הלכה · משנה תורה · מפרשים · משנה למלך · ספר משפטים

משנה למלך על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

רבי יהודה רוזאניס

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

משנה למלך על משנה תורה, הלכות מלווה ולווה

רבי יהודה רוזאניס

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/משנה-למלך-על-משנה-תורה-הלכות-מלווה-ולווה/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
פרק ב 7
פרק ג 9
פרק ד 11
פרק ה 81
פרק ו 111
פרק ז 114
פרק ח 120
פרק ט 132
פרק י 134
פרק יא 135
פרק יב 144
פרק יג 145
פרק יד 146
פרק טו 150
פרק טז 154
פרק יז 158
פרק יח 161
פרק יט 164
פרק כ 165
פרק כא 168
פרק כב 202
פרק כג 203
פרק כד 205
פרק כה 206
פרק כו 208

פרק א

הלכה ד

טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינם שלי כו'. מ"ש מרן בכ"מ ול"נ להביא ראיה לדין זה כו' כמה דיות משתפכות בזה לקיים דין זה של אמנה הוא אף דבאומר פרוע סברי דכיון שהשטר לפרעון קאי נאמן ואיכא נמי מ"ד דאם הלוה של ראשון עומד בפנינו וטוען פרעתי אפי' באמנה נאמן כיון שמודה לו בעל השטר וטעם החולקים בזה הוא משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי דמשום האי טעמא בעלמא אינו נאמן הלוה לומר פרעתי אבל הכא בטוען מטלטלין אלו שבידי אינן שלי אין שום חזקה סותרת לזה וחזקה דכל מה שיש ביד האדם הוא שלו לא נתפרשה בגמרא כלל ודו"ק. ועיין בפ"ד מהלכות זכייה ומתנה בדין מקבל מתנה שטען כו' וצ"ע. ועיין בתשובת מהרימ"ט חא"ה י"ג שכתב דברים סותרים לדין זה שכתב רבינו דאם טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינן שלי אינו נאמן ועיין תשובת הרשב"א שהביא מרן א"ה סי' ק' ועוד תשובה אחרת להרשב"א ז"ל הביאה בח"מ סי' מ"ו ועוד לו תשובה אחרת בדפוס סי' אלף קמ"ו ובכולם שפה אחת הם היפך דברי מהרימ"ט ודבריו מרפסין איגרי וצ"ע. כתוב בתשובת הריב"ש סי' ס"ג וז"ל וגם ההודאה ההיא בלתי מבוארת שהרי לא הוציא ראובן הממון שבידו בפני שמעון ושיודה לו שמעון שאין בידו יותר כו' ואיכא למידק אמאי לא אתי הרב מטעם שההודאה במקום שחב לאחרים לא מהני אפילו במיגו מטעם חזקה וי"ל דשאני הכא שהיו שותפין ואין כאן חזקה וכ"כ מהראנ"ח (א"ה ח"א סי' קכ"ב) ועיין בתשובת הרשב"א ח"ב סימן רמ"ה ובסי' שצ"ט שהביא מרן סי' ר"ן ובתשובת הרשב"א שהביא מרן סי' מ"ז וסי' צ"ח ועיין בהרא"ש בכלל ק"ז סי' א' הביאה הטור ז"ל סי' צ"ט סי"א. כתב מהר"ם ריקנאטי בתשובה סי' ש"ו תשובה להרי"ף מה שטען שכל מה שבידו לאחר הוא ישבע אותו אחר שהם שלו ונותנים אותם לו ואם היה במקום אחר מעכבין הדבר עד שיבא ויתברר למי הוא ואם היו עליו שטרות של עכו"ם מחובות מקח וממכר אין חוששין להם משום שיכניסוהו בבית הסוהר וכו' ואם השטרות של עכו"ם היו עסקא ונתברר שאותו ממון בעצמו הוא של העכו"ם מוציאין אותו לעכו"ם ואם לא נודע בעדות ברורה אלא קול בעלמא אין מניחים אותו ליתנם לעכו"ם אלא ישבע שבועת היסת שהוא לעכו"ם ע"כ. והנה תשובה זו היא תמוה בעיני כל רואיה והר"ב התרומות שער ה' ח"א סי' ד' דחה אותה מהלכה וכתב שהסופרים שבשוה. וראיתי מה שנדחק הר"ב פ"מ ח"א סי' ס"ג ליישבה ולפי דבריו בההיא דשטר אמנה אם נשבע הלוה על השטר שהוא אמנה מהימן המלוה דהא אית ליה מגו דמחיל וזו לא שמענו ולא נזכר לשום אחד מגדולי המורים:

כתב בתשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' ב' וז"ל וכיון שלקחה מיהודה אין לראובן עסק עם אותה שפחה ותחזור ללוי כו' והיינו דוקא שראובן מודה בכל מה שאומר לוי ולא אתי עלה אלא מטעם קדימת שיעבוד דאי לאו הכי כיון שהשפחה לקחה ראובן מיד שמעון אע"פ שידענו שיהודה לקחה משמעון בחוב המס יכול שמעון לומר חזרתי ולקחתיה מיהודה ואם השפחה היא ביד ראובן אפילו הודה שמעון לדברי לוי אינו נאמן לחוב לראובן דכל מה שיש ביד האדם הוא בחזקת שהוא שלו ודברים ברורים הם. עוד כתב הרא"ש בכלל הנזכר סי' י"א וז"ל והיחוד שיחד לו אינו כלום כו' ודברי תשובה זו מגומגמים בעיני שאם יחוד לאו מילתא היא מה שייך מגו מאחר שהטענה אינה כלום. וגם ענין המגו דמשמע דחוב לוי היה ברור בשטר או בעדים אלא שאנו חוששים דרוצה לדחות הב"ח בטענה שיחדם ללוי דאז אין לך טענה אחרת כי אם מגו שהיה נותנם במתנה ולזה דייק שהיה צריך לפורעו פעם אחרת א"כ קשה שיהא נאמן מגו שהיה מזכה לו השטרות בכתיבה ומסירה בחובו. ואפשר לומר כיון שאין לוי בפנינו שמא לא היה מתרצה לוי בקבלת השטרות בפרעון חובו משא"כ בעסקא כיון שאנו יודעים שיש לו עסקא היה נותנן בפרעון חובו וכל זה צריך ביאור ודו"ק:

הלכה ה

בד"א בכלי החול כו'. ראיתי בספר נתיבת משפט נכ"ג ח"ט שרצה ליישב קושיית ה"ה ז"ל ודבריו אינם נשמעים שלקח הרב דרך סידור ודרך הקנאה וטרפם זה בזה והם דברים נפרדים וחלוקים זה מזה. גם ראיתי שהוקשה לו בדברי ה"ה במה שרצה לקיים דברי מי שחילק בין אחים שחלקו דהתם דוקא הוא דבבגדי שבת ומועד הוא דשמין מה שעל בניהם ובנותיהם אבל גבי אשה אצל בעלה הכל מחל ואין ב"ח גובה מהם דיש סיוע לזה משום שהורע כח האחים בצבע שצבעו כו' ועל זה תמה הרב הנזכר גם הביא משם הרב לח"מ שהקשה לה"ה ותירץ מה שתירץ ועל תירוצו פקפק הרב הנזכר. ואני אומר דהרבנים הנזכרים לא הבינו כוונת ואמיתות דברי ה"ה מחמת קצורו כבודם במקומן מונח ולא ראו מקום המימרא דהאחים שחלקו כו' ופירש"י והרא"ש דרש"י כתב מה שעל בניהם אין שמין דכיון דבנים ובנות לא אתו לב"ד לא מבזינן להו למיתי. והרא"ש בפסקיו הרחיב הביאור שכתב שמתביישים להביאם לב"ד ומחלי אהדדי ומהאי טעמא דוקא בגדי חול אבל בגדי שבת שיוכלו להביא הבגדים בב"ד וא"צ הם עצמם לבא שמין ע"כ. מכל זה מוכרח דאפילו בגדי חול המונחים בקופסא שמין אלא אורחא דמלתא נקט א"כ ע"כ מצד הענין צריכין אנו לפרש דמה שעל בניהם אין שמין האמור בגמרא הוא דוקא עליהם ממש ומינה שהורע כחן בבגדים שצבען לשמן והיינו דכתב ה"ה ז"ל

ומפני שלא יפשיטום ערומים שכיון לפירש"י והרא"ש. ועל פי זה ידוקדקו כל דברי ה"ה והוצרכתי להאריך מפני שהרבנים הנזכרים לא עמדו בפירוש דבריו וצ"ע. והרב מהרש"ך בתשובה ח"ב סי' ר"י כתב ליישב תמיהת ה"ה וז"ל כי הנה הרמב"ם ראה מה שבא בירושלמי לחלק גבי אחים מבגדי חול לבגדי שבת ולכן יראה דגבי ב"ח נמי דין הוא לחלק דבתרוייהו איכא פסידא דממונא דהנה הב"ח שנתן מעותיו ללוה דין הוא לעשות לו תקנה כל מה שנוכל שלא יפסיד מעותיו דגבי אחים נמי משום פסידא דאחים שלא יפסדו זכותן שהניח להם מורישן אפשר דמש"ה חילקו בירושלמי מה שחילקו אבל גבי ערכין דליכא פסידא להקדש דלא חסרי' ממונא אמרינן בסתמא דאינו גובה מכסות אשתו כו' ודברים אלו אין להם על מה שיסמוכו ואחר המחילה רבה כד נאים ושכיב אמרם דהרי עלה דמתני' דאחד המקדיש ואחד המעריך כו' משם העתיק רבינו דין זה וכתב אין לו בכסות אשתו ולא חילק בין בגדי שבת לבגדי חול וע"כ משום מחילת הבעל אתינן עלה שהרי בפירוש כתב וכן המקדיש כל נכסיו לא הקדיש את אלה ואי לאו מטעם מחילת הבעל הוה קאי עלה במעילה כדין הנהנה מההקדש. והא דכתב הרב דין הוא לעשות לב"ח תקנה לא ידעתי מקום לתקנה בזה באיסור תורה ודין סידור כתבו רבינו אח"כ סוף דבר אין חלות לדבריו וצ"ע. נשאל מוהרש"ך בתשובה ח"ג סי' ס"ז על ראובן שהיה עליו ב"ח הרבה וכו' ועתה נפלו נכסים לאשתו בירושה שירשה מאחיה ושאל השואל אם יש לו זכות לב"ח לגבות מאלו הנכסים. והשיב עיקרא דהאי מילתא תליא בפלוגתא דפליגי ר"י ור"ל בקנין פירות אי כקנין הגוף הוי או לא כו' יע"ש וזה שתלה הרב הוראתו במאי דקי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי משמע דאילו הוה פסיקא לן מילתא כר"י דכקנין הגוף דמי היו בעלי חובות גובים מנכסי מלוג וכ"כ בפסקא דמילתא דאין זכות לב"ח שכבר העלו כל הפוסקים דלכל מילתא אמרינן קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולית דחש להההוא תירוצא כו' משמע דאי הוה חיישינן להההוא תירוצא ב"ח של בעל היו גובין מנ"מ. ואלו דברים בטלים חוץ מכבודו דמאי איריא זה לזה וכי נכסים שהם שלה יקחו אותם ב"ח של בעלה משום דקנין פירות כקנין הגוף דמי ולא איתמר אלא גבי בכורים וכיוצא בהם כדי לקרות שהם שלו:

הלכה ז

מסדרין לבעל חוב כו'. כן פסקו הגאונים והרי"ף ז"ל וכתב הטור סי' צ"ז סט"ל דכך היא מסקנת הרא"ש וכתב מרן הב"י ולא ידענא מנ"ל לרבינו שהרא"ש הסכים לדברי הרי"ף. ובפ"ט דנדרים (דף ס"ג) אמרינן ש"מ אין מסדרין לב"ח וכתב הרא"ש שם משמע

דהלכתא דמסדרין ודלא כר"ת ז"ל דפסק דאין מסדרין. (*א"ה עיין בדברי הרב המחבר פרק ג' מהלכות שבועות):

הלכה ח

מוציאין מידה ונותנין לב"ח כו'. כתב מרן סימן צ"ז סמ"ב וז"ל ומ"מ קשיא לי כיון שכתוב בכתובה ומזונייכי הרי נשתעבד לה בשטר ושיעבודה דאורייתא כמו שיעבודא דמלוה ולמה יקדום לה מלוה בשטר ואפשר דטעמא משום דחיוב מזונות דמכאן ולהבא ודאי דמלוה בשטר קודמת משום דלא הגיע זמנם לגבות ומזונות שלותה ואכלה משום דאין לב"ח על הבעל שום שיעבוד והיא אינה תובעת מן הבעל למזונות אלא לפרוע חוב הלכך מלוה בשטר קודמת כו' ועיין בתשובת הרשב"א שהביא מרן סי' ק"ד מחודשין ח' וצ"ע:

פרק ב

הלכה ב

ושלא נתן מתנה ע"מ להחזיר וכו'. כתב בעה"ת שער ב' ח"ב וז"ל אבל אי מסרי' ניהליה להההוא מדעם בידיה דמקבל מתנה חזינן אם לוה תחלה ואח"כ זיכה לזה ע"מ להחזיר והוא קרקע או מטלטל ששיעבד למלוה באגב ואקנה בזה ודאי לא יועיל כלום שהרי זכה בהם המלוה תחלה שהרי קדם חובו למתנתו אבל אם עשה מתנה זו קודם הלוואתו ועשאה לזמן ידוע בזה ודאי קנה הזוכה מה שזכה לו עד שיגיע זמנו וכתב הר"ב גידולי תרומה (דף י"ב ע"ב) וז"ל נראה דבר פשוט דמירי כשנשבע הלוה שלא עשה מתנה זו כדי להבריח מב"ח ע"כ, ולא ידעתי מה יתן ומה יוסיף שבועת הלוה במטלטלין שהם תחת יד המקבל מתנה דאטו אם הודה הלוה דמתנה זו כדי להבריח מב"ח נתנה מי מהימנינן ליה וצ"ע. ומ"ש מרן בכ"מ בד"ה וכתב עוד כו' דהא חובו יוכיח שלא נתכוון אלא להבריח מב"ח בלבד בתשובת הריב"ש סי' ב' משמע דלא ס"ל הכי גבי נותן מתנה ע"מ להחזיר להבריח מן המכס וכתב דשפיר דמי יע"ש:

הלכה ג

ותקנת אחרונים היא ואין מדקדקין בה וכו'. אע"ג דמשנה שלימה שנינו במי שהיה נשוי נשים רבות דהראשונה נשבעת לשניה ודקדקו בגמרא ואילו ראשונה לשלישית לא דשבועה לאחת שבועה לכולם וכאן הוצרך רבינו לטעם משום דתקנת אחרונים אין מדקדקים בה להחמיר היינו משום דהשבועה הראשונה היא שלא נפרעה מבעלה ובזה שייך טעמא דשבועה לאחד כו' אבל הכא יש שבועה להבא דכל מה שירויח יתן לב"ח ויש בזה קפידא לכולם ולכך הוזקק לטעם תקנת אחרונים ואין מדקדקים בה ודו"ק:

הלכה ו

לפיכך אם אין לראובן נכסים כו'. נראה שכתב רבינו כן למעט סברת הראב"ד הביאה בעה"ת שער נ"א ח"ב עלה דהאי מימרא דהאומר שטר אמנה דאם בא לוי בפני ב"ד וטען לראובן פרעתיך והודה לו ראובן אפילו שחב לאחרים נאמן לוי ומוקי מילתא דתלמודא באומר ראובן שטר אמנה או פרוע שלא בפני לוי יע"ש. אמנם דקדקתי בסמוך לזה מ"ש רבינו וכן כל מי שיש עליו שט"ח והודה לאחר מעצמו בחוב אחר וכו' דלמה נקט בכה"ג לימא אפילו הודה לאחר ע"י תביעה וכמ"ש לעיל ודוחק לומר דדוקא גבי שטר שהוא בחזקת שאינו פרוע פלי"ג אסברת הראב"ד שכתבתי אבל כאן שאין כאן נגד חזקה מודה להראב"ד ז"ל אבל אין הדין כן לדעתי וצ"ע. ומ"ש ה"ה ומתוך דברים אלו נראה בדעת הרב שמלוה בשטר מאוחרת כו' הכרח זה שכתב ה"ה איני מכירו דכל מה שנחלקו אי מלוה בשטר קודמת או מלוה ע"פ היינו בבא לגבות מקרקע שהיה ביד הלוה בשעה שנשתעבד לשניהם אבל במטלטלי לכ"ע שניהם שוין דאין קדימה במטלטלין. ואף בשני ב"ח בשטר ויש להם קדימה זה לזה כתב רבינו בפ"ך שיד שניהם שוה וכ"כ הר"ן בפרק מי שהיה נשוי גבי פלוגתא אי מלוה ע"פ קודמת או לא שכתב דזה דוקא כשבאו לגבות ממקרקעי אבל ממטלטלין חולקין. ואף למי שסובר דאף גבי מטלטלין יש קדימה כל שהם ביד הלוה עדיין יש מקום לומר דיחלוקו כל שקנה מטלטלין אחר שלוה משניהם בין שנאמר דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת או מלוה בשטר מאוחרת קודמת שהרי לא חל שיעבוד שניהם כלל ולכך הצריך רבינו לומר שאינו נאמן מחשש קנוניא ודברי ה"ה צ"ע. וראיתי מי שהקשה לה"ה מההיא דכתב רבינו בפח"י מהלכות אישות וז"ל הניח נשים רבות אע"פ שנשאם זו אחר זו ניזונות בשוה כמו שאין דין קדימה במטלטלין ע"כ. וה"ה פירש טעמו דאע"פ שהניח קרקע ניזונות בשוה כיון שיכול להפקיע ע"י מכירה או מתנה דהא אין מוציאים למזון האשה ממשעבדי יש לו דין מטלטלי דאין בהן קדימה מהאי טעמא א"כ להאי טעמא איך יסבור רבינו דמע"פ מוקדמת שקודמת למאוחרת הא יכול להפקיעו ע"י מכירה. וחוץ מכבודו של השואל נראה דלא אמר ה"ה ההוא טעמא אלא גבי מזונות דאשה אע"פ שהוא מזו לזו אבל ב"ח דעלמא לא אמרינן ומי שירצה לעמוד על עיקרן של דברים אלו יראה בעיניו דברי הר"ב התרומות שער א' ח"א סי' ד' יע"ש:

כתב מרן הב"י סי' פ"ו בשם הרשב"א שנסתפק בלוה מעכו"ם אם נאמר דינא דר' נתן. ומדברי הרא"ש בפרק יש נוחלין מוכח דפשיטא ליה דגם גבי עכו"ם שייך דינא דר' נתן שכתב שם דהאידנא דתקינו גאונים דב"ח וכתובה גבי ממטלטלי דיתמי אם גבו מטלטלין בחובת אביהם ב"ח וכתובת אשה גובה מהם ואפילו ממלוה דעכו"ם והיינו

טעמא וכו' משום דמשעבדא להו מדר' נתן יע"ש ועיין בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' כ"ג ודו"ק. כתב הר"ב פ"מ ח"א סי' צ"ט וז"ל גם אההיא דמרדכי דשכר פעולתו אפשר דהרמב"ם פליג עליה דלהרמב"ם אף בעל חוב ואשה גובין משכר פעולתו אע"ג דעדיין לא בא לידו דשכיר דמשעה שנשתעבד בע"ה לשכירו נשתעבד נמי לב"ח דידיה מדרבי נתן יע"ש. ואין דין זה מוסכם דאיכא מ"ד דבשכירות ליתא לדר' נתן וכמו שהביא סברא זו בעה"ת שער נ"א יע"ש. (*א"ה עיין בפ"ג מה' עבדים דין י"ב מאי דשקיל וטרי הרב ז"ל בהאי דינא דר' נתן):

כתוב בתשובת הרא"ש כלל ט"ל סי' ו' וששאלת לאה שלותה ממון משמעון וכשהגיע זמן ההלואה תבע ממנה ממונו והשיבה שאין לה ממה לפרוע וטען שמעון שיגבו לו ב"ד משטר מתנה שכתב לה בעלה מדר"נ כו'. תשובה לא שייך להזכיר דר"נ דההיא דר"נ איירי וכו' אבל בנדון זה אם שטר המתנה היה נכתב כהלכתו כבר זכתה לאה בכל הקרקעות שנתן לה והם שלה כו'. הנה מ"ש ואף פירות לא יאכל לעיל כלל ל"ח סי' א' כתב היפך מזה וצ"ע. ומ"ש ומה שאמרה שתלה הבעל הגבייה ברצון האשה זו אינה טענה כו' יש לדקדק למה הוצרך לבטל טענה זו משום שהעדים הוא שהתנו כו' אפילו היה התנאי מפורש שאין חיובו אלא כשתתבע החוב ב"ד כופין לה שתתבע כדי לפרוע ואם לא רצתה מוציאין מהלוה ונותנים למלוה וכ"כ הרב עצמו בתשובה אחרת:

עוד כתב הרא"ש בכלל הנזכר סי' ד' וז"ל ששאלת שט"ח שיצא על אשת איש שלותה כשהיתה פנויה ויש לה שטר נדוניא על בעלה אם מגבין לב"ח מאותו שטר נדוניא כן נראה ודאי דמגבין כו' אבל אין משביעין אשת איש כו'. וזה סותר למ"ש לעיל סי' ג' דשטר נדוניא הוי נכסי מלוג ולא גבי מינייהו ב"ח (*א"ה עיין לעיל פ"ג מהלכות שלוחין ושותפין דין ד').גם מ"ש אבל אין משביעין אשת איש אין בו טעם דמה לי אשת איש או פנויה כולם שוים וצ"ע ואין לחלק בין שטר שלותה כשהיא פנויה ובין שטר הנעשה אחר שנשאת דהא שטר נדוניא מיד שנשתעבד הבעל נעשה כנכסי מלוג והוי כגיטו וידו באים כאחד והמשכיל יבין ודו"ק:

פרק ג

הלכה א

ואם תודה לו תשלם כו'. מ"ש ה"ה שלא אמרה תורה אלא שלא למשכן כו' גם הריב"ש סי' תפ"ז פירש כן ופירושם דחוק. ונראה דכתב רבינו כן משום דע"כ מיירי במשכנו בעדים דאי לא לא לקי ע"פ עצמו ומשום דהוצרך לאשמועינן דאם נשרף לוקה וזה לא שייך

אלא במשכנו בעדים דליכא מגו כתב דוקא אם תודה אבל בכפרה נשבעת ואשמעינן בכאן שאף ע"פ הודאתה מחייבתו מלקות דאם אין חוב אין כאן איסור חבלה לחייבו מלקות אעפ"כ לוקה ודו"ק:

הלכה ד

המלוה את חבירו אחד עני ואחד עשיר וכו'. אני תמיה בדין זה דאיך סתם דאינו לוקה משום דניתק לעשה דהא לא ניתק אלא לגבי עני כדכתיב ואם איש עני הוא וגו' ובלאו דלא תבא אל ביתו הוא כולל יחד עשיר ואביון וכמ"ש רבינו ועשה דחזרה הוא בעני בעלי שמשכנו כסות יום או לילה והדומה אליו וא"כ תינח היכא דמשכן עני דאינו לוקה משום דאית ביה עשה דחזרה אבל משכן עשיר אמאי אינו לוקה כיון דליכא ביה חזרה וסבור הייתי לומר דכיון דלאו זה הוא כולל עני ועשיר ומקצת הלאו ניתק לעשה דהיינו היכא דמשכן לעני מיקלש קליש לאו זה ואינו לוקה אף היכא דמשכן עשיר דליכא נתוק. שוב ראיתי שדבר זה לא ניתן ליאמר ואדרבא איפכא מסתברא וראיה לדבר ממ"ש רבינו ר"פ א' מהלכות תמורה וז"ל ולמה לוקים על התמורה והרי לאו שבה ניתק לעשה וכו' ועוד שאין לאו שבה שוה לעשה שהצבור והשותפים אין עושין תמורה אע"פ שהם מוזהרים שלא ימירו ע"כ הרי לך מבואר דאם יש לאו אחד כולל והעשה הוא פרטי שלוקה על הלאו אף על הפרט שניתק לעשה כיון שיש בלאו פרט אחד שלא ניתק לעשה. ולפי זה היה נראה דהכא נמי ילקה אף הממשכן את העני אף שניתק לעשה לפי שאין הלאו שבה שוה לעשה שהממשכן את העשיר ליתיה בחזרה אף שמוזהר שלא למשכנו ולא די לנו זה הצער אלא דמסתמות דברי רבינו נראה דאף הממשכן את העשיר אינו לוקה לפי שהלאו ניתק לעשה גבי עני ודבר זה הוא תימה בעיני וכעת הדבר צריך אצלי תלמוד ועיין במ"ש התוס' ס"פ אותו ואת בנו (דף פ"ב) ד"ה הזורע ודו"ק. ועיין במ"ש התוס' יומא (דף ל"ו) ד"ה לאו דטריפה אפילו לר"י הגלילי לא חשיב ניתק כיון דלא ניתק כל מה שבלאו דבלאו הוי נמי קדשים שיצאו חוץ למחיצתם ואהנך לא קאי לכלב תשליכון ואעפ"כ מצאתי בספר אחד לאו דנבילה וטריפה איכא בינייהו ע"כ:

הלכה ה

עבר ולא השיב לו כלי היום ביום וכו'. קשה דמנ"ל דאם לא החזיר כלי היום ביום דעובר בלא תעשה דהא קרא לא מיירי אלא בכסות לילה דכתיב לא תשכב ועליה כתיב השב תשיב וגו' כבוא השמש ובכסות לילה הכתוב מדבר הלאו והעשה וכמ"ש רבינו וא"כ מנ"ל דאיכא לאו בכסות יום:

פרק ד

הלכה א

נשך ומרבית אחד הוא שנאמר את כספך לא תתן לו בנשך כו'. משנה בפרק איזהו נשך. וז"ל הטי"ד סי' קס"א כל דבר אסור ללוות בתוספת בין כסף בכסף בין אוכל באוכל בין אוכל בכסף בין כסף באוכל אע"ג דכתיב נשך כסף נשך אוכל מרבינן כל דבר בר"פ א"נ מנין לרבות כל דבר ת"ל נשך כל דבר אשר ישך. וא"ת הרי גבי קידושין דכתיב כסף ולא אמרינן דכסף דוקא אלא שוה כסף הרי הוא ככסף ואפילו בקרקע מתקדשת לרוב הפוסקים ואפילו מאן דפליג היינו משום דס"ל דאיתקש הויה ליציאה אבל לא משום דכסף הוי דוקא והכא משמע דאי לאו דרבי קרא ה"א כסף ואוכל דוקא. וי"ל דשאני הכא דכתיבי תרי פרטי כסף ואוכל וה"א דדוקא הוי דאלת"ה אוכל למה לי אלא ודאי כסף דוקא הוי. א"נ דאי לאו ריבויא הוה דרישנא לקרא בכלל ופרט ואין בכלל אלא מה שבפרט דוקא ותו לא דלהכי אהני הכלל שלא נרבה שום דבר חוץ מן הפרט וכמ"ש הריב"ש בסי' שע"ה. ודברי הריב"ה אינם מכוונים שכתב כל דבר כו' בין כסף בכסף כו' וזה לא צריך קרא לרבויי דמקרא מפורש הוא ואין חילוק בין כסף בכסף לכסף באוכל והיה לו לומר כל דבר אסור ללוות אפילו עצים ואבנים אע"ג כו'. עוד כתב הטור וז"ל ופר"י חוץ מקרקע כגון שהלוה לו ה' גפנים טעונות בשש כ"כ התוספות בפרק נערה ובר"פ א"נ ובפרק נערה כתבו דמשכחת לה רבית בקרקע כגון שלוה שדה שאם שטפה נהר יפרע לו שדה וחצי וס"ל לתוספות דכיון שקיבל עליו אחריות הו"ל כזוזי א"נ שלוה י' גפנים טעונות פגין או בוסר בי"א והריב"ה נקט סתם גפנים טעונות נראה דאזיל לשיטתיה שפסק בח"מ סימן צ"ז וקצ"ג דאפילו ענבים העומדים ליבצר חשיבי כקרקע אבל לרבינו דס"ל דאם אינם צריכים לקרקע הוי כמטלטלים לקנין הוא הדין הכא גבי רבית ור' ירוחם כתב דקרקע אין בו רבית ופירש דמיירי כגון שהלוה לו עשר גפנים טעונות בי"א וכתב על זה אבל הרשב"א כתב דיש בהם רבית והב"ח הבין בזה דהרשב"א לא פליג אלא אמציאות דרבינו ירוחם משום דס"ל דלא ממעטינן מכלל ופרט וכלל אלא הלואת קרקע שקרקע בקרקע ממש אבל י' גפנים בי"א נשך אוכל מיקרי ע"כ ודבריו אינם נכונים אלא שהרשב"א חולק דלא דרשינן קרא בכלל ופרט וכלל כיון שלא הוזכר בגמרא וכ"נ מדברי מרן ז"ל שכתב בסתם דלהרשב"א יש רבית בקרקע ולא מצינו בשום דוכתא שנתמעטו הקרקעות שלא נתמעט לה המחובר לקרקע ואי משום דכתיב אוכל אימא דמיירי באינו מחובר והא דנקט יש בהם רבית ולא נקט סתמא דבקרקע יש רבית היינו משום דס"ל דלא משכחת לה רבית בקרקע אלא בענין זה שהרי כתבו הרא"ש

ורבינו ירוחם דבעבדים לא שייך בהו רבית ואי בקרקע משכחת לה רבית חוץ ממציאות הגפנים הא משכחת בעבדים דכוותיה, ואפשר לומר בעד הב"ח דטעמא דהרשב"א הוא שהוקשה לו קושיית בעל גידולי תרומה בח"א סימן א' דלשתוק קרא מאוכל ומכסף ממעטינן קרקע שאינם מטלטלים ככסף וס"ל דאוכל ריבויא הוא דאע"ג שהוא מחובר לקרקע כל שהוא אוכל אסור וכבר כתבנו דמדברי מרן מוכח דהרשב"א חולק בעיקר הדין וס"ל דיש רבית בקרקע וההיא דפרק נערה דבעי ר' ירמיה שכרן בקרקע דמשמע דאין רבית בקרקע ומאי דאיבעיא ליה הוא אי ילפינן מוציא שם רע מרבית לגמרי או דילמא ילפינן מהתם דבעי שישכור בממון אבל לא בעינן שיהיה ממון לגמרי כאותו הממון וכמ"ש הרא"ש בר"פ א"נ י"ל דלעולם דמריבויא דכל דבר אשר ישך מרבינן אפילו קרקעות ואפי' המלוה עובר מג"ש דנשך נשך וכדאיתא בגמרא ומאי דאיבעיא לן בגמרא הוא דכיון דהאי ג"ש דשימה שימה לא הוי מלוה דהא לא תשימון לא הוי אזהרה ללוה אלא למלוה וגבי מלוה לא הוזכר בפירוש אלא נשך כסף ונשך אוכל כי עבדינן ג"ש ממוציא שם רע למלוה ברבית הוא דוקא ממאי דכתיב גבי מלוה אבל קרקעות דלא כתיבי גבי מלוה וצריך שילמוד אותם בג"ש מלוה לא יליף מוציא שם רע או דילמא אף מאי דיליף המלוה מלוה בג"ש הדר יליף מוציא שם רע ממלוה בג"ש. וכה"ג מיבעיא לן בפ' איזהו מקומן (דף נ"א) דבר הלמד בג"ש מהו שילמד בג"ש ואע"ג דהתם פשטינן לה מדתניא רבי אומר נאמר כאן עור ובשר ונאמר להלן עור ובשר מה להלן ע"י ניתוח שלא בהפשט אף כאן ע"י ניתוח שלא בהפשט התם שאני שהג"ש נאמרה בפר כהן משיח ויליף ניתוח מג"ש דעולת הצאן והדר יליף פר ושעיר של יה"כ ניתוח מפר כהן משיח בג"ש אבל הכא הג"ש אינה גבי מלוה אלא גבי לוה כתיבי תרי נשך ושדינן חד אמלוה באם אינו ענין וכמ"ש התוס' אפשר דכה"ג דבר הלמד בג"ש אינו חוזר ומלמד בג"ש כיון דגבי מלמד לא כתיב שום דבר וכ"ש שלדברי הכל האי ג"ש לאו גמורה היא וכמ"ש התוס' בפרק נערה. וא"ת אכתי תיקשי להרשב"א מאי דבעי רבא למה לי דכתב קרא לאו ברבית לאו בגזל לאו באונאה ואם איתא דיש רבית בקרקע אימא דאיצטריך לאו ברבית לקרקע דלא אתי מגזל ואונאה דהא אין אונאה לקרקעות והנך נמי לא ילפינן מיניה דמה לרבית שכן ישנו בקרקע הא לא קשיא שהרי כתב הרמב"ן ז"ל בפירוש התורה בפרשת בהר סיני שהמאנה את חבירו עובר בלאו בין במטלטלים בין בקרקעות שבהם דבר הכתוב אל תונו איש את אחיו במספר שנים אחר היובל אבל חכמים ז"ל דרשו באונאה תשלומים בשתות המקח וביטול מקח ביתר משתות ומזה לבד מיעטו הקרקעות אבל אזהרת הלאו נוהגת בכולן ע"כ וכן כתב הרא"ה בספר החינוך וגזל נמי שייך בקרקעות

וכמ"ש רבינו בסוף פרק ז' מהלכות גניבה. ובזה ניחא מה שלא הכריחו התוס' ז"ל דאין רבית בקרקע כלל ממאי דבעי רבא לאו ברבית למה לי וכמו שהכריחו מסוגיא זו דליכא רבית בפחות משוה פרוטה אלא ודאי דמהכא ליכא למשמע מידי דלעולם דיש רבית בקרקע ושפיר בעי רבא לאו ברבית למה לי דהא בקרקע נמי איכא לאו דגזל ואונאה. וא"ת אכתי תיקשי לדברי התוס' דס"ל דאין רבית בקרקע דמאי בעי רבא למה לי לאו בגזל לאו באונאה אימא דאיצטריך לקרקע דלא אתי מרבית ורבית נמי לא יליף מינייהו דמה להנך שכן ישנן בקרקע הא ל"ק משום שאף אליבא דתוס' איכא רבית בקרקע כשהלוהו מעות וא"כ א"נ לא כתב קרא לאו בגזל ואונאה היינו אומרים דאיכא בקרקע לאו דגזל ואונאה והיינו לומדים אותו מרבית דהיכא שחסרו קרקע אסור, וכ"ת אימא דאיצטריך להיכא דהחליף קרקע בקרקע שיש בו אונאה דלא אתי מרבית שהרי קרקע בקרקע ליכא רבית הא ל"ק משום דאין אונאה לחליפים אלא במכר דממכר אמר קרא וכמ"ש בח"מ סימן רצ"ז וא"כ כיון דגבי רבית היכא שההלואה הוא מעות או שהרבית הוא מעות איכא איסור רבית ולא ממעטינן אלא קרקע בקרקע שפיר איכא למילף איסור גזל ואונאה אף בקרקע מרבית. אך קשה מדברי התוס' בריש פרק איזהו נשך בדיבור המתחיל אלא לאו דגזל למה לי שהקשו דלוקמה בגזל עבדים דלא אתי מרבית ואונאה דאין אונאה לעבדים משמע דסבירא להו דמאי דממעטינן קרקעות מאונאה היינו מאיסור לאו וכן נמי משמע מדבריהם דבקרקע ליכא לאו דגזל מדלא הקשו דאיצטריך לאו דגזל לקרקע וזה תימה וכמו שכתבנו לעיל בשם רבינו והיא ברייתא שנויה בספרי דבמסיג גבול איכא לאו דגזל וכ"כ התוס' בריש מרובה בד"ה יצאו קרקעות. ועוד קשה לדבריהם דאימא דלאו דרבית איצטריך להיכא דנתן לו קרקע ברבית דאליבא דכ"ע איכא איסור וכמו שהכריחו התוס' דלא אתי מגזל ואונאה וצ"ע. ובעבדים ושטרות כתבו הרא"ש ורבינו ירוחם דליכא למעוטי דלא שייך רבית אלא בהלואה דבר שניתן להוצאה ולפרוע אחר במקומו אבל בשאלה לא שייך רבית אלא שכירות מיקרי ע"כ ומרן ז"ל תמה על זה דבעבדים נמי שייך הלואה שנותן לו עבד אחד כדי שאחר זמן יתן לו שנים אחרים ומיהו אף לדברי מרן ליכא איסור ריבית דכיון דנתמעטו קרקעות נתמעטו נמי עבדים שדומים לקרקע ושטרות נמי משום דלאו גופן ממון וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק נערה דעבדים ושטרות וקרקעות ממעטינן מכסף ואוכל. עוד נראה מדברי הר"ן שם דאפילו שההלואה היא כסף כל שהרבית הוא קרקע שרי שכתב שהנותן קרקע ברבית מלוה אין בו משום רבית והא דאמרינן גבי בתי ערי חומה הרי זו רבית גמורה התם היינו טעמא משום דזוזי דזביני חשיבי כהלואה ופירי דאכיל הוא שכר מעותיו אבל נותן קרקע ברבית מלוה אינו רבית ע"כ. ולכאורה

נראה מדבריו דכל שהרבית הוא קרקע שרי ושאני בתי ערי חומה דלא הוי קרקע ממש דפירי דאכיל הוא שכר מעותיו אבל על כרחין אית לן למימר שדברי הר"ן ז"ל לאו דוקא שהרי דבריו הם משם התוס' ודברי התוס' ברור מללו בפ' נערה ובריש פרק איזהו נשך דכל היכא דלא הוי קרקע בקרקע אסור מן התורה וכ"כ מרן בשם הר"ן ז"ל. ומה שחילק הר"ן ז"ל מההיא דבתי ערי חומה עיקר חילוקו הוא דשאני התם שהיתה ההלואה מעות וכמו שכתבו התוס'. והיכא דההלואה היתה קרקע והרבית כסף יש בו איסור רבית דלא מיעטו התוס' אלא קרקע בקרקע דוקא וכ"כ הרב בעל גידולי תרומה, ודע דלדברי הכל אפילו קרקע בקרקע אסור מדרבנן וכמ"ש מרן ז"ל וכ"כ הר"ן ז"ל בפרק נערה ודלא כהב"ח שכתב דאפילו מדרבנן שרי:

ולענין דינא כתב בעל גידולי תרומה דכיון דהוי מחלוקת אי קרקע בקרקע שרי מה"ת אם לאו אם תפס הלוה משל מלוה בעבור הרבית שנטל ממנו דאין מוציאים מידו דיאמר קים לי כמ"ד דהוי רבית דאורייתא ויוצאה בדיינים מיהו אם הוא ביד מלוה אין מוציאים מידו דדילמא לא הוי דאורייתא ע"כ אך מהרשד"ם ז"ל כתב דהיכא דאיכא ספיקא אי הוי רבית מה"ת או לא מפקינן מן המלוה משום דהוי איסורא וספק איסורא לחומרא:

גרסינן בפ"ק דקידושין (דף ד') מילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא ויש להסתפק אם בג"ש נמי אמרינן מילתא דאתיא בג"ש טרח וכתב לה קרא ובר"פ איזהו נשך (דף ס"א) אמרינן אילו לא נאמר קרא הייתי אומר ג"ש עכשיו שנאמר קרא ג"ש לא צריך אלא ג"ש למה לי לנשך כל דבר אשר ישך דלא כתיב במלוה. הרי דאע"ג דלקושטא דמילתא איכא ג"ש אפ"ה רבי קרא גבי מלוה כסף ואוכל בנשך ומרבית וע"כ טעמא הוא משום דמילתא דאתיא בג"ש טרח וכתב לה קרא. אך מדברי התוס' שם נראה דלא ס"ל הכי שכתבו וז"ל וא"ת קרא למה לי וי"ל דאין שום אריכות לשון בפסוק אלא שסמך נשך ומרבית זה לזה ע"כ משמע דס"ל דגבי ג"ש לא אמרי' מילתא דאתיא בג"ש טרח וכתב לה קרא. וראיתי להר"ן בנדרים (דף ג') עלה דההיא דלנדור נדר מאי עביד ליה שכתב דמילתא דאתיא בג"ש טרח וכתב לה קרא ומייתי הך דאיזהו נשך ועוד הוסיף לומר דאף מילתא דאתיא בהיקשא טרח וכתב לה יע"ש ויש להסתפק אם גבי ביינייא אמרינן מילתא דאתי מביינייא טרח וכתב לה קרא. ונראה דיש להביא ראיה מההיא דאמרינן בפרק השוחט והמעלה (דף ק"ז) והא דתנן הקומץ והמקבל דמים בחוץ פטור מנ"ל ומהיכא תיתי דחייב תיתי משחיטה מה לשחיטה שכן נפסלה שלא לאוכלין בפסח תיתי מזריקה מה לזריקה שכן זר חייב עלה מיתה תיתי מביינייא א"כ לא יאמר בזריקה ותיתי מביינייא כו' להכי כתיב קרא למימר דלא אתי מביינייא, ואי אמרת דמילתא דאתיא מביינייא טרח וכתב לה

קרא א"כ היכי אמרינן דקומץ ומקבל דמים לא דרשינן להו מבינייא משום דזורק אתי מבינייא ואפ"ה רבי ליה קרא דכתיב דם יחשב או מדכתיב או זבח למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אימא דזורק אע"ג דאתי מבינייא טרח וכתב ליה קרא ולעולם קומץ ומקבל רבינן להו מבינייא דומיא דההיא דאיזהו נשך דדרשינן ג"ש לרבות גבי מלוה כל דבר אע"ג דרבי קרא גבי מלוה כסף ואוכל בנשך ומרבית ואע"ג דאתי בג"ש אמרינן דטרח וכתב לה קרא אלא ודאי דגבי בינייא לא אמרי' דטרח וכתב לה קרא ומש"ה הכריחו מדרבי רחמנא זריקה ש"מ דקרא אתא לומר דאע"ג דאתא מבינייא לא תיתי מבינייא והדבר צריך תלמוד מה נשתנית מדה זו דבינייא דלא טרח וכתב לה קרא. כתב מרן הב"י סי' ק"ס סעיף כ"ב מותר ללוות ברבית מפני פיקוח נפש ולא ידעתי מה בא ללמדנו והתוס' בפ"ב דע"ז (דף כ"ו:) לא חדשו דמשום פיקוח נפש שרי אלא דגבי עובדיה היה פיקוח נפש:

הלכה ב

כדרך שאסור להלוות כך אסור ללוות ברבית כו'. כתב הרב פ"מ ח"ב סימן ק"ה דהיכא דהלוה הוה חזי דהמלוה הוה מוזיף ברבית הני דמים גופייהו לאינש אחרינא ליכא משום ולפני עור כההיא דאמרינן בפ"ק דע"ז דמושיט כוס יין לנזיר דלא מיחייב משום ולפני עור אלא אי קאי בתרי עברי דנהרא אבל אי לא קאי בתרי עברי דנהרא לא עבר המושיט אלפני עור ע"כ ותימה דל"ד כלל לנזיר דשאני התם דהאיסור דלפני עור לא היה נעשה אם לא היה מושיט זה הכוס ולפי זה אף אם הושיט אינו עובר אבל גבי רבית דאם לא היה לוה זה היה הלוה האחר עובר אלפני עור בשביל שלוה זה לא נפטר מלפני עור ודכוותה גבי נזיר נמי אם היה מושיט לו אחר כוס יין בתרי עברי ובא אחר והושיט לו פשיטא דעובר ועוד יש לחלק ולומר דלא הותר ללוה ללוות בשביל שלוה אחר רוצה ללוות משום דאפשר שהלוה יחזור בו ולא ילוה ונמצא דאיהו הוא דקא מכשיל למלוה ובשלמא גבי ערב ועדים ליכא למימר הכי שאם יחזור בו המלוה אף דאיכא ערב ועדים יחזור בו ואם אינו חוזר בו הרי בלאו הכי היה מלוה וגבי נזיר הוי דכוותיה ויש להביא ראיה לדין זה ממ"ש התוס' בפרק אין דורשין (דף י"ג) בד"ה אין מוסרים ד"ת לעכו"ם דהכא מיירי אפילו היכא דאיכא עכו"ם אחר שרוצה ללמדו וכו' ומדלא קאמרי דאיכא ישראל שרוצה ללמדו ש"מ דאינו נפטר משום ולפני עור בשביל שיש ישראל אחר שעובר וגבי רבית נמי הוי דכוותיה וכדכתיבנא (*א"ה עיין פר"ח ובני חיי י"ד סי' ס"ב) וראיה לזה ממ"ש התוס' בס"פ הרבית עלה דערב ועדים אין עוברים אלא משום בל תשימון דזימנין דעברי נמי אלפני עור כגון שלא היה מלוה בלא ערב ועדים וזימנין דלא עברי

כגון שהיה מלוה לו בלא הני ומש"ה לא קתני דעוברים אלפני עור כיון דלא פסיקא ליה ע"כ ואם איתא דגבי לוה נמי זימנין דלא עבר אלפני עור היכי קתני דלוה עובר משום ולפני עור כיון דלא פסיקא ליה אלא ודאי כדכתיבנא דהלוה לעולם עובר אלפני עור ואפשר לומר דכוונת הרב היא דכי היכי דמשום לא תשיך לא מיפסיל הלוה משום דטעי דלא משמע לאינשי איסורא אלא למלוה דרווח ה"נ טעי היכא דהמלוה הוה מוזיף הני דמי גופייהו לישראל אחרינא דליכא משום ולפני עור ומדמי ליה לנזיר אבל לעולם לפי האמת עובר דלא דמי וכדכתיבנא:

כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ח דאבק רבית אינו עובר עליו הלוה אלא המלוה כדאמרינן רב עיליש גברא רבה הוא ואיסורא לאינשי לא הוה ספי ואילו היה האיסור על הנותן הול"ל גברא רבה הוא ולא עביד איסורא ע"כ. וכ"כ הרב הנ"י בפרק זה בורר. אך הרא"ש ז"ל גבי ההיא דרב עיליש כתב דיש לדקדק דאבק ריבית כי האי אין איסור ללוה מדלא יהיב לדידיה טפי לא קרינן ביה לא תשיך הלכך ליכא איסורא ללוה אלא משום ולפני עור לא תתן מכשול ע"כ. ומדקאמר דאבק רבית כי האי משמע דהאי דוקא הוא דליכא איסורא ללוה אבל בשאר אבק רבית אף הלוה עובר משום לא תשיך וכ"כ מהרלנ"ח סי' ק"ג והרב המבי"ט ח"א סי' נ"א ובטעם הדבר כתב מהרלנ"ח דכיון דאיסור הרבית אינו עובר הלוה אלא משעת נתינה דלאו דלא תשימון אינו עובר הלוה כי אם המלוה ופלגא באגר והפסד טעם הרבית הוא מצד שהשוו חלוקות השכר וההפסד שיקח בעל המעות בשתיהן החצי ושתי החלוקות א"א שיצאו לפועל לעולם אלא האחד מהם ובערך אותה החלוקה לבדה אין רבית כלל שאם היה לוקח רב עיליש חצי הריוח לבד אינו רבית מצד אותה חלוקה שאם היו מתנים שיקח השליש בהפסד מותר היה גם כשיפרע חצי ההפסד אינו רבית מצד אותה חלוקה שאם היו מתנים שיקח שני שלישים בריוח מותר היה א"כ אין שם רבית פועל לעולם והרבית הוא מטעם השימה וכבר אמרנו שאין הלוה עובר על לא תשימון ומש"ה קאמר התם בדיוק לא הוה ספי ולא קאמר לא הוה עביד אבל בכל רבית דרבנן דיש רבית בפועל שנותן יותר מהראוי כמו שהמלוה עובר מדרבנן משום לא תשיך ה"ה הלוה ע"כ. ואע"ג דלפי טעם זה היה נראה דגם המלוה אינו עובר משום את כספך ושרי בלקיחת רבית כי האי מ"מ נראה דכיון שהמלוה הוזהר בשימה אע"פ שלא לקח רבית כי הוזהר בלקיחה הוזהר מה שנאסר עליו בשימה שלא יקחנו אבל לוה שלא הוזהר בשימה לא הוזהר בנתינה אלא מאי שהוא רבית בפועל ובזה סרה קושיית המבי"ט על מהרלנ"ח ועיין בתשובת מהרא"ש סי' קס"ב שנסתפק בדין זה אם יש איסור ללוה קודם נתינה או דוקא בשעת נתינה והאריך בזה:

אך קשה מהא דאמרינן בפרק זה בורר בר בניתוס אסהידו עליה תרי סהדי חד אמר קמי דידי אוזיף ברביתא וחד אמר לדידי אוזפן ברביתא ופסליה רבא ופריך והא רבא הוא דאמר לוה ברבית פסול והמרדכי מוקי לה להאי כשלא לקח הרבית עדיין דאל"כ אינו נאמן משום דהוי נוגע בעדות הרי דאע"פ שהלוה לא נתן רבית אפ"ה פסול לעדות משום דלאו דלא תשיך עבר ליה משעת הלואה ואפשר לומר דמאי דפסליה רבא היינו משום דעובר אלפני עור וכן נראה מדברי הרב פ"מ ח"ב סי' ק"ה דמשום ולפני עור מיפסל והא דאמרינן דערב ועדים כשרים לעדות משום דלא תשימון עליו נשך במלוה ולוה משמע ולפי מה שכתבנו תיקשי דאכתי ליפסלו משום דעברי אלפני עור י"ל דמיירי כגון שהיה מלוה בלא הם דליכא איסור דלפני עור וכמ"ש התוספות בס"פ הרבית וכ"כ בעל כנה"ג בשם מהרא"ש דהא דערב ועדים דכשרים מיירי כמו שכתבנו. וראיתי למהראנ"ח ח"ב סי' כ"א שהשוה דעת הרא"ש לדעת הרשב"א והנ"י וס"ל דלהרא"ש בכל אבק רבית ליכא איסורא דלא תשיך ללוה. ומלבד שדברי הרא"ש לא דייקי כוותיה עוד קשה ממ"ש הטח"מ סי' ל"ד דבאבק רבית פסולים מדרבנן. והוא עצמו הכריח מדברי רבינו שכתב שהלוה ברבית דרבנן פסול לעדות שחולק על הרשב"א והנ"י שכתבו דבאבק רבית ליכא איסורא ללוה ואי אמרת דהרא"ש ז"ל הוא כסברת הרשב"א נמצא דהטור חולק על אביו וצ"ע. ומ"ש שמדברי רבינו נראה שחולק על הרשב"א אפשר לדחות דמאי דפסליה רבינו ללוה הוא משום ולפני עור וכמ"ש לעיל דמאן דעבר אלפני עור מיפסיל. גם מה שהכריח מדברי הר"ן שכתב על מי שנשבע לתת רבית דרבנן שפטור מלקיים שבועתו כיון שהדבר אסור עליו מדרבנן גם זה אפשר לדחות דהיינו כדי שלא יעבור אלפני עור אבל לעולם דאיסורא דלא תשיך ליכא ללוה וכן כתב מהרלנ"ח בתשובה הנזכרת:

עוד כתב הרשב"א וז"ל וכיון שכן זה שנשבע ליתן חייב ליתן לו ואין זה כנשבע לבטל אפילו מצוה דרבנן ואע"פ שהמקבל עובר וזה הנותן מושיט לו איסור דרבנן מוטב שיעשה איסורא זוטא משיעשה איסורא רבה ע"כ. והנה בדין נשבע לבטל דברי סופרים בקום עשה כתב מהרלנ"ח סי' ק"ג שהוא מחלוקת בין הפוסקים מן הקצה אל הקצה דלהר"ן לא חלה כלל וגרע מנשבע על דבר שאינו מפורש בתורה ששבועה חלה עליו אף שהוא בקום עשה כמו נשבע לחבול בעצמו שכתב הר"ן דשבועה חלה עליו משום דרבנן עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ולהרשב"א והרא"ש שבועה חלה עליו כיון שהוא מד"ס ואם לא התיר שבועתו יבטל איסור דרבנן בקום עשה ואל יבטל איסור דאורייתא בשב ואל תעשה והביא תשובת הרשב"א הלזו יע"ש ועיין במ"ש התוס' פ"ג דשבועות (דף כ"ג) ד"ה דמוקי וז"ל וזה הפירוש נראה יותר דלפירוש קמא קשיא המ"ל דלא אמר

כר"ל כיון דסבר דחצי שיעור אסור מן התורה לא משכחת לה הן ולאו דהיכי משתבע שאוכל חצי שיעור הא מושבע ועומד מהר סיני הוא ודוק היטב בדבריהם:

ואני תמיה דלפי דבריו למאי איצטריך הרשב"א ז"ל לומר דבאבק רבית ליכא איסורא ללוה אפילו שיהיה איסור ללוה באבק רבית אפ"ה שבועה חלה עליו וחייב לקיים שבועתו. ואפשר לדחוק ולומר דהיינו דוקא היכא דלא עבר אלא חד איסורא אבל היכא דבקיום שבועתו עובר על שני איסורים דהיינו לא תשיך ולפני עור אז מוטב שיעשה איסור אחד מדאורייתא ממה שיעשה שני איסורים מדרבנן בקום עשה מש"ה איצטריך הרשב"א לומר דאין כאן איסור דלא תשיך ללוה וכיון דאין כאן אלא איסורא דלפני עור חייב לקיים שבועתו. והא דאיצטריך לרשב"א לומר שהוא איסורא זוטא לאיסורא דרבנן איסורא זוטא קרי ליה. אך אעיקרא דדינא דבריו הם תמוהים במה שכתב שהרשב"א והר"ן חולקים בדין זה דאי שבועה חלה על דברי סופרים או לא דלעולם דהר"ן מודה דשבועה חלה על ביטול ד"ס בקום עשה וצריך התרה לשבועתו ואם עבר על שבועתו חייב משום שבועת בטוי דפשיטא דלא גרע מנשבע לבטל דבר שאינו מפורש בתורה בקום עשה דסבר הר"ן דשבועה חלה עליו וכמו שנראה ג"כ משמעתא דמשכחת לה בלאו והן דשבועה חלה על ביטול ד"ס בקום עשה אלא שאם לא התיר שבועתו ובהכרח הוא שיעשה איסור אחד בזה ס"ל להר"ן דמוטב שיעבור על שבועתו בשב ואל תעשה ויהא חייב משום שבועת ביטוי ממה שיעבור על ד"ס בקום עשה ובזה מודו הרשב"א והרא"ש לפי שהם לא נשאלו אלא אי הוי כנשבע לבטל מצוה מן התורה או לקיים דלא חלה שבועה עליו כלל ועל זה השיבו דעל ד"ס חלה וחייב להתיר את שבועתו ואם לא התיר עובר על שבועת בטוי אבל לעולם דמודו להר"ן דאם לא נשאל על שבועתו דמוטב שיעבור על שבועתו בשב ואל תעשה ויהיה חייב משום שבועת ביטוי ממה שיעבור על ד"ס בקום עשה. וכבר השיגו הרב המבי"ט בסימן נ"א בכל מ"ש והביא ראיה מהרשב"א גופיה שכתב על מי שנשבע לעבור על ד"ס בקום עשה שיבטל שבועתו ומצוה דרבנן לא תתבטל וכ"כ הרמב"ם ז"ל בתשובה סי' ק"ע דהנשבע שיאכל שומנו של גיד או שישתה סתם יינם ולא שתה חייב משום שבועת ביטוי אלא שאומרים לו שב ואל תעשה כדרך שהעמידו דבריהם במקום כרת ע"כ ואף שבסימן רמ"ג אמרה כמסתפק היינו משום דלא היה כי אם איסור שבות ומצינו שחכמים דחו שבות משום מצוה בעלמא וכמ"ש הרב ומש"ה אפשר שידחה ג"כ משום איסור דשבועה אבל בשאר איסורים דרבנן מודה הרשב"א ז"ל להר"ן וכן נראה ממה שהביא מהרדב"ז סי' רע"ח בשם הריטב"א ז"ל דשבועה חלה ומתירין אותה אפילו שלא בפניו כיון שיש איסור בדבר אלא דהיכא דא"א

בשאלה מוטב שיעבור על שבועתו. ולפ"ז יש לתמוה על הרדב"ז שכתב שם שהרשב"א חולק על הריטב"א ממ"ש דשבועה חלה לבטל דברי סופרים אפילו בקום עשה וכ"כ בסי' קצ"ה ולא ידעתי היכא רמיזא בדברי הרשב"א ז"ל שחולק על הריטב"א שהוא לא כתב אלא ששבועה חלה אבל לא כתב שעכ"פ יקיים שבועתו ויעבור על דברי סופרים בקום עשה. גם מה שהוקשה לו לסברת הריטב"א מסוגיא דמשכחת לה בלאו והן ונדחק ביישובה כנראה שהבין בדברי הריטב"א דלא חלה שבועה כלל וכמו שהבין מהרלנ"ח בדברי הר"ן דבריו תמוהים שהרי ממ"ש בסי' רע"ח בשם הריטב"א נראה דס"ל דשבועה חלה על ביטול ד"ס בקום עשה מדהוצרך התרה וא"כ אין קושיא כלל מסוגיית הגמרא דמשכחת לה בלאו והן גם מהרימ"ט בי"ד סימן מ' הבין בדברי הר"ן כהרלנ"ח ותימה הוא מאחר שאביו כתב בפירוש דלא כמהרלנ"ח איך לא חש לסברתו מאחר שהוא בעצמו הביא תשובת אביו ומהראנ"ח בח"ב סי' ס"ב כתב בפירוש דלהר"ן שבועה חלה על ביטול דברי סופרים והסכים דברי הרשב"א והרא"ש לסברת הר"ן וכ"כ בסימן כ"א שנמצא מפורש להרשב"א כהר"ן ולא ידעתי למה לא נסתייע הרב מתשובה זו בסימן ס"ב כשכתב שהרשב"א אמרה כמסתפק שבמקום אחר כתב בפירוש כדברי הר"ן וכ"כ מהר"ש חיון סי' מ"ה דהר"ן והרא"ש והרשב"א לא פליגי ובזה אתו דברי הרשב"א כפשטן דאיצטריך לומר דליכא איסורא ללוה דאם היה איסור ללוה אף דס"ל דשבועה חלה על ביטול דברי סופרים מ"מ אין מאכילין לאדם איסור בידים ומוטב שיעבור על שבועתו בשב וא"ת ממה שיעבור ע"ד סופרים בקום עשה וכדברי הר"ן ואכתי הוקשה לו שאף שאינו עובר על לא תשיך דרבנן אכתי עובר על ולפני עור דרבנן בקום עשה וכתב דמוטב שיעשה איסורא זוטא ממה שיעשה רבה ואפשר שכוונתו לומר דדוקא באיסור דרבנן שהאיסור הוא מצד עצמו אז הוא דאמרינן מוטב שיעבור על שבועתו דחכמים העמידו דבריהם בשב ואל תעשה אבל באיסור דלפני עור אדרבה אמרינן מוטב שיושיט לחבירו איסור ממה שיעשה הוא איסור בעצמו ומש"ה קרי ליה איסורא זוטא כיון שאינו האיסור מצד עצמו אך מהר"ר יחיאל באסאן ז"ל הובאו דבריו בתשובה להרימ"ט סימן מ' כתב דס"ל להרשב"א דלא החמירו חז"ל על הלוה אפילו בלאו דלפני עור שאינו עובר בו כמו שאינו עובר בלאו דלא תשיך אלא איסורא זוטא הוא דעביד דהיינו מסייע ידי עוברי עבירה ומש"ה ס"ל להרשב"א דמוטב שיקיים שבועתו ובמה שהקשה הרב הנזכר על דברי הרשב"א עיין בספר פ"מ ח"מ סי' ק"ה מ"ש על זה.(*א"ה עיין מ"ש הרמ"ז בספר תוס' יוה"כ בסוגיא דחצי שיעור):

ודע שכתב מהרדב"ז בסימן רע"ח בשם הריטב"א דמי שנשבע לתת רבית לחבירו

דמתירין לו שלא מדעת חבירו כיון שיש איסור בדבר ומיהו היכא שכלל הקרן עם הרבית נסתפק הרב לפי שנמצא שאתה קונס אותו בקרן דנדר שהותר מקצתו הותר כולו ולא קנסינן היתרא אטו איסורא או דילמא קנסינן אבל התירוה מפני איסור רבית אע"פ שהיה רבית דרבנן פשיטא דנדר שהותר מקצתו הותר כולו ע"כ לכאורה היה נראה דטעמא דהריטב"א הוא משום דס"ל כר"ת דאפילו נשבע לתועלת חבירו מתירין לדבר מצוה וכ"ש שלא לעשות איסור אך קשה שסברא זו של ר"ת לא הודו לו רוב הראשונים וכמ"ש הריב"ש בסי' קפ"ו וא"כ איך כתב הרב מהרדב"ז דין זה בסתם. אשר ע"כ נ"ל דהכא טעמא אחרינא איכא דס"ל להריטב"א דאף שלא התירוהו יעבור על שבועתו ולא יתן רבית וא"כ ליכא תועלת למלוה בקיום השבועה ולא אמרינן דהנשבע לתועלת חבירו דאין מתירין לו אלא מדעתו אלא כגון משה וצדקיהו שהיה תועלת ליתרו ולנבוכדנצר בקיום השבועה אבל הכא ליכא תועלת ודמי הא מילתא למ"ש הר"ן ז"ל בתשובה סי' ס"ה שמי שנשבע לחבירו שלא יזוז מעיר פלונית ועבר ויצא דמתירין לו שלא מדעתו כיון שאין הנאה שוב למשביע בדבר והביא ראיה מדברי התוס' דפרק השולח אהא דקאמר וליחוש דילמא אזלא לגבי חכם ושרי לה יע"ש ובזה ניחא מה שלא כתב הרשב"א דין זה בתשובה זו משום דאיהו ס"ל דחייב לקיים שבועתו וא"כ איכא תועלת לשכנגדו בקיום שבועה זו. אך על הר"ן קשה דכיון דס"ל דאם לא נשאל שיעבור על שבועתו למה לא כתב שיתירוהו שלא בפניו:

ודע דברבית של תורה אליבא דכ"ע לא חיילא שבועה כלל וחייב משום שוא ואפילו שכלל הקרן עם הרבית לא אמרינן מיגו דחיילא אהיתר חיילא אאיסור משום דלא נאמר דין זה אלא בנשבע בכולל לבטל את המצוה בשב ואל תעשה אז חיילא בכולל דומיא דשבועה שלא אוכל מצה אבל לעבור על המצוה בקום עשה אפילו בכולל לא חיילא וזה מוסכם ומוכרח מסוגיא דשבועות שתים בתרא וכ"כ מהרלנ"ח בתשובה סי' ק"ג אך המבי"ט סי' נ"א נתן טעם אחר דלא שייך כולל בכה"ג דכלל הקרן עם הרבית דלא שייך דינא דכולל אלא כשכולל דברים המותרים עם דברים האסורים אבל כשכולל דבר איסור עם דבר מצוה כי הכא לא הוי דינא דכולל דכי היכי דבדבר איסור לא חיילא שבועת ביטוי ה"נ בדבר מצוה לא חיילא ומצוה דהכא היא פריעת בעל חוב דאמרינן בכמה דוכתי דהיא מצוה מן התורה וכתב בסוף דבריו דאם נשבע לפרוע לזמן פלוני דלא חיילא עליה שבועת ביטוי דהא כל זמן שיפרע עביד מצוה כנשבע לתת צדקה לעני ע"כ ותמהני שהרי נחלקו הרשב"א והרא"ש בנשבע לפרוע לזמן פלוני ועבר אותו יום ולא פרע אם חייב עוד מכח שבועתו או לא דלהרשב"א אינו חייב עוד מכח השבועה

ולהרא"ש הם ב' שבועות לפורעו ולפרוע לזמן הרי ששבועה חלה בנשבע לפרוע בסתם וכ"ש לזמן הן אמת דבנשבע שלא לפרוע ראיתי להרא"ש ז"ל שכתב דלא חלה שבועה משום דהוי נשבע לבטל את המצוה וכעת צ"ע (*א"ה עיין כנה"ג י"ד סי' רל"ו בהגהת הטור אות ע"ו):

עוד כתב הרשב"א בתשובה הנזכרת ומיהו זה שנשבע שיתן עד יום פלוני ועבר הזמן ולא נתן הרי זה מעוות שלא יוכל לתקון ושוב אין כאן חיוב שבועה על מה שנשבע ועובר משום שבועת ביטוי ע"כ ולכאורה קשה על מ"ש הרב פ"מ בח"א סי' ה' דע"כ לא קאמר הרשב"א דכשעבר היום שאין לו עוד חיוב שבועה אלא כשנשבע לפורעו ביום פלוני בבי"ת משום דשבועתו אינה אלא על עצמו של יום כי הבי"ת מורה על כך אבל קובע הזמן ליום או לזמן בלמ"ד אז הוא הוכחה שהם שני דברים ושתי חלוקות האחד הוא שבועת הענין מצד עצמו והאחר הוא לקביעות הזמן לזרז הפרעון וא"כ אם קביעות הזמן עבר עדיין שבועת הפרעון מצד עצמו קיימת וא"כ בתשובה הלזו של הרשב"א שכתוב בשאלה שנשבע שיפרענו לזמן פלוני בלמ"ד למה כתב הרב דשוב אין כאן חיוב שבועה כלל (*א"ה עיין בספר בית יעקב סימן כ"ג ובט"ז י"ד סי' רכ"ח ס"ק נ'):

הלכה ג

שכל המלוה ברבית כו'. זה פשוט וכתב הריב"ש בסימן ש"ה ותס"ה בשם הרשב"א דאין ב"ד יורדים לנכסיו ומחזירים ללוה דהא איהו דמיחייב לאהדורי אבל שיעבוד נכסים ליכא כלל תדע דהא הניח להם אביהם מעות של רבית אע"פ שיודעים שהם של רבית אינם חייבים להחזיר אלא בדבר מסויים מפני כבוד אביהם ואילו בגזל מחוייבים לאהדורי כל שהגזילה קיימת או שהניח להם אביהם אחריות נכסים אלא ודאי ליכא הכא אלא עשה דוחי אחיך עמך ע"כ. ואע"ג דטעמא דרבית מקרא ילפינן לה וכדאיתא בר"פ הגוזל בתרא איכא למימר דהרשב"א יהיב טעמא לקרא דמה טעם לא חייב הכתוב את הבנים גבי רבית כי היכי דחייבים גבי גזל וקאמר דהיינו טעמא משום דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים אך קשה דהתינח היכא דהרבית אינו בעין ואיכא אחריות נכסים דדכוותה גבי גזל חייבים אהני טעמא דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים למפסדינהו אבל היכא דהרבית הוא בעין דדכוותיה גבי גזל חייבים אפילו היכא דליכא אחריות נכסים דליכא שיעבוד מאי אהני טעמא דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים למפטרינהו הא גבי גזל אפילו דליכא שיעבוד נכסים חייב וא"כ ע"כ צ"ל דגזירת הכתוב היא וא"כ מנ"ל דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים אימא דכולה מילתא גזירת הכתוב היא ואפשר לומר דטעמא דהיכא דהרבית הוא בעין דפטור הוא משום דשאני גזל דכל היכא שהוא

בעין ברשותא דמריה איתיה ולא קנה אותו הגזלן אבל גבי רבית מכי פרע לוה למלוה קננהו לגמרי וממון גמור הם לו ומש"ה אפילו היכא שהוא בעין הו"ל כאילו אינו בעין ופטורים הבנים. וכ"כ הריטב"א בפ"ק דקידושין דהמקדש במעות של רבית מקודשת משום דמעות דרביתא קננהו לגמרי וממון גמור הם לו אלא שיש עליו חובה להחזירם וב"ד מוציאין ממנו ואם מת אין בניו חייבים להחזיר אלא בדבר המסויים ע"כ. ונראה דהא דמייתי הא דאם מת אין בניו חייבים אע"פ שאינו ענין למאי דקאי בזה הוא להביא ראיה למ"ש דמעות של רבית קננהו לגמרי והכריח זה מדקי"ל דאם מת אינם חייבים אפילו ברבית קיים ואילו גבי גזל חייבים. אלא דאכתי הוקשה לו להרשב"א דהתינח היכא דליכא אחריות נכסים דאז אפילו אם הרבית בעין פטירי הבנים משום דחשיב כאילו אינו בעין מאחר שקננהו המלוה אבל היכא דאיכא אחריות נכסים דגבי גזל אפילו אינו בעין חייבים א"כ גבי רבית נמי ליחייבו ומזה הכריח דברבית ליכא שיעבוד נכסים ומש"ה אפילו הניח אחריות נכסים הבנים פטורים ועיקר ראייתו של הרשב"א אינו אלא מהיכא דאיכא אחריות נכסים והא דנקט הרשב"א דאילו בגזל מיחייבי לאהדורי כל שהגזילה קיימת כדי נסבה וכן נראה מדברי הרב הנ"י שהביא דברי הרשב"א הללו ולא הכריח הדין אלא מדפטירי אפילו כשהניח אחריות נכסים אבל מאי דפטירי אפילו היכא שהרבית קיים הוא מטעמא אחרינא משום דהמלוה קנה הרבית והוי ממון שלו לגמרי וכדכתיבנא ואע"ג דרמי בר חמא קאמר דטעמא דברייתא דהניח להם אביהם הוא משום דרשות יורש כרשות לוקח דמי משמע דאי לאו משום האי טעמא היו חייבים דומיא דגזל היינו לרמי בר חמא דלא דריש מיעוטא דקרא דאל תקח מאתו אבל לרבא דקי"ל כוותיה דדריש מיעוטא דקרא אמרינן דטעמא דפטר קרא לבנים אפילו ברבית קיים ואיכא אחריות נכסים הוא משום דהמלוה קונה הרבית לגמרי וליכא שיעבוד נכסים גבי רבית וכ"נ מדברי התוס' בר"פ איזהו נשך ד"ה יכין דטעמא דאפילו הניח אחריות נכסים פטורים ממיעוטא דקרא א"נ אפשר לומר דהרשב"א לא דריש טעמא דקרא אלא שהוקשה לו דמנא לן דכי מיעט קרא לבנים מהשבון הוא אפילו איכא אחריות נכסים אימא דלא מיעט קרא אלא היכא שהרבית הוא בעין וליכא אחריות נכסים דדכוותיה גבי גזל חייבים הכא מעטינהו קרא מהשבון אבל היכא דאיכא אחריות נכסים דגבי גזל אפילו אכלו הבנים הגזילה דליכא חיובא לדידהו חייבים משום דאשתעבוד נכסי דאבוהון מחיים מנא לן דפטר הכתוב את הבנים גבי רבית ומזה הכריח דע"כ ליכא גבי רבית שיעבוד נכסים ולפי זה אחריות נכסים אינו מעלה ואינו מוריד לגבי רבית ולזה לא איצטריך קרא למעוטי ואפשר למימר נמי איפכא דקרא לא מיעט אלא היכא דהרבית

אינו בעין ואיכא אחריות נכסים דגבי גזל חייבים אבל היכא דהרבית קיים דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה דומיא דגזל מנא לן דמיעט קרא אלא ודאי דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים וע"כ כי איצטריך קרא למעט הוא היכא דהרבית קיים דהיכא שאינו בעין אלא דאיכא אחריות נכסים בלאו קרא ידעינן דפטירי כיון דליכא שיעבוד נכסים ולפ"ז ניחא מה שכתב הריב"ש ז"ל דאילו בגזל חייבים להחזיר כל שהגזילה קיימת או שהניח להם אחריות נכסים דמהני תרי מילי שמעינן דגבי רבית ליכא שיעבוד נכסים דכיון דאיכא תרי חיובי גבי גזל תיקשי דמנא לן דכי מיעט גבי רבית מיעט תרווייהו אימא דלא מיעט אלא חדא מינייהו אלא ודאי דלחדא לא איצטריך קרא וכי מיעט קרא הוא לאחרינא ולפי זה אפשר לומר דאף רמי בר חמא דלא דריש מיעוטא דקרא מודה דאפילו הניח אחריות נכסים פטורין הבנים מטעמא דליכא שיעבוד נכסים גבי ריבית דאלת"ה תיקשי לרמי בר חמא אמאי לא תני בברייתא דהניח להם אביהם דאי איכא אחריות נכסים חייבים דהא איהו מודה גבי גזל דאי איכא אחריות נכסים חייבים ואע"ג דאוקמה למתניתין בדבר המסויים היינו משום דלישנא דמתניתין קשיתיה דקתני ואם היה דבר שיש בו אחריות דמשמע דקאי לגזילה אבל לדינא מודה דאי איכא אחריות נכסים חייבים וכדמוכח ברייתא דר' אושעיא דקתני הניח לפניהם אחריות נכסים חייבים ורמי בר חמא לא פליג אברייתא דהא קא מותיב בגמרא מינה לרמי בר חמא ופריק לה ואין חילוק בין קודם יאוש ואין הגזילה קיימת להיכא דהוי אחר יאוש והגזילה קיימת כיון דטעמא היא משום דאשתעבד נכסי דאבוהון מחיים ואפילו דאיכא יאוש ושינוי רשות ואין הגזילה קיימת אם הניח אחריות נכסים חייבים וכמ"ש הפוסקים דאפילו מכרה האב או נתנה אם הניח אחריות נכסים חייבים וה"ה לרמי בר חמא אף דס"ל רשות יורש כרשות לוקח דמי דלא עדיף ממכרה האב וא"כ תיקשי אמאי לא תני גבי ריבית דאם הניח אחריות נכסים חייבים אלא ודאי דאף רמי בר חמא מודה דגבי רבית אף אם הניח אחריות נכסים פטורים משום דליכא שיעבוד נכסים ברבית, ודע שבעל החינוך כתב שיש אומרים דברבית ב"ד יורדין לנכסי מלוה ומוציאין ממנו כגזילות וחבלות ולסברא זו הא דאם מת דהבנים פטורים אפילו הניח אחריות נכסים גזירת הכתוב היא:

הלכה ד

הניח להם אביהם מעות של ריבית אע"פ שיודעין שהם של ריבית אינן חייבין להחזיר. זה פשוט בר"פ הגוזל בתרא ופסקו הפוסקים כטעמא דרבא דהיינו משום דכתיב אל תקח מאתו לדידיה קא מזהר רחמנא לבריה לא מזהר רחמנא והרב בג"ת בח"ד סי' א' תמה על רש"י ז"ל במה שפירש בהגוזל קמא דטעמא הוא משום דרשות יורש כרשות

לוקח הוא דאמאי שבק טעמא דרבא שהוא אליבא דהלכתא ונקט טעמא דרמי בר חמא דהוא דלא כהלכתא ותירץ משום דהך סוגיא דהגוזל קאמר ר"י דברייתא דגזלנין ומלוי ברבית כו' נשנית בימי רבי ועלה פריך מהניח להם אביהם כו' ובא"נ פליג ר"י ארבי אלעזר וס"ל דרבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים וכיון שכן ע"כ לר"י לא מצי למימר דטעמא דיורשים פטורים הוא משום דלדידיה אזהר כו' דהא לא דריש קרא דוחי אחיך ומש"ה כתב רש"י טעמא דרשות יורש כרשות לוקח דמי כי היכי דליתי כר"י דהוא מריה דהך שמעתא ודבריו הם תמוהים משום דלמ"ד רבית קצוצה אינה יוצאה לא צריך טעמא לפטורא דבנים דמהיכא תיתי שיהיו חייבים ואף דנימא דהאב חייב בדיני שמים שהוא מוכרח לומר כן כפי סברתו דהך דהגוזל אתיא כמ"ד רבית קצוצה אינה יוצאה מ"מ הבנים פשיטא שהם פטורים כל היכא דליכא כבוד דהאב דבשלמא כשהאב חייב בדיני אדם אז צריך טעמא לפטורא דבנים אבל כל היכא דליכא חיובא בדיני אדם לא צריך טעמא לפטורא דבנים וההיא דהגוזל בתרא דאיפליגו רמי בר חמא ורבא בטעמא דפטורא דבנים אתיא כמ"ד דרבית יוצאה בדיינין ועוד קשה אי הך סוגיא אתיא כמ"ד רבית אינה יוצאה ולדידיה פריך מהך ברייתא דהניח להם אביהם היכי דייק מהך ברייתא לאותובי לברייתא דאין מקבלין הא בלאו הכי תיקשי האי דיוקא כיון דסבר רבית אינה יוצאה וכמו שהקשה בא"נ אלא ודאי נראה כמ"ש התוס' דהך סוגיא אתי כמ"ד רבית קצוצה יוצאה בדיינים ולא תיקשי לר"י הך ברייתא דאין מקבלין דהא בא"נ אמרינן דהוי פלוגתא דתנאי ובריייתא דאין מקבלין סבר לה כתנא דקאמר רבית קצוצה יוצאה בדיינים ולעיקר קושייתו נראה לומר דרש"י הוקשה לו דמאי קא דייק בגמרא הא אביהם חייב אימא דלעולם האב פטור משום תקנה אלא דרבותא אשמעינן בבנים דאע"ג דלא שייכא תקנה גבייהו שהרי דבר המסויים מחזירין הבנים ומקבלין מהם אע"ג דמן האב אין מקבלין אפילו דבר המסויים והיינו טעמא משום דלא שייכא תקנה גבי בנים וכמ"ש התוס' בד"ה אי עביד תשובה לתירוצא קמא מש"ה תני פטורא גבי בנים לחידושא אשר על כן נראה לומר דדיוק הגמרא מהכרח דלגופיה לא איצטריך דפשיטא הוא דהא תנינא לה גבי גזל הגוזל ומאכיל או שהניח לפניהם פטורים וכ"ש רבית ובשלמא אי אתיא לדיוקא ניחא אלא לגופיה לא איצטריך וקושיא זו לא אתי אלא למ"ד רשות יורש כרשות לוקח דמי ולפי זה אין חילוק בין גזל לרבית וע"כ אתא לדיוקא אבל לרבא דממעט מקרא לא קשה ולא מידי דלעולם דלגופיה איצטריך דהא דכוותיה בגזל חייבין ואשמעינן דברבית אע"ג דלא שייכא תקנה גבי בנים אפ"ה פטורים מטעמא דקרא מיעט להו ולעולם דהאב פטור מטעם תקנה מש"ה פירש"י דמקשה זה דדייק הא אביהם חייב סבר לה כרמי בר חמא

דקאמר רשות יורש כרשות לוקח ומש"ה פריך:

ומ"ש [ואם הוא דבר מסויים כגון פרה וטלית צריכים להחזיר משום כבוד אביהם בעל שלטי הגבורים הוקשה לו דין זה דהא גבי גזל קי"ל דאפילו אינו דבר מסויים חייבים להחזיר והאריך בזה בר"פ א"נ ודבריו הם פשוטים בפרק הגוזל בתרא דרבא דמוקי מתני' דהגוזל כשאכלוה קאמר דטעמא דברייתא דרבית הוא משום מיעוטא דקרא ולא ידעתי מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר. ויש להסתפק בדבר המסויים דאבק רבית מהו מי מיחייבי בנים או לא ונראה דחייבין וראיה מדאמרינן בריש א"נ דאפילו למ"ד רבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים אפ"ה הבנים חייבים משום כבוד אביהם ומדר"י ברבית קצוצה נשמע לדידן באבק רבית וכעין זה דקדק הנמוקי והכריח דבאבק רבית חייב בדיני שמים ומיהו איכא למימר דליכא קלון דאב אם אינם מחזירים אלא ברבית קצוצה דעבד אדאורייתא אבל באבק רבית ליכא קלון ולא מיחייבי. שוב ראיתי למוהר"א מונסין הובאו דבריו בתשובת מהרש"ך ח"ג סי' ב' שכתב בשם הריטב"א דאפילו אבק רבית אם הוא דבר המסויים חייבין להחזיר משום כבוד אביהם והביא ראיה מסוגיא דא"נ שכתבנו ויש להסתפק בדבר המסויים דצריכים להחזיר אם לא רצו להחזיר כפינן להו או לא ולכאורה נראה דכיון דליכא חיובא אלא משום כבוד אב אין כופין דהא קי"ל דאין כופין על מצוה זו משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצדה וכדאיתא בפרק כל הבשר והרי מטלטלי דיתמי דמדינא לא משתעבדי לב"ח ומשום כבוד אביהם חייבים כתבו הראשונים דאין כופין מטעמא דכתיבנא וכמ"ש הריב"ה סימן ק"ז ואף לרש"י שכתב במי שהיה נשוי דטעמא דאין כופין הוא משום דהוי מצוה דרבנן הכי נמי הוי דכוותיה. אך קשה ממ"ש בעה"ת בח"ב סי' ב' דדבר מסויים אפילו מבריה מפקינן דמשמע דב"ד מוציאין ממנו ואפשר דס"ל כמ"ד דהא דאמרינן אין ב"ד מוזהרין עליה היינו שאינם נענשים אבל אם רצו כופין ומ"ש מפקינן היינו אם רצו. שוב ראיתי בפרק הכותב (דף פ"ז) שכתבו התוס' דבדבר המסויים כופין וטעמא משום דאיכא קלון אביהם אם אינם מחזירים אבל היכא דליכא אלא כבוד אה"נ דלא ולפי זה אתו דברי בעה"ת כפשטן ובזה שכתבו התוס' דהכא איכא קלון ניחא דלא תיקשי דכיון שחייבים משום כבוד אפילו דלא הוי דבר המסויים ליחייבו דומיא דמטלטלי דיתמי דאע"ג דליכא חיובא ואינו דבר המסויים איכא כבוד אביהן וכבר נתעורר על קושיא זו הרב ג"ת בשער ס"א ח"א סי' ו' משום דלעולם אין הבנים חייבים משום כבוד אפילו עשה תשובה באותו דבר עצמו שהוא עבר עבירה וקרינן ביה יכין רשע וצדיק ילבש אלא דשאני דבר המסויים דאיכא קלון וכיון שעשה תשובה מוזהרין הם על קלונו וכן

