיב כסות יום ביום כדין כל ממשכן ברשות ב"ד אבל מ"מ לזה מהני דין גזלן שאם לא יחזיר המשכון אבד מעותיו אפי' אם נאבד באונס ואינו כדין ממשכן ברשות שאינו חייב אלא מדין שומר בגנבה ואבדה ולא באונס, וכן אם המשכון שוה יותר מכדי החוב חייב לשלם מדין גזלן רק דקרא דהשב תשיב רבי שיש לו רשות להחזיק המשכון עד שיפרע לו החוב.

ובעיקר מה דמפרש הקצוה"ח בדברי המ"מ דהא דחייב באונסין הוא משום דמסתמא לכך נטלו בכדי שיאבד מעותיו אם יאנס המשכון, איני יודע שום סברא בזה ומהיכי תיתי נאמר דמסתמא לכך נטלו ואמאי לא נימא בפשיטות שנטל המשכון שיהי' כדין משכון בין במשכון עפ"י בי"ד בין במשכון מדעת הלוה, בין בשעת הלואתו בין שלא בשעת הלואתו דאינו אלא שומר שכר ואם נאנס המשכון לא אבדו מעותיו לשיטת הרמב"ם דהא דקנה מדר' יצחק לא מהני שיאבד מעותיו אם נאנס המשכון וא"כ אמאי לא נימא דמסתמא נטל מעצמו המשכון שיהיה כדין משכון ולא שיאבד מעותיו אם יאנס, וע"כ דביאור דברי המ"מ הוא כמש"כ דהלאו אינו לחייבו בתשלומין שיפסיד חובו כיון שהיה מרוצה בכך והתורה אסרה שלא יעשה דין לעצמו אלא דממילא כיון שאינו רשאי לתפוס נעשה גזלן וממילא מפסיד חובו.

והנה דברי הראב"ד צריכים ביאור במה שכתב שנתחייב באחריות דאם כונתו לאחריות המשכון מדין שומר וכדין מלוה על המשכון, הנה אם שומרים מתחייבים משעת אונסין אכתי לא נתחייב בשעת נטילת המשכון שיפטור חיוב האחריות את המלקות, איברא דהרמב"ם פסק בפ"א מהל' שאלה דשואל מתחייב משעת משיכה ועל זה נפרש לשון כדכתיבנא שלא נמצא כלל דברי הראב"ד בדין האחריות של המלוה הנוטל משכון בזרוע ואולי כתב כן בחדושיו אלא דלפי פירוש זה קשה דהא אינו לאו הניתן לתשלומין דלא בשביל זה שאסור למשכן נתחייב מדין שומר דהא במשכנו ברשות נמי הוי שומר וניתק לעשה ודאי אינו, ואולי כונתו שנתחייב מדין גזלן ואם נפרש כן יהיו דבריו סותרים דבפ"ג מה' גזילה הל' ט"ז השיג על הרמב"ם דכתב החוטף משכון מיד הלוה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן, אלא דכל השגותיו שם אינם אלא שלא נעשה גזלן ליפסל לעדות ולשבועה, ולפי"ז נוכל לומר דהשגותיו אינם אלא במה שכתב הרמב"ם גזלן סתם דמשמע שיפסל

גם לעדות ולשבועה והשיג משום דבזה סובר כמש"כ כאן המ"מ דכיון דאינו רוצה ליטול ממון חבירו לא יפסל לעדות אף שנתחייב באונסין אלא דבזה אינו סובר כהמ"מ וסובר דחשיב משום זה ניתן לתשלומין.

ובטעמא דמילתא יש לומר דאף דעובר בלאו דלא תבוא אל ביתו מ"מ לא נפסל לעדות כיון דאינו רשע דחמס, אלא דקשה דהא לוה ברבית פסול לעדות, וכתב הרא"ש בטעמא משום דעכ"פ רצה ללות לצרכו והוי חימוד ממון ויש לומר דמסברא זה תלוי בפלוגתא דאביי ורבא באוכל נבלות להכעיס דאביי אמר פסול ורבא אמר כשר רשע דחמס בעינן, ונמצא דרבא דאמר כשר הא דאוכל נבלות לתיאבון פסול משום דהוי רשע דחמס כיון דהוא משום חימוד, וזהו לרבא דרשע דחמס חד מילתא אבל לאביי דאמר פסול סבר דרשע בלאו שיש בו מלקות לא צריך חמס ולאו של חמס הוא מילתא אחריתא, ולדידיה מסתבר דחמס הוא לאו של גזילה וכיוצא שנוטל ממון אחרים, ולאביי דקי"ל כוותיה שפיר יש לומר דבמשכון שאינו נוטל ממון אחרים לעצמו לא נפסל אלא דא"כ צריך טעם אמאי לוה ברבית פסול, ונראה דיש לומר דכיון דלוה עובר מדין לא תשיך, ומשום דנותן רבית להמלוה יהי' הלאו כמו המלביש חבירו כלאים שעובר משום לא תלבש, וא"כ מבואר דהוי רשע דחמס כיון דעיקר הלאו הוא בשביל המלוה דלאו דידיה הוא לאו דחמס, ועיין מה שכתבתי בפ"ג מהל' גזילה דלפי"מ שנתבאר שם גם הרמב"ם אינו סובר דנפסל לעדות ולשבועה ולפי"ז צריך למש"כ כאן.

ב) **או** שחטף המשכון מידו בזרוע, הקשה הלח"מ במה דהרמב"ם סובר דלחטוף בזרוע וזהו לנתוחי עובר בלאו אלא דאינו לוקה משום דהוי ניתק לעשה, ובאמת נתוחי הוא רק מדרבנן כמו שכתבו התוס' ומנלן לאו על לנתח דלא תבוא אל ביתו כתיב בבע"ח ובשליח ב"ד, דמרבינן מוהאיש, ונשאר הלח"מ בתימה, והנה הא דנתוחי הוא מדרבנן משום גזירה אמר בגמ' למאי דבעי למדחי הא דשמואל דאמר שליח ב"ד אסור למשכן אלא לנתוחי ולפי"ז מפרש מתני' דתנן ולא יכנס לביתו דזה קאי על בע"ח על נתוחי והוא טעמא שלא יכנס לביתו, אבל לשמואל מתני' כפשטה ולא יכנס לביתו קאי על שליח ב"ד א"כ אין לנו דנתוחי לבע"ח הוא משום גזירה אלא דהתוס' כתבו אהא דשמואל דמפרש הא דתנן במתני' לא ימשכננו אלא בב"ד שהוא לא ינתחנו אלא בב"ד, וכתבו ע"ז בתוס' מנין דניתוח אסור לבע"ח ואומר ר"י דמדרבנן הוא כדאמר בסמוך בע"ח ניתוח נמי לא גזירה שמא יכנס בביתו, אכן בסמ"ג מל"ת קפ"ו מבואר להדיא דנתוחי הוא מדאורייתא והביא הספרי דאמר יכול לא ימשכננו מבפנים אבל ממשכנו מבחוץ ת"ל לעבוט עבוטו מבחוץ, כשהוא אומר והאיש לרבות שליח ב"ד, וכתב ע"ז הסמ"ג ומה שאנו אומרים

לרבות שליח ב"ד זהו לענין שלא ימשכננו מבפנים כבעל חוב שבדבר הנראה יש לנו להעמיד הרבוי עכ"ל הסמ"ג וכן מבואר בס' החנוך דנתוחי לבע"ח אסור מן התורה.

ויש להסביר ביותר מה שכתב הסמ"ג בטעמא דשליח ב"ד מותר לנתח עפ"מ שכבר בארתי בהלכות ביאת מקדש פ"ג הל' י"ג דכשיש במקרא אחד שני רבויים אז כל רבוי הוא רק על עיקר קרא, אבל אין דורשין רבוי על רבוי והבאתי זה מקרא דפצע תחת פצע דמרבינן שוגג כמזיד, ומרבינן צער במקום נזק ומ"מ אינו חייב בד' דברים אלא בפושע, ומוכח דמה דמרבינן ד' דברים הוא על עיקר החיוב ולא על שוגג ואונס, ומבואר מה דלא ילפינן מוהאיש דמרבינן מיניה שליח ב"ד אלא על למשכנו דהוא לא תבוא אל ביתו ממש, אבל על מה דמרבינן מלעבוט עבוטו דגם לנתוחי.

עוד אפשר לומר טעמא במה דשליח ב"ד אינו עובר אלא על לא תבוא אל ביתו ולא על נתוחי דמרבינן מלעבוט עבוטו משום דעיקר רבוי על שליח ב"ד דמרבינן מוהאיש הוא לכאורה רחוק מפשוטו של מקרא דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו, ובמלבים כתב דאשר אתה נושה בו לא שייך לוהאיש והוא דבור אחר אבל מ"מ הוא דחוק, ונראה דעיקר מה שהכריחו חז"ל לדרוש האיסור על שליח ב"ד הוא משום דעיקר הך קרא אינו מובן דכתיב לא תבוא וגו' והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך וקשה דמי יכריח להלוה להוציא המשכון גם אם יעמוד המלוה כל היום בחוץ, וע"כ דזהו דין לב"ד דב"ד שולחין ללוה ומכריחין אותו להוציא המשכון וכופין אותו ב"ד בכל מיני כפיות ובודאי שע"ז נכנס שליח ב"ד לביתו של הלוה, וכדאיתא במו"ק דף ט"ז מנלן דמשדרינן שליחא דבי דינא וכו', ואף שמבואר בחו"מ סי' צ"ז ס"ו בהגה שאין ב"ד נזקקין לילך לביתו של הלוה ולכתוב כל מה שבביתו, וכן הוא ברמב"ם פ"ב הל' ב', זהו לכתוב החפצים ומשום דקרא תלי בלוה שיתן כל מה שירצה, אבל זה ודאי שלכוף אותו שילך לב"ד ולקיים כל מה שיפסקו ב"ד נכנס השליח ב"ד לביתו, וא"כ למה אמר קרא שהלוה יוציא את העבוט ולא שליח ב"ד כיון שע"כ השליח ב"ד נכנס לביתו להכריחו שיוציא איזה משכון שירצה הלוה, ומוכח מעיקר קרא דאין לשליח ב"ד רשות להוציא שום דבר מביתו, ולכן בדרך דרש דרשו זה חז"ל מוהאיש משום דבעיקר קרא מוכח עיקר הדין, וכיון דעיקר דינא אינו מוכח אלא דאסור להוציא מביתו, לכן לא מרבינן מוהאיש על שליח ב"ד, אלא על עיקר קרא ולא על נתוחי וכנ"ל.

והנה קשה אמאי אינו לוקה השליח ב"ד אם משכנו בבית דהא לאו דשליח ב"ד אינו ניתק לעשה דלאו בדידיה תליא השבת העבוט, אך הבאור הוא משום דשליח ב"ד נתרבה מקרא דוהאיש, וידוע שיטת הרמב"ם דמה דאסור מרבויא דקרא אינו לוקה ע"ז, וכמו

שכתב המל"מ בהל' יסוה"ת פ"ה ובהל' טומאת אוכלין פ' ט"ז, אכן לפי"ז יקשה לן במה שכתב הרמב"ם גם על חטף המשכון בזרוע, דטעם מה דאינו לוקה הוא משום דהוי ניתק לעשה, דהא מה דאסור לבע"ח לחטוף והוא נתוחי דאמר בגמ' נלמד בספרי מלעבוט עבוטו דמרבה אפי' בחוץ ובפשטיה דקרא כתיב לא תבוא אל ביתו, וא"כ למה צריך לטעמא דניתק לעשה כיון דליכא לאו מפורש.

ונראה לבאר ע"פ דברי החנוך שכתב במצוה תקפ"ה וז"ל שנמנענו מלמשכן בידינו בעל חוב כלומר הלוה אלא במצות השופט ועל יד שלוחו לא שנקפוץ אנחנו ונבוא בבית בעל החוב ונמשכנהו או שנמצאהו בשוק ונחטוף המשכון מידו, וע"ז נאמר לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו ולאו דוקא בית אלא ה"ה החוטף מידו בשוק, ומבואר דמפרש דזהו עיקר הלאו דלא תבוא אל ביתו, ומשום דכל שהוא בידו של הלוה הרי הוא כמו בביתו דידו רשותו הוא, אלא דמ"מ אנו צריכין לדרשת הספרי דבלא זה היינו אומרים שהקפידה תורה על ביתו ממש, אבל כיון שנתרבה מלעבוט עבוטו אמרינן דביתו לאו דוקא ולא הוי כמו דין חדש שנתרבה כמו איסור הנאה דסובר הרמב"ם דאין לוקין כיון דבקרא אכילה כתיב, וכן כאן גבי שליח ב"ד דילפינן מוהאיש דפשטיה דקרא דלא תבוא לא קאי אלא על המלוה והאיש הוא הלוה, ולכן שליח ב"ד אינו לוקה, אלא דמ"מ מה דשליח ב"ד אינו אסור בנתוח נוכל לומר כמו שכתבנו דלא ילפינן מרבוי דוהאיש אלא על פשטיה דקרא דלא תבוא אל ביתו ולא על מה שנתרבה אף שעל רבוי כזה איכא מלקות אבל אין דנין רבוי על רבוי וכמו שכתבנו.

והנה המל"מ הקשה במה שכתב הרמב"ם אחד עני ואחד עשיר דהא בעשיר לא ניתק לעשה, ואין לומר דכיון דבעני ניתק לעשה גם בעשיר פטור דהא מצינו גבי תמורה להיפוך דכיון דגבי צבור ושותפין לא ניתק לעשה חייב כל מימר, וכתב ע"ז התומים דיש חילוק בין ניתק לעשה שהוא תיקון הלאו ע"י מעשה שלו, ובין מימר שאינו תיקון אלא שהתורה אמרה שהוא ותמורתו יהי' קודש ולכן כאן במשכון כיון דבעני ניתק לעשה גם בעשיר פטור. ובאופן דליכא השב תשיב ג"כ פטור, ודבריהם תמוהים דהא קיי"ל קיימו ולא קיימו וכשא"א לקיימו חייב מלקות, וא"כ בעשיר דא"א לקיים ודאי חייב וכן בכלים שאין צריכין לו, ולכן מה דכתב הרמב"ם להדיא טעמא אחד עני ואחד עשיר צריך לומר כמש"כ התומים מקודם דגם בעשיר אפשר שיעני ויהיה צריך להחזיר לו, ומה דקשה למה פטור בכלים שאין צריכין לו, צריך לומר דכיון דכתב להדיא טעמא דפטור משום שהוא חייב להשיב את העבוט וממילא בעבוט שאינו שייך השבה ודאי חייב, אח"כ ראיתי שכבר הקשה הקצוה"ח על הט"ז בזה, אלא שהקשה על מש"כ התוס' דאין לוקין

על לא תשיג גבול רעך משום שניתן להשבון דהא גזל קרקע ושטפה נהר אינו חייב בתשלומי קרקע ונשאר בצ"ע, אכן לפי"מ שנתבאר דלאו הניתן לתשלומין אינו דומה ללאו הניתק לעשה ואפי' לא קיים אינו לוקה, וה"נ בלאו הניתן להשבון.

הלכה ה

אחד הממשכן את חבירו בבית דין או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא ומשכנו דבר שהוא צריך לו הרי זה מצווה להחזיר לו העבוט בעת שהוא צריך לו וכו', אם כן הוא שמחזיר לו המשכון בעת שהוא צריך לו ולוקח אותה בעת שאינו צריך לו מה יועיל המשכון כדי שלא ישמט החוב בשביעית ולא יעשה מטלטלין אצל בניו אלא יפרע מן המשכון אחר שמת הלוה.

אם כן הוא שמחזיר לו, בגמ' בב"מ דף קי"ד ע"ב א"ר יוחנן משכנו ומת שומטו מעל גבי בניו, ופריך מהא דתניא וכי מאחר שממשכנין למה מחזירן, ובעי לפרושי למה חוזרין וממשכנין, וקשה על ר' יוחנן ומתרץ דהכי קאמר וכי מאחר שמחזירין למה ממשכנין מעיקרא, וכתבו בתוס' הקשה הרר"א ולמה חוזרין וממשכנין, וי"ל כדי שלא יוכל הלוה לכפור וגם ימהר לפרוע ולבקש מעות כי מתבייש שבכל יום ויום יחזיר משכונו, והרמב"ם כתב אם כן הוא שמחזיר וכו' ולוקח וכו' מה יועיל המשכון, ומשמע דבהך טעמא מוסבר גם מה שחוזר ולוקח ובאמת זה אינו מוסבר למה חוזרין וממשכנין אם לא בטעם של התוס'.

ונראה דהנה הרשב"א בסוף קדושין בד"ה כתבינן לעיל כתב וז"ל והיכא דלא גבי ב"ח ממטלטלי דיתמי אינה תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה אמטלטלי, ולכאורה דבריו תמוהין דהא מפורש כאן בטעמא דקרא דממשכנין כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו, אלא דבאמת אין כונת הרשב"א דמדאורייתא גבי ממטלטלי דיתמי דאח"כ כתב הרשב"א מ"מ מהאי טעמא הוא משום שירדה תורה לסוף דעתן של בריות, ומסתמא לאו עיקר אסמכתייהו אמטלטלי והי' נראה שזהו חזרה בדבריו, אבל אין זו חזרה וגם מעיקרא כונתו דלא מעיקר הדין א"א שעבוד אמטלטלי, אלא משום דלאו אסמכתייהו אמטלטלי לכן לא אלים השעבוד, ואולי צ"ל בתחלת דבריו דמדינא הוי גבי וכונתו שם דמשום טעם זה הוי גבי ממלוה שביד אחרים כיון שיש להלוה נכסים ולא מהני מה דאמרינן דעיקר מלוה יש לה דין מטלטלי ולכן ע"כ משום דעל מלוה אינו חל שעבוד, וכמו שכתב שם דאין שעבוד חל אלא על נכסי לוה ממש הא בנכסים שנשתעבדו ללוה דאין גופן ממון של לוה לא.

ולפי"ז נראה דיש לומר דאף דבמשכון לא אמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבד לבע"ח

זהו בשביל שלאחר חזרת המשכון בלילה חוזר ונוטלו ביום או מה שמחזיר ביום נוטלו בלילה, ולכן המלוה סומך דעתו במקצת עליו, אבל אם הי' המלוה נוטל המשכון רק פעם אחד וכשמחזיר לשם השבת העבוט לא היה חוזר ונוטלו אז לא היה המלוה סומך דעתו גם על המשכון, וממילא לא היה אלים שעבודו כדי לגבות מן היתומים, ולכן כתב הרמב"ם שפיר דזהו טעמא בין על מה שממשכנין מתחלה בין על מה שחוזר ונוטלו.

הלכה ו

שליח ב"ד שבא למשכן לא ימשכן דברים שאי אפשר לאדם ליתן אותם משכון כגון בגד שעליו וכלי שאוכל בו וכיוצא באלו, ומניח מטה ומצע לעשיר ומטה ומפץ לעני וכל הנמצא בידו, חוץ מאלו יש לו למשכנו ויחזיר לו כלי היום ביום וכלי הלילה בלילה, היו לפניו שני כלים נוטל אחד ומחזיר אחד עד מתי הוא חייב להחזיר וליקח עד לעולם ואם היה המשכון מדברים שאינו צריך להם ואין מניחין אותן ללוה הרי זה מניחו אצלו עד שלשים יום ומשלשים יום ואילך מוכר המשכון בב"ד, מת הלוה אינו מחזיר לבניו, מת הלוה אחר שהשיב לו המשכון שומטו המלוה מעל בניו ואינו מחזיר.

השגת הראב"ד. שליח ב"ד שבא למשכן וכו' עד הלילה בלילה. א"א זה אינו מחוור שהרי פסק למעלה שאפי' שליח ב"ד שבא למשכן לא יכנס כו' והלוה מוציא לו המשכון, אלא ודאי ראוי לומר אעפ"כ בגד שעליו וכלים שאוכל בהם כגון קערה ושולחן ומפה שהוא צריך להם לאכילת היום והלילה לא יטול כלל, וכן מטה ומפץ שהן צריכין ביום ובלילה ושלא בשעת סדור קאמר עכ"ל. היו לפניו ב' כלים עד שלשים יום. א"א כמ"ש סתם הלואה שלשים יום עכ"ל.

המ"מ כתב דמה שכתב הרמב"ם שבא למשכן פירוש שהלוה מוציא העבוט או שהוא מנתח, וכונתו ליישב בזה השגת הראב"ד ומ"מ לשון שבא למשכן צריך ביאור, אכן לפי"מ שכתבתי בהל' ד' דעיקר דרשת חז"ל על שליח ב"ד מוהאיש הוא משום דקרא ודאי מיירי בשליח ב"ד דבלא זה איך אמר קרא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא דמי יכריחו להוציא וע"כ דב"ד יכריחו אותו להוציא, ואף דאין לשליח ב"ד ליכנס אפי' לראות איזה חפצים יש לו זהו רק בזה שהתורה הקפידה על זה שנאמר בחוץ תעמוד, וכלשון הרמב"ם בפ"ב הל' ב' אבל ודאי שהשליח ב"ד נכנס לביתו לכוף אותו שיוציא משכון כל זמן שאינו אומר אין לי כלום, וא"כ מבואר הלשון שליח ב"ד שבא למשכן.

וכתב עוד המ"מ וסובר רבינו שאפי' כלי אומנות יכול לנתח, וחולקים עליו הרמב"ן והרשב"א דכל מה שב"ד מסדרין אין ממשכנין אותו, וכתב עוד במה שכתב הרמב"ם ומצע לעשיר שכתב הרמב"ן שזה בשלא הורגל בכר וכסת, אבל הורגל בכר וכסת ורגיל

לישן בהם מניח לו כר וכסת וכן פירש"י עכ"ל, ובדעת הרמב"ם ודאי קשה לפרש דמיירי בשלא הורגל בכר דהא כתב בסתם ובאופן שכתב בהל' ה' דמחזיר הכר בלילה, וע"כ דדוקא אלו שכתב כאן אין ממשכנין כלל אבל כר ומחרישה ממשכנין ומחזירין וגם כתב להדיא בהל' ה' כל הג' אופנים, הממשכן את חבירו בב"ד או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה שבכולם מחזיר את הכר בלילה, ומוכח דמתחלה נוטל למשכון גם ברשות ב"ד ולא כמו שתי' הרמב"ן דמיירי מדעת הלוה או שנוטלו שלא ברשות כמש"כ הבעה"מ, לכן בודאי דהרמב"ם חולק על הרמב"ן והרשב"א בזה והלח"מ כתב כן אלא שלא הזכיר שבהכרח צ"ל כן מדבריו בהל' ה', אכן מה שכתב הלח"מ דהרמב"ם חולק על הרא"ש דמפרש דמה דתניא בברייתא ומניח לו מטה ומצע דלא קאי על ממשכן אלא על בא לגבות, והלח"מ כתב דהרמב"ם מפרש דזה קאי אירישא על שליח ב"ד שבא למשכנו, הוא תימה שלא ראה הלח"מ שהרמב"ם כתב כאן רק מטה ומצע ולא כתב מטה ומטה ומצע, ובגמ' מפרש שם להדיא דצריך דוקא שתי מטות משום דשמואל, ובפ"א הל' ז' כתב הרמב"ם גבי דין מסדרין מטה לישב עליה, ומטה ומצע הראויין לו וכיון שכאן לא כתב אלא מטה ומצע מוכח דמפרש ג"כ כהרא"ש דסיפא דברייתא קאי על שעת גבייה וכדמסיים כדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין לבע"ח.

ונמצא דהך סיפא דברייתא פסק בפ"א גבי דין מסדרין, ומה שכתב כאן מטה ומצע זהו משום שהם דברים שא"א לאדם ליתן אותם משכון, והיינו דזה צריך לו בהכרח, וסובר דכיון דלא תניא זה בברייתא אלא גבי מסדרין מוכח דגבי משכון אין זה הכרח ואפשר משום שהוא על זמן קצר, ועוד אפשר דכיון שצריך להלוה ליקח הכר בלילה וליתן להמלוה דבר שהוא של יום לא ישאר ישן על המטה שאכל עליה.

ובמה שכתב הראב"ד בטעמא דאם בא לגבות ממשכון שאין בו חזרה דצריך להמתין ל' יום דזהו משום דסתם הלואה ל' יום כתב המ"מ דזהו כשבא לידו בתורת משכון והרי זה כמלוה עתה על המשכון, אבל מלוה שבא לגבות מן הלוה והיו ללוה מטלטלין יותר על מה שמסדרין מגבין לו מיד כל שבא בתורת גביה ואין נותנין זמן ללוה כמו שיתבאר פ' כ"ב עכ"ל. והנה לדברי המ"מ א"צ להמתין ל' יום אלא במשכנו שלא בשעת הלואה דהוי בשעה שנטל המשכון כמו שהלוה עתה על המשכון, וכונתו דכיון שלא בקש מב"ד לגבות הו"ל כמו שהלוהו עתה ויש להוסיף ע"פ המבואר בחו"מ סי' ל"ט סעיף י"ז לוה שבא לב"ד בשט"ח שבידו לכפות את המלוה להלוותו עד זמן שקבע אפי' נתברר שמדעת המלוה נכתב יכול לחזור בו, וכתב הרמ"א אבל אם אמר להלוות לו על משכון והחזיק במשכון לא יוכל לחזור בו, ונמצא דכשהחזיק בהמשכון שלא בשעת

ההלואה הוי עכ"פ לשעה הלואה והרוחת הזמן והוא כ"ש מבשעת הלואה, דשלא בשעת הלואה בע"ח קונה משכון וממילא אמרינן סתם הלואה ל' יום, אבל אם הלוה מתחלה על המשכון והגיע הזמן שקבעו או בסתם הלואה אחר ל' יום אין לנו טעם להצריכו עתה כשבא לב"ד לגבות מהמשכון שימתין עוד ל' יום, וכן משמע מדברי הרמב"ם בפי"ג הל' ג' שכתב מלוה שבא לב"ד והביא משכון שבידו ואמר זה משכונו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו אין ב"ד נזקקין לומר לו המתן עד שיבוא לוה ויטעון וכו' ומשמע שיכול למכרו תיכף כיון שכבר הגיע הזמן וכן כתב להדיא בבעה"ת שער מ"ט.

אכן רבינו האי בספר המקח שער ו' אות ע"ז כתב דאפי' המלוה על המשכון אינו יכול למכור המשכון אלא אחר ל' יום מיום שהגיע זמנו ליפרע, והביא מהא דתנן רשב"ג אומר אף בעצמו אינו מחזיר אלא עד ל' יום, ומל' יום ולהלן מוכר בב"ד ומבואר להדיא דדין משכנו שלא בשעת הלואתו ובשעת הלואתו חד דינא הוא ומשום דין זמן ב"ד, וביותר תימה שהמ"מ בפי"ג על ד' הרמב"ם הנ"ל הביא ע"ז דברי הגאון והביא רק מה שהגאון כתב שצריך להודיע את הלוה וגם שאינו רשאי המלוה ללוקחו לעצמו ולא הזכיר שהגאון כתב דדוקא אחר ל' יום מיום שהגיע זמנו ליפרע.

והנה בסי' ע"ג הביאו הטור והמחבר שני דיעות דעת הבעה"ת דמשכון בשעת הלואה א"צ להמתין אם יש ל' יום מזמן הלואה ודעת הרא"ש דגם במשכנו בשעת הלואה צריך להמתין ל' יום אחר תביעה, והנה המ"מ בפ' כ"ב כתב ודעת אחרת יש שנותנין זמן אפי' לגביית מטלטלין, וכן מבואר בחדושי הרמב"ן בב"מ דף קי"ג שהקשה דלמה נטל המלוה המשכון ולא בקש מב"ד לגבות לו, וכתב דלפעמים נותנין ב"ד זמן, ואם הרא"ש הי' סובר דנותנין זמן לגביית מטלטלין, א"כ פשוט דגם לגביית משכון נותנין זמן אלא דמד' הטור בסי' ק' לא משמע כן ואפשר דאמר כן בדעת הגאון, אבל הרמב"ם דסובר דבסתם מטלטלין אין נותנין זמן, לכן לדעתו דוקא במשכנו שלא בשעת הלואה צריך להמתין ל' יום.

ויש לתלות זה עוד במחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרא"ש סובר דעיקר דינו של בע"ח הוא לפרוע מעות ואם יש לו מעות, אינו יכול ליתן מטלטלין, והרמב"ם סובר דמטלטלין הם ככסף, וכבר בארתי זה בפ"ח מהל' נזקי ממון הל' י' וא"כ לשיטת הרמב"ם דמטלטלין הם כסף ממש אינו צריך ליתן זמן ב"ד על גביית מטלטלין שאינם בגדר גבייה אלא בגדר תשלומין, ואף דעכ"פ צריך שומא ואמרינן מאן שם לך אבל עכ"פ אחר שומת ב"ד, הם פרעון ממש, ולכן ל"צ זמן ב"ד כיון שעכשיו אין לו מעות אבל לשיטת הרא"ש דעיקר

פרעון הוא במעות ומטלטלין הם בגדר גבייה ולכן צריך ליתן זמן ב"ד כמו דצריך זמן ב"ד על גביית קרקע.

פרק ד

הלכה א

נשך ומרבית אחד הוא שנאמר את כספך לא תתן לו בנשך ובמרבית לא תתן אכלך, ולהלן הוא אומר נשך כסף נשך אוכל נשך כל דבר אשר ישך, ולמה נקרא שמו נשך מפני שהוא נושך שמצער את חבירו ואוכל את בשרו, ולמה חלקן הכתוב לעבור עליו בשני לאוין.

הלח"מ הקשה דמהברייתא לא מוכח אלא להביא איסור נשך באוכל ורבית בכסף, אבל שיהיה רבית ונשך חדא מילתא לא משמע מהך ברייתא, והאריך בזה הלח"מ ונשאר בקושיא, ונראה דאין כונת הרמב"ם דנשך ותרבית אחד הוא בפי' הלשון דזה א"א שהרי ודאי נשך הוא מה שנושך הלוה וכמו שכתב הרמב"ם, ותרבית הוא ודאי מה שמתרבה אצל המלוה, ומה שכתב הרמב"ם אחד הוא היינו שאין חילוק בדין בין נשך ותרבית ועל מה שעובר בנשך עובר בתרבית, ולא חלקן הכתוב אלא לעבור בשני לאוין, והוא פשוט.

הלכה ב

כדרך שאסור להלוות כך אסור ללות ברבית שנאמר לא תשיך לאחיך מפי השמועה למדו שזו אזהרה ללוה כלומר לא תנשך לאחיך, וכן אסור להתעסק בין לוה ומלוה ברבית, וכל מי שהיה ערב או סופר או עד ביניהן ה"ז עובר בלא תעשה שנאמר לא תשימון עליו נשך זו אזהרה אף לעדים ולערב ולסופר הא למדת שהמלוה ברבית עובר על ששה לאוין, לא תהיה לו כנושה את כספך לא תתן לו בנשך ובמרבית לא תתן אכלך, אל תקח מאתו נשך ותרבית לא תשימון עליו נשך ולפני עור לא תתן מכשול ערב ועדים וכיוצא בהן אין עוברין אלא משום לא תשימון עליו נשך וכל מי שהיה סרסור בין שניהם או שסייע אחד מהן או הורהו עובר משום לפני עור לא תתן מכשול.

והלוה עובר בשנים, המ"מ הקשה למה לא חשיב לאו דלאחיך לא תשיך דחשיב בגמ' ונשאר בצ"ע, אמנם המגיה העיר דברי"ף ורא"ש לא הוזכר ולאחיך לא תשיך, אבל עכ"פ צריך ביאור למה לא נחשב גם לאו זה, אלא שהוא פשוט שכבר כתב הרמב"ם בסה"מ בשורש ט' שאין למנות כפלי האזהרות אא"כ כל א' מהם לענין אחר או שמפורש בחז"ל שלוקה על כל אחד מהם, ומצאתי שכבר כתב כן במרכה"מ בפ"ח מהל' עבדים וציין כאן לדבריו שם אלא שדבריו תמוהין שכתב וז"ל ועפ"ד מהל' מלוה הל' ב' והמ"מ נדחק שם

וכן הלח"מ ורבינו לשיטתו דאין למנות לא תשיך לאחיך ולאחיך לא תשיך בתרתי שהם בחד לישנא אפי' בלוה וכ"ש במלוה דלא שייך כלל לא תשיך עכ"ל. והוא סבור דלאחיך לא תשיך קאי בלוה כמו לא תשיך לאחיך והוא טעות בשיטת הרמב"ם דאף דהגמ' בדף ע' הוי סבר לומר כן אבל הרמב"ם כתב להדיא בפ' ה' הל' א' ומצות עשה להשיך לעכו"ם שנאמר לנכרי תשיך, ומפי השמועה למדו שזו מצות עשה וזהו דין תורה, וא"כ לאחיך לא תשיך נמי קאי במלוה והמ"מ כתב שם דזהו דלא כהסוגיא, וכבר הביא שם הלח"מ מדברי הר"נ דלמה דמשני רבינא הכא בת"ח עסקינן הדרינן למאי דסבר לא תשיך לא תישוך, וא"כ לא תשיך לאחיך לא שייך להא דלאחיך לא תשיך דזה בלוה וזה במלוה, אלא דלא צריך לזה דאף דאינו בלשון אחד עם את כספך לא תתן לו בנשך מ"מ כיון דהוא ענין אחד לא נמנה כל אחד, וכמו שכתב לענין ציצית שאף שנכפל בו לשון צווי חמשה פעמים ועשו להם ציצית והי' לכם לציצית וכו' ומ"מ אינה אלא מצוה אחת, וכן יש שם בדבריו עוד דמיונות שאינם בלשון אחד, וא"כ פשוט דלא נמנה ולאחיך לא תשיך כיון שהוא ענין אחד עם את כספך לא תתן לו בנשך ורק נשך ומרבית אמרו להדיא דהם שני לאוין וכמש"כ הרמב"ם.

הלכה ג

אע"פ שהמלוה והלוה עוברים על כל אלו הלאוין אין לוקין עליו מפני שניתן להשבון שכל המלוה ברבית אם היתה רבית קצוצה שהיא אסורה מן התורה הרי זו יוצאה בדיינין ומוציאין אותה מן המלוה ומחזירין ללוה ואם מת המלוה אין מוציאין מיד הבנים.

אע"פ שהמלוה והלוה. בגמ' אמר אפלוגתא דר' יוחנן ור"א אי רבית קצוצה יוצאה בדיינין תנאי היא דתניא ר"נ ור"א פוטרים את המלוה ואת הערב מפני שיש בהם קום עשה מאי קום עשה לאו משום דאמרינן להו קומו אהדורו מכלל דת"ק סבר לאו בני אהדורי נינהו לא מאי קום עשה לקרוע שטרא, ולפירש"י לפי"מ דדחי הוא כר' יוחנן ולפי' תוס' הוא כר"א והרמב"ם הא פסק כר"א דיוצא בדיינין ומשום דרב ספרא אמר הכי, ולפי"ז פסק הרמב"ם כר"נ ור"א ועכ"פ הי' להרמב"ם לכתוב המלוה והערב והקשה זה הלח"מ ואחר שהאריך העלה דודאי הרמב"ם פסק כר"נ ור"א אלא שלא הוצרך לכתוב הערב דהוא כ"ש מהמלוה וכתב רק הלוה שהוא חידוש ותירוצו קשה מאד דאם באמת פטורו של הלוה הוא חידוש א"כ מנ"ל להרמב"ם לחדש כן כיון דבברייתא לא הוזכר אלא הערב, איברא דבש"מ הובא דהריטב"א כתב דיש מוחקין הערב, אבל עכ"פ הלוה לא הוזכר בשום גירסא, והיא תימה גדולה.

והנראה בדעת הרמב"ם דהנה בברייתא תניא מפני שיש בהם קום עשה והוא מדין לאו הניתק לעשה וכן פירש"י להדיא, אבל הרמב"ם כ' מפני שניתן להשבון וכבר כתבנו דיש בזה חילוק דלאו הניתק לעשה קיי"ל קיימו ולא קיימו וא"כ אם נטל רבית מן הגר ומת הגר חייב מלקות אבל לאו הניתן לתשלומין כבר כתבנו דאין לוקין עליו כלל, ולכן י"ל דבברייתא אמרי ר"נ ור"א בדוקא משום לאו הניתק לעשה ומשום זה לא הזכירו לוה דעל הלוה ודאי ליכא עשה ליקח חזרה הרבית מן המלוה דהעשה דוחי אחיך עמך ודאי אינה אלא על המלוה ואם היינו אומרים דהמלוה לא קנה הרבית וכמו בדין גזל הי' אפשר לומר דהמצוה הוא גם על הלוה ליקח חזרה הרבית שלא יהי' אצל המלוה, אבל כיון דקיי"ל דהמלוה קונה הרבית דהא אם מת הלוה אינו מחזיר לבניו א"כ לא מצינו בהך עשה שתהי' עשה על הלוה ליקח חזרה הרבית, וכל זה הוא בדין ניתק לעשה אבל בדין לאו הניתן לתשלומין לא בעינן שיהי' על הלוה מצות עשה לשוב וליקח הרבית אלא דכיון דעיקר הלאו ניתן לתשלומין גם הלאו שעל הלוה הוי כמו ניתן לתשלומין דבזה שהלוה נוטל חזרה הרבית מתקיים התשלומין ואין אנו צריכין דבור מיוחד שיהי' על הלוה מצות עשה אלא שהתשלומין מתקיים ע"י המלוה והלוה, ויש להוסיף לפי"מ שביארתי בפ"ג הל' ד' דבעיקר הלאו דלא תשיך הוא כמו גבי כלאים דהמלביש חבירו עובר בלא תלבישׁ, ומשום זה פסול הלוה לעדות כיון דלגבי המלוה הוא לאו דחמס, ולכן הלאו של הלוה הוא נמשך מהלאו של המלוה וכיון שהלאו של המלוה לא ניתן למלקות אלא לתשלומין גם הלאו של הלוה לא ניתן למלקות דלא חמיר מהלאו של המלוה ולא דמי למה שכתבנו אם הלאו הוא ניתק לעשה דאז בודאי צריך שיהי' על הלוה ג"כ עשה אפי' אם הלאו של הלוה היא בשביל המלוה דהא גם גבי המלוה כיון דקיי"ל קיימו ולא קיימו אם אינו מקיים העשה לוקה, וכיון דלגבי הלוה ליכא עשה במה יפטר, אבל לאו הניתן לתשלומין עיקר הלאו לא ניתן למלקות אלא לתשלומין ולאו של הלוה הוא מדררא דלאו של המלוה וכיון שלהמלוה לא נאמר הלאו למלקות גם על הלוה ליכא מלקות אלא שותף עם המלוה בקיום התשלומין אף דליכא עליו מצות קבלת תשלומין.

ולפי"ז אנו מוכרחים לומר דבין ת"ק דברייתא בין ר"נ ור"א לא סברי דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו ואפשר דסברי כר"מ דאדם לוקה ומשלם ומה דאין לוקין על גזילה הוא משום לאו הניתק לעשה ומשו"ה פליגי כאן ברבית ואפשר לומר גם כשינויא דגמ' וכפי' התוס' דעל לאו דלא תקח לא פליגי דהוי לאו הניתק לעשה ופליגי רק בלאו דלא תשימון, אבל הרמב"ם דפוסק דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין המלוה והלוה אין לוקין כלל דלגבי דידהו עיקר הלאו ניתן לתשלומין בין לא תקח בין לא תשימון.

אלא דבדין ערב צריך בירור בדעת הרמב"ם דאינו מבואר לא לפטור ולא לחיוב מלקות, וכן לא ביאר הרמב"ם דין העדים, וכבר עמד המל"מ ע"ז בהל' ו' לענין לפסול העדים בשטר שיש בו רבית דהרמב"ם בפי"ט מהל' סנהדרין כשמנה הלאוין שחייבין עליהם מלקות לא מנה לא הערב ולא העדים והמל"מ כתב דכיון דאיסורן בא משום המלוה לא חמירי מהמלוה והביא שכן כתב החינוך במצוה ס"ח אבל בד' הרמב"ם א"א לפרש כן דא"כ בודאי הי' כולל בדין זה שהמלוה והלוה אין לוקין גם הערב והעדים כיון שמטעם אחד אין לוקין, ומד' המ"מ בהל' ו' במה שהוצרך לפרש טעמא דאין העדים נפסלין משום דלאו זה אינו ידוע שהוא גם על העדים משמע לכאורה דסובר דלוקין דאם אין לוקין וגם אין נהנין לא הוו רשע דחמס, ואולי דמשכחת לה שנטלו שכר בעד חתימתם, דאף דנוטל שכר להעיד עדותו בטלה, זהו כשכבר יודע העדות ומחויב להעיד בב"ד, אבל כאן אינו בשביל עדותם אלא בשביל טרחתם לחתום שאינם מחוייבים לכתחילה להיות עדים בדבר ועיין בחו"מ סי' ל"ד סעיף י"ח בהגהת הרמ"א בשם הרשב"א ובאה"ע סי' ק"ל סעי' כ"א ובפ"ת שם, וע"כ צ"ל כן בדעת המ"מ דהא ודאי שאין לוקין כיון שלא הזכירם הרמב"ם בפי"ט מהל' סנהדרין, אלא דצריך ביאור למה לא הזכיר כאן לא לחיוב ולא לפטור.

ונראה דסובר הרמב"ם דערב שחתם על שטר שיש בו רבית וכן העדים שחתמו ע"ז אינם עוברים אלא אם תתקיים ההלואה והיינו שהמלוה ילוה להלוה ע"ז השטר ונמצא דהאיסור מיתלא תלי ולא משכחת התראה בשעת החתימה דהוי התראת ספק, ובמע"פ הא לא עשו מעשה דהא הרמב"ם אינו סובר דעקימת שפתיו הוי מעשה, ובגמ' מיירי להדיא במלוה בשטר א"כ בערב ועדים לא משכחת מלקות.

והנה בדין התראת ספק אם שמה התראה צריך לברר דעת הרמב"ם דבפט"ז מהל' סנהדרין הל' ד' גבי קיימו ולא קיימו כתב אע"פ שההתראה בספק היא שאם יקיים יפטר התראת ספק שמה התראה, ובפ"ה מהל' שבועות הל' ב' גבי נשבע על אחרים שיעשו או שלא יעשו שפטור כתב ולמה אינו לוקה משום שבועת שוא שהרי אפשר לאותן אחרים שישמעו ממנו ותתקיים שבועתו ונמצא כשמתרים בו בעת שנשבע התראת ספק שאין לוקין עליה אא"כ הי' לאו שבו מפורש בתורה כמו שיתבאר בהל' סנהדרין עכ"ל, ועיין מש"כ הכ"מ והלח"מ בדברי הרמב"ם ודבריהם דחוקים דהרמב"ם כתב דבדין שתהיה שבועת שוא והם כתבו שאפשר שתהי' שבועת שקר וסברת הכ"מ דאינה שבועת שוא משום דבשעה שנשבע לא יצאה השבועה בודאי לבטלה, אבל דעת הרמב"ם דאם לא יקיים פלוני הוי באותה שעה שוא כיון שאין בידו לעשות שיקיים פלוני ושבועת שקר

אינו אלא על דבר שהוא במציאות עכשיו והוא נשבע לאמת הדבר אבל בזה אין בידו לאמת הדבר שיקיים פלוני ולכן הוי שוא אלא דאם יקיים פלוני וישמע למה שנשבע לא הוי שוא, ולפי ד' הרמב"ם נראה דאם ישבע שירדו גשמים ביום פלוני כשאין לו שום טעם בזה הוי ג"כ ספק שוא, אכן דבדברי הרמב"ם כאן יש עוד סתירה לשיטתו מפ"ד הל' ט"ז דסובר דאם אכל האיסור ואח"כ אכל התנאי אם שניהם במזיד חייב משום דהתראת ספק שמה התראה וכדעת ר' יוחנן וא"כ צריך ביאור במה חלוק זה מהך דינא דשבועת שוא.

ונראה דמה שכתב אא"כ היה לאו שבו מפורש בתורה זהו דגבי קיימו ולא קיימו הלאו ודאי ורק שיכול לתקן הלאו ונמצא דעיקר הלאו מפורש בתורה ואינו ספק אבל כאן בשעת התראה הוי ספק שבועת שוא, אלא דצריך ביאור במה שאני מאכליה לאיסוריה והדר אכליה לתנאיה דבשעת ההתראה כשאוכל האיסור הוי ספק בעיקר עברת הלאו, ונראה דהרמב"ם סובר דכשאוכל התנאי במזיד אחר שאכל האיסור במזיד הוא ג"כ עובר להדיא על איסור התורה שגורם בשעת אכילת התנאי שאכילת האיסור יהי' איסור ודאי, אלא דמ"מ המלקות לא נוכל לחייבו אלא על אכילת האיסור רק דתלוי אם יאכל התנאי ולכן זהו שדימה רבא בשבועות דף כ"ח אכליה לאיסוריה והדר אכליה לתנאיה לדין קיימו ולא קיימו משום דגבי קיימו ולא קיימו אף דודאי עבר על לאו מפורש בתורה מ"מ עונש המלקות הרי עומד בספק וסבר ר' יוחנן דהתראת ספק בזה שמה התראה ולכן גם אכליה לאיסוריה והדר אכליה לתנאיה כיון שביחד עשה איסור ודאי רק שהעונש שהוא בשביל אכילת האיסור היה באותה שעה בספק סבר ר' יוחנן ג"כ התראת ספק שמה התראה, אבל גבי שבועה שיזרוק פלוני על מה שלא זרק אח"כ פלוני לא עבר כלל, ונמצא דבשעה שעבר על ספק שבועת שוא עיקר העבירה היתה בספק ובזה אמרינן דהתראת ספק לא שמה התראה, ולפי"ז אם נשבע שלא לאכול ככר אם יאכל חברו ככר שני פטור אם אכלו כשאכל אח"כ חברו הככר השני, כיון דבשעה שאכל היה ספק אם יאכל חברו.

ולפי"מ שנתבאר א"כ גבי ערב ועדים בעת שחתמו על השטר כיון דמיתלי תליא אם ילוה המלוה הכסף להלוה וזה אינו בידם ולא ע"י מעשה שלהם, לכן בזה התראת ספק לא שמה התראה, ולפי"ז אנו צריכין לפרש הברייתא דקתני המלוה והערב דכמו דהוי בעי לפרושי מעיקרא דזהו כשישלם הערב להמלוה ואח"כ שילם הלוה להערב, כן נפרש לפי שינויא דגמ' דמאי קום עשה לקרוע שטרא והיינו קודם שגבו, דבערב ג"כ נפרש דהוא כששילם הערב להמלוה ולקח ממנו השטר על הלוה, דבשעה שלקח השטר

והוחזק בידו השטר על הלוה בזה עובר עכשיו הלאו של לא תשימון בתורת מלוה, לבד מה שעבר בלא תשימון מתחלה במה שסייע להלוה בזה שערב לו שהמלוה ילוה לו, ומבואר מה דאמר מאי קום עשה לקרוע שטרא שכבר תמהו הראשונים דהא אין ביד הערב לקרוע השטר כשהוא ביד המלוה, ובדין זה לא הוצרך הרמב"ם לפטור את הערב שהוא כמו המלוה והוא פשוט.

איברא דבדין העדים צריך לבאר דכיון דהרמב"ם פוסק דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו אם לא בשטרי הקנאה, וא"כ חתימת העדים לכאורה א"א אלא בשעת הלואה ממש, אלא דבאמת אף דרש"י בב"מ דף י"ג ע"א במה דאמר בגמ' כי ליכא מלוה בהדיה לא כתבינן כתב כי ליכא מלוה בהדיה ונותן מעות בפניהם לא כתבינן, אבל הרמב"ם בפ' כ"ג מה' מלוה הל' ה' כתב כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואין כותבין למלוה עד שיהי' לוה עמו בד"א בשטר שיש בו קנין שהרי משעה שקנו מידו נשתעבדו נכסיו, אבל שטר שאין בו קנין אין כותבין אפי' ללוה עד שיהי' מלוה עמו ויתן השטר ביד המלוה בפנינו שמא יכתוב עתה ללוות ממנו בניסן וכו', ומבואר דאין צריכין העדים לראות הלואת המעות משום שבמסירת השטר נתחייב, ובודאי אם עשה שטר שיש בו רבית ולא לוה ממנו אין כאן רבית דאורייתא ואין על העדים לאו דלא תשימון וא"כ עיקר הלאו יהי' נגמר בשעה שילוה המלוה להלוה המעות אחר שימסור בידו השטר, ואפי' לפי פירש"י אינו מוכח שיהיה אפשר בבת אחת חתימת העדים ונתינת המעות דא"א לצמצם וע"כ חתימת העדים קודם, אלא דאין מוציאין מידם עד שיתן המלוה להלוה בפניהם ואינו מוכח שצריך בזה מעשה של העדים כשמניחין להמלוה ליטול השטר, אלא דאם הם נותנין להמלוה בציווי הלוה אפשר דבזה נגמר הלא תשימון ועכ"פ לשיטת הרמב"ם מיושב.

אלא דלכאורה קשה גם לשיטת הרמב"ם דעכ"פ אם העדים מוסרין בעצמם השטר להמלוה בציווי הלוה א"כ הם גומרים במסירתם שומת השטר ועוברים על לא תשימון, אכן באמת לא קשה דכיון דמסירת השטר צריך להיות מהלוה להמלוה ואם העדים מוסרים השטר להמלוה בציווי הלוה הא אינו אלא מדין שליחות, וא"כ ודאי שלא נוכל לחייב להעדים מלקות, ועוד יותר דגם שומת השטר ע"י מסירת העדים לא נגמר דכיון דאין שלד"ע גם המעשה לא נתקיים כמש"כ התוס' בב"מ דף י' ע"ב דאם לא הוי שליחות לא חלין הקדושין, והוי כמו שתפס המלוה בעצמו השטר דאינו כלום.

הלכה יב

המלוה את חבירו על המטבע ונפסל אם יכול להוציאו במדינה אחרת ויש לו דרך לאותה מדינה נותן לו ממטבע שהלוה ואומר לו לך והוציאו במקום פלוני, ואם אין לו דרך לשם נותן לו ממטבע היוצא באותה שעה.

ויש לו דרך, הכ"מ הקשה דבגמ' אוקימנא דהא דבעי שיהיה לו דרך לאותה מדינה היינו דוקא כשמלכיות מקפידות זו על זו, אבל אין מלכיות מקפידות זע"ז אפי' אין לו דרך לאותה מדינה ואיני יודע למה השמיטוהו רבינו והרי"ף עכ"ד, ונראה דהרמב"ם מפרש מלכיות מקפידות היינו שמקפידות אם יוציאו במו"מ במדינה זו מטבע של מדינה אחרת, וזהו מה דמשני מעיקרא כשאין מלכיות מקפידות היינו שאין מקפידות אם יקח אחד מטבע של מדינה אחרת, אלא שבכלל אינו יוצא בהוצאה אלא מטבע של מדינה זו, ולכן לא הוצרך הרמב"ם להביא זה דהא כתב להדיא ונפסל אם יכול להוציאו במדינה אחרת, ומבואר דבמדינה זו אינו יכול להוציא, אבל אם יכול להוציא במדינה זו ודאי א"צ שיהיה לו דרך למדינה האחרת ובהגה"מ כאן על מש"כ הרמב"ם אם יש לו דרך, כתב מד' הסמ"ג וכ"ש אם סוחרי אותה מדינה מצויין כאן שודאי נותן מטבע שהלוהו, ולא הוצרך הרמב"ם להשמיענו זאת, ואף דלפי"ז יקשה מה דפריך בגמ' אלא כי אמר שמואל כשמלכיות מקפידות היכי מצי ממטי להו דמאי קושיא לפי"מ שנפרש מקפידות שלא יוציאו במו"מ, ויש לומר שידוע לחז"ל שדרכם הי' כשמלכיות מקפידות לבדוק ושלא להניח גם להוציא, ולכן משני בגמ' דלא בחשי.

הלכה יג

הורו מקצת הגאונים שהלוה שמחל ברבית שלקח ממנו או שעתיד ליקח אע"פ שקנו מידו שמחל או נתן מתנה אינו מועיל שכל רבית שבעולם מחילה היא, אבל התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו לפיכך אין המחילה מועלת ברבית אפי' ברבית של דבריהם, יראה לי שאין הוראה זו נכונה אלא מאחר שאומרים למלוה להחזיר לו וידע הלוה שדבר איסור עשה ויש לו ליטול ממנו אם רצה למחול מוחל כדרך שמוחל הגזל ובפירוש אמרו חכמים שהגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן מכלל שהמחילה מועלת.

השגת הראב"ד. הובא במ"מ. א"א חיי ראשי הוראה נכונה היא א"כ כל מלוי ברבית יעשו כן להתיר להם את הרבית.

המ"מ כתב דהרמב"ם לא חלק על הגאונים אלא ברבית שכבר נטל המלוה דלא ליהני מחילה שיהי' פטור מלהחזיר, אבל ברבית העתיד ליקח מודה גם הרמב"ם ופשוטן של ד'

הרמב"ם הם כהמ"מ דהא כתב בדין להחזיר הרבית, וא"כ הוא תימה על הראב"ד דמוכח שבא להשיג על הרמב"ם שכתב שאין הוראה זו נכונה והרא"ש הביא דברי הרמב"ם וכתב על זה בלשון ויראה לי לחלק בין הרבית שכבר נטל לרבית שצריך ליקח וכדברי המ"מ, וגם על הרא"ש קשה דמה כתב ויראה לי כיון שגם הרמב"ם כתב כן, ונראה דכיון דהרמב"ם התחיל דבריו שהורו הגאונים בין ברבית שלקח ממנו בין שעתיד ליקח ועל זה כתב דאין הוראה זו נכונה משמע דכל ההוראה אינה נכונה דאל"כ לא היה לומר בסתם דאין הוראה זו נכונה, ומה שכתב הרמב"ם רק דאם אומרים למלוה להחזיר זהו משום שבא לומר דעל מה שכבר נטל אם מחל הלוה א"צ המלוה להחזיר והוא מותר לגמרי ובזה גם הרמב"ם אינו סובר דמהני אם נותן הלוה במתנה שיהי' היתר גמור ליקח הרבית דהא אמרינן דדוקא ת"ח מותרין ליקח יותר על מה שהלוה וכתב זה הרמב"ם בהל' ט' ומפרש הרמב"ם דזהו בנתן לו בסתם אחר ההלואה, וכמש"כ שם המ"מ דעכ"פ אין זה רבית מן התורה שלא קצץ בשעת הלואה והרמב"ם שהביא דברי הגאונים הא מיירי גם ברבית מן התורה שכתב אפי' ברבית של דבריהם וגם כתב אבל התורה לא מחלה ואסרה רבית זו, וא"כ הוא פשוט שלא בא הרמב"ם לומר דיש היתר ליקח רבית מן התורה ע"י שיתן לו הרבית במתנה.

אולם מה דמוכח מדברי הרמב"ם שהוא חולק על עיקר הוראת הגאונים שיש בכללה גם ברבית שעתיד ליקח נראה דהוא בזה דהגאונים כללו כלל דברבית לא מהני מתנה או מחילה בין קודם שנטל בין אחר שנטל שהתורה אסרה מתנה זו, ומבואר דסוברים דהוא אסור מן התורה, והרמב"ם סובר דמעיקר דין התורה יש היתר ע"י מתנה גם ליקח הרבית אלא דבודאי א"א זה בדרך קציצה בשעת הלואה דכיון דקוצץ ואומר שבשביל זה שמלוה לו נותן לו מתנה זהו עיקר דין הרבית דאף שאומר בפיו לשון מתנה כיון דאומר בפירוש שבשביל זה שמלוה לו נותן לו המתנה א"כ אין זה מתנה, אלא דחידוש הגאונים הוא ברבית קצוצה ממש שקצצו בשעת הלואה שהלוה ישלם רבית ואחר ההלואה נתן הלוה המעות שהוא חייב לו על רבית ואמר לו שהוא נותן לו זה בתורת מתנה, וכן אם כבר נטל המלוה הרבית ואמר לו הלוה שמוחל אותם, ומה שהורו הגאונים אפי' ברבית דרבנן ע"כ דמיירי בלקיחת הרבית דחזרה הא ליכא ברבית דרבנן, ועל זה הורו הגאונים דאף דבשעת המתנה או בשעת המחילה לא אמר הלוה שנותן או שמוחל כדי ליתן הרבית, או שיתקיים הרבית להמלוה בשביל שהלוה לו מ"מ הלקיחה היא לקיחת רבית וכן המחילה אינה מועילה כלום, ובזה חולק הרמב"ם וסובר דלקיחת רבית דאסורה מן התורה אינו אלא כשנותנו לשם רבית, אבל במתנה מפורשת מותר מן התורה להלוה

ליתן ולהמלוה לקבל כיון שאינו לשם חיוב הרבית אלא דמדרבנן ודאי אין היתר בזה דגם לת"ח אין היתר ע"י מתנה אלא כשלא היה מקודם קציצה, ונ"מ להלכה דלהגאונים אם לקח המלוה לשם מתנה הוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים ולהרמב"ם אינה יוצאה, ולמחול אחר שכבר נטל מותר גם מדרבנן דהוא מחילה בעלמא ואינו בשביל שהלוה לו וכמו שמוחל הגזל.

ולפי"ז מבואר השגת הראב"ד דחולק באמת על הרמב"ם וסובר דהוראת הגאונים נכונה אלא דהוכחתו שכל מלוי ברבית יעשו כן אינה מובנה דהא בשעת קציצה ודאי א"א צד היתר בזה וכמש"כ וצ"ל דכונתו דעכ"פ יעשו כן בשעת לקיחת הרבית, וגם זה אינה השגה על הרמב"ם דאם המלוה יבקש מהלוה שיתן לו הרבית שהוא חייב לו בתורת מתנה אפי' אם הלוה יעשה כן כדי שילוה לו פעם שנית אין זה מתנה, וכמו שכתבנו דמתנה דסובר הרמב"ם דמותר מן התורה זהו כשנותן לו שלא בשביל הרבית, ואם הלוה יתן לו בעצמו בתורת מתנה א"כ לא כל מלוי ברבית יעשו כן דתלוי בהלוה שיעשה כן בעצמו.

פרק ה

הלכה ג

ישראל שלוה מעות מן העכו"ם ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני מעלה לך כדרך שאתה מעלה לעכו"ם הרי זו רבית קצוצה, אפי' העמידו אצל העכו"ם עד שיטול העכו"ם מעותיו ויחזור ויתנם ביד ישראל האחר. עכו"ם שלוה מעות מישראל ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני מעלה לך כדרך שאתה מעלה לישראל הרי זה מותר, ואם העמידו אצל ישראל אע"פ שנתן העכו"ם המעות בידו, הואיל ומדעת ישראל נתן הרי זו רבית קצוצה.

הואיל ומדעת ישראל, בגמ' אמרינן על זה בשלמא סיפא לחומרא, ופירש"י דחומרא דרבנן הוא דיש שליחות לעכו"ם לחומרא, אבל מדאורייתא אין שליחות לעכו"ם, וכתב כן המ"מ דהר"ח ורי"ף ורש"י כתבו דאינו אלא לחומרא מדרבנן ומשום זה חלקו הרמב"ן והרשב"א על הרמב"ם במה שכתב דהוא רבית קצוצה, וכתב הכ"מ דאפשר לומר דטעמא דרבינו משום דתנא בסיפא אסור כמו ברישא משמע ליה דכי הדדי נינהו וכי היכי דברישא הוי רבית קצוצה הכי נמי בסיפא, ודבריו תמוהים דלא כתב שום טעם לדבריו דהא בגמ' אמרינן בשלמא סיפא לחומרא, והיינו דכיון דאין שליחות לעכו"ם והישראל קבל המעות מן העכו"ם אינו לוה של הישראל וא"כ לא הוי רבית קצוצה אלא

דמדרבנן יש שליחות, והלח"מ כתב ליישב דעת הרמב"ם עפ"מ שהקשו התוס' דליהוי רבית קצוצה שהרי הישראל השני נעשה שלוחו של ראשון לקבל מעותיו מיד העכו"ם ומה שאמרו בגמ' לחומרא הכי קאמר אע"ג דסברא זו אינה ברורה כמו שכתבו בתוס' מ"מ החמירו רבנן ועשאוהו רבית קצוצה מספק, וגם דבריו אינם מיושבים דהרמב"ם הרי כתב דהוי רבית קצוצה, וממילא יוצאה בדיינין ולא מדין ספק.

והנה התוס' כתבו על קושייתם דכיון שהעכו"ם אינו מפקיר מעותיו אינו יכול הישראל השני לזכות בשביל הישראל הראשון דא"כ היה ישראל המקבל שלוחו של העכו"ם לזכות במעותיו של ישראל ואין שליחות לעכו"ם ודברי התוס' הם חידוש גדול דצריך השליח המקבל שרוצה לזכות בשביל הזוכה להיות גם שלוחו של העכו"ם הנותן, וכבר קבעו כל האחרונים הלכה מפורשת מדברי התוס' דהשליח הזוכה צריך להיות שלוחו של בעל הממון, איברא שהביאו יסוד לדברי התוס' מהירוש' בגיטין פ"ו הל' א' דאמר שם אף במתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו א"ל תמן התורה זיכת אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה אית לך מימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו, ומוכח מדברי הירושלמי דא"א לעשות שליח לקבל דבר שאינו שלו, ומשו"ה צריך שיהיה גם שלוחו של בעל הממון, אלא דמ"מ הוא חדוש גדול דאיך אפשר לומר שיהיה שליח המקבל והנותן ביחד הא מצינו בדין שליחות רק שהנותן עושה שליח להולכה והמקבל שליח לקבלה, אבל איך אפשר שהנותן יהי' לו כח בהשליחות לקבלה, ומה שלמדו זה מהירושלמי נראה דלא נוכל ללמוד מהירוש' אלא דלא שייך כלל שליחות לקבלה במתנה כיון שהוא עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו והוי כמו שליחות על דבר שלא בא לעולם, וכמו דשו"ט התוס' בנזיר בדין לעשות שליח להפריש חלה קודם שנילושה העיסה, וכדאמר בגמ' ביבמות דא"א לעשות שליח לכתוב גט לאשה שעוד לא קידשה, ה"נ סובר הירוש' דלא שייך שליחות אלא על דבר שיש לו זכות בזה, ולפי ד' הירושלמי לא מהני גם אם הנותן מצוה להשליח לזכות, וח"ג הגר"א כהן שליט"א אמר לי דבזה אפשר לבאר מה דאמר הגמ' בקדושין דף מ"א מה לגירושין שכן ישנה בע"כ אלא דמ"מ אף דאיכא קרא בקדושין אינו סותר לדברינו דשאני לשלוח שליח לקדש משלוח שליח לקבל דלקדש זהו זכותו אם תתרצה האשה אבל לקבל קודם שנתן הנותן עוד לא הותחל הזכות לקבל.

ולפי"ז מה דקיי"ל דמהני זכיה לחבירו נצטרך לומר דזכיה הוא דין אחר ואינו מדין שליחות אלא דא"צ לומר כן דשפיר נוכל לומר דזכיה הוא מטעם שליחות, והיינו דע"כ אנו צריכין לומר דזכיה אינו לגמרי מדין שליחות, דהא קיי"ל בדין שליחות מה אתם

לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, ובאמת איכא קרא דזכין לאדם שלא בפניו מנשיא אחד למטה, אלא דאמרינן דטעמא דמילתא דהוא מגדר שליחות משום דאנן סהדי דניחא ליה שיזכה עבורו, ולכן איכא נ"מ דאם נבוא לדון מדין שליחות דליהני מה שעשה אותו לשליח, ע"ז אנו אומרים דלא מהני דכל זמן שלא נתן הנותן, ואין להמקבל שום זכות בדבר שיזכו עבורו לא מהני אמירתו, אבל בשעה שנותן המזכה להזוכה שיזכה עבור אחר שפיר יוכל לזכות דבשעה שהוא מגביה לזכות הלא נתן לו רשות לזכות, ולכן שפיר אמר בירוש' דמדין שליחות א"א לבוא גבי מתנה אלא מדין זכיה.

והחלוק בזה אם הוא מדין שליחות או מדין זכיה, יש לומר דנ"מ אם עשה שליח לקבל מתנה ואח"כ גילה דעתו שאינו רוצה בהמתנה אבל לא בטל השליחות דקיי"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא הוא, ומוכח דגילוי דעת שאינו רוצה אינו בטול השליחות, ולכן אם השליחות מהני אין כאן בטול השליחות, אבל אם באנו מדין זכיה כיון שגילה דעתו שאינו רוצה אין כאן זכיה אף שאמר מקודם שרוצה, וכן איתא בירוש' שם במה דלא מהני לזכות גט ע"י אחר דאמר צווחה להתגרש מהו חיישינן שמא חזרה בה ומבואר דגם חזרה בלב מהני לבטל דבור הקודם כיון שהי' רק גילוי דעת על רצון.

עכ"פ מבואר לפי"ז דאין מקור מד' הירוש' לד' התוס' דלא מהני שליח לזכות אא"כ הוא שלוחו של בעל הממון ולכן לא מהני שליחות על קבלת מתנה, ובזה לא מהני גם לקבל מישראל ומדין זכיה שפיר אפשר דמהני אפי' לזכות מעכו"ם.

והנה בעיקר קושיית התוס' במה דאמרינן סיפא לחומרא דאמאי הוי רבית גמור שהרי נעשה ישראל שני שלוחו של ראשון לקבל חובו מידו של נכרי יש להקשות על דבריהם מהא דאיתא בע"ז דף ס"ג אברייתא דאומר אדם לחמריו ולפועליו לכו ואכלו בדינר זה, ואינו חושש לא משום שביעית ולא משום יי"נ ואם אמר להם צאו ואכלו ואני פורע חושש, ושו"ט בגמ' ומסיק כגון שהקדים לו דינר ופירש"י פועלים נכרים או עמי הארץ, וכיון דמיירי גם בישראל אמאי לא נימא דהפועל שנוטל מיד החנוני נעשה שלוחו של בעה"ב לזכות עבורו כיון שהבעה"ב צריך להתחייב לחנוני והחנוני נותן בשביל בעה"ב, ואף דשם חייב הבעה"ב להפועל וכאן המלוה אינו חייב להלוה מ"מ מנלן שנאמר דבסתם זוכה הלוה מהעכו"ם בשביל ישראל המלוה שילוה משלו ואמאי לא נימא שם שהפועל נוטל בשביל הבעה"ב ונפרע משלו, דהחנוני ודאי נותן על דעת בעה"ב כמו שהעכו"ם נותן על דעת ישראל הראשון.

ולכאורה אפשר לומר בזה דזהו הטעם דהתם הפועל נפרע מהבעה"ב ואין טעם שירצה לזכות מה שלוקח מהחנוני בשביל בעה"ב והבעה"ב שפיר מתחייב להחנוני גם אם לא

זכה הפועל עבורו והוא מדין ערב כיון שאמר להחנוני ליתן להפועל, אבל הכא הישראל השני שנוטל מהעכו"ם הרי נוטל ע"מ להתחייב להמלוה הישראל דזהו פי' דואם העמידו שהעכו"ם נותן לישראל השני בציווי הישראל הראשון ואפי' אם יפרע הקרן והרבית להעכו"ם יהיו בשביל הישראל וכמש"כ התוס' בד"ה מצאו, וכיון שכן צריך הוא לזכות המעות בשביל הישראל כדי שיתחייב להישראל, אבל יש לעיין בזה דלכאורה כמו דגבי פועל מתחייב הבעה"ב להחנוני מדין ערב ה"נ אפשר להישראל הלוה להתחייב להישראל המלוה מדין ערב דכיון שהמלוה אמר להעכו"ם הלוה שיתן המעות לישראל הלוה בשבילו ובציוויו נתן א"כ נפטר העכו"ם, ומה שציוה המלוה להעכו"ם היה ע"פ דבורו של ישראל הלוה שהוא יתן הקרן והרבית, ואף שאמר שיתן זה להעכו"ם בשביל הישראל המלוה ואין שליחות לעכו"ם מ"מ אין צריך לזה דין שליחות אם העכו"ם יוליך מעות הלוה להמלוה והוא מעשה קוף בעלמא, וכן ראיתי אח"כ שכתב כן המל"מ בהל' י"ד וא"כ שפיר נתחייב הלוה הישראל לקיים דבורו מדין ערב כיון שעל פיו פטר המלוה להעכו"ם.

שוב ראיתי בחוות דעת סי' קס"ח סק"ח שכתב כן על מה שכתב הרמ"א דיש מקילין בהך דסיפא בהעמידו אצל הישראל כשקבל הישראל השני המעות מן העכו"ם, וכתב הש"ך משום דאין שליחות לעכו"ם, ותמה ע"ז החוו"ד דמה שייך לזה אין שליחות לעכו"ם דהא העכו"ם ודאי דנפטר מחובו כשאמר לו הישראל תן הלואתי לפלוני, דדוקא בזרוק ע"ג קרקע צ"ל והפטר, אבל בתן לפלוני א"צ לומר והפטר כמבואר בחו"מ סי' קכ"א ס"א בד' המחבר ובד' הסמ"ע בסי' ק"כ ס"ק א' וכיון דע"י הישראל הב' פטרו להעכו"ם נתחייב מדין ערב, אכן החוו"ד כתב דמטעם זה צ"ל רבית קצוצה וכתב וז"ל ובודאי אם אמר אחד לחבירו פטור ללוה שלך ואתחייב אני לך, ובעד מה שתמתין לי אתן לך בכל שבוע כך וכך דרבית קצוצה הוא וה"נ דכוותיה.

ומה דפשיטא ליה להחוו"ד דאם יאמר אחד לחבירו פטור ללוה שלך ואתחייב אני לך ובעבור זה יתן לו רבית ולפי דבריו כן הוא באומר חייב אני לך בשטר או שקנו מידו להתחייב לחברו דאם נתחייב על זה רבית דהוי ודאי רבית קצוצה מסתפקנא טובא בזה דאת כספך לא תתן לו בנשך כתיב וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ו הל' ג' והראב"ד חולק שם בהשגתו, ולפי שיטת הרמב"ם משמע דבעינן דוקא הלואה ובשעת הלואה ולא בשעת התחייבות, ואפשר דגם הראב"ד יודה בזה דבהרווחת זמן הוי עכ"פ גדר הלואה, אבל התחייבות אינה הלואה כלל, איברא דלפימש"כ בפ"ז מהל' מכירה דף י"ח ע"ב בד"ה ונראה, נטיתי לומר דמה דסובר הרמב"ם דאינו רבית קצוצה אינו משום דלא הי' בשעת

הלואה אלא משום דהרווחת זמן לא הוי נתינה אלא סילוק, אבל אין הדברים מוכרחים דפשטות דברי הרמב"ם הוא דבעינן נתינת מעות ממש שיהי' רבית קצוצה וגם שם אין דברי נחוצים לעיקר ביאור שיטת הרמב"ם והראב"ד ע"ש, וכיון דבפשוטו צריך לדין רבית קצוצה שיהיה נתינת מעות בהלואה א"כ רבית על התחייבות לא הוי רבית קצוצה וה"ה רבית מטעם התחייבות של ערבות, דאף דהמלוה נתן מעות אבל לא נתן להלוה ולא עדיף מהתחייבות דרך מקח וממכר וכתיב את כספך לא תתן לו בנשך.

אלא דכל זה בהיסוד שהניח החוו"ד אבל בהך דסיפא דברייתא שהישראל המלוה אמר להלוה העכו"ם שיתן בשבילו להישראל השני אף דנימא דישראל הראשון לא קנה המעות ע"י ישראל השני מ"מ לכאורה כאן נימא דהישראל השני הרי לוה המעות ואין כאן חסרון שהמתחייב לא לוה מעות, אבל באמת גם זה אינו מוכרח שיהיה בשביל זה רבית קצוצה דכיון שהישראל הראשון לא קנה המעות וישראל השני נוטל מהעכו"ם מעותיו של עכו"ם אלא דבנטילתו פטר הישראל הראשון להעכו"ם וישראל השני מתחייב לו מדין ערב, וא"כ עיקר הרבית הוי עכ"פ מטעם התחייבות של ערבות ולא משום התחייבות של הלואה.

איברא דבדין ערב כתבו התוס' שם בסוגיא בד"ה מצאו במה דתניא ואני אעלה לך דאפי' אם הי' אומר ואני אעלה לעכו"ם הרי הוא כנותן למלוה עצמו מדין ערב, ומבואר בסי' ק"ס דזהו רבית קצוצה, אבל יש לומר דלא דמי דלא מצינו כן אלא בדין קבלת הרבית, דבדין קבלת הרבית לא בעינן שיהי' בדרך הלואה דאפי' אם יהיה בדרך מקח וממכר וכמו אם ילוהו ע"מ שידור בחצרו בפחות מהמקח ודאי דהוי רבית קצוצה, ולכן בדין ערב כיון דבדיני קנינים הוי כאלו קבל מעות הוי רבית קצוצה אבל לגבי דין הלואה בעינן הלואה ממש ולא התחייבות דלא עדיף מהתחייבות דרך מקח דלא הוי רבית קצוצה.

והנה החוו"ד בא ליישב קושייתו משום דכיון דהישראל הראשון לא קנה המעות של הלוה העכו"ם א"כ יכול העכו"ם לתבוע חזרה המעות מהישראל השני וממילא אין כאן רבית כיון שאין ביד הישראל לקבוע לו זמן על ההלואה, אבל באמת אינו מובן סברתו דכיון דסובר שהישראל הראשון פטר להעכו"ם מכיון שאמר לו ליתן להישראל השני והעכו"ם הרי נתן המעות ע"מ שיתן הישראל השני קרן ורבית בשביל הישראל הראשון אף שיתן זה להעכו"ם, וא"כ עכ"פ אף שעוד לא יצאו המעות מרשות העכו"ם, אבל הרי על אופן זה הלוה שיתחייב רק להישראל הראשון וא"כ למה יוכל לתבוע המעות מהישראל השני, והחוו"ד נראה דסובר דיש ביד העכו"ם לתבוע המעות ואז ישאר הוא חייב להישראל הראשון דזה א"א שיהי' הוא פטור ושיוכל לתבוע המעות, אבל גם זה

אינו מוכרח דכיון שנפטר ונותן המעות על דעת הישראל המלוה ושישלם עבור הישראל המלוה א"כ נתן המעות להדיא ע"מ שלא יתחייב הלוה לו אלא להישראל, ובאמת היה אפשר לדון בזה גם מטעם אחר דהעכו"ם הלוה כיון שנתן להישראל ע"מ שישלם קרן ורבית עבור הישראל המלוה, א"כ נתחייב הישראל הלוה להישראל המלוה מדין עבד כנעני, אלא דלפי דברינו גם מטעם זה לא יהיה רבית קצוצה, וכמו בנתחייב מדין ערב בפרט אם נימא דעיקר החיוב הוא משום נתינת העכו"ם ואין כאן נתינת ישראל כלל רק שנתחייב לו מדין עבד כנעני ובעיקר דין עבד כנעני לגבי רבית נבאר בהלכה י"ד.

והנה כל זה בארנו לפי ההנחה הפשוטה ושכן כתב החוו"ד דכשאמר הישראל המלוה להעכו"ם הלוה שיתן המעות להישראל השני והוא יפרע להמלוה ע"י העכו"ם נפטר העכו"ם מחיובו אף שלא אמר לו והפטר, וממילא נתחייב הישראל השני להישראל הראשון מדין ערב, אבל ראיתי בש"מ בב"מ בהך סוגיא שהביא ד' הריטב"א שכתב להדיא דהעכו"ם לא נפטר מישראל המלוה כיון שלא אמר לו והפטר, וכן מוכח מדברי הרמב"ן והרשב"א והר"נ דשו"ט רק אמאי לא אוקמוה כשאמר להעכו"ם תן לישראל והפטר ולמה צריך לאוקמי כשאמר לו הניחם ע"ג קרקע והפטר, ומוכח מדבריהם דבלא והפטר לא נפטר העכו"ם דאין במשמע מדברי המלוה לפטרו מאחריותו וכדברי הריטב"א, ומה שהוכיח החוו"ד מדברי המחבר בסי' קכ"א ס"א דאם אמר המלוה להלוה שלח לי חובי ע"י פלוני אפי' הי' השליח חש"ו נפטר הלוה, ומבואר שם בבאה"ג דהוא מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' שלוחין הל' ג' נראה דלא דמי דדוקא כשאומר שלח לי חובי שהמעות בעצמם יגיעו לו ע"י שלוחו, בזה שפיר הוי פרעון, וקבל המלוה אחריות הדרך וגם אחריות של נאמנות השליח, אבל הכא לא אמר להעכו"ם הלוה תן להישראל שהוא יחזיר לי המעות בעצמם אלא תלוה להישראל והוא יפרע לך הקרן והרבית בשבילי, בזה לא פטר להעכו"ם, אלא בשביל שהעכו"ם העמידו להישראל השני אצל הישראל הראשון, שאמר לו הישראל תנם לי ואני אעלה לך וכו', וע"ז העמידו אצל ישראל שכבר נגמרה זמן ההלואה, ומשום זה ביקש להחזירם לו, וע"ז הסכים הישראל אבל לא פטרו מחיובו.

והנה לפי"ז אין שייכות להישראל השני עם הישראל הראשון המלוה כיון שהמלוה לא פטר את העכו"ם ונשאר בחיובו, וא"כ הישראל השני חייב להעכו"ם, אלא דלפי"ז צריך לבאר קושיית התוס' דלמה לא יהי' רבית גמורה שהישראל השני זוכה בשביל ישראל הראשון, ואם התוס' אינם סוברים כהריטב"א והראשונים אלא דהישראל פטר להעכו"ם וכדברי החוו"ד א"כ אין טעם שישראל השני יחשוב לזכות המעות עבור ישראל המלוה,

וכמו שהוכחתי מהסוגיא דע"ז כיון דלא נוכל לומר שרוצה לזכות עבורו כדי שיוכל להתחייב לו בהמלוה. דהא בל"ז מתחייב מדין ערב.

אמנם דיש לומר דסוברים התוס' דאם אפשר שהישראל השני יזכה המעות עבור הישראל הראשון דאז יהי' חובו של העכו"ם נפרע נאמר שהישראל הראשון מסכים לזה בזה שהעמידו אצל ישראל וממילא יהיה העכו"ם נפטר מחובו, ומה דסוברים גם התוס' דהישראל לא פטר את העכו"ם בזה שהסכים שיתן המעות לישראל השני, זהו בשביל זה דא"א להישראל המלוה לזכות בהמעות, אלא דאנו יכולים להתחיל מצד זה שכיון שהסכים שיתן העכו"ם המעות לישראל השני פטר בזה את העכו"ם וממילא מתחייב הישראל השני להראשון מדין ערב בזה אנו אומרים שאין הכרח מהסכמתו להתחיל מצד זה שפטר בזה את העכו"ם אבל אם אפשר שישראל השני יזכה המעות עבור הראשון בזה נאמר דמונח בהסכמתו שמתרצה להחליף ההלואה מהעכו"ם להישראל, אלא דמ"מ אינו מיושב לגמרי דכיון דנתבאר שאם העכו"ם יהי' נפטר מחובו יהי' ממילא הישראל השני מתחייב להמלוה מדין ערב, וא"כ מאי נ"מ מאיזה צד להתחיל וע"כ דלשיטות הראשונים דהעכו"ם לא נפטר היינו דאינו מבורר בהסכמת הישראל שהעכו"ם יתן המעות לישראל השני שרוצה לפטור בזה להעכו"ם, וא"כ ע"כ שהישראל השני ילוה המעות מהעכו"ם ויתחייב לו, וא"כ איך נאמר שישראל השני יזכה המעות עבור ישראל הראשון, ובדברי הריטב"א מפורש כן דהריטב"א אינו סובר כהתוס' וכתב להדיא דאם העכו"ם היה אומר בפי' לישראל השני שיזכה המעות עבור ישראל הראשון היה זוכה, דלא שייך בזה אין שליחות לעכו"ם ומה דאינו זוכה עבורו זהו משום דהישראל לא פטרו וכנ"ל.

ונראה דכונת התוס' דאין לפרש בהברייתא דלשון אם העמידו אצל ישראל הוא דאינו שייך ישראל השני לישראל הראשון, אלא דהעכו"ם נטל רשות מישראל הראשון להלות להשני דלא שייך ע"ז לשון אם העמידו, אלא אם נטל רשות מישראל ולשון אם העמידו מוכח דהישראל השני דבר ג"כ עם ישראל הראשון והיינו שהתחייב לו שיתן עבורו קרן ורבית להעכו"ם וכן כתבו בתוס' בד"ה מצאו ברישא שמקבל הישראל בשביל הנכרי וכן בסיפא מקבל הנכרי בשביל הישראל ומשום דזהו משמעות לשון אם העמידו, ונמצא דהתוס' מפרשים בצד אחד כהראשונים דהישראל המלוה לא פטר את העכו"ם, וממילא ע"כ דהישראל השני מחוייב להעכו"ם וכן כתב הריטב"א להדיא לפי דבריו ומ"מ מחוייב השני גם לישראל הראשון המלוה דזהו לשון אם העמידו דישראל השני אמר בעצמו לישראל הראשון שיתן בשבילו קרן ורבית להעכו"ם וכמש"כ התוס' בד"ה מצאו.

אלא דצריך להסביר איך אפשר שיתחייב הישראל השני בין לישראל המלוה בין להעכו"ם, וכן שישראל המלוה יהי' לו חוב בין על העכו"ם בין על הישראל ושיוכל לגבות מאיזה מהם שירצה ואיך יהי' זכות זה לישראל המלוה.

ונראה דמשום זה כתבו בתוס' בקושייתם דישראל השני זוכה המעות בשביל ישראל הראשון, משום שאין מקום שיתחייב אלא א"כ יזכה לו המעות ומ"מ לא פטר הישראל את העכו"ם, ומצינו דין כזה בגיטין דף י"ד הולך מנה לפלוני שאני חייב לו דאמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו חוזר.

וחזינן דאף דאם בא לחזור אינו חוזר דזכה השליח בשביל המלוה ומ"מ חייב באחריותו כיון דלא אמר לו לשלחם על ידו, ועכ"פ חזינן דאפשר כן דהמלוה יש לו כבר הכסף אצל השליח ומ"מ הלוה לא נפטר מחובו כ"ז שלא הגיעו המעות ליד המלוה, וזה אין לומר דהלוה אין עליו אלא אחריות שמירה דאימתי נעשה שומר הא קודם שנתן המעות היו שלו ואינו נעשה שומר על מעות שלו ואחר שנתן לשליח מתי קבל עליו שמירה ואיזה קנין שמירה עשה בהמעות כיון שאינם בידו, וע"כ דנשאר עליו חוב ההלואה ואפי' אם יאבדו מיד השליח באונס יהי' חייב לשלם, וא"כ חזינן דאפשר שיש לו מעותיו שזכו לו ומ"מ לא נפטר הלוה מחובו עד שיגיעו לידו, וא"כ ה"נ כאן אפשר לפרש דאף שהישראל השני יזכה בהמעות בשביל ישראל המלוה מ"מ המלוה הסכים ע"ז רק באופן שהעכו"ם ישאר באחריותו כ"ז שלא יגיעו המעות לידו, היינו כ"ז שישראל הלוה לא יחזיר לו מעותיו.

ועכשיו כבר מבואר דאפשר לישראל הלוה להתחייב בין להישראל בין להנכרי, דלהישראל זכה עבורו המעות ולהנכרי חייב מטעם ערב כיון דנטל ממנו המעות ע"מ ליתן לו קרן ורבית עבור הישראל ולפוטרו מחובו, ולכן זהו שהקשו בתוס' דאמאי אמר סיפא לחומרא דליהוי רבית קצוצה, כיון דמשמעות דואם העמידו הוא שהישראל השני הבטיח להישראל המלוה שיתן בשבילו קרן ורבית להנכרי, ועל דעת זה נתן לו הנכרי, וכיון שצריך להתחייב לו ע"כ דזוכה המעות בשבילו דבלא זה א"א שיתחייב לו, וע"ז תירצו דא"א שיזכה לו כיון שהמעות של הנכרי ואינו מפקיר מעותיו וכמו שכתבנו.

והנה מה דאמר הגמ' בשלמא סיפא לחומרא ופירש"י דקתני אם העמידו אצל ישראל אסור דמשמע שנכרי זה חשוב שלוחו של ישראל חומרא דרבנן הוא למיסר צריך ביאור דאפי' אם היה דין שליחות לנכרי איזה דין שליחות אפשר כאן כיון שהמעות הם עכשיו של הנכרי שהוא רוצה לשלם אותם לישראל המלוה, וא"כ איך יכול הנכרי להיות שלוחו של הישראל להלוות המעות לישראל הלוה כל זמן שהישראל לא קנה אותם, וזה לא

משמע דכונת הגמ' ע"י שישראל השני יזכה בעד ישראל הראשון, וגם בזה אמרינן אין שליחות לנכרי דלא משמע כן בפירש"י, וכן הריטב"א פי' כן ואינו סובר כתוס' וכנ"ל וח"ג הגר"א כהן שליט"א אמר בזה ע"פ דברי הרמ"ה הובא בטור אה"ע סי' ק"כ דאף שהבעל לא קנה את הנייר מן הסופר כיון שהשליח נותן הגט לאשה בשליחות הבעל נעשה קנין הבעל וקנין האשה ביחד, והרמב"ן כתב דדוקא היכי שהבעל צריך לשלם להסופר, וא"כ לד' הרמב"ן כיון שהבעל צריך לשלם קונה הגט, וה"נ כיון שהמלוה הראשון שהוא הנכרי צריך שיהי' לו חוב על הישראל השני וישראל הראשון נתן המעות בשליחותו של הנכרי קנה הנכרי.

אבל קשה דאם נאמר כן יקשה מהסוגיא דע"ז דחזינן דאף שהבעה"ב אומר לחנוני שיתן לפועלים לאכול אינו חושש משום מעשר ומשום שביעית משום שלא קנה אותם אף שהוא צריך להתחייב, וע"כ דגבי גט שאני דע"כ צריך הסופר שכותב ונותן הגט להאשה לכוין ליתן הגט בשליחות הבעל וכמו דסובר הרמ"ה דאפי' כותב הסופר ונותן בחנם אמרינן כן צ"ל לדעת הרמב"ן דסובר כן דוקא היכי שצריך לשלם מ"מ הוא דוקא בשביל שנותן בשליחות, דהוי כאלו קנה הבעל דקניית הבעל והאשה באים כאחד, אבל גבי חנוני אינו צריך ליתן דוקא בשליחות וסגי כשנותן בעצמו והבעה"ב מתחייב לו מטעם ערב, א"כ ה"נ כאן אפי' אם היה דין שליחות לנכרי הלא הישראל הראשון א"צ ליתן לישראל השני בדין שליחות של הנכרי וסגי בזה שנותן על פיו שיפטר כמו שהבעה"ב מתחייב בזה שנתן החנוני על פיו.

ונראה דמעיקרא הוי סבר הגמ' כד' החוו"ד דהמלוה הראשון פטר להלוה הראשון בין ברישא בין בסיפא והלוה השני נתחייב להמלוה הראשון מדין ערב, וא"כ אם יש שליחות לנכרי כשאמר הישראל השני לישראל הראשון ואני אעלה לך אם העמידו אצל הנכרי המלוה, דאז הכונה שיתן לו הקרן והרבית בשביל הנכרי, א"כ אם יש שליחות לנכרי לא נתחייב ישראל השני לישראל הראשון כלל לא בקרן ולא ברבית ולכן אין כאן דין רבית, והוי שפיר מה דקתני אם העמידו אצל נכרי מותר, אבל כיון דאין שליחות לנכרי א"כ הקרן והרבית שיתן הישראל השני לישראל הראשון לא יזכה זה בשביל הנכרי, וכיון שהמעות שנטל ממנו ג"כ לא זכה בהן המלוה, א"כ הוא הלוה והוא נוטל קרן ורבית, אלא שהוא מחוייב למסור הקרן והרבית להמלוה דעל דעת כן פטרו, אבל עכ"פ ההלואה והפרעון קרן ורבית נעשה מישראל לישראל, ומדוייק מה דאמר הגמ' כיון דאין שליחות לנכרי איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא, משום דעיקר הקושיא הוא מלקיחת הרבית שאם אין שליחות לנכרי לקח זה בעצמו, אלא שמחוייב ליתנם להנכרי ואין זה פוטר

מדין רבית.

ועתה נראה לבאר בכל זה שכתבנו דעת הרמב"ם דהרמב"ם אינו סובר כשיטת התוס' דבעינן שלוחו של בעל הממון וממילא ישאר קושיית התוס' ומשום זה ע"כ מוכרח דהגמ' כדקאמר בשלמא סיפא לחומרא סבר כסברת החוו"ד דהישראל הראשון ודאי פוטר העכו"ם כשיתן להישראל השני הלוה, וממילא מתחייב לו ישראל השני מדין ערב, וכיון שכן כבר הוכחנו מהגמ' דע"ז דלא נימא דישראל השני זוכה המעות בשביל ישראל הראשון, ומתורץ קושיית התוס', ועכשיו נאמר דכל זה הוא מעיקרא בקושיית הגמ' כדפריך אלא רישא וכו', אבל למסקנא דמתרץ ברישא כגון שנטל ונתן ביד, ופריך מאי למימרא ומשני מהו דתימא נכרי גופיה אדעתא דישראל קא גמיר ויהיב קמ"ל, ואם בלא נשא ונתן ביד והישראל נתן להישראל ע"י זה שהעמידו אצל נכרי המלוה והמלוה אמר ליתן להישראל נאמר דהנכרי המלוה כבר פטר להישראל הלוה הראשון, א"כ מהיכי תיתי הו"א דכשנשא ונתן ביד והנכרי בעצמו נטל מהישראל הלוה ונתן להישראל הלוה השני, שנתן זה על דעת הישראל הלוה, הא ישראל הלוה כבר נפטר מחובו, והנכרי שנטל המעות בודאי זכה בהם ובעצמו מלוה אותם, וע"כ דבמסקנא סבר הגמ' כשיטת הריטב"א ושאר הראשונים דכשלא נו"נ ביד אף שהעמידו אצל הנכרי המלוה לא פטר להישראל הלוה הראשון, וכן בסיפא כשהעמידו אצל הישראל לא פטר הישראל המלוה להנכרי, ולכן אמר הגמ' דאפי' נטל הנכרי המעות מישראל ונתן לישראל הלוה הו"א דנכרי גופיה אדעתא דישראל גמר ויהיב, והיינו שעושה רק שליחותו, ואין כונתו לזכות בהמעות שיהיה החוב נפרע אלא החוב ישאר על ישראל הראשון.

וכיון שכן דנאמר דבמסקנא סבר הגמ' כשיטת הריטב"א דלא פטר המלוה את הלוה הראשון כשהעמיד הלוה השני אצלו, וכיון שכתבנו דזה מוכח מהברייתא דדעת הלוה השני להתחייב להמלוה הראשון א"כ בסיפא שפיר זכה הישראל השני כשמקבל המעות מהנכרי בשביל המלוה הישראל הראשון, ורק ברישא א"א לומר כן דא"א שהישראל הלוה השני שמקבל המעות מישראל הלוה הראשון שיזכה המעות בשביל הנכרי דהא אין שליחות לנכרי, ולכן שפיר פסק הרמב"ם דלמסקנא הוי בסיפא רבית קצוצה מדינא, אפילו כשרק העמידו אצל הישראל ולא נשא ונתן ביד וברישא להיתרא בעינן דוקא נשא ונתן ביד.

-השמטות ומלואים-

מה שהשבתי לשארי הגאון הגדול מוהרצ"פ פרנק שליט"א רב ואב"ד דפעיה"ק ת"ו.

בפ"ה מהל' מלוה ולוה הל' ג' ד' במה שכתבתי דהרמב"ם אינו סובר כהתוס' בב"מ דע"א

דבעינן שלוחו של בעל הממון ודחיתי שם הראי' מהירושלמי גיטין שהביאו האחרונים, דמהירוש' לא נוכל ללמוד רק דלא שייך שליחות על דבר שאינו שלו ומה שאדם מזכה מתנה לחבירו ע"י אחר, ע"כ צ"ל דלאו מטעם שליחות הוא אלא מטעם זכיה, וזכיה לאו לגמרי מדין שליחות הוא וכונת הירוש' דשליחות דוקא ליתא בדשא"ש אבל זכיה אה"נ דמהני גם בדשא"ש וא"כ אין מכאן מקור לדברי התוס' הנ"ל דמדין שליחות אמנם לא מהני על דבר שאינו שלו אפי' כשהנותן הוא ישראל, אבל מדין זכיה שפיר אפשר דמהני אפי' לזכות מגוי בשביל ישראל ע"ש וע"ז כתב לי דמה דמהני זכיה אף כשאינו שלוחו של בעל הממון משום דבשעה שמגביה לזכות הרי בעל הממון נותן לו רשות לזכות, והרי זה כשליחותו של בעל הממון, ולפי"ז אפשר לומר דזכיה ושליחות משפט אחד להם עפ"י דברי התה"ד סי' קפ"ח דמשרתת יכולה להפריש חלה שלא מדעת בעה"ב היכא דהעיסה מתקלקלת משום דזכין לאדם שלא בפניו ובכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוי הכא הוי ניחא ליה, ולא דמי להא דב"מ דבתרומה בעינן לדעתכם, דהתם בשעה שנעשה שליח לא ידעינן כלל דניחא ליה, א"כ גם זכיה לפי"ז חשיב לדעתכם והוי לגמרי כשליחות ויהי' מיושב דברי התוס' דגם לענין שלוחו של בעה"מ זכיה הוי כשליחות וא"א לזכות מגוי בשביל ישראל חברו עכת"ד ודבריו נכונים בזה שאם באנו לצרף דברי התה"ד עם ד' הירוש' מוכרחים אנו לומר דמה דמהני זכיה כשבעל הממון נותן להזוכה לזכות עבור המקבל, אף דבשליחות כה"ג לא מהני לשיטת הירוש', הוא משום דמהני מה שבעל הממון נותן להזוכה לזכות שיחול ע"ז דין שליחות של המקבל ושלא יהי' שליחות על דבר שאינו שלו, אבל מ"מ אין הכרח לחדש דהוי כמו שהמזכה עשאו שליח ולחדש שהזוכה הוא שלוחו של הנותן והמקבל.

אכן עוד כתב דמה דנקטו התוס' לשון שלוחו של בעל הממון הוא רק שם שליח שלו, אבל בעיקר הוא רק רשות והסכמה על השליחות של המקבל וגם סיוע והסכמה על שליחות צריך לפי שיטת התוס' שתבוא מכח בר שליחות, ומי שאינו בר שליחות אינו יכול גם להשתתף במינוי השליחות, וממילא בעכו"ם לא מהני גם הסכמתו שיוכל אחר לזכות לזולתו לא מתורת שליחות ולא מתורת זכיה והנה בזה אומר להדר"ג שבאמת נתכונתי לדבריו זה רבות בשנים וכן הייתי רגיל לומר בשעורי הישיבה, רק כאן בשביל שבאתי לבאר שיטת הרמב"ם נטיתי מזה, וגם פשטות דברי התוס' הוא דהוי שלוחו ממש של הנכרי בעל הממון, ואז היה יסוד דברי עפ"י דברי הרא"ש גבי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, דמשום זה לא מהני אפי' בעשאו שליח ודלא כרש"י, משום דלאו כל כמיניה לשווייה שליח לחוב לאחרים, ובארתי זה בפ' כ' הל' ב' ד"ה ובטעמא.

דכל הדין שליחות דילפינן מתרומה לא הוי מהני אלא לגבי עצמו, כיון שהתבואה היא שלו יכול לעשותה תרומה ולאוסרה על כל ישראל, אבל אם בא לתבוע חוב בשליחות בלא קנין הרשאה, יכול לומר לו הנתבע שלגבי דידי אינך שליח ולאו בע"ד דידי את, ויישבתי קושיית הרא"ש על הרי"ף בפ"א דב"מ, אלא דהיכי שהשני מסכים מהני דילפינן מקדושין שנעשה שליח לקדש את האשה ואינה יכולה האשה לומר דלגבי דידי אינך שליח כיון שנתרצתה בשליחותו וקבלה הקדושין, ואמרתי אז ג"כ לפרש הא דמה לגירושין שכן ישנה בע"כ בדרך זו, שהבאתי כאן מדברי ח"ג לפי"ד הירוש', ולפי"ז אמרתי שאפי' היכי שהשני שהדבר נוגע לו, נתרצה בשליחותו של המשלח דילפינן מקדושין דמהני בכה"ג אינו אלא לגבי מי שישנו בשליחות, אבל עכו"ם שאינו בדין שליחות לא מהני לגביה שליחות של אחר ואינו יכול לזכות של עכו"ם עבור חברו אף שהשליח נתמנה ע"י ישראל שזוכה עבורו.

ובזה הייתי אומר על דברי הקצוה"ח במש"כ בסי' קפ"ב ס"ק ב' שהביא שם דברי הנוב"י שכ' על ד' הרב הגאון ר' יצחק הלוי ז"ל שתמה על התוס' שכתב דהיכי שאשלד"ע המעשה בטל, דהא האומר תן שטר שחרור לעבדי לא יחזור ומשחרר עבדו עובר בעשה, וע"ז תמה הנוב"י דהא השליח אינו שלוחו של הרב שעושה עברה כי אם של העבד, וכתב ע"ז הקצוה"ח שם ע"פ ד' התוס' הנ"ל דצריך שלוחו של בעל הממון, א"כ הוי נמי שלוחו של הרב המשחרר, ואמרתי דלפי"מ שהסברנו דברי התוס' אינם אלא לגבי עכו"ם, דכיון דאינו בדין שליחות גם שליחותו של הישראל המקבל לא מהני לגביה, אבל לגבי דין אשלד"ע לא שייך זה כלל, דהא הרב איתא בדין שליחות ועיקר השליחות הלא אינו שלו אלא של העבד והעבד הרי לא עשה עברה וכדברי הנוב"י, ומצד הרב הרי אין אנו צריכים רק שיתרצה בהשליחות ולא מינוי בהשליחות, אכן כאן שבארתי שיטת הרמב"ם לא הזכרתי זה, ויישר כחו של הדר"ג שהעירני ע"ז.

ב) במה שהקשיתי שם על התוס' הנ"ל מסוגיא דע"ז דף ס"ג דאומר אדם לחמריו ופועליו לכו ואכלו בדינר זה וכו' ואם אמר צאו ואכלו ואני פורע חושש משום שביעית וכו' ואוקמינן לה דוקא כגון שהקדים לו דינר ואמאי לא נימא דהפועל כשנוטל מהחנוני נעשה שלוחו של בעה"ב לזכות עבורו וכמו דס"ל לתוס' דישראל שני וזכה עבור ישראל המלוה, כתב הדר"ג דשם בע"ז לא ניחא להבעה"ב לזכות משום חשש טבל ושביעית והביא מד' התוס' בכתובות דף ע' שכתבו דמשו"ה לא אמרינן שם בע"ז דשליחותיה קא עביד דהתם לא קאמר דליתב להו איסורא, הילכך לאו שליחותיה קא עביד, הנה לפי"ז גם קושיית התוס' לא קשה, דלמה נימא דהלוה השני זוכה בשביל הישראל המלוה

הראשון דהא עי"ז יהי' הרבית שיתן להעכו"ם רבית קצוצה, ומה שכתב הרי הישראל אומר להגוי שימסור לישראל שני והוא יהי' במקום הגוי לשלם לו רבית, אכתי קשה מנלן דניחא ליה שיזכה עבורו והרבית שישלם תהי' רבית קצוצה, וע"כ שצריך לבוא לזה משום שרוצה שהישראל השני יתחייב וא"א להתחייב אם לא שיזכה מקודם המעות עבורו ובזה הארכתי שם, אלא דמה שהראה לדברי התוס' בכתובות דף ע' הוא עוד יותר מזה דאינו רוצה לזכות, אלא דלא אמר להחנוני שיתן להפועל איסור והיה יכול ליתן להפועל היתר, אכן התוס' לא איירי שם אם יזכה הפועל בהמאכל שיתן לו החנוני עבור הבעה"ב אלא בעיקר השליחות אם אמרינן שליחותיה קא עביד והוי לפ"ע, ואף דאין שלד"ע אולי סוברים התוס' דלחומרא יש שליחות, ועיין ביו"ד סי' ק"ס סט"ז ובד' הט"ז אבל מזה שאינו זוכה הפועל עבור הבעה"ב כדי שיתחייב להחנוני אם נאמר דרק בשביל איסור ודאי לא ניחא ליה, א"כ ה"נ ודאי לא ניחא ליה, ומ"מ לפי"מ שאכתוב לפנינו דאפשר אינם יודעים וחושבים שכיון שהוא ע"י גוי אין איסור רבית יהיו דבריו נכונים אלא דגם שם אף שהבעה"ב שואל ההלכה אם מותר לו לשלוח פועליו לחנוני שמא יתן להם דבר איסור, אבל אינו מוכרח שיודע החילוק בין אם יזכה או לא יזכה, ואם נדון מדין טעות הנה גם בדברי התוס' אם הי' יודע שהוא רבית קצוצה לא הי' רוצה לזכות ויש לעיין בזה.

ג) במש"כ בד"ה ונראה לתרץ דמעיקרא סבר הגמ' כהחו"ד דמלוה הראשון פוטר להלוה הראשון, והלוה השני מתחייב להמלוה הראשון מדין ערב, ולכן שפיר תולה הגמ' איסור רבית בדין שליחות, ואתי שפיר מה דקתני אם העמידו אצל נכרי מותר אבל מכיון דאין שליחות לנכרי והקרן והרבית שיתן ישראל שני להראשון לא יזכה זה בשביל הנכרי וגם המעות הקרן שנטל מישראל ראשון לא זכה בהם המלוה הראשון, א"כ ההלואה והפרעון קרן ורבית נעשה מישראל לישראל, ולכן יש כאן איסור רבית, תמה עלי בזה בשני דברים א' דלפימש"כ א"כ מה משני מעיקרא דאמר לו הניחם ע"ג קרקע והפטר דמה מהני הא המלוה הגוי לא זכה המעות וישראל מישראל הוא נוטל ומשלם קרן ורבית ב' הא אנן קיימינן עכשיו כהחוו"ד שהמלוה פטרו להלוה הראשון והלוה השני נתחייב מדין ערב א"כ מאי איכפת לן דאין שליחות לנכרי ואין הישראל הלוה הראשון זוכה הקרן והרבית להגוי מכיון שהוא מוליך זה להגוי ומעשה קוף בעלמא הוא דעביד, והנה הראשונה היה אפשר ליישב דזה ודאי אם אומר לו המלוה הניחם ע"ג קרקע והפטר הכונה שיהיו מונח ע"ג קרקע לזכותו עד שיבוא הוא או אחר במקומו ויקח המעות, ולא שהמעות ישארו של הלוה וישוב הוא או אחר במקומו ויקחם בשבילו, ולכן אף

שאנן קיימינן לדעת החוו"ד דבסתמא כשאמר המלוה ללוה ראשון תנם ללוה שני שאנו מפרשים כן לשון ואם העמידו, שדעתו לפטור להלוה ראשון זהו אם אפשר שהלוה שני יתחייב לו פטר בזה את הלוה ראשון מאחריות אף אם הלוה שני לא ישלם, אבל אם לא היה אפשר שיתחייב לו הלוה שני ודאי אי אפשר לפרש שהוא פוטר אותו ולא יוכל לגבות לא מראשון ולא משני.

ומבואר דלפימש"כ דאם אין שליחות לעכו"ם ולא יוכל הלוה ראשון לזכות להעכו"ם וממילא כשאמר הישראל שני ואני אעלה לך אף שנפרש דהכונה בשביל העכו"ם וכמש"כ התוס' מ"מ כיון שלא יוכל לזכות בשבילו ממילא לא נימא דבסתמא פוטר העכו"ם המלוה להלוה ראשון, ושנפרש כן בלשון הסכמתו שיתנם להלוה שני, אבל כל זה כשלא אמר המלוה הניחם ע"ג קרקע והפטר אבל אם אמר כן אז אין כבר ספק שפוטרו, אלא דמ"מ ודאי הכונה שישארו ע"ג קרקע לזכותו וכמש"כ, ולכן אף שהעכו"ם אינו זוכה בהמעות מ"מ המעות אינם לזכות הישראל הלוה הראשון, וכשנותן הלוה השני קרן ורבית ודאי נותנם על דעת ליתנם להעכו"ם המלוה, כי הישראל הלוה הניחם לזכות המלוה ואינו רוצה שיהי' לו בהם שום זכות.

אכן ההשגה השנית דמה איכפת לן מה שאין הישראל הראשון זוכה הקרן והרבית שישלם השני להגוי מכיון שהוא מוליך זה להגוי ומעשה קוף בעלמא הוא ואנן קיימינן להחוו"ד שהמלוה הראשון פוטר להלוה הראשון וממילא יתחייב לו הלוה השני מדין ערב היא באמת השגה גדולה, ותמה אני על עצמי איך לא הרגשתי בזה ביחוד שבעצמי כתבתי כן בתחלת דברי בד"ה ולכאורה, דאפשר שהלוה השני יתחייב להמלוה אף אם לא יזכה המלוה בהמעות משום שפטר להראשון ויתחייב השני מדין ערב, ואף שלא אמר שישלם להמלוה אלא להלוה בשביל המלוה א"צ לזה דין שליחות אם העכו"ם יוליך המעות מהלוה השני להמלוה והוא מעשה קוף בעלמא, ועיינתי בד' הריטב"א בש"מ וראיתי שדעתו לפרש דבמה דאין שליחות לגוי ואינו נעשה שלוחו של הישראל המלוה ליתן להלוה השני משום זה לא נפטר הגוי הלוה הראשון מהמלוה, ומשמע מדבריו דכיון שלא אמר לו והפטר, בזה תליא דאם יש שליחות אז כשנתן הגוי להלוה השני המעות אף דאכתי הם שלו קודם שנתן לו, אבל בזה נפטר בנתינתו מן המלוה ובזה נתחייב הלוה השני להמלוה כיון שעל פיו נתן לו, וזהו באור ד' רש"י שעמדתי שם בד"ה והנה שכתב שנכרי זה חשוב שלוחו של ישראל שעל זה באתי ליישב בד"ה ונראה, אלא שאני צריך לגמור דברי ליישב דעת הרמב"ם שאינו יכול לסבור לא כהתוס' ולא כהריטב"א דהא סובר דהוי רבית קצוצה.

והנה כבר כתבתי שם בד"ה ומה דפשיטא להחוו"ד, להסתפק בדבריו במה שהחליט דמשום שיתחייב מדין ערב יהי' הרבית רבית קצוצה, וכתבתי דמשום התחייבות לחוד ליכא דין רבית קצוצה, ונראה להוסיף עוד לפימש"כ בפ"ז מהל' מכירה הל' ד' בד"ה והנראה דדין רבית קצוצה הוא היכי שאפשר להתחייב אילולי איסור רבית ליתן הרבית בשביל הקצוצה וזהו בשביל שמחזיק המעות והוא מגדר שכירות, ובזה בארתי הא דאמר רב ספרא כל שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה, בדינינו מחזירים ממלוה ללוה, וזהו פלא אטו דיני התורה נלמוד מדיני ערכאות, אלא דהעיקר הוא אם אפשר להתחייב אילולי איסור רבית, וע"ז נתן סימן מכל שבדיניהם, ואף שכתבתי שם ע"פ דברי החינוך כי אפשר דין רבית כשיאמר הנני מלוה לך מנה בדינר רבית ויהי' רבית עוד קודם שהשתמש, אבל זהו הכל משום זכות השתמשות, ולפי"ז בשביל דין ערבות לא לבד שלא יהי' איסור רבית אלא שלא יוכל גם להתחייב בדין רבית אפי' לעכו"ם דערבות לא מהני אלא על גוף המלוה שהוציא ממון על פיו, או בזה שאנו דנים כשפטר את הלוה הראשון בשבילו, אבל על רבית אין כאן הוצאת ממון אלא מניעת הריוח, ואף דמצינו דין ערב ברבית דהא הערב עובר ג"כ בלא תשימון זהו היכי שהוא ערב בשביל הלוה והלוה יש לו עבור מה להתחייב ברבית שהוא משתמש בהמלוה אז מהני ערבותו של הערב בעד הלוה, אבל היכי שאין כאן לוה רק הערב מתחייב ברבית בשביל ערבותו בזה לא מצינו דין רבית שאין עבור מה להתחייב רבית, ולכן כאן כיון שהמלוה לא זכה בהמעות רק בשביל שפטר להלוה הראשון נתחייב הלוה השני, אבל רבית אין לו עבור מה להתחייב.

ולפימש"כ דברבית לא יוכל להתחייב עבור הערבות וכיון שרוצה הישראל שני להתחייב ברבית להעכו"ם המלוה לכן ע"כ שצריך לזכות המעות עבורו כשמקבל מהלוה הראשון, אבל זה אפשר אם יש שליחות לעכו"ם אבל אם אין שליחות לעכו"ם הא א"א להישראל לזכות בשביל הגוי, אך זהו ברישא שהמלוה הוא הגוי, אבל בסיפא שהמלוה הוא ישראל א"א לומר דבשביל שרוצה להתחייב ברבית לכן רוצה לזכות המעות להישראל, דודאי אין אומדנא שרוצה להתחייב להישראל ברבית שתהי' רבית קצוצה, ומה שאומר ואני אעלה

הלכה יד

יש דברים שהן כמו רבית ומותרין כיצד לוקח אדם שטרותיו של חבירו בפחות ואינו חושש ומותר לאדם ליתן לחבירו דינר כדי שילוה לפלוני מאה דינרין, שלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מן הלוה למלוה, וכן אומר אדם לחבירו הא לך דינר זה ואמור

לפלוני שילוני, שלא נתן אלא שכר אמירה.

שלא נתן אלא שכר אמירה, כן הוא בגמ' וקשה דלמה לן הך טעמא ולמה לא סגי בטעמא קמא דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, ועיינתי בש"מ וראיתי שהריטב"א הקשה זה דל"ל הטעם דשכר אמירה קא שקיל, וכתב על זה ב' תירוצים א' דאשמעינן אפי' אם המלוה לא יתרצה להלוות להלוה אלא לזה שאמר לו להלוות והוא מלוה אח"כ להלוה מותר, ולא הוי אפי' רבית מוקדמת דשכר אמירה קא שקיל, ב' אפי' אם זה שקבל המעות נתנם להמלוה כדי שילוה להלוה מותר כיון דמעיקרא קבל זה רק בשכר אמירה, וב' התירוצים הם חידושים גדולים לדינא, אבל אינו מיושב בזה דבגמ' אינו מבואר זה כלל.

והנה ביו"ד סי' ק"ס סעיף י"ג כתב המחבר על דין הא' והוא שלא יחזור ויקחנו מהלוה, וגם לא יאמר הלוה למלוה פלוני יתן בשבילי ויש אומרים שצריך ג"כ שלא יפייסנו הלוה לתת למלוה בשבילו שילוהו וכל זה הוא ברא"ש וסיים הרא"ש באיזה צד מאלו הדרכים נראה כשלוחו ואסור, והגר"א בבאורו על לא יחזור ויקחנו מן הלוה, כתב דהוי כהילך מנה והתקדשי לפלוני, ואח"כ כתב המחבר בסעיף י"ד אסור לומר אלוך מנה ע"מ שתתן זוז לפלוני ורבית קצוצה היא, כתב הגר"א דהוי כתן מנה לפלוני ואקדש אני לך תוס' ב"מ ע"א, ועל מה שכתב ורבית קצוצה היא כתב הגר"א דהא מדין ערב הוא וכמו שאשה מתקדשת בהן, ואח"כ בסעיף ט"ו כתב המחבר יש אומרים דאסור לומר לו אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרין ואלוה לך מעות וכתב הגר"א דהוי כתן מנה לפלוני ואקדש אני לו דמקודשת מדין שניהם, ודלא כב"ח וגם בט"ז טרח בזה בחנם עכ"ל, והיינו שהב"ח חלק על דין זה והט"ז דחק ללמוד זה מדין הילך מנה ואקדש אני לך דמקודשת באדם חשוב, ונמצינו למדים מד' הגר"א דבדין רבית כמו דמהני דין ערב ה"נ מהני דין עבד כנעני ודין שניהם, אבל מד' הרא"ש שכתב באיזה צד מאלו הדרכים נראה כשלוחו ואסור, מוכח דאין זה מדין עבד כנעני דדינו כדין ערב לענין קדושין והי' צריך להיות רבית מדאורייתא ולא משום נראה כשלוחו.