נמי גבי גזל לרמי בר חמא דס"ל דאפילו הגזילה בעין אינם חייבים להחזיר אלא בדבר המסויים משום כבוד הוי נמי משום קלון דכבוד איכא אפילו בדבר שאינו מסויים ואינם מוזהרים על כבודו כי אם על קלונו ואע"ג דעל קלונו הם מוזהרים אפילו הוא רשע ולא אמרינן בעושה מעשה עמך אלא לכבוד ואילו הכא מוקמינן לברייתא דדבר המסויים בדעבד תשובה לא דמי דהתם הוא שלא יעשה הקלון בידים אז הוא מוזהר אפילו אינו עושה מעשה עמך אבל היכא שהקלון הוא בשב ואל תעשה אז הוי דומיא דכבוד דדוקא בעושה מעשה עמך מוזהר אבל לענין כפייה יש חילוק דמשום כבוד לא כפינן ומשום קלון איכא כפייה וכמ"ש התוס' אך מדברי הריב"ה שכתב צריכין להחזיר ושינה לשון הגמרא דנקט חייבים להחזיר דמינה דייקו התוס' דאיכא כפייה משמע דס"ל דליכא כפייה ול"ד לישנא דחייבין והוי ככל כבוד דעלמא דאין ב"ד של מטה מוזהרין עליה: כתב הטור וז"ל והיכא שבא לעשות תשובה להחזיר הרבית אם הוא דבר מסויים מקבלין ממנו ואם אין הרבית שלקח בעין כגון שאינו דבר מסויים אין מקבלין ממנו בפרק הגוזל בתרא ויש לתמוה דגבי גזל קי"ל דכל שהגזילה בעין מקבלין ממנו וכמו שפסק הריב"ה בח"מ סי' שס"א והיינו כשינויא בתרא דמוקמינן כאן בגזילה קיימת כאן בשאין הגזילה קיימת וא"כ מנא לן דגבי רבית כל שאינו דבר המסויים אפילו שהוא בעין דאין מקבלין ממנו דבשלמא לעיל גבי פטורא דבנים איכא טעמא לחלק בין גזל לריבית משום דריבית פטר הכתוב בהדיא לבנים ואפילו דבר המסויים מדינא לא מיחייבי אלא משום כבוד אביהם אבל הכא דמדינא בין בגזל בין ברבית מדינא מקבלין אלא שחכמים חשו לנעילת דלת בפני בעלי תשובה והתקינו שלא יקבלו מהם ואעפ"כ בגזילה קיימת לא חשו לנעילת דלת ומקבלין מהיכא תיתי דגבי רבית נחוש לנעילת דלת אפילו בריבית קיים ולא יקבלו ממנו ובעל פרישה ודרישה נתעורר בזה וכתב דדבר מסויים ל"ד אלא כל דבר שהוא בעין כמו שגזלו שלא הוציא ונשתנה נקרא דבר מסויים ואין זה נכון והרי דברי רבינו שכתב ואם היתה גזילה קיימת והרבית דבר מסויים והרי הוא בעצמו מקבלין מהם הרי שיש חילוק בין גזל לרבית ומ"ש והרי הוא בעצמו הכוונה הוא דתרתי בעינן מסויים ושיהיה בעין דלא תימא כיון שלקח דבר המסויים אפילו שאינו בעין מקבלין קמ"ל אבל לעולם דאם אינו מסויים אף שהוא בעין ברבית אין מקבלין ובגזל מקבלין כ"נ מדברי בעה"ת ח"ד סי' ד' וכ"כ בפירוש בג"ת שם. עוד כתב בעל פרישה ודרישה די"ל משום דסתם גזילה הוא מטלטלין ומסתמא הן מסויימין וסתם רבית הוא מעות ומעות אינו מסויים מש"ה כתב כאן אם הוא מסויים ע"כ. ולפי תירוץ זה אף בגזל בעינן מסויים וכי חילק ר"נ בין גזלה קיימת לשאינה קיימת היינו בין דבר המסויים

לשאינו מסויים ולדבריו כל דבר חוץ ממעות הוי דבר המסויים והא ליתא דלעיל גבי חיובא דבנים בדבר המסויים אמרי' כגון פרה וטלית משמע דשאר מילי לא הוי דבר המסויים ועוד תיקשי לדבריו מ"ש התוס' בד"ה אי עבד תשובה דבדבר המסויים מקבלין ואי אמרת דלר"נ בעינן דבר המסויים היכי כתבו התוס' כן בתחלת הסוגיא דאכתי לא ידעינן חילוק ר"נ אלא ודאי דר"נ חידש דכל שהוא בעין אף שאינו מסויים מקבלין ולפי הס"ד אין מקבלין כי אם בדבר המסויים. ולעיקר הקושיא נראה לומר דס"ל לפוסקים דע"כ לא מחלקינן בין אם הוא בעין לאינו בעין אלא דוקא בגזל דאיכא טעמא לחלק משום דכל שהוא בעין לא קנאו הגזלן וברשותא דמריה איתיה ובזה לא תיקנו אלא בשכבר קנאה הגזלן כגון שאינו בעין אז תקנו שלא יקבל ממנו אבל גבי רבית דקי"ל שאף שהוא בעין כבר קנאה המלוה וממון שלו הוא לגמרי והמקדש בו מקודשת וכמ"ש לעיל בשם הריטב"א אין טעם לחלק בין אם הוא בעין לאינו בעין דהא בין אם הוא קיים בין אם אינו קיים דינם שוה ולעולם קנאם המלוה ומטעם זה ס"ל לפוסקים דחילוק ר"נ לא קאי אלא אגזל אבל הרבית אין חילוק בין אם הוא קיים לאינו קיים והא דכתבו דבדבר המסויים מקבלין יצא להם דין זה ממאי דפריך בגמרא אי עבד תשובה מאי בעי גביה והוקשה להם דמאי פריך דאימא כגון שלא קבלו ממנו דאין מקבלין מהם אלא ודאי דבדבר המסויים מקבלים וכמ"ש התוס' ולפי מ"ש נראה דאי איכא בגזל שינוי השם דאין מקבלין שהרי קנאו בשינוי השם. ודע שרבינו ירוחם כתב בנ"ח ח"א דדוקא שאין הגזילה קיימת או כשאין הריבית קיים אבל אם הוא בעין כופין אותם להחזיר נראה דס"ל דאף גבי רבית כל שהוא בעין אף שאינו מסויים מקבלין ממנו דומיא דגזל ולטעמיה אזיל שכתב בנכ"ב ח"א דאם קידש ברבית קצוצה אינה מקודשת משמע דס"ל דאינו קונה הרבית אלא ברשותא דמריה קיימא דומיא דגזל דע"כ מיירי בשכבר בא לידו הרבית דאי לא תיפוק ליה משום מלוה אלא ודאי אף שבא לידו אינה מקודשת דומיא דגזל וכמ"ש הרב בעל עצמות יוסף ומכאן ראיה לטעמא שכתבנו לסברת המחלקים בין גזל לרבית. וכתב הטור ודוקא בבא לעשות תשובה מעצמו אז אין מקבלים ממנו שלא לנעול דלת בפני בעלי תשובה אבל עומד במרדו מוציאין ממנו בע"כ וכו' וכ"כ הרא"ש בפרק הגוזל בתרא ורבינו בפ"א מהלכות גזלה כתב רצה הגזלן לעשות תשובה ובא מאליו כו' והיינו החילוק הראשון שכתב הרא"ש וכמ"ש ה"ה שם אך בפירקין כתב סתם אין מקבלין מהם ואפשר שסמך על מ"ש בהלכות גזלה. וכתב הטור ח"מ סי' שס"ז מיהו אם רצה לצאת ידי שמים ולהחזיר אין ב"ד מוחים לנגזל ויכול לקבלו ע"כ. ונראה דהכוונה שהנגזל לא רצה לקבלו וחזר הגזלן ואמר שיקבלנו לפי שרוצה לצאת ידי שמים אז יכול לקבל אבל

בפעם אחת פשיטא דאין רוח חכמים נוחה הימנו אם מקבלו וכדאיתא בגמרא. אך קשה מ"ש אין ב"ד מוחין לנגזל והא אפילו בפעם אחת אין מוחין וכמ"ש ה"ה שאם רוצה לקבל ולכוף את הגזלן בב"ד הם נזקקין לו ועיין בס' גדולי תרומה ח"ד סימן ד', כתוב בס' חסידים סי' תתקפ"ו דהא דאין מקבלין הגזל דוקא כשהנגזל אינו חייב לאחרים אבל אם הנגזל חייב לאחרים ואין לו מה לפרוע יש לו לקבל כדי שיפרע לב"ח שלו ע"כ וה"ה גבי רבית ומ"ש הטור אבל במי שעושה באקראי מוציאין ממנו בע"כ אין הלשון מדוקדק דמשמע דמיירי בלא עשה תשובה מדכתב מוציאין ממנו בע"כ וא"כ אפילו אם רוב עסקו ומחייתו ברבית מוציאין ממנו ולא הול"ל אלא שאם הוא באקראי מקבלין ממנו ועיין בפרישה שהאריך בזה. ולענין אבק רבית בדבר המסויים אם מקבלין ממנו נראה דממ"ש לעיל בשם הריטב"א דדבר המסויים דאבק רבית חייבים הבנים להחזיר משום כבוד אביהם ה"ה הכא דמקבלין ממנו כיון דאיכא קלון. ודע שכתבו התוס' דאם החזיר ולא קבלו ממנו לא מיחייבי הבנים להחזיר משום כבוד אביהם דתו ליכא גנאי:

הלכה ו

שטר שכתוב בו רבית כו'. ברייתא בפרק איזהו נשך פלוגתא דר"מ וחכמים ופסקו כל הפוסקים כחכמים דשטר שכתוב בו רבית גובה הקרן והוקשה לראשונים ז"ל דהיכי גובה את הקרן בשטר זה והלא עדים פסולים הם דעברו על לא תשימון עליו נשך, וכת מן הראשונים הסכימו לזה דהעדים פסולים הם ואוקמוה לברייתא באינו מפורש הרבית וכמו שנבאר לקמן, וכת אחרת כתבו דלא מיפסלי משום דלא משמע להו איסורא ויש לחקור בקושיא זו שהרי אין בלאו זה מלקות מדלא הביאו רבינו בפי"ט מהלכות סנהדרין וכ"כ הר"ב החינוך סי' ע"ד וכתב הטעם משום שאפילו המלוה אינו במלקות שהרי ניתן להשבון ואינו בדין דהני דאתי מחמתיה יתחייבו מלקות וכ"כ מרן בפ"י מהלכות עדות דהעדים לאו בני מלקות נינהו וכיון שכן לא מיפסלי לעדות שהרי כתב רבינו בפ"י מהלכות עדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול. משמע דאם אינו חייב מלקות לא מיפסיל וכמ"ש הריב"ש. ומהרימ"ט חא"ה סי' מ"ג ייחס סברא זו להרשב"א וכ"כ מרן בא"ה סימן מ"ב בשם חכמי טוליטולא. וכי תימא אכתי מיפסלי מדרבנן דלא גרע מאיסורין דרבנן דפסילי מדרבנן ואע"ג דבפיסולין דרבנן בעינן חימוד ממון וכמ"ש מרן בח"מ סי' ל"ד בשם הגאונים ובעל העיטור והכא גבי עדים ליכא חימוד ממון אכתי סברא זו אינה מוסכמת וכמ"ש מהריב"ל בח"ד סי' י"א וכ"נ שפסק מרן. ועוד דע"כ לא קאמרי הני רבוותא דבפסולין דרבנן בעינן חימוד ממון אלא דוקא בעבירה דרבנן אבל בעבירה דאורייתא אע"ג דפסילי מדרבנן לא בעו חימוד ממון

אליבא דכ"ע וכמ"ש מהרימ"ט ועיין פ"מ ח"ב סי' ק"ה. ומדברי רבינו ירוחם יש ללמוד כן שכתב ואם היא מן התורה ואין בה מלקות אינו פסול אלא מדרבנן ואי בעינן חימוד ממון מה"ת מיפסיל משום רשע דחמס אע"ג דליכא מלקות אלא ודאי דבדליכא חימוד ממון עסקינן ואיהו מהסוברים דבעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון משמע דבעבירה דאורייתא אליבא דכ"ע לא בעינן חימוד ממון אע"ג דאין פיסולו כי אם מדרבנן. באופן שקושיית הראשונים היא במונח שאין פסולים מה"ת אלא מדרבנן אלא דאכתי קשה דפסול דרבנן בעי הכרזה ואימא דהאי ברייתא מיירי בדלא הכריזו עליהם. ואפשר לומר דע"כ לא בעינן הכרזה אלא בפסולי דרבנן מחמת עבירה דרבנן אבל פסולי דרבנן מחמת עבירה דאורייתא לא בעו הכרזה וכ"כ מהרימ"ט שם. הן אמת שמדברי מהרח"ש (בסי' י"ט) נראה דלא ס"ל חילוק זה שהרי נדון שלו הוא על עד שהעידו עליו שבא על שפחה ארמית וכתב ז"ל שאינו פסול משום דאין בהו מלקות ואף מדרבנן לא מיפסיל משום דלא הכריזו עליו. עוד אפשר לומר דלעולם קושיית הראשונים היא במונח שאין פסולים אלא מדרבנן ואפ"ה לא בעו הכרזה משום דס"ל כסברת הנ"י שכתב בפרק זה בורר גבי עובדא דבר בניתוס דלא בעינן הכרזה אלא לשאר עדות אבל לאותו עדות שנפסל בשבילו אפילו בלא הכרזה פסול. ונראה דיש להכריח חילוק זה מדברי התוס' שכתבו על ברייתא זו דשטר שכתוב בו רבית דמיירי בריבית דרבנן ולא מיפסלי באיסור דרבנן כיון שאינן מרויחים כלום שאפילו שהעבירה דאורייתא היו נפסלין ואם איתא דלא ס"ל חילוק הנ"י למה להו למימר משום דבאיסור דרבנן בעינן חימוד ממון תיפוק ליה משום דבעינן הכרזה וליכא אלא ודאי דלאותו עדות לא בעינן הכרזה. עוד אפשר לומר עם מ"ש הנ"י דטעמא דפסולי עדות דרבנן בעו הכרזה הוא משום תקנת לקוחות שלא יחתמו אותם בשטרותיהם וכ"כ רבינו בפי"א מהלכות עדות שהטעם הוא שלא לאבד זכות העם שהרי לא ידעו בפיסול זה ואין פיסולו אלא מדבריהם והכא לא שייך לומר שחכמים תקנו הכרזה משום פסידא דמלוה מאחר שהוא היה סיבת פיסולם בעדות זה פשיטא דהכא לא תקנו ודמי האי למ"ש קצת מן האחרונים דבמילתא דאיסורא לא בעינן הכרזה משום דלא שייך טעמא דתקנה וכמ"ש הנ"י גבי בר בניתוס ואפשר דאף מי שחולק על דין זה וכמ"ש מהרשד"ם חי"ד סי' נ"א וכ"נ מדברי מהרח"ש סי' י"ט מ"מ הכא בנ"ד אפשר שיודה מאחר שהוא היה סיבת פיסול העדים בעדות זו שבאים להעיד. ואף דלא קי"ל כר"מ דקניס למלוה מ"מ לא ניזיל לאידך גיסא לתקן תקנה לטובתו של מלוה ואדרבא איכא למימר שראוי לפוסלם כדי שלא יחתימם. ולפי חילוק זה אין להכריח מדברי התוס' דס"ל כדעת הנ"י. ועוד ראיתי למהרימ"ט בתשובה הנזכרת שכתב דאף דנימא

דבעינן הכרזה אפילו במילתא דלא שייך טעמא היינו דוקא באיסור דרבנן דהם אמרו והם אמרו אבל באיסור תורה שאין פיסולו אלא מדרבנן דוקא במילתא דשייך תקנה בעי הכרזה אבל בגיטין וקדושין דליכא טעמא לא בעינן הכרזה. ולפ"ז בנדון דידן כיון דהוי איסור מה"ת אף שאין פיסולו אלא מדרבנן לא בעי הכרזה כיון דלא שייך טעמא דתקנת לקוחות וכדכתיבנא אך מתשובת מהרח"ש הנזכרת נראה שחולק אף על חילוק זה שכתב מהרימ"ט. העולה ממ"ש דאף דנימא שאין פסול העדים אלא מדרבנן אכתי לא בעו הכרזה מכמה טעמי חדא דאפשר דבאיסור תורה לא בעו הכרזה ואף דנימא דבעו אפשר דלאותו עדות לא בעינן ואף דנימא דבעי אפשר דבמילתא דלא שייך טעמא דלקוחות לא בעו ואף את"ל דבעו אפשר דבאיסור תורה היכא דליכא טעמא דתקנת לקוחות לא בעו הכרזה. אך ראיתי להריב"ש בסי' תק"ב שכתב בשם המפרשים שלא נפסלו העדים משום דלא משמע לאינשי כו' ואפי' את"ל דמיפסלי עדים לא מיפסלי אלא מדרבנן ופסולי דרבנן בעו הכרזה ע"כ. ויש להסתפק במ"ש דלא פסילי אלא מדרבנן אם הכוונה היא כפי המונח הראשון דלא משמע לאינשי והכוונה היא דאף דנימא דלא מהני ה"ט דלא משמע לאינשי להכשירם מכל וכל מ"מ מהני להכשירם מה"ת ומדרבנן הוא דפסילי או אפשר לומר דכוונת דבריו היא שהכחיש המונח הראשון דלא משמע לאינשי וטעמא דלא פסילי מה"ת הוא משום דס"ל כהרמב"ם דכל לאו שאין בו מלקות אינו פסול מה"ת ועדי רבית אינם לוקין וכמ"ש לעיל ואם כוונתו היא כדרך הב' שכתבנו קשה למ"ש מהרימ"ט בתשובה הנזכרת דכל שעבר איסור תורה אף שאין פיסולו אלא מדרבנן לא בעי הכרזה אך לפי הפירוש הראשון לא תיקשי למוהרימ"ט משום דע"כ לא קאמר מהרימ"ט אלא בידוע ומה שאינו נפסל מה"ת הוא לפי שאין בו מלקות אז הוא דכתב הרב דלא בעי הכרזה אבל היכא שאין האיסור ידוע ומטעם זה אינו נפסל אלא מדרבנן אף שהפיסול הוא משום דעשה איסור תורה בעי הכרזה וחילוק זה מוכרח הוא כפי הטעם שכתב שם מהרימ"ט. והרב בעל פני משה ח"ב סי' ק"ה חולק כמ"ש כי היכי דלא תיקשי למהרימ"ט מ"ש הרב הנמוקי גבי עובדא דבר בניתוס ומ"מ לכל הפירושים חילק על מ"ש לעיל בשם הנמוקי דלאותו עדות לא בעי הכרזה וכן מ"ש דעדי רבית דמי למילתא דאיסורא שכתבו קצת מהפוסקים דלא בעינן הכרזה לפי דברי הריב"ש הללו ליתנהו להני מילי אך מ"ש בשם מוהרימ"ט דבמילתא דאיסורא והעדים עברו איסור תורה דאף שאין פיסולם אלא דרבנן לא בעו הכרזה אם נפרש דברי הריב"ש כפי הפירוש הראשון שכתבנו אפשר שלא יחלוק על זה ודו"ק:

והנה כל מ"ש הוא במונח שתי חלוקות שעדי רבית אין לוקין וגם דכל מי שאינו לוקה

אינו נפסל מן התורה אך הנמוקי בפ' א"נ עלה דהאי ברייתא דשטר שכתוב בו רבית כתב שהעדים הם פסולים משום דקי"ל דכל חייבי מלקות פסולין וכאביי דאמר לא בעינן רשע דחמס אלא כל היכא דאיכא ארבעין בכתפיה פסול ע"כ נראה מדבריו דס"ל דעדי רבית הם חייבי מלקות וכ"כ בג"ת בשער מ"ו ח"ב סי' א' דעדים לוקין דדוקא מלוה הוא בתורת השבון כיון שהוא הגובה וכו' אבל עדים כיון שאין להם שום צד תיקון בהשבון דלא שייך בהו השבת רבית הואיל ואינם לוקחים אותו מש"ה נשאר להם לאו דשימה במקומו וחייבים כיון דמשעת שימה עשו לגמרי כל האיסור ע"כ וכ"ש לפי סברת ר"י שהביא הסמ"ג במל"ת סי' ק"ץ שהמלוה לוקה כשגובה שהרי נגמרה השימה דאפשר דעדים לוקין לאלתר משום דלא שייך בהו גבייה, הן אמת שהרב בג"ת רצה לייחס סברא זו להרמב"ם והא ליתא מדלא הביא במנין הלאוין. וראיתי להרב בעל בני שמואל בביאורו לח"מ סי' ל"ד שרצה להוכיח מדברי הנמוקי הללו דעדי רבית הם חייבי מלקות אלא שאח"כ כתב דאין הדעת סובלתו דהיאך יתחייבו העדים והערב מלקות והא לאו שאין בו מעשה הוא ואין לוקין עליו וכתב שדברי הנמוקי ל"ד אלא כל שעוברים בל"ת קרי ליה חייבי מלקות ודעתו דכל חייבי ל"ת סתם פסולין מה"ת ע"כ ול"נ דהכא כיון שחתמו בשטר הוי לאו שיש בו מעשה שהחתימה היא המעשה וכן ערב משכחת לה גוונא דאיכא בו מעשה שהרי ברישׁ פרק א"נ אמרינן דר"א בן יעקב ורבי נחמיה פוטרים את המלוה ואת הערב מפני שיש בהם קום עשה ולפי המסקנא מיירי בדלא גבה הרבית ואפ"ה לא פטרינן לערב מפני שהוא לאו שאין בו מעשה משום דמשכחת לה מעשה כגון שנשא ונתן ביד או שחתם בשטר שהוא ערב וכ"נ מדברי בעל החינוך שכתב שטעם פטור העדים ממלקות הוא משום דאפילו המלוה אינו במלקות ואינו בדין דהני דאתו מחמתיה יתחייבו מלקות ואם כדברי הרב ב"ש תיפוק ליה משום דהוי לאו שאין בו מעשה שאין לוקין עליו אלא ודאי דמשכחת לה ע"י מעשה ומש"ה איצטריך לטעמא אחרינא שהוא טעם כולל ועוד אני אומר דאף שלא חתמו בשטר אפשר שלוקין אע"ג דהוי לאו שאין בו מעשה משום דכיון דמשכחת לאו זה ע"י מעשה אף בדליכא מעשה לוקין וראיה ממ"ש רבינו בפי"ג מהלכות שכירות דאם חסמה בקול לוקה ותמה ה"ה דהא לאו שאין בו מעשה הוא ותירץ דשאני חסימה כיון שישנה במעשה גמור אף החסימה בקול הוא כמעשה ע"כ והקשה עליו בעל ל"מ דא"כ מאי פריך בגמ' מעדים זוממין לחסימה הא בעדים זוממים לא משכחת מעשה ותירץ דלפי מ"ש רבינו בפ"ט מהלכות עדות משמע דאדם יכול להעיד בכתב ידו אם כן עדים זוממין נמי יכול להיות במעשה שיכתוב עדותו והוי כחסימה ע"כ ואם כן גבי עדי רבית נמי כיון דמשכחת לה על ידי מעשה כגון

בחתימה אף שלא חתמו לוקין דומיא דעדים זוממים אלא שאעיקרא דדינא יש להסתפק אם העדים עוברים בל"ת במלוה על פה וכמו שנסתפק מהרא"ש בתשובה סי' קס"ב, הן אמת שחילוק זה שכתב ה"ה הרב בעל החינוך אזיל לאידך גיסא שכתב במצות שמ"ה ושמ"ו דכל לאו שאפשר לעבור עליו מבלי מעשה אע"פ שנעשה בו שום מעשה לאו שאין בו מעשה נקרא ולפ"ז קשה דאמאי איצטריך לבקש טעם לפטור העדים ממלקות תיפוק ליה דכיון דאפשר לעבור עליו מבלי מעשה לאו שאין בו מעשה נקרא ואפשר לומר דס"ל דליכא לאו אלא בשטר וכמו שנסתפק מהרא"ש וא"כ לא משכחת לאו זה אלא ע"י מעשה אך בעל כנסת הגדולה בח"מ סי' נ"ב בהגהת ב"י אות ג' כתב דאפילו במלוה על פה פסילי ולפ"ז לה"ה לוקין אף שלא חתמו ולבעל החינוך אינם לוקין אף כשחתמו משום דהוי לאו שאין בו מעשה. נחזור למ"ש דעדים החתומים בשטר לאו שיש בו מעשה הוא ואפשר שלוקין עליו ומה שרבינו לא מנאו במנין הלאוין הוא מטעם בעל החינוך והשתא אתו דברי הנמוקי כפשטן, עוד כתב בב"ש שדעת הרמב"ן שפסל עדים החתומים בשטר שכתוב בו רבית הוא משום דס"ל דכל חייבי ל"ת סתם פסולין מה"ת ע"כ ואין זה הכרח דאפשר דמדרבנן פסלינהו וכמ"ש לעיל אך מדברי התוס' בפ' א"נ נראה דס"ל דעדי רבית פסולים הם מה"ת וא"כ על כרחין אית לן למימר או דס"ל דחייבי מלקות הם או דכל שעברו על ל"ת פסולים אע"ג דליכא מלקות וכמו שדקדק בעל ב"ש מדברי הנמוקי בפרק זה בורר. עוד ראיתי למוהר"י אשקאפה בביאורו לח"מ סי' נ"ב שכתב פסול העדים הוא משום דהוי עבירתם בענין עדות עצמו והוי כמו עדים שהעידו שקר דפסולין הם לעדות ע"כ ואין דמיונו עולה יפה דשאני התם דבמה שאנו חושדים את העדים שאפשר שהם מעידים שקר כבר עשו עבירה כזו אבל עדי רבית אף שעבירתם בענין עדות לא הוי דומיא דמה שאנו חושדים אותם וראיה לזה שהרי התוס' והנמוקי שרצו לפסול העדים הוצרכו לומר דקי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס ואי דמי לעדים שהעידו שקר אפילו לרבא פסילי דהא עד זומם פסול לכ"ע אלא ודאי כדכתיבנא ועוד דשאני עד זומם דרע לשמים ורע לבריות הוא ומש"ה פסול אפילו לרבא וכדאיתא בפרק זה בורר (דף כז) אבל עדי רבית אם הרבית מפורש לא תיבעי לך דפשיטא דלאו רע לבריות הוא אלא אפילו ברבית כלול לא הוי רע לבריות דהא ברצון הלוה היה ונהי שהתורה אסרה אפילו מדעתו מ"מ לא הוי כי אם רע לשמים. הנה נא הארכנו מילין לבאר פסול עדי רבית אם הוא מה"ת או מדרבנן אך התוס' וסיעתם כתבו דכשרים משום דלא תשימון לאינשי במלוה משמע להו ולא בעדים ולכך כשרים כדאמרינן נמי לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו ע"כ וי"ל שהתוס' עצמם כתבו בפרק זה בורר

עלה דההיא דהוסיפו עליהם הגזלנין והחמסנים משום דמעיקרא סבור דמי קא יהיב אקראי בעלמא הוא כו' וליפסל מדאורייתא דקא עבר אלאו דלא תחמוד וי"ל דלא תחמוד משמע דלא יהיב דמי וכי יהיב דמי ליכא לאו דחמוד כלל וחזרו והקשו מהא דאמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו ומשמע לאינשי דוקא הוא דמשתמע כך אבל הם טועים דלא תחמוד הוי אפילו בדיהיב דמי ע"כ משמע דכוונתם הוא דאע"פ שטועים היה ראוי לפסול אותם מדרבנן דומה למ"ש התוס' עלה דמתני' דואלו הם הפסולים דמלוה ברבית קצוצה אינו פסול לעדות אלא מדרבנן משום דלא משמע ליה איסורא כיון דמדעתיה יהיב משמע מדבריהם דלא מהני ה"ט דטועים אלא שלא לפסול אותם מה"ת אבל מדרבנן מיהא פסולים ואילו הכא הכשירו העדים משום דטועים הם אפילו מדרבנן וי"ל דשאני היכא שהם יודעים שיש איסור באותו מעשה כגון חמידה אלא שהם מחלקים מדעתם דהיינו דוקא בדלא יהיב דמי אז הוא דפסילי מיהא מדרבנן אבל היכא שהם טועים דמעולם לא נאסר להם איסור זה אז אפילו מדרבנן כשרים דומיא דעדי רבית וכעין חילוק זה חלק מהר"ש הלוי ז"ל הובאו דבריו בתשובת בעל פני משה ח"ב סי' כ"ח וההיא דהמלוה ברבית נמי יודה הוא שהרבית אסור אלא שטועה דהוי דוקא ע"כ אבל מדעתיה לא ומש"ה פסול מדרבנן דומיא דחמידה ואף שלא ביארו התוס' במאי מוקי המלוה קרא ע"כ אית לן למימר דאית חד גוונא דמוקי לקרא בהכי דאלת"ה א"כ העובר על אחד מהחוקים לא יפסל משום דלא משמע ליה איסור וההיא דכתב רבינו בפי"ב מהלכות עדות ראוהו קושר או מתיר בשבת צריכין להודיעו שזה חילול שבת מפני שרוב העם אינם יודעים זה ומשמע מדברי האחרונים שאם לא הודיעוהו שהוא כשר התם נמי טועה בעיקר הדין שסובר שאין הקשר או ההיתר מלאכה ודמי לעדי רבית אבל אם היה יודע שהקשר או ההיתר אסור אלא שהיה טועה שאין מין קשר זה או היתר זה אסור אז היה פסול מיהא מדרבנן דומיא דחמידה או מלוה ברבית אבל כיון שטועה בעיקר הדין כשר כללו של דבר כל היכא שיודע שבזה המעשה שעושה היה בא לכלל איסור אלא שטעה שבאופן זה שעושה אותו ליכא איסור אז פסול מדרבנן אבל כשטועה שאין במעשה שום צד שיבא לכלל איסור אז כשר אפילו מדרבנן. אך קשה מעובדא דהנהו קבוראי דקבור נפשא ביו"ט ואכשרינהו רב הונא משום דסברי מצוה קא עבדי ולפי מה שכתבנו היה לו לפסול אותם מדרבנן שהרי יודעים היו שחפירה אסורה ביו"ט אלא שטעו דלגבי מת ליכא איסור ודמי לחמידה ומלוה ברבית ודוחק לומר דאכשרינהו רב הונא מה"ת קאמר משום דרב פפא היה פוסל אותם מן התורה ואפשר לומר דשאני התם שטועים שעושים מצוה בדבר שאז אין ראוי לפסול אותם

אפילו מדרבנן מאחר שכוונתם לש"ש אבל היכא שהטעות הוא רשות אז יש חילוק בין הטעות וכדכתיבנא ובזה ניחא מ"ש מהרי"ל בתשובה שהמלוה מעות של יתומים ברבית קצוצה כשר משום דסבר מצוה קא עביד אך קשה ממ"ש הרשב"א ז"ל דהמלוה מעות של עכו"ם ברבית כשר משום דלא משמע לאינשי איסורא והא התם דליכא מצוה ואפ"ה לא פסול אפילו מדרבנן. עוד נראה לחלק ולומר דכל היכא דליכא חמוד ממון אז תלינן שטעה וכשר הוא אפילו מדרבנן לפי שרחוק הוא שיעשה איסור בלתי תכלית אבל היכא דאיכא חמוד ממון אף דאיכא למימר שטעה דיינו לומר דמהני ה"ט שלא לפוסלו מה"ת אבל מדרבנן מיהא פסול משום דאיכא למימר דמחמת חמוד ממון עבר על מ"ש בתורה במזיד ומש"ה גבי חמידה ומלוה ברבית דאיכא חמוד ממון פסול מדרבנן אבל גבי עדי רבית דליכא חמוד ממון כשרים ועובדא דהנהו קבוראי איכא למימר דלא היה בשכר כפשטא דשמעתין וא"נ כפירש"י שהיה בשכר איכא למימר מצוה שאני וכמ"ש לעיל ובזה ניחא מ"ש מרן בח"מ סי' נ"ד על דברי הרב הנמוקי דלוה ברבית אינו פסול אלא מדרבנן ומכלל דבריו למדנו דערב ועדים כיון שלא נתנו כלום לא מיפסלי ע"כ והקשו על מרן ז"ל דאכתי דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכי היכי דלוה מדרבנן מיהא פסול ה"נ ערב ועדים ולפי מ"ש ניחא דשאני לוה דאיכא חמוד ממון וכמ"ש הרא"ש בפרק זה בורר שאם לוה מחמת חימוד ממון שהוא צריך למעות לעשות בהם צרכיו הוא עובר על לאו דלא תשיך והתימה על מהרש"ל בתשובה חי"ד סי' י"ד שהקשה לרבינו דהלוה למה יפסל דהא איכא מלקות ולא חמוד ונעלם ממנו דברי הרא"ש הללו דבלוה נמי איכא חמוד ממון ומשום הכי פסל אותו הנמוקי מדרבנן אבל ערב ועדים כיון דליכא הנאה ואיכא למימר דטעו כשרים הם אפילו מדרבנן וכל עצמו של מרן לא בא ללמוד אלא דכי היכי דלהנמוקי הלוה טועה ה"נ הערב והעדים טועים אבל לענין דינא חלוקים הם ומטעמא דכתיבנא והרב בעל פני משה ז"ל בחלק ב' סי' ק"ה נדחק בדברי מרן ז"ל הללו וכתב דאזיל לשיטת הסוברים דבפסולי דרבנן בעינן רשע דחמס ולפי מ"ש אין צורך דאף למאן דאמר דבפסולי דרבנן לא בעינן רשע דחמס מ"מ כל היכא דאיכא למימר שטעו וליכא חימוד ממון כשרים הם אפילו מדרבנן ובזה ניחא דברי רבינו והרשב"א ומהרי"ל ז"ל דכולהו מיירי בדליכא חימוד ממון ומש"ה כשרים. אך מדברי הריב"ש סי' תי"ג משמע שחולק על חילוק זה דאף בדאיכא חימוד ממון ס"ל דכל דאיכא למימר שטעה בדין כשר הוא אפילו מדרבנן וצ"ע:

עוד כתבו התוס' בשם ריב"ם דעדים אינם פסולים דאינן עדי חמס דאינם מרויחים כלום בדבר והתוס' תמהו על זה דהא קי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס ואפשר לומר דמאי

דקאמר אינם פסולים הוא מדאורייתא וס"ל כרבינו דאינם נפסלין מן התורה אלא בלאו שיש בו מלקות או חימוד ממון וכל עצמו של ריב"ם לא בא לומר אלא דלא דמו עדים למלוה דמלוה שאני דאיכא חימוד ומשום הכי פסול מה"ת אבל עדים דליכא חימוד כשר מה"ת ואע"ג דאכתי פסול מדרבנן דלא גרע מאיסורי דרבנן מ"מ ס"ל דכיון דלא הכריחו עליהם כשרים הם וזה חולק על מה שכתבנו לעיל אי נמי אפשר לומר דס"ל דאפילו מדרבנן לא מיפסל משום דס"ל כמ"ד דבפסולי דרבנן בעינן חימוד ממון ואע"ג דלא נאמר דין זה אלא בעבירה דרבנן אבל בעבירה דאורייתא אע"ג דליכא חימוד מיפסל מדרבנן ריב"ם ס"ל דלא שנא ולפי דבריו למדנו דלא משכחת לאו שאין בו מלקות שיהא נפסל מדרבנן דאי איכא חמוד מה"ת מיפסל ואי ליכא כשר אף מדרבנן ועיין בפני משה ח"ב סי' ק"ה דמדבריו משמע דבפסולי דרבנן אף שהוא משום איסור תורה בעינן רשע דחמס. עוד ראיתי בהגהות מיימוניות בפ"י מהלכות עדות שכתבו בשם חכם אחד דהלכה כרבא דרשע דחמס בעינן וכבר תמה עליו בעל ההגהות דבגמ' איפסיקא הלכתא בהדיא כאביי וצ"ע:

עוד איכא טעמא אחרינא להכשיר העדים הובא בהגהות מרדכי דפרק איזהו נשך דלא עברי עדים משום לא תשימון אלא היכא שאינו מפורש בשטר שהוא רבית דדלמא אתי לכלל גבייה אבל היכא שמפורש בהדיא דלא אתי לכלל גבייה לא חשיב לא תשימון ע"כ והתוס' חולקים על זה מההיא דהמניח דאמרינן על ברייתא זו דשטר שכתוב בו רבית דמשעת כתיבה עבד שימה משמע דאף שמפורש הרבית קא עבר אלאו דלא תשימון ואין חילוק בזה בין מלוה לעדים ומדברי המרדכי יש ללמוד מה שנסתפק מהרא"ש סי' קס"ב אי במלוה על פה עוברים העדים משום לא תשימון דהא כיון דאפשר דלא אתי לכלל גבייה לא עברי:

כתב הרב בעל כנסת הגדולה בח"מ סי' ל"ד בהגהת הטור אות ל"ו בשם מהרא"ש ז"ל דהא דאמרינן דעדים כשרים משום דלא משמע להו איסורא כשהיה מלוהו בלא הם מיירי דאי לאו הכי תיפוק ליה דעברי אלפני עור ע"כ משמע דס"ל דמשום האי לא מיפסלי וכן כתבנו לעיל מההיא דכתב המרדכי עלה דההיא דבר בניתוס יע"ש וכ"כ מרן ז"ל בסוף פרק י"ב מהלכות עדות וכ"כ הרב בעל פני משה בח"ב סי' ק"ה דמשום לאו דלפני עור נמי מיפסל ומיהו למאן דאמר דאינו פסול מה"ת אלא בלאו שיש בו מלקות פשיטא שאינו פסול אלא מדרבנן דאליבא דכ"ע ליכא מלקות בלאו דלפני עור משום דהוי לאו שאין בו מעשה וכמ"ש הרב בעל החינוך וכ"כ מרן בהלכות עדות פי"ב. אך ראיתי למוהרימ"ט בחלק א"ה סי' מ"ג שכתב דמקלל אביו שלא בשם דאף דליכא

מלקות פסול משום דהוי בכלל ארור מקלה וגו' ואמרינן ארור בו קללה בו שבועה בו נדוי וקי"ל דעובר על החרם פסול מד"ת ע"כ. ולפי דבריו נראה דמשום לפני עור פסול מה"ת דהא כתיב ארור משגה עור וגו' וזה תימה דהוא עצמו כתב בתשובה דמשום לפני עור לא מיפסל אלא מדרבנן ואפשר לומר דס"ל דקרא דמשגה עור מיירי כפשוטו ולא במטעה את חבירו לאיסור ושאני קרא דלפני עור משום היקשא דחרש א"נ משום דכתיב ויראת מאלהיך וכמו שכתבו המפרשים משום הכי לא דרשינן ליה כפשטיה אלא במטעה חבירו לאיסור א"נ אפשר לומר דאף דנימא דמשגה עור הוי דומיא דלפני עור אכתי לא מיפסל מה"ת משום דאף דקיימא לן דעובר על השבועה פסול מה"ת היינו דוקא בעושה מעשה כגון נשבע על הככר שלא לאוכלה ואכלה אבל נשבע לאכול ולא אכל לא פסול דהא אין בו מלקות וזה פשוט וכמ"ש הריב"ש ז"ל סימן שי"א ולפי זה במקלל דקי"ל דהדבור הוא כמעשה אע"ג דבכל התורה כולה קי"ל עקימת שפתים לא הוי מעשה משום הכי כיון דאיכא שבועה מיפסל דהא לאו שיש בו מעשה הוא אבל לאו דלפני עור דטעמא דאין בו חיוב מלקות הוא משום דהוי לאו שאין בו מעשה כי נמי איכא שבועה לא תוסיף תת כחה דהא לא עשה מעשה כשעבר על שבועתו דהא קי"ל דעקימת שפתים לא הוי מעשה ומש"ה לא מיפסל אלא מדרבנן:

וכתב בעל כ"ה שם בשם שלטי הגבורים אם העדים שחותמין יודעים שיש איסור בדבר פסולים הם אליבא דכולי עלמא ע"כ וזה פשוט אך מאי דאיכא לספוקי הוא אם העדים הם נאמנים לומר ידענו שיש איסור ואע"פ כן חתמנו מי נימא דאינם נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע או דלמא לא דמי דשאני היכא שהוא מהוה האיסור דאז אינו נאמן אבל היכא שהאיסור ראינו בעינינו ולא מפיו אנו חיים אלא שהיינו תולין שמא לא ידע שהמעשה הזה הוא איסור אז אפשר דנאמן הוא לומר שעשה האיסור בידיעה ולכאורה היה נראה שיש ללמוד דין זה ממ"ש הרב הנמוקי בפרק זה בורר גבי עובדא דהנהו קבוראי דאיהו גריס והא שמתינהו ולא בעו שמתייהו ופי' מדלא באו לפני חכמים להתנצל לפניהם ולומר דלשם מצוה נתכוונו משמע דבמזיד עשו ע"כ ואי אמרת דאינם נאמנים כי לא באו לפני חכמים מאי הוי אכתי אפשר שבתחלה שוגגים היו ואח"כ חזרו בהם ואמרו שהם מזידים ומיהו יש לחלק בין היכא שאנו מכריחים הדבר מכח אומדנא ולא מפיהם של עדים להיכא שהעדים עצמם באים להעיד על עצמם שעשו האיסור במזיד דאז אינם נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע ועיין במשאת בנימין סי' כ"א:

ודע שהרמב"ן חולק על דברי התוס' וסבירא ליה דעדים נפסלים משום דעברי אלאו

דלא תשימון בין ברבית מפורש או כלול וכן היא סברת הרב הנמוקי בפרק איזהו נשך והתימה על מ"ש מרן בח"מ סי' ל"ד דמדברי הרב הנמוקי יש ללמוד דעדי רבית הם כשרים והרב הנמוקי כתב בהיפך וכבר תמה על זה בעל בני שמואל ועיין בפני משה ח"ב סי' ק"ה וה"ה נמי הוא מס' הרמב"ן ומיהו אם השטר היה ממעות יתומים או שהיה אפוטרופוס של עכו"ם בענין שאפשר לטעות אליבא דכ"ע כשרים שהרי אפילו המלוה כתבו הראשונים שכשר משום דלא משמע ליה איסורא וכל שכן העדים. ומהרימ"ט בחלק ח"מ סימן כ' הוסיף לומר אפילו מעות אלמנה ומהרש"ל בחלק יורה דעה סימן י"ד כתב דבמעות אלמנה פסולים וחזר עוד וכתב דהרמב"ן חולק אף במעות יתומים וס"ל דהעדים פסולים ואין מדברי הרמב"ן הכרח והרשב"א כתב דהמלוה מעות יתומים ברבית קצוצה אינו נפסל וכ"ש עדים וזה פשוט וכ"כ מהרשד"ם בח"מ סי' ר"ב:

ולענין הלכה דלדברי התוס' העדים כשרים ולהרמב"ן פסולים אם יכול הלוה לומר קים לי כהרמב"ן ז"ל דפסיל לעדים ומהימן לומר פרעתי או לא היו דברים מעולם נראה דזה תלוי בפירושא דההיא סוגיא דפ"ב דכתובות דג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער וכו' ופריך בגמרא אם ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו ופירש"י דלא מתכשר כיון דהוו תרי ותרי וכן פירשו הרי"ף והרא"ש וכן פסק רבינו בפי"ב מהלכות עדות ואך רבינו חננאל ובעל המאור כתבו דכיון דהוי תרי ותרי העדים כשרים משום דאזלינן בתר חזקה דגופה ומוקמינן להו אחזקתייהו ומוציאין ממון על פי עדותם ולא מהני חזקה דממון. ונראה דמחלוקת הפוסקים הוי כדין תרי ותרי וכ"כ מהרש"ח בתשובה סי' כ"ד ולפ"ז לרבינו חננאל ובעל המאור לא מצי הלוה לומר קים לי כהרמב"ן דפסיל לעדים משום דאיכא למימר כיון דספק הוא אוקי גברא אחזקתיה ואפילו להוציא ומיהו אכתי יכול הלוה לומר קים לי כהרמב"ן וקים לי כרש"י וסייעתיה דסברי דחזקת ממון עדיף ואף דמוהריב"ל כתב דבתרי ספיקי קים לי מפקינן מיד המוחזק מ"מ הרואה יראה שרוב האחרונים חלקו עליו וסוברים דאפילו בספק ספיקא אין מוציאין מיד המוחזק ואף הרב עצמו לא עמד בשמועתו וכמו שנראה מתשובותיו ול"נ ראיה לדבריהם מההיא דסוף פ"ק דגיטין גבי הולך מנה לפלוני והלך ולא מצאו כו' דאמרינן התם וחכ"א יחלוקו משום דמספקא להו ופירש"י אי כזכי דמי אי לא ואי מצוה לקיים אי לא ע"כ והרי התם דאיכא ס"ס ספק אי הולך כזכי דמי אי לא ואף את"ל דלא כזכי דמי אכתי אפשר דמצוה לקיים דברי המת ואפ"ה אמרינן דיחלוקו ולא זכו יורשי מי שנשתלחו לו בכל המנה ואף שאפשר לומר דמ"ש רש"י ואי מצוה כו' הכוונה היא או כלומר דאפשר דמאי דמספקא להו לחכמים הוא אי הולך כזכי דמי אי לא אבל לעולם דס"ל דאין מצוה לקיים

דברי המת וכרבי נתן וכרבי יעקב או דלא מספקא להו אלא אי מצוה לקיים אי לא אבל לעולם דס"ל דהולך לאו כזכי ולפי צד זה לא אמרו חכמים דיחלוקו אלא היכא דמת משלח דאיכא ספק אי מצוה לקיים אי לא אבל אם לא מת פשיטא לה דיחזרו למשלח משום דהולך לא כזכי ולפ"ז ליכא אלא חד ספק ולעולם דאי איכא תרי ספיקא מוציאין מיד המוחזק וכמו שכתב מהריב"ל. מ"מ הרואה יראה שדברי רש"י הם דחוקים לפי פירוש זה ועוד דפשטא דשמעתא משמע דמאי דאמרו חכמים יחלוקו קאי לכל מה שנשנה בברייתא בין היכא דלא מת משלח בין היכא דמת ולפי מה שפירשנו בדברי רש"י לפי הצד הב' חלוקת חכמים לא קאי אלא להיכא דמת משלח אבל היכא דלא מת מודו לת"ק וזה דוחק ומלבד זה הדבר בא מבואר בדברי רש"י עלה דמאי דאוקמוה להאי ברייתא בשכיב מרע ופירש דמאי דמספקא לחכמים הוא אי כר"א אי כרבנן והיכא דמת נמי מספקא להו אי מצוה לקיים דברי המת או לא ע"כ הרי הדבר מבואר דס"ל לרש"י דחכמים תרי ספיקי מספקא להו ואפילו דמת משלח דאיכא ס"ס ספק אי הלכה כרבנן ודברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו ואף את"ל דהלכה כר"א ספק אי מצוה לקיים דברי המת אפ"ה אמרינן דיחלוקו ולדידי הדברים ק"ו אם במקום דאם היה ספק אחד היינו אומרים דיחלוקו אפ"ה לא אהני הספק האחר ולא כלום לדידן דקי"ל דכל דאיכא ספק אוקי ממונא בחזקת מריה לא כ"ש שנאמר דלא מהני הספק האחר להוציא מן המוחזק. שוב ראיתי בתשובת הרב בעל פני משה ח"א סי' י"ט שכתב על קושיא אחרת שהקשו על האיך כללא דמהריב"ל ג' חילוקים והראשון והשני אינם צודקים לקושייתנו אך הג' הוא דדוקא לדידן דאית לן בכל ספיקא דדינא חומרא לתובע וקולא לנתבע אז הוא דאמרינן דאי איכא תרי ספיקי מפקינן מיד המוחזק אך למ"ד דכל ספיקא דדינא יחלוקו אין חילוק בין חד ספיקא לתרי ספיקי וחילוק זה הוא צודק לקושייתנו אך אעיקרא דדינא הסברא היא תמיהא בעיני דאדרבא הדברים הם ק"ו וכמ"ש בין הכי ובין הכי כבר הסכים הרב הנזכר שם דלא קי"ל כהאיך כללא דמוהריב"ל ועוד כיון דהתרי ספיקי הוו פלוגתא דרבוואתא כבר כתבו קצת מהאחרונים דכחד ספיקא דמי ומהריב"ל גופיה מסתפק בכלל זה וכמו שנראה מתשובותיו וא"כ הדרינן למאי דכתיבנא דיכול הלוה לומר קים לי כהרמב"ן וקים לי כרש"י וסייעתיה דסברי דחזקת ממון עדיף ועוד הייתי רוצה לומר דהכא אליבא דכ"ע חזקת ממון עדיף משום דשאני התם דלדברי הכת האחת הם כשרים לגמרי שלא עשו איסור אבל הכא אף לדברי התוס' כבר עשו איסור אלא שמכשירים אותם משום דשמא לא ידעו שזה איסור אבל אינם בחזקת כשרים לשנאמר אוקמיה אחזקתיה ויש ללמוד דין זה ממ"ש הרב בעל פני משה ח"ב סימן ק"ה

דבעברו איסור דרבנן ויש מחלוקת מהפוסקים אי בעינן חמוד ממון לפסול אותם אי לא דאף ר"ח יודה בזה דחזקת ממון עדיף משום דלכ"ע רשע הוא דעבר על דברי חכמים וליכא למימר אוקמיה אחזקתיה אך רואה אני את דבריו שם שאחר שכתב דהריב"ש חולק על הרשב"א כתב דהוי מחלוקת הרי"ף ור"ח משום דלהריב"ש כשרים הם כיון שאינם יודעים והוי ממש כרבית דלדברי התוס' כשרים הם כיון שאינם יודעים וא"כ הוי מחלוקת הרי"ף ור"ח וכבר כתבנו דמצי הלוה למימר קים לי אך ראיתי למהר"ם ז"ל שכתב שם דהכא אפילו הרי"ף יודה דחזקת כשרות עדיפא דשאני ב' כיתי עדים דאז אמרינן חזקת ממון עדיף לפי שאם נאמר חזקת כשרות עדיף נפסול את העדים המעידים שהוא גזלן ונוציא אותם מחזקתם אבל במחלוקת הפוסקים אליבא דכ"ע חזקת כשרות עדיף. אך מדברי מהרש"ח בסימן כ"ד נראה דלא ס"ל חילוק זה שהרי הוקשה לו מסברת הרי"ף ותירץ דשאני נדון דידיה דליכא חזקת ממון ואם איתא לחילוק מהר"ם א"צ לזה כמבואר שם ומדברי הרשב"א שהביא מרן בח"מ סי' ל"ד מחודשין ג' יש קצת הוכחה דלא כדברי מהר"ם שכתב ואם יצא עליו קלא דלא פסיק כו' לא מפקינן ממונא אפומיה כו' ואי כדברי הרב התם קול בעלמא הוא ואת"ל דמוקמינן גברא אחזקתיה לא נפסול לאדם אחר שהרי קול בעלמא הוא וא"כ מן הדין היה לאוקומיה אחזקתיה אלא ודאי משמע דבכל גוונא דאיכא ספק פסלות חזקת ממון עדיף וא"כ בפלוגתא דרבוותא נמי חזקת ממון עדיף:

ודע שהרב בג"ת כתב שיכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן דפסיל לעדים וכ"כ בעל הבית חדש וש"ך בח"מ סי' נ"ב אך מוהרשד"ם בח"מ סי' כ"ב כתב דכתוס' נקטינן וכבר תמה עליו מהרש"ל חי"ד סי' י"ד ואם היה רבית דרבנן אפשר שלא יוכל הלוה לומר קים לי משום דהשתא איכא ג' ס"ס אי הלכתא כדברי התוס' אי לא ואת"ל דלא דילמא קי"ל כמ"ד דבעבירה דרבנן בעינן חמוד ממון וכבר הביא מרן מחלוקת זה בח"מ ריש סימן ל"ד ואף את"ל דאף בעבירה דרבנן לא בעינן חמוד ממון דילמא בעינן הכרזה אף לאותה עדות וכמו שנראה מדברי הריב"ש סי' תק"ב וכבר כתבו קצת מהאחרונים דבדאיכא ג' ספיקי מוציאין מן המוחזק וכן פסק הרב בעל פ"מ בח"א סימן כ"ד אך הרב בעל כנה"ג בכללי הקי"ל פסק שיכול המוחזק לומר ב' קים לי. ומיהו אפשר לומר דבנ"ד אליבא דכ"ע לא מצי הלוה לומר קים לי דע"כ לא כתבו רבוואתא דמצי אלא היכא דאית ליה חזקת ממון דאלים וליכא חזקה כנגדה אבל הכא דאיכא חזקת כשרות נהי דלהרי"ף חזקת ממון עדיף מ"מ לא אלים כל כך חזקת ממון לומר ג' קי"ל ואפשר דכל כי האי חזקת כשרות עדיף. וכתב בג"ת בח"ב סי' ג' דברבית דרבנן גם להרמב"ן לא יפסלו העדים

כיון דלא עברי אדאורייתא ואם הכוונה היא משום דליכא חמוד ממון או משום דליכא הכרזה כבר כתבנו דגם זה במחלוקת הוא שנוי ואפשר דס"ל דברבית דרבנן אף הרמב"ן יודה דלא משמע לאינשי איסורא משום דסברי העדים דדוקא למלוה ולוה דאיכא חמוד גזרו חכמים כי היכי דלא ליתו לאיסרוכי אבל גבי עדים דליכא חמוד לא גזרו חכמים:

ומ"ש רבינו דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים זה מוסכם ואם חייב לצאת ידי שמים ולהחזיר בזה יש מחלוקת דהנמוקי כתב בשם הר"ן דבבא לצאת ידי שמים חייב להחזיר ויש לתמוה שהנמוקי עצמו כתב בשם הר"ן עלה דההיא דאכל שיעור זוזי אי מסלקינן ליה דאפילו בבא לצאת ידי שמים אינו חייב להחזיר וכן קשה בדברי הרשב"א דמהתשובה שהביא מרן דרבית מאוחרת אינו ניתן לחזרה ואפילו בבא לצאת י"ש משמע דאבק רבית ניתן לחזרה בבא לצאת ידי שמים אלא דשאני רבית מאוחרת דקיל טפי ודלא כבעל ג"ת בחלק ג' סי' י"ח שהבין מתשובת הרשב"א הלזו דכל אבק רבית לא ניתן לחזרה אפילו בבא לצאת ידי שמים וכן כתב מרן סי' קס"ו דלהרשב"א באבק רבית בבא לצאת ידי שמים צריך להחזיר ואע"ג דממ"ש בשם הרשב"א נראה בהיפך כבר כתב מהרא"ש סי' רכ"ו שיש חסרון לשון בדברי הרשב"א וכן נראה ממ"ש הרב הנמוקי בשם הרשב"א ז"ל עלה דמתני' דהמלוה את חבירו לא ידור בחצרו חנם דאם כבר דר בו אפילו בבא לצאת ידי שמים לא צריך כיון דלא מידי חסריה משמע דבשאר אבק רבית בבא לצאת ידי שמים חייב ואילו הריב"ש כתב בסי' שצ"ב בשם הרשב"א דאין חייב להחזיר אפילו בבא לצאת ידי שמים וצ"ע. ונראה דלדעת התוס' אפילו בבא לצאת ידי שמים פטור שהרי מה שהכריחו להנמוקי לומר דחייב הוא משום דמדר"י ברבית קצוצה נשמע לר"א באבק רבית וכיון דלר"י ברבית קצוצה בבא לצאת ידי שמים חייב מהכרח התוס' ה"נ לר"א באבק רבית ומהכרח זה הכריח הריב"ש בסי' שצ"ב דבבא לצאת ידי שמים חייב ואילו התוס' כתבו בפרק הגוזל קמא ובר"פ א"נ דלר"י ברבית קצוצה אינו חייב להחזיר אפילו בבא לצאת ידי שמים ואין ספק דכ"ש אבק רבית לר"א דלא אלים מרבית קצוצה לר"י. ודע שכתוב בתשובת מהרש"ך ז"ל ח"ג סי' ב' בשם הריטב"א דאבק רבית בדבר המסויים חייב להחזיר בבא לצאת ידי שמים ושמעינן לה מרבית קצוצה לר"י שאינה יוצאה בדיינים ואפילו בבא לצאת ידי שמים והוא מודה שחייב הוא ובניו להחזיר בדבר מסויים וה"ה לאבק רבית ע"כ ויצא לו דין זה ממאי דפריך בריש פרק א"נ לר"י מברייתא דהניח להם אביהם כו' והדר פריך אי עשה תשובה מאי בעי גביה ומאי קשיא הא לר"י אינו חייב להחזיר אפילו בבא לצאת ידי שמים אלא ודאי דבדבר מסויים מודה ר"י דחייב וה"ה לאבק רבית לר"א ודברי התוס' בפרק א"נ בד"ה אי עביד תשובה

אפשר להעמיסם בסברת הריטב"א דמשום לעז ובושה חייב להחזיר אך ממ"ש בפרק הגוזל קמא (דף צד) משמע דס"ל דלר"י אפילו רבית קצוצה ודבר מסויים אינו חייב להחזיר אפילו בבא לצאת ידי שמים וקושיית הגמרא אינה אלא דאי עבד תשובה מאי בעי גביה דאיבעי ליה למוכרו או להוציא מתחת ידו ומדלא חשש לכבודו א"כ אמאי חייבים בנים אבל לעולם דלהחזיר אינו חייב אפילו בבא לצאת ידי שמים ומינה דלדידן באבק רבית הוי דינא הכי. כתב בעל התרומות בח"ג דכל אבק דבשטר מוקי ליה ולא מגבינן דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכ"ש האי דאיסורא הוא ולא ניתן ליכתב ע"כ. דין זה מוסכם ואע"ג דמהריק"ו בשרש צ"ב כתב דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והביא כן מדברי המרדכי כבר דחו דבריו מהרשד"ם ומהרימ"ט וכמ"ש בעל כנה"ג סי' כ"ה וס"ז ואף למהריק"ו איכא הכא טעמא אחרינא דהוי איסורא ואפילו לב"ש לאו כגבוי דמי ואע"ג דבפרק איזהו נשך (דף ס"ב) אמרינן מאי קסבר אי קסבר שטר העומד לגבות כגבוי דמי הא עבדו איסורייהו ואי לאו כגבוי דמי הא לא עבוד ולא כלום משמע דלמאן דאמר שטר העומד לגבות כגבוי דמי הוי אף באיסורא י"ל דהכי קאמר אי קסבר דאף באיסורא שטר העומד לגבות כגבוי דמי או דילמא באיסורא מיהא מודה דלאו כגבוי דמי ומשני דבאיסורא מיהא מודה דלאו כגבוי דמי:

כתב הרא"ש כלל כ"ח סי' ט"ו ראובן שהלוה לשמעון חטין בשטר ובאו לדין לפני זקן אחד וחייב את שמעון והגבה לראובן שטר של ת"ק משמעון שהיה לו על לוי חזר שמעון וטען שאינו רוצה ליתן לו חטים שהוא רבית והשיב שהדין עם שמעון ואם בשביל שהכריחו הדיין לא נדיננו כאבק רבית שאינה יוצאה בדיינים דהיינו דוקא היכא שפרע מדעתו ע"כ:

ונראה מדבריו שם שאע"פ ששמעון לא טען בפני הזקן טענת רבית אלא שאחר כך אגמרוהו טענה זו מ"מ לא מיקרי שפרע מדעתו כיון שלא היה רוצה לפרוע וזה הוא יותר חידוש ממ"ש הרשב"א דהתם איכא למימר שהלוה מוחה מטעם רבית אבל לדעת הרא"ש כל שלא נתן הלוה למלוה מרצונו מאיזו סיבה שיהיה אף שהוא אבק רבית יוצאה בדיינים. והא דלא זיכה הרא"ש לשמעון מטעמא דטעה בדבר משנה וחוזר וכמ"ש הריב"ש בסי' ש"ה י"ל דס"ל להרא"ש דע"כ לא אמרינן דטעה בדבר משנה חוזר אלא דוקא במילתא דאפילו אי תפס מפקינן מיניה אבל במילתא דאי תפס לא מפקינן אז אינו חוזר הדין לפי שהתופס אינו זוכה מכח הדין אלא מכח התפיסה וכן נראה מדברי מהר"ש יונה סימן מ"ט ולפ"ז אי הוה אמרינן דאף שנתן הלוה אבק רבית שלא מדעתו שאינה יוצאה אף אם נעשה ע"פ הדיין אינו חוזר לפי שהמלוה זוכה במה שתפס מכח

התפיסה ולא מכח הדין ולפ"ז הוצרך הרא"ש לומר דתפיסה זו לא מהניא כיון שהיתה שלא מרצונו ואבק רבית כזה יוצאה בדיינין ומיהו אכתי אנו צריכין לטעמא דטועה בדבר משנה חוזר דאי לא פשיטא דמה שעשה עשוי וישלם הזקן מביתו אלא שהרא"ש ז"ל לא כתבו לרוב פשיטותו. ומיהו הריב"ש לא כתב טעמא דטועה בדבר משנה חוזר נראה דס"ל דאף במילתא דאי תפס לא מפקינן אם טעה הדיין בדבר משנה והתפיסו חוזר משום דאין כאן דין כלל ותפיסה כמאן דליתיה דמי ומיהו בעיקר טעמו של הרא"ש אפשר שאינו חולק הריב"ש ונלמד ממ"ש אחר זה היכא שהוציא המלוה מן הלוה בדיני האומות אלא דהיכא שהוציא ע"י ב"ד איכא טעמא אחרינא משום דטועה בדבר משנה חוזר. ועוד אפשר לומר דמ"ש שאם הגבו ב"ד אבק ריבית מן הלוה למלוה דלא עשו ולא כלום הוי מטעמא דכיון שלא נתן ברצונו יוצאה בדיינים וכמ"ש הרא"ש ז"ל ואיהו גופיה היכא שהוציא המלוה בדיני האומות וסמיך על מ"ש אחר זה אלא שאכתי הוקשה לו דנימא מה שעשה עשוי וישלם מביתו הדיין לזה כתב דליכא למימר הכי דכיון שטעה בדבר משנה חוזר הדין דליכא דינא כלל אבל לעולם דאי לא הוה אלא טעמא דטועה בדבר משנה לחודיה לא היה חוזר הדין וכמו שכתבנו לדעת הרא"ש:

כתב הטור וז"ל וכתב הראב"ד נהי שאינה יוצאה אם תפס לוה משל מלוה לא מפקינן מיניה וא"א הרא"ש כתב אפילו תפס מפקינן מיניה דאחר שנתנו לוה למלוה הוא שלו. והרב הנמוקי כתב שהרשב"א והר"ן חלקו על הראב"ד משום דא"כ היכא שאכל שיעור זוזי אמאי לא מסלקינן ליה דהא תפס לוה וקרקע בחזקת בעליה עומדת אלא כל שאכל מדעת הלוה אפילו תפס מדעת הלוה מפקינן מיניה ע"כ ולזה אפשר לומר דטעמא דמאי דאמרי דאי אכל שיעור זוזי לא מסלקינן ליה הוא משום שהמלוה הוא מוחזק בקרקע ואי מסלקת ליה חשיב כאפוקי מיניה וכמ"ש בעל המאור בשם רבינו אפרים וכ"כ הרב בעה"ת בשם הראב"ד בח"ג סי' ה' דטעמא דמשכנתא הוא משום דאמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום אבל בשאר אבק ריבית מסלקינן ליה בלא זוזי ואף שדין זה דהראב"ד דאם תפס במשכנתא אמרה וכמ"ש בעל התרומות בח"ג סי' כ' אפשר לומר דמיירי לאחר שחזר הקרקע ללוה שאינו מוחזק המלוה בקרקע ואף דנימא שתפס בהיותה ממושכנת מ"מ לא מיקרי מוחזק המלוה אלא כנגד מעותיו שהלוה על השדה ומש"ה לא מסלקינן ליה אבל במה שתפס הלוה לא מיקרי המלוה מוחזק בשביל המשכנתא ומש"ה מהניא תפיסה. אך מה שקשה לסברת הראב"ד הלזו הוא משום דחזינן בגמרא דאפילו לרבא דאמר אכל שיעור זוזי מסלקינן ליה מודה דלא מחשבינן משטרא לשטרא וא"כ פשיטא דאף דנימא דהיכא דלא הוי משכנתא מסלקינן פשיטא שאין מחשבין משטר לשטר

כי היכי דלרבא אף דמסלקים אינם מחשבים וכ"כ הרב בעל פני משה בח"א סי' כ"א ואי אמרת דתפיסה מהני אמאי לא מחשבינן הרי תפס והכרח זה כתבו הריב"ש בסי' ש"ה ושצ"ב. ואפשר לומר בדוחק דס"ל להראב"ד דשאני התם דמעיקרא כשבאו המעות לידו נתחייב לתתם למלוה וכיון שכן לאו כל כמיניה לחזור ולתופסם בעד אבק רבית אבל כל היכא שתפס מן המלוה בשביל הרבית שלא נתחייב לתתם לו מהני תפיסתו. וראיתי להרב בעל גדולי תרומה בח"ג סי' ה' שהוקשה לו דברי הראב"ד הללו מיניה וביה לפי שהרב בעל התרומות בסי' כ' כתב דע"כ לא קאמר הראב"ד ז"ל דאי תפס תפס אלא במשכנתא אי נמי בזביני דמנפשיה קא אכיל להו לפירי אבל רבית מוקדמת ורבית מאוחרת דמדעתיה קא יהיב ליה מאי דיהיב יהיב ואי תפס מהדרינן ליה והראב"ד כתב דע"כ לא אמרינן דאין מנכין מן החוב מה שאכל אלא במשכנתא אבל בשאר אבק רבית מנכין מן החוב מה שאכל והשתא איכא לאתמוהי דממ"ש גבי משכנתא ואין מנכין מן החוב אבל אם תפס תפס משמע דס"ל דתפיסת החוב עצמו גרע ממאי דתפס בתר הכי מהמלוה ואילו בשאר אבק רבית כתב דמנכין אבל אי תפס בתר הכי לא מהני משמע דתפיסת החוב עצמו עדיפא ממאי דתפס בתר הכי וזהו היפך ממ"ש גבי משכנתא זהו תורף קושייתו והאריך בזה יע"ש ול"נ דאין כאן קושיא כלל משום דתפיסת החוב עצמו פשיטא דעדיף ממה שתפס בתר הכי מהמלוה והטעם הוא כמו שפירש"י דטעמא דמ"ד דאכל שיעור זוזי מסלקינן ליה הוא משום דזה זריז הוא ואינו מניחו לאכול אלא כדי הקרן וכ"כ הרב בעל גידולי תרומה שם טעם זה להרא"ש ובדין היה דבמשכנתא יועיל תפיסת החוב עצמו מכ"ש דתפיסה דבתר הכי אלא דאיכא טעמא לפי שהמלוה הוא מוחזק בקרקע ואמרינן ארעא היכא דקיימא תיקום ואי מסלקת ליה בלא זוזי כאפוקי הוא אבל במה שתפס בתר הכי שאינו מוחזק המלוה בו וכמ"ש לעיל מהני תפיסה ובשאר אבק רבית מהני תפיסת החוב עצמו כיון שאין המלוה מוחזק כי היכי דמהני תפיסה דבתר הכי גבי משכנתא אבל תפיסה דבתר הכי לא מהני בשאר אבק רבית כיון דמדעתיה קא יהיב וטעם זה אינו מועיל לתפיסת החוב עצמו משום דאיכא למימר דמה שהלוה נותן לו הוא מפני שהוא סומך על מה שיש בידו מחובו ולא גמר ויהיב אבל בתפיסה דבתר הכי דלא שייך ה"ט לא מהני כיון דמדעתיה קא יהיב אבל במשכנתא דמנפשיה קא שקיל מהני תפיסה דבתר הכי והרב בג"ת כתב מתוך קושייתו דע"כ לא קאמר הראב"ד דלא מהני תפיסה אלא ברבית מוקדמת ומאוחרת שהלוה נותן למלוה מבלי שום חיוב ותנאי ומש"ה כי תפס מפקינן מיניה כיון דמדעתיה יהיב וה"ה דאין מנכין מן החוב בשביל רבית מוקדמת אבל גבי עיסקא וכיוצא אע"ג דהלוה נותן הרבית

לא מיקרי יהיב מדעתיה שאינו נותנו לו מדעתו הגמור אלא מפני שנתחייב בכך מחמת התנאי וכאלו המלוה נוטלו דמי וכל כי האי גוונא מהני תפיסת החוב עצמו ותפיסה דבתר הכי ע"כ:

והנה הרב עשה עיקר מדוקיא דסיפא דדוקא רבית מוקדמת או מאוחרת לא מהני תפיסה אבל בשאר אבק רבית מהני תפיסה ולפי מה שכתבנו אין צורך לזה דרישא הוי דוקא וסיפא לאו דוקא אלא הוא הדין כל דדמי ליה שהלוה נתן מדעתו לא מהני תפיסה ועוד נ"ל דלרבית מוקדמת או מאוחרת לא איצטריך טעמא דמדעתיה דבלאו הכי לא מהני תפיסה לפי שאני סבור דהראב"ד הוא מן הסוברים דאבק רבית חייב בדיני שמים להחזיר ומש"ה כתב דמהני תפיסה דאי אפילו בדיני שמים פטור מהיכא תיתי שיועיל תפיסה וא"כ ברבית מוקדמת או מאוחרת דאליבא דכ"ע קיל מאבק רבית ואפילו בדיני שמים פטור לא מהני תפיסה ומאי דנקט רבית מוקדמת או מאוחרת לאו דוקא אלא ה"ה מאי דדמי ליה ומש"ה איצטריך לטעמא דמדעתיה קא יהיב:

כתב מהרשד"ם בחלק י"ד סי' ס"ב על ראובן שמכר קרקע לשמעון ע"מ שכל זמן שיחזיר ראובן מעותיו לשמעון שחייב שמעון להחזיר לו מה שלקח ממנו ועתה רצה ראובן לנכות מהחוב הפירות שאכל שמעון והשיב דאף לדעת הראב"ד דהוי אבק רבית מ"מ יכול לנכות מהחוב שהרי כתב דאם תפס לא מפקינן ונראה א"כ לדעתו דכ"ש שמנכה לו מחובו ע"כ ודבריו הם תמוהים דהא קי"ל כרב אשר דאמר אכל שיעור זוזי לא מסלקינן ליה מאי טעמא כל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא ואף למאן דאמר דדין זה לא נאמר אלא במשכנתא אבל בשאר אבק רבית מנכין מן החוב פשיטא דנדון דידיה לא גרע ממשכנתא דחשיב המלוה מוחזק וכ"ש נדון דידיה דהוי מכירה דהמלוה נקרא מוחזק ואי מסלקת ליה בלא זוזי אפוקי הוא ואי משום שהתנה שכל זמן שיחזיר לו מעותיו שיחזיר לו הקרקע לא חשיב מוחזק הא ליתא שהרי מימרא דרב אשי על משכנתא באתרא דמסלקי נאמרה וכ"ש מכירה בתנאי דחשיב המלוה מוחזק ואין מנכין גם מה שנסתייע מסברת רבינו אפרים כפי מה שכתב אינו ענין לנדון דידיה וצ"ע. ולענין הלכתא בהאי דינא דהראב"ד הנה כל הפוסקים חלקו עליו והגאונים ג"כ ס"ל דתפיסה לא מהני כמ"ש בעל התרומות בשמם אך ראיתי להרא"ה בס' החינוך מצוה שמ"ד שכתב כדעת הראב"ד בלא שום חולק ולא חילק בין משכנתא לשאר אבק רבית אלא כתב סתם דכל אבק רבית אי תפס לא מפקינן מיניה ומסתמיות הרא"ש והריב"ה נראה כן דלהראב"ד בכל אבק רבית מהני תפיסה ומ"מ נראה דאי תפס לא מצי למימר קים לי כהראב"ד

והרא"ה דס"ל דמהני תפיסה מאחר שהתפיסה עצמה במחלוקת היא שנויה אי מהני אי לא אין לומר קים לי וכמו שהשרישונו הרבנים האחרונים ז"ל:

הלכה ח

אסור לאדם להלוות בניו ובני ביתו כו'. הרב בג"ת שער מ"ו ח"ג סי' ד' כתב דליכא למימר שהאב הוא המלוה דא"כ מאי דילמא אתי למיסרך אלא שהאב הוא הלוה והבנים הם מלוים וע"פ דרך זה יישב דברי רבינו והרב בעל התרומות ולא ידעתי איך לא השגיח בדברי הטור (סימן ק"ס) שכתב אפילו לבניו ולבני ביתו דמשמע שהאב הוא המלוה ואפ"ה כתב ובודאי נותנו להם במתנה אלא ע"כ אית לן למימר דהאי מתנה אהלואה גופיה קאי וכן נראה מדברי רבינו ירוחם שהאב הוא המלוה אך קשה דלמה לא פירשו דמאי דאמרינן בגמרא דלמא אתי למיסרך קאי אאב וכמו שפירש"י בפרק הרבית (דף ע"א) דאסור להלוות לעכו"ם יותר מכדי חייו משום דילמא אתי למסרך ה"נ דכוותיה ולפי פירוש זה הוה ניחא מה שהשמיטו הרי"ף והרא"ש דין זה שכבר כתבו דלעכו"ם אסור להלוות ברבית משום דילמא אתי למיסרך וכמו שפירש"י וה"ה לבניו דאסור מהאי טעמא גופיה ועוד נ"ל דטעמא דהשמיטוהו הוא משום שדין זה נלמד מהא דגרסינן בפ' שואל מפיס אדם עם בניו ועם בני ביתו על השלחן ואמרינן בגמרא דלרב יהודה אמר רב דאמר מותר להלוות בניו ובני ביתו ברבית אפילו מנה גדולה כנגד קטנה שרי וכן פסק רבינו בפ' כ"ג מהלכות שבת וכתב ה"ה דאע"ג דאין הלכה כרב מ"מ לא נדחית סברתו אלא גבי רבית שחוששין מן התורה אבל קוביא שאינה אסורה אלא מדבריהם לא גזרו. אבל הרי"ף והרא"ש לא הביאו אלא המשנה כצורתה ולא הביאו מאי דאתמר עלה בגמרא דבבניו אפילו מנה גדולה כנגד קטנה שרי משמע דאפילו בבניו מנה גדולה כנגד קטנה אסור וכמו שפסק הטא"ח (סי' שכ"ב) וכתב מרן שם דטעמא הוא משום דס"ל דקושיית אי הכי אפילו מנה גדולה אינה אלא לרב אבל לדידן דגזרינן דילמא אתי למיסרך ה"ה גבי איסור קוביא דאסור וכיון שגילו דעתם דאפילו באיסור קוביא איכא למיגזר דילמא אתי למסרך כ"ש וק"ו גבי איסור רבית שחוששין מן התורה וכמ"ש ה"ה ז"ל, עוד כתב הרב בעל ג"ת שמדברי הנ"י הבין פירוש אחר באומרו כדי להטעימן דהיינו על דרך היתר ביאה ראשונה דיפת תואר כו' ולא ידעתי היכן מצא זה בדברי הנ"י אדרבה ממ"ש כדי שיטעמו צער הרבית ולא ירגילו מוכח שפירושו הוא כפרש"י:

הלכה י

המלוה את חבירו ומצא הלוה יותר כו'. (*א"ה כתב ה"ה ואולי שאפילו מלוה מוצא יותר מותר שאין תולין ברבית מאוחרת שלא יהיה הלוה מאכיל איסור למלוה ואחזוקי

אינשי ברשיעי וכ"ש לנזקו לא מחזקינן. ועיין במ"ש ה"ה פ"א מהלכות אישות דין ד' וז"ל ואם לא היתה הפנויה שאינה מופקרת באיסור מן התורה לא היו סומכין על חזקה זו דבאיסורא דרבנן כולהו אינשי לא זהירי ביה כו' וצ"ל דס"ל דאיכא הכא איסורא דאורייתא עיין בדברי מרן הב"י סי' ק"ס ובמור"ם סי' קס"ו ס"ב):

הלכה יג

יראה לי שאין הוראה זו נכונה כו'. הרב בעל ג"ת שער מ"ו ח"ג סימן נ"א וח"ד סימן מ"ו ומ"ז הקשה מההיא דגרסינן בפרק הרבית (דף ע"ג) אמר להו רבא להנהו דמנטרי באגי פוקו הפוכו בבי דרי כי היכי דלא תשתלם שכירות דידכו עד ההיא שעתא משמע דאי לאו הכי אסור אפילו בסתם. וכן נמי מההיא דא"ל רבנן לרבא קא אכיל מר רביתא וכו' משמע דבשעת הפרעון אפילו בסתם אסור ותירץ דדעת רבא למצוא להם היתר אפילו למתנה מרובה דאפילו בסתם אסור משום דמוכחא מילתא דעל ההמתנה נותן ע"כ. וזה הוא דוחק בעיני דא"כ דס"ל לרבינו חילוק הסמ"ג כשנותן יותר בשעת הפרעון הו"ל לפרושי כשהביא ההיא דרבינא הוה יהיב זוזי לבני אקרא דדוקא במתנה מועטת אבל במתנה מרובה אסור ומדסתם משמע דבכל גוונא שרי. ונ"ל דשאני גבי רבינא שפרע בזמנו ולא האריך לו זמן אז אם נתן לו יותר לא מוכחא מלתא דלשם רבית נתן אבל גבי נטרי באגי שהמתינו להם עד גמר מירוח הגורן ונתן להם בזול הפירות מוכחא מילתא שבשביל ההמתנה הוזיל לגבייהו ואפשר ג"כ שכן היה המנהג שהממתינין נותנין להם פירות בזול שאז ודאי מוכחא מילתא דלשם רבית נתן. א"נ דהתם מיירי כשהתנה מתחלה שאם ממתינין עד גמר מירוח שיתן להם פירות בזול וכן רבא נמי התנה עם אריסיו דנטר להו עד אייר ושקיל שיתא. וכן נראה מדברי הטור סי' קע"ג דבהתנה מעיקרא איירי שכתב וז"ל אסור להוסיף להן בשכרן כדי שימתינו וכמ"ש בעל ג"ת ומש"ה הוה אסור אבל כל שלא התנה ונתן לו בסתם בשעת הפרעון אסור לרש"י ורבינו. אך קשה מההיא דגרסינן בפרק מי שמת (דף קמה) גבי שושבינות ואין בה משום רבית מ"ט דלאו אדעתא דהכי יהיב ליה ובשלמא להרא"ש והטור (סי' ק"ס) דבסתם בשעת פרעון אסור איצטריך לאשמועינן גבי שושבינות דשרי משום דאיכא למימר משום שמחת מריעות הרבה בדורון וכמו שפירש רשב"ם. אבל לרבינו ורש"י דבעלמא בסתם שרי מאי איריא שושבינות וצ"ע. ודע דה"ה ז"ל הבין בדברי רבינו דמעולם לא התיר אלא לאחר הפרעון ובסתם אבל בשעת הפרעון אפילו בסתם אסור וכן פסק מרן:

כתב הרא"ש בריש פרק הרבית עלה דההיא דאמרינן ואי כתב רחמנא אונאה משום דלא ידע דמחיל כו' וז"ל יש מדקדקים מכאן מי שלקח רבית ומחל לו הלוה דלא מיפטר עד

שיחזירנו המלוה ע"כ. ויש לדקדק דלפי דבריהם גבי גזילה נמי לא תועיל מחילה שהרי סתם גזילה הוי מחילה מדלא נפיק מאונאה ובהדיא תנן בפרק הגוזל עצים דמחילה מועלת גבי גזל. וי"ל דשאני גזל דהמחילה שאסרה תורה הוא משום דהוי בע"כ של נגזל ומש"ה אם הנגזל מוחל מדעתו מהני דל"ד למחילה שאסרה תורה אבל גבי רבית דהוי מדעתיה ואפ"ה אסרה תורה מחילה זו לא מהני מחילה לעולם אפילו לאחר שלקח הרבית דלא עדיפא מחילה זו ממחילה שאסרה תורה. וראיתי לה"ה שכתב על הוראה זו דהגאונים שהיא מוסכמת במה שעתיד ליקח דודאי אין מחילה מועלת לעבור בשל תורה ואפילו בת"ח דקדקנו למעלה ואמרנו דלאו במתנין ליקח רבית היא כ"ש כל אדם. ונראה מדבריו דדוקא ברבית של תורה לא מהני מחילה במה שעתיד ליקח אבל ברבית של דבריהם מהני אף במה שעתיד ליקח ואפשר דטעמא הוי כמ"ש בעה"ת שער מ"ו ח"ד סי' ב' גבי היתרא דת"ח ברבית מאוחרת דכיון שאינו אלא אבק רבית הם אסרו והם התירו להם אבל ע"ה אינו יודע שהוא אסור ולא מחיל אבל כשמחל בפירוש מותר אף לע"ה דהם אמרו והם אמרו אבל רבית קצוצה אין בו שום צד היתר. אבל מדברי רבינו נראה שלא חלק עליהם אלא במה שכבר לקח אבל במה שעתיד ליקח אפילו שאיסורו מדבריהם משמע דס"ל דאסור וא"ת לפי דעת רבינו דמחילה לא מהני גבי רבית תיקשי מ"ש אסור לאדם להלוות בניו ובני ביתו ברבית אע"פ שאינו מקפיד ומתנה הוא שנותן להם ה"ז אסור שמא ירגילם בדבר זה ולמה לי האי טעמא תיפוק ליה דמחילה לא מהני גבי רבית. וי"ל דשאני כשמקפיד עמו ליתן לו יותר ממה שהלוהו אז אף שנותנו לשם מתנה או שמוחל אותם אסור. אבל גבי בניו ובני ביתו שאינו מקפיד ומסתמא מתנה בעלמא הוא דיהיב להו אי לאו טעמא דאתי למיסרך הוה שרי:

הלכה יד

נכסי יתומים וכו'. מימרא בפרק הרבית ופירש רש"י עלה דמאי דאמרינן ויהבינן להו ניהליה בבי דינא שיש להם כח להפקיר נכסי היתומים אצל המקבל ולהתנות עמו קרוב לשכר ורחוק להפסד. וכתב המרדכי משום דהפקר ב"ד הפקר להפקיע ממון הואיל ולאו רבית דאורייתא הוא דאינה קצוצה אבל בלא ב"ד הוי זוזי דיתמי כזוזי דעלמא ואסור להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד כך דקדק רבינו דוד הלוי ע"כ. ונראה דמאי דאתא לאשמועינן רבינו דוד הוא דלא נימא דמ"ש רש"י ז"ל שיש להם כח להפקיר כו' הוא כדי שיקבלם בע"כ קרוב לשכר ורחוק להפסד ולא להפקיע איסור רבית משום דביתומים לא גזור אלא שכוונת רש"י היא להפקיע איסור רבית דאי כדי שיקבלם בע"כ ליבעי ב"ד חשוב וכן כתב הרב הנמוקי. ואף על גב דגבי פרוזבול פסק הטור סימן ס"ז דכותבין אותו

בכל ב"ד ולא הזכיר דליבעי בית דין חשוב שאני התם משום דסבירא ליה להטור דכי תיקן הלל לכ"ע תיקן ואם כן ליכא אפקעתא חדתא ומשום הכי כותבין אותו בכל ב"ד אבל הכא רב אשי לא תיקן לכל הדורות שיכופו לאדם שיקבל נכסי יתומים קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד ואם כן כל ב"ד וב"ד איכא אפקעתא חדתא וצריך ב"ד חשוב אבל כשהוא ברצונו כל ב"ד וב"ד יכולים להפקיר נכסיו כדי להפקיע האיסור. ומה שכתב המרדכי הואיל ולאו רבית דאורייתא הוא דמשמע דבאיסורא דאורייתא לא אמרינן הפקר ב"ד הפקר קשה שאפילו באיסור תורה אמרינן הפקר ב"ד הפקר ופרוזבול יוכיח דאף אי ס"ל דשמיטה בזמן הזה מן התורה מהני והיינו מטעם הפקר ב"ד וכמ"ש רש"י בפרק השולח וכבר הוקשה כן להר"ב גידולי תרומה ח"ד סי' ה' *ואפשר לומר דבשלמא באיסור דרבנן שאין האיסור בשעת הקציצה אלא בשעת הנתינה כמ"ש מהרח"ש סימן קס"ב וא"כ כיון דב"ד מפקירין נכסיו אין כאן איסור שהרי אינו נותן משלו כלום אבל ברבית דאורייתא שהאיסור הוא בשעת קציצה אע"פ שלא יתן לא מהני בזה הפקר ב"ד שאף אם יפקירו נכסיו הרי עשה איסור בשביל הקציצה. ועוד אפשר לומר דאף דאמרינן הפקר ב"ד הפקר אף באיסורא דאורייתא היינו היכא דאיכא מגדר מילתא כגון פרוזבול משום שהיו נמנעים מלהלוות זה לזה וכן גבי קידושין דאמרינן אפקעינהו רבנן לקידושין מינה היינו נמי משום מגדר מילתא וכדאמרינן בריש כתובות גבי אין אונס בגיטין וכן פירש"י בפרק השולח גבי הפקר ב"ד הפקר דהיינו דוקא היכא דאיכא מגדר מילתא אבל הכא גבי רבית דליכא מגדר מילתא אלא כדי שלא יתמו נכסי היתומים יהבינן להו ברבית דוקא איסור דרבנן מפקיעין בשביל זה אבל איסורא דאורייתא לא מפקעינן משום ה"ט כיון דליכא מגדר מילתא: *עי' משנה ג' פ"ו דשביעית בהרע"ב ובתוי"ט:

אך קשה כפי מה שפירש המרדכי דברי רש"י דטעם הב"ד הוא להפקיע האיסור ממ"ש רש"י גבי רב ששת דאמר מעות של יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד משום דאינו אלא אבק רבית וביתמי לא גזור וא"כ מה צורך לב"ד כיון דאעיקרא דדינא כשאסרו אבק רבית לא גזרו בשל יתומים ולומר דס"ל לרש"י דרב ששת פליג וס"ל דביתומים לא גזרו מדלא הזכיר ב"ד אלא נקט סתמא מותר להלוותן זה הוא דוחק בעיני וכעת צ"ע, והרא"ש ז"ל חולק על רש"י שכתב דטעם הב"ד הוא משום דהוי ללוה אימתא דב"ד והרשב"א כתב משום דאין האפוטרופוס רשאי להלוותן מעצמו אלא ברשות ב"ד משמע דס"ל דאיסורא דרבית ליכא אם נתנם האפוטרופוס בלא ב"ד וכן נראה שהוא דעת הטור (סי' ק"ס) שסתם כאן ולא הזכיר ב"ד משמע דס"ל דאין צורך הב"ד להפקיע איסור רבית. אך יש לתמוה ממ"ש בטח"מ סי' ר"צ סברת רש"י בסתמא כנראה דס"ל כוותיה.

ומלבד שהוא חולק על דעת אביו שכתב שצורך הב"ד אינו להפקיע האיסור עוד יש לתמוה דהכא לא הזכיר ב"ד משמע דלא ס"ל כרש"י. ויותר יש לתמוה על מרן שם שכתב שהרא"ש והרשב"א חולקים על רש"י ולא תמה על הטור איך הניח סברת אביו ותפס סברת רש"י וכבר הוקשה כן למהריב"ל ח"א כלל ח' סי' כ"ה ובח"ב סי' כ"ו והניח הדבר בצ"ע. אך מה שנראה לי לומר הוא דהטור לא הביא שם סברת רש"י אלא כדי לסתור סברת רבינו שכתב דמעות של יתומים א"צ אפוטרופוס ובודאי דיצא לו דין זה ממאי דאמרינן בגמרא ויהבינן להו ניהליה בב"ד והוכיח מכאן דאין ממנים אפוטרופוס למעות של יתומים והטור חולק על זה וס"ל דלעולם דממנין אפוטרופוס ומאי דאמרינן בגמרא ויהבינן להו ניהליה בב"ד היינו שהאפוטרופוס יתנם לו במעמד ב"ד וטעם הב"ד יהיה או כהרא"ש או כהרשב"א והביא ראיה לסברתו שאפילו במעות ממנין אפוטרופוס ממה שפירש"י שטעם הב"ד הוא להפקיע איסור רבית משמע דס"ל דאפילו במעות מוקמינן אפוטרופוס ומש"ה הוקשה לו דמה צורך יש לב"ד ופירש כדי להפקיע האיסור וכן נראה שהוא דעת מרן שם שכתב ומה שהביא ראיה מדברי רש"י וכו' משמע דס"ל דלא הביא הטור פירש"י לדינא אלא לראיה בעלמא לסתור סברת רבינו אבל לעולם דלדינא ס"ל דא"צ הב"ד להפקיע איסור רבית ומש"ה בהלכות רבית לא הזכיר ב"ד כלל משום דאינו ענין לאיסור רבית. ונראה שהראב"ד ג"כ חולק על רש"י והוא ממה שהביא הטח"מ בהלכות אפוטרופוס בשם הראב"ד כמו שהאפוטרופוס יכול ליתן המעות כך יכול ליקח אותם לעצמו לשם עסק ובלבד שיודיע הדבר לב"ד ע"כ משמע דס"ל דכשהוא נותנם לאחר אין צורך לב"ד להפקיע האיסור דאלת"ה מהיכא תיתי דכשיקחם לעצמו שלא יהיה צורך לב"ד להפקיע האיסורין ונראה שדעת רבינו גם כן הוא דלא כרש"י דלדידיה דס"ל דאין ממנין אפוטרופוס בנכסי יתומים אתו דברי הגמרא כפשטם דמה שהזכירו ב"ד הוא לומר דאין ממנים אפוטרופא וכמו שכתבנו לעיל וכ"כ הרב מהר"א מונסון ז"ל הובאו דבריו בתשובות מהרש"ך ח"ג סי' ב' דרבינו לא ס"ל כרש"י אלא שמ"ש הרב הנזכר דלרבינו צורך הב"ד הוא משום שיהיה לו אימת ב"ד או כדי שיצא להם קול כו' כפי מה שכתבנו אין צורך לזה דלרבינו מה שהזכירו בגמרא ב"ד הוא לומר דאין ממנין אפוטרופא במעות של יתומים וכמו שפסק בפרק י"א מהלכות נחלות ואפשר שלזה כיון ה"ה שכתב מעות של יתומים כו' פרק א"נ ואף שפשט דבריו נראה דקאי על מ"ש רבינו בודקים על מי שיש לו נכסים כו' מ"מ מדנקט תחילת דבריו משמע דס"ל דאף דין זה יצא לו מסוגיא זו דא"נ. העולה ממה שכתבנו דסברת רש"י הלזו היא יחידה וכך כתב מהריב"ל בח"ג סימן ס' שאין לחוש לסברא זו משום דלא חזינן האי סברא בספרי

הפוסקים זולתי במרדכי וכ"כ הרב בעל פ"מ בח"א סימן צ"ב שאין לומר קים לי כרש"י מאחר שהיא סברא דחוייה אך מה שיש לתמוה על מהריב"ל הוא מ"ש דלא חזינן האי סברא זולתי במרדכי והרי לדידיה הריב"ה הוא מסברא זו וכמו שכתבנו לעיל משמו וכן כתב בח"ג סימן קי"ב. נשאר לנו לבאר אי אליבא דרש"י היכא שנתנם האפוטרופא שלא בפני ב"ד והלוה רוצה לתת מהריוח אי עבדי איסורא היתומים לקבלם אי לא והנה הרב בעל פני משה דקדק מדברי מהריב"ל שכתב דלדעת רש"י אינו מחוייב לתת חלק מהריוח כלל דמשמע דחיובא הוא דליכא הא אי בעי יהיב וליכא איסורא לקבלם ונראה דמהריב"ל אזיל לשיטתיה שכתב לעיל ואם לחשך אדם כשם שב"ד יכולין להפקיר ממון הלוה בשעה שמלוין לו המעות היכא דיהבינהו ניהליה בבי דינא הכי נמי יכולין להפקיר בשעת הפרעון שיתן ליתומים חלק מהריוח אע"פ שלא נתנו המעות בשעת ההלואה בפני ב"ד הא לאו מילתא היא דלאפקועי איסורא דאבק רבית אם ירצה הלוה לתת חלק מהריוח ליתומים יכולים ב"ד להפקיר נכסיו אבל אם הלוה לא ירצה מרצונו לתת חלק מהריוח איך יחייבוהו ב"ד לתת ריוח כיון שהוא קבלם שלא בב"ד ויכול לומר דאדעתא שלא לתת ריוח קבלם ע"כ ואע"פ שבשעה שקבלם שלא בב"ד קבלם אדעתא לתת ריוח מ"מ יכול לומר שידע שאסור הוא ואדעתא שלא ליתן ריוח קבלתים וכ"פ מהר"א מונסון בתשובה הנזכרת נמצינו למדין כפי חילוק זה של מהריב"ל שאם הלוה ירצה מרצונו לתת ריוח אף שלא קבלם בב"ד יכול ליתן בפני ב"ד וליכא איסורא כלל לפי שב"ד מפקירין נכסיו ואין חילוק בזה בין כשלקחם בשעת הלואה בפני ב"ד בין כשלקחם שלא בפני ב"ד וזה רוצה לתת חלק מהריוח מרצונו ומש"ה כתב דלדעת רש"י אינו מחוייב לתת חלק מהריוח הא אי בעי יהיב וליכא איסורא כיון שנותנם בפני ב"ד וב"ד מפקירין נכסיו. ומה שהקשה הרב בעל פ"מ על סברא זו דמהריב"ל ז"ל דמדברי המרדכי נראה דאף איסורא איכא היכא שנתנם שלא בב"ד הא לא קשיא דאף מוהריב"ל מודה שאסור לתת שלא בפני ב"ד לדעת רש"י ואם נתנו אינם יכולים לקחת הריוח אלא שאם הלוה ירצה לתת מהריוח יכול ליתן בפני ב"ד וב"ד מפקירים נכסיו עכשיו כי היכי שמפקירים נכסיו היכא שקבלם בתחלת ההלואה בפני ב"ד אבל אם הלוה אינו רוצה לתת ריוח ליתומים אין ב"ד יכולים לכופו ולהפקיר נכסיו ואף שחילוק זה שחילק הרב מהריב"ל הוא אמת ויציב מ"מ ההכרח שהביא לחילוק זה והוא מדאמרינן בגמרא דצריך למיהב להו בבי דינא אפשר לדחות דלעולם שאפילו שנתנם שלא בפני ב"ד יכולים ב"ד להפקיר נכסיו בעל כרחו שיתן ליתומים ריוח ומאי דאמרינן בגמרא דיהבינן ניהליה בבי דינא הוא כי היכי דלא ליעבדו האפוטרופסים איסורא אבל אם כבר נתנו שלא בפני ב"ד

יכולים ב"ד לקחת ממנו הריוח. ונראה שלזה כיוון הרב בח"א כלל י"א סי' ס"ג שכתב וכבר יש מקום לחולק לחלוק דאפילו לרש"י אם נתנם שלא בפני ב"ד שאפ"ה צריך לתת חלק מהריוח אבל אם ברצונו רוצה לתת חלק מהריוח יכול ליתן בפני ב"ד וליכא איסורא ולדעת הר"ב פ"מ אף אם מרצונו לתת חלק מהריוח אבל אין דעתי מסכמת בזה ע"כ. העולה ממה שכתבנו דלדעת רש"י אם נתנם האפוטרופא שלא בפני ב"ד אין ב"ד יכולים לכופו לתת חלק מהריוח אסור לתת ואפשר שהרב בעל פ"מ הבין בדברי הרב מהריב"ל שאפילו שקיבל שלא בפני ב"ד וזה מרצונו רוצה לתת חלק מהריוח ונותן שלא בפני ב"ד דשרי ומש"ה הוקשה לו מדברי המרדכי אבל אה"נ שאם נותן הריוח בפני ב"ד דשרי לפי שב"ד מפקירים נכסיו כי היכי שבתחלת ההלואה מפקירים נכסיו דאלת"ה תיקשי ליה דמה חילוק יש בין כשקיבל המעות בפני ב"ד לכשקיבל שלא בפני ב"ד וברצונו נותן חלק מהריוח בפני ב"ד ולפי זה אם ברצונו נותן חלק מהריוח בפני ב"ד אפילו להרב בעל פ"מ שרי אבל אם נותן שלא בפני ב"ד לדעת מהריב"ל כפי שהבין בפ"מ שרי ולדעת הפ"מ אסור:

כתב מהר"א מונסון הובאו דבריו בתשובות מהרש"ך ח"ג סימן ב' דאע"פ שמותר ליתומים לתת מעות באבק רבית מ"מ אם נתן אביהם באבק רבית ומת אינם יכולים היתומים לגבות האבק רבית אע"פ שהם מותרים בו והביא ראיה לדבריו ממאי דאמרינן בגמ' עד כאן יכין רשע וצדיק ילבש ע"כ ותו לא כ"ש אבק רבית שאין חייבים להשיב והוכיח מכאן דאין גובין דאי גובין היכי תיסק אדעתין דאבק רבית יחזירו אפילו בדרך תמיהה כו' ודבריו הם תמוהים דאימא בגמרא מיירי כשהיתומים הם גדולים שלא הותר להם אבק רבית אבל אה"נ דבקטנים אפילו שלא גבה האב גובין הם ומ"מ לענין דינא כבר הסכים הרב דאין גובין והביא ראיות לדבריו וכן הסכים מהרש"ך שם לדבריו. ואם היתומים מן היתומים מותרים לקחת באבק רבית וכן אם יצא שט"ח על היתומים שאביהם לוה באבק רבית מיתומים אחרים אי מפקינן מיתמי ליתמי כתב מהרימ"ט ח"א סי' קמ"ד דמותר ליתומים ללוות באבק רבית מיתומים אחרים וכ"ש אם נתחייב אביהם באבק רבית דמפקינן מיתמי ליתמי:

כתב הרשב"א הא דמעות יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד כגון שהתנו שיעמדו כל המעות מיוחדים ושיקבלו היתומים מן הריוח הנמצא שם ממש אבל לא שיוציאם הלוה לצרכו ושיפרע לאחר מכאן כלום כי זה רבית גמורה היא ע"כ. ונראה דאפילו אם מייחד סחורה לצורך היתומים ואומר שהריוח שימצא בזאת הסחורה יקחו היתומים חלקם אסור דאכתי אינו נותן להם ריוח מממונם וכיוצא לזה כתב מרן סי' קע"ז

בשם תשובות דשייכי לס' משפטים. אך במ"ש הרשב"א כי זה רבית גמורה היא איכא לעיוני ביה דהא קי"ל דכל שלא קצץ בשעת מתן מעות ברבית לאו קצוצה היא אלא אבק רבית ואפילו אם תבע מעותיו והרויח לו זמן ע"מ שידור בחצרו ס"ל לרבינו דלא הוי אלא אבק רבית וכמ"ש בפ"ו. ואף הראב"ד דפליג עליה היינו דוקא בהרויח לו זמן משום דס"ל דהוי כשעת מתן מעות כיון דכבר הגיע זמן הפרעון אבל בלאו הכי אף הראב"ד מודה דלא הוי קצוצה ואם כן איך כתב כי זה רבית גמורה כיון דלא אתני באיסורא, ואפשר היה לומר דמה שכתב אבל לא שיוציאם כו' קאי אכגון שהתנו שכתב בתחלת דבריו כלומר אבל לא שיתנו שיוציאם הלוה לצרכו וכו' ופשיטא דהא רבית קצוצה. אך מדברי הרב מהריב"ל ח"ב סימן כ"ו וח"ג סימן ס"ה משמע דס"ל דאפילו דאתנו בהיתרא אסור ללוה להוציאם לצרכו ולתת אחר כך ריוח ומטי עלה מתשובה הלזו דהרשב"א נראה שהבין דמה שכתב הרשב"א אבל לא שיוציאם מיירי אפילו דאתני בהיתרא וא"כ הדרא קושיין לדוכתה איך קאמר כי זה רבית גמורה היא. ואפשר לומר דהרשב"א אזיל לשיטתיה דס"ל דדוקא קרוב לשכר ורחוק להפסד התירו דקיל טפי משאר איסורין דרבנן אבל שאר איסורין דרבנן לא וכמ"ש מרן ומשום הכי אסר הרשב"א הכא היכא שהוציאם הלוה לצרכו אף שאינו אלא אבק רבית משום דלא דמי לקרוב לשכר ורחוק להפסד וקרי ליה רבית גמור בערך קרוב לשכר ורחוק להפסד דקיל א"נ אפשר לומר דס"ל דאפילו בלא הרוחת זמן הוי קצוצה וכמו שכבר בא ספק זה בדברי הר"ב ג"ת ח"ג סי' י"ט וכתב שתלמידי הרשב"א ס"ל דהוי קצוצה ואף דהוי דוקא כשאמר הלוה בשכר מעותיך מ"מ הכא שהתנה לתת לו ריוח אף שהוא בהיתר ואח"כ נותן לו ריוח שלא הרויחו המעות בשביל מה שהתנה עמו ה"ל כאילו פירש בהדיא בשביל מעותיך וכ"ש לפי מה שנסתפק מרן ברבית מאוחרת אם מפרש אי הוי קצוצה ורצה לייחס להגהת אשירי דס"ל דהוי קצוצה כ"ש הכא דהוי קצוצה ולפי ב' התירוצים הללו ניחא לי מה שמרן בשלחנו הטהור לא הביא סברא הלזו דהרשב"א וגם מור"ם בהגהותיו לא הביאה דאם לפי תירוץ הראשון הרי פסק דכל רבית דרבנן מותר במעות של יתומים ודחה סברת הרשב"א ומש"ה לא הביא דין דהרשב"א דלדידיה שרי כיון דלא אסור אלא מדרבנן ולפי תירוץ שני נמי ניחא שהרי פסק מרן ז"ל בשולחנו הטהור סימן קס"ו דלא הוי קצוצה אלא כשיאמר כן בשעה שמרויח לו זמן. אך קשה ממ"ש מוהריב"ל ח"ב סי' כ"ו שלא מצינו מי שיחלוק עליו בפירוש אלא שלא כתבו בהדיא זה החילוק ולפי מה שכתבנו דין זה דהרשב"א במחלוקת הוא שנוי וכמעט רוב הפוסקים חולקים עליו והנה מדבריו שם נראה דלא גריס בדברי הרשב"א הרי זה רבית גמור אלא מיחזי כרבית גמור ונראה

דסבירא ליה למהריב"ל דלא אסר הרשב"א הכא משום דאזיל לשיטתיה שלא התיר אלא קרוב לשכר ורחוק להפסד משום דהתם כמסתפק אמרה הרשב"א ואילו הכא פשיטא ליה לאיסורא אלא הכא טעמא אחרינא איכא והוא דמיחזי כרבית גמור כיון שהתנה לתת לו ריוח וזה מוציאם לצרכו ונותן לו ריוח מיחזי כאילו התנו כן והוי רבית גמורה ואף שאינו אלא אבק רבית פשיטא ליה להרשב"א דאסור משום דמיחזי כרבית גמור ומש"ה כתב מהריב"ל שלא מצינו מי שיחלוק עליו בפירוש שאע"פ שכתבו שכל אבק רבית שרי במעות של יתומים אפ"ה מודו הכא דאסור משום דמיחזי כרבית גמור כי היכי דלהרשב"א בכל אבק רבית ספוקי מספקא ליה ואילו הכא פשיטא ליה לאיסורא אפשר דגם הפוסקים דפשיטא להו להיתרא בכל אבק רבית יודו הכא לאיסורא משום דמיחזי כרבית גמור, עוד היה נ"ל לחלק ולומר שכל אבק רבית שאם היו נותנים אותו בתחלת ההלואה היה רבית קצוצה ואינו אבק אלא משום שלא הותנה לא הותר ליתומים שהרי כל עצמו של היתר דאבק רבית לגבי יתומים אינו אלא כי היכי דלא ניכלינהו זוזא זוזא ומש"ה יהבינן להו באבק רבית אבל כל רבית שאין אנו יכולים להתנות עליו לפי שהוא קצוצה ולא הותר לגבי יתומים אף שלא התנו לא התירו לפי שאין בהיתר זה תקון ליתומים כי היכי דלא ניכלינהו זוזא זוזא שהרי אינם יכולים להתנות בזה ובזה ניחא מ"ש מהריב"ל בח"א כלל ח' סימן כ"ה בסוף התשובה. אך אמנם אם לא הרויח פשיטא דאליבא דכ"ע אינו יכול לתת ריוח דמשמע דאפילו ברצונו אינו יכול לתת ומדברי השאלה משמע שלא קבלם באיסור וא"כ אינו אלא אבק רבית וא"כ למה אסרו ולפי מה שחילקנו ניחא דכיון שלא היה יכול לקבלם בתנאי זה לא הותר לגבי יתומים אף שלא הותנה ובזה ניחא ג"כ מ"ש בח"ג סימן ס"ה שנשאל אם רבית מאוחרת או הערמת רבית הם מותרים בנכסי יתומים והשיב על הערמת רבית דשרי ולא הזכיר רבית מאוחרת ולפי הטעם שכתב גבי הערמת רבית היה הדין שגם רבית מאוחרת יהא מותר שהרי רבית מאוחרת קיל מאבק רבית וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה מרן לקמן סימן קס"א ולפי מה שכתבנו ניחא:

עוד כתב הטור וז"ל וה"ה נמי בכל אבק ריבית כן כתב הרא"ש בשם הגאונים וכ"כ הרמב"ם בספ"ד מהלכות מלוה אבל הרשב"א כתב דמשכנתא בענין שהיא אבק רבית אפשר שהוא מותר כו' ומיהו מסתברא דלא כל רבית של דבריהם התירו לגבי יתומים אלא קרוב לשכר אבל שאר איסורין דרבנן לא התירו כו' אבל רבית דרבנן כחכירי נרשאי הרי הלוה פורע מכיסו אותו סך שהתנה בין שכרם המשכונא עושה פירות בין אינו עושה ולפיכך אסור ע"כ. והנה מרן הבין דהרשב"א הדר ביה ממאי דקאמר

מעיקרא דמשכנתא אפשר שהוא מותר וכתב ומיהו מסתברא כו' מש"ה כתב לא שבקינן פשיטותא דגאונים והרמב"ם והרא"ש משום ספיקא דהרשב"א אך מהרימ"ט בח"א סי' קמ"ד כתב דהרשב"א תרתי מילי קאמר דבתחילה כתב דלאו דוקא קרוב לשכר אלא ה"ה נמי משכנתא דכמכירה לשעתה היא ומדידהו קא אכלי ודמי לקרוב לשכר ורחוק להפסד וחזר וכתב דלא תימא דכי היכי דהתירו משכנתא הוא הדין כל רבית דרבנן אלא שאר איסורין דרבנן לא התירו לפי שלא העמידו דבריהם במקום נכסי יתומים אלא כל שקרן היתומים מיוחד ואין המקבל נותן מכיסו כגון משכנתא דהוה ליה כמכירה ומדידהו קא אכלי אבל ההיא דחכירי נרשאי שהלוה מקבל עליו בדמים קצובים בין עבדה בין לא עבדה הא ודאי אסור והנה מ"ש הרב הנזכר בכוונת דברי הרשב"א הם דברים המתיישבים על הלב כי היכי דלא נימא דהרשב"א חזר בו בתוך כדי דבור ממ"ש מעיקרא אך מ"ש שהגאונים לא אמרו שה"ה בכל רבית דרבנן אלא כההוא דמפרש בגמרא דומיא דמקח וממכר וכגון שטרי מחוזנאי או טרשאי פפונאי שכשלוקח הסחורה בתוספת מאותה שעה מתרצה לקנותה בסכום זה וכמכר דמיא וכן כל כיוצא בזה ממיני המשכנתות כו' אבל כגון אותם שאסר הרשב"א שהמקבל פורע מכיסו לא נחלק אדם עליו וכתב ג"כ דהרמב"ם אינו חולק על הרשב"א ולא תהא שתיקתן של גאונים והרמב"ם יפה מדבורו של הרשב"א בהא אמינא אחרי בקשת המחילה הראויה דמלבד שסתמיות דברי הגאונים מורים כסברת מרן דאי כדבריו איבעי להו לפרושי דלא התירו בכל רבית דרבנן אלא דוקא קרוב לשכר ומאי דמו ליה עוד יש להכריח סברת מרן ממ"ש הרא"ש ז"ל כתבו הגאונים דה"ה לכל שאר רבית דרבנן והא דמייתי לעיל מההוא עובדא דההוא דודא הוה מצי למימר ליה אבק רבית שאני אלא האמת אמר לו דאפילו בדקנני שרי ע"כ. והנראה מדבריו שקושיא זו נולדה לו מסברת הגאונים דאי אמרת בשלמא דדוקא קרוב לשכר התירו אבל שאר רבית דרבנן לא ניחא דלא הוה מצי למימר אבק רבית שאני משום דלא הותר אבק רבית אלא קרוב לשכר אבל לסברת הגאונים דה"ה בכל אבק רבית תיקשי דאמאי לא קאמר אבק רבית שאני ואי כדברי מהרימ"ט שהגאונים לא התירו אלא כל רבית דרבנן דדמי לקרוב לשכר איך נולדה קושיא זו להרא"ש משום דברי הגאונים דאכתי לא הוה מצי למימר אבק רבית שאני משום דאי ההיא דודא הוה אסור משום רבית לא דמי לקרוב לשכר דכיון דשקיל פחתא הויא ליה מלוה גביה וכמו שפירש רש"י גבי ספינה וא"כ השכר שנותן הוי רבית ודמי לחכירי נרשאי דלדברי מהרימ"ט אף הגאונים מודים דאסור ומדברי מהריב"ל ח"א כלל ח' סימן נ"ג נראה שהבין בדברי הרשב"א כסברת מרן שהרי נדון שלו היה על מכירת סחורות יותר מכדי שוויים בהמתנה

וכתב דאפילו ביתומים אסור מטעם שכתבו קצת מהפוסקים דלא שרי ביתומים כל אבק רבית אלא קרוב לשכר:

כתב מהריב"ל בח"ג סי' ס"ה דאפילו להרשב"א דס"ל דדוקא קרוב לשכר ורחוק להפסד התירו אבל שאר אבק רבית לא התירו הערמת רבית דגריע טפי כ"ע מודו דמותר בנכסי יתומים ע"כ, ודבריו הם תמוהים שהרי חכירי נרשאי ס"ל להרשב"א דאסור בנכסי יתומים וכמו שכתבנו דבריו לעיל ואילו חכירי נרשאי לא הוי אליבא דהרשב"א אלא הערמת רבית וכמו שכתב ה"ה בספ"ה ומ"מ מדברי הרשב"א שהביא מרן סי' קס"ד משמע דס"ל דחכירי נרשאי היא אבק רבית ולפ"ז יש לומר דמה שהשוה ה"ה דעת הרשב"א עם רבינו הוא לאפוקי רש"י דס"ל דהוי קצוצה אבל להרשב"א חכירי נרשאי הוי אבק רבית ולפי זה אתי שפיר דינו של מהריב"ל ועיין בג"ת ח"ג סי' י"ו. כתב בעה"ת בח"ד סי' ה' דמעות מי שנשתטה יהבינן להו באבק רבית כיון דממנין ליה אפוטרופוס לפקח על נכסיו ה"ה דיהבינן להו קרוב לשכר כי היכי דלא ניכלו ניכסי' כי היכי דאמרינן ביתום ולפי דבריו ה"ה חרש וכמו שכתב רבינו בספ"י מהלכות נחלות השוטה והחרש הרי הן כקטנים ומעמידין להם אפוטרופוס. ומ"מ אעיקרא דדינא יש מקום לחולק לחלוק ולומר דאע"ג דטעמא דיתום שייך בשוטה מ"מ כיון דהוי מילתא דלא שכיח אפשר דלא תקנו בו רבנן וכדאמרינן בכמה דוכתין מילתא דשכיח גזרו ביה רבנן מילתא דלא שכיח לא גזרו ביה רבנן. אך ראיתי בתשובות מהרדכ"ץ בית ל"ב ח"ד דהא דמחלקינן בין מילתא דשכיח למילתא דלא שכיח היינו דוקא בגדרים וסייגות וטעמא דדי לנו במה שהחמירו וגזרו במילתא דשכיחא אבל במילתא דלא שכיחא לא גזרו דליכא למיטעי משום אקראי בעלמא אבל כשאין הענין משום גדר אלא מילתא באנפי נפשה שרצו לזכות את ישראל פשיטא שעל כל צד זכייה ותועלת תקנו ע"כ ולפי דברי מהרדכ"ץ יצא לנו הדין דשוטה הרי הוא כקטן ואין לחלק משום דהוי מילתא דלא שכיחא כיון שהיתר זה דאבק רבית היה כי היכי דלא ניכלו זוזא וקא כליא קרנא כל היכא דשייך טעם זה הוי דכוותיה אך למהר"י טאיטאצאק הובא בספר שארית יהודה סי' כ"ה דס"ל דאף בתקנות איכא למימר מילתא דשכיח תקנו רבנן מילתא דלא שכיח לא תקנו אפשר דשוטה לא הותר אבק רבית לגביה כיון דהוי מילתא דלא שכיח ומ"מ אני תמיה על דברי מהרדכ"ץ ממ"ש הרשב"א דהא דאמרינן ולמכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים שנה היינו דוקא בנכסי אביו אבל בנכסי שאר מורישים לא ואע"ג דטעמא דנכסי אביו שייך בנכסי שאר מורישין מ"מ כיון דהוי מילתא דלא שכיח לא תקנו רבנן והא התם לא הוי משום גדר אלא משום דבאו לו בירושה דלא טרח בהו וממילא אתי ליה לא קפיד עלייהו ומזבין להו לכולהו

משום דתינוק מקרבא דעתיה לגבי זוזי וטעם זה שייך גם כן בנכסי שאר מורישין וכי תימא אכתי יש לחלק ולומר דשאני ההיא דהרשב"א דלא הוי אלא משום ספק דילמא מקרבא דעתיה לגבי זוזי ומש"ה אף שאינו משום גדר דיינו שנחוש לספק זה במילתא דשכיח אבל במילתא דלא שכיח לא אבל בנדון דהרדכ"ץ דלא היה משום ספק אלא תקנה הוא שתקנו לתועלת ישראל אין לחלק בין מילתא דשכיח למילתא דלא שכיח הא ליתא משום דאי ס"ל למהרדכ"ץ חילוק זה למה ליה למימר דטעמא דמילתא דהוי משום גדר אמרינן מילתא דלא שכיח לא גזרו משום דליכא למטעי משום אקראי בעלמא אימא דטעמא דמילתא דגדר הוא משום שאינו אלא משום ספק דילמא יבא לאיסור תורה כיון שהוא מוכרח לחלק כן בין נדון שלו להרשב"א אלא ודאי מדלא כתב כן משמע דלא ס"ל חילוק זה וא"כ הדרא קושיין לדוכתיה מדברי הרשב"א וצ"ע. העולה ממה שכתבנו דדין זה דשוטה אם הותר לגביה אבק רבית הוא תלוי בפלוגתא דרבוותא. והא דאמרינן בנזיר פרק כהן גדול דהנכנס לארץ העמים בשידה תיבה ומגדל טהור משום דהוי מילתא דלא שכיח ולא גזרו ביה רבנן אע"ג דלטעמא דמשום אוירא גזירה הוי גדר שלא יצא מהארץ לח"ל וה"ט שייך ג"כ בנכנס בשידה תיבה ומגדל הא ל"ק משום דרבי דמטמא דסבר דאע"ג דלא שכיחא גזרו ביה רבנן הוי מטעמא דמהרדכ"ץ דהכא לא שייך לחלק בין שכיחא ללא שכיחא כיון דטעמא שוה בתרוייהו ואדרבה מהכא הוי סייעתא משום דלא מצינו מחלוקת במילתא דלא שכיח אי גזרו ביה רבנן או לא אלא ודאי דשאני ההיא דארץ העמים דדמי לתקנה דהרדכ"ץ ופליגי ר"י ור"ש בפלוגתא דמהרי"ט ומהרדכ"ץ. ועיין בפסקים וכתבים סי' רס"ו שכתב דבתקנת ר"ת אין לחלק בין מילתא דשכיח ללא שכיח והיינו משום דהתקנה היתה משום ותם לריק וכל היכא דשייך האי טעמא תקנו ואפילו בדבר דלא שכיח וכמ"ש מהרדכ"ץ (*א"ה עיין בתשובת הרב המחבר לקמן פכ"א מה' אלו):

ויש להסתפק בנכסי יתומים שניתנו קרוב לשכר ורחוק להפסד ונתעסק בהם המקבל עד לאחר שהיה ליתום י"ג שנה אם יקח היתום מהריוח שהרויח לאחר שהגדיל כיון שהתנאי היה בשעת היתר א"ד דבתר גובייא אזלינן וכיון שעכשיו הוא גדול אסור ליקח מן הריוח שהרויחו הנכסים לאחר שהגדיל ונראה שיש ללמוד דין זה מהא דאמרינן בפרק א"נ (דף ע"ב) ישראל שלוה מעות מן העכו"ם ברבית וזקפם עליו במלוה ונתגייר אם קודם שנתגייר זקפם עליו במלוה גובה את הקרן ואת הרבית ואם לאחר שנתגייר זקפן כו' גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית הרי שאע"פ שהתנאי היה בשעת היתר אזלינן בתר גובייא ואסור. וכ"ת א"כ דמדמינן להו אפי' הריוח שהרויח בעוד שהיה קטן

לא יקח לאחר שהגדיל שהרי כתב הרא"ש דאפילו הרבית שעלה קודם שנתגייר אסור הא ליתא דשאני ההיא דהרא"ש דלא הוי אלא משום חומרא בעלמא שהחמירו חכמים וכמ"ש ה"ה פ"ה מהלכות אלו ואיכא למימר דבקצוצה החמירו באבק לא החמירו א"נ דגבי יתום לא החמירו אבל במה שהרויח לאחר שהגדיל דגבי עכו"ם לא אסור משום חומרא אלא מהדין הגמור אין לחלק בין יתום לעכו"ם ובין קצוצה לאבק, אך אפשר לומר דאם ניתנו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד שיקח אף מהריוח שהרויח לאחר שהגדיל לפי דשאני שאר איסורי רבית שיש איסור בנתינה מצד עצמה אבל קרוב לשכר אין בזה איסור בשעת נתינה שאין האיסור אלא מב' החלוקות דהיינו שיהא קרוב לשכר ורחוק להפסד אבל בחלוקה אחת אין איסור שאם היה קרוב להפסד כדינו היה מותר להיות קרוב לשכר וכן בהיפך נמצא שאין כאן איסור אלא משום התנאי וכיון שהתנאי היה בשעת היתר שרי אבל בשאר איסורי רבית שאין האיסור מצד התנאי אלא מצד הנתינה לבדה אף שהתנאי היה שעת היתר בתר נתינה אזלינן וחילוק זה שחילקנו למדתי אותי ממהרלנ"ח בס"ס ק"ג שחילק חילוק זה לענין אחר באופן דבשאר איסורי רבית כגון משכנתא או חכירי נרשאי אסור לאכול הפירות או לקחת השכירות לאחר שהגדיל. ונראה דלא מהני זקפן כי היכי דמהני גבי עכו"ם אפילו לדברי התה"ד דס"ל דזקפן מהני אפי' למה שעלה לאחר שנתגייר משום דשאני התם דכל מה שזקף כשהיה עכו"ם היה היתר גמור שהרי לא היה מוכח שיעלה וא"כ אף שנתגייר גובה את הרבית לפי שבשעת הזקפה היה היתר גמור אבל גבי יתום אם זוקף אף מה שיעלה לאחר שיגדיל משעת זקיפה עביד ליה איסורא:

כתוב במרדכי על אפוטרופוס שהלוה מעות היתומים בר"ק שהשיב ר"מ דאע"ג דמעות של יתומים אסור להלוותן בר"ק מ"מ אי מטי ליה רווחא יהיב ליה כמו שהתנה עמו דכיון דהרויח כ"כ או יותר איבעי ליה לקיומי תנאיה אע"ג דתנאה דאתני בהדיה אפוטרופוס לאו כלום הוא ותנאו בטל אנן אבוהון דיתמי אנן והו"ל כאילו ב"ד אתנו בהדיה קרוב לשכר ורחוק להפסד כו' וכיון דאמור רבנן זוזי דיתמי יהבינן להו קרוב לשכר ורחוק להפסד ואפילו היכא דלא אתני כמאן דאתני דמי ע"כ. ויש להסתפק היכא דהלוו מעות היתומים בסתם והרויח בהם אם חייב לתת מהריוח מי נימא אנן אבוהון דיתמי אנן והו"ל כאילו ב"ד אתנו בהדיה דמאי שנא בסתם מהיכא שהלוו בר"ק דהא תנאה דאתני בהדי אפוטרופוס לאו כלום הוא וכן נראה ממ"ש מהר"ם בסוף דבריו ואפילו דלא אתני כמאן דאתני דמי או דילמא דדוקא היכא דנחית לתת ריוח ליתומים אז הוא דאמרינן דאע"ג דתנאו לא היה כלום אנן אבוהון דיתמי והו"ל כאילו התנו בהיתר ומתרצינן דבוריה

שאותו הרבית שאמר ליתן הוא אם ירויח במעותיו אבל היכא דלא נחת ליתן ריוח אז לא אמרינן אנן אבוהון דיתמי לפי שיכול לומר דאדעתא שלא ליתן ריוח קיבל המעות והנה ממ"ש מרן ר"ס ר"ץ אפוטרופוס שהלוה מעות יתומים בר"ק או שהלוה לו סתם ולא אתני בהדיא עיין במרדכי פא"נ ע"כ ולא מצאתי בפא"נ תשובה אחרת דשייכא לדין הרב אלא תשובה זו שכתבנו נראה דס"ל דאין חילוק בין הלוה בר"ק להלוה בסתם ואף שלא בא דין זה דהלוה בסתם בפירוש בדברי מהר"ם אפשר דס"ל למרן דמ"ש ואפילו דלא אתני כמאן דאתני דמי הכוונה הוא ואפילו דלא אתני כלל ולפ"ז באו בדברי מהר"ם שני הדינין שכתב מרן וכ"נ ממ"ש מהריב"ל ח"א כלל ח' סי' כ"ה שהרי נדון שלו היה שקיבל המעות בסתם ואפ"ה כתב דאם הרויח חייב ומטי עלה מתשובת מהר"ם הלזו וכן נראה ממה שכתב בכלל י"ז סי' ס"ג אך ממה שכתב בח"ג סי' קי"ב נראה דלא ס"ל הכי שהרי נדון שלו היא במי שקיבל מעות היתומים להלביש אותם בסחורות וחזר וזקף עליו המעות במלוה ואינו רוצה לתת מריוח הסחורות וכתב דאע"ג דלהרשב"א ולקצת מהמורים אינו מחוייב לתת הריוח הכא שאני דהוו מעות של יתומים משום תשובה זו דמהר"ם. והנראה מדקדוק דבריו שם יראה דלא רצה לדמות שאלתו להא דמהר"ם אלא משום דבנדון דידיה קיבל המעות ע"מ להלביש אותן ודמי להיא דמהר"ם שקיבל המעות ברבית קצוצה ומש"ה כתב דיש מקום לדחות דאדרבה איפכא מסתברא ואם איתא דס"ל דלמהר"ם ז"ל היכא שקיבל מעות היתומים בסתם שחייב לתת מהריוח איך עלה בדעת הרב לומר דמשום שקבלם מעיקרא להלביש שלא יהא חייב לתת מן הריוח לאחר שזקפן כיון שאפילו בסתם חייב ליתן מן הריוח א"ו דס"ל דדברי מהר"ם הללו הם דוקא היכא שלוה ברבית קצוצה אבל בסתם לא והוא היפך ממ"ש בח"א וכעת צל"ע. כתב מרן ונ"ל דה"ה אם הלוה הרויח כל כך כלומר שנטל לחלקו ריוח כל כך כמו שהתנה לתת להם אבל אין לומר דאם לא הרויח אלא כמו שהתנה לתת להם יטלו הם כל הריוח ע"כ וכן פסק מהר"ם מלובלין סי' ל"ג אבל מהרא"ש סי' קס"ב כתב שמדברי המרדכי משמע שאפילו לא יטול הוא שום ריוח יתן הכל ליתומים ושכן נראה ממ"ש מהרי"ל. וראיתי להר"ב פ"מ בח"א סי' צ"ד שכתב שדברי מרן הללו קשיא דיוקא אדיוקא שמדיוק קצת דבריו נראה דצריך שהריוח שיגיע לחלק הלוה יהיה מחצה על מחצה הא פחות מכאן אסור ואילו מדיוק קצת דבריו נראה דע"כ לא אסר אלא כשהלוה לא הרויח לחלקו כלל הא אם הותיר שיעור שהגיע קצת לחלק הלוה שפיר דמי ע"כ. ואחר בקשת המחילה הראויה יראה שדברי מרן באו בדקדוק גמור שהרי דבריו הם על דברי המרדכי שכתב אם הלוה הרויח כ"כ וזה סובל ב' פירושים או שהלוה הרויח כל כך לעצמו

או שבכולל הרויח כל כך אבל החלוקה השלישית דהיינו שיש ריוח לעצמו אבל אינו כשיעור ריוח היתומים אין בה חלות ליישבה בדברי המרדכי וכיון שמרן שלל החלוקה ב' בהכרח הוא שצריך שירויח לחלקו כמו הסך שהתנה לתת ליתום דאל"כ מאי אם הלוה הרויח כל כך וזה פשוט. ואם הלוה הרויח לחלקו יותר ממה שהתנה לתת ליתום כתב בעל הלבוש שאינו חייב ליתן לו מן היתרון ונראה דאף למאן דסבר דאפי' היכא שהלוה בסתם הו"ל כאלו התנו מ"מ מודה דהיכא דהתנה ברבית קצוצה שאינו נותן לו יותר מהתנאי דלהכי מהני תנאה. ויש להסתפק במי שהלוה לחבירו מעות קרוב לשכר ורחוק להפסד ומת והמקבל נתעסק במעות אף לאחר שמת והרויח בהם אם יכולים היתומים לתבוע ממנו הריוח שהרויח לאחר שמת אביהם דאף שמהריוח שהרויח בעוד שהיה אביהם חי אין להם שום זכות בו לפי שאין אדם מוריש ממון שהוא לא היה יכול לקחתו וכמ"ש מהרש"ך בח"ג סי' ב' מ"מ מהני תנאי אביהם למה שהרויח לאחר שמת כיון דלדידהו שרי בכה"ג או דילמא כיון דבשעת התנאי לא היה יכול להתנות משום דלדידיה אסור א"כ הו"ל תנאי זה כמאן דליתיה ונשארו בידו המעות בהלואה בסתם בלי שום תנאי ולפ"ז אינו חייב לתת שום ריוח ליתומים אף במה שהרויח לאחר שמת אביהם ואף למאן דס"ל דמי שקיבל מעות היתומים בסתם שחייב ליתן מן הריוח היינו דוקא היכא שקבלם מן היתומים משום דאמרינן מסתמא קבלם בתקנת חכמים שאמרו דנכסי דיתמי יהבינן להו קרוב לשכר ורחוק להפסד אבל אם לוה מאביהם ומת פשיטא דאין לחייבו בריוח כיון שהוא לא קבלם אדעתא דהכי ולפי זה איכא למימר דאף כשקיבל בתנאי כיון דבשעת התנאי היה איסור הו"ל התנאי כמאן דליתיה ונשארו המעות בידו בהלואה בסתם. ונראה שיש ללמוד דין זה ממה שכתב מהר"א מונסין הובאו בתשובות מהרש"ך ח"ג סי' ב' בשם הרמ"ה דכל הלואה שהיה בה איסור רבית בטלה ההלואה ובטל התנאי ונשארו המעות בתורת פקדון ומינה לנ"ד דכיון שהיה התנאי באיסור בטל התנאי וההלואה ונשארו המעות בידו בתורת פקדון וא"כ פשיטא שאינו חייב לתת ריוח ליתומים מהריוח שהרויח לאחר שמת אביהם:

ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"ם הנה מוהריב"ל ז"ל לא מצא חולק על זאת הסברא אלא רש"י והריב"ה דס"ל דאבק רבית לא הותר ליתומים אלא בפני ב"ד וכבר כתבנו לעיל שהרבנים האחרונים הסכימו שאין לחוש לסברת רש"י והעולם נהגו בהיפך וא"כ דין זה דמהר"ם הוא הלכה פסוקה וראיתי להר"ב פני משה ח"א סי' צ"ד שכתב שאין המוחזק יכול לומר קים לי כרש"י דלא ס"ל להא דמהר"ם משום דרש"י יחידאה הוא ולא עבדינן כוותיה אלא כמהר"ם נקטינן ודבריו הם תמוהים הרבה חדא שהרי מהריב"ל

כתב בח"ג סי' קי"ב דלית לן למעבד עובדא כסברת מהר"ם דמאן לימא לן דאיהו אמרה ואי אמרה יחידאה הוא הרי שדחה הרב תשובה זו דמהר"ם בשתי ידים ואף שבסי' ח' דחה סברת רש"י ז"ל היינו דוקא כשהלוה באבק רבית אבל כשמלוה ברבית קצוצה שלא מצינו מי שיאמר שיהא מחוייב לתת ריוח אלא מהר"ם ורש"י והריב"ה חולקין עליו בפירוש פשיטא שאין לחוש לדמהר"ם ועוד שהרב פ"מ בח"ב סי' כ"ג כתב בפירוש דיכול המוחזק לומר קים לי כרש"י דלא ס"ל להא דמהר"ם והוקשה לו ממהריב"ל שדחה דברי רש"י וכתב שיש לחלק כמו שחילקנו באופן שדבריו סותרים זה את זו וכעת צל"ע. ודע שהרב בשולחנו הטהור פסק להא דמהר"ם להלכה פסוקה ולא הביא שום חולק עליה וכן נראה דס"ל להרב בעל המפה וכן פסק מהרא"ש סי' קס"ב ומהר"ם מלובלין סי' ל"ג וכן הוא דעת מהרי"ל כמו שנראה ממה שהביא מרן בשמו ומדברי מהריב"ל יש תשובות שמורות היפך מה שפסק בח"ג סי' קי"ב וכעת צל"ע:

אפוטרופוס שהלוה מעות היתומים ברבית קצוצה כתוב במרדכי פרק איזהו נשך ובהגהות מרדכי דקידושין שצריכין להחזיר ולא מצאנו בדין זה חולק ואפילו הרשב"א מודה דכל שלא בא הרבית ליד היתומים שצריכים להחזיר וכן נראה מדברי הריב"ש שכתב בסי' תס"ה כל שבאו לידם מעות של רבית קצוצה אין כופין אותם להחזיר דמשמע דוקא שבאו לידם הא אם לא באו עדיין לידם כופין לאפוטרופוס להחזיר ואע"ג דמדבריו שם נראה דס"ל דבהקדש כל שבא הרבית ליד הגבאי אע"פ שלא חלקו לעניים אינו חייב להחזיר שאני הקדש דמאותה שעה שבא הרבית ליד הגבאי הרי זכו בו העניים והוה ליה כאילו בא לידם ומש"ה אינו חייב להחזיר אע"פ שעדיין לא חלק אבל גבי יתומים דליכא למימר הכי כל שלא בא לידם הרבית חייב להחזיר וכן נראה מדבריו שם שכתב ודכוותה בהקדש עניים כיון שזכו בהם עניים כו' אין צריך לומר אם כבר חלקו הפירות הרי שאף שלא חלק הפירות קרי ליה זכו בהם עניים וזה לא שייך אלא בהקדש אבל גבי יתומים לא וכ"כ מהרימ"ט בחי"ד סי' ט"ל דאף לרבינו תם דס"ל דתן לאו כזכי דמי גבי צדקה מודה דתן כזכי דמי משום דאמרינן בפיך זו צדקה. והרב בעל ג"ת דימה מעות של הקדש למעות של יתומים וכתב שלדעת הריב"ש אף שלא בא הרבית ליד היתומים אינם חייבים להחזיר ונדחק הרבה בדברי הריב"ש לאין צורך. ולענין אם גבה האפוטרופוס הרבית ונתנו להם כתב מרן בשם בעל התרומות שחוזר הלוה ומוציא ממנו והוא מוציא מהיתום ונראה שמרן למד דין זה שלא יוציא הלוה הרבית מיד היתומים אלא מיד האפוטרופוס ממה שהביא בעל התרומות ראיה לדבריו משומר דיתמי דאם פשע ולא נטר תורא דידהו משלם מעליית אפוטרופוס והדר גבי איהו מנכסי יתמי וס"ל

למרן דהוא הדין הכא גבי רבית ונראה שבעל התרומות חולק על רש"י במה שפירש דטעמא דר' יוסי בר חנינא דאמר דחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי הוא משום דאי לא מימנעי ולא עבדי דהאי טעמא לא שייך הכא גבי רבית דשאני התם דזימנין דמשתלי ואינו שומר הבהמה כראוי ויוצאה ומזקת אבל הכא לא יהיה אפוטרופוס ולא ילוה ברבית אלא ס"ל דטעמא דר' יוסי דקאמר דחוזרין ונפרעין מן היתומים הוא מדינא כיון שמחמת היתומים בא להם הפסד צריכים לפרוע לאפוטרופוס אלא שממתינין להם עד דגדלי משום דאין נזקקין לנכסי יתומים ולפי פירוש זה לימד הרב דהוא הדין הכא גבי רבית שחוזרין ונפרעין מן היתומים כיון שמחמת ממונם בא להם הפסד. ויש לתמוה דמנא ליה פירוש זה מאחר שר' יוחנן דאמר מעליית יתומים הוא משום דאי לא מימנעי ולא עבדי אימא דר' יוסי נמי ס"ל האי טעמא ולא פליגי אלא דר' יוחנן סבר דמזיק שאני דנפרעין מנכסי יתומים ומש"ה אמר מעליית יתומים ור' יוסי לא ס"ל הכי אלא דבמזיק נמי אין נזקקין לנכסי יתומים ומשום הכי אמר מעליית אפוטרופוס אבל לעולם דמה שחוזרין ונפרעין מן היתומים הוא משום דאי לא מימנעי ולא עבדי. וכ"ת אי רבי יוסי חייש לדלמא מימנעי ולא עבדי היה לו לומר מעליית יתומים משום האי חששא גופא דדלמא מימנעי אע"ג דבעלמא אין נזקקין לנכסי יתומים הא ליתא משום דא"כ תיקשי דלמה לן למימר דלר' יוחנן מזיק שאני אימא דטעמא משום דאי לא מימנעי אלא ודאי דהאי חששא לא מהני להזקק לנכסי יתומים קטנים אלא משום דס"ל דמזיק שאני. ושמא יש לומר דס"ל לבעל התרומות דאי ר' יוסי חייש לדילמא מימנעי היה לו לומר שהניזק ימתין עד דגדלי יתמי ויפרע מעליית יתומים ומדקאמר מעליית אפוטרופוס שמעת מינה דלא חייש לדילמא מימנעי אלא שנפרעין מן האפוטרופוס לפי שהוא פשע שלא שמר כראוי וחוזרין ונפרעין מן היתומים מדינא כיון שמחמת ממונם בא להם הפסד והוא הדין הכא גבי רבית שמוציא מן האפוטרופוס וחוזר ומוציא מן היתומים ואף למאן דפסק כר' יוחנן וכמו שפסק הריב"ה סי' ת"ו הכא מודה דשאני התם דדילמא מימנעי אבל הכא דלא שייך האי טעמא מודה דנפרעין מן האפוטרופוס וחוזר ומוציא מן היתומים. ואכתי איכא לעיוני בדברי בעל התרומות שמדבריו שם נראה שהלוה מוציא מן היתומים שכתב אבל יתומים דמממונייהו עבד אפוטרופוס איסורא ולצרכייהו קא עסיק עלייהו דידהו רמי לאהדורי ומינייהו אית ללוה למיתבעיה דבדידהו קא משתכח רביתא וכן חזר וכתב אחר זה ואינהו קא מהדרי ליה אלמא ס"ל שהלוה מוציא מן היתומים וא"כ יש לתמוה איך חזר בו בתוך כדי דיבור ממה שכתב והביא ראיה להיפך. אשר על כן נראה לומר דלעולם דס"ל לבעל התרומות שהלוה מוציא מן היתומים ומה שהביא ראיה

לדבריו משומר דיתמי אינו אלא לומר דלא תימא כיון דאינהו לא עבוד איסורא אע"ג דממונייהו עביד איסורא אינם חייבים להחזיר לזה הביא ראיה משומר דיתמי דאע"ג דלא פשעו בזה כיון דמחמת ממונם בא לו הפסד חייבים לשלם הכא נמי כיון דמחמת ממונם איתעביד איסורא חייבים להחזיר אבל לעולם דהאפוטרופוס אינו חייב להחזיר לפי שהלוה לאו לאפוטרופא הוא נותן ע"ד שיעכב לעצמו ואינו אלא סרסורא דחטאה וכמ"ש הרשב"א ובזה אינו חולק בעל התרומות עם הרשב"א ושאני התם שהאפוטרופוס הוא הפושע שלא שמר כראוי ומשום הכי מוציא מן האפוטרופוס אבל הכא גבי רבית אין דינו של הלוה עם האפוטרופוס לפי שאינו אלא שליח בעלמא וכמ"ש הרשב"א:

ויש להסתפק לפי זה היכא שאכלו היתומים הרבית אם חייבים לשלם מי נימא דוקא כשהוא בעין חייבים להחזיר כמו גזל דאם גזלו והגזילה קיימת חייבים להחזיר אבל אם אכלו הרבית אפשר דפטירי משום דאכילת קטנים לאו כלום היא וכמ"ש הרשב"א וכל עצמו של בעל התרומות לא בא לחייבם אלא כשהרבית קיים דלא נימא כיון דאינהו לא עבוד איסורא אינם חייבים להחזיר אלא דהוה ליה כאילו הם עצמם הלוו וחייבים להחזיר אבל כשנאכל הרבית דאפי' הם עצמם שהלוו פטורים משום דאכילת קטנים לאו כלום הוא לא יתחייבו בזה בשביל שבא הרבית לידם על יד האפוטרופוס. ובשלמא לדברי מרן דס"ל שהלוה מוציא מן האפוטרופוס והוא חוזר ומוציא מן היתומים בזה אין חילוק בין נאכל הרבית לרבית קיים שכיון שהלוה מוציא מן האפוטרופוס אפילו אם נאכל הרבית משום דחשיב כאילו לעצמו קיבל הרבית משום הכי האפוטרופוס חוזר ומוציא מן היתומים אפילו נאכל כיון שמחמת ממונם בא לו הפסד כי היכי דאמרינן גבי שומר דיתמי. אבל לפי מה שכתבנו שאין דינו של הלוה עם האפוטרופוס לפי שאינו אלא שליח בעלמא אלא דינו של הלוה הוא עם היתומים והו"ל כאילו הם עצמם הלוו ברבית אפשר לחלק בין רבית קיים לרבית שנאכל וכמו שמחלקים גבי גזל וכמ"ש הרשב"א:

כתב מרן שהרשב"א חולק על כל זה שכתב על אפוטרופא של אלמנה ויורש גדול שהלוה ברבית שאין היורש והאלמנה חייבים להחזיר לפי שהם לא התנו באותו רבית ולא לקחוהו מיד הלוים אלא הלוה נתן לאותו אפוטרופא שהתנה עליו עמו והאפוטרופא נתן לאלמנה ואפילו בגזל גמור בכל כי הא אין חייבין להחזיר וכדתנן הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורים מלשלם כ"ש הרבית שאינו גזל גמור שהרי נתן הוא המעות מדעת ע"כ. והנה מ"ש מרן שהרשב"א חולק על כל זה לא קאי על מ"ש בשם הגהות מרדכי דכשהרבית הוא ביד האפוטרופוס שצריכים להחזיר שבזה אינו חולק הרשב"א

וכמו שכתבנו לעיל אלא דלפי מ"ש בשם בעל התרומות שחוזר הלוה ומוציא ממנו והוא מוציא מהיתומים לזה כתב שהרשב"א חולק על כל זה בין על חיוב האפוטרופא בין על חיוב היתומים אבל ודאי שהרשב"א לא מיירי אלא כשבא הרבית ליד היתומים אבל כשהוא ביד האפוטרופוס אליבא דכ"ע חוזר הלוה ומוציא ממנו דלא שייכי בזה טעמא דהרשב"א, והנה ממה שהביא ראיה לדבריו מההיא דהגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם שפטורים מלשלם נראה דמיירי דוקא כשאכלו היתומים הרבית אבל אם הוא בעין חייבים להחזיר שהרי מתני' דהגוזל מוקי לה רבא כשאכלום דוקא אבל אם הוא בעין חייבים להחזיר ואפילו לאביי דמוקי לה בגזילה קיימת היינו משום דס"ל רשות יורש כרשות לוקח דמי ואיכא יאוש ושינוי רשות אבל הכא גבי רבית ליכא שינוי רשות שהרי הלוה נותן לאפוטרופא כדי שיתן לאלמנה או ליורש והאפוטרופא ג"כ לוקח על דעת זה דאלת"ה תיקשי דלמה לן מההיא דהגוזל תיפוק ליה דהא איכא יאוש ושינוי רשות דס"ל להרשב"א דסתם רבית איכא יאוש דאי לא ליכא ראיה כלל מההיא דהגוזל וכמו שמוכיח שם בריש הגוזל דאי ליכא יאוש רצה מזה גובה רצה מזה גובה אלא ודאי דס"ל להרשב"א דהכא ליכא שינוי רשות ומש"ה מטי עלה מההיא דהגוזל ומאכיל ולפי זה הוי דוקא כשנאכל הרבית אבל אם הוא בעין חייבים להחזיר דומיא דההיא דהגוזל ובזה ניחא מ"ש הריב"ש סי' תס"ה בשם הרשב"א דמעות של יתומים ברבית קצוצה יוצאה בדיינים ולכאורה דברי הרשב"א סתרי אהדדי ובמה שכתבנו ניחא דהריב"ש מיירי ברבית קיים דלטעם הריב"ש שהוא משום דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו אין חילוק בין רבית קיים לאינו קיים אבל להרשב"א דוקא כשנאכל הרבית פטורים אבל ברבית קיים חייבים להחזיר. ולפי זה אני תמיה על הרשב"א מההיא דגרסינן בפרק הגוזל הניח להם אביהם מעות של רבית אע"פ שיודעין שהם של רבית אין חייבים להחזיר והתם מיירי אפילו ברבית קיים. וליכא למימר דשאני התם דממונא דאבוהון הוה בההיא שעתא דאוזפה ברבית ולנפשיה עבד איסורא וקרינן ביה יכין רשע וצדיק ילבש אבל יתומים דמממונייהו עבד אפוטרופוס איסורא ולצרכייהו קא עסיק עלייהו דידהו רמי לאהדורי וכמו שחלק חילוק זה בעה"ת ח"ד סי' ז' דא"כ מה ראיה מביא מההיא דהגוזל אימא דשאני התם דאבוהון הוא דעבד איסורא ומשום הכי כשאכלו בניו הגזילה פטורים אבל הכא דמממונייהו עבד אפוטרופא איסורא ולצרכייהו קא עסיק אפילו כשאכלו הרבית יהיו חייבים להחזיר אלא ודאי דלא ס"ל חילוק זה וא"כ היה לו להביא ההיא דהניח להם אביהם מעות של רבית כדמוכח מינה דאפילו ברבית קיים אינם חייבים להחזיר. ושמעתי אומרים דלעולם דס"ל דאפילו ברבית קיים אינם

חייבים להחזיר מההיא דהניח להם אביהם אלא שהרשב"א נשאל כשנאכל הרבית ועל זה השיב דהא לא תיבעי דאפילו בגזל גמור בכל כי הא אין חייבים להחזיר אבל לעולם דלדינא ס"ל דאפי' ברבית קיים אין חייבים להחזיר ומ"מ תירוץ זה הוא דוחק בדברי הרשב"א וכעת צל"ע. ויש להסתפק לדברי הרשב"א ברבית ע"י שליח היכי לידיינוה דייני אי דמיא לאפוטרופא של אלמנה או לא. ובעל ג"ת ז"ל כתב דלהרשב"א כל רבית ע"י אחר אינה יוצאה בדיינים ואין דבריו נראין לי משום דדוקא כשבעל הממון אינו אומר שילוה האפוטרופוס ברבית אלא שהאפוטרופוס מדעתיה מלוה ברבית בזה הוא דקאמר הרשב"א שאין האלמנה והיורש חייבים להחזיר לפי שהם לא התנו באותו רבית והאפוטרופוס הוא דעביד איסורא ודמי לגוזל ומניח לפניהם שפטורים מלשלם אבל באומר שילוה מעותיו ברבית והשליח עשה שליחותו אפשר דגבי גזל בכל כי האי גוונא מוציאין ממנו ואפילו את"ל דגבי גזל אפי' אם אמר לו לגזול והלך וגזל ונתן למשלח ואכל שאינו חייב לשלם מ"מ גבי רבית שאמר לו שילוה מעותיו ברבית ובממוניה עבד שליח איסורא הו"ל כאילו המשלח הלוה ופשיטא שחייב להחזיר ולא דמי כלל לגוזל ומניח לפניהם שפטורים מלשלם. ומ"ש הרב בעל גידולי תרומה דכל רבית ע"י אמצעי ושליח אינו חייב להחזיר דהא איכא יאוש ושינוי רשות הא ליתא דשינוי רשות לא שייך הכא לפי שהלוה אינו נותן הרבית על דעת שיעכב השליח לעצמו אלא כדי שיתן לבעל המעות וכן השליח על דעת זה מקבל נמצא שאין כאן שינוי רשות וכמו שהכרחנו לעיל מדברי הרשב"א:

כתב מרן עלה דתשובה דהרשב"א הלזו וכן דעת הריב"ש ע"כ ודבריו תמוהים שהרי טעמא דהריב"ש הוא משום דהחזרת רבית היא מצות עשה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו והאי טעמא לא שייך אלא בקטנים אבל בגדולים או באלמנה פשיטא שחייבים להחזיר דבני מיעבד מצוה נינהו וא"כ כיון דהרשב"א מיירי בגדולים איך כתב וכן דעת הריב"ש ואפשר לומר דמרן קאי על מ"ש והרשב"א חלוק על כל זה ועל זה כתב שכן הוא דעת הריב"ש שהוא חולק על הרב בעל התרומות אבל לעולם דהרשב"א והריב"ש אינם שוים בדינם דלהרשב"א בין בגדולים בין בקטנים אינם חייבים להחזיר אבל להריב"ש דוקא בקטנים אבל בגדולים חייבים להחזיר וכן יש חילוק ביניהם דלהרשב"א הוא דוקא היכא שהאפוטרופוס הלוה מדעתו אבל אם אמרו לו היתומים שילוה ברבית והלוה האפוטרופוס והרבית קיים חייבים להחזיר ולהריב"ש אינם חיבים להחזיר משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו:

והיכא שהקטנים עצמם הלוו ברבית בזה כתב הרשב"א ז"ל דאפילו הם עצמם שהלוו

ואכלו פטורים דאכילת קטנים לאו כלום היא כדאיתא בפרק הגוזל ומאכיל (דף קיב) דפריך קטנים מי מיחייבי לא יהא אלא דאזקו אזוקי ותנן חש"ו פגיעתן רעה וכו' ומיהו היכא שהרבית קיים חייבים להחזיר שהרי קטן שגנב מוציאין ממנו הגניבה וכמו שפסק רבינו בפ"ט מהלכות גניבה וראיתי בהגהות אשירי דפרק החובל דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל ולפי זה ה"ה גבי גזל ורבית דחייבים לשלם מה שאכלו כשיגדילו ויש לתמוה ע"ז דא"כ מאי פריך בגמ' קטנים מי מיחייבי לא יהא אלא דאזקו אימא דחיובא דקטנים הוא לכשיגדילו ואשמעינן דלא נימא אכילת קטנים לאו כלום היא ופטירי אפילו כשיגדלו קמ"ל דאפילו שאכלו כשהם קטנים חייבים לכשיגדלו ומה שהביא ראיה ממה שפרש"י בפרק הגוזל (דף צח) דאכפייה רפרם לרב אשי ששרף שטר חבירו בילדותו כבר דחה ראיה זו מהר"ם מפדוואה סימן צ' שאין כוונת רש"י לומר ששרף השטר בקטנותו אלא לומר שלא עשה זה המעשה בהיותו חשוב גם מה שהביא מההיא דפרק שור שנגח ארבעה וחמשה כבר כתב שם הר"ן דאפשר לאפוטרופא למיקם בנטירותא דשור ומש"ה משלמים אבל בהזיקן פטירי משום דאי אפשר לאפוטרופוס למיקם בנטירותייהו ואי מוקמינן למגבא מממונייהו מכלינן להו לממונייהו באופן שהגהת אשירי הלזו תמוה היא וסברא יחידאה היא שהרי כל הפוסקים הסכימו שקטן שהזיק פטור אפילו לכשיגדיל וכבר תמה על הגהה הלזו הרב בעל ג"ת שער ל"ו ח"ב סי' ו':

ולענין הלכה רבית ע"י שליח אליבא דכ"ע חייב המשלח להחזיר אפילו שאכלו והיכא שהוא אפוטרופוס בין דגדולים בין דקטנים והלוה ברבית מדעתו להרשב"א אינם חייבים להחזיר משום דדמי לגוזל ומניח לפניהם שפטורים מלשלם אלא שיש להסתפק ברבית קיים מהו דעתו ולהריב"ש באפוטרופוס דגדולים חייבים להחזיר אפילו כשנאכל הרבית ובאפוטרופוס דקטנים אינם חייבים להחזיר אפילו ברבית קיים משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו. ויש להסתפק היכא שנתן הרבית ליתומים ולא נתן הקרן מנכין ליה הרבית או דלמא כל סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא ולהרי"ף ז"ל אפילו בלא משכנתא הוי דינא הכי וכמו שבא זה מבואר בסימן קס"ו וא"כ הכא נמי כיון דפטירי מטעמא דלאו בני מיעבד מצוה נינהו א"כ אף מן הקרן אין מנכין משום דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא והרב בעל פ"מ בח"א סי' צ"ד כתב דבהקדש עניים אין מנכין מן הקרן מטעמא דכתיבנא ואף שדבריו שם תמוהים הם וכמו שנבאר לקמן מ"מ גבי יתומים יש להסתפק והיכא שהקטנים עצמם הלוו ברבית להרשב"א אם אכלו הרבית פטורים אפילו לכשיגדילו ואם הרבית קיים מוציאין ממנו דומיא דגזל ולהריב"ש אפילו ברבית קיים פטירי משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו ואפשר שמ"ש הריב"ש בשם הרשב"א מירי

כשהיתומים עצמם הלוו והרבית קיים דלטעמיה דהריב"ש פטירי ולהרשב"א חייבים וע"כ אית לן למימר הכי אי אמרינן דרבית ע"י אפוטרופוס להרשב"א אינם חייבים לשלם אפילו ברבית קיים ומיהו ממה שפסק מרן בשלחנו הטהור נראה דס"ל דרבית ע"י אפוטרופוס לא פטירי להרשב"א אלא כשאכלו היתומים ולפי זה ניחא טפי שמ"ש הריב"ש בשם הרשב"א מיירי ברבית ע"י אפוטרופוס אלא שהרבית קיים דלהרשב"א חייב להחזיר ולהריב"ש פטירי:

ונראה דהא דאמרינן דקטנים שהלוו ברבית והרבית בעין שחייבים להחזיר היינו דוקא כשהגיעו לעונת הפעוטות דכיון דתקון רבנן דהוי מתנתם מתנה במטלטלים הכי נמי הלואתם הלואה אבל מקמי הכי כיון דאי איתניס ביד הלוה אחר שמשכו אינו חייב באונסין והרי זה דומה לפקדון וכמ"ש הריב"ה בח"מ סי' צ"ו בשם הרמ"ה וא"כ כיון שאין כאן הלואה אין כאן רבית כלל:

מי יש בידו מעות יתומים וטוען קבלתים פלגא באגרא ופלגא בהפסד כתב המרדכי שלראב"ן עליו להביא ראיה ולראבי"ה ורבינו ברוך נאמן במגו דלהד"ם או החזרתים ואע"ג דבטוען תמורת המנהג קי"ל דאפילו במגו אינו נאמן כבר כתב הרב בעל משא מלך בחלק מנהגי ממון שרש י"ג דשאני טוען היפך המנהג משום דמנהג העיר הוא דבר ידוע לכל אבל הטוען היפך הדין ואית ליה מגו נאמן משום דלאו כ"ע דינא גמירי:

עוד כתב הטור וז"ל וכן הדין במעות של הקדש שהוקדשו לעניים או לת"ת או לצורך ב"ה אבל אסור להלוותן ברבית דאורייתא. והנה בדין זה יש מחלוקת בין הראשונים יש מי שמתיר הקדש עניים אפילו בר"ק ויש מי שאסרו אפילו באבק רבית ויש מי שמכריע ביניהם שברבית קצוצה אסור ובאבק רבית מותר וכבר הובא מחלוקת זה בהגהות ובמרדכי פרק המפקיד וכתבו שראבי"ה אסר להלוות מעות של צדקה ברבית משום דדינו כהדיוט והביא ראיה מדאמרינן בפרק החובל ענייי דפומבדיתא מיקץ קייץ ולשמור הוא ואם היה דינו כהקדש הא תנן שומר חנם אינו נשבע ש"ש אינו משלם ועוד הביא ראיה מדאמרינן בפרק בתרא דכתובות אין משתכרין בשל עניים ולא בשל הקדש ומפרש התם טעמא לכל חד וחד ומדפלגינהו לתרי טעמי ש"מ דאין דינם שוה ומדברים אלו מוכח שראבי"ה לא נחית אלא לאוסרו ברבית דאורייתא דלא נימא דדינו כהקדש גבוה ולא קרינן ביה אחיך לזה כתב שאין דינו כהקדש אלא כהדיוט וקרינן ביה אחיך אבל באבק רבית לעולם דמודה ראבי"ה דשרי משום דלא גזרו בו רבנן כי היכי דלא גזרו במעות יתומים אע"ג דקרינן ביה אחיך וכמ"ש בעה"ת. ולפ"ז אני תמיה על מרן שכתב בשם ההגהות שראבי"ה אוסר מעות של צדקה אפילו באבק רבית ולא ידעתי

היכן מצא הרב זה וצ"ע וה"ר שמואל היה מתיר להלוותם ברבית מדאמרינן בירושלמי דמ"ק לווין ברבית לחבורת מצוה ולקדוש החדש ורבית סתמא משמע ר"ק מדלא קאמר לווין קרוב לשכר ורחוק להפסד כדאמרינן גבי מעות של יתומים והנה הרב בעל יפה מראה דחה ראיה זו דהתם לאו להתיר קאי אלא לומר דאע"פ שהם דחוקים שצריכין ללוות ברבית לווין לקיים המצוה ומיירי דוקא ברבית המותר וכגון מעכו"ם וכן איכא לאוקומי ברבית דרבנן ולא תיקשי דלא קאמר לווין ברבית דרבנן משום דהכא לא אתא לאשמועינן היתר רבית דרבנן גבי מצוה אלא חיוב שלוין ברבית לקיים המצוה ולעולם דמיירי ברבית המותר. והפ"מ בח"א סי' צ"ד מוקי להך ירושלמי ברבית דרבנן ומיתומים דשרי לכ"ע. עוד הקשה הרב בעל יפה מראה דאפילו לפי פירושם דהירושלמי קאי להיתרא אין ראיה להלוות מעות של צדקה והוקשה להרב ר' שמואל מהיא דהחובל דחייב רב יוסף ואם איתא דהקדש עניים הוי כהקדש גמור אין חילוק בזה בין קיץ להו בין לא קיץ להו ותירץ דכיון דקיץ להו הוי כמי שהפקידו עניים בעצמם כלומר דבשלמא היכא דלא קיץ להו א"כ אין לממון הזה בעלים ושפיר קרינן ביה הקדש גבוה אבל היכא דקיץ להו כיון שיש למעות הללו בעלים לא מיקרי הקדש גבוה והוי כמי שהפקידו עניים בעצמם. למדנו מזה דאפילו לה"ר שמואל דמתיר רבית במעות הקדש עניים היינו דוקא בדלא קיץ להו אבל אי קיץ להו אסור. ונראה דאין חילוק זה אמור אלא דוקא ברבית דאורייתא דבעינן להתירו משום דלא קרינן ביה אחיך אז הוא דאמרינן דכי קיץ להו קרינן ביה אחיך אבל ברבית דרבנן דטעמא דהיתרא הוא משום דלא גזרו ביה רבנן כי היכי דלא גזור בשל יתומים בזה אין חילוק בין קיץ בין לא קיץ וכ"פ בג"ת בח"ד סי' ח' דאפילו הקדש של עניים ידועים שרי בא"ר ולפ"ז יש לתמוה על מרן שכתב שמדברי ההגהות ומתשובת הרמב"ן סימן רכ"ב משמע דהקדש לעניים מיוחדים וקצוב חלקו של כל אחד אסור להלוותם אפילו בא"ר ואין מדבריהם הכרח כלל משום דאינהו קיימי ברבית דאורייתא ועל זה הוא שמחלקים בין כשיש להקדש בעלים ידועים ובין אין לו בעלים ידועים אבל בא"ר לא חלקו כלל ובזה בכל גוונא שרי ולא ידעתי מנ"ל למרן להשוות רבית דאורייתא לא"ר וצ"ע. וכן נראה מדברי מהרא"ש סי' קס"ב שכתב שכל א"ר מותר בהקדש עניים ואע"פ שיש מי שאוסר כבר נדחו דבריו ובפרט היכא שאין ההקדש מיוחד לעניים מיוחדים ע"כ משמע דס"ל שאפילו בהקדש עניים מיוחדים א"ר שרי והאוסר הוא סברא אחת שהביא בעה"ת ודחאה יע"ש. ויש להקשות לה"ר שמואל דס"ל דמעות של הקדש עניים דלא קיץ להו הוי כהקדש גבוה איך יתיישב לו הא דגרסינן בפ' החובל לשמור ולא לחלק לעניים ומיירי בדלא קיץ ולמה לן קרא

דלשמור תיפוק ליה מרעהו דממעטינן מיניה הקדש גבוה ואפשר לומר דקרא דלשמור לאו להכי הוא דאתא אלא לדרשא אחריתי לומר לשמור ולא לקרוע לשמור ולא לאבד והברייתא סדרה כל המיעוטים שיש למעט מקרא דלשמור אבל אין הכי נמי דקרא לא אתא לאשמועינן ולא לחלק לעניים דהא מרעהו נפקא. עוד נ"ל דלעולם קרא דלשמור איצטריך לדרשא דולא לחלק לעניים משום דאי מקרא דרעהו לא ממעטינן אלא מדין השומרים אבל מזיק בידים אליבא דכ"ע חייב אבל אי ממעטינן ליה מקרא דלשמור משום דהוי ממון שאין לו תובעים אפילו מזיק בידים פטור וכדגרסינן בפ' הזרוע המזיק מתנות כהונה פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין וראיה ממה שהוקשה לרב הנמוקי בפרק הגוזל ומאכיל עלה דההיא דגרסינן התם ההוא גברא דהוה מפקיד גביה ארנקא דפדיון שבויין סליקו גנבי עילויה שקלה יהבה ניהלייהו אתא לקמיה דרבא פטריה א"ל אביי והא מציל עצמו בממון חבירו הוא א"ל אין לך פדיון שבויים גדול מזה ע"כ. דתיפוק ליה משום לשמור ולא לחלק לעניים והרי התם מזיק בידים הוא ואפ"ה הוקשה לו מקרא דלשמור אלמא ודאי דס"ל דמקרא דלשמור ממעטינן אפילו מזיק בידים כיון דטעמא דקרא הוי משום דהוי ממון שאין לו תובעין וכן נראה ממה שפסק רבינו בפ"ה מהלכות שאלה ופקדון דאפילו פשע בהם פטור ואילו איהו ס"ל דפושע מזיק הוא וכמו שכתב בפ"ב מהלכות שכירות א"ו דשאני הכא דהוי ממון שאין לו תובעין דאפילו מזיק בידים פטור וזהו שדקדק רבינו לומר והרי הוא ממון שאין לו תובעין למיהב טעמא לפטור הפשיעה דאילו מקרא לחודיה לא מימעיט פשיעה כי היכי דלא נתמעט פשיעה גבי עבדים ושטרות והקדשות וכמ"ש מהריק"ו בשורש ו'. וכן כתב הרב ל"מ בפי' וכן כתב מהר"א לפפא בביאורו להלכות פקדון סי' רצ"ב בשם הרשב"א דכל שלא הופקד אצלו לעניים ידועים פטור מן הפשיעה ואפילו מן הנזק אם הזיק וקרע או אבד בידים ומה שהקשה אביי לרב יוסף מדתניא לשמור ולא לחלק לעניים אע"ג דההוא גברא לא הזיק בידים והיה יכול להקשות לו מקרא דרעהו עדיפא מיניה קא פריך דאפילו אם היה מזיק בידים היה פטור משום קרא דלשמור ולא הוקשה לו לה"ר שמואל אלא משינויא דרב יוסף דאמר עניי דפומבדיתא מיקץ קיץ להו ולשמור הוא דהא תינח אם היה מזיק בידים שפטורו הוא משום דהוי ממון שאין לו תובעין יש לחלק בין קיץ בין לא קיץ אבל פשיעה שפטורו הוא משום קרא דרעהו דס"ל לה"ר שמואל כהראב"ד דפושע לאו מזיק הוא ופטור גבי הקדש גבוה אין לחלק בזה בין קיץ בין לא קיץ ועל זה תירץ דאפ"ה כיון שיש למעות הללו בעלים ידועים נפיק מתורת הקדש ולפי זה חילוק זה דבין קיץ ללא קיץ יש לחלק בין אי ממעטינן מקרא דרעהו בין אי ממעטינן מקרא דלשמור. ובמה שכתבנו

יתיישב מה שיש לדקדק במ"ש הרא"ש בתשובה כלל י"ג סי' ח' בשם מהר"ם דמעות של עניים דינם כהדיוט והביא ראיה לזה ממה שהקשה אביי לרב יוסף מדתניא לשמור ולא לחלק לעניים ולא הקשה מקרא דרעהו א"ו עניים בכלל רעהו הם ויש להקשות דאמאי לא הביא ראיה לדבריו מגופה דברייתא דתנן לשמור ולא לחלק לעניים והביא ראיה מקושיית אביי אלא דמגופה דברייתא ליכא הוכחה משום דקרא איצטריך למזיק בידים ומה שהוכיח אינו אלא מקושיית אביי דכיון דעובדא דרב יוסף לא היה מזיק אלא פושע היה לו להקשות ממתני' דממעט הקדש מרעהו ולא מברייתא וכבר יישבנו קושיא זו לדעת ה"ר שמואל. הן אמת שבמרדכי הובא ראיית מהר"ם הלזו מגופה דברייתא ואפשר דהמרדכי אזיל לשיטתיה דס"ל דאפי' הקדש עניים לא מיפטר במזיק בידים וכמו שנראה מדבריו בפרק שבועת הדיינין עלה דההיא דשומר חנם אינו נשבע שכתב דה"ה אם פשע אינו משלם והביא ראיה מס"פ החובל דאפילו שפשע פטר ליה משום דכתיב לשמור ולא לחלק אלמא הנהו דממעט קרא אפילו מפשיעה ממעט אלמא ס"ל דמזיק בידים לא מיפטר. ולפ"ז הביא ראיית מהר"ם בסתם מגופה דברייתא אבל מהר"ם בתשובותיו סי' ע"ה הביא ראיה זו מקושיית אביי וכמ"ש בתשובת הרא"ש וכי תימא א"כ דפטרינן ליה אפילו אם הזיק בידים משום דחשבינן ליה ממון שאין לו תובעין א"כ למה לן קרא דלשמור תיפוק ליה דהוי ממון שאין לו תובעין. הא לא קשיא ולא מידי משום דהיא גופה אשמעינן קרא דהאי מיקרי ממון שאין לו תובעין משום דהוה אמינא כיון שהגזבר מסרו בידו לחלק ממון שיש לו תובעין הוא שהגזבר תובע מן הנפקד שכל זמן שלא עשה שליח שליחותו ברשותא דגזבר קיימי ולא דמי ללקט שכחה ופאה דאמרינן בפרק הזרוע דהוי ממון שאין לו תובעים דהתם אין לו בעלים כלל וכן תירץ רבינו שמשון הביאו המרדכי פ"ק דבתרא וכ"כ מהרימ"ט בחי"ד סי' ט"ל יע"ש. עוד כתב ה"ר שמואל וההיא דפרק בתרא דכתובות מיירי בצדקה העומדת לחלק לעניים כלומר שהוקשה לו דתיפוק ליה שאין משתכרין בשל הקדש ומאי נ"מ אי שרי להלוות ברבית אי לא לזה כתב דהתם מיירי בצדקה העומדת לחלק לעניים דעניים סמכי נפשייהו עלייהו אבל צדקה שנותנים שיהא הקרן קיים והפירות להאכיל לעניים משתכרין בהם וכגון זה הוא שהתרנו להלוות ברבית והמרדכי חולק על ה"ר שמואל ומביא ראיה מדאמרינן בפרק הזהב היכי דמי רבית בהקדש ודחק לאוקומי בשקיבל עליו לספק סלתות וכו' ומדלא מוקי בהקדש עניים שמעת מינה שאין דינו כהקדש גבוה וכן הוא דעת מהר"ם והרא"ש והריב"ה וראבי"ה וכ"כ נ"י בשם הריטב"א בס"פ א"נ כמו שכתבנו לעיל אבל ה"ר שמואל ור"י כמו שהובא בהגמ"י מתירים וכ"כ הרב מהרי"ל סי' ל"ו בשם רבותיו