והנה בפ"א מהל' מכירה הלכה ו' כתבתי בדעת הרמב"ם דאינו מביא דין עבד כנעני לגבי מכירה דיש חילוק בין דין ערב לדין עבד כנעני, דבדין ערב כיון שנתן ראובן מעות ע"פ דבורו של שמעון והוציא ממון על פיו אמרינן דנחשב כאלו קבל שמעון ובזה מתחייב הערב, אבל גבי דין עבד כנעני לא נוכל לומר דמה שנתן ראובן מעות לשמעון כדי שיקנה לוי נחשב כאילו לוי נתן המעות משום שהוא הגורם לזה, דהא גבי עבד כנעני אם נאמר דחשיב כאילו העבד נתן המעות לא היה מועיל כיון דיד עבד כיד רבו, וא"כ כמו דממון

העבד אינו שלו, כן כל זכיותיו אינם שלו, ומה דאיכא מ"ד דע"מ שתצא בו לחירות מהני היינו דאז הוא כסף של אחרים, אבל העבד מצד עצמו א"א שיהי' לו זכות לגבי האדון, וע"כ דהא דמהני שיצא בו לחירות זהו בכסף של אחרים, נמצא דהא דמהני לגבי קדושין מדין עבד כנעני אינו משום דחשיב כאלו המקדש נתן הכסף לאשה, אלא דכסף הנותן מהני עבורו שתתקדש לו בזה, ובזה בארתי שם מה דלא פסק הרמב"ם דין ע"כ לגבי קנין ע"ש.

ולפי"ז נוכל לבאר מה דאינו סובר הרא"ש דמדין עבד כנעני יהי' רבית קצוצה כמו דאמרינן דמדין ערב הוי רבית קצוצה, ולפי"ז מיושב דמדין ערב אמרינן דמה שהמלוה אומר להלוה שיתן הרבית לפלוני הוי כאילו קבל הוא הרבית ושפיר הוי רבית הבאה מלוה למלוה, אבל מדין עבד כנעני כיון דאין הכונה דהוי כאילו נתן המקדש הכסף אלא דמהני מעות הנותן לגבי המקדש שתתקדש האשה אליו, וא"כ גבי רבית לא הוי כמו שנתן הלוה רבית, אלא שאחר נתן בשבילו ולא הוי רבית הבאה מלוה למלוה, ואף דאנו דנין בזה לשיטת הרא"ש והרא"ש הא סובר דגם בקנין שייך דין עבד כנעני, אבל אינו מוכרח מזה דהרא"ש לא יסבור עיקר החילוק מדין ערב לדין עבד כנעני, אלא דסובר דגם זה שאחר נותן המעות מהני לגבי קנין כמו דמהני לגבי קדושין, אבל לגבי רבית ודאי לא הוי רבית הבאה מלוה למלוה, ולכן כתב דהאיסור הוא רק משום דנראה כשלוחו, וכן כתב הב"י הביאו שם הש"ך דהאיסור הוא רק מדרבנן.

ועכשיו מיושב מה דהוצרך רבא לומר גבי הילך ד' זוזי ואמור לפלניא דלוזפן מאה זוזי דשכר אמירה קא שקיל ולא סגי בטעמא קמא משום דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, דטעמא קמא הא אמר רבא על הילך ד' זוזי ואוזיף לפלניא מאה זוזי, דבזה אפי' אם הלוה יודע מזה כ"ז שלא צוה לו לומר כן דהוי כשלוחו אין כאן אלא דררא דגדר עבד כנעני, וכבר כתבנו דברבית ליכא דין עבד כנעני, אבל הכא אם המלוה והלוה יודעין מזה שקבל השליח מהלוה ד' זוזי, ואם ילוה בשביל זה להלוה הא יש כאן דין ערב ולא מהני טעמא דאינו רבית הבאה מלוה למלוה, ולכן אמר בזה טעמא דשכר אמירה קא שקיל דהמלוה אינו מלוה בשביל זה שקבל השליח ד' זוזי ואין כאן גדר ערב, וכן כתב גם הרמב"ם.

ונראה להוסיף בזה דבאופן זה שנתן הלוה לאחר שיאמר להמלוה שילוה לו דטעם ההיתר הוא משום דשכר אמירה קא שקיל צריך ג"כ להטעם דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, דכמו דצריך הך טעמא היכי שאחר נותן להמלוה שילוה להלוה, שרק המלוה קבל והלוה לא נתן דהו"א דכיון דעכ"פ המלוה קבל רבית אסור ה"נ היכי

שהלוה נתן לאחר, אף דנותן שכר אמירה מ"מ עכ"פ הלוה נתן מעות עבור הלואה וכתיב לא תשיך שהלוה לא יתן נשך, אלא דבתרוייהו הוי טעמא דנשך ורבית לא הוי אלא כשבא מן הלוה למלוה, רק דבאופן זה שנתן הלוה לאחר דהו"א דמטעם ערב הוי כמו שהמלוה קבל, ע"ז אמרינן דשכר אמירה קא שקיל ואין זה בשביל המלוה, אבל רבא סמך על מה שכבר אמר זה דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה, ובזה מבואר מה דבעובדא דר"פ שנטל בריה קירא מקיראה ואמר לר"פ שילוה להם דאמר ר"פ שני הטעמים ביחד.

הלכה טז

אסור להשכיר דינרין שאין זה דומה למשכיר את הכלי שהכלי חוזר בעצמו, וזה מוציא אלו ומביא דינרין אחרות ונמצא זה אבק רבית.

כתב המ"מ וז"ל ומדברי רבינו נראה שאם לא השכירם שיוציאם הלוה אלא שיעמדו בעין שמותר שהרי הן ככלי, וכן שנינו בתוספתא וכו' עכ"ל, והנה הלכה זו צריכה באור, דאם השכירו שיוציאם, והוציאם ונו"נ אמאי לא הוי רבית קצוצה, ולמה כתב הרמב"ם שהוא אבק רבית ולא מסתבר דהלשון שהוא משכיר לו ולא מלוה לו עושה שאינו רבית דאורייתא, והתוס' כתבו בטעמא דרב חמא דס"ד דשרי שהיה מקבל עליו אחריות אונסין, וקשה דאם יוציאם לא שייך אחריות אונסין, וראיתי שהקשה כן הר"נ בחדושיו וז"ל וא"ת וכי הלשון גורם א"כ בטלת תורת רבית והביא ד' התוס' וכתב שרב חמא לא היה נוטל שכר מהזמן שאחר שהוציאם, אלא רק על הזמן שקודם שהוציאם, וכן כתב הנמוק"י, ולפי"ז צ"ל שהשוכר המעות נתן השכר בשביל שיהיו לו מעות מוכנים שיהיו לו רשות להוציאם, והשכר לא נתן אלא על הזמן שעוד לא הוציאם.

אכן הרמב"ם סתם דבריו ומשמע שאפי' אם יטול שכר על הזמן שאחר שהוציאם לא הוי אלא אבק רבית, ועוד דהרמב"ם סתם ולא הזכיר שהשכירו ע"מ להוציא ואף שכתב וזה מוציא מ"מ כיון שבא לרמז על ד' התוספתא דבלא השכיר לו ע"מ להוציא אלא להתעטר ולהתלמד מותר הי' לו לכתוב שהשכירו ע"מ להוציא.

לכן נראה לבאר דעת הרמב"ם באופן אחר דהנה במה ששנינו בב"מ דף מ"ג דהמפקיד מעות אצל שולחני מעות מותרין ישתמש בהם וקיי"ל דחנוני כשולחני כתב הסמ"ע בסי' רצ"ב מד' המרדכי דאם נשתמש בהם ורצה ליתן חלק הריוח לבעל המעות דמותר כיון שלא בא לידו בתורת הלואה, ולפי"ז נוכל לפרש הא דרב חמא, וכן דין זה שכתב הרמב"ם דהכונה להשכיר לשולחני או לחנוני מעות בסתם והוא לא אמר לו ע"מ להוציא דאם הי' אומר לו ע"מ להוציא ודאי הוי הלואה והוי רבית דאורייתא, אלא מכיון שלא נתן לו

מפורש להוציא אלא דאנן אמדינן דעתיה דהוא נותן לו רשות להוציא והוא רק נתינת רשות ולא נתינה ממש בדרך הלואה, ולפי דברי הסמ"ע הרי מותר לו גם ליתן רבית בעד זה כיון שלא באו לידו דרך הלואה, וכן הוי סבר רב חמא, ומ"מ אמר הגמ' דאף דהכל הי' דרך שכירות והמלוה לא הלוה לו המעות מ"מ לא דמי לשכירות כלי דכיון דעכ"פ היה אפשר שהשוכר ישתמש בהם הוי רבית דרבנן כיון דעיקר השכירות באופן זה וכיון דאפשר שיוציא המעות ואז הוי כמו קציצה על רבית, ואף דלא הי' דרך הלואה לא גרע מדרך מקח דכל אגר נטר אסור, משא"כ בהא דהסמ"ע דאין כאן אגר נטר דאינו נותן לו שכר המתנה שהמפקיד לא המתין לו כלל שלא ידע אם ישתמש בהן ורצה שיהא המעות אצלו בפקדון.

והנה בדין מעות מותרין ישתמש בהם דתנן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן פליגי רב הונא ורב נחמן דר"ה סבר אפי' נאנסו ור"נ סבר נאנסו לא, ואיתביה ר"נ לר"ה מדתניא המפקיד מעות אצל שולחני אם צרורין לא ישתמש בהם, לפיכך אם הוציא לא מעל הגזבר ואם מותרין ישתמש בהם, לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפי' נאנסו מאי איריא הוציא כי לא הוציא נמי ומשני ה"ה אפי' לא הוציא וכו', ופירש"י בד"ה לא מעל גזבר שהרי לא ברשות הוציאן ואינו שלוחו ובד"ה מותרין כתב דהו"ל כנותן רשות והו"ל שלוחו, ומבואר מפירש"י דמה דמעל אינו משום דהוי כאילו הוציא בעצמו מעות הקדש לחולין אלא משום דהוי כמו שלוחו להוציא, וטעמא משום דסובר דלא הוי כאילו נתן לו ממש שיהיו שלו, אלא שנותן לו רשות להוציא ומ"מ סובר דזה מהני שימעול מדין שלוחו כיון שעל פיו הוציא.

והרמב"ם בפ"ז מהל' מעילה הל' י' כתב הפקידו אצל שולחני או חנוני ולא היו חתומין ולא קשורין קשר משונה הואיל ויש לו רשות מן הדין להשתמש בהן אם הוציאו שניהם פטורין, בעל הפקדון פטור שהרי לא אמר לו השתמש בהן והחנוני פטור מפני שאינן קשורין קשר משונה ולא חתומין וכאילו השתמש ברשות, והוא דלא כהברייתא וכבר הקשה זה בכ"מ והביא שכתב הר"י קורקוס וז"ל שרבינו דחה ברייתא זו מהדין שכתב בפ"ו שאם קנה חפץ ונתן מעות הקדש לא מעל, והא התם עדיף ממפקיד ומותר הוא להוציאם, ואע"פ כן לא מעל עד שימשוך כי אז נהנה בהם או בדבר שא"צ משיכה, וכ"ש בזה שכיון שאין אנו מחייבין אותו עד שיוציא והוציא דוקא לר"נ דהלכתא כוותיה שאינו חייב באונסין, א"כ אתה בא לחייבו מטעם שליח לא מטעם נתינתו לו בידו, וכיון שחידוש הוא שחידשה תורה במעילה אין לך בו אלא חדושו לכך דוקא בשעשאו שליח בפירוש ואמר לו להוציאן, אבל שיעשה שליח מאלו לחייבו אין לנו, ומעתה סובר רבינו

דמתניתין דנתנה לבלן מעל, דמוכח דוקא בלן אבל דבר הצריך משיכה לא מעל דהיתר תשמיש לא מייתי לידי מעילה, וכן ההיא דנתנה לספר לא מעל כולהו פליגי על אותה ברייתא וסברי שאין מעילה אא"כ אמר לו בפי' עכ"ל.

והנה הר"י קורקוס הולך בדרך פירש"י דכל השאלה כאן אם במה שנתן לו רשות להוציא הוי שלוחו או לא, וא"כ קשה מה הוכיח לסתור הברייתא מהברייתות דנתנה לבלן ונתנה לספר הא בנתינת מעות לשיטת הרמב"ם כל זמן שלא חזר בו הלוקח או המוכר קנה המוכר המעות והוי המעות כהלואה אצל המוכר, כמו שכתב הרי"ף בב"מ דף מ"ט וכן סובר הרמב"ם בפ"ז מהל' מכירה הל' ג', וכן כתבו התוס' בב"מ דף מ"ג בתי' ב' וכיון דשם קנו הבלן והספר לגמרי לא שייך לחייב הגזבר במעילה מדין שליח שעשאו שליח להוציא, ומה דסובר הרמב"ם דלא מעל הוא משום דסובר דמוציא מעות מרשות הקדש לא מעל עד שיהנה לפיכך לא מעל אא"כ קנה המקח, וכמש"כ הרמב"ם שם בפ"ו הל' ט' וכמש"כ הר"י קורקוס בנתנה לבלן דטעמא משום שנהנה, וא"כ מאי ראיה מייתי מהני ברייתות דפליגי אברייתא דמותרין ישתמש בהם, דמה דמחייבה הברייתא במעילה הוא משום שעשאו שליח להוציא וזה לא שייך אלא היכי שמוציא השליח המעות שהם עוד של הנותן, אבל לא בהא דבלן וספר שנתן להם המעות וכבר קנו אותם, ואיך שייך לומר שכשיוציאו יתחייב הנותן מדין שליחות.

לכן נראה דהרמב"ם אינו מפרש כפירש"י דמה דתניא אם מעל הגזבר דהוא משום דהוי שליח דודאי פשוט כדברי הר"י קורקוס דבזה שנתן לו רשות להוציא לא הוי בזה שליח להוציא, ומה דמעל הגזבר זהו משום דחייב משום הוצאה מרשות הקדש, דאף דלא קנה השולחני תיכף המעות בתורת הלואה כיון דקיי"ל דאינו חייב השולחני באונסין מ"מ במה שנתן לו רשות להוציא אמרינן דכשיקח השולחני המעות להוציאן אז קנה המעות בתורת הלואה כיון שנתן לו רשות על זה, וכיון דזה נעשה על ידי שהפקיד הגזבר אצלו ובמעשה הפקדון יש בזה נתינת רשות, א"כ עשה הגזבר עכשיו מעשה על לאחר זמן שיצא מזה הוצאה מרשות הקדש ולכן מעל, אבל זהו להך ברייתא, אבל הברייתות דנתנה לבלן ולספר סברי דאפי' מוציא ממש מעות הקדש לחולין לא מעל כל זמן שלא נהנה ולא קנה בהם חפץ, ולכן כאן גבי מעות מותרין ודאי דלא מעל כיון דלא נהנה כלום.

אלא שאנו צריכין לחלק דאף דגבי מעילה אמרינן דנתינת רשות מחייב ג"כ במעילה כיון דע"י מעשה שלו ורשותו הוציא, אבל גבי הלואה לא אמרינן כן דהלואה אינו אלא בדרך נתינה שיהיה שלו להלואה, ולא היכי שנותן לו רשות להוציא לכשירצה דאינו בדרך הלואה דדוקא במעילה דאם הוי מחייבינן מגדר מזיק מעות הקדש הוי

ודאי חשיב מעשה הפקדון ונתינת רשות מעשה שלכשיוציא המקבל ימעול הנותן, אלא דאיכא קרא כי יאכל פרט למזיק, אבל במוציא מעות הקדש לרשות אחרים דלברייתא זו חייב במעילה כיון דע"י מעשה הפקדון הוציא הנפקד נקרא מעשה הפקדון מוציא מרשות הקדש, אבל גבי הלואה בעינן הלואה ממש בדרך הלואה ולא בדרך נתינת רשות, ומפקיד אצל שולחני אינו אלא נתינת רשות להוציא כמו שפירש"י, וכן מוכח מדברי הרמב"ם שם בהל' ט' שכתב גבי המפקיד אצל בעה"ב שהרי אין לו רשות להשתמש בהם ובעל הפקדון לא הרשהו ומוכח דגבי מפקיד אצל שולחני אינו אלא נתינת רשות וכמו שפירש"י.

ועכשיו מבוארים דברי הרמב"ם שלא הזכיר שהשכיר לו להוציא דאם הי' משכיר לו בפי' להוציא הי' ודאי רבית דאורייתא ממה שישלם לו בעד זמן שאחר שיוציא, אבל אם השכיר לו סתם אף שניכרים הדברים דכונתו הוא שיוציא אח"כ מ"מ כיון שלא נתן לו להוציא לא הוי אלא נתינת רשות ולא הוי אלא אבק רבית אבל אבק רבית הוי, לא מיבעי אם השכיר לו סתם בפשיטא ליומא כדאיתא בגמ' אלא אפי' אם הי' משכיר לו בפי' לחודש דנתחייב בשכר בין יוציא בין לא יוציא מ"מ כיון דדין תשלומי שכירות בעד שימוש כלי או בהמה אפי' שכרה לזמן הוא דוקא כ"ז שהכלי או הבהמה קיים, אבל אם נאבד באמצע ימי השכירות אינו חייב השוכר לשלם, דהא במתה הבהמה פטור מלשלם שכר הדרך שלא הלך כמש"כ הרמב"ם בפ"ה מהל' שכירות, וא"כ אם הוציא המעות הרי המעות אינם בעין והוי כמתו, ומה דמשלם שכירות הוא בשביל הלואה שאף שלא הי' דרך הלואה מ"מ אבק רבית הוי וכמש"כ דלא גרע מדרך מקח, ואף דבנלקחה לעבודת המלך אם בדרך הליכה ניטלה חייב לשלם משום דמזלו דהשוכר גרם, וכ"ש כאן שבעצמו הוציא אבל זהו שם משום דיכול לומר לו הרי שלך לפניך והבהמה קיימת, אבל אם פשע בהבהמה ומתה נראה דאף דצריך לשלם לו בעד הבהמה אבל שכירות הדרך שלא הלך לא ישלם, וכן הוא כאן שאינו משלם אלא בעד השימוש בהמלוה וזהו רבית.

והנה לפימש"כ לא יקשה מזה מהתוספתא שהביא המ"מ דמשכיר אדם מעות לשולחני להתנאות בהם דקשה מה מועיל מה שאמר הלוה שהוא להתנאות בהם דהא עכ"פ הוא שולחני ולא גרע מפקדון דמותר לו להשתמש בהם, וא"כ לא יחזיר אותם המעות שלקח וכתב הרמב"ם דזה אסור ומשמע אפי' לשלם בעד הזמן שעוד לא הוציא, אך הבאור פשוט דהלכה זו שכתב הרמב"ם דהוא מהא דרב חמא הא לא מיירי ששכר להתנאות ושכר בסתם וניכרים הדברים ששכר שיהא בידו מוכנים כשיצטרך להוציא, וא"כ לא נוכל לומר דהוי כמו שמפרש לו שלא יוציא, ומשו"ה אסור להשכיר באופן זה ואסור

ליטול שכר אפי' על זמן שעוד לא הוציא, אבל בהא דהתוספתא כיון שמשכיר לו בפי' להתנאות לא נוכל לומר שיהי' לו רשות אח"כ להוציא מדין מפקיד מעות אצל שולחני, דהא אם יוציא יהי' אסור לבעל המעות ליטול ממנו שכירות המעות, וא"כ בודאי לא ניחא ליה שיוציא ואין לו רשות להוציא ומשום הכי מותר להשכיר.

פרק ו

הלכה ב

המלוה את חבירו לא ימשוך את עבדו כדי שיעשה בו מלאכה אע"פ שהעבד יושב ובטל, ולא ידור בחצרו חנם אע"פ שאין החצר עשויה לשכר ואין דרך בעל החצר להשכיר, ואם דר בה צריך להעלות שכר, ואם לא העלה ה"ז אבק רבית לפי שלא התנה עמו שילוהו וידור בחצרו, לפיכך אם עדיין לא החזיר לו חובו ובא לנכות שכר החצר שדר בה מן החוב אם היה השכר כנגד החוב אינו מנכה לו הכל אלא כמו שיראו הדיינים, שאם תסלק אותו בלא כלום הרי זה כמו שהוציא אותו בדיינין ואבק רבית אינה יוצאה בדיינין.

השגת הראב"ד. לפיכך אם לא החזיר לו חובו וכו' עד ואינה יוצאה בדיינין. א"א אין כאן מקום לשודא דדייני ואולי ר"ל מנכה לו כמנהג נכיית המקום, ולא נהיר שאם לא הורידו הוא לדירה אין כאן סלוק דהא ליכא תפיסה, ולא עוד אלא שיכול לתבוע כדין כל הדר בחצר חבירו בסתם שהוא מעלה לו שכר הרגיל לו, ואם לא תבעו ופרע לו את חובו משלם, כבר נתן לו רבית מאוחרת ושניהם באיסור וזה דרך אמת עכ"ל.

כתב המ"מ שדברי הראב"ד על חצר דקיימא לאגרא דבזה ודאי מנכינן ליה שכר הדירה כיון שלא הורידו ונכנס מעצמו, וזהו שכתב ולא עוד אלא שיכול לתבוע היינו דאפי' אם השכר דירה עולה יותר על החוב מוציאין ממנו, עכ"ד, אבל אינם מובנים דברי הראב"ד שמפרש דברי הרמב"ם אפי' בקיימא לאגרא ולא הורידו, וזה בודאי תימה ואין משמעות בדברי הרמב"ם כן, ואף שכתב אע"פ שאין החצר עשויה לשכר דמשמע כ"ש עשויה לשכר זה כתב על ולא ידור, אבל זה ודאי שאם החצר עשויה לשכר ודר בעצמו צריך להעלות שכר ומוציאין ממנו שאם יקח מלוה מעצמו מן הלוה אבק רבית בלא דעתו ודאי זהו גזל גמור ומוציאין בדיינין.

ונראה בדעת הראב"ד דבב"ק דף כ' בעי בגמ' בדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימא לאגרא, ואמר שם רב כהנא א"ר יוחנן דא"צ להעלות לו שכר, ובדף כ"א אמר רב הונא אמר רב הדר בחצר חבירו א"צ להעלות לו שכר משום שנאמר ושאי' יוכת

שער רב יוסף אמר ביתא מיתבא יתיב, ואמר דנ"מ דקא משתמש ביה בציבי ותיבנא, והקשה הרשב"א דכאן מוכח דדוקא משום שנהנה בעה"ב במה שדר בה, אבל בלא זה הי' חייב הדר, ומעיקרא בסוגיא מוכח דאפי' לא נהנה כיון דאינו חסר פטור הדר מדפריך ע"ז מהמקיף ומנטל אבן או קורה של הקדש והוצרך לשנויי משום דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת, וכתב הרשב"א דהני טעמא צריכי משום דאיכא קצת הפסד ע"י דריסת הרגל, לכן צריכי הני טעמי לסלק טעם ההפסד, ובש"מ כתב בשם רבינו ישעי' דהוא פלוגתא דאמוראי, ולפי"ז יש לומר דדעת הראב"ד דהוא מחלוקת וסובר דכיון דהגמ' הביא הני טעמי בסוף הסוגיא מוכח דהכי הוא מסקנא דסוגיא דצריך דוקא טעמא דניחא לבעה"ב ובל"ז חייב בזה נהנה וזה לא חסר.

ועוד יותר מוכח מהסוגיא בדף צ"ז דאמר רב התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור, ואמר בגמ' דזהו שלא בשעת מלאכה, וכמו הדר בחצר חברו שלא מדעתו דאין צריך להעלות לו שכר ופריך הכי השתא התם אי למ"ד שאיה יוכת שער אי למ"ד ביתא מיתבא יתיב ניחא ליה הכא מי ניחא ליה דליכחוש עבדיה ומשני ה"נ ניחא ליה דלא ניסתרי עבדיה, וחזינן מהסוגיא דשם דדוקא משום דניחא ליה ולכן סובר הראב"ד דכן הלכה.

ובזה נוכל לבאר דברי הראב"ד דודאי גם הוא מפרש דברי הרמב"ם בחצר דלא קיימא לאגרא ומ"מ כתב דכיון דנכנס מעצמו ומדין רבית אסור לו להניחו לדור בחנם, ולכן לא נאמר כאן דניחא ליה לבעה"ב, ואף דאיכא טעמא דשאיה יוכת שער או ביתא מיתבא יתיב, אבל הא חזינן דהני טעמא לא מהני לגבי דין רבית ולכתחלה אסור לדור בו בלא שכר, וא"כ גם בדיעבד כשדר בבית לא נאמר דניחא ליה, ומשו"ה צריך להעלות שכר ואף שכתב הרא"ש גבי הא דאמר בגמ' בדף ס"ח ע"ב רב עיליש גברא רבא ואיסורא לאינשי לא הוי ספי דמוכח מכאן דאבק רבית כי האי שאין הלוה מפסיד משלו ליכא איסורא ללות אלא משום לפני עור וכאן לא עשה הלוה מעשה מ"מ יש לומר דמשום זה גופא לא יהי' ניחא ליה שמטעם זה יפטר המלוה משכירות ויקח רבית, וגם בזה איכא לפני עור, ומבוארים ד' הראב"ד דמה שכתב ולא עוד אלא שיכול לתבוע בדין כל שכר החצר כדין כל דר בחצר חברו בסתם והיינו דכאן ליכא פטור משום דהחצר לא קיימא לאגרא כיון דלבעל החצר ודאי לא ניחא ליה שידור בחנם.

והנה כאשר עיינתי בהסוגיא בדף צ"ז ראיתי שכיונתי ב"ה לאמת בשיטת הראב"ד דסובר כדעת רבינו ישעי' דהוא פלוגתא דאמוראי דהרשב"א שם כתב וז"ל כתב הראב"ד ז"ל דדוקא דנחית לה בתורת שאלה דאי בתורת גזלנותא לא אמרינן ניחא ליה דלא

ליסתור עבדיה ובחצר נמי צריך להעלות לו שכר דלא אמרינן בגזלן ניחא ליה דליתיב ביתיה, ואין דינו של הרב מחוור דמ"מ אמר ליה מאי חסרתיך ותדע לך דהא אמרינן בפ' כיצד הדר בחצר חבירו שלא מדעתו א"צ להעלות לו שכר, והשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון מעלה שכר לשמעון ואקשינן תרתי ופרקינן הא דקיימא לאגרא הא דלא קיימא דאלמא דאע"ג דראובן גזלה משמעון ולוי שכרה מראובן ודר בה מחמת ראובן הגזלן אפ"ה כי לא קיימא לאגרא אין מעלה שכר לשמעון עכ"ל הרשב"א.

והנה ראינו מפורש מחלוקת הרשב"א עם הראב"ד כמו שכתבתי וזהו שכתב על דבריו שאינם מחוורים דמה בכך דלא ניחא ליה עכ"פ יטעון מאי חסרתיך והוא דהרשב"א לשיטתו דמעיקר דינא זה נהנה וזה לא חסר פטור, וכמו שכתב בדף כ"א ומה דצריך לטעמי דשאיה יוכת שער או ביתא מיתבי יתיב הוא רק שלא יהי' כאן חסרון של דריסת הרגל, ועל זה אמרינן דהני טעמי מסלקין החסרון, ולפי דבריו מפרש הא דאמר בגמ' בדף צ"ז לשון ניחא ליה אינו משום דניחא ליה ממש דהא מודה לד' הראב"ד דגבי גזלן לא ניחא ליה, אלא דלא מהני לחייבו משום דבמעשה זה לא ניחא ליה כיון דבעצם ניחא לו יותר שידורו בבית או גבי עבד שלא יתבטל וזה טוב יותר להבית ולהעבד, א"כ אין כאן חסרון של דריסת הרגל וכחישות העבד, אבל הראב"ד סובר מפורש משום דניחא ליה ממש בהאי עובדא וכיון דכאן לא הוי ניחא לי' לא אמרינן דניחא ליה וצריך לחייבו להדר בהבית או להעושה מלאכה בהעבד, ומה שהקשה הרשב"א מהשוכר בית מראובן ונמצא של שמעון כבר כתבתי דדעת הראב"ד כרבינו ישעי' דפלוגתא דאמוראי הוא אליבא דרב, ובזה מדוייק ביותר דברי רבינו ישעי' שכתב דפלוגתא דאמוראי הוא אליבא דרב ולכאורה בהא דרב במימרא קמא דאמר סתם אינו מעלה לו שכר אינו מוכח דאינו משום הני טעמי, והרשב"א הקשה רק מהא דפריך בגמ' מהמקיף ומנטל אבן או קורה של הקדש, אך מדברי הרשב"א כאן מיושב דמדמוקים בגמ' הא דבשוכר בית מראובן בחצר דקיימא לאגרא מוכח דבלא קיימא לאגרא פטור, אף שבא מכח גזלן ומשום דהגמ' סבר דבמימרא דרב דאמר בסתם א"צ להעלות לו שכר הוא בכל גווני.

ועכשיו מיושבים שיטות הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סובר כשיטת הרשב"א דלא תליא בהא אם ניחא ליה בהך עובדא אלא אם בעיקר הוא טוב לבית, והראב"ד לשיטתו דסובר דבעינן ניחא ליה ממש, וכמו דסובר דאם נחת אדעתא דגזילה צריך להעלות לו שכר ולכן גבי רבית לא אמרינן דניחא ליה וכמש"כ.

והנה הלח"מ כתב בדעת הראב"ד שדעתו כדעת רבינו אפרים דלא שייך לומר סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא אלא גבי משכנתא, ואף שכתב כן הב"י בסי' קס"ו אבל דבריהם

תמוהים דרבינו אפרים סובר דאפי' הורידו לדור בהבית לשם רבית רק שלא היה בתורת משכנתא לא אמרינן בזה סלוקי בזה אפוקי הוא כיון שאין הבית עומד בחזקת המלוה, כמש"כ הרא"ש וז"ל והר' אפרים חולק עליו בזה וכתב דלא אמר כל סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא אלא במשכנתא דהוי ברשותיה לגמרי דלא מצי לסלוקי ליה עד דיהיב ליה זוזי וכמי שגבה חובו דמי הילכך כל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא, אבל הלוהו דלאו אההוא ביתא אוזפיה ואי בעי מפיק ליה מההוא ביתא בלא זוזי לא אפוקי מיניה ומנכה ליה אגר ביתא, ומפורש בדברי הרא"ש דעיקר חילוקו של רבינו אפרים הוא בין אם הבית הוא במשכנתא אצל המלוה או לא, והראב"ד הא כתב להדיא בהשגתו שאם לא הורידו הוא לדירה, ועוד שכתב הרא"ש ויש מביאין ראיה לדבריו מהירושלמי חד בר נש אשאיל לחבריה דינרין אשרייה בגו ביתא א"ל הב לי דינראי אתא עובדא קמי ר' אבא בר ביזנא אמר ינכה ליה מה דהוי חזי למשרייה, ודחה אותו הרמב"ן דילמא ר' אבא בר ביזנא ס"ל כמאן דאית ליה לקמן סלוקי בלא זוזי לאו אפוקי מיניה הוא ואנן כרב אשי קיי"ל דאמר דחשיב אפוקי מיניה, ומפורש להדיא דבעובדא דירושלמי הורידו לדירה דהא אמר אשרייה בגו ביתא ומ"מ לשיטת רבינו אפרים מסלקין אותו, ואין לומר דאשרייה בגו ביתא בסתם שלא לשם רבית, דהא בזה אין ספק דמנכין ליה שכר דירה דהא לא אמר דביתיה הוי לא קיימא לאגרא.

איברא דהרשב"א בנדרים דף ל"ג הביאו שם הר"נ פי' ד' הירושלמי שהשרה אותו לדור בהבית בסתם שלא לשם רבית ומביא מכאן ראיה שהמשרה את חבירו בתוך ביתו סתם לא לשם מתנה נתכוין אלא לשכירות, אבל הרשב"א הלא אינו סובר כהרא"ש דזה שייך לדין רבית, אבל הרא"ש הא מפרש דהירוש' הוא מדין רבית וכן הוא דעת הרמב"ן, ובאמת פירושו של הרשב"א קשה דלפי"ז מה שייך להך עובדא בפ' איזהו נשך וראייתו של הרשב"א מדאמר לו הב לי אגר ביתא ולא נכה לי אגר ביתא אינו מובן דגם לפי פירושו הא תבע המלוה הדינרין, אלא דהרא"ש אינו גורס זה כלל וכן ליתא בירושלמי שלנו.

והנה אח"כ איתא בירוש' תני יש דברים שהן רבית ומותרין כיצד וכו' ואחר הברייתא איתא שם אמר ליה לית את צריך והב אגר כלים או אגר הכתפין אקולי וסב דינרך ר' לא אמר כנותן לו שכר רגלו ור' זירא אמר נעשה כמשכיר לו דירה ביוקר, ופי' הפ"מ דדברי הירוש' אלו שייכים לעובדא הקודמת מה שחייב ר' בא להמלוה לשלם שכר הדירה והוא טעם דלמה אין זה כמוציאין ממנו אבק רבית ולפי מה שפירש שם שהלוה הכניס להמלוה בסתם וכפירושו של הרשב"א אין שום מקום לדמות דין זה להא דאבק רבית אינה יוצאה בדיינין, וגם עיקר פירושו בדברי ר' לא ור' זירא אינם מתקבלים כלל. ע"ש.

והרידב"ז פי' באופן הפ"מ וגם פירושו תמוה ובעיקר בד' ר' זירא, דאם הכניסו לדור בפי' לשם רבית הא בחנם הכניסו, ומה מהני מה דאמר דעכשיו נעשה כמשכיר לו דירה ביוקר ואם הכניסו בסתם וכמו שכתב שם א"כ להרשב"א צריך לשלם ואינו שייך לאבק רבית ואם נתכוין בחנם א"כ קשה כמש"כ, וגם כל ההרכבה שלו מדין הוצאת אבק רבית לדין היתר בדין רבית משום דתלינן אין בזה דמיון.

לכן נראה דדברי הירוש' אלו אין להם שום שייכות לעובדא הקודמת ולא להברייתא והם שייכים לתחלת הל' ג' דאיתא שם ג"כ חד בר נש אשאיל לחבריה דינרין כמו בעובדא דידן ואמר שם א"ל סב שני דינרין אגרך ומה דאינון עבדין דילי ולך והפ"מ מפרש דהוא פירושא דמתני' דקתני אא"כ נותן לו שכרו כפועל ומלבד דבמתני' אינו חסר פירוש אין כונת מתני' שיקצוב לו מתחלה סכום מסויים אלא כפועל בטל בכל יום ובמה"פ חזר בו ואדרבא הקשה אמאי מהני דהא צריך כפועל בטל בכל יום, ומפרש דמיירי שיש לו עסק אחר, ועכ"פ חסר בהירוש' עיקר ההלכה וכי מחד בר נש נלמוד הלכה והול"ל שבא עובדא לפני חכם זה ואמר דמותר וגם לפי פי' הפ"מ דהוא פירושא דברייתא אין טעם ללשון חד בר נש דאין כאן לא פירוש ולא הלכה, ומזה מוכח דדברי הירושלמי הם התחלה לד' הירוש' הקודמים שבהל' א' ושם הוא הסיום וחסר וצ"ל אתא עובדא קמי ר' בא (וכמו בעובדא הקודמת, ומזה נעשה טעות המעתיקים) אמר ליה לית את צריך והב אגר כלים ואגר (כצ"ל) הכתפין אקולי וסב לך דינרין והיינו שנותן המעות אמר למקבל העיסקא שיקח שני דינרין בעד טרחו ולפי העובדא מוכח דלא הי' מושיבו כחנוני שצריך לעסוק בזה כל היום, אלא נתן לו דינרין לקנות סחורה כמו לקנות יין בזמן הבציר ויהיו אצלו עד זמן שהיין ביוקר וכה"ג ולא הי' שייך שיתן לו בעד כל הזמן כפועל בטל, ומשום זה קצב לו הנותן שני דינרין ועל זה אמר ר' בא שכיון שהשני דינרין הם בשביל היתר העסקא א"צ ליתן לו אלא שכר כלים ושכר הכתף שהביא, ואם הם יותר מהשני דינרין צריך להוסיף ואם הם פחות יקח לו השני דינרין ולא יתן אלא זה, ועל זה חלקו ר' לא ור' זירא דאם השני דינרין הם יותר לא יוכל ליקח חזרה השני דינרין, דנעשה כמו שנתן לו שכר רגלו ביוקר ור' זירא אמר דנעשה כמו שנתן לו שכר דירה שהסחורה היתה מונחת ביוקר, והכל אחד, אלא שכל אחד אמר בלשון אחר והעיקר שכיון שכבר אמר שני דינרין לא אמרינן שהוא טעות וא"צ ליתן אלא מה שמחוייב ע"פ דין עיסקא.

והנה במה שכתב הרמב"ם אינו מנכה לו הכל אלא כמו שיראו הדיינין שכתב ע"ז הראב"ד אין כאן מקום לשודא דדייני ואולי ר"ל מנכה לו כמנהג נכיית המקום, פירושו של הראב"ד אינו אלא לשיטתו בעצמו דסובר דמשכנתא בנכייתא באתרא דלא מסלקי

מותר, ושייך לומר כמנהג נכיית המקום, אבל לשיטת הרמב"ם דסובר דגם באתרא דלא מסלקי אינו מותר בנכייתא אלא בשדה ולא בחצר, ומבואר כל זה בב"י סי' קע"ב א"כ קשה לפרש דקאי על מנהג נכיית המקום, ואולי הנכיות שמנכין מהקרן בשדה כן נשער כאן בחצר, אלא שאינו דומה בשדה שאין השכר ברור אפשר שהנכייתא הוא בשיעור פחות כיון שהמלוה אינו בטוח שיהיו לו פירות, אבל בחצר שהשכר ברור ובטוח להמלוה צ"ל שיעור הנכייתא גדול יותר, אלא דאפשר כמש"כ הרמב"ם בפ"ז הל' ה' ומ"מ קשה כיון שלא כתב כן כאן.

ונראה לפרש ד' הרמב"ם באופן אחר דמה דאמרינן דחצר דלא קיימא לאגרא אם דר בה שלא מדעת בעלים פטור, הטעם הוא לשיטת הרמב"ם דסובר כשיטת הרשב"א משום דאומר לו מאי חסרתיך וכמו שכתבנו, ולכן אם דר בה מי שהלוהו כיון דעכ"פ הוא נהנה יש כאן רבית דרבנן, אבל אם המלוה הדר בה משלם סך שכירות כזה שהיו הבעלים משכירים לו לכתחלה אפי' אם לא הלוהו צריך להיות מותר דאין כאן אגר נטר כלל, וכבר כתבו התוס' בד"ה אבל חצר דמדעתו מותר בדבר שהי' עושה גם לאחרים, וא"כ זה ודאי דבחצר דלא קיימא לאגרא אם הי' מבקש ממנו שישכיר לו בפחות אפי' אם לא הי' מלוה לו הי' משכיר לו, ולכן סובר הרמב"ם דזהו השיעור שיראו הדיינין וכשמשלם לו שיעור זה כבר ליכא רבית, וכל זה הוא לשיטת הרמב"ם דאינו מפרש טעמא דפטור בזה נהנה וזה לא חסר, משום דניחא ליה באמת במעשה זה ונוכל לפרש דהפי' ניחא ליה דאמר בב"ק דף צ"ז היינו דבדיעבד שדר בה הי' ניחא ליה דכנגד היזק דדריסת הרגל יש לו ריוח שלא יופסד הבית ע"י שאין דרים בו, אבל מ"מ אם הי' בא אליו אחד לבקשו שירשהו לדור בו אפשר שלא הי' מניחו שהי' אומר לו כיון שאתה צריך לדירה, למה לא תשלם שכר דירה, ובזה משערין הדיינין שגם בשיעור פחות היה מתרצה להשכיר לכתחלה, אבל הראב"ד מפרש ניחא ליה דניחא ליה ממש, וגם לאחר היה מתרצה ומ"מ אם דר בו המלוה מיחזי כרבית כיון שנהנה, וא"כ לא מהני מה שהי' משכיר לו בפחות כיון שעכ"פ המלוה נהנה, וזה ודאי דמה שכתב הרמב"ם כמו שיראו הדיינין זהו אם ישאר קצת מהחוב אבל אם לפי אומד שלהם לא ישאר מהחוב ע"כ צריכין להשאיר קצת כמבואר בדבריו שא"א לסלקו בלא כלום.

והנה לפימש"כ לא שייך לומר כמו שיראו הדיינים אלא כאן גבי חצר דלא קיימא לאגרא, אבל בכל אבק רבית לא שייך זה ובפ"ז הל' א' גבי משכנתא שאכל פירותיה כתב רק כמו שכתב כאן דאין מסלקין אותו בלא כלום שאם תסלק אותו בלא מעות ה"ז כמי שהוציא ממנו בדיינין, ולא כתב אלא כמו שיראו הדיינים, אבל לפימש"כ נוכל

לומר דבאמת שם אין שיעור כמה שלא לנכות מהחוב וצריך להשאיר מעט, והרשב"א בתשובה הביאו הב"י בסי' קס"ו חולק על הרמב"ם במש"כ שמנכה כמו שיראו הדיינין, וכתב שלפי סברתו הו"ל לומר שינכה הכל חוץ מדינר או אפי' פחות מדינר כדי שלא נסלק אותו לגמרי וכל שאתה נותן לו אפי' פרוטה לאו אפוקי הוא, ע"ש שהאריך ואולי יש לומר דכיון שצריך להשאיר קצת חוב, לכן אפשר שצריך להשאיר סך כזה שדרך ללוות, וכבר כתבתי דבהשיעור כמו שיראו הדיינין נכלל ג"כ שישאירו קצת חוב שלא לסלקו בלא כלום, ואף דלפי"ז נוכל לומר דזהו כונת הרמב"ם במש"כ כמה שיראו הדיינין ולא לחלק בין חצר דלא קיימא לאגרא למשכנתא, מ"מ כיון דגבי משכנתא לא כתב כן נראה יותר כמש"כ, ועוד דלפי"ז יהי' שיעור קצוב כללי כמה הוא השיעור הפחות בחוב וכמו שיראו הדיינין משמע דשמין בכל עובדא בפ"ע וע"כ כמש"כ.

ובעיקר שיטת הרמב"ם דמה דאמר בגמ' סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא היינו שאין מסלקין אותו בלא כלום כבר כתב המ"מ דרש"י מפרש שאין מנכין לו כלל והרשב"א בתשובה הנ"ל כתב וז"ל והרב ז"ל סבר דוקא סלוקי בלא זוזי כלל הוא דאמר רב אשי דאפוקי מיניה, אבל אם נשאר בידו קצת לא כאפוקי הוא, ואינו נכון דמ"מ כל מה שאתה מנכה מחובו ומסלקו ממנו אתה מוציא ממנו עכ"ל, ובאמת דברי הרמב"ם צריכים באור כיון דאבק רבית אינה יוצאה בדיינין למה מנכין מחובו אפי' פרוטה דהא הוי הוצאת אבק רבית בדיינין.

והנראה בזה ומקודם נבאר דלא בכל אבק רבית סובר הרמב"ם כאן דהרשב"א בתשובה זו כתב עוד על מה שכתב הרמב"ם כן כאן גבי חצר דלא קיימא לאגרא וז"ל, מה שאמר שאם עדיין לא החזיר לו חובו שמנכה לו אין הכל מודים לו בדינו, ואפי' באבק רבית דעלמא וכ"ש בזה שאינו אלא דמיחזי כרבית עכ"ל, ולפי"מ שבארנו בשיטת הראב"ד שהשגתו הוא על חצר דלא קיימא לאגרא נמצא דהרשב"א חולק להיפוך מהראב"ד, דהראב"ד סובר דכיון שנכנס מעצמו והלוה לא הורידו גובה ממנו השכר אף דלא קיימא לאגרא ואפי' אם עולה השכר יותר מכדי חובו והרשב"א סובר להיפוך דאפי' מחובו אין מנכין לו גם באבק רבית וכ"ש כאן דאינו אלא מיחזי כרבית, ולפי"מ שבארתי למעלה דהראב"ד והרשב"א הולכים לשיטתם דהראב"ד דסובר דבעינן ניחא ליה ממש בהך עובדא ובלא ניחא ליה חייב בזה נהנה, וסובר דחייב בנחת אדעתא דגזלנותא, ולכן סובר כאן דחייב מדינא כיון דכאן משום רבית לא ניחא ליה, אבל הרשב"א דסובר דלא בעינן ניחא ליה ומשום מאי חסרתיך פטור מדינא לכן סובר שאינו מנכה לו כלל, אבל הרמב"ם לא כתב הך דינא דמנכין לו כנגד האבק רבית שלקח, אלא כאן גבי חצר דלא קיימא

לאגרא, ובריש פ' ז' גבי משכנתא, והנה עיקר סוגיית הגמ' בדין סלוקי בלא זוזי הוא גבי משכנתא, אבל גבי חצר דלא קיימא לאגרא לא הוזכר מזה, רק הרי"ף כתב שם דאין מנכין שיעור חובו, ומפרש הרמב"ם דאין מנכין כל שיעור חובו, אבל מ"מ הי' להרמב"ם לכלול בכאן כל דין אבק רבית, כיון שגם דין זה לא נזכר בגמ'.

לכן נראה דגם הרמב"ם מודה דאם לקח המלוה אבק רבית שנתן לו הלוה דודאי אינו מפסיד חובו כלל דכל פרוטה שנפסידו מחובו נקרא הוצאה בדיינין וכמש"כ הרשב"א, ומה דמפרש גבי משכנתא דסלוקי בלא זוזי היינו בלא זוזי כלל, משום שהלוה לא נתן להמלוה הרבית בידים אלא משכן לו השדה, והמלוה אכל אח"כ הפירות שגדלו בשדה, והנה בריש תמורה ילפינן מקראי בין למ"ד רבית קצוצה יוצאה בדיינין בין למ"ד אינה יוצאה, ובסוגיא דידן יליף בגמ' דיורש אינו מחזיר רבית קצוצה מקרא דוחי אחיך עמך לדידיה אזהר רחמנא, לבריה לא אזהר רחמנא, ועכ"פ מוכח מקראי דאפי' למ"ד יוצאה בדיינין אין רבית כדין גזל, אבל מ"מ זה נראה פשוט דהלוה לא נתחייב ע"פ דין לשלם הרבית דנימא דיש חיוב ויש איסור דכיון דיש איסור ליתן הרבית ודאי לא נתחייב.

איברא שהמל"מ בפ' ח' כתב בדין מי שנתן חפץ על חוב שהוא חייב ואח"כ נודע שטעה ולא הי' חייב, אם המקבל צריך להחזיר החפץ או רק מעות, ולכאורה יש ראיה מהא דנתן גלימא בשביל ד' זוזי רבית דאמר אביי ד' זוזי מפקינן מיניה דלא לימרו גלימא דמכסי ביה דרביתא הוא, וכתב ע"ז המל"מ דלא דמי שזה הרבית חוב הוא שנתחייב הלוה וחייב לשלם, אלא שהתורה גזרה שאף שנתחייב שלא יקח ולכן אם מכר בדמי הרבית המקח קיים, אבל כשהי' טעות בחוב א"כ הוי טעות גם במכירת החפץ, ועפי"ז כתב האבני מלואים בסי' כ"ח ס"ק כ"ב דזהו דאמר בגמ' גבי המקדש בהנאת מלוה דפריך אי דאזקפה ואמר לה ארבע בחמשה היינו רבית מעלייתא ועוד היינו מלוה משום דבאמת הוא חוב אף שאינו יכול לתבעו שהתורה אסרה, אבל לדעתי נראה דא"א לומר כן דבאמת נתחייב ונעשה חוב אלא שהתורה אסרה ליקח הרבית, דחוב אינו דבר בפ"ע אלא מה שמחוייב ע"פ דין התורה לשלם, וכיון שע"פ ד"ת אסור ליתן רבית א"א שיהי' חייב ברבית, ובדינו של המל"מ אפשר לומר כדבריו גם אם נימא דליכא חוב, אלא דכיון שהוא עכ"פ קצץ ליתן רבית ולולא איסור התורה הי' חייב א"כ הוא שנתן החפץ בשביל הד' זוזי רבית שקצץ כונתו למכור הגלימא בשביל הד' זוזי וכיון דרבית אינו כגזל דהא בנו אינו חייב לשלם, ורק הוא צריך להחזיר משום וחי אחיך עמך אינו צריך להחזיר הגלימא מעיקר הדין, אבל היכי שנודע שהי' טעות בהחוב א"כ ממילא הי' טעות גם בהמכר כיון שלא הי' צריך כלל ליתן החוב.

אכן מה שהוכיח האבני מלואים מהא דפריך הא רבית מעלייתא הוא ופירש"י ואמאי קרי לה הערמת רבית, וכן מהא דפריך ועוד היינו מלוה דקשה דתיפוק ליה דלא הוי מלוה כלל דאין האשה חייבת בדינר החמישי, ומזה הוכיח הא"מ דבאמת הוי חוב ושייך לקדשה בזה, הנה לכאורה כמו שאם קצץ דינר בדמי רבית, ואח"כ נתן חפץ בשביל הדינר אמרינן דקנה המלוה החפץ אף שנתנו בשביל הרבית, ה"נ גבי קדושין כשנתקדשה ומקנית עצמה להמלוה כדי לשלם הרבית, אף שמן הדין אינה חייבת לשלם רבית אבל היא הרי רוצה ליתן רבית ובזה מקנית עצמה אליו, ובס"ק כ"א מביא הא"מ שם דברי הרשב"א בחדושיו שכתב וז"ל ואיכא למידק מ"ש ד' בה' דקא יהיב לה האי טופיינא בקדושין, ומ"ש כי ארווח לה זימנא בקדושין, הכא והכא איתתא הו"ל כרבית מעלייתא אטו מאן דארווח זימנא ושקל דינר מי שרי וי"ל כיון דגופה ממש לא קני לא הוי רבית, אלא שאסור משום הערמת רבית, אבל כי קצץ ד' בה' ובדמי האי דינר של רבית קא שקיל לה הוי רבית מעלייא דהו"ל כמאן דשקל פחות משו"פ בדמי האי דינר ורבית מעליא דהא אחשביה איהו בדינר כן תי' הראב"ד עכ"ל, ומה שכתב פחות משו"פ צ"ל דהיינו חפץ שאפשר לשום אותו ואמרינן שהוא שם אותו ביוקר, אלא דהוא דלא כד' הר"נ בקדושין דף ו' גבי לדידי שוי לי, עכ"פ בזה שנתקדשה אליו לשלם קציצת הרבית כמו דאפשר למכור חפץ בדמי הקציצה ה"נ אפשר לה להתקדש, אבל באמת אינו מיושב ולא דמי לחפץ דגבי חפץ הא משך המלוה החפץ בדמי הדינר שקצץ לו רבית, אבל גבי אשה כשאנו רוצין שתתקדש לו בדמי הרבית אפי' אם היה אפשר להתקדש במלוה הרי הוא משום דיש עליה חוב מן התורה לשלם, אבל גבי רבית אף שקצצה לו אבל הא ליכא חוב ובמה תתקדש.

אלא דמ"מ נראה דכיון שהוא רחוק מאוד בסברא דאיכא חיוב רבית אלא שאסור ליתן וליקח, לכן נ"ל דאין להוכיח כן מהך פירכא דפריך אי דאזקפה, דכיון דהגמ' פריך שתי פרכות חזקות דא"א לאוקמי דאזקפה ואמר לה ארבעה בחמשה, והיינו דאפי' אם היינו אומרים דשייך לקדש בקציצת הדינר החמישי דכיון שהיא רוצה לשלם לו מה שקצצה ומתקדשת אליו, בזה מהני הקדושין אם היה אפשר להתקדש במלוה מ"מ פריך שפיר שתי פרכות, חדא דרבית מעלייתא הוא והיינו דאם היה אפשר להתקדש בזה הי' נחשב רבית קצוצה כמו שהסביר הרשב"א כיון שהיא מתקדשת בשביל הדינר שקצצה לו, ועוד פריך שפיר ועוד היינו מלוה דעכ"פ לא עדיף ממלוה דאינו כסף בעין, אלא שמתקדשת בשביל הדינר שקצצה לו, והאמר המקדש במלוה אינה מקודשת, ולכן אין להביא ראיה ממה דלא פריך דהוא גרע ממלוה כיון דליכא חיוב מן הדין משום דאפשר היה סברא

דכיון שהיא רוצה להשלים מה שקצצה גם בזה אפשר להתחייב, וא"כ למה נעמיק כ"כ בזה ולהמציא מזה מה שאינו מתקבל כלל בסברא כיון דאינו לדינא, והגמ' פריך שפיר מעיקר דברי אביי דהא אמר המקדש במלוה אינה מקודשת.

אלא דבזה ודאי נכונים דברי האבני מלואים שהאריך שם לבאר דהמלוה קונה הרבית, ואם נתן חפץ ברבית קונה החפץ וא"צ להחזיר אלא מעות מקרא דוחי אחיך עמך, ובזה מיושב מה דאמר רבא דמאן דמסיק תריסר זוזי דרביתא בחבריה ואגר ליה חצר דמתגריא בעשרה בתריסר כי מפקינן מיניה תריסר מפקינן מיניה משום שקבל המלוה דירת החצר בשנים עשר זוז שכן שם אותו, ואין להוכיח מכאן דבאמת נתחייב בהי"ב זוז, אלא שקבל בדירת החצר קציצת הרבית, וכיון שכל רבית חפץ קונה המלוה החפץ וע"ז אמרה תורה וחי אחיך עמך שיחזור המעות, ה"נ נתפס על דירת החצר דמי הקציצה וחייב בי"ב זוז מוחי אחיך עמך.

ונראה דאפי' גבי אבק רבית אם קצץ לו אבק רבית לא נגמר ע"י הקציצה חיוב על הלוה או זכות למלוה דלא אמרינן אלא דאבק רבית אינה יוצאה בדיינין, אבל שישיג המלוה זכות או הלוה חיוב ע"י קציצה זה א"א כיון דאי אתו לדינא לא אמרינן ללוה שיתן אבק רבית לא נגמר ע"י הקציצה זכות וחיוב, ועכשיו גבי משכנתא לא קנה המלוה בהשדה אלא זכות משכון שאין רשות ללוה להוציא ממנו השדה כל זמן שלא ישלם לו חובו, אבל לגבי זה שיאכל המלוה הפירות אין זה אלא קציצה על רבית, אכן אי אפשר לומר כן גבי משכנתא דהא כתב הרמב"ם בהל' ז' דבמשכנתא גמר והקנהו הגוף לפירות, א"כ כבר קנה הפירות כמו שקנה כשנתנו לו האבק רבית, ולפי"ז צריך טעם גם על שיטתו של רבא דסבר אכל שיעור זוזי מסלקינן ליה.

וראיתי שהריטב"א בש"מ הקשה על הא דאמר רבא ולא מחשבינן משטרא לשטרא דמ"ש משטר זה או משטר אחר, וכתב דרבא סבר דכיון דאכל סתם מחשבינן כל מאי דאכל מקרנא מה שאין לומר כן על חוב אחר שיש לו דודאי לאו מההוא אכל, ורב אשי סבר דודאי אפי' בהא נמי אנן סהדי דפירא אכל, ולכן לא מנכינן ליה מידי אפי' מקרנא דהאי שטר והלכה כמותו עכ"ד, וכתב עוד והוא מדברי הרמב"ן דגם לדידן יכול הלוה למחות קודם שיאכל המלוה הפירות שלא יאכל פירות וב"ד חייבין למחות בידו, ואם אכל אח"כ משלם מדין גזל.

ולכאורה א"א לומר כן לד' הרמב"ם דכיון שכתב שגמר והקנהו הגוף לפירות א"כ כשגדלו הפירות הם שלו ולמה יוכל הלוה למחות, ואף שהרמב"ן כתב ג"כ בזה על באתרא דלא מסלקי דמסלקינן ליה מלאכול פירי בתורת רבית ולסלוקי לגמרי א"א דהא

מיקנייא ליה, אבל כונת הרמב"ן יש לומר דהוא על השדה שקנויה לו למשכנתא, אבל לא שקנה אותה לפירותיה, אבל הרמב"ם הא כתב שהקנהו הגוף לפירות, אך מדברי הרמב"ם בהל' ח' מוכח דבסתם משכנתא היכי דאסורה אפי' לאחר שעשה המשכנתא אסור להמלוה לאכול הפירות, וקשה דכיון שכבר קנה הגוף לפירות וכשגדלו הפירות הם שלו אמאי אסור למלוה לכתחלה לאכול הפירות.

ולכן ע"כ צ"ל דאף שהרמב"ם סובר דבמשכנתא הקנהו הגוף לפירות מ"מ כשבא לאכול הפירות הוא עושה מעשה לאכול אבק רבית, ולא דמי לדאמרינן דאבק רבית אינה יוצאה בדיינין דזהו להוציא ממנו מעות שלו ממש, אבל אסור לו ליקח לכתחלה הפירות שגדלו בהשדה דעכ"פ הם רבית, ולכן נוכל לומר גם לדברי הרמב"ם כדברי הריטב"א בטעמא דרבא דאכל שיעור זוזי מסלקינן ליה, ולא מחשבינן משטרא לשטרא, אך בזה ודאי לא יסבור הרמב"ם דמהני מחאת הלוה באופן שאח"כ יוציאו ב"ד מהמלוה הפירות שיאכל, וגם הרמב"ן בסוף דבריו כתב דנ"ל שאין מוציאין.

ולפי"ז נראה דהרמב"ם סובר דגם רב אשי אינו חולק על רבא בהא דסבר דאמרינן דאכל על הקרן אלא דכמו לרבא אכל טפי לא מפקינן מיניה, משום דאמרינן דעל דעת זה לא אכל שישלם משלו דבודאי אכל על חשבון המשכנתא, אלא שאנו אומרין שאכל על הקרן דאינו צריך להוציא ממון, ומשום דגם בזה לא דיינינן באבק רבית להוציא לומר שאכל על מנת לשלם משלו, ה"נ סבר רב אשי דמחשבינן רק לנכות מהקרן באופן שישאר קצת חוב שתשאר השדה בתורת משכנתא. אבל אם אכל שיעור זוזי ונבוא לסלקו לגמרי הרי אנו מוציאין ממנו השדה שהוא מוחזק בה בתורת משכנתא ואמרינן דע"י זה ודאי לא נתרצה שיסולק בלא כלום וב"ד אין חושבין כן באבק רבית ואמרינן דבסוף אכילת הפירות אכל על חשבון פירות כמו דסבר רבא דאין מוציאין ממנו משלו, ולכן זהו מה דסובר הרמב"ם פי' דברי רב אשי סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא דאין מוציאין אותו לגמרי מהשדה שיפסיד זכות המשכנתא לגמרי, והרמב"ם מפרש כן בדברי הרי"ף במה שכתב גבי חצר דלא קיימא לאגרא דלא מחייבינן ליה לנכויי שיעור אגר ביתיה משום דרב אשי דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא.

ובאופן זה נוכל לבאר שיטת הרמב"ם כאן גבי חצר דלא קיימא לאגרא, דכבר כתבנו דשיטתו כשיטת הרשב"א דלא בעינן ניחא ליה ממש בהך עובדא ומשו"ה אין מוציאין ממנו השכר אלא דמ"מ סובר דמנכינן ליה מחובו והוא משום דכשדר בחצר חבירו כיון דאפי' היה חייב שכר שכירות אינה משתלמת אלא בסופה, וכאן לא היה שום קציצה שידור בהבית, וא"כ אין לנו כלל אומדנא באיזה אופן נכנס בהבית ורק משום דבאמת

מעיקר הדין פטור הדר בחצר דלא קיימא לאגרא משום טענת מאי חסרתיך, אבל כאן דאסור למלוה לדור בו משום מיחזי כרבית א"כ אפשר דעכשיו בעת שבאו לדין הוא כמו לכתחלה דעכשיו הוא השאלה אם חייב לשלם או לא ואם ישלם שכר הדירה לא יעבור על מיחזי כרבית, ולכן למד הרמב"ם משם מדין משכנתא כיון דשם ג"כ אנו יכולין לומר דאכל פירות לשם קרן על כל החוב משום דין אבק רבית, ומ"מ מחלקינן דלנכות מן החוב לא נראה כהוצאת אבק רבית בדיינין, ולכן אמרינן דגם המלוה לא אכל לשם רבית ורק לסלקו בלא זוזי לגמרי אמרינן שודאי לא נתרצה, ה"נ כאן דאף שאנו יכולין לומר דנדין עכשיו דין זה כמו שבא לדור לכתחלה מ"מ יש חילוק בין לנכות חלק החוב ובין לסלקו בלא כלום, דלנכות חלק מהחוב כנגד שכר הדירה אנו אומרים דהוי כמו לכתחלה כיון שלא אמר בפי' שרוצה לדור בחנם, אבל להוציא ממנו שכר דירה או אפי' לסלקו מן הבית בלא כלום אין אנו מוציאין, ואמרינן דלא ירד לדירה ע"מ לשלם מביתו או להסתלק בלא כלום כיון דהחצר לא קיימא לאגרא, ואף דכמו שם גבי משכנתא לא מחשבינן משטרא לשטרא כיון דלא ירד אלא על דעת שטר משכנתא זו, א"כ כאן בדר בחצר חבירו הא לא שייך מעיקרא החוב להדירה, מ"מ יש לומר דדוקא שם דלהדיא ירד על דעת משכנתא זו אין מחשבין על חוב אחר, אבל הכא דבסתם ירד לחצר חבירו והוא חייב לו אפשר לחשוב שדר על חשבון החוב ומשו"ה מנכין לו מן החוב, אלא דאין מסלקין אותו בלא כלום.

והנה כבר כתבנו דהרמב"ם לא כתב כפי אומד הדיינים אלא כאן גבי חצר דלא קיימא לאגרא, ולא שם גבי משכנתא, ובארתי הפי' דלפי אומד הדיינין דאם הדיינין ישומו סכום כזה שהי' מרוצה גם אדם אחר להשכיר בזה הא ליכא דין אבק רבית גבי מלוה, אבל כל זה שייך גבי חצר דלא קיימא לאגרא דלשלם שכר דירה שהי' מרוצה גם אדם אחר לא הוי רבית גם לגבי המלוה ומצויים עוד חצרות כאלו, אבל גבי משכנתא אין מקום לשום דהא שדה זו קיימא שהבעלים יאכלו הפירות, ומה שישומו הדיינין דעל זה הי' הלוה ודאי מרוצה זה לא מהני כלל, דאפי' הלוה מרוצה לגמרי אסור למלוה ליקח רבית, ולכן לא כתב הרמב"ם רק דאין מסלקין אותו בלא כלום, וכן כתבנו דהרמב"ם לא כתב דין זה גבי סתם אבק רבית דהיכי שנתן הלוה להמלוה אבק רבית ממש כגון שנתן לו אחר ההלואה שלשיטתו הוא אבק רבית כיון שנתן לו והמלוה זכה לשם רבית בודאי אין מנכין זה מהקרן.

הלכה ג

הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצירי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת הלואה שנאמר לא תתן לו בנשך.

השגת הראב"ד. הורו רבותי שהמלוה את חבירו עד שנאמר לא תתן לו בנשך. א"א חיי ראשי לא יפה הורו שאם הגיע זמן הפרעון וארווח ליה זימניה משום ההיא דירה כשעת מתן מעות דמיא וקדושין יוכיחו עכ"ל.

המ"מ כתב דמחלוקתם הוא בסברא ואין לזה ראיה מן הגמרא, ולכאורה הרי הביא הראב"ד ראי' במה שכתב וקדושין יוכיחו, אך יפה כתב הלח"מ דהראב"ד לטעמיה דמפרש הא דבהנאת מלוה מקודשת ואמר בגמרא כגון דארווח לה זימנא שהוא הרווחת זמן אחר ההלואה והרמב"ם לטעמיה שמפרש בשעת הלואה, אלא דבאמת ראית הראב"ד צריכה ביאור אפי' לפי שיטתו דמאי ראיה מזה דאפשר להתקדש בהרווחת הזמן ומשום דחשבינן לזה כמו נתינה כיון שהיא נהנית בהרווחת הזמן, וכמו שכתב שם הראב"ד בפ"ה מהל' אישות הל' ט"ו וז"ל כגון שהגיע זמן המלוה ומעות בידה מזומנים לפרוע והיא היתה נותנת מיד ברצון דינר למי שמאריך לה הזמן חודש אחד והאריך לה בשכר הקדושין, לדון מזה דחשיב רבית קצוצה דעכ"פ לא היה הקציצה בשעת ההלואה, וכתיב את כספך לא תתן לו בנשך.

והנה כבר בארתי בפ"ז מהל' מכירה דהראב"ד בהל' אישות אינו מפרש כפירש"י אף שמהמ"מ שם משמע שהוא מפרש כפירש"י דהא הרשב"א שם פי' כפירש"י והשיג על הראב"ד והחילוק הוא דרש"י מפרש דהקדושין הוא במה שיש לה הנאה מהרווחת הזמן, אף שאין כאן נתינה כיון שהמלוה אינה בעין, וכתב שם רש"י וכ"ש אם מחל לה כל המלוה ואמר לה התקדשי לי בהנאת מחילה זו, אבל הראב"ד שם כתב ומעות בידה מזומנים לפרוע והיינו דהוי כאילו הם בעין, והרשב"א הוסיף דכיון דבע"כ יכול לגבותה הוי כאלו גבאם, ועל זה כתב הרשב"א דאינו מחוור דכל שלא גבאם ממש מלוה היא ויכולה לפרעו באחרים ומלותו של זה אינה בעולם, אבל נראה דאין כונת הראב"ד דמעות בידה הוי כאלו גבאם, אלא דכונת הראב"ד דלא צריך דוקא לכסף בעין, אלא כיון שהרויח לה הזמן להשתמש בהמלוה ואינה צריכה לפרוע עד זמן פלוני זה גופא מיקרי נתינה דהוא זכות, וכל שנותן לה זכות הוי כמו נתינת כסף, אלא דצריך שיהי' לה מעות משום דצריך שיתן לה זכות בדבר מסויים, אבל אם יש לה מעות ואינה צריכה לפרעם מיקרי שנתן לה זכות בדבר מסויים אף שעכשיו עוד המעות שלה.

עוד בארתי שם שחולקים הרמב"ם והראב"ד בגדר זכות הרווחת הזמן, דהרמב"ם סובר

דאם מלוה על חודש הוי נותן זכות ההרוחה בהכסף בעין שהוא מלוה, ולכן אפשר לקדש בשעה שהוא מלוה לה רק בתנאי שילוה על זמן, ולא אם ילוה באופן שיכול לתבוע כל שעה, דאז הנאת ההלואה מצטרפת בצירוף זמן התשמיש אחר ההלואה, ובאופן זה אינה מקודשת אבל הראב"ד סובר דהזכות להשהות המלוה אינו בהמעות שמלוה כיון שאותם המעות קונה הלוה לגמרי ונעשים שלו, וע"כ דהזכות הוא בהמלוה והיינו בהמעות שאינם בעין, ולכן סובר דשייך ליתן זכות זה גם אחר ההלואה.

ועכשיו נבאר דאין כונת הראב"ד כאן לומר דגם אחר ההלואה הוי כמו כסף בעין, וקרינן בזה את כספך לא תתן לו בנשך, אלא דסובר דבעינן רק גדר הלואה, ונתינת זכות להשהות ההלואה על זמן נקרא ג"כ הלואה, וראיה לזה דהא כאן לא הצריך הראב"ד שיהיו בידה מזומנים לפרוע, אלא אם הגיע זמן הפרעון, ועוד מוכח כן מלשון הראב"ד שכתב כשעת מתן מעות דמיא, וקשה שהיה לו לכתוב כמתן מעות דמיא ולשון כשעת מתן מעות לא מצינו אלא גבי ערב דבשעת מתן מעות מתחייב, אבל לפי"ז כתב הראב"ד בדיוק כשעת מתן מעות, ומשום דדין רבית קצוצה צריך שיהי' בגדר התחייבות שאלמלי אסרה התורה היה חייב הלוה לשלם וזה מה דתלי רב ספרא דין רבית קצוצה בדין כל שבדיניהם מוציאין וקשה דאיזה טעם הוא לתלות בדיני עכו"ם, אלא דעיקר הכונה היא אם בדיניהם מוציאים היינו שלולי איסור רבית היה אפשר להתחייב בהקציצה ואינם דברים בעלמא, ולכן זהו שדייק הראב"ד לומר כשעת מתן מעות דמיא והיינו שאפשר להתחייב בקציצה זו לולי איסור ריבית משום דהרוחה היא נתינת זכות ואפשר להתחייב בשביל זה, אלא דמ"מ הצריך דוקא שהגיע זמן הפרעון שאז כבר חייב לשלם ואז הוי נמי כמתן מעות במה שאין עליו עכשיו לשלם אבל אינו סובר דצריך דוקא מעות בעין, ומבואר דמה שכתב קדושין יוכיחו היינו דאפשר להתחייב עבור הרוחת זמן דלא נימא כיון דעכשיו לא נתן לו מעות א"א להתחייב בשביל זה הוי כמו נתינה וממילא הוי רבית, ועיין בפ"ז מהל' מכירה שהארכתי הרבה בשיטת הרמב"ם והראב"ד וביאורים בהסוגיא.

הלכה ד

המלוה את חבירו על השדה ואמר לו אם לא תחזיר לי מכאן עד שלש שנים הרי הוא שלי הרי זה לא קנה מפני שהיא אסמכתא, לפיכך מנכה כל הפירות שאכל מפני שהוא רבית של תורה, אבל אם אמר לו המוכר אם לא אחזיר לך עד ג' שנים קנה אותה מעכשיו והביא לו בתוך שלש אין לו פירות הביא לו לאחר שלש הרי כל הפירות ללוקח.

השגת הראב"ד. המלוה את חבירו על השדה ואמר לו, עד מפני שהוא של תורה. א"א

אין הדעת מקבלת שיהא זה רבית קצוצה, אלא כי אמר ר"נ הדרא ארעא והדרי פירא דינא קאמר דאיהו לא יהיב ליה מידי ורבה בר רב הונא הוה ס"ל אע"ג דמדינא הדרא אי תפיש להו כאבק רבית דמי ולא מפקינן מיניה, ורבינא דחשיב ואפיק להו לאו משום רבית אלא משום גזילה, אבל אי מחל להו והדר תבעינהו תו לא הדרי דרבית מאוחרת היא ותו לא קשיא מידי דרבינא אדרבינא עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ומה שכתב שכל שלא קנה והוא אסמכתא שהיא רבית קצוצה כך היא דעת ההלכות ורובי המפרשים מההיא דרבינא דחשיב ואפיק פירי ובהשגות וכו' ולא ראיתי לאחד מהמפרשים מסכים עמו דודאי משמע שכל הסוגיא היא משום רבית עכ"ל, והנה השוה המ"מ שיטת הרמב"ם לשיטת הרי"ף ואינו בדקדוק כלל דשיטת הרי"ף היא דמשכנתא בלא נכייתא באתרא דמסלקי הוי רבית קצוצה ולמד כן מהא דרבינא דחשיב ואפיק פירי, וכיון דאפיק בזביני כ"ש בהלואה, ולכן הוצרך לאוקמי מה דאמר רב אשי במשכנתא באתרא דמסלקי דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא דזהו במשכנתא בנכייתא, אבל שיטת הרמב"ם דבמשכנתא בלא נכייתא באתרא דמסלקי יש חילוק בין שדה לבית וחצר דבשדה הוי אבק רבית ובבית וחצר הוי רבית קצוצה וכמו שכתב בהל' ז', ולכן כתב דין סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא בפ' ז' הל' א' במשכנתא בלא נכייתא בשדה דסובר דהוי אבק רבית, והתימה על הב"י בסי' קס"ד שכתב ג"כ באופן זה וז"ל וכתב הרא"ש והדרי פירי, אותן שאכל תוך ג' שנים מטעם רבית אכלם ואינו מחזיר, והרא"ש לטעמיה דס"ל כרש"י ותוס' דמשכנתא בלא נכייתא אפי' באתרא דמסלקי אבק רבית היא ואינה יוצאה בדיינין, אבל הרמב"ם כתב בפ"ו מה"מ דרבית קצוצה הוי, וכן דעת הרי"ף וכמ"ש בסי' קע"ב ולדעתם מחזיר כל פירות שאכל בין תוך ג' בין אחר ג' עכ"ל, והשוה ג"כ שיטות הרי"ף והרמב"ם ובאמת א"א לדמות אותם בהלכה שלפנינו, דע"כ הם מטעמים שונים וכמו שנבאר.

והנה אם הי' אפשר לומר דעכ"פ כאן בהלכה שלפנינו הם שוים לדינא דמחזיר כל הפירות לא הי' קשה כ"כ על המ"מ והב"י אבל באמת יש חילוק גדול לדינא דלשיטת הרי"ף דמשכנתא בלא נכייתא באתרא דמסלקי הוי רבית קצוצה, א"כ כאן מה דמחזיר הפירות הוא מדין משכנתא ואם הלוהו על שדהו ועשה שדהו משכנתא ואמר אם אי אתה נותן לי עד ג' שנים הרי היא שלי הרי הוא מחזיר בין מה שאכל אחר ג' שנים דהוי משום אסמכתא ובין מה שאכל תוך ג' שנים משום שאכלם במשכנתא בלא נכייתא והוא רבית קצוצה, אבל הרמב"ם הא סובר דבמשכנתא בלא נכייתא בשדה הוי אבק רבית, וא"כ מה שכתב גבי הלוהו על שדהו דמחזיר כל הפירות שאכל ומשמע גם הפירות

של תוך ג' שנים מוכח דאינו מפרש דהלוהו על שדהו היינו שעשה שדהו משכנתא דא"כ תוך ג' שנים לא הוי אלא אבק רבית והרא"ש בהך מתני' דהלוהו על שדהו מפרש להדיא שהוא במשכנתא, וכתב זה בטעמא דכאן אמרינן דאם אמר לו מעכשיו מהני, ובנדרים דף כ"ז אמרינן דדוקא בקנו מיניה בב"ד חשוב מהני מעכשיו לסלק אסמכתא, אבל הרמב"ם ע"כ אינו מפרש כן אלא הלוהו היינו בלא משכנתא, והרמב"ם מדייק בפ' זה ובפ' ז' לכתוב במשכנתא הלוהו ומשכן לו שדהו, ולהרמב"ם לא קשה קושיית הרא"ש דהא סובר בפי"א מה' מכירה הל' ז' דבאמר לו קנה מעכשיו לא צריך ב"ד חשוב, ועיין מה שכתבתי שם בהל' י"ג.

והנה דעת הרא"ש דמה דאינו אוכל אחר ג' שנים מדין אסמכתא לא קניא אינו משום רבית, אלא דכיון דלא קני ומחילה בטעות לא הוי מחילה הוי גזל, אבל דעת הרמב"ם דמה דאמרינן דפירי הדרי הוא משום דהוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינין, והחילוק בין משכנתא בלא נכייתא בשדה דאינו אלא אבק רבית משום דאין השכר בטוח דשמא לא יהיו פירות, וגבי אסמכתא דהוי רבית קצוצה, כתב הרמב"ם דגבי משכנתא בלא נכייתא הקנהו השדה לפירותיה וכונתו דא"כ אין נתינת הרבית בשעת אכילת הפירות אלא בשעת עשיית המשכנתא ואז לא הי' השכר ודאי, אבל גבי אסמכתא כיון דלא קנה השדה והתנה עמו שיאכל הפירות א"כ נתינת הרבית הוא בשעת אכילת הפירות ואז הא השכר ודאי, ונמצא דלשיטת הרמב"ם לא בעינן שהקציצה תהי' על ודאי שכר אלא דבשעת לקיחת הרבית יהי' ודאי שכר, אבל אם בשעה שלוקח וזוכה בהשכר אינו ודאי שכר אז לא הוי רבית קצוצה, ולכן במשכנתא בלא נכייתא דבעת שמקנה לו הגוף לפירות אינו ודאי שכר לא הוי רבית קצוצה. וראיתי אח"כ בספרו של אדמו"ר שביאר כן.

ובמה דסובר הרמב"ם דמה דמחזיר הפירות אינו משום שאכל פירות שאינם שלו אלא מדין רבית קצוצה, לכאורה קשה דכיון דהתנו שאם אינו נותן לו המעות עד ג' שנים תהי' שלו, ורק משום דאסמכתא לא קניא, וא"כ למה יהי' רבית קצוצה מה שאכל אחר ג' שנים, ולמה לא נימא דמה שאמר לו למלוה שיאכל הפירות הוא משום שהי' סבור דהקנין חל, וא"כ לא נתן לו הפירות לשם רבית אלא לשם שיהיו שלו, אך לא קשה דכיון שהלוהו על השדה ע"מ שיאכל פירות השדה, א"כ כשיאכל הפירות כל זמן שלא ישלם לו המעות הם רבית קצוצה, אלא שהוסיף עוד ואמר שאם אין אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים יהיה השדה שלי וכיון דאמרינן דאסמכתא לא קניא ולא גמר הלוה והקנה לו את השדה א"כ התנאי הראשון נשאר בתקפו גם אחר שלש שנים שכל זמן שלא יחזיר לו המעות יאכל הפירות, ולכן הם רבית קצוצה בין קודם ג' שנים בין אחר ג' שנים.

במה שכתבתי דהרמב"ם סובר דכל הפירות שאכל הם רבית קצוצה בין קודם ג' שנים, בין אחר ג' שנים, הנה לכאורה אין סברא לומר דהוי רבית קצוצה אלא על פירות שאכל אחר ג' שנים, כיון שהוא משום שהקנה לו השדה והקנין הוי אסמכתא ולא גמר והקנה לו, ומ"מ התנאי הראשון שיאכל הפירות עד שישלם לו הוא תנאי בין על קודם ג' שנים בין על אח"כ, ומ"מ איכא נ"מ דקודם ג' שנים דאוכל מדין משכנתא בלא נכייתא שהקנהו השדה לפירותיה, א"כ עיקר נתינת הרבית הוא בשעת עשיית המשכנתא והשכר אינו בטוח לכן לא הוי רבית קצוצה, אבל אחר ג' שנים כיון שהקנהו השדה לגמרי א"כ אין כאן תנאי על הקנאת השדה לפירותיה אלא על הקנאת השדה לגמרי, וכיון דהוי אסמכתא לא גמר והקנה לו ומ"מ עיקר התנאי הראשון שאמר לו שיאכל הפירות כל זמן שלא ישלם לו הוא בתקפו, ונמצא דאחר ג' שנים נשאר התנאי רק שיאכל הפירות כל זמן שלא ישלם לו, ובלא הקנאת השדה לפירותיה, ולכן הרבית הוא בשעת אכילת הפירות וזהו רבית קצוצה כמו שבארתי שם, והי' אפשר לומר דכן הוא כונת הרמב"ם במה שכתב לפיכך מנכה כל הפירות שאכל מפני שהוא רבית של תורה דהוא רק על הפירות שאכל אחר ג' שנים, דהא כתב הרי זה לא קנה מפני שהוא אסמכתא לפיכך מנכה וכו'. אלא דמ"מ לשון כל הפירות שאכל לא משמע כן, וכן מבואר בדברי הב"י בחו"מ סי' ר"ז סוף אות י"ג שכתב וז"ל נמצא דכל היכי דלא קנה השדה משום דהוי אסמכתא כל פירות שאכל בין תוך שלש בין לאחר שלש להרי"ף והרמב"ם רבית קצוצה הוי ויוצאין בדיינים.

אכן צריך ביאור בטעמא דמילתא כיון דהרמב"ם סובר דבמשכנתא בלא נכייתא בשדה לא הוי רבית קצוצה א"כ כל מה שאכל תוך ג' שנים הא לא אכל בשביל המכירה באסמכתא דהא לא מכר לו עד אחר ג' שנים, וע"כ דאכל בשביל המשכנתא ולמה יהי' ר"ק, ונראה דסובר דהלואה על שדהו זהו לשון משכנתא, ומשכנתא בלא נכייתא הוי קנין בהשדה לאכול הפירות, כמש"כ הרמב"ם בהל' ז', אבל כשהלוהו על שדהו ואמר לו שאם אינו נותן לו עד ג' שנים הרי השדה שלו, בזה אמרינן דכל ההלואה על שדהו לא הוי בגדר משכנתא והקנאה גוף לפירות אלא שהלוהו על זה שאם לא ישלם לו עד ג' שנים יהיה השדה שלו ועל זה מחזיקו בהקרקע ושיאכל כל הזמן הפירות ונמצא דכל הפירות שאכל הם רק בדרך רבית והוי רבית קצוצה. -השמטות ומלואים-

והנה בארנו זה על מה שכתב כאן בהלכה דזהו מסיפא דמתני', ובהל' ה' כתב כשאמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע דהוי רבית קצוצה, וזה אינו משום

דין אסמכתא אלא דכיון שיכול להחזיר לו המעות א"כ לא קנה הקרקע, והפירות שאכל הוא רבית קצוצה כיון שמכר לו ע"מ שיאכל הפירות, ועיקר הטעם בזה הוא ג"כ בשביל שלא נעשה השדה משכנתא ולא הקנהו הגוף לפירות, וקשה למה כתב הרמב"ם בהל' ז' לחלק ממשכנתא למוכר באסמכתא ולא הזכיר גם מה שכתב בהל' ה' דהוא ג"כ רבית קצוצה, ואולי כתב העיקר לחלק ממשכנתא שהקנהו הגוף לפירות לאסמכתא דלא הקנהו וממילא מובן דגם בהל' ה' לא הקנהו, אלא דצריך לבאר דבגמ' גבי עובדא דאת ונוולא אחי אמר ארעא הדרא פירי רבית קצוצה הוי ויוצא בדיינים או דילמא כי אבק רבית הוי ואין יוצאין, ואמרו בזה רבה בר רב הונא ורבה דאין יוצאין ואמר ע"ז דרבינא חשיב ואפיק פירי דלא כרבה בר רב הונא, ומזה למד הרי"ף דמדאפיק רבינא פירי בזביני כ"ש במשכנתא דהוי רבית קצוצה.

והנה לפי גירסתנו כל את ונוולא אחי סמכא דעתיה ולא גמר ומקני הפי' דסמכה דעתיה דכשיביא לנוולא מעות תחזיר השדה, וא"כ הוי כמו בהל' ה' שכבר כתב הרמב"ם דהוי רבית קצוצה, אבל הרמב"ם כתב בפי"א מהל' מכירה הל' י"ב מעשה באשה וכו' השיב ראובן ואמר לו אתה ופלונית קרובים כמו אחים כלומר הדבר קרוב שהיא תחזיר לך ואינה מקפדת על זו, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הרי זה השליח לא קנה כלום שהרי לא סמכה דעתו של קרוב זה על דברי השליח מפני שלא השיבו תשובה ברורה, ונמצא שלא גמר והקנה, וכתב הגר"א בהגהות שהרמב"ם גורס את ונוולא לא סמכה דעתיה, ולפי זה אין טעם למה יהי' חשיב רבית קצוצה דבשלמא כשמלוה על השדה והתנה אם לא יתן לו מעות עד שלש שנים יהיו שלו אמרינן דכיון דאסמכתא לא קניא נשאר הרבית על ההלואה כמו קודם ג' שנים, וכן כשמכר השדה ואמר שכשיביא לו מעות יחזיר לו השדה כיון דדרך מכירה היא שיאכל הלוקח הפירות וכיון שהתנאי שיוכל להחזיר לו המעות עושה שאם יחזיר לו המעות אין כאן מכירה והוא הלא מכר לו בדרך מכירה שיאכל הפירות, א"כ הוי כמו שיאמר לו המוכר אתה תאכל הפירות ויש לי רשות לפדות והוי כמו בבתי ערי חומה דאמר בגמ' דהוי רבית קצוצה, אבל הכא כיון שהשליח לא השיב להמוכר תשובה על מה שאמר לו ולא סמכה דעתו על תשובתו, וכתב הרמב"ם שלא קנה כלום וכיון שאין כאן מכירה כלל א"כ אין כאן ג"כ קציצה על זה שיאכל הלוקח הפירות, ומה שהניח לו אח"כ לאכול הפירות הרי אין כאן קציצה כלל ואינו אלא אבק רבית.

והנה הרמב"ם לא הביא כלל הך עובדא דאת ונוולא כאן בהל' מלוה ולא פסק בה אי הוי רבית קצוצה או אבק רבית והוא תימה שישמיט סוגיא שלימה דבהל' מכירה לא

כתב אלא דלא קנה כלום, אבל מדין הפירות לא כתב שם שאין שם מקומו אבל היה לו להביא ההלכה כאן ואם דעתו שלא לפסוק כרבינא כמו שפסק הרי"ף אלא כרבה בר רב הונא הי' לו בודאי להביא ההלכה ולפסוק שהוא רק אבק רבית.

ונראה דהרמב"ם אינו מפרש דהא דאמר הגמ' ארעא הדרא פירי מאי כרבית קצוצה דמי ויוצאה בדיינין או כאבק רבית ואין יוצאה, קאי על הסוגיא דאת ונוולא אחי דלפירושו דלא סמכא דעתיה ולא קנה כלום, א"כ ודאי לא קצץ לו שיאכל הפירות, וא"כ אפי' אח"כ ירד הלוקח לשדה ואכל הפירות והמוכר שתק כיון שבשעת המכירה לא הקנה כלל ולא אמר שיאכל הפירות ודאי לא הוי רבית קצוצה וא"א שיהי' יותר מאבק רבית, אלא דכאן הוא התחלת סוגיא וקאי אמתני' דאמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי הרי הוא שלו, ועל זה בעי ארעא הדרא פירי מאי, אלא דקשה דהא כבר אמר רב נחמן השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי וא"כ מאי בעי פירי מאי איברא דרש"י בד"ה הכא כתב ופליג אדר"נ מ"מ קשה מה דבעי הגמ' בסתם ואינו מזכיר כלל הא דר"נ.

אכן נראה דהנה רש"י ור"ת חולקים בפי' התם זביני הכא הלואה, דרש"י מפרש משום רבית ור"ת מפרש דהוא מחילה בטעות, אלא דגם רש"י אינו מפרש לרב נחמן משום דהוי רבית קצוצה שכתב ומיחזי כרבית שמתחלה בהלואה בא לו וכרבית קצוצה דמי, ואין אבק רבית בדבר הלואה אלא בדבר מכר. ולשיטת הרמב"ם דפסק במכר באסמכתא דהוי רבית קצוצה, א"כ מאי קס"ד דרבא דפריך מאונאה ומאיילונית, וכבר הקשה זה בהג"א ומפרש הכא הלואה ואיכא איסור רבית הילכך מחילה דידיה לא הוי מחילה דפשיטא הוא דאילו הוי ידע דאית ביה שום נדנוד עבירה לא היה מוחל כלל.

ולפי"ז נאמר דרב נחמן דאמר השתא דאמור רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי לא קאי דוקא אמתני' שהלוהו על שדהו לאכול הפירות עד ג' שנים אלא גם בסתם כשמכר לו באסמכתא שנתן לו מעות ואמר לו אם אין אתה נותן לי המעות עד זמן פלוני יהי' שדה שלך קנויה לי, דלא הוי כאן קציצה על רבית אם ירד המלוה לשדה ואכל הפירות אף ששתק הלוה מוציאין ממנו, וס"ד דגמ' דהוא משום דמחילה בטעות לא הוי מחילה ומסיק דהוי הלואה כל עוד שלא נגמר הזמן, וכיון דאף שלא קצץ לו עכ"פ הוי אבק רבית, לכן בודאי לא אמרינן שמחל לו, וכמו שכתב בהג"א, ואף דלמעלה כתבנו גבי משכנתא בלא נכייתא, ולגבי דר בחצר דלא קיימא לאגרא דאף דאיכא סברא דמשום איסור דאבק רבית אכל על הקרן ומ"מ גם כל הקרן אין מנכין וכ"ש שאין מוציאין ממנו היותר מהקרן, שאני התם דמעיקרא נתן לו המשכנתא לאכול הפירות, וכן בדר בחצר

חבירו, דאחרים שדרו בחצר דלא קיימא לאגרא פטורים, לכן אמרינן דגם טעם זה לא מהני להוציא ממנו דלא חמיר לגבי זה אבק רבית, אבל הכא שאנו צריכים טעם לפוטרו משום ששתק ומחל ובלא טעם מחילה ודאי חייב לשלם כיון דאסמכתא לא קניא, לכן שפיר מהני סברא דאבק רבית אפי' להוציא משום דבודאי לא מחל כיון דאיכא איסורא.

אבל כל זה הוא בהא דרב נחמן דאמר בסתם על דין קנין באסמכתא דאין כונתו משום רבית קצוצה כיון שלא קצץ מפורש שיאכל הפירות, ואף דלמעלה כתבנו דכשמכר לו השדה ע"מ שכשיביא לו מעות יחזירם לו, שכתב הרמב"ם דהוי רבית קצוצה משום דסתם מכירה הוא שיאכל הפירות זהו התם דהוי מכירה גמורה, אבל באסמכתא הא אמרינן דלא גמר והקנה, וא"כ מהיכי תיתי נאמר דהוי כמו שאמר לו לאכול הפירות כיון שלא הקנה לו ואין המכירה קיימת, אכן הא דבעי אח"כ בגמ' ארעא הדרא פירי מאי שכתבנו דזה קאי אמתני' דהלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי דהתם הלוהו בפי' על שדהו והיינו שיאכל הפירות, ורק דלסוף ג' שנים תתקיים המכירה, וכיון דאמרינן דהמכר לא נתקיים נשאר אחר ג' שנים כמו קודם ג' שנים כיון שההלואה נמשכת, ולכן בעי בגמ' על כל הפירות בין קודם ג' שנים בין לאחר כן אי הוה רבית קצוצה כיון דלא קצץ ליה כמה פירות יאכל דהא לא ידע אם יהיו פירות יותר על ההוצאה שיחרוש ויזרע, ומפרש כן הרמב"ם הא דלא קץ ליה ולא כפירש"י, ע"ז אמר רבה בר רב הונא דכאבק רבית דמי כיון דלא קצץ ובעי אביי מרבה משכנתא מאי ואמר רבה דמשכנתא נמי הוי כאבק רבית כיון דלא קץ ליה, ועל זה אמר דרבינא חשיב ואפיק פירי וזהו הכל על מתני' דהלוהו על שדהו וסובר הרמב"ם דמאי דרבינא חשיב ואפיק פירי זהו בהלוהו על שדהו ובגוונא דמתני' אבל במשכנתא בלא נכייתא סבר נמי כרבה דהוי אבק רבית דהא אמר בריש הפרק דמשכנתא בלא נכייתא אין מוציאין.

ועכשיו מיושב מה שכתב הרמב"ם לחלק בין משכנתא בלא נכייתא ובין מכר באסמכתא ולא הזכיר לחלק גם בין אם התנה שאם יביא לו מעות יחזיר לו השדה, אבל לפי"ז מיושב דהעיקר בא לומר דאף דפליג רבינא על רבה בר רב הונא ורבה במכר באסמכתא מ"מ אינו חולק במשכנתא בלא נכייתא וזה מוכרח מהא דרבינא בריש פירקא, ואינו רוצה לחלק כהראב"ד בין אתרא דמסלקי ובין אתרא דלא מסלקי משום דרבינא סתמא אמר דאין מוציאין לכן מחלק בין מכר באסמכתא ובין משכנתא בלא נכייתא וממילא מיתרצא נמי הא דהל' ה'.

והנה בהל' ה' כתב הרמב"ם דין דמוכר שאמר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי

קרקעי דהוא מברייתא דכתב בזה דהפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין אותם בדיינים ובהל' ו' כתב הא דתנן נתן לו מקצת הדמים ואמר לו אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך אסור וכתב הרמב"ם החילוקים המבוארים בגמ' דאם אמר המוכר ללוקח לכשתביא שאר המעות תקנה מעכשיו שניהם אסורים לאכול הפירות ולכן משלשין את הפירות אמר לו המוכר לכשתביא שאר המעות תקנה הרי המוכר אוכל פירות עד שיביא הלוקח ואם אכל הלוקח מוציאין ממנו, אמר לו המוכר קנה מעכשיו ושאר המעות הרי הן חוב אצלך הרי הלוקח אוכל פירות ואם אכל המוכר מוציאין ממנו כל מה שאכל, וכתב המ"מ על מה שכתב אמר לו המוכר לכשתביא שאר המעות תקנה, וז"ל גם זה שם ודעת רבינו שאם אכל הוא רבית של תורה כמו שכתב למעלה, ועל אמר לו המוכר קנה מעכשיו כתב באותה ברייתא שם ומשמע מדבריו דגם בזה מפרש שהוא רבית של תורה, והמחבר ביו"ד סי' קע"ד סעיף ו' הביא דברי הרמב"ם על אמר לו המוכר לכשתביא שאר המעות קנה ולא אמר מעכשיו דאם יאכל הלוקח מוציאין ממנו, וכתב ע"ז הגר"א וז"ל אר"נ השתא כו' למימרא כו', ובסעיף ה' על אמר לו לכשתביא שאר המעות תקנה לא הביא המחבר ד' הרמב"ם דאם אכל המוכר מוציאין ממנו.

ולפימ"ש אינם ברורים כלל דברי המ"מ במה שכתב על לכשתביא שאר המעות דמה דמוציאין אם אכל הלוקח הוא משום שהוא רבית של תורה דאיך אפשר לומר כאן שהיא רבית קצוצה כיון שאמר המוכר ללוקח בפי' שיקנה בעת שיביא שאר המעות א"כ אין בלשון המכירה שום הוכחה שנותן לו השדה מעכשיו לאכול הפירות וכן במה שכתב הרמב"ם דאם אמר המוכר ללוקח קנה מעכשיו ושאר המעות הן חוב אצלך דאם אכל המוכר מוציאין ממנו גם זה תימה דהיכן מוכח בלשון המכירה שמכר לו ע"מ שיאכל המוכר הפירות ולמה לא נימא כפשוטו דכיון שאומר לו קנה מעכשיו ושאר המעות הן חוב דהלוקח יאכל הפירות ולא שהמוכר יאכל רבית קצוצה.

לכן נראה דכאן בהל' ו' לא כתב הרמב"ם בכונה שהפירות הן רבית קצוצה בין על הלוקח בין על המוכר אלא דכונתו פשוט דמוציאין ממנו משום שאינם שלהם ברישא הם של המוכר ובסיפא הם של הלוקח, ואפי' ראה המוכר ברישא ושתק וכן בסיפא שראה הלוקח ושתק לא אמרינן דהוי מחילה כיון דעכ"פ הם אבק רבית ומדוייק מקורו של הגר"א מהא דאמר ר"נ גבי מכר באסמכתא דלכאורה אין שייכות לכאן ולדברינו מדוייק במה שהביא גם הא דאמרינן למימרא וכו' וכונתו דבהלואה לא אמרינן דמחילה בטעות הוי מחילה, ואם המחבר מפרש בד' הרמב"ם כפי' המ"מ אפשר דזהו טעמו שהשמיט דברי הרמב"ם בסיפא על המוכר משום דסובר דסתם מכירה היא שיאכל הלוקח ולכן

ברישא הוי רבית קצוצה אבל בסיפא ודאי אין לומר דהוי כמו שהתנו שיאכל המוכר, אבל באמת אין זה סברא לומר כאן שאמר להדיא לכשתביא תקנה דהוי כמו שאמר שהלוקח יאכל מעכשיו הפירות, לכן נראה כמש"כ וכמו שהראה הגר"א מקורו מהא דר"נ וכנ"ל.

אכן מדברי הגר"א בסי' קס"ד סעיף ד' במה שכתב המחבר הלוהו על שדהו ואמר לו אם לא תתן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי ולא אמר מעכשיו בענין שאין המקח קיים תוך ג' שנים לא יאכל הפירות, ואם אכלם הוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים, וכתב הבאר הגולה מימרא דרב נחמן שם וכפי' הרי"ף והרמב"ם בפ"י מהל' מלוה דאתוך ג' שנים נמי קאי וכרבינא דמשכנתא בלא נכייתא רבית קצוצה היא, והגר"א כתב על זה עבה"ג וכפירושם במש"ש ס"ז א' עבד רבינא כו' משום רבית קצוצה היא עכ"ל, והדברים תמוהים במה שכתב הבה"ג כפי' הרי"ף והרמב"ם וכתב דמשכנתא בלא נכייתא רבית קצוצה היא, דהא הרמב"ם סובר להדיא דמשכנתא בלא נכייתא בשדה אבק רבית הוא, וגם הרי"ף אינו מפרש דרבינא קאי על משכנתא בלא נכייתא דהא כתב להדיא וקיי"ל כרבינא בזביני וכ"ש משכנתא דהלואה היא, ועכ"פ מבואר מדברי הבה"ג ושהסכים הגר"א לזה דהא דר"נ הוא משום רבית קצוצה לדעת הרמב"ם.

לכן הנני מוכרח לומר שאין להסתייע מדברי הגר"א למה שכתבתי בביאור דעת הרמב"ם בהל' ו' דגם להרמב"ם הא דרב נחמן הוא משום דלא הוי מחילה, והגר"א שהביא בסי' קע"ד סעיף ו' הא דר"נ הוא משום שביאר דברי המחבר וביאר לפי דעת הרא"ש דסובר דמה שאכל תוך ג' שנים לא הוי אלא אבק רבית, ומה שאכל אחר ג' שנים מוציאין משום דהוי מחילה בטעות, וכן ציין הגר"א שם לד' הרא"ש בהך דינא דהלוהו על שדהו בסי' קס"ד הנ"ל בהגהת הרמ"א שהביא דעת החולקין על ד' המחבר, ולכן כתב בסי' קע"ד על ד' המחבר המקור מהא דר"נ משום דבזה גם הרא"ש סובר כן, אלא דמ"מ נראין הדברים ברורים כמו שכתבתי בדעת הרמב"ם בהל' ו' דאינו משום רבית קצוצה אלא משום דלא מחל לו וכמו שבארתי.

ובעיקר ד' הרמב"ם לחלק בין בית לשדה כתב אדמו"ר בספרו שיסודו הוא מדין בית בבתי ערי חומה דאמר בגמ' רבית גמורה הוא והתורה התירה ומוכח דבית השכר ודאי ולא דמי לשדה, והנה הרמב"ם כתב שאין הממשכן את השדה דומה לממשכן בית. ומוכח דסומך על מה שכתב בהל' א' דאם משכן חצרו ע"מ שידור בו בחנם הרי זו רבית של תורה אלא דעל הלכה זו אין להרמב"ם יסוד מדברי הגמ' רק שהרי"ף כתב כן בדף ס"ד גבי הדר בחצר חבירו כמש"כ המ"מ, ולכן צריכין אנו לדברי אדמו"ר דעיקר היסוד

לחלק מבית לשדה הוא מדין בית בבע"ח, אלא שדברי אדמו"ר לכאורה הם תימה כיון שהרמב"ם הניח עוד יסוד לחלק בין משכנתא בלא נכייתא למכר באסמכתא, משום דמשכנתא הקנהו הגוף לפירותיו, ומאותו הטעם סובר במכר לו בית או שדה ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע לא קנה, וכל פירות שאכל רבית קצוצה ואינו מחלק בין בית לשדה ומשום דלא הקנהו גוף לפירות וכמש"כ, וא"כ איך אפשר להוכיח מדין בע"ח לחלק בין בית לשדה, דהא סובר הרמב"ם דבכה"ג דבע"ח והיינו שיכול המוכר לפדות אפי' בשדה הוי רבית קצוצה ודברי אדמו"ר צריכים ישוב.

-השמטות ומלואים-

במה שכתבתי ודברי אדמו"ר צריכים ישוב, העירני הב' הנעלה ומצויין מ' נטע פריינד נ"י דאם גם בבית הי' הדין דמשכנתא בלא נכייתא לא הוי ר"ק היה אפשר דדין התורה דיש להמוכר זכות פדיה היינו דגם אם יפדה יהי' להלוקח קודם פדיה זכות משכנתא לבד דין המכירה דמוטל בספק, ולא דמי להיכי שהתנה המוכר לכשיהיו לי מעות תחזירם לי שלא נתן לו זכות משכנתא אבל הכא התורה שנתנה להמוכר זכות פדיה הכונה באופן המותר שיהי' להלוקח זכות קנין לאכילת הפירות. ומנ"ל להגמ' דרבית גמורה היא והתורה התירה ומיושב ראיית אדמו"ר והוא נכון.

איברא דלפי שיטת הרמב"ם דסובר כרש"י דבשדה וכרם מותר משכנתא בנכייתא מוכרחים אנו לחלוקו של רש"י בין בית ושדה דהא תנן ולא ישכור ממנו בפחות וע"כ כמש"כ רש"י משום דהתם זימנין דלא שקיל בה מידי ואפי' הכי מנכה ליה והו"ל קונה את הפירות בנכייתא זו על הספק, אבל כאן נהנה תמיד ואין כאן ספק, וא"כ עיקר החילוק בין שדה לבית מוכרח, ואף דאין ראיה ממשכנתא בנכייתא למשכנתא בלא נכייתא דבנכייתא מה שמנכה בודאי אף שאפשר שלא יהיו לו פירות בשביל ספק זה מותר לו לקבל בפחות אף שיהיו פירות, אבל על בלא נכייתא אין מכאן ראיה כלל דאין טעם על מה שלוקח הפירות אם יהיו אלא משום רבית, אלא דבאמת אין אנו דנין על משכנתא בלא נכייתא דאמר רבינא להדיא דאין מוציאין בדייניו, ואנו דנין רק לחדש דבבית הוי רבית קצוצה. וזה מוכרח מחילוקו של רש"י דבבית ליכא ספק אלא דמ"מ אינו מיושב דא"כ עיקר היסוד דבבית הוי רבית קצוצה הוא ע"פ זה החילוק, והרמב"ם כתב להיפוך דמזה דבבית הוי רבית קצוצה הוכיח זה החילוק.

ונראה בזה דאף דעכשיו אנו סוברים דבכה"ג דבתי ע"ח שמכר לו ע"מ שיוכל לפדות לא מכר לו גוף לפירות, מ"מ אם הי' מהני בזה שנאמר דגם בבתי ע"ח היה הקנין באופן זה שאם יפדה את הבית הוא מקנה לו עכ"פ בית לדירה על כל הזמן עד שיפדה היינו

צריכין לומר כן דהכי אמרה תורה כיון שע"פ דין צ"ל רבית קצוצה, וא"כ נוכל לומר דגלי קרא דכן הוא דין המכירה דאם יפדה הבית ישאר עכ"פ קנוי הבית לדירתו, ומזה מוכח דגבי בית לא הוי מהני אפי' אם היינו אומרים שגם אם יפדה יהי' קנוי הבית לדירתו עד הפדיון וגם בזה הי' ריבית קצוצה, וע"כ דריבית גמורה היא והתורה התירה וכיון שאין לנו מקור לומר שהקנה לו הבית לדירתו מדין בע"ח ממילא לא אמרינן כן כיון שבפי' לא הקנה לו כן, ולכן שפיר פוסק הרמב"ם דגם בשדה הוי רבית קצוצה.

והנה בשיטת הרי"ף דסובר דמשכנתא בלא נכייתא הוי רבית קצוצה ואינו מחלק בין בית לשדה דקשה דרבינא גופיה אמר דמשכנתא בלא נכייתא אין מוציאין ממלוה ללוה כתב בזה הראב"ד הביאו הרא"ש לחלק בין אתרא דמסלקי לאתרא דלא מסלקי, דבאתרא דלא מסלקי דהוי קנין לפירות גם רבינא סובר דהוי אבק רבית, וכן כתב הרמב"ן בחדושיו וכתב ע"ז הגר"א בסי' קע"ב ס"ק א' וז"ל וליתא דא"כ ל"ל להרי"ף לומר דמש"ש שם אכל טפי לא מפקינן מינה בנכייתא הו"ל בלא נכייתא, ובאתרא דלא מסלקי וכן מבואר בדבריו שסתם ונ"ל דל"ג שם ס"ב א' א"ל רבינא ואותו אמורא סבר כרבה בר"ה וכרבה שם ס"ז א' דאבק רבית הוא עכ"ל, ודבריו תמוהים דהא בגרסתנו הוא אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא הא משכנתא באתרא דמסלקי, וע"ז אמר רב אשי השתא דאמרת וכו' וא"כ מה שייך להקשות שיעמידנה הרי"ף באתרא דלא מסלקי, וחפשתי בש"מ בדברי הראשונים וכן בדק"ס ולא מצאתי גירסא אחרת, ועוד דלפי דבריו קשה מה שכתב הרי"ף על הא דאמר רב אשי סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא דהוא בנכייתא דהא רב אשי בעצמו הסכים שם בדף ס"ב דגם בלא נכייתא אבק רבית, ואף דכתב זה כי היכי דלא תיקשי הלכתא אהלכתא הו"ל לומר דלדידן אינו אלא בנכייתא, ומדבריו משמע שמפרש כן בדברי רב אשי ואולי כונת הגר"א דגם רב אשי לא נגרוס שם.

ומה שכתב הגר"א מהא דסתם הרי"ף ולא חילק יש לומר דמדרבא דאמר האי משכנתא באתרא דמסלקי מוכח דבאתרא דלא מסלקי מודה ולשיטת הרי"ף דמוקים בנכייתא נפרש דבאתרא דלא מסלקי מותר, ורש"י דמפרש בלא נכייתא כתב דבלא נכייתא רבא מודה דאכל שיעור זוזי לא מסלקינן ליה דהוי כמכורה אצלו, ועכ"פ מוכח דיש חילוק ובאתרא דלא מסלקי הוי כמו מכירה גוף לפירות, וצריך להוסיף בזה דבעיקר סובר גם הרי"ף כשיטת הרמב"ם דמשכנתא אפי' בלא נכייתא אינה ריבית קצוצה כיון דהוי כמו מכירה לפירות והשכר אינו ודאי, רק דהרי"ף סובר כן רק באתרא דלא מסלקי דבזה נוכל לומר דהוו כמו מכירה לפירות, אבל באתרא דמסלקי לא הוי כמו מכירה לפירות כיון דבכל שעה יכול לסלקו וא"כ כל שעה שאוכל הפירות הוא בשכר הלואתו, והרמב"ם

דאינו מחלק סובר דאף שיכול לסלקו מ"מ כן היה המכירה בשעת ההלואה ולא היה נתינת הריבית אלא בשעת ההלואה ובאותה שעה לא היה השכר ודאי וכמו שנתבאר.

והנה הראב"ד חולק על הרמב"ם וסובר דמכר באסמכתא לא הוי רבית קצוצה, ומה דאמר ר"נ הדרי פירי הוא מדינא דלא נתן הפירות, ורבינא דאפיק פירי הוא ג"כ כטעמא דר"נ ולא משום ריבית וממילא לא קשה דרבינא אדרבינא, ובהל' ח' כתב הרמב"ם הורו מקצת גאונים שכל משכונא שאין בה נכוי כלל הרי היא ריבית קצוצה, ולא ירדו לעומק הדבר להפריש בין שדה לחצר ולפיכך נתקשו להן דברי חכמי הגמרא, ובהל' ז' במה שחולק שם הראב"ד על חילוקו של הרמב"ם בין בית לשדה כתב אבל מי שסובר דמשכנתא בלא נכייתא שהוא ריבית קצוצה אמר כן אף בשדה, ומאי דקשיא להו דרבינא אדרבינא הא איתרצא לה כדכתיבנא לעיל, ואדמו"ר בספרו כתב דמה שכתב הרמב"ם דלהגאונים דאין מחלקין בין בית לשדה נתקשו להן דברי חכמי הגמ' לפי הפשוט נראה דהוקשה להם למה דהוי אבק רבית במשכנתא בלא נכייתא, אכן מד' הראב"ד שכתב ומאי דקשיא להו דרבינא אדרבינא נראה דמפרש דמה שנתקשו להם היינו מדרבינא אדרבינא וע"ז תמה אדמו"ר דמאי מהני הך חילוקא שבין בית לשדה דמשמע דתרוייהו בשדה אמרו.

והנה מה שרצה אדמו"ר לפרש דברי הרמב"ם שהוקשה להם למה הוי אבק רבית במשכנתא בלא נכייתא קשה, דזה היה אפשר לפרש אם היה כותב הרמב"ם רק שהגאונים לא חילקו בין בית לשדה אבל כיון שכתב בפי' שהגאונים הורו שכל משכונא שאין בה ניכוי הרי היא רבית קצוצה וע"כ דמפרשים כן בדברי הגמ' וכדעת הרי"ף דלומד מזביני למשכנתא וא"כ איך אפשר לומר שהוקשה להם אמאי הוי אבק רבית, ואדמו"ר כתב ליישב לדעת הראב"ד דבודאי עיקר החילוק הוא בין משכנתא בלא נכייתא למכר באסמכתא אלא דזה מהני אי אמרינן דבשדה אין הריוח ברור אבל כיון שאין הגאונים מחלקים וא"כ סוברים דגם בשדה הריוח ברור וא"כ קשה דרבינא אדרבינא, ובדברי אדמו"ר אינו מיושב לגמרי מה דמשמע דהעיקר גורם להגאונים מה שאין מחלקין בין בית לשדה ומוכרח דיסוד שלהם הוא ללמוד מדין בית.

ונראה דודאי כונת הרמב"ם כמו שפירש הראב"ד דלפי דעת הגאונים שאין מחלקין בין בית לשדה הוקשה להם מדרבינא אדרבינא אלא דעיקר דברי רבינא כאן בדף ס"ז הא הוי על מתני' דהלוהו על שדהו כמו שכתבנו אלא שהרי"ף למד מזה דין משכנתא בלא נכייתא ומשום דבסוגיא מעיקרא בעי אביי מרבה למאי דאמר דבמתני' הוי אבק רבית משכנתא מאי והשיב רבה דהוא אבק רבית ומוכח דמשכנתא צריך להיות רבית

קצוצה יותר ממכר באסמכתא, אלא שהרמב"ם חידש דאף דרבינא חולק וסובר דמכר באסמכתא הוי רבית קצוצה מ"מ משכנתא הוא אבק רבית משום שהקנהו הגוף לפירות וכמו שנתבאר, והנה כבר ביארתי דברי אדמו"ר שכתב שלמד הרמב"ם לחלק מבית לשדה מדין בית בבע"ח דהוי רבית גמורה דאף דעיקר החילוק הוא משום דלא הקנהו הגוף לפירות. מ"מ אי לאו דיש חילוק מבית לשדה ובבית לא מהני אפי' הקנהו הגוף לפירות היינו למדין מדין בע"ח דאמרה תורה דגם בזה מקנה לו הגוף לפירות כל זמן שלא יפדה הבית ולא היינו אומרים שהתירה התורה רבית, ומוכח דבבית לא מהני גם הקנהו הגוף לפירות וע"כ שהתירה התורה רבית וממילא אין לנו טעם לומר שבאופן זה שמכר לו ע"מ שיוכל לפדות הקנהו גוף לפירות כיון שלא אמר לו כן וממילא גם בשדה הוי רבית.