וכן כתב רבינו ירוחם בשם רבותיו דדינו כהקדש אלא שלא הורה כן למעשה וכן נראה שהוא דעת רבינו האי שפסק גבי אונאה שבהקדש עניים ליכא אונאה כמו הקדש גבוה וכמ"ש רבינו ירוחם בשמו נ"ט ח"ג הביאו מרן בח"מ סי' רכ"ז ומיהו כל זה הוא דוקא ברבית קצוצה אבל באבק רבית אליבא דכ"ע שרי משום דלא גזרו רבנן בהקדש עניים כי היכי דלא גזרו ביתומים דממון עניים וממון יתומים אחד הוא לכל דבר וכמו שהכריחו בעל התרומות והריב"ש סי' תס"ה מההיא דאמרינן בפרק שור שנגח אנן יד עניים אנן דא"ר יהודה יתומים א"צ פרוזבול ר"ג וב"ד אביהם של יתומים ולא מצאתי מי שיחלוק על זה אלא סברא אחת שהביא בעה"ת שיש מי שרצה לאסרו אפי' קרוב לשכר ורחוק להפסד מטעם שבני העיר העשירים נהנין מאותו רבית דניחא להו כיון דקייצי עלייהו או אע"ג דלא קייצי כיון דרווח רווח ובאמת שסברא זו היא תמוהה משום דכיון דהמלוה והלוה הם מותרים באותו רבית מה איכפת לן אם נהנים ממנו העשירים וכבר תמה עליה בעל ג"ת והרב בעה"ת דחאה בשתי ידים באופן שסברא הלזו היא בטלה במיעוטה ולא חיישינן לה וכ"פ מרן בשלחנו הטהור דמעות של הקדש עניים מותר ברבית דרבנן ולא חילק בין עניים ידועים לאינם ידועים וכן פסק בעל ג"ת:

כתוב בהגהות ב' דמרדכי דמציעא נשאלתי אם מותר להלוות מעות של הקדש או של מאור או של בית הקברות ברבית לישראל ונראה דאין להתיר מדאמרינן בפרק כל שעה האוכל חמץ של הקדש במועד מעל ופ"ה משום דהקדש הוי מצי מזבין ליה לעכו"ם ואע"ג דחמץ אסור בהנאה הקדש לאו בר מיעבד מצוה הוא עכ"ל מצאתי. ונראה דהמשך הלשון הוא כך דאין להביא ראיה להיתר מההיא דכל שעה ולומר דכי היכי דהתם מצי מזבין לעכו"ם משום דהקדש לאו בר מיעבד מצוה ה"נ שרי להלוות ברבית מהאי טעמא משום דשנא ושנא והחילוק לא הוזכר בדברי החכם. ואפשר שהוא דשאני התם שהוא הקדש גבוה אבל הכא דהוי הקדש עניים כהדיוט דמי. אך אני תמיה למה לא הביא זה החכם ההיא דפרק הזהב דאמרינן רבית ואונאה להדיוט ואין רבית ואונאה להקדש וידחהו במה שדחה ההיא דפרק כל שעה:

כתב הרשב"א על מה שסמכו עכשיו להלוות מעות ת"ת ברבית לישראל ואפשר לדון ולהתיר כיון דאין הרבית בא מלוה למלוה שאין לממון זה בעלים ידועים אלא שאין ראוי לעשות כן פן יפרצו גדר במקום אחר ע"כ ובתשובה אחרת ביאר עוד דכיון שאין למעות הללו בשעת הלואה בעלים מי נאסר ולא מחמת שהגזבר מלוה אותם נאסר שכל שהממון אינו שלו אלא שנעשה עליו אפוטרופוס או גזבר מותר ובלבד שלא יהא בעל הממון אסור ברבית וכדתניא בתוספתא דמציעא ישראל שנעשה לעכו"ם אפוטרופוס או

סנטר מותר ללוות ממנו ברבית וכן כתוב בתשובת הרמב"ן סימן רכ"ב. והנה מוהרימ"ט בתשובותיו חי"ד סימן ט"ל הבין דטעמא דהרשב"א הוא משום דכיון דאין לממון הזה בעלים ידועים לאו אחיך מיקרי וגבי רבית אחיך כתיב ולפי זה הוקשה לו מההיא דתניא בשלהי החובל לשמור ולא לחלק לעניים ואי כדברי הרשב"א ז"ל למה לן דרשא דלשמור נימא רעהו דוקא דומיא דרבית דאמרינן אחיך דוקא. ובסי' מ"ה תמה על הרא"ש שכתב בשם מהר"ם שהקדש עניים אחיך מיקרי הביא ראיה מהא דסוף פרק החובל וכתב עלה הרא"ש ז"ל דמלתא דפשיטא היא ואף ראיה אין צריך שמאד אנו צריכין לראיה זו דאף בעניי דלא קיץ להו דקי"ל ממון שאין לו תובעין רעהו מיקרי ולאפוקי מדברי הרשב"א דכל שאין בעלים מיוחדים שרי רבית לגבייהו משום דלאו אחיך מיקרי ושם תירץ בעד הרשב"א ז"ל דהיא גופא שמעינן מהתם דקתני לשמור ולא לחלק לעניים ובהני עניים לא קרינן בהו לשמור וכדפירש"י דמאן קתבע ועניים לא מצו תבעי דלכל חד וחד מצי א"ל לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריני אלמא לאו ממון דידהו מיקרי אף לענין רבית לאו ממון בעלים מיקרי ולא הוי רבית הבאה מלוה למלוה. ולכאורה נראה שזה סותר למה שכתב בסי' ט"ל דמשומר לא ילפינן דשאני התם דכתיב לשמור ופטריה רחמנא לשומר כי היכי דפטר פשיעה בבעלים ושם תירץ לזה דלעולם דממון שאין לו תובעין לא מיקרי ממון כלל וכדמוכח בפרק הזרוע דאמרינן המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דהוי משאל"ת והא דאיצטריך קרא דלשמור לפטור שומר מפשיעה ודאי במידי דאין לו בעלים כלל כגון פאה ומתנות עניים דפשע בה לא צריך קרא למיפטריה אלא באדם שנותן משלו לחלק לעניים ומפקידו ביד ב"ד דאי לאו דמעטיה קרא הוה אמינא כיון דמפקיד מיוחד הוא איהו חשיב בעל דבר לתובעו דכל דלא עביד שליח שליחותיה אכתי ברשותא דמריה איתיה קמ"ל לשמור ולא לחלק וכ"כ המרדכי בפ"ק דבתרא בשם ר"ש דמאי דאיצטריך קרא הוא דלא נימא דכיון דהמפקיד הוי מיוחד ליחייב קמ"ל והכא גבי רבית אע"ג שהמלוה הוא מיוחד שרי כיון שמצד בעל הממון שרי דלא קרינן ביה את כספך דומיא דמעותיו של עכו"ם המופקדות ביד ישראל דשרי להלוותן ברבית ודוקא גבי שומר איצטריך קרא ולפי זה אע"ג דהתם גבי שומר לא מיפטר אלא בשנתנו לחלק לעניים אבל אם הפקידו בידו להחזירו לו חייב וכמ"ש הנמוקי בפרק הגוזל ומאכיל התם לאו משום דעניים תבעי ליה אלא המפקיד תובעו שהוא בעל מיוחד אבל הכא גבי רבית כל שאין איסור מצד הבעלים אין בו איסור מצד המלוה. ולפ"ז היה נראה דאפילו שלא באו המעות ליד הגזבר אלא שהקדיש מעות אלו לעניים שרי להלוותן ברבית משום דכבר זכו בהם עניים ואין להם בעלים ידועים אלא שנראה שכל שלא יצאו מרשותן עדיין

לא זכו בהם עניים שאין אדם יכול לזכות בשלו לאחרים ואע"ג דמיחייב ליתן לעניים היינו משום בפיך זו צדקה אבל באלו המעות לא זכו עניים וממון דידיה מיקרי ואסור להלוותן ברבית אבל אם באו ליד הגזבר וזכה בהם בשביל עניים אע"פ שלא אמר לו לחלקם שרי להלוותם ברבית שהרי כבר זכו בהם עניים וממון שאין לו תובעין הוא ובשביל המלוה לא אסור וכמ"ש הרשב"א ואע"פ שכתבו התוס' בפרק הזרוע דהמזיק מתנות כהונה בדיני שמים חייב לאו משום דמיקרי ממון אלא דבדיני שמים חייב משום שהפסיד לעניים אבל הכא גבי איסור רבית כיון דלא מיקרי ממון בדיני אדם שרי. ועוד היה נ"ל דאפילו את"ל דבדיני אדם חייב לשלם אע"ג דהוי ממון שאין ל"ת הכא גבי רבית שרי משום דשאני מזיק דאע"ג דהוי מעות שאל"ת מ"מ הרי הפסיד את העניים ומש"ה חייב אבל הכא כיון שאין בשעת הלואה מלוה ידוע על מי חל האיסור ולא קרינן ביה את כספך לא תתן לו בנשך וכמ"ש הרשב"א. עוד הקשה מהרימ"ט בסי' ט"ל מההיא דגרסינן בפא"נ למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו באונאה לאו ברבית ועביד צריכותא לכולהו ומסיק דלאו בגזל לא איצטריך דמרבית ואונאה אתי אלא לכובש שכר שכיר ולעבור עליו בב' לאוין ואי ס"ד דלא אסרה תורה רבית אלא בבעלים ידועים ומיוחדים הא איצטריך לאו בגזל לחייב אף שאינן ידועים דגזל דרבים גזל הוי וחייב להחזיר והנה קושיא זו אינה להרשב"א לבד שהרי הקדש גבוה לכ"ע שרי ברבית וכדתניא בפרק הזהב וא"כ תיקשי דלאו דגזל איצטריך לגוזל הקדש גבוה דלא אתי מדרבית ואונאה וכדתנן בפרק הזהב והתוספות הקשו מעין קושיא זו דלוקמה בגזל עבדים דלא אתי מאונאה דאין אונאה לעבדים דהא דהקרקע אינה נגזלת אינו מן המקרא אלא משום דאי אפשר לזווזה אבל עבדים דניידי אף על גב דהוקשו לקרקעות יעבור בלא תגזול ואע"ג דבפרק הגוזל עצים (דף צ"ז) אמרינן דלמ"ד עבדא כמקרקעי דמי התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה חייב משום דהוי כקרקע דאינה נגזלת וברשותיה דמריה קאי וכמו שכתבו התוס' שם היינו לפי האמת דלא מוקמינן קרא דלא תגזול בגזל עבדים אבל התוס' הוקשה להם דמנא לן האי אימא דקרא אתא לגזל עבדים דלא דמי לקרקע. ומוהרימ"ט תירץ בעד הרשב"א דממון שאין לו תובעין לא חשיבי ממון לענין רבית ואף לא לענין גזל וכדמוכח בפרק הזרוע דאמרינן המזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור ובהכי ניחא דליכא צריכותא בין גזל לרבית דממון שאין לו תובעין לא חשיב ממון לא לענין רבית ולא לענין גזל ע"כ. ולא ירדתי לסוף דעת הרב משום דאע"ג דאמרינן דהמזיק מתנות כהונה פטור היינו דוקא לאחר שהזיק שאינו בתורת תשלומין משום דהוי ממון שאין לו תובעין וזיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא קא מדחי לה ולכל חד וחד יאמר לאו לדידך יהיבנא אלא לאחריני

אבל איך יעלה על הדעת שבשביל זה יהא מותר לו להזיק או לגזול משום דהוי ממון שאל"ת וראיה ממה שכתבו התוס' דבדיני שמים חייב ועוד דגבי שומר איצטריך קרא למיפטריה אע"ג דהוי משאל"ת משום דמפקיד מיוחד ואף אם תימצי לומר דממון שאין לו תובעין לא מיקרי ממון לענין גזל היינו דוקא במידי שאין לו בעלים כלל כגון פאה ומתנות עניים אבל הגוזל מאדם מיוחד אע"פ שאין לממון זה בעלים ידועים מנ"ל דפטור כיון דנגזל מיוחד ומשומר ליכא למילף דאיכא למימר דשאני התם דכתיב לשמור אבל גבי גזל חייב. ועוד דאפילו גבי שומר היכא שהפקדון הוא בעין מוציאין ממנו וכמ"ש מהריק"ו בשורש ו' וכ"כ מהרימ"ט בסימן מ"ה וא"כ איך ס"ד למימר דמשום דהוי ממון שאין לו תובעין לא חשיב ממון לענין גזל כיון שאפילו לאחר שגזלה אם היא כעין שגזלה חייב להחזיר. ועוד כתב הרב דמי שלוה מעות של עניים אינו חייב לשלם כי אם בדיני שמים משום דהוי ממון שאין לו תובעין ובזה יישב דלא תיקשי להרשב"א ההיא דשום היתומים ל' יום בשרבית אוכלת בהם וכגון שלוה מעות עניים משום דאפילו כי גדלי אינם חייבים לשלם כי אם בדיני שמים והנה קושיא זו הקשו הגהות מיימוניות על מי שכתב דמעות של עניים דין הקדש גבוה יש להם ושרי להלוותן ברבית ותירצו דאה"נ דהוה מצי לתרוצי הכי אלא דחדא מינייהו נקט משמע דס"ל דמוציאין ממנו והתם מיירי בעניים דלא קיץ להו וכמבואר שם וטעמא דמילתא הוי משום שאף שאין לממון זה בעלים ידועים מ"מ המלוה הוא ידוע והמלוה תובע ממנו מה שהלוהו ודוקא היכא דאתו לידו בתורת שמירה פטר רחמנא משום דהוי משאל"ת אע"פ שהמפקיד הוא מיוחד אבל היכא שבאו לידו בתורת הלואה כיון שהמלוה מיוחד איהו קא תבע מיניה ומהרימ"ט גופיה בתשובותיו ח"א סימן קמ"ד הקשה קושיא זו להרשב"א ותירץ דקי"ל כר"ע דאמר בפ"ד דשקלים אין משתכרין בשל עניים משום דחיישינן לפסידא ואפילו על הקרקע דילמא משתדף הילכך לא שרי להלוות מעות עניים אלא שיהיו בטוחים במשכון וכגון דהבא פריכא דלית בה סימן ובהא לא שייך שום היתומים למכור קרקע לפדות המשכונות אלא שיש לתמוה על הרב במ"ש דטעמא דאין משתכרין בשל הקדש אף לא בשל עניים הוא משום דחיישינן לפסידא ובפ' שני דייני גזירות (דף ק"ו) אמרינן דטעמא דהקדש הוא משום דאין עניות במקום עשירות ושל עניים דילמא מיתרמי להו עניא וליכא למיתבה ליה ולפי זה אפילו על משכון של דהבא פריכא אין משתכרין בשל עניים ובעל התרומות כתב בשער מ"ו ח"ד סי' ח' שאם נמצא אדם שיהיו נכסיו משופין ומהימן ושמע דינא ולא מקבל שמתא דרבנן ומשתכר בהם בדבר המצוי בעין כגון אלו השולחנים שמחליפים את המטבע מטבע מדינה זו במטבע מדינה אחרת כל זה דבר

מצוי בכל עת ובענין זה מותר להתעסק בם ולפי זה קשה להרשב"א דלוקמה בכי האי גוונא ההיא דשום היתומים וצ"ע. וכבר הוקשה זה להרב בעל פני משה בח"א סימן ס' והניחו בצ"ע ועיין בח"ב סימן קל"א. ולענין הלכה כתב מהרימ"ט שאין לעשות מעשה כהך תשובה דהרשב"א דפלוגתא דרבוותא היא ובשל תורה הלך אחר המחמיר ועוד דהרשב"א לא למעשה אמרה כ"א להלכה ולא ידעתי למה לא הזכיר הרב סברת ה"ר שמואל שמביא המרדכי בפרק המפקיד שמתיר מעות עניים ברבית קצוצה משום דהוי כהקדש גבוה וכן כתבו הגהות מיימוניות בפ"ה ובשם רבינו ברוך כו' וכן הרב בעל פני משה בח"א סי' צ"ד לא הזכיר כ"א תשובה דהרשב"א הלזו ודחה דברי מהרי"ל שכתב שמעות של עניים מותר להלוותן ברבית וכתב שאין למדין מתשובה זו. ותימה הוא איך דחה דברי הרבנים הללו שכתבו כדברי מהרי"ל. ומיהו בהקדש עניים מיוחדים אליבא דכ"ע אסור להלוותן ברבית וכמ"ש בתשובות הרמב"ן סימן רכ"ב שאם הקדיש מעות לעניים ידועים אסור. ויש להסתפק אי תרתי בעינן שיהיו אנשים ידועים ויהיה חלק כל אחד ידוע או דילמא כל שהוא מיוחד להם אע"פ שאין חלק כל אחד ידוע אסור. וה"ה בפ"ה מהלכות שאלה כתב דמדברי רבינו נראה דתרתי בעינן וכן פירש"י וכן נראה מדברי הריב"ה בסי' ש"א. אך מרן בכסף משנה כתב דאפילו לא קיץ להו כיון שהוא מיוחד להם שלא יהא רשות ביד הגבאים לשנות צדקה זו לצורך עניים אחרים הוי ממון שיש לו תובעין והיה אפשר לחלק ולומר דאפילו לסברת מרן מודה הכא גבי רבית דתרתי בעינן אך מדברי הרמב"ן שלא כתב אלא עניים ידועים משמע דס"ל ברבית כסברת מרן בפקדון ומדברי מהרימ"ט משמע דס"ל דגבי רבית תרתי בעינן בעלים ידועים ושיהיה קצוץ חלק כל אחד ואחד. וכתב מהרימ"ט בח"א סי' קי"ו שלענין פרס המלמדים בת"ת שנוטלים שכרם מכיס ת"ת דלא זכו דאי אישתכח לן דדייק טפי מוקמינן ליה ואי פשע מעברינן ליה ועוד דאפילו לא מסלקינן להו לא זכו בנכסים דכבעל חוב דמו וקיי"ל דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה והו"ל ממון שאין לו בעלים ומדבריו בחלק י"ד סימן ט"ל נראה דפרס המלמדים הוי ממון שיש לו תובעין. עוד כתב הרשב"א שיש מלוים כזה להתיר כדי לפרנס הקטנים והתלמידים שבמקומם לפי שעליהם להתעסק בפרנסתם ולימודם ואין זה רבית אלא שזנין ומפרנסין הלומדין שהחיוב עליהם לזונם ולפרנסם ע"כ וכבר ביאר מוהרימ"ט בח"א סימן קי"ו שאין כוונת הרשב"א לומר דכדי לזונם ולפרנסם התירו להלוות לכל אדם ברבית קצוצה דאילו עני שהוצרך ללוות מתוך לחצו עליו היה חיוב עליו לזון ולפרנס ועוד עשיר שנצטרך למעות ועלה עליו ריוח סכום מרובה וכי כל אותו הסכום היה מחוייב ליתן אלא הכוונה שבין קצת אנשים שעליהם מוטל לפרנסם

מחלקים מעותיהם ביניהם וכל אחד נותן חלקו לצורך פרנסתם דאפי' אם לא היו המעות עלייהו דידהו רמי לפרנסם ולכאורה נראה שבשעת חילוק המעות מתנים ביניהם כל אחד כמה יתן ואפ"ה שרי כיון שבלאו הכי היו נותנים וקשה ממ"ש המרדכי בפרק א"נ בשם מהר"ם בתשובה המתחלת על הבחור שהלוה לך וכו' שאע"פ שהיה נותן הוצאה בשכר שהוא חוזר עם בנו מ"מ כיון שהיה התנאי כך שילוה לך המעות אסור וכתב שם דהוי רבית קצוצה ויש לומר דשאני התם שעכשיו מתחייב בהוצאה ואע"פ שבלאו הכי היה נותן בשכר שהוא חוזר עם בנו מ"מ כיון שהתנה שילונו ויתחייב אסור אבל בנדון הרשב"א שמקודם ההלואה היה החיוב עליהם שעליהם מוטל לזונם ולפרנסם אע"פ שכשלוה התנה שרי:

ודע שאפילו לדברי האוסרים רבית קצוצה בהקדש עניים ידועים שאסור אליבא דכ"ע אם עבר הגזבר והלוה ברבית קצוצה אם הרויח הלוה כ"כ כמו שהתנה חייב לקיים תנאו ולתת כמו שהתנה וראיה ממ"ש המרדכי בפרק א"נ בשם מהר"ם על מעות של יתומים שהלוו ברבית קצוצה דלא מטי ליה רווחא ללוה יהיב ליה כמו שהתנה דאע"ג דתנאה דאתני בהדיה האפוטרופוס לאו כלום הוא ותנאו בטל אנן אבוהון דיתמי אנן והו"ל כאילו ב"ד אתנו בהדיה קרוב לשכר ורחוק להפסד וכדאמרינן בפ' השולח יתומים אין צריכין פרוזבול ר"ג וב"ד אביהם של יתומים ע"כ ופשיטא שהקדש עניים לא גרע ממעות של יתומים וכי היכי דביתומים אמרינן ר"ג וב"ד אביהם ה"נ בהקדש עניים אמרינן אנן יד עניים אנן וכדאיתא בשור שנגח ד' וה' ומזה הטעם כתב מרן בטח"מ סי' ס"ז בשם הרשב"א דדין עניים כדין הצדקה ומי שחייב מעות לקופת צדקה אינו משמט וכ"כ מהרא"ש סי' קס"ב שדין הקדש עניים שוה ליתומים במה שפסק מהר"ם וכ"כ הרב בעל פני משה בח"א סי' צ"ד ומזה הטעם נ"ל לומר דלדברי האומר שלא הותר הקדש עניים אלא באבק רבית אליבא דרש"י דס"ל שלא הותר ביתומים אלא בב"ד משום דהפקר ב"ד הפקר וכמ"ש המרדכי ה"נ בהקדש עניים לא שרי אלא בפני ב"ד ובמעות שהוקדשו על מנת שיהא הקרן קיים לעולם ומהפירות יעשו מהם צדקה בזה כתב מוהרימ"ט חי"ד סי' מ"ה דאליבא דכ"ע מותר להלוותן ברבית משום דהני עניים לאו בעלי הממון מיקרו כיון שאין להם בגוף הקרן כלום ואינם זוכים אלא בפירות העתידים לבא אחר שיבואו לעולם והפקיד שהופקד להשגיח בזה לאו שלוחו של בעל המעות אלא לזכות העניים הוא משגיח ואילו אמר ללוה אני נותן לך מנה של פלוני שילוה לך ותתן לי כ' דינרים היה מותר כי הא דאמרינן גבי בריה דרב פפא כל כי הא לשקול לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה אף כשאמר תנהו לעניים ש"ד דהא עניים לאו בעלים מיקרו

ואפילו בהדיוט כה"ג שרי שהמעות לאחד והפירות לאחר ע"כ ויש לדון בהיתר זה משום דאיכא למימר דשאני בריה דרב פפא שלא היו מלוים אלא שהיה אומר לאביו שילווה ומש"ה שרי דליכא אלא שכר אמירה אבל אם היה לוקח המעות מאביו ומלוה אותה בשביל אביו מנא לן דשרי ואף את"ל דאפי' כה"ג שרי אכתי לא דמי לנדון דידיה משום דאיכא למימר דשאני התם דלא היה מקפיד רב פפא אם היה לוקח בנו רבית אם לאו ומש"ה שרי דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה אבל הכא בהקדש שלא נתן רשות בעל המעות להתעסק במעותיו אלא ע"מ שהריוח יתנו לעניים נמצא שזה הגזבר כשמלוה ברבית ליתן לעניים הו"ל כאילו בעל המעות קיבל הרבית וגדולה מזו כתב ה"ה שאסור למקבל הדינר לתת ממנו למלוה כדי שלא יבואו להערים:

עוד כתב מוהרימ"ט בסי' הנזכר שאם היו עניים מיוחדים וקיץ להו יש לחוש לההיא פלוגתא אי קנין פירות כקנין הגוף דמי למ"ד דלא איפסיקא הלכתא כר"ל דלאו כקנין הגוף דמי אלא התם דוקא משום דאבא לגבי בריה אחולי אחיל אבל בעלמא כקנין הגוף דמי כלומר שיש להם קנין בגוף הנכסים לענין הפירות ומ"מ היכא דאין העניים מיוחדים דזה זוכה היום וזה למחר וכ"ש היכא דלא קיץ להו מידי אין כאן אדם מיוחד שיזכה בגוף המעות לפירות ולאו בעלים מיקרו ע"כ. הן אמת שהתוספות בס"פ השולח כתבו דאע"ג דפסקינן הלכתא כר"ל ברישׁ פרק החולץ היינו דוקא בההיא דהכותב לבנו מהיום ולאחר מיתה אבל בעלמא קיי"ל דקנין פירות כקנין הגוף דמי אבל רוב הפוסקים חולקים על ר"ת וס"ל דבעלמא נמי קיי"ל דלאו כקנין הגוף דמי וכן פסק רבינו בפ"ד מהלכות בכורים. והתוס' עצמם תירצו תירוץ אחר ולפי אותו התירוץ בעלמא נמי קיי"ל דלאו כקנין הגוף דמי. ולפ"ז היה נראה דלרוב הפוסקים אפילו דאיכא עניים מיוחדים שרי משום דלא מיקרו בעלים כיון דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולפ"ז קשה על מה שפסק בח"א סי' קי"ו דאף בממון שהוקדש לשם עניים ע"מ שיהא הקרן קיים אינהו מיקרו בעלים מיוחדים ולפי מה שכתבנו דין זה לא הוי אלא לר"ת אבל לשאר הפוסקים לאו בעלים מיקרו וא"כ איך פסק בסתמא דאינהו מיקרו בעלים מאחר שלא מצינו סברא זו אלא לר"ת ומיהו נראה דהכא אליבא דכ"ע קנין פירות כקנין הגוף דמי וע"כ לא פליגי ר' יוחנן ור"ל אלא דוקא היכא שהפירות הם לשעה כגון ההיא דהמוכר שדהו לפירות דהוי לזמן וכמו שפירש רש"י ובתשלום הזמן יחזירו הפירות לבעלים וכן ההיא דהכותב לבנו שאין לו פירות אלא בעודנו חי ולאחר מותו הוי הכל לבנו בהא הוא דקאמר ר"ל קנין פירות שהם לזמן לאו כקנין הגוף דמי אבל בנדון דמוהרימ"ט שלעולם פירות מעות אלו הם לעניים ואין לו שום תועלת בשום זמן באלו המעות פשיטא דאליבא דכ"ע בכי

האי גוונא קנין פירות כקנין הגוף דמי דכל אחד זכה בקרן הריוח שצריך ליתן לו דקרנא לרווחא משתעבד וכמו שפסק בח"א סי' קי"ו:

עוד כתב הרב שאין לומר שאע"פ שהתנו ואמרו שלא יתנו לעניים אלא מהפירות מ"מ אם אין הפירות מספיקים נותנים להם מהקרן כההיא דאמרינן בפרק מציאת האשה האומר תנו שקל לבני בשבת וראויין לתת להם סלע נותנים להם סלע משום דלזרוזינהו הוא דעבד ה"נ רצה לזרז את הגזברים וחילק לזה ב' חילוקים ולפי חילוק הראשון משמע שאם הקדיש לעניים ידועים אם אין הפירות מספיקים נותנים להם מהקרן אבל כפי החילוק השני דלא אמרינן לזרוזינהו הוא דעבד אלא בממון של בניו שאין באותו תנאי כלום שאמר שלא יתנו אלא שקל דסוף סוף כוליה ממונא דידיה הוי אלא משום לקיים דברי המת הוא דאמרינן הכי דלא אמר דברים בהקפדה אלא לזרזם אבל מי שלא זיכה להם מתחלה אלא פירות היאך ניתן להם מהקרן מה שלא זכה להם מעולם לפ"ז אף בעניים מיוחדים אין להם בקרן כלום. ולפ"ז יש לתמוה על מה שפסק בח"א סימן קי"ו שאם לא הספיק להם תנאם מוסיפים להם מן הקרן כיון שהבעלים סלקו עצמם מן הקרן אע"פ שאמרו שיתנו מהריוח לזרוזינהו הוא דעבד ולא קפיד שלא יתנו להם אם יצטרכו והביא ההיא דתנו שקל לראיה לדבריו ומלבד שהחילוק הוא ברור דבריו סותרים זה את זה וצ"ע:

ובמעות שהוקדשו על מנת שכל ימי חייו יהיו הפירות שלו אי שרי להלוותן ברבית כיון שהקרן הוא של הקדש בזה כתב מהרימ"ט בח"א סימן קי"ו דלדברי המתירים רבית בהקדש עניים הכא נמי שרי מאחר שהמעות הראשונות לטבועין ניתנו וכבר הקדישן וזכו בהם עניים עכשיו מה שנותנים בהלואה לא מעות של ראובן נותנים אלא של הקדש ונכסי העניים הם שהרויחו ואע"פ שר"ת ז"ל פסק דבעלמא קיי"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי ולפי זה היה נראה דאסור משום דקרינן ביה את כספך כי היכי דגבי בכורים קרינן ביה האדמה אשר נתת לי מ"מ שאני הכא שאומר על מנת וכל האומר על מנת לא שייר במתנתו כלום ולגמרי סליק נפשיה מגוף ופירות וסמך על התנאי ע"כ. והנראה מדבריו הוא דס"ל דאפילו האומר על מנת שהפירות שלי הוי תנאה ולא שיורא ודבר זה במחלוקת הוא שנוי שרבים מן הראשונים סוברים דעד כאן לא אמרינן דעל מנת תנאה הוי אלא באומר על מנת שתתן לי הפירות אבל באומר על מנת שהפירות שלי אז שיורא הוי ולא תנאה והיינו ההיא דאמרינן בפרק המוכר את הבית בן לוי שמכר קרקע לישראל על מנת שמעשר ראשון שלו דאמרינן שיורי שייר למקום מעשר אע"פ שאמר על מנת משום שלא אמר על מנת שתתן לי מעשר ראשון אלא על מנת שמעשר

ראשון שלי ומשום הכי הוי שיור ולא תנאי וכבר הביא מרן סברא זו בח"מ סוף סימן ר"ט ולפי זה המקדיש ע"מ שיתנו לו הפירות מותר להלוותן ברבית למאן דאית ליה דאין רבית בהקדש עניים אבל המקדיש על מנת שהפירות שלו תלוי בפלוגתא דרבוואתא אי קנין פירות כקנין הגוף דמי אי לא וכבר כתבנו לעיל דלרוב הפוסקים קנין פירות לאו כקנין הגוף זולת ר"ת שהביאו התוס' בסוף פרק השולח דס"ל דבעלמא קנין פירות כקנין הגוף הוי:

והא דהקדש גמור שהוקדש לבדק הבית מותר להלוותו אפילו ברבית דאורייתא פשוט בפ' הזהב (ד' נ"ז) ומוכח התם דלא משכחת רבית דאורייתא בהקדש גבוה אלא באבני בנין המסורות לגזבר דליכא מעילה אבל מעות של הקדש בהלואה כיון שמעל הגזבר יצאו מעותיו לחולין והוי ליה כהדיוט ולא ידעתי למאי איצטריך מרן ז"ל להביא דין זה בשם המרדכי מאחר שהוא מבואר בגמרא והמרדכי לא הביא דין זה אלא ללמוד ממנו דין הקדש עניים שאסור להלוותו ברבית. ודע שהתוס' הוקשה להם באוקימתא קמייתא דלספק סלתות והאריכו בזה וסוף דבריהם באו סתומים והרוצה לעמוד על בוריין של דברים יעיין במ"ש התוס' בפרק שתי מדות (דף צ') ששם באו דבריהם בהרחבה יע"ש וא"ת היכי משכחת לה רבית בהקדש גבוה הא תנן בפ"ד דשקלים אין משתכרין בשל הקדש ובפ' שני דייני גזירות אמרינן דטעמא הוא משום דאין עניות במקום עשירות וא"כ היכי משכחת לה רבית כיון שאסור להשתכר במעות הקדש גבוה כבר הקשה זה הראב"ד בפ"ז מהלכות כלי המקדש ותירץ דלא אמרינן אין משתכרין בשל הקדש אלא בדבר שאין בו צורך למזבח כגון פירות אבל נסכים שהם צרכי צבור לוקחין וא"כ אבנים ג"כ מותר להשתכר בהם כיון שיש צורך מהם ודמי לנסכים:

ולעניין אם הלוה הגזבר מעות של הקדש עניים ברבית קצוצה וגבה הרבית אי שייך בה דין חזרה אי לא בזה כתב הריב"ש בסי' תס"ה דאפילו לדברי האוסרים רבית קצוצה בהקדש עניים לא אסרו אלא לכתחלה דומיא דמעות של יתומים כו' ודכוותה בהקדש עניים כיון שזכו בהם עניים על מי תחול מצוה זו דוחי אחיך עמך שנכוף להחזיר אצ"ל אם כבר חלקו הפירות לעניים שאי אפשר להחזיר אותם וכוונת דבריו נראה דדוקא לכתחלה אסור להלוות ברבית אע"ג דליכא בעלים ידועים משום דסוף סוף הא איכא בעלים אבל לענין החזרה כיון דליכא בעלים ידועים על מי תחול מצוה זו דוחי אחיך שנכוף להחזיר ומוכח מדבריו דאפילו שלא חלק הרבית לעניים לא שייך חזרה ואע"ג דלגבי יתומים כל שלא בא ליד היתומים האפוטרופוס חייב להחזיר כבר כתבנו לעיל דשאני הקדש דמאותה שעה שבא ליד הגזבר הוי כאילו זכו בהם עניים ובא לידם משא"כ

ביתומים וראיתי להרב בעל פ"מ בח"א סימן צ"ד שכתב שהרשב"א חולק על הריב"ש היכא שלא נתחלקו עדיין לעניים ולא ידעתי מנין לו זה דאע"ג דגבי יתומים פליג הרשב"א אהריב"ש מכל מקום אפשר דגבי הקדש מודה דמאותה שעה שבא ליד הגיזבר הרבית הוי כאילו בא ליד העניים ולא שייך בזה חזרה משום דעל מי תחול מצוה זו דוחי אחיך ולא מצינו מי שיחלוק על הריב"ש אלא הגהות מרדכי דקידושין שכתבו דגבאי צדקה שהלוו ברבית קצוצה שצריכין להחזיר ומיהו היכא שחלקו הפירות לעניים בזה אליבא דכ"ע לא שייך חזרה וכמו שכתב הרב בעל פ"מ בסימן הנזכר, ומיהו בהקדש עניים ידועים נראה דלהריב"ש שייך בה חזרה דהא לא שייך טעמא דעל מי תחול מצוה זו כיון שיש כאן בעלים ידועים אבל להרשב"א נראה דאפילו בבעלים ידועים אין מחזירין וכמ"ש גבי אפוטרופא של אלמנה ויורש גדול שהלוה ברבית שאין היורש והאלמנה חייבים להחזיר לפי שהם לא התנו באותו רבית ולא לקחוהו מיד הלוים אלא הלוה נותן לאותו אפוטרופא שהתנה עמו ואפוטרופא נותן לאלמנה ע"כ. דון מינה ואוקי באתרין ואפשר דאפילו שלא חלק הפירות לעניים אפ"ה אין מחזירין משום דכבר זכו בהם עניים וכמ"ש הריב"ש:

עוד כתב הריב"ש וא"כ אם היו המעות מהקדש עניים מותר אלא שאם המוכר החזיר מעותיו כו'. ונראה בעיני דלא הותר אבק רבית ביתמי אלא דוקא כשהוא אבק רבית מתחלתו ועד סופו אבל אבק רבית דאפשר שיעשה רבית קצוצה לכ"ע אסור ואין צריך לומר למאן דסבר שלא הותר אלא קרוב לשכר דלא יהיב מידי הלוה משלו. ועוד אני תמיה איך יכופו ב"ד ללוה לשלם האבק רבית שאפשר לחזור רבית קצוצה ואז פטורים להחזיר לסברת הרב זו אינה תורה וצ"ע:

עוד כתב הריב"ש בסימן הנזכר וז"ל גם אין מחזירין מן הקרן הנשאר מה שאכלו כבר עניים אחרים כו'. והקשה הרב בעל פ"מ ח"א סי' צ"ד דלמה ליה להריב"ש האי טעמא תיפוק ליה כיון דסבר דרבית קצוצה בשל הקדש עניים אינה יוצאה בדיינין ודאי דשורת הדין נותנת דאף מן הקרן אין מנכין דהא כל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא ואפילו לנכות זוז מן הקרן סלוקי בלא זוזי מיקרי לדעת כמה מרבוותא. ותירץ דלא הוצרך הריב"ש להוא טעמא שכתב אלא למ"ד דרבית קצוצה בשל עניים יוצאה בדיינים אבל לעולם דלדידיה דאית ליה דמשזכו עניים דאינה יוצאה בדיינים ודאי דאין מנכין מן הקרן אף מטעמא אחרינא והוא דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי ממונא הוא ע"כ. ודבריו הם תמוהים בעיני מכמה אנפי חדא דאפשר דהריב"ש הוא מסברת רבינו אפרים והרז"ה שחלקו על הרי"ף שכתב בההיא דהלוהו ודר בחצרו דאפילו דקא תבע ליה מקמי

דליפרעיה לא מחייבינן ליה לנכויי שיעור אגר ביתא משום דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא משום דלא אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא אלא במשכנתא כיון דשכונה הויא גביה בתורת זבינא ולא מסלקינן ליה בלא זוזי משום דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא אבל בלא משכנתא מחשבינן ליה ומסלקינן ליה וכן היא סברת הרא"ש וכ"כ הטור סי' קס"ז (*א"ה עיין בתשובת הריב"ש סימן של"ה ובמ"ש הרב המחבר לקמן פ"ה מהלכות אלו דין ט"ז יע"ש).ואף דהוה ס"ל להריב"ש כהרי"ף לא הו"מ למימר האי טעמא כיון שהרבה מן הראשונים חולקים עליו כ"ש שאפשר שגם הריב"ש הוא מסברת החולקים על הרי"ף. עוד ראיתי בתשובת מהר"י לבית הלוי שכתב דע"כ לא קאמר הרי"ף אלא בהלוהו ודר בחצרו בסתם או שנתן לו אח"כ מתנה בסתם אבל היכא דא"ל בפירוש שאינו נותנה לו במתנה רק בעבור ביטול מעותיו אצלו גם הרי"ף יודה דמחשבינן ליה והכריח זה מתוך דברי הרמב"ן בס' המלחמות יע"ש וא"כ בנדון הריב"ש שהיה רבית קצוצה לא הו"מ מטי בה משום דכל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא ועוד דדל מהכא הני טעמי נראה דבנדון הריב"ש לא שייך טעמא דכל סלוקי כו' משום דלא נאמר דין זה אלא באבק רבית משום דאעיקרא דדינא לא גזרו אלא לכתחלה אבל להחזיר לא חייבו ובזה הוא דאמרינן כל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא אבל בנדון דהריב"ש דהוי רבית קצוצה ומדינא היו חייבים להחזיר אלא משום דלא אפשר דעל מי תחול המצוה כיון דהוו עניים שאינם ידועים אמרינן דליתא בחזרה בהא הו"א דמנכה לו מן הקרן דלא שייך טעמא דעל מי תחול מצוה זו לזה איצטריך הריב"ש לטעמא שאפשר שזה יהיה לעניים אחרים סוף דבר שדברי הרב בעל פ"מ צל"ע:

עוד כתב הריב"ש וז"ל גם אין צ"ל לדעת הרשב"א שהתיר רבית קצוצה בהקדש עניים משורת הדין שאין ספק דאינה יוצאה בדיינים ע"כ. ולכאורה קשה דמאי אתא לאשמועינן דפשיטא דהא דסלקינן ונחתינן הוא אליבא דהרא"ש דאסר רבית קצוצה בהקדש עניים אבל להרשב"א אף לכתחלה שרי. ונראה שכוונת דבריו היא דאף דנימא דלהרא"ש שאסר רבית קצוצה בהקדש עניים ה"נ חייבים להחזיר מ"מ כיון דלהרשב"א שרי לכתחלה אף שלא נעשה מעשה כדבריו לכתחלה כיון דהרא"ש חולק עליו מ"מ פשיטא דאין מחזירין משום דיכול למימר קי"ל כהרשב"א שהתיר אפילו לכתחלה וזהו שכתב הריב"ש אין ספק שאינה יוצאה בדיינים והוי מטעמא דכתיבנא ומכאן קשה על מה שפסקו האחרונים דאין לומר קי"ל ברבית כיון דהוי מילתא דאיסורא ומדברי הריב"ש הללו נראה דס"ל דיכלי העניים למימר קים לן כהרשב"א. עוד כתב הריב"ש שם אמנם זהו כשיתברר שהיו המעות מהקדש עניים אבל מה שבא בשאלה אם יטעון

ישראל הקונה שהמעות הם הקדש לעניים אין ספק שאינו נאמן בדבורו בזה ועיין בש"ך ס"ק ל"ב שהאריך בדין זה:

עוד כתב הריב"ש וז"ל וגם אם יתברר שהוא של הקדש אע"פ כן עשה איסור כשלא כתב בפירוש בשטר הקנייה שהוא של הקדש משום דזימנין דנפל שטרא קמי יתמי וסברי דאבוהון הוא ושקלי רבית כדאמרינן גבי שטרי מחוזנאי ע"כ. ודברים אלו הם תמוהים דשאני התם דזקפי רווחא אקרנא וכתבי ליה בשטרא התם הוא דאיכא למיחש משום רבית אבל בנדון הריב"ש ז"ל שהיה מבואר הרבית בשטר אי סברי דשל אבוהון הוא לא שקלי רבית. ועוד דכיון דהקרן הוא של הקדש אין כאן רבית ולא הו"ל למיחש אלא משום גזל העניים דסברי דאבוהון הוא ושקלא קרנא לדידהו אבל משום רבית אין כאן חששא כמו שביארנו:

פרק ה

הלכה א

העכו"ם וגר תושב לווין מהם ומלוין אותם ברבית כו'. משנה בפרק הרבית וז"ל הטור סימן קנ"ט דבר תורה מותר להלוות לעכו"ם ברבית דטעמא דרבית דכתיב וחי אחיך עמך ועכו"ם אין מצווין להחיותו. והא דלא הביא מקרא דלנכרי תשיך הוא משום דמהאי קרא לא שמעינן אלא היתר דללוות מן העכו"ם ברבית אבל להלוות לא שמעינן ואע"ג דללוות לא איצטריך קרא דמהיכא תיתי למיסר כבר אמרו בגמרא דקרא לדיוקא אתא לאפוקי אחיך דלא ולעבור עליו בעשה ולא תעשה ומשום האי טעמא לא הביא קרא דלאחיך לא תשיך דמשמע אחיך ולא עכו"ם וכמ"ש רבינו משום דהאי קרא אלוה הוא דקא מזהר וקרא דאחיך דמשמע אחיך ולא עכו"ם איצטריך לומר דאע"ג דהוזהרו על הרבית זה מזה שרי ליה לעכו"ם להלוות לישראל ברבית דאם היה אסור א"כ היה עובר הישראל משום ולפני עור וכמ"ש התוס' נמצא דאין מכל המקראות הללו ראיה להתיר להלוות ברבית לעכו"ם אם לא מקרא דוחי אחיך וכ"ת אכתי תיקשי דאמאי לא הקשה רבא לר"נ דקאמר לא נצרכה אלא דאפילו רבית דנכרי מקרא דוחי אחיך דמשמע מינה דרבית דעכו"ם שרי וי"ל דס"ל להריב"ה דלעולם לא עלה בדעתו דרבא דכי קאמר ר"נ לא נצרכה אלא דאפילו רבית דעכו"ם דאסור מדאורייתא אלא מדרבנן הוא דאסרו ואסמכו מלתייהו אקרא ואפ"ה פריך מקרא דלנכרי תשיך דכיון דע"כ קרא למצוה הוא דאתא כדי לחסרם דאילו להתיר מקרא דוחי אחיך שמעינן לה א"כ לא היה להם לחכמים לאסור כיון דמן התורה הוא מצוה כדי לחסרם אבל מקרא דוחי אחיך ליכא קושיא לר"נ דאף דמן

התורה שרי חכמים אסרוהו מידי דהוי אכל התקנות והגדרים שעשו חכמים אך קשה מהא דאמר בפ' הרבית (דף סב) גבי פלוגתא אי רבית קצוצה יוצאה בדיינים אי לא ור' יוחנן האי וחי אחיך עמך מאי עביד ליה מיבעי ליה וכו' אמאי לא תירץ דאיצטריך למעט עכו"ם וכמ"ש הריב"ה וכן תיקשי לר"א דקאמר דר"ק יוצא בדיינים ויליף לה מקרא דוחי אחיך מנא ליה הא אימא דקרא אתא למעט עכו"ם. וי"ל דאי אמרינן דקרא דוחי אחיך הוא מקושר עם שלמעלה הימנו דהוי טעמא דרבית תרתי שמעינן מיניה דכיון דרחמנא אמר אל תקח מאתו נשך כדי שיחיה אחיך שמעינן מיניה דיוצאה בדיינים כי היכי דיחיה ושמעינן מיניה דרבית דעכו"ם שרי לפי שאין אנו מצווין להחיותו דהא שני דינים הללו חד טעמא אית להו ולפ"ז הקשו לר' יוחנן האי וחי אחיך מאי עביד ליה דליכא למימר דאתא למעט עכו"ם דא"כ ס"ל דהוי טעמא דרבית וא"כ שמעינן מינה דרבית קצוצה יוצאה בדיינים והשיב דקרא דוחי אחיך לא הוי טעמא דרבית אלא אתא למילתא אחריתי לשנים שהיו מהלכים בדרך כו' ולפ"ז יצא לנו תירוץ אחר למה שהקשינו לעיל דאמאי לא הקשה רבא לר"נ מקרא דוחי אחיך משום דרבא ס"ל כר' יוחנן דרבית קצוצה אינה יוצאה בדיינים וכמ"ש התוס' שם וא"כ ס"ל דקרא דוחי אחיך לא הוי טעמא דרבית אלא דקרא אתא לשנים שהיו מהלכים בדרך וא"כ לא אימעיט עכו"ם מהאי קרא אבל הריב"ה שפסק כר"א שפיר ממעט עכו"ם מקרא דוחי אחיך כיון דהוי טעמא דרבית. וראיתי להרב בעל ג"ת בשער מ"ו ח"ו סימן ט' דברים קשים בעיני שהקשה דאמאי לא מותיב רבא לר"נ מקרא דוחי אחיך ובשלמא להרמב"ם כו' ניחא אבל להריב"ה דלא הוי אלא רשות קשה ואני תמיה על זה משום דלהריב"ה ג"כ ס"ל דרבא הוה ס"ל דקרא דלנכרי תשיך הוא מצוה ומש"ה הקשה לר"נ ומה שפסק שהוא רשות הוא משום דס"ל כדחיית הגמרא לא תשיך ולעבור עליו בעשה ולא תעשה אבל לרבא דס"ל תשוך פשיטא דהוי מצות עשה דלרשות לא איצטריך קרא דמוחי אחיך נפקא וכמו שכתבנו לעיל. עוד אני תמיה במה שתירץ משום דהאי וחי אחיך ומייתי ליה רב נחמן לענין החזרת רבית והוה מצי לדחויי דמאי דאתמעט עכו"ם מאחיך היינו שאם נטל רבית אינו חייב להחזיר אבל לא להלוות ברבית דא"כ להריב"ה דפסק כרב נחמן בר יצחק תיקשי דמנא ליה מהאי קרא היתר להלוות אימא דקרא לא מיעט אלא חזרה דלעכו"ם אינו חייב להחזיר וצ"ע. עוד אני תמיה במ"ש דלהרמב"ם דס"ל דרבית לעכו"ם מצוה ניחא כו' דהא לדעת רבינו ע"כ צריכים אנו לומר דרבא הוה ס"ל דכי קאמר ר"נ לא נצרכה אלא דאפילו רבית דעכו"ם דהוא מדאורייתא וכמ"ש הר"ן הביאו הרב בעל כ"מ וכ"כ הרב בעל לב שמח שורש ס"ו וא"כ שפיר היה יכול להקשות ממצוה כמו מרשות כיון דר"נ היה אוסרו מן

התורה אלא נראה כמו שכתבנו לעיל דרבא ס"ל דקרא דוחי אחיך לא הוי טעמא דרבית ומה שלא הביא רבינו מקרא דוחי אחיך כיון דפסק כמ"ד דרבית קצוצה יוצאה בדיינים היינו משום דרצה למעט גר תושב ג"כ ומקרא דוחי אחיך לא אימעיט משום דגר תושב מצווין אנו להחיותו וכדכתיב בקרא בהדיא אבל מקרא דלא תשיך לאחיך שפיר מימעיט גר תושב דהא לאו אחיך הוא. אך קשה דהא בגמ' (דף ע"א) לא ממעטינן גר תושב אלא מדכתיב מאתו ולא מאתם משמע דאי לאו האי קרא אחיך קרינן ביה וי"ל דלעולם דגר תושב לא מיקרי אחיך אלא דהמקשה הוה קס"ד דקרא רבייה בהדיא ואע"ג דבעלמא גר תושב לא מיקרי אחיך הכא שאני לזה השיב ר"נ בר יצחק מי כתיב מאתם מאתו כתיב ואין הכוונה דמאתו הוי מיעוטא דהא פעמים רבות מדבר הכתוב בלשון יחיד כמו וחי עמך דע"כ קאי גם לגר תושב אלא הכוונה הוא מי כתיב מאתם דנימא ע"כ דקאי גם לגר תושב ולא נמעט אותו מאחיך מאתו כתיב ואפשר דלא קאי אלא אישראל וא"כ הדרינן לכללין דאחיך ולא גר תושב ואה"נ דאי לאו קרא דאחיך לא הוה ממעטינן לגר תושב מקרא דמאתו משום דה"א דהכתוב דבר בלשון יחיד כמו וחי עמך. ודע שמ"ש רבינו העכו"ם וגר תושב לווין מהם ומלוין אותם ברבית שנאמר לא תשיך לאחיך אסור ולשאר העולם מותר אין ראייתו להתיר ללוות מן העכו"ם דהא פשיטא דמותר אלא מה שהוצרך להביא ראיה אינו אלא להתיר להלוותם ברבית וכן נראה מדברי בעה"ת שלא הזכיר היתר דללוות אלא היתר דלהלוות והביא מקרא דלאחיך הא לאחריני מותר ונראה דלא גרסינן לא תשיך לאחיך דהא האי קרא אלוה הוא דקא מזהר וכמ"ש רבינו ז"ל אלא ולאחיך לא תשיך גרסינן דכיון דס"ל דקרא דלנכרי תשיך הוא תשוך וכמ"ש אחר זה הכי נמי קרא דולאחיך לא תשיך נמי הוא לא תשוך אבל הרב בעל ל"מ נראה שהבין שראיית רבינו הוא להתיר ללוות מהעכו"ם ברבית ולפ"ז הוקשה לו דלהכי לא הוה צריך קרא דמהיכא תיתי למיסר וכמ"ש רש"י אבל מדברי בעה"ת נראה דמקרא דלאחיך נפקא לן היתר דלהלוותם ולפ"ז יבואו דברי רבינו על נכון דלא הוצרך להביא ראיה אלא להתיר להלוותם ואין להקשות דאפ"ה תיקשי פשיטא דמהיכא תיתי למיסר וכמו שהקשה הרב בעל ג"ת לפירש"י משום דבשלמא אי הוה אמינא דקרא איצטריך להתיר ללוות מן העכו"ם ברבית שייך למימר פשיטא משום דאזהרת לא תשיך הכוונה הוא לא תגרום למלוה שישוך וכמ"ש בעה"ת בח"ב סי' ה' וזה לא שייך גבי עכו"ם דהוא אינו מוזהר שלא לשוך ומש"ה כתב רש"י דהוי מילתא דפשיטא אבל להלוות ברבית ה"א דאפילו לעכו"ם אסור להכי אתא קרא למשרייה וכ"ת התינח לדעת רבינו דס"ל דקרא דלנכרי תשיך היא מ"ע למלוה איכא למימר דקרא דולאחיך לא תשיך נמי היא אזהרה

למלוה וקרי ביה לא תשוך אבל לבעה"ת דפליג ארבינו וס"ל דקרא דלנכרי תשיך הוא כפשוטו ולעבור עליו בעשה ול"ת א"כ קרא דולאחיך לא תשיך נמי אלוה הוא דקא מזהר וא"כ היכי שמעינן מיניה היתר דלהלוות לעכו"ם ברבית הא לא קשיא משום דלבעה"ת נמי קרא דלנכרי תשיך הוא תשיך וכסברת רבא וע"כ לא פליג ארבינו אלא דלרבינו היא מ"ע להלוותו ברבית ולבעה"ת ליכא מצוה ומאי דאמרי' בספרי זו מ"ע הכוונה דמי שמלוה לישראל ברבית עובר בעשה ול"ת דומיא דמ"ש בגמרא בדחייה גבי לא תשיך והראיה על זה שכשבא לדחות דברי רבינו פי' דרבא לא היה ס"ד דלנכרי תשיך היא מ"ע אלא רשות ואם איתא דלפי האמת לא ס"ל כרבא מאי דוחקיה לומר דרבא לא הוה ס"ל מצוה הא בלאו הכי אידחייא ליה סברת רבינו כיון דקי"ל כדחיית הגמרא לא תשיך אלא ודאי דלבעה"ת נמי קי"ל לפי המסקנא כסברת רבא משום דעד כאן לא נדחקו בגמרא לומר לא תשיך אלא משום דהוה ס"ד דר"נ אסריה מן התורה וכמ"ש הר"ן לדעת רבינו וע"כ אנו צריכים לומר כן לדעת בעה"ת דאל"כ תיקשי מאי פריך רבא לר"נ הא ר"נ לא אסריה אלא מדרבנן אלא ודאי דהוה ס"ל דר"נ מן התורה אסריה ולפי זה הוא שנדחקו לומר לא תשיך אבל לפי המסקנא דר"נ לא אסרו אלא מדרבנן הדרינן למאי דס"ד דרבא מאי לאו תשוך ומש"ה הוצרך לומר כדי לדחות סברת רבינו דרבא לא ס"ד מצוה אלא רשות. ודע דהא דלא כתב הריב"ה היתרא דגר תושב דלא שמעינן ליה מקרא דוחי אחיך כיון דגר תושב מצווין אנו להחיותו היינו משום דאין גר תושב נוהג בזמן הזה וכמ"ש רבינו בפי"ד מה' איסורי ביאה ואי להראב"ד דפליג עליה וס"ל דבזמן הזה נמי נוהג אלא שאין דיניו נוהגים הרי כתב שבזמן הזה אין אנו מצווים להחיותו וא"כ מימעיט מקרא דוחי אחיך כי היכי דמיעט עכו"ם:

ומ"ש הטור וחכמים אסרוהו משום גזירה שמא ילמוד ממעשיו שם (דף עא) אמר רב חייא בריה דרב הונא לא נצרכה אלא בכדי חייו רבינא אמר הכא בת"ח עסקינן טעמא מאי גזור רבנן שמא ילמוד ממעשיו וכו' ופירש"י דרב חייא לא ס"ל טעמא דרבינא אלא דטעמא דגזור הוא דלמא אתי למיסרך ולהלוות לישראל וכמ"ש בדברי רבינא דלמא אתי למיסרך אבל הפוסקים לא הזכירו טעמא דדלמא אתי למיסרך והתירו בכדי חייו ובת"ח. ואפשר דס"ל דרב חייא פליג ארבינא בהיתר ת"ח אבל רבינא לא פליג ארב חייא ולפי טעמא דידיה בין כדי חייו ובין ת"ח שרי ופסקו כרבינא שהוא מיקל דבשל סופרים הלך אחר המיקל אבל מדברי רבינו משמע דס"ל דרב חייא ורבינא לא פליגי בטעמא דגזירה:

הלכה ב

אסרו חכמים שיהא ישראל מלוה את העכו"ם בר"ק אלא בכדי חייו כו'. דע שהמרדכי כתב בפרק הניזקין בשם ראבי"ה דאף ביותר מכדי חייו שרי דכיון שהתירו משום כדי חייו לא פלוג וכדאמרינן גבי פעוטות וכמ"ש הריב"ה בשם הרמב"ן בח"מ סי' רל"ה אבל מדברי הפוסקים שכתבו גבי מה שתעלה מצודתי היום דמשום כדי חייו התירו דדוקא כדי חייו אבל ביותר מכדי חייו לא ולא דמי לפעוטות נראה דה"ה גבי רבית וכ"נ מדקדוק דברי רש"י שכתב בכדי חייו התירו ויותר מכאן אסור:

ובטור כתב והאידנא נהגו היתר כו'. דע שהר"ן בתשובותיו סי' נ"ז כתב שלא ידע טעם של מנהג שאנו נוהגים להלוותן ברבית דמנין לו זה ותימה הוא איך נעלם ממנו דברי כל הפוסקים שכתבו לזה ג' טעמים. ודע דלגר תושב לא אסרו חכמים דהא ליכא טעמא דשמא ילמוד ממעשיו כיון שאינו עובד ע"ז דלא חמיר האי איסורא מאיסורא דלא ישבו בארצך וכ"כ הרב ג"ת בשער מ"ו ח"ג ס"ג אבל לטעמא דדלמא אתי למיסרך אסור אפילו לגר תושב וכן ללוות מן העכו"ם ברבית מותר וכ"כ רבינו ובעה"ת ונראה דהריב"ה לרוב פשיטותו לא כתבו. מומר שכפר בעיקר מותר להלוותו ברבית כיון שאין אנו מצווין להחיותו והנה לענין הלכה רובא דרבוותא הסכימו דמותר להלוות למומר ברבית אבל בטעמא דמילתא איפליגו בה והרב בעל הנמוקי יוסף כתב שנשאל ר"ת על בן מומרת אחת אם מותר להלוות לו ברבית והתיר משום דקי"ל דכופרים מורידין ולא מעלין וכיון דגופו מותר ממונו לא כ"ש וכ"ת הרי מוסר דגופו שרי וממונו אסור לא דמי דהתם הוא דחיישינן דילמא נפיק מיניה זרעא מעליא אבל במומר לע"ז ליכא למימר הכי כיון שנטמע בין העכו"ם וכ"כ בעה"ת שער מ"ז ח"א סימן ה' בשם הרמב"ן דטעמא דהיתרא הוא מק"ו דגופו וגבי מומרין שנטמעו בע"ז ליכא זרעא מעליא וכ"כ המרדכי בשם ר"י בפרק א"נ וא"כ לפי טעם זה במומר להכעיס או מחלל שבת בפרהסיא אף שהם מן המורידין לא הותר ממונו משום ק"ו דגופו דחיישינן לזרעא מעליא אבל במומר לע"ז הותר ממונו משום דליכא זרעא מעליא אבל הראב"ד בפ"ב מהלכות ע"ז כתב שישראל שעבד ע"ז אסור לאבד ממונו מידי דהוי אמסור כו' משמע דאף בעובד ע"ז חיישינן לזרעא מעליא ואפשר לומר דלא פליגי דהראב"ד מיירי בעודנו ישראל עובד ע"ז ולא נעתק לדת אחרת אז הוא דחיישינן דילמא הו"ל זרעא מעליא שלא יעבוד ע"ז כמו אביו כמו שאין אנו חוששים גבי מוסר דלמא בנו ג"כ יהיה מוסר אבל במי שנעתק מדת ישראל לדת אחרת אז מסתמא הבן מקיים דת אביו אך ממ"ש המרדכי בפ"ק דקידושין בשם תשובת רש"י הביאו מרן בטור ח"מ סי' רפ"ג מחודשין ב' במומר לע"ז שהפקיד

פקדון ביד ישראל כו' נראה בעיני שאין כח ביד הדיינין להוציאו דאיתמר ממון מסור כו' וכיון דלא נפסק הלכתא לא כמר ולא כמר ה"ז זכה מן ההפקר נראה דס"ל דאף במומר לע"ז חיישינן לזרעא מעליא ואסור לאבד ממונו ונראה דלדעת ר"ת ור"י והרמב"ן שכתב אף לדידן דקי"ל כמ"ד אסור לאבדו ביד דאיפסיקא הלכתא כוותיה וכמו שהכריח הרי"ף אפ"ה זכה הנפקד אם שלח יד בפקדון בעודנו המומר חי משום דמותר היה לאבד ממונו בעודנו חי מק"ו דגופו ולא הוה חיישינן לזרעא מעליא ובזה ניחא מה שהקשו על הרב בעל המפה שכתב דין זה דרש"י לפסק הלכה שהרי טעמא דרש"י הוא משום דמספקא לן הלכתא כמאן אבל לדידן דאיפסקא הלכתא כמ"ד אסור לאבדו לא זכה הנפקד וא"כ נראה כמזכי שטרא לבי תרי משום דהרב בעל המפה פסק כהלכתיה ולא מטעמיה אלא משום דס"ל כר"ת והרמב"ן ור"י במומר לע"ז ליכא מ"ד דאסור לאבדו משום דליכא זרעא מעליא וא"כ זכה הנפקד במה ששלח יד בעודנו המומר חי. אך קשה ממ"ש הרא"ש בתשובותיו כלל ל"ב סימן ד' עלה דסבתא ותרתי בנתא דאשתביאו דטעמא דאסור לאבד ממון מסור הוא משום דממון המוסר מוכן ומזומן לבא אחריו ליורשו ואין לך אדם שבעולם שאין לו יורשים ואסור לאבד ממון מהם והאי דקאמר תלמודא זימנין דנפיק מיניה זרעא מעליא לאו דוקא זרעא ומה לי בנו ומה לי קרוב שהיה ראוי ליורשו ע"כ וא"כ שמעינן מיניה דאף במומר לע"ז אסור לאבד ממונו משום דילמא יירש אותו אחד משאר היורשים הישראלים היפך ממה שכתבנו בשם ר"ת והרמב"ן ור"י ואפשר לומר דלא פליגי דשאני נדון דהרא"ש שלא היו יורשים כי אם ישראלים משום דאף שנולדו להם בנים מן העכו"ם מ"מ לא היו באים לקחת ירושת אמם כיון שכבר נטמעו שם וגרירי בתר אביהם ומדינא לא ירתי למ"ד משום דינא ולמ"ד מתקנת חכמים ועל זה נסתפק השואל דחכמים לא אסרו ממון המוסר אלא דוקא משום בנו אבל הכא דליכא בן לא נמנע מלאבד משום שאר יורשים ועל זה השיב דליתא להאי מילתא דכי היכי דאסרו לאבד משום בנו ה"ה משום שאר יורשים אבל אם הבנים היו כאן ולא היה כח בידינו לסלקו מן הירושה פשיטא דהיה מותר לאבד ממונו כיון שזה הממון מעותד ליפול קמיה דבן דליכא למיחש ביה דילמא הוי מעליא וכ"נ ממ"ש הרא"ש כשבא ליתן טעם למה בגמרא לא אמרה אלא זרעא מעליא דלא תימא מכלבא בישא גוריא טבא לא נפיק משרש נחש יצא צפע וכמו שהוא רשע כך בניו יהיו רשעים קמ"ל דלא אמרינן הכי ואם איתא דאף במומר לע"ז דאיכא למימר משרש נחש יצא צפע אפ"ה אסור לאבד ממונו א"כ הדרא קושיא לדוכתיה דלמאי איצטריך לומר דה"ל זרעא מעליא הא בלאו ה"ט נמי אסור לאבד ממונו אלא ודאי כדכתיבנא דכל היכא דאיכא למימר דהבן יהיה דומה לאביו אז מותר לאבד ממונו

ומש"ה איצטריכו בגמרא לומר דילמא ה"ל זרעא מעליא אבל כל היכא דליכא למיחש שיבוא הבן לירש אז ודאי אסור לאבד ממונו משום שאר יורשים דמה לי בן מה לי קרוב. נחזור לענייננו דלדעת כל הני רבוואתא מומר אוכל נבלות להכעיס אסור לאבד ממונו משום דילמא הוה ליה זרעא מעליא וקשה מהא דאמרינן בפרק אין מעמידין (דף כו) א"ל אני שונה לכל אבידת אחיך לרבות את המומר ואת אמרת מורידין סמי מכאן מומר ופריך ולישני ליה כאן במומר אוכל נבילות לתיאבון כאן במומר אוכל נבילות להכעיס ומשני קסבר מומר אוכל נבילות להכעיס מין הוא נראה מכאן דבמומר אוכל נבילות להכעיס אין מחזירין אבידתו וכן פסקו כל הפוסקים ואע"ג דאיכא טעמא דזרעא מעליא וי"ל דע"כ לא אהני לן טעמא דזרעא מעליא אלא שלא לאבד ממונו בידים אבל אינו מחוייב להציל ממונו ולהחזיר אבידתו משום טעמא דזרעא מעליא וכן חילק הרא"ש בתשובה הנזכרת לענין אחר וכן דקדק הראב"ד שכתב אסור לאבד ממונו בידים ובזה ניצלנו מקושיית התוס' שהקשו תימה מאי פריך דלעולם אימא לך דמורידין ואפ"ה משיבין לו אבידתו דהא במסור כו' ולפי מ"ש ניחא דשאני גבי מסור שהוא לאבד ממונו אהני טעמא דזרעא מעליא אבל להחזיר לו אבידתו לא מהני וא"כ כיון דרבייה קרא למומר אף להחזרת אבידה וש"מ דאחיך הוא וא"כ סמי מכאן מומר אבל גבי רבית דדמי למאבד ממון חבירו בידים מהני טעמא דזרעא מעליא ומומר אוכל נבילות להכעיס אסור להלוותו ברבית משום זרעיה ולפ"ז מוסר אסור להלוותו ברבית ואבידתו מותרת א"נ אפשר לומר דכל היכא דקרא מיעט בהדיא כגון דכתב אחוה אז ודאי לא אהני לן טעמא דזרעא מעליא כיון דקרא מיעטיה ולפ"ז גבי אבידה דכתב אחיך מומר אוכל נבילות להכעיס אין מחזירין על אבידתו אבל כל היכא דלא מיעטיה קרא אלא שאנו ממעטין אותו משום ק"ו דגופו אז אהני לן טעמא דזרעא מעליא ולפ"ז גבי רבית דלא ממעטינן ליה אלא משום ק"ו דגופו משום דהאי לא תשיך לאחיך אלוה הוא דקא מזהר קרא וכמ"ש לעיל מש"ה אהני לן טעמא דזרעא מעליא ולפ"ז אפשר דמוסר אבידתו אסורה משום דאחיך מיקרי וכמ"ש הרמב"ן ולא מימעיט אלא משום ק"ו דגופו וחיישינן לזרעיה והרא"ש כתב בפרק איזהו נשך ישראל שיצא מן הכלל וכפר בעיקר מותר להלוותו ברבית דאין מצווין להחיותו ולא קרינא ביה וחי אחיך עמך וטעם זה כתב הריב"ה ור"י הביאו המרדכי והרמב"ן הביאו בעה"ת וכ"כ התוס' בפרק אין מעמידין וכפי טעם זה אף במומר אוכל נבילות להכעיס מותר להלוותו ברבית וכמ"ש התוס' בהדיא והנה על הרא"ש והריב"ה קשה דלמה לא כתבו הדין במומר אוכל נבילות להכעיס והוה נפיק מכ"ש מומר שכפר בעיקר ומרן נדחק בזה ואמר דמילתא פסיקתא נקטי דסתם מומר שכפר בעיקר הוי להכעיס אבל

ה"ה דאפילו לא כפר בעיקר אלא שאוכל נבילות להכעיס מותר להלוותו ברבית ומלבד שהתירוץ זה הוא דחוק מצד עצמו נסבול אותו כמ"ש הרא"ש בפ' א"נ שלא הזכיר כלל דין מומר להכעיס אבל בפרק אין מעמידין דקא עסיק בדין מומר אוכל נבילות להכעיס גבי אבידה וכשבא לדבר בענין רבית קאמר נראה דמומר שכפר בעיקר מותר להלוותו ברבית כו' קשה דלא היה לו לומר אלא וכן מותר להלוותו ברבית אשר ע"כ נ"ל לומר דהרא"ש ס"ל כסברת ר"ת שכתבנו לעיל דמומר לע"ז ליכא זרעא מעליא ומש"ה כתב הדין בדוקא במומר שכפר בעיקר משום דאז ליכא למיחש לזרעא מעליא אבל במומר אוכל נבילות להכעיס אסור להלוותו משום זרעיה וזהו דוקא גבי רבית משום דדמי למאבד ממון חבירו בידים אבל גבי אבידה לא חיישינן לזרעיה וכמ"ש לעיל לדעת ר"ת ומש"ה כתב הדין גבי אבידה במומר אוכל נבילות להכעיס אבל החילוק הב' שכתבנו לדעת ר"ת בין אבידה לרבית לא יצדק להרא"ש משום דכי היכי דאחיך דאבידה ממעט מומר אוכל נבילות להכעיס ה"נ וחי אחיך ממעט מומר אוכל נבילות להכעיס וכ"ת א"כ למה ליה להרא"ש להביא קרא דוחי אחיך תיפוק ליה מק"ו דגופו כיון דלא מיירי אלא במומר לע"ז דליכא זרעא מעליא י"ל דהרא"ש אזיל לשיטתיה שכתב בתשובה כלל ל"ב סי' ד' דהא דפליגי בממון מסור אי מותר לאבדו בידים היינו בשעה שהולך לעשות המסירה שאז מותר להורגו משום דהוי רודף אבל אחר שעשה המסירה שוב אין הורגין אותו אלא בב"ד וה"ה לממונו והא דאמרינן המינין כו' לא להורגן בידים קאמר אלא להורידן לבור כו' ולפ"ז ליכא ק"ו גבי מומר להלוותו ברבית דדמי למאבד ממונו משום דמומר לא הותר להורגו בידים וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכמ"ש הרא"ש, מ"מ בעיקר דינו של הרא"ש שכתב דהא דתניא המינים והמומרים מורידין דוקא מורידין אבל להורגן בידים לא רבינו חולק על זה וכמ"ש בפירוש פ"ד מהלכות רוצח ותימה הוא איך לא הביא הרא"ש סברתו ויותר יש לתמוה על הריב"ה שכתב בטח"מ סי' תכ"ה כסברת רבינו ולא חשש לסברת אביו וצ"ע ומיהו לסברת הריב"ה דס"ל דמורידין לאו דוקא נוכל לומר דמאי דנקט קרא דוחי אחיך ולא מייתי לה בק"ו דגופו כיון דלא מיירי אלא במומר לע"ז היינו משום דלמעלה הביא כתוב זה למעט עכו"ם דלא מימעיט מק"ו כדתניא העכו"ם לא מעלין ולא מורידין מש"ה גבי מומר נמי מייתי להאי קרא א"כ נמצינו למדין כפי שיטה זו דהרא"ש והריב"ה נמי אזלי בשיטת ר"ת שכתבנו לעיל אבל דעת התוס' הוא דאף למומר אוכל נבלות להכעיס מותר להלוותו ברבית ומייתי לה מקרא דוחי אחיך ולא חיישינן לזרעא מעליא והיינו טעמא דכיון דמיעטיה קרא בהדיא לא חיישינן לזרעיה ואע"ג דגבי אבידה כתבו דאבידת מוסר אסורה משום זרעיה שאני מוסר

דאחיך מיקרי ולא מימעיט מקרא דאחיך וכמ"ש הרמב"ן אבל להלוותו ברבית נראה דמותר משום דמימעיט מקרא דוחי אחיך כי היכי דנתמעט אוכל נבילות להכעיס ודעת הרמב"ן הוא ג"כ במומר אוכל נבילות להכעיס מותר להלוותו ברבית אלא שבטעם הדבר כתב שהוא משום דגבי רבית אחוה כתיב וקי"ל בפ' אין מעמידין דכל שמורידין לא מיקרי אחיך וכתוב בתשובות הרא"ם ח"ב סי' ל"ב דמומר אחוה אית ליה כמו שביאר הרמב"ן בחידושיו לענין רבית וזה תימה דמדבריו כאן נראה בהיפך וצ"ע. ונראה דס"ל דהאי לא תשיך לאחיך אמלוה הוא דקא מזהר קרא וכמ"ש לעיל לדעת רבינו ובעה"ת א"נ מקרא דכי ימוך אחיך אל תקח מאתו וכמ"ש בתשובות דשייכי לספר משפטים סימן ל"ו בשם רא"ם. ונ"מ בין טעמא דתוס' לטעמא דהרמב"ן מוסר דלטעמא דתוס' מותר להלוותו ולטעמא דהרמב"ן אסור משום דאחיך מיקרי. כתוב בתשובות דשייכי בסימן הנזכר הני מומרים היתר גמור הוא להלוותם ברבית כדאמרינן וחי אחיך עמך כו' אבל ראבי"ה כתב יש שאוסרים להלוות ברבית למומר דאע"פ שחטא ישראל הוא ויש להחזיק דבריו מדגרסינן אני שונה לכל אבידת אחיך לרבות את המומר ואם מחזירין על אבידתו להשיב כ"ש שלא נקח ממנו רבית. אך בירושלמי גרסינן הלין כותאי וכו' ולפ"ז אני מפרש הך דפ"ב דע"ז במומר לתיאבון ולא במומר להכעיס כי ראוי לקונסו כו' ע"כ. ותימה דאיך עלה בדעתו של ראבי"ה להחזיק דברי האוסרים ממאי דגרסינן אני שונה לכל אבידת אחיך לרבות את המומר שהרי מבואר הוא בגמרא דלא מיירי אלא במומר לתיאבון אבל במומר להכעיס לא שהרי הקשו בגמרא ולישני ליה כאן במומר אוכל נבילות לתיאבון כאן במומר אוכל נבילות להכעיס. וראיתי בשה"ג אשר סביבות הרי"ף עלה דההיא דפרק אין מעמידין ישראל שהמיר לע"ז הרי הוא כמין ומורידין אותו כו' ואם אינו עובד ע"ז אע"פ שהוא מומר לאכול נבילות להכעיס אינו כמין ואין מורידין אותו לבור אלא חייבין להשיב אבידתו שנאמר לכל אבידת אחיך לרבות המומר שאינו מין ע"כ ונראה דס"ל דלמ"ד מומר להכעיס מומר מיקרי ברייתא דקתני אבידת אחיך לרבות את המומר מרבה אפילו מומר להכעיס דהכל נכלל במלת מומר ואפשר דלמ"ד דלהכעיס מומר מיקרי לתיאבון לא מיקרי מומר אלא הרי הוא ישראל ולפ"ז כי רבה הכתוב את המומר לא איצטריך לרבויי אלא לאוכל נבילות להכעיס ופסק כמ"ד להכעיס נמי מומר הוי ולא מין אבל בעובד ע"ז אליבא דכ"ע הרי הוא כמין וכדאמרינן בגמרא אלא איזהו מין זה העובד ע"ז ואין מחזירין לו אבידתו ומורידין אותו. והנה אם האוסרים הללו שהחזיק דבריהם ראבי"ה היו מדברים במומר אוכל נבילות להכעיס הוה ניחא מה שהחזיק דבריהם ראבי"ה דהוה ס"ל כסברת שלטי הגבורים דלמ"ד להכעיס נמי מומר

הוי מוקי לברייתא בכל מיני מומר אלא מההיא דירושלמי הדר ביה ופירש דאף למ"ד דלהכעיס הוי מומר לא מוקמינן ברייתא אלא באוכל נבילות לתיאבון אבל מריהטא דלישנא דההיא תשובה משמע דבמומר לע"ז מיירי וא"כ הוא תימה דהא אליבא דכ"ע מין הוי ואין מחזירין אבידתו ואיך רצה להחזיק דבריהם ואפשר לדחוק ולומר דבמומרים באונס מיירי וכן נראה ממ"ש שם והו"ל מומר להכעיס ואי מיירי בשהמירו לרצונם פשיטא דהוי להכעיס אלא כמ"ש מרן על דברי התוס' דאף שהמירו באונס כיון שיש בידם לברוח כשבקי היתרא ואכלי איסורא דמי ואפשר דלהכי לא יהבינן להו דין מין אלא דין מומר אוכל נבילות להכעיס אבל מתשובות רש"י שהביא בעה"ת שאוסר לתת רבית למומר משום דלא נפיק מכלל אחיך וכ"כ בפרק החולץ גבי יבום דמומר לא נפיק מכלל אחוה משמע דבכל מומר מיירי וזה תימה דבמומר לע"ז כ"ע לא פליגי דנפיק מכלל אחוה וצ"ע:

כתב מרן דמומר שיצא מן הכלל שלא הוזכר אע"פ שתחלת יציאתו מן הכלל לא היה להכעיס אלא כגון שהעלילו עליו וכיוצא אפ"ה מיקרי מומר להכעיס מאחר שבידו לברוח ולהמלט ואינו עושה הייכו שביק היתרא ואכיל איסורא ע"כ ונראה דס"ל למרן דהא דמחלקינן בין להכעיס בין לתיאבון היינו דוקא בשאר עבירה חוץ מע"ז אבל בע"ז כל שאינו עובד ע"ז מחמת סכנת נפשות מין הוא ולפ"ז מי שיש בידו לברוח אע"פ שיאבד ממונו ולא ברח הרי מומר להכעיס וכ"כ מהרד"ך בית י"ב אבל בבית י"א כתב דכל שעומדין שם מפני הנאתם אית להו דין מומר לתיאבון אף שיש בידם לברוח ונסתייע מתשובת הרא"ש וצ"ע. שוב ראיתי להרב עצמו בתשובה בית נ"ז שחזר בו ממה שפסק בבית י"א ויישב ההיא תשובה דהרא"ש וכתב דגבי ע"ז אין חילוק בין עובד לתיאבון לעובד להכעיס וכמ"ש מרן וכ"פ הריב"ש:

עוד כתב מרן ולעניין הכותיים בהדיא אמרו בירושלמי שמותר להלוותן ברבית דלפי שקלקלו מעשיהם חשיב להו כישראל מומר ע"כ. משמע מדבריו דללוות מהם ברבית אסור כמו מומר וזה תימה שהרי בעה"ת הביא ברייתא דקתני מלוין אותם ולוין מהם ברבית וא"כ הא דקתני בירו' כותאי דקסרין מותר להלוותן ברבית לאו דוקא להלוותן דה"ה דללוות מהן נמי שרי. א"נ דאפשר דההיא דירושלמי מיירי קודם שגזרו עליהם לעשותם עכו"ם גמורים אלא שיש להם דין מומרים ואידך ברייתא דכותיים מיירי לאחר הגזירה שעשאום כעכו"ם גמורים וכדאיתא בפ"ק דחולין ולפי זה מותר ללוות מהם ברבית וצ"ע:

עוד כתב ולענין הקראים נ"ל דלהרמב"ם בפי' מתני' קמייתא דחולין דחשיב להו כתינוק

שנשבה בין העכו"ם אין להם דין מומרים ואסור להלוותם ברבית ע"כ וזה תימה שהרי מדברי רבינו שם נראה שיש להם דין אפיקורסין גמורים ומותר להרגן היום בזמן הגלות אע"פ שאין בו ד"נ אשר ע"כ נ"ל שטעות הוא שנפל בספרים ועיקר ראיית מרן הוא ממ"ש רבינו בפ"ג מהלכות ממרים ז"ל אבל בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם ונולדו בין הקראים וגדלו אותם על דעתם הרי הוא כתינוק שנשבה ביניהם וגדלוהו כו' כך אלו שאמרנו האוחזים בדרכי אבותם הקראים שטעו לפיכך ראוי להחזירן בתשובה ולמשכן בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה ע"כ הרי בפירוש דיהבינן להו דין תינוק שנשבה לבין העכו"ם ואסור להרגן ומ"ש במסכת חולין מיירי בישראל שנעשה קראי דומיא דצדוק ובייתוס דאז ודאי מותר להורגו. ודע שבדפוס הרמב"ם עם מגדל עוז סיים בלשונו ולא ימהר אדם להרגן דמשמע דאם לא רצו לחזור לאיתן התורה דאז מותר להרגן וכ"כ מהר"ם מטראני ח"א סי' ל"ז והרדב"ז הובאו דבריו בתשובת מהר"ר בצלאל סימן ב' ולפ"ז אתו דברי רבינו דבמס' חולין כפשטן דהתם מיירי כשלא רצו לחזור לאיתן התורה ומש"ה מותר להרגן ולפ"ז מותר להלוותן ברבית וכ"פ הרדב"ז בתשובותיו סימן י"ב:

עוד כתב הטור וז"ל ואסור ללוות ממנו ברבית דאע"פ שחטא ישראל הוא והנותנו לו עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול. והא דלא אסר להלוותו מטעם ולפני עור כבר כתב הרמב"ן משום דלאו דלא תשיך משום אזהרתיה דמלוה קא מזהר רחמנא ללוה וכיון שאין אנו מצווין מלהלוותו אף הוא אינו מצווה מללוות אבל ללוות מן המומר אסור שהרי הם מוזהרים להלוות ואיכא משום ולפני עור והרא"ש בפ"ב דע"ז הוסיף דעובר ג"כ משום לא תשיך לאחיך וכ"כ התוס' שם וכתב הרב בעל ג"ת דהריב"ה סובר דמומר נפיק מכלל אחיך ומש"ה אינו עובר הלוה מן המומר משום דלא תשיך לאחיך אבל הרא"ש סובר דלעולם מומר לא נפיק מכלל אחיך ומש"ה כתב דהלוה עובר משום דלא תשיך לאחיך וכ"כ מהר"י הלוי כלל ו' סי' כ"ב וק"ל על דבריהם שהרי לגבי אבידה כתב הרא"ש דאבידת מומר להכעיס מותרת דכתיב אבידת אחיך והאי לאו אחיך הוא וכ"ש מומר ומה שלא כתב גבי היתרא דלהלוותם מטעמא דאחיך הוא משום דליכא אחוה גבי אזהרה דמלוה אבל גבי לוה קשה דמנ"ל דעובר משום לא תשיך כיון דהאי מומר לאו אחיך הוא ונ"מ היכא דהלוה הוה חזי דהמלוה הוה מוזיף ברביתא הני דמים גופייהו לישראל אחרינא דאז ליכא משום ולפני עור כמ"ש הר"ב פ"מ ח"ב סי' ק"ה. (*א"ה עיין בדברי הרב המחבר לעיל פרק ד' מהלכות אלו דין ב' שחולק על הרב בזה יע"ש):

ודע דיש מי שכתב דאף להלוותו אסור משום ולפני עור הביאו בעה"ת שער מ"ו ח"א

סימן ה' וכ"כ הגה"מ וראיתי בתשובת מהר"י הלוי סי' כ"ב שנשאל על מומר אחד שהלוה ברבית וחכם אחד היה אומר שאינו חייב להחזיר הרבית משום דטעמא דרבית חוזרת היינו משום וחי אחיך וא"כ זה המומר כיון שאינו אחיך אינו מוזהר על זה ואינו חייב להחזיר ומהרי"ל כתב דלעולם מיקרי אחיך דלעולם לא יצא מכלל האחוה ולא הותר להלוותו אלא משום שאין אנו מצווין להחיותו עד כאן ותימה הוא שהרי המרדכי והרמב"ן והסמ"ג כתבו דטעמא דרבית הוא משום דאחוה כתיב ביה ומומר לאו אחיך הוא ומכל מקום בעיקר הדין נראה דהדין עמו משום דדוקא המומר לגבי דידן לאו אחינו הוא כיון שאינו נזהר במצות כמונו אבל לגבי דידיה פשיטא שאנחנו נחשבים כאחים לו וחייב במצות וחי אחיך וראיה לזה שהרי הרמב"ן התיר להלוות למומר מטעם אחוה ואפ"ה כתב דללוות ממנו אסור כיון שהוא מוזהר מלהלוות ואם כדברי זה החכם אף המומר לא היה עובר על ההלואה כיון שאינו אח והלוה ג"כ היה מותר אלא ודאי כדכתיבנא דלגבי מומר אנו נחשבים כאח לו והוא מוזהר על הכל (*א"ה עיין בתה"ד סי' רכ"ג):

הלכה ו

ישראל שלוה מעות מן הכותי ברבית כו'. ברייתא בפרק איזהו נשך. וכתב מהריק"ו שורש קל"ו וז"ל ואע"ג דמשמע מתוך דברי הרא"ש דאפילו זקפן עד שלא נתגייר דאין גובה אלא הרבית שעולה עד שעת הגירות אבל לא מה שעלה משעת הגירות ואילך כו' ועוד שגם בזה שכתב הרא"ש נחלק ר"מ כדמוכח מתוך תשובתו שהביא המרדכי כו'. והדבר תמוה דהיאך משמע מתשובת מהר"ם היפך דברי הרא"ש דאי לפי מה שפירש דיודה הרא"ש במי שאינו יכול לפרוע בתוך הזמן פחות ממה שקצב ואינו לפי מיעוט הזמן אלא דבר קצוב ובהא מיירי הרא"ש א"כ מהר"ם ז"ל מיירי בשאינו יכול להפטר מכל אותו הרבית כלל כמ"ש. ואם יפרש מ"ש מהר"ם ואפילו את"ל רבית שכבר עלה ופירושו דאפילו דנימא דאם היה העכו"ם פורעו בתוך הזמן היה פורע הרבית לפי הזמן שעבר וממה שנשאר מ"מ לא חייבם מהר"ם אלא מטעם אחר משום שעל ידם פטרו לעכו"ם כו'. איברא דפירוש דברי מהר"ם שכתב ואפילו אם תמצא לומר כו' אינו אלא לומר אפילו את"ל דאפילו דהעכו"ם אינו יכול לפרוע הרבית לפי חשבון הימים אלא כבר נתחייב בכל מ"מ רבית שכבר עלה דוקא חייבים הקהל כו' וכן פירש דברי מהר"ם מהרי"א בסימן ש"ג יע"ש. ועכ"פ אף אם נאמר דהרא"ש בכל ענין קאמר שאינו גובה הרבית שעלה משעת הגירות ואילך אין סתירה ממהר"ם. ואעיקרא דמילתא צ"ע דמנ"ל האי בדברי הרא"ש ז"ל ומדקדוק מ"ש בפסקיו משמע בהיפך וכ"כ מהרי"א שם דאם זקפן

קודם שנתגייר להרא"ש גובה אפילו רבית שעלה בגירות ולפירושו אין סמך בהרא"ש וצ"ע. (*א"ה עיין לעיל פ"ד דין י"ד):

הלכה יא

אסור להקדים הרבית או לאחר אותו וכו'. משנה בפרק הרבית. וז"ל הטור סי' ק"ס ולא רבית שבשעת הלואה לבד אסור אלא אפילו רבית מוקדמת ורבית מאוחרת נמי אסור ויראה שאינו אסור אלא במפרש שבשביל זה משלח לו אבל בסתם מותר והרמב"ם אסר אפילו בסתם עכ"ל. ודברי הטור הם תמוהים שהרי לעיל כתב בשם רבינו שאם נותן לו יותר בשעת הפרעון בסתם שרי ונראה דכ"ש הוא היכא ששלח בסתם לאחר פרעון וכבר הוקשה זה למהריב"ל ח"ג סי' ס"ה וכתב בשם רבני פרובינצא דלאחר פרעון גרע טפי מבשעת פרעון דבשעת הפרעון לא מינכרא מילתא דמשום ביטול מעותיו מוסיף לו אלא ברצונו אבל אם כשהחזיר לו מעותיו לא הוסיף לו ואח"כ משגר לו מינכרא מילתא ודאי דמשום ביטול מעותיו כגון דחזא למלוה דלא מפייס מיניה ולהכי שדר ליה ואסור וכ"כ הרב בעל גידולי תרומה ח"ג סי' י"א דלאחר הפרעון גרע טפי משום דאפשר דאערומי קא מערים ומש"ה המתין עד לאחר הפרעון כדי שלא יחשדוהו שנותן רבית עוד חילק מהריב"ל שם דשאני ההיא דהיתרון שהוסיף לו היינו מהסחורה עצמה ומהחיטין שגר לו והנה חילוק זה יבא היטב בדברי רבינו משום דאיכא למימר כשמוסיף לו מהחיטים אוזולי הוא דקא מוזיל גביה אבל כששולח לו דורון דליכא למימר מוזיל גביה אף שהוא לאחר הפרעון אסור. אבל להטור שהבין בדעת רבינו שאפילו שהלוה לו מעות ופרע לו מעות והוסיף לו בשעת הפרעון דשרי לא ידעתי מה חילוק יש בין זה להיכא דשלח דורון לאחר הפרעון וע"ק לי דלפי מה שהבין הטור בדעת רבינו דמ"ש בשביל מעותיו שיהיו בטלות אצלו לא שאמר כן בפירוש אלא קאי על הכוונה למאי איצטריך לומר שכוונתו היתה בשביל זה. אשר ע"כ נ"ל דהכא מיירי גבי איסורא דלוה דקאמר דאם נתכוון לרבית אפילו שהוא לאחר פרעון אסור אבל לעולם דהמלוה מותר ללוקחו משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וכמ"ש ה"ה לעיל בפ"ד דין י' אבל הלוה כל שהוא מתכוין לרבית אסור אפילו לאחר פרעון וכמ"ש בעה"ת חלק ג' סי' י"ז ומ"ש הטור לעיל בשם רבינו דבסתם שרי אפילו בשעת פרעון היינו למלוה ומשום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן והשתא אשמעינן רבינו דלמלוה כל שהוא בסתם ואפילו בשעת הפרעון שרי וללוה כל שהוא מתכוין לרבית אפילו לאחר הפרעון אסור ולהריב"ה כל שהוא לאחר הפרעון ובסתם אפילו שמתכוין לרבית שרי וטעמא דכיון דכל שלא קצץ אינו אסור אלא מדבריהם לא גזרו לאחר הפרעון כל שאינו מפרש ומ"ש בשם הסמ"ג

דמתנה מרובה אסור אע"ג דלדידיה אפילו במתכוין שרי אפשר דטעמא דכל שהוא מתנה מרובה הו"ל כמפרש ותירוץ זה שכתבנו ראיתי שכתבו מהר"א ששון סי' קס"ב אלא שכתב וההיא דפ"ח מיירי כשאינו מכוין כלל לרבית במציאות. ולפי מ"ש אין צורך לזה דההיא דפ"ח מיירי גבי מלוה אם מותר ליקח מה שנותן לו יותר וכתב דשרי ומטעם זה שכתבנו בשם המגיד וההיא דפ"ג מיירי גבי לוה ובמתכוין דיקא נמי דקתני אסור להקדים הרבית או לאחר אותו. ומדברי בעה"ת נראה דס"ל דרבית מאוחרת אסור אפילו בסתם וכמו שהכריח מרן ממה שחילק בין רגיל לשאינו רגיל ואי לא אסור אלא במפרש אפילו ברגיל אסור כל שהוא מפרש ומהתימה על מהר"ד ן' נחמיא"ש הובאו דבריו בתשובות מהרא"ש סי' קס"א שכתב דמדברי בעה"ת אין הכרח לומר שסובר כהרמב"ם דאפשר דמיירי דשלח בעוד שחייב לו ומש"ה אפילו בסתם אסור ותמה על מרן בזה והנה דברי בעה"ת ברור מללו דקאי על רבית מאוחרת שכתב דהיינו לאחר הפרעון ומה שהביא ראיה מההיא דאסור להקדים שלום למלוה אם אינו רגיל דמיירי בעוד שמעותיו בידו מכ"ש בעי למילף דלאחר הפרעון לא אסור ברגיל בסתם באופן דמדברי בעה"ת מוכח כדברי הרמב"ם וכ"כ בג"ת ומהרא"ש אלא שהוקשה למהרא"ש מ"ש בעה"ת ואמר דמשמע דטעמא דאיסורא הוא משום דמפרש ואפשר לומר דלעולם אפילו בסתם אסור ומ"ש ואמר היינו לומר דאפילו בכה"ג לא הוי אלא אבק רבית וכמ"ש ואם עבר ועשה זהו אבק רבית שאינה יוצאה בדיינים והביא ראיה מדברי הרי"ף איברא דמדבריו נראה דהאי איסורא דרבית מאוחרת הוא למלוה ג"כ ממ"ש והוא שלא יתכוין לכך משמע דבאינו רגיל אף בלא מתכוין אסור וא"כ אף למלוה אסור באופן שחולק עם הרמב"ם דלפי דרכנו להרמב"ם אינו אסור אלא ללוה ובמתכוין ולבעה"ת אפילו בלא מתכוין אסור וא"ת לבעה"ת תיקשי ההיא דרבינא הוה יהיב זוזי לבני אקרא דשנוותא כו' וי"ל דס"ל כמ"ש תלמידי הרשב"א והנמוקי דשאני התם דהוה מכר ומש"ה כל שלא הזכיר בשכר מעותיו שרי אבל בהלואה אפילו לאחר הפרעון ובסתם אסור. והנה מרן השוה לבעה"ת עם הרמב"ם משמע דס"ל דלהרמב"ם ג"כ אסור אפילו בלא מתכוין וא"כ הדרא קושיא לדוכתה וצ"ל כמ"ש רבני פרובינצא ובג"ת. ודע שגם בזה חלוק ה"ה עם הריב"ה בסברת הרמב"ם שכתב בפ"ה דמה שאסר הרמב"ם רבית מאוחרת הוא דוקא במפרש:

כתב מרן ויש לדקדק לדברי האוסרים אפילו בסתם היכא שפירש ואמר בשביל מעותיך שהיו בטלות אצלי אי הוי אבק רבית או רבית קצוצה ומצאתי בהגהות אשירי על רבית מאוחרת ודוקא כשלא פירש לשם רבית נראה מדבריו דהיכא דפירש רבית קצוצה הוי ע"כ. והקשה מהרא"ש בסימן קס"ב שהרי נוסחת הרא"ש במתני' היא לנוכח בשביל

מעותיך וא"כ היאך יתישבו דברי ההגה"א הזאת האומרת דוקא כשלא פירש לשם רבית ע"כ. אשר ע"כ נ"ל לומר דההג"א הלזו לא קאי על מתניתין דרבית מאוחרת אלא על מלתיה דרשב"י דקאמר מנין לנושה בחבירו מנה ואין רגיל להקדים לו שלום שלא יקדים לו שלום שנאמר נשך כל דבר דמשמע דברגיל שרי על זה כתבו ההגהות ודוקא כשלא פירש אבל אם פירש אפילו ברגיל אסור ולאפוקי מהגהות מרדכי שכתבו דלא מיתסר להקדים לו שלום אלא דוקא באומר לו בשכר מעותיך ובספיקו של מרן כבר הסכימו מהרא"ש ובג"ת שאינו אלא אבק רבית אף לסברת החולקים עם הרמב"ם בההיא דהרויח לו זמן וכ"כ מוהריב"ל ח"ג סי' ס"ה דאפילו דבשעת פרעון אמר לו בשביל מעותיך שהיו בטלות אצלי אני נותן לך הדורונות לא הוי אלא אבק רבית אלא שהרב נסתפק היכא שאומר לו בעוד שהוא חייב לו אי הוי רבית קצוצה וכתב שמדברי הרמב"ם בפ"ה משמע דלא הוי רבית קצוצה וחזר ודחה ראיה זו כמו שיע"ש. ואני תמיה דאיך נסתפק בדעת רבינו שהרי כתב בפ"ו הורו רבותי שהמלוה את חבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר לו הלוה דור בחצרי עד שאחזיר לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת ההלואה ע"כ הרי לך מפורש דס"ל דכל שלא קצץ בתחלת ההלואה לא הוי רבית קצוצה וצ"ע:

הלכה יב

מי שלוה מחבירו כו'. כתב הטור וז"ל וצריך המלוה ליזהר שלא ליהנות מן הלוה שום דבר כ"ז שמעותיו בידו כו'. שני החילוקים הללו שכתב הריב"ה שהם או בפרהסיא או שלא ברשות דאסור כתבום התוס' והרא"ש בפרק הגוזל קמא ובפרק הרבית והרא"ש בתשובותיו כלל ק"ס סי' י"ז כתב חילוק אחר דכל היכא דקודם הלואה היו אוהבין זה את זה כל כך שהיו משאילין חצר זה לזה אם היו צריכין מותר גם לאחר הלואה ומתני' בסתם בני אדם ונראה דלפ"ז אין חילוק בין דבר של פרהסיא לדבר של צנעא וליכא למימר דאתא לפרושי החילוק הראשון דע"כ לא אסרינן בפרהסיא אלא בסתם בני אדם אבל באוהבין שרי שהרי מדברי הרא"ש בפ' הגוזל משמע דבפרהסיא אפילו באוהבין אסור שהרי כתב מתחלה א"כ אפילו היה אוהב כל כך שהיה רגיל להשאיל בהמתו וכליו אסור ועל זה הביא חילוק התוס' שמחלקים בין מלתא של פרהסיא לדבר שאינו של פרהסיא. והנה הרב בעל ג"ת בשער מ"ו ח"ג סי' א' השיב על מרן שהבין בדברי הריב"ה דדבר של פרהסיא אפילו ברגיל אסור וכתב דע"כ לא קאמר דבדבר שהיה עושה אפילו לא הלוהו דבפרהסיא אסור אלא דוקא שלא היה רגיל מקודם להשאילו אלא שאנו אומדין דעת הלוה שאילו שאלו ממנו המלוה היה עושה אותו אף אם לא הלוהו אבל אם הוא רגיל אפילו דבר של פרסום מותר ע"כ והנה כבר כתבנו לעיל שמדברי הרא"ש בפ'

הגוזל קמא מוכח דאפילו ברגיל כל שהוא דבר של פרסום אסור וכן היא סברת הריב"ה מדסתם דבריו ומה שהכריח הרב ממ"ש רבינו שאסור ללמוד למלוה כל זמן שמעותיו בידו אם אינו רגיל דמשמע אם הוא רגיל מותר אף שהוא דבר של פרסום ליכא תברא דאפשר שלא יחלק בין דבר של פרהסיא אלא יחלק החילוק הב' שכתבו התוס' דהיינו שלא מדעתו וכמו שנראה מדבריו בפ"ו המלוה את חבירו לא ימשוך את עבדיו אבל מדברי מרן שפסק בשלחנו הטהור כב' התירוצים ואח"כ הביא דברי הרמב"ם קשה וע"כ צריכים אנו לומר לדברי מרן דללמדו תורה לא מיקרי דבר של פרהסיא:

כתב מרן בשם בעה"ת דאפילו בנו של מלוה אסור ללמד כיון שהאב חייב ללמד את בנו תורה אפילו בשכר וכפי מ"ש רבינו בפ"א מהלכות ת"ת אינו אסור ללמד בנו של מלוה אלא תורה שבכתב ע"כ וקשה מדברי בעה"ת שכתב אסור ללמדו הלוה מקרא או גמרא וליכא למימר דמשום המנהג שנותנים שכר גם על תורה שבע"פ נקט או גמרא שהרי יהיב טעמא כיון שהאב חייב משמע דמטעם חיובא אתי עלה ואפשר דס"ל כסברת הרמ"ה שהביא הריב"ה בסי' רמ"ה דה"מ דלא אפשר ליה דדחיקא ליה שעתא אבל אם אפשר ליה חייב לאגמוריה משנה ותלמוד הלכות ואגדות. אך ק' דאמאי לא כתב דאפילו לבן בנו של מלוה אסור ללמדו שהרי חייב ללמדו אפילו בשכר וכמ"ש מרן בפ"א מהלכות ת"ת. ואע"ג דבמודר הנאה קי"ל דמותר ללמדו תלמוד כיון דאסור למישקל עליה שכר ולימוד גופיה לאו הנאה היא משום דמצות לאו ליהנות ניתנו וכמ"ש הר"ן בפ' אין בין המודר וכן מותר ללמד לבניו אפי' מקרא הכא שאני דכיון שלא היה נוטל מיחזי כעושה בשביל מה שהלוהו ואף דליכא הנאה אסור כיון שעושה אותו בשביל ההלואה:

הלכה יג

המלוה את חבירו לא יאמר לו דע אם בא איש פלוני כו'. כתב מרן סי' ק"ס ואע"פ שכתב בהגהות מרדכי דלא מיתסר להקדים לו שלום אלא דוקא בשכר מעותיו לא משמע הכי מדברי שאר המפרשים אלא בכל גוונא אסור ע"כ. ודבריו תמוהים הם בעיני דמנא ליה שההגהות פליגי עם שאר הפוסקים שהרי דברי ההגהות אינם אלא אליבא דמאן דס"ל דהלוהו ודר בחצרו לא אסור כיון דלאו אדעתא דהכי אוזפיה והחצר אינו עשוי לשכר ועל זה הקשו מאיסור השלום דהוי אפילו בלא תנאי ולית בה הנאה ותירצו דמיירי באומר לו בפירוש בשכר מעותיך אבל לדידן דקי"ל כלישנא קמא דאפילו הלוהו אסור אתיא ברייתא כפשטה דאפילו בסתם אסור להקדים לו שלום וזהו סברת הפוסקים שכתבו דין זה בסתם וגם ההגהות יודו בזה. וגירסתנו במשנה היא דע כי בא איש פלוני ולפ"ז הם דברי הלוה למלוה וטעם האיסור הוא דומיא דמה ששנינו בברייתא מנין לנושה בחבירו

מנה וכו' אבל יש גירסאות שגורסין דע אם בא איש פלוני וזו היתה גירסת הריב"ה ורבינו כתב המלוה את חבירו לא יאמר לו דע אם בא איש פלוני ממקום פלוני כלומר שתכבדו ותאכילהו ותשקהו כראוי ואין ספק שאין כוונת רבנו שאומר לו בפירוש שיכבדו ויאכילו וישקהו כראוי דא"כ מאי כלומר דקאמר אלא הכוונה היא שהמלוה אינו אומר ללוה הודיעני אם בא איש פלוני אלא דע אם בא איש פלוני כנראה שאין תכליתו אלא על ידיעת הלוה לא על ידיעתו וכוונתו היא שיאכילהו וישקהו ואפשר שזהו פירוש דברי ה"ה שכתב ומ"ש כלומר שתאכילו הוא פירוש הרב שבא למעוטי דלא נימא שהם דברי המלוה אלא הם פירוש הרב בדברי המלוה ול"ל שכוונת הרב הוא לומר שאינו שנוי זה במשנה אלא הוא פירוש הרב בדברי המשנה ולעולם שאומר לו בפירוש שיאכילהו וישקהו דא"כ העיקר חסר מדברי המשנה אלא ודאי כמ"ש ומרן אפ"ה הוקשה לו שזה רבית ממון הוא ולא רבית דברים לפי שאין הפרש בין אומר בפירוש שיתן לו רבית לאומר ברמז וכיון שכוונת המלוה היתה שיאכילהו וישקהו פשיטא דהוי רבית ממון:

הלכה יד

שלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד לוה למלוה כו'. כתב המרדכי בשם רש"י דשרי לישראל למימר לישראל חבריה לך ולוה לי מעות מפלוני ישראל וגם תביא לו הרבית דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד הלוה ליד המלוה וגם השליח לא עשה שום איסור דהאי רבית לאו דידיה הוא ואי משום שלוחו של אדם כמותו הא קי"ל דאין שליח לדבר עבירה להתחייב שולחו ואין לפרסם הדבר ע"כ וכתב מרן שאין דעת שום אחד מהפוסקים שוה לדעת רש"י דלכ"ע רבית הוי כדמשמע מתוך מה שאמר רבינו בסמוך וגם לא יחזור ויקחנו מן הלוה וכתבו כן הרבה פוסקים והרב בעל דרכי משה השיב על מרן בזה וכתב דמ"ש הפוסקים וגם לא יחזור ויקחנו הם לא דברו אלא כשהמשלח בעצמו לוה מן המלוה אלא שהשליח נותן הרבית ובזה פשיטא דאסור כמ"ש המרדכי גופיה דאם לוה מעצמו מהמלוה אלא ששולח הרבית ע"י שליח אסור וכ"כ הב"ח סימן קס"ט ובעל גדולת מרדכי ונראה דודאי לא נעלם ממרן דאפילו לדעת רש"י היכא שלוה בעצמו מן המלוה ושלח הרבית ע"י שליח דפשיטא דאסור וכמ"ש המרדכי בפ' א"נ דאל"כ למה לא הקשה לרש"י ממ"ש הריב"ה והוא שאומר כן מרצונו בלא דעת הלוה וע"כ לא פליגי הפוסקים אלא היכא שהלוה פייס לשליח והוא אינו נותן כלום לשליח אבל אם אומר תן ואני אתן לך כ"ע מודו דאסור אלא שקושיית מרן היא דאף דלא נחשביה שליח משום דאין שליח לדבר עבירה אפ"ה אסור ממ"ש הפוסקים וגם לא יחזור ויקחנו מן הלוה הרי שאע"פ שזה השליח לא היה שלוחו של לוה כשנתן הרבית למלוה אפ"ה

אסור לחזור ליקח אותו מן הלוה והרב בג"ת בשער מ"ו ח"ד סי' י"ד הקשה על רש"י מההיא דאבא מר בריה דרב פפא הוה שקיל אוגנא דקירא מקיראי וא"ל אוזפינהו זוזי כו' ובמ"ש נתבאר דליכא תברא לרש"י מהתם דאפילו רש"י מודה היכא שהלוה בעצמו לוה ושולח הרבית ע"י שליח דאסור והנה הרב בעל ש"ך רצה להכריח דאף לרש"י היכא שלוה בעצמו ושלח הרבית ע"י שליח דאסור ממתני' דתנן נתן עיניו ללוות הימנו והוא משלח לו ואומר בשביל שתלויני כו' אלמא דאפילו ע"י שליח אסור ע"כ והנה הדין דין אמת דרבית ע"י שליח היכא שלוה בעצמו אסור אבל ממתני' ליכא ראיה דאפשר דשאני התם שהוא רבית דרבנן ובמילתא דרבנן אפשר שיש שליח לדבר עבירה וכבר נסתפק בזה מהרימ"ט בח"א סי' קי"ו אי במילתא דרבנן אמרינן אין שליח לדבר עבירה (*א"ה עיין מ"ש הרב המחבר לעיל פ"ב מהלכות רוצח דין ב') אבל מ"מ הדין הוא אמת דשולח הרבית ע"י שליח אסור ולא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה וכמ"ש המרדכי גופיה וכן מתבאר מדברי כל הפוסקים שאסרו אפילו פיוס כ"ש היכא שאומר תן ואני אתן לך דבטעמא דמילתא היה נראה לכאורה לומר דטעמא דאיסורא הוא משום דע"כ לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא היכא דשליח בר חיובא אבל היכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה וכדאיתא בפ"ק דמציעא וא"כ בשלמא היכא שלוה ע"י שליח שייך לומר אין שליח לדבר עבירה כיון שאילו היה לוה לעצמו היה עושה איסור ה"ז דומה לכהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה שכתבו התוס' שם דמיקרי השליח בר חיובא הואיל ואם מקדשה לעצמו חייב ה"נ היכא שלוה ברבית ע"י שליח מיקרי שליח בר חיובא כיון שאילו לעצמו לוה עביד איסורא אבל היכא שלוה בעצמו ושלח הרבית ע"י שליח בהא לא מיקרי שליח בר חיובא שהרי אם היה נותן הרבית מעצמו ליכא שום איסור ה"ז דומה לכהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דמיחייב שולחו משום דשליח לאו בר חיובא הוא ה"נ דכוותיה. אבל כד מעיינינן ביה שפיר נראה דה"ט ליתיה משום דהא תינח לרבינא אבל לרב סמא דאמר כל היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד אפילו דשליח לאו בר חיובא אין שליח לדבר עבירה מאי איכא למימר והנמוקי כתב בשם הרמ"ה והרנב"ר דקי"ל כרב סמא וכ"פ הרא"ש וכ"נ מדברי המרדכי ועוד דאפשר לומר דע"כ לא קאמר רבינא אלא גבי כהן שאמר לישראל צא וקדש לי דישראל אינו מוזהר בזה האיסור בשום צד אבל גבי רבית כיון שהוא מוזהר בזה האיסור אף שעכשיו הוא לא לוה כיון שאילו לוה היה מוזהר מיקרי בר חיובא ואין שליח לדבר עבירה אבל עיקר טעם הדבר נראה דכיון שהתורה אסרה שלא יהנה המלוה מן הלוה בשכר ההלואה וזה שולח לו הרבית ע"י שליח פשיטא דאסור משום דאף דאין

שליח לדבר עבירה הרי נהנה המלוה מן הלוה בשכר ההלואה ואפילו ששלח הרבית ע"י עכו"ם דלאו בר שליחות הוא או אפילו ע"י קוף בעלמא אסור שהרי באו מנכסי הלוה למלוה בשכר ההלואה וע"כ לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא היכא שהמשלח אינו עושה האיסור כגון כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה שעיקר האיסור הוא הדבור שאומר השליח הרי את מקודשת ובזה לא עשה המשלח שום איסור שהרי הוא לא קדשה וכן איש שאומר לאשה אקפי לי קטן דבמעשה האיסור אין לו שום שייכות למשלח אבל הכא גבי רבית שהאיסור בעצמו עושה המשלח פשיטא שאסור ואפילו שאינו שולח לו הרבית אלא שאומר לשליח תן לו ואני אתן לך כיון שמתחייב לפרוע לו ה"ז כאילו זה הרבית שנותן השליח הוא מנכסי המשלח וראיה לדין זה מדאמרינן בר"פ המדיר את אשתו מליהנות לו עד ל' יום יעמיד פרנס ומקשינן ופרנס לאו שליחותיה קא עביד ומאי מקשה אימא אין שליח לדבר עבירה וליכא למימר שקושיית הגמרא אינה אלא לרבינא דסבר דכל היכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה אבל לרב סמא לא מוקמינן למתני' באומר כל הזן אינו מפסיד שהרי כל הפוסקים אוקמוה למתני' באומר כל הזן אינו מפסיד אפילו הפוסקים כרב סמא. ועוד דמשנה ערוכה שנינו המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל הולך אצל חנוני כו' דמשמע דלומר שיתן לו והוא יפרע אסור ולא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה כיון שכבר נהנה מנכסיו ואפילו ששולח לעכו"ם דלאו בר שליחות הוא שיתן לו אסור שהרי נהנה מנכסיו ה"נ גבי רבית הוה דכוותה והתימה מהחושבים שלדעת רש"י רבית ע"י שליח שרי משום דאין שליח לדבר עבירה איך לא הוקשה להם ממודר הנאה דאין הפרש בין זה לזה כלל אלא ודאי כדכתיבנא דאפילו לדעת רש"י רבית ע"י שליח אסור משום דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה אבל היכא שלוה ע"י שליח שרי משום דחשבינן ליה כאילו השליח לוה לעצמו כיון שאינו שלוחו של לוה והוא לא לקח הרבית אלא בחושבו שההלואה היתה למשלחו לא לו אבל האמת הוא שהשליח הוא הלוה וחוזר ומלוה אותם למשלח והמשלח אינו נותן הרבית למי שהלוה לו אלא למי שהלוה לשלוחו שזה מותר גמור וכדאמרינן שרי ליה לאיניש למימר לחבריה הילך ד' זוזי ואוזפיה לפלניא זוזא לא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלוה למלוה וכשהשליח נותן הרבית אע"פ שהוא הלוה אינו עושה שום איסור דהאי רבית לאו דידיה הוא וכמ"ש רש"י, עוד הקשה מרן לסברת רש"י הלזו מדין ישראל הלוה ברבית ע"י עכו"ם ועכו"ם הלוה ע"י ישראל דאפילו למאן דס"ל דיש שליחות לעכו"ם לחומרא אכתי שרי משום דאין שליח לדבר עבירה וגם בזה השיב עליו בעל ד"מ בסי' קס"ט וז"ל ודע דכל זה לא איירי אלא בישראל ששלח לעכו"ם

דזהו אסור לרש"י דס"ל יש שליחות לעכו"ם ולא שייך לומר אין שליחות לדבר עבירה הואיל דאין העכו"ם עובר בשליחותו כי אין איסור לבני נח ברבית אבל אם ישראל שלח לישראל חבירו שרי הואיל ואין שליח לדבר עבירה ע"כ וכ"כ הב"ח בסי' קס"ט וכ"כ הש"ך בסי' ק"ס דקי"ל כמ"ד דהיכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה וכמו שפסק הרב בעל המפה ח"מ ר"ס קפ"ב ודוחק הוא בעיני תירוץ זה שיהיו כל הדינים המפורשים בסי' קס"ט אליבא דרבינא דאמר דכל היכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה ואילו לרב סמא דאמר דאפילו היכא דאין שליח בר חיובא אין שליח לדבר עבירה יהא מותר לומר לעכו"ם צא ולוה לי מעות ברבית מישראל אפילו לרש"י ז"ל דס"ל דיש שליחות לחומרא משום דאין שליח לדבר עבירה והרי כבר כתבנו לעיל דהנמוקי והרמ"א והר"ן והרא"ש והמרדכי כולם פסקו כרב סמא דאפילו היכא דשליח לאו בר חיובא אין שליח לדבר עבירה וכן קשה מדאמרינן בפא"נ (דף ע"א) מלוה ישראל מעותיו של נכרי מדעת הנכרי כו' ומקשינן בשלמא סיפא לחומרא ואכתי הו"ל לאקשויי לרב סמא מסיפא דאף דנימא דיש שליחות לעכו"ם לחומרא אכתי תיקשי דאין שליח לדבר עבירה ונראה דבעכו"ם לא שייך שליח לדבר עבירה אליבא דכ"ע משום דע"כ לא קאמר רב סמא אלא גבי כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה או איש דאמר לאשה אקפי לי קטן דאף שאין השליח בר חיובא הרי הם יודעים שמשלחם מוזהר בזה וסבור המשלח שלא יעשה השליח משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ומש"ה אין שליח לדבר עבירה אבל גבי עכו"ם לא שייך האי טעמא שהרי אינו יודע שהישראל עושה איסור ולא שייך בזה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. וגדולה מזו כתבו התוס' בפרק מרובה (דף עט) דהיכא דהשליח הוא שוגג יש שליח לדבר עבירה אליבא דכ"ע ואף לסברת החולקים על התוס' וס"ל דאפילו היכא שהשליח הוא שוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה מודו הכא גבי עכו"ם דשאני שוגג דשייך ביה דברי הרב ודברי התלמיד אבל גבי עכו"ם לא שייך ביה דברי הרב וה"ז דומה לחצר דבעל כרחיה מותיב ביה ולא אמרינן אין שליח לדבר עבירה ומש"ה אי אמרינן דיש שליחות לעכו"ם לחומרא אסור לומר לעכו"ם צא ולוה לי מעות ברבית מישראל דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה וכדכתיבנא:

העולה מן המקובץ שסברת רש"י הלזו אין בה נפתל ועקש וכל מה שהקשה מרן עלה ליכא מיניה תברא ודברי רש"י הם אליבא דכ"ע אפילו אליבא דרבינא דס"ל דכל היכא דשליח לאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה משום דנדון דרש"י דומה לכהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה שכתבו התוס' דהשליח מיקרי בר חיובא כיון שאילו

מקדשה לעצמה חייב ה"נ דכוותיה כיון שאילו לוה לעצמו הוה עביד איסורא מיקרי בר חיובא. אבל ראיתי בחידושי הריטב"א למציעא דאפילו כהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה דלרבינא מיחייב שולחו דלגבי השליחות ליכא איסור טפי בכהן מישראל דכהן אינו מוזהר אלא שלא יקדש דלא יקח כתיב אבל לא שלא להיות שליח לכהן אחר ואי משום לפני עור בישראל נמי הוא אלא אורחא דמלתא נקט משום דישראל נפישי א"נ אפשר דרבותא אתא לאשמועינן דאפילו כהן שאמר לישראל פטור השולח לרב סמא ע"כ א"כ נראה דלפי סברא זו אליבא דמאן דפסק כרבינא אסור ללוות ברבית ע"י שליח משום דלא מיקרי שליח בר חיובא כיון שאינו עושה איסור השליח דומיא דכהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה דלרבינא מיחייב שולחו ה"נ דכוותיה ודע שהרב בעל המפה פסק בח"מ סי' קפ"ב כרבינא וכן פסק מהר"ם בתשובותיו סי' קצ"ג. ודע שרבית דרבנן כגון שהוא דרך מקח וממכר אין ללמוד מתשובת רש"י הלזו דשרי לעשותו ע"י שליח דאפשר דע"כ לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא באיסורא דאורייתא אבל באיסורא דרבנן אפשר שיש שליח לדבר עבירה ומוהרימ"ט נסתפק בזה בח"א סי' קי"ו ולא הכריע. ודע שהחכם בעל הלבוש כתב עלה דתשובת רש"י הלזו דברים שאינם צודקים כלל ותמה על הרב בעל המפה איך פסק להתיר בלוה ברבית ע"י שליח משום דאין שליח לדבר עבירה דהא טעמא דאין שלד"ע אינו אלא משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ואין למשלח עבירה במעשה זה אבל חייב השליח דהא נעשית העבירה בידו כגון האומר לשלוחו צא ואכול חזיר ה"נ דכוותיה והאריך בקושיא זו. והנה שותא דמרן רש"י לא גמר דשאני התם שנעשה איסור שהרי נאכל החזיר ואף דנימא דהמשלח פטור השליח חייב שהרי אכל החזיר אבל הכא אי אמרינן דאין שלד"ע אין כאן איסור רבית כלל לפי שהשליח אינו נותן ממעותיו אלא ממעות המשלח וזה לא הלוה למשלח אלא השליח הלוה למשלח וזה בא מבואר בדברי רש"י יותר מביעתא בכותחא. והנה לענין הלכה מרן דחה תשובה זו בשתי ידים וכ"ה דעת בעל הלבוש ג"כ אבל הרב בעל המפה ובעל פרישה ודרישה והב"ח והש"ך ובעל גדולות מרדכי פסקו כסברת רש"י וכ"נ שהוא דעת מוהריק"ו שהוצרך לחלק בין תשובתו לתשובת רש"י דמשמע דהלכתא היא דאי לא היה לו לדחותה ולא לחלק בין תשובתו לנדון דרש"י ז"ל:

כתב הטור סי' ק"ס וז"ל יכול אדם לומר לחבירו הילך זוז והלוה עשרה דינרין לפלוני ודוקא שאומר כך מעצמו בלא דעת הלוה וגם לא יחזור ויקחנו מהלוה וגם לא יאמר הלוה למלוה אני לא אתן לך אבל פלוני יתן לך בשבילי אבל אם יש בו צד אחד מאלו אסור ע"כ. והנה ג' חלוקות הללו כתבם הרא"ש בפסקיו ובחלוקה הא' איכא פלוגתא

דרבוואתא דלהרמב"ן והרשב"א שרי כיון שאין הלוה נותן משלו כלום אין זה שלוחו אבל הב' נראה דאף הרמב"ן והרשב"א מודו דאסור וכ"נ מדברי מהרשד"ם ח' ח"מ סי' רל"ב שכתב בסוף דבריו ובנדון דידן כו' ואפילו תימא דלא נעשה מאחר שהלוה חזר והבטיח ליעקב וליוסף לכ"ע אסור ע"כ וכ"כ מרן עלה דמ"ש הריב"ה וגם לא יחזור ויקחנו מן הלוה וכ"כ הרשב"א הרי שאף להרשב"א דמתיר בחלוקה הא' אוסר בזה וה"ה לכל שאר הפוסקים שיודו בזה דאסור כיון שלא מצינו מחלוקת בזה ומהתימה על הרב בעל ג"ת בח"ד סי' י"ד שנסתפק אם החולקים בחלוקה הא' פליגי נמי בחלוקה הב' או לא שדברי מרן ברור מללו שהרשב"א מודה בחלוקה הב' דאסור דאם איתא דהרשב"א אינו אוסר אלא בדאיכא תרתי לריעותא דהיינו החלוקה הא' והב' לא היה לו לומר וכ"כ הרשב"א אך אי איכא לספוקי הוא בחלוקה הג' מה יסברו הרמב"ן והרשב"א ונראה דשרי דכיון שאין הלוה נותן כלום ומה לי שיפייס הלוה לאדם אחד שיתן בשבילו מה לי שיאמר למלוה אני לא אתן לך אבל פלוני יתן לך בשבילי דכיון שאין הלוה נותן כלום שרי וגדולה מזו מצאתי בתשובות הרשב"א ח"ב סי' ריי"ג דמי שאומר לחבירו הלויני מנה וטול אתה דינר מיד ראובן שאמר שיתן לי דשרי כיון שלא זכה בו עדיין לאו ממונו הוא וכ"ש הכא שלא אמר הנותן ליתן ללוה שום דבר דשרי למימר למלוה אני לא אתן לך אבל פלוני יתן לך לאהבתי, ולומר כל הנותן אינו מפסיד בזה כתב הרב הנמוקי בשם הרמב"ן דאסור דאע"ג דבמודר הנאה שרי לומר כל הנותן אינו מפסיד שאני התם משום דאין לו מה יאכל ע"כ והנה האיסור הוא אפילו האמירה אף שלא יתן כלום הלוה שאילו נותן אף בלא אמירה אסור וכמ"ש לעיל ובמה שחילק בין זה להההיא דמודר הנאה דוקא משום דאין לו מה יאכל אין הפוסקים שוים לו בזה שהרי כתב הרא"ש בסוף פרק אין בין המודר גבי המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל הולך אצל חנוני כו' דאין לו מה יאכל ל"ד וכ"כ התוס' שם וכ"פ הריב"ה בסימן רכ"א ז"ל וה"ה נמי אם יש לשמעון הרבה לאכול דשרי וליכא למימר דשאני גבי חנוני אבל באומר כל הזן אינו מפסיד דוקא אם אין לו מה יאכל הא לאו הכי אסור שהרי בריש פרק המדיר הקשו ממתני' דחנוני על אוקימתא דכל הזן אינו מפסיד ותירצו לא מיבעיא קאמר לא מיבעיא כל הזן אינו מפסיד דלעלמא קאמר אבל הכא כיון דרגיל אצלו וקאזיל קאמר ליה כמאן דאמר ליה זיל הב ליה דמי קמ"ל הרי דיותר חלוקה מחודשת היא היתר החנוני מהיתר לומר כל הזן אינו מפסיד וכיון דבחנוני אמרו דלאו דוקא אין לו מה יאכל כ"ש לומר כל הזן אינו מפסיד דשרי אפי' יש לו מה יאכל וא"כ לפי סברת הרא"ש והתוס' והריב"ה אפשר דלגבי רבית נמי שרי לומר כל הנותן אינו מפסיד וי"ל לסברת הנמוקי הלזו דבמודר הנאה לא שרינן לומר כל הזן

אינו מפסיד אלא באין לו מה יאכל שהרי בריש פ' המדיר מוקמינן למתני' דהמדיר את אשתו מליהנות לו באומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך ומספקת לדברים גדולים ואינה מספקת לדברים קטנים דרגילה בהו בבית נשא וקא מגלגלא בהדיה כו' ואפ"ה אמרינן דהא דלאחר ל' יום יעמיד פרנס היינו באומר כל הזן אינו מפסיד הרי שאפילו יש לה מה תאכל התירו לומר כל הזן אינו מפסיד ודוחק הוא בעיני לומר שבשביל דברים קטנים יחשב כאילו אין לה מה תאכל אבל עוד י"ל דמקשינן התם והא אמר ר' אמי בדליקה התירו לומר כל המכבה אינו מפסיד בדליקה למעוטי מאי לאו למעוטי כי האי גוונא ומשני לא למעוטי שאר איסורים דשבת ואי כדברי הנמוקי מאי דוחקיה אימא דבדליקה ממעט שאר איסורין והיינו דוקא היכא שיש לו מה יאכל אבל אם אין לו מה יאכל אף במודר הנאה שרי דהא כי ממעטינן שאר איסורים בשבת לאו בכל גוונא אימעיטו אלא אי איכא למיחש לאדם בהול שרי לומר בשאר איסורין בשבת כל המתקן אינו מפסיד וכמו שפסק הריב"ה בא"ח סי' של"ד ואפשר לומר דהנמוקי ס"ל כרבינו דדוקא בדליקה התירו אבל בשאר איסורין דשבת בכל גוונא אסור ומש"ה ניחא ליה לאוקומי מיעוטא דבדליקה למעט שאר איסורין דשבת דאימעיטו לגמרי ולא למעט שאר איסורין שבתורה שלא נתמעטו לגמרי שהרי באין לו מה יאכל שרי גבי מודר הנאה א"נ דאפילו כפי סברת הריב"ה ניחא משום דע"כ אית לן למימר לסברת הריב"ה שהמיעוט אינו אלא בטעם הדבר דמשום שאדם בהול על ממונו התירו אבל בלאו ה"ט לא התירו ועל זה הקשו מאי לאו למעוטי כי האי גוונא דליכא טעמא דאדם בהול דאסור ומשני לא למעוטי איסורי דשבת דדוקא משום טעמא דבהול התירו אבל מטעם אחר לא אבל בשאר איסורים אפילו מטעם אחר דהיינו משום דאין לו מה יאכל שרי לומר כל הזן אינו מפסיד. ודע דאליבא דכ"ע אם אמר אם תתן לא תפסיד אסור שהרי גבי מודר הנאה אם אמר אם תזון לא תפסיד אסור וכמ"ש התוס' בריש פרק המדיר והריב"ה בי"ד סי' רכ"א ואף שהרב בעל שלטי הגבורים בריש פרק המדיר נראה כמסתפק אם במודר הנאה שרי בלשון יחיד מודה איהו דבשאר איסורין אסור בלשון יחיד וכמו שנראה מדבריו שם. עוד קשה לסברת הנמוקי הלזו מהא דאמרינן בפ' אין בין המודר (דף לו) עלה דמתני' ותורם את תרומותיו דמוקמינן ליה באומר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום דאף על גב דאסור לעשות שליחותו והאי לישנא חשיב שליחות לגבי תרומה דבעינן שליחות אפ"ה לגבי מודר הנאה שרי דלא חשיב כשלוחו והתם לא שייך לומר אין לו מה יאכל שהתרומה אינה לעצמו אלא לכהן ואפ"ה שרינן לומר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום כ"ש כל הזן אינו מפסיד דגריע טפי דאפילו לתרומה לא מהני וכמ"ש הר"ן ז"ל שם דשרי במודר הנאה

אפילו יש לו מה יאכל ואפשר לומר דשאני התם שהמודר אינו מהנה כלל למדיר שהרי הוא תורם משל בעל הכרי על בעל הכרי ובדין הוא שיהיה מותר שהרי מצוה קעביד אלא משום דצריך שליחות לתרומה אסור דשליחותיה קא עביד ומש"ה כל היכא דלא אמר לישנא מעליא דשליחות שרי דלא מיחזי כשלוחו אבל לומר כל הזן אינו מפסיד שהמדיר מהנה למודר מנכסיו אפילו דלא אמר לישנא מעליא בשליחות אלא שאמר כל הזן אינו מפסיד אסור שהרי בשליחותו הולך ומפרנסה השליח וראיה לחילוק זה שהרי התוס' הקשו התם מדאמרינן בפרק המדיר דאי אמר כל השומע קולי יזון אסור משום דשליחותיה קא עביד וס"ל דלישנא דכל הרוצה לתרום יבוא ויתרום שוה לכל השומע קולי יזון ותירץ ר"י דשאני התם דמתסר אם אמר יזון דשליחותיה קעביד דקא מהני ליה שזן אשתו אבל בשמעתין דתורם משל בעל הכרי כיון דרבנן מפקעי השליחות שפיר עבד וכתבו עוד דאם היה תורם משלו על בעל הכרי אפילו אמר כל הרוצה לתרום יבא ויתרום אסור משום דמהנה ליה מנכסיו ע"כ אף אנו נאמר חילוק זה לכל הזן אינו מפסיד דאסור במודר הנאה ולכל הרוצה לתרום יבוא ויתרום דשרי במודר הנאה:

כתב מרן הב"י סי' ק"ס שנשאל הרשב"א על קהל שהם צריכים למעות מפני דוחק המסים אם יכולים ללוות מעות מישראל מקהלתם אלפים דינרים והקהל יפטרו את המלוה מה שנתחייב למס על אותם אלפים דינרים והשיב רואה אני שהוא רבית קצוצה מפני שהוא אינו חייב להם כלום אלא למלך והרי הם אומרים הלוינו מעות אלו ואנו נותנים מנה לפלוני שאתה חייב לו ע"כ. ואע"ג שבתשובותיו ח"ב סי' קע"ד הביאה מרן סי' קע"ז כתב דהיכא דקיבל עליו הלוה בשעת הלואה לסלק מעל הממון ההוא כל מס שיוטל דלא הוי אלא אבק רבית שאני התם שעדיין לא נתחייב למלך באותו מס וכמ"ש שם הרשב"א אבל הכא מיירי במס שכבר נתחייב ומש"ה הוי רבית קצוצה וזה פשוט אך מאי דאיכא לעיוני הוא במ"ש מפני שהוא אינו חייב להם כלום דמשמע שאם חיובו היה להם לא היה רבית קצוצה ומינה שהמלוה את חבירו על מנת שימחול לו את חובו לא הוי רבית קצוצה וכן למד הרב בג"ת בח"ד סי' י"ז וכתב דטעמא דמילתא דכיון דלא מידי יהבי ליה בעין ואינם מוציאים עתה כלום מידם דמי לרבית מוקדמת כו' ודבריו תמוהים דשאני הכא דעד שעת ההלואה היו ביד המלוה בתורת הלואה ולא דמי כלל לרבית מוקדמת ויש מי שכתב דמחילת מלוה לא הוי רבית קצוצה משום דליכא הנאה למלוה וכדאמרינן גבי מודר הנאה מחבירו פורע לו את חובו משום דלא חשיבא הנאה ואפשר דמודר הנאה ג"כ מוחל לו את חובו ואע"ג דלטעמא דהוה מפייסנא ליה היכא שהמודר הנאה מוחל לו חובו לא שייך ה"ט שהרי הפיוס אסור לו מ"מ הרי כתבו התוס' בפרק

הכונס דאפילו ב"ח דוחק הניח מעותיו על קרן הצבי ואע"ג דלא שייך טעמא דפיוס לפי שיכול לומר לו הייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעים עבורי כו' וא"כ לפי טעם זה אף המודר עצמו מוחל לו חובו משום דמצי למימר לא אהנית לי כלום דבלא"ה הייתי מוצא אוהבים ואף דנימא דהמודר עצמו אסור למחול חובו משום דמ"מ מהנהו שא"צ לשלם חובו ואע"ג דגבי פורע לו חובו לא חשיב הנאה התם היינו טעמא שאינו אלא גרמא בעלמא שע"י שפורע זה לבעל חובו מיפטר וכמ"ש התוס' בפרק שני דייני (דף קח) אבל היכא שהמודר מוחל לו את חובו אסור לפי שמהנהו שא"צ לשלם חובו ולא שייך כאן לומר גרמא בעלמא הוא ויש קצת ראיה לדין זה מדאמרינן בריש פרק אין בין המודר מקום שנוטלין עליה שכר תפול הנאה להקדש וכתב שם הר"ן וז"ל שאילו היה מוחל לו נמצא מהנהו ומ"מ לא מיקרי משום האי הנאה פורתא רבית קצוצה כיון שהמחילה לא חשיב כנותן לו מעות שהרי קי"ל דמודר הנאה פורע לו חובו או משום טעמא דפיוס או משום טעמא דהייתי מוצא אוהבים ה"ה דגבי רבית נמי מחילת חוב לא חשיב רבית קצוצה משום הני טעמי אך קשה לי לטעם זה דלעולם במחילת חוב איכא הנאה אלא דלגבי מודר הנאה כיון דשלא ברשות פרע לא אסור משום דמצי למימר זאת ההנאה שעשית לי בלאו את נמי הייתי נהנה דמפייסנא ליה או שהייתי מוצא הרבה בני אדם שהיו פורעים בשבילי נמצא שלא הגיע לי מצדך הנאה אבל היכא שהתנה ואמר ע"מ שתמחול לי חובך פשיטא דאיכא הנאה טובא במחילת החוב שהרי גילה דעתו שאותה ההנאה שהיה יכול לקבל בין ע"י פיוס או ע"י אוהבים רוצה לקבלה בשביל ההלואה וזהו רבית קצוצה ולא מהני לן טעמא דפיוס ואוהבים והרי אפילו במילתא דליכא הנאה כלל כגון בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר כתב רבינו דאם התנה בשעת ההלואה דהוי רבית קצוצה כ"ש הכא ואפילו לחולקים על רבינו בדין החצר יודו הכא שהוא רבית קצוצה דשאני התם דליכא הנאה כלל אבל הכא הנאה איכא אלא שהיה יכול לקבלה ע"י אחר וכיון שהתנה עמו הרי קיבל ההנאה ממנו דומיא דמודר שאם אמר לו לפרוע לו חובו אסור ולא אמרינן דלא חשיב הנאה כיון שהיה יכול למצוא זאת ההנאה ע"י אחר וכן נמי אם הלוהו על מנת שיפרע בשבילו לאחר חשיב ר"ק אליבא דכ"ע וא"כ ה"ה נמי אם התנה שימחול לו את חובו דחשיב רבית קצוצה וראיה לדין זה ממאי דאמרינן בגמרא המקדש במלוה אינה מקודשת מ"ט מלוה להוצאה ניתנה ואם איתא דמחילת חוב לא הוי רבית קצוצה משום דלא חשיב הנאה דומיא דמודר למה לי לטעמא דמלוה להוצאה ניתנה תיפוק ליה דליכא הנאה כגון שהיתה יכולה להפטר מן החוב בלא הקידושין אלא ודאי כיון שקדשה על מנת כן והיא קבלה הקידושין על מנת

כן אי לאו טעמא דמלוה להוצאה ניתנה היתה מקודשת הכי נמי גבי רבית דכוותיה. וכ"ת אכתי נילף מקידושין דכי היכי דהתם אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה ואם כן ליכא הנאה ה"נ גבי רבית לא הוי רבית קצוצה כיון דמלוה להוצאה ניתנה הא ליתא ולא מיבעיא למ"ד דאם קדשה בהנאת מחילת מלוה דהויא מקודשת דעל כורחין אית לן למימר דטעמא דמקדש במלוה דאינה מקודשת אע"ג דאיכא הנאת מחילת מלוה משום דכיון דקדשה במלוה דעתיה אזוזי דמלוה ואינו כלום משום דמלוה להוצאה ניתנה אבל אם פירש לה בהנאת המלוה שאני מוחל לך דעתה אהנאה ולאו אעיקר ממון והויא מקודשת אבל גבי רבית כיון דאיכא הנאת מחילת מלוה פשיטא דהויא רבית קצוצה דומיא דהמקדש בהנאת מחילת מלוה דהויא מקודשת שהרי כמה דינים למדנו מקידושין לרבית וא"כ אף שלא אמר אלא בסתם על מחילת המלוה ולא פירש ההנאה הוי רבית קצוצה דלא שייך הכא לומר דעתיה אזוזי כמו בקידושין אלא אף למ"ד דאפילו המקדש בהנאת מחילת מלוה או בהרוחת זמן ההלואה דאינה מקודשת וכמ"ש רבינו בפ"ה מהלכות אישות מפני שמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים ליהנות בו מעתה שהרי הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו אפ"ה מודו דלגבי רבית הוי קצוצה דשאני קידושין דבעינן שבשעת הקידושין יתן לה איזה דבר משלו או שיהנה אותה הנאה השוה פרוטה וא"כ כי מקדש לה במלוה אינה מקודשת משום דבאותה שעה המעות אינם שלו אלא שלה והנאה ליכא שכבר עברה הנאת הדינר ואע"ג שאם לא היתה מתקדשת לו היתה חייבת לפרוע לו ועכשיו אינה נותנת לו כלום מ"מ בשעת הקידושין לא יהיב לה מידי וכן נמי גבי מקח וממכר דקי"ל דאם קנה שדה במלוה שהיה חייב לו המוכר אינו כלום וטעמא משום דבעינן שבשעת הקנייה יתן לו איזה דבר מיוחד אבל גבי רבית כיון דהכתוב תלה האיסור בנשך והרבית אם הלוהו על מנת שימחול לו חובו הרי איכא נשך ותרבית ומה לי אם בשעת ההלואה נתן לו או לא הרי זה דומה לאומר הלויני ואתן לך לבסוף זוז בשביל רבית ה"נ זה הלוה על מנת שאותו חוב שהיה חייב לו שימחלו והרי איכא נשך ותרבית והוי רבית קצוצה וא"ת הרי כתב רש"י גבי ההיא דאסור לעשות כן מפני הערמת רבית דרבית גמור לא הוי דלא קץ לה מידי ולא מידי שקיל מינה והוקשה לרש"י דא"כ רבית קצוצה הוא ותירץ דאגר נטר לא מיתסר אלא כשנותן הלוה למלוה וזו אינה נותנת לו כלום שאע"פ שזה היה מחויב לתת זוז הקידושין לא חשיב רבית קצוצה הכא נמי גבי מחילת חוב נימא הכי. לא קשיא משום דשאני התם שזה לא היה מחוייב לקדשה והוא רוצה להתחייב בפרוטה ואומר שתקבל זו הפרוטה שהוא רוצה להתחייב בעד מה שמרויח לה זמן ומשום הכי לא חשיב רבית

קצוצה דלאו מידי שקיל מינה אבל היכא שהמלוה הוא חייב ללוה ואומר אלוך על מנת שתמחול לי החוב פשיטא דהוי רבית קצוצה ולכאורה היה נראה להביא ראיה ממה שהקשו התוס' לפירש"י דכיון שהיה נותן לה זה פרוטה בקידושין ולא נתן לה כלום הוי כאילו נתנה לו פרוטה ממש והרי רבית גמור הרי שבשביל הפרוטה שהיה מחוייב לתת לה חשיב ליה רבית אך כד מעיינינן ביה שפיר נראה דליתא שקושיית התוס' אינה בעד הפרוטה אלא כיון שהקידושין שוין פרוטה שהרי היה מחויב לתת הפרוטה וזה מקדשה בעד ההרוחה נמצא שהוא רבית גמור שלוקח דבר ששוה פרוטה בעד הרוחת זמן באופן שאין מדברי התוס' הללו ראיה לנ"ד. אך כיון שלא מצינו לשום אחד מהפוסקים שכתבו דין זה דמחילת חוב לא הוי רבית קצוצה אין לנו לדקדק ממ"ש הרשב"א מפני שהוא אינו חייב להם כלום דין מחודש כזה ובפרט להרשב"א דסבר כרש"י דבהרוחת זמן מקודשת וה"ה בהנאת מחילת מלוה דפשיטא דגבי רבית הוי קצוצה דלא שייך הכא לומר דעתיה אזוזי וכמ"ש לעיל אשר ע"כ נ"ל לומר שמ"ש הרשב"א והוא אינו חייב להם כלום היינו ע"פ מ"ש הרב בעל ג"ת בח"ד סי' י"ז מכח ב' תשובות מהרשב"א דסתרי אהדדי בענין חיוב המס אם הוא למלוה כיון שהוא בעל הממון או ללוה שכל ההנאה שלו ותירץ שיש ב' מיני מסים הא' כשהמלך מטיל על כל אחד ואחד דבר קצוב ואז אין עין המלך אלא על בעל הממון והב' שהמלך מטיל מס כללי על הקהל בלי קצבה ואז מחלקים אותו בין היחידים וכשהקהל מטיל לכל אחד ואחד דין הוא שהממון יפרע ביד מי שהוא נמצא אצלו כיון שהוא מתעסק בו ומרויח ע"כ וכ"נ ממ"ש הרשב"א בתשובה סי' תשצ"א שמנהגם היה לתת מס בעד מה שמרויח לא משום שהוא בעל הממון ועפ"ז כתב הרשב"א והוא אינו חייב כו' דבשלמא כשחיובו למלך אז הוא רבית קצוצה לפי שהמלך היה לוקח ממנו המס בשביל הממון בין ילוה בין לא ילוה אבל אם היה חיובו לקהל אין כאן רבית כלל שהרי מדינא הכי הוא שאין עליו חיוב מס מאחר שהלוה מעותיו אבל לעולם אם פטרוהו ממס של שנה שעברה שלא גבו ממנו פשיטא דהוי רבית קצוצה שהרי כבר היה חייב לשלם אותו המס וה"ה גבי מחילת חוב והנה שמעתי בשם הרב מהר"ם סאגיס ז"ל שכתב בכוונת דברי הרשב"א הללו כמ"ש. כתב הרשב"א סי' תשצ"ח שאם קדם הלוה ופרע למלך על מעות הללו אפשר שזה מותר מפני שאני רואה את המלוה כו' והנה מרן כתב לעיל בשם המרדכי דלוה המבריח ארי מנכסי חבירו צריך לשלם לו ואי לא הוי אבק רבית והוא היפך מדברי הרשב"א הללו שכתב שמבריח ארי מנכסי חבירו שרי ואפשר לומר דשאני נדון המרדכי שהתנה עם הלוה שיבריח הארי ומש"ה אסור אבל אם לא התנה ומעצמו הבריח הארי אפשר דשרי אך המעיין שם בדברי

המרדכי יראה דס"ל דאפילו בסתם אסור אם לא יתן לו שכר טורחו ומה שהביא הרשב"א ראיה ממודר הנאה דפורע לו חובו אפשר לומר דשאני התם דלא אסור אלא הנאה וכיון דמבריח ארי לא חשיב הנאה שרי אבל הכא גבי רבית כל דבר שנראה שעושה בשביל ההלואה אף שאינו הנאה אסור שהרי חצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר כתבו התוס' דשרי ואפ"ה כתבו דאם דר בו שלא מדעת הלוה אסור משום שנראה שסומך בשביל מעותיו שהלוהו והתם ליכא הנאה כלל שהרי אף אם לא הלוהו היה דר בו אלא שכיון שנראה שבשביל מעותיו שהלוהו דר בו אסור כ"ש הכא שאין אדם רגיל לפרוע חוב חבירו דפשיטא שנראה שבשביל מעותיו שהלוהו פרע שאסור והנה בעה"ת בח"ב סימן י"ב כתב דאסור ללמד את בן המלוה אע"ג דבמודר הנאה שרי אלא ודאי כדכתיבנא שיש לחלק בין מודר הנאה לאיסור רבית:

ואם המלוה אומר ללוה אני מלוה לך ע"מ שתתן זוז לפלוני פשיטא שהוא אסור אע"פ שאינו חייב לו כיון שבשליחותו נתנו לו כ"כ כל הפוסקים וקשה ממ"ש הרא"ש עלה דההיא דמלוה לישראל מעותיו של נכרי מדעת הנכרי וכו' וה"ה נמי אם אמר אני אעלה לנכרי אסור דכיון דלא נפטר ישראל הראשון מן הנכרי ונמצא ישראל הב' נותן לנכרי הרבית שישראל הראשון חייב לו ע"כ. ולמה ליה להרא"ש לומר שישראל השני נתן לעכו"ם הרבית שישראל הראשון חייב אף שהישראל הראשון אינו חייב לעכו"ם אפילו הכי אסור כיון שבשבילו נותן לעכו"ם וכדילפינן מקידושין ואפשר לומר דלעולם כל היכא שהמלוה מתנה ואומר ע"מ שתתן זוז לפלוני פשיטא שהוא אסור אלא דשאני ההיא דהרא"ש שהלוה היה המתנה ובשלמא כשאומר הלוה הלויני ואני אתן לך זוז או אתן לפלוני שאתה חייב לו אז פשיטא שהוא רבית קצוצה ואין חילוק בזה בין התנה הלוה להתנה המלוה וכמו שנראה מתשובת הרשב"א שהביא מרן על ענין הקהל שלוו אבל אם הלוה אומר הלויני ואני אתן זוז לפלוני אין כאן רבית דמאן אמר לן דהמלוה אחשביה כאלו קיבל הוא הזוז שנאמר שהוא רבית דבשלמא כשהתנה הרי אית ליה הנאה כיון שעפ"י דבורו נותן הלוה אבל כל היכא שלא התנה אין כאן רבית ומש"ה איצטריך הרא"ש לומר שישראל הראשון חייב ולפ"ז אפילו אם לא התנה המלוה כי אם הלוה אסור וזהו שכתב הריב"ה בסי' קס"ט אפילו אין המלוה חייב לעכו"ם כלום כיון דבשכר ההלואה נותן לעכו"ם כו' ודקדק לומר ע"פ המלוה בחלוקה זו לומר שאינו אסור אא"כ התנה המלוה עוד אפשר לומר דשאני ההיא דהרא"ש דכיון שהעכו"ם מלוה מעותיו ברבית ומה שישראל השני נותן לנכרי הרבית שישראל הראשון חייב אלא שאם לא היה נותן לו הרבית לא היה מניח לו המעות נמצא שזה הישראל השני נותן לנכרי

מה שחייב ומש"ה לא אסרינן ליה אלא משום דכיון דישראל הראשון חייב לעכו"ם נמצא נותן ישראל שני הרבית שהיה חייב ישראל הראשון ואי לאו משום ה"ט לא הוה אסור אבל בעלמא כשאומר הלויני ואני אתן לפלוני פשיטא שאסור לפי שאינו נותן אלא בשביל המלוה נמצא לפ"ז שאם הישראל ראשון חייב לעכו"ם אסרינן ליה לפי שישראל שני נותן מה שישראל ראשון חייב אבל אם ישראל ראשון אינו חייב כגון שלוה מעותיו שלא ברבית וזה אומר הלויני ואני אתן לעכו"ם רבית אז אסור לפי שישראל שני נותן לעכו"ם ע"פ המלוה והרי יש לו הנאה כמו תן מנה לפלוני ואלוך שהוא רבית קצוצה. ויש להסתפק אליבא דמ"ד בקידושין אם אמרה זרוק מנה לים ואקדש אני לך דמקודשת וכמו שהובא מחלוקת זה בטא"ה סימן ל' אם גבי רבית אמרינן נמי דכוותיה שאם אמר אלוך על מנת שתזרוק מנה לים אי הוי רבית קצוצה מדין ערב או לא וצ"ע:

כתב רבינו ירוחם אם אמר לחבירו אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרים ואלוה לך מעות נראה שאסור ע"כ. וכתב הרב בעל ב"ח שט"ס הוא וצ"ל שיתן לי ואע"פ שכתב ר"י שאפילו פיוס אסור ואפילו שאינו מדעת המלוה הכא שאני שאין הלוה אומר תן לפלוני כדי שילויני וגם כשנותן אותו פלוני למלוה אינו אומר כדי שתלוה לפלוני ואפ"ה אסור כיון שהמלוה אומר אמור לפלוני שיתן לי אבל מרן הבין דברי ר"י כפשטן וכתב דטעמא הוא דכיון דקי"ל בקידושין דתן מנה לפלוני מקודשת מדין ערב וכן נמי הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני ואע"פ שאין המקדש נותן כלום ואמרינן נמי שאף בהצטרף ב' החלוקות שהיא אינה לוקחת והמקדש אינו נותן כגון שאמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לו מקודשת מדין שניהם ה"נ גבי רבית הוי דכוותיה כיון דקי"ל דתן מנה לפלוני ואלוך אסור ואע"פ שאין המלוה לוקח כלום וכן נמי אם הלוה אומר תן מנה לפלוני כדי שילויני אסור וכמ"ש ר"י שאפילו פיוס אסור דחשוב כשלוחו א"כ בהצטרף הב' חלוקות ג"כ אסור וכגון שאומר המלוה ללוה אמור לראובן שיתן לשמעון מנה ואלוך דחשבינן לקבלת שמעון כאילו קבלם המלוה ונתינת ראובן כאילו נתנם הלוה כיון שהיה בשליחותו דכיון דכל חדא וחדא באנפי נפשה אסור ה"ה בהצטרפם נמי אסור וכדילפינן מקידושין דמקודשת מדין שניהם וא"כ כי אמר אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרין ואלוה לך אסור דחשבינן לקבלת הלוה כאילו קבלם המלוה ונתינת אותו פלוני כאילו נתנם הלוה. והנה החכם בעל הלבוש כתב שאסור לומר לחבירו תן ד' דינרים לפלוני ואני אלוה לו מנה או שיאמר כן ללוה עצמו אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרים ואני אלוה לך מנה ע"כ והאריך בטעם הדינים האלו ובמחילה מכבוד תורתו הדין הראשון ליתא לפי שאין כאן נשך כלל ובשלמא בחלוקה הב' כיון שהלוה אמר שיתן לו חשיב כאילו הוא נתן וקבלתו

חשיב כקבלת המלוה אבל בחלוקה הראשונה אף דחשיב קבלת הלוה כקבלת המלוה מ"מ הלוה לא נתן כלום וכנראה שלא הבין דברי מרן על מתכונתם: '...ד כתב הטור וכן מותר לאדם שיאמר לחבירו ואפילו לבן המלוה כו'. כתב הרא"ש דבנו קטן המוטל עליו לפרנסו לא כדחזינן בפרק הפועלים גבי סירוס דבנו קטן כגופו דמי וקשה דבפרק הפועלים פסק דמותר למוכרו לבנו קטן דלאו כגופו דמי וא"כ איך הביא ראיה גבי רבית לאסור מסירוס כיון דהתם שרי ושמא י"ל דשאני התם שהוא גזירה דרבנן למכור ואזלינן בתר המיקל אבל הכא גבי רבית אזלינן לחומרא ולא הביא ראיה אלא דאיכא מ"ד כגופו דמי ואף דלא קי"ל התם כוותיה הכא גבי רבית אזלינן לחומרא. כתב ה"ה שאסור למקבל הדינר לתת ממנו למלוה שלא יבאו להערים ומדברי התוס' בפ"ק דקידושין (דף ו') ד"ה דארווח לה זימנא נראה דס"ל דאסור משום דנראה כשלוחו כי היכי דאמרינן גבי הילך זוז והלוה לפלוני שלא יחזור ויקחנו מן הלוה משום דמיחזי כשלוחו ה"נ דכוותיה ויש לחלק ודו"ק:

הלכה טו

יש דברים שהם מותרים ואסור לעשות מפני הערמת רבית כו'. כתב בתשובת הריב"ש סימן של"ה בשם הרשב"א וז"ל אבל מה שכבר נטל אינו חייב להחזיר דאינו רבית גמורה ולא אפילו אבק רבית אלא שאסור לעשות כן לכתחלה מפני הערמת רבית ואפילו מאן דאמר בעלמא אכל שיעור זוזי מסלקינן ליה הכא מודה וכ"ש לרב אשי דאמר כל סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא ע"כ. ונ"מ לסברת רבינו אפרים והראב"ד דאית להו דלא אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא אלא דוקא במשכנתא אבל בחוב בעלמא לא הכא בהערמת רבית אפילו בחוב אמרינן סלוקי בלא זוזי אפוקי הוא ודו"ק (*א"ה עיין לעיל פ"ד מהלכות אלו דין י"ד ד"ה עוד כתב הריב"ש בסימן הנזכר כו' יע"ש):

הלכה טז

אסור להשכיר הדינרין כו'. כתב מרן הב"י ר"ס קע"ו וז"ל וכתב בתה"ד סימן ש"ב בשם גליון התוס' שאם המשכיר מקבל עליו כל האחריות מותר וגם רצה לומר דאפילו התוספות וסמ"ג לא אסרו אלא כשאינו מקבל עליו אלא אחריות אונסין ולא אחריות גניבה ואבידה ומכל מקום נראה מדבריו שאין לעשות מעשה להתיר ע"כ. ועיין מ"ש המבי"ט ח"א סימן ו' שדבריו הם תמוהים בעיני:

פרק ו

הלכה א

כללו של דבר כו'. כתב הטור וז"ל וחוץ מפחות משוה פרוטה והרמ"ה כתב דאפילו פחות משוה פרוטה אסור מן התורה אבל אין מוציאין אותו בדיינים עד שיהא בו שוה פרוטה וכ"כ התוס' והרא"ש והנמוקי והר"ן וכתב בעל ג"ת דכי היכי דמיעוטא דקרקע הוי בגוף ההלואה שיהא קרקע דהלואת כסף ורבית קרקע אסור כשאר רבית ה"נ בפחות מש"פ היינו שההלואה עצמה כל שהיא פחות מש"פ אין בה איסור רבית לסברת התוס' ועל זה קאמר הרמ"ה דמ"מ אסור אלא שאין מוציאין בדיינים אבל ההלואה פרוטה והרבית פחות מש"פ אסור כשאר רבית לכ"ע ע"כ ולפי דבריו דמדמה מיעוטא דפחות מש"פ לקרקע צ"ל דמאי דמיעטו פחות מש"פ היינו שההלואה היא פחות מש"פ והרבית ג"כ הוא פחות מש"פ שהרי הלואת קרקע ורבית כסף אסור לכ"ע וכמ"ש לעיל ודבר זה לא הוזכר בשום מקום. ואני תמיה על פירוש זה שהרי הראיה שהביאו על שאין רבית בפחות מש"פ הוא ממאי דבעי רבא למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו באונאה לאו ברבית ואם איתא דיש רבית בפחות מש"פ אימא דאיצטריך לאו ברבית לפחות מש"פ. ואם איתא דכל שההלואה היא פרוטה אף שהרבית הוא פחות מש"פ איכא איסור אכתי תיקשי דאימא דאיצטריך לאו ברבית להיכא שההלואה היא פרוטה והרבית פחות מש"פ דלא אתי מגזל ואונאה אלא ודאי דכי מיעטו התוס' פמ"פ היינו אפילו שההלואה היא פרוטה וכ"נ מדברי הל"מ על דברי רבינו שכתב כל הלואה בתוספת כל שהוא הרי זו רבית של תורה ויוצאה בדיינים אי דייקינן מלת כל שהוא והוי אפילו פחות מש"פ דעתו כדעת הרמ"ה ואפשר דלא דייקינן ומאי כל שהוא פרוטה ודעתו כדעת ר"י ע"כ משמע דס"ל דלדעת ר"י כל שהרבית הוא פמ"פ אף שההלואה היא פרוטה שרי שהרי בדברי רבינו לא הוזכר שיעור ההלואה ואפ"ה כתב דכל שהוא לאו דוקא ואפשר לומר דכל שההלואה היא פמ"פ שרי לכ"ע שהרי אין כאן הלואה כל שהיא פמ"פ וקרא כתיב אם כסף תלוה לא תשימון עליו נשך וסתם כסף הוא ש"פ דומיא דקידושין דכתיב כסף ובעינן ש"פ א"כ כי אתי כלל ופרט וכלל למעט פמ"פ ע"כ לא אתי אלא להרבית שלא יהיה פמ"פ אבל גבי קרקע דהלואת קרקע חשיב הלואה אמרינן דכי מעט קרא היינו הלואת קרקע ורבית קרקע. ובדעת הרמ"ה איכא לספוקי מאי דעתיה בקרקע ומדמייתי הריב"ה מחלוקת דהרמ"ה בפמ"פ ולא בקרקע משמע דבקרקע מודה לר"י. וכבר עמד על זה הרב בעל ג"ת וכתב דהרמ"ה פליג נמי אקרקע והיינו דקאמר אפילו פמ"פ אסור כלומר ל"מ קרקע שהוא ממון גמור אלא אפילו פמ"פ אסור ונקט פמ"פ לאשמועינן

דאינו יוצא בדיינים ולעולם דקרקע אסור ויוצא בדיינים. ול"נ דהרמ"ה לא פליג אקרקע דאיהו נמי דריש כלל ופרט וכלל וממעט קרקע פמ"פ אלא דס"ל דפמ"פ הוי כדין חצי שיעור דאיסורין דקי"ל דאסור מן התורה וגבי ממון הוי דכוותיה וכמ"ש רבינו בפ"א מהלכות גניבה אסור לגנוב כל שהוא דין תורה וכתב ה"ה שהוא כדין חצי שיעור באיסורין ה"נ גבי רבית הוי דכוותיה ומ"מ אינה יוצאה בדיינים דומיא דגזל שכתב רבינו בפ"א דגזילה דהגוזל פמ"פ אע"פ שעבר אינו בתורת השב גזילה אבל גבי קרקע דלא שייך דין דחצי שיעור לעולם דס"ל דשרי מן התורה וכי דייקינן בדברי התוס' והרא"ש לא מצינו שחולקים על דברי הרמ"ה הללו דדוקא גבי קרקע כתבו התוס' דשרי מן התורה אבל פחות מש"פ אפשר דמודו להרמ"ה דאסור מן התורה כדין חצי שיעור. אך הר"ן בפ' נערה כתב דפמ"פ אסור מדרבנן דלא גרע מרבית דברים משמע דמן התורה שרי וכ"נ מדברי הריב"ה שכתב שהרמ"ה חולק על ר"י ולא ידעתי מנ"ל. ודעת רבינו דאפילו פחות מש"פ הוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים ונראה דאיהו לא דריש כלל ופרט וכלל כיון שלא הוזכר בגמרא ואע"ג דבעלמא פמ"פ לא חשיב ממון שאני הכא דכתיב כל דבר אשר ישך ומרבינן אפילו פמ"פ דומה למ"ש התוס' בפרק אלו מציאות גבי אשר תאבד פרט לאבידה שאין בה ש"פ דס"ד דחייב מכלל דכל אבידת אחיך ה"נ מכל דבר מרבינן אפילו פחות מש"פ וכיון שהוזהר בפירוש אף על פחות מש"פ כי כתיב וחי אחיך קאי אף על פמ"פ ואפשר לומר דשאני גזל דאינו בתורת השב משום דמהני מחילה ופמ"פ לא קפדי אינשי ומחלי להדדי וכדאיתא בפ' ד' מיתות אבל גבי רבית דלא מהני מחילה משום דכל רבית שבעולם הוא מחילה ואפ"ה התורה אסרה מחילה זו וכמ"ש רבינו בפ"ד כי הוי נמי פמ"פ יוצאה בדיינים דאין חילוק גבי רבית בין ש"פ לפמ"פ דכולהו הוי מחילה ואפ"ה אסרה תורה וחייבה להחזיר. וא"ת היכי ממעטינן מכסף פמ"פ דוקא הא תנן הטענה שתי כסף וילפינן לה מדכתיב כי יתן איש כסף או כלים ואמרינן דכסף הוא מעה ומדכתיב כלים משמע ב' דהיינו שתי כסף וא"כ הכא גבי רבית נימא דפחות ממעה לא הוי רבית כיון דכתיב כסף. ובשלמא לתוס' לא תיקשי שהם כתבו דמיתורא דכלים שמעינן תרתי דבר חשוב ושנים ומש"ה אמרינן דהוי שתי כסף דכיון דאפקת מפרוטה אוקמה אמעה ואי לא הוה כתיב אלא כספים לא הוה אמינא דצריך אלא שתי פרוטות אבל לרש"י דס"ל דכי נמי הוה כתיב כספים הוה שמעינן שתי כסף וכ"כ הר"ן שם דטעמא דבעינן שתי כסף הוא דכיון שאמרה תורה כסף ואי אתה מוצא כסף מוזכר בתורה פחות ממעה אין לך לחייב בפחות ממטבע זה וא"כ ה"נ גבי רבית נימא כיון דכתיב כסף אין לך לחייב בפחות ממעה. וי"ל דסברי כהריטב"א שהקשה בפ"ק דקידושין דמ"ש דבקידושין

סגי בפרוטה ובטענה בעינן שתי מעין נימא שתי פרוטות ותירץ דכיון דגבי טענה כתב רחמנא מנין שיהיו שנים הא גלי לן דכסף בהאי דוכתא אינו ממון סתם אלא מטבע כסף הוא וכיון שכן אוקמוה אמעין שהוא סוף מטבע אבל בעלמא שלא ירדה תורה למנין משמע כסף כל שהוא ממון ואפילו בפרוטה וא"כ הכא גבי רבית הוי דומיא דקידושין וכל שהוא פרוטה הוי כסף ולא ממעטינן אלא פחות משוה פרוטה והיכא שהרבית הוא יותר מפרוטה והחזיר לו פרוטה ונשאר בידו פחות משוה פרוטה או שהחזיר פחות מש"פ שלא קיים מצות השבה עיין בטח"מ סימן ש"ס ומשם נלמוד לרבית דרבית וגזל שוים הם לענין זה:

הלכה ג

הורו רבותי שהמלוה את חבירו כו'. עיין ל"מ פ"ב מהלכות אישות מהדורא ב' ועיין בהגהות מרדכי דקידושין הביאה מרן הב"י סי' קע"ז ועיין מהריק"ו שרש קי"ט ועיין מה שחילק בדין זה המבי"ט ח"א סי' נ"ג ודברים הם תמוהים בעיני:

הלכה ה

המוכר בית או שדה לחבירו כו'. (*א"ה עיין מ"ש הרב המחבר לעיל פי"א מהלכות מכירה דין י"א).כתב מרן ס"ס ע' וז"ל כתב הרשב"א ז"ל שנשאל על אחד שמכר קרקע לחבירו במנה וכתב לו שטר מכירה ומסרו בידו אבל לא החזיק בקרקע והקונה עשה שטר הודאה בעדים למוכר שכל זמן שיפרענו שהוא חייב להחזיר לו אותו שטר מכירה כו'. ותשובה זו חזר ושנאה מרן בסימן ר"ז מחודשין ל"ד ועיין בל"ר סימן קמ"ט ובמה שכתב מרן סימן קי"א מ"ח בשם רי"ו והתשובה מרשב"א שהביא מרן סימן רל"ה מ"ג בקטן פחות מבן עשרים שמכר ועיין בבעה"ת שער מ"ז שנראה למדקדק בדבריו שחולק בזה ועיין פ"מ ח"ב סימן ל"ה ודו"ק. ועיין ש"ך סימן ס"ו סק"ח:

הלכה ח

וכן אם התנה המלוה שכל זמן שירצה וכו'. כנראה דה"ה ז"ל לא היה גורס בדברי רבינו חלוקה שניה שכתב בנוסחתנו וכן אם התנה המלוה כו' והראב"ד אפשר שהיתה כתובה לפניו ולכך הקשה מה שהקשה. ומיהו מהריק"א גורס וכן אם התנה הלוה אלא שהקשה דלמה כפל רבינו דבריו דהיינו רישא ותירץ דבא ללמד דאפילו בבית שפירותיו מצויים תדיר שרי. ולי אפשר לקיים גירסת ספרינו שהיא וכן אם התנה המלוה כו'. ומ"ש **שכל זמן שירצה מחשב כו'** קאי אלוה שכל זמן שירצה הלוה לחשוב עמו מה שדר ויטול שאר מעותיו שיהא רשאי הלוה לסלקו ואע"פ שאין המלוה מצי לסלקו הוה אמינא כיון שהזכיר תנאי הלוה מעצמו ע"ד חזרה יהיב דעתיה שהרי הוא פתח בחזרת דמים ליהוי

אסור קמ"ל כיון דמצד המלוה אינו יכול לכופו להחזיר דמיו שרי ודו"ק. ומ"ש ה"ה וז"ל ואף הרמב"ן מודה לו בזה ואמר שהטעם שאינו דומה לשאר משכונות בניכוי הוא מפני שאין אחריות המלוה עליו ואם שטפה נהר אינו נוטל כלום וכו'. מדברי רש"י ס"פ מי שהיה נשוי גבי עובדא דההוא גברא דמשכן שדהו וקם שאין לו פירות וכתבו ליה טירפא דמוקי לה רש"י במשכנתא דסורא משמע שלא כדברי הרמב"ן דכתב דשטפה נהר אין אחריותו על המלוה. ואין לומר דיבשו האילנות שאני והדבר צריך הכרע ודו"ק:

פרק ז

הלכה ד

המשכונא במקום שנהגו לסלק כו'. מ"ש ה"ה בשם הרשב"א למה זה דומה למלוה את חבירו לעשר שנים כו' הבעת"ה שער מ"ה ח"א הביא פירוש אחר בענין משכנתא באתרא דמסלקי גם בשער מ"ט ח"ה כתב דברי הרמב"ן בזה ומדבריהם יש חילוק לדברי הרשב"א לענין דינא יע"ש. כתב מהרש"ך ח"ג ס"ס ל' דכיון שהמקום מצד עצמו הוי אתרא דמסלקי לאו כל כמיניה לעשות תנאי שלא יסלקנו לסלק איסור הרבית דאיסור הרבית כדקאי קאי ע"כ ודברים תמוהים הם דמה לנו אם המקום הוי אתרא דמסלקי כיון דזה המשכיר לא מצו לסלקו הו"ל לדידיה כאתרא דלא מסלקי ומ"ש הרב דאין בידו לעשותו אתרא דלא מסלקי לסלק האיסור אין טעם לדברים אלו כלל ומה אשיב על תוכחתו בדברים (א"ה חבל על דאבדין):

הלכה יא

מותר לומר לחבירו נכש עמי היום כו'. משנה בפ' הרבית וכתוב בתשובות דשייכי לספר משפטים סימן צ"ו מעשה בראובן ששכר מלמד לבנו והתנה עם המלמד ליתן המעות לזמן פלוני ולא נתן ותבעו המלמד מה שהיה יכול להרויח במעותיו מאותו זמן ודן ה"ר אליעזר מטוך דחייב ליתן לו הריוח ואין בו רבית דתנן בפ"ק דמכות מעידנו באיש פלוני שחייב לחבירו אלף זוז ע"מ ליתן לו מכאן ועד שלשים יום והוא אומר מכאן ועד י' שנים ונמצאו זוממין אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו אלף זוז בידו בין נותנן מכאן ועד ל' יום בין נותנן מכאן ועד י' שנים ועתה אם שייך בשכירות רבית אמאי משלמי ליה עדים כמו שאדם רוצה וכו' וע"כ מיירי שמעידים לו שחייב שכירות דאת"ל שהוא הלואה אז לא היה נותן כלום משום רבית והרב אחיו הקשה לו דאמר להו רבא להנהו דמנטרי באגי פוקו וסייעו בבי דרי וכו' אלמא יש רבית בשכירות ע"כ. וא"ת א"כ דמיירי האי מתני' דמכות בשכירות מאי אותיב רב כהנא לרב אמר שמואל

דאמר המלוה את חבירו לי' שנים שביעית משמטתו ממתניתין דמכות דקתני אומדין ואי אמרת שביעית משמטתו כולהו נמי בעי שלומי ליה הא תנא במסכת שביעית פ"י שכר שכיר אינו משתמט ואם עשאו מלוה משמט ומנא ליה דמתני' איירי בשעשאו מלוה ויקשה ממנה לשמואל ויצטרך להדחק ולאוקומי מתניתין במלוה על המשכון או במוסר שטרותיו לב"ד. הא לא קשיא ולא מידי משום דתניא בפ' ב' דגיטין (דף יח) אונס וקנס ופתוי וכתובת אשה שזקפן עליו במלוה משמטין ואם לאו אין משמטין מאימתי נזקפין במלוה משעת העמדה בדין וא"כ גבי שכר שכיר נמי משעת העמדה בדין הוי זקפן עליו במלוה ומשמטין וכ"נ מדברי רבינו פ"ט מהלכות שמיטה ויובל וא"כ מתני' דמכות אף דאיירי בשכירות מ"מ נוהג בו דין שמיטה משום דודאי העדים בב"ד העידו שתבע השכיר למשכיר שכירותו בב"ד והעיד עליו עדים ומאותה שעה היה נשמט אם היו העדים מעידים שהיה לעשר שנים ומש"ה פריך מיניה לשמואל דסבר דהמלוה לי' שנים דשביעית משמט ואצ"ל לדברי הרא"ש שכתב בפרק השולח דש"ש משעה שקבע זמן לפורעו לזמן פלוני מאותה שעה הוי זקפן עליו במלוה ומשמט דפשיטא דפריך שפיר ממתניתין לשמואל שהרי לדברי הכל קבע זמן לפורעו אלא שהם מחולקים בכמות הזמן ומ"מ דברי ה"ר אליעזר תמוהים הם בעצמם דודאי אין ראיה כלל ממתני' דמכות וכמ"ש מרן ז"ל והקושיא שהקשה לו הרב אחיו לא ידעתי מה יאמר בה ה"ר אליעזר. וראיתי להרב בעל ג"ת שער מ"ו ח"ג סי' כ"ד שהקשה על דברי ה"ר אליעזר הללו ממתני' דתנן בס"פ א"נ לא יאמר לו נכש עמי ואעדור עמך עדור עמי ואנכש עמך והטעם דכל הני הוי כדפירש"י דיש כאן אגר נטר דבשכר שממתין לו על שכר פעולתו עד אותו זמן הוא מקבל עליו מלאכה שהיא קשה מזו אלמא דגם בשכירות איכא איסור רבית ותירץ הרב ז"ל שם דשמא הם מפרשים כל מה שנאמר במשנה זו דלאו לענין איסור אבק רבית ממש איתמר אלא לענין הרחקה והו"ל כדין הערמת רבית דאע"ג דראוי להתרחק ממנו מ"מ להרמב"ם מוציא המלוה מן הלוה משום דאפילו אבק רבית אינו וא"כ ה"ה גבי שכירות ולפ"ז גם ההיא דרבא דאמר הפוכו בבי דרי לאו לאפוקי מאבק אמר כן אלא כדי שיהיה הדבר בהיתר גמור שאפילו צד הרחקה לא יהיה בו ע"כ. ולא ידעתי כוונתו שאף שנודה לדבריו שבשכירות ליכא אלא הערמת רבית אכתי תיקשי איך דן ה"ר אליעזר שחייב ליתן לו הריוח דבשלמא אילו היה מתנה ליתן לו הריוח היה מחוייב ליתן לו כיון שאינו אבק רבית אלא הערמה כמ"ש רבינו אבל מאחר שלא התנה היכי מחייבינן ליה לעשות איסור ועוד דהכרח שהכריח ה"ר אליעזר דלא מיירי בהלואה הוא משום דאז לא היה נותן כלום משום רבית ואי אמרת דבשכירות איכא איסור הרחקה אכתי

תיקשי דאמאי משלמי עדים דאפשר שהלוה לא היה מתנה ליתן לו ריוח כלל משום איסור הרחקה. עוד כתב הרב אך אמנם תמיה מילתא טובא איך אפשר לומר דליכא רבית בשכירות דהא אהא דתנן מרבין על השכר קאמר בגמרא דטעמא דהיתר הוא משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף הא אי לא הוה משתלמת בסוף היה אסור אלמא גם בשכירות איכא אגר נטר ע"כ. ולא ידעתי מה נתחדש לו במשנה זו ממתני' דלא יאמר עדור עמי ואנכש עמך דכיון דההיא אוקמיה משום הרחקה הכא נמי אימא דאי דאיצטריך בגמרא לטעמא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף הוא כדי שיהיה הדבר בהיתר גמור שאפילו צד הרחקה לא יהיה בו והרב בעל ב"ח כתב דההיא דרבא להכי הוי רבית אי לא הוו מהפכי בארעא משום דמסתמא הוה זוקפה עליו במלוה מיד כדי שלא יעבור עליו בבל תלין וא"כ הרי הוא אגר נטר גמור אי לא הוו מהפכי בארעא גם ההיא דתנן מרבין על השכר ומפרש בגמרא משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כיון דקאמר אם אתה נותן לי מעכשיו הרי הוא לך בעשר סלעים השתא ה"ל כאילו זקפה עליו במלוה ובשביל שממתין לו שכירותו עד זמן פלוני נותן לו י"ב סלעים אבל במלמד ושאר שכיר דלא זקיף עליה במלוה לית ביה משום רבית ע"כ. ואיני יודע מה הוא סח דאיך משום דקאמר משכיר לשוכר אם מעכשיו הרי הוא בעשר סלעים יתחייב לומר שהשוכר זקפן עליו במלוה ויהיה בו איסור רבית גם ההיא דלא יאמר עדור עמי הוי תיובתיה. עוד קשה לי בדברי ה"ר אליעזר הללו דמנא ליה דמה שמשלמים העדים הוא מה שהיה נותן הלוה שיהיו בידו אלף זוז עשר שנים ויכריח מזה דין מחודש דבשכירות ליכא רבית משום דאי בהלואה מיירי מתני' אז לא היה נותן כלום משום רבית אימא דמה שמשלמים העדים הוא מה שהיה נותן המלוה ללוה אם היתה ההלואה לעשר שנים כדי ליפרע לשלשים יום וזה מותר גמור וכדתנן בתוספתא לוקח אדם שטרותיו של חבירו בפחות ואין בו משום רבית וכמו שיכול למוכרו לאחר בפחות כך יכול למוכרו ללוה עצמו וכמ"ש הריב"ה בסי' קע"ג. ולענין הלכה מרן דחה דברי ה"ר אליעזר הללו וכן כתוב בהגהות אשיר"י דפא"נ עלה דמתני' דמרבין על השכר אך הרב בעל ב"ח כתב בסימן שאחר זה דמהר"ם ורבינו ירוחם וה"ר אליעזר סברי דלא הוי רבית היכא דקיימי זוזי לוקמי ואי תפיס השכר לא מפקינן מיניה:

ועוד יש לדון בדברי ה"ר אליעזר הללו במה שחייב ליתן הריוח דאף שנודה לדבריו דאין כאן איסור רבית הא קי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור וא"כ למה חייבו מה שהיה יכול להרויח ושמא יש לומר דסבר דהא דאמרינן המבטל כיסו של חבירו פטור היינו כשלא הרויח בו אבל אם הרויח חייב ליתן וכבר הובא סברא זו במרדכי פרק הגוזל קמא. אך

קשה דהתם דחו זה ואמרו דעד כאן לא אמרינן דאם הרויח חייב אלא כשבאו מתחלה בידו לקנות בו דבר להרויח וחזר ואמר לא הרוחתי אלא לעצמי אבל בתורת פקדון לא והכא גבי שכיר הוי דומיא דפקדון דלא באו מתחלה בידו לקנות בו דבר להרויח וכן פסק בעל המפה בח"ה סי' רצ"ב ס"ז דבפקדון א"צ ליתן מן הריוח. ואפשר דנדון דה"ר אליעזר הוה שהשכיר תבע מעותיו בתשלום הזמן והמשכיר לא רצה ליתנם לו דאז ודאי חייב וכמ"ש בעל המפה שם דאם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהם לעצמי והלה מעכב חייב ליתן הריוח מכאן ולהבא ומה שחייב ה"ר אליעזר לא היה מה שהיה יכול להרויח כמו שתבע השכיר אלא מה שהרויח בהם המשכיר. והואיל דאתא לידן דברי בעל המפה הללו אמרתי להזכיר מ"ש שם אחר זה דאם אומר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד הדין עם הנפקד ותמה עליו בעל אגודת אזוב (דף קג) דלמה תפס דברי המרדכי הראשונים ולא האחרונים דאע"ג דמעיקרא כתב המרדכי שקרוב הדבר בעיניו שאפילו אם תבע פקדונו מפני שזה אומר אני רוצה להלוותו וזה אומר הלויתיו או הקפתיו כדי להרויח אם תקבל להיות קרוב להפסד ולשכר אתן לך חלקך וזה אומר לא אך שלי תתן לי בידי להלוותו על משכון טוב שהדין עם הנפקד הרי אחר זה כתב על דברי רב האיי שאם זה תובע להחזיר לו פקדונו ששלח בו יד כדי להרויח ואינו רוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד דהתם ודאי אי מסרב ודחי ליה מיחייב בריוח למיפלג בהדיה הרי שהמרדכי חזר בו ממה שכתב בתחלה ופשיטא שדבריו האחרונים הם עיקר לפי שדבריו הראשונים לא כתבם במושלם אלא בלשון וקרוב הדבר בעיני משמע דלא פשיטא ליה ותיכף ומיד חזר בו ומוקי דברי רב האיי בכהאי גוונא. ולי נראה דברי המרדכי ברור מללו ואין כאן חזרה דמה שכתב בתחלה דהדין עם הנפקד היינו כשהפקדון אינו בידו אלא שכבר הלוהו וכמו שכתוב שם שטען הנפקד הלויתיו או הקפתיו ומש"ה אם הנפקד אומר שרוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד והמפקיד אינו רוצה הדין עם הנפקד כיון שהפקדון אינו בידו ומ"ש אחר זה היינו שהפקדון הוא ביד הנפקד והיינו דלאחר ששלח יד חזרו המעות ובאו לידו והמפקיד תובע מעותיו דאז ודאי אפילו אם הנפקד אומר שרוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד והמפקיד אינו רוצה כי אם פקדונו פשיטא שהדין עם המפקיד מאחר שהמעות הם בעין ביד הנפקד והוי דומיא דמ"ש בתחלה ונראה דגבי פקדון נמי אם תובע פקדונו מפני שאמר אני רוצה להרויח בו או להלוות והלה מעכב ומרויח בו אם ידוע שמרויח בו חייב לתת לו מכאן ולהבא והא מיירי בשהפקדון הוא בעין שעדיין לא שלח יד ומש"ה לא מחלק בין אם רוצה להיות עמו קרוב לשכר ולהפסד לאינו רוצה דאפילו אינו רוצה

חייב ליתן לו הריוח כיון שהפקדון הוא בעין והלה מסרב ואין חילוק בין כשהפקדון הוא בעין שעדיין לא שלח בו יד בין כששלח בו יד וחזרו המעות בידו. ומעתה דברי הרב בעל המפה אתו שפיר שכתב אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהן לעצמי והלה מעכב בידו חייב ליתן הריוח מכאן ולהבא אבל אם אומר הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה קבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד הדין עם הנפקד ודבריו הם ברורים כפי מה שכתבנו ועיין בים של שלמה פרק הגוזל קמא סימן ל' ודבריו אינם נראים:

כתב מרן המלוה את חבירו ע"מ שכל מלאכה שתבא לידו יתן אותה למלוה לעשות דלמ"ד טובת הנאה ממון הוי רבית קצוצה ולמ"ד אינה ממון לא מפקינן מיניה אבל מ"מ איסורא איכא ע"כ. והנה דין זה במחלוקת הוא שנוי דרבינו בפ"ה מה' אישות ובפ"ב מהלכות גניבה פסק דטובת הנאה אינה ממון ומה שקשה ממה שפסק בהלכות נדרים כבר יישב שם מרן. אך הרא"ש בסוף פ"ק דקידושין פסק כמ"ד טובת הנאה ממון. ולפי זה יש לתמוה על מה שפסק הריב"ה בי"ד סימן של"א דאם לקחן שלא מדעת בעלים זכה בהם שאין לבעלים בהם אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון ועיין בש"ך בח"מ סי' ש"ן שעמד על מבוכה זו ואם לא התנה בשעת הלואה ובתוך הזמן רוצה לתת לו מלאכה נראה דלמ"ד טובת הנאה ממון אם אינו רגיל אסור ולמ"ד דאינה ממון שרי:

כתב הרשב"א (*א"ה בתשובה סימן תתקל"ח) ומ"מ נראה שאם רצה ליתן מה שהרויח כולו או מקצתו אין כאן משום רבית דאין כאן אגר נטר ליה. והרב בעל בני אהרן (דף קנב) כתב דדברי הרשב"א הללו הם מגומגמים דבתחלה כתב דאין כאן רבית דמשמע לשום אחד מהם ואחר זה כתב ואע"פ שהמקבל עובר ומשמע דבנדון זה שנשבע קאמר דלא היה מתחלה הלואה ע"כ. ונראה שלא ראה דברי הרשב"א במקומם שנשאל גם כן שאם היה הלואה מה יהיה דינו ועל זה השיב דאפילו אם היה הלואה חייב לקיים שבועתו מטעמא דיהיב אבל לעולם דגבי פקדון אין אנו צריכים להנהו טעמי דתיפוק ליה דאין כאן רבית כלל מאחר שבתורת פקדון באו לידו. עוד כתב מהר"א לפפא שהמרדכי בפרק הגוזל קמא חולק על דברי הרשב"א הללו שכתב על המקבל עסקא שיש לו להתנות שאם יצטרך המקבל מן המעות להוציא לצרכו וכו' ואם לא לקח רשות להוציא הרי שלח יד בפקדון והרי הם מלוה עליו ואינם בחזקת הבעלים וא"כ רבית הוא ע"כ הרי שאפי' גבי פקדון שייך רבית ולפי דבריו מלבד שהרשב"א חולק על המרדכי דברי המרדכי חולקים להדדי שהרי בסוף פרק המפקיד כתב המרדכי שאם הנפקד רוצה לתת דבר מעצמו לראובן דאין בו משום רבית. ולי נראה דלא דמי כלל ההיא דהמרדכי דפ' הגוזל להך דהרשב"א דשאני התם שהיה עסקא וקי"ל דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון

והריוח שנותן לו המתעסק אינו אלא מה שהרויח בפלגא דפקדון ואם נותן לו יותר ממה שהרויח בפלגא דפקדון אסור משום דנותן לו רבית בשביל ההלואה וגדולה מזו שצריך שיתן למתעסק שכר טורחו משום דמיחזי שמתעסק בפלגא דפקדון משום פלגא דמלוה ומש"ה אם לא לקח רשות להוציא הרי שלח יד בפקדון ונעשו מלוה אצלו והריוח שנותן לו הוא רבית דמיחזי דמשוה פלגא דמלוה נותן לו רבית כיון שאין כאן פקדון דנימא שמעותיו הם שהרויחו אבל לעולם דאם לא היה כאן מלוה היה מותר גמור דאין כאן אגר נטר מאחר שבתורת פקדון באו לידו והיינו ההיא שכתב המרדכי בס"פ המפקיד דמיירי בפקדון וכנדון הרשב"א. ובחילוק זה שכתבנו יתיישב מה שהקשה מהריב"ל בח"ב סי' כ"ו על דברי הרשב"א הללו ממ"ש הרשב"א גבי מעות של יתומים שאם הוציאם הלוה לצרכו שהוא רבית וכוונת קושייתו היא דכיון דס"ל להרשב"א דאם שלח יד בפקדון ונעשה מלוה עליו שיכול ליתן לו ריוח דאין כאן משום רבית א"כ גבי יתומים אם הוציאם הלוה לצרכו הרי שלח יד בפקדון ואין כאן רבית ותירץ הרב על זה דהך דהרשב"א מיירי שהמעות הם מיוחדים ומתעסק בהם בפני עצמן ואע"ג דבאו לידו בתורת פקדון ונעשה עליהם כגזלן ואמר בפני עדים לעצמי אני מרויח אפ"ה אם רצה ליתן לו כל מה שהרויח או מקצתו נותן אבל היכא דפרע חובותיו באותם המעות מיחזי כרבית גמור ע"כ. ולפי דברי מהריב"ל הללו יתיישב קושיית מהר"א לפפא דההיא שכתב המרדכי בפרק הגוזל מיירי כשמתעסק הוציאם לצרכו ואינם המעות בעין ומש"ה הוי רבית אבל אם הם בעין אף שאמר בפני עדים לעצמי אני מרויח יכול ליתן לו מן הריוח שהרויח במעותיו. ולפי מה שכתבנו אין צורך לחילוק הרב מהריב"ל דשאני ההיא דיתומים דבתורת הלואה באו לידו וחכמים לא התירו אלא כשהמקבל נותן ריוח מן המעות בעצמם ומדידהו קא זכו אבל כשזה פורע חובותיו נותן לו רבית מכיס המקבל וזה אסור אבל היכא שבאו לידו בתורת פקדון והנפקד שלח יד ופרע בהם חובותיו ורוצה ליתן לו ריוח אין כאן רבית מאחר שבתורת פקדון באו לידו, ודין זה דהיכא דבאו לידו בתורת פקדון אם יש בו משום רבית כתבו מרן בטור זה סי' קע"ז סי' י"ט ולא הגיה עליו בעל המפה אע"ג שבאותו הסימן הביא בעל המפה דברי המרדכי דפ' הגוזל משמע דס"ל דלא פליגי דברי המרדכי אהדדי וכדכתיבנא (א"ה עיין לעיל פי"ב מהלכות גזילה ואבידה דין ח' מ"ש הרב המחבר ע"ד הרשב"א בתשובה הנזכרת):

הלכה יב

השוכר את הפועל בימי החורף כו'. (*א"ה עיין מ"ש ה"ה בשם הרשב"א ובמ"ש הרב המחבר לעיל פ"ט מהלכות שכירות דין ד' יע"ש):

פרק ח

הלכה א

אסור להרבות על המכר וכו'. דברי ה"ה אינם מובנים במ"ש ופירוש והוא אבק רבית ומפני כך כתב רבינו וכשיתבענו בדין כו' וכבר חזרתי על כל הצדדין ולא נתקררה דעתי כלל. ומ"ש מהריק"א אינו מתיישב והנכון בעיני שלא היה בגירסתו ה"ז אבק רבית ובא למעט שאינו רבית קצוצה זהו כוונת ה"ה. ומ"ש רבינו וכשיתבענו בדין אינו חייב ליתן אלא מה שהיה שוה כו' נראה דכתב כן למעוטי שלא יאמר הלוקח הרי קבע עמי זמן עד הגורן המתן עד הזמן ואתן לך מאה דהשאר אבק רבית אלא מיד כשיתבענו בדין חייב ליתן מעותיו שלא קבע זמן אלא אדעתא ליטול מאה ועשרים עכשיו שזה נותן מאה חייב לפרוע מיד ודו"ק. זה נראה בעיני דקדוק נכון בדברי רבינו דאי לאו הכי למאי איצטריך רבינו לומר וכשיתבענו בדין כו' מה שלא כתב בשום מקום אלא האיסור וההיתר ובודאי במסרב במשפט יבא ודו"ק:

ומ"ש רבינו אינו חייב ליתן אלא מה שהיה שוה בשעת המכר כו'. נראה דלא בא למעט דאם היה שוה ק"ך אף שאמר לו אם מעכשיו במנה ואם לאחר זמן בק"ך שיהא מותר ליקח ק"ך דזה אינו דכיון דפירש הו"ל אותו התוספת רבית. אבל בא למעט דאם לא היה שוה אלא צ' אע"פ שאמר אם מעכשיו במנה כו' מ"מ כיון שאינו שוה אלא צ' אינו חייב ליתן יותר דהא אינו פוסק רבינו כטרשא דרב נחמן כמו שמוכרח מדבריו ודו"ק.

ומ"ש רבינו או יחזיר ממכרו אם היה קיים כו'. נראה דלא קאי אלא לגבי המוכר כיון שהוא מכר אדעתא דיוקרא ומצי למימר תן לי ממכרי אבל הלוקח כיון דנחית אדעתא דיוקרא לא מצי לבטל המכר ויתן כשעת ההיתר בע"גכ אם רוצה המוכר לקיים המקח דהא מקח שנעשה באיסור לא נתבטל המקח לגמרי וכן משמע מדברי ה"ה בסוף הפרק. אלא שנמצא לראשונים ז"ל דחילקו בין מוכר ללוקח כמ"ש מהריק"א בחה"מ סימן ר"ח אף אנו יכולים לומר שזה דעת רבינו. אבל לומר דיחזיר ממכרו שכתב רבינו היינו לומר דשניהם יכולים לבטלו אי אפשר בשום פנים כאשר כתבתי דמפשטא דתלמודא הוכיחו כל המפרשים ז"ל דהמקח קיים ודו"ק. ובמה שכתבתי למעלה דיכול המוכר שמכר לזמן לתבוע חובו קודם זמנו כיון שאינו נוטל אלא כשעת ההיתר גם הלוקח מחזיר ממכרו ע"כ של מוכר מאחר דאין המוכר ממתין לזמן שקבע ודו"ק:

מי שהיה לו ליתן לחבירו דינר של רבית ונתן לו בשבילו ה' מדות של חטים והיה נמכרים ד' בדינר כשבא מלוה להחזירו לו צריך להחזיר לו ה' מדות ומיהו אם רוצה להחזיר לו דמיהם דינר ורביע רשאי שהמקח קיים אע"פ שנעשה באיסור כן כתב הרא"ש (*א"ה

עיין תשובת הרא"ש כלל ס"ט סי' ז' ובמ"ש עליו הרב המחבר לקמן פ"ט דין א') והכריח מדאמרינן גלימא מפקינן דלא לימא קמכסי בגלימא דרביתא משמע דוקא משום דלא לימא מכסי בגלימא דרביתא הוא דמהדרינן ליה הא לאו הכי המקח קיים ולא אמרינן כיון שנעשה באיסור נתבטל המקח וכן בעובדא קמא דיהיב ליה ה' וכן בעובדא דשכירות ע"כ והרב בג"ת בח"ב סי' י"ב הקשה על ראיות הרא"ש הללו דאי מעובדא דגלימא אימא דאתא לאשמועינן דאפילו שניהם מתרצים במכר ואין אחד מהם חפץ לבטלו אפילו הכי מפקינן גלימא מטעמא דלא לימרו ולעולם נימא דאם רוצה לבטל המקח מפני שנעשה באיסור שהוא מבוטל ולזה אפשר לומר דס"ל דע"כ לא אמרינן דגלימא מפקינן כי היכי דלא לימרו אלא כשהוא רוצה לזכות מכח הפסיקה הראשונה אז הוא דאמרינן דאע"ג שמחזיר לו מעות הרבית אפ"ה איכא לזות שפתים בקנין הגלימא כיון שמחמת הרבית בא לו קנין זה אבל אי הוה אמרינן שהמקח הוא בטל אלא שהלוה נתרצה בקיומו תו ליכא לזות שפתים שהרי זה כמוכרה לו בשביל המעות שקיבל ממנו דאטו לפי שפעם אחת בא לו באיסור לא יוכל בעלה הראשון לשוב לקחתה ומש"ה הכריח הרא"ש דע"כ דמיירי בשלא נתרצה הלוה ואפ"ה טעמא משום לזות שפתים הא לאו הכי המקח קיים. ובג"ת תירץ דעיקר ההכרח הוא מאביי דקאמר ד' מפקינן מיניה גלימא לא מפקינן מיניה ופשיטא דמיירי בשאינו מתרצה הלוה וקמ"ל דאין האיסור מבטל המקח דאי בשניהם מתרצים מאי קמ"ל דהא טעמא דרבא לא אסיק אדעתיה אביי ומדפליג עליה רבא משום דלא לימרו משמע דאפילו באינו מתרצה טעמא משום דלא לימרו הא לאו הכי המקח קיים. וכדבריו נראה מדברי הנמוקי דעיקר ההכרח הוא מאביי ומאביי נשמע לרבא. עוד הקשה הרב בעל ג"ת על מ"ש הרא"ש וכן בעובדא קמא דיהיב ליה ה' דמנ"ל דשוה ה' קאמר דלמא ה' ממש מפני כו'. ונראה דהכרח הרא"ש הוא מדאמרינן ד' מפקינן דבתורת רביתא אתא לידיה דמשמע דוקא משום האי טעמא הא לאו הכי ד' מפקינן מיניה וכאביי ואי אמרת בשלמא דמקח שנעשה באיסור המקח קיים תינח דאי לאו טעמא דברבית אתא לידיה ד' דוקא מפקינן מיניה משום דאידך אוזולי קא מוזיל גביה ואותו המקח קיים הוא אלא אי אמרת דמקח שנעשה באיסור הוא בטל למה לי טעמא דברבית אתא לידיה בלאו הכי פשיטא דה' מפקינן דאע"ג דמעיקרא אוזיל גביה כיון שאותה הפסיקה היא בטלה לגמרי נמצא שאין כאן מקח ולא מוזיל גביה והמלוה חייב ללוה ה' מדות של חטים שלקח ממנו בלא שום קנין דחלוקה זו דמוזיל גביה לא שייך אלא אי אמרינן דהמקח הוא קיים אבל אם אין כאן מקח מה שייך מוזיל גביה כיון דלא זכה הלוקח במקח אלא ודאי מדאיצטריך רבא לטעמא דברבית אתא לידיה משמע דהמקח קיים.

והכרח זה הוי דומיא דהכרח דעובדא דגלימא וכן עובדא דשכירות אי לאו משום דקי"ל דהמקח קיים ואפילו אם לא דר בו עדיין היה דר בו לא היה חייב המלוה תריסר אף על פי שמתחלה נתרצה בתריסר שכיון שאותה הפסיקה היא בטלה מחמת האיסור הרי זה כאילו דר בחצר חבירו בלא קציצה שאינו משלם אלא מה ששוה. כללו של דבר כל מקח שהוא בטל והמוכר נתנה בזול או ביוקר אותה הפסיקה אינו מעלה ומוריד והוה ליה כאילו היא פקדון ביד הלוקח ואם אין המקח בעין ישלם לו מה שהיה שוה ולא כפי הפסיקה. ויש להסתפק בעלמא במי שתבע מחבירו דינר והודה לו ונתן לו חפץ בשביל הדינר ושוב טען ואמר שטעה בחשבונו במה שהודה שחייב לו ובירר הדבר ותובע החפץ והלוקח טוען שאף שטעה בחשבונו מ"מ המקח קיים ויתן לו דינר. ולכאורה נראה דהדין עם הלוקח וראיה מסוגיין דאע"פ שהמוכר לא היה חייב ללוקח אפילו הכי המקח קיים והוא הדין הכא ולפ"ז אם המקח אינו בעין משלם כמו שפסק בין לזולא בין ליוקרא דהא לא שייך טעמא דרבא בעובדא דחיטי. ומיהו נראה דלא דמי לסוגיין דשאני מוכר חפץ בשביל רבית שזה הרבית חוב הוא שנתחייב הלוה וחייב הוא לשלם אלא שהתורה גזרה שאף שנתחייב שלא יתן ולפי זה אם מכר בדמי הרבית המכר קיים הוא שהרי זה מכר בשביל מה שנתחייב ואף שזה צריך להחזיר הרבית כדי לקיים גזירת התורה לא בשביל זה נאמר שהלוה לא היה חייב אלא שאף שחייב נצטוה שלא יקח ומש"ה המקח קיים דהא ליכא איסורא גבי מכר אבל בעלמא שכשנתברר שטעה בחשבונו הורה למפרע שלא היה חייב לו וזה לא מכר אלא בשביל החוב וכיון שנתבטלה הסיבה נתבטל המסובב ואין כאן מקח כלל שהרי הכל היה בטעות ולפי זה אם המקח אינו בעין אינו משלם כמו שפסק אלא כמו ששוה שכבר כתבנו דכל שהמקח הוא בטל הפסיקה אינו מעלה ומוריד והוה ליה כמאן דליתא וטעמא דרבית דהפסיקה קיימת הוא משום דהמקח קיים וכמ"ש הרא"ש דאע"ג שנעשה באיסור המקח קיים. וא"ת היכי אמרינן הכא שמקח שנעשה באיסור המקח קיים והלא בפ"ק דתמורה איפליגו אביי ורבא בכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד אי מהני ורבא ס"ל דלא מהני ופשיטא דהלכה כרבא לגבי אביי ואף שראיתי למהר"ש יפה שכתב דהלכה כאביי והכריח הדין מדברי רש"י גבי פלוגתא דאביי ורבא עלה דהאי דאמרינן אלא בשינוי קונה פליגי וכן ממה שכתב רבינו סוף פ"ג מהלכות גירושין מ"מ מדברי הרא"ש בתשובה כלל ח' סי' י"ד מוכח דס"ל דהלכה כרבא וכן היא סברת ה"ה בפ"א מהלכות גזילה וההיא דרבינו שהכריח מהר"ש יפה דהלכתא כאביי יש לדחות ולפי שאינו מענינינו לא נאריך בזה ואף שנודה למהר"ש יפה אכתי קשה דרבא ארבא דהא הרא"ש הכריח דהמקח קיים מדברי רבא ונראה דל"ד כלל

להההיא דתמורה דהתם שאני שקיום הדבר הוא האיסור ואי אפשר להתקיים הדבר אלא בעבור האיסור כגון תמורה ודכוותיה דמייתי התם אבל הכא גבי רבית כיון שזה מחזיר לו הרבית ליכא איסורא בקיום המקח שהמקח אינו אסור מצד עצמו ולפי חילוק זה יש לתמוה על מה שכתב מרן בח"מ סי' ר"ח על מה שכתב המרדכי דמי שנשבע או קיבל בחרם שלא ליתן דבר או לא ימכור ועבר שבועה ומכר ונתן אין במעשיו כלום וממה שנתבאר בסמוך נדחו דברים הללו ע"כ ולפי מה שכתבנו לא דמי כלל דנדון המרדכי הוי דומיא דההיא דתמורה דאי אפשר בקיום הדבר אם לא בעבור האיסור ולא דמי למקח שנעשה באיסור ולמרן דלא ניחא ליה בחילוק זה תיקשי לדידיה מה שהקשינו וצ"ע. שוב ראיתי למוהרש"ך בח"א סי' קנ"ז שתפס על מרן בחילוק זה שכתבנו ועיין במהר"ם אלשיך סי' ע"ה דאזיל בשיטת מרן ז"ל:

ודע שאף שכתבנו לעיל שמקח שנעשה באיסור המקח קיים היינו דוקא היכא שנותן לו כמו שפסק אבל בעובדא דחיטי שאם בא לקיים המקח צריך לתת דינר ורביע הברירה היא ביד הלוקח אם ירצה יתן לו חמש מדות או דינר ורביע וכמו שכתב הריב"ה ולא מטעמא דכיון שנעשה באיסור הוא בטל אלא משום דהלוקח לא ירד לכך ולא לקח אלא לפי שהיה סבור שלוקח בזול וכן כתב מרן בח"מ סי' ר"ח בשם תלמידי הרשב"א דאע"ג דהפוסק עד שלא יצא השער המקח קיים ויתן כשער ההיתר מיהו הלוקח יכול לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר שהרי לא לכך ירד שמתחלה כשער הזול פסק עמו ע"כ וכן נראה מדברי רבינו שכתב או יחזיר ממכרו מידו אם היה קיים וטעמא הוא לפי שהמוכר לא מכר לו ע"ד כן וכסברת תלמידי הרשב"א ואף שבסוף הפרק כתב כשמוציאין ממנו מוציאין ממנו ה' לאו למימרא דבע"כ יוציאו חמש ולא החפץ אלא מיירי כשהלוקח רוצה בקיום המקח וקאמר דצריך ליתן חמש ומילתא אגב אורחיה קמ"ל דמקח שנעשה באיסור המקח קיים אלא שצריך לתת חמשה הואיל ובתורת רבית בא לידו אבל לעולם דאם אינו רוצה בקיום המקח הרשות בידו משום דלאו אדעתא דהכי קנה אך ראיתי למרן שכתב דהריב"ה חולק על תלמידי הרשב"א וסבירא ליה דאף הלוקח אינו יכול לחזור בו וע"כ יקח כשער היוקר ולפי זה הוא הדין הכא דאם המוכר רוצה בקיום המקח הלוקח יתן דינר ורביע וכן נראה מדברי הנימוקי שכתב חמש מפקינן הפירות עצמם אם שניהם מסכימים בו או אם האחד רוצה יתן שוה החמש במעות ע"כ. משמע שאיזה משניהם שירצה בקיום המקח צריך שיתן שוה החמש וכן נראה מתחלת דבריו שכתב אין האיסור מבטל הקנייה אם האחד רוצה כי גם באבק רבית כו' כך היא הגירסא הנכונה וכן הובא במהר"ם אלשיך סימן ע"ה. אך המבי"ט בח"א סי' רע"ג לא גריס הכי ופירש פירוש אחר

יע"ש. ומדברי הריב"ה הכא נראה שהברירה היא ביד הלוקח אם ירצה לקיים המקח או לבטלו וזה סותר למה שכתב מרן ז"ל שהריב"ה חולק על תלמידי הרשב"א ומיהו אפשר לדחוק ולומר דלאו דוקא אם רוצה הלוקח אלא הוא הדין אם רצה המוכר המקח קיים וכמו שביאר בח"מ סי' ר"ח והכא לא אתא לאשמועינן אלא דלא נימא שיהא המקח בטל משום דאם הוא קיים משום דהמלוה רוצה בקיומו נמצא שנהנה מאיסור רבית קמ"ל דלא אלא המקח קיים והוא הדין אם הלוקח אינו רוצה והמוכר רוצה בקיום המקח דהמקח קיים ויתן שוה חמש וכסברת הנמוקי. אך אעיקרא דדינא במה שהכריח מרן שהריב"ה חולק על תלמידי הרשב"א יש לדון ביה דאי ממה שכתב דאין אחד מהם יכול לומר המקח בטל כיון שנעשה באיסור איכא למימר דהכא מיירי בשהלוקח רוצה לחזור בו מטעם איסור ולא משום דבר אחר וכגון דלא נתייקר השער והלוקח רוצה לבטל המקח מעיקרו כיון שנעשה באיסור או המוכר על זה הוא דקאמר הריב"ה דאין אחד מהם יכול לבטל המקח מטעם איסור אלא המקח קיים אע"פ שנעשה באיסור אבל היכא דנתייקר השער דהלוקח רוצה לבטל המקח משום דלאו אדעתא דהכי ירד בהא לא מיירי הריב"ה ואפשר דמודה לתלמידי הרשב"א ובזה ניחא מה שכתב הרא"ש ולא נתייקר השער שכתב מרן דלאו דווקא אלא הוא הדין נתייקר השער ולפי מה שכתבנו בדוקא נקט ולא נתייקר השער דאז אין שום אחד מהם יכול לבטל המקח כיון שטעם הביטול הוא מפני האיסור שנעשה במקח אבל בנתייקר השער יכול הלוקח לבטל המקח ולפי זה אין צורך למה שכתב מרן דהרא"ש לא קאי אלא אמוכר דלעולם דקאי אף אלוקח אלא דמיירי בלא נתייקר השער ואם הכרח מרן הוא ממה שהריב"ה הביא בתחלת דבריו כגון שהוסיף בשווי המקח בשביל המתנת המעות ועלה קאי ואין אחד מהם יכול לבטל המקח וה"ז דומה לנתייקר השער לפי שיכול המוכר לומר דלא אדעתא דהכי ירד ומהכא הכריח מרן דהריב"ה חולק על תלמידי הרשב"א אם כן תיקשי לתלמידי הרשב"א שכתבו דהיכא דאית ביה איסורא והוסיף בדמים משום אגר נטר ליה לא בטלי זביני אלא קיימא בין על לוקח בין על מוכר ע"כ ובשלמא על לוקח תינח אלא על מוכר למה לא יכול לבטל המקח הא לאו אדעתא דהכי ירד אלא ע"כ אית לן למימר דשאני הוסיף בדמים משום אגר נטר שכיון שאמר לו אם מעכשיו הרי היא במנה ואם לאחר זמן הרי היא במאתים הרי נתרצה למוכרה במנה ומשום הכי אמרי' דהמקח קיים במנה אף לאחר זמן כיון שזה כבר נתרצה למוכרה במנה ואף שלאחר זמן לא נתרצה מ"מ כיון שכבר נתרצה למכור במנה השתא נמי יהבינן ליה מנה בע"כ אבל בנתייקר השער שהלוקח טוען שהוא לא רצה לקנות אלא כשער הזול וכשער היוקר אינו רוצה לקנות כלל מהיכא

תיתי שנכוף את הלוקח שיקנה כשער היוקר דבר שלא עלה בדעתו כלל לפי חילוק זה נראה דהיכא דלא אמר מעכשיו אלא שמכר לו מטלטלין עד זמן פלוני במאה והיו שוין בשוק למי שקונה במעותיו מיד תשעים אליבא דמ"ד דאסור יכול המוכר לבטל המקח שהרי יכול לומר שלעולם לא נתרצה למכור בתשעים אלא במאה והרי זה דומה לנתייקר השער שחוזר הלוקח. וראיתי להרב בעל מאירת עינים שכתב בסי' ר"ח דשאני הוסיף בשביל המתנת המעות דצריך המוכר ליתנו כשער הזול ואינו יכול לחזור בו דשם היה השער ידוע אלא שהוסיף עליו בזה אמרו דל ההוספה מפסיקתם וישאר המקח מאליו כמו שהיה אז בשער שבשוק מה שאין כן בפסק בשעה שלא היה לו שער ידוע שכשאתה דל פסיקתן לא נשאר שער לגמרי משום הכי יכול לחזור בו הלוקח ע"כ. ולפי דבריו אף בדליכא מעכשיו אין שום אחד מהם יכול לחזור בו וכל שכן בדאיכא מעכשיו דאז אף דליכא שער אין המוכר יכול לחזור משום דאיכא למימר דל ההוספה ותשאר הפסיקה הראשונה והיכא דליכא מעכשיו וליכא שער והעלהו הרבה דאסור וכמו שכתב הריב"ה סימן קע"ה הכי נמי דהמוכר חוזר בו. ולפי דבריו ניחא דנקטי בסתם היכא שהוסיף בשווי המקח דאין שום אחד מהם יכול לחזור בו ומיירי בכל גוונא דאיכא איסור. אך רבינו מוכח מדבריו דאף בהוסיף בדמים משום אגר נטר יכול המוכר לבטל המקח בין דאיכא מעכשיו בין דליכא מעכשיו. העולה ממה שכתבנו שאין מדברי הריב"ה ז"ל הכרח שיחלוק על תלמידי הרשב"א ז"ל ולעולם דמודה דאם נתייקר השער יכול הלוקח לומר שאינו רוצה לקבל כשער היוקר. ולפי זה אתו דברי הריב"ה שכתב ומיהו אם רוצה להחזיר לו דמיהם כפשטן שהמקח תלוי בלוקח אם רוצה לבטל או לא:

עוד נראה לי לחלק בין הוסיף בדמים לנתייקר השער דשאני הוסיף בדמים שהטענה שטוען המוכר דהיינו אני לא הייתי מוכרה אלא במאתים הוא האיסור ולאו כל כמיניה לומר אני לא מכרתי אלא אדעתא שנעשה איסור ומשום הכי אמרינן דהמקח קיים ולא יתן אלא מנה אבל בנתייקר השער בשעת הפסיקה לא היה אסור דהיה אפשר שלא יתייקר השער והשתא דנתייקר השער טוען שלא נתרצה לקנות אלא אם לא יתייקר השער שהיה היתר ולוקח בזול אבל כיון שנתייקר השער שאינו יכול לקנות כמו שפסקו מטעם איסור בזה לא היה דעתו לקנות משום הכי טענתיה טענה. ובזה ניחא מה שפסק הרב מהר"ם אלשיך ז"ל סימן ע"ה על קהל שגזרו בחרם שלא ימכר היין ביותר על חמשה דינרים ומכר אחד בשבעה דינרים שהמקח קיים ויחזיר השני דינרים דמשמע מדבריו אפילו בעל כרחו של מוכר ולא יכול למימר אדעתא דשבעה מכרתי כיון שמכירה בשבעה היא באיסור לא כל כמיניה לומר דאדעתא דאיסורא מכרתי. ולפי

מה שכתבנו אפשר לומר דהרב הנמוקי מודה לתלמידי הרשב"א ז"ל דבנתייקר השער הלוקח יכול לחזור בו. ואף שכתבנו לעיל דמדברי הרב הנמוקי נראה דאם נתן הלוה חמש מדות בשביל דינר של רבית שאם ירצה הלוה יקח מהמלוה דינר ורביע ואינו יכול לבטל המקח התם שאני שהלקיחה בדינר חמש מדות היא באיסור שנמצא שנהנה מן הרבית מלבד הרבית עצמו וכדאמר דבתורת רבית אתא לידיה ומשום הכי אינו יכול לומר אדעתא דדינר לקחתי או אדעתא שלא אתן המעות לקחתי אבל בנתייקר השער דטוען אדעתא דהיתרא לקחתי טענתיה טענה ומהאי טעמא אמרינן בעובדא דשכירות דתריסר מפקינן אע"ג דלכאורה נראין דברי השוכר דמשום דמשתרשי ליה זוזי אוגרה בתריסר דכיון דטוען אדעתא דאיסורא לא משגחינן ביה. ובזה ניחא הא דקיימא לן גבי אונאה דעד שתות הוי מקח אלא שמחזיר אונאה ולא יכול המאנה לומר אדעתא שלא אחזיר אונאה מכרתי או לקחתי כי היכי דאמרינן גבי נתייקר השער משום דשאני אונאה שטוען אדעתא דאיסורא אבל בנתייקר השער טוען אדעתא דהיתרא ומשום הכי הלוקח חוזר בו אבל המוכר אינו חוזר בו ואע"ג דגבי אונאה איכא מאן דאמר דהיכא דהאונאה היא יותר משתות דאף המאנה יכול לבטל המקח שכל זמן שהמתאנה יכול לחזור המאנה גם כן יכול לחזור התם שאני דכיון שהאונאה היא יותר משתות אין כאן מקח כלל כמו שכתב הריב"ה ז"ל סימן רכ"ז ומשום הכי שניהם יכולים לחזור בהם אבל הכא המקח הוא מקח אלא שהלוקח חוזר משום דלאו אדעתא דהכי ירד:

נשאל מהרשד"ם בח' י"ד סי' ס"ט על ראובן שמכר סחורה ללוי לזמן בתנאי שחייב לוי לחתוך הדיט"ה תוך ב' חדשים בכך למאה ועתה בהגיע זמן ב' חדשים בא ראובן לתבוע מלוי לחתוך הדיט"ה וטוען שאין לו מעות לחתוך הדיט"ה אם המקח קיים או לא כיון שלא קיים לוי תנאו או אם לא יחתוך הדיט"ה בתוך הזמן מה יפרע לוי והשיב דאע"ג דקי"ל דמקח שנעשה באיסור המקח קיים כו' שאני הכא שהיה בלשון תנאי וכיון שלא קיים תנאו המקח בטל וא"כ מחוייב לוי לחתוך הדיט"ה או יחזיר המקח שלקח ע"כ ונראה דאף אם לא היה בלשון תנאי כל שתלה הדבר בבחירתו שאם ירצה יקח לזמן ראשון בדמים מועטים יכול לכוף את הלוקח שיפרע לזמן ראשון בדמים מועטים דבהא ליכא שום איסורא ודוקא היכא שתלה הדבר בבחירת הלוקח אז לא יוכל לכופו שיפרע לזמן ראשון ובזמן השני לא יפרע אלא כפי הפסיקה של זמן ראשון מטעם רבית ונראה שאף הרב מודה בזה ולא הוצרך לטעמא דתנאי אלא לומר שאם לא חתך הדיט"ה המקח בטל ויכול הלוקח לתת בזמן הב' ואין בזה משום רבית דכיון דאיכא תנאי והמקח בטל נמצא שעתה מחדש קונה הלוקח והמוכר יכול ליקח י"ב כמו שמוכר בסתם וכמ"ש

בסוף דבריו. עוד כתב הרב מ"ז וכי תימא תנאי זה אי אפשר לקיימו וא"כ התנאי בטל והמקח קיים ע"כ ודבריו הם תמוהים הרבה בעיני לפי שהתנאי אין בו איסור כלל שהרי אם לא היה מתנה אלא שלאחר שנגמר המקח היה אומר לו תן לי מיד ואקח פחות הרי זה מותר גמור אלא שכל שהתנה קודם שיגמר המקח הורה שמה שפסק לזמן ב' היה משום אגר נטר ואסור אבל בעיקר התנאי מצד עצמו ליכא איסורא ולא שייך בזה תנאי בטל ומעשה קיים וצ"ע (*א"ה עיין מ"ש מהר"א רוזאניס הובאו דבריו בס' מוצל מאש סי' ד' ועיין שם סו' ה' באורך):

עוד כתב הרב דלא אמרי' מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל אלא באיסור תורה אבל מתנה בדבר שהוא אסור מדרבנן תנאו קיים ע"כ והכי אמרינן בפרק הכותב בפירוש דבדרבנן תנאו קיים וטעמא דרב דקאמר דלא מהני תנאי בירושה אע"ג דירושת הבעל ס"ל שהיא מדרבנן היינו משום שחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ודוקא התם אבל בעלמא מהני תנאה וכמבואר שם אך קשה דקי"ל דהמלוה את חבירו ע"מ שלא תשמטנו שביעית תנאו בטל ואע"ג דשביעית בזמן הזה מדרבנן ואי אמרת דבדרבנן תנאו קיים הרי נתבטל ההלואה והמעות הם פקדון ואין שביעית משמטת פקדון ואפשר לומר דאע"ג דאמרינן דבדרבנן חל התנאי היינו כשהנמשך מחלות התנאי אינו מה שחכמים הקפידו בו כגון גבי רבית שהנמשך מחלות התנאי הוא בטול המקח וחכמים לא איכפת להו אם יתקיים המקח או לא ואף שאחר כך ימכרנה בי"ב שהוא מה שהקפידו חכמים לא היה מוכרח מכח חלות התנאי שאפשר שימכרנה לאחר אבל גבי שמטה שהנמשך מחלות התנאי הוא שהלוה יחזיר המעות למלוה שהוא מה שאסרו חכמים בלא תנאי אף שהתנה לא מהני לבטל דברי חכמים דאלת"ה מה הועילו חכמים במה שאסרו וההיא דהכותב שאני דהוי תנאי שבממון וליכא איסורא ויכול לקיים תנאו אבל במילתא דאיסורא שאינו יכול לקיים תנאו גם התנאי אינו חל כל היכא שהנמשך מחלות התנאי הוא בטול דברי חכמים. עוד אפשר לומר דשאני שביעית שעיקרו מן התורה ומש"ה לא מהני תנאה וכן כתבו התוס' בפרק אעפ"י (דף נ"ו:) דלר' מאיר דאמר כל הפוחת וכו' משום דסבר כתובה דאורייתא אע"ג דכתובת אלמנה דרבנן מ"מ עיקר כתובה דאורייתא. וכי תימא א"כ גבי רבית נמי נימא דלא מהני תנאה משום דעיקרו מן התורה הא לא קשיא משום דלא דמי רבית דרבנן לרבית מן התורה ובשלמא שמטה אין חילוק בין מדרבנן למן התורה אלא בזמן ודמי לכתובה אבל רבית יש חילוק בעצם הדבר וכן כתבו התוס' שם דירושת הבעל מהני תנאה אע"ג דעיקר ירושה היא מן התורה משום דלא דמיא ירושת הבעל לשאר ירושות שבאות מחמת קורבה ועיין במהר"ם אלשקר סי' ל"א:

עוד כתב הרב בח"מ סי' רל"ב על ראובן שקנה בית משמעון וקיבל שמעון אחריות דשריפה וזולא שאסור לפי שאין כאן מכר כיון שקיבל עליו אחריות ונמצא שהמעות היו הלואה ומה שנהנה מן הבית הוא רבית אפ"ה המקח קיים אלא שמסלקין האיסור וכן כתב בסי' ש"ף על מי שמכר חוב לחבירו וקיבל המוכר אחריות החוב עליו שהמקח קיים ומטי בה ממה שפסק הריב"ה בסי' ר"ח ולא ידעתי איך יתכן בזה שיהיה המקח קיים והאיסור מסולק לפי שהאיסור בזה הוא מהצטרפות שני דברים דהיינו קבלת האחריות ומה שנהנה וכל חדא באפי נפשה שרי וא"כ איזה דבר מסלקים אם תאמר האחריות שלא יהיה האחריות על המוכר אלא על הלוקח והוי מכר וכן נראה מדברי הרב בסי' רל"ב שהאחריות הוא דמסלקים שכתב אפילו את"ל שהמקח קיים השכירות לא יקח כו' ואי אמרת שהאחריות אינו מסולק מאי אתא לאשמועינן פשיטא שלא יקח שכירות אלא ודאי דס"ל שהאחריות מסלקים ואפ"ה קמ"ל דכל שלא סלקוהו בפירוש לא יקח שכירות וזה הוא תימה לפי שהאחריות אין בו איסור מצד עצמו אלא שהאחריות עושה המעות הלואה וא"כ איך נקנוס היתרא משום איסורא וכן כתב בעל התרומות בח"ד סי' י"ג דמי שמכר חוב וקיבל עליו אחריות אע"פ שעשה איסור האחריות קיים ומחזיר לו שטרו וגובה מעותיו ממנו וא"ת שהאחריות קיים אלא שהשכירות לא יקח הא נמי ליתא דהא אף שלא יקח שכירות מן המוכר אכתי אסור הלוקח ליהנות מן הבית וא"ת שאף ההנאה מסלקים אם כן אין כאן מקח כלל. ובשלמא בההיא דסי' ש"ף איכא למימר דהמקח קיים והאיסור מסלקים דהיינו הריוח שיהיה בחוב וכמו שכתב בעל התרומות שאם יש ריוח הוא למוכר ואינו יכול הקונה לומר קח שטרך והחזיר מעותי אלא המקח קיים אבל בההיא דסי' רל"ב קשה. עוד נראה לומר דהכא לא שייך לומר המקח קיים משום דע"כ לא אמרינן הכי אלא כשאין אנו מחדשים קנין כגון הוסיף בדמים שבין כפי ההיתר או כפי האיסור יש כאן קנין אלא שההוספה היא אסור בזה הוא דאמרינן דל האיסור וישאר המקח כמו שהיה אבל בנדון מהרשד"ם שכפי האיסור אין כאן מכר אלא הלואה לא שייך בזה לומר המקח קיים והאיסור מסולק שנמצא שאנו עושים עיקר הקנין שלא היה קודם לכן. ואפשר לומר דמהרשד"ם איירי כשהלוקח מתרצה לוותר על האחריות שקיבל המוכר ורוצה לקבלו על עצמו והמוכר רוצה לבטל המקח מטעם שנעשה באיסור בזה הוא דקאמר הרב ז"ל דהמקח קיים אבל אה"נ שאם לא ירצה הלוקח המכר בטל וזהו שכתב בסוף דבריו אפילו את"ל שהמקח קיים לא יקח השכירות עד שיעשה שטר עליהם לאחריותו ומ"ש בעל התרומות שאם יש ריוח הוא למוכר היינו כשלא נתרצה הקונה לקבל עליו האחריות אבל אם נתרצה הריוח הוא שלו וכן כתב

הרב המבי"ט בח"א סי' רע"ג דכל משכנתא שיש בה איסור מצד התנאים אם ירצה בעל התנאי לוותר המשכנתא קיימת ואינו יכול שכנגדו לבטלה מטעם שנעשה באיסור אבל אם אינו רוצה בעל התנאי לוותר תנאו יכול לבטל המשכנתא דלאו אדעתא דהכי ירד והא דכתב הרמב"ן דמשכנתא באתרא דלא מסלקי מסלקינן ליה מלמיכל פירי בתורת פירי ולסלוקי לגמרי א"א דהא מיקנא ליה הלכך אכיל לפירי בשומא ומנכי ליה דמי כולהו פירי כמה דשיימי להו ב"ד ע"כ היינו דוקא ברצון המלוה ואינו יכול הלוה לסלקו לגמרי מטעם איסור אבל אם המלוה רוצה לבטל המשכנתא מטעם דלאו אדעתא דהכי ירד הדין עם המלוה ויכול לכוף את הלוה שיחזיר לו מעותיו ואינו יכול הלוה לומר כיון שהוא אתרא דלא מסלקי המשכנתא קיימת אלא שיאכל הפירות בתורת קרן המשכונא כיון שהמלוה לאו אדעתא דהכי ירד וכן המוכר קרקע לחבירו והתנה המוכר שיחזירנה לו כשיהיו לו מעות דקי"ל דאסור הלוקח לאכול פירות הכי נמי יכול הלוקח לכוף את המוכר שיחזיר לו מעותיו דהא לאו אדעתא דשלא לאכול פירות ירד ומיהו אם המוכר רוצה לוותר התנאי מכאן והלאה ממכרו ממכר ואין הלוקח יכול לחזור בו וכמו שכתב המבי"ט וכי תימא הרי הוסיף בדמי שכתבנו לעיל שאין המוכר יכול לבטל המקח וכל שכן לסברת מרן דלהריב"ה אף בנתייקר השער אין הלוקח חוזר בו אלא המקח קיים ויקח כשער של היתר וא"כ גבי משכונא או מכר נאמר ג"כ המקח קיים אלא שהפירות ישלם לבעליו הא לא דמי דשאני משכונא או מכר שאנו רוצים לבטל הדבר לגמרי שזה נתן מעותיו בשביל שהפירות יהיו שלו וחכמים אומרים שלא יהיו שלו אבל הוסיף בדמי או נתייקר השער אין אנו מבטלים הדבר לגמרי אלא שזה היה רוצה לקנות בזול או למכור ביוקר ואנו אומרים המקח קיים שהרי דעתם היה לקנייה אבל הערך יהיה כפי ערך ההיתר, וראיתי למרן שכתב בתשובה הובאו דבריו בתשובת המבי"ט ח"א סי' רנ"ט כל משכונא שהתנה המלוה שיוכל לתבוע מעותיו ויהיה הלוה חייב לפורעו שתנאי זה אסור שא"כ המשכונא קיימת והתנאי בטל מידי דהוי אמקח שנעשה באיסור ואע"פ שכתבו הפוסקים שהלוקח יכול לחזור בו שלא יתן בהם כשער היוקר שהרי לא לכך ירד וא"כ ה"נ יאמר בעל המעות לא נתתי מעותי אלא ע"ת זה שבסוף ד' שנים אוכל לגבות וכיון שאסור להתנות כן חוזרני בי מהמשכנתא דהתם שאני ליקח כשער הזול או כשער היוקר הוא עצם אופן המקח ואם התנה ליקח כשער הזול איך נחייבנו ליקח כשער היוקר אבל הכא התנאי אינו עצם המשכונא וא"כ שפיר אמרינן תהיה המשכונא קיימת והתנאי בטל ע"כ וכבר כתבנו לעיל שכיון שהתנאי אין בו איסור מצד עצמו אין אנו יכולים לבטלו וכמו שכתב בעל התרומות על מי שמכר חובו וקיבל עליו אחריות

שהאחריות קיים ולומר שהתנאי יהיה קיים אלא שיתן שכירות הבית כמו ששוה ולא כמו שהתנה א"כ הרי זה שינוי בעצם אופן המקח וצ"ע ועיין במה שהקשה המבי"ט על דבריו ודבריו באו סתומים ועיין עוד בסימן רע"ה ועיין במ"ש מהרש"ך ח"ג סי' ב' בשם הרמ"ה דמשכונא באיסור שלא קנה המלוה זכות זו שהקנה במשכונא ומתוך שלא קנה המלוה זכות שהקנהו הלוה בחצירו לא קנה הלוה זכות שהקנהו המלוה במעותיו דה"ל הלואה בטעות שהלוהו ע"מ שיזכה שבטלה הקנאת המשכונא מן המלוה כך בטלה ההלואה מן הלוה ע"כ ונראה דה"ה המלוה את חבירו לזמן בתנאי שיתן לו הלוה דינר בחדש שיכול המלוה לתבוע מעותיו לפי שהיתה הלואה בטעות:

ודע שהב"ח כתב שמה שכתבו תלמידי הרשב"א שהלוקח יכול לחזור בו שלא יתן כשער של היוקר לאו למימרא שהלוקח טוען שרוצה ליקח כפי הפסיקה שבזה ודאי לא כל כמיניה אלא שהלוקח רוצה ליקח כפי השער שיצא לאחר שפסקו ביניהם והמוכר אינו רוצה למכור אלא כפי שער היוקר שיהיה בזמן ז' חדשים שקבע עמו שיעמיד לו הפירות באותו זמן בזה הוא שכתבו תלמידי הרשב"א שיכול לחזור בו הלוקח שהרי לא לכך ירד אבל אם אינו רוצה לקבל אלא כפי הפסיקה פשיטא שאינו יכול לחזור ותמה על מרן שלא הבין כן ודבריו הם תמוהים:

הלכה טו

מי שהיה נושה בחבירו ארבעה דינרים של רבית ונתן לו בהם חפץ כו'. נראה שמי שהלוה לחבירו ונתן לו הלוה חפץ ברבית שצריך להחזיר לו החפץ ואינו יכול המלוה ליתן לו דמיו דדוקא כשקצץ עמו בדמים ואח"כ נתן לו חפץ בשביל הדמים אז הוא דאמרינן המקח קיים ויחזור הדמים אבל כשלא קצץ צריך להחזיר לו החפץ בעצמו שהרי הלוקח לא קנאו והמוכר לא מכרו ולענין יוקרא וזולא כגון שבשעה שנתן לו החפץ היה שוה יותר מעכשיו יראה שיש ללמוד דין זה מגזל דקיימא לן שמשלם כשעת הגזילה. והא דאמרינן דדבר המסויים צריך להחזירה משום קלון כתב בעל ג"ת שאם נשתמש בו ועכשיו אינו שוה ד' זוזי שמחזיר לו הגלימא וישלם הפחת במעות ואם מחל הלוה הגלימא מספקא ליה אי מהני המחילה או לא דאכתי איכא קלון דלאו כ"ע ידעי במחילה זו וכבר כתבנו לעיל דע"כ לא אמרינן דאיכא לזות שפתים אם אינו מחזיר הגלימא אלא כשהוא רוצה לזכות בה בע"כ של לוה מכח הפסיקה שנמצא שמחמת איסור בא לו קנין זה אבל אם אח"כ רצה הלוה למחול או שנתרצה לקבל המעות אז ליכא לזות שפתים שהרי קנין זה בהיתר הוא:

וכתב מהרשד"ם בח"מ סי' רל"ב על מי שקנה בית וקיבל המוכר אחריות שאסור שצריך

המוכר להחזיר הבית כיון שהוא דבר המסויים ואע"ג שיש לחלק דהתם הגלימא כולה רבית והכא לא הוו רבית הבתים מ"מ איכא נמי למימר הנה אלו הבתים שנעשה בהם איסור רבית ע"כ. ויש להסתפק במי ששכר דבר המסויים ועדיין לא נשתמש אם צריך להחזיר משום לזות שפתים או דילמא לא שייך לזות שפתים כיון שעתיד לחזור לבעליו. ולפי סברת מוהרשד"ם שכתבתי יש להסתפק אם אמר דוקא ברבית קצוצה כנדון דידיה דס"ל דהוי רבית קצוצה אבל באבק רבית לא או דילמא אף באבק רבית איכא לזות שפתים שהרי כתבנו לעיל בשם הריטב"א דבדבר המסויים שחייבים הבנים להחזיר ומקבלין ממנו אין חילוק בין רבית קצוצה לאבק רבית ומיהו נראה דאף דנימא דבאבק רבית איכא לזות שפתים היכא שהוסיף בדמים משום המתנת המעות הלוקח זוכה בחפץ אף שהוא דבר המסויים דדוקא גבי מלוה איכא לזות שפתים שלקח ממון חבירו שלא כדין אבל לוה שמפסיד ליכא לזות שפתים ועוד דבאבק רבית ליכא איסורא גבי הלוה וכמו שכתבו הראשונים:

וכתב מרן אהא דאמרינן דכשלקח הדבר ביותר משוויו דאמרינן ליה סברת וקבילת דלאו דוקא בשכירות דה"ה אם קנה חפץ וכן עובדא דחיטי ה"ה בשכירות וכתב בעל ג"ת שאם נתן כלי מסויים ביותר כי מפקינן מיניה לא מסתבר שיוציאו ממנו גלימא ועוד דינר דמסתייה ללוה דלשקול מאי דיהיב ותו לא ומצי אמר ליה או טול מעות או הכלי כמו שנתת לי משמע מדבריו דכשאינו מסויים אף שהוא בעין חייב ליתן לו דמיו ואינו יכול לומר אני אדעתא דקא משתרשי לי זוזי לקחתי ועכשיו שמוציאין ממנו הרבית טול החפץ אבל בעל פרישה כתב שאפילו סתם חפץ יכול להחזיר לו ואע"פ שהמקח שנעשה באיסור המקח קיים היינו כשרוצה המלוה ודברי מרן אינם מכריעים דאפשר דמיירי כשאין החפץ בעין בזה הוא דאמרינן ליה סברת וקבילת אבל אם הוא בעין יכול להחזירו ומיהו נראה דע"כ לא קאמר בעל פרישה אלא שאנו רוצים להוציא ממנו יותר ממה שקיבל אבל אם לקח החפץ בדמיו אינו יכול להחזיר החפץ מטעם שלא לקחה אלא על דעת שלא יתבע ממנו מעות עליה אך המבי"ט כתב בסי' רע"ג שגם בזה טענתו טענה ועיין לעיל. וכן נראה מדברי הלח"מ ריש פירקין ורבינו ירוחם נ"ח כתב בשם רב האי דדבר שאינו מסויים אין מוציאין ממנו אלא נותן כמו ששוה החפץ אם ירצה לעכב בידו החפץ משמע דבידו הבחירה ואפשר דמיירי כשלוקח בזול וצריך ליתן שוה משום דבתורת רבית בא לידו ובזה יכול להחזיר החפץ משום דאדעתא דזול ירד דומה למ"ש תלמידי הרשב"א דיקא נמי דבהכי מיירי דקאמר כמו ששוה החפץ משמע שבזול לקח החפץ:

ומה שכתב מרן בשם הרשב"א שאילו אמר לו אתן לך י"ב זוזי ברביתא וע"ת שחצרי שאינה נשכרת אלא בי' שתשכור אותה בי"ב דכי מפקינן מיניה לא מפקינן אלא י' הכוונה מבוארת דכיון שהלוה לא נתחייב בי"ב קצובים ואדרבה אמר לו ע"ת שחצרי שאינה נשכרת אלא בי' שתשכור אותה בי"ב איכא למימר שהמלוה לא נתרצה אלא בי' וכ"כ מהר"א ששון סי' קס"ה ונראה דלאו דוקא בשלא נתחייב מתחלה בי"ב אלא אפילו נתחייב בי"ב ואחר כך לא רצה לשלם הי"ב ואמר לו איני משלם אלא בתנאי שתשכור חצרי שאינה שוה י"ב בי"ב דכיון שלא היה יכול להוציא ממנו בע"כ איכא למימר שנתרצה בי' ודין הגמרא לא נאמר אלא כשברצון שניהם שכר הבית בי"ב דאיכא למימר סברת וקבילת:

פרק ט

הלכה א

בד"א בשלא היה לו כלום מאותו המין כו'. לאו למימרא שמותר לפסוק על יותר ממה שיש לו אלא כלפי שאם מחוסר שתים פוסק כתב דאם יש לו כלום דהיינו מחוסר שתים פוסק אבל לעולם דצריך שיהיה לו כמות הדבר שפוסק עליו. והכי דייקי סוף דברי רבינו ז"ל דגבי מחוסר שלש שאינו פוסק כתב דכיון שהוא מחוסר שלש הרי הוא כמי שאין לו מאותו המין כלום דמורה דתיבת כלום על חיסור המלאכות נקיט לה ולא על כמות הדבר וכן דעת ה"ה. ומהריק"א בי"ד אגב שיטפיה לא דק בדברי רבינו ודו"ק:

כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל ס"ט סי' ז' ראובן קנה משמעון תבואה בממון ידוע כו' וא"ל שמעון הרי יהודה יתננה לך כו'. והשיב על זה וז"ל אבל אם לא יצא שער מפורסם לתבואה שבשוק וגם לא היתה תבואה לשמעון אז אינם חייבים לא שמעון ולא יהודה ליתן לראובן אלא המעות שנתחייב ראובן בשטר לתתם לשמעון ואם יתנו לו תבואה הוי רבית ע"כ. ואע"ג דמקח שנעשה באיסור לא בטל המקח אלא מסלקין האיסור והמקח קיים, הכא שאני שלא קנו מיד שמעון על חיוב התבואה ואין ב"ד מחייבים לא למוכר ולא לערב אלא כדי הדמים שלקח ואילו קנו מן המוכר ומן הערב היו חייבים תבואה ממש ואם נתייקרה מסלקים את האיסור ומקח התבואה קיים ודו"ק:

הלכה ח

החמרים שנכנסו לעיר כו'. מ"ש ה"ה ועוד קשה לי למה אנו צריכים כו'. אי משום הא לא קשיא דהתם שאני דבשעת לקיחת הדמים מכרו מה ששוה ממש בארבע ודרך מכר כל שיש לו מותר אבל הכא בתורת הלואה נטלו החמרין המעות לפרעם אחר שימכרו

ויקחו מעות ולבסוף נתנו להם בפרעון המעות של ההלואה חטים שוה ה' בד' ולכך הוצרך רבינו ז"ל לטעמא שמודיעין השער. והכי דייק לישניה שכתב שאין אלו מוכרים בזול מפני שנתנו מעות עתה ולא יקחו אלא לאחר זמן ואי בשעת לקיחת המעות דרך מקח היה ליתן ה' בסלע לא שייך למיתני הכי. אבל אי קשיא הא קשיא שהרי הטור כתב בסי' קס"א שאם הלוה בשעת פרעון הוסיף ליתן למלוה יותר מחובו שלא התנה עמו דהתיר רבינו ומפיק לה ממ"ש בפ"ח הלוקח חטים וכו' ובשעת פרעון הוסיף במדה ה"ז מותר שהרי ברצונו הוסיף. איברא דכבר תמהתי אני במקום אחר (*א"ה עיין לעיל פ"ה מהל' אלו דין י"א) דמנ"ל להטור לומר בשם רבינו דאפילו בהלואה התיר דדלמא התם דדרך ממכר הוא שרי. ומגופיה הוא מוכרח דהטור נחלק עם רבינו בהלואה. וכבר הראיתי פנים לומר דע"כ אף בהלואה התיר רבינו ממ"ש פ"ח מהלכות זכיה ומתנה השולח סבלונות והחזיר לו יותר מותר שלא ע"מ כן שלח וממקומות אחרים אין זה מקומו להאריך סוף דבר מזה קשיא לי דברי רבינו וצ"ע:

הלכה ט

היה מוליך סחורה ממקום למקום כו'. ברייתא בפרק הרבית. ונשאל מהרימ"ט ח"א סי' פ' על ראובן שנתן לשמעון בצידון סך מעות ואמר לו שמעון אני מוכר לך במעות אלו כ"כ צמר לערך שאמכור שארית הצמר שיש לי וכו' ואפחות לך גרוש אחד ורביע בכל ככר ממה שאמכור את שארית הצמר. והשיב לכאורה נראה שדבר זה רבית גמור הוא שהואיל ואחריות הצמר על המוכר נמצא שלא קנה הלוקח אלא בהיותה בצפת ת"ו וכיון דלא קני זוזי הלואה נינהו וכשהוא פוחת לו מן השער נמצא ששכר מעותיו הוא נותן לו ודמיא האי מילתא להא דתניא בפרק איזהו נשך המוליך חבילה ממקום למקום כו'. ותמיה אני על ראיה זו דהתם הוא דמקבלה לפרעו כמו ששוה במקום היוקר ואח"כ מקבל המעות בהלואה ומשתמש בהם עד בואו למקום המוכר ומשלם במקום היוקר הלכך דוקא כשהיא ברשות מוכר מותר דעד מקום היוקר פקדון היא גביה ואע"פ שחזרו אח"כ המעות הלואה 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' (דף ס"ד) טעם לדבר בההיא מימרא דאביי דקא שרי ליה לאיניש למימר לחבריה הילך ד' זוזי אחביתא דחמרא יע"ש ודברי הרב ז"ל צריכים תלמוד:

פרק י

הלכה ב

היה לו מאותו המין שלוה כו'. נשאל הרא"ש בתשובות כלל ק"ח סימן ל' על ראובן שנתן לשמעון מדות של חטה לתת לו בהן קמח ונתן לו עם החטה המעות כפי שהיה מנהג העיר להחליף חטה בקמח כו' ולאחר זמן נתייקר השער מפני שיבש הנהר וכו'. והשיב יובש הנהר מכת מדינה היא ואין חייב ליתן לו עתה אלא חטה כו' ומהרש"ך בח"א סי' פ"ט הוקשה לו תשובה זו והניחה בצ"ע. ונראה שיובן עם מ"ש הרא"ש עצמו לעיל בכלל זה סי' ט"ו דיש מקום לדברי רבינו דאסר הלואת סאה בקביעת זמן אלא שחילק דהיינו דוקא בלוה על סמך שער שבשוק אבל ביש לו סאה שמותר ללוותו כמה סאין לא מסתבר דינו של הרמב"ם ומותר ללוות אף בקביעות זמן יע"ש וכאן היינו קובע זמן ויובן דברי הרב ז"ל על נכון ודו"ק:

הלכה ה

אבל מלוהו סתם על שער שבשוק. דברי ה"ה סתומים ותמוהים במ"ש דלדברי הכל אם יש לו לאריס מותר דאי בשקבע זמן דנקט תחלה דנחלקו המפרשים עם רבינו קאמר זה אינו כלל דבהדיא כתב רבינו בפירקין דכל שקבע זמן אפילו יש לו אסור ואי בשלא קבע זמן מאי איריא יש לו אפילו פוסק על שער שבשוק מותר לד"ה. ונראה לומר בדוחק דה"ק מאי דאוקי רבינו מתני' דמלוה אדם את אריסיו אפילו ביצא השער היינו משום שכן דרכם לקבוע זמן לגורן ולפיכך חילקו המפרשים ואומרים דבשלא יצא השער מיירי מתני' ולהכי אפילו ביצא השער כיון שאין לו חטים לאריס וע"כ קובע זמן לגורן אבל בשיש לו לאריס שכיון שיש לו אינו קובע זמן לגורן מאחר שיש לו מקום ליפרע תו לא שייך פלוגתא בין רבינו ושאר מפרשים דמותר הוא כל שיש לו ואינו בקובע זמן והא בהא תליא דכשיש לו אין כאן קביעות זמן ודו"ק וזה נראה דחוק בכוונת ה"ה. עוד אפשר לפרש דאע"ג דרבינו אסר כשיש לו קבוע זמן מיהו כשיצא השער דמותר אע"פ שאין לו אם המצא תמצא דיצא השער ויש לו מצטרפין שניהם להתיר אף בקובע זמן וזהו שכתב מיהו אם יש לו לאריס וביצא השער דמיירי בה תחלה קאמר ויש סמך לזה בתשובת הרשב"א שהביא מרן בי"ד סי' קס"א ד"ה שאלת צבור שהוצרכו למעות כו' וסיים וז"ל ואף למאן דאסר בקובע זמן הכא שרי דהא יש לו. ומשמע דבא הרב לצאת י"ח רבינו שהוא בעל סברא זו לאסור בקובע זמן ואיך אפשר לו לומר לסברת רבינו דשרי ביש לו

דהא בפירוש אסר בקובע זמן אפילו ביש לו אם לא שנאמר כמ"ש דכיון דיצא השער ויש לו מותר ודו"ק:

פרק יא

הלכה א

המלוה את חבירו בעדים כו'. כתב בעה"ת שער כ"ה ח"א סי' ג' וז"ל ויש לעיין לפי פסק רבינו שמואל דאוקמה להההיא דגט פשוט דקאמרינן אי ידעיתו יומא דקנו מיניה כתובו ליה דוקא בשטרי מכר והלואה שאין בהם אחריות נכסים הנהו דכתבי ביומא דקנו מיניה אבל אי כתיב ביה אחריות נכסים לא כתבינן אלא מיומא דקאי ביה ואי לא הו"ל שטר פסול דס"ל דכמלוה על פה היא עד דמיכתיב דלית ליה קלא ולפי פירושו משמע דיכול לומר פרעתי כל זמן שלא נכתב כו'. ודברי הרב תמוהים הם בעיני דמנ"ל דאית ליה לרשב"ם דיכול לומר פרעתי דרשב"ם ז"ל לא קאמר אלא דעדי קנין לא מפקי קלא ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ומש"ה אוקמה בשטרי מכר משום דקי"ל המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי אבל בשטרי הלואה דמאן דיזיף בצנעה יזיף אינם יכולים לכתוב אלא מיומא דקיימי ביה וה"ה דמצי לאוקמי בשטרי הלואה ובמפרש דלית בהו אחריות וכמ"ש הרב המחבר והדין עמו דכיון דליכא טירפא כותבים אבל לענין טענת פרעתי מודה רשב"ם דלא מצי למטען וכהסכמת רובא דרבוותא ז"ל ולדברי הרב המחבר צ"ע:

כתב מהריק"ו שורש פ"ט וז"ל גם מה שטענו היורשים מ"ש בשטר השיעבוד שכל זמן ששטר זה יוצא קיים מתחת יד שמעון או יורשיו שלא נקרע קרע ב"ד כו' ואומרים ששטר זה אינו קרוע קרע ב"ד וגם לא כתוב עליו תברא אין בטענה זו ממש חדא דפשיטא שלא היתה הכוונה אלא לענין שלא יהיה ראובן נאמן לומר פרעתי אפילו יהיה השטר ביד ראובן דלא שייך למימר שטרך בידי מאי בעי אפ"ה מועיל תנאי דלא מצי ראובן למטען פרוע כו'. וזה לכאורה דבר תמוה דלמה לא יהיה ראובן נאמן לומר פרעתי אם השטר בידו אטו עלה ע"ד המתחייב שאם נפרע ויקח שטרו שיהיה צריך להביא ראיה על זה ופשיטא דכל התנאים אינם אלא כשהיו ביד המלוה וצ"ע ומה שהביא ראיה דנאמנין לומר היורשים שמחלו כשהם קטנים שלא ידעו בשיעבוד ראובן מההיא דרב נחמן נראה דלא דמי דהתם הראיה שהי"ל לקטן ולא ידע ממנה אלא מפי העדים שאמרו לו שהם היו יודעים ואיכא למימר קטן במילי דאבוה לא ידע אבל בדבר דע"כ ידעו הקטנים שהיה חייב ראובן זה לאביהן דהא פטרוהו מכל שיעבוד איכא למימר מדידעו הכל ידעו וחקרו וידעו היטב ודו"ק:

הלכה ג

הוציא עליו כתב ידו כו'. בתשובת הרא"ש כלל ס"ז סי' א' מייתי פלוגתא אי בכתב יד נאמן לומר פרעתי וכתב וז"ל ואם שמעון תופס מטלטלי ושטרות משל ראובן בחיי ראובן על המטלטלין נאמן בשבועתו עד כדי דמיהם כו'. ויש לדקדק למה נקט תפיסתו למטלטלין שיהיו בחיי ראובן דאחר מיתת הלוה נמי איתא להאי דינא דלא מפקינן מיד המלוה כיון דמספקא לן מילתא דאפילו תפס בפני עדים דליכא מגו דינא הכי בתשובת הריב"ש ס"ס תע"ח חילק לדעת הגאונים בין כתב יד שאין כאן שטר אהני טעמא דאינו גובה ממשעבדי לענין שנאמן לומר פרעתי מה שאין כן בשטר גמור דאע"פ שאינו גובה ממשעבדי גבי בני חרי אינו נאמן לומר פרעתי ומביא ראיה משטר עשוי בעש"ג יע"ש ואילו בסי' תנ"ד הביא הרב דברי הרשב"א ז"ל שהוא מכת הסוברים דבכתב יד אינו נאמן לומר פרעתי וראייתו מההיא דפרק המוכר את הבית בשטר כיס היוצא על היתומים דנשבע וגובה מחצה משום דאביהן היה נאמן לומר פרעתי מגו דנאנסו ואם איתא דכתב יד כיון שאינו גובה ממשעבדי נאמן לומר פרעתי אמאי איצטריך טעמא דמגו תיפוק ליה כיון דשטר כיס אינו גובה ממשעבדי ליהוי לוה נאמן לומר פרעתי זהו אופן ראייתם. ואם איתא לדברי הרב שבכאן הרי ראיית הרשב"א אינה כלום דשאני שטר כיס שהוא שטר גמור בשני עדים ולכך צריך לטעמא דמגו משא"כ בכתב יד דאין תורת שטר עליו וכעת צ"ע. כתוב בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' כ"ב וז"ל עוד אני סבור כי מלוה בחתם ידו יכול לטעון פרעתי כו' ועיין בתשובת מהרימ"ט חה"מ סי' ל"ז שנראה שלא ראה דברי המחבר ז"ל ודו"ק:

הלכה ד

אבל מלוה בשטר קול יש לה כו'. כתב בתשובת הרא"ש כלל ס"ז סי' ג' על שמעון שכתב שטר לראובן עליו באחד בניסן שנתחייב לו בסך ממון עד אלף דינרין שיודה שמעון אחר זמנו של שטר זה שיש לו לראובן עליו והוציא ראובן כתב ידו של שמעון וזמנו בכ"ז בניסן ונתקיימה חתימתו באייר ונסתפקתי מאימתי גובה ראובן מזמן שטרו או מזמן שנתקיים חתימת יד שמעון בב"ד. והשיב יראה שראובן גובה מזמן שטרו דאז יצא הקול שנתחזק שטר על שמעון והיה ללקוחות לחוש שמא לאלתר ימסור שמעון לראובן כתב ידו. ודברים תמוהים הם דהיאך יתחייב הלוה במה שלא לוה אלא בכ"ז ניסן ואולי בשקנו מידו איירי דמשעת קנין שעבד נפשיה אע"פ שלא נזכר בדברי השואל שמא תאמר ע"כ בשטר קנין איירי דאי לאו הכי במה נתחייב באותו חיוב לכשיוציא המלוה כתב ידו בחתימתו מאוחר בשטר הראשון. הא ליתא דמצינו דמתחייב אדם במה שאינו חייב ע"י

מסירת שטר של חיוב כדמוכח בפרק הנושא בפלוגתא דר"י ור"ל באומר חייב אני לך מנה בשטר ודו"ק מיהו נראה דלענין שיתחייב האדם אע"פ שעדיין לא לוה שישתעבד למפרע דוקא ע"י קנין הוא לא בשטר לחוד דודאי לא מהני למפרע והמשכיל יבין:

הלכה ו

אין ההלואה שעל פה נגבית מן היורשין וכו'. כתב מרן הב"י סי' ק"ז מ"ז וז"ל כתב הרשב"א בתשובות ראובן שמת ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה היורשים פטורים דמלוה על פה אפילו בעדים אינו גובה מן היורשים כו'. ועיין במ"ש מרן בב"ה סי' ס"ט בשם הרשב"ץ דפליג אתשובה זו דהרשב"א ועיין בתשובות המבי"ט ח"א סי' ע"ד. בדין מלוה תוך זמנה אם גובים מיתומים קטנים עיין מהרשד"ם סי' קצ"ו ועיין בסי' ר"ח שדבריו סותרים זה לזה ועיין בתורת חיים סי' מ"ז: **וחזקה היא שאין אדם פורע בתוך זמנו**. כתוב בתשובת הרא"ש כלל ע"ז סי' ג' ז"ל ואע"ג דסתם הלואה ל' יום לא אמרינן לא עביד אינש דפרע בגו זימניה אלא בקובע זמן שידע שלא היה יכול לפרעו קודם הזמן אבל בסתם הלואה זמנין דמתרמי ליה זוזי ופרע בו ביום. וקשה דאי נמי קבע זמן דלא עביד דפרע בגו זימניה מאי הוה הא איכא שובר המבטלו. ואפשר דהכוונה לומר דתלינן שנכתב השובר קודם שטר החוב כיון שלא נתברר איזה מהם מוקדם. כתוב בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' מ"ו אההיא דאמרינן האחים שמכרו או שמשכנו הבנות מוציאות לפרנסה דטעמא דכל שלא נשאת תוך זמן הוא ולא עביד דפרע וכו' ואלא מיהו כשהיא מוציאה ממשעבדי צריכה שבועה וכדאמרינן התם דרבינא אפיק מבריה דרב סמא בריה דרב אשי מן הזיבורית ובשבועה כו' יע"ש. ובאמת שמעתא דא צריכא רבא דהא קי"ל כר"ל דהקובע זמן ואמר פרעתי אינו נאמן ואפילו מיתמי נוטל בלא שבועה והאי עובדא דרבינא היכי מיתוקמא לפי מימרא דר"ל שהיא הלכה פסוקה לדעת כל פוסקי הלכות הא רב סמא מת בחיי רב אשי ואין לחוש כלל לצררי בחיי אביו כמבואר והיאך אפיק רבינא מבריה דרב סמא מן הזיבורית ובשבועה. וכתב רש"י דטעם שבועתו היא משום דאין נפרעין מן היתומים אלא בשבועה הרי דבתוך זמן ובחיי רב אשי אין לחוש כלל שפרע רב סמא משמע מסוגיא זו דמילתא פסיקתא היא שאין נפרעין מן היורשים בלא שבועה. וא"א לי לכוון הני תרתי דיני אהדדי וכעת צ"ע. וכל זה לדברי רש"י דרב סמא מת בחיי רב אשי. אבל ראיתי בחידושי הראשונים מכ"י דאחר מיתת רב אשי מת רב סמא ובודאי בשום מקום מצא רש"י לפרש כן דבגופא דשמעתא לא מוכחא מידי. כתוב בתשובות להרמב"ן סימן כ"ו וז"ל אותה בעיא דבשלהי יש נוחלין כשיש נכסים ידועים שהכניסה לבעל היא ובשלוותה ע"פ דאילו בשטר ממ"נ היא גובה

מן הבעל כו' פירוש במלוה בתוך זמנו דאי לאו הכי הרי כתב הרב לקמן דאינו גובה מלוקח כלום דחיישינן לפרעון ואפילו חייב מודה במקום שחב לאחרים אינו נאמן. כתוב בתשובת מהרש"ך ח"ב בנוספות סי' כ"א ז"ל ותמהתי על מהריב"ל שכתב דנזקקין לנכסי יתומים קטנים במת אביהן תוך זמנו ונתן טעם לדבריו דהנך רבוותא דס"ל דאין נזקקין הוו מיעוטא לגבי רבוותא דס"ל דנזקקין כו' ופליאה דעת ממני כי הנה שגור בפי הכל מ"ש מהריק"ו ז"ל דאין המוחזק יכול לומר קים לי כפירוש גאון היכא שכל חכמי ישראל חולקים עליו כו' משמע מהאי כללא דהיכא דאיכא תלתא או תרי רבוותא דמסייעי למוחזק מצי למימר קים לי כו' יע"ש ואפשר דטעמא דמילתא הוא מ"ש מהרשד"ם בקצת מתשובותיו דכל ספק שאינו בגוף הממון ואם הוא של ראובן או של שמעון בהא שייך לומר קים לי להחזיק אבל כשהספק הוא אם נפרעין מהיורשים עכשיו או עד שיגדילו סוף סוף חייבים לכשיגדילו ולא שייך לומר קים לי אע"ג דאין דברי מהרשד"ם כ"כ ברורים דמצי בעל דין לחלוק ולומר שיאמרו קים לי דאין אנו חייבים עכשיו וכשנגדיל ג"כ אפשר שימצא שובר המבטל את השטר מיהו לגבי מ"ש מהריב"ל דמפקינן מן היתומים קטנים בתוך זמן כיון דרובא דרבוותא סברי דנזקקין לגבי מיעוטא דס"ל דאין נזקקין סמך על ה"ט דמהרשד"ם ז"ל להוציא מידם כיון שאינו ספק שקול זהו הנלע"ד:

כתב מהרש"ך ח"ג סי' מ"א דכתובה שחתום בה הבעל בלא עדים גובה מן היורשים כל שהוחזק כתב ידו מטעמא דלא טענינן ליתמי פרעון דחזקה אין אדם פורע תוך זמנו והרב ז"ל גייז ליה כאילו קבלה מהר סיני ולדעתי יש לדון בדבר הרבה שהרי התוס' הקשו על מתני' דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה דאמאי צריכה שבועה דהא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים ובגו זימניה אפילו שבועה א"צ ותירצו כיון שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית דין סמוך למיתה מתפיס לה צררי וכיון דלענין שבועה פקעה חזקה דר"ל גבי כתובת אשה ה"ה לפרעון ונשאר ככתב יד דעלמא ויש אתי אריכות דברים בזה וצ"ע (*א"ה חבל על דאבדין ועיין בהלכות אישות):

הלכה ז

אבל הבא ליפרע מן היורש כו'. נסתפקתי לפי דינא דגמרא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מי שמת והניח קרקעות ומטלטלין ובא אחד ותפס מטלטלין וליכא לא עדים ולא ראיה וכשבא היורש לתבוע המטלטלין טען התופס מנה לי ביד אביך ואני נאמן לטעון עד כדי דמי מה שתפסתי וה"ל כאילו באו עדים והעידו שאביך חייב לי ולא נפרעתי ותשלם לי המנה מן הקרקע או דילמא כי אמרינן דתפיסה מהניא היינו היכא

דיכול לתפוס הדבר התפוס בעד חובו אבל הכא שאינו יכול לתפוס הדבר התפוס בעד חובו משום מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח א"כ לא מהניא ליה תפיסה וכ"ת הרי היורשים חייבים בידי שמים לשלם חוב אביהם אף מן המטלטלין וכדמוכח בפרק מי שהיה נשוי בעובדא דקטינא והרשב"א הוסיף לומר דכופין ליורשים על מצוה זו לשלם אף מהמטלטלין וא"כ זה שתפס מטלטלין הרי הוא כתובע ליורש ליפרע לו מהמטלטלין הא ליתא משום דכל דבר שאינו חייב בדיני אדם לא מהני תפיסה וכמ"ש הרמב"ן באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים דאי תפס בעדים לא מהני וכן גבי אבק רבית דקי"ל דבבא לצאת ידי שמים חייב להחזיר כתבו הראשונים ז"ל דאי תפס מפקינן מיניה. ואף דבמטלטלי דיתמי איכא עדיפות מהנהו דחייב לצאת ידי שמים דהכא אליבא דרשב"א ז"ל כופין אותם ואילו באבק רבית ודכוותיה פשיטא דליכא כפייה דאי איכא כפייה מאי איכא בין רבית קצוצה לאבק רבית הא אף ברבית קצוצה ליכא שיעבוד נכסים כי אם כפייה שיקיים מצות דוחי אחיך וא"כ נאמר דהכא אם תפס מטלטלין אין מוציאין מידו הא ליתא משום דא"כ אף שלא הניח קרקע ובא ותפס בעדים מטלטלין והיתה הלואה בשטר נאמר שתועיל לו התפיסה כיון שב"ד כופין היורשים לשלם חוב אביהם ובפרק הכותב מוכח דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אלא ודאי ע"כ אית לן למימר דכל דליכא שיעבוד בדבר התפיסה אף שכופין אותו מ"מ תפיסה לא מהני וגזל הוא ביד התופס אלא שכופין היורשים שישלמו חוב אביהם מדעתם ומכאן קשה לי למה שרשום בזכרוני דאיכא מאן דסבר דמי שחייב בידי שמים, *דתפיסה מהני דהא הכא אמרינן דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אף שהיתומים חייבים בידי שמים לשלם חוב אביהם ולסברת הרשב"א דאית ליה דכופין היורשין אני תמיה כפי דעתו למה לא תועיל תפיסה אי משום דכיון דליכא שיעבוד ואין יורדין לנכסיהם מש"ה לא מהני תפיסה א"כ ברבית קצוצה דאית ליה להרשב"א דליכא שיעבוד נכסים ואין ב"ד יורדין לנכסיו וכמ"ש הריב"ש בשמו בסי' ש"ה נאמר שלא תועיל לו תפיסה וזו לא אמרה אדם מעולם דפשיטא דאי תפס לא מפקינן מיניה וע"כ לא נחלקו הראשונים ז"ל אלא באבק רבית אבל ברבית קצוצה כולהו מודו דתפיסה מהני וא"כ מה הפרש יש בין מטלטלי דיתמי לרבית קצוצה והדבר אצלי צריך תלמוד. (*א"ה עיין לקמן פכ"א בתשובת הרב המחבר).נחזור לענייננו דנהי דמוכח דתפיסה לא מהני למטלטלי דיתמי מ"מ היכא דהניח קרקע מספקא לי אי מהני תפיסת המטלטלין לטעון עליהם עד כדי דמיהם וליפרע מהקרקע וסבור הייתי להביא ראיה על זה מההיא דפרק המקבל מההוא דחבל סכינא דאשכבתא שהוא כלי שעושין בו אוכל נפש ואמרינן התם אע"ג דחייב להחזיר מ"מ יכול

לטעון עד כדי דמיהם הרי שאף בדבר שאינו יכול לעכבו מצי טעין עד כדי דמיו א"כ ה"ה הכא דאף דלא מצי לעכב המטלטלין מצי טעין עד כדי דמיהם אך הרואה יראה שיש לדחות ראיה זו משום דשאני סכינא דיש לו שיעבוד עליו ולא אמרה תורה אלא שלא למשכן אבל אם בא ליפרע חובו גובה אף מדברים שעושין בהם אוכל נפש וכמ"ש גדולי המורים וא"כ אף שזה בא למשכן טוען עליו עד כדי דמיו אבל במטלטלין שאין לו שיעבוד עליו אפשר דלא מהני ליה תפיסה כלל כדי לטעון עד כדי דמיהם. שוב ראיתי שיש להביא ראיה לזה מההיא דאמרינן בפ"ב דכתובות זימנין דתפסה מאתים ופירשה הראב"ד דתפיסה זו היא שלא בעדים וטוענת שבתולה היתה וכתובתה מאתים במגו דלא היו דברים מעולם ואע"ג דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אפילו בחייו וכמו שנראה מדברי רבינו בהלכות אישות וכ"כ התוס' בקצת מקומות מ"מ מהני תפיסה דמטלטלי לטעון עליהם עד כדי דמיו וליפרע מהקרקע וא"כ כך הוא מטלטלי דיתמי לגבי ב"ח כמו מטלטלי דבעל לגבי כתובה וכי היכי דלגבי כתובה מהני תפיסה ה"נ לגבי יתמי ומיהו גם ראיה זו יש לדחות משום דשאני תופס לחייב עצמו משום דהחייב יש לו שני שיעבודים שיעבוד הגוף ושיעבוד ממונו וכמ"ש הראשונים ז"ל דמה"ט המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול לפי ששני שיעבודים יש לו למלוה על הלוה וכשמכר מכר לו שיעבוד ממונו וכשמחל שהפקיע ממנו שיעבוד הגוף ממילא פקע שיעבוד ממונו וא"כ האשה שתפסה מטלטלין מבעלה דין הוא שתועיל תפיסה אף שמה שתפסה אינו משועבד לה כיון שהבעל משועבד לה לפרוע כתובתה אך בתופס מן היורשים שהיורשים אין להם שיעבוד הגוף ואין להם לפרוע אלא מהקרקע שנשתעבד לחוב זה כל היכא שתפס מטלטלין לא מהני ליה תפיסתו לפי שמטלטלין אלו לא נשתעבדו באופן שגם מראיה זו אין להוכיח מה שנסתפקנו. וראיתי להריב"ש בסי' שצ"ב שכתב במי שתפס מהיורש כוס אחד וטען עליו שאביו חייב לו שצריך שיטעון בודאי שידע שזה הכוס היה מהמוריש הא לאו הכי לא מהני תפיסה ואף שמתבאר שם שהמוריש הניח עושר ונכסים מ"מ ס"ל לרב ז"ל דלא מהני תפיסה כיון שמה שתפס אינו ידוע לעדים משום שהם נכסי היורש וא"כ דון מינה ואוקי באתרין דכך הם מטלטלין דיורש בתר תקנת הגאונים כמטלטלי דמוריש כפי דין הגמרא וכי היכי דתפיסה דמטלטלי דיורש לא מהני ה"נ תפיסה דמטלטלי דמוריש לא מהני כפי דינא דגמרא. וכ"ת עדיין יש לחלק דשאני מטלטלי דמוריש לפי דינא דגמ' דנהי דליכא שיעבוד עלייהו מדינא אבל מ"מ בדיני שמים איכא חיובא ומש"ה מהני תפיסה דאף דלא מהני טעם זה בדיני שמים היינו היכא דלא הניח קרקעות אמרינן דלא מהני תפיסה דמטלטלין כדי ליפרע

ממטלטלין אבל בבא ליפרע מהקרקע מהני תפיסה דמטלטלין אבל בנדון הריב"ש שהוא בתופס מנכסי היורש דליכא חיובא גבי יורש לשלם משלו מש"ה לא מהני תפיסה משום דבנכסים אלו אין לו שום שייכות לתופס לא בדיני אדם ולא בדיני שמים הא ליתא דהא הרשב"א אית ליה דאף דלא הניח נכסים איכא מצוה לגבי יורשים וכמו שהביא מרן משמו סי' ק"ו וא"כ תיקשי להריב"ש אמאי לא מהני תפיסה דמטלטלי דיורש כדי ליפרע מהקרקע וכ"ת דהריב"ש קאי אסברת החולקים דבלא הניח נכסים אפילו מצוה ליכא אם איתא להאי מילתא היה לו להביא סברת הרשב"א ולומר דלסברת הרשב"א הדין משתנה דהא כל יומא ויומא שמעתתיה בפומיה אלא ודאי דס"ל דאף לסברת הרשב"א אין הדין משתנה ולכ"ע אינו יכול לתפוס מנכסי היורש כדי לטעון עליהם וליפרע מהקרקע וא"כ בנ"ד נמי אינו יכול לתפוס כדי לטעון: (*עי' ב"מ דף צ"א רש"י ד"ה רבא אמר):

הלכה ח

ואם תפס ב"ח מחיים גובה מהם כו'. בפרק הכותב (דף פ"ד ע"ב) ההוא בקרא דיתמי דתפסי תורא מיניה ב"ח אמר מחיים תפיסנא ליה ובקרא אמר לאחר מיתה תפסיה כו'. וכתב הרא"ש וז"ל והאידנא דמשתעבדי מטלטלי לב"ח אי אית ליה לב"ח ראיה ברורה דיכול לפרוע ביה ההוא חובא מיתמי לא מיחייב בקרא מידי ואי לית ליה לב"ח ראיה שמחמת תפיסה הוא זוכה מיסייב בקרא לשלומי ועיין בתשובת מהרימ"ט ח"א ס"ס ע"ב דשקיל וטרי טובא בדברי הרא"ש ובסוף דבריו כתב וז"ל ונראה דהלשון דקאמר שמחמת תפיסה הוא זוכה ל"ד אלא ה"ה דמחמת תפיסה בא לזכות מיחייב בקרא לשלומי וכיון דמיחייב בקרא הדר בקרא ומפיק מב"ח ע"כ. ובאמת אין לנו דוחק גדול מזה לפרש דברי הרא"ש שבפסקיו על דרך זו. אבל החילוק הוא בין אם הפקידו המפקיד תחלה לשם פקדון שכיון שקיבלו הנפקד לשם שמירה כיון שחייב המפקיד לשלם הרי הוא כאילו תפס נכסי המפקיד שאינו חייב לו וצריך להחזירו אבל כשתפס הב"ח מרשות הנפקד כיון שלא קיבל שמירתו אף אם חייב המפקיד לשלם לא משגחינן בזה ותפיסתו מעליא דוק ותמצא שהרא"ש חולק עם הרשב"א במקצת:

כתב הרב בעל פ"מ ח"א סימן צ"ג (דף רל"ו ע"א) ולא מיבעיא בנ"ד דנכסי ביד ב"ד קיימי ואין האלמנה תפוסה בהם דהא פשיטא דנכסי בחזקת יורשי קיימי וכדכתב הריב"ש שכל התופס בטענת ספק בחזקת היורשים דלאו תפיסה מיקרי כו' ועיין לעיל בסי' צ"א (דף רכ"ח ע"ג) ודוק. עוד כתב הרב הנזכר שם בסי' צ"ה וז"ל וכן ימצא המעיין הדבר הזה מבורר בבירור דתפיסת הערב הוה ליה כתפיסת הב"ח בעצמו כו' ועיין בתשובת מהרח"ש סי' נ' דמשמע היפך כל זה יע"ש. עוד כתב הרב הנזכר שם בסי' צ"ט וז"ל

כל הרשום בכתב הוא לענין התוספת אבל אם תפסה לחשבון הנדוניא בההיא מודינא דאם תפיסתה היא תפיסה מעלייתא וקודם שנולד הספק דלא מפקינן מינה כו' ולא ירדתי לסוף דעת הרב בזה דמה חילוק יש בין תוספת לנדוניא דאי בתפסה קודם שנולד הספק אף תוספת גביא ואף דצריכה לומר תלת קים לי וכמ"ש בשם הרב בעל כנה"ג וכ"כ לעיל סי' צ"ב. ואי בתפסה לאחר שנולד הספק אף בנדוניא לא מהני תפיסה כיון שהתפיסה עצמה היא במחלוקת אי מהני לאחר שנולד הספק וכ"נ מדבריו דלא מהני בנדוניא תפיסה אלא קודם שנולד הספק וכ"כ הרב עצמו לעיל סי' צ"א וא"כ לא מצאתי חילוק בין נדוניא לתוספת וצ"ע:

כתב הרב בעל פ"מ ח"ב סי' צ"ט וז"ל ולא מיבעיא אם הנכסים נכסי האלמנה הלזו יד כל בנים שוים בם ויד בנה הגדול מבעלה הראשון שולט בנכסים כשאר בניה מבעלה השני או שהנכסים הם ביד שליש דודאי שורת הדין מחייבת כדכתב אלא אף במונח שנכסי האלמנה אחרי מותה נשארו ביד ג' מבניה מבעלה השני אם תפיסתם בנכסים היתה אחרי מות אמם וכו' בכי הא דתפיסתה היתה אחר שנולד הספק ולא ברשות ואין להם טענת ברי כו' א"כ איך יאמר התופס קים לי דתפיסתי מהניא כיון שנפל המחלוקת בגופה של תפיסה ע"כ. ודברי הרב נר"ו תמוהים הם בעיני דמה שייך כאן תפיסה אחר שנולד הספק דהא נכסים הללו של אביהן הם אלא שחייבים לפרוע חוב אביהן דהיינו כתובת אמן ויכולים לסלקה בזוזי א"כ מה שתפסו ברשות תפסו ואם נפל הספק אם יש חיוב כתובה או לא פשיטא שיכולים לומר קים לי כמ"ד דאין כאן חוב כיון שהם תפוסים ולא מיקרי תפיסה אחר שנולד הספק אלא בדבר שאין לו שייכות באותו ממון אלא מחמת הספק שנפל אם הוא שלו אבל כאן לא שייך זה והוא ברור בעיני וצ"ע:

כתב מהרש"ך ח"ב סי' קע"ו וז"ל וכל מ"ש הוא אם היורשים הם גדולים אבל אם הם קטנים אינו יכול לעכב ואינו יכול לטעון עליהם עד שיגדילו ולא מיבעיא בתפיסה כה"ג דנ"ד דלא מהני דליכא מיגו אלא אפילו היכא דאיכא מיגו אפ"ה לא מהני טענת מיגו נגד יתומים קטנים כו' יע"ש. ורואה אני להרב דסרכיה נקיט ואזיל שכתב בכמה תשובות דתפיסה לאחר מיתה אף דאיכא מיגו לא מהני ביתומים קטנים וכבר הרחיב בזה ח"א סי' ה' והוכיח כן מדברי הרמב"ן בעובדא דרבה בר שרשום ואני כתבתי במקום אחר ברחבה (*א"ה תמצאנה בתשובת הרב המחבר לקמן פכ"א מהל' אלו וע"ש שכמדומה דברים הללו מיסודו של מהר"א רוזאניס ז"ל הם) שאין להוכיח מדברי הרמב"ן וכמו שסבור הרב אלא לעולם כל שתפס בענין שיש לו מגו מהניא תפיסתו אפילו גבי עדים ודברי הרמב"ן הוא דוקא בקרקע דלא שייך ביה תפיסה אבל במטלטלין לא אמרה ועכ"ז

אפילו במונח הרב ז"ל קשיא לי שהרי באותה תשובה דח"א סי' ד' כתב בהדיא דאם יש לו שטר על יתומים קטנים שחייב אביהם בשטר ומשום חשש צררי הוא דאין נזקקין אם הוא בענין שתפס שלא בעדים כיון שיש מיגו מהניא כיון דעיקר החוב הוא מבורר ואם יש עדים שצוה בחוליו או נדוהו שהוא מן הדרכים שמוציאים מידי חשש צררי עדים כאלו מקבלים אפילו ביתומים קטנים א"כ קשה לי כיון דבנדון זה מחשיב כתב חליפין זה כשטר אמאי לא מהניא תפיסתו גבי יתומים קטנים כיון שיש לו מגו הא לדעתו עדים נמי מקבלים ומגו לשיטתו הוי כעדים וצ"ע:

כתב מהרש"ך ח"ג סי' כ"ו על אודות ראובן שמסר ביד אחיו נכסים בתורת פקדון ואחר מות אחיו תפסם בטענה שאחיו היה חייב לו דלאו כל כמיניה לתפוס כיון שכבר נשתעבדו הנכסים לאלמנת אחיו לגבות מהם סכי כתובתה ואע"פ שבאו הנכסים לידו בעוד אחיו קיים מ"מ לא באו בידו אז אלא בתורת פקדון ומה שתפס אחר מותו ליפרע מהחוב שהיה חייב לו אחיו לאו כל כמיניה וכמ"ש בעה"ת סי' שכ"א כו' יע"ש. איברא דמהרי"א לא כתב דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק אלא גבי ספיקא דדינא מש"ה לא מהני אבל בטוען טענת ברי לא שמענו מהרב הנזכר אלא שהרב המחבר לדוגמא הביאו לומר שאפילו נמסרו בידו מחיים לא חשבינן ליה תפיסה כיון דבאותה שעה בתורת פקדון באו לידו מיהו עיקר דינו לא מחוור דאף שתפס אחר מיתה כיון דליכא עדים וראיה לא מפקינן מיניה וזה שכתב הרב נשתעבדו הנכסים לכתובתה אין קדימה במטלטלין ואפילו כתב לה מטלטלי אגב מקרקעי כבר כתבו רבוותא דמשום תקנת השוק לא מפקינן מיד הלוקח. (*א"ה מיהו ב"ח מוקדם שלא הגיע זמנו וב"ח מאוחר שהגיע זמנו ובא לגבות יכול הראשון לעכב מאחר שכתב לו מטלטלי אגב מקרקעי כמו שיתבאר בדברי הרב המחבר לקמן פ"כ מהלכות אלו דין ב' ועיין בס' מוצל מאש סי' מ"ה) וה"ה גבי תופס דב"ח מאוחר שקדם וגבה במטלטלין מה שגבה גבה ותופס נמי כגבה חשבינן ליה ודוק איברא דמהריק"א ז"ל סובר דגבי ב"ח מאוחר שתפס ליכא תקנת השוק והמבי"ט ומהרשד"ם חלוקים עליו ויש אתי אריכות דברים אין כאן מקומם ומ"ש הוא העיקר:

הלכה יא

כבר תקנו גאונים האחרונים כו'. כתב הריב"ש סי' שצ"ב בשם הרמב"ן שהתקנה היא דוקא במטלטלין שהיו לו בשעה שלוה אבל במטלטלין שקנה לאחר מכן לא דלא עדיף מקרקעות יע"ש. (*א"ה עיין בתשובת הרב המחבר לקמן פכ"א מהלכות אלו באורך):

פרק יב

הלכה א

אין נפרעין מן היורשים אא"כ היו גדולים כו'. (*א"ה עיין מ"ש ה' המחבר לעיל פי"א מהלכות אלו דין ו'):

הלכה ג

לפיכך אם קפצה האשה ונשאת כו'. יש לדקדק בדברי רבינו כיון דהוא ז"ל ס"ל דטעמא דמזוני נמי עיקר כי נשאת נמי אמאי אינן נזקקין שהרי לר"י דתלה טעמא דכתובת אשה משום מזוני אמרו בגמרא דאפילו תבעה כתובתה בב"ד שאין לה מזוני נזקקין ומטעמא דאי אמרת דאי תבעה דאין נזקקין כל אשה לא תתבע כתובתה כיון שידעה שאין נזקקין ומפסדי יתומים מזוני וה"נ דאמרת דאי קדמה ונשאת אין לה מזונות אי אין נזקקין לה לא תנשא כדי שלא תפסיד מזונות ועוד דאין נזקקין ומפסדי היתומים ולכאורה י"ל דלגבי נשואין לא חיישינן להכי דאי נתנה דעתה להנשא משום האי אינה מונעת עצמה. אבל עיקרן של דברים הם דגבי תובעת כתובתה אי אמרינן דאין נזקקין תו לא תבעה כדי שלא להפסיד מזונות כיון שיודעת דתביעתה לאו כלום היא ומפסדי היתומים. אבל היכא שבאה להנשא ומעשיה גרמו להפסיד מזונותיה ואין דעתה לתבוע כתובה מאיזה טעם נחיש לומר שלא תנשא כדי שלא תפסיד המזונות. כתב הטור ס"ס ק"י בשם הרמב"ן שאם לוו ב"ד או אפוטרופא של יתומים לצרכם נזקקין לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה ועיין ש"ך סי' קנ"ז ס"ק ד' ודו"ק:

הלכה ח

כשנזקקין ב"ד לנכסי יתומים למכור כו'. משנה בפרק שום היתומים. וכתב בתשובות להרמב"ן סי' נ"ד וז"ל אבל בארץ ההיא שנמנעין מלהכריז כשמגבין לאלמנה בלא טעם טועים בדבר משנה הם וחוזרים ע"כ ולכאורה תשובה זו סותרת מאי דכתב לעיל סי' נ"א דהתם כתב דלא בחנם נהגו כן אלא דחזו בה טעמא וכאן כתב בהיפך. ונראה לחלק דהתם היה המנהג כולל שלא להכריז בין לב"ח בין לאלמנה אבל הכא המנהג היה דוקא שלא להכריז לאלמנה אבל לב"ח היו מכריזין והלכך מנהג בטעות הוא דאין טעם לחלק ביניהם ודו"ק:

פרק יג

הלכה א

מלוה שבא ליפרע כו'. פלוגתא דאמוראי בפרק הכותב ולדידן דקי"ל כר"נ אף אם מת הלוה נפרע שלא בפני יורשיו כל שנפרע מנכסי הלוה כן מתבאר מתשובת הריב"ש סי' שנ"ג וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' ר"ח. אך הרב בג"ת שער ס' ח"א דף של"ו ע"א הכריח מדברי הטור סי' רע"ח ס"י דאם מת הלוה אינו נפרע שלא בפני יורשיו ועיין בספר מורה צדק סי' ק"ו בשם הריטב"א ועיין בתשובת הרשב"א שהביא מרן ר"ס קי"ז ודו"ק היטב. ועיין בתשובת הרשב"א ח"ב סי' שנ"ט ובתשובת הרשב"א שהביא מרן ס"ס של"ה ובתשובת הרשב"א סי' אלף ע"ד הביאה מרן סי' ק"ב מ"ג ובח"ב סי' רפ"ט למבי"ט ח"א סי' רכ"ט מהרש"ך ח"ב סי' ק"ף וח"ג סי' מ"ט. ומדברי הרב בעל התרומות שהביא מרן ס"ס קי"ז משמע קצת שלא כדברי הריב"ש ועיין בתורת חיים ח"ב סי' ב':

הלכה ג

ומפני מה אינו נשבע היסת כו'. יש מן התימה בדברי רבינו במ"ש שאם יש עדים שאינו נוטל אלא בשבועה דבמאי עסקינן אי בדליכא ראיה כדמשמע מפשט דבריו הא מהימן במגו דאי בעי אמר החזרתי ואי דאיכא ראיה אפילו בשבועה אינו נוטל כיון דלית ליה מגו דהא כיון דאיכא עדים וראיה לא יכול למימר לא היה דברים מעולם ולא החזרתי. ונראה דרבינו ז"ל אזיל לשיטתיה דס"ל דבטענת החזרתי צריך לישבע בנקיטת חפץ וכמ"ש בפ"ו מהלכות שאלה ופקדון מעשה באחד שהפקיד שומשמין כו' וכתב בסוף דבריו ישבע השומר בנקיטת חפץ. וכבר ביאר הטעם הרב בעל כ"מ בפ"ב מהלכות שכירות וכתב דכיון שהוא מודה שנעשה שומר אלא שפוטר עצמו מצד אחר כגון שטוען החזרתי צריך לישבע כעין דאורייתא ואף דה"ה פליג אהא וס"ל דבטענת החזרתי ישבע היסת לאו אליבא דרבינו קאמר לה דהא רבינו כתב בפירוש בפ"ו מהלכות שאלה ופקדון דבטענת החזרתי צריך לישבע בנקיטת חפץ אלא אליבא דידיה קאמר לה דאיהו פליג על רבינו וס"ל כהראב"ד שהשיג עליו כמו שיע"ש. ועל כן כתב רבינו דכיון שאם יש עדים שבא לידו בתורת משכון שאז אינו יכול לטעון לא היו דברים מעולם ולא לקוח הוא בידי אלא החזרתי א"כ צריך לישבע בנקיטת חפץ אף בדליכא עדים דאז יכול למימר לא היו דברים מעולם או לקוח שאינו נשבע אלא היסת לא מהימנינן ליה במגו דלא היו דברים מעולם ולא במגו דלקוח אלא במגו דהחזרתי וצריך לישבע בנקיטת חפץ דמגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן:

הלכה ד

המלוה את חבירו על המשכון כו'. ז"ל מרן הב"י סי' ע"ב מחודשין ח"י ובתשובה אחרת כתב על ראובן שמסר משכון לשמעון שימשכן אותו בסלע ואחר זמן כשתבע ראובן משכונו משמעון השיב שמשכונו ביד עכו"ם ואותו עכו"ם משכנו (*א"ה נ"ב צ"ל מכרו) שלא ברשות ששמעון פטור כו' ובסי' קפ"ה מ"ד הובאה תשובה זו ועיין במ"ש הרב הנ"י פ' המפקיד בשם הרי"ף עלה דההוא גברא דאפקיד כיפי ודו"ק היטב:

הלכה ה

המלוה את חבירו וקבע לו זמן לפורעו כו'. מי שנשבע לפרוע לחבירו ליום נועד ולא תבעו המלוה אם עבר על שבועתו לכאורה נראה שדין זה הוא מחלוקת בין הרשב"א והרא"ש (*א"ה בתשובה שהביא מרן הב"י ח"מ סי' ע"ג) ועיין במהרלנ"ח סי' קל"ו סמ"ע סי' ע"ג מהרשד"ם י"ד סי' ע"ט פ"מ ח"א סי' ע"ז ועיין בב"ח שכתב בפשיטות שכל שלא תבעו אינו עובר. מי שנשבע לפרוע בשוה כסף ורוצה לפרוע כסף עיין בתשובת מהרשד"ם חה"מ סי' תכ"ב ודבריו הם מגומגמים בעיני:

הלכה ו

טען המלוה ואמר היום סוף הזמן כו'. (*א"ה עיין במ"ש הרב המחבר פט"ו מה' טוען ונטען דין י"א): **וישבע היסת שנשאר עוד ה' ימים**. מ"ש בכ"מ בטח"מ סי' ע"ג העתיק כו' נראה דט"ס יש כאן דלא קאי הרב ברישא אלא בסיפא בהיתה המלוה בשטר וכו' יראה לי שישבע ב"ח היסת עלה קאי הרב:

פרק יד

הלכה א

הפוגם את שטרו וכו' ואומר לו כשיתבע השבע ואח"כ תטול. צ"ל ואומרים ואב"ד קאי דבהני אי לא טעין אנן טענינן ליה. מ"ש ה"ה ז"ל אבל אני חוכך בדין פוגם שטרו כו' אם פסקו של ה"ה לחייב שבועה למלוה ניחא ואם לפטרו במלוה ע"פ ללוה בשבועתו קשיא ליה פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטיל חזקה דשטרך בידי מאי בעי דהא כי היכי דאיבטיל חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו ה"נ איבטיל שטרך בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו דהא פרע אבל גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא לכתוב מיד שובר ונטרפה השעה מאיזו סיבה ולא כתב והמשכיל יבין ודו"ק. ומ"ש בכ"מ ואני אומר שאין נראה כן מפשט דברי רבינו גם ה"ה כתב אבל דעת הרמב"ן כו' להודיע שאין כן דעת רבינו. כתב הרא"ש

בתשובה כלל פ"ז סי' ה' והא דתנן הפוגם את שטרו לא יפרע אלא בשבועה היינו שטר שאין בו נאמנות כו' ועוד אני אומר דאפילו בשטר שאין בו נאמנות אם הפרעון כתב ביני שיטי אין זה נקרא פוגם שטרו כו' יע"ש. ומדברי בעה"ת שער נ"א ח"ד נראה שחולק על זה וס"ל דאפי' שיש ללוה שובר בפרעון השטר קרינן ביה פוגם ומהראיה שהביא שם נראה דאין לחלק בין פרעון ביני שיטי לשובר שביד הלוה יע"ש:

הלכה ג

הוציא עליו שטר מקויים וכו'. כתוב בהשגות הרב ז"ל כתב זה בתשובה כו'. פירוש שהרב כתב בתשובה שחייב לישבע על טענת הלוה והיתה השאלה שהיה טוען הלוה שהוסיף על הפירות יותר מדאי והוי אבק רבית ולא תלמוד מדברי הרב שבכל הטענות חייב לישבע דדוקא בנ"ד שהמלוה סבר דאין כאן רבית דטרשא שרי ויש גוונים הרבה דיש מהם היתר ויש מהם איסור ובני אדם מתפרצין בזה להקל אבל בשאר גווני כגון בטוען רבית בהדיא או באבק רבית בדרך מפורסם וכן אמנה ומזוייף שכל אלו לא הוחזקו ישראל על כך לעבור באיסורא אף הרב מודה דאין משביעין למלוה כסברת רבותיו של רבינו. כתב הרא"ש בתשובה כלל צ"ו סי' ב' וז"ל ומה ששאלת אם יטעון שמעון לישבע שאין השטר מזוייף וישבע אותה שבועה איני רואה בכאן שום שבועה אם השטר מקויים כו' ואין כן דעת רבינו שכתב בפרקין הוציא עליו שטר מקויים ואמר הלוה שטר מזוייף הוא כו' דיש מי שהורה שחייב לישבע בעל השטר דבטענת מזוייף נמי חייבו הגאונים שבועה ואין לומר דטעם הרא"ש ז"ל משום דס"ל כהכרעת רבינו דדוקא בזה הוא דחייב המלוה לישבע דשטרא לפרעון קיימא לא בשאר הטענות דא"כ לא הו"ל להרא"ש למיתלי טעמא משום דהשטר הוא מקויים ודו"ק. כתוב בתשובת מהרש"ך ח"ג סי' ל' ראובן ששכר בית משמעון ויש לראובן שטר על שמעון איך נתחייב להעמיד הבית שלו ביד ראובן עד ג' שנים בשכבר קיבל השכירות מהג' שנים ועתה טוען שמעון איך לא קיבל שכירות מיד ראובן ומ"ש בשטר פטומי מילי בעלמא נינהו ועוד טען שאם כדברי שמעון דבעי להטיל חרם או שבועה לראובן אם מסר או נתן שכירות לשמעון לא שבקת חיי לכל הפרעונות והשוברות הנעשות בין אדם לחבירו ועל זה השיב הרב ז"ל גם זאת הטענה מהבל ימעט ואין בה ממש דהנה בהוציא עליו שטר מקויים והלוה אומר שטר מזוייף הוא וכו' כתב הרמב"ם פי"ד מהלכות מלוה כללו של דבר טוען טענה שאם הודה בעל השטר היה השטר בטל והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה שקר טוען ואומר הלוה ישבע לי ויטול ה"ז מחלוקת בין הגאונים כו' יע"ש. וטענת ראובן אינו כמו שחשב הרב שדחאה באמת הבנין שבידו אבל היא טענה טובה ובריאה שאחר

שכתב שקיבל כל השכירות של ג' שנים מה טוען ראובן שלא קיבל אלא שתנאם היה שידור בחנם והוי סתירה גמורה לשטר ראובן ואין שומעין לשמעון למסור לו שבועה נגד עדות העדים שהודה שקיבל כל השכירות. ומה דמות מצא הרב להההיא דרבית ואמנה שכתב רבינו דחייב המלוה לישבע דהתם יש מקום לעדים לשבועה אי משום רבית או אמנה שהאמינו ומסר לו השטר אבל בנדון זה לא דמי. ועוד דבלאו הכי כבר כתב רבינו משביעין ליה למלוה היינו להוציא מן הלוה אבל להחזיק ביד המוחזק שבועה נמי לא בעי וזה ברור וצ"ע:

הלכה ה

אבל פרעתיו או אמנה הוא כו'. כתב הטור ס"ז מ"ז ואם לאחר שאמר אמנה פרע לב"ח ובא לגבות מן הלוה רואין אם כשבא ב"ח לגבות השטר אמר ששטר אמנה הוא אז ודאי לא היתה כוונתו אלא לדחות ב"ח כו'. ועיין בהרשב"א ח"ב סי' ש"ז הביאה מרן הב"י א"ה סי' צ' ועיין פ"מ ח"ב סי' ק"א ודו"ק היטב בדבריו שהם מגומגמים בעיני ודוק. כתב הטור סי' פ"ב אם הודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה ואינו נאמן במגו שאין אומרי' מגו להוציא ממון כו' וכתב עליו מהרש"ך ח"ב ס"ס רכ"ח וז"ל ואומר דיראה דאיכא למידק עליה כי הנה כתבו התוספות דאפילו למאן דס"ל דלא אמרינן מגו להוציא היינו היכא דליכא שטר אבל היכא דאיכא שטר אמרינן מיגו להוציא כו'. ונראה שנעלם מהמחבר שדברי הטור הן הם דברי בעה"ת שער נ"א ושם ביאר דדמי האי שטרא להההוא דאמר שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הו"ל ואירכס דאע"ג דאית ליה מיגו למלוה לא מהניא דאמרינן האי שטרא חספא בעלמא הוא ולא דמי לאומר סטראי נינהו דמהימן המלוה היכא דאית ליה מיגו גם בשער י"ז ח"ב הרחיב הרב בזה ומה נעשה להמחבר ז"ל שאינו מדקדק בתלמודו וכותב לפום ריהטא וצ"ע:

הלכה ז

שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו וכו'. אם נמחל מקצת השטר שלוה מנה ופרע מחצה וחזר הלוה ולוה אותו מחצה על סמך השטר גובה המלוה שארית חובו שלא נמחל שעבודו אפילו ממשעבדי כן מצאתי בתשובה כ"י להרדב"ז סי' קע"א:

הלכה ט

הוציא עליו שטר מקויים כו'. נראה דאם לא זכרו העדים זמן הפרעון ואפשר לומר שקדם לחוב השטר והיה ממלוה אחרת עכ"ז איתרע שטרא דלא גריעי עדים אלו משובר שנכתב בלא זמן דכתבו רבוותא ז"ל דאיתרע כל השטר היוצא מיד המלוה. (*א"ה עיין

מ"ש הרב המחבר לקמן פי"ו מה' אלו דין ט' ובפכ"ג דין י"ז יע"ש) מיהו מספקא לי אם יברר המלוה שהיתה לו מלוה ע"פ אחרת אצל הלוה וטוען הלוה שכבר פרע אותו החוב דקי"ל דא"צ לפורעו בעדים וזה שהעידו העדים שפרע בפניהם הוא מאותה מלוה בשטר מהו. ומסתברא דבכי האי אוקי שטר בחזקת שלא נפרע וגובה ודו"ק:

עוד נסתפקתי בדין זה אם השטר עדיין הוא בתוך זמנו אי אמרינן חזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו ובודאי מחוב אחר הוא כדברי המלוה. ומי שידקדק בתשובת הרא"ש כלל מ"ז סימן ג' יראה משם דבכה"ג נאמן המלוה לומר סיטראי נינהו. ועוד נסתפקתי אם חיוב השטר הוא מנה והעדים מעידים שנתן לו בתורת פקדון מאה ונ' אם נאמן בכי האי לומר סטראי נינהו ויש צדדין ופנים לזה והעיקר דנאמן המלוה בכי האי. כתב בעה"ת והביאו מרן ר"ס נ"ח וז"ל אע"פ שהודיעוהו שחוב בשטר היה לו עליו כל זמן שלא אמר לו שקול שטרא פטור השליח דמצי למימר סבור הייתי שהיית סומך על אמונתו. ועיין בתשובת הריטב"א שהביא מרן סי' פ"ג מחודשין א' וצ"ע. אהא דאמרי' דאם נתנו בפני עדים איתרע שטרא כתב הסמ"ע סי' ס"ק ל' ל"א וצ"ע אם ידוע בעדים שהיה חייב לו חוב אחר בע"פ או בשטר והחזיר לו את השטר אם בכה"ג אמרינן שאינו נאמן לומר על אותו חוב קבלתי ובפרישה כתבתי דנראה דאפילו בכה"ג אינו נאמן ע"כ. ול"נ שדין זה תלוי באותו מחלוקת שהביא בעה"ת שער ך' ח"ב סי' ב' והטור סי' פ"ג ס"ד ועיין בעה"ת ריש שער י"ט ובגדולי תרומה שם וצ"ע. כתב בעה"ת שער ס"ו ויש לעיין אי לא אמר סטראי נינהו אלא אמר המלוה ממה שפרעני בפניכם החזרתי לו את השטר בזה נראה דכיון דליכא מיגו כיון דאיכא סהדי דפרעיה באפייהו לא מצי טעין החזרתי כו' והביא מרן ס"ס נ"ח. ולא יכולתי להלום צדדי הספק ועיין בש"ך ס"ק י"א וצ"ע:

הלכה יג

וכן הורו רבותי כו'. קשה לפירוש מהריק"א בכסף משנה דאי כפירושו למה ישבע הלוה ונפטר דהא דינו הוא שיהא מונח עד שיבא אליהו כמ"ש רבינו בס"פ ט' וז"ל מצא שטר בין שטרותיו ואינו יודע מה טיבו כו' וצ"ע. כתב מהרש"ך ח"ג סי' פ' וז"ל ומה שדעתי נוטה לדון בזה הענין הוא שאם יש עדים ללאה שהכניסה הבתים בנדוניא לבעלה יש לה זכות בחזקת הבתים כו' ונמשך מזה שאם אבדה שטר כתובתה או נשרפה שאין לה שום הפסד להפסיד הבתים הנזכרים דמילתא דפשיטא היא מ"ש הרמב"ם פי"ח מה' אישות והנכסים עצמם שהם נדונייתה נוטלת אותם בלא שבועה כו' וע"ש וזה שכתב הרב שאם אבדה שטר כתובתה אין לה שום הפסד ממ"ש רבינו שהנכסים שהם מנדונייתה נוטלתן בלא שבועה נראה בעיני דליתא ואגב שיטפיה לא דק הרב ז"ל דלא אמר רבינו אלא

כששטר כתובתה יוצא מתחת ידה ומהני לפוטרה משבועה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ואם מתה לא דיינינן בה מת לוה בחיי מלוה דאין אדם מוריש שבועה לבניו דכיון שהנכסים אלו שלה הו"ל כייחד לה ארעא. אבל כשאין שטר כתובתה בידה איתרע מילתא וחיישינן שמא נתפרעה כתובתה ממקום אחר ואפילו בשבועה לא שקלה דלא עדיף ממלוה לזמן ואינו נאמן הלוה לומר פרעתי בתוך זמני דחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו ושקיל בלא שבועה ואפ"ה כתב רבינו (*א"ה הכא בדין שלפנינו) דאם כתב לו שטר ואיננו ביד המלוה דאתרע החזקה וחיישינן לפרעון ולא שקיל כלום המלוה אף בגו זמניה. ובטוען אחר מעשה ב"ד דלא אמר כלום רובא דרבוותא ז"ל כתבו דאם כתב לה כתובה ואינו יוצא מתחת ידה דנאמן לומר פרעתי אע"פ שהיא תקנת חכמים קבועה ואפילו לפי סברת החולקים היינו משום דמעיקרא תקנו ז"ל מנה מאתים בין יכתוב בין לא יכתוב משום דכתבה לא מיעקרא תקנתא. וכבר עלה בדעתי לומר שלא כתב הרב כן אלא שכשיש עדים שנאבדה או נשרפה ואחר זמן בא לגבות מנכסיה דלא טענינן שנפרעה אחר האבדה או השריפה ממקום אחר אלא נוטלת נכסיה הקיימים ואילו גבי חוב דעלמא כיון דלא שייכא שטרך בידי מאי בעי חיישינן. (*א"ה חבל על דאבדין ועיין במ"ש הרב המחבר בפרק ח"י מהלכות אישות דין ט'):

פרק טו

הלכה א

המלוה את חבירו בעדים וכו'. כתב הר"ן ויש שתמהו ולאחר הלואה במה נשתעבד ונ"ל שאין הענין מטעם שיעבוד אלא משום דכשא"ל אל תפרעני אלא בעדים אין הלוה עשוי לפורעו אלא בעדים כו' כמ"ש בכ"מ. ויש להשיב על זה דאי טעמא הוי הכי כי א"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואמר פרעתיך בפני שנים אחרים והלכו או מתו יהא נאמן כיון דלא שייך אנן סהדי ואי מטעם שיעבוד ניחא. ועוד יש ללמוד מדברי הר"ן דאם א"ל אל תפרעני אלא בעדים ופרע מקצתו בינו לבינו והמלוה מודה דלפי טעם זה אם נחלקו בשארית המלוה וטען הלוה דפרע אח"כ כל החוב בינו לבינו נאמן שכבר נתבטל הטעם דאין עשוי הלוה לפרעו שלא בעדים ובכה"ג כתבו רבוותא ז"ל בקובע זמן לחבירו ונתברר שפרע קצתו בגו זמניה אע"פ שתבע המלוה השאר בגו זמניה נאמן הלוה לומר פרעתי שכבר איבטיל החזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו שהרי פרע מקצתו בגו זמניה. האומר לחבירו בשעת הלואה אל תפרעני אלא בעדים והלוה מיחה ואמר לא אפרע אלא שלא בעדים לדעת רבינו ז"ל צריך לפורעו בעדים וכן הוא דעת הר"י ן' מיגאש והרמב"ן

והרשב"א והרמ"ה והר"ן אך להרא"ש כל שהלוה מוחה אפילו בשעת הלואה מחאתו מחאה כנ"ל מוכרח מדבריו בפרק שבועת הדיינין והיכא דשתיק בשעת הלואה אליבא דכ"ע תנאו קיים ואין בזה חולק. והיכא דהתנה לאחר הלואה ומיחה הלוה דעת רבינו שאין מחאתו כלום וכן הוא דעת הר"י ן' מיגאש והרשב"א והרמ"ה והר"ן אך הרמב"ן כתב שמחאתו מחאה וכן הוא דעת הרא"ש מכ"ש דחלוקה ראשונה. והיכא דהתנה לאחר הלואה ושתק הלוה אליבא דכ"ע תנאו קיים חוץ מהרא"ש דס"ל דשתיקה דלאחר הלואה לא הוי כקבלה. והיכא דנתחייב לחבירו בב"ד והתרה בו אל תפרעני אלא בעדים והלוה מיחה כתב הרא"ש שהתראתו התראה ונ"ל שסברא זאת מוסכמת מהכל ואף הרמב"ן יודה בזה. ולפי מה שכתבנו נ"ל דבחלוקה הראשונה והד' אין הלוה יכול לומר קים לי כיון שהוא יחיד אך בחלוקה הג' יכול לומר קים לי כהרמב"ן והרא"ש שוב ראיתי לר' ירוחם נ"ג ח"ב שכתב בשם התוס' כסברת הרא"ש ז"ל ולפי זה בכל החלוקות יכול לומר קים לי עוד דקדקתי בדברי ר' ירוחם שלא הבין בדברי רבינו כסברת ה"ה דה"ה ז"ל הבין דאפילו במיחה הלוה ואפילו שהתנה לאחר הלואה אין במחאתו כלום ואילו מדברי ריו"ו נראה דרבינו בשתק הלוה מיירי שהרי אחר שהביא דבריו כתב והרשב"א כתב אפילו לאחר ההלואה יכול להתנות כך אפילו שלא ירצה הלוה לשעבד עצמו לכך משום עבד לוה ע"כ ולפי זה אפשר דבחלוקה הראשונה ס"ל לרבינו כהרא"ש שהרי רבינו לא מיירי אלא בשתק הלוה אבל כל שמיחה אפשר דס"ל דמחאתו מחאה ואפילו בשעת הלואה כסברת הרא"ש והרב בעל ש"ך כתב דמפשט דברי רבינו לא משמע דמיירי אפילו במיחה הלוה אלא בשתק ולא ידעתי למה לא נסתייע מדברי ריו"ו שגם הוא הבין בדברי רבינו דמיירי בשתק שוב ראיתי להבעה"ת בשער נ"ה ח"ב סי' א' כתב בסתם שתנאי זה מהני בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה ולא ביאר לנו אם אפילו כשמיחה הלוה אי מהני התנאי ואי איתא דהכי ס"ל הוה ליה לפרושי ומדכתב בסתם משמע דלא אתא לאשמועינן אלא דהתנאי מהני אפי' לאחר הלואה ואפילו שתק הלוה נגד סברת הרא"ש אבל כשמיחה הלוה ובפרט לאחר הלואה אפשר דס"ל כהרמב"ן ואם הרב היה חולק על הרמב"ן היה לו להביא סברת הרמב"ן כמנהגו בכל המקומות שמביא סברת הרמב"ן ולפי זה אף הר"י ן' מיגאש הכי ס"ל שהרי כתב שם בסוף הסי' וכן היא סברת ן' מיגאש וכ"כ הש"ך שאפשר שהר"י ן' מיגאש לא כתב אלא כדברי רבינו ולפי מ"ש שריו"ו הבין בדברי רבינו דמיירי בשתק ה"ה שיסבור כן בסברת הר"י ן' מיגאש ולדעתי גם בעה"ת הוא מסברא זו וראיתי למהרש"ך ח"ב סי' י"א שכתב שרוב המפרשים כתבו שבין שאמר לו בשעת הלואה בין שאמר לו לאחר הלואה ואפילו לא קיבל עליו הלוה

צריך לפרוע לו בעדים ולפי מ"ש הרמב"ן והרא"ש והטור הם חולקים על סברא זו ולפי סברת ריי"ו ובעה"ת אף רבינו והר"י ן' מיגאש ס"ל כהרמב"ן ולפי זה רוב המפרשים ס"ל דמהני מחאה כשהתנה לאחר הלואה. ודע שכל מה שטרחנו למצוא חבר לסברת הרא"ש בחלוקה הא' והד' הוא לסברת מרן שכתב בסימן ע"ז דהרא"ש ורבינו יעקב כת אחת הם דלעולם רבינו יעקב ז"ל אזיל בשיטת אביו אך לפי מה שעלתה הסכמת אחרוני זמנינו דהרא"ש והטור חשיבי תרי כתות פשיטא דבכל החלוקות יכול לומר קים לי כהרא"ש והטור שהסכים לסברת אביו וכ"כ הר"ב כנה"ג בסימן ע' בהגהת ב"י אות י"א ונראה מדבריו שלא ראה דברי ריי"ו שכתב בשם התוס' כסברת הרא"ש ולפי זה פשיטא שבכל החלוקות יכול לומר קים לי ועיין בספר ראש יוסף שכתב דמדברי רבינו אין הכרח שיחלוק על הרמב"ן דאפשר דמיירי בשתק הלוה וכבר כתבנו לעיל שגם ר' ירוחם הכי ס"ל בדעת רבינו עוד נראה מדברי מהר"י איסקאפה שאין בין הרמב"ן והרא"ש מחלוקת אלא בשתק לאחר הלואה. ולדידי עוד נחלקו בהתנה בשעת הלואה והלוה מיחה דלהרמב"ן אין מחאתו כלום ולהרא"ש מחאתו מחאה ולדידי מחלוקת זה הוא מוכרח מדבריהם ולמאן דס"ל דרבינו מיירי בשתק הלוה אפשר דבמיחה יסבור כהרא"ש דאפילו התנה בשעת הלואה כל שמיחה הלוה מחאתו מחאה ואין בין רבינו והרא"ש אלא כשהתנה לאחר הלואה ושתק הלוה ומ"מ אליבא דכ"ע הרמב"ן והרא"ש בתרתי פליגי בהתנה בשעת הלואה ומיחה הלוה ובהתנה לאחר הלואה ושתק הלוה:

הלכה ג

התנה המלוה על הלוה שיהיה נאמן כו'. מ"ש ה"ה וכן עיקר דסתם נאמנות בלא שבועה משמע כו' יש לדקדק דמה בין נאמנות המלוה לנאמנות הלוה שהרי כתב רבינו בסמוך דאם האמין המלוה ללוה במלוה בשטר וטען פרעתי דנאמן בשבועה וגבי לוה שהאמין למלוה כתב כאן שנוטל המלוה בלא שבועה דהרי כמו שבלא נאמנותו לא היה נוטל אפילו בשבועה כן הלוה לא היה נאמן אפילו בשבועה ויש לתרץ וקל להבין ועיין בבעה"ת שער נ"ז ח"א עיין בתשובת הרא"ש כלל ע"א סי' ה' במ"ש אבל אם טוען שמעון על יהודה נתתי לך ו' זהובים כו' שדברים מגומגמים הם גם מ"ש למעלה בענין סטראי וגם מ"ש לעיל אפי' הודה יהודה אינם מובנים בעיני:

הלכה ד

התנה עליו שיהיה המלוה נאמן כו'. לא ידעתי מה זה שכתב רבינו או יעיד על עצמו שלא בפני הלוה כו' דמאי איריא שלא בפני הלוה או בפני הלוה דכל עצמו לא בא אלא לומר דהודאה מילתא אחריתי היא ולא נכנס בתנאי הנאמנות ודו"ק. ויש ליישב בדוחק

שהכוונה אפילו שלא בפני הלוה ולא אמרינן שלא להשביע את עצמו הודה שלא נאמר אלא גבי נתבע אבל לא גבי תובע ודו"ק:

הלכה ה

הרי שפרעו וטען המלוה כו'. עיין בפ"ו מהלכות טוען בבא המתחלת מנה הלויתיך וכפר כו' ובמ"ש שם ה"ה שנראה שיש סתירה לדבריו ממ"ש רבינו כאן ושם יישבתי דבריו ודו"ק. ומ"ש ה"ה זה דעת רבינו וכן עיקר דאי לא הפוכי מטרתא למה לי פירוש דבריו הוא דאיכא מ"ד דחוזר אחר שפרעו ותובעו הלוה בעדים אלו ונפרע מן המלוה והכריח ה"ה כדברי רבינו דאין כאן אלא עסק שבועה דאי מהני עדותם להוציא מן המלוה אח"כ הוי הפוכי מטרתא ודו"ק:

הלכה ז

אבל אם בא לגבות מיורשיו ישבע כו'. עיין בתשובות הריב"ש סי' תצ"ד במ"ש וזאת תשובתי בענין נאמנות אם מועיל מן היורשים כו' ועיין בסי' קס"ט ותצ"א דמשמע דלא הכריח דלא מהני נאמנות גבי יורשים אלא היכא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דלא דייניגן תרי קולי וכסברת חכמי נרבונא שהביא הרז"ה אבל היכא שהמלוה חי פטר אותו משבועה מטעם דרוב הפוסקים ס"ל דנאמנות מועיל לגבי יורשים וצ"ע: **בא לגבות מן הלוקח כו'**. בתשובת הרא"ש כלל ע"א סי' ח' כתב דבשבועת לקוחות לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו והבו דלא לוסיף עלה וע"ש בסי' ו' דסותר דבריו אלו וצ"ע והרמב"ן ז"ל כפי מ"ש ה"ה סובר בדעת רבינו דאין נאמנות מועילה לגבי לקוחות אפילו קדם הנאמנות לשיעבוד וקשה דמה בין זה למ"ש ה"ה בשמו בהלכות אישות גבי שליח שהביא גט ואמר בנו"נ שגובה כתובתה דמספר כתובתה נלמוד שכתב לה לכשתנשאי לאחר תטלי כתובתיך והרי תנאי זה דומה לנאמנות וגבי נאמנות אינו מועיל ואמאי מועיל לגבי כתובה אצל לקוחות תנאי לכשתנשאי כיון דבלאו הכי לא היתה גובה בעדות השליח וי"ל דשאני תנאי דלכשתנשאי לאחר דהתם משום קביעות זמן הוא שהבעל קבע זמן הפרעון דכשיבא השליח ויאמר שגירשה בעלה או יבא עד אחד ויאמר שמת אותו זמן קבע לפרעון והו"ל כאילו התנה בכתובתה שכל זמן שרוצה לגבות כתובה בחיי הבעל שתגבה דגביא ממשעבדי משא"כ גבי נאמנות דלא שייך ודו"ק:

פרק טז

הלכה א

אמר לו המלוה זרוק לי חובי והפטר כו'. כתב ה"ה והקשה הרשב"א ז"ל לאוקימתא דזרוק לי חובי והפטר א"כ קרוב ללוה אמאי חייב ותירץ דכי קאמר ליה זרוק לי חובי בתוך רשותי קאמר כו'. והתוס' שם חולקים בדין זה שכתבו דלאוקימתא זו ברייתא דקתני קרוב ללוה חייב מיירי במפרש שיזרוק למקום שיוכל לשומרו יע"ש. ולדידי רבינו והטור (*א"ה סי' ק"כ) אזלי בשיטת התוס' ודו"ק. כתב במרדכי ס"פ החובל ראובן שהיה חייב לשמעון וכשהגיע זמן הפרעון אמר לראובן שיתעסק בהם למחצית שכר ונאנסו אח"כ ביד הלוה חייב בכל האונסין כמו בתחלה וע"ש שכתב שני טעמים והביא דין זה מור"ם סי' ק"כ ובר"ס קע"ו ס"א ומרן בסי' קע"ו סל"ה וסי' קפ"ג ס"ו ועיין בחידושי מהרש"ל ס"פ החובל ובתשובת בני יעקב סי' י"ב והדבר צריך תלמוד. (א"ה עיין לקמן בסמוך):

הא דאמרינן דבזרוק לי חובי והפטר דנפטר הזורק נ"ל דלסברת רבינו ישעיה שהביא הטור ס"ס י"ב דבמלוה בשטר מחילה בעיא קנין הכא מיירי במלוה על פה דאילו בשטר בדברים לא מיפטר דהכא מדין מחילה נגעו בה כן יש ללמוד מדברי התוס' בפ"ק דסנהדרין (דף ו' ד"ה) אינה צריכה ומדברי הרא"ש פרק המקבל שרצו להוכיח מהך סוגיא דמחילה א"צ קנין ודו"ק. כתב מהרש"ך ח"ב סי' י"א דאפשר דמטעם עבד לוה לאיש מלוה הוא דאמרינן דהלוה מעות מחבירו הן באחריותו עד שיגיעו לידו ואם זרקן בפניו ונאבדו חייב באחריותן והפריז על המדה הרב בזה דאין לו ענין עם עבד לוה לאיש מלוה כמבואר וזה ברור:

ראובן שהיה לו חוב על שמעון ואומר ראובן ללוי שימחול החוב שיש לו על שמעון והלך לוי ומחל את החוב נראה לי דמחילתו מחילה משום דשלוחו של אדם כמותו והו"ל כאילו המלוה עצמו מחלו אך מה שיש להסתפק הוא אם חייב לוי אי מדמינן ליה לאומר קרע כסותי דאמרינן דחייב כל שלא אמר והפטר ואע"ג דלא אמרינן דחייב אלא היכא דאתו לידיה בתורת שמירה מ"מ הא איכא הרמ"ה דאית ליה דאפילו דלא אתא לידיה בתורת שמירה כל שלא אמר לו והפטר א"נ נפקא מינה היכא דהכתיב הנכסים על שמו דאפשר דחשיב כבאו לידו בתורת שמירה וכל שלא א"ל והפטר חייב ולכאורה נראה דלא דמי דשאני שבור כדי וקרע כסותי דמסתמא אין אדם מוחל על נזקין ומסתמא שבור והתחייב אמר אבל באומר לחבירו לך ומחול חובי לפלוני אפשר דפטור דאימור איזה טובה עשה הלוה עם המלוה ומש"ה אמר לשליח שילך וימחול ומההיא דכתב

הרשב"א בתשובה דהאומר לחבירו מה שתעשה בשלך עשה בשלי והלך ומחל החוב לעכו"ם דחייב השליח משום דאין בלשון זה רשות דמחילה אין להכריח מכאן דאם היה לשון מחילה היה פטור דאפשר דטעמיה דהרשב"א הוא משום דלא אתו לידיה בתורת שמירה ואית ליה דכל דלא אתו לידיה בתורת שמירה אף שלא אמר לו והפטר אם קרע את כסותו פטור אך למ"ד דאף דלא אתו לידיה בתורת שמירה חייב וכן אם הכתיב עליו דחשיב כאילו באו לידו בתורת שמירה אפשר דמודה הרשב"א דאפילו אמר לו לשון מחילה דחייב כל שלא אמר והפטר ומה שחילקנו לעיל י"ל מההיא דכתב בעת"ה בשם מוהרי"ח דבאומר לחבירו בא ואכול עמי ואכל חייב משום דדמי לקרע כסותי כו' ע"כ. והנה אין ספק דמהרי"ח אזיל בשיטת הרמ"ה דאפילו לא אתו לידיה בתורת שמירה בעינא דלימא והפטר והנה אם איתא למה שחילקנו איך דימה אומה בוא ואכול עמי לאומר קרע כסותי אימא דשאני אומר לחבירו בוא ואכול עמי דאפשר דבתורת מתנה נותן דאפשר דקדם לו איזה דבר ומש"ה רוצה לתת לו מתנה אלא ודאי דמשמע דאית ליה דאין לחלק כמו שחילקנו ומיהו אפשר לומר דס"ל להרי"ח דכל שיש הנאה לשליח בדבר פשיטא דחייב ולא הביא אותה ראיה אלא לומר דאיך יתכן לומר שיתחייב האוכל מאחר שאכל ברשות המאכיל לזה הביא ראיה מקרע את כסותי ושבור את כדי דאע"ג דהשליח שבר ברשות המשלח כל שלא אמר לו והפטר חייב משום דאיכא אומדנא ואמרינן דכוונתו היא קרע ותשלם ה"נ באומר בא ואכול עמי שיש לו תועלת לשליח בדבר זה אמרינן דכוונתו היא אכול ותשלם ולפ"ז אין צורך למה שנדחק מהר"ח אלגאזי לומר דהרי"ח אית ליה כסברת הרז"ה דהא סברא הלזו היא סברא יחידית וכמבואר בדברי הפוסקים אלא שכוונת הרי"ח נראה דס"ל דבאומר בוא ואכול עמי כיון שיש לו הנאה באכילה לא פטרו אלא שהוקשה לו דהיכא מצינו שהשליח יעשה שליחות המשלח ויתחייב לזה השיב דמצינו דבאומר קרע כסותי חייב השליח ואף דהתם מיירי בבאו לידו בתורת שליחות מ"מ למדנו מיהא דמצינו שיעשה השליח שליחות המשלח ויתחייב ה"נ באומר בא ואכול עמי שיש הנאה לשליח אף שלא בא לידו בתורת שמירה חייב ואמרינן דכוונתו היא בוא ואכול ושלם באופן שעדיין יש מקום למ"ש דבאומר מחול לפרש דליכא הנאה לשליח ואיכא למימר דהמשלח ניחא ליה בהכי משום איזו טובה שקיבל מהב"ח דהשליח פטור, אך קשה מאותה שכתבו הגהות דשייכי לספר נזיקין סימן י"ב בשם מהר"ם דמי שהלך ופטר את הב"ח בשליחות המלוה והמלוה מכחישו דאין הלוה נאמן אפילו שיש לו מגו משום דהוי כמגו במקום עדים ומדמה לה לאומר אתה אמרת לקצץ דקי"ל דאינו נאמן אפילו במקום מגו ואי איתא למה שחילקנו

לא דמי כלל דשאני בקוצץ נטיעותיו דמסתמא לא אמר לו לקצץ דמש"ה אמרינן דאינו נאמן הקוצץ אפילו במקום מגו אבל במוחל דאפשר דניחא ליה במחילה משום דשמא קיבל טובת הנאה ממנו אימא דמהימן היכא דיש לו מגו וכיוצא בתשובה זו כתב הרא"ש בתשובה כלל נ'. שוב זכורני שכתב המרדכי בפרק החובל בשם מהר"ם מה שתעשה בשלך עשה בשלי ומטי עלה דכיון דהכתיבו על שמו הוי כבאו לידו בתורת שמירה דבעינן דלימא והפטר ולבסוף כתב דאין בלשון זה לשון מחילה וכמ"ש הרשב"א ונראה דלא פליגי מהר"ם והרשב"א מיירי בשלא הכתיבו וא"כ לא בא לידו בתורת שמירה וס"ל דכל שלא בא לידו בתורת שמירה לא בעינן דלימא והפטר ומש"ה לא מטי עלה אלא מטעמא דאין בלשון זה לשון מחילה אך מהר"ם ז"ל דמיירי שהכתיבו עליו החוב ומטי עלה מתרי טעמי וכדכתיבנא. עוד זכורני במרדכי בשם מהר"ם דמי שהיו בידו מעות בתורת הלואה ושוב אמר המלוה שיהיו למחצית שכר ונאנסו דחייב הלוה בכל ומטי בה מהך דקרע כסותי דאמרינן דכל שבאו לידו בתורת שמירה אינו מסתלק מחיובו עד דנימא והפטר ולפי מה שחילקנו היה מן הדין דבאומר יהיו למחצית שכר שלא יהיה באחריות הלוה פלגא פקדון דניחא ליה למלוה בהכי כי היכי דליהוי ליה חלק בשכר אלמא דס"ל דכל דאיכא איזה צד (*א"ה חבל על דאבדין ועיין לעיל בסמוך):

הלכה ב

היה ראובן חייב לשמעון מנה כו'. כבר כתב רבינו דין זה בפ"א מהלכות שכירות גבי פקדון דאם בא לחזור חוזר מטעם דאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר וכתב שם ה"ה דאם היה רגיל בעל הפקדון להפקיד אצל השליח שנפטר הנפקד אם בא לחזור אפילו בפקדון אינו חוזר ודברים תמוהים הם בעיני הרבה דמה ענין רגיל להפקיד בזה דהא פשע לשלוח פקדון של אחרים בדרכים דכל הדרכים בחזקת סכנה הם ואיהו גופיה הנפקד אם הוליך הפקדון ונאנס בדרך חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס מחמת הפשיעה חייב לכ"ע. אחר זמן רב מצאתי להרא"ם בתשובות ח"ב סימן ו' מסכים לדברי וצ"ע:

הלכה ג

טען לוי שהיה ראובן עני כו'. ראיתי בתשובת שאלה באחד מגדולי הדור שלפנינו (*א"ה הוא מהריט"ץ בתשובה סימן י"ט יע"ש) שכתב שאם הדבר ספק בין למלוה בין ללוה אם היה עשיר והעני או עני מעיקרו כיון שהוא מלוה בשטר כמ"ש ה"ה עליו דלוה לברר שהיה עשיר והעני ואם לא בירר משלם. ודייק דברי ה"ה שכתב ואם יש ספק בדבר על שמעון להביא ראיה ופירש שכוונתו שיש ספק לב"ד מחמת עצמו של דבר לא מחמת טענת הלוה והמלוה וטען לוי שכתב רבינו ל"ד. עוד הכריח פירוש זה דאי בטען לוי הוי

טענת ברי בדוקא למה לא חייב שבועה ללוי ליטול וניחא ליה דאפילו בטענת שמא נוטל לוי ולכך בטענת ברי אינו זקוק לשבועה אבל דינו לדעתי אינו לדעת רבינו ז"ל שהרי סיים לא יהא אלא שובר כו' וגבי שובר ע"כ הלוה והמלוה טוענין ברי. ודיוקו של ה"ה אינו כלום שהרב לא חידש בדברי רבינו אלא שהחוב הוא בשטר ודו"ק. ומה שהכריח מדלא כתב ישבע לוי יש לדחות שלא בא רבינו ללמד אלא על מי מוטל הראיה אבל לענין שבועה אין אנו צריכים למודעי דה"ז כאומר פרעתיך השטר וזה אומר לא פרעתני דחייב המלוה לישבע וכבר כתבו רבינו במקומו בפי"ד מהלכות אלו דין ב' גם מה שלמד מזה דאם לא נתקיים כתב השליח אף שיש ביד הלוה כתב המלוה מקויים שכתב שלח ע"י פלוני חייב הלוה לשלם לדעתי אין דינו אמת ואין כאן מקום להאריך ודו"ק:

הלכה ז

ראובן שהוציא שטר חוב על שמעון וכו'. דברי מהריק"א ז"ל תמוהים דנשבע היסת ונפטר קאי ללוי שטענו ראובן שמכרו לו בכתיבה ומסירה וכן פירש ה"ה ז"ל והרב השיאו לשמעון עם לוי ואין טעם וענין לפירוש זה והמשכיל יבין ודו"ק. ומ"ש עוד איני מבין הכרע זה כו' באמת שדברי מהריק"א מרפסן איגרי ואחר המחילה רבה לא נתכוון בכוונת דברי ה"ה דמה שדייק הוא ממאי דכתב רבינו טען לוי שלא מכר ולא נתן מכלל דעד השתא קאי רבינו בטען לוי שמכר ונתן ומשום האי הוא שכתב הרב הודה לוי שפרע ישלם לוי לראובן ואי מהני טענתו לומר שנפרע קודם שמכר או נתן למה גבי טוען שנתן משלם כלום שהרי נתן מה שאינו שלו זה מה שדייק ה"ה ודברי מהריק"א תמוהים הם וצ"ע ואי לדידי צייתי לאו הרב חתים עלה ואיזה תלמיד כתבו גם את הראשון גם את השני. ומ"ש ה"ה ומיגו דאי בעי מצי מחיל כו' י"לד בדברי ה"ה דאמאי איצטריך טעמא דמגו דאי בעי מחיל דהא סברת רבינו היא דאם טען הלוה ישבע לי המלוה שלא נפרע צריך לישבע ואם לאו אינו גובה הלוקח וכיון שכן בלא טעם מגו ישלם ואפשר לומר דלשיטת ה"ה ז"ל ניחא דסובר דכיון דמשום מגו דאי בעי מחיל נאמן א"כ אינו נאמן לומר שנפרע קודם דהא אי בעי מחיל השתא הוי וכיון שכן חייב בכל דמי השטר אבל כל שלא טען שנפרע אלא דאינו רוצה לישבע אינו חייב אלא בדמים שנתן דהא אינו מודה שנפרע אלא דאינו רוצה לישבע ולפיכך יחזיר מה שנטל ודו"ק:

הלכה ט

היו עדים על הכתב כו'. כתוב בתשובת הרא"ש כלל ע"ו סי' א' וז"ל השובר כשר אע"פ שלא הוזכר בו לא עדי השטר ולא זמנו כיון שסכום המעות של השטר והשובר שוים. ומ"ש הר"ב כיון שסכום השטר והשובר שוים נתבטל השטר לאו למימרא שצריך להזכיר

סכום החוב בשובר אלא למעוטי שלא יהיה סכום השובר יותר על חוב השטר והראיה שהביא הכי מוכחא שבאומר שט"ח של יוסף בן שמעון פרוע דיו. וכן מצאתי בתשובה כ"י למהר"ר יחיאל באסאן ז"ל שפירש כן דברי הרא"ש אלא שמצאתי להר"ב התרומות שער כ"ו ח"א סימן ג' היפך מזה דהצריך הרב שסכום המעות שיהיו שוין בשטר ובשובר ואי לא לא מהני שטרא יע"ש. שוב דקדקתי עוד בדברי השואל ומשמע דבשובר נמי לא הוזכר זמנו. אמרתי אפשר דכיון דאיכא לספוקי בשובר עצמו אם נכתב קודם זמן השטר ואת"ל אחר זמן השטר נכתב שמא על שטר אחר נכתב בהא הוא שהצריך הרב שיהא סכום השובר והשטר שוים אלא שראייתו מההיא דשני יוסף בן שמעון לא סלקא כהוגן ויש לדחותה דמש"ה לא איצטריך התם זמן השטר ושם העדים משום דזמן השובר מוכיח שנעשה אחר שלוה משניהם סוף דבר הרב ז"ל הכניס לנו מבוכה גדולה בלבנו בכוונת דבריו ומצאתי לו ז"ל בכלל ס"ח סי' י"ט שכתב בענין כיוצא בזה וז"ל הלכך כל שטר היוצא בשם ראובן עליהם מחזיקנן ליה לפרוע ע"כ. משמע דקפיד הרב שיהא השובר מוכיח שנכתב אחר שטר ההלואה ואין כאן מקום להאריך עוד ובמקום אחר הארכתי ודו"ק. (*א"ה חבל על דאבדין רק את זה מצאתי להרב המחבר שכתב על דברי הרא"ש בכלל ס"ח וז"ל) נראה מדברי הרב ז"ל שצריך שיעידו העדים בבירור שזמן העדאתם הוא אחר זמן השטר הא אם לא זכרו העדים זמן הודאת המלוה תלינן שהשטר נכתב אחר השובר משום דאיכא תרי ספיקי ספק אם קדם השובר לשטר ואת"ל שנכתב אחר השטר שמא ההודאה היא על חוב אחר וזה השטר לא נפרע וחשיב שפיר תרי ספיקי כההיא דאמרינן באומר פ"פ מצאתי דאם אשת ישראל היא מותרת דאיכא ספק תחתיו ספק אינה תחתיו ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון עכ"ל (ועיין לעיל פי"ד מהלכות אלו דין ט'):

פרק יז

הלכה ג

מת הלוה תחלה וכו' ואין אדם מוריש שבועה לבניו. מימרא דרב ושמואל בפרק כל הנשבעין וכתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ו סימן י"ב על יתומים שהוציאו שט"ח על ראובן שמת ולא מצאו לו אלא נכסים שמכר בחיי אביהם לשמעון מהו מי אמרינן כבר נתחייב אביהם שבועה לשמעון הלוקח כיון שבחייו לקח ואין אדם מוריש שבועה לבניו או נאמר שלא נאמר זה אלא דוקא לגבי יתומים מן היתומים והבו דלא לוסיף עלה והשיב דדמיא להא דאתמר בפרק כל הנשבעין ההוא דשכיב ושביק ערבא כו'. וקשיא לי טובא

בהא מילתא במאי קא מיירי אי נדון זה הוי שמת לוה בחיי מלוה היינו דרב ושמואל ממש ואי אמרינן כיון שאין לו נכסים ללוה נמצא דאין זה בא ליפרע מנכסי יתומים כיון שלא ירשו כלום א"כ איך חזר וכתב דדמי לערבא דהא כיון שלא ירשו כלום איך יחזור הלוקח אצל יתמי ואי בדירשו איך מצי ב"ח לחזור על הלוקח דאין נפרעין ממשועבדים במקום בני חורין. וגם במת מלוה בחיי לוה לא מיתוקמא נדון זה וצ"ע. אחר ימים חזרתי לדקדק בדברי הרב ומצאתי להריב"ש בתשובה סימן תפ"ג שכתב בסגנון זה של הרא"ש ושם ביארתי בארוכה דרך הגדולים ובכאן אכתוב בקיצור דהכא במת מלוה בחיי הלוה היא וכיון שהשבועה נוגעת היום לגבות מן היתומים אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ומאי דמיעטו בגמרא פוגם שטרו ומת היינו בחיי הלוה אבל אם מת הלוה אחר מיתת המלוה ועדיין לא נשבע שבועת היורשים לגבות כיון שבשעת השבועה היא להוציא מהיורשים של הלוה חזר הדין דאין אדם מוריש שבועה לבניו ובזה יתיישבו דברי הרא"ש ז"ל ודו"ק. (*א"ה הא לכם מ"ש הרב המחבר ע"ד הריב"ש הנזכר):

כתב הריב"ש בסימן תפ"ג וז"ל ואע"פ שבנדון זה ג"כ הלוה שהוא הבעל מת והלקוחות חוזרים על יורשיו והו"ל כבא ליפרע מן היורשים כו'. ודברי הרב תמוהים הרבה שהרי בנדון זה מת המלוה תחלה ואח"כ מת הלוה ומה לנו אם הלקוחות חוזרים על היתומים אפילו מיתומים עצמן נפרעין כשלא נתחייב המלוה שבועה והיינו מתני' וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה ואוקמוה בגמרא אליבא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים ובמת מלוה ואח"כ מת לוה ומה שהביא הרב נמי סברת האומרים דבערב נמי אין נפרעין מן הערב משום דערב בתר יתמי קא אזיל אפילו שלא הניח הלוה נכסים ומה שחילק הרב בין ערב ללוקח היינו במת לוה בחיי מלוה דכבר נתחייב מלוה שבועה כבא ליפרע מן היתומים ובהא הוא שחילקו כמ"ש כל זה הבעה"ת בשער י"ד אבל במת מלוה תחלה לא הוזקקו לזה ודברי הרב צ"ע. שוב דקדקתי למצוא טעם לדבריו כי לא נאה לרב כמותו להוציאו חלק ונראה שדעת הרב ז"ל שכל שהשבועה שייך ליתמי שייך לומר אין אדם מוריש כו' אע"פ שמת מלוה בחיי לוה ומאי דאתמר בגמרא הבו דלא לוסיף עלה גבי פוגם שטרו ומת היינו דוקא שהלוה קיים שנשבעין שבועת היורשים ונוטלין מהלוה אבל אם מת הלוה בינתים אחר מיתת המלוה כיון שלא נשבעו בחיי הלוה היינו דרב ושמואל דאין אדם מוריש כו' לגבות מהיתומים ולכך בנדון זה שמת הלוה בסוף ובאים לגבות מהיורשים כיון שהיא שבועת המשנה דהבא ליפרע מנכסים משועבדין ולוקח בתר יתמי אזיל כההיא דשכיב ושביק ערבא הוזקק הרב ז"ל לכל הני חילוקי שלא הניח הלוה כלום ולחלק בין ערב ללוקח ומה שחילק תחלה הרב בין שבועת פוגם ועד

אחד מעידה שהיא פרועה לשבועת הבא ליפרע ממשועבדים היינו לגבי הלוה כשהוא חי למ"ד דבכולהו שבועת המשנה אמרי' אין אדם מוריש כו' שהיא שבועת הלקוחות ונפרעין מן הלוה עצמו בשבועת היורשין אבל לגבי יורשי לוה כיון שהשבועה היא ללקוחות דאזלי בתר יתמי לא מהני ואין ספק אצלי שזו היא כוונת הרב בפירוש האי שמעתתא ודו"ק ועל דרך זו מתפרשים אצלי דברי הרא"ש (*א"ה בתשובה הנזכרת) שהולכים דבריו כעין דברי המחבר וסגנון אחד עולה לשניהם על הדרך שכתבתי ודו"ק:

כתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ו סי' ד' וז"ל אבל ממון שאדם מוחזק בו וחייב עליו שבועה כדי שלא לשלם אותו הממון ומת קודם שנשבעו עליו היורשין מחזיקין מה שבידם בלא שבועה וראיה משטר כיס היוצא על היתומים כו' ולא ידעתי מה ראיה מייתי הרב מההיא דשטר כיס להוכיח דבבאים היורשים להחזיק במה שבידם שנפטרים בלא שבועה דההיא היא בשבועת המלוה הבא להוציא וכן הראיה האחרת דיפה כח הבן הוי דכוותה שבאים היורשים להוציא וצ"ע:

כתב מהריט"ץ בתשובה סימן ל"ד וז"ל ואע"ג דכתב הטור סימן ק"ח וכגון שהלוה קיים אבל מת לוה בחיי מלוה היינו יתומים מן היתומים דאין אדם מוריש שבועה לבניו הרי משמע דגם פוגם שטרו ומת אמרינן ביה אין אדם מוריש שבועה לבניו כו' ולא אדע שאול לפי שלא ידעתי מה ראה הרב בדברי הטור שבא לידי מדה זו לכתוב שני דפים על קו תהו ובבני בהו ואולי אין אלו מדברי המחבר ואיזה תלמיד טועה כתבו והיותר מתמיה היא מ"ש דאיכא נפקותא היכא דהימניה עליו ועל יורשיו ולא כתב בין בכולו בין במקצתו דלדעת י"א שכתב בעה"ת לא מהני אלא בטוען לא נפרעתי כלום אבל בפוגם לא הימניה ובהכי כתב לקמיה ושמא תאמר כו'. ובאמת קשה מאד איך יצא מפיו דברים זרים כאלו דסוף סוף מה מועיל דכתב נאמנות מיורשיו דלא הימניה אלא דוקא בכולו ולא בפוגם ואי פגם ומת לוה בחיי מלוה חזר הדבר לשטר שאין בו נאמנות כיון דלא הימניה במקצתו ואין אדם מוריש שבועה לבניו והיינו דינא דרב ושמואל ממש ובודאי לא דקדק במה שהוציא בשפתיו וצ"ע:

הלכה ח

יורש קטן שהיה שטר חוב לאביו וכו'. נראה בעיני דאם השובר הוא על מקצת החוב אף לסברת הר"י ן' מיגאש חוששין לשובר זה וקורעין שטרא דאפילו היה בא לב"ד היו כותבין לו שובר. אבל כשהשובר הוא על כל החוב ע"כ פרעו בין דיליה לדיליה ונקיט שובר והיה לו לתובעו אח"כ כדי לקרוע את השטר אי טען שנאבד ויחרימו ב"ד על מי שיש לו שטר ואינו מוציאו מה שאין לומר כן כשפרע מקצת חובו ודברים ברורים הם.