ולפי"ז מיושב דכיון דהגאונים אינם סוברים לחלק מבית לשדה וא"כ אם היינו סוברים דהקנהו גוף לפירות מהני דלא הוי רבית אמאי הוי רבית בבע"ח ולא מפרשינן שהוא קנין גוף לפירות, וע"כ דגם גוף לפירות לא מהני דלא ליהוי רבית, וכיון דרבינא סבר דבמתני' הוי רבית קצוצה א"כ כ"ש במשכנתא כדמוכח בגמ' כיון דלא מהני גוף לפירות וא"כ קשה מדרבינא אדרבינא וע"ז כתב הראב"ד דמה דאפיק פירי במתני' אינו משום רבית קצוצה אלא משום דלא יהיב ליה מידי וממילא לא שייך זה לדין משכנתא בלא נכייתא שהתנו בפי' שיאכל הפירות ורבינא נמי מודה דאין מוציאין משום דלא הוי רבית קצוצה ולא קשה דרבינא אדרבינא וכתב עוד הראב"ד ועוד יש לנו הפלגות וכו' היינו במה שתירץ לדעת הרי"ף דבאמת משכנתא בלא נכייתא הוא רבית קצוצה אבל דוקא באתרא דמסלקי אבל באתרא דלא מסלקי הוא אבק רבית וע"כ טעמא משום שהקנהו הגוף לפירות ומ"מ לא קשה מבתי ע"ח דאמרינן דהוי רבית אלא שהתורה התירה משום דשם יכול לפדות בכל שעה א"כ אינו חשוב לשיטתו מקנה גוף לפירות והראי' אינה אלא לדעת הרמב"ם שכתב בפ"ז הל' א' דאין נ"מ ובכל גווני הוי אבק רבית.

הלכה ז

ובהשגת הראב"ד נתבאר בהלכה ד'.

הלכה ח

הורו מקצת גאונים שכל משכנתא שאין בה נכוי כלל הרי היא רבית קצוצה ולא ירדו לעומק הדבר להפריש בין שדה לחצר ולפיכך נתקשו להן דברי חכמי הגמרא וכן הורו שכל משכנתא אפילו בניכוי אסור בין בחצר בין בשדה ואין להם משכונא אלא בדרך הזאת כיצד כגון שהלוהו מאה דינרין ומשכן לו בהן בית או שדה והתנה עמו שאחר

עשר שנים תחזור קרקע זו לבעליה חנם ה"ז מותר לאכול פירותיה כל עשר שנים אפילו היה שכרה שוה אלף דינרים בכל שנה שאין זה אלא כמי ששכר בפחות, וכן אם התנה בעל השדה עמו כל זמן שיביא לו מעות יחשב לו עשר בכל שנה ויסלקו ממנה ה"ז מותר, וכן אם התנה הלוה שכל זמן שירצה מחשב לו מה שדר בו ויחזיר לו שאר הדמים ויסתלק ה"ז מותר שאין זה אלא כשכירות וכל תנאי שבשכירות מותר כמו שבארנו.

השגת הראב"ד. וכן אם התנה בעל השדה וכו' עד ה"ז מותר. א"א טעה בדבריהם ומה בין זה למשכנתא בנכייתא וכי יש הפרש בין נכייתא רבא לנכייתא זוטא, ואותם הגאונים המחמירים לא התירו אלא הראשון בלבד והיא משכנתא דסורא עכ"ל.

כתב המ"מ ודברי רבינו עיקר דודאי משכנתא דסורא היא אפי' במקום שמסלקין, דכל זמן שאין כח ביד המלוה לגבות מחובו כלום ולהחזיר הקרקע ללוה מותר שהרי על כרחו של מלוה אם רצה לוה אינו גובה כלום ואינו אלא שכירות גמור משא"כ במשכנתא בנכייתא, ומדברי הרמב"ן כתב שהוא מפני שאין אחריות המלוה על הלוה ואם שטפה נהר אינו נוטל כלום משא"כ במשכנתא סתם, ועוד שאין זה לשון מלוה אלא לשון מקח דומיא דלוקח פירות עכ"ד המ"מ, והנה יש לדון בטעמי המ"מ והרמב"ן דהא גם בבתי ע"ח איכא כל הג' טעמים דעל כרחו של מלוה והיינו הלוקח אם רצה הלוה והיינו המוכר נשאר הבית אצל הלוקח ואינו גובה מן המוכר מעותיו ומ"מ קיי"ל דרבית גמורה היא והתורה התירה משום דקיי"ל צד אחד ברבית אסור והוי רבית קצוצה וא"כ ה"נ אם יבוא הלוה אחר שנה ויפדה המשכנתא נמצא דהפירות של שנה זו היו מכורין במקח שקצבו והמותר היו הלואה ובשביל ההלואה מכר לו הפירות של השנה בפחות מכדי שוויים, וכן מה שכתב הרמב"ן מפני שאין אחריות המלוה על הלוה, ואם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים הא גם בבתי ע"ח כן, וכן מה שהוסיף דאין זה לשון מלוה אלא לשון מקח הא גם בבתי ע"ח כן.

ונראה דצריך לחלק בין רבית קצוצה לבין אבק רבית, דאף דגבי בתי ע"ח לא מהני כל הג' טעמים שלא יהיה רבית קצוצה זהו שם דהוי רבית מן התורה, אבל כאן גבי משכנתא בנכייתא דאפי' לדעת האוסרים אינו אלא אבק רבית בזה מהני הג' טעמים שלא יהיה אפילו אבק רבית, אכן נראה דזה תליא מאיזה טעם הוי במשכנתא אבק רבית, דלשיטת הראשונים דמשכנתא אפי' בלא נכייתא הוי תמיד אבק רבית בין בבית בין בשדה, שפיר יש לחלק זה מדין מוכר בית בבע"ח ולומר דלגבי אבק רבית דרבנן מהני הג' טעמים, והיינו דכיון דאפי' אם הוי חשיב קציצה נמי לא הוי אלא אבק רבית, בזה מהני הטעמים דכל המלוה אינה ברורה לומר דבכה"ג לא אסרו חכמים, אבל לשיטת

הרמב"ם דמשכנתא בלא נכייתא בבית הוי רבית קצוצה, וסובר דבקציצה מפורשת אפי' בנכייתא הוי רבית קצוצה כמו שכתב בהל' א' וז"ל או ששכר ממנו בפחות וקצב הדבר שפוחת לו מן השכר עד שיחזיר לו הלואתו, וא"כ אין כאן טעם שלא יהיה רבית מן התורה אלא זה שלא קצץ לו דהא מיירי גם בבית ועיין בכ"מ, ובזה מסתבר שנאמר דכמו דבקציצה לא מהני הג' טעמים שלא יהיה רבית מן התורה כן אינם צריכים להועיל בלא קציצה שלא יהי' רבית דרבנן.

ונראה דבמשכנתא בנכייתא אין הטעם דאינו רבית מן התורה רק משום שאין כאן קציצה, אלא דבלא קציצה אינו רבית כלל מה"ת דהוי כמו מוזיל אצלו הפירות או הדירה, ולכן כתב הרמב"ם וקצב הדבר שפוחת לו מן השכר, וכונתו שאמר לו בפי' שמשכן לו הדירה בעד עשרה דינרים לשנה, ורק שעד שלא יחזיר לו ההלואה הוא מניח לו בחמשה, ונמצא דעיקר השם רבית נעשה ע"י הקציצה, ובלא קציצה מלבד דאין כאן קציצה אין כאן רבית מן התורה, ובזה שפיר אמרינן דכיון דעיקר הרבית אינה מן התורה מהני הג' טעמים לומר דאפי' רבית דרבנן ליכא.

פרק ז

הלכה ג

מקום שדרכן לסלק המלוה כל זמן שירצה הלוה והתנה עמו המלוה שלא יסתלק עד סוף זמן המשכונא ה"ז אינו יכול לסלקו, היה המנהג שאין המלוה מסתלק עד סוף זמנו וקבל המלוה עליו שיסלק בכל עת שיביא לו מעותיו ה"ז צריך לקנות מידו על כך.

כתב המ"מ דפירש"י שהתנה בשעת מתן מעות, וכן נראה דעת רבינו, והרמב"ן והרשב"א פירשו אפי' לאחר מתן מעות, שכיון שהקרקע ביד מלוה יכול הלוה למחול זכותו אפי' בדבור, ולפי פירש"י והרמב"ם בסיפא בהיה המנהג שאין המלוה מסתלק וקבל עליו שיסלק צריך לקנות מידו הוא ג"כ בקבל עליו בשעת מתן מעות, וע"ז תמה הרמב"ן דלמה צריך לקנות מידו והרי לא קנו לו מעותיו אלא על מנת כן, ולכן פירשו הרמב"ן והרשב"א דדוקא בקבל עליו לאחר מתן מעות, אלא דתחילת הלואה היה בסתם וכבר שעבד לו השדה בסתם, ולכן באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנא זכה המלוה בשעת מתן מעות, אבל באתרא דלא מסלקי ושעבד לו השדה בסתם לא מהני מה דאמר מסתלקנא בשעת מתן מעות שכבר זכה בשדה, וכן כתב הטור, ודבריהם צריכין ביאור דאפי' אם שעבד לו השדה בשטר הא ודאי שאם לא ילוה ממנו יתבטל השעבוד, ואפי' למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו הא אינו אלא דנשתעבד למפרע כשילוה אח"כ, וא"כ למה

לא יוכל בשעת הלואה לשנות ולהתנות שממשכן לו באופן שיסתלק בתוך הזמן, ואפשר דכיון שעכ"פ אם לוה המעות זכה בהמשכנתא למפרע ולכן לא מהני מה שמתנה עכשיו בשעת ההלואה כיון שההלואה היא רק תנאי בהמשכנתא.

אלא דקשה דהא בקדושין דף ט' גבי מנה אין כאן משכון אין כאן, שפי' הרמב"ן משום דכסף דאגיד גבי המקדש לא מהני לקנין, והרא"ש כתב דא"א לקנות משכון דבר שעוד לא נתחייב עליו חיוב הגוף וא"כ איך קנה השדה למשכון קודם שלוה כיון דלא נתחייב עוד חיוב הגוף, וצריך לומר בטעמו של הרא"ש דכיון שכתב לו שטר מלוה ומשכן לו שדהו נתחייב לו גם חיוב הגוף רק שהחיוב הוא ע"מ שילוה ממנו אח"כ וכן מבואר מדברי הרא"ש בפ"א דב"מ דף י"ג גבי שטרי הקנאה שכתב על דברי הרי"ף וז"ל וגם מה שכתב בשטר הקנאה שטר שיש בו קנין לא ברירא לי מה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו קנין כיון שכתב בשטר פלוני לוה מפלוני מנה נשתעבדו נכסי לוה למלוה אף בלא קנין דשעבודא דאורייתא שכל מה שאדם חייב נכסיו משועבדים לפרוע, וכתב שם בטעמא דרב אסי דצריך דוקא שטרי הקנאה משום דלא נפק קלא עד שימסור לו השטר או שאין דעתו של הלוה שיחול שיעבוד עד שימסור השטר לידו ושטר הקנאה הוא כפירש"י בין ילוה בין לא ילוה ע"ש, ולכן יש לומר דזהו דוקא בשטר קודם שמסר לו אבל בשטר משכנתא מוסר לו השטר קודם נתינת המעות ולכן כבר חלה המשכנתא במסירת השטר.

אכן לשיטת הרי"ף וכן סובר הרמב"ם דשטר הקנאה הוא שטר שיש בו קנין בסתם דמוכח דלא כהרא"ש וממילא מוכח דלא אמרינן דבמסירת השטר זוכה למפרע משעת חתימה דא"כ למה צריך שטר הקנאה דהא גם בשטר הקנאה בעינן מטא לידיה דאינו זוכה למפרע, וכן כתב בהגהות הגר"א על הגמ' דהרמב"ם אינו מחלק בכל זה ומשמע דאפי' בשעת הלואה וכתב ועיין נ"י וראיתי בנמוק"י שכתב דבלא קנין מצי אמר דבדיבורא לא אשנה מהמנהג, אבל אין ביאור לזה דהא משמע אפי' התנו המלוה והלוה וכמו שהוכיח הרא"ש דאין לומר משום דמלוה קאמר והוי פטומי מילי דא"כ למה אמר צריך למיקני מינה דהא סגי שיקנה גם הלוה, והלח"מ משמע דמפרש כן דהחסרון משום שמלוה אמר וע"ז הקשה מהא דסובר הרמב"ם פי"א מהל' מכירה דאפי' היכי דלוקח אמר כשיהיו לך מעות אחזירם לך מחויב להחזיר אלא דלא הוי רבית ומה שכתב הלח"מ בתירוצו אינו מבואר כלל.

והנראה לבאר דעת הרמב"ם לפי"מ דסובר בפי"א מהל' מכירה באמר הלוקח לכשיהיו לך מעות אחזירם לך דמחוייב להחזיר רק דלא הוי רבית באכילת הפירות משום דאינו

תנאי בהמכירה דנימא דכשיביא לו מעות נתבטלה המכירה למפרע והמעות הלואה, אלא דהמכירה הוי מכירה גמורה וחלוטה רק שהתחייב הלוקח להחזיר לו, ובאופן זה נאמר גם כאן דכיון דשטר המשכנתא נעשה בסתם והוא אתרא דלא מסלקי, לכן מה דאמר המלוה מסתלקנא, ואפי' אם אמר כן גם הלוה אינו לשנות את עיקר המשכנתא שנעשית בסתם שהוא שלא להסתלק, אלא שהמלוה בעצמו מתחייב שכשיביא לו מעות יסתלק, והנ"מ בין שני האופנים הוא דבמשכנתא באתרא דמסלקי כיון שהביא לו הלוה המעות נפקעה המשכנתא, ואפי' אם המלוה אינו רוצה ליקח המעות כיון שנתן לו המעות כבר נתבטל החוב כדין כל חוב שפרעון בע"כ שמיה פרעון, וממילא נתבטלה המשכנתא, אבל אם עיקר המשכנתא נעשית ע"מ שלא להסתלק בתוך הזמן, רק שהמלוה התחייב בעצמו לקבל המעות ולהסתלק, בזה אינו אלא חיוב שמחוייב לקבל המעות, וצריך הלוה לתבוע אותו לב"ד שיקבל המעות ולהסתלק.

ואף דהתם גבי מכירה לא אמרינן הכי אלא היכי דאמר הלוקח, אבל בהתנה המוכר שכשיהיו לו מעות יחזירה לו הא הוי רבית דהוי תנאי בהמכירה ולכשיביא לו מעות נתבטלה המכירה למפרע והמעות הלואה, מ"מ יש לומר דזהו דוקא התם דליכא מנהג שלא יחזיר לו ויבטל המכירה, אבל הכא במשכנתא כיון שכתבו סתם משכנתא אדעתא דמנהגא, זה מכריח לנו לומר דהתנאי שהתנו הוא רק שיתחייב המלוה מצד עצמו להסתלק ולא שמגרע בזה כח המשכנתא וכמו שבארנו.

אלא דצריכים אנו לבאר דעכ"פ אמאי צריך למקני מיניה ולא מהני כמו גבי מכירה מדין התחייבות, ונראה דיש חילוק בין מכירה למשכנתא, דבמכירה כשאומר הלוקח שכשיביא לו המוכר מעות יחזיר לו השדה דהוא לדעת הרמב"ם משום התחייבות, ע"כ דהחיוב נעשה מגדר דמי המקח דכמו שישלם בעד השדה דמיה כן הוסיף להתחייב למכור לו בחזרה כשיביא לו מעות, וחיוב זה נגמר ג"כ ע"י קנינו בהשדה, אבל גבי משכנתא בלא נכייתא הרי אין המלוה משלם כלל בעד פירות השדה, ומה דלא הוי רבית קצוצה כתב הרמב"ם משום שאין הריוח ברור, וקשה דעכ"פ כשנותן הלוה להמלוה קנין גוף לפירות בשדה שלו הרי הזכות הזה הוא שוה כסף ואמאי הוי רבית, וצריך לומר דכיון דאיכא דין משכון בתורה שלוה נותן להמלוה משכון בעד הלואתו ובע"ח קונה משכון, א"כ ע"כ דבמשכון של שדה א"א להלוה שיהי' לו זכות בהשדה לחרוש ולזרוע ולקצור דא"כ תהא עומדת ברשותו ואין המלוה מוחזק בה וע"כ שהיא עומדת לגמרי בחזקת המלוה שלא יהיה להלוה חזקה בה, ואם נאמר שהשדה תשאר בורה בלא עבודה כלל זה רע להשדה וכמאמר הכתוב על שדה איש עצל וגו' עלה כולו קמשונים וגו',

ולכן ע"כ שהמלוה צריך לעבוד בה ורק שזה שמקבל זכות הפירות בלא שכר בזה אנו אומרים שהריוח אינו ברור אבל עיקר כל זכות המשכנתא יוצא מעיקר ההלואה ואין כאן מצד המלוה נתינת דמי המקח כי הלואה אינה תשלומין כלל ולכן גם כשאומר המלוה אפי' ע"פ תנאי הלוה שיסתלק באמצע הזמן כיון שאנו אומרים שאין זה תנאי בעיקר המשכנתא דכיון שנכתב בשטר סתם הוא ע"מ שלא להסתלק והיא רק התחייבות מצד המלוה להסתלק וכמו שכתבנו, וכיון שרק מדין חיוב אתינן הרי אין לנו במה שיתקיים חיובו שאף שהתחייב באמת אבל בלא קנין הרי לא נגמר חיובו כיון שלא קנה השדה בדרך מכירה שיתחייב עבור השדה דמי המקח, ולכן שפיר אמרינן דצריך למיקני מיניה.

והנה ביארנו דין משכנתא בלא נכייתא, אבל משכנתא בנכייתא הרי משלם הוא עבור הפירות וא"כ הא יוכל להתחייב ע"י זה גם להסתלק, אבל באמת משכנתא בנכייתא אין הכונה שקנה הפירות אלא שיש לו זכות ליקח הפירות בעד דמים אלו שינכה מהקרן, אבל אם לא יקח המלוה הפירות כלל ויניח להלוה לקצור הפירות אינו מחוייב לשלם להלוה כפי הדמים שקצבו בהשטר ושיהיה מחויב ליקח הפירות, ולכן גם במשכנתא בנכייתא ליכא חיוב על המלוה לשלם דמי המקח ובמה שהתחייב להסתלק צריך למיקני מיניה.

והנה במה שבארתי דברי הרמב"ם בפי"א מהל' מכירה דאפי' היכא דאמר הלוקח כשיהיו לך מעות אחזירם לך דאינו תנאי במכירה שיהיה הלואה אם יחזיר לו מ"מ מחויב להחזיר לכאורה זה תלוי במחלוקת אם מהני קנין אתן ומבואר זה בחו"מ סי' רמ"ה והטור סובר דלא מהני קנין אתן לא רק שלא קנה אלא דגם התחייבות ליכא ועיין בקצוה"ח שם, אכן בפי"א מהל' מכירה הל' ג' בארתי דדעת הרמב"ם דמהני קנין אתן וממילא לשיטתו מיושב, ובשיטת הרמב"ן במה דמפרש כיון דמיירי לאחר מתן מעות לא קשה דיש לומר דמה דמהני קנו מידו היינו באמר מעכשיו ואולי אפשר לחלק דמסתלקנא עדיף מקנין אתן.

הלכה ז

הממשכן בית או שדה ביד חבירו והיה בעל הקרקע אוכל פירותיה ואמר לו המלוה לכשתמכור קרקע זו לא תמכרנה אלא לי בדמים אלו ה"ז אסור, ואם אמר לו אל תמכרנה אלא לי בשויה ועל מנת כן אני מלוה אותך ה"ז מותר.

השגת הראב"ד. הממשכן ביתו כו' עד ה"ז מותר. מ"מ קשיא לי והא אסמכתא היא דהא לא ידיע אי מזבין לה או לא, ואימת קני לה, ומסתברא בדאמר לה מעכשיו ואפ"ה בדמים הללו אסור הואיל ולא פסיקא מילתא דזביני עכ"ל.

כתב המ"מ וז"ל ורבינו בכאן לא הכניס עצמו אלא באיסור הדבר והיתרו אבל בענין קניה אם קנה אם לאו לא כתב בכאן דבר ומבואר הוא פ"ח מהלכות מכירה דבעינן מעכשיו וקנו מידו והוא שלא ימצא יותר על הדמים שקצב כמבואר שם וכאן כיוצא בזה הוא, וכשפסק דמים ידועים אסור משום רבית דמיחזי דמוזיל גביה מחמת ההלואה וכשאמר בשויה מותר ואיכות הקניה על התנאין שנתבארו שם עכ"ל.

והנה אינו מבואר כונת המ"מ אם כונתו דבאמת הרמב"ם מיירי כאן בלא מעכשיו ומשום דלא מיירי בדין קניה אלא מדין איסור והיתר ואף דבאמת לא קנה מ"מ אם התנה וקיים תנאו הוי רבית, או דכונתו דגם כאן כונת הרמב"ם באמר מעכשיו וסמך על מה שכתב בהל' מכירה דצריך מעכשיו ולשני האופנים קשה דאם כונתו באופן א' וכאן מיירי בלא א"ל מעכשיו קשה דאמאי מותר באמר לו אל תמכרנה אלא לי בשויה דאף דאינו מוזיל גביה אבל כיון דהוא הלואה גמורה והתנה עמו שלא ימכרנה אלא לו למה מותר דהא אפי' רבית דברים אסור כ"ש תנאי שמחוייב למכור לו ולא לאחרים, דבשלמא כשאמר לו מעכשיו א"כ כשמוכר לו וקנה לו מעכשיו הרי לא הי' כאן הלואה כלל ושפיר מבואר דמותר ורק היכי דמוזיל גביה אסור וכמש"כ הראב"ד הואיל ולא פסיקא מילתא דזביני, אבל בלא מעכשיו דהוי הלואה גמורה ודאי צריך להיות גם בשויה אסור, ולאופן ב' קשה דאין לומר דהרמב"ם סמך על מה שכתב בהל' מכירה בדין קנין דצריך מעכשיו גם באמר לו בדמים הללו בדין איסור ריבית דבודאי אפי' בלא אמר מעכשיו אסור דאף דלא קנה אבל עכ"פ הבטיח לו להוזיל לו השדה וכן כתב להדיא הרמב"ן בחידושיו, ואם דעתו דאינו אסור אלא אם חל הקנין דהיינו במעכשיו ודלא כהרמב"ן היה לו לבאר וגם הא דמותר בסתם אם הוא דוקא במעכשיו היה לו לפרש.

והנה צריך לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב והיה המלוה אוכל פירותיה והמ"מ כתב משום דסובר דבמשכנתא דבית אסור אפי' בנכייתא אבל אין זה מבואר כלל דעכ"פ אין כאן מקומו דכבר השמיענו הלכה זו וממילא נבין דאיירי באופן זה ועוד דעיקר טעמו אינו נכון דהא לא אסר הרמב"ם אלא בנכייתא שהוא דבר מועט וכמש"כ הרמב"ם בפ"ו הל' ז' שאמר לו הריני מנכה לך מעה כסף בכל שנה אבל אם אמר לו שידור בחצירו וינכה כפי שוים גם הרמב"ם מודה דמותר וא"כ למה לו לפרש שהי' הלוה אוכל פירות.

והנראה בזה דהנה בדף ע"ג ע"ב בהא דרב מרי בר רחל משכן ליה ההוא נכרי ביתא וכו' שקל אגר ביתא וכו' כתבו התוס' משמע דיכול אדם למכור מה שהשכיר ביד אחרים וכן משמע בערכין דכ"א דאם הקדיש המשכיר את הבית אין השוכר רשאי לדור בו וקשה מהא דאמרינן בכתובות בית שמשכנתי לך לכשאפדנו ממך תקדוש קדשה.

משמע דכל זמן שהיא ממושכנת אינו יכול להקדישה, וי"ל דמה שיתר על החוב יכול להקדיש ולמכור אבל גובה תחילה חובו ומה שאינו יכול לדור בו לפי שהקדש מעורב וימכור הבית ויקח זה שכר שנתן עכ"ל, והרמב"ם בפ"ו מהל' ערכין הל' י"ט כתב דמוכר בית והקדישו המשכיר הבית קדוש והמכירות נפקע והרמב"ם לטעמיה דסובר דקדושת דמים מפקיע מידי שעבוד וכמו שפסק בפ"ז מהל' מלוה וא"כ קשה בבית שמשכנתי לך למה אינו קדוש קודם שיפדנו ויפקיע השיעבוד, ומוכח דסובר דהגמ' כפשוטה דאינו חל כלל ההקדש קודם שיפדנו וטעמא משום דלא דמי משכנתא לשכירות ובמשכנתא כתב הרמב"ם בפי' דהקנהו הגוף לפירות וכבר כתב בהל' מכירה פ' כ"ב החילוק בין מוכר גוף לפירות ובין משכיר.

ולכן יש לומר דאף דהמשכיר יכול להקדיש אבל במשכן אינו יכול להקדישו קודם שיפדה ואף דבמוכר גוף לפירות היא משנה מפורשת בב"ב דף קל"ו דכותב נכסיו לבנו לאחר מותו יכול הבן למכור הגוף וזוכה הלוקח לכשימות האב, יש לומר דזהו דוקא התם דעל זה הקנהו שלכשימות יהי' של הבן וכיון שע"כ ימות ויש להבן בודאי זכות לכן חל המכירה אבל גבי ממשכן שדה כיון שלא יפדה הלוה אין לו כלום ואם לא יפדה לעולם לא יהיו לו פירות לעולם לכן אינו יכול עכשיו למכור, ולענין זה הוי עכשיו בגדר אינו ברשותו ממש אלא דלא הוי דבר שלבל"ע להקדיש לאחר שיפדה כיון שבידו לפדותה.

ובטעמא דמילתא דאינו קדוש היה אפשר לכאורה לחלק ממשכנתא לשכירות עפ"מ שכתב הרמב"ם בפכ"ב מהל' מכירה לחלק בין מוכר שדה לפירותיה ובין משכיר שדה, אבל באמת א"א לומר כן דהא משנה מפורשת היא בב"ב דף קל"ו הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו מכר האב מכורים עד שימות מכר הבן אין ללוקח כלום עד שימות האב, ומפורש דבעל קנין הגוף יכול למכור אף ששייר האב לעצמו קנין הגוף לפירות, ובאמת צ"ע מה שהוצרכו התוס' להוכיח דין זה דמשכיר יכול למכור מדין המשכיר בית לחבירו והקדישו, לכן ע"כ צריך לומר דעיקר החילוק ממשכנתא לשכירות הוא משום דין קנין המשכנתא דמשכנתא קונה גוף הקרקע וכעין זה דמצינו במטלטלין דין בע"ח קונה משכון ואף דזה אינו אלא במטלטלין דתפיס למשכון זהו מעיקר דין משכון דקונה אפי' היכי שנטל המלוה משכון שלא ברשות והוא מקרא דלך תהי' צדקה אבל בקרקע אינו זוכה במשכון אלא כשממשכן לו בשטר או שקונה בחזקה מדעת הלוה שהקנהו למשכון אלא שגם לפ"ז קשה מהא דרב מרי בר רחל דהוא משכנתא ומהני מכירת העכו"ם, אח"כ ראיתי שהתוס' בערכין דף כ"א הקשו קושית התוס' בב"מ ותי' מקודם כתי' התוס' בב"מ ואח"כ כתבו וז"ל ויש מחלקין בין משכיר ללוה דדוקא לוה שלא תחזור אליו עוד בלא

פרעון מעות ההיא ודאי לא מצי להקדיש אבל משכיר שלאחר השלמת זמן השכירות תחזור לו בחנם יכול הוא להקדיש מיהו ההיא דאיזהו נשך לא מיתרצא בהכי עכ"ל וכוונתם דהא דרב מרי בר רחל הוא משכנתא.

ונראה דבפסחים דף ל"א ע"ב פליגי ת"ק ור"מ בברייתא בדין משכון של עכו"ם דת"ק סבר דדוקא במשכון של ישראל בע"ח קונה משכון דכתיב ולך תהיה צדקה ולא במשכון של עכו"ם והנה לכאורה אין שייכות במשכנתא דקרקע לדין זה דליכא בקרקע דין בע"ח קונה משכון וכמש"כ התוס' כאן בדף ס"ז ע"ב בד"ה ושביעית משמטתה אלא דמ"מ נראה דגם בדין משכנתא דקרקע איכא חילוק בין עכו"ם לישראל דהא צריך ביאור טעמא דת"ק בפסחים דאמר הני מילי ישראל מישראל דקרינא בי' ולך תהי' צדקה אבל ישראל מעכו"ם לא, וקשה דהא מה דילפינן מקרא דולך תהי' צדקה דבע"ח קונה משכון הא לא מסתבר לומר דהקרא חידש שיקנה הבע"ח המשכון כדי שיהיה לו צדקה ובודאי אין הצדקה סיבת הקנין, אלא להיפוך דילפינן מהך קרא דבע"ח קונה משכון ומשום זה כשמחזיר יש לו צדקה, וא"כ מאי נ"מ במשכון של עכו"ם דליכא האי קרא דולך תהיה צדקה ולמה ישתנה דין עכו"ם מדין ישראל, ולכאורה זהו טעמיה דר"מ דאמר ק"ו ישראל מישראל קני ישראל מעכו"ם לכ"ש אבל צריך ביאור טעמיה דת"ק.

לכן נראה דטעמיה דת"ק דאף דודאי לא הדין צדקה גורם קנין המשכון אלא דכיון דעיקר דין קנין משכון דבע"ח הוא חידוש דין שנאמר בישראל לא ילפינן עכו"ם מישראל דבעכו"ם לא אשכחן בדינים שלהם אלא קנינים וזהו דין גזל האמור בעכו"ם דע"כ ילפינן מזה דין קנין דכיון שקנה בדיני קנין הרי הוא שלו ואין חבירו רשאי לגזול ממנו, אבל שיהי' דין קנין במשכון זה לא מצינו בעכו"ם וזהו דאמר ר"מ ק"ו ישראל מישראל קני ישראל מעכו"ם לכ"ש ות"ק לא סבר הכי, ולפ"ז נוכל לומר דאף דלא שייך דין קנין משכון מדין בע"ח קונה משכון אלא במטלטלין דתפיס ליה, וכמש"כ התוס' בד' ס"ז, מ"מ עיקר דין קנין משכנתא בקרקע שהוא ע"י שטר וחזקה ג"כ ידעינן מהך דינא דשייך קנין משכון, אלא דבמטלטלין הוא מדין תפיסת המשכון, וגם במשכנו שלא ברשות קונה המשכון ובקרקע ליכא דין זה אלא כשמשכנו מדעתו בשטר או בחזקה, וממילא בעכו"ם דלא נתחדש דין קנין משכון, גם בקרקע ע"י שטר וחזקה ליכא קנין משכנתא דבעכו"ם לא מצינו אלא קנין גמור ולא קנין למשכון.

אלא דזה ודאי דאפי' אם נימא דבעכו"ם ליכא דין קנין משכון אבל מה דאיכא במשכנתא הקנאת גוף לפירות וכמש"כ הרמב"ם בפ"ו זה ודאי שייך גם במשכנתא של עכו"ם וממילא מיושב הא דרב מרי בר רחל דאף דהממשכן היה עכו"ם ומשום זה חלה מכירתו

לרבא, ומ"מ אמר רב מרי בר רחל דבתוך השנה אינו צריך ליתן שכר לרבא משום דסתם משכנתא שתא ועכו"ם לא הוי מצי לסלוקי ליה והוא כמש"כ דאף דבעכו"ם ליכא דין קנין משכנתא מ"מ קנין הגוף לפירות ודאי איכא אלא דזה אינו מעכב זכות המכירה וכדמוכח מכותב נכסיו לבנו לאחר מותו וכמו שכתבנו.

והנה יש להעיר על דברינו מדברי התוס' בדף ס"ז במה דאמר שם דמשכנתא באתרא דמסלקי שביעית משמטתה וכתבו התוס' דלא דמי למלוה על המשכון דאינה משמטתה דשאני מטלטלין דתפיס להו וקנה להו שלא בשעת הלואתו כר' יצחק ולהכי גם בשעת הלואה חשיב של אחיך בידיך אבל קרקע לא, ומוכח דבאתרא דמסלקי ודאי לא קנה המלוה במשכנתא קנין הגוף כמו גדר בע"ח קונה משכון וזה אין לומר דבאמת באתרא דמסלקי ליכא קנין משכנתא ודוקא באתרא דלא מסלקי איכא קנין משכנתא דפשטה דהגמ' דשדה זו שמשכנתי לך דאינו יכול להקדישה אלא אחר שיפדנה משמע דאין חילוק ואדרבא משמע דהיכי שיכול לפדותה ומ"מ אינו יכול להקדישה אלא אחר שיפדנה.

אכן יש לומר דדין קנין למשכון לגבי זה שלא יוכל הלוה למכרה או להקדישה ודין שתשמטנה שביעית הם דינים מיוחדים, דלגבי שביעית הא דמלוה על המשכון אין שביעית משמטתה דילפינן מקרא דאשר יהי' לך את אחיך תשמט ידיך דדרשינן ולא של אחיך בידיך זה ודאי גבי משכון מטלטלין דתפיס ליה והוא ברשותו והוי של אחיך בידך, דאפי' אם יביא לו הלוה החוב צריך בהחזרת המשכון שהמלוה יחזיר לו, אבל במשכון קרקע דאף דיש לו בזה קנין משכון אבל אינו בידו וכיון דאם יפרע לו הלוה אפי' שלא ברצונו מתבטל זכות המשכנתא א"כ שפיר משמטת שביעית החוב וממילא פקע זכות המשכנתא ולא דמי למשכון מטלטלין דאם נאמר דשביעית משמטת צריכין להוציא ממנו המשכון וע"ז דרשינן ולא של אחיך בידך. ומבואר מה דבאתרא דלא מסלקי אין שביעית משמטת, דכיון דאפי' אם יביא הלוה מעות החוב להמלוה אינו יכול לסלקו מהמשכנתא עכשיו א"כ א"א להשמיט החוב כיון דקנין המשכנתא הוא ברשות המלוה אפי' לכשיביא לו הלוה החוב, ולכן אינו יכול שביעית להפקיע המשכנתא וממילא לא נפקע החוב, וזה דוקא בדין שביעית אבל בעיקר קנין המשכנתא כל זמן שלא פרע לו הלוה אין חילוק בין אתרא דמסלקי ובין אתרא דלא מסלקי.

ועתה נראה לבאר דברי הרמב"ם דודאי אין כונתו באומר מעכשיו כיון שסתם, ומפרש ד' הגמ' ג"כ שלא אמר מעכשיו, ובדין איסור רבית ולא בדין קנין, ומה דקשה דא"כ גם אם אמר בשוייהן אמאי מותר, נבאר זה ע"פ מה שהקשנו עוד למה כתב הרמב"ם והי'

בעל הקרקע אוכל פירות והביאור בזה הוא משום דאם המלוה אוכל הפירות ויש לו כל קנין משכנתא א"כ אין הלוה יכול למכרה כלל ולא שייך להתנות זה התנאי ולכן הוצרך הרמב"ם לפרש שהלוה אוכל פירות וא"כ יש לו כבר זכות בהשדה גם עכשיו ויכול למכרה וע"ז תניא דאם אמר לו כשתרצה למכרה לא תמכרנה אלא לי בשוייהן מותר וטעמא דהתנאי הוא מחזק קנין המשכנתא דכיון שהיה אפשר שימשכן הלוה הקרקע ע"מ שיאכל המלוה הפירות אפי' למאן דאסר במשכנתא כבר כתבתי דעכ"פ מותר לנכות הפירות בשווים ואז הרי לא יוכל למכרה א"כ נוכל לפרש דמה שהתנה המלוה שלא ימכרנה אלא לו בשוייה היינו שלא יהי' לו זכות למכרה לאחרים שיהי' לו קנין גמור של משכנתא ומה שהלוה אוכל פירות היינו שהמלוה נותן לו רשות לאכול הפירות אבל בתנאי שאינו מגרע זכות המלוה בקנין המשכנתא, ולכן שפיר מבואר מה דמותר ולא הוי רבית דאינו תנאי בעלמא על נתינת זכות זה מצד הלוה אלא דהוא תנאי מצד המלוה שיהי' לו בהקרקע כל הזכות של משכנתא שממילא לא יוכל למכרה לאחרים ולכן בשוייהן מותר.

פרק ח

הלכה א

אסור להרבות על המכר כיצד המוכר לחבירו קרקע או מטלטלין ואמר לו אם מעכשיו תתן לי הדמים הרי הן שלך במאה ואם עד זמן פלוני הרי הם שלך בעשרים ומאה, הרי זה אבק רבית שזה דומה כמי שנטל עשרים בשביל שנתן לו מאה להשתמש בה עד זמן פלוני, וכשיתבענו בדין אינו חייב ליתן אלא מה שהיה שוה בשעת המכר או יחזיר ממכרו מידו אם היה קיים, וכן אם מכר לו מטלטלין עד זמן פלוני במאה והיו שוין בשוק למי שקונה במעותיו מיד תשעים הרי זה אסור ואינו נותן לו אלא תשעים או מחזיר מידו סחורתו אם היתה קיימת.

או יחזיר ממכרו מידו, כתב הלח"מ יש להסתפק במי תלוי הברירה אם המכר קיים אם במוכר דוקא או בלוקח דוקא או בכל אחד משניהם להחזיר המעות או המקח, ונראה דיותר תלוי במוכר מפני שאינו נותן מה שהתנה עמו עכ"ל, וגם המל"מ האריך כאן בזה.

ואעתיק בזה מה שכתבתי מכבר לידידי הגרש"י זעווין שליט"א בענין השייך לכאן; הנה מעכ"ת דן במי שהתחייב לחבירו לעשות דבר איסור באופן שהאיסור הוא על שניהם וכמו אתנן ורבית וקבל דמים ואינו מקיים תנאו אם מחוייב להחזיר הדמים, והוכיח בזה מדברי הריטב"א בשם הרשב"א בע"ז דף ס"ג בהא דתניא נתן לה ואח"כ בא עליה אתננה

מותר דפריך לכי בא עליה ליחול עלה איסור אתנן למפרע ומשני כשקדמה והקריבתו ופריך אי דלא אמר לה קני מעכשיו היכי מצי מקרבה ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו ומפרש הרשב"א דהא דלא אמר לה קני מעכשיו היינו שנתן לה בסתם וע"ז הקשה דלמה לא תוכל להקריב כיון שמשכה הטלה קנתה והביאה הוי רק דמים עליה וכל שמשך ופסק דמים קנה אע"פ שלא פרע, ותי' הריטב"א דכיון דכסיפא ליה מילתא למיתבעה לביאה אנן סהדי דלא מקני כלל אלא שיהא בפקדון אצלה עד שיבעול, ומפורש בדברי הרשב"א שאם נתן לה בסתם קנתה הטלה אף שלא אמר בפי' שתקנה מעכשיו, והביא מדברי החת"ס שכתב דגם רש"י ותוס' היו סוברים כדברי הרשב"א והריטב"א אלא שמפרשים דמה דאמר בגמ' ואי דלא אמר לה קני מעכשיו היינו שמפרש שלא תקנה עד שעת ביאה, ומזה תמה מעכ"ת על החוו"ד ביו"ד סי' קס"א שכתב דמד' הגמ' בסוגיא זו מוכח דאם נתן לה טלה באתננה ואח"כ הוא אינו רוצה לבעול בשביל האיסור צריכה להחזיר לו האתנן וכונתו מדפריך הגמ' היכי מצי מקרבה ובודאי מוכח שלא ראה ד' הריטב"א, ומפרש דמה שאינה יכולה להקריבו הוא משום דאכתי לא קנתה כיון שאם הוא לא יבעול אינה צריכה להחזיר אבל הרשב"א והריטב"א מוכח דסוברים דהי' צריך לומר דקנתה והביאה רק חוב עליה וא"כ אם לא יחפוץ לבעלה נשאר הטלה שלה אלא שהריטב"א כתב דכיון דכסיפא ליה מילתא למתבעה לכן לא הקנה לה עד לאחר ביאה, וממילא לשיטתם גבי רבית שדן המל"מ והחוו"ד בזה קנה הלוה ההלואה על כל הזמן אף שהמלוה לא ירצה ליקח הרבית אלא שאם הלוה לא ירצה ליתן הרבית גם לשיטתם י"ל דצריך להחזיר ההלואה, ועיין מש"כ הנתיבות סי' ק"צ סק"ז.

והנה במה שכתב החת"ס דגם רש"י ותוס' היו מודים לזה אלא שמפרשים מה דאמר בגמ' ואי דלא אמר לה קני מעכשיו היינו שמפרש שלא תקנה עד שעת ביאה והנה לא מצאתי בדברי רש"י ותוס' פי' על ואי דלא אמר לה קני מעכשיו אלא על תי' הגמ' דאמר לה ליהוי גבך עד שעת ביאה ואי מצטרך לך קני מעכשיו ובזה פשוט דכיון דאמר אח"כ ואי מיצטריך לך קני מעכשיו ובזה ע"כ דמה דאמר מקודם ליהוי גבך היינו דבסתמא לא תקנה מעכשיו.

והנה בהא דאמר בגמ' אי דאמר לה קני מעכשיו פשיטא דשרי דהא ליתא בשעת ביאה ומתנה בעלמא הוא דיהיב לה, כתבו בתוס' דלשון זה קשה דהא לא מתנה הוא דהא אמר לכשתבעל, אבל רש"י פירש בד"ה קני מעכשיו, דלאו שכר ביאה הוא ובד"ה ואי מיצטריך פי' כיון דהדר אמר לה אי מיצטריך לך קני מעכשיו הו"ל מתנת חנם, וצריך

לבאר פירש"י דאיך אפשר שנתן לה מתנת חנם דהא ודאי נתן לה בתורת אתנן אף דלא פי' כפי' התוס' דאמר לה לכשתבעל תהי' נגמרת המתנה מ"מ קשה איך נאמר שנתן לה מתנת חנם.

ונראה דרש"י סובר דאם הקנה לה הטלה מעכשיו באופן שתוכל לאכלו או להקריבו בשביל זה שיבעול אותה אח"כ הלא יהי' צריך לומר דכונתו דבשביל הטלה תהי' מחוייבת להבעל לו, וזה אי אפשר דהא אסורה לו ויודע הוא שלא יהי' עליה חיוב על זה וע"כ נתרצה שהטלה יהיה שלה בכל אופן וסמך רק על הבטחתה שתבעל לו וא"כ לא נעשה הטלה שכר הביאה כיון שקנתה הטלה בכל אופן ולכן לא הוי אתנן והוי הטלה כמו מתנה וממילא נאמר דכל זה אם אמר לה בפי' מעכשיו אבל אם נתן לה אתנן בסתם בשביל ביאה כיון שא"א שתקנה הטלה ותהיה מחוייבת להבעל לו וכיון שגם לא אמר בפירוש מעכשיו אין אנו מפרשים מתנתו דנותן מעכשיו אף דבסתם בנותן בשביל שתעשה לו דבר היתר נוכל לפרש שנותן לה מעכשיו בשביל שתעשה לו והיא מחוייבת לעשות וכדין כל פועל קבלן שהקדים לו שכרו דנתחייב בפעולה אבל הכא דהוי דבר איסור ולא תתחייב לו ודאי אין כונתו שתקנה מעכשיו והוא כדברי הריטב"א אלא דאין צורך בסברתו כיון דכסיפא ליה מילתא למיתבעה לביאה אלא דבכל דבר איסור נפרש כן.

ובדעת התוס' דלא ניחא להו כפירש"י יש לומר דחולקים בזה על רש"י ואינם סוברים דהוי כמו מתנה, ויש לומר באופן אחר דהם מפרשים הא דאמר קני מעכשיו שבשעת ביאה תהיה נגמרת והיינו נגמרת למפרע ולא ניחא להו לפרש כפשוטו שאמר לה קני מעכשיו ובשביל זה תיבעל דבכה"ג א"צ הגמ' לומר בטעמא משום דליתיה בשעת ביאה דמעיקר דינא אין כאן דין אתנן שהאתנן אסור דוקא אם האתנן הוא שכר הביאה ולא אם הביאה היא שכר האתנן וכבר כתבתי בפ"ד מהל' ביאת מקדש הל' כ"א לבאר בזה דעת הרמב"ם, והנה מצינו דבהך סברא פליגי הרמב"ם והרא"ש דבדין רבית מוקדמת מפרש הרא"ש ששלח לו ואמר בשביל שתלויני והרמב"ם כתב והיה משלח לו סבלונות בשביל שילוהו וכתב הב"י דלדעת הרמב"ם לא אמר לו ע"י השליח בשביל שתלויני אלא שלח לו בסתם, אבל הרא"ש מפרש שאמר בשביל שתלויני והחוו"ד עמד בזה בסי' ק"ס סק"ג וכתב לכאורה תמוה דין זה כיון דפירש שאינו נותן לו המתנה רק בשביל שילוהו א"כ אם לא ילוהו הוי רבית קצוצה ודומיא דאתנן דכשהקנה לה הטלה בשעת ביאה הוי אתנן, וכתב דמיירי שאינו מתנה כן בתנאי גמור רק שאמר לו הריני נותן לך מתנה ואם תרצה תלויני ופירושו דחוק מאוד דכל כה"ג לא הו"ל להרא"ש לסתום דבריו, וכן הלבוש כתב והיה שולח לו דורן ופירש ואומר בשביל מעותיך שתלויני אני משגר לך, אכן לפי

מה שכתבנו בדעת רש"י מבוארים דברי הרא"ש דכיון דא"א שיהיה צריך המלוה אח"כ להלוות לו דאם היה כונתו כן יהיה רבית קצוצה, וא"כ כשמקנה לו המתנה מעכשיו ע"כ הוא מרוצה אף בלא תנאי וגם בלא התחייבות על המלוה להלוות דבאופן זה יהיה רבית קצוצה וא"א שיתחייב, לכן אנו אומרים שנתן לו בסתם ורק סמך על הבטחתו שהבטיח לו להלוותו אבל גם אם לא ילוה לו תשאר המתנה להמלוה ולכן לא הוי רבית קצוצה.

ואף דגבי אתנן כתבנו דדוקא באמר הילך טלה זה מעכשיו אבל אם אמר לה בסתם לא הקנה לה עד שעת הביאה, נראה דכאן שאני ששלח לו דורון כמש"כ הלבוש וכן כתב הרמב"ם ושלח לו סבלונות ואף שבדברי הרא"ש לא הוזכר זה אבל לשון שלח מורה על משלוח דורן, ואי לאו טעמא דאיסור רבית הי' אפשר להתחייב גם להלוות כשנותן לו בלשון מתנה כיון דאמר לו בשביל שתלויני ויותר מזה מצינו שהסבלונות נגבין בב"ד אף ששלח לו בסתם, אבל כיון שאם יתחייב להלוות יהיה רבית קצוצה אמרינן דאינו מחוייב להלוות וממילא לא הוי רבית קצוצה.

איברא דהיה אפשר לבאר דעת הרא"ש גם בלא דברינו ונאמר דאפי' אם המלוה מחוייב להלוות בשביל המתנה מ"מ כיון שגם אם לא ילוה לא תתבטל המתנה א"כ אין הרבית בשעת ההלואה אבל לפי"ז יהי' דלא כמש"כ הנתיבות בסי' ק"צ סק"ז שאם קנה חפץ ונתחייב בדמים אם לא נתן לו הדמים נתבטל המקח ואפשר דהחוו"ד כאן מכוין לדבריו שם, וא"כ ממילא הוי כמו תנאי וממילא הוי רבית קצוצה. ולכן צריכים אנו לדברינו לבאר דעת הרא"ש ע"פ מש"כ בדעת רש"י גבי אתנן דהוי מתנה וה"נ כאן גבי רבית ולכן לא הוי רבית קצוצה.

והנה מדברי הרמב"ם שכתב גבי רבית מוקדמת בשביל שילוהו ולא בשביל שתלויני וכפי' הב"י דעתו דלא אמר לו בשמו בשביל שתלויני שהוא דעת הרא"ש וסובר דאם היה אומר לו בשביל שתלויני הוי רבית קצוצה וממילא אינו סובר כדעת רש"י גבי אתנן דהוי מתנה בכל אופן, ומבואר דהולך לשיטתו כאן במה דסובר דאם לא יקיים תנאו ויתן לו מאה ועשרים מה שהוא אסור ליתן צריך להחזיר לו המכר, וכפירושו של הלח"מ והמל"מ.

הלכה ה

אסור לקנות פרי הפרדס קודם שיגמר ויתבשל מפני שזה שמוכר בזול עתה בעשר הוא פרי ששוה עשרים כשיגמר נמצא התוספות בשביל ההקפה, אבל אם קנה עגל בזול והיה אצל הבעלים עד שיגדיל ה"ז מותר שהרי אם מת או כחש ברשות הלוקח הוא והכחש והמיתה דבר מצוי תמיד.

השגת הראב"ד. אסור לקנות פרי הפרדס כו' אבל אם קנה עגל עד דבר מצוי. א"א זהו פירוש בתורי דנפיש פסידייהו ואיננו נכון עכ"ל.

המ"מ כתב על מה שכתב הראב"ד ואיננו נכון, ולא ביאר למה איננו נכון ואפשר שהוא ז"ל סובר שאם כך היתה הכונה לא היה להם להזכיר תורי אלא בהמה ויש לומר דלרבותא נקט תורי אע"פ שיש הפרש בין עגל לשור, וכתב על זה הלח"מ וקשה למה נקט רבינו עגל ולא שור כלשון הגמ' כיון דהגמ' נקטיה לרבותא, והנה כבר ציינתי בהגהותי לחדושי הרמב"ן דע"כ יש כאן חסרון בדברי המ"מ דלפי לשונו אין כלל הבנה לדבריו דמה משמיענו בזה שיש הפרש בין עגל לשור ומה מתרץ בזה מה דאמר בגמ' תורי ולא בהמה, ולכן יש כאן חסרון וצ"ל שיש הפרש "גדול" בין עגל לשור והיינו דשור זכר חשוב יותר מבהמה נקבה לכן יש הפרש גדול בין עגל לשור, ומכיון שהרמב"ם כתב עגל ולא עגלה מובן שלכשיגדל הוא שור והוא פשוט.

והנה הרמב"ן בחדושיו כתב על פי' הר"ח שהוא כד' הרמב"ם וז"ל ומקשים בלאו הכי נמי שרי כיון שיש לו וממילא קא רבי איכא למימר לא ממילא קא רבי אלא במזונותיו של מוכר ובטרחו ועמלו וטרחו והוצאתו נפישי לפיכך אם קבל עליו אחריותו אסור ואין כל זה מספיק דהא היכי ליתסר כלל הרי הוא מכור מעכשיו עכ"ד, וכתבתי ע"ז בהגהות לא אבין תמיהתו דכיון דהמוכר צריך ליתן מזונות א"כ ע"כ או שהתחייב בשביל המעות או דהוא מכירה על אחר שיגדל וכמו בפרדיסא, ואולי דהוא הולך לשיטתו דגם בפרדיסא מתיר אם הוא מוכר בסתם ואינו מפרש סאה לדינר ולכן כאן במכר לו עגל דהוא מכירה בסתם סובר דבודאי גם בלא סברא דנפיש פסידייהו מותר, אבל הרמב"ם הרי אינו סובר גבי פרדיסא כהרמב"ן ולכן מיושב פירושו.

והנה הרמב"ן הוכיח לחלק בין מוכר בסתם ובין מוכר לדינר לסאה מהא דתניא מה שעיזי חולבות מכור לך מותר ותניא בתוספתא אומר אדם לחבירו הילך מאתים זוז על מה ששדך עושה ובלבד שלא יאמר לו מארבע בסלע בסאתים בסלע, ולא סיים הרמב"ן דבברייתא דעיזי חולבות נמי תניא מה שעיזי חולבות בכך וכך אסור, אכן המ"מ כתב בפ"ט הל' י' לחלק בין קישואין ואבטיחים לפרדיסא משום דבפרדס יש עבודה גם כשגדלים הפירות משא"כ בשדה וכמו גבי קישואים, ומה שכתב הרמב"ן מההולך לחלוב את עזיו קשה דהא מסיק שם בגמ' דאף דשם אם אמר מה שעזי חולבות בכך וכך מכור לך אסור מ"מ גבי קרי דגינאה מותר ומשום דגבי קרי מיניה קא רבו וגבי חלב לאו מיניה קא רבו וא"כ גבי פרדיסא דג"כ מיניה קא רבו צריך להיות מותר אפי' אם אמר בכך וכך וא"כ מה מתרץ דמיירי שאמר בכך וכך, ומוכח ע"כ כתי' המ"מ דגבי פרדס

יש עבודה וכנ"ל ודברי הרמב"ן צ"ע, ולכאורה אפשר לומר דבמסקנא אמרינן בזה איכא דאמרי אמר רבא ובתחילת המימרא גרסינן אמר רב, וא"כ על רב שפיר מתרץ אבל זה אי אפשר דכיון דאמר איכא דאמרי א"כ או דבתחילה נמי צ"ל רבא או דבסוף נמי רב, ובדק"ס הגירסא בתחלה רבא וכן הוא בריי"ף, וזה ודאי דהלכה כאיכא דאמרי וכן הביא הרי"ף רק מימרא דרבא להאיכא דאמרי והביא חילוק הגמ' בין קרי דמיניה קא רבו ובין חלב דלאו מיניה קא רבו.

איברא שהתוס' בדף ס"ד כתבו ג"כ ועוד יש לומר דרב לא אסר פרדיסא אלא דוקא באומר לו כך וכך הינין מכור לך אבל אם מכר לו הן רב הן מעט מה שיגדל מודה רב דשרי, אבל התוס' סיימו דלאיכא דאמרי דשרי רבא אפי' באומר בכך וכך כיון דממילא קא רבו איכא לאוקמי בפרדיסא כשעדיין לא יצא הפרי כלל, אח"כ ראיתי שהרשב"א בהא דפרדיסא הביא פירש"י והקשה דמ"ש ממה שעיזי חולבות מכור לך דמותר ולא עוד אפילו אמר לו כך וכך בכך וכך מכור לך מותר כל היכא דרבו מיניה כדלועים ופירות דכי פסקת להו לא אתו אחריני בדוכתייהו וה"נ גבי שדה בתוספתא פ"ו אומר אדם לחבירו הילך מאתים זוז על מה ששדך עושה ובלבד שלא יאמר לו מד' סאין בסלע סאתיים בסלע [פי' דכיון דבשדה עוד ליתנהו לפירות כלל אסור באמר כך וכך בכך וכך, אבל בלא אמר כך וכך אפי' בשדה מותר] ויש לומר דכל היכא דאיתנהו לפירות גמורים ראויים ללקיטה כההיא דכוורת ועזים שרי דהא יש לו וכל שיש לו שרי והיכא דליתנהו כלל נמי שרי והיינו מה ששדה עושה אבל היכא דצמחו ולא נגמרו א"נ דהוי סמדר ולא נגמר ללקיטה הוי ליה כאגר נטר ליה וכל זה אינו שוה לי, אח"כ הביא דברי הראב"ד והקשה עליו, אח"כ כתב והרמב"ן ז"ל פי' כשפירש כך וכך גם זה אינו מתישב דאין זה בכלל לשון פרדיסא שהכל תלוי בקציצה אם קצץ כך וכך בכך וכך והוה לי' לפרושי ועדיין צריך תלמוד עכ"ל ואינו מובן כלל שמתחילה בקושיתו כתב בפי' ולא עוד אפי' אמר לו כך וכך בכך וכך מכור לך מותר בדלועין ופירות, וא"כ מה הביא לבסוף פי' הרמב"ן דמיירי כשפירש כך וכך וכתב על זה דאינו מתישב משום דאין זה לשון פרדיסא והוה ליה לפרושי, דהא בעצמו כתב למעלה דאפי' אמר לו כך וכך מותר בדלועין ופירות וא"כ ה"נ ענבים גבי פרדיסא וא"כ עיקר התי' להלכה אינו מיושב ולמה כתב רק דאינו מתישב משום דהו"ל לפרושי.

ונראה דהרמב"ן כתב שם מקודם על פי' רש"י ושגם הערוך פירש כן וז"ל וקשה לן אי הכי אמאי אסר רב הא תניא לעיל מה שעזי חולבות מכור לך מותר אע"ג דשוו טפי ותניא נמי בתוספתא גבי שדה אומר אדם לחבירו הילך מאתים זוז וכו' ונראה שהם

מפרשים דהתם שפסקו קודם שצמחו והכא כשהם בוסר דהא מתחזי מהשתא רווחא דפירי וכיון דליכא אלא חשש קילקול מיחזי כאגר נטר ליה, ואם נעשו פירות גמורין ודאי מותר כדאמרן לעיל גבי גננא ואין פי' זה מחוור ועוד שנו בתוספתא היו לפניו מאה כור אומר לו קמה זו עשויה עליך במאה של זהב מותר מכור כך וכך אסור, לפיכך נ"ל דהכא בשאמר לו מה שפרדיסי עושה מכור לך מסאה לדינר אלא מקבל עליו לשכור פועלים ולבצור ואם היה חומץ כגון ענבי דאקרום או קלקול אחר שיקבל אותו ובלבד שיתן לו סאה בדינר, ורב אסר כיון דקצץ ושמואל סבר כיון דמקבל עליו תיוהא שרי וההיא דקתני מסאה בסלע אסור בשלא קיבל עליו תיוהא כלל, א"נ בשאר פירי מודה שמואל דלא שייך בהו תיוהא עכ"ל.

והנה המעיין בדברי הרמב"ן יראה שלא הסכים לתי' התוס' בסוף דבריהם דבפרדיסא מיירי כשלא יצא עדיין הפרי כלל משום דאיתא בתוספתא דגם בשדה מותר ומפרש הא דשדה כשלא יצא עדיין הפרי לכן כתב לדעת רש"י שיש שלשה חילוקים אם לא יצא עדיין הפרי כלל מותר ואם הם כבר פירות גמורים ודאי מותר כי הא דגננא והיכא שיצאו קצת והם בוסר דניכר הריוח בזה פליגי רב ושמואל, ועל זה כתב ואין פי' זה מחוור והיינו דלא ניחא ליה לעשות ג' חילוקים והיכא שיצאו קצת גרע מהיכא שלא יצאו כלל, אבל במה שכתב לדעת רש"י דהיכא שהן כבר פירות גמורים כמו ההיא דגננא ודאי מותר בזה אינו חולק הרמב"ן על האיכא דאמרי דאמר רבא דאפי' אמר כך וכך מותר כיון דממילא קא רבו.

ובהא דפרדיסא לא דמי להא דקרי דגינאה, דקרי דגינאה דשרי רבא אפי' אם אמר כך וכך כבר נגמרו הפירות לגמרי ואפשר ללקטן אלא שכל זמן ששוהין בארץ מתגדלים יותר אבל בהא דפרדיסא מפרש שהענבים עוד לא נגמרו והם סמדר ובזה סבר רב דאסור ולזה מפרש הרמב"ן דדוקא באמר לו כך וכך בכך וכך כיון דלא ניחא ליה במה שכתב לדעת רש"י שיש ג' חילוקים וכיון דמהתוספתא מבואר דכשעוד לא צמחו כלל מותר אם לא אמר לו כך וכך כ"ש כשכבר יצאו קצת ולכן מעמיד הא דפרדיסא באומר לו כך וכך, והרשב"א לא ניחא לי' בתירוצו דהוי לגמ' לפרש כן ולכן כתב מקודם תירוצו של הרמב"ן שיש שלשה חילוקים וכתב וכל זה איננו שוה לי משום דגם הוא סובר דלא מסתבר לומר דיצאו קצת אסור יותר מלא יצאו כלל ושפיר הביא תירוצו של הרמב"ן דבהא דפרדיסא באמר כך וכך אסור אלא שכתב דהוי"ל לפרושי.

הלכה י

עיין מש"כ בזה סוף פ' ט'.

הלכה יג

השם פרה מחבירו ואמר לו אם מתה הרי היא עתה עלי בשלשים דינרים ואני אעלה לך סלע בכל חודש מותר לפי שלא עשאה מחיים דמים אלא לאחר מיתה.

סלע בכל חודש מותר, כתב המ"מ דדעת הרמב"ן דאינו מותר אלא כשמקבל עליו דמים שהיא שוה בשעת מיתה ולא שיקצבו דמים ידועים מעכשיו, וכתב ע"ז הלח"מ וז"ל וקשה קצת דא"כ גבי ספינה דאמר רב אגרא ופגרא והקשו לו אי אגרא לא פגרא ושתיק רב ואמר רב ששת מ"ט שתיק רב לא שמיעא ליה הא דתניא השם פרה מחבירו וכו' לימא דשתיק מפני שהי' סבור דישומו לו כמו ששוה בשעה שמקבל אותה ולא כשעת שבירה, ונראה דלא קשה כלל דמחלוקת הראשונים גבי השם פרה מחבירו אם מקבל עליו לשלם כמו ששוה עכשיו, דזהו דעת הרמב"ם לפי"ד המ"מ או כמו ששוה בשעת מיתה כדעת הרמב"ן, זהו משום דתניא שם פרה ומשמעו ששמו אותה עכשיו כמה היא שוה ואם לשלם כפי שתהי' שוה בשעת מיתה לא שייך עכשיו שומא, ומ"מ סובר הרמב"ן דממה דמסיימת הברייתא לפי שלא עשאה דמים, ומפרש הגמ' שלא עשאה דמים מחיים אלא לאחר מיתה ע"כ דלא קבל עליו לשלם כמו שהיא שוה עכשיו, ולשון שם הוא לאו דוקא אלא שקבל לשלם עבורה, והרמב"ם מפרש שם כפשוטו ומה דתניא שלא עשאה דמים היינו שלא ישלם בשביל פחת או זולא ורק בשביל מיתה ישלם, אבל כל זה בברייתא דתניא שם, אבל רב הא לא אמר לשום אלא אגרא ופגרא והיינו לשלם בשביל שבירה, אבל לא אמר כלל נשום הספינה בשעה שמקבל אותה, וכן הרמב"ם בהל' י"א כתב מקום שנהגו לשכור הספינה וליטול שכרה, ואם נשברה שמין לו מה שפחתה ומשלם יתר על שכרה הרי זה מותר, וזהו מימרא דרב דאגרא ופגרא ולא הזכיר כלל לשום אותה כמה היא שוה עכשיו בשעת שכירות, דלא איירי רב כששמו הספינה אלא במנהג לשלם אח"כ בעד השבירה.

אכן צריך לברר בזה דהנה זה פשוט דאם המנהג הוא לשלם בעד פחת הספינה אף שמשלם שכר, הכונה היא שלא לדון בדין שוכר זה דין כל השוכרים שמה שנפחת הדבר השכור מחמת מלאכה פטור השוכר, וא"כ צריך להיות הדין כמו בשומר שכר שנשבר הדבר השמור שלא באונס, וא"כ צריך לברר כמה החיוב על השומר לשלם, אם כשעת קבלת השמירה או כשעת הפשיעה או ההיזק.

והנה הקצוה"ח בסי' רצ"א ס"א במה דאיתא בשו"ע דש"ח אינו חייב לשלם כי אם בפשיעה כתב וביוקרא וזולא מבואר מדברי המ"מ דכל השומרים משלמין כשעת הפשיעה, ע"ש פ"ה משאלה ובש"ך סי' רצ"ה סק"ו והקשה הקצוה"ח דהא שיטת

הרמב"ם דשומרים מתחייבים משעת משיכה, ואף דלחד אוקימתא בסוף המפקיד פליגי ב"ש וב"ה אי שואל שלא מדעת שואל הוי או גזלן הוי, ומוכח דאי שואל הוי משלם כשעת הפשיעה יהי' צ"ל דהך אוקימתא תהי' כהך לישנא בר"פ אלו נערות דשומרים מתחייבים משעת אונסין, אבל על המ"מ קשה וכתב ליישב ע"פ ד' הריטב"א דגם להך לישנא דשומר מתחייב משעת פשיעה לאו דמחויב חיוב גמור דהא כל כמה שהיא בחיים ברשותיה דמאריה איתא וליכא על השומר שום חיוב, אלא לומר דכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה, ובדברי הריטב"א מיושב דלדין שיווי הפקדון אינו משלם אלא כשעת הפשיעה עכ"ד הקצה"ח, וכתב ע"ז הנתיבות דטעם זה אינו מספיק אלא שלא לשלם כשעת הפקדון היכי דהוזל אח"כ אבל אם נתיקר אח"כ קשה דאמאי יהי' שומר גרע מגזלן דאינו משלם אלא כשעת הגזלה ושומר משלם כפי שהוקר אח"כ, וכתב לישב עפ"י ד' התוס' בב"ק דף נ"ו דגזלן לאו שומר הוא דהא פטור בהרקיבו מקצתן ושומר חייב לכן גזלן אינו חייב אלא על שעת גזלה דמשעת גזילה מחייבינן ליה אבל שומר נתחייב בשעת קבלה לשמור ואם פשע משלם כשעת פשיעה דאשעת פשיעה מחייבינן ליה. עכ"פ לפי המבואר מדבריהם א"כ אם המנהג הוא שהשוכר הספינה משלם בעד פחת הספינה אינו אלא שלא לפטרו משום נפחתה מחמת מלאכה אבל החיוב הוא כשעת הפשיעה ולא כשעת קבלת הספינה.

אמנם בעיקר יסודו של הקצוה"ח שכתב דשומרים מתחייבים משעת פשיעה מד' המ"מ פ"ה דשאלה ושם לא נמצא ובודאי כונתו לפ"ח הל' ג' שכתב דחייב לשלם כשעת גנבה וכן הש"ך בסי' רצ"ה כתב דחייב לשלם כשעת הפשיעה שכל השומרים משלמים כשעת הפשיעה, לכאורה אינו מוכח מדבריהם אלא אם הוקרה אח"כ ולא אם הוזלה דהי' אפשר לומר דחייב משעת משיכה לשיטת הרמב"ם דשואל מתחייב משעת משיכה ואפי' בד' הריטב"א שכתב מפורש דזה אינו אלא לדין שעבוד נכסים מ"מ הי' אפשר לומר דלא כתב כן אלא למה דמיירי שם לומר דלא הוי איני יודע אם פרעתיך משום דלא מתחייב חיוב גמור אלא אם נאנסה מתחייב למפרע אבל הי' אפשר לומר דמתחייב למפרע כשעת משיכה אך אפי' אם היינו אומרים כן לא קשה על הרמב"ן דלהדיא מוכח שם מדבריו דסובר דקיי"ל משעת אונסין ע"ש בב"מ דף צ"ז ששם הוא גם ד' הריטב"א.

אלא דבאמת אפי' אם נימא שיצטרך לשלם כפי שוויה של הספינה עכשיו ג"כ לא קשה דכיון שאינו משלם משום ששם את הספינה והתחייב בדמיה אלא משום שהוא מתחייב כדין שומרים ורק שלא יהי' פטור מדין מתה מחמת מלאכה א"כ הוא בגדר מתנה ש"ח להיות כשואל וכן נוכל לומר דמתנה שוכר להיות כשומר לענין זה שיהי'

חייב לשלם כדין שומר אף שהוא משלם שכר ואף דגבי השם פרה מחבירו דאמרינן שלא עשאה דמים מחיים אלא לאחר מיתה כתב המ"מ שאם תכחיש מחמת מלאכה לא ישלם לו וכן כתב הרמב"ם בהל' י"ב שאם הוקרו או הוזלו או נטרפו הרי הן ברשותו, שאני התם שהוא שם הפרה ומתחייב עצמו בדמיה וכדין צאן ברזל וזהו בגדר הלואה ומשום דכיון שהתנו שיהיו הגיזות והוולדות והחלב לאמצע א"כ קבל המקבל חלק זה לרשותו וכן נוכל לומר בשם פרה מחבירו דהכונה ג"כ שהולדות יהיו לאמצע, אבל גבי ספינה לא שם הספינה ורק ששכרה למלאכתה והתנה שישלם בעד פגרא וזה אינו גדר שומא כלל לכן אפי' אם נימא דשומרים משלמים כשעת משיכה לא קשה אלא דמ"מ לעיקר ההלכה דמלשון הש"ך משמע דבין ליוקרא בין לזולא הוא כשעת הפשיעה שכתב בסתמא דכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה וכן מסתבר כונת הריטב"א דלא נתחייב מעכשיו אלא לשלם כפי ההיזק שיהי' אח"כ כשלא יחזיר או שיהי' חסרון בהפקדון כפי דמי הפקדון של שעת ההזק.

אכן לפי"ז נראה לחלק בין הוקר להוזל הפקדון לדין זה אי חייב כשעת הפשיעה או כשעת ההיזק דלענין הוזל אינו חייב אלא כשעת ההיזק דהא משום זה אנו אומרים דלא נוכל לחייבו אלא כפי ההיזק שיהי', אבל אם הוקר הפקדון שאנו אומרים שנתחייב כשעת היוקר שאינו חייב אלא משעה שפשע שמאז נתחייב בחיוב שומרים וזהו מה שכתב הש"ך כשעת הפשיעה, אכן לפי מה שכתבתי בפ"ב מהל' שכירות הל' ג' דהרמב"ם לא כתב דין דש"ח חייב בפשיעה אלא דפטור על גנבה ואבדה ואונסין וכתבתי דאינו סובר כפירש"י דנלמד מעל כל דבר פשע אלא דמסברא חייב כיון דסובר דמשעת משיכה נתחייב בחזרת הפיקדון אלא דגנבה ואבדה ואונסין פטור מדין אונס, וממילא יש לומר דאין גמר החיוב בשעה שפשע אלא אם נימא דאינו חייב כשעת משיכה חייב בהוקר ג"כ כשעת האונסין, ומשום זה כתב המ"מ כשעת הגנבה ולא כהש"ך שכתב כשעת הפשיעה, וצריך להתישב בזה.

פרק ט

הלכה ח

החמרין שנכנסו לעיר והרי החטין ד' סאין בסלע הוזילו ומכרו למכיריהן או לספסריהן חמש בסלע במעות שנתנו להם תחלה כשיכנסו לעיר עד שיפתחו שקיהן וימכרו לכל אדם הרי זה מותר שאין אלו מוכרין להן בזול מפני שנתנו מעות עתה ולא יקחו אלא לאחר זמן אלא מפני שמודיעין להם את השער ומסעדין אותם.

השגת הראב"ד. החמרין שנכנסו לעיר וכו' עד ומסעדין אותן. א"א לא נהיר ולא צהיר עכ"ל.

המ"מ הביא פי' המפרשים בהברייתא שלא כפי' הרמב"ם וזהו השגת הראב"ד והקשה המ"מ על פי' הרמב"ם למה אנו צריכין לטעם הודעת השער ומסעדין אותן והלא כיון שיש לחמרין התבואה בידן יכולין הן להוזיל למי שירצו כמו שנתבאר בהל' ד' היו החטין נמכרות ד' סאין בסלע ונטל את הדמים ונתן לו ה' בסלע, אם יש לו חטים מותר, וכתב ע"ז הלח"מ ויש לתרץ דשאני הכא דאיכא קביעות זמן עד אשר יפתחו שקיהם ולכך אסור אפי' יש לו, אבל בהיו החטים נמכרות ד' בסלע אין קביעות זמן, ורבינו מחלק בין קביעות זמן להיכי דליכא קביעות זמן בפ' י' גבי יש לו עכ"ד הלח"מ, והנה בפשיטות לא דמי למה שכתב הרמב"ם בפ' י' דהתם מיירי גבי הלואה בלוה סאה שיחזיר לו סאה וביש לו מותר, ובזה מפרש הרמב"ם דמה דאמר הגמ' לוין סתם היינו דדוקא בסתם מותר ללוות סאה בסאה, אבל עד זמן קבוע אסור משום דמצוי דבשינוי הזמן ישתנה המקח א"כ הוי כמו לוה בפי' לפרע יותר ושם הא הוי הלואה גמורה אבל הכא שקנה סאה ואותה הסאה שקונה אותה נותן לו המוכר, ורק שיש זמן עד שיפתחו שקיהם ואין הטעם שבזמן זה ישתנה המקח אלא דבאמת מוזיל לו המוכר, אבל מנ"ל לחלק בין קביעות זמן ללא קביעות זמן.

איברא דיש לומר ע"פ מה שכתבו התוס' בדף ס"ג ע"ב במה דאמר רב נחמן האי מאן דיהיב וכו' ואמר הגמ' מהו דתימא כיון דאית ליה אשראי במתא כעד שיבוא בני או עד שאמצא מפתח דמי, והקשו התוס' דהא רב נחמן פסק כהלל דאסר עד שיבוא בני, ותירצו דודאי דרך הלואה אסור אפי' סאה בסאה [לר"נ] אבל דרך מקח וממכר כי הא שרי אפי' ה' בד' דאלא"ה תקשי דאפי' רבנן לא שרו אלא סאה בסאה, אבל סאה בסאתים לא אלא כדפרישית דדרך מו"מ שרי טפי ה' בד' מדרך הלואה אפי' סאה בסאה דהכי שרי לכ"ע עכ"ל. אלא דגם לפי ד' התוס' הא כתבו דיותר שרי ה' בד' דרך מו"מ וגם להלל שרי, וא"כ אין ראיה ממה דבהלואה סאה בסאה כשיש לו אינו מותר אלא בלא קביעות לומר מזה דגם בדרך מו"מ כשיש לו הוא נמי דוקא בלא קביעות זמן ובפרט שמה שצריך לשהות עד שיפתחו שקיהם לא דמי לגמרי לקביעות זמן, ויש להוכיח כן מעיקר ההלכה בהל' ו' דהיו החטים נמכרות ד' סאין בסלע ונטל את הדמים ונתן לו ה' בסלע אם יש לו חטין מותר, דלא חילקו שם לא בגמ' ולא ברמב"ם לומר דאם מוכח מתוך המכר שיתן לו החטין לאחר זמן אסור, דבסתמא כן הוא שיש איזה מניעה שאינו יכול ליתן לו עכשיו בשביל זה מוזיל גביה כשנותן לו עכשיו המעות.

ונראה דעיקר קושיית המ"מ לא קשה דבהיו החטין נמכרות בסלע נתן לו הלוקח הדמים ומכר לו באותה שעה החטין ונתן לו ה' בסלע ובזה אם יש לו מותר, אף שאינו נותן לו עכשיו החטים כיון שקנה אותם עכשיו במעותיו בה' בסלע, אבל כאן גבי החמרין לא מיירי באופן זה אלא כמש"כ הרמב"ם שנמכרו למכיריהן או לספסריהן חמש בסלע במעות שנתנו להם תחילה, ומלשון זה מוכח דלא מכרו להם מתחילה כשנתנו להם המעות בחמש בסלע, דא"כ לא שייך ע"ז לשון המעות שנתנו להם תחלה דהא כשנתנו להם מכרו להם במקח זה, וע"כ דהכונה דכשנכנסו לעיר נתנו להם תיכף מעות לצרכיהן, ואף שלא נתנו להם בתורת הלואה אלא על חשבון קניית חטים אבל לא קצבו באותה שעה מקח על החטים שיקחו מהן, ולפי"ז מה שכתב הרמב"ם שאין אלו מוכרין להם בזול מפני שנתנו מעות עתה ולא יקחו אלא לאחר זמן, הכונה בלשון ולא יקחו הוא על עיקר הקנין, והיינו שלא יגמרו הקנין אלא לאחר זמן בשביל שלא פסקו עוד הדמים, ולשון לא יקחו הוא על המקח ולא על נטילת החטים, ולכן מיושב דבזה לא מהני יש לו דדוקא אם נגמר הקנין כשנתן לו המעות מהני יש לו.

והנה הלח"מ הקשה עוד במה שהשמיט הרמב"ם הא דתגרא חדתא שלפי פי' הרי"ף הא דאמר בגמ' דנ"מ בין מ"ד משום דמגלו להו תרעא ובין מ"ד דמוזלי גבייהו בתגרא חדתא, [והרי"ף גורס ספסירא חדתא] היינו דלמ"ד משום דמגלו להו תרעא ספסירא חדתא ליתא בקי בתרעא וכיון דפסק הרמב"ם כמ"ד משום דמגלו להו תרעא בספסירא חדתא אסור, וכתב הלח"מ דהרמב"ם מפרש כפירש"י דהפי' משום דמוזלי גבייהו לא כמו שפירש הרי"ף שהספסירא מוזיל להחמרים בדברים שהן צריכין לקנות אלא שבני המקום הזול מוזלי להחמרים כשיאמרו להם שצריכים למכור גם במקום היוקר בזול, ובזה בתגרא חדתא היינו שהחמרים הם חדשים אסור דבני מקום הזול אין מאמינים לו שהוא צריך למכור בזול, וכיון שפסק הרמב"ם כמ"ד דמגלו תרעא לכן לא חילק, ובדברי הרמב"ם קשה לפרש כפירש"י בהא דמוזלי גבייהו כיון דבהא דמגלי להו תרעא אינו כפירש"י אלא כפי' הרי"ף, והגר"א בהגהותיו כתב דהרא"ש אינו גורס מאי בינייהו אלא איכא בינייהו דמפרש דלא פליגי לענין דינא וכמש"כ הב"י ולדבריו למה הביא גם האיכא בינייהו כיון דאין נ"מ לענין דינא.

ונראה דבהא דמוזלי גבייהו ג"כ מפרש הרמב"ם כפי' הרי"ף שספסיריהן מוזלין להם סחורות אחרות שהחמרין קונים מהם, ורק בהאיכא בינייהו מפרש הרמב"ם להיפוך דהרי"ף מפרש דספסירא חדתא ליתא בקי בתרעא וזה דחוק דכיון שהוא במקומו אפי' אם הוא חדש הלא יכול לדעת השער של היום ואטו שוטה הוא שיתחיל לקנות ולמכור

ולא יחקור וידרוש את השער לכן מפרש דהנ"מ הוא בטעמא דמוזלי גבייהו דהיכי שהוא ספסירא חדתא ועתה מתחיל לקנות ואין לו עוד סחורות למכור להחמרים כיון שנתן מעות במוקדם להחמרים להך מ"ד אסור, אבל הרמב"ם דפסק כמ"ד דמגלו להו תרעא בכל גווני מותר.

הלכה ט

המוליך פירותיו ממקום למקום מצאו חבירו ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך פירות שיש לי במקום פלוני באותו מקום אם יש לו שם מותר ואם לאו אסור, היה מוליך סחורה ממקום למקום אמר לו תנם לי ואני אעלה לך דמיה כמו ששוה באותו מקום אם היתה ברשות המוכר עד שהגיע לשם מותר ואם היתה ברשות לוקח אסור.

המל"מ הביא מש"כ המהרי"ט בתשובה ח"א סי' פ' על ראובן שנתן לשמעון מעות ושמעון אמר לראובן אני מוכר לך במעות אלו כך וכך מנים צמר במקח שאקבל מיתר הצמר אשר לי במקום פלוני ומזה המקח הנני פוחת לך מעה בעד כל מנה צמר, וגם קבל המוכר האחריות וההוצאה עד מקום פלוני וכ' המהרי"ט שאף ששמעון יש לו הצמר מ"מ כיון שאחריות הצמר על המוכר עד שיתן לו נמצא שלא קנה הלוקח את הצמר עד שיקח אותם וכיון שלא קנה אותם א"כ זוזי הלואה נינהו וכיון שהוא פוחת לו מן השער נמצא ששכר מעותיו הוא נוטל ואסור, ודמיא הא מילתא להא דאמרינן המוליך חבילה ממקום למקום מצאו חבירו ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כמו השער שבמקום פלוני אם באחריות המוכר מותר, משום דהוי פקדון עד שיגיע למקום פלוני, ואם באחריות הלוקח אסור, משום שכבר הי' מכר בכאן ובכאן השער ביוקר יותר מאשר במקום פלוני ונותן לו היוקר בשביל המתנת המעות, ומוכח מבריתא זו דקבלת האחריות מוכחת על המכר, ולכן גם בכאן כיון שהמוכר קיבל האחריות עד מקום פלוני א"כ הצמר אכתי ברשות המוכר וא"כ מוזיל גביה בשכר ההלואה. ואח"כ כתב המהרי"ט דז"א דמוכח להדיא בפ' הזהב דשרי בכה"ג בדף מ"ה גבי מי שהיו חמריו ופועליו תובעים אותו בשוק ואמר לחנוני תן לו בדינר מעות ואני אעלה לך יפה דינר וטריסית ממעות שיש לי בתוך ביתי דאמרינן התם דאף דאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ מותר גבי מקח וממכר לפי פי' התוס' שם ליתן אפי' עודף אף שבודאי האחריות אכתי עליו ועוד לא נקנו לו ואם יאנסו יצטרך ליתן אחרים, אלמא דכשיש לו ובתורת מקח מותר ליתן אפי' עודף אף שאחריות על המוכר, עוד כ' המהרי"ט דודאי בכאן המקח הוא מעכשיו ורק שהתנה עליו שיקבל האחריות וההוצאה אבל המקח הוא מעכשיו והאריך שם בהא דזמנו של שטר מוכיח עליו, ובפרט שכתוב בשטר בפי' מעכשיו, והנה מד' מהרי"ט אינו מובן מפני מה נדחה

הראי' הראשונה, ואפשר דשיטתו הוא מתחלה בד"ה ומיהו, קודם שכתב ובר מן דין, דאפי' אם לא קנה כלל רק שהי' בתורת מקח וממכר מותר ליתן עודף דבכה"ג ביש לו דהוי כעד שיבא בני מותר בדרך הלואה בסאה בסאה כן מותר בתורת מקח בסאה בסאתים, ואינו צריך קנין כלל רק דמותר להוזיל בדרך זה וכן משמע ברא"ש, אך בסוף דבריו כתב דהכא הקנה לו בפי' מעכשיו ורק דקיבל אחריות והוצאה וזהו תנאי אבל המכירה היתה מעכשיו זהו ביאור ד' מהרי"ט.

והנה המל"מ כתב על ד' המהרי"ט בראייתו הראשונה וז"ל ותמי' אני על ראי' זו דהתם הוא דמקבלה לפרעו כמו ששוה במקום היוקר ואח"כ מקבל המעות בהלואה ומשתמש בהם עד בואו למקום המכר ומשלם במקום היוקר הלכך דוקא כשהוא ברשות מוכר מותר דעד מקום יוקר פקדון הוא גביה ואע"פ שחזרו אח"כ המעות הלואה אצלו מותר אבל בנדון זה מתחלתו ועד סופו לשם מקח נעשה ואי משום האחריות כל לוקח בהקדמת מעות דמכילתין האחריות הוא על המוכר ושנינו כולן אם יש לו מותר, ולא קפדינן אאחריות, וכבר כתבו התוס' טעם לדבר במימרא דאביי דשרי לאינש למימר הילך ד' זוזי אחביתא דחמרא יע"ש ודברי הרב ז"ל צריכים תלמוד עכ"ל המל"מ, ותוכן דבריו שהמהרי"ט רצה להוכיח דהאחריות מברר המכר וכיון שהמוכר מקבל האחריות נמצא שהמכר עוד אינו קיים ובא המל"מ לומר שבאמת בכאן אף שלא קבל הלוקח האחריות מ"מ הוי מכר כמש"כ התוס' בדף ס"ד שם, דכל לוקח במעות האחריות היא על המוכר, אבל באמת אין מזה ראי' כלל דמי יאמר שלוקח באופן שאחריות על המוכר אין לו דין מכר, דמהרי"ט אומר רק דהאחריות מברר המכר באופן זה דאם האחריות על הלוקח הוי מכור מעכשיו ואם האחריות על המוכר נמצא דעכשיו אכתי אינו קנוי להלוקח כיון שאין האחריות עליו דאם הי' ברשותו הי' האחריות עליו ואי דנימא דהא עכ"פ ע"כ הי' מכר, אין דהי' מכר אבל מכר כזה שיתן לו לאחר זמן וכן תמיד בכל פוסקין על שער שבשוק דאף דהוא מכר אבל הוא מכר על לאחר זמן, ונמצא דאף דהמעות עפ"י דין דאורייתא לא יוכל לומר שהם בתורת הלואה כיון שנתנו למכירה מ"מ יש בזה גדר המתנה או המתנה על המעות או המתנה על הסחורה אבל יש בזה גדר אגר נטר שאסרו חז"ל אפי' במכירה, וראי' לזה מפרדיסא דקיי"ל כרב דאסר אף שנתפס קנין על זה כיון שכבר הגיע לכלל בוסר ואין זה דשלבל"ע דהא קיי"ל בסי' ר"ט דאם כבר חנטו הפירות לא מיקרי דשלבל"ע ואף שהתוס' בדף ס"ד תירצו שני תירוצים בפרדיסא או דעדין לא יצא כלל הפרי או דמכר לו יין, כ"ז לשיטת התוס' אבל הרמב"ם וש"פ לא ס"ל כן אלא במכר פירות הכרם ואחרי שכבר יצאו, וכבר העיר זה הגר"א בהגהותיו בגליון,

והתי' מפרדיסא להא דקרי כ' המ"מ משום דאין דרך למכור פרי הפרדס כן ולפנינו יבואר בעז"ה. עכ"פ אין ראי' מהא דפוסקין על שער שבשוק אלא דנתפס המכירה ולכן מותר לפסוק כפי השער ואף שנתייקר אח"כ לא איכפת לן דברשותו אייקר, אבל לפסוק במקח פחות מכפי השער הא אסור בודאי גבי פוסקין על שער שבשוק כמבואר להדיא בתוס' דס"ג ע"ב, ונביאם בסמוך, והכא הא פוסק עמו בשער פחות דהא מוכר לו להדיא באחריות ובהוצאה עד מקום פלוני ומוכר לו במעה פחות משער מקום פלוני דמוכחא מילתא בזה שהוא בשער פחות רק משום המתנת המעות בכה"ג אפשר דאסור ואין שום ראי' מכל לוקח בהקדמת מעות דמכילתין שהביא המל"מ דג"כ האחריות על המוכר דבכל דוכתא מוכר בשווי והכא מוכר בפחות.

והנה מה שהביא המהרי"ט מסוגיין דפ' הזהב גבי בדמים ופרוטטות, יש לזה סוגיא ערוכה ג"כ בפ' איזהו נשך ובתוס' שם בדף ס"ג ע"ב שהבאנו לעיל, בהא דאר"נ האי מאן דיהיב זוזי לקיראה וקאזלי ד' ד' בשוקא וא"ל יהיבנא לך ה' ה' איתנהו גביה, שרי ליתנהו גביה אסור, ומקשינן פשיטא ס"ד כיון דאית ליה אשראי במתא כמאן דא"ל הלוואני עד שיבא בני או עד שאמצא מפתח דמי קמ"ל; וביארו שם ג"כ התוס' כמו בהזהב דבדרך מקח וממכר שרי לפסוק אפי' שוה ה' בד', והקשו בתוס' דהוי לי' לאתויי הא דפוסק עמו על הגדיש ותי' בתוס' דהתם דוקא לפסוק כשער לקוטות שרי אבל פחות מכפי השער אסור כיון שעדיין מחוסר תיקון, אבל הכא שיש לו שרי לפסוק אפי' בפחות מהשער, ומבואר להדיא בתוס' גם כאן דאפי' בפחות משוויו מותר לפסוק, ובדין אחריות גם כאן בהכרח האחריות על המוכר כיון שלא עשה קנין גמור, ואולי יש לחלק בין לשלם ביוקר דהוי כמו טרשא דרק החסרון משום דקץ ובין למכור בפחות בשביל המעות שיקבל עכשיו, ואינו מוכרח דמתוס' ס"ג ד"ה ואמר מוכח דאין חילוק, ואולי המהרי"ט מחלק בין היכא דהאחריות על המוכר משום דיכול לחזור ובין היכא דהאחריות על המוכר בעיקר התנאי דהיכא דהאחריות על המוכר משום דיוכל לחזור א"כ כל כמה דלא הדר נוכל לומר שהוא קנין, ואותו הקנין יועיל שיהי' המכר מהני, אבל היכא דהאחריות על המוכר מצד עיקר התנאי בזה נוכל לומר דהאחריות מברר המכר, ולזה העירני הגאון ר' פסח פרוסקין זצ"ל, וכן מצאתי מבואר בחוו"ד בסי' קע"ג ס"ק י"ח ע"פ ד' הנמוק"י, ובזה יהי' נסתר מעיקרו ד' המשל"מ שהבאנו, דעתה אין שום ראי' להוכיח דגם באחריות על המוכר מהני, וע"כ אינו מביא המהרי"ט ראייתו גם מסוגיא זו דהכא באמת הוי מכר ואין ראי' להיכא דהתנה בפי' אחריות, וע"כ הוכיח ראיתו מהא דפ' הזהב שמפרש כנראה המהרי"ט דשם לא הוי מכר כלל, וביחוד מד' הרא"ש שם מוכח כן שאינו גורס

כלל בדמים ובפרוטטות, אלא בדמים ופרוטות, איברא דבשו"ע כפי הנראה לא הוזכר שיטת הרא"ש ונפסק להיפך, ומפרש דשינוייא דרב אשי הוא דלא כדס"ד מעיקרא דלקח פרוטות ע"מ להחזיר פרוטות, אלא דלקח מעות ע"מ להחזיר פרוטות דכיון דבתורת מקח וממכר נתן לו מותר ומשמע שם מלשונו דכיון דעכ"פ הפרוטות הם ג"כ מטבע אין עליהן כלל קנין לא חליפין ולא קנין כסף דאינו שייך אלא על חפצים, (ויש לעיין בזה לדינא) ורק דכיון דעכ"פ בתורת מו"מ נתן לו מותר. ולכן היתר המהרי"ט הוא משום דא"צ לדין קיום מקח כלל ורק דצריך גדר מקח ואזי כיון דיש לו, כבר מותר אפי' ליתן יותר או לקנות פחות משוויו.

אכן באמת אם נבוא לעיין נמצא שמדברי התוס' ד' ס"ג שהבאנו יהי' סתירה לד' המהרי"ט וגם לא יהי' ראי' לדבריו מסוגיין דפ' הזהב גבי בדמים ופרוטטות, דהא התוס' חילקו בין הא דפוסק עמו על הגדיש להכא היכא שיש לו, וז"ל דפוסק עמו על הגדיש לא שרינן אלא לפסוק עמו בשער לקוטות אבל לפסוק שוי שיתא בחמשא לא כיון דאכתי לית לי' שעדין צריך תיקון, ואי מוזיל גביה כולי' האי מיחזי כאגר נטר אבל כשיש לו מזומן בעין אלא שמחוסר ביאת בנו או הבאת מפתח מותר אפי' שוי שיתא בחמשא עכ"ל, ודבריהם אלו מכוונים עם דברי הרא"ש בהזהב גבי בדמים ופרוטות שכ' בסי' ד' וז"ל ולא כדאיירי מעיקרא שהשולחני נותן לו פרוטות והוא מחזיר לו פרוטות דהיינו רבית גמורה כיון דיהיב ליה טפי וסאה בסאתים לא אשכחן דשרי אפי' ביש לו אלא השולחני נותן לו מטבע והוא נותן לו פרוטות דהוי דרך מו"מ ומוזיל גביה לפי שהשולחני נותן לו מעות שהוא צריך וכיון דאית לי' שרי אפי' יהיב לי' טפי וכו' עכ"ל, וכונת הדברים מבוארת דכיון דהוי דרך מו"מ וגם יש לו ואין כאן המתנה גדולה כיון שמזומן ליקח ורק מחוסר הבאת מפתח, אמרינן דמה דמוזיל גביה אינו בשביל ההמתנה אלא בשביל שהוא נותן לו הפרוטות הצריך לו והוא אין לו אלא מטבע אחרת, ואף דמוזיל גבי' יותר מכדי שוי' אמרינן שההוזלה הוא בעיקר המקח בשביל שצריך להמקח ולא בשביל ההמתנה כיון שההמתנה אינה מוכחת, וזהו ג"כ ד' התוס' באיזהו נשך ד' ס"ג שהבאנו שכתבו דכשיש לו מזומן בעין אלא שמחוסר הבאת מפתח שרי לפסוק אפי' שוי שיתא בחמשא, והיינו משום שאין כאן המתנה המוכחת, אבל כשפוסק עמו על הגדיש אף שהפירות הם גמורים מ"מ כיון שעדין מחוסר תיקון קצת וצריך המתנה הוי זה כאין לו היינו דלא יצא זה בהחלט מגדר המתנה, ולכן אם פוסק עמו כשער שעכשיו מותר דהא לא אוזיל גבי' כלל ואפי' אם יש בזה גדר המתנה לא איכפת לן דלא אהני לו כלל דהא מכר לו והתחייב לו ליתן עתה דבר בשוויו, ואף דאח"כ נתייקר מה איכפת

לן שלו נתייקר, וזהו ביאור דברי הגמ' בדס"ג דמ"ט אמרו רבנן פוסקין על שער שבשוק ואעפ"י שאין לו דאמר לו מאי אהנית לי אי הוי לי זוזי בידי הוי מזבנינא בהיני ובשילי בזולא היינו דלא אהני לי' כלל ולא לקח אצלו עתה פחות משוי' כיון דמצוי ליקח בהיני ובשילי, והיינו אפי' אם יש בזה גדר המתנה לא איכפת לן, אבל כ"ז אם מוכר לו עתה כשער של עכשיו, דאז לא איכפת לן אם יש בזה גדר המתנה, אבל אם מוכר לו בפחות אז אסור, ודוקא בעד שיבוא בני או עד שאמצא מפתח כשהוא מזומן ליתן מותר דאין בזה גדר המתנה כלל כמו שביארנו.

ונ"ל לבאר בזה עיקר ההסבר שכתבו התוס' דכמו דשרי בהלואה ביש לו סאה בסאה ה"נ מותר בתורת מקח וממכר ביש לו פירות סאה בסאתים, ולכאורה צריך ביאור מהיכי מייתי לה הגמ' דדיו לבא מן הדין להיות כנדון ואי דהגמ' מסברא קאמר לה א"כ לא הו"ל לאתויי ראיה מהא דמותר לומר הלויני עד שיבוא בני דליכא לאתויי מהתם אלא שוה בשוה, ובדרך הפשוט נראה שלומדים ההסבר דכמו דבהלואה דסאה בסאה דרבנן מותר ביש לו, ה"נ במקח וממכר בסאה וסאתים דרבנן דנמי מותר ביש לו, אכן דבר זה דחוק, ולפי הנ"ל נ"ל להסביר באופן אחר, דבאמת גם גבי הלוני עד שיבוא בני או עד שאמצא מפתח דמותר ללות הוא ג"כ מטעם מקח, והיינו דסאה בסאה אסור ללות משום דאח"כ כשמתייקר נמצא שמחזיר לו יותר אבל ביש לו ולוה עלי' כדמוכח בגמ' דביש לו דמותר היינו משום דהוי כמו שאומר שאחזיר לך אותה שיש לי בבית, כדאמרינן יש לו סאה לוה עלי' כמה סאין דאלמא עלי' דוקא, ורק דבדרבנן התירו ללות יותר, עכ"פ ההסבר הוא דהוי כמו חליפין שמחליף אותה שיש לו בבית על אותה שלוקח ממנו, ולכן כשנתייקרה ברשותו נתיקרה ואף שלא הי' כלל קנין ע"ז מ"מ אפשר דמהני אפי' דברים לחוד במה שהבטיחו ליתן לו הסאה שיש לו בבית ושוב לא מיחזי כרבית במה שנותן לו היתרון כשנתייקרה, אבל כ"ז אם לוה סאה על סאה, אבל כשלוה סאה על סאתים אז אף דאפשר גם בזה לומר דהחליף הסאה על סאתים שיש לו בביתו אבל ז"א דכיון דבאמת לא הי' קנין גמור ורק דנימא דאין כאן דרך המתנה ע"ז נימא דזה א"א דלמאי נותן לו בעד סאה סאתים הא בודאי עיקרא דמילתא הוא בשביל המתנה ועיקר הלואה מיקרי וזהו עיקר דין רבית שבשביל שאין לו נותן יותר לאח"כ, ולא שייך לומר שבאמת הוי בזה חליפין סאה על סאתים דמהיכי תיתי יעשה חליפין סאה על סאתים, וקוטב דברינו הוא דבהלואה סאה בסאתים מלבד דזהו ממש קציצה ואפשר דלא שייך כלל לצרף ההיתר עד שיבוא בני כנ"ל, לבד זה אינו שייך גדר ההיתר בכאן, משום דכל גדר ההיתר הוא שאין כאן דברים אודות המתנה משום דנעשה כמו מקח או שמחליף

זו על מה שיש לו בביתו, אבל סאה בסאתים מוכחא מילתא דהוא אגר נטר, א"כ אותו הטעם הוי במקח וממכר דשרי אפי' סאה בסאתים דשייך לומר דאין כאן המתנה רק משום דנצרך לו עיקר החליפין והמכירה כמ"ש הרא"ש למעלה.

ועתה אחר שביארנו כל זה נמצא דכל עיקר היסור להתיר סאה בסאתים ביש לו גבי מכירה הוא באופן דאין כאן גדר המתנה ולכן גבי פוסק על הגדיש אינו מותר אלא דוקא בשער הלקוטות אבל לא פחות מכפי השער וכמש"כ התוס', וא"כ בעובדא דהמהרי"ט דבתנאי המקח הי' שמחויב המוכר להביא את הצמר על הוצאותיו ואחריותו לצפת ומ"מ הוא מוכר לו במקח פחות משער של צפת א"כ מוכחא מילתא בודאי שהוא פוחת לו מהשער דוקא בשביל המתנת המעות, ואין שום ראי' מהתוס' להתיר דהכא בודאי מוכח מילתא שהוא בשביל הקדמת המעות. וגם לא נקרא מזומן ליקח דהוי כמו פוסק על הגדיש דאסור לפסוק שוה שיתא בחמשא שכתבו התוס' דצריך טירחא ותיקון, וה"נ צריך טירחא להביא הסחורה והוצאותיו ואחריותו עד צפת, ואולי אפשר לחלק משום דהתם יש טירחא בגוף המקח לגומרו. והוי כמו שאינו. והכא הסחורה נגמרה רק שהתחייב ג"כ באחריות הסחורה והטירחא עד צפת.

אולם עוד נראה להסביר החילוק שבין פוסק על הגדיש שצריך קצת טירחא להיכא שיש לו מזומן ומחוסר ביאת בנו דכיון דכל עיקר בעינן שלא יהא מיחזי כאגר נטר וכהלואה ולכן כשהחפץ מזומן ליקח והוי בגדר חליפין ורק בשביל שלא הי' קנין גמור לכן מחוייב המוכר לקיים הדברים שהתנו שיתן לו הסאה שיש לו בביתו ונמצא דאין בזה דררא דחיובא דגברא רק לקיים כפי שהתנו בדבר הקנין בשביל שלא נעשה קנין אבל היכא שצריך טירחא מצד המוכר א"כ לא בזה בלבד יוצא המוכר ידי חובתו במה שלא יחזור מהדברים של קנין שהתנו אלא שמחוייב לתקן התבואה ולגומרה לכן יש בזה גדר חיוב ושייך בזה אגר נטר. ובזה מבואר החילוק בין פרדיסא לקרי שהתוס' הקשו מזו על זו ותירצו ב' תירוצים ושניהם אינם עולים כפי פסק הרמב"ם כמש"כ למעלה והמ"מ כתב תי' שעולה בשני טעמים משום דפרדיסא צריך טירחא וקרי גדלים מאליהם, וגם שבפרדיסא אינו עומד לימכר עכשיו שאינו ראוי עתה לכלום ורק שעיקר המכירה היא על להבא, ולפי דברינו מבואר יפה טעם הראשון שבקרי כיון שגדלים מאליהם א"כ לא התחייב בעל הגינה להלוקח כלום אלא שמכר לו הקרי כפי שהם והוסיף לו זכות שיעמדו בגינתו ויותר איננו מחוייב אליו כלל וא"כ אין כאן כלל דררא דחיוב והמתנה כיון שהמוכר איננו מחוייב להלוקח שום דבר. אבל בפרדיסא כיון שהמוכר מחוייב לעשות בפרדיסא שלו ולהוציא כל ההוצאות ולהטריח עד שיצאו הענבים שמכר א"כ

נמצא שהוא מחוייב אליו הענבים וכיון שמכר בפחות משויו אסור, ולפי הסבר זה ג"כ בכאן כיון שמחוייב להמציא לו את הצמר בצפת והוא מניח לו עבור המתנת המעות בפחות משוויו אסור.

אכן יש עוד לעורר בהך עובדא דהמהרי"ט כשנבאר מקודם הך סוגיא גופא שהביא המל"מ דשרי לאינש למימר אי תקפה ברשותך אי יקרא או זילא ברשותי ופריך הגמ' כיון דאמר לו אם תקפה ברשותך הוי קרוב לשכר ורחוק מהפסד ומשני כיון דמקבל עליה זולא קרוב לזה ולזה הוא, והנה בתוס' הקשו דמ"ש מכל פוסק על הגדיש דהאחריות על המוכר ותי' התוס' שני תירוצים או משום דבאמת אם יאבד כל הגדיש שלו יהי' הפסד הלוקח, או דבאמת המוכר רשאי לאכול התבואה שלו וליתן לו אחרת, והנה בתי' הב' יש להבין דמ"מ במאי שאני דין אי תקפה ברשותך מפוסק על הגדיש כיון דעכ"פ שם האחריות על המוכר, וע"כ דכונתם דבשלמא כשמוכר לו דבר מיוחד ואינו מקבל אחריות הוי ראי' דיש בזה גדר הלואה, ואף דקשה לומר דיש בזה הלואה גמורה דהא קונה את המקח על זמן שאח"כ, אך באמת אפשר לומר דלשיטת הרמב"ם דקונה גם מלוה למי שפרע א"כ שפיר אפשר דעד זמן הלקיחה הוא מלוה ואח"כ יהי' מכר, אך אם אפי' מלוה לא קנה למי שפרע מ"מ ג"כ אפשר לומר דעכ"פ יש בזה גדר הלואה בהכסף מדרבנן משום דאי קנה הסחורה א"כ אמאי אין אחריותו עליו, ולכן חשבינן מדרבנן לגדר הלואה, וכן בכל עיסקא אף דעפ"י דין הוא פקדון מ"מ האחריות עושה אותו להלואה, ועיין מה שכתבתי בהל' שלוחין ושותפין פ' ו' הל' ב', אבל אם פוסק על הגדיש אם רשאי ליתן לו פירות אחרות א"כ הא דאחריותו עליו אינו משום דהמעות לא ניתנו אכתי למכירה אלא משום דמכר לו פירות איזה שיהי' וממילא אינו יכול ליתן לו חמוצים, אבל עכ"פ הכסף ניתן לגמרי לקניית הפירות, אף שאינם בעין ניתנו על חיוב כזה שמחויב ליתן לו פירות שאינם בעין, וא"כ נגמר מעשה המקח לגמרי, ואי דנימא דעכ"פ הא מחויב ליתן לו החטין, י"ל דהא לכאורה מאי קס"ד דגמ' דהוי קרוב לשכר ורחוק מהפסד הא אי יקרא או זילא קאמר לו, וע"כ דהבנת הגמ' דמה שלא קיבל אחריות תקיפה מורה שלע"ע עוד לא נגמר המקח והמעות הם בגדר הלואה והמקח יגמר בעת שיקח וא"כ אם אז יתייקר אף שהי' בתורת מקח אבל עכ"פ יהי' נמצא דכיון דמדרבנן עפ"י דין האחריות עשאום רבנן כמלוה אשתכח דכשיקבל אח"כ פירות במקח יוקר יהי' רבית, ומתרץ הגמ' דמ"מ אינו אסור אלא אם בשעת פסיקה הוי קרוב לשכר אבל אם בשעת פסיקה לא הי' קרוב לשכר מותר.

והנה בתוס' הקשו מקודם דלמאי צריך לפסוק הא בל"ז יכול לחזור בלא מי שפרע כיון

שמפסיד הכל, ובאמת נ"ל פשוט דאם לא הי' מתנה היה יכול ליתן לו מקודם ויפטר מאחריות אבל כשמתנה בפי' עד זמן פלוני הרי התנה בפי' שעד עת הזאת יהי' האחריות על המוכר וא"כ מדרבנן הוי כמלוה וא"כ בזה יתיישב גם הא שהקשו התוס' כאן דגם בפסק עמו על הגדיש אפשר דרשאי ליתן לו מקודם דלא התחייב להחזיק עבורו עד הגדיש וא"כ לא הוי גדר מלוה בזה והוי קנין גמור שמחוייב ליתן לו חטין, אבל אי גם חטין אינו יכול ליתן לו א"כ הוי האחריות על הפירות שלו בהכרח והוי גדר מלוה, ומצאתי להגרעק"א שהביא בסי' קע"ג בשם ראשונים לתרץ כן, ונ"ל בזה לתרץ הקושיא שהקשו דאמאי נפסק בשו"ע עפ"י ד' הגמ' דאם אמר לו אי זילא ברשותך ואי יקרא ברשותי אסור דהוי קרוב לשכר ורחוק מהפסד, הא מותר לפסוק עמו על הגדיש ולפסוק כשער הזול ודוחק לחלק בין היכא דאמר לו הלשון אי זילא ברשותך וכבר כתב בזה החוות דעת, ולדברינו הקודמים בין לתי' התוס' בין לתי' הראשונים עכ"פ בדין פוסק על הגדיש אין בו דין הלואה על המעות דלא אמרינן דבהמעות שנתן לו יש בזה גדר הלואה, ורק דנוכל לומר שבמה שהתחייב לו יש בזה גדר חיוב על פירות, ע"ז נימא דבתורת מקח למה לא יוכל לחייב א"ע בכל אופן שירצה דהיינו שקנה ממנו על עת פלוני תבואה שבאם יהי' שער פלוני יהי' כשער פלוני ובאם יהי' בשער יוקר יהי' כשער של עכשיו, ואף שבארנו דגם בתורת מקח כיון שיש בזה גדר חיוב אינו רשאי לפסוק פחות מהשער וע"כ משום דכיון דיש גדר חיוב והוא פוחת לו מהשער יש בזה רבית אף דהחיוב אינו על המעות כ"א על הפירות וחזינן דגם בחיוב על פירות יש בזה גדר רבית, וא"כ יקשה על מה שאמרנו דכיון דבהמעות אין גדר הלואה מותר לחייב עצמו על פירות באיזה שער שירצה.

אבן נ"ל פשוט, דהנה ההסבר של קרוב לשכר ורחוק מהפסד בארנו דכיון דאין אחריותו אלא מהפסד נמצא דמדרבנן הוי גדר הלואה, ולכן כשמתייקר ויש שכר הוי רבית, וא"כ נמצא דהרבית הוא בהיוקר, וע"כ אתי שפיר דבשלמא אם פוסק עכשיו פחות מהשער אמרינן דכיון דעכ"פ מוכחא מילתא שיש כאן מעות יתרות ע"כ עלינו לומר שבשביל החיוב והמתנה נותן לו יותר והיינו שמניח לו בעד שער נמוך, ואף שהחיוב אינו במעות כי אינו מחוייב לו אלא פירות מ"מ אמרינן שבשביל מה שצריך לו להתחייב בפירות על המתנה קוצב לו יותר פירות מכפי השער, אבל אם קוצב לו כשער של עכשיו וכיון שכבר נתחייב לו חיוב גמור על חטין שיש לו אינו רבית אם יתייקר דברשותו יתייקר ומה שקוצב שאם יוזלו יתן לו כשער הזול היינו קצבה כזו שאם יוזלו אינו לוקח ממנו כלל כשער של עכשיו אלא לוקח ממנו כשער שיהי' ואין בזה רבית דהא יכול ליקח

ממנו על לאח"ז וכשער של לאח"ז ונמצא דהיינו מקח באופן כזה שאם יתייקר יקנה מעכשיו ויהי' במקח של עכשיו, ואם יוזלו יהי' הקנין אח"כ במקח של אח"כ, ומ"מ אינו רבית ולא הוי בזה קרוב לשכר ורחוק מהפסד בשביל התנאי של הזול כיון דעכ"פ אם לא יוזלו פירות קנה מעכשיו כשער של עכשיו ורק אחריות דאונסין אם אינו מקבל בזה מינכרא מילתא דלגמרי הוא ברשות המוכר, ואף דגם באחריות אונסין ג"כ נוכל לומר דמתנה תנאי כזה שאם לא יהי' אונס יהיה המקח מעכשיו ואם יהיה אונס לא יהי' קנין ויהי' ממילא האחריות על המוכר מ"מ זה הוא עיקר תקנת חכמים דקרוב לשכר ורחוק מהפסד על אונסין דאם אינו מקבל הלוקח אחריות של אונסין עשאו חכמים כמלוה, אבל במקח לא איכפת לן דאף דלפסוק פחות מהשער מוכחא מילתא לאיסור אבל לפסוק בשער הזול דבאמת אין לו שום טובה דאם לוקח אח"כ הלא יוכל ליקח כמקח של אח"כ לכן מותר, ורק על אונסין דפסיד לגמרי עשאוהו חכמים כמלוה, ואף דעכ"פ יש לו בזה טובה דקונה על ספק זה שאם יתייקר יהי' כשער של עכשיו ואם יוזלו יהי' כשער של אח"כ מ"מ לא אסרו חז"ל כיון דאין בו דררא דרבית והמוכר אינו מפסיד דזה שלוקח אח"כ כשער הזול זה באמת אינו הפסד דהא צריך להיות כשער הזול כיון שעיקר לקיחת הסחורה הוא אז, ורק שהלוקח יש לו התנאי של קנין מעכשיו אם יתייקר כדי שהיוקר יהי' שלו וזה לא אסרו חז"ל, אבל אם יהי' כל האחריות על המוכר דהוא קרוב לשכר לגמרי ע"ז עשו חכמים דהוי כמו שהמעות הוי הלואה וממילא מה שמוזיל גבי' עכשיו הוא רבית.

והנה בפ"ח הל' י' הביא הרמב"ם הא דאביי בדף ס"ד דמותר להתנות על חבית של יין אי תקפה ברשותך אי יקרא או זילי ברשותי משום דהוא קרוב לזה ולזה וגם הא דא"ל רבא מברניש לרב אשי בדף ע"ג דיהבי רבנן זוזי אחמרא בתשרי ומבחרי בטבת דא"ל רב אשי בטעמא דמותר משום דמעיקרא דחלא חלא והתוס' בד' ס"ד הקשו דל"ל טעמא דמעיקרא דחלא חלא כיון שהיוקר או הזול ברשותם, וכתבו דתקפה אינו קלקול של חימוץ אבל חימוץ שכיח טפי, והרמב"ם כתב בשניהם חימוץ, ובפשוטו י"ל דרבנן לא התנו אי תקפה ברשותך אלא אח"כ בשעת נטילת היין בחרו ביין טוב, ומצאתי שכתב כן הב"י בסי' קע"ג, אכן אכתי קשה דכיון דאיכא טעמא דמעיקרא דחלא חלא למה לן טעמא דקרוב לזה ולזה, אך זה מיושב עפ"י ד' הנמוק"י בשם הרשב"א דדוקא הכא בחבית ידועה צריך לטעמא דקרוב לזה ולזה משום דאם תתחמץ החבית בטל המקח והוי הלואה יש לחוש לרבית למה שנוטלה אם הוקרה וע"ז צריך לטעמא דקרוב לזה ולזה, אבל בחבית שאינה ידועה לא גרע מפוסקין על הפירות כשיש לו והאריך בד' הנמוק"י החוו"ד בסי'

קע"ג ס"ק י"ח ומה דצריך לטעמא דמעיקרא דחלא חלא אף דפוסקין על הפירות כתב רש"י בדף ע"ג וז"ל ולא דמי להיא דלעיל דיש לו חטין משום דהיין רגיל להחמיץ ושמא שלו החמיץ.

אכן מדברי הרמב"ם נראה לבאר באופן אחר דכבר הבאנו ד' התוס' בדף ס"ד ע"ב דלפסוק עמו על הגדיש לא שרינן אלא בשער של לקוטות אבל לפסוק שוי ו' בה' לא כיון דעדיין לית לי' שעדיין צריך תיקון אבל כשיש לו מותר אפי' שוי ו' בה' ויש לומר באופן אחר לחלק מפוסק עמו על הגדיש בלא סברא דמחוסר תיקון אלא דדוקא היכי שמקבל האחריות עליו אז מותר שוה ה' בד' דהוי כמוזיל גביה אבל היכי שאינו מקבל עליו האחריות ואינו קונה מה שיש לו אלא מגדר פוסק על הגדיש דהמוכר מחוייב ליתן לו תבואה אבל אין לו להלוקח אחריות של פסידא בזה אסור שוה ה' בד', ועכשיו מבוארים ד' הרמב"ם דמקודם כתב מותר ליתן דמי חבית של יין לחבירו ולא מיירי במוזיל גביה דמי היין, אבל בסוף ההלכה וכן מותר לאדם לקנות מחבירו בתשרי ק' כדין של יין בדינר ואינו נוטלן עד טבת מוכח להדיא מדבריו דאינו קונה אותן כפי השער אלא בזול ובזה ודאי צריך שהלוקח יקבל האחריות ולזה אשמעינן טעמא דמעיקרא דחלא חלא ויש לו אחריות אם יהי' אונס אחר על כל היין ע"י ליסטים או אונס אחר.

ובמש"כ מבואר דאין לומר בדעת הרמב"ם כפירושו של החוו"ד שכתב דמיירי שקנה בזמן הבציר שאין לו יין אלא ענבים, ולפימש"כ היכי שאין לו יין אסור ליקח שוה ו' בה' לדברי התוס', ואפשר דגם הרמב"ם יסבור בזה כהתוס' דהיכי דמוזיל גביה צריך יש לו ממש ולא מהני יש לו ענבים, והחוו"ד כתב דבד' הרמב"ם והמחבר איתא בזמן הבציר ולפום שיטפא כתב כן דלא הוזכר ברמב"ם בזמן הבציר וכונתו לדברי הטור והמחבר ובדבריהם יוכל לפרש כפירושו שלא כתבו ק' כדין יין בדינר אלא מותר להקדים מעות על יין בשעת הבציר ע"מ שיתן לו יין טוב בניסן, ובדברי הטור והמחבר אין לומר כמש"כ הב"י דהא כתבו להדיא ע"מ שיתן לו יין טוב ובדבריהם י"ל כד' החוו"ד. ובדברי הרמב"ם אפשר לומר החלוק כד' הב"י וכמו שבארנו.

פרק י

הלכה א

כשם שמותר למוכר לפסוק על שער שבשוק כך מותר ללוות הפירות סתם ופורעין סתם בלא קביעות זמן על שער שבשוק, כיצד היה השער קבוע וידוע לשניהם ולוה מחבירו עשר סאין חייב להחזיר לו עשר סאין אע"פ שהוקרו החטים שהרי כשלוה ממנו היה

השער ידוע ואילו רצה היה קונה ומחזיר לו שהרי לא קבע לו זמן. היה לו מאותו המין שלוה ה"ז מותר ללוות סתם בלא קביעות זמן ופורע סתם אע"פ שעדין לא יצא השער ואפי' היתה לו סאה בלבד לוה עליה כמה סאין היתה לו טיפה אחת של שמן או של יין לוה עליה כמה גרבי יין ושמן, לא היתה לו מאותו המין כלום ולא נקבע שער השוק עדיין או שלא ידעו שער השוק ה"ז אסור ללוות סאה בסאה וכן בשאר הפירות לא ילוה אותם עד שיעשה אותן דמים, ואם לוה ולא עשה אותן דמים והוזל מחזיר לו פירות כמדה שלוה או כמשקל ואם הוקר נוטל דמים שהיו שוין בשעת הלואה אע"פ שיש לו מאותו המין או שהיה השער קבוע הרי זה אסור ללוות פירות בפירות עד זמן קבוע אלא לוה סתם ופורע באיזה זמן שיפרע.

השגת הראב"ד. כשם שמותר למוכר וכו' אע"פ שיש לו כו' ה"ז אסור וכו' עד באיזה זמן שיפרע. א"א חדוש זה לא שמענו מעולם אלא אם יש לו או על שער שבשוק לוה סאה בסאה סתם בלא עשיית דמים אפי' על זמן קצוב עכ"ל.

המ"מ ביאר שיטת הרמב"ם ושיטת המפרשים החולקים על הרמב"ם ובהם הראב"ד. ונראה לבאר דשיטת הראב"ד אינו כשיטת רש"י והרא"ש, והנה עיקר ההלכה היא אמתני' דדף ע"ה דתנן לא יאמר אדם לחבירו הלויני כור חטים ואני אתן לך לגורן אבל אומר לו הלוני עד שיבוא בני או עד שאמצא מפתח והלל אוסר וכן היה הלל אומר לא תלוה אשה ככר לחברתה עד שתעשיה דמים שמא יוקרו חטים ונמצאו באות לידי רבית. וע"ז אמר בגמ' אר"י אמר שמואל זו דברי הלל אבל חכמים אומרים לוין סתם ופורעין סתם. ופירש"י במתני' גבי הלוני עד שיבוא בני דכיון שיש לו וכו' ומוכח דמפרש דרישא גבי אתן לך לגורן אין לו חטים, וגבי לוין סתם פירש"י דזהו בככרות דמותר ללות סתם בלא קציצת דמים אף שאין לו ולא יצא השער וכן פסקו הרא"ש והטור, ולשון לוין סתם היינו בלא קציצת דמים, והרי"ף כתב על לוין סתם ודוקא על שער שבשוק וכרב הונא ומפרש הרי"ף דמה דאמר אבל חכמים אומרים לוין סתם ופורעין סתם לא קאי על ככר דוקא אלא על עיקר מה דסבר הלל דאסור ביש לו ומה דאמר הלל לא תלוה אשה ככר זה ודאי דהלל בא לאסור אפי' להלוות ככר בלא קציצת דמים אבל חכמים החולקים מתירין אפי' בחטין, ולזה ביאר הרי"ף דהיינו ביצא השער ולוין על שער שבשוק.

והנה הב"י בסי' קס"ב כתב לדעת הרי"ף והרמב"ם וז"ל ולפי דעתם צ"ל דמאי דאמר וכן הי' הלל אומר לא תלוה אשה לאו משום דשמעינהו לרבנן דשרי בככר טפי מבסאה אלא לישנא דרבותא נקט דאפי' לככר אחד לא סגי שער שבשוק ויש לו ואיהו לא איירי על הלוני כור חיטים עד שיבא בני אלא תנא הוא דתני על מילתיה דת"ק בכור חיטים

והלל אוסר שכן הי' הלל אומר לא תלוה אשה וכו' ודחקו להב"י זה לעשות אוקימתא כזו בהמשנה שהיא צריך להיות מבואר כן בגמ', משום דקשה לו כיון דאין חילוק בין ככר להרבה פירות למה תנן זה בשתי פלוגתות, ומלבד שהוא דחוק אינו מיושב דמה בא ריא"ש לחדש דזו דברי הלל וחכמים חולקים דהא ת"ק אמר בהדיא דמותר.

ולכן נראה דיש חילוק בין יש לו ובין יצא השער, ועיקר מה שבא הלל להוסיף במה שאמר לא תלוה אשה ככר לחברתה זהו בשני דברים, א' דת"ק לא מצינו שאסר אלא בלוה בפי' סאה בסאה, אבל היכי שלוה סאה סתם ולא אמר בפי' ע"מ להחזיר לו סאה, א"כ אינו מוכח בשעת ההלואה דיש כאן חשש רבית ואפשר יעשו הלוה והמלוה כפי הדין, וכדתניא שם בברייתא קודם דאם לוה בסתם ולא קצץ דמים אם הוזלו נותן חיטים הוקרו נותן דמיהם, וכמש"כ כאן הרמב"ם, ומ"מ אסר הלל דשמא יוקרו וישלם לו הפירות שלוה ממנו, ב' הוסיף הלל לאסור אפי' בככרות ולפי פי' רש"י ותוס' ושאר ראשונים זהו משום שהם דבר מועט, אבל הרי"ף והרמב"ם אינם סוברים כן אלא דיש כאן רבותא דאפי' יצא השער דודאי יש להם שער ואף דכשיוזל שער התבואה יוזל ג"כ שער הככרות, מ"מ אין זה מוכח דתכף יוזל, כיון שאצל הנחתומים עוד נמצא תבואה משער הקודם, לכן לגבי ככרות נמשך ע"כ איזה זמן שער קבוע עד שישתנה, אבל אצל שאר פירות יתכן שעוד אין שער קבוע כלל, ולכן זהו שחידש ר"י אמר שמואל במה שאמר זו דברי הלל, אבל חכמים אומרים לוין סתם ופורעין סתם ומפרשים ג"כ בככרות, אלא דכיון דבככרות ודאי יצא השער לכן חולקים חכמים על הלל, וזהו שכתב הרי"ף וכן סובר הרמב"ם דדוקא אם יצא השער לוין בלא קציצת דמים.

ונמצא דבעיקר מה דחידש הלל שלא להלות סתם בלא קציצת דמים בזה אין חולקים חכמים, אלא בזה שהוסיף דאפי' יצא השער ג"כ אסור להלות סתם, ואף שכבר תנן דהלל אוסר אפי' יש לו וכ"ש יצא השער, כאן בא לחדש דלא נימא דלגבי חומרא זו דשמא יחזיר הלוה מה שלוה ולא דמים בזה מהני יצא השער, וחכמים חולקים וסוברים דביצא השער באמת מותר ללות ולהחזיר אותו המין שלוה, וכמו ביש לו דסוברים דמותר ללות.

והנה לפירש"י ושאר ראשונים הפי' דלוין סתם היינו בלא קציצת דמים, וכן אפשר לפרש גם לפי' הרי"ף ולא כפי' הרמב"ם דסתם היינו בלא קביעות זמן, וכן משמע מדברי הראב"ד בהשגות שכתב חידוש זה לא שמענו מעולם, ומוכח דאינו סובר דלהרי"ף צריך לפרש כפי' הרמב"ם, וכן כתב הב"י בסי' קס"ב דאין הוכחה מד' הרי"ף שיסבור כשיטת הרמב"ם בקביעות זמן, אכן לא פירשו הראשונים הא דפורעין סתם ויש לומר דגם בזה הכונה דלא נימא דאף דבשעת הלואה לוה סתם ולא סאה בסאה ומותר לרש"י משום

שהככרות הם דבר מועט, ולפי' הרי"ף משום דיצא השער, מ"מ היינו אומרים דבשעת הפרעון דצריך לפרוע כדין לוה סאה סתם, דהדין הוא דהוזלו נותן חיטים הוקרו נותן דמיהם, לזה השמיענו דפורעין סתם, והיינו שפורע מה שלוה, ומ"מ לשון סתם אינו מיושב דהול"ל לוין סתם ופורעין מה שלוה, ולפירש"י אפשר לומר דבאמת כן הוא דצריך לפרוע דוקא סתם, והיינו דבשעת פרעון לא יאמר הלוה בפי' דאף שלוה בשעת הזול מחזיר לו בשעת היוקר באותה המדה דנחשב כריבית אפי' גבי ככרות, ורק משום דפורע סתם מותר, ואפשר דבאמת אם יתבענו לדין אינו חייב לשלם אלא מעות כשער הזול, אבל לפי' הרי"ף דמפרש כשיצא השער ובזה הא מותר ללות לכתחילה סאה בסאה ונתחייב מן הדין לשלם סאה פירות א"כ לא הי' צריך לומר פורעין סתם אלא פורעין מה שלוו.

ונראה דמשום זה חידש הרמב"ם לפרש דסתם היינו בלא קביעת זמן וכתב בתחילת ההלכה כך מותר ללות הפירות סתם ופורעין סתם בלא קביעת זמן, ולכאורה מה שייך על פורעין בלא קביעת זמן וע"כ צ"ל דאה"נ דההיתר אינו אלא לפרוע סתם ולא להזכיר שלוה ממנו בתשרי בשער הזול ומ"מ משלם לו בטבת בשער היוקר במדה זו, וזה מיושב לפי' הרמב"ם דלשון סתם הוא שלא בקביעות זמן, ולכן מונח בלשון זה שלא בשינוי השער ושייך גם על פורעין סתם, אבל אם לוין סתם היינו בלא קציצת דמים הי' שייך יותר לומר ופורעין מה שלוו וכנ"ל.

מה שכתב הלח"מ על מה שהוכיח המ"מ כד' הרמב"ם ממה דלא תנן אלא א"כ יש לו, דיש לדחות דאשמעינן מתני' דעד שיבא בני לא הוי כיש לו דהוי ס"ד דהוי כאית ליה ושרי דאמרינן בריש איזהו נשך דלא הוי כיש לו, דבריו תמוהים דלהדיא כתב רש"י במתני' על הלוני עד שיבא בני דכיון דיש לו שפיר דמי, ומה שכתב דאמרינן בריש איזהו נשך דלא הוי כיש לו גם בזה דבריו תמוהים דשם לא הוזכר דינא דעד שיבא בני אלא בדף ס"ג דאמר שם לא צריכא דאית ליה אשראי במתא מהו דתימא כעד שיבא בני או עד שאמצא מפתח דמי קמ"ל כיון דמיחסרי גובייניא כמאן דליתנייהו דמי א"כ דוקא באית ליה אשראי במתא לא הוי כיש לו, אבל לא אמר דעד שיבוא בני לא הוי כיש לו.

פרק יא

הלכה א

המלוה את חבירו בפני עדים או שאמר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה זו נקראת מלוה על פה וא"צ לפורעו בעדים לפיכך אם טען ואמר אחר כך פרעתי נשבע

היסת ונפטר, אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים, לפיכך אם טען ואמר פרעתי שטר זה אינו נאמן אלא אומרים לו או הבא עדים או עמוד ושלם לו חובו, לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה שלא יחזירו למלוה על פה עדות בשטר עד שיאמר להן הלוה כתבו שטר וחתמו ותנו לו, אע"פ שאמר להן כך צריכין להמלך בו אחר שחתמו בשטר ואח"כ נותנים השטר ביד המלוה, קנו מידו שהוא חייב לו מנה הרי אלו כותבין ונותנין אע"פ שלא אמר להן כתובו שסתם קנין לכתיבה עומד.

השגת הראב"ד. לפיכך האומר היו עלי עדים וכו' עד ביד המלוה. א"א אני קבלתי שלא נאמר בגמרא אלא בכותב כתובה לאשתו ומוסיף לה, אבל בהודאות והלואות לא צריך לאמלוכי ביה עכ"ל.

אע"פ שאמר להם כך צריכים להמלך בו, כתב המ"מ דהוא מהא דכתובות דף נ"ה אמר לעדים כתובו וחתומו והבו ליה קנו מיניה לא צריך לאימלוכי ביה. לא קנו מיניה צריך לאימלוכי ביה דרש"י פי' דקאי על כותב כתובה והרמב"ם מפרשה אפי' בהודאות, והביא המ"מ דהבעל העיטור מפרש במתנה משום דבההוא שטרא הוא דמקנה, וכתב המ"מ דראי' לבעה"ע שלא הזכירו כלל המלכה בפ' זה בורר, והוא דשם איתא שאם הודה אפי' בפני ג' אין כותבין עד שיאמר כתובו וחתומו והבו ליה. וראי' זו הביא גם הר"ן בהלכות וצריך לבאר זה לדעת הרמב"ם.

ונראה דהנה מוכח דיש נ"מ בין הא דלא אמר כתובו וחתומו והבו ליה, ובין מה דצריך לאימלוכי ביה אחר שכבר כתבו וחתמו אפי' לדעת הרמב"ם דבפ"ז מהל' טוען הל' ד' כתב הרמב"ם שטר הודייה שיצא ולא הי' כתוב בו ואמר לנו כתבו וחתמו ותנו לו הרי זה כשר שחזקה הוא שאילו לא אמר להם כתבו וחתמו ותנו לא היו כותבין והוא מהסוגיא בפ' זה בורר שם, והנה בגמ' שם הא לא הוזכר הא דצריך לאימלוכי ביה ולא קשה מה שלא הוזכר גבי ההיא אודיתא, אבל הרמב"ם שכבר כתב זה כאן ובהל' טוען שם בהל' ב' למה לא הזכיר זה בהל' ד' שבודאי אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו וגם המליכו בו אחר החתימה, ומוכח דסובר הרמב"ם דבמה דאמרינן אין כותבין, אם כתבו ודאי השטר פסול, אבל במה דאמרינן צריך לאימלוכי ביה הוא רק לכתחילה לעדים הכותבין וחותמין שטרי הודאה שגם אחר שחתמו צריך להמלך בו, אבל אינו מעכב בדיעבד שאם לא נמלכו בו אינו פסול השטר, ומוקמינן אחזקתו שכיון שהי' מרוצה מקודם ליתן לא הי' חוזר בו.

ובזה מבואר מה דלא הזכירו בפ' זה בורר הא דצריך לאמלוכי ביה דשם מיירי רק מדין

הכשר השטר הודאה ומקדים הגמ' מקודם דהודה בפני ב' ולא קנו מידו אין כותבין, בפני ג' רב אמר כותבין ורב אסי אמר אין כותבין, ואח"כ איתא ההיא אודיתא דלא הוה כתיב בה אמר לנו כתבו וחתמו והבו ליה, ומסיק דחזקה על העדים שלא היו כותבין אלא אם אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו, וא"כ כל הסוגיא שם הוא בדין הכשר השטר ולא מיירי בדין לכתחילה של העדים, ובכתובות פ' אע"פ דקאי על מתני' בדין כתיבת תוספות הוזכר שם דין העדים בכתיבת שטר, ושלכתחלה צריך לאימלוכי ביה, אלא דאכתי אינו מיושב דהרמב"ם בהל' אישות גבי כתובה לא כתב הך דינא דצריך להמלך בו, ולכאורה נאמר דמפרש הך דינא דצריך להמלך בו רק לענין הודאה, וקשה דאין מקומו של דין הודאה בפ' אע"פ אלא בפ' זה בורר.

אכן נראה דכאן עיקר דין שטר ודין כתובות, ומה שכתב לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים וכו' ע"כ אין כונתו דוקא בדין הודאה, דהא בעיקר דין דאין כותבין עדותן עד שיאמר להם הלוה כתבו וחתמו אין לומר דדוקא בהודאה ולא במלוה בפני עדים דודאי אין לעדים לכתוב ע"י זה שראו ההלואה אם לא אמר להם המלוה לכתוב ולחתום שטר וליתנו למלוה או שיתנו לו השטר והוא יתן להמלוה, ומה שכתב לפיכך האומר לעדים וכו' זהו דאם לא אמר לעדים לא שייך שישמיענו דאין כותבין שטר מעצמם, ומשמיענו רק דאפי' אמר לעדים שעשה אותם לעדים לא אמרינן דבזה כבר עשה אותם לעדים גם על כתיבת שטר, אבל הא דצריך לאמלוכי ביה יש לומר דכן הוא גם במלוה לפני עדים ואומר הלוה כתבו וחתומו והבו ליה. וכן כתב המחבר בח"מ סי' ל"ט ולכן זה ודאי דהך סוגיא בפ' אע"פ קאי בדין כתיבת הכתובה, ומדאמר והבו ליה ולא הבו לה מוכח דאיירי גם בכתיבת שטרות. וכמו שדייק המ"מ, ובעיקר כתיבת כתובה לא שייך להשמיענו דאם לא יאמר כתבו וחתמו והבו לה לא יכתבו דמהיכי תיתי יכתבו לה תוספות כתובה בלא דעתו, אלא דעיקר בא הגמ' להשמיענו בין בשטרות בין בכתובה דאפי' אמר כתבו וחתמו והבו לה צריך לאמלוכי ביה אחר כתיבת השטר וחתימתו, ומבואר דהגמ' קיימא כאן בדין כתיבת כתובה, והוזכר כאן כלל דיני כתיבת שטר ובזה נכלל כתיבת כתובה, ולכן איתמר והבו ליה, ולזה לא הוצרך הרמב"ם לכתוב בהל' אישות הך דצריך לאמלוכי ביה דזהו דין כללי בכתיבת שטרות שממילא נלמד מזה גם כתיבת כתובה.

והנה זה שכתבתי דהא דצריך לאמלוכי ביה הוא גם במלוה לפני עדים ולא רק במודה לפני עדים ושכן מפורש בדברי המחבר יש להסתפק בזה דמכיון דהרמב"ם כתב הך דינא רק בהודאה, וכבר כתבתי דזה דבהלואה בפניהם אין כותבין עד שיאמר להם כתבו וחתמו זה פשיטא דכיון דלא עשאן לעדים ודאי אין כותבין בלא דעתו, וכל החדוש הוא

רק באומר היו עלי עדים, ולכן יש לומר דהך דינא דצריך לאמלוכי ביה הוא רק בהודאה דכיון שהלוהו בסתם ועכשיו הוא שאומר להם לכתוב ולחתום שטר הודאה, לכן אף שאמר להם ליתן השטר למלוה צריך להמלך בו, אבל בהלואה שהלוהו ע"מ כן ליתן לו שטר על ההלואה ואמר הלוה להעדים לכתוב ולחתום וליתן להמלוה, שפיר יש לומר דאין צריך להמלך בו כיון שהלוה מחוייב ליתן השטר להמלוה, ואף דיסוד הך דינא דצריך לאמלוכי ביה איתמר בכתובות לגבי דיני תוספות כתובה ולא לגבי הודאה, זה מבואר בפשוטו דבתוספת כתובה שאינו מחוייב ליתן לה שפיר צריך להמלך בו, וכן הוא בצוה להם לכתוב ולחתום שטר מתנה כמו שכתב הבעל העיטור, אבל בהלואה שהוא מחוייב יש לומר דא"צ להמלך בו, דודאי אינו חוזר בזה.

ויש להוסיף יותר דהרמב"ם פי"א מהל' מכירה הל' ט"ו כתב המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה הוא ואינה אסמכתא כיצד האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו' אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום וכו', ולכן כאן גבי הודאה אף שהיא בסתם ואין העדים יודעים ובסתמא צריכים אנו לומר הודאת בע"ד כמאה עדים, מ"מ לענין זה שיתן להמלוה שטר שבשעת הלואה לא נתחייב צריכים העדים לחוש אפשר כל החיוב שמתחייב הוא בגדר מתנה, ובמתנה הא ודאי דמי לתוס' כתובה דצריך להמלך בו, ולכן שפיר כתב הרמב"ם הך דינא בהודאה.

ובעיקר מה שכתב הרמב"ם לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה שלא יחזיר למלוה ע"פ עדות בשטר, קשה בתרתי, חדא דלמה רק בשביל שלא יוכל לומר פרעתי דהא נ"מ ללוה גם שנכסיו יהיו משועבדים ויגבו מלקוחות ויהיו זילי נכסיה בשביל השטר, ובאמת זה נ"מ יותר גדולה דלענין פרעתי הוי נ"מ רק אם לא יאמרו להלוה שכתבו למלוה שטר, אבל אם יאמרו לו הא אין לו נ"מ דהא לא ישלם למלוה החוב עד שיתן לו השטר, ומשום שעבוד הנכסים הא לא ניחא ליה בכל גווני, עוד קשה יותר דהא בלא טעמים אין יכולים לכתוב שטר בלא דעת הלוה דהוי מפיהם ולא מפי כתבם.

והנראה בזה דהנה הרמב"ם בפ"ג מהל' עדות כתב דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר על פי שנים עדים מפיהם ולא מכתב ידן, אבל מדברי סופרים שחותכין דיני ממונות בעדות שבשטר אע"פ שאין העדים קיימים כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, וכבר הקשה על זה הרמב"ן בס' המצות שורש ב' וז"ל מהן שאנן דנין בגיטין בעדי חתימה בלבד והאשה המוציאה לפנינו גט

חתום מקיימין אותו ומתירין אותה להנשא על פי עדות השטר עכ"ל, ומדברי הרמב"ן מוכח שאינו מקשה אלא מזה דמהני עדות בעדי חתימה לראיה שנתגרשה, אבל על זה שמועיל עיקר חתימת העדים שהגט יהי' כשר דהא שיטת הרי"ף והרמב"ם דגם לדידן דקיי"ל כר"א דאמר עדי מסירה כרתי מהני גם בעדי חתימה בלא עדי מסירה לא הוקשה להרמב"ן, דזה פשוט דלדין הכשר הגט מהני חתימתן ואין בזה דין קבלת עדות דכתיב בקרא דעל פי שנים עדים יקום דבר דזהו לדון על פי הגדתן.

והנה אדמו"ר בספרו כתב דסובר הרמב"ם דאין שטר אלא הנעשה לקנין כמו גיטין וקדושין ושטרי שחרור וקנינים דאיכא עליהו דין שטר מה"ת, אבל מה שנעשה רק לראיה לא מיקרי שטר אלא עדות בכתב ופסול מה"ת מדין מפי כתבם, וכדבריו כתב הנתיבות בסי' כ"ח, והנה לפי דבריו נמצא דאפי' שטר מכר ומתנה שכתוב קנין דלא בהאי שטרא מקנה ולא הוי אלא שטר ראיה לא מהני מה"ת והנתיבות כתב כן להדיא בסוף דבריו, וזה קשה טובא דהא כתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום ובקדושין דף כ"ו בכסף מנלן אמר קרא שדות בכסף יקנו ואימא עד דאיכא שטר ומשני דשטרא ראיה בעלמא, ואח"כ על הא דתנן ובשטר אמר אילימא מוכתוב בספר וחתום הא אמרת שטר ראיה בעלמא, ומבואר דעיקר שטר דכתיב בקרא הוא רק לראיה ומהני, ואף דאפשר לומר דאין כונת הרמב"ם אלא דלא מהני מן התורה, אבל אה"נ דמקרא דמדברי קבלה ילפינן דגם זה מועיל וקרא לדברי קבלה ג"כ דברי סופרים, אבל קשה לומר כן דא"כ למה כתב שלא תנעול דלת בפני לוין כיון דעיקר קרא בשטר מכר כתיב, ובכלל אינו צריך לומר טעמים על קרא מדברי קבלה.

וצריך לומר לפי דבריהם דנחלק בין שטר שמהני לקנין, וכמו כשכותב מכרתי שדה פלונית לפלוני דלשון זה מהני לקנין, וכבר אמרה תורה דזה מהני בדין שטר, לכן אפי' אם הוא עכשיו רק לראיה כשכבר קנה בכסף או בקנין מ"מ מהני כיון דכבר יש לשטר כזה דין שטר, אבל בשטר הודאה שמודה שלוה מפלוני מנה ואפי' בשטר הלואה כיון דשעבודא דאורייתא, א"כ השטר א"צ לחדש קנין השעבוד ושטר צריך רק שיהיה קול להלואה, בזה לא הוי מהני מה"ת דהוי מפ"כ רק מדברי סופרים שלא תנעול דלת בפני לוין.

ובאופן אחר נראה דהנה בב"מ דף י"ג אמר רב אסי דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו אלא בשטרי הקנאה, ואביי חולק ואמר עדיו בחתומיו זכין לו והרי"ף והרמב"ם פסקו כרב אסי, ומה דמהני דין שטר זהו משום דהעדים אין מוסרים השטר להמלוה או להלוקח אלא הלוה או המוכר אומר להם לכתוב ולחתום והם עושין כן ועושין

אותו לשטר, ונותנים לו והעדים אין יודעים אם נעשה המעשה אם לוה הלוה או מכר המוכר, וכל הראיה שכן היה המעשה הוא רק ממסירת הבע"ד הלוה או המוכר השטר להמלוה או להלוקח, לכן אינו מפי כתבם וכן הסביר הנתיבות שם, וא"כ לרב אסי דאמר דבשטרי דלאו הקנאה אין כותבין עד שיהי' מלוה עמו ויתן הלוה השטר להמלוה בפני העדים כמש"כ הרמב"ם פ' כ"ג ומשום דחיישינן בשביל הלקוחות שמא יכתוב בניסן ולא ילוה עד תשרי, א"כ כשאנו דנין על שטר זה הרי אנו דנין ע"פ העדים שכן נעשה המעשה והלוה לוה ונתן השטר, ולכן אף שבשעת כתיבתם וחתימתם עוד לא היו יודעים מההלואה ועשו השטר, אבל כיון דממסירת השטר מהלוה להמלוה לא נוכל לדון לגבות מהלקוחות שגם להלוה בעצמו אין אנו מאמינים ועיקר הנאמנות הוא להעדים שלא היו חותמין ונותנים להלוה אא"כ מסר בפניהם, וזה אנו יודעים מחתימתם וזהו מפי כתבם. וזהו שכ' הרמב"ם שמד"ס חותכין ד"מ בעדות שבשטר והיינו דבאופן זה אנו מאמינים עדות העדים שבשטר.

ובזה אמרתי ליישב מה שהקשו התוס' בכתובות דף כ' ע"א בד"ה ור' יוחנן במה דאמר הגמ' ביבמות פ' ד' אחין ד' ל"א ע"ב גבי מפני מה לא תיקנו זמן בקדושין דאמר לינחי גבי עדים אי דכירי ליתי וליסהדי ואי לא זימנין דחזו בכתבא ואתו ומסהדי ואמר מפיהם ולא מפי כתבם, והקשו על זה אמאי לא מצו חזו בכתבא ולאסהודי הא תנן בגט פשוט מי שנמחק שטר חובו מעמיד עליו עדים ובא לב"ד ועושין לו קיומו וכן בב"ק דף צ"ח גבי שורף שטרותיו של חבירו דאמר היכי דמי אי דאיכא סהדי דידעי מה הוי כתוב בשטרא נכתוב ליה שטרא אחרינא אלמא לא חשבינן ליה מפיהם ולא מפי כתבם, וכתבו התוס' דבפ' ד' אחין חיישינן דילמא אתו ומסהדי בסתם כאלו זוכרין העדות אבל ודאי אם היו מעידין שכך ראו בחתימתן לא חשוב מפיהם ולא מפי כתבם דעדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בבי"ד והוי כאילו מעידין ראינו עדות שנחקרה בב"ד, וקשה לי על תירוצם דלפי זה אין כאן חסרון של מפי כתבם כיון דבאמת יכולים להגיד עדותם ע"פ זה שראו בהשטר אלא שהחסרון שאינם מגידים עדותם כראוי שב"ד חושבים שהם זוכרים בעצמם א"כ יש כאן חסרון אחר ולא חסרון של מפי כתבם, והרי"ף בהלכות הקשה ג"כ קו' התוס' וכתב דשטר שהוא ביד העדים אין לו דין שטר והקשו עליו הראב"ד והבעה"מ, והרמב"ן יישב שיטתו בס' הזכות ובמלחמות וכתב דודאי כבר זכתה האשה בשטר הקדושין כשנתקדשה ומ"מ כיון שאין תקנתו שיהיו מונח אצלה אלא אצל העדים אין לו דין שטר לדון ממנו, וזהו חדוש גדול.

ונראה דלפי שיטת הרמב"ם שביארנו דאין דין שטר מה"ת אלא היכא שאין אנו סומכין

על העדים שכבר נעשה המעשה, וא"כ כיון דכדפריך שיתקנו זמן בקדושין והיינו שע"י זמן שטר הקדושין נדע שהיא כבר מקודשת אחר הזמן הכתוב בהשטר ע"כ צריך לפרש שהי' אז צריך לתקן שאין העדים רשאים לכתוב השטר קדושין ולמוסרו להמקדש אף שנכתב מדעת האשה אלא דוקא כשיקדשה בפניהם, וכן כתב הרמב"ן וא"כ לשיטת הרמב"ם דין זה הוי מפי כתבם והיינו דאף שהשטר מצד עצמו נשאר שטר כשר לקדש בו אבל איננו מועיל אלא על זה לעשותו לשטר קנין אבל לא לדון ממנו שנתקדשה בזמן הכתוב בהשטר, וא"כ שפיר קאמר בגמ' דאי חזו בכתבא ומסהדי הוי מפי כתבם.

אמנם דלפ"ז אין קושיית הגמ' מבוארת כלל דמה פריך שיתקנו זמן בקדושין כיון שלא יועיל כלל לברר זמן שנתקדשה, ומה משני לינחי גבי דידה מחקה ליה לינחי גבי' דידיה זימני דבת אחותו היא ומחפה עלה, אכן בגיטין בסוגיא דמפני מה תיקנו זמן בגיטין כתבו התוס' דאף דעכשיו אין דנין מיתת בי"ד לאשה שזינתה ותנן ג' גיטין פסולין, דגם עכשיו איכא תקנה שמא יחפה על בניה ממזרים או שלא תיאסר עליו ואם זינתה וא"כ יש לפרש לשיטת הרמב"ם דגם גבי קדושין פריך הגמ' משום תקנה זו דאף דבשטר קדושין לא יהי' תועלת לחייבה מיתה ע"י השטר קדושין יהי' תועלת לאסור אותה אם תזנה או לברר אם בני' ממזרים, ובזה יש לומר דנדון גם מהשטר קדושין, ועל זה מתרץ הגמ' דאפשר לבוא תקלה מזה אם יראו עדים בשטר הקדושין ויחייבו את האשה מיתה כשתזנה ומשום הכי לא תיקנו מעיקרא זמן בשטר קדושין.

ויש להוסיף לבאר דברי הרמב"ם וגם ע"פ זה יבואר הגמ' דיבמות, דהרמב"ם סובר דעיקר דין שטר הוא היכי שאין העדים מגידים המעשה כלל וכמו בגט שאין לשון הגט לשון העדים אלא הבעל כותב אנא פלוני בן פלוני וכו' ולמטה חותמים העדים ועל מה חותמים העדים וע"כ משום שאין כתב הגט כתב יד הבעל אלא שמצוה לסופר לכתוב וע"ז העדים חותמים שהוא נכון שהוא שטר הבעל ואף שאין אומרים כלום לפני חתימתם, אלא דחתימה הוא לשון גמר וכמו לשון תורה חתומה ניתנה וזהו דין התורה שעל שטר הבעל דבר מעמידים העדים את חתימתם ובזה גומרים את השטר וזהו דין התורה שהעדים חותמים חתימתם תחת כל שטר של בעל דבר בין בגט בין בשטרי קנין שכותב המוכר מכרתי שדה פלונית לפלוני חותמים העדים וגומרים את השטר ונמצא שאין העדים מספרים שום דבר, והגדתם בחתימתם הוא זה גופא שחותמים שהם חותמים את השטר, אבל אין כאן שום הגדת עדות, אבל בשטר הכתוב בלשון עדים שכותבין בפנינו עדים וכו' אף שכותבין וחותמים את השטר ונותנין אותו ליד הבעל דבר המתחייב כמו להמוכר או להלוה ונמצא שראית השטר היא ממסירת הבעל דבר השטר

להזוכה אבל עכ"פ העדים כתבו בלשון הגדת עדות וזה כבר נכלל בדין מפי כתבם, אלא שעכ"פ צריך לומר כמו שכתבנו למעלה דהתקנה שמד"ס חותכין ד"מ בעדות שבשטר שלא תנעול דלת בפני לוין הוא ג"כ בשביל שטרות כאלה שאין הראי' נגמרת ממסירת הבעל דבר השטר להזוכה אלא ע"י נאמנותם של העדים וכמו שבארנו, ומבואר הגמ' דיבמות דבשטר קדושין אף דעצם השטר נכתב בלשון הבעל המקדש אבל מהשטר קדושין הא אין שום ראי' שהיא כבר נתקדשה ואין השטר כתב של האשה אף שהיא המתחייבת דכן הוא דין התורה שהבעל כותב וא"כ לגבי זה שנדע שהיא כבר נתקדשה היא רק מזה שנאמין להעדים שלא היו חותמים ונותנים להמקדש אם לא שיראו שהיא מקדשה בפניהם וזהו כבר נאמנות להעדים ע"י חתימתם וזהו מפי כתבם.

ועכשיו נראה דכיון דסובר הרמב"ם דמד"ס חותכין ד"מ בעדות שבשטר ויש לומר דסובר דמדרבנן מועיל אפי' שלא מדעת המתחייב אם נעשו לעדים על זה דאף דמסתבר דאם לא נעשו לעדים אלא שראו שראובן הזיק לשמעון או שלוה משמעון אין רשות לעשות שטר על זה, אבל היכי שנמסר להם עדות מהבע"ד יכולים לעשות שטר על זה אף שלא בצואת הבע"ד כיון שתקנו חכמים שיכולים לעשות שטר לחייב הלקוחות אף שאין אנו מאמינים ללוה עצמו ואפשר דזהו טעמא דמהני שטר מודעא ומחאה שהקשו ע"ז בתוס' בב"ב ד' ל"ט ע"ב וכתבו דתקנת חכמים היא שיהא חשוב עדות ע"ש בדבריהם אבל לשיטת הרמב"ם יש לומר דעיקר תקנת חכמים היא כן בכל השטרות שבעדות שהוזמנו להעיד שיהיו עדים יכולים לעשות שטר ולכן שפיר כ' הרמב"ם דגם כאן כיון שאמר היו עלי עדים אי לאו טעמא שיהי' לו היזק שיהי' צריך לפורען בעדים היו יכולים לכתוב שטר על זה.

אכן עלינו לבאר עוד מה שהקשינו דלמה כתב הרמב"ם לפיכך בשביל זה שבמלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי תיפוק ליה דהא לא ניחא ליה שיעשה מלוה בשטר שיגבה מן המשועבדים ויהיו זילי נכסיה, וצריך לומר דאפי' אם הי' להעדים רשות לעשות שטר בלא ציווי הלוה לא הוי מהני אלא לענין זה שיהי' לו דין שטר שלא יוכל הלוה לכפור, אבל לא הוי מהני שיגבה בו המלוה ממשעבדי כיון שלא עשו שטר מדעת הלוה, אלא דצריכים אנו לומר דאף דלא היה גובה מן המשועבדים מ"מ לא היה נאמן הלוה לטעון פרעתי, דמשום זה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה וקשה דהא בהל' ג' כתב דעל כתב ידו נאמן לטעון פרעתי, וזהו שיטת הרי"ף בסוף ב"ב על מתני' דהוציא עליו כתב ידו וכתב המ"מ דטעמא משום שאינו גובה ממשועבדים, וכן כתב הרמב"ן במלחמות שם, וכן כתבו התוס' בכתובות דף כ"א, וא"כ אם נימא דאם היה להם רשות לכתוב שטר

שלא מדעת הלוה ע"פ הודאתו שהודה בפניהם לא היה גובה בשטר זה ממשועבדים, א"כ היה צריך להיות הלוה נאמן לטעון פרעתי, א"כ למה אינם רשאים לכתוב עדותן.

והנה הרשב"א הביאו הנמוק"י בב"ב דף ע' הוכיח דלא כדעת הרי"ף והרמב"ם משטר פקדון דמבואר שם דאינו נאמן לטעון החזרתי אלא במיגו דנאנסו אף שאינו גובה מן המשועבדים, והיא קושיא חזקה על הרי"ף, ולבאר זה נביא דברי הבעה"מ בסוף ב"ב שהשיג על הרי"ף וכתב ולא נתברר לי זה הדבר כי נראה לי דלעולם יכול למימר ליה שטרך בידי מאי בעי, ודאמר רב פפא האי מאן דמפיק שטרא אחבריה ואמר ליה אידך פרעיא הוא לאו כל כמיניה נ"ל כי כלל הוא בין בשטר חוב בין בכתב יד, וכן נראה מלשון משנתנו ששנינו סתם גובה מנכסים בני חורין, ואילו היה כדברי הרב ז"ל היה לו לתנא דמתני' לפרש ולומר אם טען ואמר פרעתי נאמן, ועל זה השיב לו הרמב"ן במלחמות שהרי שנינו ע"פ עדים גובה מנכסים בנ"ח וקיי"ל א"צ לפרעו בעדים ולא פי' התנא אם טען ואמר פרעתי נאמן, וזו כעין ראיה לד' רבינו הגדול ז"ל ששנאן בלשון אחד עכ"ד.

ונראה דאף שדחה הרמב"ן השגתו של הבעה"מ בעיקר דינו של הרי"ף שעל כתב ידו נאמן לטעון פרעתי, מ"מ מהא שהביא הבעה"מ מדברי רב פפא נראה שיש להוכיח דעכ"פ אין הטעם משום שבכת"י אינו גובה מן המשועבדים כמו שכתב הרמב"ן, דהא קשה מה השמיענו רב פפא דאינו נאמן לטעון פרעתי על שטר דהא מתני' הוא המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, ואם יכול הלוה לטעון פרעתי הא ודאי טענינן ללקוחות שפרע הלוה, וביחוד לר"פ לשיטתו דסבר בב"ב דף ה' כאביי דאדם פורע תוך זמנו וא"כ א"א שיגבו מלקוחות דהאופנים שכתב עוד הרמב"ם בהל' ו' לא מהני גבי לקוחות. ואף דמסיק ר"פ דאי א"ל אישתבע דלא פרעתיך אמרינן ליה זיל אישתבע ליה מ"מ היה יכול לומר רק זה ולמה אמר מתחלה דאמרינן ליה לאו כל כמינך זיל שלים, ומוכח דזהו ג"כ חדוש, ולכן ע"כ דר"פ אשמעינן דאפי' בשטר שאינו גובה מן המשועבדים וכמו בשטר שכתוב בו מפורש שאין בו אחריות נכסים לגבי משועבדים ומ"מ אינו נאמן לטעון פרעתי דעכ"פ דין שטר יש לו, ודוקא בכתב יד הלוה נאמן לטעון פרעתי כמש"כ הרמב"ן דזהו כעין ראיה להרי"ף ששנאן התנא בלשון אחד דין כתב בכתב ידו ודין המלוה בפני עדים לומר דכתב ידו לא עדיף מעדים, ובסברא יש לומר דכתב ידו אפשר שכותב הלוה להמלוה לזכרון, אבל כשכותב לו שטר בעדים כבר גלי בדעתו שרוצה ליתן זכות יותר מהודאה בכתב ידו, ואף שכתב שלא יגבה מן המשועבדים שאינו רוצה שיהו זילי נכסיה מ"מ מן היורשין רוצה שיגבה, ומשום זה צוה לעדים לכתוב שטר ולא הי' מספיק לו במה שהלוהו בפני עדים או הודה לו בפניהם, משא"כ כשכתב

לו בכתב ידו הא אין לנו הוכחה דאפשר לא היו עדים והיה מוכרח לכתוב בכתב ידו לזכרון, ובזה מוכח שאינו נאמן לטעון פרעתי על שטר, דאם יהי' נאמן לטעון פרעתי גם מהיורשין לא יגבה דהא נטעון להם פרוע.

ונמצא דמהוכחת הרשב"א מוכח רק דאין הטעם בשביל שבכתב ידו אינו גובה מן המשועבדים, אלא משום דשטר בעדים חשוב יותר ודעת הלוה שעכ"פ יגבה המלוה מן היורשין אף שלא יגבה מן המשועבדים. ולכן מיושב מה דבשטר פקדון צריך לטעמא שיהי' נאמן לומר החזרתי משום דיש לו מיגו שהיה יכול לטעון נאנסו דאף דלא נוכל לומר דמזה שנתן לו שטר בעדים איכא הוכחה שרוצה שיגבה מן היורשין, דהא באמת אינו גובה מן היורשין כיון דטענינן גם ליתמי שאביהם החזיר כמבואר שם בסוגיא, מ"מ יש לומר דעכ"פ זהו גופא משום שיכול אביהם לטעון נאנסו ומשום זה נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו ולכן טענינן גם ליתומים לכן מוכרח דלא הי' בדעת הנפקד כשנתן לו השטר פקדון כדי שיגבה מן היורשין. אבל ליתומים לא טענינן נאנסו כמש"כ שם התוס' וכן כתב שם הרמב"ן במלחמות.

ועכשיו נבוא לבאר דברי הרמב"ם בהל' שלפנינו במה שעמדנו דלמה כתב דלפיכך אין כותבין עדותן שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר, משום זה שכתב מקודם דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי, ולא משום שאז יגבה מן המשועבדים וכתבנו דאם נאמר דאפי' אם היו רשאים לכתוב לא היו גובין מן המשועבדים בשטר כזה, א"כ למה לא יהי' נאמן לטעון פרעתי כמו בכתב ידו ולבאר זה נקדים מה שכתב הרמב"ם בפכ"ד הל' א' וז"ל כבר בארנו ששטר חוב שיש בו קנין כותבין אותו ללוה אע"פ שאין המלוה עמו, וכן כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו, וכתב ע"ז המ"מ וז"ל מתוך ד' רבינו נראה שאפי' שטר מכירה בלא קנין כותבין למוכר בלא לוקח. אבל רש"י והרמב"ן והרשב"א ומפרשים אחרים פירשו דאף אכותבין שטר למוכר קאי דבעינן קנין דאי לא הו"ל מוקדם ופסול, ובאמת אין טעם ברור לחלק בין מכר להלואה בדין זה וצ"ע עכ"ל, וכן הוא דעת הטור בסי' רל"ח וכן סתם המחבר שם ולא הביא דעת הרמב"ם, ולבאר דעת הרמב"ם נראה דהנה בעיקר דין כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, דפריך ע"ז בב"מ דף י"ג וניחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי. ומשום הכי מוקים רב אסי בשטרי אקנייתא, לכאורה קשה דבב"מ דף י"ט גבי מצא גיטי נשים פריך וליחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן לה עד תשרי, ומשני כי אתיא למיטרף אמרינן לה אייתי ראיה אימתי מטא גיטא לידך, ופריך מ"ש משטרי חוב דתנן מצא שטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר התם נמי ליהדר וכי אתי למיטרף נימא ליה אייתי ראיה אימתי מטא שטרא

לידך ומשני דגבי שט"ח לא אתי לוקח ותבע דמדאהדרוה רבנן לשט"ח ש"מ קמו רבנן במילתא ומקמי דידי מטא שטרא לידיה, וקשה דזהו תי' על מצא שט"ח, אבל הא קשיא על עיקר דינא למה נימא דאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא, ומשום שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, נאמר שכותבין וכשיבוא המלוה לגבות נאמר לו אייתי ראיה. **אכן** הענין מבואר באופן זה דיש לנו שני דרכים או שנאמר דכותבין שט"ח ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואז לא היה המלוה יכול לגבות חובו אא"כ יביא ראיה מתי בא השטר לידו, או דנימא שאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא ואז יוכל המלוה לגבות חובו בלא ראיה, ולכן זהו דעת הרמב"ם לחלק בין שטר חוב לשטר מכר, דשטר חוב שעיקרו לגבות חובו מן הלקוחות לכן אין זו תקנה שלא יוכל לגבות אא"כ יביא ראיה מתי בא השטר לידו, דמה יעשה אם ימותו העדים או ילכו למד"ה, לכן מוקים רב אסי בשטרי אקנייתא משום דפשטא דמתני' דמלוה בשטר גובה ממשועבדים הוא בלא ראיה, אבל שטר מכר הא אין עיקרו לראיה אלא על מכירת השדה, אלא שאם יטרפו ממנו השדה יגבה ממעות שנתן, ובזה לא חשו חכמים לתקן שלא יכתבו השטר למוכר בלא לוקח.

ובזה אמרתי ליישב ד' רש"י בגיטין דף י"ז בהא דפליגי ר' יוחנן ור"ל מפני מה תקנו זמן בגיטין ר' יוחנן אמר משום בת אחותו ור"ל אמר משום פירות ור' יוחנן מ"ט לא אמר כר"ל קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה ופירש"י הילכך זמן כתיבת הגט לא מהני מידי דכי אתיא למיטרף בעיא לאתויי סהדי אימתי מטי גיטא לידה, וכתבו בתוס' דאף דבכל שטרות אין צריך להביא עדים אימתי מטא השטר לידו אפי' למאן דלית ליה עדיו בחתומיו זכין לו היינו משום דלדידיה אין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו אלא בשטרי אקנייתא, אבל בגט כותבין לאיש אע"פ שאין אשתו עמו, אבל הקשו על זה דהא בב"מ דף י"ט שהבאנו למעלה מוכח דדוקא בגט הנמצא אמרינן לה אייתי ראיה אימתי מטא גיטא לידך, אבל בכל גיטין אמרינן מסתמא ביום שנכתב ונחתם נמסר, ולכן פירשו התוס' דמשו"ה לא צריך לתקן זמן משום פירות שתוכל להביא גיטה לב"ד או לעדים ויכתבו לה שמאותו זמן נתגרשה, וליישב פירש"י נראה דרש"י ג"כ סובר דמסתמא ביום שנכתב ונחתם נמסר, אבל דוקא ביום שכבר נחתם, אבל מיום הכתיבה לחוד אין ראיה דאפשר נזדמן לו סופר ועוד לא נזדמנו לו עדים, אלא דזה תלוי אם מותר לעדים לחתום אם לא ידעו שבאותו יום נכתב, וא"כ לפי"מ שבארנו בדעת הרמב"ם שמשום זה מפרש דדוקא בשטרי הלואה אמר רב אסי דאין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו, אבל בשטרי מכר כותבין וכשיבא הלוקח לגבות מלקוחות מאוחרות אם יטרפו ממנו השדה יאמרו לו הבא ראייה מתי הגיע שטר לידך, משום דאין עיקר השטר מכר הוא לגבות אם

יטרפו ממנו אלא עיקרו לקנין ולראיה שקנה השדה, וא"כ ה"נ גבי גט דעיקרו לגירושין לא היו מתקנים תקנה לכתוב זמן ושמשום זה לא יוכל הבעל לכתוב הגט כל זמן שאין לו עדים, והיו כותבין בלא זמן וכשתצטרך האשה לגבות הפירות יאמרו לה אייתי ראיה אימתי מטא גיטא לידך דשמא כתב הבעל הגט ולא נזדמנו לו עדים באותו יום אבל כל זה אי לאו טעמא דבת אחותו שלא היו מתקנים והיו יכולים העדים לחתום אף בלא זמן, אבל עכשיו שתקנו זמן ואין העדים רשאים לחתום גט מזמן מוקדם, בין משום בת אחותו בין משום פירות שלא תטרוף האשה מלקוחות שקנו מהבעל פירות קודם שנתגרשה, וע"כ חתמו באותו יום שכתבו הגט, ובזה גם רש"י מודה לסברת התוס', דמסתמא ביום שנכתב ונחתם נמסר.

ועתה נבוא לבאר דברי הרמב"ם שלפנינו דבעיקר הך דינא שאין העדים רשאים לכתוב אא"כ אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו אינו רוצה הרמב"ם לפרש דזהו מטעם שלא יעשו מלוה בשטר ויגבה המלוה ממשועבדים, דבגמ' שם איתא ההוא אודיתא דלא הוי כתיב בה אמר לנא כתובו וחתומו והבו ליה, ומסיק דחזקה על העדים שבודאי אמר להם כיון שלא היו רשאים לכתוב בלא אמירתו ולפי שיטת הרמב"ם גבי שטר מכירה א"כ יקשה למה תיקנו שלא יוכלו לכתוב נאמר שיוכלו לכתוב כדי שלא יוכל הלוה לכפור, ולא יהי' לזה דין שטר לגבות ממשעבדי, שזה כבר בארנו דמצד מפי כתבם אין כאן חסרון דמדרבנן יכולין לכתוב כיון שעשאם לעדים וכמו בשטר מודעא, ולכן מפרש הרמב"ם דאין הטעם שאינם רשאים לכתוב משום שלא יגבה המלוה ממשועבדים, אלא דהטעם הוא שלא נאמר דאינו יכול הלוה לטעון פרעתי אם השטר ביד המלוה, וטעמא הוא משום שהיינו אומרים דכיון דאמר להעדים היו עלי עדים ועשאן על זה עדים אינו מקפיד אם יכתבו לו שטר שיהי' לו דין שטר לגבות מן היורשים דדוקא ממשועבדים אינו רוצה שיהיו זילי נכסי, אבל מן היורשים לא איכפת ליה דבסתמא חשבינן שהוא רוצה לשלם, ומה שלא יהיה נאמן לטעון פרעתי גם בזה אין לו נ"מ דהא בידו שלא לשלם כל זמן שלא יחזיר לו המלוה את השטר, ואף שכתבנו לחלק בין שטר במפורש בלא אחריות ובין כתב ידו משום דבשטר מפורש יש לנו הוכחה שהוא מרוצה שיהי' לו דין שטר לגבות מן היורשין ושלא יהיה נאמן לטעון פרעתי, דאל"כ למה צוה להם לעשות שטר הלא יש כבר עדים על הלואה או על ההודאה, וא"כ כאן כל זמן שלא אמר להם כתבו וחתמו למה נאמר שהוא מרוצה שיעשו שטר, אבל באמת מזה גופה יש לדון שיהיו יכולים לכתוב שטר במה שעשה אותן לעדים ואמר היו עלי עדים, דהא בעיקר דין הודאה א"צ שיאמר לעדים היו עלי עדים, אלא כיון שהודה בפניהם דרך הודאה מהני וכמש"כ הרמב"ם בפ"ז

מהל' טוען הל' א' א"כ היינו אומרים דבזה שאמר היו עלי עדים עשאן בכונה לעדים שיוכלו לכתוב מעצמם שטר שלא יוכל לטעון פרעתי. ולזה אשמעינן הגמ' דאין הוכחה מזה שנתרצה שיעשו עליו שטר אפי' לענין זה שלא יוכל לטעון פרעתי, ומ"מ אם היו רשאים לכתוב גם בלא אמירתו חשו חכמים שלא נאמר שיש לזה דין שטר לגבי זה שלא יוכל לטעון פרעתי ולכן אמרו שבלא אמירתו כתבו וחתמו אין כותבין.

אמנם דבהל' מכירה פי"א הל' ט"ו כשכתב שאפשר להתחייב ע"י הודאה כתב ג"כ שאמר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, אלא דכיון שכתב לפלוני מוכח שאינו בפניו ובזה מדין הודאה יכול לטעון שלא להשביע את עצמו הודיתי כמו שכתב בפ"ז מהל' טוען הל' א' ולכן א"א להיות מהודאה כזו התחייבות, אלא דקשה ממה שכתב אח"כ או שאמר לו בפני עדים חייב אני לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר ה"ז כמו שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, ומפרש כן ד' הגמ' בכתובות דף ק"א ע"ב דאמר לו חייב אני לך מנה בשטר, כפשוטו דהוא באמירה ממש ולא כפירש"י ותוס' דהוא כשכתב, וקשה דלמה צריך אתם עדי לפי"מ שמבואר בחו"מ סי' פ"א סעיף ה' דכשלא תבעו אינו יכול לטעון משטה הייתי בך ושלא להשביע הא אינו יכול לטעון כשהוא לפניו, וא"כ למה צריך שיאמר בשטר שיהי' כמו שאמר אתם עדי, וצריכים אנו לפי"ז לחלק בין דין הודאה בתורת נאמנות ובין דין הודאה בתורת התחייבות וקשה לחדש כן, אלא דבאמת הש"ך שם ביאר בארוכה דהרמב"ם אינו סובר כן ואפי' לא תבעו יכול לטעון משטה, ויהיו גם מד' הרמב"ם אלו ראייה לדברי הש"ך, ומשום זה צריך שיאמר חייב אני לך מנה בשטר.

איברא דבפ"ז מהל' טוען הל' א' כתב כל המודה בפני שנים אינו יכול לחזור ולומר משטה הייתי בו וכו' שכל האומר בדרך הודייה ה"ז כאומר אתם עדי אבל אין כותבין אא"כ אמר להם כתבו וחתמו ותנו לו, וצריכין להמלך בו כמו שבארנו וכיון דשם אינו באומר היו עלי עדים א"כ למה הוצרך לומר שאין העדים כותבין אא"כ אמר להם כתבו וחתמו, אלא דמ"מ כיון שכאן כתב מפורש באופן זה שאמר היו עלי עדים, אף שבגמ' גבי הודה בפני שנים לא הוזכר זה וע"כ דעיקר החדוש הוא דוקא באופן זה, ומה שכתב שם ג"כ הך דינא לא קשה כיון שהאמת כן הוא שאינם רשאים לכתוב אלא שהחדוש בזה נוכל לומר דזהו דוקא באופן שכתב כאן שאמר היו עלי עדים שעשאן לעדים.

אכן אפי' אם נאמר בד' הרמב"ם כפשוטן דמודה דרך הודאה הוי כאומר אתם עדי, ג"כ לא קשה דעכ"פ כיון שעשה אותם לעדים אפי' אם לא תתקיים הודאתו באופן אחר משום שיוכל לטעון משטה מ"מ יש לחלק מדין כתב ידו דגבי כתב ידו נוכל לומר שנתן

לו רק לזכרון, אבל הכא כיון שעשה אותן לעדים אם היו רשאים לעשות שטר היינו אומרים דניחא ליה שיהיה שטר גמור שלא יוכל לטעון פרעתי דמשום זכרון דברים הא אינו צריך לומר באופן זה שלא יוכל לטעון אח"כ טענת שקר שמשטה היה, ולכן שפיר כתב הרמב"ם דאם היו רשאים לכתוב לא היה נאמן לטעון פרעתי.

-השמטות ומלואים-

עיין לעיל בהל' א' במה שכתב הרמב"ם דין צריך להמלך בו על שטר ובגמ' בכתובות דף נ"ה אמר לעדים כתובו וחתומו וכו' פירש"י דקאי על כותב כתובה, העירני אחד מגדולי הישיבה שהרמב"ם לא רצה לפרש דקאי על שאמר להם לכתוב תוס' כתובה משום שאם אמר לעדים לכתוב לה התוס' ועמדו וקדשו הם הדברים הנקנים באמירה וממילא יכולים לכתוב ואינם צריכים להמלך בו ובגמ' סתמא איתמר ולכן מפרש הרמב"ם בשטר, עוד במה שכתבתי בפט"ז מהל' מלוה הל' ב' בד"ה ובדעת הראב"ד לדמות דין רגיל להפקיד אצלו לרגיל להלותו וכתבתי שבודאי אין להזוכה רשות להלות להלוה, ומ"מ אם נתן להלוה ע"מ שישיב אלו המעות להלוה סובר הראב"ד דאין לחייבו משום דשמא יורה היתר וישתמש בהמעות כיון שהמלוה רגיל להלותו, העירני בזה דאינו דומה רגיל להפקיד לרגיל להלוות דרגיל להפקיד מוכח שמחזיקו לנאמן אבל רגיל להלותו הוא רק עשיית חסד והוא בגדר מתנה אבל אין ראיה שהוא מחזיקו לנאמן ומה שהלוה לו הרבה פעמים אין ראיה שילוה לו גם בפעם זה והדברים נכונים.

-השמטות ומלואים-

מה שהשבתי לחביבי הרב הג' הנעלה מר צבי ברוידא נ"י.

במה שכתבתי בפי"א מהל' מלוה הל' א' בד"ה ונראה, להוכיח מד' הרמב"ם בפ"ז מהל' טוען הל' ד' דהך דינא דצריך לאמלוכי ביה אינו אלא לכתחלה, אבל אינו מעכב בדיעבד אם לא נמלכו בו, מדכתב בהך דינא שלא היה כתוב בשטר ואמר לנו כתבו וחתמו שכתב שהוא כשר שחזקה שודאי אמר להם כן ולא כתב ג"כ שודאי נמלכו בו, כתב בזה שאינו מבורר ההוכחה דהא גם בשטר שכתוב ואמר לנו כתבו וחתמו והבו ליה עדיין לא ידוע לנו שנמלכו בו אחר כתיבת השטר, ותמיד אינה כתובה בשטר ההמלכה, וע"כ מה דשטר שיוצא מתח"י המלוה כשר משום שאנו סומכים על החזקה שודאי עשו כדין, וא"כ לא היה צריך הרמב"ם לכתוב זה בהך דינא בשטר שלא היה כתוב ואמר לנו, דבריו נכונים שאין ההוכחה מוכרחת דאף דעכ"פ היה צורך לכתוב דין זה באיזה מקום שאנו סומכים על החזקה שנמלכו בו, כיון דסובר דצריך להמלך בו והיה יכול לכתוב זה כאן, אבל אין דרכו של הרמב"ם לכתוב מה שלא הוזכר בגמ', וגבי לא היה

כתוב בשטר ואמר לנו י"ל דהחדוש הוא משום שהיו צריכים לכתוב זה בשטר, אלא דמ"מ עיקר דברי נכונים דאף שלכתחילה צריכים להמלך בו שמא חזר, אבל בדיעבד אין לפסול בשביל זה דלמה נאמר שחזר בו, ומשום דבזה מיושב מה דלא הוזכר בגמ' פ' זה בורר הך דינא דצריך לאמלוכי ביה, והר"נ בכתובות הוכיח מזה דלא כדעת הרמב"ם, אבל לפי"ז יישבתי שם דבפ' זה בורר מיירי בהכשר השטר, ובכתובות מיירי בעיקר דין העדים איך הם צריכים להתנהג בשטר.

ב) במה שכתבתי שם בד"ה והנה מד' הגמ' בקדושין דאמר דשטר דכתיב בקרא דוכתוב בספר וחתום פי' שטר ראי' והקנין היה בכסף, ועפ"ז הקשיתי על ד' הנתיבות וד' אדמו"ר בספרו, כתב ע"ז דבגיטין דף ל"ו דפריך בגמ' מפני תיקון העולם דאורייתא הוא מוכח דסבר הגמ' דהוא שטר קנין, דאם לשטר ראיה פשיטא דבעי חתימת עדים, ולא מוכח דלשטר קנין צריך חתימת עדים, ובפיהמ"ש להרמב"ם בקדושין שם כתב דהא דשטר קונה ילפינן מוכתוב בספר וחתום, ועיי' בירושלמי בקדושין שם שלמד כן ועיי' ביפ"ע בקדושין שם ומפרש דאו או כתיב, ולפי"ז אפשר דהגמ' דגיטין סבר כהירושלמי, הנה העיר בזה הערה נחוצה שיש מקום בזה ליישב דברי הנתיבות וד' אדמו"ר, שעיינתי בס' המקנה על קדושין במקומו וראיתי שעמד על הסתירה מד' הגמ' דגיטין, ועפ"ז כתב מתחלה דמה דאמר הגמ' דשטרא ראיה בעלמא הוא רק שאין לנו הוכחה על קנין שטר, אבל אח"כ שלמד הגמ' קנין שטר מקרא דואקח את ספר המקנה מפרשינן גם הך קרא על שטר קנין ואו או כתיב ולפי"ז יהיו נכונים ד' הנתיבות ואדמו"ר, ועיין בס' המקנה שהאריך וכתב הרבה ישובים על סתירה זו.

אכן לפי"מ שהעליתי שם דהיכי דהשטר ראוי לשטר קנין גם אם אינו מקנה בשטר זה שהקנה לו בכסף או בק"ס, כיון שכבר הכשירה תורה שטר זה ולא הוי מפי כתבם מהני גם לראיה ודלא כהנתיבות, א"כ מיושב הסתירה מהגמ' דגיטין להגמ' דקדושין ודוקא ע"פ שיטת הרמב"ם דשטר ראיה לחוד הוי מדין תורה מפי כתבם, וא"כ כיון דחזינן דמועיל שטר ראיה ובעדי חתימה, ע"כ דשטר ראוי להועיל לקנין דאל"כ הוי מפי כתבם, וא"כ שפיר הוכיח הגמ' דגיטין דעדי חתימה מדאורייתא הוא לקנין, דאם נימא דלקנין לא צריך עדים ובמה שמוסר המקנה לקונה שטר בלא עדים נגמר הקנין, וא"כ אינו מועיל כאן נאמנות העדים להקנין, ונשאר נאמנות העדים רק להראיה ובזה הוי מפי כתבם, וא"כ מבואר דדוקא מהסתירה שמהגמ' דגיטין להגמ' דקדושין מוכרח כשיטת הרמב"ם.

ג) ובמש"כ שם בד"ה וצריך דדין שטר שהוא מתק"ח הוא דוקא היכי דלא מהני לקנין כגון שטר הודאה כתב בזה דמנ"ל דשייך התקנה שלא תנעול דלת מפני לוין על שטר

הודאה, כיון שביד המלוה שלא להלוות לו בלא שטר הלואה, ועוד דהא הלוה לו בע"פ והאמינו, אמנם דבריו נכונים בסברא אבל לעיקר הבאור בד' הרמב"ם לא הייתי צריך לזה שהרי כתבתי שם אח"כ דאפי' בשטר הלואה כיון דשעבודא דאורייתא, א"כ השטר אינו מועיל

הלכה ב

לוה שכתב שטר בכתב ידו והעיד בו עדים ונתנו למלוה הרי זה שטר כשר, וכן אם כתב שטר אע"פ שאין בו עדים ונתנו למלוה בפני עדים הרי זה מלוה בשטר והוא שיהיה כתב שאינו יכול להזדייף ויקראו אותו העדים שנמסר בפניהם ויש מן הגאונים שהורה שצריך לומר לעדים שמסרו בפניהם חתמו והעידו שנמסר בפניכם.

לוה שכתב בכתב ידו. המ"מ כתב זה מוסכם בגיטין פרק המגרש, וכתב הלח"מ דאם הכונה דכתב בלשון שטר והעיד בו עדים אינו מבואר מה בא ללמדנו, ומה שכתב המ"מ זה מוסכם בגיטין, ואם הכונה דכתב בלשון מודה אני כמו שכתב הב"י אינו מבואר מה שכתב המ"מ דזה מוסכם בגיטין פ' המגרש דשם לא הוזכר זה עכ"ד הלח"מ, והנה התוס' בגיטין דף ד' בהא דאמר שם דקיי"ל הלכה כר"א בגיטין כתבו משום דמיירי בגיטין נקט בגיטין אבל הלכה כמותו אף בשאר שטרות, וכתבו אח"כ בשם ר"ת וכן שטר מתנת קרקע שהוא לקנין קרקע ואינו לראיה אינו מועיל כלום לר"א אם ידוע שלא נתנו בפני עדים, וכתבו ע"ז מיהו יש לחלק דלענין ממון דמהני הודאת בע"ד סגי בעדי חתימה במקום הודאת בע"ד, ומבואר דיש ספק בתוס' אי מהני שטר בעדי חתימה במקום שהשטר צריך להועיל לקנין, וזה ודאי דשטר מועיל גם להתחייב אפי' לא לוה, כמו שכתב הרמב"ם בפי"א מהל' מכירה הל' ט"ו שהבאנו בהל' א' וזהו להתחייב לגבות מבני חורין וכאן הודיענו שאם חתם עדים הרי זה מלוה בשטר וגובה ממשועבדים, וזהו שכתב המ"מ זה מוסכם בגיטין פ' המגרש, והוא כמו שביאר שם הרי"ף בהלכות דאפי' לר"א דאמר עדי מסירה כרתי מ"מ מהני בעדי חתימה מדאורייתא, וכן הוא שיטת הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין הל' ט"ז, והוא משום דמפרשינן דר"א סבר נמי דמהני בעדי חתימה, וכדאמר אע"פ שאין עליו עדים אלא שנתנו בפני עדים כשר וגובה מנכסים משועבדים, א"כ בעדי חתימה לחוד נמי גובה ממשעבדי.

ונראה עוד להוסיף בכונת הרמב"ם לפימש"כ בהל' א' דהם שני גדרי שטרות, שטר שכתב הבע"ד בלשון של עצמו וחותם עליו עדים כמו נוסח גט, ונוסח שטר שכתבו העדים בפנינו עדים וכו', ולכאורה הנוסח הראשון עדיף שזהו נוסח הגט דמהני מדאורייתא, אבל יש מקום לומר דלגבי שטר לגבות ממשעבדי שצריך שהעדים יוציאו

הקול לא יוציאו קול אלא ע"י שטר שכתבו וחתמו הם ולא ע"י שטר של הלוה שבאו רק לקיים שזה כתב הלוה או שצוה לכתוב, ולכן השמיענו הרמב"ם שגם שטר שכתב הלוה וחתמו העדים הוא ג"כ שטר כשר לגבות בו ממשעבדי, וע"ז ג"כ כתב שפיר המ"מ דהוא מפ' המגרש דבמתני' הא מיירי בשטר דומיא דגט דתנן כתב בכתב ידו ואין עליו עדים, וזהו בלשון הבע"ד ומוכח דאם יש עליו עדים גובה ממשועבדים כדאמר ר"א אע"פ שאין עליו עדים וכנ"ל.

ובמה שכתב הרמב"ם וכן אם כתב שטר אע"פ שאין שם עדים ונתנו למלוה בפני עדים הרי זו מלוה בשטר דמוכח דגובה בו ממשעבדי, ובפ' כ"ז הל' ב' כתב שטר שעדיו עכו"ם שמסרו בפני שני עדים מישראל אינו גובה אלא מבני חורין מפני שאין לו קול והוא גמ' בגיטין דף י"א, ורש"י כתב שם דדוקא עדי חתימה מפקי לקלא, והרא"ש שם כתב דבשביל שנעשה בפני עכו"ם אין לו קול, ומפרש שלא חתמו עליו עכו"ם אבל הרמב"ם בפ' כ"ז מפרש כפירש"י שעדיו עכו"ם, אבל בזה א"א לומר דמפרש כפירש"י דדוקא עדי חתימה מפקי לקלא דהא כיון שכתב הרי זו מלוה בשטר מוכח דהוא גם לגבות ממשעבדי, ולכן צריך לומר דהיכי שיש עדי חתימה אין עדי המסירה חושבין זה לשטר שלהם ואינם מוציאין את הקול ואף דשם העדי חתימה הם עכו"ם מ"מ העדי מסירה אין חושבין זה לשטר שלהם, ועיין בחדושי הריטב"א שם.

הלכה ז

עיין מה שכתבתי בזה בפרק ח' מהל' נזקי ממון הל' י' אות ה'.

הלכה ח

מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן מן המטלטלין שהניח, ואם לא רצה היורש ליתן אין כופין אותו ואם תפס בע"ח מחיים גובה מהן, טען שמחיים תפסן והיורש טען שאחר מיתה תפסן על היורש להביא ראיה או ישבע המלוה שכך וכך הוא חייב לו ויכול לטעון עד כדי דמיהן וכולל בשבועתו שמחיים תפס, היו הדברים שתפס שטרות וטען שהן משכון על חובו ושמחיים תפס על המלוה להביא ראיה שמחיים תפס ואם לא הביא ראיה יחזיר ליורשים מפני שאין טוען לקנות גופן אלא לראיה שבהן.

היו הדברים שתפס שטרות עיין מ"מ ולח"מ והנה התוס' הקשו שם דהא ע"כ האשה לא היתה רוצה אלא להחזיק בהשטרות בלא החוב מדקאמרה מחיים תפיסנא, וא"כ נאמין לה שתבעוה מחיים במיגו שהיתה טוענת לקוחים הם בידי, ותירצו דבשעה שאמרה מחיים תפיסנא לא היתה יודעת שצריך לזה שתבעוה מחיים ועכשיו הוי מיגו למפרע, והרא"ש כתב דמיירי שיש עדים וראיה דאינה יכולה לטעון לקוחים, והקשו על דברי

הרי"ף שכתב בטעמא דאין לה מיגו דלקוחין דאין אותיות נקנות במסירה, דהא עכ"פ יש לה מיגו שלקחה אותם לגוף השטרות; וכתב ע"ז הר"נ והוא מד' הרמב"ן דאם היתה טוענת שהקנה לה גוף השטרות לבד לא היתה נאמנת שאין אדם עשוי למכור שטרי ראי' לצור ע"פ צלוחיתו ואפי' היתה טוענת מכרן בין לגופן בין לשעבודן ושטר הי' לי ואבד כיון דלא מהימנא לגבי החוב לא מהימנא לגבי השטרות, וזהו לפי"מ שכתב שם הרמב"ן דאינו נאמן לומר שטר הי' לי ואבד אפי' לגבי המוכר לדידן דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה, וקשה לשיטת הרמב"ם בפ"א מהל' מכירה דלגבי המוכר נאמן, א"כ למה אינה נאמנת שתפסה מחיים במיגו דלקוחין ושטר הי' לי ואבד, ועמד בזה הלח"מ וכתב דכיון דכונתה לגבות מן הלוה לא הוי מיגו, ודבריו תמוהים דהא בטענת תפסינהו מחיים ואפי' אם תביא עדים שתבע ממנה המלוה ולא החזירה ג"כ לא תגבה מן הלוה.

והנה הלח"מ הביא מקודם ד' הרשב"א בתשובה שהשיב להשואל שרצה ללמוד מדברי הרי"ף שהיה יכול לטעון שבתורת משכון תפס להשטרות, וע"ז כתב הרשב"א דבחוב שאינו מבורר ודאי אינו יכול לתפוס כדמוכח מהא דר"נ דאצרכה סהדי דתבעינהו מינה מחיים, אלא בחוב מבורר אי תפסינהו מחיים הוי תפיסה לגבות מהשטרות דלא ליהוי מטלטלי דיתמי, וצריך ביאור למה באמת מהני הא דתפס מחיים לגבות החוב מהשטרות כיון דאמרינן דחזקת השטר אינו מועיל לגבי החוב, ומשום זה אינו מועיל טענת לקוחים הם בידי לד' הרי"ף, א"כ אמאי מהני לגבי זה דלא יהיו כמטלטלי דיתמי, והלח"מ כתב דכיון דהשטר בידו הוי קצת כאילו המעות בידו, ומפרש כן ד' הרמב"ם במה שכתב מפני שאינו טוען לקנות גופן אלא לראי' שבהן דהיינו כדי שיהי' לו השטר למשכון וע"ז טוען שמחיים תפס, וכבר נעשו אצלו למשכון ואינו מובן במה הוי קצת כאילו המעות בידו, ובמה מהני חזקת השטרות לגבי החוב וביחוד לשיטת הרי"ף דלגבי טענת לקוחים לא מהני כיון דאין אותיות נקנות במסירה, וא"כ למה מהני לגבי חזקת משכון.

והנה הרי"ף בכתובות דף פ"ד במה דפליגי ר' טרפון ור"ע במתני' ברישא בפקדון ומלוה ביד אחרים ובסיפא בהיו לו פירות תלושין, כתב בטעמא דר"ט ומ"ש פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיון דלא אתו לרשות יורשין משתעבד לבע"ח מדר' נתן, וקשה דהא בסיפא פליגי נמי בפירות תלושין וע"כ כונתו משום דבסיפא מוקמינן כשהיו מונחים ברה"ר, אבל באתו לרשות יורשין מודה ר"ט וא"כ הכא בפקדון ומלוה ביד אחרים אמאי לא חשיבי כמו שהם ברשות יורשין, ולזה כתב דמשום דר' נתן משתעבד לבע"ח, אלא דלא סיים הרי"ף לומר דאמאי לא מהני זה לר"ע שפסק שם כן והא קיי"ל כר' נתן, אלא דבפסחים דף ל"א מבואר בגמ' דלא דיינינן דר' נתן גבי יתומים אלא בגבו

קרקע, וכתבו התוס' שם דדוקא בקרקע דבת שעבוד היא ונשתעבדה להמלוה וחשבינן כאילו היא בידו לכן משועבדת ג"כ לבע"ח שלו.

ונראה עוד דגם ר"ע דאמר ינתנו ליורשים הא אמר טעמא שכולם צריכים שבועה ואין היורשין צריכים שבועה, ומוכח דעיקר טעמו משום שחולק על ר"ט בעיקר זה דבין בפקדון ומלוה ביד אחרים בין בפירות תלושין נעשו תיכף בשעת מיתה ברשות היורשין, והרא"ש שם מביא ירושלמי דאמר הגע עצמך שפטרום מן השבועה זו תורה וזו אינה תורה פירוש עיקר טעמא דר"ע דנכסי כל היכי דאיתנהו ברשותא דיתמי איתנהו אבל בע"ח מחוסר גובייא, ונמצא דאם המלוה שביד אחרים לא היתה נחשבת ברשות היורשים הי' הבע"ח גובה מטעם שכתב הרי"ף לר' טרפון דהי' נשאר דין דר' נתן גם אחר מיתת הלוה כיון דלא בא החוב ברשות היורשין, אף דאין המלוה חשובה כמו קרקע, דדוקא במטלטלין שבאו לרשות היורשין אמרינן דלא משתעבדי לבע"ח, אלא דלר"ע אין חילוק וגם כשמונחים ברה"ר או שהם ביד אחרים חשבינן כאילו הם ברשות יורשין.

ועכשיו נראה דכיון דאם אין המלוה מחזיר השטר אין הלוה חייב לשלם, וכן כתב הבעה"ת שער נ"א ח"ד גבי מסר ולא כתב דאם הלוקח קנה הנייר ע"מ שלא להחזירו אין הלוה מחוייב לשלם הובא בנתיבות סי' ס"ד, ומשמע דאף דבטוען המלוה אבד השטר קיי"ל דכותבין שובר אבל כאן שיש השטר אין הלוה מחוייב לשלם בלא השטר כיון שהמלוה גורם בזה שאינו יכול להחזיר השטר, וא"כ כיון שהלוה אינו מחוייב לשלם להמלוה כשתפס בע"ח שלו מחיים, לכן לא נכנס החוב ברשות היורשין וממילא שפיר נעשה דין דר' נתן על עיקר החוב דדוקא היכי שכבר זכו היורשין א"א לבוא מדין דר' נתן אחר מיתת אביהם, אבל אם לא זכו בהחוב אמרינן דנמשך דין דר' נתן גם אחר מיתת אביהם כמו שהי' נמשך אם היו גובין קרקע, ומבוארים דברי הרשב"א דסובר הרי"ף דמהני תפס מחיים לגבי זה שלא יהי' דין החוב כמטלטלי דיתמי.

והנה בעיקר מה דאמר בגמ' אמר ר"נ והוא שתפס מחיים ופירש"י מרביה הוי גמיר לה ומשמע דזהו חידוש, קשה טובא דהא ברייתא מפורשת בב"מ דף קט"ו דמשכון אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ודין משכון הוא גם במשכנו שלא ברשות, והנה לדעת ר"ת בתוס' דהא דאמר ר"נ דמהני תפיסה מחיים הוא גם בכתובה מיושב דכיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים מסתבר שאין לה זכות משכון במה שהיא תופסת על כתובתה מחיים, ולכן תפיסה מחיים לא מהני אלא לענין זה שאין המטלטלין בשעת מיתה ברשות היורשין, אבל לפי"מ שהקשו שם בתוס' והוכיחו מדף צ"ו דלא מהני תפיסה לכתובה קשה, והרמב"ם כאן שכתב דינא דתפס מחיים לענין בע"ח אינו משום דסובר דלא מהני

אלא בבע"ח, דבפי"ח מהל' אישות הל' י"א כתב כן לענין כתובה, ועכ"פ מבואר לשיטת הרמב"ם ורוב הראשונים דמהני לכתובה דדין תפס מחיים דמהני אינו משום שקנה למשכון, אלא משום שלא נכנסו המטלטלין לרשות היורשין וכמו בכתובה שלא קנתה אותם למשכון, ומבואר ביותר מה שכתבנו דבשט"ח אם זכה המלוה שתפס מחיים בהשטר ואינו מחוייב להחזיר ומשום זה אין הלוה צריך לשלם אינו עומד החוב ברשות היורשין, ולכן גובה הבע"ח וכנ"ל.

אכן כל זה מבואר לדעת הרי"ף דבטענת לקוח לא מהני חזקת השטר לומר שכתב לו ואבד שטרו, אבל לשיטת הרמב"ם דלגבי המוכר מהני חזקת השטר גם לדידן דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה, וכבר כתבתי בטעמא דמילתא בפ"ו מהל' מכירה דהשטר מקושר עם החוב וכיון שהוא מוחזק בשטר הוחזק בחוב, ומה דלא מהני לגבי הלוה זהו כמש"כ המ"מ שם דאמרינן שמא לפקדון נתן לו, וכתבתי שם דלגבי המוכר לא מהני טענת לפקדון, דכיון דהימניה נאמן כמו גבי שליש, ולגבי הלוה לא מהני מה שהאמינו המוכר, וא"כ לשיטת הרמב"ם נשאר קושיית הרי"ף דנאמין לה במיגו שהיתה טוענת לקוחין הן.

ונראה דהרמב"ם כאן כתב להדיא ואם תפס בע"ח מחיים גובה ולא הוזכר שתפס בלא עדים, אף דלגבי מטלטלין אין נ"מ אבל עכ"פ לא הוזכר זה, וא"כ בפשוטו כשכתב אח"כ טען שמחיים תפסן והיורש טען שאחר מיתה תפסן אף שלכאורה ע"כ ליכא עדים, דאם היו עדים נשאל לעדים. אבל באמת לא קשה כלל דשפיר אפשר שהעדים ראו שתפס אבל לא ראו אם כבר מת הלוה או עוד לא מת, ולכן גם אח"כ כשכתב היו הדברים שתפס שטרות ג"כ יש לפרש בפשיטות דלא מיירי מדין אם יש לו מיגו, ושפיר נוכל לומר דאם יש לו מיגו נאמן. ונמצא דבזה נפרש בהגמ' כמש"כ הרא"ש דמיירי באופן דליכא מיגו, וכלשון הגמ' ההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי דבפשוטו איכא עדים שהפקידו אצלה, ומה שהעמיד הרא"ש שראו השטרות בידה זה אין צורך שכבר כתב על זה הראב"ד בספר הזכות דזה אינו מיגו דאם תאמר החזרתי מה הועילו לה השטרות, ולהרא"ש אינו מספיק זה התי' שהוא מפרש כד' התוס' שלא היתה רוצה לגבות בהשטרות אלא לדחוק להיתומים כמו שכתבו התוס', אבל הרמב"ם הא כתב להדיא שאינו טוען לקנות גופם אלא לראיה שבהן, ומבואר שהוא מפרש שטענתו הוא על גביית החוב, וממילא שפיר לשיטתו אין צריך להעמיד שראו עדים עכשיו השטרות בידה כמו שהעמיד הרא"ש דלא הוזכר זה לא בד' הגמ' ולא בד' הרמב"ם אלא כמש"כ הראב"ד דלא שייך מיגו דהחזרתי כיון שהוא רוצה לגבות השטרות.

אכן הרמב"ם מחלק בין מטלטלין לשטרות דאף דבמטלטלין מהני חזקתו לטעון שתפס מחיים בשטרות שטוען לראיה שבהם לא מהני חזקתו, ואף דגבי טענת לקוח סובר דמהני חזקת הלוקח לגבי המוכר אפי' לדידן דצריך כתיבה ומסירה לטעון שטר הי' לי ואבד, יש חילוק בין טענת לקוח ובין טענת תפיסה למשכון, דכשטוען לקוח מהני אם טוען על השטרות שהן שלו, אבל כשתופס השטרות אפי' אם תפסן מחיים הא ביארנו שאין בהתפיסה קנין על עיקר החוב רק שכתבנו דכיון שאין המלוה יכול לתבוע בלא השטרות לא יזכו היתומים וישאר דינא דר' נתן על החוב, אבל כיון שאין לנו בירור ע"י חזקתו על עצם החוב אינו יכול לברר בחזקתו עכשיו דאפשר לא תפסן אלא לאחר מיתה ואז אם תפסן לאחר מיתה הרי כבר נכנס החוב ברשות היתומים וליכא דינא דר' נתן, ובזה לא מהני מה שמוחזק עכשיו בהשטרות ולא דמי לטוען לקוח בכתיבה ומסירה דאז טוען על עצם החוב, ובזה שפיר מהני מה שהוא מוחזק בהשטרות שיהי' מוחזק בהחוב.

הלכה יא

כבר תקנו גאונים האחרונים כולם שיהיה בע"ח גובה מטלטלין מן היורשין וכן דנין ישראל בכל ב"ד שבעולם, אבל במערב היו כותבין בשטרי חובות שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין בין בחייו בין אחר מותו, ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנה וסייג גדול עשו בדבר שמא לא ידע הלוה בתקנה זו, ונמצא ממון יתומים יוצא שלא כדין שאין כח בתקנת אחרונים לחייב היתומים.

אבל במערב היו כותבין, כתב המ"מ זה פשוט דכל תנאי שבממון קיים, ודבריו צריכין באור דמה שייך כאן תנאי שבממון אם נימא דמעיקר הדין ליכא שעבוד על מטלטלין, ולשעבד מטלטלין צריך דוקא שישעבד מטלטלין אגב קרקע, א"כ מה מהני תנאי, אכן לפי"מ שכתב הרשב"א בסוף קדושין הבאתי דבריו למעלה בפ"ג הל' ה' דהא דלא גבי ב"ח ממטלטלי דיתמי אינה תורה אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה אמטלטלי, וכבר כתבתי שם דאין כונתו דמדאורייתא גבי אלא דמדין תורה היה אפשר שעבוד גם על מטלטלין, אלא משום שאינו סומך עליהם לכן מדין תורה אינו גובה, ובזה נוכל לומר דגם הרמב"ם יסבור כהרשב"א אף שכתב להדיא בהל' ז' שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בע"ח מן התורה, וממילא מובנים דברי המ"מ דהיכי שכתב לו מפורש שמשעבד לו מטלטלין גובה מהן דאז סומך המלוה עליהן, ומה דצריך שעבוד מטלטלין אגב קרקע זהו שיגבה מלקוחות וכמש"כ המ"מ דבלא זה אין לו קול אח"כ ראיתי שבב"ב דף מ"ד ע"ב גבי עשה שורו אפותיקי, ומכרו, כתב הרשב"א כד' הרמב"ם דמהני אם כתב מפורש שיגבה קרקע ומטלטלין וכתב בטעמא כמו שכתבנו.

אכן בטעמא דזה לא מהני אלא לגבי יורשים ולא לגבי לקוחות שכתב המ"מ משום דלית לו קלא, וכן כתב שם הרשב"א, קשה טובא דאיזה חילוק יש לענין קול בין שעבד לו מטלטלין בסתם או שעבדן אגב קרקע, ואף דיש לומר דהעדים אין מוציאין קול אלא על קרקע ולא על מטלטלין ורק דאם שעבדן אגב קרקע כמו שמוציאים קול על הקרקע כן מוציאים קול על המטלטלין, מ"מ קשה דמה לן דוקא שיכתוב שמשעבדן אגב קרקע, ולא מהני אם יכתוב שמשעבד קרקע ומטלטלין שכתב שם הרשב"א להדיא דלא מהני לגבי לקוחות.

ועוד דפשטות ד' הגמ' דב"ב דף מ"ד דנחית עליה משום דין קנין מטלטלי דמהני אגב קרקע דמשום זה מהני נמי בשעבוד וכמש"כ שם הרשב"ם במה דפריך הגמ' ודילמא אקני ליה מטלטלי אגב קרקעי שכתב וז"ל דכה"ג משתעבדי מטלטלי לבע"ח דאמר רבה וכו' וגבי מטלטלי מן הלקוחות דנכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות לענין מתנה בכסף בשטר ובחזקה, וה"ה לענין שעבוד דמיגו דחייל שעבוד אמקרקעי חייל נמי אמטלטלי, אבל אקני ליה מטלטלי גרידא בסודר להשתעבד לכשיניע זמנו אם לא יפרענו יגבה ממנו לא קני, ואפי' בלשון מתנה דכל דאי לא קני ואסמכתא לא קניא, ומבואר מדבריו דמה דצריך שעבד מטלטלי אגב קרקע הוא לעיקר חלות השעבוד ולא דזה מהני לגבי קול.

אכן ראיתי בש"מ מדברי הר"י מיגש שכתב וז"ל הא דאמר רבא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקע קני מקרקעי כו' בע"ח ניהו וה"ק אי אקני ליה לבע"ח דיליה מטלטלי אגב מקרקע כגון דאמר לו אי לא פרענא לך מכאן ועד יום פלוני הקניתי לך מקרקעי ואגבן אקניתי לך מטלטלי קני דכי אמרינן מטלטלי לבע"ח לא משתעבדי ה"מ בסתמא א"נ היכי דלא אקנינהו ניהליה אגב קרקע ואע"ג דשוינהו אפותיקי, אבל היכי דאקנינהו ניהליה אגב קרקע קני להו ומפיק להו ואפי' מן הלוקח עכ"ל, ומבואר דהר"י מיגש אינו מפרש כהרשב"ם דכונת הגמ' לדין שעבוד מטלטלין אגב קרקע אלא לדין קנין ממש, וראיתי בדברי הרמב"ם בפי"ח הל' ב' שכתב הקנה לבעל חובו כל המטלטלין על גב קרקע שיש לו להיות נפרע מן הכל ה"ז טורף מאותן המטלטלין והוא שיכתוב לו בשטר חובו שהקניתי לך מטלטלין שיש לי על גב הקרקע שיש לי, שלא כאסמכתא ודלא כטופסי השטרות עכ"ל, ומבואר שכתב להדיא דלא כהרשב"ם שהכונה ששעבד לו מטלטלין אלא שהקנהו אותם.

ומיושב מה שהקשינו דמה מהני מה ששעבד לו מטלטלין אגב קרקע שיהי' בזה קול אבל לפי דברי הר"י מיגש והרמב"ם מיושב דבאמת אין בזה קול, ורק דמה שאמרו

חכמים דבשעבוד שאין לו קול אינו גובה מלקוחות זהו רק בשעבוד אבל בהקנאה לא תיקנו, דזה ודאי דאם ימכור ראובן לשמעון חפץ בפני עדים ויניח החפץ אצלו ואח"כ ימכור ראובן החפץ לאחר ודאי יוציא שמעון החפץ מיד הלוקח השני דאף שהיה ראובן מוחזק בהחפץ הא לא מהני לו חזקתו אם היה טוען חזרתי ולקחתי אותו איברא דבעינן דוקא עדים וראו החפץ בידו דבלא ראו נאמן במיגו שהי' יכול לטעון החזרתי, ועכ"פ היכי דאיכא עדים וראה אינו נאמן חזרתי ולקחתיו, וא"כ כיון שהקנהו המטלטלין על פרעון החוב אם הי' נותן למלוה המטלטלין הלא הי' לוקח ממנו שטרו, וא"כ טענת שטרך בידי מאי בעי הוא ראיה גם על זה שלא נתן לו המטלטלין וכיון שהוא בעצמו לא היה יכול לטעון לקחתיו בחזרה, לכן שפיר גובין אותם מהלוקח ואף דעכ"פ יש בזה פסידא דלקוחות כיון דלית ליה קלא אבל בזה לא תיקנו חכמים דלא תקנו אלא בדיני שעבוד ולא בדיני קנין.

אכן שיטת הרמב"ם וביחוד שיטת הר"י מיגש צריכים באור דלדבריהם הא הוי אסמכתא ממש שכותב לו שאם לא יפרע לו ליום פלוני יהי' קנוי לו, והרמב"ם לא כתב לשון זה שאם לא יפרע לו ליום פלוני אלא שהקנם להיות נפרע, ואפשר אין בזה גדר אסמכתא, אבל הר"י מיגש הא כותב להדיא שאם לא יפרע לו, ועל זה הוא שכתב הרשב"ם דזה הוי אסמכתא, וצריך לומר בכונת הר"י מיגש דלזה הוא דצריך ומהני מה שכתב דלא כאסמכתא, והגר"א שם ציין לדברי הרשב"ם והרמ"א הביא דיש חולקין וצ"ל שהר"י מיגש סובר דמהני, ומדברי הרמב"ם אולי אין להוכיח כיון שלא כתב לשון אם לא אפרע לך אלא שיהי' קנוי להיות נפרע מהן.

איברא דזה קשה דאם לא הקנה לו ממש א"כ אינו אלא בגדר שעבוד, ושעבוד הא סובר הרמב"ם דמהני אפי' בלא כתב אגב קרקע, ובדעת הרשב"ם שכתב דדוקא בשעבד לו אגב קרקע, אבל אם הקנה לו המטלטלין אם לא יפרענו ליום פלוני הוי אסמכתא והתחיל בשעבוד אגב קרקע, ואח"כ כתב דמטלטלין לחוד אם הקנה לו, וצ"ל בכונתו דשעבוד ודאי אינו מועיל במטלטלין אבל הקנאה הא אפשר גם על מטלטלין ולזה כתב דאם הקנה לו מטלטלין אם לא יפרענו הוי אסמכתא אבל שעבוד אינו אסמכתא ממש דבזה מהני אם כתב דלא כאסמכתא כמש"כ הגר"א שם בסי' ר"ז, [וצ"ל דהרשב"ם אינו סובר כהרמב"ם דבהקנה לו מעכשיו ליכא אסמכתא, דא"כ הא א"א להקנות מטלטלין אלא בקנין דבשטר הא אין נקנין, וכיון שע"כ הוא בק"ס הוא ע"כ מעכשיו דלאחר זמן לא מהני קנין], אבל הרמב"ם דסובר דאפשר לשעבד גם מטלטלין לחוד, ומה דאינו גובה מלקוחות הוא משום שאין לו קול א"כ מה דמהני בהקנה לו אגב קרקע היינו משום

דהוי בדרך הקנאה דבזה לא צריך שיהי' לו קול, וא"כ הא הוי אסמכתא, וקשה לומר דהרמב"ם סובר ג"כ כהשיטות דכיון שכתב דלא כאסמכתא מהני אפי' באסמכתא ממש כיון שלא הוזכר שכן שיטתו והמחבר פסק דלא מהני.

ונראה בדעת הרמב"ם דאף שהוא בדרך הקנאה מ"מ לא דמי למתני' דאם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי, דהתם הכונה לקנות עיקר קרקע זו, ושאחר ג' שנים אפי' אם ירצה לשלם לו חובו לא יועיל שהקרקע כבר תהי' קנויה למלוה ובזה אמרינן דכל דאי הוי אסמכתא וטעמא משום שהמקנה חושב שלא יהי' דבר זה ולא הקנהו בלב שלם, אבל הכא שהקנהו כל הקרקעות והמטלטלין שלו לפרוע מהן חובו דאף שהוא בדרך הקנאה, אבל כיון שהקנהו באופן זה שמהם יפרע חובו והיינו שאם יקח ממנו מטלטלין או קרקע יהי' נפרע מזה, והוא לא הקנהו קרקעות מיוחדות או מטלטלין מיוחדים, א"כ לא שייך לומר על זה שכל דאי הוי אסמכתא לומר שלא הקנהו בלב שלם דלמה לא יקנה לו בלב שלם הלא ע"כ משום שחושב שיפרע לו מקודם, וממה יפרע לו הלא ג"כ מהמטלטלין שעיקר פרעון הוא ממטלטלין כמש"כ הרמב"ם בהל' ז' א"כ איזה נ"מ לו במה שיקנה לו זה על אחר זמן הפרעון, ולכן לא אמרינן בזה דלא גמר ומקני ולא הוי אסמכתא ממש, וכמש"כ הגר"א על שעבוד דע"ז מהני דלא כאסמכתא, ולפי"ז מיושב דעת הר"י מיגש שכתב להדיא אם לא אפרע לך, דמשום שלא הקנה לו קרקעות ומטלטלין מסויימים ליכא בזה דין אסמכתא ממש, ומהני בזה דלא כאסמכתא וכנ"ל, ושפיר סובר כדעת המחבר.

פרק יב

הלכה א

אין נפרעין מן היורשין אא"כ היו גדולים אבל יורשין קטנים אין נפרעין מהן שט"ח. אפי' היה בו כל תנאי שבעולם לא יפרע בו מלוה כלום עד שיגדלו היתומים שמא יש להן ראיה ששוברין בו את השטר.

השגת הראב"ד אין נפרעין מן היורשין וכו' עד את השטר, א"א הרב ז"ל אומר שאם האמינו עליו ועל יורשיו שמועיל בו נאמנות ואם כתב בו שיהיה נאמן אפי' על שובר ואפי' על מאה עדים למה אינו גובה אלא לפי הקושיות שהקשו על רב אסי במס' ערכין ולא תירצו זה התי' בשטר שיש בו נאמנות ש"מ אין שום נאמנות מועיל לקטנים.

המ"מ כתב דבהג' אופנים שכתב הרמב"ם בפ' י"א הל' ו' שגובין מן היתומים בזה גובין גם מיתומים קטנים ומשום דשם מיירי במע"פ דבלא הג' אופנים אין גובין אפי'

מיתומים גדולים שטוענין להם פרעתי, וכאן מיירי במלוה בשטר דמיתומים גדולים גובין ומקטנים אין גובין, וכתב המ"מ דהרמב"ם ג"כ סובר כהראב"ד דאפי' כתוב בשטר נאמנות אפי' כנגד עדים אינו מועיל, וצריך טעם במה גרע נאמנות מתוך זמנו דבתוך זמנו סובר המ"מ דגובה אפי' מקטנים וצ"ל דהחלוק הוא דבתוך זמנו איכא חזקה שאינו פורע והחוב בעיקרו אינו עומד ליפרע, אבל ביש בו נאמנות החוב בעצמו עומד ליפרע אלא שיש ראיות שלא פרעו, וע"ז אמרינן דכשיגדלו היתומים ימצאו ראיות שיסתרו ראיות אלו, ועל הוכחת הראב"ד על נאמנות דאינו מועיל מדלא אוקים כן הגמ' בערכין מתני' דשום היתומים, כתב המ"מ דיש לדחות ראיה זו שלא היו מורגלים לכתוב בשטרותיהם נאמנות כנגד עדים, וקשה דהא אפשר לאוקמי כגון שמת אביהם תוך זמן השטר, וזה הקשה הלח"מ וכתב על זה ואולי דגם זה אינו מצוי כ"כ, והדברים תמוהים איך אפשר לומר דאינו מצוי אטו גבול יש למיתה שאינו שכיח שימות בתוך זמן ושיותר מצוי שלא ימות אלא אחר שהגיע זמן הפרעון, אך באמת לא קשה דשם הא קאי הגמ' אליבא דר"פ ור"ה בדר"י דאמרי טעמא דרב אסי, וע"ז פריך ממתני' ור"פ ור"ה בדר"י הא סברי כאביי ורבא דעביד אינש דפרע בתוך זמנו אלא שהתוס' בב"ב דף ה' הוכיחו מעיקר מימרא דרב אסי ור' יוחנן דאמרי אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים אא"כ רבית אוכלת בהם, ור' יוחנן מוסיף כתובת אשה משום מזוני ולא אמרי דבמת תוך זמנו נזקקין.

ונראה דשם אחר מימרא דרב אסי ור' יוחנן איתא אמר רב נחמן מרישא לא הוי מזדקיקנא לנכסי יתמי כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו מכאן ואילך מזדקיקנא, ואמר ע"ז הגמ' מעיקרא מ"ט לא אמר ר"פ פריעת בע"ח מצוה וכו' ור"ה בדר"י אמר אימר צררי אתפסה ואח"כ איתא הסוגיא דפריך ממתני' דשום היתומים, ואח"כ איתא רבא אמר משום שובר וכו' אמר רבא הלכתא אין נזקקין וכו', וכן אמר רב אשי אח"כ דאין נזקקין ובהא דאמר רב נחמן כתב בחק נתן דזהו משום דסבר דטעמא משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו, אבל לר"ה בדר"י דאמר משום צררי דחיישינן שמא נפרע לא מהני הא דרב הונא כיון דחיישינן שמא אינם חייבים, ולפי"ז כתב דר"ה בדר"י לא אמר זה אליבא דרב נחמן, וכתב זה לישב דברי התוס' שם והנה בהא דאמר אח"כ רבא משום שובר בפשיטות משמע דהוא טעמא על הא דרב אסי ור' יוחנן, אבל קשה דהא ר"פ ור"ה בדר"י הם תלמידיו של רבא ולמה קבע הגמ' הא דר"פ ור"ה בדר"י קודם הא דרבא.

לכן נראה דגם על טעמא דר"ה בדר"י דאימר צררי אתפסה נמי שייך הא דרב הונא, משום דטעמא דצררי לא מהני מעיקר דינא כיון דאינו פרעון והוי כמו טענת יש לי

בידך שאם היה הלוה טוען כן לא היה נאמן אלא במיגו דפרעתי, ולא מצינו טענת צררי אלא גבי מזונות הבנות בכתובות דף ק"ב דלא מהני קנין לגבות ממשעבדי משום דכיון דאיתנהו בתנאי ב"ד אימור צררי אתפסינהו, וא"כ דוקא דאיתנהו בתנאי ב"ד, אבל על סתם חוב דלא שכיח שיתפיס צררי אינו טענה להפטר, וגבי אלמנה דאין נפרעת אלא בשבועה כתבו התוס' בגיטין דף ל"ה ובב"ב דף ה' דאף שבתוך זמנו א"צ שבועה, שאני אלמנה כיון דאית לה בתנאי ב"ד מתפיס לה צררי, ומוכח דאפי' מה שיש לה בתנאי ב"ד לא מהני אלא להצריכה שבועה, אבל לגבות גובה אפי' מלקוחות, ומשמע דדוקא על מזונות הבנות אמרינן דשכיחי טפי שיתפיס צררי ועכ"פ עיקר טעמא דצררי אינו מן הדין אלא דהוא חשש בשביל יתומים קטנים, וע"ז מהני ג"כ הא דרב הונא דאין אנו צריכים לחוש בשביל יתומים קטנים מה שע"פ דין אינו שום טענה.

ולפי"ז יש לומר דלדר"ה בדר"י דטעמא משום צררי נמי נימא במת תוך זמנו אין נזקקים כמו דלטעמא דר"פ לא מהני תוך זמנו וכמו דשו"ט בזה בתוס' בב"ב דף ה' שכתבו דאין להוכיח מדלא אמר איכא בינייהו תוך זמנו דהא לא סברי הא דר"ל, אבל עכ"פ נוכל לומר דאי חיישינן משום צררי שייך לחוש אפי' תוך זמנו, וכמו שדנו לומר כן בתוס' דדוקא לפרוע אינו פורע תוך זמנו שכיון שקבע זמן הרי צריך להמעות אבל להתפיסו משכון שיהי' בטוח במעותיו שייך להתפיסו אפי' בתוך זמנו, ובזה נוכל לבאר מה דמייתי הגמ' טעמא דרבא אחר טעמא דר"פ ור"ה בדר"י משום דלטעמא דרבא דאמר משום שובר והיינו דחיישינן שמא ימצאו היתומים שובר לכשיגדלו זה לא שייך על מת בתוך זמנו לדידן דקיי"ל כר"ל, אלא דרבא אמר זה שפיר גם בטעמא דרב אסי ור' יוחנן דהא לא סבר הא דאין אדם פורע תוך זמנו רק דלא סבר הא דיתמי לאו בני מיעבד מצוה, וכן לא סבר לטעמא דצררי דלא מהני שלא לגבות ולכן אמר טעמא דחיישינן לשובר, ובזה סתר טעמא דרב נחמן דאמר נזקקין משום דרב הונא דחששא דשובר הוא חששא על פרעון, אבל לדידן דקיי"ל דאין אדם פורע תוך זמנו ע"כ רב אסי ור' יוחנן לא הוי אמרי משום טעמא דרבא, דא"כ הא משכחת ליה דנזקקין כשמת תוך זמנו, וע"כ טעמא דידהו באמת משום הא דר"פ או הא דר"ה בדר"י, ע"ז אמר שפיר רב נחמן הא דרב הונא.

ולכן העמיד הגמ' טעמא דרבא בסוף הסוגיא לומר דלדידן לית לן אלא טעמא דרבא משום דעל טעמא דר"פ ודר"ה בדר"י הא סתר רב נחמן מהא דרב הונא אלא בשביל טעמא דרבא משום שובר פסק רבא בעצמו אח"כ דאין נזקקין וכן אמר רב אשי, ובזה ודאי להלכה דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו במת תוך זמנו נזקקין דהא ליכא טעמא

דשובר, ומבואר שיטת הרמב"ם דלהלכה דקיי"ל כטעמא דרבא דאין נזקקים משום שובר אין חילוק בין יתומים גדולים ליתומים קטנים במת תוך זמנו וכמש"כ המ"מ.

הלכה ו

נמצאת קרקע שאינה שלהן אלא טען הטוען שהיא גזל ביד מורישיו נזקקין להן ומעמידין להן אפוטרופס לטעון ולדון, וכן קטן שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו וכבשה אין אומרין נמתין לו עד שיגדיל אלא מוציאין אותה מידו, ולכשיגדיל אם יש לו עדים יביא עדיו. קרקע שהיתה בחזקת קטנים ובא אחר וטען שהיא לקוחה ממורישן ויש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביהן אין מוציאין אותה מידן עד שיגדילו שאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין, והקטן כאילו אינו עומד כאן הוא חשוב, אבל אם הוציא שטר שהיא לקוחה בידו ה"ז מקיים את השטר ומוציאין אותה מידן אחר שמעמידין להם אפוטרופס.

וכן קטן שתקף בעבדיו וכו', קרקע שהיתה בחזקת קטנים וכו' המ"מ ציין לד' הגמ' בדף קי"ב וכתב ע"ז וכתב הרב ז"ל שהיא בחזקת קטנים שאם היה הלה מוחזק בה אין מוציאין אותה מתחת ידו ואם הם תובעים אותו מקבלים טענותיו, וכתב ע"ז הלח"מ ממה דפי' ה"ה דברי רבינו נראה דפליג על ד' התוס' דסברי דאין חזקה מועילה, וקשה לדברי רבינו איך יתרץ קושיית התוס' שהקשו דאמאי לא תירצו בגמ' דשאני התם דבעל השדה מוחזק בשדה, אבל אם היינו מפרשים דבחזקת קטנים דקאמר ר"ל בחזקת אביהם והוי בחזקת קטנים כאילו אמר בחזקת אביהם של קטנים לא פליג רבינו על ד' התוס' עכ"ל, ולבאר ההלכה נביא ד' הגמ' והתוס' דאיתא שם בר חמוה דר' ירמיה טרק גלי באפיה דר' ירמיה אתא לקמיה דר' אבין אמר שלו הוא תובע, א"ל והא מייתינא סהדי דאחזקי ביה בחיי דאבוה א"ל וכי מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכו' איגלגל מילתא ומטא לקמיה דר' אבהו אמר לא שמיע לכו הא דרב יוסף בר חמא אמר ר' אושעיא תינוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חבירו אין אומרים נמתין עד שיגדיל אלא מוציאין מידו מיד ולכשיגדיל יביא עדים ונראה, מי דמי התם הוא דמפקינן מיניה דלא קיימא ליה אחזקה דאבוה אבל היכי דאית ליה חזקה דאבוה לא.

וכתבו שם בתוס' משמע דהיינו אפי' היה ר' ירמיה בתוך הבית מדלא מפליג התם בעל השדה מוחזק בשדה הכא ר' ירמיה לא היה מוחזק משמע דלא תלי בהכי מידי אלא במה דאית ליה חזקה מאבות אפי' הי' ר' ירמיה מוחזק בבית עכ"ל, וזהו שכתב הלח"מ שלד' המ"מ יקשה קושיית התוס' על רבינו אבל לא הזכיר שגם רש"י מפרש שם שלא כד' התוס' דבהא דאמר טרק גלא פירש"י דלת פתוחה בבית אביו סגר ולא הניח ליכנס

לפי שהיה רוצה ר' ירמיה להחזיק בה, ומפירש"י מוכח דלא כד' התוס' מדכתב שהיה רוצה ר' ירמיה להחזיק בה, ואם רק לפרש הלשון טרק גלא הו"ל לומר ולא הניח לר' ירמיה ליכנס בה ומדכתב להחזיק בה מוכח דמפרש שר' ירמיה לא היה מוחזק.

ומה שרוצה הלח"מ לפרש בד' הרמב"ם שמה שכתב בחזקת קטנים היינו בחזקת אביהם של קטנים אינו מיושב כלל, דאם היה ר' ירמיה מוחזק בבית, והא אמר ר' ירמיה מייתינא סהדי דאחזקי ביה בחיי דאבוה, וע"כ דכונתו ג' שנים דבלא ג' שנים מאי מהני, וכן כתב הרמב"ם ויש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביהם, וא"כ הלא אינה עומדת הקרקע בחזקת אביהם, והתוס' משמע דסוברים דכיון דיש לקטנים חזקת אביהם והיינו שמקודם היתה של אביהם ואין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד לא מהני לו החזקה אפי' הוא מוחזק בה גם עכשיו עד שיגדילו הקטנים ויקבלו עדים, אבל לשון הרמב"ם שכתב קרקע שהיתה בחזקת קטנים אינו עולה לשיטת התוס' דהא אפי' בחזקת אביהם אינה עומדת, ע"כ נראה פשוט דרש"י והרמב"ם אין סוברים כשיטת התוס' ואם מוחזק מקבלים עדים לברר חזקתו, וזה מבואר בחו"מ סי' כ"ח סעיף י"ח דלפטור מקבלים.

והנה בהלכות שכנים פרק י' הל' ז' בד"ה והנה זה כתבתי בדין מה דבעינן לגבי טוענין ללוקח שיהי' המוכר דר בה חד יומא שמהרי"ט כתב דבזה נדע שהוא לוקח, והקצוה"ח כתב דבעינן אומדנא קצת מצד המוכר שקנה השדה, ובארתי דזה תליא אם חזקה שלא בטענה נקרא מוחזק דאם הלוקח חשיב מוחזק אף שאין לו טענה, וצריך לטעון עבורו א"כ שפיר טוענין עבורו שלא להוציא ממנו, אבל אם חזקה שלא בטענה אינו נקרא מוחזק צריך שיהי' המוכר דר בה חד יומא, ובזה קצת אומדנא שלקחו ואז טוענין ללוקח, והוכחתי מדין מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו דטעמא שאינו יכול להזמין את הרבים לדין דמוכח שהוא נקרא מוציא, ובזה בארתי שם פירש"י במה דאמר ר"פ מיצר שהחזיקו בו רבים וכתב רש"י ואנא נמי הא אחזיקי לי והתוס' הקשו שם דמאי מייתי מרבים ליחיד ובארתי דטענת ר"פ הוי מדין טוען ליורש אלא דשם ליכא קצת אומדנא לפי פירושו של הקצוה"ח בדין דר בה חד יומא, ע"ש, ומבואר דשיטת רש"י דחזקה שלא בטענה נקרא מוחזק ולפי"ז שיטת התוס' דאינו נקרא מוחזק.

ולפי"ז נוכל לומר דרש"י ותוס' הולכים לשיטתם דהתוס' שפירשו דאפי' אם ר' ירמיה היה מוחזק ג"כ לא מהני, יש לומר דסוברים דכיון דקטן הוי כמו שלא בפניו וכיון דאית ליה חזקת אביו שהבית היה שלו כ"ז שר' ירמיה אינו מברר טענתו לא נקרא כלל מוחזק, ואין הקטן מוציא אלא ר' ירמיה מוציא הבית מחזקתו ואף דשם כתבתי בדין חזקה שלא

בטענה וכאן ר' ירמיה הרי טוען בפני ב"ד שקנה מאביו מ"מ יש לומר דשלא בפני בע"ד גם הטענה אינה חשובה טענה, ולכן לא נקרא ר' ירמיה מוחזק וממילא אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד שאין הב"ד חושבין אותו למוחזק שנאמר שהוא פוטר את עצמו, אבל רש"י לשיטתו דסובר דגם בחזקה שלא בטענה נקרא מוחזק, וא"כ שפיר נקרא ר' ירמיה מוחזק בבית, ונוכל לומר דהרמב"ם סובר ג"כ כשיטת רש"י דכל מוחזק אף בלא טענה נקרא מוחזק, ולכן שפיר גם כאן נקרא מוחזק ובא לפטור את עצמו.

ובעיקר קושיית התוס' דאמאי אינו מחלק הגמ' דהתם בעל השדה מוחזק בשדה, והכא לא היה ר' ירמיה מוחזק בבית, נראה דלא קשה דגבי תינוק שתקף בעבדיו וירד לשדה חבירו לא הוזכר שבעל השדה מוחזק עכשיו בשדה וניכר חזקתו שיש שם זרעים שניכר בזה שעומדת בחזקת הבעלים וסתמא קתני אפי' בזמן שאין חזקת בעלי השדה ניכרת, ומה שהחזיק אותה בזמן שהיתה ניכרת חזקתו הרי ר' ירמיה נמי טוען דאית לי סהדי דאחזקי בחיי אבוהון, ומ"מ כיון שבאותו זמן לא היה מוחזק בבית לא חשבינן ליה למוחזק, כיון שהוא צריך להביא עדים לברר שהי' מוחזק מכבר, וה"נ גבי בעל השדה הרי צריך להביא עדים שהיתה השדה מקודם בחזקתו, ולכן ע"כ מחלק הגמ' דגבי תינוק שתקף בעבדיו אין לו טענה של חזקת אביו על השדה, ולכן לא נקרא בעל השדה מוציא ממנו, אבל בר חמוה דר' ירמיה בא בטענת ירושה וצריך ר' ירמיה לברר בעדים, ומה שהוצרך רש"י לפרש שהיה ר' ירמיה רוצה להחזיק בה, זהו משום דאם היה ר' ירמיה מוחזק בבית אף שהניח הדלת פתוחה הא בסתמא היו בבית כליו ומטלטליו והיה ודאי נקרא מוחזק גם כשאינו בבית, לכן כתב רש"י שהיה רוצה להחזיק בה היינו שהניח הבית איזה זמן בלא בעלים וגם היתה הדלת פתוחה, לכן כבר נקרא מוציא מבר חמוה שהיתה לו טענת ירושה.

פרק יג

הלכה ג

מלוה שבא לב"ד והביא משכון בידו ואמר זה משכונו של פלוני הוא ואני רוצה למכרו ולהפרע חובו אין ב"ד נזקקין לומר לו המתן עד שיבוא לוה ויטעון שאם רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר, ומשיאין לו עצה למכרו בפני עדים כדי שידע לוה בכמה ניכר, וכן המלוה את חבירו על המשכון ומת הלוה והמלוה בין שמת הלוה תחלה בין שמת המלוה תחלה הואיל והוא נפרע ממה שתחת ידו ואילו רצה לומר לקוח הוא בידי אומר ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדרך כל הנשבעין ונוטלין, ומפני מה אינו נשבע היסת

לפי שאינו נשבע על עצמו של משכון אלא על הממון שלוקח, שאילו אמר על עצמו של חפץ זה אתה מכרתו לי אתה נתתו לי היה נשבע היסת ונפטר, אבל אם היו שם עדים שחפץ זה משכון בידו ולא ידעו על כמה וכמה, אינו יכול ליטול אלא בשבועה, והואיל ואין שם עדים ויכול לומר שלי הוא נאמן לומר יש לי כך וכך עליו בשבועה עצמה שהיה נשבע אם היו שם עדים שהוא משכון שאין אומרים מיגו לפטרו משבועה אלא לפטרו מממון שלא יחזיר המשכון עד שיטול מה שטען.

ומפני מה אינו נשבע היסת וכו', המל"מ כתב וז"ל יש מן התימה בד' רבינו במש"כ שאם יש עדים אינו נוטל אלא בשבועה דבמאי עסקינן אי בדליכא ראיה הא מהימן במיגו דאי בעי אמר החזרתי, ואי דאיכא ראיה אפי' בשבועה אינו נוטל כיון דלית ליה מיגו דהא כיון דאיכא עדים וראיה לא יכול לומר להד"ם ולא החזרתי, ונראה דרבינו אזיל לשיטתו דס"ל דבטענת החזרתי צריך לישבע בנק"ח וכמש"כ בפ"ו מהל' שאלה פקדון מעשה באחד שהפקיד שומשמין וכתב בסוף דבריו ישבע השומר בנק"ח, וכבר ביאר הטעם בכ"מ בפ"ב מהל' שכירות דכיון שהוא מודה שנעשה שומר אלא שפוטר עצמו מצד אחר שטוען החזרתי צריך לישבע כעין דאורייתא עכ"ל, וכתב עוד המל"מ דאף דהמ"מ פליג בזה לאו אליבא דרבינו קאמר ע"ש.

והנה דברי המל"מ תמוהים ונפלאים דממקום שבא בדברי הכ"מ פ"ב מהל' שכירות הל' י"א תמה שם בעצמו על הכ"מ שכתב בדעת הרמב"ם דבטענת החזרתי צריך לישבע בנק"ח וז"ל דברי מהריק"א קשים לשומעם שהרי בהדיא כתב רבינו או שאמר כן היה, אבל החזרתי נשבע שבועת היסת, והרי מודה שנעשה עליו שומר ואינו נשבע אלא היסת, ובבאור דברי הרמב"ם פ"ו מהל' שאלה ופקדון שכתב שישבע השומר בנק"ח כבר כתב שם המ"מ משום שנתן סימנים, וכבר בארתי שם בהרחבה במה מועיל הסימנים לחייבו שבועה בנק"ח ע"ש.

ובעיקר דברי הרמב"ם כאן כבר ביאר הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ק"ט בד"ה ועוד ראיה, שהביא ד' הרמב"ם כאן והוכיח בדעתו דאפי' אם אין לו מיגו כיון שיש עדים שהוא משכון והוא מוחזק במשכון נאמן בשבועה בנק"ח לטעון כמה הוא חייב לו, ובמה שצירף כאן הרמב"ם דין אם היו שם עדים לכאן שיש לו מיגו כבר כתבתי בפ"ב מהל' שכירות דהיכי דעיקר נאמנות בממון מדין מיגו לא שייך דין מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, והקצוה"ח בסי' ע"ב ס"ק כ"א מביא כן מדברי הגד"ת ולכן הוצרך הרמב"ם לומר דהיסוד להצריכו שבועה הוא משום דלא עדיף מאם היו עדים שחפץ זה משכון בידו, אלא שהקצוה"ח עוד לא ביאר זה דעכ"פ כיון שכל הנאמנות שלו לגבי ממון הוא ע"י

מיגו למה נצריכו שבועה, ולכן מוכרח לומר כמו שהוספתי שם דבאמת במיגו לבד לא היינו מאמינים לו לחדש חוב על חבירו דזהו מיגו להוציא, ומה דמהני המיגו הוא רק לעשות אותו למוחזק במשכון, וכיון שנעשה מוחזק במשכון ממילא נאמן לומר כמה הוא חייב לו בלא מיגו אלא דמ"מ לפטרו משבועה היה אפשר לפטרו בהמיגו, כיון דאין אנו באין מכח המיגו לחדש החיוב ולהוציא אלא לפטרו משבועה, וע"ז אנו אומרים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, וזהו שהקדים הרמב"ם דין אם היו שם עדים שהוא משכון להסביר היאך אנו אומרים כאן מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

והנה הרמב"ן בחדושיו בשבועות דף מ"ח הקשה על שיטת הגאונים דהמוחזק המשכון אף שיש לו מיגו צריך לישבע בנק"ח מהא דתניא הנותן טליתו לאומן אומן אומר קצצת לי שתים והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת בזמן שהטלית ביד אומן על בעה"ב להביא ראיה, נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל מדקתני רישא על בעה"ב להביא ראיה ובסיפא נשבע ונוטל אלמא רישא שקיל בלא שבועה, והרמב"ן במלחמות כתב לחלק בין משכון לאומן דבאומן א"צ לישבע בנק"ח והר"נ בהלכות כתב ג"כ לחלק בין משכון לאומן, וקשה על הרמב"ם שפסק בפ' י"א מהל' שכירות הל' ח' גם גבי אומן דנשבע בנק"ח.

אכן הר"נ בהלכות תירץ באופן אחר דלא דמי משכון לאומן דכיון דמדינא שקיל אומן בלא שבועה כדאמר בגמ' אי הכי ניתב ליה בלא שבועה, ומשני כדי להפיס דעתו של בעה"ב א"כ הכא באומן כשהטלית בידו ויכול לטעון החזרתי א"צ להפיס שהוא מפוייס ועומד שמחזיר לו טליתו, והש"ך בסי' פ"ט הקשה על הר"נ דהא בקציצה ליכא תקנת שכיר, וכבר תמה עליו הקצוה"ח דהא הך ברייתא כר' יהודה דסבר דבקציצה נמי לא דכיר ועשו תקנת שכיר, ובעצמו כתב הש"ך אח"כ כן בתירוצו, וממילא מיושב דברי הרמב"ם שפסק גבי שתים קצצת לי דבזמן שהטלית בידו נשבע אומן בנק"ח משום דלהלכה ליכא תקנת שכיר בקציצה, אכן בעיקר דברי הר"נ דהוא מפוייס ועומד במה שאינו טוען החזרתי, לא נראה זה להש"ך וכתב שאינם מובנים.

והש"ך בעצמו כתב דכאן דבאומן גם בלא מיגו נשבע ונוטל, לר' יהודה דסובר דגם בקציצה איכא תקנת שכיר, לכן כשיש לו מיגו נוטל בלא שבועה, אבל להלכה דבקציצה ליכא תקנת שכיר גם באומן נשבע ונוטל כמו במשכון, ונראה דדברי הש"ך אינם מיושבים אלא לדעת הרא"ש דסובר דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה ומ"מ מודה לדעת הגאונים מטעם אחר דכיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין והוא בא להוציא ממון כל הנוטל נשבע, ולכן גבי אומן בקציצה לר"י דנשבע ונוטל גם בלא מיגו לכן כשיש לו מיגו נוטל בלא שבועה, אבל להרמב"ם דטעמא משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן

מה מהני מה שהי' נשבע ונוטל דעכ"פ אנו באין לפטרו עכשיו משבועה ע"י המיגו, והנתיבות בסי' פ"ט יישב ג"כ הקושיא והמעיין יראה שהוא ג"כ רק לשיטת הרא"ש, והקצוה"ח שהבאנו כתב ג"כ לחלק בין משכון לאומן ונשאר בצ"ע לדעת הרמב"ם.

והנראה בזה דהנה יש לעיין גבי נשבע על המשכון היכי שאנו יודעים בעדים שהוא משכון, אלא שאין העדים יודעים על כמה הוא משכון א"כ הלוה מודה במקצת או ע"פ העדאת עדים וחייב שבועה דאורייתא, וכיון שאין נשבע בשביל שאינו נאמן בשבועה למה צריך המלוה לישבע בשביל שהוא מוציא הא כיון שהוא חייב שבועה ואינו נשבע חייב מן הדין לשלם, אכן יש לומר בפשיטות דכיון דזה שאין אנו מאמינים להלוה הוא בשביל שהמלוה מוחזק במשכון וכיון שבא לגבות מכח מוחזק ממילא אינו שייך לחייב להלוה שבועה שאין דין שבועה מן התורה אלא בנשבע ונפטר וכל זה גבי משכון, אבל גבי אומן לפי מה דסבר ר' יהודה דבקציצה נמי לא דכיר וגם סבר ר' יהודה דכל תקנת שכיר הוא דוקא במודה במקצת דאיכא על הבעה"ב שבועה דאורייתא, ובזה תיקנו חכמים שהשכיר נשבע ונוטל להפיס דעתו של בעה"ב בזה לא מצינו שתיקנו אלא היכי שהוא בא להוציא ממש, אבל לא היכי שהוא מוחזק בהחפץ אף שהוא בא לגבות ממנו, ואף שכתבו התוס' דר' יהודה לא חשיב ליה כודאי שכח מ"מ אף אם הוא ספק שכח אינו יכול לישבע וצריך מן הדין לשלם.

וצריך להוסיף דלא דמי לעיקר דין נשבע על המשכון שכתבנו ג"כ דנוטל מן הדין דהתם הכלל הוא כל הנוטל נשבע וזהו היכי שכל נאמנותו הוא מדין מוחזק, בזה אמרו כל הנוטל נשבע אבל היכי שנטילתו אינו מדין מוחזק ונוטל מן הדין שהיה יכול בזה גם להוציא וגם הוא מוחזק, בזה לא אמרו שהוא צריך לישבע, ומבואר דגבי שנים קצצת לי אינו אלא לר' יהודה, אבל להלכה כרבנן דבקציצה דכיר וליכא תקנת שכיר, א"כ אף שבעה"ב חייב שבועה דאורייתא, הא רוצה לישבע ורק שהאומן בא מכח מוחזק וממילא ליכא על הבעה"ב דין שבועה כיון שאינו נשבע ונפטר וכמו שבארנו.

ולפי"מ שבארנו איכא נ"מ גם להלכה דאם הטו"ת עם השכיר אינו בקציצה אלא בפרעון ואמרינן בזה טרוד בפועליו וגם הבעה"ב מודה במקצת דיש עליו שבועה דאורייתא ואינו יכול לישבע, וגם הטלית בידו של האומן אז גם להלכה אינו צריך לישבע, כדתניא בברייתא גבי קציצה לר' יהודה דכל זמן שהטלית ביד אומן המע"ה, ומה שהכריחו להרמב"ם לחידוש זה הוא משום דעיקר דין הגאונים דנשבע על המשכון למד ממתני' דהמכיר כליו וכו' ישבע כמה הוציא ויטול וכמו שכתב בפ"ח מהל' טוען הל' ו', ועיין

מה שכתבתי באריכות בבאור שיטת הרמב"ם והראב"ד בדין נשבע על המשכון בפ"ב מהל' שכירות הל' י"ב.

הלכה ד

ובהשגת הראב"ד: עיין מה שכתבתי בזה פ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ו', ובמה שכתב המ"מ בד"ה סלע הלויתני. בדין גלגול מחמת שבועה הבאה מטענת ספק עיין מה שכתבתי בפ"ג מהל' שאלה ופקדון הל' ד'.

הלכה ז

היתה המלוה בשטר וטען הלוה שזמן קבעת לי יראה לי שישבע בעל חוב היסת שלא קבע לו זמן ויטול המלוה מיד.

יראה לי שישבע, מדברי הרמב"ם מבואר דשייך לחייבו היסת קודם שיטול, וקשה מדבריו בפי"ד הל' ג' שכתב לא כל הימנו לבטל שטר מקויים אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה כמה שירצה שאם יודה יחזיר לו. ואם כפר ישבע היסת. ועוד קשה מפ"א מהל' טוען הל' ו' שכתב כל המחוייב שבועת הסת אם רצה להפוך השבועה על התובע הרי התובע נשבע היסת נוטל מחבירו. ואין לך מי שנשבע היסת ונוטל מחבירו אלא זה שנהפכה עליו שבועת היסת. והש"ך בסי' קכ"א ס"ק מ"ז הוכיח מד' הרמב"ם אלו לפרש דברי הבעה"ת דדוקא אחר שיפרע להמלוה ישבע, ומשום דא"א שישבע היסת ויטול, ונבאר זה בעז"ה בעיקר מקומו בפ"א מהל' טוען.

פרק יד

הלכה א

הפוגם את שטרו או שעד אחד מעיד על שטרו שהוא פרוע והבא ליפרע שלא בפני הלוה והטורף מיד הלוקח והנפרעים מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע אלא בשבועה כעין של תורה ואומרים לו כשיתבע השבע ואח"כ תטול, ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה, עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה.

עבר זמנו, בגמ' בב"ב דף ה' מיבעי לגמ' תבעו לאחר זמנו וא"ל פרעתיך בזמנו מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר וכו' ולא נפשטה הבעיא ולא הביא הרמב"ם הבעיא כלל, ואף דאפשר לומר דכיון דמספק הוי לקולא לנתבע ונאמן לומר פרעתי, וכן פסק הטור א"כ נכלל זה במה שסתם וכתב עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה דאין נ"מ בטענתו באיזה זמן פרע, מ"מ קשה דהרמב"ם פוסק בכל ספיקא דדינא דאם תפס התובע אין מוציאין מידו, וא"כ הי' לו להרמב"ם להביא הבעיא ולפסוק דפטור ואם תפס התובע אין מוציאין

מידו, איברא דלפי"מ שהביא הרמב"ם כאן הך דינא לענין שבועה לא שייך לפסוק דאם תפס אין מוציאין מידו דמשום שבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה ואף דנ"מ דהיכי דודאי חייב שבועה מנדינן ליה עד שישבע, מ"מ לא קשה כיון שאין מקום לכתוב ואם תפס אין מוציאין מידו כמו שכותב בכל ספיקא דדינא לא הוזקק לכתוב שאין מנדין אותו עד שישבע כיון שאין עיקר זה מפורש בגמ', אבל אכתי אינו מיושב כלל שהיה לו להביא הך בעיא בדין מלוה ע"פ ולענין עיקר דין נאמנות לטעון פרעתי ולכתוב שהלוה פטור ואם תפס המלוה אין מוציאין מידו.

אכן כשבאנו לעיין בזה שהשמיט הרמב"ם האבעיא דגמ' ראיתי שקשה עוד יותר שעיקר הך דינא דאינו נאמן הלוה לטעון פרעתי בתוך זמנו, לא הביא הרמב"ם אלא כאן בדין מלוה בשטר ולענין פטור משבועה, ועוד הביא דין זה בפ' י"א הל' ו' ובפ' כ"ו הל' ו' לגבי לגבות מלוה ע"פ מן היתומים, דאם מת הלוה בתוך זמן המלוה גובין, דחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, והוא תימה דלמה לא כתב דין דאין אדם פורע תוך זמנו גבי הלוה גופיה שטוען פרעתי דאינו נאמן בתוך זמנו.

לכן נראה דמוכרחין אנו לומר חידוש גדול דהרמב"ם באמת אינו סובר להלכה הא דאין אדם פורע תוך זמנו אלא גבי שבועה ולגבות מן היתומים וגורס בגמ' והלכתא כר"ל מיתמי ולא כגירסתנו ואפי' מיתמי, והיינו דהיכי דהלוה טוען פרעתי קיי"ל כאביי ורבא דעביד אינש דפרע בגו זימניה, וסובר דמה דאמר הגמ' חזקה אין אדם פורע תוך זמנו היינו חזקה בגדר רוב דע"פ רוב אין אדם פורע תוך זמנו, אבל אפשר שיזדמן שיפרע כי היכי דלא ליטרדן, ולכן כשהלוה טוען ברי שפרע כיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב נאמן, אבל לגבות מן היתומים שאינם טוענין בודאי אבינו פרע גובין דאין טוענין עבורם טענה שאינה מצויה.

והנה לשיטת התוס' בב"ב דף ע' בהא דשטר כיס היוצא על היתומים שכתבו דאין טוענין ליתומים נאנסו אלא שהחזיר אביהם משום דמילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי ודאי יש לומר כן לחלק בין אם טוען הלוה פרעתי ובין לטעון בעד היתומים שמא פרע אביהם, אבל בפ' המקבל הביא הרי"ף הא דשטר כיס היוצא על היתומים וכתב דטענינן ליתומים בין נאנסו בין שהחזיר אביהם, ומדברי הרמב"ם פ"ז מהל' שלוחין ושותפין הל' א' מוכח דסובר כדעת הרי"ף דטענינן ליתמי נאנסו, וא"כ לא נוכל לחלק בין טוען הלוה פרעתי ובין לגבות מיתומים.

אכן נראה דיש לחלק דדוקא טענת נאנסו דאף דלא שכיחי אונסין אבל ליכא חזקה על זה שלא הי' אונס, בזה טוענין גם ליתומים, אבל טענת פרע בתוך זמנו דאיכא חזקה

דאין אדם פורע בתוך זמנו אף דאין החזקה ודאית כמו עדים ומהלוה בעצמו אין מוציאין היכי שטוען שפרע אבל ליתומים לא טענינן, והנה בפ"ב מהל' שכירות הל' ג' בארתי אם טענת נאנסו היא טענה מחמת עצמה רק שחייבה התורה על זה בשומרים שישבע השומר, או דבלא שבועה אין נאמנות בטענת נאנסו דמשום דאונסין לא שכיחי אינה טענה מחמת עצמה, ותליתי זה במחלוקת הראב"ד והרמב"ם ואם היינו אומרים דטענת נאנסו אינה טענה מחמת עצמה בלא שבועה, א"כ הי' אפשר לדון מדין ק"ו דגם טענת פרעתי תוך זמנו טענינן ליתומים דהא הלוה עצמו נאמן לומר שפרע בלא שבועה, אכן לפי"מ שבארתי שם דדעת הרמב"ם דטענת נאנסו היא טענה מחמת עצמה רק שחייבה התורה שבועה בשומרים, א"כ נוכל לומר דעוד עדיפא מטענת פרעתי בתוך זמנו דנאנסו טענינן, ופרוע בתוך זמנו לא טענינן.

איברא שהרמב"ן במלחמות בב"ב שם שהשיג על דברי הבעה"מ שכתב כדברי התוס' שאין טוענין ליתומים טענת נאנסו, כתב להדיא דאפי' טענה דלא שכיחא כלל טענינן והוכיח מלקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות שהדבר רחוק מאוד מאוד דמאן פייס ומאן מחיל ומ"מ טוענין ללוקח, אבל בדעת הרמב"ם יש לומר בזה כמו שנאמר בדעת התוס' דאינה טענה דלא שכיחא דהא אמר בגמ' דף כ"ג דאימור כונס לתוך שלו הוי, וגם הטענה דאחולי אחיל בני ר"ה גביה ופירשו שם בתוס' ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר אינו מוכח שהוא לא שכיח דהא כתב רש"י שם דיש הוכחה שאילמלא כן היו הרבים מעכבים עליו, עוד כתב שם הרמב"ן וז"ל ועוד דאקשינן בפ' המקבל ורבא לית ליה האי סברא דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחים הם בידי אינו נאמן, והא רבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ומאי קושיא לעולם נאמן ושאני יתומים שאין טוענין להם כל מאי דמצי אבוהון למיטען אלא הדבר הקרוב, אבל לטעון בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר רחוק הוא עכ"ל.

ונראה שאין מכאן ראיה להוכיח דטענינן ליתמי בדבר רחוק, דהא דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אינו דבר רחוק בעצם שנאמר דלא שכיח שהבעלים ימכרו אותם ואין זה סברא כלל, ועיקר מה דאינו נאמן לטעון לקוח בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הוא משום דלטעון לקוח צריך חזקת ראיה שמתפיסתו יהי' ראיה שלקחו ותפיסה לבד לא מהני דהא אם יתפוס לפנינו ויטעון שלקחו אינו נאמן, ובדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אין חזקתן מוכיח שלקחן, ולכן שפיר מייתי הגמ' ראיה דאם נימא דגם בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר נאמן לטעון לקוח, ומוכח דחשבינן ליה למוחזק ואין אומרים שבשאלה ובשכירות בא לידו, א"כ למה לא נטעון זה ליתומים דאטו אינו שכיח

שהבעלים מכרו לאביהם, אבל אין מכאן ראיה דטענינן ליתומים טענה דלא שכיח כלל.

ובאופן אחר יש לומר דאיכא נ"מ בין לטעון ליתומים פרוע תוך זמנו ובין לטעון ליתומים נאנסו, דבטענת פרוע כבר החוב אנו באין לטעון טענת פטור לכן לא טענינן בשבילם טענה דלא שכיחא, אבל בטענת נאנסו אפי' אם שומרים מתחייבים משעת משיכה זהו אם לבסוף היתה פשיעה בש"ח וגנבה ואבדה בש"ש אבל אם לבסוף היה אונס לא נתחייב ע"ז כלל, וכן כתב הקצוה"ח בסי' ש"מ ובסי' רצ"א סק"א ע"פ דברי הריטב"א, וא"כ טענת נאנסו הוא טענה שלא נתחייב אביהם כלל, ובזה שפיר טוענין ליתומים גם טענה דלא שכיחא.

והנה עיקר היסוד שהוכחתי שהרמב"ם לא הזכיר דין אין אדם פורע בתוך זמנו אלא לפטור המלוה מן השבועה בפוגם שטרו וכן ליפרע מן היתומים ולא במלוה ע"פ והלוה טוען פרעתי, נסתר לכאורה עיקר יסוד זה מדברי הרמב"ם כאן בהל' י"ג שכתב מי שהיה לו חוב על חבירו בשטר ואבד השטר והרי הדמים קיימין אע"פ שקנו מידו וטען שפרע ה"נ נשבע היסת, והורו רבותי שאפי' היה החוב לזמן ועדיין לא הגיע זמנו להפרע, הואיל וכתבו לו השטר ואין בידו שטר והלוה טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת שפרעו שאנו חוששין שמא פרעו ולפיכך קרע השטר או שרפו עכ"ל, ולכאורה מפורש בדבריו דדוקא הואיל וכתבו לו שטר ואין בידו שטר, אבל במלוה ע"פ אינו נאמן הלוה לטעון פרעתי בתוך זמנו.

אכן כיון דא"א לומר דכאן בא הרמב"ם להשמיענו דין הלוה שאמר פרעתי בתוך זמנו דאינו נאמן, והשמיענו זה דרך אגב ומדיוקא דדוקא במלוה בשטר נאמן, דודאי לא ניתן זה ליאמר שהיה לו להביא דין זה מפורש כמו דאמר ר"ל בגמ' הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו אינו נאמן, לכן נראה דאין כונת הרמב"ם מדין מלוה ע"פ, והבנת דבריו הוא באופן אחר לגמרי דבפי"א הל' א' כתב דהאומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה דאם קנו מידו כותבין ונותנין השטר להמלוה וא"צ להמלך בו, ונראה דזה פשוט שאין העדים כותבין השטר אלא עד זמן הפרעון שאין עליהם לחוש שמא פרע, אבל אחר זמן הפרעון אין כותבין ונותנין דשמא כבר פרע, וזה הא פשוט דאף שבמלוה ע"פ נאמן הלוה לטעון פרעתי אפי' בתוך הזמן, מ"מ בקנו מידו שיכולים העדים לכתוב לו השטר אינו נאמן לטעון פרעתי אפי' קודם שכתבו לו השטר דהא הוי כמלוה בשטר דאיך ישלם לו ואח"כ ילך המלוה להעדים ויכתבו לו השטר, ולכן זהו שכתב הרמב"ם והורו רבותי וכו' וקאי על ראש דבריו שכתב והרי העדים קיימים אע"פ שקנו מידו ובזה קודם שכתבו לו העדים השטר לא הי' נאמן הלוה לטעון פרעתי, מ"מ הואיל ונכתבו לו

השטר ואין בידו שטר והלוה טוען פרעתי נאמן.

ובזה מבואר מה שכתב הואיל וכתבו לו השטר וקאי על העדים דאם הי' כונתו לאפוקי מלוה ע"פ הי' לו לכתוב הואיל וכתב לו שטר, אלא ודאי דכונתו על מה שכתב מקודם שהעדים קיימין וקנו מידו מ"מ כיון שכבר כתבו לו השטר ואין השטר בידו נאמן לומר פרעתי, וזהו החדוש שהשמיענו כאן בשם רבותיו ואף דאכתי קשה דפשיטא דכיון שכבר כתבו לו השטר ואין לו השטר הוי כמו ברישא נראה דמשמיענו אפי' אם העדים לא אמרו להלוה שכבר כתבו להמלוה השטר ולא ידע מזה הלוה אלא שטען פרעתי וע"פ העדים נתברר שכבר כתבו לו השטר דבזה הי' סברא לומר דודאי לא פרע לו כיון שהעדים יכתבו להמלוה השטר ולזה השמיענו בשם רבותיו דגם בכה"ג נאמן הלוה לטעון פרעתי כיון דעיקר ריעותא מצד המלוה שאין לו השטר.

והנה לכאורה עוד איכא למשדי נרגא בחדוש זה שחדשנו בדעת הרמב"ם לחלק בין טענת הלוה עצמו ובין לטעון בעד היורשים דהא בב"מ דף ק"ב אמר הגמ' דבשוכר אמר נתתי והמשכיר אמר לא נטלתי דבתוך זמנו אין השוכר נאמן, וכן פסק הרמב"ם בפ"ז מהל' שכירות הל' ג' אלמא דאפי' בטוען שפרעו אינו נאמן בתוך זמנו, אבל גם בזה יש לבאר שלא יהי' סתירה לדברינו דהתוס' בב"ב דף ה' ע"ב בהא דאמרי אביי ורבא עביד אינש דפרע בגו זימניה כי היכי דלא ליטרדן הקשו מהא דשוכר אומר נתתי, וכתבו דהכא כיון דחייב לו ואתרמי ליה זוזי פורע לו תוך הזמן כי היכי דלא ליטרדן, אבל גבי שוכר שמא יפול ביתו של המשכיר ויצטרך שוכר לצאת ובב"מ דף ק"ב כתבו עוד דשמא יפול ביתו, ומדברי התוס' מוכח דמפרשים הא דשוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי דהוא על שכר הבית שעוד לא דר בו, ולפי"ז פשוט לא דמי כלל להא דאין אדם פורע תוך זמנו דכבר נתחייב לשלם אלא שעוד לא הגיע הזמן, והתוס' בב"מ דף ס"ה בהא דאמר שם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כתבו אפי' למ"ד דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף מודה דאינה משתלמת אלא לבסוף, ומוכח דעכ"פ עוד לא נתחייב השוכר השכירות קודם שדר, ואף דודאי נקנה השכירות בכסף שטר וחזקה זהו על דין השכירות שאין כל אחד יכול לחזור בו, אבל חיוב ממון ודאי לא נתחייב עד שידור.

וראיתי בקונטרס הספיקות כלל ז' אות ה' שכתב דדין ישנה לשכירות מתוע"ס לא שייך אלא בפועל ולא בשכירות משום דנתחייב בכל השכירות משעת הקנין, והוכיח כן מד' הרשב"א בתשובה ותימה שלא הזכיר ד' התוס' שהבאנו ומד' הרשב"א שהביא אין ראיה אלא שבנו אינו יכול לפטור עצמו מחיוב שכירות של אביו דשכירות ליומא ממכר הוא וכבר נקנה לו הבית שיתחייב בשכירותו כשידור בו, ומה שמת השוכר זה

אינו מגרע מחיוב קנינו כיון שהבית קיים, אבל אין ראיה מד' הרשב"א למה שדן בזה הקונה"ס בהא דחודש העיבור בב"מ דף ק"ב אם צריך לשלם בעד כל השנה לומר שכבר נתחייב בשכירות כל השנה.

אכן ד' התוס' אינם מיושבים דודאי פשטות ההלכה שבתוך הזמן אינו נאמן לומר פרעתי אפי' על הזמן שכבר דר, ובזה ליכא טעמא דשמא יפול ביתו או ביתו של משכיר דבשביל מה שכבר דר ודאי חייב, ובלא דברי התוס' יש לומר דלא דמי שוכר לחוב דבחוב אף שקבע זמן להלואתו כיון שעכשיו אינו צריך להלואה עביד דפרע כי היכי דלא ליטרדן, אבל בשוכר כיון דמעיקר הדין אין שכירות משתלמת אלא לבסוף הוי כמו שעוד אין עליו חוב אף שבעיקר כבר נתחייב בשכירות אבל לא נתחייב אלא לשלם לבסוף, ומצאתי אח"כ שכן כתב הראב"ד בש"מ בב"ב וז"ל והא דפליגי אביי ורבא ואמרו עביד אינש דפרע בגו זימניה דוקא בהלואה בלחוד לפי שאריכות הזמן מדת חסד הוא וההלואה עצמה מדת חסד הוא ומש"ה כי מתרמי ליה זוזי בגו זימניה פרע ליה דכי מטי זימניה לא ליטרדיה, אבל בפדיון הבן ושכירות דבתוך הזמן ליכא עליו חיוב פרעון כלל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ופדיון הבן ליכא עליו חיוב כלל עד דמטי זימניה אי אמרו פרענו בתוך הזמן אינם נאמנים עכ"ל הראב"ד ושמחתי שכיוונתי בזה לדבריו.

ועכשיו מיושב מה שעמדנו בזה לפי"מ שבארנו בשיטת הרמב"ם דהיכי שהלוה טוען שפרע בתוך הזמן קיי"ל כאביי ורבא דנאמן דלא קשה משוכר אומר נתתי דגם אביי ורבא לא פליגי על זה וכמש"כ הראב"ד, והנה הראב"ד בש"מ כתב גם על פדיון הבן אי אמרי פרענו וזה קשה דבמתני' תנן זה על מת האב דליכא כאן טענת פרענו והיכי דהאב חי וטוען שפדה בנו קודם הזמן שיחול הפדיון על אחר הזמן לא מצינו דאינו נאמן כיון דהוי ממון שאין לו תובעין. ולא מסתבר דאינו נאמן אצל ב"ד וב"ד יכופו אותו לפדות. ואולי אין כונת הראב"ד בזה לגבי פדה"ב אלא לגבי שוכר ומשום שוכר כתב ואמרי פרענו. ולגבי פדיון כונתו דהבן טוען שמא פדאני אבי. ולפי"ז יקשה במה שהביא הגמ' ראיה מפדיון לשוכר. דגבי פדיון טוען שמא ובשוכר טוען ברי לפי"מ שנאמר דהרמב"ם מחלק בין טענת ברי לטענת שמא. אכן כבר כתב המ"מ בפ"ז מהל' שכירות דהרמב"ם אינו גורס בגמ' כגירסתנו ואין הראי' מפדיון אלא מייתי ברייתא דתניא גבי שוכר גופיה דבתוך הזמן אינו נאמן.

והנה לפי שנתבאר מדברי הראב"ד דיש חילוק בין שוכר ומשכיר לחוב דאפי' אביי ורבא דאמרי עביד אינש דפרע בגו זימניה מודו בשוכר אומר נתתי דאינו נאמן משום דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף. יש לומר דמסוגיא זו דשוכר אומר נתתי יש יסוד

להרמב"ם דלא קיי"ל כר"ל גבי לוה שטוען פרעתי דאי כר"ל דבכל חוב אינו נאמן לומר פרעתי בתוך הזמן למה בעו מיניה דר' ינאי בשוכר אומר נתתי. ולא מיבעו להו הך בעיא בכל חוב אם יכול לטעון פרעתי תוך זמנו, וגם לפי"מ דמסיק דהבעיא הוא על יומא דמישלם זמנו הוי מצי נמי למיבעי כן בכל חוב. וגם ר' יוחנן פושט האבעיא משכיר בזמנו נשבע ונוטל. וכיון שכתב הראב"ד דאביי ורבא נמי מודו בשוכר ומשכיר. א"כ באמת מוכח דדוקא בשוכר ומשכיר מיבעי להו ביומא דמישלם זמנו. אבל בכל חוב נאמן לטעון שפרע אפי' תוך הזמן.

איברא דאינו מיושב לגירסת הרמב"ם דגורס דהגמ' מייתי ברייתא דתניא גבי שוכר ומשכיר גופא דאינו נאמן לטעון שפרע תוך הזמן כמש"כ הכ"מ דתיקשי מהך ברייתא לר"ל דמדתניא גבי שוכר מוכח דבחוב נאמן. אכן יש לומר דזה תליא אם בשכירות ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף או אינה אלא לבסוף, דלמ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף יש לומר להיפוך דאיכא רבותא בשוכר יותר מבכל מלוה. דבמלוה כבר יש החוב ורק שקבע זמן על הפרעון. אבל בשכירות כיון שאכתי לא נתחייב כלל בשכירות יש לומר דיותר נאמן לומר שפרע אפי' תוך זמנו כיון שלפי טענתו עוד לא בא לכלל חיוב ופרע קודם שנתחייב השכירות. ואף דבסי' ע"ה סעיף ט' גבי אינו יודע אם פרעתיך דחייב. כתב הש"ך דאפי' ספק פרעון קודם להלואה כגון שהי' להלוה פקדון אצל המלוה ונאבד בפשיעה והמלוה טוען שלא הי' שוה נ' והלוה טוען דאפשר הי' שוה ק' דאינו נפטר הלוה מספק לא דמי לכאן דכבר כתב שם הקצוה"ח דבזה אפי' אם גם המלוה אינו יודע לא נפטר הלוה. דהוי כמו שטוען הלוה שמא יש לי בידך דודאי לא נפטר בזה. ועיין מה שחלק עליו הנתיבות ובודאי דברי הקצוה"ח נכונים דכיון דעכשיו רוצה הלוה לעשות זה לספק פרעון. וכיון דעפ"י דין פטור הנפקד ממה שאינו ברור שהי' שוה הפקדון אינו יכול מספק לעשות זה לפרעון. אבל הכא גבי שכירות למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף. כיון דלפי טענתו דלהדיא פרע קודם שנתחייב בהשכירות יותר יש לומר דנאמן, ולכן אשמעינן דגם בזה אינו נאמן בתוך זמנו.

ועכשיו מיושב דלא תיקשי לר"ל מהך ברייתא דבקדושין דף ס"ג מוקי ר"ל דמתני' ובריתא פליגי והברייתא סברה דאינה לשכירות אלא לבסוף, וא"כ יש לומר דהך ברייתא דשוכר אמר נתתי סברה נמי דאינה לשכירות אלא לבסוף ואשמעינן אפי' בשוכר דאינו נאמן, וכל זה אפשר לאוקמי הברייתא לר"ל אבל להלכה דקיי"ל כמתני' דקדושין והכי סבר שם ר"ל דישנה לשכירות מתחלה ועד סוף, א"כ השכירות שכבר נתחייב דמי לחוב ורק דאיכא סברא להיפוך וכמש"כ הראב"ד דאפי' אביי ורבא מודו בשוכר דאינו

נאמן, א"כ למה בעו מיניה מר' ינאי ביומא דמישלם זמנו בשוכר כיון דגם בלוה אינו נאמן בתוך זמנו, ומוכח דהך סוגיא לא סברא כר"ל אלא כאביי ורבא דגבי לוה שטוען פרעתי לא מהני החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ולכן לא שייך למיבעי ביומא דמישלם זמנו.

והנה לכאורה יש לנו עוד סתירה על יסוד שבארנו בדעת הרמב"ם דלגבי הלוה עצמו שטוען פרעתי לא מהני חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, דהא בפ"ג מהל' שכנים הל' ב' במה דתנן דסמך לו כותל אחר דחייב דהוא בחזקת שלא נתן. כתב הרמב"ם דנשבע חברו בנק"ח ונוטל כדין הנשבעין ונוטלין ובגמ' שם בעי לאוכוחי ממתני' דאין אדם פורע תוך זמנו. ודחי שאני התם דאמר מי יימר דמחייבי ליה רבנן ומזה הביא הטור שהרמ"ה חולק על הרמב"ם וסובר דנוטל בלא שבועה דהא מוכח בגמ' דהך סברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן עדיף מהא דאין אדם פורע תוך זמנו דמשני דאפי' לאביי ורבא אינו נאמן, וכיון דבתוך זמנו אינו נשבע כ"ש דכאן אינו נשבע. ובדעת הרמב"ם כתב הלח"מ שם דהגמ' מדמי זה לזה רק לענין נאמנות ולא לענין שבועה. ולא ביאר כלל בטעמא דמילתא. וכתבתי שם דהגמ' מעיקרא לא נחת לסברא דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו דר"ל אמר דאינו נאמן מטעם ולואי שיפרע בזמנו. והיינו דכיון דאינו עומד ליפרע תוך זמנו אינו נאמן בטענת פרעתי ונשאר החוב בחזקתו. ואביי ורבא פליגי וסברי דעביד דפרע, וע"ז אמר בגמ' דמי יימר דמחייבו לי רבנן ודאי מהני דאינו עומד ליפרע. אבל למסקנא אמר בגמ' דבתוך זמנו איכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. ובזה לא אמרינן דמי יימר דמחייבו לי רבנן הוי חזקה דלא פרע, דאפשר הוא ת"ח ויודע הדין רק דבסתמא אינו יודע והחוב עומד אצלנו בחזקתו ולכן גבי שבועה לא מהני, עכ"פ מוכח מכאן דאפי' הא דמי יימר דמחייבו לי רבנן מהני נגד טענת ברי שטוען שפרע א"כ כ"ש דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מהני דאין הלוה נאמן שפרע.

ונראה דלפי מה דמוכח מדברי הרמב"ם כאן נפרש דאביי ורבא פליגי בעיקר מילתא וסברי דא"צ שיהי' עומד ליפרע דלא מסתבר שיחלוקו במציאות, ומה דאמרי עביד אינש דפרע בגו זימניה אין הכונה דהוא שכיח ועומד ליפרע. אלא שזה אפשר ובזה סגי דנאמן לטעון פרעתי, ובהא דאמר בגמ' דגבי כותל איכא טעמא דמי יימר דמחייבו לי רבנן זהו מטעם אחר דכבר כתבתי שם בעיקר טעמו של הרמב"ם שמצריך כאן שבועה דהא לא מצינו שבועה בנוטל אלא כמו בנשבע על המשכון לגבות, או כמו המכיר כליו וספריו ביד אחר שמזה למדו הגאונים דין נשבע על המשכון דבכל זה מה שגובה הוא משום שמוחזק בהחפץ ובא לגבות מה שחייב לו, אבל הכא כיון דאינו נאמן לטעון פרעתי למה צריך לישבע דהא במוציא שטר על חבירו וטוען פרעתי א"צ לישבע אא"כ אמר

לו אישתבע דלא פרעתיך. וכתבתי דהבאור בזה דהתוס' כתבו שם דאיירי כגון דידעינן דקדים חד וארציה לחבריה והי' מסרהב. ומדסתם הרמב"ם מוכח דבסתמא כן הוא דכיון שאחד הביא אבנים ופועלים ועשה כותל הרי הכותל בחזקתו. ורק דכיון דסמך לו כותל אחר וכבר כתב שם המ"מ שהוא קונה הכותל אפי' אם בעל הכותל לא ירצה להקנות לו. דעל אופן זה בנה וכבר קנה ע"י הכותל שלמטה מד"א שהוא של שניהם שאם ירצה לשלם לו יהי' הכותל גם שלו. והוי סבר הגמ' דכיון דסמך לו כותל אחר וכבר נתחייב לשלם כבר נעשה הכותל שלו. ואנו דנין רק מתשלומין והוא טוען שכבר פרע. וע"ז אמר הגמ' דכיון דאיכא סברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן אין הוכחה שכבר נתרצה לשלם וממילא עוד לא קנה הכותל והוא עומד בחזקת מי שבנה הכותל. אלא דעכשיו בשעת הד"ת שאנו מחייבין אותו ודאי כבר נעשה הכותל שלו והוא חייב לשלם לו דמים. ולכן מה שאינו נאמן לטעון פרעתי הוא משום שהכותל עומד בחזקת בעל הכותל. ונמצא דבא עכשיו לתבוע ממון ע"י דין מוחזק. דכיון שהוא מוחזק בהכותל לכן נאמן לתבוע דמי הכותל ולומר שעוד לא פרע. ולכן שפיר הצריך הרמב"ם שבועה דהוי כמו כל גובה שנוטל מדין מוחזק.

ולפי"ז עוד יותר מוסבר דהרמב"ם ע"כ סובר דמה שאינו נאמן לטעון פרעתי אינו משום דבעצם אינו נאמן על טענת הפרעון, דא"כ לא הי' שייך כאן שבועה. אלא שאינו נאמן משום שבעל הכותל הוא מוחזק. ולכן שפיר שמצריכו שבועה וכיון דליכא חזקה שלא פרע דאפשר יודע הדין. לכן לא דמי לתוך זמנו דאיכא חזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו דרק בזה ליכא שבועה.

הלכה ג

הוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען ואומר שטר מזויף הוא ומעולם לא כתבתי שטר זה, או שטען שחוב זה רבית הוא או אבק רבית, או שטען שהוא שטר אמנה או שאמר כתבתי ללות ולא לויתי. כללו של דבר טוען טענה שאם הודה בעל השטר היה השטר בטל, והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה שקר טוען, ואמר הלוה ישבע לי ויטול, ה"ז מחלוקת בין הגאונים יש מי שהורה שחייב בעל השטר להשבע כעין של תורה כמו שטען עליו שפרעו ורבותי הורו שלא ישבע הלוה אלא אם טען עליו הלוה שפרעו בלבד שהרי הודה ולפרעון הוא עומד, אבל כל אלו הטענות לא כל הימנו לבטל שטר מקויים, אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה במה שירצה שאם יודה יחזיר לו, ואם כפר ישבע היסת ולזה דעתי נוטה.

השגת הראב"ד. הוציא עליו שטר מקוים עד זה מחלוקת בין הגאונים יש מי שהורה

וכו' ורבותי הורו עד ולזה דעתי נוטה. א"א הרב ז"ל כתב זה בתשובה והיתה השאלה שטען הלוה העלאה לזמן ואפשר שלא אמר הרב ז"ל אלא על אותה הטענה בלבד לפי שבני אדם מתפרצין בזה וסומכים על מה שראו דמר אמר טרשא שרי ומר אמר טרשא דידי ודאי שרי. אבל על שאר הטענות לא אמר הרב, ויש דמות ראיה לזה כי הפוגמת כתובתה נשבעת והפוחתת נוטלת בלא שבועה לפי שהשטר מצוי יותר בפרעון עכ"ל.

הראב"ד כתב על דעת מי שסובר שצריך לישבע גם על שאר הטענות שזה כתב הרב בתשובה וכונתו על הרי"ף וע"ז כתב שהרי"ף לא אמר אלא כשהעלה על השטר שלא כדין באופן דהוי אבק רבית, ואמנם בתשובות הרי"ף הישנות סי' קל"ו מבואר כן וז"ל שאלה ראובן הוציא על שמעון שטר בעשרה זהובים אמר לו שמעון שאלו העשרה זהובים לא היו עיקרן כ"א חמשה ליטרין של משי שנתת לי והי' כל ליטרא שוה זהוב וחצי וכיון שהייתי מוצרך נטלתי אותן בעשרה, תשובה, זה ששאלת עליו זהו אבק רבית ואינה יוצאה בדיינין לא מן מלוה ללוה ולא מן הלוה למלוה, וכיון שהמלוה לא גבה השטר והלוה אומר לא נתן לי כל השטר, רואין את הלוה כאילו אמר למלוה פגמת את שטרך ובעל דין כופר שישבע שלא פגמו וגובה על פי מה שאמר רב פפא האי מאן דמפיק שטרא אחבריה ואמר ליה פריעא הוא לאו כל כמיניה וכו' עכ"ל, ולשון הרי"ף כאן אינו מדוקדק במ"ש שישבע שלא פגמו דהא רב פפא אמר דוקא באומר הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך וכן מבואר שם בסוגיא.

אכן מצאתי בתשובות הרי"ף החדשות שנדפס בשנת תרצ"ה שהו"ל הרב זאב ביעדנאוויץ שי' מכתב יד הנמצא בנויארק בסי' ק"ל בסוף התשובה אחרי תיבות לאו כל כמיניה וכו' כתב שם וז"ל ואי אמר ליה אישתבע לי אמרינן ליה אישתבע ליה, דהני מילי בדאמר פרוע הוא דשטר לפריעה קאי. אבל אי טעין ואמר אמנה הוא רבית יש בו לאו כמיניה. ואי אמר ליה אישתבע לי לא משביעין ליה עכ"ל ומבואר דהרי"ף בעצמו אינו סובר כן וכתב רק מה דהי' אפשר לדמות להא דר"פ. ומוכרח דהראב"ד הי' לפניו רק תחלת התשובה כמו שהובאה בת' הישנות. אבל באמת הרי"ף בעצמו ג"כ סובר כהרמב"ם. וכן מבואר בהר"י מיגש בחדושיו בשבועות. וזהו מש"כ הרמב"ם ורבותי הורו.

והנה הטור בסי' פ"ב אחרי שהביא ד' הרמב"ם אלו כתב וז"ל ואם טוען הלוה מחלת לי השטר כתב בעל העיטור שהוא כמו טענת אמנה ורבית. אבל הרמב"ן כתב דלא חשיב כמו אמנה ורבית דהנך באין לעקור את השטר לפיכך אין שומעין לו אפי' אם אין בו נאמנות. אבל מחילה אין עוקר השטר וחשיב כמו פרעון. ומבואר טעם הפלוגתא של בעל

העיטור ורמב"ן דבעה"ע סובר דדוקא בטענת פרעון שהרי הוא עומד לפרעון ולמחילה אינו עומד. והרמב"ן סובר דדוקא בטענת אמנה ורבית אינו מחייב שבועה מפני שעוקר את השטר. ובד' הרמב"ם הרי מבואר כד' הבעה"ע שכתב שהרי הודה בשטר ולפרעון הוא עומד. ולפנינו בד' הרי"ף בתשובות החדשות מבואר כדעת הרמב"ם שכ' דהני מילי בדאמר פריעא הוא דשטר לפריעה קאי.

הלכה ו

הוציא עליו שטר מקויים ואומר הלוה מזויף הוא ומעולם לא כתבתיו או שטר אמנה הוא ואמר המלוה כן הדברים אבל שטר כשר היה לי ואבד אע"פ שהמלוה הוא ששבר את שטרו ואילו רצה אמר אינו מזויף שהרי נתקיים בב"ד אינו גובה בו כלום אלא נשבע הלוה היסת ונפטר שהרי זה השטר כחרס הוא חשוב.

כתב המ"מ ופירשו רבינו במקויים וכו' אבל דעת הרמב"ן והרשב"א הוא ששטר זה בשעה שהודה המלוה שמזוייף הוא לא היה מקויים וכו' אבל אם קיימו ואחר מכן הודה נאמן מדין מיגו עכ"ל. והכ"מ הביא דברי המ"מ במה שהביא מד' הרמב"ן והרשב"א וכתב ע"ז ואני אומר שאין נראה כן מפשט ד' רבינו. ודבריו תמוהים שהרי כתב המ"מ בפירוש ופירשו רבינו במקויים, אח"כ ראיתי בד' המל"מ בהל' א' שכתב ומ"ש בכ"מ ואני אומר שאין נראה כן מפשט ד' רבינו. גם ה"ה כתב אבל דעת הרמב"ן כו' להודיע שאין כן דעת רבינו. והמדפיסים הכניסו ד' המל"מ שלא במקומם. ולפלא שלא הזכיר מה שכתב המ"מ ופירשו רבינו במקויים. וכן בפט"ו מה' טוען ונטען הל' ט' כתב המ"מ ושניהם פירש אותם רבינו בששטר זה הוא מקויים ויש מפרשים שעדיין אין השטר מקויים ובקרקע נזקקין לו לקיימו.

והנה בד' המ"מ מבואר דהרמב"ן חולק על הרמב"ם בתרתי א' דמיירי דווקא בשטר שאינו מקויים, אבל בשטר מקויים גם רב יוסף מודה דנאמן במיגו וזהו משום דסובר דאמרינן מיגו להוציא כמו שהאריך שם בקדושין בהך סוגיא. עוד חולק על הרמב"ם בזה שכתב הך דינא בשטר מקויים בין כאן גבי שטר חוב בין בשטר מכירה דקיי"ל הלכתא כוותי' דרבה בארעא דנאמן ופסק כן בפט"ו מהל' טוען שכתב ג"כ בשטר מקויים. ומוכח דבשטר שאינו מקויים לא מהני המיגו אף שהוא להחזיק. והרמב"ן מפרש דמיירי בשטר שאינו מקויים ובקרקע מקיימין השטר כדי שיהיה נאמן במיגו. והנה בטעם מחלוקתם בשטר מקויים אי נאמן בשטר חוב הוא פשוט דהרמב"ם סובר דלא אמרינן מיגו להוציא. והתוס' בריש ב"מ כתבו דכאן הוא מיגו דאי בעי שתיק ומהני אפי' להוציא ולרב יוסף כתבו משום שהוצרך לשקר תחלה. אבל בדעת הרמב"ם הביא בכסף נבחר דסובר דהוא

מטעם מיגו להוציא כמו שכתב בפיהמ"ש פ"י דשביעית משנה ה' בהך דינא וז"ל שאין לנו לומר מיגו אלא לפטור האדם מחוב לא שיגבה אחרים בטענתו וזה עיקר אמת עכ"ל.

ובטעם מחלוקתם בשטר שאינו מקויים דסובר הרמב"ם דאפי' בקרקע דהוא להחזיק לא מהני נראה דסובר דזה הא ודאי דאם יטעון שטר הי' לי ואבד ויעשה בפני ב"ד שטר מזוייף מכוון שאפשר לקיימו דאינו נאמן משום זה בטענת שטר הי' לי ואבד דזה אינו מיגו מה שיכול לזייף. דלא מצינו מיגו אלא בטענה שיכול לטעון ולא במה שיכול לזייף. ולכן יש חילוק דאם הביא שטר מקויים וטען הא שטרא אף שהמערער אומר שטרא זייפא הוא מ"מ אינו צריך אלא לעמוד בטענתו וכבר יש על השטר דין שטר. אבל כשהשטר אינו מקויים עוד אין על השטר דין שטר. ומה שהי' יכול להביא עדים ולקיימו זהו כמו שהראה עכשיו בב"ד שהוא יכול עתה לזייף שטר. שלהביא עדים לקיים בשקר אינו טענה אלא כמו זיוף מחדש דלא הוי מיגו של טענה טובה.

איברא שהי' אפשר לומר בטעמו של הרמב"ם כמש"כ הרמב"ן לשיטתו במה שחולקין רבה ורב יוסף דטעמא דרב יוסף שאין ב"ד נזקקין לקיימו דחספא בעלמא הוא ואין ב"ד נזקקין לקיים החרס כדי שיהי' לו מיגו וא"כ יש לומר דהרמב"ם סובר דהך סברא קיימת בין לרבה בין לרב יוסף ולכן דוקא בשטר מקויים, ומ"מ נראה יותר כמש"כ דהך סברא שכתב הרמב"ן לרב יוסף אינם ברורה כ"כ שנאמר כן להלכה בין בשט"ח בין בקרקע דאי מעיקר הדין הוי מיגו אם הי' אפשר לקיימו למה לא יבררו ב"ד אם היה לו מיגו או לא.

הלכה י

הוציא עליו שטר חוב בעד אחד ולוה טען פרעתי הרי זה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, טען ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה"ז נשבע שאפי' היו בשטר שני עדים ואמר ישבע לי שלא פרעתיו ה"ז נשבע כמו שבארנו.

המ"מ תמה על שיטת הרמב"ם דהוי משואיל"מ דאף דסובר דשטר בעד אחד הוי שטר וזוקק לשבועה מ"מ לענין טענת פרעתי לא עדיף מכתב ידו של המלוה שפסק בפ' י"א הל' ג' דהוי כמלוה ע"פ ואם טען פרעתי נאמן וטעמא דמשום שאינו גובה ממשועבדים לא חשש להניחו בידו א"כ גם בשטר בע"א אינו גובה ממשועבדים.

והנה בפ' י"א הל' א' כתבתי במה שכתב שם הרמב"ם אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרעו בעדים לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותן ונותנין למלוה שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר. וקשה דלמה הוצרך לטעם שאין כותבין העדים שלא יעשו ממלוה ע"פ עדות בשטר בשביל זה שלא יוכל הלוה

לטעון פרעתי דבזה אם יאמרו להלוה שכתבו השטר הא אין לו היזק מזה שלא ישלם החוב עד שיחזיר לו המלוה השטר דהא בלא זה אין רשאין לעשות שטר שלא יגבה מן המשועבדים ויהי' זילי נכסיה. ובארתי שם דזה ודאי דמן המשועבדים לא יגבה בשטר כזה שלא כתבו בשטר ואמר לנא כתבו וחתמו והבו ליה ורק דלענין שלא יוכל לטעון פרעתי היה אפשר שיועיל שטר כזה. אלא דקשה דכיון שאינו גובה ממשועבדים בשטר כזה א"כ הוי כמו כתב ידו דיכול לטעון פרעתי. ובארתי שם בשיטת הרמב"ם דאינו סובר כהרמב"ן שכתב דטעמא דנאמן על כתב ידו לטעון פרעתי משום שאינו גובה מן המשועבדים והוכחתי מדברי רב פפא דאמר האי מאן דמפיק שטרא אחבריה ואמר ליה אידך פריעא דלא לאו כל כמיניה דקשה מה השמיענו ר"פ בזה דהא מתני' היא המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים. ואם הי' יכול לטעון פרעתי איך גובה ממשועבדים. ובארתי שזהו ראיית הבעה"מ שהוכיח מדברי ר"פ דלא כהרי"ף. אכן הרמב"ן הוכיח ממתני' מדשנאן בלשון אחד דין כתב ידו ודין המלוה בפני עדים שזהו כעין ראיה להרי"ף דנאמן על כתב יד לטעון פרעתי כמו במלוה בפני עדים. אבל עכ"פ מדברי ר"פ מוכח דלאו דוקא בשטר שגובה מן המשועבדים. ואפי' אם כתוב בשטר מפורש שלא יגבה אלא מבני חורין מ"מ אינו נאמן לומר פרעתי.

ולפי"ז כבר מיושב מה שתמה כאן המ"מ דהרמב"ם לשיטתו דסובר דאפי' בשטר שאינו גובה מן המשועבדים אינו נאמן לומר פרעתי. דמשום זה כתב דאין לעדים לכתוב ולחתום שטר וליתנו ביד המלוה שלא יעשו ממלוה ע"פ מלוה בשטר דמוכח דאף בשטר שאינו גובה ממשועבדים אינו נאמן לומר פרעתי. א"כ שפיר גם בשטר בע"א אף שאינו גובה ממשועבדים מ"מ אינו נאמן לומר פרעתי.

אכן צריך ביאור בטעמא דמילתא אם אין החילוק משום שאינו גובה מן המשועבדים למה חלוק באמת כתב ידו משטר בעדים דבכת"י נאמן לומר פרעתי. איברא דגם טעמו של הרמב"ן אינו מוסבר דמה בכך שאינו גובה בו ממשועבדים אטו בשביל זה יפרע לו הלוה ויניח בידו כת"י שלו שיוכל לגבות ממנו מבנ"ח פעם שנית. והמ"מ כאן כתב דכיון דאינו גובה אלא מבנ"ח לא חשש להניחו בידו דהא אי בעי יהיב ומזבן להו לכולהו נכסי ולא טריף מידי, וזה אינו מוסבר כלל דאטו ישאר גברא ערטילאי בלא בגדים ובלא כלים וחפצים בבית דהא מלוה ע"פ גובין אפי' מגלימא דעל כתפיה, וראיתי שהב"ח בטחו"מ סי' ס"ט ס"ק ז' עמד בזה דלמה אינו מקפיד שמא יחזור ויגבה ממנו פעם שני, וכתב ע"ז וי"ל כיון דנאמן בשבועת היסת לומר פרעתי שוב אינו חושש להניח בידו, ודבריו תמוהים דא"כ מלוה בשטר נמי ועל זה אנו דנין דמאי נ"מ בין מלוה בשטר לכתב ידו.

והנה בפי"א הל' א' לפי"מ שבארתי שהרמב"ם אינו סובר דטעמא דנאמן לומר פרעתי בכת"י משום דאינו גובה ממשועבדים כתבתי דיש לומר בסברא דכתב ידו אפשר שכותב לזכרון, אבל כשכותב לו שטר בעדים גלי בדעתו שרוצה ליתן לו זכות יותר מהודאה בכתב, ואף שכתב שלא יגבה מן המשועבדים שאינו רוצה שיהיו זילי נכסיה, מ"מ מן היורשין רוצה שיגבה, ובזה מוכח שאינו נאמן לטעון פרעתי גם על שטר כזה, דאם יוכל לטעון פרעתי הא לא יגבה גם מן היורשין שנטעון להם פרוע, אכן מד' הרמב"ם כאן דסובר דגם בשטר בעד אחד ג"כ אינו נאמן לומר פרעתי מוכח דלא כמש"כ דהא בשטר בעד אחד לא יגבה מן היורשין דע"א אינו מחייב אלא שבועה, ומן היורשין הא אין גובין בשביל זה שאין יכולין לישבע.

וראיתי בתשובת הרא"ש כלל ס"ז סי' א' הביאו הב"י שכתב שיטתו של הרי"ף דבכתב ידו נאמן לומר פרעתי. וכתב בטעמא משום שאינו גובה ממשועבדים, ובסי' ב' כתב ג"כ שיטתו של הרי"ף וכתב טעם אחר וז"ל ולא מצי היאך למימר כתב ידך בידי מאי בעי לפי שאין אדם נזכר כ"כ אם נתן כתב ידו לחבירו כמו שהי' נזכר אם מסר שטר לידו כי שטר נעשה בעדים ואית ליה קלא וזוכר מזה אבל אינו זוכר כ"כ אם מסר לו כתב ידו עכ"ל, ולפי דברי הרא"ש מיושב גם שיטת הרמב"ם כאן דיש לומר דגם בשטר בעד אחד זוכר דאף דאינו מוכח דע"א מוציא הקול כיון שלא יגבו ממשועבדים, מ"מ יש לומר דנזכר יותר כשעשה שטר בע"א מכתב ידו ובכ"ז הוא דחוק.

והנראה בזה לפימש"כ בפי"א הל' א' לבאר דעת הרמב"ם בפכ"ד הל' א' במה דסובר דגבי כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו אינו צריך שיהי' שטר שיש בו קנין והביא שם המ"מ דרש"י והרמב"ן והרשב"א כתבו דגם בשטר מכר צריך שיש בו קנין, וכתב ע"ז המ"מ דבאמת אין טעם ברור לחלק בין מכר להלואה בדין זה. וכתבתי שם ע"פ הגמ' דב"מ דף י"ט דיש לנו שני דרכים או שנאמר דכותבין שט"ח ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ואז לא היה המלוה יכול לגבות חובו מהלקוחות אא"כ יביא ראיה מתי בא השטר לידו או דנימא שאין כותבין אלא בשטרי אקנייתא ואז יוכל המלוה לגבות חובו בלא ראיה, ולכן זהו דעת הרמב"ם לחלק בין שטר חוב לשטר מכר דשט"ח שעיקרו לגבות חובו מן הלקוחות לכן אין זו תקנה שלא יוכל לגבות חובו בלא ראיה, אבל שטר מכר דאין עיקרו אלא לקנין ולראיה על מכירת השדה כותבין אף בשטר שאין בו קנין וכשיבוא הלוקח לגבות מלקוחות מאוחרים ממנו כשיטרפו ממנו השדה יצטרך להביא ראיה מתי בא השטר לידו.

ולפי"ז נוכל לבאר כן גם בהך דינא אם נאמן לומר פרעתי על כתב ידו דבאמת גם בשטר

בעדים היה לנו שני דרכים דהיה אפשר שיהי' נאמן לומר פרעתי אף שיש השטר ביד המלוה וממילא יוכל הלוה לשלם לו ולהניח בידו השטר ולא יהי' ראיה דשטרך בידי מאי בעי, ואפשר שלא יהי' נאמן לומר פרעתי כשיהי' השטר ביד המלוה, וממילא יש כבר גם ראיה דשטרך בידי מאי בעי, אלא דאם היינו אומרים כאופן הא' לא היה אפשר לגבות בשטר ממשועבדים וממילא ע"כ אמרינן כאופן הב' ונמצא דמעיקר דינא הראיה דשטרך בידי מאי בעי אינה מוכרחת שלא יהי' נאמן לומר פרעתי נגד השטר, דהא אם היינו אומרים דנאמן ממילא ליכא ראיה וע"כ דבעיקר כך הוא תק"ח אלא דממילא יש לנו ראיה דשטרך בידי מאי בעי והוי מדינא.

ועכשיו נוכל לבאר החילוק בין שטר לכתב ידו דבעיקר דין הא גם בשטר בעדים הי' אפשר שיהי' נאמן לומר פרעתי, וכיון דתנן המלוה חברו בשטר גובה מנכסים משועבדים ע"כ דאינו נאמן לומר פרעתי וממתני' לא שמעינן אלא היכי דגובה ממשועבדים, וחידש לנו רב פפא דמאן דמפיק שטרא אחבריה וטען אידך פרוע הוא לאו כל כמיניה, לומר דתק"ח דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי הוא בכל שטרות, וזה מוכח גם מראיית הרשב"א שחולק על הרי"ף והוכיח משטר פקדון דמוכח בב"ב דף ע' דאי לאו מיגו דנאנסו לא הי' נאמן לומר החזרתי אף דאינו גובה ממשועבדים דטענינן להו נאנסו, וכבר כתבתי דראייתו אינו אלא לדעת הרמב"ן דטעמא של הרי"ף בכתב ידו הוא משום דאינו גובה ממשועבדים, אבל מר"פ מוכח דגם היכי דאינו גובה ממשועבדים אינו נאמן לומר פרעתי, וזה דוקא בשטר, אבל בכתב ידו כבר כתב הרמב"ן דמדתנן במתני' דין כתב ידו כמו דין המלוה בעדים משמע דחד דינא להו, ויש לבאר זה דכיון דמה דאינו יכול לומר פרעתי בשטר בעדים התחלת הדין הוא, שכן תקנו חכמים כדי שיוכל לגבות ממשועבדים, אלא דר"פ חידש דהתקנה כבר הי' על כל שטר, וע"ז הוכיח הרמב"ן מלשון משנתנו דכתב ידו אין לו שם שטר דמדתנן כתב ידו בהדי מלוה בעדים מוכח דחד דינא להו ולא תיקנו חכמים בכתב ידו שלא יהי' נאמן לומר פרעתי, וממילא ליכא ראיה דשטרך בידי מאי בעי דאינו חושש להניחו בידו, ומיושב דכיון דסובר הרמב"ם דשטר בעד א' ג"כ יש לו דין שטר ממילא הוא ככל דין שטר דאינו נאמן לומר פרעתי.

הלכה יג

מי שהיה לו חוב על חבירו בשטר ואבד השטר והרי העדים קיימין אע"פ שקנו מידו וטען שפרע ה"ז נשבע היסת, והורו רבותי שאפילו היה החוב לזמן ועדין לא הגיע זמנו להפרע הואיל וכתבו לו השטר ואין בידו שטר והלוה טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת שפרעו שאנו חוששין שמא פרעו לפיכך קרע השטר או שרפו.

השגת הראב"ד מי שהיה לו וכו' עד ולפיכך וכו' א"א אין דין זה מחוור ומלובן דבשבועה מיהא יטול.

המ"מ כתב וז"ל ואני אומר מחוור ומלובן הוא דאם איתא דאפי' באבד כל תוך זמנו לא חיישינן לפריעה מה טעם לא מהדרינן ליה כשנפל דאמרינן בהדיא בפ"ק דב"מ דאפי' כתוב בו ביום לא מהדרינן אלא ודאי כל דנפל איתרע ליה וכ"ש אבד דאיתרע ליה ורגלים לדבר, והנה ראיית המ"מ מכתוב בו זמנו בו ביום תלוי בהשיטות אם תוך שלשים נקרא תוך זמנו, והתוס' כתבו דדוקא קובע זמן, אבל תוך שלשים לא נקרא תוך זמנו, וכן פסק הטור והמחבר בחו"מ סי' ע"ח סעיף ח' מד' התוס' והרא"ש ושאר ראשונים, ובר"נ בהלכות בכתובות דף כ' בהא דכותב אדם עדותו על השטר כתב שהוא מחלוקת הגאונים, ומוכח מד' המ"מ דסובר כדעת הסוברים דהוי תוך זמנו, אבל על הראב"ד אין להקשות דיכול לסבור דלא הוי תוך זמנו. איברא דהגר"א בסי' ע"ח ובסי' שי"ז כתב בדעת הרמב"ם דסובר דתוך שלשים הוי תוך זמנו, והוכיח ממה שכתב דשוכר אינו נאמן לומר נתתי שכר הבית כל ל' יום, וכיון שהראב"ד לא השיג שם משמע דגם הראב"ד סובר כן, ויקשה עליו ראייתו של המ"מ, אבל לפימש"כ למעלה בהל' א' אין ראיה משוכר דאף דכתב הרמב"ם דכל ל' יום אינו נאמן זהו משום דסתם שכירות ל' יום, וכיון דשכירות אינו משתלמת אלא לבסוף אכתי לא הגיע זמן החיוב לפרוע ובודאי הוי תוך זמנו, ולמעלה כתבתי דעוד עדיף מתוך זמנו לפימש"כ בדעת הרמב"ם דלא מהני חזקה דתוך זמנו אלא גבי יתומים ולא גבי הלוה כשטוען ברי, אבל שוכר אינו נאמן אפי' כשטוען ברי, עכ"פ אין ראי' משוכר ללוה דבלא קבע זמן אין הוכחה שהי' באמת צריך להלואה על ל' יום ומשו"ה עביד דפרע בתוך ל' יום, ומה שכתב הראב"ד ובשבועה מיהא יטול נבאר בסוף דברינו בהשגה ב'.

שם **וכן הורו רבותי שאפי' היה השטר יוצא מתחת ידי אחר והלוה טוען ממני נפל אחר שפרעתי אע"פ שהוא בתוך זמנו נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלוה אין שם חזקה.**

השגת הראב"ד. וכן הורו רבותי וכו' עד אין שם חזקה. א"א ואף זה לא נהיר ולא בהיר ולא צהיר עכ"ל.

המ"מ כתב וז"ל ואני אומר שהדין דין אמת וכולה סוגיא דפ"ק דמציעא והמשניות מוכיחות דאפי' תוך זמנו אם נפל אין מחזירין אותו לא למלוה ולא ללוה, ואפי' היה מודה אין מחזירין כמו שנתבאר פי"ח מהל' גזו"א, כ"ש כאן שהלוה טוען פרעתי שאין מלוה נאמן, ואין להתעקש ולומר דדין נפילה אינו בתוך זמן שראיות מוכיחות יש בגמ'

דאפי' בתוך זמן הוא עכ"ל.

והנה מה שכתב המ"מ שראיות מוכיחות יש בגמ' דאפי' בתוך זמן, לא ביאר הראיות ובהשגה הא' הביא מכתוב בו זמנו בו ביום וכאן משמע שבא להוסיף, והנה לכאורה כונתו ממצא שטר כתובה בדף ז', אכן ר"פ שם אמר דטעמא דרבנן משום דחיישינן לצררי וזה לא מצינו בשטר אך הרמב"ן במלחמות בדף י"ז הביא שרב שרירא גאון כתב בהא דמצא שטר כתובה וז"ל ואליבא דרבינא הלכה כר' יוסי דחייש לפרעון, והוכיח משם דאין גובין אם היה לה כתובה ואבדה, והנה התוס' שם ד"ה הטוען כתבו דבתוספת נאמן לומר פרעתי ואין ראיה מדתני לעיל מצא כתובה לא יחזיר ומשמע דלא יחזיר משום תוספת שהיה נאמן לומר פרעתי דלגבי מנה ומאתים נמי מפסיד דהא נאמן לומר פרעתי מנה מיגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך או אם אין לה עדי קדושין נאמן לומר פרעתי הכל במגו דאי בעי אמר אין את אשתי, והקשה בזה הגרעק"א במערכה י"ג וז"ל ולא זכיתי להבין דבריהם דסוף סוף עתה דהכתובה בפנינו וידעינן שהיא אשתו ונשאה בתולה, ואנן מחזקינן דאינה פרוע ובדינא תובעת ממנו למה יכבוש ממנה מליתן בידה עדות האמת וליתן אצבע בין שיניו שיהיה בידו לכפור בשקר ולהאמינו במיגו וד' יאיר עיני עכ"ל.

ונראה דהתוס' מחלקים בין גבייה לחזרת השטר מהמוצא להאשה דאף דהיכי שבאה לד"ת עם הבעל אמרינן דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום ואינו נאמן לומר פרעתי מ"מ לגבי דין חזרת השטר ע"י מוצא האבדה יש להמוצא לחוש לפרעון שהמוצא צריך לידע ודאי שהשטר כתובה שלה, והתוס' כתבו רק לבאר דמה נ"מ אם לא יחזירו לה הכתובה כיון שגם אם אין הכתובה בידה אינו נאמן לומר פרעתי ועל זה כתבו הנ"מ, אבל אם באו עכשיו הבעל והאשה לדין ודאי שיכולה לגבות, ולפי ד' התוס' אין מהברייתא דמצא כתובה ראיה להרמב"ם אבל לרב שרירא גאון שמוכיח מהברייתא גם לדין גוביינא, אפשר לכאורה להביא מהא דמצא כתובה ראיה גם על תוך זמנו, והרמב"ם סובר כרב שרירא גאון בדין הטוען אחר מעשה ב"ד דהוא דוקא במקום שאין כותבין כתובה, אבל באמת א"א להביא מהא דמצא כתובה ראיה על תוך זמנו דהא ר"פ מפרש משום צררי, ורבינא מפרש טעמא דר' יוסי משום דחיישינן לשתי כתובות, אבל לפרעון לדברי הכל לא חיישינן בעודה תחת בעלה.

אמנם בלשון רב שרירא גאון קשה שכתב אשה שאבדה כתובתה ונתארמלה או נתגרשה דמשמע דאף שאבדה קודם אינה גובה, אבל א"א לומר כן דהא מבואר להדיא בסוגיא דבעודה תחת בעלה לא חיישינן לפרעון, ורש"ג כתב משום דחיישינן

לפרעון, ומשום טעמא דחיישינן לשתי כתובות ודאי לא שייך אלא על המוצא שלא יחזיר הכתובה לאשה. ומוכרחין אנו לפרש דבריו שהאשה נתארמלה או נתגרשה ואין לה הכתובה בשביל שאבדה אבל החשש פרעון הוא על הבעל אחר שנתגרשה או על היורשין, ועכ"פ על תוך זמנו אין שום ראיה ממצא כתובה, ואף דגם סתירה אין משם דודאי יש חילוק מתוך זמנו לעודה תחת בעלה דליכא אכתי חיוב כלל, אבל ראיה בודאי ליכא, ומה שכתב המ"מ מקודם דכולה סוגיא והמשניות מוכיחות דאפי' תוך זמן אם נפל אין מחזירין אינו מובן לאיזה משנה כוונתו וצ"ל משום דמתני' דמצא שטרי חוב סתמא תנן והוא אפי' בתוך זמן, וזהו שכתב אח"כ ואין להתעקש ולומר וכו' אבל ראייתו חוץ מהא דכתיב זמנו בו ביום אינו מבואר, ואולי כונתו להוכיח מהא דמייתי רב עמרם מכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר דלא חיישינן לפרעון, ודחי ר' זירא דמתני' בשטרי חלטאתא ואדרכתא ומוכח דבסתם פסק בי"ד שאמרו לו צא תן לו לא יחזיר שמא פרע אף שהוא בתוך ל' יום דיש לו רשות להמתין דזמן ב"ד ל' יום, אך גם זה תלוי בדין סתם הלואה דאם סתם הלואה לא הוי תוך זמנו כל ל' יום מבואר בסי' ע"ח דאף דזמנה הוא ל' יום רק דלא מוכח שרצה דוקא ללות על ל' יום, וא"כ גם בפסק ב"ד כן דאף דזמן ב"ד ל' יום אבל אינו מוכח שהיה צריך להמעות וכיון שנתחייב לשלם אפשר שילם קודם זמנו.

והנה עוד יש להביא ראיה מהא דפריך רבא שם בדף ט"ז אתירוצא דר' אבהו כגון שהוחזק כפרן, ומשום שהוחזק כפרן חדא זימנא תו לא פרע כלל, וכתבו התוס' ואע"ג דאמרינן לקמן הוחזק כפרן לאותו ממון הכא דנפל שאני דמוכח מילתא דמשו"ה לא היה נזהר לשומרו לפי שפרע הלוה. והרשב"א בש"מ הוסיף ע"ז וכתב דדמי לתוך זמנו דאינו פורע. ומבואר דפשוט להרשב"א דאיתרע בנפילה מרע לחזקת תוך זמנו. ובודאי יש לומר דגם לזה כונת המ"מ שתמיד הוא סומך על דברי הרשב"א וכונתו להוכיח על תוך זמנו מהוחזק כפרן כמו שהרשב"א הוכיח על הוחזק כפרן מתוך זמנו. ובדעת הראב"ד צ"ל דסובר דהוחזק כפרן לא דמי לתוך זמנו, דהוחזק כפרן אף דצ"ל דמלבד דאינו נאמן בטענתו אינו עשוי לפרוע שלא בעדים דאי לא"ה איך גובין ממנו ב"ד דעכ"פ שמא פרע וכמו שטוענין ליתומים ולקוחות. מ"מ יש לומר דלא מהני הא דהוחזק כפרן אלא דלא עביד דפרע בלא עדים כיון שהוחזק כפרן ולא יהי' נאמן בטענתו. אבל מ"מ אפשר דפורע דהוא האמין להמלוה שלא יתבע ממנו פעם שנית. וכדאמרינן בריש המפקיד דלוה מאמין למלוה ולכן מהני על זה הא דנפל איתרע לומר דאפשר פרע. אבל תוך זמנו דאיכא חזקה דבעיקר הפרעון אינו פורע תוך זמנו בזה סובר דגם נפל איתרע לא מהני.

עכשיו נבאר מה שכתב הראב"ד בהשגה א' ובשבועה מיהא יטול שדבריו צריכין באור

דממ"נ אם סובר דמהני הא דנפל איתרע גם בתוך זמנו. א"כ גם בשבועה לא יטול ואי לא מהני א"כ למה צריך שבועה ואיזה שבועה יש כאן. ובעיקר דהא גם בבא ליפרע מן היתומים דצריך שבועה בבא ליפרע תוך זמנו א"צ שבועה דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. ונראה בזה עפ"מ שבארתי ד' הרמב"ם בפ"ג מהל' שכנים הל' ב' במה שפסק הרמב"ם דאם טוען על למעלה מד' אמות שפרע דאינו נאמן וחייב לשלם כתב הרמב"ם דצריך לישבע בנק"ח שהקשו דהא מוכח בגמ' דסברא דמי יימר דמחייבו לי רבנן עדיף מאין אדם פורע תוך זמנו. וכיון דבתוך זמנו אינו צריך לישבע כ"ש במי יימר דמחייבו לי רבנן וכתבתי דמתחלה לא אמר ר"ל דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אלא דלא עביד דפרע. והיינו דמה דנאמן בטענת פרעון הוא משום דחוב עומד ליפרע. ובזה אמר הגמ' דמי יימר דמחייבו לי רבנן גם אביי ורבא מודו. אבל למסקנא חידש הגמ' דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. ובמי יימר דמחייבו לי רבנן ליכא חזקה גמורה דאפשר הוא ת"ח או ששמע מת"ח דודאי יהיה צריך לשלם וליכא אלא סברא דע"פ רוב אינו עומד לפרעון ונשאר החוב בחזקתו.

ולפי"ז נאמר כן גם כאן דהראב"ד סובר דהך ריעותא דנפל איתרע מרע לה לחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ומ"מ נשאר החוב שאינו עומד לפרעון בתוך זמנו ולכן צריך שבועה דליכא חזקה שלא פרע. וכל זה הוא בתוך זמנו אבל בהוחזק כפרן דסובר הראב"ד דגם בלא נפל איתרע ליכא חזקה דלא פרע אלא שאינו עומד נפרעין בלא עדים. לכן בנפל איתרע עושה הריעותא לספק גמור ולא יחזיר דחיישינן לפרעון.

אלא דאכתי אנו צריכין לבאר איזה גדר שבועה יש כאן, דשם גבי כותל השותפין דכל הנאמנות הוא מדין נשבע על המשכון, אבל כאן אין מקום לבאר בדרך זה, ונראה דהראב"ד סובר דכל עיקר דאינו נאמן בטענת פרעון היכי דלא עביד דפרע זהו משום דהחוב עומד בחזקתו ויש להמלוה חזקת חוב על הלוה והוי כמו מוחזק בשעבוד החוב על הלוה, וכיון דמוכח מדין נשבע על המשכון שכל נוטל מדין מוחזק נשבע כיון שעכ"פ צריך להוציא ממון, ולכן ה"נ כאן שיש לו חזקת חוב לא עדיף ממוחזק גמור שצריך לגבות מדין מוחזק שצריך לישבע, ולכן שפיר כתב הראב"ד ובשבועה מיהא יטול.

הלכה יד

שנים שהן אוחזין בשטר, המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע בו ממך, והלוה אומר פרעתיו וממני נפל, אם היה השטר שיכול לקיימו זה נשבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין, וזה נשבע שאין לו בדמים פחות מחציין וישלם הלוה מחצה, ואם אינו יכול לקיימו ישבע הלוה היסת שפרעו וילך לו.

המ"מ הביא דברי הגמ' דאמר ר"א דהוא דוקא בשניהם אדוקין בטופס ושניהם בתורף, והרמב"ם לא חילק בזה, וכתב המ"מ דסובר כדברי ההלכות שלא חלקו בזה, אלא כיון ששניהם אדוקים בשטר חולקין כר' יוחנן דאמר לעולם חולקין, ודברי המ"מ תימה דהא מפרש בגמ' דר' יוחנן לא פליג אלא דמיירי דקאי תורף בי מיצעי, ועיין בש"ך בחו"מ סי' ס"ה סעיף ט"ו שכתב דהגמ' דאוקים לר' יוחנן הא דתניא זה נוטל עד מקום שידו מגעת דקאי תורף בי מיצעי דנוטלין השטר עד מקום שידו מגעת לצור ע"פ צלוחיתו וגם דבריו תמוהים דכיון דמשלם חצי השטר למה יטול המלוה דמי הנייר הא בעד חלק שמשלם הלוה השטר חוזר ללוה, וגם מה שייך שהלוה נוטל דמי הנייר כיון שצריך לשלם כל חצי החוב ומה הרויח אם הוא אדוק יותר בשטר, והגר"א כתב וז"ל וס' הראשונה ס"ל כפירש"י שם ד"ה שטרא דסוגיא כרשב"ג וקיי"ל כרבי ואין נ"מ, וגם דבריו צ"ע דמדברי הרמב"ם שכתב שנים שהן אוחזין בשטר משמע אפי' המלוה מחזיק רק מקצת השטר ואינו מחזיק כל הטופס ולא כל התורף ג"כ חולקין ומוכח דאין שמין כלל כמה שהן מוחזקין בהשטר, וכדברי התוס' דבמה שהשטר נפסל אין שמין, וכבר הקשו גם הרמב"ן והריטב"א על פירש"י.

והנראה בזה דהנה בהא דאמרינן מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו כתבו בתוס' בכתובות ד' י"ט דליכא מיגו דשמא ירא הלוה לומר מזוייף פן יקיימו אותו, ובשם פירש"י מביאים משום דד"ת עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותם בב"ד ורבנן הוא דאצרכוהו קיום וכי אצרכו היכי דטעין מזוייף, אבל היכי דטעין פרוע לא אצרכו קיום, ויש לומר בזה ששני הטעמים צריכים זה לזה, דהנה מצינו דין מיגו ודין הפה שאסר, דדין הפה שאסר אינו משום דין מיגו שהוא דין בירור אלא דדין הוא דכיון דהוא האוסר ע"כ יכול להיות באותה שעה המתיר, כיון דכל עיקר הדבר אנו יודעין מפיו של זה וכמו דאמרינן להדיא בכתובות דף כ"ג מנין להפה שאסר, ומקשה הא למה לי קרא סברא היא הוא אסרה והוא שרי לה, ועפי"ז י"ל דטעם של פירש"י משום דד"ת עדים החתומים וכו' וכי אצרכו רבנן קיום דוקא היכי דטעין מזוייף אינו טעם כלל על סברא דמיגו דמ"מ איך נוכל לבטל המיגו יהי' מאיזה טעם שיהי' עכ"פ אם הי' טוען מזוייף הי' פטור, ואמאי לא נאמין לו לטעון פרוע במיגו דמזוייף, אלא דבאמת צריך לומר כתי' התוס' דמיגו ליכא כאן משום דשמא ירא לומר מזוייף וטוב יותר לומר לו פרוע שאינם יכולים להכחישו, אלא דמ"מ לא מהני תירוץ זה אלא על מיגו ולא על הפה שאסר דעכ"פ יש כאן לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר דאינו מטעם בירור כלל דעכ"פ כיון שהוא האוסר הוא המתיר כדאמרינן התם הוא אסרה והוא שרי לה, אלא דע"ז אנו באין עכשיו

שפיר משום דין עדים החתומים על השטר וכו', ונמצא דלא הוא העושה את השטר אלא דעכשיו השטר בחזקתו גם בלא קיום הלוה, רק דאם הי' טוען הלוה מזוייף אז היינו מצריכין קיום, אבל עכשיו לא מצרכינן קיום כלל.

אלא דעכשיו יש לנו לחקור האי מ"ד דס"ל צריך לקיימו על מאי פליג אי פליג אסברא דמיגו או פליג אסברא דהפה שאסר, והנה מכאן מוכח מסוגיא זו דפליג אסברא דהפה שאסר דהא קשה מאי שייך להביא כאן בשנים אדוקים בשטר מחלוקת דמודה בשטר שכתבו וכבר פליגי בזה תנאי כשהשטר ביד המלוה, ונראה דטובא אשמעינן בזה דבכל מקום אי אמרינן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הא אין המלוה מפסיד יותר במה שטוען פרוע מאם הי' טוען מזוייף, דאף שטוען פרוע וגם השטר שלו בכ"ז אין אנו מצריכים להמלוה להחזיר לו שטרו דהא המלוה טוען שאינו פרוע והמלוה מוחזק בשטרו ורק דדינו כשטר שאינו מקויים דכ"ז שאינו מקיימו אינו גובה בו והלוה אינו מרויח כלל יותר בטענת פרוע, אבל כאן כתב הרמב"ם דאם אינו מקויים ישבע הלוה היסת שפרעו וילך לו, ומוכח דהיינו דהמלוה ילך לו בלא השטר דאם היינו מחזירים להמלוה השטר לא הי' נשבע הלוה היסת כמש"כ הרמב"ם בהל' ט"ו דאם יש שטר אין צריך לישבע היסת עד שיבטל השטר, ואיך כתב כאן דנשבע היסת וע"כ דילך המלוה בלא השטר, ובהכרח לומר כן דא"א לומר דנחזיר השטר להמלוה דהא הלוה ג"כ מוחזק בהשטר וטוען פרוע וממנו נפל ואיך נחזיר להמלוה ונוציא מיד הלוה, וע"כ צ"ל יחלוקו על גוף השטר ובהכרח השטר בטל מאליו, ולכן פסק שפיר דנשבע הלוה היסת, וא"כ טובא אשמעינן כאן במה דאיפליגו הכא אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דהכא מרויח בטענת פרוע דמוציא השטר מיד המלוה ולא יוכל שוב אח"כ לקיימו. וע"כ דכאן טעם המ"ד דצריך לקיימו הוא משום הפה שאסר דכיון שהוא העושה את השטר לשטר נאמן בטענת פרוע, וזהו מה דאמר הגמ' כאן האי שטרא חספא בעלמא הוא מאן קמשוי להאי שטרא לוה הא קאמר דפרוע, ובכל דוכתא אינו יכול להוציא השטר מיד המלוה דלא עדיף כחו ממה שהי' טוען מזוייף, אבל כאן כיון שהוא מוחזק בהשטר וא"א להוציא מתחת ידו, ולגבות בו א"א ממילא א"א להוציא השטר מיד הלוה.

אח"כ ראיתי בבית הלוי ח"ג סי' מ"ב אות ג' שביאר סוגיא זו וכיונתי לדבריו דכאן לא שייך לבוא מדין מיגו אלא מדין הפה שאסר, רק שכתב מטעם אחר דבכל שטר אם יטעון מזוייף ויקיימוהו לא יפסיד יותר משטוען פרעתי, דגם עכשיו שטוען פרעתי הא אם יקיימו השטר ישלם, אבל כאן אם יטעון מזוייף ישלם הכל וכשטוען פרעתי הא לא ישלם אלא חצי כיון שגם הוא מוחזק בשטר, וזה כתב בשם בנו אדמו"ר גאון ישראל

מוהר"ח זצ"ל, ודן בזה אם יוכל לטעון אחר טענת מזוייף טענת פרוע, וגם הביא מה דבב"ב דף ק"ע פריך הגמ' מהתם להכא ויישב זה ע"ש.

ועכשיו צריך לבאר במאי פליגי הנך תנאי דהך מ"ד סבר דיש כאן הפה שאסר והך מ"ד סבר דאין כאן הפה שאסר, והנה בפשיטות יש לדון בטעם דרש"י דאיברא דלא שייך לומר הפה שאסר על עיקר השטר לומר דכיון דהוא עשה את השטר לשטר ממילא יש לו כח לבטלו דכיון דד"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בב"ד א"כ השטר מעיקר הדין כשר הוא, אלא דאם טוען מזוייף או אם יש בו חשש מזוייף מצריכים חכמים קיום אבל אם טוען פרוע ממילא אין כאן חשש מזוף, ונמצא דלא הי' על שטר זה פסול כלל, אבל כ"ז אם באין לדון על השטר, אבל אם באים לדון על עיקר החיוב בב"ד א"כ ישאר הפה שאסר במקומו כיון דזה הוא דין פשוט דמ"מ ב"ד אין יכולים לגבות בשטר בלא קיום ואפי' אם אין הלוה כאן אין ב"ד יורדין לנכסיו בלא קיום, ואיברא דכ"ז הוא מחשש ב"ד ועתה כשמודה שכתבו נמצא דאין זה חשש כלל, אבל עכ"פ לדין חיוב ב"ד הא בלא הודאתו א"א לחייבו וא"כ הדר נימא הפה שאסר.

אכן מה שאפשר לבאר בזה הוא עפ"י מה דאמר ר"י לר"ל בב"ב דף קנ"ד אי עדים אלימי ומרעי שטרא איהו כל כמיניה אלמא דס"ל להמ"ד דא"צ לקיימו דטעמייהו הוי משום דלא מצי לאורועי שטרא והיינו דטענת פרוע ג"כ הוי אורועי שטרא דכיון שנפרע בטל השטר, וס"ל דלא מצינו למימר דניהמניה בטענת פרוע אלא אם יש לו כח לבטל השטר, אבל אם אינו יכול לבטל השטר אינו נאמן לטעון טענת פרוע דאם רק השטר נשאר בחזקתו ע"כ גובה בו, ולכן שפיר נשאר סברא דרש"י דכיון דד"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בב"ד א"כ אין כאן הפה שאסר על עיקר השטר דנימא דאיהו משוי ליה שטרא ומצי מבטל לי' דלאו איהו משוי לי' שטרא אלא שטרא ממילא הוי ואי דנימא דעכ"פ לענין גובייא הוי הפה שאסר דהא ע"כ אינו יכול לגבות בלא קיום ע"ז קאמר שפיר הגמ' דכיון דלא מצי לאורועי שטרא ע"כ לא מהימן תו בטענת פרוע לבטל השטר, וא"כ נמצא לפי דברינו מיושב שפיר מה שהקשינו דהא הא דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בב"ד לא פליגי בזה, והיכי פליג מ"ד צריך לקיימו וגם אנן קיי"ל הכי, ולפי דברינו מיושב דהנך תנאי פליגי בזה דמאן דסבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו סבר דאיכא כאן הפה שאסר אף דעדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותם בב"ד זהו אם באנו לדון לענין גוף השטר, אבל לענין גובייא הא איכא הפה שאסר מעליא דבלא הודאתו לא מצי למיגבי כלל וכנ"ל, ואף דעכ"פ לא מצי למיפסל שטרא מ"מ לא איכפת לן דעכ"פ כיון דאיכא הפה שאסר מצי למטען פרוע,

ומאן דסבר א"צ לקיימו סבר כיון דעכ"פ לא מצי למיפסל שטרא והשטר נשאר בחזקתו לא מהני טענות על שטר וע"כ גובה בו.

ולפי"ז מיושב שיטת הרמב"ם שלא הביא הך דזה אדוק בטופס וזה אדוק בתורף דהנה למ"ד א"צ לקיימו נמצא דכל עיקר השאלה אם הוא יכול לפסול השטר או שאינו יכול והיינו אם השטר יהי' ביד הלוה א"כ יהי' בחזקת פרוע ופסול ואם יהי' ביד המלוה יהי' בחזקת שאינו פרוע ושטר מעליא, ונמצא דכל מה שהמלוה מוחזק בחלק יותר בשטר ע"כ מועיל לו לענין גובייגא, ונמצא לפי"ז דאם המלוה מוחזק בשטרו לאו כל כמיניה דלוה לאורועי שטרא דמלוה כיון דנקטינן דגם בטענה מעלייתא אינו יכול הלוה לפסול שטר של המלוה, וכן כשהלוה מוחזק בהשטר אז יוכל שפיר לפוסלו דזה הוא חזקתו בשטר שהוא שלו והוא פרוע, אבל כ"ז שהוא ביד המלוה אינו יכול לפוסלו, א"כ לפי"ז כאן בשטר ששניהם אדוקים מה דמדמינן לטלית דכמו דבטלית יחלוקו ה"נ בשטר, היינו משום דזהו גוף השאלה למי שייך השטר ואין כאן שאלה אם השטר פרוע או אינו פרוע דממ"נ אם יהיה בחזקת הלוה ע"כ פרוע הוא ואם יהיה בחזקת המלוה ע"כ אינו פרוע בלא שום ראיות, דלאו כל כמיניה דלוה לפסול שטר כשהוא ביד המלוה, ולזה כיון דשניהם אוחזין בו הוי דין כמו בטלית דיחלוקו בהשטר דהיינו שחצי החוב יפרע לו שזהו חלוקת השטר דכל המחלוקת ביניהם הוא רק על השטר, אבל למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דלדידיה אפשר לטעון טענת פרוע אפי' אם יהי' השטר בחזקתו, ומה דאי אפשר לטעון בכל זימנא על שטר פרוע הוא רק משום דאיכא חזקה שטרך בידי מאי בעי, א"כ ענין שנים אוחזין בשטר אינו דומה מה דפסקינן להם יחלוקו להא דשנים אוחזין בטלית, דהתם כיון דזה תופס וזה תופס חולקין הטלית לחצאין, אבל הכא אף שהמלוה מוחזק בהשטר ואף שנותן לו חצי שטר מה יועיל בזה הלא עכ"פ הלוה יטעון פרוע, וטענת שטרא בידי מאי בעי הלא לא יכול לברר בחצי השטר שהלוה טוען פרעתי ומראה חצי השטר הפרוע, וע"כ דזהו גופו עיקר הדין ביניהם דזה טוען השטר שלי וממילא אם יש לו השטר יגבה מטעם דאין נאמן לטעון פרוע על שטר משום דשטרך בידי מאי בעי והלוה טוען ממני נפל וממילא אם יחזירו להלוה השטר לא יגבה המלוה, ואם יחזירו השטר להמלוה ע"כ יגבה, א"כ אנו דנין ע"כ הדין יחלוקו על עיקר החוב דכיון דלפי חזקת המלוה צריך להחזיר לו את השטר ולפי חזקת הלוה צריך להחזיר לו, ולמי שיוחזר השטר לזה ישאר החוב, לכן ע"כ אנו פוסקין דין יחלוקו על החוב, ונמצא דלמ"ד א"צ לקיימו החלוקה על עיקר השטר שבהשטר גופו תלוי עיקר החוב, ולמ"ד צריך לקיימו מה שאוחזין השטר הוא רק גורם לעשות חלוקה על החוב.

וא"כ שפיר מיושבים ד' הרמב"ם שהתחלנו, דלמ"ד א"צ לקיימו שפיר תלוי הדין מי שמוחזק יותר בהשטר ומי שיש לו חזקה בחלק גדול מחבירו בהשטר נוטל יותר אבל למ"ד צריך לקיימו הרי אין הדין אלא אם ישאר כאן דין דשטרך בידי מאי בעי לענין להאמינו בטענת פרעון, א"כ אין שום נ"מ מי שמחזיק חלק גדול או חלק קטן כיון דחלק גדול אינו ראי' יותר על פירעון מחלק קטן, ואנן רק על הראי' אנו דנין לא על חזקת גוף השטר דאינו תלוי בזה וכמו שבארנו.

פרק טו

הלכה א

המלוה את חבירו בעדים ואמר אל תפרעני אלא בעדים בין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו ה"ז צריך לפרעו בעדים מפני התנאי טען הלוה ואמר לו וכן עשיתי ופרעתיך בפני פלוני ופלוני, והלכו להם למדינת הים או מתו, הרי זה נאמן ונשבע שבועת היסת ונפטר, וכן אם אמר אל תפרעני אלא בפני תלמידי חכמים או רופאים ואמר לו בפניהן פרעתיך ואותן העדים שפרעתיך בפניהן מתו או הלכו להן למדינת הים, הרי זה נאמן ונשבע היסת ונפטר אבל אם אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואמר לו פרעתיך בפני אחרים ומתו או הלכו להן למדינת הים, אינו נאמן שמפני טענה זו התנה עליו ואמר לו אל תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון שהן עומדים עמו, כדי שלא ידחה בפני אחרים פרעתי והלכו להן. יש נוסחאות מן הגמרא שכתוב בהן שהאומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים ואמר לו פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים אינו נאמן, וטעות ספרים הוא ולפיכך טעו המורים על פי אותן הספרים, וכבר חקרתי על הנוסחאות הישנות ומצאתי בהן שהוא נאמן והגיע לידי במצרים מקצת גמרא ישנה כתוב על הגויליים כמו שהיו כותבין קודם לזמן הזה בקרוב חמש מאות שנה, ושתי נוסחאות מצאתי מן הגויליים בהלכה זו ובשתיהן כתוב ואם אמר פרעתי בפני פלוני והלכו להן למדינת הים נאמן, ומפני טעות זו שאירע למקצת הספרים הורו מקצת גאונים שאם אמר לו אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ופרעו בפני אחרים שאינו נאמן אע"פ שהביא עדים שפרעו בפניהם וגם זו טעות גדולה, והדין האמת שאם באו עדים שפרעו בפניהם נפטר ואין כאן מקום חשש, גם ההוראה הזאת על פי ספריהן שכתוב בהן באותו שאמר לחבירו פרעני בפני עדים ששנו הלכות, והלך ופרעו בפני עדים וטעות ספרים הוא, ומצאתי בגויליים כתוב אבל פרעיה ביניה לבין דיליה אע"פ שהספרים מוגהין כמו שביארנו כך יראה מדין הגמרא, ועוד דברים של

דעת הן, וכי מה היה לו לעשות אמר לו אל תפרעני אלא בעדים פרעו בעדים וכי יש לו לאסור את העדים בבית הסוהר כל ימיהם שלא ילכו ועוד אם מתו מה יעשה, נמצא זה פורע פעם אחר פעם לעולם עד שיביא עדים, א"כ נעשית עדות זו עדות בשטר ונמצא זה כיון שאמר אל תפרעיני אלא בעדים נעשית מלוה בשטר ואין מי שעלה זה על לבו, אבל ודאי אם אמר בפני פלוני ופלוני הוא הפסיד על עצמו שפרע בפני אחרים והלכו להם, אבל אם באו והעידו שפרעו אין כאן בית מיחוש וכזה ראוי לדון ולהורות.

השגת הראב"ד. המלוה את חבירו וכו' ועוד אם מתו מה יעשה וכו' אבל ודאי וכו' עוד כזה ראוי לדון ולהורות. א"א אמת הוא שהנוסחאות מתחלפות בזה, ואני קיימתי את שתיהן שאם יש עדים על התנאי שאמר לו אל תפרעני אלא בעדים ואמר פרעתי והלכו להם אינו נאמן, ואם אין שם עדים נאמן, מיגו דיכול לומר לא התנה עמי, אבל כשאמר לא תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני באמת נראין דברי הרב ז"ל דאמר פסלינהו לכו"ע לגבי האי פרעון, וכי אתו אחריני ואמרי קמן פרעיה מצי אמר סטראי נינהו, והתימה שתמה זה החכם על זה ואמר שאפי' אמר בפני פלוני ופלוני אם יבואו עדים שפרעו בפניהם אין כאן בית מיחוש יתמה על מה שאמרו מהימנת עלי כבתרי שיפרענו פעם אחר פעם, אלא אם יש לו שטר יקרע שטרו ואם אין לו שטר יכתוב לו שטר שובר בכתב ידו וזו היא תקנתו לכל ענין עכ"ל.

המ"מ האריך כאן להשיג על דברי הראב"ד בהשגות, ומקודם צריכים אנו לבאר עיקר שיטתו וגירסתו של הרמב"ם שגורס נאמן, וכן הוא גירסתנו וגירסת התוס' והרא"ש, וגירסת הרי"ף והר"י מיגש הוא אינו נאמן, ולבאר הענין נביא ד' הגמ' בשבועות דף מ"א ע"ב דרב יוסף מתני אמר רב יהודה אמר רב אסי המלוה את חבירו בעדים אינו צריך לפרעו בעדים, ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים צריך לפרעו בעדים, ושמואל אמר יכול לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למד"ה ופריך על שמואל ממתני' דתנן אמר לו אל תתנהו לי אלא בפני עדים, למחר אמר לו תנהו לי נתתיו לך חייב מפני שצריך לפרעו בעדים, ומשני תנאי הוא דתניא בעדים הלויתיך בעדים פרע לי או יתן או יביא ראיה שנתן, ריב"ב אומר יכול לומר לו פרעתיך בפני פו"פ והלכו להם למדינת הים, פריך רב אחאי ממאי דבשעת הלואה קאי דילמא בשעת תביעה קאי והכי קאמר ליה לאו בעדים הלויתיך בעדים היה לך לפורעני, אבל בשעת הלואה ד"ה חייב, וע"ז מסיק הגמ' הא דר"פ משמיה דרבא דיש בזה חילוק בין הגירסאות.

והנה הש"ך בסי' ע' סעיף ג' ס"ק י"ד האריך לבאר שהעיקר כדעת הרי"ף והראב"ד, וכל דבריו הם לפי פי' הר"נ בהלכות לדעת הרמב"ם דרב אסי נמי מודה לשמואל דאם אמר

פרעתיך בפני פו"פ והלכו להם דנאמן, ומה דאמר שמואל יכול לומר וכו' הכונה דכיון דיכול לומר א"כ אפי' אמר פרעתיך בלא עדים נאמן במיגו, וע"ז מסיק רב פפא דאם טוען שפרעו בלא עדים אינו נאמן, ואם אמר פרעתיך בפני פו"פ והלכו להן נאמן, ואינו סובר טעמא דמיגו משום דאנן סהדי שלא הי' פורעו בלא עדים, והרא"ש כתב טעם אחר דאין זה מיגו טוב דיותר נח לומר פרעתיך ביני לבינך ושכחתי ההתראה ממה שיאמר פרעתיך בפני פו"פ ומתו, כי יאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדיו. וע"ז כתב הש"ך דאם רב אסי מודה באם אמר פרעתיך בפני פו"פ למה לר"פ משמיה דרבא לפסוק הלכתא כן, ועוד דאם שמואל אינו חולק אלא באם אמר פרעתיך ביני לבינך למה אמר יכול וכו' הול"ל מתוך שיכול לומר, ועוד מנ"ל לשמואל לומר דריב"ב סבר כוותיה דילמא עיקר דינא אמר דיכול לומר אבל מיגו לית ליה, לכן מסיק הש"ך דודאי רב אסי ושמואל בעיקר דינא פליגי אם נאמן לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה, וכיון דשמואל אתותב דמה דאמר תנאי היא אדחייא מדפריך רב אחאי א"כ א"א דר"פ פסק דנאמן וע"כ דהגירסא אינו נאמן.

אכן אחר העיון בסוגיא אין בהוכחת הש"ך הכרח להוכיח דלא כגירסת הרמב"ם ושיטתו, דאף שדבריו נגד פי' הר"נ בהסוגיא נכונים הם אבל התוס' שם הקשו במה דאמר בגמ' תיובתא דשמואל ממתני' דתנן נתתיו לך חייב דמאי קושיא דילמא נתתיו לך שלא בעדים קאמר ולהכי חייב, ותירצו מקודם כדברי הר"נ והקשו ע"ז וכתבו לכן נראה שהמקשה משמע ליה דמה דתנן מפני שצריך ליתן לו בעדים משמע שצריך לברר שפרעו בעדים, וא"כ לפי מסקנת התוס' באמת פליגי שמואל ורב אסי בהך דינא אם נאמן לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה, ושמואל משני תנאי היא דריב"ב סובר דנאמן, ומה שכתב הר"נ וכן הש"ך הוכיח זה דא"א לומר דר"פ פוסק כשמואל דהא על מה דמשני תנאי היא פריך רב אחאי ממאי דבשעת הלואה קאי דילמא בשעת תביעה קאי, נראה דהוכחה זו אינה מכריעה כלל לדחות גירסת הרמב"ם שבירר אותה ע"פ הגוילים, דמה דפריך רב אחאי אינו אלא קושיא ולא דחיה, דהא אמר דילמא בשעת תביעה קאי ובאמת אוקימתא דרב אחאי דחוקה דעל מה דתניא בעדים הלויתיך בעדים פרע לי דבפשוטה הוא שאמר לו כן בשעת הלואה, פריך רב אחאי דילמא בשעת תביעה קאי והכי קאמר לו בעדים הלויתיך, בעדים היה לך לפורעני, ואין זה כלל כלשון הברייתא דתניא בעדים פרע לי ולא בעדים היה לך לפורעני, וכיון דלא מסיק בגמ' על זה תיובתא דשמואל תיובתא, ע"כ דלא חשיב הגמ' לפירכא דרב אחאי לתיובתא מכרעת ושפיר מיושב דר"פ פסיק כשמואל.

והנה הש"ך כתב דמה שכתבו הר"נ והרא"ש דרב אסי מודה לשמואל, ומשמע מדבריו דגם שיטת הרא"ש שפוסק כהרמב"ם הוא עפ"ז דרב אסי לא פליג על שמואל בזה, ובאמת הרא"ש הביא בתחלת דבריו קושיית התוס' שהבאתי דמאי פריך על שמואל ממתני' לישני דמתני' הוא באומר נתתי לך ביני לבינך, ותירץ כתי' התוס' במסקנא דמשמע ליה לישנא דמתני' דתנן מפני שצריך ליתן לו בעדים דהוא שצריך לברר בעדים, ולפי"ז מוכרח דגם שמואל לית ליה מיגו, וא"כ ע"כ רב אסי דחולק הוא גם באומר פרעתיך בפני פו"פ, רק בסוף דבריו כשבא להכריע כשיטת הרמב"ם כתב ואפשר דרב אסי לא פליג עליה בהא וזהו כתי' הראשון בתוס' דשמואל פליג באומר פרעתיך ביני לבינך ומשום מיגו, וזה כתב הרא"ש רק בתור סניף בלשון ואפשר אבל בעיקר מפרש כמסקנת התוס' ושמואל ורב אסי חולקין ור"פ פסק כשמואל וע"כ כמש"כ דלא חייש לפירכת רב אחאי דבאמת לא מכרעא כלל.

ובמה דפוסק הרמב"ם דאם טוען פרעתי ואינו אומר בפני פו"פ והלכו למד"ה דאינו נאמן ולא אמרינן שיהיה נאמן במיגו כבר הבאתי טעם הרא"ש וטעם הר"נ בזה, והמ"מ כתב ולדברי רבינו יש לתרץ שאין כאן דין מיגו שהרי הוא מודה שלא קיים תנאו ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר דלא קיימיה, וכיון שלא נתברר שפרע אמרינן ליה מיחייב את לקיומי תנאך וכן עיקר עכ"ל, וקשה לי טעמו של המ"מ דזה לא שייך אלא אם התנה אל תפרעני אלא בעדים בשעת הלואה, אבל הרמב"ם הא בתחלת דבריו כתב בין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו אחר שהלוהו, וכבר הביא הכ"מ ע"ז דברי הר"נ שכתב וז"ל ויש שתמהו ולאחר הלואה במה נשתעבד ונ"ל שאין הענין מטעם שעבוד אלא משום דכשאמר לו אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה עשוי לפרעו אלא בעדים, ואי טען ואמר פרעתיו שלא בעדים אנן סהדי דמשקר עכ"ל, וכיון דכשאמר לו אחר הלואה אין הטעם משום גדר תנאי שבממון אלא דאינו עשוי לפרעו שלא בעדים כיון שהתרה בו, וכיון שיש לו מיגו ויוכל לברר טענתו במיגו למה אינו נאמן.

אכן לדברי הר"נ שכתב דאנן סהדי שלא היה פורעו מיושב דהוי מיגו במקום אנן סהדי, ואף דלכאורה קשה דלמה יהי' אנן סהדי כיון שיוכל לברר טענתו במיגו מתחלה לא היה חושש שלא לפרוע לו בלא עדים, אכן הוא מבואר בפשיטות דהא מה שכתב הר"נ דאינו עשוי לפרוע שלא בעדים אינו משום שלא יהי' נאמן כיון שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים, דהא משום זה כתב הר"נ דאינו נאמן משום שאינו עשוי לפרעו שלא בעדים, וזהו גופא הסבה דאינו נאמן משום שאינו עשוי לפרעו שלא בעדים ולא דאינו עשוי לפרעו

משום שלא יהי' נאמן, וא"כ מיושב שפיר דאף דיוכל לברר טענתו במיגו מ"מ אינו עשוי לפרעו שלא בעדים כיון שהתרה בו אל תפרעני אלא בעדים, ועכשיו אינו נאמן במיגו משום דהוי במקום אנן סהדי.

איברא דלפי"ז שיישבתי שיטת הרמב"ם שלא ע"פ פירושו של הר"נ ושהרמב"ם ג"כ מפרש דרב אסי חולק באומר פרעתיך בפני פו"פ וסובר דאינו נאמן רק דר"פ פסק כשמואל קשה מה שהכריח הרמב"ם מסברא והקשה על מי שאומר כן דכי מה היה לו לעשות וכו', ועוד אם מתו מה יעשה דמה שייך להקשות כיון דרב אסי ות"ק דריב"ב סוברים כן, וזה כתב הש"ך אחר שהוכיח דרב אסי ות"ק דריב"ב ודאי סוברים דאינו נאמן, דלפי"ז קשה מה שתמה הרמב"ם וכי מה יעשה וכו', והמ"מ הסכים עמו, שהיא תימה באמת דאיך ניקום אנן לתמוה מסברא אתנאי ואמוראי אלא ודאי לק"מ דכיון שהתנה עמו כן צריך לקיים כל תנאו, ותקנתו שיכתוב שובר וכמש"כ הראב"ד, וזהו באמת תימה על הרמב"ם אם אינו מפרש כהר"נ דרב אסי אינו חולק בזה.

ונראה דעיקר השגתו וקושייתו של הרמב"ם הוא על הר"י מיגש דמה שהרמב"ם כתב בתחלת דבריו דדין זה הוא בין באומר לו בשעת הלואה בין באומר לו אחר הלואה אינו מבואר זה בגמ' והיה אפשר לפרש דדוקא באומר לו בשעת הלואה, וכן אין הוכחה לזה בדברי הרי"ף, רק שהר"י מיגש האריך לפרש דאין חילוק בזה וגורס כגירסת הרי"ף דאינו נאמן, ועל שיטתו שפיר תמה הרמב"ם וכתב כל ההוכחות, דבההשגה שהשיג הראב"ד דע"כ יש לו תקנה דיתמה על מה שאמרו מהימנת עלי כבתרי שיפרענו פעם אחר פעם, אלא דהתקנה הוא שיכתוב שובר מלבד דאינו דומה לשם שהלוה בעצמו פסל לכו"ע והאמינו למלוה ובזה ע"כ צריך לכתוב שובר וישמור שוברו, אלא דאפי' היה שרק המלוה אמר אל תפרעני אלא בעדים, יש חילוק בזה דהיכי שאמר לו בשעת הלואה אפשר לומר דכיון דעל דעת כן הלוהו ועל דעת כן לוה ממנו אין תימה שנאמר דא"כ נעשית עדות זו עדות בשטר דאפשר דאה"נ ועל דעת כן הלוהו שיהי' צריך לשמור שוברו, אבל היכי שאמר לו זה אחר הלואה, בזה ודאי הוא תימה תמיהתו של הרמב"ם דמה יעשה ואין טענה שיקח שובר דודאי לא נתחייב לשמור שוברו, דבשלמא עיקר הפרעון שאנו אומרים שצריך לפרעו בעדים זהו בשביל שבידו שלא לפרעו בלא עדים ויהי' להמלוה ד"ת עמו אפי' אם היה הדין דנאמן וכמש"כ למעלה, אבל שיתחייב לשמור שוברו מהיכי תיתי יכול המלוה לחייבו במה שהתרה בו אחר הלואה.

ועכשיו מיושב דבאמת רב אסי לא אמר בהדיא דאפי' אמר לו פרעתיך בפני פו"פ אינו נאמן, אלא מדאמר רב יהודה כי אמריתה קמיה דשמואל אמר לי יכול לומר פרעתיך בפני

פו"פ והלכו למד"ה, מוכח דרב אסי אינו סובר כן מדאמר סתם ואמר פרעתי אינו נאמן, ולא אמר דאם טען הלוה כן דנאמן, ובזה אפשר לומר דרב אסי הא אמר בסתם ומיירי בין אמר לו בשעת הלואה בין אמר לו שלא בשעת הלואה, ובאמר לו בשעת הלואה באמת סובר רב אסי דאינו נאמן וצריך לשמור שוברו דעל דעת כן הלוהו, ומדוייק כן מהא דפריך רב אחאי ממאי דבשעת הלואה קאי דילמא בשעת תביעה, ומוכח דלפירושא דשמואל דאמר תנאי היא איירי ת"ק וריב"ב בשעת הלואה, וזהו משום דבדברי ת"ק דברייתא מפורש יותר מבדברי רב אסי דרב אסי לא אמר אלא ואמר פרעתי אינו נאמן ואינו מפורש דאפי' אמר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה אינו נאמן ורק משום דאינו מפרש דיכול לטעון כן, ובזה כתבנו משום דמיירי בכל גווני, אבל ת"ק דברייתא אמר או יתן או יביא ראי' שנתן, ומוכח להדיא שהוא צריך להביא העדים ולא מהני שיאמר היה לי עדים והלכו למד"ה, לכן שפיר אמר רב אחאי דלפי"ז צריך לפרש דברייתא מיירי דוקא בשעת הלואה, ואף שהר"י מיגש כתב דהא דאמר רב אחאי בשעת הלואה הוא לאו דוקא ולאפוקי משעת תביעה אמר כן, אבל להרמב"ם נפרש בשעת הלואה בדוקא, וא"כ דברי הרמב"ם מיושבים וברורים שהקשה על שיטת הר"י מיגש, וכן הוא שיטת הראב"ד שהסכים לד' הרמב"ם דהוא בין בשעת הלואה בין לאחר הלואה, ומ"מ סובר כהרי"ף דאינו נאמן, ובזה תמה שפיר דמה יעשה וכו' ונעשת עדות זו עדות בשטר וטענתו של הראב"ד דיקח שובר אינה טענה כלל, דאיך יוכל המלוה אחר הלואה לחייבו שישמור לעולם שוברו.

וכל זה שחלקנו בין בשעת הלואה לאחר הלואה הוא לרב אסי, אבל הרמב"ם דגורס נאמן והוא כשמואל אין חילוק ואפי' התנה בשעת הלואה נאמן דבזה הוא דפליג שמואל על רב אסי ובזה הוא דאמר ר"פ דנאמן, ומשום דגם אם התנה בשעת הלואה לא התחייב הלוה לשמור שוברו רק שיפרע בעדים, ואם יהיו לפנינו יעידו, ואם מתו או הלכו למד"ה אינו מחוייב ונאמן.

והנה במה שכתב הראב"ד דאם אמר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני נראין דברי הרב דאמר פסלינהו לכ"ע לגבי האי פרעון וכי אתו אחריני ואמרי קמן פרעיה מצי אמר סטראי נינהו, וכתב ע"ז המ"מ שאלו שתי טענות נראות כסותרות דאם איתא דפסלינהו אפי' לא מצי אמר סטראי נינהו וכגון שמעידים שמחמת ההלואה שהתנה עליה פרעו חוזר וגובה אותם דהו"ל כמאמינו כל זמן שלא יעידו אותן פלוני ופלוני, וכתב ע"ז הש"ך דאף דפסלינהו לכו"ע לגבי האי פרעון מ"מ לא מהני זה אלא באומר סטראי נינהו דאז אפי' יאמרו שע"ז ההלואה פרעו אין נאמנים, אבל אם יטעון המלוה להד"מ ולא קבלתי

כלל מעות יוכל הלוה אחר הפרעון לתבעו ע"פ אותן העדים שיחזיר לו המעות דלא נפסלו אלא לגבי דין הפרעון, אבל לא פסלם לגבי תביעת מעות, וכיון שיוכל לתבוע להמלוה המעות חזרה למה יפרע לו עכשיו והפוכי מטרתא ל"ל, ומטעם זה כתב שגם באומר לו מהימנת עלי כבי תרי דצריך הלוה לשלם אפי' אם עדים מעידים בפניהם דזה דוקא כשטוען המלוה סטראי נינהו, אבל בכופר שלא קבל מעות כיון שאם ישלם הלוה פעם ב' יחזור ויגבה ממנו והפוכי מטרתא ל"ל לכן א"צ הלוה לשלם, ע"כ תורף דברי הש"ך.

והנה אף שאיני כדאי לחלוק על הש"ך ובפרט שגם הנתיבות הביא דבריו במקומם ומשמע שמסכים לזה, מ"מ לדעתי נראה ברור שאין הדברים נכונים דהרמב"ם בהל' ה' כתב הרי שפרעו וטען המלוה שלא פרע ופרעו פעם שניה מפני התנאי הרי הלוה חוזר ותובע את המלוה בדין ואומר לו כך וכך אתה חייב לי מפני שפרעתיך שני פעמים, אם הודה ישלם ואם כפר ישבע שבועת היסת על כך שלא פרעו אלא פעם אחת, וזהו משום דהעדים שמעידים שפרעו קודם אין נאמנים כיון שהתנה שיהי' המלוה נאמן כשני עדים, ולדברי הש"ך צריך להעמיד דברי הרמב"ם שטען שקבל מעות וסטראי נינהו והוא דוחק גדול לפרש כן מה שכתב שלא נפרע, ובעיקר דמה שכתב הש"ך דהא לא פסל העדים אלא לגבי הפרעון ולא על זה שקבל ממנו מעות, ועל זה כבר עמד הר"י מיגש במקומו גבי ההוא דאמר לחבריה כי תפרען לי לא תפרען אלא בפני פו"פ שכתב וז"ל, וקיי"ל כרבא הילכך מיחייב הלוה למיפרעיה השתא בפני פו"פ ואי הדרי הני סהדי אחריני ומסהדי השתא לבתר דפרעיה קמן דאית ליה ללוה גבי מלוה הנהו זוזי דיהיב ליה קמייהו, לא תימא כיון דפרעיה השתא ואסתלק ליה שעבודא בהנהו זוזי מיניה, סהדותא דהני אחריני השתא סהדותא היא, אלא אפי' אסהידו בה השתא נמי כיון דקא מסהדי דבתורת פרעון דההיא הלואה יהיבנא ניהליה, סהדותייהו לאו סהדותא היא דהא לגבי פרעון דההיא הלואה כפסולין דמו הילכך משתבע ליה המלוה השתא לבתר דפרעיה דליכא גביה מהנהו זוזי דקא טעין דיהביה ניהליה מעיקרא ומיפטר עכ"ל, ומזה הם דברי הרמב"ם ואף דאפשר לדחוק ולהעמיד דברי הר"י מיגש ג"כ בטוען סטראי נינהו, אבל הרואה יראה שהסביר הר"י מיגש דלא נימא כדברי הש"ך דלא פסל אלא לגבי הפרעון ולא על עיקר המעות, ועוד מסוף דבריו שכתב דליכא גביה מהנהו זוזי דקא טעין דיהביה ניהליה מעיקרא ולד' הש"ך דמיירי שמודה המלוה שקבל מעות, אלא שטוען סטראי א"כ למה כתב "דקא טעין" והו"ל לכתוב רק "דיהביה ניהליה" ומוכח להדיא דלא כהש"ך.

והנה באמת חולקין בזה רב האי גאון והר"י מיגש כמש"כ הטור בסי' ע"א וז"ל ואם

פרעו בפני עדים וצריך לפרעו שנית כתב רב האי שמביא העדים שפרעו בפניהם ומוציא ממנו, והר"י מיגש כתב אפי' יש עדים על הפרעון הראשון אין עדותן מועיל לגבי הלואה זו לעולם, והר"נ בהלכות כתב על שיטת רב האי ואין דברים הללו מחוורים דאם כן הפוכי מטרתא ל"ל, וזהו ממש טענת הש"ך, אבל עכ"פ לא הוזכר בשום פוסק החילוק בין טוען סטראי נינהו לכופר נתינת המעות לגמרי, ועיקר חילוקו של הש"ך גם כן אינו מבורר דכיון דבזה מודה דאם העדים מעידים שהמעות לא נתן לו על חוב אחר אלא על חוב זה אינם נאמנים אפי' אחר הפרעון כיון שאנו דנין על נתינת המעות על פרעון ובזה פסולים הם, א"כ גם בעיקר נתינת המעות אין נאמנים דהא אין מעידים שנתן לו סתם מעות אלא שנתן לו על פרעון, לכן ודאי שאין שום חילוק, ולשיטת הר"י מיגש והרמב"ם וכן הכריע הב"י אין נאמנים העדים שפסלם, אפי' אחר הפרעון ואפי' כופר המלוה לגמרי.

אכן בבאור דברי הראב"ד שתמה המ"מ שהדברים סותרים מוכרחים אנו לומר כדברי הש"ך שהראב"ד ע"כ יסבור כן ולא כדעת הר"י מיגש, אבל לא לגמרי כדבריו שכתב דגם באומר מהימנת עלי כבי תרי אינו צריך הלוה לפרוע אלא אם יטעון המלוה סטראי, דזה א"א לומר כן מסתימת דברי הגמ' והפוסקים, וגם הראב"ד לא כתב לחלוק בזה דשם בודאי פסל כל העדים והאמין להמלוה בעיקר נאמנות של מעות אלו לשם פרעון, ונאמן ע"ז המלוה, רק באומר לא תפרעני אלא בפני פו"פ שלא פסל להדיא נאמנות שאר העדים, רק דבדבריו מבואר שאם יעידו עדים אחרים שלא יהי' נפטר, בזה יסבור הראב"ד דיש נ"מ דבטוען סטראי נינהו ואינו כופר בקבלת המעות נאמן המלוה שהרי לגבי טענת פרעון אמר שלא יהיו אחרים נאמנים, ואם יהיו נאמנים לחזור ולגבות, א"כ יוכל לפרעו גם בפני אחרים ושוב יגבו ממנו משום אפוכי מטרתא ל"ל, ולכן נוכל לומר שלא פסלן רק אם יעידו על פרעון, וממילא שפיר אמר שלא יפרע לו אלא בפני פו"פ, דאם יפרענו בפני אחרים יוכל לטעון סטראי נינהו, וכל זה באומר המלוה לא תפרעני אלא בפני פו"פ, אבל באומר הלוה למלוה מהימנת עלי כבי תרי א"כ אמר בפי' שפוסל כל הגדת עדים לגבי הפרעון, וכיון שהעדים מעידים שנתן לו לשם פרעון אין נאמנים אפי' אחר הפרעון, ואף דהר"י מיגש כתב להדיא דבריו שהבאנו על לא תפרעני אלא בפני פו"פ, וכן מדברי הרי"ף שסתם וכתב דאין נאמנים גם אם יעידו ודאי מוכח דהוא בכל גווני, ע"כ צריך לומר דבזה חולק הראב"ד על הרי"ף והר"י מיגש וסובר דהוא דוקא בטענת סטראי ולא בכופר לגמרי, אבל באומר מהימנת עלי כבי תרי גם הראב"ד אינו חולק מדלא כתב גם שם דהוא דוקא בטענת סטראי.

ולבאר החילוק לדעת הראב"ד מסוגיית הגמ' בין אמר לו לא תפרעני אלא בפני פו"פ ובין אמר לו מהימנת עלי כבי תרי שנאמר דבזה דוקא בטענת סטראי ובזה אפי' בכופר שלא בארנו זה אלא בסברא, נראה דאף דהלשון בגמ' שוה דמקודם איתא ההוא דא"ל לחבריה כי פרעתין פרעין לי באפי ראובן ושמעון אזל פרעיה באפי תרי מעלמא ואח"כ איתא ההוא דא"ל לחבריה מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא, ובשתי העובדות לא הוזכר טענת המלוה, ולכאורה דחוק לאוקמי עובדא קמייתא דוקא בטוען סטראי ובתרייתא גם בכופר שלא קבל, אך באמת יש לבאר לנכון דהרמב"ם הא סובר דבהא דקמייתא דוקא בשלא באו אחרים והעידו אינו נאמן לטעון שפרע בפני פו"פ והלכו למד"ה, וטעמא משום דאמר ע"ז אביי באפי בי תרי א"ל באפי בי תרי פרעיה א"ל רבא להכי קאמר ליה באפי ראובן ושמעון כי היכי דלא נדחייה, וכבר הוכיחו בתוס' דמזה מוכח דמיירי דלא באו עדים והעידו אלא טען הלוה פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה ודלא כהרי"ף, ושיטת הרי"ף דאינם נאמנים גם אם באו והעידו קשה כמו שהקשו התוס' דמה שייך בזה כי היכי דלא נדחייה, לכן נראה דסובר הראב"ד דכמו דצריך לפרש לדעת הרמב"ם והתוס' דאיירי באמר הלוה פרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה אף שלא הוזכר זה בגמ' אלא אזל פרעיה באפי סהדי אחריני, וזהו ע"כ מהא דאמר רבא כי היכי דלא נדחייה כן נפרש הגמ' לדעת הרי"ף דפרעתיך בפני פו"פ והלכו למד"ה אינו נאמן גם באמר אל תפרעני אלא בפני סתם עדים, וא"כ ע"כ הכא מיירי בשבאו העדים והעידו, וקשה דא"כ מה אמר רבא כי היכי דלא נדחייה, ולכן מפרש הראב"ד דהמלוה טען סטראי נינהו, ולזה אמר רבא דלהכי אמר ליה בפני ראובן ושמעון כי היכי דלא נדחייה והיינו שיתן לו מעות על חובות אחרים בפני אנשים שאינם מדייקים ומתוך שזוכרים שנתן לו מעות על חוב יעידו שפרעו על חוב זה כמו שאומר הלוה שיהי' נדמה להם שזוכרים כן וזהו כי היכי דלא נדחייה, ומשום דאין סברא שימצא הלוה עדים שיעידו שקר לגמרי, וזהו דוקא כאן גבי לא תפרעני אלא בפני ראובן ושמעון, אבל גבי אמר לו הלוה להמלוה מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמרת לא פרענא הרי פסל בפי' לכל העדים, והאמין להמלוה ולכן אפי' כפר המלוה בנתינת המעות נאמן.

והנה הב"י כתב בשם הר"נ דהראב"ד סובר כרב האי והוא תימה דא"כ אין להראב"ד מקור להעמיד דוקא כשטוען המלוה סטראי, דהא בארנו ע"כ ד' הש"ך דטעמא משום דבכופר שלא קבל יוכל אח"כ הלוה לתבוע להמלוה אחר שישלם לו שיחזיר לו המעות שקבל בפעם הראשון וממילא א"צ לשלם לו עכשיו דהפוכי מטרתא ל"ל, ורב האי הא אינו סובר הך סברא דהפוכי מטרתא וסובר דשפיר ניחא שיהא צריך לשלם ושיגבו ממנו

חזרה, וכבר כתב הב"ח דנ"מ היכא שאינו גובה מעות אלא קרקע ויש להלוה עידית ובינונית ולהמלוה זיבורית, עכ"פ אין להראב"ד לפי"ז טעם לאוקמיה בטענת סטראי, ועיינתי בדברי הר"נ וראיתי שאינו מביא זה בשם הראב"ד אלא בשם הרב אב"ד וזהו הראב"ד בעל האשכול וזהו ט"ס בב"י, ומיושב דהראב"ד סובר בזה כדעת הר"י מיגש דאמרינן הפוכי מטרתא ל"ל, ואף דלכאורה הא דברי הב"ח נכונים דהא קיי"ל בכתובות דף ק"י כר"נ דלא אמרינן בכה"ג הפוכי מטרתא ל"ל, נראה דיש חילוק בזה, דדוקא בדין זה גובה וזה גובה כיון שהם שתי חובות דלראובן יש חוב על שמעון ולשמעון על ראובן קיי"ל כר"נ דלא אמרינן הפוכי מטרתא ל"ל, כיון דאיכא נ"מ דזה יגבה בינונית וזה זיבורית, אבל כאן דמה דב"ד יגבו מהלוה להמלוה זהו בשביל שהעדים אינם נאמנים בעדותן שפרע הלוה משום שפסלם, ואח"כ כשיתבע הלוה חזרה המעות נאמר שהעדים נאמנים לגבות חזרה ונמצא שב"ד יעשו שני דינים שהם סותרים זה לזה, ובזה שפיר אמרינן הפוכי מטרתא ל"ל כיון שסו"ס יצטרכו הב"ד אח"כ להאמין להעדים על אותם המעות, וסובר הר"נ דבזה גם ר"נ יודה לרב ששת דבזה נימא הפוכי מטרתא ל"ל.

ובעיקר דין זה דסוברים הרי"ף והר"י מיגש דאין נאמנים חולק הרמב"ם דנאמנים דהא לא אמר בפי' שפוסל עדים אחרים. ודוקא באומר למלוה מהימנת עלי כבי תרי פסל עדים שיעידו לו, אבל כאן אמר לו רק שלא יפרע לו בפני אחרים וממילא אינו נאמן לטעון שפרעו בפני אחרים והלכו למד"ה דלא הי' לו לפרוע בפני אחרים, ויש לומר גם בזה סברת הר"נ גבי אל תפרעני אלא בעדים וטוען שפרעו בלא עדים שכתב הר"נ דאנן סהדי שלא פרעו בלא עדים. וגם בזה איכא אנן סהדי שלא פרעו בפני אחרים, אבל אם העידו נאמנים שלא פסלם בפי', וכבר כתב הרמב"ם שזה תלוי במחלוקת הקודמת וכמש"כ הרי"ף להדיא שלשיטתם דאם אמר אל תפרעני אלא בעדים אינו נאמן לומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו להם, א"כ מה דחידש רבא באומר אל תפרעני אלא בפני פו"פ היינו דאפי' באו והעידו אינם נאמנים, אבל להרמב"ם לשיטתו שפיר יש לפרש דברי רבא בלא באו והעידו וגם בזה תלוי בהגירסות כמש"כ הרמב"ם.

פרק טז

הלכה א

החוב באחריות הלוה עד שיפרענו ליד המלוה או ליד שלוחו, אמר לו הלוה זרוק לי חובי והפטר וזרקו או אבד או נשרף קודם שיגיע ליד המלוה פטור, אמר לו זרוק לי חובי בתורת גיטין היו המעות קרובות ללוה הרי עדיין באחריותו, היו קרובות למלוה

נפטר הלוה, מחצה על מחצה אם אבדו משם או נגנבו משלם הלוה מחצה.

זרוק לי חובי והפטר, המ"מ הביא קושיית הרשב"א דלפי"מ דהוי בעי לאוקמי מתניתין באומר זרוק לי חובי והפטר א"כ קרוב ללוה אמאי חייב וכן הקשו התוס', ותי' הרשב"א דכי קאמר זרוק לי חובי בתוך רשותי קאמר וכל שקרוב ללוה לא בא לרשות המלוה. והכי איתא בירושלמי, וכתב המ"מ ואפשר שדעת רבינו וכוונתו בשכתב וזרקו לו ר"ל וזרקו ברשותו, וכתב על זה הלח"מ דגירסת המ"מ היה בדברי הרמב"ם וזרקו לו, ומזה דייק שדעתו כדעת הרשב"א, והקשה דא"כ היה להרמב"ם לחלק גם כאן באומר זרוק לי חובי והפטר בין קרוב ללוה ובין קרוב למלוה, ומדלא חילק אלא בסיפא באמר לו זרוק לי חובי בתורת גיטין ע"כ דבאמר והפטר בכל אופן פטור, וכן כתב הטור בסימן ק"כ דאפי' רחוק למלוה ונאבד קודם שהגיע לידו פטור, ובקושיית הרשב"א כתב הלח"מ דאף דבאוקימתא קמייתא הוי סבר דגם באומר לו והפטר אם קרוב ללוה חייב, אבל למסקנא דאוקים באומר לו זרוק לי בתורת גיטין אמרינן דבאומר והפטר בכל אופן פטור, ותירוצו קשה דמנ"ל לומר דבמסקנא הדר ממה דהוי סבר דבאומר והפטר נמי קרוב ללוה חייב ולא פריך על זה אלא מאי למימרא, וכמו שהקשו התוס' והרשב"א, ועוד דהא הרשב"א מביא דכן איתא בירושלמי וז"ל שם מעתה אפי' קרוב ללוה זכה הלוה ותנינן קרוב ללוה הלוה חייב, שכן אם אמר לו זורקהו עד שיכנס לרשותו ועדיין לא נכנס לרשותו, א"כ מנ"ל להרמב"ם לחלוק בין על האוקימתא הראשונה בין על הירושלמי, והנה הלח"מ לא הזכיר תי' התוס' שהקשו כן וכתבו וי"ל דמיירי מסתמא דמפרש לו שיזרוק לו למקום שיוכל לשמרו הוא, אכן תי' התוס' אינו מיושב דזה ודאי דאם יזרוק למקום שאינו יכול לשמרו מסתבר דגם בסתמא אין בדעתו לפטרו, ואין צריך לאוקמי דמיירי שמפרש כן אבל אם זרק למקום שיכול המלוה לשמרו אלא שקרוב להלוה יותר למה נאמר דבסתמא מיירי בהכי דמפרש לו שיזרוק למקום שרק הוא יכול לשמרו ולא הלוה.

ונראה דהרמב"ם היה לו מקור לפסוק דבאומר והפטר בכל אופן פטור דבב"מ דף ע"א ע"ב בהא דתניא ישראל שלוה מעות מן הנכרי ברבית ובקש להחזירם לו מצאו ישראל אחר ואמר לו תנם לי ואני אעלה לך כדרך שאתה מעלה לו אסור ואם העמידו אצל נכרי מותר, דפריך הגמ' כיון דאין שליחות לנכרי איהו ניהו דקא שקיל מיניה רביתא ומשני מעיקרא כגון דאמר ליה הניחם ע"ג קרקע והפטר. ופריך, א"ה מאי למימרא ומשני כגון שנטל הנכרי ונתן ביד מהו דתימא נכרי גופיה כי יהיב אדעתא דישראל קא גמיר ויהיב קמ"ל, מבואר בגמ' דאם אמר לו הניחם ע"ג קרקע והפטר אין נ"מ בין קרוב למלוה או קרוב ללוה, ובכל גווני נפטר הישראל מן הנכרי, ואף דלדברי המ"מ יש חילוק דהכא

אמר לו זרוק לי חובי ובזה איכא למימר דכוונתו שיזרקנו לרשותו, אבל התם אמר לו הניחם ע"ג קרקע ולא אמר הניחם לי, אבל אין החילוק מוכרח דיש לפרש לשון לי כפשוטו שיזרקנו לו, אבל מנ"ל לדייק בזה דאם הוא קרוב יותר ללוה לא נפטר הלוה, וכבר כתבתי דזה פשיטא דאם יזרקנו רחוק מהמלוה באופן שיהי' אפשר לאחר ליקח ואינו משומר להמלוה ודאי לא נפטר, אבל אם הוא ג"כ קרוב למלוה מה איכפת לן שהוא קרוב גם ללוה, ולכן סובר הרמב"ם דלמסקנא דמשני דאמר לו זרוק חובי בתורת גיטין דוקא בכה"ג אם הוא קרוב ללוה לא נפטר הלוה משום דבעינן שהמעות יפלו במקום שבתורת גיטין יהי' נחשב כחצרו של המלוה וכמו שאשה מתגרשת בזה.

ומה דפריך בגמ' אי הכי מאי למימרא ולא פריך אמאי קרוב ללוה חייב יש לומר דהגמ' פריך רק ארישא דאם אמר והפטר וזרקו קרוב למלוה פשיטא דפטור ואף דעדיפא יש להקשות בסיפא בקרוב ללוה אמאי חייב מ"מ לא פריך דאפשר הכי סברה מתני' דאם קרוב ללוה עוד לא בא לרשות המלוה ואין כונתו לפטרו, ואף דהוי מצי לשנויי דבשביל סיפא תני רישא לא בעי לשנויי הכי ומוקים דאמר לו זרוק לי חובי בתורת גיטין, אבל אינו מוכרח דסבר הגמ' דדינא הכי דבאמר לו והפטר והיה קרוב ללוה חייב הלוה, ונהי דאם לא היה לנו מקור דבכה"ג נמי פטור בודאי לא היינו יכולין לחלוק על מה דסבר הגמ' בשינויא קמא, אבל כיון דמהסוגיא דב"מ מוכח דבאמר לו הניחם ע"ג קרקע והפטר אין נ"מ אם קרוב למלוה או קרוב ללוה אמרינן דגם כאן בשאמר לו זרוק לי חובי והפטר נמי אין נ"מ ובכל גווני פטור.

ועתה נבאר דברי הירושלמי ונאמר דמהירושלמי אין ראיה דלא כשיטת הרמב"ם דאינו מחלק באמר לו והפטר בין קרוב למלוה ובין קרוב ללוה, וכבר הבאנו סוף סוגיית הירושלמי אבל נביא כל הסוגיא דהכי איתא התם, ר' יסא בשם ר' יוחנן זו בגיטין משא"כ במתנה, התיב ר' זעירא קומי ר' יסא והא תנינן וכן לענין החוב, אמר לו שכן אם אמר לו זרקהו לים ויהא מחול לך מחול לו, מעתה אפי' קרוב ללוה זכה הלוה ותנינן קרוב ללוה הלוה חייב, שכן אם אמר לו זורקהו עד שיכנס לרשותו ועדיין לא נכנס לרשותו, והנה מפורש דהירושלמי לא מוקים לה בתורת אוקימתא דאמר לו והפטר אלא שכן אם אמר לו זורקהו לים ויהא מחול לך מחול, והיינו דאף שמעיקר דין פרעון לא נפטר הלוה במה שזרקו קרוב למלוה, מ"מ כיון שהמלוה אמר לו זרוק לי חובי בסתמא כונתו על דעת לפטרו בזה, וע"ז מקשה דא"כ אפי' קרוב ללוה יפטר, ועל זה משני שכן אם אמר לו זורקהו עד שיכנס לרשותו ועדיין לא נכנס לרשותו, והיינו דבסתמא כונתו שיזרקנו שיכנס לרשותו, ונמצא דכל זה סובר הירושלמי כן כשלא אמר לו והפטר, ומשום דסובר

דגם בלא אמר לו והפטר מפרשינן דבריו ובזה שפיר סובר דאנן מפרשינן שכונתו לפטרו כשיזרקנו שיכנס לרשותו, אבל הבבלי דלא סבר הכי, וכשלא אמר לו והפטר לא נפטר ודוקא כשאומר לו בפי' והפטר, וכיון שאמר לו בסתם זרוק לי חובי והפטר ודאי משמעות הלשון שבזריקה לבד יפטר, ואף דודאי צריך לזרקו למקום שהמלוה יוכל ליקח החוב ואין אנו צריכין לדברי התוס' דמיירי באופן זה, אבל אם המלוה יכול לשמרו אלא שהוא קרוב ללוה יותר בזה יש כאן חסרון רק שלא נכנס לרשותו של המלוה, וזה לא פירש המלוה שיכנס לרשותו ואמר בסתם זרוק לי חובי והפטר, ומש"ה שפיר סובר דבזה נפטר הלוה כשיזרקו באופן שיוכל המלוה לשמרו אפי' אם הוא קרוב ללוה יותר מלמלוה.

והנה המ"מ הביא דברי הרמב"ן בתשובה וז"ל דבר ברור הוא שהזורק חוב לחבירו אפי' בתוך חצי אמה שלו דלא הוי פרעון, מיהו היכי דאמר לו מעיקרא הילך מעותיך והלה מסרב בו ואמר איני רוצה לקבל זורקו בחיקו או בפניו והולך לו דקיי"ל נתינה בע"כ הוי נתינה עכ"ל, ובפ"ז מהל' מכירה הל' ג' בדין נותן דמי המטלטלין וחזר המוכר ואמר ללוקח בוא וטול מעותיך ונאבדו המעות דחייב המוכר באחריותן עד שיקבל המוכר מי שפרע ויאמר לו אח"כ בוא וטול מעותיך, כתב המ"מ וז"ל יש מפרשים דוקא כי איתנהו בעין הנך זוזי ממש דיהיב לוקח, אבל אם הוציאם וייחד אחרים תחתיהם וקבל מי שפרע חזרו כהלואה וחייב עד שיבואו לרשות הלוקח, ויש מי שכתב דאפי' הוציאן כיון שקבל מי שפרע ונותנם לו אע"פ שלא קבלם לוקח פטור וזה דעת הרמב"ן, ודברי המ"מ מבוארים בטור ובדברי המחבר בשו"ע סי' קצ"ח, וכתב ע"ז הגר"א בס"ק כ"ג דבהוציאם דהוי כהלואה ודאי לא נפטר כשאמר לו טול את שלך, דבמה זכה הלוקח בהמעות, אבל אם נתנם לו אע"פ שלא רצה הלוקח לקבלם ודאי נפטר דגם בהלואה קיי"ל בגיטין דף ע"ה נתינה בע"כ שמה נתינה, ואף לל"ק שם מודה בהלואה, וכתב דאף דמשמע מדברי המ"מ והטור דפליגי מ"מ נראה דאין כאן מחלוקת ע"ש שהאריך ולא הזכיר הגר"א שגם הנמוק"י הביא מקודם דברי הר"נ והרשב"א, וכתב ע"ז אלא שראיתי שהרמב"ן חולק בדבר וכתב דאע"ג דאפקינהו פטור, כיון שקבל עליו מי שפרע, וכתב שם בשם הר"נ דנתינה בע"כ לענין הלואה שמה נתינה, ומביא ראיה מתוספתא דתניא מי שבא בדרך והיו בידו מעות וראה אנס בא כנגדו ואמר לו טול את אלו שאני חייב לך אם קבל עליו פטור ואם לאו חייב טעמא דראה אנס הא לאו הכי אע"פ שלא קבל פטור, וגם הגר"א הביא ראיה זו והנמוק"י הוסיף וכתב וה"נ אמרינן בפ' מי שאחזו אמר רבא מתקנתו של הלל נשמע נתינה בע"כ שמה נתינה, וראיתי להר"נ בחדושיו שכתב

ואע"ג דאתקיף עליה ר"פ וכו' לא שבקינן מאי דפשיטא לרבא משום אתקפתיה דר"פ וכו', ועוד אפי' את"ל דאידחי ליה דרבא משום אתקפתיה דר"פ התם הוא במתנה שלא נחלקו אלא בע"מ שתתני לי מאתים זוז, אבל פריעה אפי' בע"כ מהני דמאי אית ליה למעבד מדתני בתוספתא וכו' והיא התוספתא שהביא הנמוק"י.

והנה עתה נדפס מחדש חדושי הרשב"א לב"מ וראיתי שכתב שם בסוגיא וז"ל אבל אם הוציאם כבר אע"פ שייחד מעות אחרים תחתיהם וקבל עליו מי שפרע ונאנסו נאנסו למוכר דמכיון שהוציאם הוו להו הלואה גמורה ואין אדם פוטר עצמו מחובו באומר תא שקול זוזך עד שיתנם או עד שיזרקם לתוך ידו או לתוך חיקו בין מדעתו בין בעל כרחו, וכדמשמע בגיטין פ' הזורק גבי וכן לענין החוב דמשמע התם דאינו פטור אלא באומר לו מלוה ללוה זרוק לי חובי והפטר, א"נ באומר לו זרוק לי בתורת גיטין, אלא שראיתי להרמב"ן שכתב דאי קביל עליה מי שפרע אע"ג דאפקינהו להנהו זוזי והשתא אמר ליה שקול זוזך ויהבינהו להו פטור עכ"ל הרשב"א ומה שכתב בדברי הרמב"ן ויהבינהו להו ע"כ אין כונתו שנתן לידו בעל כרחו, דהא זה כתב בעצמו כן וע"כ כונתו שזרקו בפניו דגם בכה"ג פטור בהלואה, ולכן גם המוכר נפטר, עכ"פ מבואר להדיא דהרשב"א בעצמו סובר דלא נפטר בין המוכר בין הלוה עד שיזרקם לתוך ידו או לתוך חיקו והרמב"ן סובר דפטור בזרקו בפניו, אלא שהרמב"ן בתשובה שהביא כאן המ"מ ביאר הדברים דזהו דוקא אם נתנם לו ואינו רוצה לקבלם ובלא זה לא נפטר, ועכ"פ מיושבים ד' המ"מ בפ"ז מהל' מכירה ודברי הטור ושו"ע בסי' קצ"ח שכתבו שהוא מחלוקת.

ועתה חל עלינו חובת ביאור טעמי שיטות הרמב"ן והרשב"א והנה הרשב"א הוכיח שיטתו ממה דתנן וכן לענין החוב דאוקמינן דוקא או באומר זרוק לי חובי והפטר או באומר זרוק לי בתורת גיטין, ומוכח דבאופן אחר לא מהני מה שיזרוק לו חובו אפי' קרוב למלוה, אכן גם הרמב"ן הא כתב כן דבסתמא אם יזרוק הלוה אפי' חצי אמה סמוך למלוה ויאמר לו טול חובך לא נפטר, ורק דסובר הרמב"ן דכל זה בלא נתן לו מתחלה החוב שיקבלו בידו, אבל אם נתן לו ולא רצה לקבל אז יכול הלוה לזרקו סמוך למלוה כיון דקיי"ל דבהלואה ודאי נתינה בע"כ שמה נתינה, ובדעת הרשב"א יש לומר דמה דקיי"ל נתינה בע"כ שמה נתינה הוא דוקא אם נתנו לידו או בחיקו, אלא דזה קשה מהא דאמר רבא מתקנתו של הלל נשמע דנתינה בע"כ לא שמה נתינה, ואי נימא דאפי' בהלואה דנתינה בע"כ שמה נתינה מ"מ דוקא כשיתנם לידו או לתוך חיקו, ובודאי אין זה דבר קל שאם הלוקח - גבי בתי ערי חומה - לא ירצה ליקח המעות שיוכל המוכר ליתנם לתוך ידו או לתוך חיקו, וא"כ מוכח מזה כדברי הרמב"ן דאם אינו רוצה לקבל

יכול לזרקו סמוך לו ויפטר, אכן יש לומר דמזה אין ראיה אלא דלא בעינן דוקא שיתנהו בידו דאף דבסתמא צריך הלוה ליתן להמלוה בידו וכמו שכתב הרשב"א, וכן הוא בדברי הרמב"ם כאן שכתב החוב הוא באחריות עד שיפרענו ליד המלוה, מ"מ כשאינו רוצה המלוה לקבל יכול ליתן החוב לפניו ברשותו של המלוה, וכמש"כ המ"מ בפ"ז מהל' מכירה שהבאנו בדברי הי"מ שכתב עד שיבואו לרשות הלוקח, דמצד עיקר הדין הא רשותו הוא כידו, אלא דצ"ל דזהו דין מסויים בדין חוב דכיון שקבל מידו צריך להחזירו לידו וזה דוקא אם רוצה לקבל וא"כ אין לנו ראיה מהא דרבא אלא דאם אינו רוצה לקבל יכול ליתן לו ברשותו, דזה ודאי אינו יכול הלוקח בהא דבתי ערי חומה להזהר שלא יכנס המוכר לרשותו, אבל אין לנו ראיה שגם אם יניח לפניו ברה"ר או אפי' בסמטא יהי' נפטר בכך, דאפי' בד"א הא לא תיקנו חכמים אלא כשרוצה לזכות בהן, ולפי"ז מבואר הסוגיא דוכן לענין החוב דצריך הגמ' לאוקמי דוקא באומר לו זרוק לי חובי והפטר או זרוק לי בתורת גיטין דמדמחלק מתני' בין קרוב למלוה או קרוב ללוה, ע"כ דלא מיירי בזרקו לחצרו של המלוה ובזה שפיר דלא מהני.

ואולי יש לחלק בין חוב ובין דין חזרת מוכר בקנין מעות וגאולת בית בבתי ערי חומה דגבי חוב לא נפטר אלא כשיתנם לידו של המלוה, וכמו שכתב הרשב"א וכן כתב כאן הרמב"ם וכמו שכתבנו דכיון שנטל מידו כשלוה צריך הוא לפרעו לידו, אבל דין חזרה גבי מוכר מטלטלין שמכר במעות אף שהוציאם שכתב הרי"ף דהוי כהלואה מ"מ לענין זה לא הוי כהלואה דהא מתחלה כשנטל המעות לא נטל ע"מ לפרעו אלא בדמי המקח רק דהדין הוא שיכול לחזור בו מהמקח ולהחזיר לו אפי' מעות אחרים, לכן כשמחזיר לו מעות ונותנם לרשותו מהני דלא היה כאן התחייבות מצד המוכר לפרעו לידו, ולכן מיושב מה שכתב המ"מ גבי חזרת המוכר דסגי אם יחזיר לרשות הלוקח דיוכל לסבור כהרשב"א שכתב גבי חוב דלא נפטר אלא כשנותן לידו או בתוך חיקו, ומיושב מה דאמר רבא מתקנתו של הלל נשמע דנתינה בע"כ שמה נתינה משום דדין גאולת בית בבע"ח אינו ג"כ כדין הלואה שנתחייב לפרעו אלא דהתורה נתנה לו דין גאולה, ולכן כשנותנו בפניו ברשותו מהני ודוקא גבי חוב נתחייב לפרעו כמו שנטל ממנו, ולכן כתב שפיר הרמב"ם כאן דהחוב הוא באחריות הלוה.

אכן זה שכתבנו נוכל לומר כן רק בדעת הי"מ שהביא המ"מ אם נאמר דסוברים כדעת הרשב"א לענין הלואה, אבל גם הנמוק"י והר"נ בחדושיו כתבו דאם הוציא המעות קיימי ברשותו לאונסין עד שיבואו לרשותו של לוקח, וכתבו על זה וכן דעת הרשב"א, והרשב"א בחדושיו הא כתב להדיא דמכיון שהוציאם הו"ל הלואה גמורה, ואין אדם

פוטר עצמו מחובו באומר תא שקול זוזך עד שיתנם או עד שיזרקם לתוך ידו או לתוך חיקו, א"כ דימה הרשב"א להדיא דין חזרת המוכר לדין הלואה, וכתב על זה דאין אדם פוטר עצמו מחובו עד שיתנם לתוך ידו או לתוך חיקו, וא"כ אם לא נעשה מחלוקת בין מה שהביאו הנמוק"י והר"נ בשם הרשב"א ובין מה שכתב הרשב"א בעצמו בחדושיו, ע"כ כמו שכתבנו מקודם דמה שכתב לתוך ידו או חיקו כונתו רק לאפוקי אם זרקו בפניו, אבל מודה דברשותו הוי כמו בידו, אבל דחוק הוא וצ"ע.

ואפשר נאמר דמה שכתב הרשב"א גבי חזרת מוכר דאם הוציאם הו"ל הלואה גמורה, ועל זה כתב דלוה אינו נפטר מחובו עד שיתנם לידו של מלוה כתב רק לאפוקי שאינו יכול לומר המוכר להלוקח שקול זוזך ואפי' אם יניחם בפניו, אבל לא נחית לזה אם יניחם ברשותו ובזה מודה שיש לחלק בין מוכר לחוב, ומוכרחין אנו לומר כן משום דגם הנמוק"י כתב מקודם דגבי חוב לא נפטר עד שיתן לידו ואח"כ כתב גבי חזרת מוכר עד שיבואו לרשות הלוקח.

ובעיקר מה שכתבתי לחלק בין דין הלואה לדין מוכר בית בבתי ערי חומה שרציתי לומר שהתורה נתנה להמוכר זכות גאולה ולא התחייב המוכר לפרוע להלוקח בתורת פרעון ולכן מהני כשיניח המוכר המעות ברשות הלוקח, יש למשדי נרגא בזה דהא איתא בערכין דף ל"א דמה שדר הלוקח בהבית כל השנה הוא רבית רק דפליגי הברייתות בדין צד אחד ברבית אם הוא רבית גמורה, ומוכח דאם הלוקח גואל הבית נעשו המעות הלואה ממש מדאפשר שיהיה רבית מן התורה, אכן יש לומר דאף דמדין התורה שנתנה זכות להמוכר לגאול הבית אם יגאל יעשו המעות למפרע הלואה מ"מ לא קבל עליו המוכר מתחלה לפרעו בדין פרעון, ומכיון שנתנה התורה זכות להמוכר לגאול שפיר אפשר שיוכל לגאול בזה שיתן המעות ברשותו של הלוקח, ואף דאם כן היכי מייתי רבא ראיה מכאן דנתינה בע"כ שמה נתינה לדין גט, לא דמי דאם מעיקר הדין נתינה בע"כ לא שמה נתינה ודאי א"א לומר שיהיה מהני מה שיתן המוכר להלוקח המעות לדין גאולה, אבל בדין נתינה לרשותו שפיר יש לחלק מדין פרעון חוב לדין גאולת בית בבתי ערי חומה, דהא כתבנו דמעיקר הדין וודאי גם בחוב היה צריך להיות נפטר במה שיתנהו ברשות המלוה, ומה שכתב הרשב"א דדוקא לתוך ידו זהו משום דעל דעת כן הלוה לו ועל דעת כן לוה שיחזיר לידו, וא"כ גבי גאולת בית דעיקר זכות הגאולה שנתנה התורה להמוכר הא זהו שלא ברצון הלוקח וא"כ איך נאמר דאדעתא דהכי קבל שיתנהו דוקא לידו ולכן כאן שפיר מהני גם אם יתנהו ברשות, ואפשר נאמר דמה שכתב הרשב"א גבי חזרת מוכר דאם הוציאם הו"ל הלואה גמורה ועל זה כתב דלוה אינו נפטר בחוב עד

שיתנם לידו של מלוה כתב רק לאפוקי שאינו יכול לומר המוכר להלוקח שקול זוזך ואפי' אם יתנם בפניו, אבל לא נחית לזה אם יניחם ברשותו דבזה מודה שיש לחלק בין מוכר לחוב ומשום דגם הנמוק"י כתב מקודם דגבי חוב לא נפטר עד שיתן לידו ואח"כ כתב גבי חזרת מוכר דוקא עד שיבואו לרשות הלוקח.

אבל בדעת הרמב"ן דסובר דאם אינו רוצה המלוה לקבל יכול לזרקו סמוך למלוה א"כ קשה למה הוצרכו לאוקמי דוקא באומר לו והפטר או בתורת גיטין, ואף דבמתני' לא תנן כשנתן הלוה החוב למלוה והמלוה לא רצה לקבל מ"מ אינו מיושב דהא גם האוקימתא דאמר לו זרוק לי חובי והפטר או שאמר לו זרוק לי חובי בתורת גיטין לא תנן במתני' וא"כ שפיר הוי מצי לאוקמי כשנתן לו ולא רצה לקבל, ואין לומר דזהו דוחק לאוקמי כשלא רצה לקבל חובו דלמה לא ירצה לקבל, דהא שפיר מצוי שאינו רוצה לשמור מעותיו ורוצה שהלוה יהיה חייב באחריותם.

ונראה לפי"ד הרשב"א שכתב כאן המ"מ דגם בזרוק לי חובי והפטר לא נפטר אלא כשהניחו קרוב למלוה ולא כשהוא קרוב ללוה, ומשום דכשאמר לו זרוק לי חובי בתוך רשותי קאמר וכל שהוא קרוב ללוה לא בא לרשות המלוה וזהו משום דהכי אוקמי רבנן ברשותו דמלוה כשהוא קרוב לו יותר וכמו דכן הוא בדין גיטין, ואפי' לדעת הרמב"ם שכתבנו דאינו סובר כהרשב"א, אבל עכ"פ הגמ' בשינויא קמא דבעי לאוקמי מתני' בהכי ע"כ סובר כן, יש לומר דזהו דוקא באמר לו זרוק לי חובי אבל באופן שכתב הרמב"ן שרצה ליתן לו חובו ואמר הלה איני רוצה לקבל שכתב הרמב"ן דזורקו בחיקו או בפניו והולך לו בזה אינו דוקא אם זורקו שיהי' קרוב למלוה יותר מללוה דאיך יעשה אם הם מעות ואם יזרוק מרחוק יתפזרו ויאבדו וע"כ שהוא צריך להניחם על הקרקע בפניו שאז הם קרובים ללוה כמו למלוה ויתכן שיהא עוד קרובים ללוה יותר כיון שהוא המניחם ואם לא נפטר הלוה ילך המלוה וישארו באחריות הלוה וע"כ דבכה"ג נפטר הלוה לשיטת הרמב"ן אף שעוד לא באו לרשות המלוה דסברתו היא דכיון שרצה ליתן לו ואינו רוצה לקבל להניחו בפניו ולומר לו טול חובך, דאין על הלוה חיוב יותר מכיון שנותן לו ואינו רוצה לקבל, ולכן שפיר לא מצי הגמ' לאוקמי מתני' דוכן לענין החוב בכה"ג דבזה אפי' קרוב ללוה אם אינו יכול ליתן לו באופן אחר נפטר.

והנה דעת הרשב"א ג"כ צריכה באור דסובר דמה דקיי"ל בהלואה נתינה בע"כ שמה נתינה אינו אלא שיתנה לידו או לחיקו של המלוה ואפי' אם נימא דנפטר גם בנתנן לרשותו והעיקר שבא למעט הוא כשמניחו או זורקו בפניו ברה"ר או בסימטא, דאיך יפרש התוספתא שהביא הר"נ והנמוק"י שהבאנו למעלה דתניא אם קבל עליו פטור ואם

לאו חייב דמוכח דבאין אנס גם אם לא קבל עליו פטור דבאיזה אופן מיירי, דאיברא דזה ודאי דגם לדעת הרמב"ן לא נוכל לפרש הברייתא כפשטה בבאין אנס נפטר הלוה כשאמר טול את אלו שאני חייב לך, דהא בזה גם הרמב"ן סובר דלא נפטר, וע"כ לדעת הרמב"ם נפרש שאמר טול את אלו והניחם לפניו, אלא דגם לדעת הרמב"ם צריכים אנו להוסיף שמקודם נתן לו ולא רצה לקבל ואח"כ הניחם לפניו, אבל לדעת הרשב"א דאינו נפטר מן החוב אלא כשנתנה בידו או ברשותו צריכים אנו לפרש דהכונה בתוספתא שנתן לו המעות ואמר לו עם הנתינה טול את אלו שאני חייב לך, ובמקום כשקבל המלוה לא קבל על דעת קבלת חוב אלא לשם פקדון ובודאי הוא דוחק גדול לפרש כן אלא דכיון שעכ"פ אנו צריכי' לדחוק בין להרשב"א בין להרמב"ן בפי' התוספתא דהא גם שהניחם לפניו לא קתני, לכן נראה דאפשר לפרש התוס' כפשטה שאמר לו טול את אלו שאני חייב לך וקבל המלוה ממנו דכיון דאנס כנגדו וע"פ דין אינו צריך לקבל החוב כשיש אנס כדתנן לא יחזיר לו במדבר לכן אפי' כשקבל ממנו כשאמר לו את אלו שאני חייב לך כל זמן שלא אמר לו בפי' שמקבל בחובו על אחריותו אין מזה שקבל ממנו שום ראי' שפוטרו דאפשר קבל ממנו לשמור המעות שיהיה בטוח בחובו באחריות הלוה ולכן דוקא אם קבל ממנו והסכים שיהא על החוב פטור ואם לאו אף שקבל המעות חייב הלוה, אלא שאם נאמר כן אין מהתוספתא שום ראיה לדין נתינה בע"כ בהלואה דשמה נתינה.

הלכה ב

היה ראובן חייב לשמעון מנה ואמר ללוי הילך לשמעון מנה זה שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר והוא חייב באחריותו עד שיגיע המנה לשמעון, החזיר לוי את המנה לראובן שניהן חייבין באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו.

השגת הראב"ד. היה ראובן חייב לשמעון מנה וכו' עד שיגיע ליד שמעון כל חובו. א"א אחריות לוי השליח איני יודע מה הוא אלא שאם יכפור ראובן במלוה נמצא לוי פושע בדבר עכ"ל.

המ"מ הביא מקודם דברי הרשב"א דלוי חייב לשלם ואם רצה בע"ח גובה ממנו, וכתב המ"מ ובהשגות וכו' וכבר נתבאר הדבר, וכן מצאתי כתוב תשובה להרי"ף שאם העני הלוה השליח חייב. וכתב על זה וכן עיקר ששניהם חייבין באחריותו כדברי רבינו, ודברי המ"מ אינם מדוקדקים דמתחלה כתב ורצה בע"ח גובה ממנו, ומוכח דרצה מזה גובה רצה מזה גובה ואפי' ראובן עשיר יכול שמעון לגבות מלוי וכן מסתבר שהרי זכה בשבילו המנה, אח"כ כתב מדברי הרי"ף שאם העני הלוה השליח חייב, ומוכח דלכתחלה צריך

שמעון לגבות מראובן, וראיתי שכבר עמד ע"ז הלח"מ דמדברי המ"מ מוכח דדוקא העני, ומדברי הטור מוכח דדעת הרמב"ם דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, וכן כתב זה הלח"מ בפ"א מהל' שכירות שחולקין בזה המ"מ והטור, ופלא על הלח"מ שלא הרגיש שדברי המ"מ בעצמם סותרים זא"ז, והיה נראה לומר דבתשובת הרי"ף שהביא המ"מ הי' העובדא שהעני הלוה והמ"מ סובר דאם בהעני חייב השליח ה"נ כשהוא עשיר אם רצה גובה מן השליח, והביא רק להוכיח דלא כדעת הראב"ד דדוקא בכופר, אלא דמ"מ הוא דחוק.

והנה בתשובת הרי"ף הישנות לא מצאתי תשובה זו ובת' החדשות מצאתי בסי' קכ"ג שכתב וז"ל, ראובן שקבל משמעון חוב שהיה חייב ללוי ואח"כ החזירו לשמעון הרי ראובן זה חייב לשלמו ללוי שכבר זכה לו בו ונעשה ברשותו וכן אמרו הולך מנה לפלוני וכו' אם בא לחזור אינו חוזר לפי שזכה בו לבעלים ואם החזירום חייב לשלם. עכ"ל ומבואר להדיא דלאו דוקא אם העני הלוה, ולכן צ"ל כמש"כ דהמ"מ אינו סובר דיש חילוק בין העני ולא העני דכיון דבהעני חייב ע"כ משום שכבר זכה בו המלוה א"כ גם בלא העני חייב לשלם.

עתה צריכים אנו לבאר דברי הראב"ד במה שכתב אחריות זו איני יודע מה הוא דלמה לא יפרש כפשוטו דאם אין להלוה לשלם ישלם השליח, או שאם רצה מזה גובה רצה מזה גובה ולמה צריך לאוקמי דוקא כשכפר הלוה.

ונראה דהראב"ד השיג דוקא משום זה דסובר דרצה מזה גובה רצה מזה גובה, דכיון דזכה השליח המעות להמלוה והוציא המעות והחזיר להלוה יש להמלוה לתבוע להשליח ואינו מחוייב כלל לתבוע קודם להלוה, ולכן אינו נופל ע"ז שם אחריות דזה שייך אם הי' צריך המלוה לתבוע קודם להלוה, ואם אין להלוה חייב השליח ונופל ע"ז לשון אחריות שהוא חייב באחריות אם הלוה לא ישלם, אבל כיון דאם רצה אין להמלוה עסק מקודם עם הלוה לא שייך בזה לשון אחריות, ואף דגבי הלוה אמר בגמ' שהוא חייב באחריות אף דגם בזה כיון שהלוה חייב למלוה אין למלוה עסק עם השליח, מ"מ אינו דומה דגבי הלוה כיון דאמרינן דאם בא לחזור אינו חוזר, וזהו משום דזכה השליח המעות להמלוה לכן צריך למיתני דחייב באחריותו ולא נימא דכיון שזיכהו להמלוה בהמעות כבר נפטר, ועוד דשם נופל לשון אחריות משום דהא שלח להוליך המעות להמלוה, ובדרך הרגיל צריך השליח להוליך המעות קודם שיבוא להלוה ויתבענו, ולכן אמר ע"ז חייב באחריות דאם לא יוליך השליח המעות חייב לשלם בעצמו, אבל בנוגע להשליח הוא להיפוך דמכיון דאמרינן שאם בא לחזור אינו חוזר, וע"כ משום דזכה

השליח המעות להמלוה וממילא ודאי אם החזיר השליח המעות להלוה צריך לשלם, ואין נ"מ אם אפשר לגבות מהלוה או אי אפשר.

לכן מפרש הראב"ד בדברי הרמב"ם במה שכתב חייב באחריות דאין הכונה אם החזיר השליח המעות להלוה באופן שיהיו שלו והוא ישלם להמלוה החוב בשביל חיובו. אלא דהכונה הוא שהחזיר המעות להלוה באופן שידע שהמעות הם כבר של המלוה שזכה מהם בשבילו, אלא דכיון שחזר ואינו רוצה להוליך המעות להמלוה מחזיר אותם להלוה שהוא יוליך המעות להמלוה שהם שלו, ולפי"ז אין החיוב על השליח אלא מדין שומר שמסר לשומר, ובזה השיג הראב"ד דסובר דלוה כיון שהמלוה האמינו להלוות לו המעות ה"נ מאמינו להפקיד בידו והוי כמו מסר השומר למי שרגיל להפקיד דפטור השומר הראשון לדעת הרמב"ם אפי' אם פשע השני ונאבד ואין לו לשלם כמו דסובר כן גבי מסר לאשתו ולבניו, ועיין בש"ך סי' ע"ב שהוכיח דאפי' לשיטות הסוברים דגבי אשתו ובניו חייב אם פשעו מ"מ גבי מי שרגיל להפקיד פטור, ואף דשם בעינן דוקא רגיל להפקיד מ"מ השיג שפיר דהא סתם הרמב"ם ולא חילק בין רגיל להלוותו או לא כמו שחילק בפ"א מהל' שכירות בדין שומר שמסר לשומר.

לכן כתב הראב"ד דנ"מ רק אם כפר הלוה וטעמא הוא משום דזה ודאי שלא מצינו אלא דיש רשות לשומר להפקיד למי שרגיל המפקיד להפקיד, אבל אין רשות להלוות מעות שנתן לו בפקדון אף שרגיל המפקיד להלוות לזה והוא פשוט, ולכן אף דסובר הראב"ד דאם נאבדו ביד הלוה אפי' בפשיעה השליח פטור משום שהי' לו רשות למסור לו זהו אם פשע דלא הי' לו לחוש בזה ומסרה לבן דעת. אבל אם כופר הלוה כיון שיתכן שהלוה יחזור וישתמש בהמעות בתורת הלואה ע"מ להחזיר, וכבר כתבנו דע"ז אין להשליח רשות, וזהו מה שכתב הראב"ד שאם יכפור ראובן במלוה נמצא לוי פושע בדבר והיינו דלעניין זה הוי פושע, אף דלענין אבדה מיד הלוה לא הוי פושע ומדוייק לשונו שכתב נמצא לוי פושע בדבר דנחית על זה מדין פשיעה בפקדון דאם הי' מחזיר להמלוה ע"מ שיהיו שלו אין זה גדר פשיעה אלא מזיק.

ובדעת הרמב"ם נוכל לומר שני אופנים או שלא הקפיד לכתוב חייבים באחריותו כיון דהוא חד דינא השליח עם הלוה או דנימא דבאמת אינו סובר כמש"כ בדעת הראב"ד דהלוה לגבי המלוה הוי כמו שרגיל להפקיד אצלו, דכיון דהראב"ד בעצמו מודה דלגבי זה שהלוה יכפור הוי פשיעה דאף שמסרו לו בתורת פקדון איכא חשש שיחזור וישתמש בהמעות, א"כ אפי' אם נאבד לא הוי כמו שמסר למי שרגיל להפקיד, ולכאורה היה אפשר לבוא מטעם אחר דכיון דלגבי זה שהלוה יכפור הוי פשיעה, א"כ אם נאבד הוי

תחלתו בפשיעה וסופו באונס, אבל באמת אין זו טענה דהא אנו דנין עכשיו לפי"ז דנימא דברגיל להפקיד אצלו אף אם פשע פטור השומר הראשון, וטעמא משום דהוי סילוק שמירה כיון שהיה לו רשות להפקיד אצלו, וא"כ לא מטעם אונס פטרינן אלא משום דלא הוי שומר כלל, אחר שנתן לשני לכן כתבנו מטעם אחר משום דמטעם זה הא לא מיקרי ראוי להפקיד אצלו.

ובדעת הראב"ד יש לומר דכיון דבאמת הא ראוי גם להלוותו כיון שהלוה לו המלוה אם הוא רגיל להלוותו, אלא דכתבנו דמ"מ אם יחזיר לו השליח ע"מ שיהיו המעות שלו וישלם משלו בודאי חייב השליח דלו אין רשות להוציא המעות ולהלוות אפי' אם המלוה היה רגיל להלוותו, וא"כ כאן שאנו דנין אם מסרו לו השליח בפקדון, רק שאנו אומרים שכיון שמצוי שיורה הלוה היתר לעצמו לחזור ולהשתמש בהמעות, וכיון דזה ודאי אינו מצוי שאח"כ יכפור בהמלוה דהא האמינו רק שאנו חושדין שמא ישתמש וכיון שבאמת המלוה הי' מלוה לו א"כ לא נימא דבשביל זה הוי אינו ראוי להפקיד אצלו כיון דבאמת הי' מרוצה המלוה גם להלוותו, ומ"מ אם באמת השתמש וכפר עכשיו הוי פשיעה במה שהפקיד בידו כיון דזה מצוי שיורה היתר להשתמש, וא"כ עצם המעות אינם משומרים בתורת פקדון, אבל אם נאבד הא כבר כתבנו דאין לבוא כאן מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס.

ובדעת הרמב"ם יש לומר דכיון דאין המעות משומרים משום שמא ישתמש אפי' אם המלוה לא היה מקפיד להפקידו אצלו משום זה, מ"מ אין להלוה רשות להפקיד בידו דדוקא אם הוא ודאי שומר נאמן יש בזה דין דרגיל להפקיד.

נמצא דהרמב"ם והראב"ד יהיו מחולקים בפי' רגיל להפקיד אצלו, דלהרמב"ם דין רגיל להפקיד אצלו עושה רק דלא אמרינן בזה אין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר, וממילא איכא פטורא דמסרה לבן דעת וזהו גופה שמירה, ואף דגם מ"ד שומר שמסר לשומר פטור, סבר דאם פשע השני חייב הראשון אף דאמר טעמא דפטור שהרי מסרה לבן דעת וגבי מסר למי שרגיל להפקיד פטור אפי' אם פשע השני. זהו משום דאיכא טעמא דאין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר ולא יוכל להסתלק משמירתו, וגבי מסר למי שרגיל להפקיד, דליכא טעמא דאין רצוני נסתלק משמירתו לכן פטור אפי' אם פשע השני, ונמצא דכל זה אם הוא ראוי לשמירה, אבל אם אינו ראוי לשמירה עכשיו אפי' אם המפקיד הי' גם עכשיו מפקיד אצלו לא מהני וחייב, ולהראב"ד נימא דטעמא דפטורא דמסר למי שרגיל הבעלים להפקיד אצלו אינו משום טעמא דמסרן לבן דעת, דהא מסרן לבן דעת אינו פוטר אם פשע השני, אלא דמסר למי שרגיל הבעלים להפקיד אצלו הוא פטור מיוחד דכיון

שהבעלים היו מרוצים בזה יכול למסור לו ולהסתלק משמירתו, לכן כאן כיון שהבעלים היו מרוצים שיפקיד ביד הלוה אם רגיל להלוותו שפיר מיקרי רגיל להפקיד ופטור.

והנה בפ"ד מהל' נזקי ממון הל' י"א בארתי מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין מסר השומר לשומר אחר לענין חיוב נזקין, ומבואר שם דלדעת הרמב"ם מה דשומר הראשון חייב אם פשע השני לענין שמירת גופו זהו משום דלא הי' רשאי למסור, ונמצא דמה דפטור במי שרגיל להפקיד הוא משום שרשאי למסור, אבל הפטור הוא משום שמסרן לבן דעת, אבל הראב"ד סובר כפי מה שבארתי שם דטעמא דחייב השומר הראשון אם פשע השני אינו משום שלא הי' רשאי למסור ומשום אין רצוני אלא אפי' אם היה רשאי למסור, מ"מ ודאי חייב הראשון אם פשע השני וטעמא דפטור במסר לאשתו ולבניו אפי' אם פשעו הוא משום דהוי כמו שאמר לו למסור להם, ולפי"ז לדברי הש"ך דגם במסר למי שרגיל להפקיד פטור אפי' אם פשע השני הוא ע"כ כמו שכתבתי דכיון שהבעלים היו מרוצים בזה יכול למסור להם ולהסתלק משמירתו.

ולפי"ז לענין מסר השליח להלוה לשם פקדון שיוליך להמלוה שכתבנו דבתורת פקדון אין זה שימור טוב שיתכן שיורה הלוה היתר להשתמש בהמעות כיון שהמלוה הלוה לו ובפרט אם הוא עוד קודם זמן הפרעון, רק שכתבנו דאם המלוה רגיל להלוותו ובפרט אם הוא עוד קודם זמן הפרעון היה המלוה מרוצה שימסור לו השליח כיון שמאמינו, ורק שכתבנו דלהלוות לו ודאי אינו רשאי השליח אלא דכאן לא הלוה לו אלא מסר לשם פקדון, וא"כ לשיטת הרמב"ם דעיקר הפטור במי שרגיל להפקיד הוא משום דמסר לבן דעת וגם רשאי למסור להם דליכא טעמא דאין רצוני וא"כ במסר השליח ללוה דמצד פקדון כתבנו דאינו שימור טוב, ורק דאם אפי' ישתמש הלוה בהמעות היה המלוה מרוצה בזה, לשיטת הרמב"ם לא יוכל השליח להיות נפטר בזה שהמלוה הי' מרוצה כיון דעיקר פטורא צריך להיות משום דמסרן לבן דעת והוי שימור טוב, וכאן בתורת פקדון אין זה שימור.

אבל לדעת הראב"ד דמסרן לבן דעת אין זה פטור לגבי פשע השני אפי' היכא דליכא טעמא דאין רצוני וע"כ במי שרגיל להפקיד הוי פטורא אחרינא דכיון שהבעלים היו מרוצים בזה יכול למסור להם ולהסתלק משמירתו, וא"כ גם כאן כיון שהמלוה הי' מרוצה שיחזיר השליח להלוה לשם פקדון שיחזיר לו שפיר נפטר השליח אפי' אם פשע הלוה ונאבד, וכל זה הוא אם נאבד מיד הלוה אפי' בפשיעה, אבל אם נטל המעות לעצמו וכפר הלוה בהמלוה בזה לא מהני מה שהיה המלוה מרוצה שימסור השליח להלוה דזה אינו אלא משום שהי' רוצה להלוות לו, וכבר כתבנו דלהלוות לו לא מהני ע"ז הא

דרגיל להלוות, וממילא כיון דבאמת נטל המעות לעצמו וזה הוי פשיעה לענין זה גופא א"כ הוי כמו שהלוה לו בעצמו וזהו שכתב הראב"ד דאם כפר הוי פשיעה דבזה לא מהני פטורא דרגיל להפקיד אבל אם לא כפר כבר כתבנו דלא שייך כאן הא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס.

ומבואר דהרמב"ם והראב"ד הולכים לשיטתם בטעמא דפטורא דרגיל להפקיד אם הוא משום דמסרן לבן דעת ורק דליכא אין רצוני, או דמסרן לבן דעת לא מהני לענין פשע השני והוא פטור מיוחד וכמו שנתבאר.

-השמטות ומלואים-

במש"כ לעיל על מש"כ הרמב"ם החזיר לוי את המנה לראובן שניהם חייבים באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו. וכתב ע"ז הראב"ד אחריות לוי השליח אינו יודע מה הוא אלא שאם יכפור ראובן במלוה נמצא לוי פושע בדבר שאין דברי הראב"ד מובנים דלמה דוקא אם כפר ולא אם העני ראובן כמש"כ הרי"ף בתשובה שהביא המ"מ כתב בזה דהא יש להקשות על הרמב"ם ע"פ ד' הרי"ף בפ"א דגיטין גבי תן שטר שחרור זה לעבדי דאף דקיי"ל כחכמים דאין האדון יכול לחזור מ"מ העבד לא יצא לחירות עד שיבוא השטר לידו וכן סובר הרמב"ם וכתבו הקצוה"ח והנתיבות בסי' קכ"ה בטעמא משום דהוי כמו תנאי. ועפי"ז קשה דלמה חייב לוי לשלם הא אמר לו תן והוי כמו תנאי. וכיון שהחזיר לראובן לא נתקיים התנאי. וזה הקשה הקצוה"ח שם וכתב הנתיבות דכל תנאי שהוא לטובת המקבל יכול המקבל למחול התנאי ולומר הריני כאלו התקבלתי. והקשה ע"ז מדברי הרמב"ן הביאו הר"ן בפ"א דקדושין גבי זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר דחוזר בין בשטר בין בשדה. שכתב הרמב"ן מהא שמעינן שאע"פ שהתנאי לתועלת המקבל תנאי הוי. ואין הלה יכול לומר הרינו כאלו התקבלתי. וגם במשובב דחה דבריו אבל לא הביא ד' הרמב"ן. עוד הביא מדברי התורת גיטין על אה"ע סי' ק"מ דהרי"ף והרמב"ם שאמרו כן זהו רק בשטר ולא בממון דבממון כיון דלא סגי בלא נתינה אמרינן דתנו דקאמר לאו לתנאי. אבל בשחרור אם היה כונתו שיזכה מיד א"כ לא צריך שיגיע השטר שחרור ליד העבד. וע"כ דמה דאמר תן לתנאי קאמר. והקשה ע"ז דהא בהרי"ף מפורש שאף בממון הדין כן דהא כתב שם ואשכחן זכיה כה"ג גבי הולך מנה לפלוני שאם בא לחזור אינו חוזר וחייב באחריותו.

ולכן כתב דאין טעמן של הרי"ף והרמב"ם משום דהוי כמו תנאי אלא דהזכיה הוא רק לענין דין שלא יוכל לחזור בו ולא שזכה את השטר. וזהו לשון תנו היינו שאינו תלוי בדעתי ותלוי רק בדעתך. ומצינו כה"ג בהקנאה בדשלב"ל לר"מ דאם אמר מעכשיו שיטת

הרמב"ן מובא ברשב"א בקדושין דף ס"ג שאם נקרע השטר לא קנה. ומ"מ אינו יכול לחזור בו. וכן כאן מהני תנו שלא יוכל לחזור. אבל לא זכה בהשטר ולא נעשה למשוחרר. ומבואר מה שהשיג הראב"ד דסובר דדוקא בכופר הלוה דאף שלא זכה עוד המלוה. אבל כיון שאינו יכול לחזור נעשה בטוח בחובו וכשהחזיר לו גרם לו הפסד. אבל בהעני הלוה אין זה ברי היזיקא דשמא יתעשר ואינו חייב משום גרמי. אלא שהקשה דא"כ יש חילוק בין תנו לזכו. ומדברי הרמב"ם בפ"ד מהל' זכיה משמע דשניהם שוים.

והנה לפי"מ שביאר טעמן של הרי"ף והרמב"ם גבי תן שטר שחרור זה לעבדי דלא נפיק לחירות עד דמטא גיטא לידיה. דלא משום דהוי תנאי אלא דבאמת לא זכה העבד השטר כלל רק שנתן להשליח זכות ליתן השטר שלא יהי' תלוי בדעת האדון. לא ידעתי איך יתיישב בזה דעת הראב"ד דאם לגמרי תלוי בדעת השליח. א"כ מנלן לומר דאם כפר הלוה חייב השליח משום גרמי כיון דהמלוה לא זכה כלל בהמעות ותלוי בדעת השליח. ומה שהיה לו רשות למסור המעות להמלוה לא בשביל זה נאמר דהוי גורם להזיק כיון שלא הי' לו זכות כלל. והא קמן שהשליח לא רצה למסור להמלוה. אלא דבעיקר פירושו דתנו אינו פועל אלא דיש רשות להשליח למסור השטר ושלא יהיה האדון יכול לחזור בו. קשה דהיכן מצינו שיהיה רשות להשליח למסור השטר שחרור בלא דעת האדון. דכיון דנימא דלא זכה העבד בהשטר א"כ מה שמוסר השליח להעבד השטר הוא בתורת שליח להולכה והיכן מצינו שיכול השליח לעשות שליחותו אם האדון מוחה. וזה דוקא לר"ל דלא אתי דבור ומבטל דבור. אבל אנן קיי"ל כר"י דאתי דבור ומבטל דבור. ולהדיא אמרינן בקדושין שם דנתינת גט ליד שליח הוי דבור ואתי דבור ומבטל דבור.

ומה שהוכיח מדברי הרמב"ן דלר"מ דאדם מקנה דשלבל"ע אף דנקרע השטר קודם שבא לעולם לא מהני מ"מ אינו יכול לחזור בו. ושם מיירי בדין שטר שחרור של עבד שכתב לו לכשאקחך הרי גופך קנוי לך מעכשיו. וחזינן דאף דהעבד לא נשתחרר מ"מ מהני השטר לזה שלא יוכל לחזור בו. אלא דשם לא מיירי בדין מסירת השטר שחרור ע"י שליח אלא שהאדון בעצמו מסר לו השטר וכתב לו כן.

אכן עיקר דברי הרמב"ן אינו מובן דלמה נימא דנקרע השטר לא מהני ומ"מ אינו יכול לחזור בו. וכבר הקשה זה הרשב"א שם וז"ל ולא הבנתי טעם הדבר דמה נפשך אם אינו חוזר הרי אנו רואים את הגט כאלו חל. ואם לא חל א"כ אף לענין חזרה כן ויכול לחזור. ונראה בדעת הרמב"ן דסובר דיש חילוק בין מעשה הקנין ובין שיהיה הדבר נקנה. דאף דר"מ סובר אדם מקנה דשלבל"ע זהו שיהיה חל מעשה הקנין. אבל שיהיה קנוי בזה לא מהני כל זמן שלא בא לעולם. ונמצא דכיון דמעשה הקנין חל לכן כשיבוא לעולם נקנה

אף שחזר בו קודם. אבל אם נקרע השטר לא מהני דבעינן דבשעה שהקנין חל ונעשה הדבר קנוי שיהיה מעשה הקנין קיים וראוי לחול. והנה מצינו כעין זה בדין מעכשיו ולאחר שלשים דאינו יכול לחזור בו. ומ"מ בעינן דוקא שתהא עומדת באגם אבל ברה"ר לא קנה. ולפי"ז נצטרך לומר דגם בשטר שחרור שייך לומר כן. דהא הרמב"ן כתב כן על לשאקחך הרי גופך קנוי לך מעכשיו. ואולי כיון דאמר בלשון קנין דמי לדין קנין דשייך לומר דמעשה הקנין התחיל מקודם. ומ"מ לא נעשה משוחרר עד שקנה אותו.

ועתה עלינו לדון בדין תן שטר שחרור זה לעבדי דזה כבר כתבתי דאין לומר דלא קנה העבד כלל ומ"מ אינו יכול לחזור בו. דא"א לומר שהשליח יכול ליתן השטר להעבד אף שהעבד לא זכה. ולכן אם נדמה זה לדינו של הרמב"ן נצטרך לומר שבאמת העבד זכה בהשחרור אבל לא זכה אלא במעשה השחרור והיינו בקנין השטר. אבל כיון שאמר תן שטר שחרור זה לעבדי וגלי דעתיה שלא יהיה משוחרר עד שיקבל השטר אמרינן דלענין עיקר מעשה קנין השטר לא אמרינן דהוי תנאי עד שיתן. אבל בדין השחרור איחר זמן השחרור עד שיקבל העבד השטר. ולפי"ז אולי נוכל לומר כמו שכתב בדעת הראב"ד דאף דהיכי דאמר תן או הולך דעת הנותן שלא יזכה המקבל עד שיבוא לידו. מ"מ הא לזה מהני הזכיה שלא יוכל הנותן לחזור משום דלענין מעשה הקנין נעשה מעכשיו שליח וזכה בשבילו. ולכן יסבור דדוקא אם כפר הלוה חייב מדינא דגרמי דהוי ברי הזיקא. אבל לא אמרינן שזכה המלוה ממש בהמעות ולכן היכי שהעני הלוה פטור. אלא דמ"מ אין הדבר ברור אצלי לחלק לענין זה בין כפר ובין העני.

והנה מה שכתב לדחות דברי התורת גיטין מדברי הרי"ף עצמו יש לומר דלא דמי דהתורת גיטין כתב דבממון כיון שעיקר הנתינה הוא שיתן לו. לכן אמר תן ואין ראיה שכונתו לתנאי. אבל הרי"ף מה שהביא מדין הולך מנה שחייב באחריותו אין כונתו משום תנאי של הלוה. אלא שעיקר הזכות שצריך השליח לזכות בשביל המלוה תלוי בספק דאם יאבדו המעות אצל השליח אין זה זכות למלוה. והרי"ף מוכיח רק דין זה דאפשר לדון דין זכיה ושיהיה מוטל הזכיה בספק. ולכן גם בשחרור כיון דסובר הרי"ף דבזה מפרשינן דכונתו שיזכה רק אם יבוא השטר לידו אמרינן כן אף דהזכיה מוטלת בספק.

ומה שדחה דברי הנתיבות שכתב דבתנאי של ממון יכול לומר הריני כאילו התקבלתי ממה שכתב הרמב"ן גבי זכו בשדה זה לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר דחוזר בין בשטר בין בשדה שכתב הרמב"ן דמהא שמעינן שאע"פ שהתנאי לתועלת המקבל תנאי הוי ואין הלה יכול לומר הריני כאלו התקבלתי שהמוכר ג"כ לפיכך תלה הדבר בתנאי

כדי שיוכל לחזור בו בכל שעה קודם שיתקיים התנאי, נראה דיש לחלק בין תנאי מפורש כמו היכי שאמר ע"מ שתכתבו לו את השטר דהא מפורש אמר בלשון תנאי, והרמב"ן הוצרך להוכיח דגם בתנאי ממש לא נימא דכיון שהוא לתועלת המקבל, והמקבל מרוצה גם כשלא יתקיים התנאי מ"מ תנאי הוי, והסביר יותר דאפשר כונתו לתלות הקנין בהתנאי שיוכל לחזור בו אבל זהו בתנאי ממש, אבל כשאמר לו תן מנה לפלוני כיון דבסתמא הוא לתועלת המקבל, וכמו שכתב בתורת גיטין בזה לא נימא דבסתמא הוי הלשון בדרך תנאי והזכיר הנתיבות הלשון הריני כאלו התקבלתי, והיינו דמסברא לא נימא דהוי גדר תנאי ואמר תן כדי שיתן לו, ולולי ד' הרמב"ן היה אפשר לומר דגבי זכו בשדה זה לפלוני ע"מ שתכתבו לו השטר יש טעם שירצה הנותן דוקא בכתיבת השטר דהא קיי"ל דשמא ימות חיישינן א"כ חושש הנותן שמא ימות והיורשים יחזיקו בהשדה בתורת שהיא שלו ויהיה בידם בגזל, אבל בתן או הולך מנה לפלוני לא שייך חשש זה.

הלכה ה

חנוני שהיה נותן לבעל הבית מן החנות כל מה שירצה בתורת הלואה ומקיפו עד שיתקבץ הכל ופורע לו, ואמר לו בעל הבית תן לפועלים סלע או לבעל חובי מנה שיש לו אצלי ואני אתן לך והרי החנוני אומר נתתי, והפועל או בעל חובו אומר לא לקחתי, הרי הפועל או בעל חוב נשבע ונוטל מבעל הבית חובו, וכן החנוני נשבע ונוטל מבעל הבית מה שטען שנתן שהרי הוא אמר לו ליתן, והפועל נשבע במעמד החנוני וכן החנוני במעמד הפועל או בעל חוב כדי שיכלמו זה מזה, וכן כל כיוצא בזה, ושבועה זו תקנת חכמים היא בנקיטת חפץ מפני שבאין שניהן ליטול, לפיכך אם מת החנוני נוטל בעל חוב בלא שבועה, וכן אם מת פועל או בעל חוב החנוני נוטל בלא שבועה שהרי אין בעל הבית מפסיד כלום, ואינו משלם אלא תשלום אחד.

המ"מ הביא כאן דהרמב"ן חולק על הרמב"ם בתרתי א' במה שכתב דבין מתו הפועלים בין מת החנוני אין כאן אלא תשלום אחד, והרמב"ן סובר דאם מתו הפועלים נוטלים היורשים בשבועה שלא פקדנו אבא, ודוקא כשמת החנוני אינם נוטלים היורשים, וטעמא משום שהחנוני אינו נוטל אלא מן התקנה משום דמעיקר דינא פטור הבעה"ב דהו"ל אומר איני יודע אם הלויתני, ולכן היורשים אינם יכולים לישבע בשבועה שלא פקדנו כיון דעיקר נטילתו של החנוני מן התקנה בשבועה ולכן לא דמי ליורשין שנשבעין על השטר שבועה שלא פקדנו אבא, שנוטלים מדינא, אבל הפועלים נוטלים מדינא דהבעה"ב הו"ל איני יודע אם פרעתיך לכן כשמתו הפועלים נוטלים היורשים בשבועה שלא פקדנו אבא, ב' חולק על הרמב"ם במה שכתב דבין הפועלים בין החנוני כשאין כאן

אלא תשלום אחד נוטלים בלא שבועה, והרמב"ן סובר דדוקא פועלים דנוטלים מדינא והשבועה הוא מן התקנה משום דמשלם שני תשלומים, ולכן כשאין כאן אלא תשלום אחד אין נשבעין, אבל החנוני כיון דכל נטילתו הוא מן התקנה ותיקנו נטילתו בשבועה לכן אפי' אין כאן אלא תשלום אחד נשבע, והנה לכאורה אין נ"מ ממחלוקת השניה כיון דהרמב"ן סובר דכשמתו הפועלים נוטלים היורשים, א"כ לא משכחת תשלום אחד לגבי חנוני, אלא דמשכחת לה שהפועל הי' גר שמת בלא יורשים.

והנה במה שחלק הרמב"ן על שיטת הרמב"ם גבי חנוני אפי' אין בעה"ב משלם אלא תשלום אחד למה יטול החנוני בלא שבועה הא מדינא אינו נוטל דהו"ל בעה"ב אומר איני יודע אם הלויתי, כתב הש"ך בסי' צ"א מדברי הבעה"ת שהביא דברי הר"י בן פלט שהשיב להרז"ה שהקשה דהיכי פטרינן חנוני משבועה היכי דלא מכחשי אהדדי דהא המוציא הוצאות על נכסי אשתו דליכא דמכחיש ליה ונשבע, והשיב הר"י בן פלט דהכא גבי חנוני שקיל מדינא, ולא דמי לאיני יודע אם הלויתני דהכא חזקה שליח עושה שליחותו וביחד עם בריא ושמא חייב לשלם, והוכיח זה מכתובות דף י"ב בטוענת משארסתני נאנסתי דר"ג אומר נאמנת דמצרפינן חזקה דגופא בהדי בריא ושמא, אבל במוציא הוצאות ליכא חזקה ומוכח מדבריו דמוציא הוצאות לא שקיל מדינא ולהכי צריך שבועה אע"ג דליכא דמכחיש ליה, אך דברי הר"י בן פלט צ"ע דהא קיי"ל בעירובין דף ל"א ע"ב ובגיטין דף ס"ד ע"ב דבדאורייתא לא מהני חזקה שליח עושה שליחותו ואין לומר דבצירוף ברי ושמא מהני, דעכ"פ איך מביא ראיה ע"ז מהא דמהני חזקת הגוף עם בריא ושמא דהא חזקת הגוף מהני באיסורין דאורייתא.

אכן הר"ן בריש כל הנשבעין כתב בטעמא דלא תנן במתני' כל הנשבעין ונוטלין פוגמת כתובתה וע"א מעידה שהוא פרוע והגובה מנכסי יתומים ומנכסים משועבדים ונפרע שלא בפניו והמכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה נתן ויטול והמוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול, ותי' הר"ן דמתני' חשיב הני דמדינא לא הוי להו למשקל כלל אלא שחכמים תיקנו שיהיו נוטלין בשבועה, אבל הנהו מדינא אית להו למשקל בלא שבועה וכתב ומוציא הוצאות נמי מדינא שקיל בלא שבועה, ואע"ג דבעלמא אמרינן לאו ברי עדיף הכא כיון שהוציא ברשות והשביח נאמן מדינא אלא שחכמים החמירו עליו לישבע, וכן כתב ר"ח שם בפ' האשה שנפלו מהא שמעינן דכל היכי דאיהו ידע והך לא ידע נשבע איהו דידע ושקיל וה"מ בעושה ברשות עכ"ד הר"נ, ומה שהוכיח מדברי הר"ח צריך ביאור דהא לא כתב דנוטל מדינא אלא נשבע איהו דידע ושקיל, ונראה דכונתו דכיון דכתב הר"ח מהא שמעינן ולומד מזה בכל כיוצא בזה

ואם איתא שהכל מן התקנה מנלן ללמוד מזה אפשר עשו חכמים תקנה כדי שיטפל הבעל בנכסי אשתו, ולכן הוכיח דסובר דמדאורייתא נוטל דכל שעושה ברשות וטוען ברי והלה אינו מכחישו נאמן אלא דנשבע מן התקנה, וצריך לפרש לפי"ז דמה שכתב שם הר"ח וז"ל ואי קשיא לך אמאי לא תני לה בכל הנשבעים ונוטלים י"ל הני כולהו הנתבע מכחיש התובע והאי הנתבע לא ידע והוי בריא ושמא וכל בריא ושמא ברי עדיף, ומשום דלא דמי להו לפיכך לא שנאה בכללן ומהא שמעינן וכו', דכונתו במה שכתב ומשום דלא דמי להו היינו דבעיקר הדין לא דמי דהנהו משלמין מן התקנה, וזה מדינא משלם והשבועה מן התקנה, ומה שכתב הר"ח וכל ברי ושמא ברי עדיף אין כונתו כפשוטו דהא קיי"ל לאו ברי עדיף, אלא בכגון זה כשעושה ברשות וכמו שסיים בדבריו וכמש"כ הר"נ.

ועתה במה שנוגע למה שחולק הרמב"ן על הרמב"ם דאמאי יטול החנוני בלא שבועה כשאינו משלם אלא תשלום אחד דהא אינו נוטל מדינא לא קשה כלל דחנוני על פנקסו הוי כמוציא הוצאות כמש"כ הר"נ להדיא במתני' דחנוני על פנקסו וז"ל דכיון דחנוני ידע ובעה"ב לא ידע נאמן חנוני בשבועה כיון שהוציא ברשות כדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו דתנן דישבע כמה הוציא ויטול כמו שכתב עליה ר"ח ז"ל וכתבתיו בריש פירקין, וא"כ דין החנוני כדין הפועלים וכשאין הבעה"ב משלם אלא תשלום אחד שפיר נוטל גם החנוני.

איברא דהר"נ שם אף שכתב מתחלה דחנוני דינו כמוציא הוצאות כתב שם וז"ל והא דתנן דחנוני נוטל בשבועה לאו דוקא מפני שפועלים מכחישים אותו דה"ה דאפי' ליתנהו לפועלים שבועה בעי דהא מוציא הוצאות על נכסי אשתו ליכא דמכחיש ליה ואפ"ה אינו נוטל אלא בשבועה והרמב"ם ז"ל חולק בזה ואין דבריו נכונים וכתבתים בפ' האיש מקדש עכ"ל, והנה דבריו כאן היו מיושבים אפי' אם חנוני נוטל מדינא מ"מ נילף מדין מוציא הוצאות דאע"ג דליכא דמכחיש ליה נשבע, וזהו באמת קושיית הבעה"מ שהשיב ע"ז הר"י בן פלט לחלק משום דחנוני נוטל מדינא, אבל כיון דגם מוציא הוצאות נוטל מדינא, א"כ גם בחנוני אף שאינו משלם הבעה"ב אלא תשלום אחד למה אינו נשבע, אבל התימה הוא שבקדושין בפ' האיש מקדש גבי האומר לשלוחיו חלק על הרמב"ם מטעמו של הרמב"ן וכתב וז"ל, אבל אם מתו פועלים אין חנוני נוטל בלא שבועה משום דחנוני מדינא אפי' בשבועה לא שקיל דהו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך אלא דהימנוהו רבנן בשבועה לפי שהוא נתן לו רשות ליתן לפועלים הילכך אפי' ליכא דמכחיש ליה שבועה בעי דומיא דמוציא הוצאות וכו', וזה שלא כד' הרמב"ם וכו', ודבריו שם הם תימה דהא בעצמו כתב בשבועות שהבאנו דבריו

דגם חנוני על פנקסו נוטל מדינא כמו מוציא הוצאות.

אכן באמת יש לעיין בד' הר"נ במה שכתב דחנוני דמי למוציא הוצאות על נכסי אשתו דהא במוציא הוצאות אינו נוטל אלא היכי דאיכא שבח, וכאן בחנוני אם הי' נפטר הבעה"ב מן הפועלים זהו השבח שלו, אבל הא אנו דנין אם אנו מאמינים להחנוני לגבי הפועלים או לא וא"כ איך נוכל לדון להחנוני מדין מוציא הוצאות, והר"נ נחת עלה מדברי הר"ח שכתב גבי מוציא הוצאות, מהא שמעינן דכל היכי דאיהו ידע והיאך לא ידע משתבע האי דידע ושקיל וה"מ בעושה ברשות, אבל ע"כ כונת הר"ח בכה"ג בענינים אחרים שאנו יודעין שהוציא אלא שאין אנו יודעין כמה הוציא, והנה במוציא הוצאות על נכסי אשתו הא אינו נוטל אלא שיעור שבח ובמוציא הוצאות על נכסי חברו בשדה שעשויה ליטע דשמין לו וידו על העליונה ונוטל אפי' אם הוצאה יתירה על השבח דכתב הרמב"ם בפ"י מהל' גזילה שצריך שבועה, שם הא שמין לו שהוצאותיו שוין כמו שטען אלא דמ"מ משביעין אותו שמא עלה לו בפחות, אבל כל זמן שאין לנו בירור שהוציא אינו נאמן בשבועה, אלא די"ל דכ"ז הוא במוציא הוצאות שאין לנו שום בירור שהוא יורד ברשות בסך זה, אבל גבי חנוני כיון שהבעה"ב אמר לו ליתן לפועלים סלע, א"כ מתחלה הוא יורד ברשות על סך זה, ושפיר אמרינן גם בזה דכל מילתא דהאי ידע והאי לא ידע משתבע האי דידע ושקיל ובזה הי' אפשר להסביר דברי הר"נ שדימה חנוני למוציא הוצאות, אבל לפי"ז יהיו דברי הר"נ בקדושין תמוהין וכמו שכתבתי.

והנראה בזה דהנה הר"ח הבאנו דבריו למעלה מד' הר"נ במתני' דהמוציא הוצאות שכתב ואי קשיא לך אמאי לא תני לה בכל הנשבעין י"ל הני כולהו הנתבע מכחיש התובע והאי הנתבע לא ידע, התוס' שם דף פ' שהביאו ג"כ ד' הר"ח כתבו וחנוני על פנקסו אע"ג דאין בעה"ב מכחישו מ"מ חנוני ופועלים מכחישין זא"ז ומבואר דמה שמפרש הר"נ בשבועות בד' הר"ח דמוציא הוצאות נוטל מדינא דזהו משום דליכא דמכחיש ליה אין לדון מזה על חנוני שהפועלים מכחישין אותו, והר"נ שכתב שם דחנוני דמי למוציא הוצאות זהו היכי שעוד לא הכחישו הפועלים ומשום דסובר דאפי' אם לא הכחישו כלל כגון שהלכו ואין הבעה"ב יודע היכן הם והחנוני תובע ובעה"ב חושש שמא יבואו ויתבעוהו דגם בזה אין החנוני נוטל אלא בשבועה, ובזה הוא שכתב שם הר"נ במתני' דחנוני על פנקסו בתחלת דבריו שהבאנו וז"ל, והוי יודע דכי אמרינן דחנוני נשבע ונוטל היינו דוקא כשמודה בעה"ב שהוא אמר לו שיתן לפועלים בסלע מעות דבכה"ג כיון דחנוני יודע ובעה"ב לא ידע נאמן חנוני בשבועה כיון שהוציא ברשות כדין המוציא הוצאות וכו', אבל אם אין בעה"ב מודה לו אין חנוני נשבע ונוטל, וכתב שם עוד

אח"כ והא דתנן דחנוני נוטל בשבועה לאו דוקא מפני שפועלים מכחישים אותו דה"ה דאפי' ליתנהו לפועלים שבועה בעי דהא מוציא הוצאות על נכסי אשתו ליכא דמכחיש ליה ואפ"ה שבועה בעי הבאתי דבריו למעלה, ולכן נוכל לפרש דמה שכתב מקודם דדוקא שמודה בעה"ב שהוא אמר לו שיתן לפועלים, זהו לומר דאפי' אם אין פועלים מכחישין אותו מ"מ אם בעה"ב לא אמר לו ליתן והפועלים אינם לפנינו ואין מכחישין והחנוני טוען שנתן מעצמו לפועלים בסלע מעות אין חנוני נוטל בשבועה, וזהו להזכיר כאן דבעיקר מילתא דין חנוני הוא כדין מוציא הוצאות משום שהוציא ברשות אלא דזה פשיטא דדוקא אי דמי למוציא הוצאות, והיינו כל זמן שאין הפועלים מכחישין והיכי שהפועלים מכחישין אז נוטל החנוני מן התקנה, אלא דסובר הר"נ דגם מן התקנה לא תיקנו שיטול בשבועה, אלא היכי שבלא הכחשה היה נוטל מדינא.

ועכשיו נוכל לבאר דברי הר"נ בקדושין שהבאנו דמדברי הרמב"ם שכתב דאם אין הבעה"ב משלם אלא תשלום אחד כגון שמתו הפועלים נוטל החנוני בלא שבועה משמע להר"נ דאפי' אם כבר הכחישו הפועלים להחנוני בחייהם מ"מ אם מתו נוטל החנוני בלא שבועה, ובזה חולק שפיר דדוקא דומיא דמוציא הוצאות דליכא דמכחיש ליה, בזה אמרינן דכל היכי דהאי ידע והאי לא ידע נוטל מאן דידע מדינא, וכמו שבארנו למעלה טעמו של הר"נ שלומד כן בדעת הר"ח, אבל היכי שכבר הכחישו זא"ז לא נוכל ללמוד ממוציא הוצאות דנוטל מדינא, אף שעכשיו אין הבעה"ב משלם אלא תשלום אחד, אבל עכ"פ נשאר כאן רק דינא דברי ושמא, ולא דינא דכל היכי דחד ידע וחד לא ידע דזהו בלא הכחשה כלל, איברא שראיתי להש"ך בסי' צ"א ס"ק י"א שכתב דאפשר דאם הכחישו זא"ז בחייהם גם הרמב"ם יודה דאפי' אינו משלם אלא תשלום אחד אינו נוטל בלא שבועה אכן לא כתב אלא דאפשר, אבל לפי"מ שמוכרחין אנו ליישב ד' הר"נ מוכח דמפרש דהרמב"ם סובר דבכל גווני נוטל בלא שבועה אפי' הכחישו זא"ז.

והנה הנתיבות כתב דיש להוכיח כדעת הש"ך בדעת הרמב"ם ממה שכתב המחבר בסעיף ח' קטן ששכר פועלים ואמר לחנוני לפרוע, חנוני אומר נתתי והפועלים אומרים לא נטלנו יש מי שאומר שדינו שוה לדין הגדול ולהרמב"ם הפועלים נשבעים ונוטלים אבל לא החנוני, ודברי הרמב"ם הם בפ"ה מהל' טוען הל' י"א וחזינן דאף שהחנוני אינו נוטל מ"מ הפועלים אינם נוטלים בלא שבועה אף שאין כאן אלא תשלום אחד, וע"כ משום דכיון שהכחישו זה את זה לא מהני מה שהחנוני אינו נוטל שיטלו הפועלים בלא שבועה, וקשה מזה על הר"נ שלפי"מ שניישב דבריו כונתו לחלוק על הרמב"ם אם הכחישו, איברא שבלשון הרמב"ם אינו ממש כלשון המחבר דז"ל שם אבל חנוני

שנשבע על פנקסו אינו נשבע ונוטל מן הקטן שאין לקטן בזה הנייה שהרי חייב ליתן לפועלים ונשבעין ונוטלין ממנו וזה החנוני הפסיד על עצמו, ואפשר לפרש כונתו דאם נאמר שהחנוני יהי' נשבע ונוטל, הרי גם הפועלים ישבעו ויטלו ויפסיד הקטן, אבל עכשיו שאין החנוני נוטל ונשאר רק תשלום אחד באמת אין צריכים הפועלים לישבע, וסמך על מה שכתב כאן דכשאין אלא תשלום אחד אין צריכין לישבע, אלא דמ"מ הוא דחוק לפרש כן.

ונראה דעיקר ראייתו יש לדחות דהא בעצמו כתב בסי' ע"ה סק"ה בדין איני יודע אם פרעתיך דאם לא הו"ל למידע פטור, ואין להקשות מחנוני ופועלים דחייב בעה"ב נגד הפועלים משום דהו"ל איני יודע אם פרעתיך הא לא הו"ל למידע דהתם בעה"ב פשע דלא הי' לו למסור להחנוני הפרעון, כדאמר בגמ' דהפועלים מצי אמרי מאי אית לן גבי חנוני, דטעמא משום פשיעותא עכ"ל, וכיון דכל מה דמחייבינן לבעה"ב לגבי הפועלים הוא משום פשיעתו, ובזה אין לדון כן גבי קטן דאין מחייבין קטן משום פשיעתו, ובזה אין לדון כן גבי קטן דאין מחייבין קטן משום פשיעתו אלא היכי שנהנה, וא"כ אינו חייב לפועלים מדינא אלא דמתק"ח חייב כמו גבי גדול כשחייב לשלם שני תשלומים, וכמו שכתב שם הרמב"ם דשכיר נשבע ונוטל מן הקטן כמו מן הגדול, ורק להחנוני פטור הקטן כיון שיפסיד שיצטרך לשלם לשניהם, אבל מן הפועלים הא נהנה ושייך שיתחייב לשלם להם כמו גדול ודוקא כשנשבעו כיון דכל התשלומים להם מן התקנה, ומיושב מה שכתב הרמב"ם דהפועלים צריכים לישבע להקטן אף שאינו משלם לחנוני ואין כאן אלא תשלום אחד, אף לדעת הר"נ דסובר בדעת הרמב"ם דגם כשהכחישו הפועלים והחנוני זא"ז מ"מ אין נשבעין אם אינו משלם אלא תשלום אחד.

אכן זה ודאי דאפי' לא הכחישו זא"ז הפועלים בחייהם עם החנוני, דאז כשמתו הפועלים גם הר"נ סובר דנוטל החנוני מדינא, מ"מ סובר הר"נ דאינו נוטל אלא בשבועה דלא עדיף ממוציא הוצאות על נכסי אשתו דג"כ ליכא הכחשה ומ"מ נשבע, וכמו שכתב הר"נ בשבועות במתני' דחנוני על פנקסו שהבאנו דבריו, ונמצא דהר"נ חולק על הרמב"ם בשני האופנים משני טעמים כשהכחישו זא"ז משום שאין טעם כלל שיטול בלא שבועה כיון דכל עיקר נטילתו מן התקנה, וכשלא הכחישו אף שנוטל מדינא מ"מ לא עדיף ממוציא הוצאות, ודברי הר"נ בקדושין פ' האיש מקדש ובשבועות במתני' דחנוני על פנקסו צריכים זל"ז ומשלימים יחד שיטתו.

עתה נבוא לבאר שיטת הרמב"ם ומקודם נבאר שיטתו אם כבר הכחישו זא"ז בחייהם דלמה נאמר דנוטל חנוני מדינא הא לא נוכל ללמוד מדין מוציא הוצאות אלא היכי דליכא

דמכחיש ליה, ונראה דסובר דמה דהכחישו מקודם זא"ז לא מהני דליהוי זה הכחשה דהא החנוני אין לו דין עם הפועלים ולא הפועלים עם החנוני, וכדאמר בגמ' בריש ב"מ דאמר ליה חנוני לבעה"ב אנא שליחותא דידך קא עבידנא מאי אית לי גבי שכיר וכו', את האמנתיה דלא אמרת לי בסהדי הב ליה, ולכן כל זמן שאין הב"ד צריכים לחייב לבעה"ב בשני תשלומים אין לנו לדון לגבי החנוני בטענת הפועלים כלל והחנוני לגבי בעה"ב הוי כמו מוציא הוצאות וכנ"ל, אלא דמ"מ יש לומר דזה אינו אלא היכי שאין הבעה"ב משלם אלא תשלום אחד, אבל כשעל הבעה"ב לשלם שני תשלומים אז לא רק שהחנוני אינו נוטל מדינא דלא נוכל לחשוב טענת החנוני לטענת אמת כיון שע"כ עלינו לומר להבעה"ב לשלם שני תשלומים מה שבודאי אינו חייב, אלא אפי' הפועלים דהו"ל הבעה"ב לגבייהו איני יודע אם פרעתיך מ"מ אין הפועלים נוטלים מדינא כיון שברור לבעה"ב דאינו חייב אלא לאחד, וכמו שכתבו התוס' בב"מ דף ל"ז ע"א ד"ה גזל דר"ט דסבר מניח גזילה ביניהם ומסתלק, מצי סבר ברי ושמא ברי עדיף, מ"מ כאן אינו חייב לכולם כיון שיודע בודאי שלא גזל אלא לאחד מהם, וכן נאמר לדידן דבאיני יודע אם הלויתני קיי"ל לאו ברי עדיף ורק באיני יודע אם פרעתיך חייב משום דאיכא חזקת חיוב, מ"מ נוכל לומר דזהו דוקא היכי שהב"ד דנין רק לחייב תשלום אחד, אבל כשהב"ד צריכים לחייב ב' תשלומים בזה לא מהני החזקת חיוב ואינו נוטל מדינא.

וראיתי אח"כ שכבר עמד בזה הנתיבות בסי' צ"א סק"ב וכתב דאין לומר דטעם הרמב"ם הוא כיון דבעה"ב טוען ודאי שאינו חייב רק לאחד מהם הוי כטוען ברי לענין זה, וכן כ' התוס' בב"מ גבי שנים שהפקידו דלא תיקשי לר"ה ולר"י דאמרי בו"ש ברי עדיף דזה אינו כיון שהספק ע"פ פשיעתו חייב כמו שמשני הגמ' שם דהפועלים אומרים מאי אית לי גבי חנוני, והיינו שבפשיעתו נולד כמו שפי' הש"מ שם עכ"ל, והנה לפי"מ שהביא מד' הש"מ שהוא מד' הריטב"א שמפרש כן ד' הגמ' דבין הפועלים בין החנוני נוטלין מדינא ומשום שבעה"ב פשע ורבנן הוא דתקון דלישתבעו, וא"כ לא על הרמב"ם לבד הקושיא אלא גם על הרמב"ן והר"נ שפשוט אצלם דהחנוני אינו נוטל מדינא ומשו"ה כשמת החנוני גם הם סוברים דאין היורשים נוטלים.

אלא דבאמת הרמב"ן במלחמות סוף שבועות כשכתב דחנוני אינו נוטל מדינא כתב על זה וההיא טעמא דפרישו סבוראי משום דלא אמר ליה בסהדי הב ליה טעמא דתקנתא הוא ולא דינא דמ"מ פטור דאע"ג דלא אמר בסהדי הב להו הו"ל לתקוני ולא לעוותי ואת"ל נמי פשע בהא אפ"ה פטור, ובסוף דבריו מבואר דלא מהני לחייב להבעה"ב בשביל פשיעתו ולא כמש"כ הריטב"א וכן הוא שיטת התוס' בדף ל"ז כהריטב"א דלר"ע

בפקדון היכי דהו"ל למידק חייב מדינא, אבל הרמב"ן שם בסוגיא כתב דאינו חייב מדינא, אלא דהרמב"ן סובר כן דוקא גבי חנוני ולא גבי פועלים דהו"ל בעה"ב איני יודע אם פרעתיך, ולכאורה נאמר להרמב"ם דגם גבי פועלים אינו מחוייב כיון שצריך לשלם שני תשלומים וברי לו שאינו חייב אלא לאחד, וכמו שכ' הרמב"ן בב"מ דף ל"ז לתרץ אמאי לא אמרינן גבי שנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים שיהי' הנפקד משואיל"מ ע"ש.

אכן באמת בדברי הרמב"ם א"א לומר כן דהרמב"ם אינו סובר כדעת הרמב"ן דהיכי דהו"ל למידק אינו חייב מדינא כמו שבארתי בפ"ד מהל' גזילה הל' ט', במה שכתב הרמב"ם דמה דחייב בגזילה לשלם לכל אחד הוא מדין קנס, ובפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ד' כתב דטעמא דחייב לשלם לכל אחד הוא משום שהוא פושע ומוכח דסובר דחייב מדינא, וכתבתי דהחילוק בין גזילה לפקדון הוא דבגזילה פוטר עצמו מעיקר דינא כשהוא משיב ליד ב"ד שיבררו של מי הגזילה, אבל אינו חייב מדין פשיעה במה שאין הבעלים יכולים לקבל גזילתם דאין לגזלן דין שומר, אבל בפקדון שהתחייב א"ע לשמור באופן שישיב להבעלים, אם פשע בזה שאינו יודע מי הם הבעלים, ואין הבעלים יכולים ליטול הפקדון שלהם חייב מדין שומר שחייב על הפשיעה, איברא דשם כתבתי דחייב מקרא דעל כל דבר פשע וכמש"כ רש"י בב"מ דף צ"ה, אבל בדעת הרמב"ם כתבתי בפ"ב מהל' שכירות הל' ג' דדין ש"ח שחייב על הפשיעה אינו מקרא דעל כל דבר פשע אלא משום שהתחייב לשמור ולהחזירו להבעלים ע"ש בד"ה ובמה, מ"מ גם לפי"ז יש לומר דחלוק שומר מגזלן דגזלן נפטר בהרי שלך לפניך, ושומר מתחייב להחזירו להבעלים, עכ"פ לפי"ז מוכרחין אנו לומר בדעת הרמב"ם דזה שברור אצלו שאינו חייב לשניהם אינו טענת ברי, ויש לזה דין ברי ושמא וכאן אמרינן ברי עדיף, וכמו שכתבו התוס' בב"מ דף ל"ז שהבאתי למעלה דלר"ע אפי' למ"ד בו"ש לאו ברי עדיף הכא חייב כיון שיודע ודאי שחייב לאחד מהם, ולפי"ז גם בחנוני צריך להיות חייב מדינא.

ולכן צ"ל לשיטת הרמב"ם דבין החנוני בין הפועלים כשהבעה"ב צריך לשלם ב' תשלומים אינם נוטלים מדינא משום דמעיקר דינא דינם כדין גזל לאחד מחמשה דשיטת הרמב"ם דאינו חייב מדינא אלא משום קנס וכדאמר הגמ' גזל דעביד איסורא קנסוהו רבנן, ומשום דמעיקר הדין נפטר כשמשיב לב"ד שיבררו למי הוא חייב ודוקא בפקדון חייב מדינא, וכבר בארתי בפ"ד מהל' גזילה ובפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ד' אות ג' שיטת הרמב"ם דגבי מי שתבעוהו שנים זה אומר אני הוא בעל הפקדון וזה אומר אני הוא והשומר אומר אחד מכם הוא איני יודע מי הוא ישלם לשניהם שלא כתב אחר שישבעו דסובר הרמב"ם דהיכי שנוטלים מדינא אינם צריכים לישבע ורק היכי דעכ"פ יש להם

איזה שייכות זה לזה אז יוכל לפטור עצמו מדינא וגם בחנוני על פנקסו אינו משלם מעיקר דינא שני תשלומים לא לחנוני ולא לפועלים, ולכן אינו צריך לשלם אלא אחר שישבעו שניהם. אבל היכי שהוא חייב מדינא אינם צריכים לישבע. ובטעמא דאמר הגמ' בריש ב"מ דגבי חנוני על פנקסו ליכא למימר יהא מונח יסבור הרמב"ם כהרמב"ן דטעמא דתקנתא הוא ולא מדינא (ולהרמב"ן אין זה מד' הגמ' אלא מדפרישו סבוראי) אלא דהרמב"ן כתב כן רק לגבי חנוני והרמב"ם סובר כן גם גבי פועלים וכנ"ל.

אלא דאכתי אינו מיושב דאם נימא דטעמו של הרמב"ם במה דסובר דכשמשלם שני תשלומין אינו משלם מדינא הוא משום דמעיקר דינא היכי דיש עכ"פ שייכות לשניהם יחד צריך להניח ביד ב"ד. א"כ אמאי סובר הרמב"ם דכשמתו הפועלים אין היורשים נוטלים ונוטל החנוני בלא שבועה הא מדין התורה יש להיורשים זכות שיניח המעות ביד ב"ד עד שיתברר או עד שיבוא אליהו. וא"כ למה יטול החנוני בלא שבועה ואמאי אינו מחוייב הבעה"ב להניח ביד ב"ד גם לזכות יורשי הפועלים. וממילא יהיו שני תשלומין וממילא לא יוכל החנוני ליטול בלא שבועה. וכן יקשה מזה הטעם גם במת החנוני למה יטלו הפועלים בלא שבועה ולמה אינו מחוייב ליתן ביד ב"ד לזכות יורשי החנוני. ואם היינו אומרים דמעיקר הדין הוא פטור דבכה"ג לא אמרינן בריא עדיף לא לגבי החנוני ולא לגבי הפועלים אפשר שמיושב אף דעכ"פ אינו פטור לגמרי, מ"מ כיון דלהחנוני או להפועלים הקיימים מחוייב ליתן מן התקנה אחר שישבעו. לכן כבר אינו מחוייב ליתן להיורשים משום דמעיקר דינא לאו ברי עדיף. אבל לפי"מ שבררנו דלדעת הרמב"ם מצד דין הברי והשמא היה חייב כמו שפסק גבי פקדון דמטעם פשיעה חייב מדינא ורק דנימא דיוכל לפטור עצמו במה שיניח ביד ב"ד. א"כ צריך עכ"פ להניח ביד ב"ד גם בעד היורשים. ומלבד שלא הזכיר זה הרמב"ם קשה דמאי יטול החנוני או הפועלים הקיימים בלא שבועה.

לכן נראה דמוכרח לומר כדעת הש"ך דמה שכתב הרמב"ם מתו הפועלים נוטל החנוני בלא שבועה. וכן מת החנוני נוטלין הפועלים בלא שבועה דלא מיירי כשהכחישו זא"ז בחייהם ודלא כמו שמפרש הר"נ דבאמת לא הזכיר זה הרמב"ם. ושפיר אפשר לפרש בכונתו שמתו החנוני או הפועלים וליכא כאן שני טענות ולכן נוטלין בין הפועלים בין החנוני בלא שבועה. ונמצא דמצד זה שהקשה הר"נ דאמאי יטול החנוני בלא שבועה כיון שאינו נוטל מדינא. וכמו שבארנו דכונתו דוקא אם הכחישו זא"ז דאין ללמוד ממוציא הוצאות. היה אפשר לומר דלגבי החנוני לא מהני הכחשת הפועלים בחייהם והוי כמו דליכא הכחשה וכמו שכתבתי. אלא דקשה עיקר מילתא דאמאי פטור לגבי

יורשיהם ואם אינו מחוייב ליתן להם יניח ביד בי"ד. ולכן מוכרחין אנו לפרש דברי הרמב"ם כמש"כ הש"ך דהרמב"ם לא מיירי כלל היכי שתבעו בחייהם ומשו"ה נוטלין בלא שבועה כיון דליכא הכחשה כלל. ואף דאכתי קשה מה שהקשה הר"נ בשבועות במתני' דחנוני על פנקסו דאפי' אם לא הכחישו זא"ז בחייהם במאי עדיף חנוני ממוציא הוצאות דג"כ ליכא הכחשה ומ"מ אינו נוטל בלא שבועה. אלא דבזה שפיר נוכל ליישב בסברתו של הר"י בן פלט משום דגבי חנוני איכא חזקה שליח עושה שליחותו. דכיון דמעיקר דינא צריך הבעה"ב לשלם לו מדין מוציא הוצאות דלדעת הר"ח נוטל מדינא. ורק שאנו דנין אם חייב הוא בשבועת התקנה. ובזה הוא שפיר מהני חזקה שליח עושה שליחותו כדאיתא בעירובין דף ל"א דבדרבנן מהני.

ובאופן פשוט יש לומר דלא נוכל ללמוד דין שבועת התקנה מדין מוציא הוצאות דהתם שייך יותר שיתקנו חכמים שבועה כיון שאין קצבה לדבר ומצוי דמורי היתרא שיוציא פחות ויחשוב שהוא השיג בזול ויוכל לחשוב יותר ביוקר כיון דאיכא שבח ובפרט דטרחתו של הבעל נחשב ג"כ בחשבון הוצאות ויוכל לחשוב טרחתו ביוקר. לכן תיקנו חכמים שבועה וכמו בשבועת האפוטרופסין משום דמורי היתרא משא"כ גבי חנוני שהוא דבר מסויים והבעה"ב אמר לו ליתן בסלע בזה לא מצינו שתיקנו שבועה. וזה אנו צריכים לומר לפי"מ שבארתי דעת הרמב"ם דגבי זה אומר אני הפקדתי וזה אומר אני הפקדתי נוטלין בלא שבועה משום שנוטלין מדינא לכן צריך לחלק כן ממוציא הוצאות.

והנה כל זה שכתבנו לבאר דעת הרמב"ם דחנוני נוטל מדינא ע"פ דברי הר"ן דחנוני דמי למוציא הוצאות על נכסי אשתו. שמפרש בדעת הר"ח דנוטל מדינא. ובדעת הרמב"ן שחולק על הרמב"ם וכתב דחנוני אינו נוטל מדינא הי' אפשר לומר דאינו סובר גם במוציא הוצאות דנוטל מדינא. אבל מדבריו במתני' דכל הנשבעין שמביא דברי הר"ח משמע שאינו חולק עליו אף שמתרץ בסוף באופן אחר. ויותר נראה דבזה אינו סובר כהר"נ דחנוני דמי למוציא הוצאות שכתב שם וז"ל. והא דלא קתני מכיר כליו משום דלא דמי להנך דלא שקיל אלא ממה שברשותו. וכן מוציא הוצאות ממה שהשביח בלבד הוא נוטל, והר"ן הביא שם דבריו. ויש לומר דסובר הרמב"ן דדוקא במוציא הוצאות דאיכא שבח לפנינו. אבל בחנוני אפי' מתו הפועלים קודם שהכחישו הא עכ"פ צריכים אנו להאמין להחנוני בלא שום בירור. ולמעלה יישבתי דעת הר"ן במה דסובר דחנוני דמי למוציא הוצאות. אבל בדעת הרמב"ן מסתבר דאינו סובר כן ולא צריך לדחוק גם בדעתו דכונתו לחלוק על הרמב"ם דוקא כשהכחישו זא"ז בחייהם.

הלכה ז

ובדברי המ"מ עיין מש"כ בפ"ו מהל' מכירה הל' י"א.

פרק יז

הלכה ה

אין דנין מדין זה לכל הדומה לו אלא הרי הפוגם את שטרו ומת אע"פ שאינו גובה אלא בשבועה הרי בניו נשבעין שלא פקדנו אבא ולא צונו אבא ולא מצינו בין שטרותיו של אבא שכל השטר הזה פרוע וגובין את שאר השטר בין מן המלוה בין מיורשיו.

כתב הכ"מ במה שכתב הרמב"ם בין מיורשיו נראה שדעתו דמה דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה דאפי' ביתומים הבאים ליפרע מן היתומים כל שהשבועה אינה שבועת הבא ליפרע מן היתומים אלא שבועת פוגם שטרו אף שגובין היתומים מן היתומים הבו דלא לוסיף עלה הוא, מיהו איכא למימר דזה דוקא במת מלוה קודם לוה, אבל במת לוה קודם מלוה שמלבד שבועת פוגם שטרו חלה עליו שבועת הבא ליפרע מן היתומים אין אדם מורישה לבנו עכ"ד ומה שכתב מיהו איכא למימר הוא תימה שזהו דבר פשוט וכבר תמה על זה הלח"מ אלא שהפריז על המדה וכתב דפירוש קמא רחוק מן הסברא ואין בדברי הכ"מ פי' קמא, ומקודם כתב רק עיקר היסוד דסובר הרמב"ם דעל שבועת פוגם שטרו אף שעכשיו באין ליפרע מן היתומים לא אמרינן אין אדם מורישה לבנו. ובאמת לא הזכיר הכ"מ שזהו חדוש בד' הרמב"ם שהרא"ש אינו סובר כן כמו שכתב המל"מ בהל' ג' דמוכח מדבריו בתשובה דסובר דמה דאמרינן דפוגם שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין הוא דוקא בבאין ליפרע מן הלוה עצמו. אבל אם מת הלוה אף שמת אחר שמת המלוה אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו. ולפלא שלא הזכיר המל"מ שהוא שלא כד' הרמב"ם.

ובעיקר במה שהוציא המל"מ חדוש זה מדברי הרא"ש בתשובה נראה דיש להוכיח כן מד' הרא"ש במקומו בפ' כל הנשבעין סי' י"ד שכתב שם וז"ל הרמב"ן כתב דלוקח שלקח שט"ח ומת לוה אם אחר שלקחו מת הו"ל מת מלוה בחיי לוה וגבי. (ברא"ש שלפנינו כתוב מת לוה בחיי מלוה והוא ט"ס דמוכח וכמש"כ כן הוא ברמב"ן) ואם קודם שלקחו כבר מת לוה כבר נתחייב מלוה המוכר לבני לוה שבועה ואין אדם מוכר שבועה לאחר ואע"ג דלא מוספינן אדרב ושמואל כל שבא לגבות מנכסי יתומים היא גופא דרב ושמואל היא, והרמב"ם ז"ל נמי משמע שסובר כן שכתב שאם מתה האשה קודם שנשבעת אין ללוקח כלום, וכך אמרו שהחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומים שאין לו כלום, וטעמא

דמילתא דילמא אלמוה רבנן לתקנת היתומים והחמירו בשבועתו יותר מכל הנוטלין, ומשום הכי חיישינן לה ולא מוספינן עלה, אבל בכל מי שבא ליפרע מנכסי יתומים דייניגן הכי עכ"ל ע"ש שהאריך עוד בזה, והמבואר בד' הרא"ש דמה דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה היינו דבשבועה אחרת שאינו בא לגבות מנכסי יתומים לא אמרינן כבר נתחייב שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו, ומוכח דסובר דחשוד שהוא צריך להיות נשבע ונוטל שלא מן היתומים אינו מפסיד בשביל שהוא חשוד.

והנה בזה חולקין הרמב"ם והראב"ד בפ"ב מהל' טוען הל' ח' שכתב שם הרמב"ם וז"ל נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היה מן הנשבעין ונוטלין אינו יכול להשבע וליטול אלא הנתבע שכנגדו ישבע היסת ויפטר, וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהיה חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי הרי הנתבע נשבע היסת ויפטר מן השטר. וכתב ע"ז הראב"ד איני מודה בזה אלא שנוטל בלא שבועה שאין פוסלין שטר מקויים מפני שבועה דרבנן, ואם תאמר הא דרב ושמואל הא אמרינן הבו דלא לוסיף עלה עכ"ל. ומבואר דדעת הרא"ש הוא כדעת הראב"ד דהא כתב בטעמא דחשוד הבא ליפרע מנכסי יתומים שאין לו כלום משום דאלמוה רבנן לתקנת היתומים, ומוכח דכשהחשוד בא לגבות מן הלוה והיה פוגם שטרו או שאמר הלוה ישבע לי שלא פרעתי אינו מפסיד החשוד. וזהו דאמר בגמ' הבו דלא לוסיף עלה כגון פוגם שטרו ומת יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין. דזהו משום שאין באין לגבות מנכסי יתומים וע"כ שהוא כשהלוה חי דהא אין לומר דדוקא בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים החמירו לומר אין אדם מוריש שבועה דהא כתב דבכל מי שבא ליפרע מנכסי יתומים דייניגן הכי, ואף שהרא"ש הביא מקודם דברי הרמב"ם דאם מתה האשה קודם שנשבעת אין ללוקח כלום זה כתב רק לומר שדין הלוקח כדין היתומים, אבל מה שכתב אח"כ בטעמא דמילתא שזהו משום שבא ליפרע מנכסי יתומים הא אין הרמב"ם סובר כן, דגם בבא לגבות מן הלוה וצריך שבועה אינו גובה.

עכ"פ מבואר דעת הרא"ש בפסקיו במקומו כמו שסובר בתשובה דעיקר תליא אם בא לגבות מן היתומים וזהו שלא כדברי הרמב"ם כאן דפוגם שטרו ומת יורשין נשבעין וגובין בין מן הלוה בין מיורשיו והולך לשיטתו שסובר דגם חשוד הבא לגבות מן הלוה אם הוא צריך לישבע אינו נוטל דהך דינא דהבו דלא לוסיף עלה אינו תלוי אם בא ליפרע מן היתומים או מן הלוה אלא העיקר תליא אם כבר חלה על המלוה שבועה משום דאם מת מלוה בחיי לוה כשמת הלוה אח"כ אינו חל על יורשי המלוה דין שבועה ובפוגם שטרו ומת סובר הרמב"ם שכל זמן שלא טען הלוה פרעתי הכל, אכתי לא חל על המלוה דין

שבועה, ולכן כשמת וטען הלוה להיורשין פרעתי לא חל על היורשין דין שבועה ונפטרין בשבועה שלא פקדנו אבא, ולכן אפי' מת הלוה אח"כ ובאין יורשי המלוה ליפרע מיורשי הלוה נמי גובין, וזה פשיטא דאם מת הלוה קודם המלוה שכבר חל על המלוה שבועת הבא ליפרע מנכסי יתומין, מלבד דין פוגם שטרו דודאי אינו מוריש שבועה לבניו כמש"כ הכ"מ אלא דא"צ להשמיענו זה וכנ"ל.

אלא דצריכים אנו להוסיף דדעת הרמב"ם לחלק בין יורשין לחשוד דיורשין אם מת מלוה בחיי לוה כשמת הלוה לא חל על היורשין דין שבועה שלא נפרע השטר כיון שאין יכולין לישבע ונפטרין בשבועה שלא פקדנו אבא, אבל חשוד המוציא שטר אף שגם הוא אינו יכול לישבע לא אמרינן דלא חל עליו שבועה דלא נפטר מחיוב השבועה בשביל שהוא חשוד, ולכן לא אמרינן בזה הבו דלא לוסיף עלה ולכן אינו גובה בהשטר כיון שאינו יכול לישבע.

הלכה ח

יורש קטן שהיה שט"ח לאביו ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו אין קורעין את השטר ואין מגבין בו עד שיגדלו היתומים שמא שובר זה מזוייף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי אביו.

כתב המ"מ דהר"י מיגש כתב דאפי' לא תבע האב חוב זה בחייו חוששין לשובר זה מפני שהיה ללוה להזמין המלוה בב"ד ולכפותו לקרוע השטר, ויש אומרים דדוקא כשיש עדים שתבעו בחייו, ואם לא אין חוששין דמה יעשה זה כשאמר לו המלוה אבד שטרי ועל כרחו פרע וקיבל שובר ולזה הסכים הרשב"א עכ"ד המ"מ, והנה טעמם של החולקים על הר"י מיגש הוא לכאורה ברור ומדברי הרמב"ם משמע כהר"י מיגש דהא סתם ולא פירש שתבעו המלוה איברא דאין הוכחה גמורה כיון דגם הגמ' אמר כן בסתם, אך באמת עיקר האוקימתא בגמ' ג"כ אינו מיושב דלא הו"ל להגמ' למיסתם והו"ל לפרש דבכה"ג מיירי בפרט דבגמ' מייתי עובדא ולא הוזכר שתבע האב בחייו.

ונראה דהנה המ"מ הביא עוד ד' הרשב"א שכתב ואפי' מתקיים בחותמיו ואפי' מפי העדים שאמרו אנו חתמנוהו ונקב יש בו בצד אות פלוני אין מקבלין מהן לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד, ומוכח מד' הרשב"א דדוקא שאינו מקויים ובאין עכשיו לקיימו, אבל אם הוא מקויים בב"ד לא אמרינן שמא מזוייף הוא. וא"כ אפשר ליישב מה שהקשו החולקים דמה יעשה זה אם אמר לו המלוה אבד שטרי משום דמה דאמרינן שהיה לו להוציאו בחייו יש בזה בכלל שהיה לו לקיימו בב"ד שהיה לו לחוש שמא ימותו העדים או ילכו למד"ה ולא יוכל לקיימו. ואף דדברי הר"י מיגש שכתב שהיה

לו להזמין המלוה ולכפותו לקרוע השטר אינם מיושבים אבל עכ"פ עיקר הדין מיושב דאינו צריך לאוקמי באוקימתא. ומשום זה סתם הרמב"ם דהא לא כתב יצא עליו שובר מקויים בב"ד ומסתמא כל שטריו אינו מקויים וצריך לקיימו.

והנה במה שכתב הרשב"א דאפי' מתקיים מפי העדים ואפי' אמרו אנו חתמנוהו אין מקבלין מהן לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד. הקשה הב"י דהא מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד. ועיין מש"כ בזה הקצוה"ח בסי' ק"ז סעיף ט"ז דהרשב"א לשיטתו דסובר דטעמא דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד משום דעל כת"י הן מעידין, אבל אם היו מעידין על מנה שבשטר לא הוי מהני שלא בפני בע"ד. וא"כ הכא מה שמעידין שחתמו זה הוי כאילו מעידין על מנה שבשטר, ודבריו ברורין. ובעיקרם כתב כן הרשב"א בעצמו על הך דינא דשובר שיצא על שטר היתומים בתולדות אדם סי' שע"ו ששם הוא המקור לדברי הרשב"א בטעמא דמקיימין את השטר שלא בפני בע"ד כמש"כ הב"י אלא ששם כתב לענין אם העדים מעידין שזוכרין הפרעון, והקצוה"ח הוסיף דגם באופן שהביא המ"מ הוי על מנה שבשטר. אכן גם לשיטת התוס' דטעמא הוא דמשום דקיום שטרות דרבנן לא החמירו רבנן שלא לקיים שלא בפני בע"ד יש לומר דזה דוקא בדין קיום שטר שאם לא יקיימו אותו ילכו העדים ולא יוכל לגבות, אבל גבי שובר כיון דגם אם לא יקיימו אותו, לא יהי' להלוה היזק דהא אמרינן שאין גובין בהשטר אלא שאין קורעין אותו עד שיגדלו היתומים, וכיון דמעיקר הדין אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד לכן גבי שובר אין מקיימין, אך זה אינו מיושב דא"כ למה לן טעמא בשביל שלא הוציאו בחיי אביהן דהא בלא זה כיון דהיתומים הן קטנים אין מקיימין שלא בפני בע"ד.

ואפשר לומר דנצרף שתי הטעמים טעמו של הרשב"א דהא דמקיימין שלא בפני בע"ד הוא משום דעל כתב ידן הן מעידין, וטעמן של התוס' משום דקיום שטרות דרבנן, ומשום דטעמו של הרשב"א אינו מספיק דהא קיי"ל בכתובות דף כ"א כחכמים דעל מנה שבשטר הן מעידין ומשו"ה אין צריכין לצרף עמהן אחר וגם בכה"ג מקיימין שלא בפני בע"ד, ע"כ צריך לומר כטעם התוס' משום דקיום שטרות דרבנן, אלא דיש לומר כמש"כ דזה לא שייך אלא בשטר ולא בשובר, ובשובר יהי' תלוי אם על כתב ידן הן מעידין, יהי' אפשר לקיים שלא בפני בע"ד ויהיו צריכין לצרף עמהן אחר, ולפי"ז יהי' מיושב מה דאמר בגמ' וברמב"ם הטעם מדלא הוציאו בחיי אביהם ולא אמר טעמא דבשובר אין מקיימין שלא בפני בע"ד, דמהני הך טעמא דאפי' אם יצרפו אחר, או יעידו שניהם על כתב ידן של שניהם דאז בודאי על כתב ידן הן מעידין והי' הדין דמקיימין גם שובר שלא בפני בע"ד וכד' הרשב"א, מ"מ הכא אין מקיימין בשביל שלא הוציאו בחיי אביהם.

הלכה ט

המוציא שטר חוב על חברו והיה כתוב בבבל מגבהו ממעות בבל, היה כתוב בא"י מגבהו ממעות א"י מה שאין כן בכתובה, לא היה בשטר שם מקום והוציאו בבבל מגבהו ממעות בבל. הוציאו בא"י מגבהו ממעות א"י, בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר וטען הלוה שהמעות שאני חייב לו מכסף שהוא פחות מזה המטבע, ישבע המלוה ויטול.

ישבע המלוה ויטול, כתב המ"מ זה פשוט בטעמו שכיון שאינו מבורר בשטר ודאי על המלוה לישבע ודי אם האמינהו ליטול בשבועה מפני שהלוה כתב סתם עכ"ל, ודבריו אינם מבוארים דמנ"ל שבועה זו דממ"נ כיון דדינא הוא שצריך לשלם כמטבע המקום שיוצא השטר מנ"ל שיהי' צריך לישבע, וראיתי להש"ך בסי' מ"ב סעיף י"ד שכתב וז"ל בבעה"ת כתב ע"ז ולא ברור לן וכתב ב"י ולא ידעתי למה לא ברירא ליה דהא הו"ל כמו שטוען פרעתי דנשבע ונוטל, ובגידו"ת כתב דטעם בעה"ת הוא כיון דלא אמר הלוה השבע לי, ולא נהירא לי דמסתמא גם הרמב"ם ר"ל כשאמר השבע לי דלא עדיף מפרעתי ע"ש בדבריו, והנה אמנם התומים והנתיבות כתבו ג"כ כדברי הש"ך אבל דבריהם תמוהים להעמיד דברי הרמב"ם כשאומר הלוה ישבע לי דודאי היה צריך הרמב"ם לפרש כן ומדכתב בסתם ישבע המלוה ויטול ודאי כונתו דא"צ שיאמר הלוה ישבע לי ובטענתו לחוד כבר צריך המלוה לישבע וליטול. אלא דודאי צריך ביאור מאיזה טעם יהי' המלוה צריך לישבע.

והנראה בזה דהנה בפ"ו מהל' מכירה הל' י"א ביארתי שיטת הרמב"ם בדין לוקח שטר חוב של חבירו שכתב הרמב"ם דאין צריך עדים לענין קנייתו, אבל צריך עדים לענין תביעתו שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך ויישבתי שם קושיית הרמב"ן בס' הזכות מהסוגיא דיבמות דף קט"ז דהרמב"ם סובר דהלוקח נעשה מוחזק בהחוב ע"י זה שתופס את השט"ח, ולפי"ז נוכל לומר בשיטת הרמב"ם דסובר דמה דתניא דאם אינו כתוב בהשטר מקום כתיבתו תלוי במקום שמוציא המלוה השט"ח, אינו כמו שכתב הר"נ שם דטעמא הוא משום דהוי כמו שהתחייב הלוה לשלם ממעות המקום שיצא בו השטר אף שלוה במקום אחר, וגם לא כמו שכתב הר"נ בטעם שיטתו של הרמב"ם דסובר דבסתמא אמרינן דמקום שהוציא השט"ח שם הי' ההלואה דלפי"ז אין טעם לחייב להמלוה שבועה, אלא דטעמו של הרמב"ם הוא ע"פ שיטתו שהמוחזק בשט"ח הוי כמו שהוא מוחזק בהחוב, וכיון שבשט"ח אינו כתוב המקום שכתבו אותו וכתוב בו מעות סתם והוציאו אותו עכשיו בבבל אמרינן דבסתמא הוי

פירוש לשון השט"ח כמקום שהוציאו אותו, דאף דאם הי' הלוה מברר שלוה במקום אחר הי' נפטר במטבע המקום שלוה, אבל עכשיו שכתוב בו סתם ולבני בבל הוי לשון השטר במעות בבל חשבינן להמלוה שהוא מוחזק בהחוב במעות בבל, ולכן נאמן המלוה לומר שהחוב הי' במעות בבל.

והנה כבר בארתי בפ"ג מהל' שכנים הל' ב' בדין אחד מן השותפין שבנה הכותל וחבירו טוען נתתי חלקי דעל מה שלמעלה מד' אמות אינו נאמן כדתנן במתני' שכתב הרמב"ם דהבונה נשבע בנק"ח שלא נתן לו, ובארתי שם שיטתו דכל היכי שגובה מעות בשביל זה שהוא מוחזק צריך לישבע מדין נשבע על המשכון לדעת הגאונים, ולכן גם כאן כיון דמה שהוא נוטל במעות בבל הוא משום דחשבינן למלוה שהוא מוחזק בחוב במעות בבל, ונאמן לטעון שהלוה מעות בבל, לכן נשבע כדין נשבע על המשכון לדעת הגאונים.

פרק יח

הלכה ד

עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה ומכרה ה"ז מכורה וכשיבוא בע"ח אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה בד"א כשמכר לשעתה, אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה.

השגת הראב"ד. עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו וכו' עד אבל אם מכרה ממכר עולם אינה מכורה. א"א לא הבחין ולא הבין דרך הירושלמי אשר מצא על זאת המימרא.

המ"מ הביא דברי הראב"ד וכתב על זה ובאמת כל המפרשים אותו פירשוהו או בעבדי צאן ברזל הנזכרים בראש הירושלמי או בדין אפותיקי של אשה ודברי רבינו צ"ע, ומבואר מדבריו דזהו השגת הראב"ד במה שכתב הרמב"ם חילוק זה בין מכרן לשעה ובין מכרן לעולם גבי בע"ח, אבל לשון הראב"ד שכתב לא הבחין ולא הבין דרך הירושלמי אינו מבואר לפי פירושו של המ"מ דזה משמע שהרמב"ם אינו מפרש לדעתו הירושלמי לנכון ולפי ד' המ"מ אין כאן מחלוקת בפי' הירוש' אלא דלא קאי על בע"ח, ובאמת עיקר ד' המ"מ שהראשונים מפרשים דקאי על צ"ב או על אפותיקי של אשה אינם מוכרחים שהרמב"ן והרשב"א הולכים על דברי הראב"ד שכתב שגם באפותיקי של אשה קיי"ל כרשב"ג שהמכר בטל מיד ועל זה חולקים וסוברים דלא מצינו זה אלא בצאן ברזל דמשום שבח בית אביה דידה הוי, אבל מה ששם לה הבעל משלו בזה לא קיי"ל כרשב"ג ור' יוחנן בירוש' הא מיירי בצאן ברזל ובזה אמרינן דר' יוחנן כרשב"ג, וזהו בהא דסבר רשב"ג דהמקח בטל אפי' כשמכרו לשעה בזה הוא דסובר הראב"ד דקיי"ל כן גם באפותיקי

של אשה והרמב"ן סובר דדוקא בצ"ב, אבל מה דמוכיח הירוש' מהברייתא דהעושה אפותיקי לבע"ח ולכתובת אשה ומכרה מכורה והלוקח יחוש לעצמו, ומפרש הראב"ד בס' הזכות שאם לא הניח נכסים תהא יוצאה מתחת ידו לפי שאין מכורין לעולם, והיינו שאפי' ישארו נכסים שמכר הלוה אחר שלקח האפותיקי לא יוכל לומר הנחתי, וכמו שמדייק המ"מ מדברי הרמב"ם, זה הא קתני להדיא גם בבע"ח, וא"כ גם מה שמפרש הרמב"ם בדברי הירוש' דמשום זה אם מכרה ממכר עולם אינה מכורה בזה שייך בין על כתובת אשה בין על בע"ח.

לכן נראה דהראב"ד משיג על הרמב"ם בעיקר פירושו בדברי הירוש' דדוקא אם מכרה לשעה המקח קיים עד שעת גביה, אבל אם מכרה ממכר עולם אינה מכורה כלל, וכפשטות הלשון דאם מכרן לעולם אינן מכורין והראב"ד אינו מפרש כן, וכן מבואר להדיא בדבריו בס' הזכות וביחוד בדברי הרמב"ן שמפרשים דמה דאמר דאם מכרן לעולם אינן מכורין אין הכונה דאם מכרן ממכר עולם אינן מכורין כלל, אלא דאם מכרן לעולם אינן מכורין לעולם היינו דלא הוי כשאר לוקח דבר המשועבד שהמכירה הוי מכירה רק שגובין משום שעבוד, אבל אם יש לקוחות מאוחרין צריך המלוה לגבות מהן משא"כ כאן באפותיקי אינם מכורין כלל על לעולם, וכשיבוא המלוה לגבות יגבה אף שיש לקוחות מאוחרין, וזהו גם לת"ק ולרשב"ג גבי אשה אפי' אם יש בני חורין היא גובה מהאפותיקי וזה מוכרח מד' הראב"ד בס' הזכות שכתב וז"ל ואותה הברייתא שהוזכרה בירושל' באפותיקי גמור לבע"ח ולאשה וכו', ועליהם אמרו מכורה לשעה והלוקח יחוש לעצמו שאם לא הניח שם שאר נכסים שכשיבואו לגבות תהא יוצא מתח"י לפי שאין מכורין לעולם.

וביחוד מוכח כן מדברי הרמב"ן שם שכתב וז"ל ושאלו בגמ' במכרן לשעה פליגי ור' יוחנן מבטל המכר מיד דומיא דנכסי מלוג שלה או במכרן לעולם פליגי, ור"א מקיים המכר לעולם כו', וכתב עוד ורבינו הגדול שכתב גבי שדה הוי כשמכרה לשעה אנן קיימין, אבל במכרן לעולם ד"ה אינן מכורין שיטה דגמ' ירוש' תפש דבר פשוט כתב דבשדה של אפותיקי ודאי גובה ממנו אם אין לו שאר נכסים, ולא הוצרך הירוש' הזה לדעת חכמים אלא לומר דהעושה שדה אפותיקי גובה משאר נכסים השנוי בגמ' שלנו כשמכרה לאחר הוא וכו', ומבואר בדבריו דאין כאן חידוש בעיקר במה דאמר הירוש' דאם מכרה לעולם אינה מכורה לומר דבשביל שמכרה לעולם אינה מכורה כלל כמש"כ הרמב"ם, וזהו שכתב הראב"ד לא הבחין ולא הבין דרך הירוש' והיינו שאין הפי' בירוש' כלל כדבריו, והרמב"ם מפרש כשיטתו דכיון שמכר לעולם וזה א"א לכן אינה מכורה

כלל וכמש"כ המ"מ.

עוד יש לפרש השגת הראב"ד בפשיטות שהיא אותה ההשגה שהוא משיג על הרי"ף בס' הזכות שכתב על מה שהביא הרי"ף זה הירוש' שאינו יודע למה הביאו בכאן כי מה שנאמר כאן הוא באפותיקי סתם, והירוש' הוא באותן ג' שדות שהן כאפותיקי מפורש, והרמב"ם הא כתב זה באפותיקי סתם, וע"פ שתי השגות אלו כתב לא הבחין ולא הבין דרך הירוש', ובדעת הרמב"ם שפיר כתב הלח"מ שכשיטתו מוכח מהירוש' במס' שביעית שהעמידו ברייתא זו באפותיקי סתם, ולפי פי' הרמב"ן אינו מיושב מה דתניא והלוקח יחוש לעצמו, לכן מוכח כד' הרמב"ם דהברייתא מיירי באפותיקי סתם ושאינה מכורה לגמרי רק עד שעת גביה, וזה מפרש בד' הירוש' דאם מכרן לעולם אינן מכורין כלל כפשטה וכנ"ל.

והנה בפ"ו מהל' מכירה הל' ה' בארתי הל' זו וכתבתי החילוקים בין השיטות בדין אפותיקי ובדין ג' שדות ובדין נכסי צ"ב בקרקע ובמטלטלין, ולא כפלתי כאן ויראה המעיין שם.

הלכה ו

ובהשגות כבר כתבתי ובארתי בפ"ז מהל' חובל ומזיק הל' ז' ע"ש.

הלכה ז

המקדיש נכסיו אין בעל חוב יכול לטרוף מן ההקדש שההקדש מפקיע השעבוד, וכשפודין הקרקע מיד ההקדש אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו על מנת שיתן לבעל חוב את חובו ולאשה כתובתה. לפיכך כשתפדה ותצא לחולין ביד הלוקח יבוא בע"ח ויטרוף אותה או האשה בכתובתה כמו שבארנו בערכין.

המ"מ כתב דדעת הרמב"ם דכל הקדש מפקיע מידי שעבוד ואם הוא קדושת הגוף ההפקעה עולמית, ואם הוא קדושת דמים נפקע עד שיפדה, וכבר השיגו הר"א ז"ל בפ"ז מהל' ערכין, ובאמת שמה שיצא לרבינו מפירוש זה אינו נכון וכל המפרשים ראיתי חלוקין עליו בזה ולדברי כולם אין קדושת קרקע מפקיע מידי שעבוד והביאו ראיות לזה ופירשו שדין המשנה שבערכין אינו מפני הפקעת שעבוד, אלא אע"פ שאינו מפקיע אינו טורף מן ההקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון עכ"ל, ולבאר שיטת הרמב"ם נביא המשנה והגמ' דערכין ופי' המפרשים, והנה שם בדף כ"ג תנן המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח אין האשה יכולה להגבות כתובתה מן ההקדש ולא בע"ח את חובו אלא הפודה פודה ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבע"ח את חובו, ואמר בגמ' למה לי למימר הפודה פודה משום דר' אבהו דאמר ר' אבהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון,

ורש"י ותוס' פירשו דזה ודאי שההקדש אינו מפקיע את השעבוד דדוקא בקדושת הגוף מפקיע דהא אמר דרק משום דר' אבהו צריך לפדות, אלא שנסתפקו בתוס' במטלטלין כיון דגם מכר מפקיע שעבוד מטלטלין, וכן דעת הרמב"ן ביבמות דף מ"ו ובכתובות דף מ"ט וכן דעת הרשב"א דקדושת דמים אינו מפקיע, ובשם ר"ת כתבו לחלק בין קרקע למטלטלין דבאמת קדושת דמים נמי מפקיע ורק בקרקע אלים השעבוד דהוי כמאן דגביא, וזהו שכתב המ"מ שלדברי כולם אין קדושת קרקע מפקיע מידי שעבוד.

והנה עיקר דברי הרמב"ם בזה הוא בפ' ז' מהל' ערכין הל' י"ד וביאר שם דאף שההקדש מפקיע השעבוד שקדם, אבל כשימכור ההקדש הקרקע יש לבע"ח לגבות מן הפודה שהרי שעבודה עומד על קרקע זו, אכן לא ביאר הרמב"ם מה דאמר ר' אבהו דמה דפודין הוא כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, והלח"מ שם כתב דמה דאמר שם ל"ל למימר הפודה פודה דזהו אמאי פודה אחר ולא המלוה בעצמו וע"ז אמר כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, וכבר כתב המרכה"מ דאישתמיטתיה להלח"מ ד' הגמ' בפסחים דף ל"א דאמר שם כל היכי דאקדיש לוה וזבין לוה כו"ע ל"פ דאתי מלוה וטריף ואתי מלוה ופריק דתנן מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים האלו, לכן מפרש המרכה"מ דמה דאמר הגמ' ל"ל למימר הפודה פודה דזהו למה צריך לפדות ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חובו דהא בל"ז לא יפדה שום פודה ע"מ שלא ליתן דהא אח"כ ע"כ יגבו מהפודה כמו דסובר הרמב"ם, ולכן אמר הגמ' משום דר' אבהו דדוקא היכי שהפודה פודה ע"מ ליתן וכו' אז הוי פדיון, אבל אם החוב מרובה ואין לך אדם שיפדנו ע"מ כן אפי' אם יתן הבע"ח דינר אין זה פדיון, וזהו דאמר כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, היינו שאם יפדו באופן ששום אדם לא יתן כל כך אין זה פדיון, לכן צריך דוקא לפדות באופן זה, ולכן מסיק בגמ' דלרבנן דוקא עד מחצה פודה, והמרכה"מ מפרש בדברי הרמב"ם בהלכות ע"פ דבריו בפיהמ"ש שם שכתב שאם היה החוב כפול ממה ששוה הדבר שהקדיש אין פודין אותו בתנאי בשום פנים, אלא מפקיעין החוב מעיקרו מעל הקרקע, ומפרש כן המרכה"מ מה שכתב בהלכות שאם היה החוב שנים בדמי השדה אין פודין אותה ע"מ ליתן החוב או הכתובה, אלא פודין אותה סתם שאם התנו ליתן אינה נפדית כלל.

והנה הבאתי קוטב ד' המרכה"מ שהאריך בזה ולדעתי פירושו דמה שכתב הרמב"ם אלא פודין אותה סתם היינו שהחוב נפקע הוא דחוק שהי' לו לפרש כן דהא מתחלה כתב דאף שההקדש מפקיע השעבוד זהו רק נגד ההקדש אבל כשיפדה הפודה חזר השעבוד והמלוה גובה ממנו, וגם מה שכתב לפרש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון דהיינו שאם יפדה הבע"ח בעצמו ויתן דינר אף שהחוב הרבה יותר מדמיו אין זה

פדיון והוי כמו נתינת שוחד להקדש שיפקיע קדושתו, אינו מבואר בזה לשון כדי שלא יאמרו דהא לדבריו באמת אין זה פדיון ולא רק שלא יאמרו.

ונראה דמה דפריך בגמ' למה לי למימר הפודה פודה זהו ודאי כמש"כ המרכה"מ דלמה צריך שיפדה ע"מ ליתן לאשה בכתובתה הא ע"כ יתן אח"כ הפודה דלגביה לא בטל השעבוד, אבל תי' הגמ' אינו כמו שכתב אלא כפשוטו דמש"ה צריך שבשעת פדיה יפדה ע"מ כן משום דאם יראו שהוא פודה הקרקע בסתם בדינר יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון דהיינו המותר מן הדינר, ואף דקיי"ל הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל, הא זהו דוקא בדיעבד אבל לכתחלה הא אסור לחלל, ולכן שפיר חיישינן לאינשי דלא גמרי וכשיראו שמחלל שדה שוה מנה על דינר יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון.

ובמה שכתב הרמב"ם דאם היה דמי החוב שנים בדמי השדה אין פודין אותה ע"מ ליתן החוב או הכתובה אלא פודין אותה סתם שאם התנו ליתן אינה נפדית כלל וזהו פירושו במה דאמר בגמ' עד מחצה, נראה ברור שחזר בו כאן בהלכות ממה שכתב בפיהמ"ש שמפקיעין החוב מעל הקרקע, אלא דכונתו דמה דצריך לפדות בפירוש ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב את חובו, וזהו שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון תקנה זו אינה אלא אם החוב הוא עד מחצה שאז מצוי שישום הפודה הקרקע ביוקר, אבל אם החוב הוא שנים בדמיו שאז אינו מצוי שישומו הקרקע כ"כ יותר בדמיה דהא צריך עוד להוסיף דינר ויהי' ניכר שהדינר אינו דמי הקרקע ולא הוי פדיון, וכמו שכתב המרכה"מ, לכן פודין אותה סתם ואין חוששין בזה לשמא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון, ואף דודאי הפודה יודע שיצטרך להתפשר עם בעל החוב, אבל כיון שאין הקרקע שוה אלא מחצית דמי החוב בודאי יתרצה הבעל חוב ליטול ממנו פחות מדמי החוב ויכתוב לו פטור על כל החוב, אבל תקנה זו שיפדה ע"מ ליתן את כל החוב זה אי אפשר לכן פודין אותה סתם.

פרק יט

הלכה ו

מכרן לאחד זו אחר זו הרי הלוקח נכנס תחת הבעלים בד"א שלקח עידית באחרונה, אבל לקח זיבורית באחרונה כולן גובין מן הזיבורית, שהרי אומר לטורף כשיבוא לגבות מן השדה שלקח תחלה הרי הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ולמה אינו אומר לו הטורף כך אם לקח עידית באחרונה, ותגבה האשה ובעל חוב מן העידית שלקח באחרונה שזו תקנה היא ללוקח, והרי אומר לוקח להן אי אפשי בתקנה זו, אלא כל אחד מכם יגבה

מן הראוי לו.

המ"מ הביא דברי הרשב"א דאף דבגמ' אוקמינן להך ברייתא דמיירי ביתמי אבל הלוקח בעצמו יוכל לומר אי שתקת אין זה להלכה וגם הרי"ף לא הביא זה, והנה כבר כתב מזה הרמב"ן במלחמות ליישב דעת הרי"ף והקשה על מה דאמר בגמ' אי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למאריה דא"כ כל לוקח שקנה עידית יאמר שימכור זיבורית למוכר, והנה הנחלת דוד הביא קושיית הרמב"ן על המזיק והלוה בעצמם שיאמרו שימכרו העידית והבינונית וישאר אצלם זיבורית, וזה לא קשה כלל דהמזיק והלוה יש עליהם דין וחיוב לשלם ולהגבות כדינם, ולכן הקשה הרמב"ן רק על הלוקח, והנח"ד כתב ליישב דמה דאמר דמהדרנא שטרא דזיבורית למאריה אינו אלא לרשב"ג דאמר שמקבל מתנה שהחזיר שטר המתנה חזרה מתנתו. ולכן הוי טענה שיתבטל המכירה, אבל לרבנן אין זה טענה שאם יהי' למזיק וללוה אח"כ זיבורית זהו דין חדש ואינו יכול לבטל בטענה זו הדין שעתה אין לו וליכא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ולדעתי א"א לומר כן דלרשב"ג הוי בטול המתנה או המכירה בחזרת השטר דאיזה גדר בטול למפרע יש כאן ולא מצינו כן אלא בדין שאלה בנדרים או במקח טעות, ובאור שיטת רשב"ג הוא דסבר דשטר הוי אפסרא דארעא וזהו עיקר הקנין מה שיש לו שטר על קניית השדה, וכשיחזיר השטר למוכר זה גופא הוי הקנאה חדשה שמחזיר השדה למוכר, דהא אמר שם בב"ב דקס"ט דרשב"ג סבר אותיות נקנות במסירה א"כ הוא הקנאה חדשה וכן מבואר בד' הרא"ש שם.

והנראה בזה דהנה מצינו דין אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וגם טענת הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ויש לחקור אם טענת הנחתי הוא ג"כ נמשך מדין אין נפרעין, ורק דנ"מ בטענת הנחתי היכי שמכר אח"כ הבע"ח גם זו השדה שהניח הלוקח הראשון שאין המלוה יכול לגבות מן הלוקח הראשון וצריך לגבות דוקא מהשני. וגם יש נ"מ בדין אין נפרעין היכי דליכא טענת הנחתי כשקנה הלוה נכסים אחר שמכר נכסים המשועבדים, או דנימא דטענת הנחתי לך מקום לגבות הימנו היא טענה גם בלאו התקנה דאין נפרעין דכיון שהניח להמלוה מקום לגבות ולא לקח כל שעבודו אין להמלוה מעיקר הדין לגבות מהלוקח ותקנת אין נפרעין יהי' דוקא היכי שקנה הלוה נכסים אחר שמכר כל נכסיו המשועבדים.

ונראה דזה תליא בדין שעבודא דאורייתא, דאם שעבודא דאורייתא מסתבר דלא הוי טענת הנחתי לך מקום לגבות הימנו טענה מחמת עצמה בלא תקנת אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, דכיון שיש להמלוה שעבוד מן התורה על הנכסים

למה מועיל מה שיש בני חורין אפי' אם היו אצל הלוה בשעה שקנה הלוקח דהא לא צריך לבוא משום טענה דשעבודי שקלת ולא הנחת לי ממה לגבות, אלא דעיקר הנכסים משועבדים לי לגבות מהן חובי, אבל אם שעבודא לאו דאורייתא ותיקנו חכמים שיגבה המלוה מלקוחות משום נעילת דלת בזה נוכל לומר דעיקר התקנה לא היה אלא אם לקח הלוקח את כל שעבודו, אבל אם הניח לו מקום לגבות אין להמלוה שעבוד כלל על הנכסים שקנה הלוקח.

ויש להביא ראיה לזה מהא דבעי הגמ' בגיטין דף נ' ע"ב על הך דינא דאין נפרעין אם במתנה איכא נמי תקנתא דאין נפרעין משום דליכא פסידא דלקוחות, וכדבעי למיפשט מברייתא דחי הגמ' הב"ע בשוין והיינו ששניהם בינונית או זיבורית, ומוכח דאפי' נימא דבמתנה ליכא תקנתא הוא דוקא אם בני חורין הם זיבורית, אבל אם שניהם שוין יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו גם בלאו תקנתא דאין נפרעין, ואף דלהלכה גם במתנה איכא תקנתא דאין נפרעין מ"מ מסוגיית הגמ' מוכח דשייך טענה דהנחתי גם בלא תקנת אין נפרעין, אלא דמ"מ כיון דאין ההוכחה להלכה יש לומר דהגמ' מדחה אם נסבור שעבודא לאו דאורייתא.

ואפשר לומר דבזה תליא דין אישתדוף בני חרי דבעי בכתובות דף צ"ה אי גבי ממשעבדי דאם שעבודא דאורייתא, ומה שאינו טורף מלקוחות במקום שיש בני חורין הוא משום תקנה וא"כ אם נשתדפו הבני חורין מסתבר שיגבה, אבל אם שעבודא לאו דאורייתא ותיקנו שיגבה המלוה משום נעילת דלת ונאמר דלא תיקנו אלא כשלקח כל שעבודו, וא"כ אם בשעה שלקח הניח לו מקום לגבות אף שנשתדפו הבני חורין אח"כ לא יגבה, ונאמר דמה דמסיק בגמ' והלכתא אשתדיף בני חרי טרפא ממשעבדי זהו משום דקיי"ל שעבודא דאורייתא, אכן אינו מוכרח ויש לומר דהבעיא הוא גם אם שעבודא דאורייתא, ודין הנחתי הוא משום תקנה דאפשר כיון דכבר הניח הלוקח אף שנשתדפו אינו גובה, וכן אם שעבודא לאו דאורייתא ודין הנחתי הוא מעיקר הדין מ"מ כשעכשיו נשתדפו הבני חורין גם בזה איכא תקנת נעילת דלת וגובה, אבל עכ"פ זה מסתבר דעיקר החקירה בטענת הנחתי תליא בדין שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

ולפימש"כ יש לומר דמה דאמר הגמ' אי שתקיתו וכו' ואי לא מהדרנא וכו' זה קאי אי שעבודא לאו דאורייתא ובזה ניישב גם קושיית הרמב"ן דדוקא אם הי' להמוכר עידית בינונית וזיבורית ועיקר השעבוד הי' על כולם ביחד אלא שהלוקח לקח עידית באחרונה א"כ עיקר השעבוד בשעה שנעשה החיוב לא הי' דוקא על העידית אלא כשהניח הלוקח העידית באחרונה לא היו יכולים לגבות מן הבינונית וזיבורית כל זמן שהי' העידית אצל

המוכר, ולכן כיון שהי' יכול הלוקח להחזיר השטר של זיבורית להמוכר וזה הי' מן אותה שעה שלקח הזיבורית א"כ יכול לטעון דמעיקרא לא נעשה שעבודם דוקא על העידית, אבל זה היכי שמעיקר השעבוד כשנעשה החיוב הי' על כל הקרקעות, אבל אם לא הי' רק קרקע אחת של עידית ולקחה הלוקח ודאי אינו יכול לפטור עצמו במה שיוכל למכור להמוכר שדה זיבורית שלו, וכמו שהקשה הרמב"ן, כיון דמעיקר השעבוד הי' רק על העידית. אבל גם באופן זה דקתני שלקח עידית בינונית וזיבורית לא מהני טענה זו דאי שתקיתו אלא אם שעבודא לאו דאורייתא, דאז כבר כתבנו דטענת הנחתי לך מקום לגבות הוי מעיקר דין שעבוד, כיון דגם עיקר גביית שעבוד הוי משום תקנה, אבל אי שעבודא דאורייתא ועיקר דין גבי' מלקוחות הוא מן התורה ורק דאיכא תקנה דאין נפרעין וכו', ומזה נמשך גם טענת הנחתי א"כ ודאי אין טענת אי שתקת לבטל מהגובים זכותם שיש להם בזו השדה, וכיון דעכשיו נשאר להם זכות על העידית אינו יכול להפקיע מהם זכותם בטענת אי שתקת, וכיון דקיי"ל שעבודא דאורייתא לית לן הא דאי שתקת.

אלא שאנו צריכים לחלק מהגמ' דכתובות דף ק"ט גבי מי שאבדה לו דרך שדהו דאמרינן בחד דאתי מכח ארבעה אי שתקת, ונראה דדרך אינו אלא זכות ללילך בתוך שדה חבירו, אבל חבירו אם אינו מניח לו ללילך אינו אוכל את שלו דהא לו בודאי מותר להשתמש, ובחד שיש לו ד' שדות ויש להתובע דרך באחת טוען לו הרי עכ"פ יש לי זכות ללילך באחת לכן צריך הנתבע ליתן לו דרך באחת, אבל בחד דאתי מכח ארבעה אומר לו הנתבע ע"י קנייתי מן הארבעה לא תוכל להשיג זכות כיון שאצלם לא הי' לך זכות ואני יכול להחזיר שטר של אחת מן השדות לכן אין להתובע זכות חדש, אבל הכא גבי שעבוד כשיש לו דין לגבות מן העידית ואינו נותן לו לגבות הרי הוא גוזל את שלו ממש, ולכן אם שעבודא דאורייתא אינו זוכה בטענת אי שתקת, ואולי לזה כיון הרמב"ן במלחמות שלא ביאר דבריו ע"ש.

ומה שהקשה הלח"מ דלמה כתבו הרי"ף והרמב"ם טעמא דאי אפשי בתקנת חכמים דהא זה צריך רק משום הקושיא דא"כ בנזקין נמי נימא הכי והיינו לתירוצו של הרמב"ן דלא אמרינן סברא דאי שתקת אלא כדי שיטלו כדיניהם ולא בנזקין לגרעו מדינא, וא"כ בבע"ח וכתובת אשה שהטעם הוא רק למה לא יטלו מעידית כשלקח עידית באחרונה בזה הא סגי בטעמא דאי שתקת, וכתב הלח"מ ויש לתרץ לזה וקל להבין ולא פירש דבריו, אך נראה שזהו באמת פשוט דאפי' אם נימא דבבע"ח וכתובת אשה שלא להעלותם יותר מדינם אמרינן סברא דאי שתקת, מ"מ אינו מתורץ בזה דא"כ ביתמי

דליכא למימר אי שתקת יגבו מן העידית, ולכן ע"כ צריך לטעמא דאי אפשי בתקנת חכמים.

הלכה ח

מי שלוה מאחד ואחר כך מכר הלוה נכסיו לשנים וכתב בע"ח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו אינו יכול לטרוף מלוקח ראשון שהרי אומר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו אצל בעל חובך מן הנכסים שקנה לוקח שני אחרי ואתה הפסדת על עצמך שהרי סלקת עצמך מהן, והוא הדין לאשה בכתובתה אם כתבה לשני אבדה כתובתה ואינה יכולה לטרוף, אבל אם כתבו לראשון טורפין מן השני, מכר הלוה שדה ללוקח ומכרה לוקח ראשון ללוקח שני וכתב המלוה ללוקח ראשון דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו הרי בע"ח טורף מלוקח שני אותה השדה, ולוקח ראשון טורף מבע"ח שהרי כתב לו, ולוקח שני טורף אותה מלוקח ראשון שהרי הוא מכרה לו, ובע"ח חוזר וטורף משני וחוזרין חלילה עד שיעשו פשרה ביניהן וכן האשה בכתובתה.

השגת הראב"ד. מכר הלוה שדה ללוקח וכו' עד וכן האשה בכתובתה. א"א זה הפירוש למה שאמרו וכן בע"ח ושני לקוחות ובחיי ראשי לא ראיתי בכל ספריו טעות גדולה כזו מכמה תשובות, האחד שאין זו החלילה אלא כשמכר הלוקח ראשון לשני באחריות ומשנתנו אין לו הפלגה וקאמר וכן בע"ח, והב' משנתנו הפשרה מתחלה לשלשתן וכאן אין הפשרה אלא לשנים, בע"ח וא' מן הלקוחות שהרי אחד מן הלקוחות קיבל מעותיו, והג' שאף לב' אין כאן פשרה כי כשיטרוף בע"ח השדה מלוקח שני הלך אצל לוקח ראשון ולקח מעותיו כשיבוא לוקח ראשון ויוציא השדה מבע"ח אותו בע"ח על מי יחזיר, והלוקח שני כבר לקח מעותיו והלך לו נמצא הוא לבדו מפסיד, והרביעית שאף לכתחלה אין בע"ח יכול לטרוף מלוקח שני משום דאמר לו אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה וכן הדין למי שאבדה לו דרך שדהו, ועל זה הדרך חולקין אפי' הן מאה כשיצאו לגבות כאחת עכ"ל.

המ"מ כתב שמד' קושיות הראב"ד חזקה היא הרביעית שאין בע"ח יכול לטרוף מלוקח שני משום דאמר ליה אי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למאריה, ועוד הוסיף המ"מ דהא מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, וכיון דמהראשון אינו יכול לגבות גם מהשני לא יגבה, וכתב המ"מ ואפשר שדעת רבינו כשביאר דבריו ואמר כל זמן שתהיה בידך וצ"ע עכ"ד, והנה דבריו צריכים באור במה שהסכים לטענת אי שתקת דהא בעצמו כתב בהל' ו' דלא אמרינן אי שתקת לגרועי מדינא קמא ומשום זה השמיטו הרי"ף והרמב"ם האוקימתא דביתמי דלא חיישינן לטענת אי שתקת, וכאן הא יש לבע"ח

שעבוד על זו השדה רק שכתב ללוקח ראשון דו"ד אין לי עמך ובודאי אין זה סלוק אלא לגבי הלוקח הראשון ולא סלוק מעיקר השעבוד, וא"כ בזה הוי טענת אי שתקת לגרועי מדינא קמא, וצ"ל דסובר המ"מ דכיון דעכ"פ קודם שלקח הלוקח שני לא הי' יכול הבע"ח לגבות מהלוקח הראשון א"כ לא הוי זה לגרועי מדינא קמא דהא תיכף כשלקח הי' יכול להחזיר השטר ולא הי' זמן שיוכל הבע"ח לגבות, ובאמת מוכח שכן גם דעת הראב"ד דהא בהל' ו' לא השיג על מה שלא כתב הרמב"ם דדוקא ביתמי ומוכח דגם הוא סובר דלהלכה לא חיישינן לטענת אי שתקת לגרועי מדיניה, ומ"מ כתב כאן טענת אי שתקת, וע"כ דסובר דזה לא הוי לגרועי מדיניה.

אכן לפימש"כ בהל' ו' דזה תליא בדין שעבודא דאורייתא, והגמ' דאמר טענת אי שתקת זהו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ולהלכה דשעבודא דאורייתא מה דיש תקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אין זה מגרע בעיקר השעבוד וממילא מה דיכול להחזיר השטר ואז יהיה תקנה דאין נפרעין אין זה טעם שלא יוכל עכשיו לגבות דעכ"פ עכשיו לא החזיר וליכא תקנה כיון דאין זה גריעותא בעיקר השעבוד, ולפי"ז גם כאן נוכל לומר דמה דכתב להלוקח הראשון דו"ד אין לי עמך כיון דזה ודאי דלא סילק עצמו מעיקר שעבוד השדה ולא סילק עצמו אלא לגבי לוקח הראשון, א"כ אין זה גריעותא בעיקר השעבוד. לכן אף שיכול להחזיר אבל השתא הא לא החזיר והדו"ד אינו עם הלוקח הראשון אלא עם לוקח השני שלגביה לא סילק עצמו ושפיר יוכל הבע"ח לגבות ממנו. וכבר כתבתי בהל' ו' לחלק מהא דאמר הגמ' בכתובות דף ק"ט אי שתקת גבי מי שאבדה לו דרך שדהו. והחילוק שייך גם כאן. והראב"ד בהל' ערכין פ"ז הוכיח משם, אבל לדברינו לא קשה על הרמב"ם משם.

ובמה שכתב המ"מ עוד משום מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו. וכבר כתב זה הראב"ד בעצמו בפ"ז מהל' ערכין. ויישב המ"מ דעת הרמב"ם כשאמר הבע"ח כל זמן שתהי' בידך. והכ"מ כתב דבפ"ז מהל' ערכין לא משמע כן בדברי הרמב"ם. וביאר הלח"מ דבריו דהא הרמב"ם מדמה זה לפודה מיד ההקדש. וכתב בזה הלח"מ דהקדש ודאי כיון דלא עשה הבע"ח פיטור להקדש ודאי לא שייך על ההקדש מה מכר הקדש כל זכות שתבוא לידו. ודבריו נכונים אבל עיקר התי' של המ"מ אינו מתקבל להעמיד דברי הרמב"ם והגמ' באוקימתא שלא הוזכר בפי'. עוד קשה לי בתי' המ"מ דאם כדבריו שכתב הבע"ח בפי' כל זמן שתהי' בידך, וא"כ כשמכר ללוקח שני ליכא סילוק כלל ויכול שפיר הבע"ח לגבות ממנו. וא"כ למה יטרוף אח"כ הלוקח הראשון מהבע"ח.

לכן נראה שכשכתב הבע"ח ללוקח הראשון דו"ד אין לי עמך וקנו מידו דאף דע"כ

מגופה של קרקע קנו מידו. וכדאמר בכתובות דף פ"ג מ"מ לא סילק עצמו אלא לגבי הלוקח הראשון וכמו שאמר דו"ד אין לי עמך. והיינו שקנו מידו שלגבי הלוקח הראשון לא יהי' לו טענות על השדה וכשמכר לוקח הראשון ללוקח שני יכול שפיר הבע"ח לגבות ממנו, ומ"מ יכול הלוקח הראשון שוב לטרוף מהבע"ח אחר שטרף הוא מהלוקח השני. וטעמא דהבע"ח הא כתב לו דו"ד אין לי עמך וקנו מידו מגופה של קרקע והיינו שלגבי הלוקח הראשון אין לו שעבוד על הקרקע. וכיון שלגביה אין לו שעבוד על הקרקע לכן טורפה ממנו, ואיברא שאם לא היה הלוקח הראשון מוכרה להלוקח השני באחריות מסתבר שלא יוכל לטרוף מהבע"ח אחר שטרפה מהלוקח השני דאיזה עסק לו עם הבע"ח ולא ממנו טרפה, אבל כיון שמכרה באחריות וטריפת הבע"ח מהלוקח השני הוא כמו גובייא גם ממנו כיון שהוא מחוייב לשלם להשני, ולכן טורפה הלוקח הראשון מהבע"ח דלגביה הא טרפה בלא זכות שעבוד, אבל כל זה אם לא אמר הבע"ח להלוקח הראשון כל זמן שתהי' בידך, אבל אם אמר לו כ"ז שתהי' בידך א"כ אח"כ כשמכרה ללוקח שני בדין טרפה. לכן ע"כ צ"ל כמש"כ.

ועכשיו שפיר מיושב דלא שייך לבוא כאן בטענת מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו כיון שלא סילק הבע"ח מתחלה עצמו מכל השעבוד שיש לו על השדה אלא לגבי הלוקח הראשון ולא לגבי אחר, ולא דמי למה דאמר רבא בב"ק דף ח' ע"ב מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו דהתם הא מעיקר דינא אינם צריכים לגבות מעידית רק משום שלקח עידית באחרונה, ובזה יכול לטעון לוקח הראשון לא ניחא לי בתקנתא דרבנן וממילא אינו חל שעבודם דוקא על העידית לכן גם כשמכר לוקח הראשון העידית לא יוכלו לגבות מלוקח שני העידית משום שיש ללוקח שני הזכות שהי' ללוקח ראשון, וכיון שהוא הי' יכול לטעון לא ניחא לי בתקנתא דרבנן גם מהלוקח שני לא יגבו, וזה דוקא שם שהוא דין בעצם הגבייה, אבל כאן שאין הסילוק בעצם הגבייה אלא סילוק לגבי הלוקח ראשון אינו שייך מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו כיון שאין זה זכות בעצם הגביה אלא סילוק לגבי הראשון ולא לגבי השני, וע"ד הקושיות הראשונות של הראב"ד יישב הלח"מ, דודאי סתם מכירה הוא באחריות ומה שהקשה דהא לוקח שני קבל מעותיו מלוקח ראשון כתב הלח"מ דאין ללוקח ראשון מעות לפרוע ללוקח שני, ויש לומר דבלא"ה מיושב דמה שהלוקח שני טורף מלוקח ראשון מוכח מדברי הרמב"ם דאינו משום דין אחריות דהא כתב דלוקח שני טורף אותה מלוקח ראשון שהרי הוא מכרה לו, ומוכח דאינו משום אחריות, אלא דכיון שמכרה לו היא שלו, ובטעמא יש לומר דכיון שהלוקח ראשון טורף אותה מבע"ח משום שלגבי דידיה הוי כמו שאין

כאן שעבוד, וכיון שמה שהשדה עכשיו אצל הלוקח ראשון הוא משום דלגבי דידיה אין כאן שעבוד ואין כאן דין גבייה א"כ לגבי דידיה נשאר גם מכירתו שמכרה להלוקח שני דהא לא היה לגביה ע"פ דין גדר גביית שעבוד.

והנה אחר כתבי דברי אלה ראיתי מה שכתב בזה אדמו"ר בספרו על הלכה זו וראיתי שעמד כבר על זה למה הלוקח ראשון חוזר וגובה מבע"ח, וכתב דזה לא מסתבר דבשביל שצריך לשלם ללוקח שני בשביל האחריות לכן גובה מבע"ח דהא עצם הקרקע אינה שלו כלל, ומה שכתב לו דו"ד אין לי עמך הא כתב לו על הקרקע, ויותר קשה דמשום טענת הפסד אחריות הי' לו להועיל שלא יגבה כלל מהלוקח שני, לכן כתב דעיקר דין אחריות גורם שעיקר גבייתו של הבע"ח מהלוקח הוא מכח המוכר, והוכיח זה מעיקר הדין דבע"ח גובה את השבח ואמרינן דהוי כמו שהקנה הלוקח להמוכר, וקשה דבמה הקנה לו והא הוי דשלבל"ע וע"כ דלגבי דין גביית הבע"ח נשארה גם הקרקע של המוכר, וזה הוא עיקר התנאי שהשבח יהי' שייך להמוכר לגוביינא של הבע"ח ע"י זה שגם גביית הקרקע יהי' מכח המוכר והשבח יהי' כמו גוף הקרקע, ומבואר עכשיו טעמא דלוקח ראשון חוזר וטורף השדה מבע"ח כיון דבע"ח טרף אותה מכחו, וצריך לבאר דבריו דאף דהי' אפשר לומר דעכ"פ אם עיקר הטירפא הוא מכח המוכר היינו מהמוכר הראשון שהוא הלוה, ולא מכח הלוקח ראשון, אבל באמת דבריו נכונים דאף דודאי צ"ל דאף הגוביינא יהי' מכח המוכר הראשון שהוא הלוה. אבל הלוה הא לא כתב אחריות להלוקח שני. וכיון דמה דבע"ח גובה את השבח הוא משום האחריות שכך כתב לו מוכר ללוקח והלוקח השביח על דעת זה. א"כ ע"כ גם בין לוקח ראשון ללוקח שני ג"כ זה התנאי דמשום זה השביח הלוקח שני. ולכן ע"כ דכשבאין לגוביינא באה הקרקע מהלוקח שני ללוקח ראשון לגוביינא ועי"ז בא גם השבח לגוביינא להלוקח ראשון בשביל הבע"ח, ואח"כ מלוקח ראשון להמוכר וכיון שכתב הבע"ח ללוקח ראשון דו"ד אין לי עמך א"כ לא באה הקרקע מלוקח ראשון להלוה.

אלא שעוד קשה לי דלפי"מ שכתב דאין לומר דמשום טענת הפסד אחריות חוזר הלוקח ראשון וטורף מבע"ח דמשום זה היה לו להועיל שלא יגבה כלל מהלוקח שני. דא"כ גם לפי דבריו דמשום זה טורף הלוקח ראשון מהבע"ח משום שכן הוא עיקר דין הגוביינא שהבע"ח טורף השדה מכח המוכר דגם לפי"ז לא הי' להבע"ח לטרוף כלל מהלוקח שני כיון דנימא שמה שטורף הבע"ח מהלוקח שני הוא מכח הלוקח ראשון. ומהלוקח ראשון הא אין לו זכות לטרוף. שכבר כתב לו דו"ד אין לי עמך.

ובמה שכתב אדמו"ר דאין לומר דטעמא דטורף לוקח ראשון מבע"ח הוא משום הפסד

אחריות דכי בשביל שכתב לו דו"ד אין לי עמך עליו לראות שלא יגולגל לו הפסד אחריות וכתב עוד דבדו"ד אין לי עמך הא לא נכלל רק שלא יגבה ממנו. אבל מגוף השדה הרי לא פקע שעבודו וכדחזינן דגובה מלוקח שני. לפי"מ שבארנו יש ליישב זה דהנה בכתובות בריש הכותב בעי הגמ' קנו מידו מהו ואמר רב יוסף מדין ודברים קנו מידו. ורב נחמן אמר מגופה של קרקע קנו מידו. ובדף צ"ה במתני' דמי שהי' נשוי ב' נשים וכתב ראשונה ללוקח דו"ד אין לי עמך פריך בגמ' וכי כתבה ליה מאי הוי. והתניא האומר לחבירו דו"ד אין לי עמך וכו' ומשני בשקנו מידה. ופירש"י ואמרינן בהכותב דהיכי דקנו מידו מגופה של קרקע קנו מידו, וקשה דהא רב יוסף סבר שם דמדו"ד קנו מידו. וכבר עמדו בזה בתוס' וכתבו דאע"ג דגבי נשואה אמר רב יוסף מדו"ד קנו מידו נשואה הוי טפי ידו כידה, מהכא גבי לוקח ידו כידה. וזהו לפי' התוס' שם דאנשואה קאי ולפירש"י שם דקאי על האומר לחבירו דהיינו בשותפין יש לומר ג"כ כד' התוס' דשותף ודאי חלק הקרקע שלו ממש ולא מהני קנין בלשון דו"ד אין לי עמך. אבל עכ"פ בהך דינא דידן אמרינן דמגופה של קרקע קנו מידו. אבל לא שייך קנין שלא יגבה ממנו אלא שמסלק שעבודו מהקרקע. וכן הוא לשון הרמב"ם בתחלת הלכה זו שכתב ואתה הפסדת על עצמך שהרי סלקת עצמך מהן, ומוכח דמגוף הנכסים סילק עצמו. ומה דגובה כאן מלוקח שני אף דע"כ גם כאן הכונה שכתב ללוקח ראשון קודם שמכר ללוקח שני. וזה מוכח מדברי המ"מ והראב"ד שכתבו טענת מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, כבר כתבתי דאף שע"כ סילק עצמו מגוף השעבוד של הקרקע אבל כיון שכתב דו"ד אין לי "עמך" הכונה דלגביה הוא מסלק עצמו משעבוד הקרקע. אבל אינו מסלק עצמו מהשעבוד בעיקרו. ולכן כשמכרה ללוקח שני יכול הבע"ח לגבות ממנו. ומ"מ כיון שהלוקח ראשון חייב באחריות יש לו להוציא השדה מהבע"ח בהך טענה שלגבי הלוקח ראשון הוי כמו שאין לו שעבוד כלל על הקרקע.

והנה אפשר יש לדמות זה למה דאמרינן בב"מ דף י"ד דראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ובא בע"ח דראובן וקא טריף לה מיניה דינא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדיה ולא מצי א"ל לאו בע"ד דידי את. ולאיכא דאמרי אפי' שלא באחריות משום דא"ל לא ניחא לי דתיהוי לשמעון תרעומות עלי. והנה הרמב"ם בפי"ט מהל' מכירה לא הזכיר שבא בע"ח דראובן אלא שבא לוי והוציאה מיד שמעון. וכבר כתבתי שם דבכונה לא כתב הרמב"ם בע"ח דהא בבע"ח א"א כלל לגבות מהלוקח קודם שיתבע לדין את הלוה. וכתבתי שם דאביי לשיטתו בזה ע"ש שהארכתי. והרמב"ם פסק כאיכא דאמרי דאפי' שלא באחריות הוי ראובן בעל דבר בשביל תרעומות דשמעון. ולכאורה אין דמיון לשם

דשם הא רוצה לברר שאין השדה של לוי כלל וכל השאלה הוא אם הוי בעל דבר לדון עמו. אבל הכא מה שהוציא הבע"ח מלוקח שני הא כדין הוציא. כמו שכתבנו משום שכתב לו רק דו"ד אין לי עמך ולא סילק עצמו משעבוד השדה אלא לגבי ראשון, ומ"מ יש לומר דכיון דחזינן עכ"פ דבשביל אחריות וגם בשביל תרעומות הוי בעל דבר. וכיון דזה ודאי כתב לו שבנוגע לו סילק עצמו משעבוד השדה ומגופה של קרקע קנו מידו. א"כ שפיר טורף הלוקח ראשון השדה מהבע"ח שבנוגע לו טרפה מהלוקח שני שלא כדין ואין לו שום זכות על השדה והוא בעל דין על השדה בשביל תרעומות של הלוקח השני, ואם נאמר כן דיש לדמות הך דינא לדינא דראובן משתעי דינא עם לוי בשביל תרעומות דשמעון א"כ מצי מירי מתני' גם בלא קבל הלוקח ראשון אחריות. וא"כ מיושבים כל הג' קושיות של הראב"ד בפשיטות.

וע"ד קושייתו הרביעית של הראב"ד שכתב המ"מ שהיא החזקה דאיך יגבה בע"ח מלוקח שני הא יכול לומר אי שתקת כתב בזה אדמו"ר דבזה שיחזיר שטרו ללוקח ראשון דהוי מכירה חדשה בזה לא יעכב הבע"ח מלטרוף שלא כתב לו דו"ד אין לי עמך אלא על הקניה הראשונה שקנה השדה מהלוה. אבל מה שיקנה הלוקח ראשון שוב השדה מהלוקח שני על זה לא כתב לו. והנה לפי"מ שבארתי דע"כ סילק עצמו הבע"ח מגוף שעבודה של השדה אלא דמ"מ יכול לגבות מלוקח שני משום שכתב דו"ד אין לי עמך. והיינו דרק לגביה דידיה מסלק עצמו אבל כיון שסילק עצמו משעבודה של השדה מנ"ל שאם יקנה השדה פעם ב' מלוקח שני לא יועיל זה הסילוק. ונכדי חביבי הרב הנעלה מ' חיים שניאור שי' הקשה עוד יותר דלפימש"כ אדמו"ר דין גביית הבע"ח חוזרת גוף הקרקע להלוקח ראשון בשביל האחריות שכתב להלוקח שני ושיוכל הבע"ח לגבות גם השבח וזהו תנאי בעיקר המכירה. וכיון שחזרה לו השדה למה לא יועיל הדו"ד אין לי עמך גם כשיחזור הלוקח שני וימכור השדה להלוקח ראשון הא ע"כ גם אצלו תחזור השדה להלוה כדי שיקנה השבח. וממילא ע"כ חזרה מקודם גם להלוקח ראשון מתחלת קנייתו וצ"ע.

פרק כ

הלכה ב

אין דין קדימה במטלטלין אלא כל שקדם וגבה מהן זכה אע"פ שהוא אחרון, קדם אחד משאר אדם ותפס מן המטלטלין של זה כדי לזכות לאחד מבעלי חובות לא זכה. שכל התופס לבע"ח במקום שיש עליו חוב לאחרים לא קנה. אבל אין עליו חוב לאחרים

קנה. וכן אם אמר לו הלוה זכה בחפץ זה לפלוני זכה לו. ואין אחד מבעלי חובות יכולין לגבות מאלו המטלטלין שכבר זכה בהן אחר.

קדם אחד משאר אדם ותפס וכו' כתב המ"מ מימרא פ' הכותב דף פ"ד ע"ב ופירשו המפרשים אפי' עשאו בע"ח שליח לתפוס לא קנה. ומוכיחין כן מהמעשה הנזכר שם יימר בר חשו ושלא כדברי רש"י עכ"ל. ודבריו הם דברי התוס' שם שכתבו בד"ה את תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, כאן משמע דאע"ג דעשאו שליח דאמר ליה זיל תפסה אפ"ה לא קנה. ולא כמו שפירש"י בפ"ק דב"מ דף י' דוקא בלא עשאו שליח לא קנה. וקודם שניישב דעת רש"י מהא דיימר בר חשו עלינו ליישב עיקר טעמו דבעשאו שליח מהני תפיסתו. והנה הר"נ בגיטין דף י"א בהא דתנן האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהם יחזור דר"מ וחכמים אומרים בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים לפי שזכין לאדם שלא בפניו וכו'. ובגמ' אמר ר' יוחנן התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, וא"ת משנתינו כל האומר תנו כאומר זכו דמי, ותמהו בתוס' דמה שייך משנתינו לתופס לבע"ח דהא גם העבד לא הי' יכול לעכבו מלחזור. וכתב ע"ז הר"נ ולי נראה דברים כפשטן דממתני' שמעינן דכל אדם מדעתו יכול להעשות שליח לחבירו שיעמוד במקומו ומשו"ה כיון שהאדון אמר תן שטר שחרור לעבדי הרי שליח יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו והרי הוא כאילו עשאו עבד שליח לכך. ומינה בעינן למילף דתופס לבע"ח קנה לפי שהתופס יכול לעשות עצמו כאלו עומד במקומו של בע"ח עכ"ל. ודבריו תמוהים דזה הי' אפשר אם הי' סובר דבעשאו שליח מהני תפיסתו. אבל תיכף אחרי דבריו הביא ד' רש"י דבעשאו שליח מהני. וכתב ע"ז וליתא מדגרסינן בפ' הכותב יימר בר חשו וכו'. וכיון דגם בעשאו שליח לא מהני מה הי' מועיל אם הי' יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו. ועוד קשה דהא באמת קיי"ל דזכיה מטעם שליחות. וא"כ מה הי' מועיל אם הי' יכול לומר הריני עושה עצמי שליח שלו.

והנראה בזה דהנה הר"נ בריש פ' האיש מקדש הקשה לפי"מ שהעלה שם דזכיה הוא מטעם שליחות מהא דדף כ"ג דבעי רבה לרשב"א דסבר עבד אינו מקבל גיטו מיד רבו מהו שיעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו משום דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח. ומ"מ מהני שטר ע"י אחרים אלמא דזכיה אינו מטעם שליחות. וכתב ע"ז דרשב"א הוי נמי מודה לר"מ דגיטו וידו באין כאחד רק משום דאמרינן מה אשה עד שיצא גט לרשות שאינו שלו. אף עבד עד שיצא גט לרשות שאינו שלו. וכיון דמה דאינו זוכה בגט אינו משום שאין לו יד אלא משום דבעינן עד שיצא גט לרשות שאינו שלו. לכן

מהני בתורת זכיה. ואכתי אינו מבואר דכיון דזכיה מטעם שליחות א"כ אכתי מאי נ"מ בין זכיה לשליחות. ומוכח מדברי הר"נ דאף דנימא דזכיה הוא מטעם שליחות מ"מ לא דמי, דבשליחות נעשה השליח כמו המשלח על עיקר המעשה. וכמו אם אמר לו שיגביה עבורו מציאה אמרינן שלוחו של אדם כמותו והוי כמו שהמשלח הגביה המציאה. אבל בזכיה אינו כן דאם הגביה בעצמו מציאה לחברו לא אמרינן דהוי כמו שהזוכה הגביה אלא דהוא הגביה וזכה בהגבהתו בשביל הזוכה. ונמצא דאף דנימא דזכיה הוא מטעם שליחות אינו כמו שליח ממש דנעשה מתחלת המעשה יד עושה הקנין כיד הזוכה. אלא דהזכיה הוא מגדר שליחות. ולכן זהו הנ"מ דבשטר ע"י אחרים אף שמה שזוכין האחרים השטר בשביל העבד הוא מדין זכיה. מ"מ בתחלת קבלת השטר אין יד המקבל כיד העבד. ואין כאן חסרון משום שלא יצא גט לרשות שאינו של אדון, דבתחלת הקבלה אין הרשות של אדון. ואח"כ אמרינן גיטו וידו באין כאחד. אבל בשליחות כיון שאנו צריכין לומר דהוי כמו שקבל העבד הגט ואז לא יצא גט לרשות שאינו של אדון.

ובזה מבואר שיטת רש"י דבלא עשאו שליח לתפוס א"כ בשעה שמתחיל לתפוס אין לו דין שליח. וא"כ אינו יכול לעשות קנין בממון של הלוה לזכות בשביל המלוה כיון דאכתי אינו שליח. ומבואר בזה שיטת הרי"ף בתשובה שהביא הרא"ש בפ"א דב"מ דאפי' במקום שאינו חב לאחרים. רק מן התקנה מהני תפיסתו והשיג ע"ז הרא"ש וכתב דלא שייך להקשות לימא ליה לאו בעל דברים דידי שהרי אינו תובעו לדין אלא הולך ותופס משלו דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאילו תפס המלוה בעצמו. אבל לפימש"כ מבוארין דברי הרי"ף דכיון דזכין לאדם שלא בפניו אינו דבתחלת הקנין הוי כאילו הוא שלוחו של המלוה. א"כ אין לו תחלת זכות לקנות בשביל המלוה, ולכן גם באינו חב לאחרים הוא רק מן התקנה. ובמקום שחב לאחרים לא עשו תקנה. ומבואר שיטת רש"י דבעשאו שליח מהני תפיסתו אפי' במקום שחב לאחרים דאז זוכה מן הדין מטעם שליחות.

ובטעמא דשיטת הסוברים דאפי' עשאו שליח לא מהני כתב הרא"ש בגיטין בהך סוגיא דלאו כל כמיניה לשוויה שליח כדי לחוב לאחרים, ובבאור הדבר צ"ל דלא מצינו עיקר דין שליחות אלא בתרומה וגירושין וקידושין, ובתרומה הא אין השליחות נוגע אלא להמשלח, ואף דאח"כ כשתרם השליח נעשה תרומה וכל ישראל אסורין לאכלו זהו רק מידי דממילא. אבל עיקר חלות הדין שליחות שיהי' מעשה השליח כמעשה המשלח זה אינו נוגע אלא להבעלים. וכן בגירושין וקידושין אינו נוגע אלא להאיש והאשה שקבלו השליחות מדעתם. וממילא יוצא שנוגע גם לאחרים דבקדושין נעשית אשת איש ובגירושין נאסרה לכהן. ומבואר דהיכי דעיקר השליחות נוגע בעצם לאחרים

לא מצינו בתורה דין שליחות. ומבואר מה דאין יכול התובע לעשות שליח לתבוע אא"כ הקנהו בהרשאה, והרא"ש בב"ק דף ק"ד בדין שליח שעשאו בעדים כתב שצריך טעם לדבר למה יוכל לומר לו לאו בע"ד דידי את דהא שלוחו של אדם כמותו. אך לפי דבריו בעצמו בגיטין הוא פשוט דהנתבע יאמר להשליח לגבי דידי אינך כלל כמו המשלח ואתה איש אחר ולאו בע"ד דידי את. איברא דלפי"ז יש לעיין בגירושין היכי שעשאו שליח לגרש בע"כ דנוכל לומר לאו כל כמיניה לעשותו שליח לחוב להאשה וכן באמת סובר הנוב"י והקצוה"ח בסי' קפ"ב הביאו ודחה דבריו ודימה זה להיכי שהלוה בעצמו נתן לאחד לזכות עבור המלוה דזכה המלוה אף שיש לו עוד בעלי חובות. וה"נ הבעל כיון דיש לו דין לגרשה בע"כ יכול לעשות שליח להולכה. ונראה יותר דא"צ להוכחתו של הקצוה"ח מנתן הלוה בעצמו דכשגירשה בע"כ ע"י שליח לא שייך להא דאינו יכול לעשות שליח לחוב לאחרים, דזהו רק היכי דעכ"פ בא המשלח לזכות בדבר שיש זכות בזה גם לאחרים ובזכייתו הוא חב לאחרים. אבל הבעל כשמגרש אשתו אינו נוטל ממנה שום זכות רק שמגרשה שלא תהי' אשתו. וזה תלוי רק בו ולא בה כלל. ולכן אינו שייך בזה לחוב לאחרים.

ובזה נוכל לבאר דברי הר"נ בגיטין שביאר מה דתלי הגמ' דין תופס לבע"ח בדין האומר תן שטר שחרור זה לעבדי. דהגמ' רוצה להוכיח מכאן דיכול השליח לומר הריני עושה את עצמי שליח קבלה שלו. ולכן יהי' מוכח מזה דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה. שהקשינו דהא הר"ן סובר דגם בעשאו שליח לא מהני. אכן לפי"מ שבארנו דעיקר החילוק בין זכיה לשליחות הוא דבזכיה לא נעשה יד הזוכה כיד מי שבא לזכות עבורו. וזהו טעמא דרש"י דמחלק בין זכיה לשליחות מטעמן של הסוברים דגם עשאו שליח לא מהני הוא משום דלאו כל כמיניה לעשות שליח לחוב לאחרים. והסברנו בטעמא דלא ילפינן הך דינא דשלוחו של אדם כמותו אלא לגבי המשלח ולא לגבי אחרים. דלא נתנה התורה כח להמשלח לעשות שליח אלא לגבי עצמו. וסובר הר"נ דכל זה הוא לפי האמת דזכיה אינו כמו שליחות ממש, אבל אם היינו אומרים דגם בזכיה נעשה יד הזוכה כמו יד מי שבא לזכות עבורו. א"כ זהו דין מיוחד בזכיה שיכול בעצמו ליעשות שליח ממש בשביל מי שבא לזכות עבורו. וכיון דנימא דהזוכה בעצמו בשביל אחר יוכל לעשות את עצמו שליח קבלה שלו. בזה לא נימא דאינו יכול לעשות עצמו שליח שלו לחוב לאחרים דזה לא שייך אלא אם באנו לעשותו כמו המשלח משום שהמשלח עשאו לשליח, ובזה אמרינן דאינו יכול לעשותו שליח אלא עבור עצמו. אבל אם יש דין בזכיה שמי שבא לזכות עבור אחר יוכל ליעשות בעצמו שליח של מי שבא לזכות עבורו. בזה אין נ"מ

אפי' אם הוא חב לאחרים הי' ג"כ מועיל.

ובעיקר דברי הר"נ במה שכתב דממתני' שמעינן דכל אדם יכול מדעתו ליעשות שליח לחבירו שיעמוד במקומו. ולכן כשאומר תן שטר שחרור זה לעבדי יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו. צריך ביאור דהא זה א"א לומר שלא יהי' שליח להולכה כלל דהא האדון אמר לו תן שטר שחרור זה לעבדי. וקודם דידע הגמ' דאומר תנו כאומר זכו דמי הא עשאו רק שליח להולכה ולא שחרר אותו בכח שליח קבלה. ולכן צריך לומר דכונתו דנאמר שאחר שקבל השטר שחרור בתורת שליח להולכה יעשה עצמו שליח קבלה ולהלכה בכה"ג לא מהני משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל. אך כיון דזה רק הו"א ובגיטין דף ס"ג מספקא לגמ' בהך כללא דלא חזרה שליחות. וא"כ לפי ההו"א הוי פשטינן דבאמת מהני בכה"ג גם אם לא חזרה שליחותן.

ובמה שכתב הר"נ דממתני' שמעינן דכל אדם יכול מדעתו ליעשות שליח לחבירו אף דזה ודאי דיכול לזכות שטר שחרור לעבד דהא רשב"א סובר דשטר דוקא ע"י אחרים מוכח דלזכות השטר שחרור עבור העבד אפשר דוקא מדעת האדון דכיון דהאדון אמר תנו שטר שחרור זה לעבדי הוי סבר דתנו לא הוי כאומר זכו. לכן אף דנימא דלשליח קבלה של העבד יכול ליתן זהו משום דבתחלת הקבלה הוי השליח כמו העבד והוי כמו שנתן לעבדו, אבל אם השליח להולכה יתן לאחר שיזכה עבור העבד כיון שיד האחר בתחלת הקבלה אינו כמו יד העבד, א"כ אינו יכול האחר לעשות תחלת הקבלה לקבל השטר שחרור כיון שהאדון אמר ליתן השטר שחרור להעבד, לכן הוי בעי למיפשט דיכול ליעשות מעצמו שליח להעבד ואז הוי מהני אם לא הוי סברינן החסרון דלא חזרה שליחות אצל הבעל.

ועכשיו נוכל ליישב מה שהקשו הראשונים מהא דיימר בר חשו, ונאמר דבעיקר הסברא שכתב הרא"ש דלאו כל כמיניה לעשות שליח לחוב לאחרים הי' רש"י ג"כ מודה אלא דסובר דכיון דבמטלטלין ליכא שעבוד א"כ אין לבע"ח האחרים שום זכיה בהמטלטלין שתפס התופס בשביל הבע"ח האחד, ואינם יכולים לומר אתה נעשית שליח רק לבעלי הבע"ח ששלח אותך דזהו מידי דממילא דכיון שנעשה שליח לגבי בע"ח זה שפיר קונה בשבילו את המטלטלין כיון שאין להם זכות מיוחד בהמטלטלין וממילא אין להם עכשיו איך לתבוע את חובם כיון שהמטלטלין כבר אינם של הלוה, אלא דזה תלוי אם יש שעבוד במטלטלין כל זמן שהם תחת יד הלוה, ולכן הרא"ש שכתב דשייך כאן טעמא דלאו כל כמיניה לשוויה שליח לחוב לאחרים ודאי סובר דכל זמן שהם תחת יד הלוה משועבדים הם למלוה, וכבר כתב כן הרשב"א סוף קדושין וז"ל והיכא דלא גבי בע"ח

ממטלטלי דיתמי אינה תורה דמדינא גבי אלא משום דלאו עיקר אסמכתיה אמטלטלי והילכך כל שאינן ביד לוה ממש לא גבי מינייהו, אלא דכל שהוא קיים וישנן תחת ידו גבי מינייהו משום דשעבוד נכסיו ואפי' שעבוד מטלטלין גורר אחר שעבוד גופו וכל היכי דאיהו משתעבד נכסיו נמי משתעבד עכ"ל, וכן כתב להדיא הרמב"ן ונביא דבריו לקמן דמטלטלין כ"ז שהם ברשות הלוה הם משועבדים, ולכן דברי הרא"ש מבוארים לפי שיטה זו, אבל בדעת רש"י נאמר דכיון דלאו אסמכתיה דמלוה אמטלטלי גם כשהם תחת יד הלוה אינם משועבדים, ולכן שפיר סובר דיכול לעשות שליח.

אבל כל זה להלכה דקיי"ל מטלטלי דיתמי לא משעבדי לבע"ח אפי' קודם שבאו לרשות היורשין, אבל בעובדא דיימר בר חשו כשבא לתפוס עבור הבע"ח הא סברי ר"פ ור"ה בדר"י דאפי' אחר מיתת הלוה מהני תפיסתו של המלוה וע"כ משום דסברי דכל זמן שהלוה קיים המטלטלין משועבדים למלוה, ורק כשמת הלוה ונכנסו המטלטלין ברשות היתומים פקע שעבודו של המלוה, ולכן הוי סברי דמהני תפיסה קודם שבאו לרשות היתומים, וכיון דסברי דהמטלטלין משועבדים להמלוה א"כ הם משועבדים לכל הבע"ח וא"כ שפיר דהשליח שתפס לא קנה משום דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, אבל לפי מה דמסיק שם רבא דגם המלוה שתפס לא מהני תפיסתו דאמר רב נחמן דדוקא אם תפס מחיים מהני, סברינן השתא דליכא כלל שעבוד במטלטלין, ולכן לא שייך לומר דלאו כל כמיניה לעשות שליח לחוב לאחרים, כיון שאין לשאר הבע"ח זכות שעבוד בהמטלטלין ורק כל זמן שהלוה חי גובין מהמטלטלין משום שעבוד גופו, ומה דלא מהני תפיסתו בלא עשאו שליח צריך לומר כמו שכתב הרי"ף בתשובתו שהבאנו למעלה דמעיקר הדין בלא עשאו שליח גם בלא חב לאחרים לא מהני והוא משום דאין להתופס זכות לעשות קנין במטלטלין של הלוה כיון דבזכיה אינו כשלוחו קודם שעשה הקנין, ומה דמהני בלא חב לאחרים רק משום תקנה הוא, וא"כ הוא פשוט דהיכי דחב לאחרים לא עשו חכמים תקנה, כיון שהוא זכות לבע"ח זה וחוב לשאר בע"ח, אבל בעשאו שליח שפיר מהני.

אכן עוד אנו צריכים לבאר מה דקשה על רש"י דהא הגמ' תלי בדף י' דין מגביה מציאה לחבירו בדין תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, וא"כ מה אמר רמב"ח בדף ח' זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאי ס"ד לא קנה תעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וכו', דאם נימא דבעשאו שליח גם בתופס לבע"ח מהני תפיסתו, א"כ בשנים אוחזין הא ע"כ אמרינן דברצון שניהם הי' שיגביה כל אחד בעד עצמו ובעד חבירו, וא"כ הוי כמו עשאו שליח, עוד קשה מהא דאמר ר' יוחנן בדף י' המגביה מציאה לחבירו

קנה חבירו, וא"ת משנתנו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי, ולפי דעת רש"י דהיכי דעשאו שליח מהני גם בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, א"כ מה אמר וא"ת משנתנו דהא גם למ"ד לא קנה חבירו במשנתנו לכו"ע הי' צריך לקנות דהא עשאו שליח, וא"כ לכו"ע צריך לומר דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי, אלא דזה לא קשה כ"כ כיון דעכ"פ צריך לומר הך טעמא דאמר תנה לי, אבל הא דרמב"ח קשה דמה מוכיח ממשנתנו גם בלא עשאו שליח כיון דמשנתנו הוי כמו עשאו שליח.

ונראה דהנה כבר הקשו התוס' בהא דסבר ר' יוחנן קנה חבירו, וסבר דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, ותי' ר"ת משום דבמציאה איכא מיגו דאי בעי הוי זכי לנפשיה, אבל גבי בע"ח אינו חייב הלוה לתופס, והרמב"ן כתב דר' יוחנן סבר דבמציאה לא דמי לתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דכיון דאכתי לא זכה בו אדם לאו חוב הוא להם, ודוקא גבי בע"ח כיון דהוא חייב לו, ונכסוהי אינון ערבין ביה מי שמוציאן מרשותו ושעבודו חב הוא לו ומשו"ה קיי"ל התם דלא קנה והכא קנה, ומדברי הרמב"ן מוכח דסובר דבמטלטלין נמי איכא שעבוד כל זמן שהם ברשות הלוה, ובדעת רש"י נוכל לומר כמש"כ למעלה דבמטלטלין ליכא כלל שעבוד, ומשו"ה סובר רש"י דבעשאו שליח מהני תפיסתו וכמש"כ, ועכ"פ צריך ביאור בטעמא דר"נ דסבר דבמציאה הוי נמי כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, וצריך לומר דר"נ סבר דאפי' במה שאין לאחרים בו זכות הוי נמי חב לאחרים, ולפי"ז אין אנו יכולים לומר בטעמא דלא ליהני זכיה משום דאין לו רשות לעשות מעשה קנין דהא במציאה ודאי יש לו רשות, וע"כ דזה בעיקר דין השליחות דכיון שהוא חב לאחרים אינו יכול ליעשות שליח, וכמו שכתב הפנ"י בכתובות בדף פ"ד דהוי כמו לדבר עברה דאין לו רשות לזכות לזה ולחוב לזה, איברא דדבריו תמוהים שכתב זה במה שתמה על התוס' דלמה לא מהני תפיסה בעשאו שליח דהא שלוחו של אדם כמותו ולא הזכיר כלל מה שכתב הרא"ש בגיטין דטעמא הוא דלאו כל כמיניה לשוויה שליח לחוב לאחרים, אבל עכ"פ לדעת ר"נ דסובר דגם במציאה הוי חב לאחרים צריך ע"כ לומר כמו שכ' הפנ"י דהוי כמו לדבר עברה.

איברא דגם לפי דבריו מובן רק גבי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכענין שדרשו חז"ל ואשר לא טוב עשה בעמיו זה הבא בהרשאה, אבל גבי מציאה לא שייך זה מ"מ אולי אפשר דכמו דאשכחן גבי לקט דדרשינן בגיטין די"א לא תלקט לעני ילפינן מינה גם גבי מציאה דאין לו לקנות עבור אחד ולהפסיד אחרים, ואף דמד' התוס' שם מוכח דגם גבי לקט אין חסרון משום אשלד"ע זהו להלכה דקיי"ל כר' יוחנן דגבי מציאה אין חסרון משום אשלד"ע, אבל לר"נ דסבר גבי מציאה דלא קנה חברו דהוי כמו חב לאחרים ע"כ

נאמר דהוי כמו עבירה דהוי זכות לזה וחוב לזה, ולפי"ז נוכל ליישב דעת רש"י דלר"נ דסבר דגם גבי מציאה לא קנה דהוי כמו חב לאחרים דע"כ דהוי כמו גדר עבירה, ולכן גם בעשאו שליח לא מהני. אבל לר' יוחנן דסבר דגבי מציאה קנה ורק גבי בע"ח לא מהני תפיסה. וכיון דסבר רש"י דגם גבי בע"ח אין להבע"ח זכות בהמטלטלין דליכא שעבוד על מטלטלין וע"כ מה דתופס לבע"ח לא קנה הוי משום דמעיקר דין אין לו זכות לתפוס. בזה סבר רש"י דזהו דוקא בזכיה משום דאין לו רשות על עיקר התפיסה כיון דמעיקרא אינו שליח. אבל בעשאו שליח דשלוחו של אדם כמותו כמו שהמלוה בעצמו יכול לתפוס כן שליחו. וזה כבר כתבנו דרש"י הי' ג"כ סובר כסברת הרא"ש דלאו כל כמיניה לעשות שליח לחוב לאחרים רק משום דסובר דהבע"ח אין להם זכות בהמטלטלין.

פרק כא

הלכה א

בע"ח גובה את השבח בין שהשביחו מחמת הוצאה בין ששבחו נכסים מאליהן. אלא שאם שבחו מאליהן גובה כל השבח, ואם השביחו מחמת הוצאה גובה חצי השבח, כיצד ראובן שהי' לו חוב על שמעון מאתים ומכר שמעון ללוי שדה במנה והוציא עליה לוי הוצאות והשביחה והרי היא שוה מאתים כשיבוא ראובן לטרוף מלוי טורף ממנה במאה וחמשים של חצי השבח, ואם השביחה מחמת עצמה כגון שהוקרה בדמים או עלו בה אילנות גובה את כולה.

כתב המ"מ דמש"כ רבינו דבשבחא דממילא טורף כל השבח כתב הרשב"א שאין הגאונים מודים בדבר זה אלא לעולם לא גבי בע"ח אלא חצי שבח ואפי' בשבחא דממילא ובדכתב ליה דאקנה עכ"ל. וכתב על זה הש"ך בסי' קט"ו סק"ה לבאר טעמו של הרמב"ם דדוקא בשבחא דמחמת הוצאה חשיב השבח דאקני כיון שלא הי' קודם. אבל שבחא דממילא מוכח בב"ב דף קכ"ד דהוי דקנה ולא דאקני דהא אין הבכור נוטל פי שנים בשבח משום דהוי ראוי ובשבחא דממילא נוטל דהוי מוחזק. וכונת הש"ך במה שכתב דהוי דקנה היינו דלא חשיב שבח דממילא כדבר אחר אלא כגוף השדה. וזהו דלא כמש"כ הרמב"ן דבע"ח אומר ארעאי אשבח דהרמב"ן סובר דמשום טענת ארעאי אשבח גם השבח היתר על ההוצאה נוטל הבע"ח כולו כדין שבחא דממילא. ומה דאמר בגמ' דנוטל חצי שבח זהו רק בשבח שכנגד ההוצאה. אבל שיטת הרמב"ם דבשבחא דמחמת הוצאה גם בשבח היתר על ההוצאה אינו נוטל אלא חצי שבח. ולדעת החכמים גדולים בשבח שכנגד הוצאה אינו נוטל הבע"ח כלל. ורק בשבח שיתר על ההוצאה נוטל חצי

שבח. וזהו דמחלק הש"ך דדוקא בשבחא דממילא הוי השבח כגוף השדה ולא בשבחא דמחמת הוצאה. והוכיח מבכור דאמרינן דבשבחא דממילא כגון דיקלא ואלים נוטל הבכור פי שנים ולא הוי ראוי.

והנה לפי"ז כתב הש"ך דכיון דגבי בכור אמרינן דשלפופי והוי תמרי דאישתני לא הוי כשבחא דממילא ואין הבכור נוטל פי שנים. וקשה דאיך פסק כאן דבעלו בה אילנות נוטל הבע"ח כל השבח כמו בשבחא דממילא. ולזה כתב דבמקום ועלו בה אילנות צ"ל ועבו בה אילנות. ודבריו תמוהים דהא כתב הרמב"ם בהל' ב' כל הפירות שאכל הלוקח אינן נטרפין ממנו. אבל הפירות המחוברין לקרקע אע"פ שאינן צריכין לקרקע כענבים שהגיעו להבצר הרי בע"ח גובה מהן כמו שגובה מן השבח עכ"ל. והרי ענבים שהגיעו להבצר זהו שלפופי והוי תמרי. וכתב להדיא שגובה מהן כמו שגובה מן השבח. ומוכח דכונתו שהגיעו להבצר אצל הלוקח וכמו בשבחא דממילא דגובה כולו. איברא דהש"ך בעצמו חולק על הרמב"ם בזה בס"ק י"ח. אבל רק על מה דסובר דאפי' כשאינם צריכים לקרקע גובה מהם ומשום דסובר דגם בזה אמרינן כל העומד לתלוש כתלוש דמי אבל עכ"פ דין פירות כדין שבח.

ובבאור שיטת הרמב"ם בדין שבח לגבי בכור ולגבי בע"ח צריך לבאר עיקר החילוק בין שבחא דממילא ובין שבחא דבידים או מחמת הוצאה. ואף שבארתי ענין זה בפ"ז מהל' נז"מ הל' י"ב מ"מ כיון שכאן הוא במקומו אכפול הדברים ויתבאר ביותר. ומקודם נבאר מה דאמר הגמ' גבי בכור כי פליגי בחפורה והוה שובלי שלופפי והוי תמרי מר סבר שבחא דממילא ומר סבר אשתני ופירשב"ם אשתני העשב להיות חטין והפרחים להיות תמרים דהוי דבר אחר ושם אחר. ובדף קכ"ו דאמר רב אסי בכור שמיחה מיחה. אמר רבה מסתבר טעמיה דרב אסי בענבים ובצרום אבל דרכום לא ורב יוסף אמר אפי' דרכום. ופריך דרכום מעיקרא עינבי השתא חמרא ומשני ליתן לו היזק ענביו ופירשב"ם אבל דרכום ע"מ לזכות הן בשבח דריכה לא שקיל בכור פי שנים כדתנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה. ומלבד מה שהקשו בתוס' שם על פירושו קשה דכיון דמפרש דדוקא כשדרכום בפי' ע"מ שיזכו הם בשבח. א"כ הו"ל להגמ' לפרש כן דהא מעיקר דינא שייך גם כשבצרום בסתם ודרכום בסתם דגם בזה צריך להך חידושא דבכור שמיחה מיחה דכל זמן שלא מיחה אינו נוטל בשבח. ואם מיחה נוטל בשבח וא"כ אם אמר אבל דרכום לא, משמע דאפי' דרכום בסתם, אכן הר"י מיגש מפרש דאין הטעם משום דין שינוי דגזילה דלא מיירי כאן בשדרכום דרך גזילה, אלא דכל זמן שלא חלקו הנכסים יכולים להשביח הנכסים בסתם, ובזה הוי הדין דאין הבכור נוטל בשבח, ובזה

אמר דאם בצרום מהני מחאתו שיטול בשבח, אבל דרכום דהוי שינוי לא מהני מחאתו ואין זה משום דין קנין שינוי דגזילה, אבל אכתי צריך ביאור מה מהני בזה שינוי.

והנראה בזה עפ"י מה דנבאר עיקר דינא דשינוי והנה בתמורה דף ד' אמר הגמ' בפלוגתא דאביי ורבא אי עביד מהני או לא מהני, והרי גזילה דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה ומשני שאני גזילה דכתיב והשיב את הגזילה אם כעין שגזל יחזיר ואם לאו דמים בעלמא בעי שלומי, ובסוף הסוגיא אמר דאביי ורבא פליגי בשינוי קונה ופירש"י דלמ"ד אי עביד מהני קונה בלאו טעמא דאשר גזל והיינו מהא דילפינן בב"ק מקרא דהם ולא שינוייהם, וכבר הקשה בזה הנתיבות בסי' שס"א דמה שייך דין שינוי קונה לדין אי עביד לא מהני דהא שינוי דממילא נמי קונה, וכבר כתבו התוס' שם בתמורה דהיכי דמהני ממילא לא שייך לאי עביד לא מהני כמו בצורם אוזן בכור, וכתב הנתיבות דכונת הגמ' לענין שינוי החוזר לברייתו דבזה צריך דוקא שינוי דבידים, וקשה דמשמע דבתמורה איירי בדין קנין מדאורייתא ושינוי החוזר אינו קונה אלא מדרבנן משום תקנת השבים, ואף דהתוס' בב"ק דף ס"ה כתבו דלרבה קונה שינוי החוזר מדאורייתא ורק ר' יוחנן סבר דהא מדרבנן מ"מ קשה להכניס זה בפלוגתא ועוד דהגמ' אמר סתם בשינוי קונה, ומעיקרא פריך מהגוזל עצים ועשאן כלים.

לכן נראה כמש"כ המשובב נתיבות בסי' ל"ד דמה דתלי הגמ' דין שינוי בדין אעל"מ היינו בעיקר הגזילה אי מהני או לא מהני, דאם הגזילה לא הוי מהני לא היתה מועלת לענין זה שיקנה הגזלן הגזילה כשנשתנה, אבל עוד צריך ביאור לאיזה ענין מועלת הגזילה ומאיזה טעם יקנה הגזלן בהגזילה שום זכותים, ובס' עונג יו"ט כתב דאי לאו קרא דוהשיב את הגזילה הי' הגזלן קונה הגזילה לגמרי. ולכן מהני שינוי דנפטר מהשבה. אבל לא מסתבר כלל דמאיזה טעם יקנה גזלן הגזילה דהא במכירה צריך דעת מקנה. וכן ידוע דברי היראים דאפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר מ"מ אינו שלו. ונראה דמה דמהני גזילה הוא שתהי' הגזילה ברשותו של הגזלן. והיינו דמה דאמרינן דהנגזל והגזלן אין יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו אין הכונה רק דאינו ברשותו של הנגזל. אלא דהגזילה נכנסה ברשותו של הגזלן דאף דודאי לא הועילה הגזילה שתהי' שלו אבל לזה הועילה שתהי' ברשותו. ולכן מהני מסברא שינוי דכיון דילפינן מקרא דהן ולא שינוייהם דשינוי עושה כאלו הוא דבר אחר. ולכן כשנשתנה ברשות הגזלן נעשה של הגזלן דברשותו נשתנה. וזהו טעמא דכתבו התוס' בב"ק דף ס"ט דאפשר דאפי' אין הגזילה ברשות הגזלן קונה ביאוש והיינו משום שכבר נעשה ברשותו.

ועכשיו נוכל לבאר החילוק בין שבחא דממילא ובין שבחא דבידים או מחמת הוצאה

דדין שבח הא מירי באופן שלא נעשה שינוי גמור דבשינוי גמור כמו טלה ונעשה איל אפי' נעשה ממילא קונה הגזלן לגמרי. ושבח הוא שלא נעשה שינוי כמו כחושה ונתפטמה. בזה יש חילוק דשבחא דבידים או מחמת הוצאה כיון שנעשה ע"י הגזלן לא הוי של הנגזל. דכיון שאין הגזילה ברשותו אין לו זכות במה שנתוסף בהגזילה ע"י הגזלן. וכמו דחזינן בתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה אם עבדים נגזלים אינו נותן שכר. וכן בתוקף ספינתו אם נחת אדעתא דגזלנותא. וחזינן דאף דהגזילה הוא של הבעלים מ"מ אינו נותן שכר שימוש. ואף דלא שייך כאן דינא דאשר גזל דהא לא נשתנה הגזילה ואמאי לא ישלם השכר כמו בנשתמש בשל הבעלים אם לא נתכוין לגזול. ומוכח דאף דהגזילה היא של הבעלים אבל כיון שאינה עומדת ברשות הבעלים. לכן מה שנשתמש בה הגזלן ועשה שבח בידים אינו שייך לבעלים. וה"נ בשבח שהשביחה הגזילה ע"י הגזלן אינו זוכה בה הנגזל. כיון שהגזילה אינה ברשותו. אבל שבחא דממילא כמו בהמה שנתגדלה מאיליה היא של הנגזל מעיקר הדין. ורק אם השביחה אחר יאוש השבח לגזלן משום תקנת השבים.

ובזה מבואר גם החילוק בין שבחא דממילא לשבחא דמחמת הלוקח לגבי גביית בע"ח דבשבחא דממילא אף שהקרקע אינה שלו דקיי"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. מ"מ הדין שעבוד שיש להבע"ח על הקרקע. כשהושבחה אומר הבע"ח ארעאי אשבח כמש"כ הרמב"ן דהקרקע שיש לי שעבוד עליה היא הושבחה. אבל כשהשביח הלוקח אף דגבי גזלן לא שייך זה בקרקע דקרקע אינה נגזלת. אבל בבע"ח שייך לחלק כן גם בקרקע דטענת ארעאי אשבח הוא רק בגדר שלו. אבל בגדר ברשותו ודאי הקרקע עומדת ברשות הלוקח. לכן לא שייך השבח שהשביח הלוקח להבע"ח שיגבה ממנה מכח שעבודו. ומה שגובה בע"ח גם מהשבח שהשביח הלוקח זהו רק משום שכך כותב לו מוכר ללוקח והוי כמו שהשביח הלוקח על דעת זה שיהיה השבח שייך לשעבוד השדה שיגבו הבע"ח של המוכר מהשבח. ולכן הוי כמו דאיקני דמשתעבד להבע"ח ולהלוקח בשוה.

והנה גבי בכור יש ג"כ חילוק בין שבחא דממילא לשבחא דבידים דבשבח שהושבחו הנכסים מאיליהם נוטל הבכור פי שנים ובשבח שהשביחו היתומים אינו נוטל פי שנים, והטעם בזה דהנה קיי"ל יש לבכור קודם חלוקה ואמרינן דמתנה קרייה רחמנא. מה מתנה עד דמטא לידיה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה. וע"כ דהא דאמרינן יש לבכור קודם חלוקה היינו דיש לו דין ליטול חלק בכורה ויכול למכור זכותו לאחרים אבל מ"מ כל זמן שלא לקח החלק בכורה אינו עומד ברשותו, ולכן לענין שבח דממילא נוטל הבכור דזכותו הושבח. אבל בשבח דמחמת הוצאה כיון שהנכסים עומדים קודם חלוקה

ברשות היורשים לכן שייך השבח להיורשים.

אלא שאנו צריכין להוסיף דמה דדמי בכור לגזלן ובע"ח הוא רק בהחילוק שבין שבחא דממילא לשבחא דמחמת הוצאה. אבל לגבי פירות חלוק דין בע"ח מדין בכור דגבי בכור כיון דכתיב בכל אשר ימצא לו ובעינן שיהי' הנכסים שנוטל הבכור פי שנים מצויין להאב, ולכן אף דשבח דממילא נוטל משום דהוי כגוף הנכסים כיון שהושבחו מעצמן. אבל פירות כיון שנשתנו לא חשיב אשר ימצא לו, כיון שאינם אלו הנכסים שהניח האב, ולכן לא מהני בזה הזכות דיש לבכור קודם חלוקה, ולכן זהו החילוק בין בכור לבע"ח דבע"ח נוטל פירות ובכור אינו נוטל פי שנים בפירות, ומיושבים דברי הרמב"ם במה שכתב ועלו בה אילנות.

הורו חכמים גדולים ואמרו לא יהא הלוקח רע כחו מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות ושמין לו וידו על התחתונה, לפיכך אם השביח מאה והוציא חמשים נוטל כל ההוצאה וחצי השבח היתר על ההוצאה, והחצי עם הקרן טורף בע"ח, ודברים של טעם הם וכך ראוי לדון.

הורו חכמים גדולים וכו' הרי"ף כתב על שיטת הגאונים וז"ל ואנן מסתברא לן דלא דמי לוקח ליורד לשדה חבירו שלא ברשות, דיורד אדעתא דשקיל ממרא דארעא הוא דמשבח בגופיה ובממוניה, אבל לוקח כי מפיק ממוניה, או משבח בידיה לאו אדעתא דשקיל לה מבע"ח הוא דעבד הכי אלא אדעתא דאי מפיק לה בע"ח מיניה הדר עליה דמוכר ושקיל מיניה כוליה ממוניה בין קרנא בין הוצאה בין שבחא דאתי ממילא עכ"ל, וביאר עוד הא דאמר רבא תדע שכך כותב לו, ובדעת הגאונים נראה לומר דמה דמהני הא דשכך כותב לו לומר שהשביח הלוקח על דעת לגבות מהמוכר זהו רק לדין השבח דכיון דעיקר השבח הוא בקרקע המוכר, ואם לא היה הלוקח משביחה והושבחה מאליה היה הבע"ח גובה בלא טעמא דשכך כותב לו, וכמו שכתב הרמב"ם, וכיון דמה דצריך להיות השבח של הלוקח הוא רק בשביל שהשביח אמרינן דדוקא היכי שהשביח אדעתא דידיה שיהי' השבח שלו כשיגבה הבע"ח, אבל כיון שכתב לו המוכר הלוה שישלם לו הוא בעד השבח השביח הלוקח על דעת זה שיהי' השבח שייך לשעבוד השדה ושיגבה ממנה הבע"ח, ומ"מ הוי כמו דאיקני כיון דעכ"פ לא הוי שבחא דממילא ולא הוי השבח כמו עצם הקרקע, אבל כל זה הוא בדין השבח שבא ע"י הלוקח, אבל ההוצאה שהוציא הלוקח ממונו בזה לא מהני הא דשכך כותב לו שהשביח על דעת זה, דכיון דעכ"פ מונח בהקרקע ממונו של הלוקח, אם באנו לומר שהקנה ממונו להמוכר שיגבה הבע"ח מממונו הי' צריך בזה הקנאה מיוחדת, וגם יש מקום עיון בזה במה יקנה המוכר את

ממונו, דבשלמא השבח אמרינן דכיון שיש שעבוד על הקרקע השביח הלוקח על דעת זה שיהי' זכות השבח שייך לדין השעבוד, וכיון דלא ניחא ליה שיקנה הוא את השבח לבד ושלא יכנס בכלל השעבוד מהני סילוקו שיהי' שייך השבח להשעבוד, ולכן מהני שיגבה הבע"ח מהשבח והוי לענין זה כמו יורד שלא ברשות דאין לו בשבח, ומ"מ הוי דאיקני כמו שכתבנו, אבל ממון של עצמו במה יקנה המוכר.

ואחר שבארנו כל זה נוכל לומר דגם הרי"ף הי' מודה למה שכתבנו בדעת הגאונים, ומה דסובר דאין הלוקח נוטל ההוצאה דלא דמי ליורד. הוא מטעמא אחרינא דבב"ק דף ק"א איתא איבעיא להו יש שבח סימנים על גבי צמר, או אין שבח סימנים ע"ג צמר. ושו"ט בגמ' למאי נ"מ ובסוף הסוגיא אמר רבינא כגון דצמר דחד וסמנין דחד וקאתי קוף וצבעיה להההוא צמר בהנך סמנין יש שבח סמנין ע"ג צמר דאמר ליה הב לי סמנאי דגבך נינהו או דילמא אין שבח סמנין ע"ג צמר ואמר ליה לית לך גבאי ולא כלום, והקשו בתוס' הרי נהנה שצמרו מעולה בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מתוך הרחבה, וכתבו דהנאה דהכא אין באה ע"י מעשיו ולא ע"י מעשה בהמתו, ומבואר מד' התוס' דהיכי שהנכסים שלו הושבחו שלא ע"י מעשיו בממון של אחרים פטור, אלא דצריך להוסיף דזה דוקא בהושבחו ממילא ע"י ממון אחרים או ע"י קוף כבעיא דרבינא, אבל ביורד לשדה חבירו והשביחה אפי' שלא ברשות דאף שלא הוי ניחא ליה מ"מ כיון שזה הכניס בידים ממונו והשביח שדהו חייב לשלם לו ההוצאה, ולכן הכא שהנכסים שמשועבדים לבע"ח הושבחו בממון הלוקח שלא ע"י מעשה הבע"ח פטור, ולא דמי ליורד לשדה חבירו שלא ברשות והשביחם דנוטל ההוצאה זהו משום דירד ליטול לעצמו, אבל הכא שלא ירד ע"מ ליטול לעצמו גם ההוצאה אינו נוטל, וזהו טעמו של הרי"ף דמהני מה שהשביח רק ע"מ ליטול מהמוכר דגם ההוצאה אינו נוטל.

ועכשיו יש לבאר דהרי"ף והרמב"ם הולכים לשיטתם דהרי"ף בב"ק הביא בעיא דרבינא, והרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה הל' י' הביא רק בעיא קמייתא ולא בעיא דרבינא, ומוכח דסובר דקיי"ל כסתמא דגמ' ולא כאוקימתא דרבינא, וממילא יש לומר דאינו סובר דאינו צריך לשלם מה שנהנה שצמרו מעולה בדמים, וה"נ גבי יורד אף שלא השביח על דעת שיטול לעצמו השבח מ"מ כיון שממונו של הלוקח מונח בשבח השדה צריך הבע"ח ליתן לו ההוצאה, וכן יסברו הגאונים ולכן פסק הרמב"ם כהגאונים ולא כהרי"ף וכשיטתו.

הלכה ב

כל הפירות שאכל הלוקח אינן נטרפין ממנו, אבל הפירות המחוברין לקרקע אע"פ שאינן צריכין לקרקע כענבים שהגיעו להבצר הרי בע"ח גובה מהן כמו שגובה מן

השבח.

המ"מ הביא ג' שיטות, שיטת הרמב"ם דגם באין צריכין לקרקע הרי הן כקרקע. ושיטת רש"י דבאין צריכין לקרקע דינם כתלושין, וכתב ע"ז הרמב"ן וכן עיקר שאם אין צריכין לקרקע הרי הן כמו שנתלשו מדהוינן פ' נערה דף כ"א סוף סוף העומד ליגזז כגזוז דמי, ופרקינן דצריכי לדיקלא קאמינא, אלמא כל דלא צריכי בע"ח לא גבי להו דכתלושין דמי, ושיטת הרז"ה והרשב"א שאפי' בצריכין לקרקע אינו גובה בע"ח אלא שנוטלן עם הקרקע ונותן דמיהן ללוקח, והמ"מ כתב על שיטת רש"י וכן עיקר, וטעמו בודאי הוא מהא דכתובות, וקשה משם לשיטת הרמב"ם, והלח"מ הקשה עוד דהמ"מ בפ"א מהל' מכירה במש"כ שם הרמב"ם דאם אינו צריך לקרקע הרי זה כמטלטלין לקנין ויש להן אונאה. כתב דמקורו הוא מהא דכתובות דאמר כל העומד לגזוז כגזוז דמי, וכתב הלח"מ דהרמב"ם סובר דלא אמרו כן בכתובות אלא לגבי לגבות מיתומים דנקראים מטלטלין והוי מטלטלי דיתמי, אבל כאן אפי' שיהי' מטלטלין מ"מ כל שלא תלשן הלוקח עוד לא זכה בהן, וגובה מהן בע"ח כיון שמחוברין לקרקע שלו, וכתב הלח"מ על זה ודוחק.

והנה בפ"א מהל' מכירה הל' י"ז בארתי שיטת הרמב"ם שהוא כשיטת הר"י מיגש שמחלק בין שומרים לדין קנין ואונאה ושבועה דדוקא לגבי שומרים אין ענבים העומדות ליבצר כבצורות דלאו למיתלשינהו מסר לו, והבאתי שכן כתב להדיא הרמב"ם בפיהמ"ש בשבועות דף מ"ג וכתבתי שכבר כתב כן הש"ך בסי' צ"ה רק שהש"ך מפרש שיטתם דדוקא לדין שומרים, ולזה הקשה דלמה תנן הך דינא במודה במקצת. אבל באמת אין כונתם כן אלא דאם מסרם בתורת שמירה אפי' עכשיו הדין בכפירה והודאה כגון שבצר השומר דע"כ כן הוא כמש"כ הרשב"א דאם לא בצרן הוי הילך, ומ"מ אף שבצרן כיון דמתחלה מסר לו שיהיו מחוברין אף שתלשם הוי דמי קרקע והוי כקרקע לשיטת הרמב"ם, ולכן דוקא בדרך מכירה שמכר לו ע"מ לתלשם בזה דינם כתלושין לענין קנין ואונאה ושבועה.

והנה המ"מ הביא דברי הרמב"ן דסובר כרש"י שכתב וסבור אני שרבינו הגדול בהלכות אף הוא יודה בזה שאם עומדים ליתלש כתלושין דמו, ומה שכתב תלושין דרך קצרה אחז כמנהגו, והנה שם בפ"א מהל' מכירה כתבתי שמצאתי בתשובות הרי"ף החדשות סי' ה' שכתב ג"כ לחלק בין שומרים לקנין ואונאה, וכדעת הר"י מיגש והרמב"ם, אלא שבדברי הרי"ף מבואר דדוקא כשמכרם על דעת לתלוש הוי כמטלטלין אבל בדעת הרמב"ם שכתב בפ"ה מהל' מעילה הל' י' טעמא דהמקדיש עבדו אין מועלין בשערו אע"פ שהוא עומד להגזז משום שכל זמן שהוא מחובר הולך ומשביח, והגמ' בגיטין דף

ל"ח אמר הך טעמא לר"מ, אבל הרמב"ם שפסק כחכמים הא לא צריך להך טעמא, ומזה הוכחתי דהרמב"ם סובר דאינו דוקא שימסור לו ע"מ לתלוש אלא דכל זמן שלא מסרם לו שיהיו מחוברין כיון דעומדין ליתלש דינם כתלושין, לכן גבי מעילה ג"כ הי' מן הדין שיחשב השער כתלוש כיון דעומד לגזוז, לכן הוצרך גם לחכמים לטעמא דכמה דקאי אשבוחי אשבח, ע"ש שבארתי בארוכה עכ"פ מבואר להדיא בדברי הרי"ף בתשובה שסובר כדעת הר"י מיגש והרמב"ם.

ולפי"ז בהך דינא דגביית בע"ח מלוקח דאמרינן דאינו גובה אלא שבח ולא פירות לשיטת הרי"ף דדוקא היכי שמכר ע"מ לתלוש הוי כמטלטלין, וא"כ כאן גבי בע"ח בודאי הוא כדעת הרמב"ם דאפי' אין צריכים לקרקע דינם כקרקע וגובה בע"ח מהן, ובאמת בדברי הרי"ף בהלכות ג"כ קשה לפרש כדברי הרמב"ן שכתב בע"ח גובה את השבח, שבח אין אבל פירות לא, פירוש הני פירות דלא גבי להו בע"ח פירות דאכל להו לוקח נינהו, אי נמי פירות דתלישי, אבל פירות דאיתנהו האידנא מיחברא בארעא גבי להו בע"ח, והיינו דאמרינן והא מעשים בכל יום, וקא מגבי שמואל אפי' בשבח המגיע לכתפים והם הפירות שהגיעו ליבצר ולהינטל על הכתף עכ"ל, ובודאי משמע דלא כפירש"י שפירש המגיע לכתפים קרוב ליקצר, אלא שעדיין צריכין לקרקע דרש"י כתב קרוב ליקצר, והרי"ף כתב שהגיעו ליבצר והרמב"ן דחק להעמיד ד' הרי"ף שכתב דתלישי שאם עומדין ליתלש כתלושים דמי, אבל קשה לבאר כן מה שכתב דאף שהגיעו ליבצר ולהינטל על הכתף גובה מהן בע"ח, אכן לפי"מ שהוכחתי בדעת הרמב"ם דבסתמא צריך להיות כמטלטלין, ורק גבי שומרים הוי כקרקע כיון שמסרם שיהיו מחוברין, וא"כ הכא גבי לוקח דליכא הך טעמא הי' צ"ל דדינם כתלושין וכמו גבי מעילה בהקדיש עבדו דאי לאו טעמא דשער משביח הי' נחשב כתלוש, ויהי' כדעת רש"י והרמב"ן דדוקא היכי שצריכים לקרקע הוי כקרקע.

והנה בטעמו של הרמב"ם בעיקר ההלכה יש לומר דפסק כן משום דמפרש הא דאמר הגמ' דמגבי שמואל בשבח המגיע לכתפים כפי' הרי"ף שכבר עומדים ליבצר. ואין צריכין לקרקע וכן משמע לשון המגיע, אלא דצריכין אנו ליישב הא דכתובות דף נ"א דאמר כל העומד לגדור כגדור דמי, והלח"מ הוסיף עוד להקשות דבפ"א מהל' מכירה במה שכתב הרמב"ם דלענין קנין ושבועה ואונאה דינם כמטלטלין, כתב המ"מ דמקורו מהא דכתובות, ועתה שזכינו לדברי הרי"ף בתשובה מבואר להדיא שהם דברי הרי"ף שהביא מזה לחלק בין שומרים לקנין, וא"כ לפי"מ שהוכחתי מד' הרמב"ם בהל' מעילה הי' צריך ליחשב גם גבי לוקח כמטלטלין, ומה שכתב הלח"מ לחלק בין לוקח ליתומים

דגבי לוקח כל זמן שלא תלשם ולא נכנסו ברשותו יש עליהם שעבודו של בע"ח, משא"כ גבי יתומים כיון שהם מטלטלים מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, והלח"מ בעצמו כתב על זה שהוא דוחק, אבל באמת אינו מיושב כלל דלפי דבריו אם לקח הלוקח רק האילן בלא הקרקע ונפלו הפירות מהאילן בשדהו של המוכר, או אם בא אחר ותלשם מהאילן דרך גזילה יגבה לפי דבריו הבע"ח מהפירות אף שהם תלושים כיון שלא נכנסו לרשות הלוקח, וזהו בודאי חידוש גדול ובפשוטו גם מהלוקח אינו גובה הבע"ח אלא קרקע ומחוברין לקרקע ולא תלושין שהן מטלטלין.

ונראה דכיון דעכ"פ חזינן דדין זה דעומד ליתלש כתלוש דמי יש בו חילוקים דגבי שומרין לא אמרינן דכתלוש דמי אף שלהמפקיד ניחא יותר שיחשבו כתלושין שיתחייב השומר, מ"מ כיון שמסרם שיהיו אצלו כשהם מחוברין דינם כמחוברין, לכן גם גבי שעבודו של בע"ח סבר שמואל דמגבי בשבח המגיע לכתפים דלא מהני מחשבתו של הלוקח מה שעומדים אצלו הפירות עכשיו ליקצר, לגרוע מזכותו של הבע"ח ולבטל מהם שעבודו. וחשבינן לגבי הבע"ח כמו שהם עכשיו מחוברים וגובה מהם, וכל זה גבי שעבודו של הבע"ח דיש לו שעבוד על הקרקע, אבל בהא דכתובות דף נ"א דאמר כל העומד ליגדור כגדור דמי מיירי במזון הבנות כדפירש"י שם, ומזון הבנות הא אין נגבין ממשועבדים אלא מיתומים מקרקע ולא ממטלטלין, ועכ"פ אין שעבוד גמור על הקרקע משום שאין להם קצבה, וכמש"כ הרמב"ם בהל' א', ולכן יש לומר דלא אלים כאן שעבודם של הבנות לומר דאין זכות להיתומים לעשות הפירות כתלושין בשביל שעומד אצלם לתלוש, בפרט דיש לפרש דהך עובדא הוי בתמרי שנשארו מאביהם ואין סברא שאביהם אין לו זכות לעשות הפירות לעומדים ליתלוש שיהיו כתלושין, ולכן כיון דמעיקר דינא כל העומד לתלוש כתלוש דמי לא גבי מהן למזון הבנות.

והנה כדי שיתברר אצל המעיין אעתיק בזה את כל התשובה של הרי"ף בשביל שהספר אינו מצוי, וז"ל התשובה. וששאלת על הא דאמרי' הלוקח פשתן מחבירו הר"ז לא קנה עד שיטלטלנו ממקום למקום אם הי' מחובר לקרקע ותלש ממנו כל שהוא קנה, ואמרי' עלה בגמ' משום דתלש כל שהוא קנה, אמר רב ששת וכו' וקשיא לך אי בדמים מאי איריא תלש דהא כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע וכבר אמרו דקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה, תשובה, אין כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע אלא כל מה שנמכר מהמחובר לקרקע על דעת שיתלש דינו כמטלטלין ואינו כקרקע שהרי אין לו בו הנאה אלא לאחר טלטולו ומשו"ה אמרי' בתמי' משום דתלש כל שהוא קנה שהרי המטלטלין אין נקנין כולן במשיכה מקצת כדאמרי' התם כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך

ראשון ראשון קנה והשאר לא קנה ומה שאמרנו לך שהנמכר מן המחובר על דעת לעקור ולתלוש הרי הוא כמטלטלין יש לנו ראיה עליו בכתובות דאמרי' התם כל העומד לגדור כגדור דמי. כלומר כמטלטלין הוא ואין האשה והבנות נזונות אלא ממקרקעי, וכדומה אני שהטעה אתכם הא דאמר בשבועות עשר גפנים טעונות מסרתי לך והלה אומר לא מסרת לי אלא חמש ר' מחייב וחכמים פוטרים שכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואוקימנא בענבים העומדות ליבצר ואין אנו רואין ממקום זה דכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע, ואע"פ שלקחו לתלישה לפי שאלו הגפנים טעונות דתנן לא מכרן לא להן ולא פירותיהם אלא מסרן לו לשמירה ולא לתלישה וכשתבען ממנו תבען הם ופירותיהם כענין שמסרן לו כשהיו טעונות ועומדות ליבצר אבל אלו נמסרו לו לתלישה היו נחשבות כתלושין, וכן מי שקנה דבר על דעת לתלוש אותו דבר אינו כמחובר דלא סגיא ליה דלא למתלשיה ולולי זה שאמר לו יפה לי קרקע כל שהוא וקנה מה שעליה לא הי' קונה אלא מה שתלש בלבד, עכ"ל.

והנה מבואר בדברי הרי"ף דמה דלגבי מכירה אין המחובר לקרקע כקרקע הוא משום שמכרו ע"מ לתלוש. אבל הרמב"ם בפיהמ"ש בשבועות דף מ"ב על מתני' דעשרה גפנים טעונות כתב וז"ל מחלוקת חכמים ור"מ הוא בענבים העומדים ליבצר והלכה כחכמים, אבל כשימסרם לו בתורת שמירה. ולענין מו"מ ודיני ההונאה והודייה במקצת כשהי' עיקר התביעה שלא בתורת שמירה העיקר המכוון עליו שהם כמטלטלין עכ"ל, וזהו שבארנו דאף דהרי"ף והרמב"ם הם בשיטה אחת לחלק בין שומרים לקנין, מ"מ חלוקים בזה דלהרי"ף העיקר הוא גבי קנין בשביל שמכרם ע"מ לתלוש, ולהרמב"ם העיקר הוא שלא יהי' מעיקרו בתורת שמירה. ומזה כתבתי דלהרי"ף צריך להיות גבי גביית שבח אם הפירות הגיעו להבצר ואין צריכין לקרקע שיהי' דינם כמטלטלין.

אכן ראיתי אח"כ בחדושי הרמב"ן בהך סוגיא שהביא הרי"ף שכתב וז"ל משום דתלש כל שהוא קנה, פירש רבינו הגדול ר' יצחק ז"ל שהרי הוא כמטלטלין וצריך לתלוש הכל, ואוקמה רב ששת כגון דא"ל לך ויפה לי קרקע כל שהוא באותה תלישה וקנה כל מה שעליה בשכירות היפוי שהקרקע ניקנית בכסף והמטלטלין נקנין אגבה כך פירשה רבינו הגדול בתשובותיו עכ"ל, ולפי"ז קשה על דברי הרמב"ן שהביא המ"מ שכתב וסבור אני שרבינו הגדול בהלכות יודה בזה שאם עומדין ליתלש כתלושין דמי, דכיון שהזכיר דברי הרי"ף בתשובה והרי מוכח מדברי הרי"ף בתשובה זו דדוקא היכי שמכר לו ע"מ לתלוש הוי כמטלטלין, וא"כ גבי פירות דלוקח גבי גביית בע"ח לא שייך זה וצריך להיות דין הפירות המחוברין כדין כל המחובר לקרקע שהוא כקרקע, ואולי כונתו לתשובה אחרת

שבזו לא נזכר כל הפירוש שכתב, ומ"מ קשה לומר שלא ידע הרמב"ן מתשובה זו.

ונראה דהרמב"ן מפרש דברי הרי"ף במה שכתב שמכר על דעת שיתלוש דלא צריך דוקא שימכור בפי' ע"מ לתלוש אלא דכל היכי שמכר הפירות וקצב להם דמים הרי על זה לקח הלוקח כדי לתלשם וליהנות מהם, ויש זה בכלל מה שכתב שהרי אין לו בו הנאה אלא לאחר טלטולו ובא בדבריו אלו להוציא היכי שלקח שדה עם פירות ולא שמו ביחוד הפירות דבזה אף שבודאי עומדין ליתלש מ"מ לא הוי כמו שמכר בפי' ע"מ לתלשם, ולכן כאן שאנו דנין לגבי גביית בע"ח הפירות של הלוקח אף שגובה גם הקרקע. מ"מ כיון שבא לגבות גם הפירות וצריכים ב"ד לשום הפירות ביחוד וא"כ הוי כמו שקונה הבע"ח פירות דבזה הוו הפירות כמטלטלין.

הלכה ו

היתה השדה אפותיקי בעל חוב נוטל את כולה ורואין חצי השבח הנשאר ללוקח. אם הי' השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבע"ח שהרי אומר לו בע"ח שדי הוא שהשביחה. והנשאר לו מן השבח נוטל מן המוכר. ואם הי' חצי השבח פחות מן ההוצאה אין לו מן הטורף אלא דמי חצי השבח וחוזר וגובה מן המוכר חצי השבח שנטרף בלבד.

השגת הראב"ד. היתה השדה אפותיקי וכו' עד מן המוכר. א"א לא ידעתי מהו כי חצי השבח הראוי ללוקח ההוצאה תהי' ג"כ חצי ההוצאה משלו, ואם ישאר חצי השבח לפניו והרי הכל שלו אין לו ליטול הוצאה מאדם, ואם יטול בע"ח את הכל יפרע כל דמי חצי השבח ללוקח וההוצאה נכללת בו שהרי השבח יתר על ההוצאה, וחצי השבח הראוי לבע"ח נותן את חצי ההוצאה ללוקח ונוטל הלוקח מן המוכר ולא מבע"ח דאמר ליה ארעא דידי אשבחה. ואי אפשר בלא טעות סופר עכ"ל.

כתב המ"מ מה שנמצא בספרי רבינו בדין האפותיקי לומר שבע"ח נוטל חצי השבח בלא הוצאה כלל, והחצי האחר או מניחו או נוטלו ופורע הוצאת כל השבח דבר זה לא נתברר אצלי טעמו וא"א לפרש הסוגיא בשום צד לפי זה, וכבר הושג רבינו ז"ל מזה עכ"ל, והלח"מ כתב ליישב דעת הרמב"ם דאף דפסק כדעת הגאונים דהלוקח נוטל ההוצאה מדין יורד. מ"מ באפותיקי כיון דיפה כחו מסתם בע"ח וכיון דכל בע"ח נוטל חצי שבח ונותן ההוצאה, לכן באפותיקי כיון שיפה כחו נוטל חצי שבח בלא הוצאה ותירוצו אינו מיושב כלל דכיון דמה דנוטל הלוקח ההוצאה זהו מדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות. א"כ למה לא יטול גם באפותיקי ההוצאה דלא מהני מה דעדיף כחו אלא שיהי' כמו שהשדה הוא של הבע"ח. וגם באופן זה דינו של הלוקח ליטול ההוצאה.

והתוס' כתבו להיפוך דאפי' לשיטתם דבע"ח אינו נותן ההוצאה ללוקח ומ"מ רצו לומר דבאפותיקי צריך ליתן ההוצאה כיון דהוי כמו שהשדה שלו, ואח"כ כתבו דיש לומר דאינו נותן ההוצאה דבשביל שהוא אפותיקי לא יגרע כחו, אבל לומר דבשביל שהוא אפותיקי לא יתן ההוצאה אף דכל בע"ח נותן ההוצאה, זה אינו סברא כלל.

והנראה בזה דהנה בפי"ח הל' ד' כתב הרמב"ם דעשה שדהו אפותיקי לבע"ח ומכרה הרי זה מכורה וכשיבוא בע"ח לגבות אם לא ימצא נכסים בנ"ח יטרוף אותה, בד"א בשמכר לשעתה. אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה, ומבואר דגבי אפותיקי עיקר המכירה שמכר הלוה השדה היא לשעתה היינו עד שעת טריפה, ומה שכתב הרמב"ם אם לא ימצא נכסים בני חורין אף שכתב שכל המכירה היתה רק לשעתה צריך לומר דהפי' שמכר לשעתה היינו עד שיבוא בע"ח לטרוף השדה בחובו. וכיון דקיי"ל דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין נמצא דאם יש להלוה נכסים בנ"ח אינה שעת טריפה דאין הדין שיטרוף המלוה מהלוקח, ולא הותנה בזה דאין המכירה אלא לשעתה אבל אם אין להלוה נכסים אז עיקר המכירה לא היתה אלא עד שיבוא הבע"ח לגבות.

והנה בב"מ דף ק"ט אמתני' דהמקבל שדה מחבירו לשנים מועטות לא יזרענה פשתן ואין לו בקורות שקמה איתא בגמ' אמר אביי בקורות שקמה אין לו בשבח שקמה יש לו, ורבא אמר אפי' בשבח שקמה נמי אין לו, ופריך על רבא מהא דתניא דהלוקח שדה מחבירו והגיע יובל יש להלוקח בשבח שקמה ומשני שאני התם דאמר קרא ויצא ממכר בית ממכר חוזר שבח אינו חוזר, ונגמר מינה התם זביני מעליא היא ויובל אפקעתא דמלכא היא, ומוכח מהגמ' דכמו דסבר רבא דהמקבל שדה מחבירו אין לו בשבח שקמה, כן גם לוקח לזמן ג"כ אין לו בשבח שקמה ודוקא ביובל נוטל, משום דאיכא קרא ממכר בית ממכר חוזר שבח אינו חוזר, ומשום דזבינו מעליא היא ויובל אפקעתא דמלכא, וזה ודאי דמה דאמר רבא דאינו נוטל בשבח שקמה אפי' הוציא הוצאות כגון שחרש סביב האילנות והשקה אותם מ"מ אינו נוטל בשבח, והטעם הוא לפי שבשעה שהוציא הוצאות הוציא בזמן שהיתה השדה שלו, וגם המקבל אף שבאותה שעה לא היתה שלו אבל כיון שבאופן זה קבל השדה שמוציא הוצאות כל השנים שקצבו ויקח הפירות מה שיצמחו בהשדה ע"כ הוי כאילו התנו שאין לו בהשדה אלא מה שיוכל ליטול ממנה פירות כל זמן שתהי' ברשותו, אבל כשתוחזר השדה לבעלים לא יהי' לו בשבח השדה שהוציא עליה הוצאות, ובמכירה לזמן יש להסביר עוד ע"פ דברי הרמב"ם בפכ"ג מהל' מכירה הל' ו' שכתב ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה

לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם, וממילא מבואר מה דקונה לזמן קצוב אין לו כלום בשבח, דמקודם היתה כל הקרקע שלו וכשנשלם הזמן נעשה כל הקרקע עם כל השבח שלה של המוכר, ולא שייך שיתבע הלוקח שבח או הוצאה, ומ"מ גם במקבל מבואר עפ"מ שכתבנו דאדעתא דהכי נכנס בהשדה שיקח רק פירות כל השנים שהתנו, אבל כשישלם הזמן תחזור השדה לבעליה, ואם בהשנים הקצובות תשביח השדה אפי' ע"י הוצאה, אין לו בשבח ואינו נוטל הוצאה.

והנה המ"מ כתב בשיטת הרמב"ם דאפותיקי גובה השבח אפי' באינו מגיע לו בחובו אלא הקרן משום דהבע"ח בעל האפותיקי אומר ארעאי אשבח, ולפי"ז אם יגבה הבע"ח השדה בדין האפותיקי הוא נוטל השדה בתורת שהיא שלו למפרע עוד קודם שקנה הלוקח, וא"כ באופן זה הוי הלוקח כמו איש אחר ובודאי נוטל ההוצאה כדין יורד לשדה חבירו שלא ברשות אבל אם יאמר הבע"ח אני איני נוטל השדה בדין אפותיקי אלא גובה אותה כשאר בע"ח, אז נשתנה דין לוקח זה מדין שאר בע"ח, דאף דבשאר בע"ח נותן הבע"ח להלוקח ההוצאה מדין יורד כשיטת הגאונים, אבל כאן באפותיקי אף שעכשיו אינו גובה הבע"ח מדין אפותיקי אלא מדין שאר בע"ח מ"מ הא בעיקר המכירה נמכרה השדה רק לשעה היינו עד שיבוא הבע"ח, א"כ דין הלוקח בהשדה כדין לוקח לזמן שאין לו לא שבח ולא הוצאה, אלא דכיון דגובה הבע"ח השדה כדין שאר בע"ח, א"כ גם הלוקח הוא בע"ח וגובה חצי שבח, א"כ שיטת הרמב"ם פשוטה וברורה דאם יגבה הבע"ח בתורת אפותיקי עליו ליתן ההוצאה, ואם יגבה בתורת שאר בע"ח אז אינו מגיע להלוקח הוצאה כיון דהוא לוקח לזמן, אלא דאז גובה גם הוא חצי שבח.

פרק כב

הלכה טו

בית דין ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל שהרי הן כשליח לטורף וללוקח ויש להן רשות לתקן אבל לא לעוות כשליח וכל המורים כזה הורו.

השגת הראב"ד. ב"ד ששמו לטורף וכו' עד כזה הורו. א"א אפשר בשלא הכריזו קאמרי עכ"ל.

המ"מ כתב על דברי הראב"ד ועדיין לא יצאנו מידי שאלה מה בין זה לשום היתומים שפחות משתות מכרן קיים אע"פ שלא הכריזו, וכונתו בדברים שאין צריכין הכרזה דע"כ

בהכי מיירי דבדברים שצריכים הכרזה גם בלא טעות מכרן בטל, לכן כתב המ"מ לחלק בין מכרו בנכסי לוקח, ובין מכרו בנכסי יתומים או הלוה עצמו דדוקא בנכסי לוקח הוו ב"ד כשלוחין שאין על הלוקח מוטל לפרוע החוב, והמ"מ בעצמו כתב ע"ז התי' וכל זה לא שוה לי ועדיין צ"ע, והכ"מ הסכים לתירוצו, והבעה"ת שער ג' ח"ג הביא דברי הרי"ף בתשובה שמזה מקור ההלכה, ובגידולי תרומה הרגיש שיש שינוי בלשון, שהמ"מ הביא דבריו וז"ל השומא בנכסי יתומים שהיא ברשות ב"ד, והכונה שהשומא היא ברשות ב"ד ואפשר לומר כד' המ"מ דגם שומא בנכסי לוה דינה ג"כ כשומא בנכסי יתומים, אבל בבעה"ת כתוב שהן ברשות ב"ד ומפרש הגד"ת דהכונה על היתומים שהן ברשות ב"ד שב"ד הם אביהם, וא"כ לא שייך זה אלא בנכסי היתומים ולא בנכסי הלוה.

והנה בתשובות הרי"ף הנדפס סי' רע"ג כתוב ג"כ "שהיא" כמו שהביא המ"מ, אכן לבד תיבת "שהן" בדברי הבעה"ת עצמו מוכח דלא כדברי המ"מ שכתב ושיעור שתות לא נאמר אלא כשמוכרין נכסי יתומים בלבד, אבל כששמין לפריעת בע"ח לשאר אדם הרי הן כשלוחין, ומדכתב סתם לשאר אדם מוכח דלאו דוקא ללוקח, ונראה דכונתו דדוקא ליתומים, אבל כשגובין גם מיורשין גדולים דינם כמו שגבו מלוקח, והט"ז בסי' ק"ג הוכיח מדברי הטור דאינו סובר כחילוקו של המ"מ שהביא דברי הרמב"ם על שמו מנכסי הלוה, לכן כתב שאין חילוק רק בין יתומים לבע"ח הן אם באין לגבות בנ"ח ממנו הן ממשעבדי, ויראה הטעם דביתומים הויין הב"ד אביהם של היתומים ובמקומן הן עומדים ע"כ אין עליהם שם שליחות משא"כ בגביית בע"ח הויין כשלוחים עכ"ל.

והנה דברי הט"ז הם מכוונים עם דברי הגד"ת לפי גירסת הבעה"ת בד' הרי"ף שהן ברשות ב"ד וכן כתב הגר"א בס"ק י' וז"ל וכתב דדוקא יתומים שהן ברשות ב"ד, ומ"מ אינם ברורים דלא מצינו הא דב"ד אביהם של יתומים אלא לטובתם כמו יתומים אין צריכים פרוזבול, אבל הכא דב"ד גובין מהם מנלן דלענין זה הם אביהם של יתומים, והא בקדושין דף מ"ב ילפינן מקרא דנשיא אחד שב"ד מעמידין אפוטרפוס ליתומים הבאין לחלוק לחוב ע"מ לזכות, אבל בחוב גמור מנלן שהם אביהם של יתומים.

ונראה דהחילוק בין כששמו מנכסי יתומים ובין כששמו מנכסי הלוה או הלוקח או יורשין גדולים דכששמו מנכסי יתומים הא לא נוכל לומר דהחוב מוטל על היתומים לפרוע דהא הם קטנים ולאו בני כפיה הם שיכופו אותם לקיים חיובם, והנה היכי ששמו לפרוע חוב עכו"ם שרבית אוכלת הא זה ודאי לטובת היתומים ולא לקיים חיובם, אלא אפי' כששמין לכתובת אשה בגרושה משום חינא שאינו לטובתם, מ"מ ע"כ אינו לקיים חיובם כיון שהם קטנים וע"כ שב"ד גובין בעצמן ומוכרין בעצמן הנכסים ולכן אין עליהם

דין שלוחין, אבל כשגובין לבע"ח מנכסי הלוה או מנכסי יורשין גדולים או לקוחות אף שגובין בע"כ זהו מדין כפיה כיון שהם מחויבים לקיים דינם שמוטל עליהם, ומה שב"ד מוכרין או שמין לבע"ח שלא מדעת מי שגובין מהם אם לא ציית דינא זהו הכל מדין כפיה למ"ד שעבודא לאו דאורייתא כמו שכתב הרמב"ן בסוף פ' גט פשוט הביאו הקצוה"ח בסי' ל"ט ואפי' למ"ד שעבודא דאורייתא דאז הגביה אינה מדין כפיה אלא שהמלוה גובה בשביל שהקרקע משועבדת לו והיא שלו לגביית חובו, מ"מ איכא נ"מ דהיכי שהוא גובה מהלוה או מיורשין גדולים או מלקוחות גובה מהם בדין שהם בעצמם מחוייבים לקיים ולפרוע מקרקע המשועבדת ונמצא שכשב"ד גובין גם שלא ברצונם אין הב"ד המוכרים אלא ב"ד מוכרין או שמין במקומם, והוא ג"כ בגדר כפיה שיקיימו את דינם, לכן יש על הב"ד דין שלוחין שאין הם המוכרים בעצמם, אבל כשגובים כתובת אשה מיתומים קטנים הא אין על היתומים דין למלא חיובם, ולכן ע"כ הב"ד בעצמם הם המוכרים בשביל השעבוד ולכן אין להם דין שלוחין.

איברא דיש לעיין אם גבו נכסים שלא בפניו דא"א לומר שזהו מדין כפיה ונראה דבאמת יש לזה דין יתומים שע"כ בזה הב"ד בעצמם הם המוכרים או השמין הנכסים לגבות שעבודו של הבע"ח, והרי"ף והרמב"ם כשכתבו בנכסי הלוקח כונתם כשבא הבע"ח לדין עם הלוקח ושמו הב"ד הנכסים מהלוקח להבע"ח.

והנה הגר"א בסי' הנ"ל כתב על ד' המחבר וז"ל, וראי' מדאמרינן בכתובות ק' א' שליח כאלמנה וע"ש בתוס' ד"ה שליח וקשה כו' ולפי"ז מתורץ קושייתם דדוקא ביתומים, אבל בשאר אפי' דיינים בכ"ש עכ"ל, ודבריו תמוהים דדברי התוס' שם הוא בד"ה רבא אמר ר"נ שליח כדיינין וז"ל, מה שפירש בקונטרס שליח סתם משמע דאפי' שליח דעלמא. וקשה לר"ת דלעיל אמר ר"נ דא"ל לתיקוני שדרתיך וכו' ופי' ר"ת דהכא מיירי בשליח דדיינים דאלים כחו טפי ומכרו קיים עד שתות עכ"ל, ומה שייך בהל' זו דב"ד ששמו לטורף ליישב ד' רש"י שפי' שליח סתם דודאי טעותו בכ"ש כמו שהוכיחו בתוס', ונראה דכונת הגר"א דודאי צריך לפרש כמש"כ ר"ת דאיירי בשליח דדיינים ולא כמש"כ התוס' אח"כ, ורק דמה שפי' רש"י שליח סתם זהו משום דכיון דאמר רבא שליח כדיינים, ובדיינים גופא הא אין טעותם בשתות אלא כששמו מיתומים, א"כ ע"כ הכונה במה דאמר שליח סתם דהוא בשום היתומים, וזה א"א אלא בשום הדיינין, וכשאמרתי זה לחתני הגאון מוהרי"מ שי' הוסיף לבאר מה שהתחיל הגר"א וכתב וראי' מדאמרינן שליח כאלמנה, ואין לזה פי' דדברי התוס' הם על שליח כדיינין, אך כונתו דממה דאמר שליח כאלמנה ג"כ ראי' לד' הרמב"ם דכיון דהפי' הוא שליח הדיינין מה שייך לומר שליח

כאלמנה, דמה דמיון הוא שליח הדיינין לאלמנה, ומוכח דאיירי בשמו מנכסי יתומים, וזהו הדמיון לאלמנה שהוא ג"כ מנכסי יתומים, והוא נכון.

פרק כג

הלכה ב

שטרי חוב המאוחרין כשרין שהרי הורע כחו של בעל השטר שאינו טורף אלא מזמן השטר, ואע"פ שלא כתבו בו שהוא מאוחר הרי זה כשר.

המ"מ הקשה דבב"ב דף קנ"ז אמר הגמ' אי ס"ד דאיקני קנה ומכר לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרין ופי' הר"י מיגש דאי דאקנה משתעבד ניחא דאוקמינן מתני' בכתוב בהך דאקנה, והביא המ"מ שגם דעת הרמב"ן כן דהא דמאוחרין כשרין הוא דוקא בכתוב בהן דאקנה ודעת הרשב"א בדין דאקנה דאפי' כתוב השטר בסתם דינו כמו שכתוב דאקנה, ולהרשב"א מיושב דלא צריך לאוקמי הא דמאוחרין כשרין דוקא כשכתוב דאקנה. ולפי"ז הקשה המ"מ על הרמב"ם דסובר בפי"ח דדוקא כשכתוב בשטר דאקנה גובה מנכסים שקנה אחר ההלואה, דא"כ הי' לו לפרש במאוחרין דכשרין דוקא כשכתוב בהם דאקנה ונשאר בצ"ע, והכ"מ כתב על זה שלא הוצרך הרמב"ם לבאר דכיון שתלה כשרות המאוחרים מפני שהורע כחו של בעל השטר ממילא משמע דהיכי דייפה כחו שלא כדין פסולים, ולפי תירוצו כתב בשו"ע בסי' מ"ג דהא דמאוחרין כשרין הוא דוקא כשכתוב בהן דאקנה. אבל אינו מיושב כן בדעת הרמב"ם דכיון שהוסיף על לשון המשנה הי' לו לפרש דטעמא משום דכשכתב לו דאקנה מהני וכשלא כתב לו דאקנה פסולים, והש"ך בסי' קי"ב מיישב דעת הרמב"ם דאף דסובר דדוקא אם שעבד לו דאקנה, מ"מ בסתמא אמרינן דודאי אמר לו הלוה שמשעבד לו גם נכסים שיקנה, ותירוצו ג"כ לא משמע בדעת הרמב"ם שכתב בפי"ח הל' א' ואם התנה עליו שכל נכסים שיקנה יהיו משועבדים להפרע מהן, וקנה אחר שלוה ומכר או נתן הרי בעל חוב טורף מהן, ומשמע דדוקא אם אנו יודעין שהתנה ולא דבסתמא אנו אומרים שהתנה.

והנה יש לומר בדעת הרמב"ם דחולק על הר"י מיגש וסובר דכיון דתנן סתמא דמאוחרין כשרין משמע דבכל גווני ואפי' לא התנה בפי' דאקנה וטעמא דכיון דכתב זמן מאוחר מוכח שדעתו שמהנכסים שיקנה עד זמן זה יגבה המלוה, וכן משמע בדברי הרשב"ם שלא הזכיר דצריך להעמיד מתני' שכתוב בהן דאקנה, אח"כ ראיתי שכבר כתב כן הקצוה"ח בסי' מ"ג ע"פ דברי התוס' בבכורות דף מ"ט דנכסים שקנה הבכור אחר שהגדיל משתעבדי דכל שעתא רכיב עליה חיובא דפדיון הבן, וכיון דחשבת ליה כמלוה

בשטר הוי כאלו נכתב אחר שקנה הקרקעות, ולכן גם גבי מאוחר רכיב עליה חיובא מזמן הכתוב בשטר, והנתיבות דחה דבריו דשאני גבי פדיון הבן דבכל יום הוי כציווי חדש משא"כ גבי מאוחר דהחיוב כבר נעשה מזמן, רק דהוי כהתנה שלא יטרוף ממשעבדי עד הזמן אבל גוף החיוב לא נתחדש, וכתב על זה הקצוה"ח במשובב נתיבות וז"ל עיין תוס' בגיטין דף י"ז דבמאוחר אין הגירושין חלין עד הזמן, אלא דהראב"ד ס"ל דמאוחר כשר לאלתר, והרא"ש דעתו נוטה לדעת תוס' וא"כ ה"נ אין השטר חל עד שיגיע הזמן, וא"כ נתחייב ונשתעבדו נכסיו מכי מטא זימניה עכ"ל, ודבריו תמוהין שבא ליישב דעת הרמב"ם ע"פ דברי התוס' והרא"ש שכתבו בטעמא דמאוחר כשר משום שאין מפסיד לה הפירות שע"פ דין שייכים לו הפירות שאינה מגורשת קודם הזמן הכתוב בגט והרי הרמב"ם סובר דגט מאוחר פסול משום שמפסידה הפירות, ומוכח דסובר דחל הגט תיכף בשעת מסירה קודם הזמן הכתוב בגט.

אלא דמ"מ נראה שבעיקר דבריו הם נכונים דאף דלענין גט סובר הרמב"ם שהגט חל תיכף אבל הכא בשטר מאוחר כיון שכתב כאן הרמב"ם שאינו טורף אלא מזמן הכתוב בשטר למה לא נאמר כפשוטו דעיקר השעבוד מתחיל מזמן הכתוב בשטר. ומה שכתב הנתיבות דאינו אלא כהתנה שלא יטרוף עד הזמן הכתוב בשטר. וכונתו דכיון דמעיקר הדין ההלואה בעצמה עושה שעבוד נכסים. ובפרט להשיטות דשעבודא דאורייתא. ונמצא דהזמן המאוחר מגרע והוי כהתנה שלא יטרוף עד הזמן. ומ"מ אינו מוכח לומר כן על שעבוד השטר. דאף דמדין שעבוד ההלואה נוכל לומר דהוה כהתנה. אבל שעבודו של השטר ודאי פשוט יותר לומר שעשה השעבוד מזמן הכתוב בשטר. ואף דגם אם לא כתוב שעבוד בשטר וגם אם העדים מעידים שלא אמר לו בשעת ההלואה שמשעבד לו נכסיו משועבדים הם ע"פ השטר. מ"מ עיקר השעבוד שמשתעבד בהשטר הם מזמן השטר שמזמן זה התחייב עצמו בהשטר ונשתעבדו נכסיו וכדברי הקצוה"ח ואף דאם לוה ועשה השטר בזמנו ואיחר זמן הפרעון משמע דנכסים שקנה אחר זמן ההלואה אינם משתעבדים בלא דאקנה דהא תמיד זמן הלואה שלשים יום, לא דמי דזמן הפרעון אינו מגרע בהשעבוד דהא אם מכר הלוה נכסיו קודם זמן הפרעון גובה המלוה כשיגיע הזמן. וכשאיחר זמן השטר אינו גובה כמש"כ הרמב"ם שאינו טורף אלא מזמן השטר.

הלכה יא

ובהשגת הראב"ד, עמש"כ בפי"ד הלכה י"ג.

פרק כד

הלכה א

ובמ"מ, עמש"כ בפי"א הל' א' בד"ה ועכשיו.

הלכה ח

שנים שהיו בעיר שם כל אחד מהן יוסף בן שמעון אינן יכולין להוציא שטר חוב זה על זה ולא אחר יכול להוציא עליהן שטר חוב, אלא א"כ באו עדי השטר בעצמן ואמרו זהו השטר שהעדנו עליו וזהו שהעדנו לו בהלואה.

המ"מ הביא דברי הגמ' דמייתי ברייתא שמוציאין שט"ח זע"ז ואמר במאי קא מיפלגי תנא דידן סבר כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו. ותנא ברא סבר אין כותבין שטר ללוה אא"כ מלוה עמו. ואמר הגמ' דמה דאין מוציאין למתני' דשמא יכתוב שטר בתורת לוה ויוציא השטר שהוא המלוה. והביא המ"מ שכתב הרשב"א דכיון שאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה אלא בשטרי אקנייתא. א"כ בשטרי דלאו אקנייתא לכו"ע מוציאין שט"ח זה על זה. ומשמע מדברי המ"מ שרוצה לפרש גם בדעת הרמב"ם דסובר בהל' א' דאין כותבין שטר ללוה בלא מלוה אלא בשטר שיש בו קנין דכונתו בהלכה זו ג"כ דוקא בשטר שיש בו קנין. וקשה דבהל' ג' כתב המ"מ לפרש שם במה שכתב הרמב"ם דגם בשטרי הלואה ומכר צריכין שיהיו העדים מכירין שם שניהם דהוא בשטר שאין בו קנין. אלא שתמה שבשטר מכר לא הצריך הרמב"ם קנין. ועוד דבעיקר ההלכה קשה לפרש דמיירי דוקא בשטר שיש בו קנין דאם לא היה ברייתא שמוציאין שט"ח זע"ז ורק שבעצמנו היינו מפרשין כן המשנה היה אפשר לומר שהרמב"ם סתם כלשון המשנה. אבל כיון דבברייתא תניא שמוציאין שט"ח זע"ז ומפרש הגמ' דתליא אם כותבין שטר ללוה בלא מלוה, א"כ הי' להרמב"ם לפרש החילוק דאימתי אין מוציאין שט"ח זע"ז בשטר שיש בו קנין שאז כותבין ללוה בלא מלוה.

והנה הרשב"ם מפרש במתני' בטעמא דאין מוציאין שט"ח מזע"ז משום שהנתבע אומר זה הי' שטר שלי שלוית ממני ופרעת והחזרתי לך שטרך וזהו דלא כדמפרש בגמ' בפלוגתא דמתני' ובריית דתליא אם כותבין שטר ללוה בלא מלוה, דזה רק לפי"מ דמפרש הגמ' שטוען הנתבע אתה כתבת השטר וחתמו לך עדים בתורת לוה, דטענה זו שייך אם כותבין שטר ללוה בלא מלוה. אבל טעמו של הרשב"ם לא תליא בזה דאפי' אם אין כותבין אלא כשהלוה והמלוה היו לפני העדים וראו ההלואה מ"מ הא יכול לטעון הנתבע שהוא הי' המלוה והחזיר לו שטרו כשפרע לו. והטור והמחבר בחו"מ סי' מ"ט

ס"ז הביא טעמו של הרשב"ם וכתב המחבר אם יש בהשטר קנין דאז כותבין ללוה בלא מלוה. והשיג עליו הרמ"א וכתב דבריו סותרים זא"ז דלפי האי טעמא אין חילוק בין שטר שיש בו קנין או אין בו קנין. ועיין מה שכתבו בזה הש"ך והט"ז שצירפו ב' הטעמים וכתבו שטעמו של הרשב"ם אינו מספיק. דלמה לא קרע השטר ולמה החזירו שלם שיוכל לתבוע ממנו. וע"כ צריך לטעם הגמ' ומה דלא סגי בטעמא דגמ' כתב הש"ך דנ"מ אם יאמר הנתבע ידעתי מהשטר והי' שטר שלי שלוית ממני. ומשום דקיי"ל דכותבין ללוה בלא מלוה לא חששתי להחזירו שלם כיון שאין גובין בו. ולכן דוקא בשטר שיש בו קנין. ובאופן זה כתב הט"ז ודבריהם דחוקים שכתבו הרשב"ם והטור טעם אחר דלא כטעם הגמ' משום שאם יאמר הנתבע באופן זה שכתבו והי' להם לכתוב טעם הגמ' וגם אופן זה.

וליישב דעת הרמב"ם שלא כתב דהוא דוקא בשטר שיש בו קנין נראה דהנה באמת דברי הגמ' קשה דמה מהני מה דסברה מתני' דכותבין שטר ללוה בלא מלוה. דזהו דוקא באלו שאין שם הלוה כשם המלוה. אבל באלו ששמותיהן שוין איך יכתבו העדים להלוה ולא יחושו שמא בשטר זה יוציאו ממון מיוסף בן שמעון הב'. ואי דנימא דמשום זה גופא יכתבו לו משום שיודעים שב"ד לא יוציאו ממון. קשה דהא למ"ד אין כותבין מוציאין בשטר מזה על זה. וא"כ ה"נ כיון דשמותיהן שוין מודה גם מ"ד דכותבין דבזה אין כותבין. א"כ ה"נ למה לא נימא בזה דמוציאין משום שאין כותבין ללוה בלא מלוה. ואולי יש לחלק דלמ"ד דבשום שטר אין כותבין ללוה בלא מלוה שפיר מוציאין מזע"ז. אבל למ"ד דבכל שטרות כותבין ללוה א"כ בשמותיהן שוין בסברא הפשוטה א"א להוציא מזה על זה. וכיון דלא מצינו על זה תקנה מיוחדת דבשמותיהן שוין לא יכתבו ללוה בלי מלוה. למה לא יכתבו העדים גם בשטר זה ללוה בלא מלוה כיון דודאי לא יגבו בשטר זה. ונמצא דהשטר אינו אלא לזכרון דברים בין הלוה והמלוה בעצמם.

אכן כל זה הוא אם בכל השטרות כותבין ללוה בלא מלוה. אבל אם בסתם שטר שאין בו קנין אין כותבין ללוה עד שיהי' מלוה עמו. וממילא בשטר כזה גובין גם בשמותיהן שוין. ורק בשטר שיש בו קנין כותבין ללוה בלא מלוה א"כ בשמותיהן שוין ראוי לעדים שלא יכתבו גם בשטר שיש בו קנין. דשמא יהיו ב"ד דלא גמירי ויגבו גם בשטר זה ששמותיהן שוין. ולא ידעו החילוק דבשטר שיש בו קנין כותבין ללוה בלא מלוה. ועוד אפי' בלא טעם זה אין צריכין לכתוב כיון דבסתם שטר אין כותבין ללוה בלא מלוה. ורק בשטר שיש בו קנין כותבין. וכיון דטעם זה לא שייך בשטר ששמותיהן שוין למה יכתבו, ונמצא דבשטר ששמותיהן שוין אין חילוק בין שטר שאין בו קנין לשטר שיש בו קנין. ובשניהם

אין צריכין העדים לכתוב ללוה בלא מלוה.

והנה מה דאמר דמתני' ובברייתא פליגי אם כותבין שטר ללוה בלא מלוה אין לומר דקאי על שטר הקנאה דלמה לא יכתבו כיון שהקנה בקנין ונשתעבדו נכסיו מעכשיו. וע"כ דכונת הגמ' בשטר שאין בו קנין וכונת הגמ' דמתני' סברה דכותבין כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ובברייתא סברה כרב אסי דאין כותבין אלא בשטר הקנאה. ולכן בשטר ששמותיהן שוין אפי' בשטר הקנאה אין כותבין ללוה עד שיהי' מלוה עמו וכמו שכתבנו. וא"כ מיושב דעת הרמב"ם דלהלכה סובר דאין להעמיד המשנה דתנן דאין מוציאין שט"ח מזע"ז שלא כהלכה ולומר דסברה כאביי כיון דקיי"ל כרב אסי. ולכן ע"כ טעמא דמתני' דאין מוציאין אינו משום דכותבין שטר ללוה בלא מלוה, אלא כטעמו של הרשב"ם שיאמר לו לוית ממני והחזרתי לך השטר ואף דיש טענה למה החזיר לו השטר ולא קרעו אפשר שיטעון שהאמין לו והוא חשב להלות לו פעם שני דחייס אפשיטי דספרא ואף דלהלכה שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו אפשר שלא ידע הדין ואטו כו"ע דינא גמירי. ולכן ע"כ לרב אסי נאמר דבהך סברא פליגי מתני' ובברייתא אם יכול לטעון כטעמו של הרשב"ם. או דאינו יכול לטעון כן שהיה לו לקרוע. וקיי"ל כמתני' ובכל גווני אין מוציאין וכטעמו של הרשב"ם.

הלכה י

שנים שהוציאו כל אחד משניהם שטר חוב על חבירו אין האחרון יכול לומר לראשון אילו הייתי חייב לך היאך אתה לוה ממני אלא זה גובה חובו וזה גובה חובו היה זה במאה וזה במאה ויש לזה עידית ולזה עידית, או לזה בינונית ולזה בינונית לזה זיבורית ולזה זיבורית אין נזקקין להן אלא כל אחד ואחד עומד בשלו, היה לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית זה גובה מן הבינונית, וזה גובה מן הזיבורית.

המ"מ הקשה דכיון שפסק בפ' י"ט במי שהיו לו בינונית וזיבורית שדין בע"ח בבינונית דבשל עולם הן שמין. וא"כ למה פסק כאן דזה גובה מן הבינונית וזה מן הזיבורית דמפורש בגמ' בכתובות דף ק"י דזהו אם בשלו הן שמין. וכתב המ"מ דאפשר שאין גירסת הרמב"ם כגירסתנו. ור"נ דאמר זה גובה וזה גובה הוא אפי' למ"ד בשל עולם הן שמין שיאמר בעל הזיבורית אני רוצה להגבות תחלה וכתב על זה הכ"מ שכבר כתב הר"ן דכיון דבהדדי אתו לב"ד למיגבי יהבי ב"ד בינונית לבעל זיבורית ברישא והדר גבו לה מיניה. וא"כ אין מקום לדבריו. וכונת הכ"מ דלא מהני מה שיאמר בעל הזיבורית אני רוצה להגבות תחלה דהא אינו תלוי בו אלא בב"ד וב"ד יעשו הגבייה כדי שיעמוד כל אחד בשלו. לכן כתב הכ"מ דמה שכתב הרמב"ם בפ' י"ט היו לו זיבורית ובינונית

נזקין ובע"ח בבינונית דהוא כשהי' לו עידית ומכרה כדמוקים הגמ' הברייתא למ"ד בשל עולם הן שמין. ותירוצו בודאי דחוק דאין זה דרכו של הרמב"ם לכתוב בסתם וכונתו באוקימתא כשהי' לו עידית ומכרה.

והנראה בזה דהנה בב"מ דף ל"ה איתא. ומאימתי אכיל פירי רבה אמר מכי מטיא אדרכתא לידיה אביי אמר עדיו בחתומיו זכין לו רבא אמר מכי שלימו יומי אכרזתא. והנה בפ"ב דכתובות בדף י"ט בהא דאמר ר"נ האומר שטר אמנה זה אינו נאמן דמוקים כגון שחב לאחרים וכדר' נתן והקשה הר"נ בהלכות דבלאו דר' נתן למה לא יגבו לו ב"ד חוב זה כשם שהן מגבין לו שאר נכסים. וכתב בזה דשטרות לאו בני גובייא נינהו וה"נ מוכח בסוף מכילתין דאמרינן זה גובה וזה גובה. ולפי"ז נראה דמה דמוקים הגמ' בכתובות הפלוגתא דרב נחמן ורב ששת דתליא אי בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין. דהגמ' אזיל אליבא דרבה ומשום דרב ששת ע"כ סבר כרבה דלרבא דסבר דעד דשלימו יומי אכרזתא אינו אוכל פירות. א"כ עוד לא זכה בהקרקע גם אחר שיתנו לו ב"ד אדרכתא. ונשאר רק שעבוד דאינו בר גבייה למלוה אחר. א"כ אפי' למ"ד בשל עולם הן שמין הבינונית של ראובן שמגבין אותה לשמעון איך יגבו אותה ב"ד חזרה לראובן הא שמעון עוד לא קנה אותה. ונשאר אכתי רק שעבוד ושעבוד לאו בר גבייה הוא. וא"כ אם ירצו ראובן ושמעון שיעשו ב"ד עכשיו גמר בהד"ת ואינו רוצה ראובן להמתין עד שיקנה שמעון הבינונית שלו וכגון שירא שימות שמעון וישארו יתומים קטנים. ע"כ עושים ב"ד שתי גביות, לשמעון מבינונית של ראובן ולראובן מזיבורית של שמעון. ואף שאם לשניהם בשוה עידית או בינונית או זיבורית הכל מודים דלא אמרינן זה גובה וזה גובה, וכמו שכתב כאן הרמב"ם בהלכה שאני התם דכיון דאפי' יעשו לכל אחד גבייה בשל חבירו. ישארו שניהם שוין. בזה ודאי אמרינן אטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן דלמה לב"ד לעשות שתי גביות. ולא יהי' לשום אחד מהם תועלת. לכן אף דאין גבייה על שעבוד מ"מ אמרינן שיעמוד כל אחד בשלו. ואומרין להם שיקרעו שטרותיהם ושיקבלו בעצמם החוב כנגד החוב. אבל אם לאחד בינונית ולאחד זיבורית כיון דמעיקר הדין צריך זה לגבות בינונית וזה זיבורית לכן ודאי לא מהני מה שאחר שישלמו יומי אכרזתא יוכל ראובן לגבות חזרה הבינונית שלו כיון דעכשיו אין דינו של ראובן בבינונית אלא בזיבורית. ולכן ע"כ דרב ששת דלא סבר זה גובה וזה גובה ע"כ דסבר כרבה. וכיון דסבר בשל עולם הן שמין לכן לא סבר זה גובה וזה גובה. ולכן מוקים הגמ' גם לרב נחמן דסבר זה גובה וזה גובה נמי אליבא דרבה וסבר בשלו הן שמין. אבל להלכה דקיי"ל כרבא דעד דשלימו יומי אכרזתא לא אכיל פירי. א"כ אף דקיי"ל בשל עולם הן שמין כמו שפסק

הרי"ף במקומו מ"מ שפיר קיי"ל כרב נחמן דזה גובה וזה גובה.

איברא דלכאורה אכתי אינו מיושב דכל זה כתבנו מדברי הר"נ פ"ב דכתובות דבלא דינא דר' נתן שטרות לאו בני גוביינא נינהו. אבל השתא דאיכא שעבודא דר' נתן ואמר הגמ' בפסחים דף ל"א בטעמא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה מהם משום דאמר להו כי היכי דמשתעבדא לאבוכון משתעבדא נמי לבע"ח דאבוכון מדר' נתן. א"כ למה לא יטעון ראובן לשמעון שהבינונית שלי שמשועבדים לך בחובך משועבדים גם לי מדר' נתן. אלא דא"כ קשה על עיקר פלוגתא דרב נחמן ורב ששת. ומה הועיל הר"נ במה שהוכיח מכאן דשטרות לאו בני גוביינא נינהו. דעכ"פ עכשיו דאיכא דר"נ למה זה גובה וזה גובה. ומצאתי שכבר עמד בזה הקצוה"ח בסי' פ"ו ס"ק ב' והוכיח מכאן דלא כהש"ך שכתב דראובן שהי' נושה בשמעון ושמעון בלוי ולשמעון יש זיבורית וללוי גם בינונית. דראובן גובה מלוי בינונית והוכיח הקצוה"ח מכאן דראובן אינו יכול לגבות מלוי אלא מה שהי' גובה משמעון דלדברי הש"ך למה אמרינן זה גובה וזה גובה. וכתב עוד דאפי' אם יש לשמעון עידית וזיבורית וללוי בינונית אף דאם הי' שמעון גובה הי' ראובן גובה הבינונית מ"מ עכשיו אינו גובה ראובן מלוי אלא זיבורית. (וצ"ע דחידושו זה אינו אלא אם בשלו הן שמין) והוכיח כן מתירוצו של המ"מ כאן דטעמא דרב נחמן דמגבין מבעל הזיבורית תחלה דמוכח דבעל הבינונית לא הי' יכול לגבות את שלו בחובו, וא"כ מיושב שפיר גם מה שכתבנו דמשום דר' נתן אינו יכול לגבות את שלו מבינונית כיון דשמעון אין לו אלא זיבורית.

פרק כה

הלכה ו

ערב של כתובה אע"פ שקנו מידו פטור מלשלם שהרי מצוה עשה ולא חסר ממון, ואם הי' האב ערב לכתובת בנו וקנו מידו חייב וקבלן של כתובה חייב.

השגת הראב"ד. ערב של כתובה וכו' עד וקבלן של כתובה חייב. א"א כי האב אע"פ שלא קנו מידו עכ"ל.

המ"מ הביא עוד את השגת הראב"ד על מה שכתב הרמב"ם אע"פ שקנו מידו שכתב הראב"ד א"א זה שבוש עכ"ל. וכתב המ"מ וז"ל ודעת הר"א ז"ל דכל שיש קנין נשתעבד. ואני אומר שלדעת רבינו ז"ל פי"א מהל' מכירה שאסמכתא היא אפי' בקנין וכמש"כ שם דינו בכאן מחוור שהרי ערב אסמכתא היא אלא דמשום דאית ליה הנאה דקא מהימני ליה גמר ומשעבד כדאיתא בגמ' ומשום הכי בכתובה דלאו מידי חסריה בהימנותיה

לא גמר ומשעבד נפשיה והוי לה אסמכתא והיא אפי' בקנין וכו'. ודעת הר"א לומר דכל שיש שם קנין מועיל מפני שאין אסמכתא בקנין או מפני דלא גרע מערב דלאחר מתן מעות שאע"פ שלא על אמונתו הלוהו כשקנו מידו חל הערבות, ויש לדחות טעם זה דשאני התם דמ"מ היתה שם הלואה וחסרון כיס למלוה מעיקרא עכ"ל. והנה סובר המ"מ בדעת הרמב"ם דבערב בשעת מתן מעות הוי אסמכתא רק דבההיא הנאה דמהימן ליה מסלק אסמכתא. וכמפורש בגמ' ועפי"ז השיג הראב"ד על הרמב"ם בהל' ז' ובהל' י"ד דנחת בערבות משום אסמכתא דהא בההיא הנאה דמהימן ליה מסלק אסמכתא. ועמש"כ המ"מ שם.

אכן כשנעיין בדברי הרמב"ם בהל' א' ובהל' ב' נראה דאינו סובר דיש בערבות בשעת מתן מעות משום אסמכתא וצריך לסברת בההיא הנאה דמהימן ליה. דהא לא הזכיר טעמא דבההיא הנאה דמהימן ליה לא בדין ערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין ולא בדין ערב לאחר מתן מעות. דאם קנו מידו חייב ורק אחר כן בדין אם ב"ד עשו אותו ערב נשתעבד אע"פ שלא קנו מידו שהיו ב"ד רוצין לגבות מן הלוה ואמר להם הניחוהו ואני ערב לכם. בזה כתב בטעמא הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד באותה הנייה שעבד עצמו. וקשה דאם רצה הרמב"ם לכתוב טעמא דבההיא הנאה הי' לו לכתוב זה קודם בדין ערב בשעת מתן מעות דאמר רב אשי טעמא דמשתעבד ולא הוי אסמכתא משום דבההיא הנאה דמהימן ליה. ומוכח מזה דהרמב"ם סובר דלא צריך לטעמא דבההיא הנאה בזה. ומשום דבסוף ג"פ אמר הגמ' והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין לאחר מתן מעות בעי קנין. ערב דב"ד לא בעי קנין דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. ובדק"ס מביא גירסא דמהימני ליה ב"ד ובודאי זו היא גירסת הרמב"ם עכ"פ לא הוזכר בגמ' טעמא דבההיא הנאה אלא על ערב דב"ד. אבל ערב בשעת מתן מעות לא צריך לטעמא דבההיא הנאה דכיון שעל פיו הוציא ממון ודאי נתחייב ולא נפטר משום אסמכתא.

ויש להוכיח כן מהא דאמר רבא בקדושין דף ז' תן מנה לפלוני ואקדש לך מקודשת מדין ערב. וקשה מה ראי' מדין ערב הא התם משתעבד משום טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה וזה שייך בערב שמאמינו שכשיגיע זמן הפרעון ישלם. אבל גבי קדושין מה שייך בההיא הנאה דקא מהימן ליה דהא אין מאמינה על אחר זמן. אלא היא מקודשת תיכף ואף שהרמב"ם פ"ה מהל' אישות הל' כ"א כתב בדין זה ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך הרי זו מקודשת אע"פ שלא הגיע לה כלום הרי נהנית ברצונה שנעשה ונהנה פלוני בגללה. אין זה בההיא הנאה דקא מהימן ליה אלא משום

דצריך בקדושין שיביא הנאה לידה. ואף דאפשר לומר דמה דצריך בערב בההיא הנאה דקא מהימן ליה אינו אלא משום טעם שלא יהי' אסמכתא. ולא שייך אלא בערב דבע"ח שלא נאמר דסמך שהלוה ישלם וכאן בקדושין שנותן מתנה לא שייך אסמכתא מ"מ אינו מיושב דעכ"פ כיון דנימא דמשתעבד גבי ערב דהלואה משום בההיא הנאה דמהימן ליה, א"כ מנלן ללמוד מזה גבי ערב דקדושין דליכא בההיא הנאה דמהימן ליה, ומוכח דגם בערב דהלואה לא צריך לטעם זה אלא דכיון שהוציא ממון על פיו חייב ויש לומר גם בערב דהלואה טעמו של הרמב"ם שנהנה במה שנעשה רצונו וקבל הלוה ההלואה, אבל עכ"פ אין אנו צריכים לטעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה שלא יהי' פטור משום אסמכתא, אלא דכיון שהוציא ממון על פיו חייב וצריכים אנו לומר יותר דלא רק שאין אנו צריכים לטעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה אלא דליכא הך טעמא אלא בערב דב"ד בההיא הנאה שהאמינוהו ב"ד, אבל מה שהאמינו המלוה אין זה חשיבות שישתעבד משום בההיא הנאה, ולכן שפיר ילפינן גבי קדושין דמתקדשת אף דליכא טעמא דבההיא הנאה דמהימן ליה.

ומבואר בזה דלא קשה על הרמב"ם מהשגת הראב"ד דהא דאין בערבות משום אסמכתא אינו מטעם דבההיא הנאה דקא מהימן ליה, אלא דבעיקר החיוב תליא שנתחייב בשביל שהוציא מעות על פיו, ולכן בהל' ז' גבי מכירת שדה שקנה הקרקע לא נקרא זה הוציא מעות, וכמש"כ המ"מ שם רק דאין אנו צריכים לחלק דמשום זה לא מהני בההיא הנאה אלא דליכא כלל בההיא הנאה.

אלא שאנו צריכים עוד לבאר במה דבערב אחר מתן מעות דצריך קנין ובקנין נתחייב ולא אמרינן דהוי אסמכתא, והרמב"ם הא סובר דבקנין ג"כ לא מהני היכי דהוי אסמכתא, והמ"מ כתב לחלק בין ערב אחר מתן מעות דמהני קנין ובין ערב דכתובה דלא מהני קנין דשאני בערב לאחר מתן מעות דמ"מ היתה שם הלואה וחסרון כיס מעיקרא ובסברתו יש להשתמש גם לפי"מ שכתבנו דליכא בההיא הנאה בערב, אלא דעיקר סברתו אינה מיושבת דמה מהני מה שהי' חסרון כיס מעיקרא דהא חזינן דבלא קנין לא מהני והי' נראה לומר דלענין דלא הוי אסמכתא מהני מה דאפשר דגורם היזק למלוה אפי' כשערב אחר מתן מעות, דכיון שעכשיו בשעה שערב לו אם הי' דוחק המלוה להלוה הי' משלם לו ואח"כ לא יהי' להלוה לשלם, בזה אמרינן דמשעבד עצמו בתורת ודאי כדי שלא לגרום היזק למלוה, ומ"מ בלא קנין לא מהני דעיקר דין ערב דמשתעבד הוא דוקא בשעת מתן מעות שהוציא המלוה מעות על פיו, אבל לאחר מתן מעות אף שאפשר שיגרום היזק אין במה שיתחייב והוי רק דברים בעלמא, ואפי' אם חשב באמת שמתחייב בודאי

לשלם לא מהני, אבל בקנין כיון שיש במה להתחייב ורק שאנו צריכים טעם שלא תהי' אסמכתא, בזה מהני הטעם שכיון שאפשר שהוא גורם היזק בערבותו הוא משעבד את עצמו בתורת ודאי וכמש"כ, ובזה מיושב ג"כ דגבי כתובה כיון דלאו מידי חסרה, שפיר אמרינן דגם קנין לא מהני וכשיטת הרמב"ם דקנין לא מהני באסמכתא.

אכן אח"כ ראיתי דמה שכתבתי דגם לאחר מתן מעות משעבד עצמו בודאי רק דהחסרון שאין לו עבור מה להתחייב כיון שלא הוציא ממון על פיו ולכן צריך קנין א"א לומר כן דהרמב"ם בפ' י"א מהל' מכירה הל' ט"ו כתב המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא הי' חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא. כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים וכו', אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא הי' לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב עכ"ל, ועיין בכתובות דף ק"ב בסוגיא דחייב אני לך מנה בשטר, ומה דמייתי הגמ' מערב היוצא לאחר חיתום שטרות ופירש"י ותוס' שם, ועכ"פ אנו רואים בדעת הרמב"ם שלמד דין חייב אני לך מנה מדין ערב ומוכח דבערב אין עיקר החיוב משום שהוציא ממון על פיו פועל רק זה שהתחייב עצמו באמת, ולכן גם בהתחייב עצמו ואמר אתם עדי חייב וא"כ צריך לומר דשלא בשעת מתן מעות אנו אומרים שלא התכוין לחייב עצמו, וא"כ קשה דמה מהני קנין כיון שהרמב"ם סובר דגם בקנין לא מהני היכי דהוי אסמכתא.

ונראה דבערב בלא קנין אי לאו טעמא דעל אמונתו הלוהו היינו אומרים דהוא רק פטומי מילי בעלמא ולא הוי אלא דברים ואין בדעתו כלל להתחייב ולא דמי לחייב אני לך מנה שאמר אתם עדי או שאמר בשטר דבזה מוכח דדעתו להתחייב, ולכן מהני הא דעל אמונתו הלוהו והוציא ממון על פיו דבזה אמרינן דדעתו להתחייב, ולכן למד הרמב"ם דין חייב אני לך מנה מדין ערב דבדין ערב אנו רואין דאם דעתו להתחייב מועיל חיובו בדברים דסובר דמה שמוציא ממון על פיו מועיל רק שדעתו להתחייב ובערב אחר מתן מעות דליכא הך טעמא צריך קנין, וקנין מועיל דכיון שעשה קנין כבר אינו פטומי מילי וכונתו להתחייב רק דהוי אסמכתא ונוכל לומר שדעתו הי' להתחייב לאחר שהלוה לא ישלם וסמך על זה שהלוה ישלם, ועל זה אמרינן דכיון שיודע שיש בזה גרם היזק לחבירו ודאי התחייב ע"י הקנין מעכשיו בתורת ודאי, אבל בלא קנין לא מהני דהוי רק דברים בעלמא ולא התחייב כלל כיון דלא על אמונתו הלוהו.

אלא דכל זה לא מהני אלא בסתם ערבות שלא הזכיר תנאי דאף דעיקר ערבות הוא אם הלוה לא ישלם מ"מ כיון שהתחייב בסתם אמרינן שדעתו להתחייב בתורת ודאי

בין בערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין בין לאחר מתן מעות דצריך קנין ומהני קנין, ונמצא דמה דאין נפרעין מן הערב תחלה אלא אם אין נכסים ללוה זהו רק כמו זמן הפרעון והיינו שהערב מתחייב מעכשיו לשלם החוב בזמן שיהי' צריך המלוה לגבות ממנו, והיינו כשלא יהי' להלוה נכסים, אבל אם הערב התנה במפורש תנאי ואמר שהוא מתחייב אם יהי' דבר זה הוי אסמכתא ולא נשתעבד אפי' בערב בשעת מתן מעות ואפי' בקנין ולא מהני בזה מה שהוציא המלוה מעות על פיו או מה שגרם לו היזק דהך סברא לא מהני אלא שנאמר שהתחייב לו בתורת ודאי, אבל כשתלה התחייבותו בתנאי, זה ודאי הוי אסמכתא שלא גמר והקנה קנין שלם וכמו שכתב הרמב"ם בהל' ח'.

ובמה דלמד רבא דין קדושין בתן דינר לפלוני ואתקדש אני לך דמקודשת מדין ערב ואמר ערב לאו אע"ג דלא מטי הנאה לידיה קא משעבד נפשיה האי איתתא נמי אע"ג דלא מטי הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה, והרמב"ם כתב בזה הואיל ונהנית ברצונה שנעשה ונהנה פלוני בגללה צריך לומר דגם בערב דהלואה יש לו הנאה ברצונו שנעשה והמלוה הלוה להלוה, ומ"מ סובר הרמב"ם דנוכל ללמוד מזה דין חייב אני לך משום דהך טעמא שיש לו הנאה אינו מספיק שיתחייב בכל ההלואה לשלם ואם הלוהו מנה אפשר אינו שוה ההנאה אלא דינר, וע"כ דההנאה אינה גורמת אלא שיסכים באמת להתחייב ולהשתעבד, ולכן אנו לומדים מזה דהיכי דאמר לו חייב אני לך מנה ואמר לו אתם עדי אפשר שיתחייב בזה כיון שבודאי הסכים להתחייב.

והנה בערב לכתובה דסובר הרמב"ם דלא נתחייב אפי' בקנין, מיושב שפיר כיון דלשיטת הרמב"ם ליכא בסתם ערב הא דבההיא הנאה שהאמינו ורק בערב דב"ד איכא הנאה, וכיון דהרמב"ם סובר דהיכי דהוי אסמכתא אפי' קנין אינו מועיל, ומה דמהני קנין בערב לאחר מתן מעות כבר כתבנו משום שגורם לו היזק וכיון שהתחייב בקנין אמרינן שהתחייב לו מעכשיו בודאי. וא"כ גבי ערב דכתובה דלא חסרה ולא גרם לה היזק לא מהני קנין כיון דהוי אסמכתא.

ובמה שכתב הרמב"ם דאם הי' ערב לכתובת בנו צריך קנין שהשיג הראב"ד דבאב לא צריך קנין, הנה הראב"ד לשיטתו מוכרח לסבור כן כיון דסובר דבקנין מהני אפי' באחר, אבל על הרמב"ם אין טעם שיהי' צריך לסבור דאב בכתובת בנו צריך קנין בפרט לפי"מ דמוכח שיטתו גבי חייב אני לך מנה דאין עיקר החיוב בשביל שהוציא ממון על פיו, אלא דזה גורם שהתחייב באמת בודאי דלא כאסמכתא, וא"כ כיון דאמר הגמ' דאבא לגבי בריה שעבודי משעבד נפשיה מנלן לומר דצריך קנין, והמ"מ כתב דדמי לאחר מתן מעות, וזה קשה דבערב לאחר מתן מעות הא ליכא טעמא דאבא לגבי בריה וקנין מהני,

אבל בכתובה דבאחר אפי' קנין אינו מועיל ורק באב דאיכא סברא דשעבודי משעבד נפשיה מנלן דדוקא בקנין, וכן הקשה המל"מ.

והנה לכאורה יש להוכיח כדעת הרמב"ם מהא דהמזכה לעובר לא קנה ואם הי' בנו קנה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. ומ"מ דוקא במזכה ע"י אחר, או בשכ"מ אבל בריא שאמר נכסי לעובר שלי לא קנה, אלא דאין זה הוכחה כלל דדוקא גבי לקנות לא מהני בדברים אף שדעתו באמת להקנות, אבל לגבי ערבות כיון דדעת הרמב"ם גבי חייב אני לך דעיקר הערבות הוא בדברים משום דודאי דעתו להתחייב למה לא נימא דאב לגבי בנו מהני אף בלא קנין.

ונראה בדעת הרמב"ם דכיון דהך סברא דאבא לגבי ברא משעבד נפשיה אינה ברורה דהא בגיטין דף מ"ט ע"ב מוקי הגמ' מעיקרא בקבלן, א"כ אף דקיי"ל כתירוצא בתרא כיון דבב"ב אמר הגמ' הכי להלכה כעובדא דמשה בר עצרי, מ"מ כיון שמצינו שתי מדרגות בערב דבשעת מתן מעות שהוציא ממון על פיו משתעבד בלא קנין ולאחר מתן מעות דאיכא סברא דגרם לו היזק, ולדעת המ"מ כיון שהי' להמלוה חסרון כיס מקודם מהני הך סברא רק שיועיל בקנין ושלא תהי' אסמכתא, א"כ גם הך סברא דאבא לגבי ברא משעבד נפשיה אין לנו הוכחה דמהני כהמדרגה הראשונה שהוא בשעת מתן מעות ובלא קנין, ולכן מפרש הרמב"ם דכונת הגמ' רק בקנין ומהני הך סברא רק שלא תהי' אסמכתא, ומבוארים בזה דברי המ"מ ממה שתמה עליו המל"מ דכונתו רק לומר דאב לגבי כתובת בנו אינו משתעבד אלא כמו שמשתעבד ערב לאחר מתן מעות שאינו משתעבד אלא בקנין.

הלכה ז

ראובן שמכר לשמעון שדה ובא לוי וקבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה כל עת שירצה שיתבענו לשמעון הרי זה חייב וכזה הורו רבותי.

השגת הראב"ד. ראובן שמכר לשמעון וכו' עד וכזה הורו רבותי. א"א שבוש הוא זה שאם אמר בשעת מתן מעות משתעבד ואין בערבות משום אסמכתא עכ"ל.

המ"מ כתב בדעת הרמב"ם שהערבות במכירה אינו על המעות שנתן הלוקח אלא על הקרקע אם יטרפוה ממנו, ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה בע"ח דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהיא בשעת טריפה, לא כפי הדמים שקנאה ולפיכך אין כאן ערבות על המעות אלא על הקרקע והוא על תנאי אם יוציאוה מידו ואינו כערב דהלואה שהמלוה מוציא המעות מתחת ידו, וכאן הלוקח מחזיק בקרקע ואין לומר כאן על

אמונתו הלוהו ויש בערבות אסמכתא, וכבר כתבתי שדעת רבינו שאפי' בקנין יש בו דין אסמכתא עכ"ל, ובמה שכתב הרמב"ם ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה כתב המ"מ והצריך רבינו קנין לפי שהוא אצלו כערב דאחר מתן מעות לפי שמעות אלו לא נתנו על דעת לגבות עכ"ל, וכונתו דאף דבאופן זה ערב לו בפירוש על המעות ולא על הקרקע מ"מ לא הוי כערב בשעת מתן מעות משום שהלוקח כשנתן המעות לא נתן על דעת לגבות, והיינו שכונתו רק אם יטרפו ממנו, ולכן אף שערב לו בפי' על המעות כל זמן שירצה הלוקח לתבוע. מ"מ לא חשיב הלוקח בזה שהוציא על פיו ממון, ומ"מ קנין מהני כמו בערב אחר מתן מעות.

ובעיקר באורו של המ"מ דערבות דמכר אינו ערב על המעות אלא על הקרקע והוכיח זה דהא אם יטרפו בע"ח מהלוקח אין מגבין להלוקח-כונתו מהמוכר-אלא כשעת טריפה ולא כפי הדמים שקנאה. הנה דבריו מיושבים אם טרפה בע"ח, אבל אם נמצאת שהשדה אינו שלו והוציאה הנגזל הא ודאי מגבין להלוקח כפי הדמים שנתן, רק אם השביחה הלוקח מגבין מהמוכר השבח מדין אחריות אבל הדמים שנתן הלוקח ודאי גובין מהמוכר ומ"מ לגבי ערב משמע מדברי הרמב"ם דאין חילוק ואפי' אם נמצאת שאינה שלו אין גובין מהערב, איברא שהתוס' בב"מ דף י"ד ע"א בד"ה שעבוד כתבו דאפי' שמואל דסבר אחריות לאו טעות סופר בשטרי מכר זה דוקא כשטרפה בע"ח, אבל אם נגזל טרפה כיון שהמקח בטל שגזולה היתה הוי השטר מכר כמו שטר הלואה דאמרינן ביה אחריות טעות סופר. וא"כ לפי"ד התוס' יש לומר דגם לגבי ערב כיון דלגבי נמצאת שאינה שלו חשבינן המעות כמו הלואה וא"כ משתעבד הערב, ומ"מ בדברי הרמב"ם קשה לומר דכונתו כן שהי' לו לפרש שלא נשתעבד אם טרף בע"ח, ומדבריו משמע שלא נשתעבד כלל בכל אופן.

ונראה דהרמב"ם סובר דגם בנמצאת שאינה שלו לא נשתעבד הערב, דאף שהמוכר ודאי צריך לשלם המעות שנתן הלוקח מ"מ האחריות שקבל הערב הוא על הקרקע שלא יוציאוה מהלוקח בין נגזל בין בע"ח, וכיון שהוא רק ספק אם יוציאוה הוי אסמכתא, ואף שכתבנו דבערב לאחר מתן מעות אף דהוי אסמכתא מ"מ כיון שגרם היזק להמלוה בערבותו מהני קנין, וכאן מוכח מדברי הרמב"ם דאפי' קנין לא מהני דהא כתב דוקא שאם קנו מידו לשלם דמי מכר זה כל עת שירצה שיתבענו, ומוכח דבסתם ערבות על מכר גם קנין לא מהני יש לומר דלא דמי דבערב לאחר מתן מעות הא ערב לו על גוף המעות שהוציא קודם אלא דהוי ספק שמא ישלם הלוה בעצמו, ובזה כתבנו דכיון דבאותה שעה סמך עליו המלוה שלא לדחוק את הלוה שישלם לו, וכיון שהתחייב בקנין נתחייב בודאי

ולא בגדר אסמכתא, אבל גבי מכר כשקנה הלוקח השדה אין הוכחה שבלא הערב לא הי' קונה ואפשר שסמך שהשדה היא ודאי של המוכר, ולכן גם הערב לא התחייב בתורת ודאי שסמך בדעתו שהשדה היא של המוכר ולכן גם קנין לא מהני.

הלכה ט

שנים שלוו בשטר אחד או שלקחו מקח אחד וכן השותפין שלוה אחד מהן או לקח בשותפות הרי הן ערבאין זה לזה אף על פי שלא פירש.

המ"מ הביא דברי הרמב"ן פ' המפקיד על זה שהביא הרי"ף בפ' שבועת הפקדון הך דינא דהכונה שאין אחד מהן חייב לפרוע הכל אלא הוא חייב החצי ועל החצי הב' הוא ערב, ואם אין להב' נכסים ישלם וכתב על זה ודברי הרמב"ם נראין כן עכ"ל, ודעת הרא"ש והטור בסי' ע"ז דגובה מאיזה מהן שירצה דהו"ל לוה בכולה, והרמב"ן הנ"ל הוכיח דלא הוי אלא ערב בחצי השני מהא דבעי בגמ' בר"פ השואל שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן מהו כולו שואל בעינן וליכא או דילמא להההיא פלגא דשייליה מיהת מיפטר, ואם איתא דכל חד חייב בכוליה אמאי לא הוי כוליה שואל. וכ"ת כיון דאיכא שואל אחרינא בהדיא לאו כולו שואל הוא א"כ בההוא פלגא דשייליה נמי לאו כולו שואל הוא דמאן פלג חד פלגא מאידך פלגא. וכתב שם הקצוה"ח ליישב הסוגיא לדעת הרא"ש והטור ע"פ מה שכתב הרמב"ם פ"א משכירות עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה וכו' ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים וכו' אע"פ ששאל או שכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר. וכתב ע"ז המ"מ דאף שהשואל בבעלים פשע בו פטור דוקא כשמתה הבהמה או נאבדה בפשיעתו ברשותו. אבל כשמסרה לשני הראשון מתחייב באותה שעה שמתה הבהמה ברשות השני, ואין שאלה בבעלים פוטרת אלא לשומר ששאל בבעלים, אבל לא לשומר שני שלא שאל בבעלים, והראשון מתחייב על רשות השני עכ"ל המ"מ, ולפי"ז כיון דלשיטה זו דנעשה לוה בכוליה ע"כ דנעשה נמי כל אחד מלוה במחציתו לשני. וכן בשותפין ששאלו נעשה כל אחד שואל בכולו ומשאיל במחציתו לחבירו וחבירו לא שאל הבעלים הרי הראשון מתחייב על רשות השני ע"כ תורף ד' הקצוה"ח ע"ש שהאריך. ודבריו אינם ברורים דהמ"מ כתב שהראשון מתחייב על רשות השני על דברי הרמב"ם שהם בעבר הראשון ומסר לשומר שני. אבל הכא בשותפין לפי דבריו דהוי כמו שכל אחד שאל כולו ומשאיל מחציתו לחבירו הרי זהו כמו שנתנו לו הבעלים רשות להשאיל. וליכא בזה דינא דשומר שמסר לשומר, ולפי דבריו שוב אינו חייב כל אחד אלא על חצי ולא כמו שבא לפרש בזה ד' הגמ' דאמר או דילמא מההיא פלגא דידיה מיהת מיפטר דעל חצי

של חבירו הוא חייב כיון שלהשני לא הי' המשאיל בבעלים והוא חייב על רשות השני, דהא לפי דבריו צריך להיות פטור על חלקו של השני.

ונראה דאף שהרמב"ן הוכיח מסוגיא זו דגם בשנים שלוו כל אחד אינו חייב אלא חצי. ועל חצי השני אינו חייב אלא מדין ערב אם אין לחבירו נכסים. מ"מ יש לומר לדעת הרא"ש דיש לחלק בין הלואה לשאלה דבהלואה אמרינן דכל אחד לוה הכל והוא הלוה לחבירו מחלקו. אבל בשאלה כיון שחיובו של שואל בשביל שכל הנאה שלו וא"א שיהיו שניהם שואלים על הדבר השאול ומצד שומר שמסר לשומר הא אין לחייבם כמש"כ, וכיון דבסתמא שנים ששאלו או שקבלו פקדון דעתם שיתחייב כל אחד בחיוב השאלה או הפקדון, לכן בזה נימא דכל אחד הוא ערב קבלן על חצי השני שיתחייב בכל חיובי השני. ולכן שפיר מה דאמר הגמ' או דילמא מההיא פלגא דידיה מיהת מיפטר. משום דעל חצי השני של חבירו לא הי' המשאיל בבעלים חייב הוא מדין ערב קבלן שנתחייב בחיובי השני. ואף שלא אמר תן לו ואני נותן לך מ"מ כיון דדיינינן בשותפין שכל אחד מתחייב ברצון בכולו. אמרינן שמונח בלשון השאלה שכל אחד מתחייב בכולו אף שהחצי שואל חבירו וזהו תן לו ואני נותן לך.

והנה יש לדון בזה להשיטות דשואל מתחייב משעת אונסין א"כ הוי זה התחייבות אם יהי' אונס, וזה הוי אסמכתא כמו שכתב הרמב"ם בהל' ח' דהערב או הקבלן שחייבו עצמם על תנאי אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד מפני שהוא אסמכתא אלא דא"כ קשה ג"כ לדעת הרמב"ן דסובר דלא הוי אלא ערב בחצי השני, וע"כ צריך לומר דגבי שואל כשערב לו על השאלה הוא ערב לו על עיקר הדבר השאול שיחזיר לו השואל. דהא גם אם לא יחזיר לו בלא טענת אונס ג"כ מחויב הערב א"כ הוא התחייבות מהערב או הקבלן בסתם בלא גדר תנאי אם יהי' אונס אלא שהוא ערב על הדבר השאול שאם לא יחזיר לו השואל משלם דמיו. ולכן שפיר מתחייבים ולא הוי אסמכתא.

אכן כל זה כתבנו לפי גירסתנו בהשואל דגרסינן או דילמא מההיא פלגא דשייליה מיהת מיפטר דמוכח דבחצי השני ודאי חייב. וכמו שכתב הרמב"ן אבל הרמב"ם בפ' ב' מהל' שאלה ופקדון הל' ח' כתב שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן. וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים אם אינה לפיכך אם מתה אינו משלם, וכן כתב המחבר בסי' שמ"ו, וכבר עמד בזה הנמוק"י ורוצה לפרש דמה שכתב הרמב"ם ואם מתה אינו משלם קאי על מה דסליק מיניה והיינו השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן דזה האחד אינו משלם כלום אבל בהך דשאל מן השותפין אינו פטור אלא מפלגא. ומלבד שדוחק לפרש כן בלשון הרמב"ם הנה לפי"מ שכתב הרמב"ן דהך

דינא תליא בדין שנים שלוו. ואם בשנים שלוו חייב כל אחד רק החצי ועל החצי השני הוא ערב אפי' השותף שנשאל לו הבעלים לא נפטר אלא מחצי. אבל חייב בחצי השני מדין ערב והרמב"ם הא סובר דעל החצי הוא מדין ערב.

והנה על דברי המחבר בסי' שמ"ו שכתב כלשון הרמב"ם כתב הגר"א וז"ל לפיכך כו' מ' אף כולה, וכ"מ בדברי הטור והרא"ש שסתמו אבל לפי גי' שלנו בגמ' דוקא אפלגא וענ"י שם עכ"ל. ולפי"ד הגר"א דבזה שוין הרמב"ם והרא"ש והטור דבהך אבעיא דשותפין ששאלו או שאל מן השותפין פטור מכולה, א"כ אין אנו צריכים ליישב דעת הרא"ש והטור דאדרבא הם מכוונים עם שיטתם דשנים שלוו חייב כל אחד בכולו, רק עלינו ליישב דעת הרמב"ם דכיון דסובר דשנים שלוו לא הוי כל א' לוה אלא בחצי ועל החצי הב' לא הוי אלא ערב. ולפי"ז בהא דשותפין ששאלו לא צריך להיות נפטר משום בבעלים אלא מחצי, וקשה להיפוך על שיטת הרמב"ם דמלשון אינו משלם משמע דנפטר מכולה ואף שנאמר שכן היתה גירסתם בגמ' וכדמשמע מד' הגר"א אבל על הרמב"ם לשיטתו קשה.

ונראה דיש לומר דהרמב"ם מחלק בין מלוה לשאלה דאף דבשנים שלוו סובר דלא הוי אלא ערב על החצי הב' גבי שאלה נעשה שואל על כולו כיון שמשתמש בכולו ולא כמש"כ הקצוה"ח דהוי כמו ששאל כולו והשאיל חצי לחבירו, דבזה הא כתבנו שהי' פטור מחלק חבירו, אלא דזה שייך אם משאיל ממש לחבירו ואין הדבר השאול ברשותו, אבל גבי שותפין כיון שהדבר השאול הוא ברשות שניהם והוא משתמש בכולו חייב בכולו. ודוקא גבי מלוה סובר הרמב"ם דאינו לוה אלא על החצי כיון דמלוה להוצאה ניתנה ומשהלוה נעשו המעות תיכף של השותפין. וכל אחד אין לו זכות אלא בחצי, לכן אינו חייב אלא בחצי ועל החצי הב' מדין ערב.

איברא דבזה יתיישב רק בשותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם, אבל בשאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהם כיון שכתבנו דמדברי הרמב"ם שכתב לפיכך אם מתה אינו משלם מוכח דגם בזה אינו משלם כלל, וקשה למה לא ישלם חלק השני שלא נשאל לו. וצריך לומר דכל שותף הוי בעלים על כל הדבר השאול אלא דלא הוי כולו בעליו. ולהך צד דלא בעינן כולו בעליו קרינן בזה אם בעליו עמו ליפטר לגמרי. ועיין בקצוה"ח סי' קנ"ז שהביא פלוגתא דרב ושמואל בירושלמי בכותל השותפין אם חצי לזה וחצי לזה או כולו לזה וכולו לזה. וזהו בכותל שבין שתי חצרות, אבל שותפין ממש בבית מוכח דנקרא כולו לזה וכולו לזה.

הלכה י

שנים שערבו לאחד כשיבוא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאיזה מהן שירצה ואם לא היה לאחד כדי החוב חוזר ותובע השני בשאר החוב.

השגת הראב"ד. שנים שערבו לאחד עד בשאר החוב. א"א אינו מחוור אלא לפי המנהג ולמדין מן העכו"ם לישראל עכ"ל.

כתב המ"מ יש לדין זה ראיה ממה שאמרו פ' בית כור דף ק"ז שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם, ואע"ג דקיי"ל נכסוהי דבר אינש אינון ערבין ביה, אלמא המלוה ע"י שני ערבים נפרע מאיזה מהן שירצה. ויש שדחקו והעמידו זו כשאין לשאר האחין בינונית א"נ כשהי' חלקו של זה אפותיקי מפורש עכ"ל, והנה מש"כ המ"מ ויש שדחקו והעמידו כשאין לשאר האחין בינונית, הקצוה"ח בסי' ק"ז סק"ט תמה על זה דהא קיי"ל אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית ונשאר בצ"ע. ונראה בזה דהנה בגיטין דף נ' ע"א בהא דתנן אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית בעי ראב"א יתומים שאמרו קטנים או אפי' גדולים תקנתא היא דעבוד רבנן גבי יתמי לקטנים עבוד רבנן לגדולים לא עבוד רבנן. או דילמא משום דלא מסיק אדעתיה דמלוה דמית לוה ונפלי נכסי קמי יתמי דהו"ל נועל דלת הילכך אפי' גדולים נמי ומסיק והלכתא דאפי' גדולים, ובמה דאמר תקנתא הוא דעבוד רבנן פירש"י לחוס על היתומים להעמידם על דין תורה, והיינו משום דקיי"ל כעולא דדבר תורה בע"ח בזיבורית והנה להך צד דהוי תקנה ודאי לא שייך זה אלא בבא לגבות מיתומים שיש להם בינונית וזיבורית דבזה תקנה הוא להם שיהי' בע"ח גובה מן הזיבורית, אבל לא שייך זה באחין שחלקו ונטל אחד בינונית ואחד זיבורית, דמאי חזית שנעשה תקנה לבעל הבינונית ויגבה מבעל הזיבורית והרי לבעל הזיבורית טוב יותר שיגבה הבינונית.

אלא אפי' למה דמסקינן דאפי' מיתומים גדולים אין גובין אלא מזיבורית משום דלא הוי נעילת דלת דלא מסיק אדעתיה דמלוה דנפלי נכסי קמי יתמי מ"מ הא זהו ג"כ לטובת היתומים דבלא טעם זה למה נחלק בין הלוה ובין היתומים. אלא דנ"מ בין צד א' של האבעיא דהוי תקנה דלא סבר דלא מסיק אדעתיה דנפלי נכסי קמי יתמי, וא"כ מעיקר הדין לא שייך לחלק בין הלוה ובין היתומים, ולכן ע"כ דמתני' דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית הוא דוקא ביתומים קטנים, אבל לצד ב' של האבעיא דהטעם הוא משום דלא מסיק אדעתיה דמת לוה ונפלי נכסי קמי יתמי, ולכן לא הוי נעילת דלת אם נאמר דמיתומים אינו גובה אלא מן הזיבורית. כיון דכל טעמא שתיקנו חכמים דבע"ח יגבה מבינונית הוא רק משום נעילת דלת. אבל מ"מ אפי' זה אינו שייך אלא כשזה היורש

נטל בינונית וזיבורית, אבל כשהיורשין חלקו ואחד נטל בינונית ואחד זיבורית אין כאן שום צד קולא ליתומים לומר דבעל הזיבורית ישלם ולא בעל הבינונית.

ועוד דיש לומר יותר דעיקר טעמא דעולא דדבר תורה בע"ח בזיבורית לא שייך גבי יתומים שחלקו דלא שייך לומר בהם מה דרכו של בע"ח להוציא פחות שבכלים כיון דאין לאח זה אלא בינונית לא שייך שמטעם זה יאמר להבע"ח שיקח מהאח שיש לו זיבורית, ומצד האב שמדין תורה היה דינו בזיבורית הא מן התקנה הי' דינו בבינונית, ולכן שפיר שמן הדין באחין שחלקו דינו של הבע"ח ג"כ בבינונית, ומיושבים דברי המ"מ שהם דברי הרמב"ן שכתב בהך סוגיא דשני אחים שחלקו בפ' בית כור וז"ל יש שואלים אמאי נטל חלקו של אחד מהם יתר משל אחיו, ויש לומר בשהי' לו לזה בינונית דשעבודא דבע"ח עלה ומדבריו שכתב דשעבודא דבע"ח עלה מוכח דכן הוא בעיקר הדין גם אצל יתומים שחלקו דדינו של הבע"ח בבינונית.

והנה הקצוה"ח בסי' הנ"ל הביא דברי הרמב"ן ומה שכתב אח"כ וז"ל ומשמע שאם נטל בינונית ויש לאחיו בינונית דכוותיה ואתא עליה בע"ח רצה מזה גובה רצה מזה גובה, וכתב ע"ז הקצוה"ח והא דמקשה מעיקרא אמאי נטל חלקו של אחד מהן יותר משל חבירו, ואע"ג דרצה מזה גובה רצה מזה גובה דקושייתו על רצון המלוה למה גובה יותר מזה ולא גבה מחציתו מזה ומחציתו מזה, לזה תירץ בשהי' לו בינונית ולהכי גבה יותר מזה דניחא ליה טפי בבינונית, ופירושו בדברי הרמב"ן תמוה דמה שייך להקשות על רצון המלוה דכיון דהדין הוא דממי שירצה יגבה, כבר צריך לדעת הדין אם גבה ושייך המחלוקת אם נטל חלקו של אחד מה יהי' לגבי שאר האחין, ועוד דלשון הרמב"ן שכתב דשעבודא דבע"ח עלה מוכח דדינא בא להשמיענו וכמו שכתבתי. ועוד יותר תמוה פירושו דהא איכא דינא דבר מיצרא, ובודאי ניחא לבע"ח לגבות כל חובו משדה אחת אפי' אם תהי' גדולה ויש גם בחצי שיעור שדה, ואף דאפשר לגבות משניהם בצד שהם סמוכים זה לזה, אפשר שהבינונית של זה ושל זה מרוחקים ומפסיק ביניהם עידית וזיבורית, או שהיו נכסי אביהם בשתי מקומות, וא"כ מה שייך לשאול למה נטל הבע"ח מחלקו של אחד מהם ולהאריך בתירוצים בזה. לכן נראה פשוט דבדברי הרמב"ן יש כאן חזרה מהקודם. ומקודם כתב יש שואלים ושו"ט בדבריהם ואח"כ כתב ומשמע דעיקר הדין אינו כן כמו דשו"ט השואלים ודינו של בע"ח רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ומבואר שהמ"מ כאן כתב ויש שדחקו והעמידו, ולא הביא דברי הרמב"ן ואין זה דרכו של המ"מ, אלא דבאמת אין זה שיטת הרמב"ן דסובר רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

והנה הראב"ד חולק על הרמב"ם וסובר דשנים שערבו אין חילוק משנים שלוו, וכמו

דבשנים שלוו סובר הרמב"ם דאין כל אחד לוה אלא על החצי ועל החצי השני רק ערב, כן גם בשנים שערבו הוי כל אחד ערב לגבי המלוה רק על החצי אם לא יפרע הלוה, ועל החצי השני הוא רק אם לא יפרע הערב השני, ויש לומר דסובר הראב"ד דעיקר חיוב ערבות הוא בשביל שהוציא המלוה ממונו על פיו, לכן הוי כמו שנתן לו בעצמו, וכן מוכח מדין קדושין דמתקדשת מדין ערב, ומ"מ אף דחיוב הערב הוא משום דהוי כמו שנטל בעצמו מ"מ לא יתבע הערב תחלה משום דהכי הוא דינא דערב ועל אופן זה התחייב. וכיון דעיקר חיובו של ערב הוא משום שהוציא המלוה מעות על פיו והוי כמו שנטל בעצמו, א"כ לא אלים חיובם דשנים שערבו משנים שלוו, ולא נימא דהוי כמו דכל אחד נטל כולו, אלא כמו שכל אחד נטל חצי והתחייב בחצי אם לא יפרע הלוה ועל החצי השני הוא ערב אם לא יפרע הערב השני.

אלא דסובר הראב"ד דבמקום שיש מנהג שבשני ערבים אם אין הלוה פורע יגבה המלוה מאחד מהערבים, על דעת זה נשתעבדו הערבים והוסיף דלמדין מן העכו"ם לישראל לומר דמהני בזה גם מנהג העכו"ם אם אין מנהג ישראל, והיינו בעיר שדרים מעט ישראלים והרבה עכו"ם, ואולי כונתו לדין ערכאות והיינו שאף שבעיקרי הדינים אין אומרים דינא דמלכותא דינא, כמו שנבאר בפ' כ"ז מ"מ בזה לענין דעת הערבים אמרינן דאם ע"פ דינא דמלכותא חייבים בכל החוב על דעת זה נשתעבדו, ושיטת הרמב"ם הוא דחיוב הערב אינו משום דהוי כמו שנטל המעות וכמו שבארנו ולכן לא דמי לשנים שלוו.

הלכה יד

עיין מה שכתבתי בהל' ו'.

פרק כו

הלכה ו

ערב שקידם ונתן לבעל חוב את חובו הרי זה חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו אע"פ שהיתה מלוה על פה או בלא עדים כלל, בד"א כשאמר לו הלוה בעת שנעשה ערב ערבני ושלם, אבל אם עמד ברשות עצמו ונעשה לו ערב או קבלן או שאמר לו הלוה ערבני ולא הרשהו שיתן ויפרע החוב אין הלוה חייב לשלם כלום.

השגת הראב"ד. בד"א וכו' עד חייב לשלם לו כלום. א"א אלו דברים שאין הדעת מקבלתם ואין השכל סובלם עכ"ל.

המ"מ כתב דדעת הראב"ד דאפי' ערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו חוזר וגובה מן הלוה, והטור מפרש בדעת הראב"ד שדעתו להשיג כשאמר לו ערבני

דסובר דהוי כאלו אמר לו ערבני ושלם, ונראה דהרמב"ם והראב"ד הולכין לשיטתם. ובזה יבואר כדעת המ"מ, דבפ' כ"ה הל' י' בארנו בדעת הראב"ד שחולק על הרמב"ם וסובר דשנים שערבו לאחד אין דין המלוה להפרע מכל ערב שירצה, אא"כ היכי דיש מנהג אבל בלא מנהג דינם כשנים שלוו משום דסובר דחיוב הערב הוי כמו שנטל בעצמו המעות מן המלוה, ודעת הרמב"ם דאינו כמו שנטל המעות. אלא שהוא רק התחייבות מצד הערב ומה דחייב דוקא בשעת מתן מעות זהו משום דכשהוציא המלוה מעות על פיו גמר דעתו להתחייב. ולכן כתבתי דלדעת הראב"ד דהוי כמו שנטל המעות מהמלוה א"כ לא אלים חיובם של שנים שערבו משנים שלוו, אבל להרמב"ם שהוא רק התחייבות בזה נוכל לומר כמו שהסביר הרשב"א שבסתמא התחייב כל אחד בערבות על כל המעות.

ולפי"ז מבואר דלדעת הראב"ד דסובר דחיובו של ערב הוא משום דהוי כמו שנטל בעצמו המעות. א"כ אף דהדין הוא דלא יפרע מן הערב תחלה ודינו של מלוה לתבוע מקודם להלוה מ"מ אם הערב קדם ושילם להמלוה קודם שיתבענו וקודם שתבע להלוה לא נקרא זה פורע חוב של חבירו דבאמת הוא חוב של עצמו דהוי כמו שנטל בעצמו המעות. אלא דלדין לתבעו בב"ד צריך לתבוע להלוה תחלה. וכיון דכששילם הערב שילם בזה חוב של עצמו לכן גם הלוה חייב לשלם לו דעל זה נעשה ערב שכששילם הוא להמלוה ישלם הלוה לו. וא"כ אפי' לא אמר לו הלוה ערבני ונעשה מעצמו ערב כיון דעכ"פ נעשה ערב בשעת מתן מעות, ועל סמך ערבותו הלוה המלוה להלוה. לכן כששילם הערב להמלוה אפי' מעצמו חייב הלוה לשלם לו, אבל הרמב"ם לשיטתו דסובר דלא הוי הערב כמו שנטל המעות אלא שנתחייב בעצמו בדין ערבות. וכיון דדינו של ערב שהוא אם לא ישלם הלוה נמצא דכל זמן שלא תבע המלוה להלוה אין הערב חייב כלל וממילא כששילם הוי כמו פורע חוב של חבירו.

פרק כז

הלכה א

שטר שכתוב בכל לשון ובכל כתב אם היה עשוי כתיקון שטרי ישראל שאינן יכולין להזדייף ולא להוסיף ולא לגרוע והיו עדיו ישראל ויודעין לקרותו הרי הוא כשר וגובין בו מן המשועבדין, אבל כל השטרות שחותמיהן עכו"ם הרי אלו פסולין חוץ משטרי מקח וממכר ושטרי חוב והוא שיתן המעות בפניהם ויכתבו בשטר לפנינו מנה פלוני לפלוני כך וכך דמי המכר או מעות החוב, והוא שיהיו עשויין בערכאות שלהם. אבל במקום קבוץ פליליהן בלא קיום השופט שלהם לא יועילו כלום, וכן צריכין עדי ישראל

שיעידו על אלו העכו"ם שהן עדי שטר ועל זה השופט שלהן לקיים עדותן שאינן ידועין בקבלנות שוחד. ואם חסרו שטרי העכו"ם דבר מכל אלו הרי הן כחרס. וכן שטרי הודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן אע"פ שיש בהן כל הדברים שמנינו הרי הן כחרסים, והורו רבותי שאפי' שטרי חוב שלהן שנתנו המעות בפניהם פסולין ולא הכשירו אלא שטרי מקח וממכר שנתנו המעות בפניהם ואין אני מודה בזה אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות של עכו"ם נותנו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה וקורין לו שנמצא כל אחד מהן כמסיח לפי תומו וגובה בו מבני חורין, אבל אין טורפין בו מפני שאין לו קול שהרי לא ידעו הלקוחות במה שנעשה בעכו"ם.

השגת הראב"ד. והורו רבותי וכו' עד איני מודה בזה. א"א יפה הורו רבותיו שאפי' הי' שט"ח שלהן וכו' שהשטר העולה בערכאות של עכו"ם וחותמיהם עכו"ם אינו גובה ממשועבדים דלית להו קלא הילכך אפשר שנפרע ולא תבעו עכ"ל.

כתב המ"מ והר"א ז"ל כתב בהשגות א"א יפה הורו רבותיו וכו' באור דבריו שאפילו בחייב מודה או בתוך זמנו אינו גובה ממשועבדים הילכך אם חייב טוען לאחר זמן פרעתי נאמן כדין הוציא עליו כתב ידו כמבואר פי"א. ויש לחלק שאינו דומה שטר גמור לכתב יד, עכ"ל, וקשה לפי פי' המ"מ בדברי הראב"ד דהא הרמב"ם כתב והורו רבותי שאפי' שטרי חוב שלהם שנתנו המעות בפניהם פסולים, ולשון פסולים מפורש דלגמרי פסולים דאפי' יכפור הנתבע ויטעון שלא לוה מעולם ג"כ נאמן, וא"כ מה כתב הראב"ד יפה הורו וטעמו דמשום דאין גובין בשטר זה ממשועבדים יכול לטעון פרעתי דזה אינו טעם אלא על טענת פרעתי ולא על טענת לא לויתי.

ונראה דיש לומר דעיקר דין ערכאות דמהימני הא אמר בגמ' משום דלא מרעי נפשייהו וא"כ הוי בגדר חזקה וכמו חזקה דאומן לא מרע אומנתו. וא"כ לא עדיף מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. וכיון דבב"ב דף ה' מיבעי היכי דאיכא מיגו במקום חזקה אי נאמן או לא אמרינן מיגו במקום חזקה ונשאר באבעיא. ומבואר בחו"מ סי' ע"ח סעיף א' דמספק נאמן במיגו במקום חזקה. ולכן גם כאן גבי ערכאות כיון שהי' נאמן לומר פרעתי לכן נאמן נמי בטענת לא לויתי במיגו דפרעתי.

אלא דאכתי אינו מיושב דהא עכ"פ אין השטרות פסולים לגמרי דהא אם תבעו בתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי וממילא אינו נאמן לומר לא לויתי, וא"כ איך כתבו רבותיו שהשטרות פסולים ונראה דרבותיו סוברים כהמרדכי והגה"א ברא"ש שהקשו דמה מהני הא דערכאות לא מרעי נפשייהו דהא משה ואהרן נמי לא מרעי נפשייהו ופסולים כשהם קרובים וכתבו דהוא רק מדרבנן, והנתיבות בסי' ס"ח כתב כן בפשיטות

דמה דשטרות של ערכאות כשרים הוא מדרבנן. ולכן סוברים דכיון דהוא משום תקנה שיתקיימו השטרות כיון שדרך לעשות שטרות אלו, וא"כ לא שייך זה אלא בשטרי מקח וממכר דיש לומר שנהגו כן, אבל בשטרי הלואה כיון שאף יכשירו השטרות לא יגבו בהם ממשועבדים וממילא יהי' נאמן לומר פרעתי וא"כ בודאי לא ילוה המלוה ע"פ שטרות של ערכאות. ולכן בזה לא תיקנו חכמים שיועילו השטרות כיון דמעיקר דינא שטרותיהם פסולים.

אכן בעיקר קושיית המרדכי והגה"א דהא משה ואהרן נמי לא מרעי נפשייהו יש לומר דהוא חילוק גדול בין הא דערכאות לא מרעי נפשייהו, ובין קרוב אפי' כמשה ואהרן דלא מהני, דבערכאות מה דאנו אומרים דלא מרעי נפשייהו אינו משום דאנו אומרים שאנשים אלו הם נאמנים ולא יאמרו שקר דזה ודאי אינו מועיל, ומכיון דפסלה התורה עכו"ם לעדות אפי' אם אנו יודעים שעכו"ם זה איש נאמן ודאי אינו מועיל להכשירו לעדות, [ובכתובות דף פ"ה אמר רבא דבת רב חסדא דקים לי' בגוה קרענא שטרא אפומה ופריך קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומה, ועיין בד' הרמב"ם פכ"ד מהל' סנהדרין הל' א'] אלא מה דאנו אומרים דחזקה דלא מרעי נפשייהו זהו בגדר אומן לא מרע אומנתו דכיון דפרנסתם הוא מזה שיהיו אנשים נאמנים לא יעידו שקר. אבל גבי ישראל קרוב מה שהקשה המרדכי דמשה ואהרן נמי לא מרעי נפשייהו זהו מצד שאנו יודעים שהם אנשים נאמנים, ובזה ודאי אנו אומרים דלא חילקה תורה וכיון שפסלה קרוב לעדות אפי' אם הוא נאמן כמשה ואהרן נמי אינו נאמן להיות עדות אבל ערכאות כיון דלא מצד נאמנותם אנו סומכים אלא מצד דלא מרעי נפשייהו שפיר נוכל לומר דמשום חזקה זו מדאורייתא הם נאמנים כמו שאנו סומכים על כל החזקות.

ובמה שהקשה הראב"ד דכיון דאינו גובה בהן ממשועבדים נאמן לומר פרעתי כמו על כתב יד, כתב המ"מ דלא דמי שטר של ערכאות לכתב יד, וכבר הארכתי בזה בפ' י"א הל' א' שבארתי כן שיטת הרמב"ם דאינו סובר כדברי הרמב"ן במלחמות סוף פ' גט פשוט שכתב בטעמו של הרי"ף שכתב דעל כתב יד נאמן לומר פרעתי דזהו משום דאינו גובה ממשועבדים, והמ"מ בעצמו כתב כן שם בהל' ג' בשיטת הרמב"ם, אבל מדברי הרמב"ם שם בהל' א' שכתב מקודם דמלוה ע"פ א"צ לפרעו בעדים, ומלוה בשטר צריך לפרעו בעדים, וכתב על זה לפיכך האומר לעדים היו עלי עדים שאני חייב לזה מנה אין כותבין עדותם ונותנים למלוה שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר עד שיאמר להם הלוה כתבו שטר וחתמו ותנו לי, וקשה דלמה צריך להטעם שבשטר אין נאמן לומר פרעתי שבשביל זה אין כותבים עדותם ונותנים למלוה דהא ודאי לא ניחא ללוה לעשות ממלוה ע"פ מלוה

בשטר וגובה ממשועבדים ויהיו זילי נכסיה, ומזה הוכחתי דזה ודאי שכל זמן שלא אמר להם הלוה כתבו וחתמו ותנו לו וכתבו כן בשטר. אפי' אם היו רשאים לכתוב לא הי' על כתיבתם דין מלוה בשטר לגבות ממשועבדים, ולכן הוצרך הרמב"ם להטעם שאם יכתבו לו עדות זו יהי' להלוה היזק שלא יוכל לומר פרעתי. ומוכח דסובר דאפי' שטר שאין גובין בו ממשועבדים מ"מ אינו נאמן לטעון עליו פרעתי ודוקא בכתב ידו נאמן לומר פרעתי.

ובזה מדוייקים דברי הרמב"ם שכתב שלא יחזירו למלוה ע"פ עדות בשטר והיינו דאף שלא יהי' לכתיבתם דין מלוה בשטר, אבל יהי' מזה דין עדות בשטר ולא יהי' נאמן לטעון פרעתי, והוכחתי כשיטת הרמב"ם מראייתו של הבעה"מ דלא כהרי"ף, שאף שהרמב"ן במלחמות דחה ראייתו אבל בזה ראייתו קיימת שאין הטעם למה שנאמן לומר פרעתי בכתב ידו משום שאינו גובה בו ממשועבדים ע"ש בד"ה והנה הרשב"א שבארתי זה לנכון.

והנה במה שכתב הרמב"ם על שטרי מתנות שהם בעדים שלהם שהם פסולים כתב המ"מ שהרמב"ם ורוב הגאונים פוסקים כתי' בתרא בגיטין דף י' ע"ב דאמר ואבע"א תני חוץ מכגיטי נשים שכל שטר שהוא כגט שהשטר הוא שטר הקנאה ושעבוד אינו מועיל כלל, וכתב בזה המ"מ דאע"ג דקיי"ל דדינא דמלכותא דינא הני מילי בדבר שהוא תועלת למלך בעניני המסים שלו ומה שהוא מחוקיו, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין, ודברי המ"מ תמוהים דהא בפ"א מהל' זכיה ומתנה הל' ט"ו במה שכתב שם הרמב"ם דין דעכו"ם שמכר קרקע לישראל שאין הישראל קונה אלא בשטר, כתב במה דברים אמורים שאין משפט ידוע למלך, אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושין, עושין כפי משפט המלך שכל דיני המלך בממון על פיהם דנין עכ"ל, ומפורש להדיא דלא רק בדיני מסים אמרינן דינא דמלכותא דינא.

עוד קשה מה שכתב הרמב"ם דשטרי מחילות פסולים, וכבר הקשה זה הכ"מ וכתב שכבר תמה על זה הריב"ש ושכתב ואולי הרב ז"ל אגב שיטפא נקט שטרי מחילות, ומובן שתימה גדולה הוא על הריב"ש לומר כן על הרמב"ם שלא דקדק בדבריו.

והנה הארכתי בזה בהלכות נזקי ממון פ"ח הל' ה' ולפי שכאן הוא עיקר ההלכה אביא פה עיקרי הדברים וגם אוסיף עליהם. והנה בגיטין דף ט' במה דתנן כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם אע"פ שחותמיהם עכו"ם כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים ופירש"י חוץ מגיטי נשים דלאו בני כריתות נינהו הואיל ולא שייכי בתורת גיטין וקדושין.

אבל על הדינים נצטוו בני נח וכן שחרורי עבדים דבכל פסולי דאורייתא שוה שיחרור לגט אשה דגמרינן לה לה מאשה עכ"ל, ודברי רש"י אינם מובנים דהא בגמ' אמר טעמא דמתני' בשטרי מכר משום דזוזי הוא דקני ושטרא ראיה בעלמא הוא, ואי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוי מרעי נפשייהו וכתבי ליה שטרא, ולפי"ז פריך על שטרי מתנה אמאי מהני. ואמר ע"ז שמואל דינא דמלכותא דינא. ואח"כ אמר הגמ' דבאמת לא מהני בשטרי מתנה ותני חוץ מכגיטי נשים, אבל טעם זה שכתב רש"י משום דעל הדינים נצטוו בני נח לא הוזכר בגמ' לפי טעם זה צריך להיות שיועילו אפי' בשטרי מתנה, ולבד זה קשה דא"א להיות שטרי עכו"ם כשרים מצד עצמם דהא עכו"ם פסולים לעדות, וע"כ משום טעמא דלא מרעי נפשייהו או משום דינא דמלכותא.

ונראה בביאור ד' רש"י דהנה בדין דינא דמלכותא מצינו זה גבי דין מכס המלך, וכן כאן לענין דיני קנינים, וכן מצינו כן בדין חזרת אבידה לאחר יאוש, שכתב הרמ"א בסי' רנ"ט סעיף ז' דבדאיכא דינא דמלכותא להחזיר אבדה לאחר יאוש מחוייב ע"פ דין להחזיר. וצריך ביאור למה בדינים אלו אמרינן דינא דמלכותא דינא ולא בדינים אחרים ובודאי א"א לומר שבכל דיני התורה אם דינא דמלכותא הוא באופן אחר נלך אחרי דינא דמלכותא, וכבר האריך בזה הש"ך בסי' ע"ג דבמה שהוא נגד דיני התורה לא אמרינן דינא דמלכותא דינא. ולכן נראה דמה שכתב רש"י אבל על הדינים נצטוו בני נח זהו חד טעמא עם דינא דמלכותא דינא, והיינו דכיון דבני נח נצטוו על הדינים וכיון שאין להם דינים מיוחדים מדיני קנינים במה שיועיל הקנאה בין מוכר ללוקח, וכן בכל מה שצריך לעשות תקנות לתיקון המדינה שיהיו כל בני המדינה חייבים לישא בעול ההוצאה, וכמו שמצינו ששותפים חייבים לעשות בית שער ודלת לחצר, לכן יכול המלך לתקן תקנות ולחייב מסים לתיקון המדינה. וכן לתקן איזה קנינים יועילו. וכמו דמצינו דגם בישראל מה שנהגו שיועיל לקנין מהני, וכמו שכתב המהרי"ט בחדושיו על הרי"ף לקדושין דף ג' דקנין סודר הוא מגדר האי סיטומתא קניא וכדכתיב וזאת לפנים בישראל, וכן איתא בירושלמי דקדושין פ"א הלכה ה' בראשונה היו קונים בשליפת מנעל הדא הוא דכתיב וזאת לפנים בישראל חזרו להיות קונים בקצצה וכו' וכיון דגם בישראל מה שנהגו לקנות בזה הוי קנין, א"כ לא באה התורה להפקיע מקנינים שתיקן המלך דאינו נגד דיני התורה, ובזה מבואר מה שכתב הרמ"א מדין חזרת אבדה לאחר יאוש דכיון דלפנים משוה"ד צריך להחזיר, א"כ כשתיקן המלך תקנה לכל בני המדינה מה שהוא מן היושר חלה תקנתו ואינה נגד דיני התורה, דיש לו רשות לתקן תקנות טובות לכל בני המדינה שיהיו מחויבים מצד דינא דמלכותא, וזהו מה שכתב רש"י אבל על הדינים נצטוו בני נח, אבל

בגט לא שייך זה שנאמר דגם גט כריתות שייך ג"כ שיועיל על זה דין המלך דלאו בני כריתות נינהו, והעיקר בא רש"י לבאר גבי שחרורי עבדים שלא נאמר דיש לזה גדר שטר קנין, ולכן כתב רש"י דכיון דגבי גט לא שייך דינא דמלכותא לכן גם בשחרורי עבדים לא מהני דילפינן לה לה מאשה.

ועתה נבאר דעת הרמב"ם בדין שטרי מתנה ושטרי מחילות משום דסובר דמה דפליגי תירוצא קמא דגמ' בגיטין דאמר דמטעם דינא דמלכותא דינא מהני גם בשטרי מתנה ותירוצא בתרא דמשני תני חוץ מכגיטי נשים וזה לא מסתבר דתירוצא בתרא בא לחלוק על שמואל דבודאי פשיטא דהלכתא כשמואל ולא מצינו חולקים עליו. וע"כ דפליגי בזה דזה ודאי דאף דנימא דינא דמלכותא דינא זה לא מהני אלא לענין עיקר דין הקנין. אבל לענין דין נאמנות אם תיקן המלך שיהיו עדי עכו"ם נאמנים בודאי אינו מועיל דזהו נגד דיני התורה שאין עדי עכו"ם נאמנים. רק בדין ערכאות מועיל תקנתו שיהי' השטר שלהם מדין קנין שטר כיון דהם נאמנים מצד עצמם משום דלא מרעי נפשייהו דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא הוי כתבי ליה שטרא ולכן סבר תירוצא קמא דהך סברא מהני גם בשטרי מתנה, ותירוצא בתרא סבר דדוקא גבי שטרי מכר שכותבין שנתן המעות בפניהם. בזה שפיר אמרינן חזקה דלא מרעי נפשייהו שהוא דבר מסויים. אבל בשטרי מתנה דאינה אלא ע"י דבור שצוה הנותן לכתוב שטר זה ליכא לא מרעי נפשייהו דלפעמים לא אמר כן בהחלט רק נו"נ מנתינת המתנה והם לא דקדקו וחשבו מדבריו שכבר צוה אותם לכתוב וליתן השטר להמקבל מתנה וליכא בזה לא מרעי נפשייהו. ולכן אף שהמלך אמר שיועילו שטרי מתנה של ערכאות אינו מועיל דמה שהערכאות נאמנים אצלו מצד עצמם זה לא מהני שזהו נגד דיני התורה, וכן הוא גם בשטרי מחילות דאף דבמחילות גם דין שטרא לא צריך ושטרא ראיה בעלמא הוא והעיקר הוא בדבור שיאמר שמוחל, אבל גם על זה אין לסמוך על העכו"ם שאינם מדקדקים ויחשבו על דבור שאינו ברור ומוחלט כמו על דבור ברור וכן הוא בשטרי הודאה, ולכן שפיר כתב דשטרי מתנה והודאות ומחילות אינם מועילים משום דפסק כלישנא בתרא.

ובזה שבארנו מיושב קושיית הכ"מ על הרמב"ם בפי"ט מהל' מכירה הל' ד' בדין מוכר סתם דאמרינן אחריות טעות סופר שכתב וז"ל אבל אם העכו"ם הוא שהוציא המקח מן הלוקח בין בדין המלך בין בערכאות שלהם אין המוכר חייב באחריותם, וכתב ע"ז הכ"מ וז"ל ומ"מ נשאר לי ספק שא"כ למה כשהוציאו בדין המלך אינו חייב הא קיי"ל דינא דמלכותא דינא, אלא אם נאמר דסתם מקבל אחריות אינו מקבל אלא אם יתחייב בדין תורה לא בדינא דמלכותא אע"ג דהוי דינא, וכל זה אינו מספיק עכ"ל, ולפימש"כ

לק"מ דמה דאמרינן דינא דמלכותא דינא זהו בדין קנינים שיועיל קנין זה, אבל במה שהמלך הוציא ע"פ דינו מן הלוקח אם ע"פ ד"ת אין בירור המערער מספיק להוציא מן הלוקח. ודאי אין המוכר חייב באחריות, דלענין זה לא הוי דין המלך דין והוי כמו שהוציא העכו"ם מן הלוקח השדה בגזילה.