ועל מ"ש ה"ה ועוד כתב אפילו מתקיים בחותמים ואפילו מפי העדים כו' באמת יש לדון הרבה בדברי הרשב"א דכתב דמפי עדי השטר נמי לא מהני מטעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. ויש לשאול אי סבר כמ"ש רבינו בפ"ח מהלכות עדות דעדי השטר כשבאים לקיים חתימתן צריך ע"כ שיהיו זוכרין ענין השטר או ע"י עצמם או ע"י אחרים שהזכירוהו אחרים אבל אם אינו זוכר העדות אסור לו להעיד על חתימתו א"כ מפי העדים אמאי אין מקבלין כיון דקי"ל מקיימים את השטר שלא בפני בעל דין הרי כשבאים לקיים חתימתן עכ"פ זוכרים מעשה השובר שנעשה בפניהם וכבר בטל חשש זיוף משובר זה. אלא ע"כ לומר דלא סבר כרבינו אלא יכולים להעיד על כתב ידם אפילו אינן זוכרים כלל ולכך לא יצאנו מידי חשש זיוף אלא כשאומרים אנו חתמנוהו כו' ויצא מזה שאין דינו מוסכם שהרי יש הרבה סוברים כרבינו. ואפשר דאפילו ס"ל כרבינו משכחת לה כשנתקיים תחלה ע"י אחרים ואח"כ באו עדי השטר עצמם וקיימוהו ואמרו זה כתב ידינו כיון שנתקיים תחלה וא"צ עוד לעדותם הו"ל כעדות על פה ואין מקבלים עדותם. ויש ראיה לזה ממ"ש הנ"י בפרק חזקת בשם הריטב"א עלה דמתני' דשלשה אחים ואחד מצטרפים לעדות חזקה עיין עליו. אלא דאם זו כוונת הרשב"א סתם מאד דבריו והיה לו לברר ולא נעלם ממני כי הוא דחוק בלשון וצ"ע. שוב דקדקתי במה שכתבתי דמשכחת לה שנתקיים ע"י אחרים ושוב באו עדי השטר והעידו כו' ואין מקום לזה דכיון דכל שנתקיים ע"י אחרים לא מהני דאימור ציורי צייריה כי באו עדי השטר עצמם ודאי עדותם דוקא הוא שמקיים בשובר כיון שזוכרים ההלואה והראשונים כלא חשיבין ודו"ק:

פרק יח

הלכה א

הרי זה גובה מכל הקרקעות כו'. כתב הטור ר"ס קי"א אבל אם קנה קרקע והתנה עמו המוכר ע"מ שלא יחול עליו שום שיעבוד אינו מועיל וב"ח גובה ממנו. וכתב הר"ב ג"ת שער ו' (דף מ"ד ע"א) וז"ל ולדידי קשיא לי מאי דמסיק הטור דאם קנה קרקע בתנאי זה אינו מועיל ולא ידענא למה ישתנה דין המוכר מדין המתנה בענין קיום התנאי כו' ואשתמיט ליה תשובת ה"ר יהודה בן הרא"ש ואחיו ה"ר יעקב שהביא מרן ס"ס צ"ט דחלקו בהדיא בין מכר למתנה ונתנו טעם לדבר יע"ש. כתב המבי"ט ח"א סי' צ"ה וק"ו דהמוכר שדהו וזקף הלוקח דמי המקח עליו לפורעם לזמן דגובה המוכר דמי המקח מלקוחות אף שהוא על פה ומטי בה מההיא דאמרינן המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים

משועבדים ואין דבריו נראים בעיני כלל:

כתב הרא"ש בתשובה סוף כלל ע"ד וז"ל וממנה תבין שאלתך שיכול ליתן לבן ללאה בתו נכסיו במתנה באיזה תנאי שירצה והמתנה תהיה בלשון זה שנותן כל נכסיו ללאה בתו הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה ויהיו שלה לכל דבר חוץ מדבר שלא ישתעבדו לב"ח כו'. וכפי הצעתן של דברים נראה שבת לבן היא יורשת אביה וכן משמע ממרוצת השואל שכתב שחושש לבן שכשילך לבית עולמו יפלו הנכסים לפני בתו כו' וא"כ קשה דאין תנאי הזקן תנאי דכשיבא הב"ח לגבות נתבטלה המתנה למפרע ותזכה הבת מחמת ירושה ובעל חוב טריף מירושתה וכ"כ בפירוש בתשובה להרמב"ן והרב עצמו לעיל כתב כן ודו"ק:

כתב הריב"ש סימן תי"ג וז"ל ומכל מקום בהטפסה זו עם האחריות נתנה לכתוב וגובין בו אף ממשעבדי לפי שמוכיח מתוך המתנה שנתקיימה על דעת ליתן ממנה הטפסה לאשת המקבל כו'. ואני מהסס בזה דאף שדעתו כן הוא אין בידו להפסיד הלקוחות שלא כדין וצ"ע:

הלכה ב

אבל המטלטלין אין עליהם אחריות כו'. כתב הר"ב פ"מ ח"א ס"ס י"ד וז"ל ולא עוד אלא דמטעמא אחרינא נמי ליתא לע"ד תקנת השוק בנ"ד דהרי כתב הרא"ש כו' דבמילתא דלא שכיחא כגון מכירת שטרות לא תקנו תקנת השוק כו' יע"ש וגדולה מזו כתב מהר"ם אלשיך בתשובה סימן קנ"ד דלא תקנו תקנת השוק אלא כשיצאו המטלטלין מרשות נותן ובאו ליד הלוקח או מקבל מתנה אבל כשהם עדיין ביד הנותן לא. אך הרב ש"ך סי' קכ"ו לא ס"ל חילוק זה וכן נראה שהוא דעת הר"ב תורת חיים ח"ב סי' ז' יע"ש:

הלכה ה

עשה שורו אפותיקי כו'. בפרק חזקת מימרא דרבה וכתבו התוספות בפרק בתרא (דף מ"ט) ד"ה הוא ואשתו דדוקא מכרו אבל נתנו ב"ח גובה ממנו אך הרשב"א סי' תרי"ח כתב דה"ה דאם נתנו אין ב"ח גובה ממנו ועיין בב"ח סי' קי"ז מ"ש בשם המרדכי הארוך יע"ש ועיין בתשובות להרמב"ן סי' נ"ו במ"ש שאם אי אתה אומר כן אף העושה שורו אפותיקי ומכר יהא הלוקח וכו' כי לא ירדתי לסוף דעתו בראיה זו וצ"ע:

הלכה ו

וכן אם הקדישו שהחמץ והשחרור וההקדש מפקיעין מידי שיעבוד. גרסינן גמרא אמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד. והנה במימרת רבא הלזו נתחבטו בה הראשונים ז"ל ומקשו בה מההיא דתנן בפרק שום היתומים המקדיש נכסיו והיתה עליו

כתובת אשה ר"א אומר כשיגרשנה ידיר הנאה אלמא אין ההקדש מפקיע מידי שיעבוד וכן הוקשה להם מהאי דאמרינן בפרק גט פשוט שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפ' בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש וכן הוקשה להם מההיא דאמרינן בפרק שבועת הדיינים אבל נשבעין לקטן ולהקדש ומפרש בגמרא מאי להקדש להפרע מנכסי הקדש ומכח קושיות הללו כתב בעל התרומות בשער מ"ג ח"ג סימן א' דיש מי שתירץ כי לא נאמרו דברי רבא אלא כשהקדיש הקדש שיש לו קדושת הגוף כגון שור או בהמה הראויה ליקרב על גבי המזבח אבל קרקעות ומטלטלין ומעות שיש לב"ח ולאשה עליהן שיעבוד ואין ראוי לחול עליהם אלא קדושת דמים לא אלים כח הקדש לאפקועי ממונייהו והקשה בעה"ת א"כ דמילתא דרבא בקדושת הגוף איתמר כגון שור או בהמה בלבד מאי רבותא אתא לאשמועינן טפי ממאי דאמרה חדא זימנא דאמר עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה הימנו מה לי מכרו ומה לי הקדישו וכי יעלה על הדעת שלא יהא כח הקדש חמור מכח הדיוט ומשום הא מוקמי למילתיה דרבא בכל ענין ולזה יש תירוץ דהא אשמעינן טפי דאע"ג דבהדיוט אי אקני ליה שור אגב קרקע אמרינן דאית ליה קלא וגבי ליה מיניה דלוקח אי אקדשה קדושת הגוף אין ב"ח גובה ממנו ע"כ. ויש להסתפק במ"ש דהקדש דמי למכר וכי היכי דאין ב"ח גובה ממטלטלין שמכר הכי נמי אין גובה ממטלטלין שהקדיש אם הוא דוקא בהקדש דקדושת הגוף אבל הקדש דמים לא דמי למכר כיון שאין גופו קנוי להקדש והיינו דכתב בעה"ת ומשום הא מוקמי למילתיה דרבא בכל ענין כלומר דכיון דרבא מירי בהקדש דמים אשמעינן רבותא דאע"ג דלא דמי למכר מ"מ מפקיע מידי שיעבוד אבל למאן דמוקי לרבא בקדושת הגוף קשה דפשיטא דלא גרע ממכר או דילמא דאף קדושת דמים דמי למכר אלא דלמאן דמוקי למילתיה דרבא אף בקדושת דמים ניחא דאפשר דמיירי בהקדיש קרקע ואשמעינן דאע"ג דאם מכרו אתי ב"ח וטריף ליה אפילו הכי אלים כח ההקדש ומפקיעו מידי שיעבוד אבל למאן דמוקי למילתיה דרבא דוקא בקדושת הגוף קשה כיון דע"כ לא מיירי רבא אלא בהקדיש שור או בהמה הראויה ליקרב על גבי המזבח וא"כ מאי אתא לאשמועינן פשיטא דלא גרע ממכר. אך כד מעיינינן שפיר נראה דמילתא דפשיטא היא דאף הקדש דמים דמי למכר וכ"כ מרן סימן קי"ז על מ"ש הריב"ה כגון ששיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי כלומר שאם לא שיעבדן לו אגב קרקע הא קי"ל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין ב"ח גובה ממנו וה"ה להקדישו קדושת דמים דאין ב"ח גובה ממנו וכ"כ הב"ח שם וכ"כ מוהרימ"ט בחי"ד סי' נ"ד וכן נראה מדברי בעה"ת יע"ש:

הלכה י

ואם א"ל אלו המאה דמי השדה שטרפת כו'. עיין במ"ש ה"ה ומוהרש"ך בח"א סי' קכ"ד כתב בענין קרוב לזה אלא שהפריז על המדה וכתב דברים שאין ראוי לשומעם יע"ש:

פרק יט

הלכה ה

והניזקין טורפין מן העידית כו'. אם ניזקין יש להם קול לטרוף ממשעבדי עיין במ"ש התוס' פ"ק דב"ק [דף ח'] ד"ה כולן ובנ"י שם באותה סוגיא ובמ"ש ה"ה בפירקין והביאו מרן סימן קי"ט ס"ט ועיין בסוגיית הגמרא ס"פ גט פשוט [דף קע"ה] דמוקמינן לברייתא דהחופר בור בר"ה דוקא בשעמד בדין הא אם לא עמד אינו גובה אפילו מיורשין ולכאורה קשה למ"ד דניזקין קול יש להם וגובה אפילו ממשעבדי. אך המעיין היטב במ"ש התוס' פ"ק דב"ק [דף י"ד] ד"ה שמע מינה יתיישב לו ועיין במ"ש מרן סימן ס"א סל"ז ועיין ברבינו ירוחם נתיב ל"א הביאו מרן ס"ס קי"ט יע"ש. ועיין בהג"ה עלה דהך ברייתא. (*א"ה בפ"ק דב"ק ת"ר מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד כו' יע"ש) ועיין בנ"י שם ודו"ק:

הלכה ח

מי שלוה מאחד ואח"כ מכר הלוה נכסיו וכו'. ה"ה ז"ל פירש דברי רבינו כשביאר דבריו ואמר כל זמן שהוא בידך וקשה דא"כ כשטרף המלוה מלוקח שני היאך יכול לוקח ראשון להוציאה מתחת יד הב"ח אי משום דין ודברים אין לי שכתב לו הא מכרה ראשון לשני ותנאו לא היה אלא כל זמן שהוא בידו ואי משום אחריות לוקח שני מן הראשון א"כ אפילו בתחלה לא יטרוף הב"ח מהשני דמה מכר ראשון לשני כו'. וגדולה מזו כתב הרשב"א ז"ל גבי הפקחים היו כותבים כל זמן שאת עמי דאם גרשה והחזירה אין לה עליו כלום דלא התנה אלא מנשואין אלו והביא ראיה מבן לוי וכעת צ"ע:

ומ"ש עוד ה"ה וז"ל ועוד אני מוסיף לומר שאין אנו צריכים לטענה זו כו' והאי דלא אמרינן הכי גבי מי שאבדה לו דרך שדהו לדעת ה"ה דחשיב ליה שתי טענות היינו דבכל חד וחד איכא לספוקי אי דרכו אצלו ומשום ספיקא לא מפקינן מיניה ולכך לא שייך לומר מה מכר ראשון לשני. ואף דרבינו ז"ל תפס שתי הטענות בפט"ו מהלכות טוען ונטען גבי מי שאבדה לו דרך שדהו אין דעת ה"ה ז"ל כן ומה שנ"ל בדעת רבינו הוא דב"ח האומר ללוקח דין ודברים אין לי עמך אין כוונתו אלא כל שהוא בידו דוקא וזה כלל בדיני ממונות כל דמסתלק מדבר שהוא תחת שיעבודו מרצונו ומדעתו תפסינן פחות

ממה שיש במשמעות דבריו. ומהאי טעמא הוא דאמרינן גבי הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסייך דיינינן לשונו למעט הסילוק כל מה שנוכל ואמרינן דלא סילק אלא אם מכרה ונתנה ואם סילק מפירות יש לו פירי פירות וזהו שאמרו בגמרא ואימא מכל מילי סילק והיתה התשובה יד בעל השטר על התחתונה ואף רב אשי שתירץ בנכסייך ולא בפירותיהן כבר כתבו דאינם חולקים בענין דינא:

פרק כ

הלכה ב

לוה וכתב לו שאני עתיד לקנות כו' אין דין קדימה במטלטלין. כתוב בתשובת הריב"ש סי' רס"ט וז"ל בדין תורתנו אין בעל חוב בחובו כו' צריכין לתת ערבים ממה שמגבין להם ב"ד אלא ב"ד יורדין לנכסי הלוה או הבעל ופורעין אותם מנכסיהם ואם יבאו ב"ח קודמין הרי אם פרעו לראשונים ממטלטלין מה שגבו גבו וכו' והרב לא חייש דלמא כתב לראשון מטלטלי אגב מקרקעי דלקמא משתעביד ולא לב"ח מאוחר משום דכיון דאין כאן בפנינו ב"ח מוקדם שמעכב גביית ב"ח מאוחר אין לחוש לזה לעכב גביית השני. אבל אם יש בפנינו ב"ח מוקדם שלא הגיע זמנו וב"ח מאוחר שהגיע זמנו אם כתב לראשון מטלטלי אגב מקרקעי אז יכול הראשון לעכב דלמא שמיט ואכיל ולא מצי ראשון לגבות כשיגיע זמנו. (*א"ה עיין טח"מ סימן ע"ג ס"י) ובהכי מתפרשין לי דברי הרשב"א בתשובה סימן אלף קי"א. והרב המחבר לא דקדק בזה כיון שבנ"ד לא שייך דעכשיו אין כאן תובע ראשון ובסתמא לא חיישינן ודו"ק:

מי שהיו לו קרקעות ולוה וחזר ולוה והיו ב' הלואות בשטר הדין פשוט שהקודם בזמן קודם לגבייה. ואם היה הקודם מלוה על פה בזה איכא פלוגתא דרב האיי סבר דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת ורב אלפס חולק בזה משום דס"ל דשיעבוד דינו כמכר ומש"ה כתב דמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה על פה מוקדמת ואם לאחר שלוה משניהם בשטר קנה קרקעות בין אם כתב לשניהם דאיקני בין לא כתב לשום אחד דאיקני הדין פשוט שיחלוקו. ואם המלוה האחת היא מלוה על פה אם במלוה בשטר לא כתב דאיקני נראה דהדין פשוט שיחלוקו ואפילו לרב אלפס דס"ל דשיעבוד דינה כמכר משום דכל היכא דלא כתב דאיקני וקנה קרקע אח"כ חשבינן ליה להיא מלוה בשטר כמלוה על פה וכמבואר בפרק מי שמת (דף קנ"ז) דמקשינן מלוה על פה הוא ורב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות. ואם כתב למלוה בשטר דאיקני נראה דתלוי בפלוגתא דרב האיי ורב אלפס דלרב האיי דלא

ס"ל דשיעבוד דינו כמכר נראה דיחלוקו ולרב אלפס דס"ל דשיעבוד דינו כמכר זכה בעל השטר. ואם לוה משניהם בשטר אלא שלאחד כתב דאיקני ולשני לא כתב דאיקני וחזר וקנה כתב הר"ב כ"מ דיש מחלוקת בזה דאיכא מ"ד דיחלוקו ואיכא מ"ד דלמאן דכתב דאיקני משתעבד ונראה שגם זה תלוי במחלוקת רב האיי ורב אלפס דמ"ד דיחלוקו סבר כרב האיי ובר פלוגתיה ס"ל כרב אלפס. ואם לוה מאחד בשטר וכתב לו דאיקני וקנה וחזר ולוה הדין פשוט שהראשון קנה. ואם לוה מאחד בשטר ולא כתב לו דאיקני וקנה וחזר ולוה נראה דלרב האיי הראשון זכה ולרב אלפס השני זכה. ואם היה לו קרקעות ולוה וחזר ולוה וכולם היו על פה בזה גם כן יש מחלוקת דאיכא מ"ד דיחלוקו ואיכא מ"ד דהקודם בזמן זכה ומ"ד יחלוקו ע"כ ס"ל כרב אלפס דאי כרב האיי תיקשי דהשתא למלוה בשטר קודמת למלוה ע"פ לכ"ש:

ומ"ש רבינו לוה וכתב לו שאני עתיד לקנות משועבד לך ואח"כ קנה שדה וחזר ולוה מאחר הרי השדה משועבד לראשון והוא קודם לגבות. מדבריו אלו נראה דס"ל כרב אלפס ומש"ה דוקא אם כתב לראשון דאיקני זכה אבל אם לא כתב דאיקני זכה השני וכמו שכתבנו לעיל דאי ס"ל כרב האיי אפילו אם לא כתב לראשון דאיקני זכה הראשון לפי זה קשה על ה"ה שכתב שדעת רבינו כרב האיי אשר על כן נראה דס"ל לה"ה דעד כאן לא קאמר רב האיי דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת אלא בקרקעות שהיו לו קודם שלוה דכיון דשיעבודא דאורייתא הרי הקרקעות נשתעבדו תחלה למלוה על פה ואף שאם מכרם לא היה טורף מן הלקוחות היינו משום פסידא דלקוחות אבל כשבאו לגבות מיניה פשיטא דקודמת דלגבי מלוה בשטר ליכא טעמא דפסידא דלקוחות אבל בקרקעות שקנה אחר שלוה דלא נשתעבדו למלוה על פה פשיטא דמלוה בשטר קודמת כיון דמלוה בשטר נשתעבדו ולמלוה על פה לא נשתעבדו ולפיכך כתב רבינו לוה וכתב לו שאני עתיד לקנות דאי לאו הכי השני זוכה משום דלראשון לא נשתעבדו משום דלא כתב דאיקני ולשני נשתעבדו כיון שהיו בידו כשלוה וכן נראה מדברי הרב בעל התרומות בשער ס"א ח"ב דטעמא דרב האיי הוא משום דס"ל דשיעבודא דאורייתא ולא ס"ל דשיעבוד דינו כמכר אבל היכא דליכא שיעבוד פשיטא דהמלוה שיש בה שיעבוד קודמת ולא משום טעמא דשיעבוד דינו כמכר ולפי זה היכא דלוה מאחד בעל פה או בשטר ולא כתב דאיקני ומאחד לוה בשטר וכתב לו דאיקני וחזר וקנה דכתבנו לעיל דלרב האיי יחלוקו ליתא אלא אף רב האיי יודה בזה דלמלוה בשטר יהבינן כיון דמשועבד ליה. וכן נמי אם לוה מאחד בשטר ולא כתב דאיקני וקנה וחזר ולוה דכתבנו לעיל דלרב האיי הראשון זכה ליתא אלא אף רב האיי יודה בזה דהשני זכה כיון דמשועבד

לו ולראשון אינו משועבד:

ולפי זה קשה על מ"ש הר"ב כ"מ שמדברי רבינו נראה שאם לוה וכתב לו דאיקני וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאיקני ואחר כך קנה נכסים שיחלוקו וכ"כ בספר צרור הכסף שזה דעת רבינו ולפי זה נראה דהיכא דלוה ולא כתב לו דאיקני וקנה וחזר ולוה דלראשון משתעבד וכמו שכתבנו לעיל דכי היכי דלא מהני טעמא דלזה משועבד ולזה אינו משועבד להיכא שקנה אחר שתי ההלואות ה"ה דלא מהני להיכא שקנה בין שתי ההלואות וזה תימה שמדברי רבינו נראה שאם לא כתב לראשון דאיקני וקנה וחזר ולוה שלא זכה הראשון:

ונראה לומר דהאי טעמא דשיעבוד שכתבנו לא מהני אלא לענין קדימה כגון אם לא כתב לראשון דאיקני וקנה וחזר ולוה דלא נימא דהראשון זכה משום דזמנו מוקדם כיון דלא נשתעבד לו וטעמא דמסתבר הוא משום דטעמא דהקודם בזמן קודם בגבייה הוא משום דאומר הראשון לשני אתה כשהלוית כבר היו הקרקעות משועבדים לי אבל כשלא כתב לראשון דאיקני שהקרקעות אינם משועבדים לו אף שקודם בזמן אינו קודם בגבייה אבל לא שנאמר בשביל זה דהשני זכה משום דהקרקע משועבד לו ולראשון אינו משועבד אלא הדין הוא דשניהם שוים בו ויחלוקו משום דלא מצינו דין דקדימה אלא משום קדימת זמן לא משום דבר אחר ולפי זה היכא דלוה וכתב דאיקני וחזר ולוה ולא כתב דאיקני וחזר וקנה הדין הוא שיחלוקו משום דטעמא דקדימת זמן לא מהני כיון שקנה הנכסים אחר שתי ההלואות ומטעמא דשיעבוד לא מהני כדכתיבנא. א"כ חזרנו למה שכתבנו לעיל דהיכא דלוה בשטר וכתב דאיקני וחזר ולוה על פה או בשטר ולא כתב דאיקני ואח"כ קנה שיחלוקו וכמו שכתבנו אלא שמה שכתבנו שאם לוה מאחד בשטר ולא כתב דאיקני וקנה וחזר ולוה דלרב האיי הראשון זכה ליתא אלא הדין הוא דיחלוקו דלא מהני טעמא דקדימת זמן כיון דלא נשתעבד לו השדה ועד כאן לא קאמר רב האיי דמלוה על פה מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת אלא בקרקעות שהיה לו בשעה שלוה שאז נשתעבדו למלוה על פה זהו סברת הרב בעל צרור הכסף ומרן. אבל הרא"ש ובעל התרומות ס"ל שאם לוה וכתב לו דאיקני וחזר ולוה ולא כתב דאיקני ואחר כך קנה דלקמא משתעבד. ויש להסתפק לסברתם אי הוי דוקא היכא דכתב לראשון דאיקני דאיכא תרתי לטיבותא קדימת זמן ושיעבוד ואע"ג דהני נכסים קנה אותם לאחר שלוה מ"מ מהני טעמא דקדימת זמן משום דאמרינן דלמפרע נשתעבדו לו מאותה שעה וכ"ת א"כ לוה ולוה ואא"כ קנה נימא דלקמא משתעבד אם איתא דאמרינן דלמפרע נשתעבדו הא ליתא משום דשאני התם דכיון דלשני יש לו שיעבוד א"כ באותה שעה שקנה הרי זכה

הב' בחלקו ומש"ה לא אמרינן דלמפרע נשתעבדו אבל היכא דלשני ליכא שיעבוד אמרינן דלמפרע נשתעבדו לראשון. אי נמי שאני התם דחשבינן ליה כאלו חזר בו מהראשון במקצת דהא יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה וכמו שכתב הרשב"א אבל היכא שלשני לא כתב דאיקני פשיטא דהשיעבוד חל למפרע משעה ראשונה. או דילמא עיקר טעמא לא הוי אלא משום דכיון דלאחד יש שיעבוד ולאחר אין לו שיעבוד זה שיש לו שיעבוד קודם ונפקא מינה היכא דלא כתב לראשון דאיקני ולשני כתב דאיקני וחזר וקנה אי נמי היכא שלוה ולא כתב דאיקני וקנה וחזר ולוה דאי אמרת דטעמייהו הוא משום דאיכא תרתי לטיבותא בהני תרי גווני הדין הוא שיחלוקו ואי אמרת דעיקר טעמייהו הוא משום דלזה יש שיעבוד ולזה אין שיעבוד בהני גווני נמי השני זכה:

ודע שאין כל החילוקים הללו אמורים אלא לרב האיי אבל לרב אלפס הדין פשוט שאם לוה מאחד על פה או בשטר ולא כתב דאיקני וחזר ולוה בשטר וכתב דאיקני ואח"כ קנה או שלא כתב לשני דאיקני וקנה בין שתי ההלואות שהשני זכה משום דחשבינן ליה כאלו מכרן לשני וכשם שלא היה יכול הראשון להוציא מן הלקוחות כך אינו גובה מבני חרי שנשתעבדו:

הלכה ה

ראובן ושמעון לכל אחד משניהם שט"ח על לוי כו'. קשה לי לרבינו ז"ל דכתב בהדיא דמדין הגמרא אין כותבין הרשאה על מלוה בין בשטר בין בע"פ דמלוה להוצאה ניתנה (*א"ה כמבואר פ"ג מהלכות שלוחין ושותפין דין ז' יע"ש) היאך מוקי האי עובדא דהנהו תרי שטרי בשטרי הלואה והיאך מיתוקמא שיטת התלמוד דקאמר מאי תקנתיה ליכתבו הרשאה זה לזה דהא לדידיה מדינא לא מצו למיכתב שטר הרשאה על הלואה. ואפשר לומר דהרשאה לאו דוקא אלא יקנהו לו בכתיבה ומסירה:

ומ"ש הרב לפיכך אם כתבו הרשאה היינו בתר תקנת הגאונים דהרשאה מהניא למלוה ודו"ק:

פרק כא

הלכה א

בעל חוב גובה את השבח וכו' וחוזר הלוקח וגובה הקרן מנכסי שמעון. מ"ש ה"ה משכחת לה בשלא היו לו המשועבדין המאוחרים בעת שלוה כו'.דברי ה"ה בזה הם תמוהים הרבה דהא אין ב"ח גובה את השבח מהלוקח אלא בשכתב דאקנה למלוה כמ"ש ה"ה עצמו:

וממ"ש רבינו כאן אבל השבח אינו גובהו לוי אלא מנכסים בני חורין ע"כ כשכתב לו דאקנה למלוה מיירי וא"כ חזרה הקושיא לאיתנה הראשון דלימא ליה לוקח למלוה הנחתי לך מקום לגבות. וראיתי בספר פ"מ ח"ב סי' ל"א דברי מהרי"ט ן' יע"ש ז"ל שרצה לתרץ זה ודבריו אינם מובנים כלל ואחר המחילה לא צייר הענין יע"ש. ועוד אני צווח על ה"ה בתירוץ ראשון דאיירי שלא כתב למלוה דאקנה דהא ברייתא זו שנויה בס"פ מי שמת כמו שרמזה ה"ה והתם מספקא ליה לתלמודא דאקנה מאי משתעבד או אינו משתעבד ואם ת"ל משתעבד לוה משנים וכתב להו דאקנה והדר קנה לקמא משתעבד או לבתרא ופליגי אמוראי ואיכא מ"ד חולקים ואותיבו ליה מברייתא זו דקתני הרי שלקח שדה מחביירו והשביחה ובא ב"ח וטרפה כשהוא גובה גובה את הקרן ממשעבדי ואת השבח מבני חרי ואם איתא חצי שבח מיבעי ליה ודחי מאי שבח חצי שבח הרי הדבר מבואר דכשכתב למלוה דאקני מיתוקמא ועלה דברייתא זו קבע ה"ה קושייתו אחר שיש מאוחרים משועבדים ללוקח היאך טריף ב"ח מלוקח זה לימא הנחתי לך מקום וצ"ע. עוד כתב ה"ה א"נ בשכתב דאיקני ללוקח ולא כתב למלוה כו' ואין צורך דאפי' כת' דאיקני למלו' הא בשעה שטרף מן הלוקח לא מצא מקום לטרוף דהא לא קנה עדיין:

כתב הטו' בסי' קט"ז אם מכר לחבירו שדה בת"ק והוקרה ושוה אלף וטרפוה ממנו כותבין לו טירפא מאלף והנה למ"ד דבשבחא דממילא ב"ח טורף כל השבח הדברים כפשטן אך למ"ד דאף בשבחא דממילא אין ב"ח נוטל אלא חצי השבח צ"ל דמיירי בדשוייה לוה למלוה אפותיקי דאז גובה המלוה כל השבח א"נ בדכתב למלוה דאיקני וללוקח פירש בהדיא שלא יגבה מדאיקני דאז גובה ב"ח כל השבח וכמו שכתב מור"ם ר"ס קט"ו יע"ש א"נ הכי קאמר שהוקרה והיתה שוה אלף ות"ק דינרים ושנמצא הקרן עם חצי השבח שוה אלף:

עוד יש חלוקה אחרת הביאה בעה"ת ש"ג סוף ח"ו והיינו היכא דלקחה באלף ואינה שוה כי אם ת"ק דכותבין לו טירפא מאלף והנה חלוקה זו סובלת שני פירושים האחד הוא דמ"ש ואינה שוה כי אם ת"ק היינו בתחלת המקח כשלקחה באלף לא היתה שוה כי אם ת"ק ועוד אפשר לפרש דמעיקרא כשלקחה באלף היתה שוה אלף ואח"כ הוזלה ואינה שוה כי אם ת"ק וחילוק גדול יש ביניהם דאפשר דדוקא כשלא היתה שוה בעת המקח כי אם ת"ק ולקחה באלף אז כותבין לו טירפא מאלף משום דיאמר הלוקח החזר לי השדה או תן לי אלף שהרי אתה רואה לדידי היתה שוה אלף מתחלה שהרי לקחתיה ממך באלף אע"פ שלא היתה שוה כי אם ת"ק ומש"ה כותבין לו טירפא מאלף אבל אם כשלקחה באלף היתה שוה אלף ואחר כך הוזלה ועמדה על ת"ק למה ישלם יותר

משוויה דיאמר לו מאי הפסדתיך שהרי במזלא דידך הוזלה הקרקע ובזה ניחא מ"ש ה"ה פרק כ"ה דין ז' וז"ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה בעל חוב דמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהיא שוה בשעת טריפה לא כפי הדמים שקנאה ע"כ הרי שכתב דאם הוזלה אין כותבין לו טירפא כי אם מה שהיא שוה בשעת הטריפה ולפי מה שחילקנו אינו חולק ה"ה עם מ"ש בעה"ת בשם הראב"ד דהראב"ד מיירי דבשעת המקח שלקחה באלף לא היתה שוה כי אם ת"ק ומש"ה כותבין לו טירפא מאלף וה"ה מיירי בהוזלה אח"כ ומש"ה אין כותבין לו טירפא כי אם כפי מה ששוה בשעת הטירפא. אך הריב"ה ר"ס קי"ו כתב וכן אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה כי אם ת"ק כותבין לו טירפא מאלף וא"כ הריב"ה וה"ה הם חלוקים בדין:

עוד יש חלוקה אחרת דהיינו דבשעת המקח היתה שוה אלף ולקחה בת"ק וגם בזה כתב דכותבין לו טירפא מאלף והנה גם חלוקה זו סובלת שני פירושים האחד הוא דבשעת המקח היתה שוה אלף ולקחה בת"ק ובשעת הטירפא שוה אלף כמו שהיתה שוה בשעת המקח ואפשר נמי לפרש דבשעת הטירפא הוזלה ואינה שוה כי אם ת"ק והנה כפי סברת ה"ה לא תיבעי לך דפשיטא דאין כותבין לו טירפא כי אם מת"ק וק"ו הדברים ומה היכא דלקחה באלף והוזלה אין כותבין לו טירפא כי אם מת"ק ונמצא מפסיד מהדמים שנתן ת"ק היכא שלא נתן כ"א ת"ק ועכשיו אינה שוה כי אם ת"ק לא כ"ש שאין כותבין לו טירפא כ"א מת"ק כי תיבעי לך לדעת הריב"ה שכתב דבהוזלה כותבין לו טירפא מאלף. ונראה דאף הריב"ה מודה בזה דע"כ לא קאמר דבהוזלה כותבין לו טירפא מאלף אלא כשלקחה באלף דאז אזלינן בתר הדמים שנתן אבל היכא שלקחה בת"ק אף שהיתה שוה אלף כל שבשעת הטירפא אינה שוה כי אם ת"ק אין כותבין לו טירפא כי אם מת"ק דלעולם לא אזלינן אלא או בתר הדמים שנתן או בתר מה שהיא שוה בשעת הטירפא ואזלינן בתרוייהו בתר תועלת הלוקח בנתייקרה אזלינן בתר שעת הטירפא ובהוזלה בתר שעת הדמים שנתן אבל שנלך בתר מה שהיתה שוה בשעת המקח זו לא שמענו ולפי זה חלוקה השלישית מיירי דוקא היכא דבשעת הטירפא שוה אלף. (*א"ה מצאתי בתוך כתבי הקדש תשובה אחת לרבני אינדירני ומהר"ר אליעזר ן' שנג"י ז"ל בענין ב"ח אם גובה מהראוי ומה שהשיב על זה הרב המחבר ז"ל וראיתי להדפיסם פה יען דין שבח וראוי בחדא מחתא שנו חכמים בלשון המשנה וזה נוסחם):

שאלה מעשה שהיה כך היה שה"ר משה גבאי יצא מעיר קארלוב"ה ונעלם בסביבות העיר הנזכרת על כן ה"ר יצחק ברוך תושב העיר הנזכרת יצא לחפש אחריו יען כי היה חייב לו מאה גרוש מכ"כ רופאש שנתן לו ובלכתו לחפש אמרו לו בני כפר אחד מה

אתה מבקש אמר להם לפלוני אני מבקש שהוא חייב לי מאה גרוש מרופאש שנתתי לו אמרו לו אל תערער אחריו אנו פורעים לך מה שהיה חייב לך ואמרו לתת לו עד מאה וחמשים גרוש כדי שלא יערער עליהם את הדבר ויהי כראות ה"ר יצחק הנזכר את הדבר הבין מדבריהם הריגת ה"ר משה הנזכר ולא רצה ליקח מידם מאומה ותיכף ומיד שלח לעיר סופיא ששם היו קרובי ה"ר משה הנזכר לאמר להם המעשה הלזו שיבאו לחפש אחריו אולי ימצאו הרצחן והנה לה"ר משה הנזכר יש לו ארבע אחיות שלהן משפט הירושה ויהי כשמעו הדברים הלכו כולם ועשו מורשה בערכאות ש"ג בחוגי"ט לבעל אחד מהם ובא המורשה הנזכר לעיר קארלוב"ה ועל ידי עש"ג תבע לבני הכפרים ובאו כולם במשמר שהמורשה היה תובע מהם הדם וה"ר יצחק היה תובע מהם ממונו וכאשר לא נמצא ההורג דנו בעש"ג ששלש מאות גרוש יתנו בני הכפר להמורשה הנזכר לגואלי הדם בעד קא"ן פאס"י כפי דינם ומאה גרוש יתנו לה"ר יצחק בעד ממונו שהיה ביד ההרוג הנזכר וכן עשו בני הכפר נתנו למורשה מגואלי הדם הנזכר ג' מאות גרוש ומאה גרוש נתנו לה"ר יצחק בעד ממונו ולקחו בני הכפר חוגי"ט בעש"ג מיד המורשה שאין לגואל הדם עליהם עוד שום תביעה על הדם וגם לקחו חוגי"ט מה"ר יצחק הנזכר שאין לו עליהם שום תביעה בעד ממונו אח"כ בא המורשה הנזכר ותבע מה"ר יצחק הנזכר על אודות המאה גרוש שלקח באומרו שיביא ראיה איך היה חייב לו הנפטר הנזכר מאה גרוש וה"ר יצחק הנזכר כדי להשקיט המריבות נתן לו ארבעים גרוש ונשארו בידו ששים גרוש וגם מהששים גרוש הוציא כמה הוצאות כדי להביא בני הכפר למדה זו, זהו מעשה שהיה. הן היום קמו היורשות הנזכרות ותובעות בדין מה"ר יצחק הנזכר מה שלקח מבני הכפר הנזכר באמרן שאף אלו יצוייר שמורישן היה חייב לו אין להן לפרוע לו כלום יען שמורישן הנזכר לא הניח להן כלום שלא היו לו נכסים ואלו הדמים שנתנו בני הכפר הוא שלהן שהוא קא"ן פאס"י ואין כתובת אשה וב"ח גובה מהם על כן תובעין ממנו שיחזיר להן כל מה שלקח וה"ר יצחק טוען שהקא"ן פאס"י היו שלש מאות גרוש בלבד אבל אלו המאה גרוש נתנו לו לפרעון חובו כדי שלא יתבע מהם כפי דינם והא ראיה שהוצרכו בני הכפר ליקח ממנו חוגי"ט ואם הוא דמי קא"ן פאס"י מה להם ליקח ממנו חוגי"ט הוא אינו גואל הדם על זה יורנו רבינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים:

תשובה ראיתי את השאלה והיא ארוכה מאר"ש ומה שנוגע לענין דינא הוא מה שטוענות היורשות שאלו הדמים שנתנו בני הכפר הוא קא"ן פאס"י ואין כתובה וב"ח גובה מהם הן אמת שכך הם דברי מהרי"ט בתשובותיו חא"ה סי' ד' וכ"כ מהר"ם מלובלין ז"ל סי' פ"ו שדמי קא"ן פאס"י אין אשה וב"ח גובה מהם הגם שלא נמצא בידי ספר מהר"ם מלובלין

אך ראיתי דברי מהרי"ט ז"ל דמטעם שאין ב"ח גובה מן הראוי קאתי עלה שהרי הביא ראיה מדברי הרמב"ם שכתב בפי"א מהלכות נ"מ שאם המית את האשה אין הבעל יורש את הכופר משום דחשיב ראוי וכו' ודמי הקא"ן פאס"י הלז ראוי מיקרי כאשר האריך הוא ז"ל יע"ש. והן אמת דמהרי"ט טעמו ונימוקו עמו דהוא ז"ל לשיטתיה אזיל דס"ל שאין ב"ח גובה מן הראוי כאשר כתב בתשובותיו ח"מ סי' ל"ה וסי' ל"ט יע"ש וכיון שהוא מן הסוברים שאין ב"ח גובה מן הראוי דמי קא"ן פאס"י אלו ראוי הם ואין ב"ח גובה מהם אך כד מעייניו במילתא אשכחן דדבר זה במחלוקת היא שנויה ופלוגתא דרבוואתא היא דהא הבעה"ת ש' מ"ג ח"ד הביא סברת הרא"ש מלוניל דב"ח גובה בראוי וגם הביא סברת רבינו אפרים דב"ח גובה בראוי והראנ"ח בתשובותיו סי' ק"ו האריך ג"כ ולא הכריע אי ב"ח גובה מן הראוי אם לאו כאשר הרב בעל ש"ך ח"מ סי' ק"ד קיבץ כל הדעות והאריך למעניתו כאשר יראה המעיין שם וגם הר"ב כנה"ג בח"מ סי' ק"ז הביא כל הסברות וכתב דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה יע"ש האמנם בדבר כזה צריכה לפנים ולפני ולפנים והיה לי מקום כאן לשאת ולתת בדברי הפוסקים איש על דגלו אך אין הפנאי מסכים נקטינן מהכא שענין זה אי ב"ח גובה מן הראוי אם לאו במחלוקת היא שנויה ודמי קא"ן פאס"י אלו שאין ב"ח גובה מטעם שהוא ראוי קאתי עלה אם כן בנ"ד שה"ר יצחק כבר לקח הדמים מיד בני הכפר והוא מוחזק בהם אין היורשים יכולים להוציא מידו דמצי לומר קים לי כמ"ד ב"ח גובה והמע"ה וגם מהרי"ט ז"ל שכתב שאין ב"ח גובה מדמי קא"ן פאס"י הוא מפני שהב"ח אתי לאפוקי מיד היורשין אבל בנ"ד שכבר גבה אפשר שגם מהרי"ט יודה דמספיקא לא מפקינן ממונא מיד המוחזק וזה פשוט. כל זה כתבתי אפילו אם יהיה הדבר שכל הדמים שנתנו בני הכפר הם קא"ן פאס"י אפ"ה אינם יכולים להוציא מידו על פי הדין אבל לפי מה שבא בשאלה שה"ר יצחק לקח אלו המאה גרוש בעבור שהיה תובע מהן ממונו ובעד חובו נתנו לו ולקחו ממנו חוגי"ט לית דינא ולית דיינא שאין היורשות יכולות לתבוע ממנו כלום שממונו גבה ואם יטענו שלא היה חייב לו מורישן כלום ה"ר יצחק נאמן בשבועתו שישבע על מה שהיה חייב לו מורישן ויעמוד בשלו במה שהוא תחת ידו על הדין ועל האמת ומעתה על חכמי שלומי אמוני ישראל שבעיר סופיא ה"י ועל שריה וכהניה יהיה לשבר מתלעות עול אם ירצו היורשים לבא על ה"ר יצחק ע"י עש"ג שלא כדת ליקח מידו כלום ולא תהיה תורת ה' נעדרת ח"ו ושלום לדייני ישראל נאם הצעיר:

אח"כ באו לידי תשובת מהר"ם מלובלין וראיתי דארכביה בתרי טעמי חדא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח אלא מתקנת הגאונים וכתב הוא ז"ל דעל דמים אלו לא

שייכא בהן תקנת הגאונים דלאו עלייהו סמכי וכו' ועוד טעמא אחרינא דדבר פשוט הוא לכ"ע שאין ב"ח גובה מאלו הדמים שזהו ראוי גמור יותר מירושה כו' יע"ש הגם שדבריו אין להם ראיה והכרח משום מקום דמנ"ל דבזה לא תקנו הגאונים אי משום דב"ח לאו עלייהו סמכי הא אשכחן דמאן דס"ל שב"ח גובה מן הראוי גובה מן היתומים השבח שהשביחו הנכסים אחר מיתת אביהם שבחא דממילא כו' אע"פ שהוא ראוי ולא באו אלא אחר מיתתו ומאי אולמיה דהאי מהאי לומר דבזה סמכי הב"ח ובזה לא סמכי ואף אם נודה לדברי הרב ז"ל הוא דוקא לאחזוקי ממונא שביד היורשים שאינו יכול הב"ח להוציאם מהם כנדון דידיה אבל בנ"ד שהב"ח כבר החזיק בנכסים שלקח מבני הכפר מאן לימא לן דמפקינן ממונא מיד המוחזק בסברות אלו בזה לא דיבר הרב ולא מפקינן ממונא אלא בראיה ברורה. איך שיהיה כבר כתבתי דבנ"ד שבני הכפר נתנו לה"ר יצחק המאה גרוש בעד ממונו לית דינא ולית דיינא שאינם יכולים להוציא מידו. ואף שהדברים אינם צריכים חיזוק שהוא פשוט כבר מצאתי בתשובת מהר"א ששון סימן ק"מ שכתב על כיוצא בנ"ד בתוך התשובה וז"ל ואע"ג שלבסוף בשעת עשיית השיגי"ל פטר אותו גם מהנכסים הנזכרים לא מפני זה נתחייב בן הנהרג לתת להם חלק במה שנתן לו התוגר הנזכר כי הנה עינינו הרואות שעיקר התביעה היה הדם וענין הנכסים נגרר אחר ענין הדם וא"כ העיקר הוא הדם כו' יע"ש. הא קמן דדוקא בשביל שהתביעה לא היו הנכסים אין לשותף חלק בהם הא לאו הכי שבתוך התביעה היו הנכסים השותף היה יכול להוציא מיד היורשים מכ"ש וק"ו בנ"ד שמה שגבה ה"ר יצחק הנזכר אין יכולים היורשים להוציא מידו על הדין ועל האמת ושלום:

אנכי הרואה את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת הרב הגדול עטרת תפארתנו נר"ו ודבריו חזקים כראי מוצק ואינם צריכים לסעד לתומכם וכ"ש בדבר פשוט כזה אע"פ שיש לדון ולומר דדבר כזה לא מיקרי ראוי וגרע מראוי דאינו מיקרי ראוי אלא כגון דבר שראוי לבא כגון ההוא דנפל הבית עליו ועל מורישיו כו' וכיוצא דראוי לבא לעולם אבל בענין זה דתלוי בדעת היורשים דאם לא ירצו היורשים דמים אלא נפש תחת נפש הדין עמהם וגם אם לא ירצה הרוצח לתת דמים אלא נפשו תחת נפש הנהרג אין מוציאין דמים בע"כ א"כ דבר כזה לא מצינו שיקרא ראוי וכמו שצדד מהרי"ט בסוף דבריו א"כ מעכשיו זכו היורשים בדמי קא"ן פאס"י הללו ואפילו תפס הב"ח היינו מוציאין מידו אמנם כבר מצינו שמהרי"ט צדד לדמותו לדין כופר גם מהר"ם מלובלין סי' פ"ו מדין כופר אתי עלה והוי ראוי א"כ מצי הב"ח המוחזק לומר קים לי כמ"ד דב"ח גובה בראוי כבמוחזק וכמ"ש הרב הגדול ה"י ועוד מטעמא אחרינא דאתי עלה דדמים הללו שלקח הב"ח לא

לקחם בעד דמי קא"ן פאס"י אלא בעד חובו ודאי דזכה בדינא ועוד אמינא דב"ח זה זכה מן ההפקר בזה מאן לימא לן דהרוצח היה חייב לתת לו דמים מה שהיה חייב לו הנרצח ואפילו אם ת"ל דהיה חייב לתת לו כפי דתם ונימוסם היה צריך להביא עדים שעדיין חייב לו בעת הרציחה וכמה היו דמי החוב ומאין היה מוצא עדים על זה אלא שנראה שמה שנתנו לו בני הכפרים בעד חובו היה מיראתו א"כ נראה שזכה מן ההפקר וכמ"ש מהר"א ששון בתשובותיו ס"ס ק"מ וז"ל ולפי מה שנראה מתוך השאלה כמו שכתבתי הנה התוגר אדון הרוצחים לא היה ברציחה רק מפני אימת היות משרתיו נתן מה שנתן לבן הנהרג וא"כ הוא מעולם התוגר לא נתחייב חיוב ברור וא"כ בן הנהרג הו"ל כזכה מן ההפקר ע"כ. הא קמן דבדבר שלא נתחייב חיוב ברור ה"ל כזכה מן ההפקר ע"כ. וא"כ נראה שזכה ב"ח זה בדינו אע"פ שדברי אלה הם ללא צורך כיון שכבר נגזר מפי הרב הגדול ה"י שהדין עמו (תשובת מהר"ר אליעזר ן' שנג"י ז"ל):

תשובה עיני ראו את כל דברי השאלה שלחו מתם מעיר סופיאה יע"א ואת אשר נגזר עליה מפי אריות רבני אינדירני יע"א ה"ה החכם השלם הרב מר קשישא אחד היה אברהם שיחיה ועל צבאו החכם השלם כמהר"ר מנחם יצ"ו שניהם לדבר הלכה נתכוונו לזכות לבע"ח במאה גסים אשר לקח מאת הרוצחים בעד חובו שאומר שחייב לו הנרצח כרשום בכתבם ואנכי הרואה כי כל פינות שהם פונים להרחיב לשון הוא דלא נימא דכיון דהמעות האלו באו לעולם אחרי מות החייב בעד קא"ן פאס"י שלו הוה ליה ראוי ואין ב"ח נוטל בראוי כבמוחזק וכמו שהשרישונו מוהרימ"ט ומהר"ם מלובלין ז"ל הלא בספרתם דזה לא הוה אלא כפי שיטתם דפסקי דאין הבע"ח נוטל בראוי ואפילו בתר תקנה דתקינו רבנן דמטלטלי משתעבדי לב"ח בראוי לא תקנו וכמו דס"ל לכת מהפוסקים אך כיון דדבר זה במחלוקת הוא שנוי דהא איכא כמה מרבוותא ז"ל דס"ל דבע"ח נוטל בראוי ומה גם אחר התקנה והב"ח הוא המוחזק בשלו חזר לקים לי דיוכל לומר קים לי דבע"ח נוטל בראוי ואין מוציאין מידו זהו כוונתם ככתוב בדברי קדשם ואנא מוסיפנא לבאר דבריהם דאף דנאמר דהוי תפיסה אחר שנולד הספק ובטענת שמא דהא לדעת רובא דרובא דרבוותא לא מהני טענת קים לי אלא למשוייא מילתא בספיקא ויצטרך לכמה קים לי אפ"ה אין מוציאין מידו:

ואנא אמינא דאף דיהיבנא להו כל זה עיקר ושורש דין שלפנינו לא תליא בהא דכל זה לא הוי אלא כשהחוב הוא מבורר שחייב לו המת ואתינא למיפטר הנכסים האלו מטעם ראוי אך בנ"ד אעיקרא דדינא לא ידעינן שחייב לו כי אם על פי דבורו שרוצה להחזיק במה שתפס בטענה שחייב לו הנרצח והויא תפיסה אחר מיתה נלע"ד דלא כל כמיניה

לא מיבעיא לדעת מהר"ם מינץ ז"ל ורבים אשר אתו דס"ל דאפילו אי אית ליה מגו לתופס כיון דליכא עדים וראיה דאפ"ה לא מהני ליה תפיסה דלאחר מיתה אלא אפילו לדעת החולקים על זה דס"ל דמהניא היינו דוקא היכא דליכא עדים וראיה ויש לו מגו טוב הוא דאמרינן דיהא נאמן בשבועה במגו דמצי אמר לא תפסתי כלום אבל היכא דליכא מגו כגון בנ"ד לא אמרה אדם מעולם שיהא נאמן לתפוס אחר מיתה. ומגו דהחזרתי ונאנסו מלבד דבנ"ד לא שייכא דהנה החזרתי ליורש הוה מגו דהעזה ואפשר דלא ליהנייא ליה ומה גם כיון דהוא תפסן בשביל חובו מה לו להחזיר דמי יימר דמחייבו ליה רבנן וגם נאנסו הוי מילתא דלא שכיחא ואי הוי במקום רואים היה צריך להביא ראיה כמוזכר בדברי הפוסקים ועיין בהרדב"ז ח"א סי' קע"ז וסימן רכ"ב באופן דלפי קצורי אין ספק דהעומד על הענין הלז באמת וביושר לבב עיניו ישפוטו דכפי המחלוקת אשר יש והקים לי אשר יצטרך למימר הבע"ח יורה יורה ידין ידין דמפקינן מיניה:

ואותה טענה אשר הזכירו החכמים השלמים עליונים למעלה שיחיו דהו"ל כזוכה מן ההפקר לדידי לא שמיעא לי ואינה טענה כלל לפי קצורי דעד כאן לא גזר הדיין מה שגזר אלא מפני ההריגה מחמת אימת המציק הוא המורשה של היורשים אשר בא לתבוע דדם והגע עצמך אם המורשה היה מוחל מחילתו מחילה וכל דברי הב"ח כלא חשיבין אלא שהמורשה שם יד לפה ויהי כמחריש כדי שב"ח יקח ג"כ המאה גסים ואח"כ יתבענו לדין וכתורה יעשה ונזכיר גם השיגי"ל מחילת הב"ח לתוספת טובה א"כ לא שייכא בכאן זוכה מן ההפקר כל עוד שהדין של רציחה תלוי ביורשי הנרצח ואם מחלו מחלו ואין כחו של ב"ח יפה לקחת דבר מה אם לא בסיוע היורשים או מורשה שלהם הבאים לנקום דם השפוך ולא דמי להההיא דמהר"א ששון דהתם אדרבה הזוכה מן ההפקר הוא ניהו בן הנהרג אשר עליו תלוי כל דינו של רוצח להמיתו ולהחיותו ברצי כסף אשר יטול. באופן דלפי קצורי שורת הדין גוזר דלא זכה הב"ח במאה גסים אשר לקח כל עוד שלא יברר בבירור שהנרצח חייב לו ומפקינן מיניה מה שלקח ויהבינן ליורשים זה דעתי הצעיר:

ראה ראיתי את כל דברי השאלה אשר שלחו מתם מעיר סופיאה ואת אשר נגזר עליה מאת רבני אינדירני לזכות לב"ח במאה גסים אשר לקח מאת הרוצחים באומרם דהן לו יהי שמאה גסים הללו הם בעד קא"ן פאס"י והוי ראוי מ"מ מידי פלוגתא לא נפיק דאיכא מ"ד דב"ח נוטל בראוי כבמוחזק וא"כ יכול הב"ח שתפס המאה גרוש לומר כמ"ד דב"ח נוטל בראוי כבמוחזק זהו ת"ד רבני אינדריני. וכתבו עוד בסוף דבריהם וז"ל וגם הרב מהרימ"ט שכתב שאין ב"ח גובה מדמי קא"ן פאס"י הוא מפני שהב"ח אתי לאפוקי מיד היורשים אבל בנ"ד שכבר גבה אפשר שגם הרב מהרימ"ט יודה דמספיקא לא מפקינן

ממונא ע"כ ותמהני שהרי מוהרימ"ט ח"מ סימן ל"ה כשהביא סברת הרא"ם דאית ליה דב"ח גובה מהראוי כתב דיחידאה היא וכו' ולא סמכינן אפילו להעמיד ממון כ"ש להוציא ממון ע"כ הרי דדעת שפתיו ברור מללו דס"ל דאפילו תפס מפקינן מיניה. הן אמת שדברי מוהרימ"ט הללו הם תמוהים בעיני דאיך כתב דסברת הר"י ן' מיגאש דאית ליה דבע"ח גובה מן הראוי יחידאה היא דהא בס"פ יש בכור כתב הרא"ש בשם רבינו אפרים דב"ח גובה מן הראוי והר"ב נתיבות משפט בנתיב ו' ח"ג כתב דגם מהרי"ח הובאו דבריו בהגהת אשירי ס"פ מי שמת הוא מסברא זו דב"ח גובה מהראוי ונראה שגירסתו היתה באותה ההגהה דב"ח נוטל בראוי וכן היא גירסת מהרח"ש סי' ס"ח אך גירסתנו היא אי ב"ח נוטל בראוי כנראה דמספקא ליה מילתא וכמו שנסתפקו ר"ח ור"י והתוס' וזו היא ג"כ גירסת מהראנ"ח בסי' קט"ו יע"ש. אך מדברי הגהת אשירי בפרק הכותב מוכח בהדיא דאית ליה למהרי"ח דב"ח גובה מהראוי דכתב דשאני אשה דמן הדין היה לה ליטול בראוי אלא דמקולי כתובה שנו כאן עכ"ל וא"כ יש לתמוה על מוהרימ"ט דאיך כתב דסברת האומר דבע"ח גובה מהראוי היא יחידית מאחר שגדולי עולם אית להו הכי ובמרדכי פרק מציאת האשה מוכח דרבינו ברוך ס"ל דב"ח גובה מהראוי שכתב דאף כתובה היה מן הדין לגבות מהראוי דיש לה דין ב"ח וכבר הביא סברת רבינו ברוך הלזו בהגהת אשירי בפרק מציאת האשה יע"ש. וכך היא הסכמת כל גדולי האחרונים ז"ל שדין זה אי ב"ח נוטל בראוי או לא במחלוקת היא שנויה ויכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דב"ח נוטל בראוי ולפי זה זכה הב"ח במאה גסים אשר לקח מאת הרוצחים:

אך עדיין יש להסתפק בנדון זה שלא תועיל לו תפיסתו משום דאפשר דאף מאן דאית ליה דב"ח גובה מן הראוי הוא דוקא בדכתב לו דאיקני אבל לא כתב דאיקני אינו גובה מהראוי ודל מהכא ראוי דלוה ואח"כ קנה ומת איכא מ"ד דאין בע"ח גובה מאותם נכסים כל שלא כתב לו דאיקני וכמו שהביא מחלוקת זה הרב בעה"ת בשער מ"ג ח"ד סי' ג' דאיכא מ"ד דשטרא דלא כתיב ביה דאיקני לא גבי ממאי דקני אחר שלוה אא"כ מצאו ביד הלוה כו' אך אחר שיצאו מיד הלוה בין שהורישן בין שמכרן לא גבי מינייהו דהא בגמ' מכר והוריש בחדא מחתא מחתינהו ע"כ וכבר הביא מחלוקת זה מרן בשלחנו סי' קי"א וז"ל אע"ג דלא כתב דאקנה אם קנה והוריש גובה ויש חולקין ע"כ ומ"מ עדיין לא הורע כחו של תופס זה דכיון דהדבר במחלוקת היא שנויה יכול לומר קים לי כמ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד לב"ח אף דלא כתב לו דאקנה אלא שיש להסתפק ולומר דאף מאן דאית ליה דלוה וקנה ואחר כך הוריש דמשתעבד לבעל חוב אף שלא כתב דאיקני הוא דוקא בנכסים שבאו ליד המוריש בחייו ואף שקנאם אחר שלוה מכל מקום

כיון שנשתעבדו לו בחייו אף שנפלו קמי דיורשים גובה אותם ב"ח דברא במקום אבוה קאי ומיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה אבל בנכסים שלא באו ליד המוריש מעולם אף דנימא דב"ח גובה מהראוי הוא דוקא בדכתב דאיקני דאי לא אינו גובה מהם ב"ח דמעולם לא נשתעבדו לו ומה שהביאני לזה הוא שראיתי להבעה"ת שער מ"ג ח"ד סי' ט"ז כשהביא מחלוקת זה דאי ב"ח גובה מהראוי או לא כתב דלוה שלוה וכתב בשטרו דאיקני ומת הלוה אך לימים מתו מורישיו כתב ה"ר אשר שב"ח גובה מאותם נכסים מן הבן כו' הרי דאף לסברתו דבע"ח גובה מהראוי הוא דוקא בדכתב דאיקני וכן כשהביא סברת איכא מ"ד דאין ב"ח גובה מהראוי כתב אע"פ שכתב דאיקני משמע דאית ליה דאי לא כתב דאיקני פשיטא דאין ב"ח גובה מהראוי וכן הביא שם משם הרמב"ן דאין ב"ח נוטל מנכסים שנפלו ללוה אחר מיתתו משום דראוי הוא ואע"ג דכתב דאיקני משמע דפשיטא ליה דבלא כתב דאיקני אין ב"ח גובה מהראוי. וכן כתב הרא"ש בס"פ יש בכור ב"ח לא גבי ראוי ואע"ג דכתב ליה דאיקני ולומר דכל הני רבוותא דנקטי פלוגתייהו בכתב לו דאיקני לאו משום דס"ל דאשתני דין דראוי לענין זה דבעינן דאיקני אלא משום דס"ל בעלמא דמי שלוה וקנה והוריש לא משתעבד ומש"ה מאן דאית ליה דב"ח אינו גובה מהראוי כתב אפילו כתב דאיקני משום דאם לא כתב דאיקני דל מהכא ראוי אפילו בלא ראוי נמי לא משתעבד משום דאית ליה דלוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד ומאן דאית ליה דגובה מהראוי כתב נמי דדוקא בדכתב לו דאיקני דאי לא נהי דב"ח גובה מהראוי אך כל שלא כתב דאיקני לוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד זה הוא קצת דוחק בעיני דא"כ רבים הם הסוברים דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד הלא הם הר"ש ואיכא מ"ד שהביא הבעה"ת והרמב"ן והרא"ש ואילו בסי' ג' כשהביא מחלוקת זה דלוה ואח"כ קנה והוריש אי משתעבד כתב בשם גאון והראב"ד דמשתעבד וסברת החולק על זה כתב בסתם ואיכא מ"ד דשטרא דלא כתיב בה דאיקני לא גבי ממאי דקני אחר שלוה מהיורשין משמע דסברא יחידאה היא. וראיתי למהריב"ל בח"א כלל י"ב שהביא דברי בעה"ת הללו וכתב ואע"פ שכתב הרב דאיכא מ"ד דשטרא דלא כתיב ביה דאיקני לא גבי ממאי דקנה אחר שלוה מהיורשין מ"מ לגאון ולהראב"ד אנו שומעין וכן הסכימו גדולי האחרונים לסברתם עכ"ד. ואי איתא כפי הצד אשר צדדנו דטעמא דהני רבוותא דנחלקו בדין ראוי דנקטי פלוגתייהו בדכתב דאיקני הוא משום דס"ל בעלמא דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד איך כתב דלגאון והראב"ד אנו שומעין מאחר שגדולי עולם חולקים עליהם ועוד שכתב שכך הסכימו גדולי האחרונים ולפי צד זה אדרבה גדולי האחרונים הם חולקים על סברת הגאון והראב"ד א"ו דס"ל

למוהריב"ל ז"ל דדוקא גבי ראוי הוא שהצריכו לומר דמיירי דבדכתב דאיקני דאי לא לכ"ע אינו גובה מהראוי ודוקא בנכסים שקנה בחייו אף שקנאן אחר שלוה לא בעינן דאיקני אבל בנכסים שנפלו לו אחר שמת לכ"ע לא משתעבדי לב"ח ומש"ה כשהביא סברת מ"ד דלוה ואח"כ קנה והוריש דלא משתעבד דחאה וכתב דלגאון והראב"ד אנו שומעין ושכן הסכימו גדולי האחרונים. וכן נראה שהוא דעת הר"ב ש"ך שכתב בסי' קי"א ס"ק י"ג אם קנה והוריש גובה וכן מוכח בש"ס וכן עיקר ותימה על המחבר שכתב דעת היש חולקין ע"כ. ואי איתא דכל הני רבוותא דנקטי פלוגתייהו בראוי בדכתב לו דאיקני הוא משום דס"ל בעלמא דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא קנה א"כ תימה על הש"ך מי הכניסו בתגר זה במקום שגדולי עולם סוברים כדעת היש חולקין א"ו דס"ל כמאי דכתיבנא דכל הני רבוותא אף דאית להו בעלמא לוה וקנה ואח"כ הוריש משתעבד בראוי לכ"ע בעינן דאיקני. לפי זה בנדון שלנו לא מהני תפיסתו כיון דהוי ראוי ולא כתב לו דאיקני לא מצינו מי שיאמר דב"ח יגבה מהראוי כשלא כתב לו דאיקני. אך ראיתי להרב בעל נתיבות משפט נתיב ו' שכתב חילוק זה שכתבנו ונסתייע מדברי הראב"ד ולבסוף חזר בו מחילוק זה ממ"ש בעה"ת בשער מ"ז ח"ג בדין נפל הבית עליו ועל אביו כו' וז"ל והא מילתא ע"כ בדכתוב בשטר חובו דאיקני קא מיירי דאלת"ה אמאי ליגבי מיורשיו למאן דס"ל דלוה והוריש לא משתעבד בלא דאיקני ע"כ וכתב הרב ז"ל הרי דדוקא למאן דסבירא ליה דלוה והוריש לא משתעבד בלתי דאיקני הוא דבעינן הכא דאיקני אבל למאן דס"ל דלוה והוריש משתעבד בלתי דאיקני גם הכא לא בעינן דאיקני ואע"פ שנפלו לו הנכסים אחרי מותו עכ"ד. ולא ירדתי לסוף דעת הרב ז"ל דאמאי חזר בו ממה שחילק מחמת דברי בעה"ת הללו דמדבריו ליכא תברא כלל למה שחילק דבעה"ת הכריח דמטענת הב"ח וכתובת אשה שאומרים האב מת ראשון ואח"כ מת הבן ורוצים לגבות חובם מנכסי הבן דע"כ מיירי בדכתב לו דאיקני למאן דאית ליה דלוה והוריש לא משתעבד דאי לא כתב דאיקני הן לו יהי כדברי הב"ח וכתובת אשה דהאב מת תחלה ואח"כ הבן וזכה הבן בנכסי אביו בחייו מ"מ כיון שמת הו"ל לוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד אך למ"ד דלוה והוריש משתעבד אף בלא דאיקני א"ש טענת הב"ח וכתובת אשה שאומרים האב מת ראשון ואח"כ מת הבן וזכה הבן בנכסי אביו בחייו ואף שמת אח"כ מ"מ לוה וקנה ואח"כ הוריש משתעבד ומטענת היורשים שאומרים הבן מת ראשון ואח"כ מת האב אין ראיה כלל דמיירי בדכתב דאיקני דהן לו יהי דמיירי בדלא כתב דאיקני ובנכסים שנפלו לו בקבר לכ"ע לא משתעבדי בלתי דאיקני אימא דזו היא עצמה טענת היורשים שאומרים הבן מת ראשון וכיון שנפלו הנכסים לאחר

מותו לא משתעבדי בלתי דאיקני באופן שטענת היורשים היא בין דכתב דאיקני בין אי לא כתב דאי לא כתב אתו מטעם דלא כתב דאיקני ובראוי לכ"ע לא משתעבד בלתי דאיקני ואי כתב דאיקני אכתי אתו היורשים מטעם ראוי למ"ד דאין ב"ח גובה מהראוי ולמ"ד דב"ח גובה מהראוי אתו היורשים מטעם אנא מכח אבא דאבא קאתינא באופן דטענת היורשים לעולם היא צודקת בין דכתב דאיקני בין דלא כתב דאיקני אך טענת הב"ח וכתובת אשה לא מיתוקמא למ"ד דלוה וקנה ואחר כך הוריש דלא משתעבד אא"כ כתב לו דאיקני וכדכתיבנא ודברי בעה"ת הם גמרא ערוכה בסוף מי שמת כשנסתפקו אי דאיקני מהני והביאו משנה זו דנפל הבית והוכיחו דדאיקני מהני דאי לא משתעבד נהי דאב מת ברישא דאיקני הוא והן הן דברי בעה"ת למאן דאית ליה דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד בלתי דאיקני באופן דליכא תברא מדברי בעה"ת הללו למה שחילקנו דאף למ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד בלתי דאיקני בראוי דלא זכה בו בחייו לא משתעבד בלתי דאיקני אף למ"ד דב"ח גובה מהראוי ודברי הרב ז"ל צריכים אצלי תלמוד. אך ראיתי למהראנ"ח בסי' ק' שכתב מסברת עצמו דכיון דקי"ל דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד בלתי דאיקני בראוי נמי כך דינו דאפילו לא כתב דאיקני גובה לדעת הסוברים דבע"ח גובה מהראוי ודין הראוי כבמוחזק עכ"ד הרי דהרב ז"ל לא ניחא ליה בחילוק זה שכתבנו. הן אמת שדברי מהראנ"ח תמוהים בעיני דאחר שכתב מחלוקת של ראשונים אי ב"ח גובה מהראוי נסתפק בנדון דידיה שלא היה שם דאיקני וחזר וכתב מיהו הא דנכסים משתעבדי לב"ח לא משתעבדי בלתי דאיקני היינו דוקא לענין לוה וקנה ומכר אבל בלוה וקנה והוריש אפילו בלאו דאיקני ב"ח גובה וכמ"ש רשב"ם בפ' מי שמת כו' ע"כ ומאחר שהרב לא ניחא ליה לחלק לענין דאיקני בין נפלו הנכסים בחייו לנפלו אחרי מותו וכמו שחילקנו איך נחה דעתו במה שמצא לרשב"ם דס"ל דלוה וקנה ואח"כ הוריש בלא דאיקני משתעבד והלא רבים הם הלוחמים עם רשב"ם בזה והם הר"ש מלוניל ואיכא מ"ד שהביא בעת"ה והרמב"ן והרא"ש ורי"ו וכמ"ש ומלבד הדקדוקים שכתבנו דמדנקטו פלוגתייהו דראוי בדכתב דאיקני משמע דס"ל דאי לא כתב דאיקני אינו גובה בלאו טעמא דראוי משום דס"ל דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד. עוד ראיתי להריב"ש בסי' שצ"ב שכתב בשם הרמב"ן דאית ליה דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד אם לא כתב דאיקני ומעתה דברי מהראנ"ח שהחליט המאמר דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד כסברת רשב"ם הם תמוהים בעיני וכבר תמה על זה הרב בעל נתיבות משפט יע"ש מעתה בנדון שלפנינו כיון דלדעת מוהראנ"ח ומהרח"א דסבירא ליה דלמאן דאית ליה דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד בלתי דאיקני הוא הדין נמי

בראוי א"כ חזר הדין בנדון שלפנינו שיכול התופס לומר קים לי כמ"ד דב"ח גובה בראוי וקים לי כמ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד אף שלא כתב דאיקני:

עוד אחרת יש בנ"ד לזכות את התופס אף למ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד והוא מתורתו של הרב מהראנ"ח בסי' ק' שכתב דאחר תקנת הגאונים נכסי היורשים משתעבדי לב"ח בין כתב דאיקני בין לא כתב דאיקני והביא ראיה לדבריו ממ"ש הטור בסי' ק"ה דאף במלוה על פה גובין מהם ואפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאיקני דיורש במקום אביו קאי ע"כ ומוהרח"א תמה על דברי מוהראנ"ח הללו דמה ענין תקנת הגאונים לזה שהגאונים לא תקנו אלא שיגבה ממטלטלי כמו ממקרקעי אבל אם בזמן התלמוד לא היה גובה מקרקעות שקנה אחר שלוה כל זמן שלא כתב דאיקני גם עתה אחר תקנת הגאונים לא יגבה ממטלטלין שקנה אחר שלוה בלתי דאיקני דלא אלימי מטלטלי אחר תקנת הגאונים ממקרקעי בזמן התלמוד וגם על הראיה שהביא מהראנ"ח מדברי הטור שדי בה נרגא מוהרח"א דאין כוונת הטור לומר דאע"ג דמדינא לוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד בלתי דאיקני מתקנת הגאונים משתעבד בלתי דאיקני אלא דהטור ס"ל דמדינא לוה וקנה ואח"כ הוריש משתעבד בלתי דאיקני ואם כן הוא הדין מטלטלין בתר תקנת הגאונים דמשתעבדי אף בלתי דאיקני ולעולם דלמ"ד דלוה וקנה והוריש דלא משתעבדי בלתי דאיקני אף בתר תקנת הגאונים הדין כך במטלטלין עכ"ד.

והנה מדברי הריב"ש בסי' שצ"ב נראה שהבין בכוונת הטור כהראנ"ח שהרי הריב"ש הביא בתחלה סברת הרמב"ן דאית ליה שהתקנה דוקא במטלטלין שהיו לו בשעה שלוה אבל במטלטלין שקנה לאחר מכן לא דלא עדיף מקרקעות שאין ב"ח גובה מיתומים אלא בדכתב דאקנה ולפי זה הצריך הרב שם שיטעון התופס שהכוס היה ליעקב בשעה שנתחייב יעקב ואח"כ כתב אלא שמצאתי בספר ח"מ וכו' והביא דברי הטור הללו דגובין מהיתומים אפילו קנאם אחר שלוה ולא כתב דאיקני ולפי זה כתב שם הרב דאין התופס צריך לטעון כלום אלא שהכוס היה ליעקב כו' יע"ש ומפשט דברי הריב"ש הללו נראה שהבין בדעת הטור דאית ליה שהגאונים תקנו שיגבה ממטלטלין שקנה אחר שלוה אף דמדין התלמוד אפילו מקרקעי שקנה אחר שלוה לא היו משתעבדין הגאונים יפו כח המטלטלין בתקנתם יותר מן הקרקעות לדין התלמוד ולומר שמה שהביא הריב"ש דברי הטור הוא לומר דמדברי הטור מוכח דאית ליה דמדינא לוה וקנה ואח"כ הוריש דמשתעבד בלתי דאקנה נגד סברת הרמב"ן ומש"ה כתב הטור דלאחר תקנת הגאונים נמי משתעבדי מטלטלי אפילו שלוה ואח"כ קנאה זה אינו מתיישב לדעתי דא"כ למה לא הביא הריב"ש ז"ל עיקר המחלוקת לדינא דגמרא אם לוה וקנה ואח"כ הוריש אם

משתעבד בלתי דאקנה אי לא ומשם ילמוד למטלטלין בתר תקנת הגאונים אלא שהנראה אצלי בדעת הריב"ש דאיהו ס"ל דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד מדינא דגמרא אלא דנסתפק בתר תקנת הגאונים אם יפו כח המטלטלין בתקנתם יותר מן הקרקעות לדינא דגמרא ובתחלה הביא סברת הרמב"ן דלא יפו ואח"כ הביא סברת הטור דאית ליה דייפו הגאונים תקנתם במטלטלי יותר מקרקעי לדין התלמוד ומלבד שפשט דברי הטור מוכיחים כמוהראנ"ח עוד אני תמיה על מוהרח"א שהרי הריב"ה ר"ס ס' כתב וז"ל לוה שכתב למלוה דקנינא ודאנא עתיד למיקני וקנה ומכר או הוריש משתעבד וב"ח גובה מן הלקוחות ומהיורשין ע"כ הרי דבפירוש אית ליה להריב"ה דמדינא דגמרא לוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד בלתי דאיקני וא"כ מוכרחים אנו לומר דמ"ש בסי' ק"ז הוא משום דס"ל דייפו הגאונים תקנתם במטלטלי יותר מקרקעי ונראה שגם מרן הכי ס"ל שהרי בסי' קי"א הביא דין זה דלוה וקנה ואח"כ הוריש במחלוקת שהרי כתב אע"ג דלא כתב דאקנה אם קנה והוריש גובה ויש חולקין ואילו בריש סימן ק"ז כתב כדברי הטור דגובין אף מהמטלטלים שהניח אביהם אפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאיקני ע"כ ולא הביא בזה שום מחלוקת אלא ודאי דשאני הכא דמיירי בתר תקנת הגאונים וס"ל דלכ"ע הגאונים ייפו כחם בתקנתם במטלטלין יותר ממקרקעי לדין התלמוד ומ"ש הריב"ה בס"ס קי"א סי"ז דאפילו מת הלוה ונפלו השטרות לפני היורשים גובה מהם אפילו נעשו אחרי כן ואפילו קנו בעלי חוביו של לוה מהנכסים אחר שלוה הלוה מהמלוה כו' וכן פסק מרן מיירי לאחר התקנה ומש"ה גובה אף מהנכסים שקנה אחר שלוה וממ"ש הריב"ה ס"ס קי"ב נראה דס"ל דמדינא דגמרא לוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד שהרי כתב אף למ"ד לוה והוריש משתעבד הכא לא גבי דבעל בנכסי אשתו חשוב כלוקח ע"כ ואי איתא דהריב"ה ס"ל בעלמא דלוה והוריש משתעבד לא הו"ל למימר אפילו למ"ד וכו' אלא הכי הו"ל למימר אף דקי"ל לוה והוריש משתעבד הכא לא כו' א"ו דלדינא ס"ל דלוה והוריש לא משתעבד אלא שרצה ללמדנו אפילו לסברת החולקים דסבירא להו דמשתעבד הכא לא גבי משום דבעל חשיב לוקח. וכי תימא לפי מה שכתבנו דאף דאית ליה להריב"ה דמדינא לוה והוריש לא משתעבד מ"מ מתקנת הגאונים משתעבד א"כ תיקשי לן מדברי הריב"ה הללו שכתב אפילו למ"ד לוה והוריש משתעבד כלומר דלא מיבעיא למ"ד לא משתעבד דאין אנו צריכים לטעמא דבעל לוקח הוי דאפילו יורש הוי הא לא משתעבד ולפי מה שכתבנו הא איצטריך טעם זה דבעל לוקח הוי אפילו למ"ד לוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד לאחר תקנת הגאונים דמשתעבד דאפ"ה לא גבי מבעל משום דחשיב לוקח הא לא קשיא כלל דרבותא

אשמעינן דאף למ"ד דמדינא משתעבד הכא לא וכ"ש למ"ד דמתקנת הגאונים משתעבד דהכא לא משתעבד וראיתי לסמ"ע בסי' קי"א על מ"ש מרן דאם קנה והוריש דיש חולקין דכתב ומ"ש ויש חולקין הטור והמחבר סתמו וכתבו בר"ס ק"ז ובסי' זה בסעיף שאחר זה וגם בס"ס קי"ב דבן במקום אביו קאי כו' וכבר כתבתי דמה שסתמו הטור ומרן בסי' ק"ז היינו מתקנת הגאונים וכן מה שכתבו בסי' קי"א הוא ג"כ מתקנת הגאונים וכן מה שהביא מדברי הטור ס"ס קי"ב כבר כתבתי דמהתם מוכח דס"ל להריב"ה דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד ומ"ש בהגהת מור"ם בס"ס קי"ב אבל אם לא נשאת גובה מן היורש הוא מתקנת הגאונים דנכסי דיתמי משתעבדי אפילו קנאם אחר שלוה ומ"ש עוד הסמ"ע ועיין לעיל סי' ל"ז ולקמן סי' של"ג ושס"א ע"כ וכוונתו לומר דמהנהו דוכתי מוכח דלא הוי רשות יורש כרשות לוקח לענין יאוש ושינוי רשות ובא לחלוק על מרן שכתב ויש חולקין דמהני דוכתי מוכח דלא הוי רשות יורש כרשות לוקח תמהני מה ענין זה אצל זה למאן דסבר דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד יאמר דרשות יורש כרשות לוקח ממש והלא דין זה דרשות יורש אי הוי כרשות לוקח הוא מחלוקת בגמרא בר"פ הגוזל בתרא וקי"ל כרבא דאמר רשות יורש לאו כרשות לוקח והיא הלכה פסוקה לא נחלק אדם עליה ועוד דאי מ"ד דלא משתעבד הוא משום דאית ליה דרשות יורש כרשות לוקח א"כ אפילו בנכסים שהיו לו בשעה שלוה לא יגבה מהיורשים במלוה ע"פ דומיא דלוקח ואנן קי"ל דמלוה ע"פ גובה מהיורשים ע"פ דרכים ידועים אלא לא אמרו אלא בנכסים שלא היו לו בשעה שלוה דלא נשתעבדו לב"ח ואפילו מיניה הוה ס"ד דרב יוסף דלא יגבה מנכסים שלא היו לו בשעה שלוה וכדאיתא בסוף פרק מי שמת אלא שהקשה לו רבא מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה והוצרך הריב"ה להשמיענו דין זה בסי' קי"ב שכתב ומיהו בעודם ביד הלוה גובה מהם אע"פ שקנאם אחר שלוה ובעה"ת בשער מ"ג ח"ד סי' ח' וס"ל להני רבוותא דדוקא מיניה גובה מנכסים שקנה אחר שלוה אע"פ שלא נשתעבדו לו משום שהרי גופו הוא משועבד לפרוע החוב ונכסיו נמי הם משועבדים דומיא דמטלטלין דמיניה הם משועבדים מן התורה וכמ"ש בעה"ת שם אבל כל שמת דליכא שיעבוד על היורשים חזרו להיות הקרקעות שקנה אחר שלוה כמטלטלין ולא משתעבדי לב"ח אבל לענין גזילה קיימת דקי"ל דיאוש כדי לא מהני ובעינן שינוי רשות פשיטא דלכ"ע רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי וכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה ואלו הם דברים פשוטים והאריכות בזה אך למחסור. הכלל העולה ממה שכתבנו דלדעתי הריב"ה אף שהוא מהסוברים דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד מ"מ אית ליה דלבתר תקנת הגאונים משתעבד וכסברת מהראנ"ח. אך

מה שאני תמיה על מוהראנ"ח דסברא הלזו דהריב"ה אינה מוסכמת דהא איכא סברת הרמב"ן הביאה הריב"ש דאית ליה דתקנת הגאונים לא היתה אלא במטלטלין שהיו לו בשעה שלוה וכן הוא דעת בעה"ת בשער מ"ג ח"ד סי' ח' שהביא תקנת הגאונים שגובה ממטלטלי דיתמי אפילו שקנאם אחר שלוה וכתב אחר זה ואיכא דפליג ביורש וכדלעיל ע"כ וכוונתו לומר דכפי אותה סברא שהביא בסי' ג' דאיכא מ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד תקנת הגאונים לא מהני אלא למטלטלין שהיו לו בשעה שלוה וא"כ יש לתמוה על מהראנ"ח איך סתם דבריו על סברת הריב"ה ז"ל כאילו היא הלכה פסוקה, ולענין נדון שלפנינו פשיטא דיכול לומר התופס קים לי כהריב"ה דאית ליה דאף למ"ד לוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד מתקנת הגאונים משתעבד וכמו שכתבנו. וראיתי לבעה"ת בשער מ"ג כשהביא דין זה דלוה וקנה ואח"כ הוריש כתב בשם גאון דשטרא דלא כתיב ביה דאיקני ולוה וקנה והוריש דמשתעבד דומיא דמטלטלי דיתמי דלית בהו שיעבודא והאידנא תיקנו דמשתעבדי ע"כ. והנה פשטן של דברים אלו הן הן הדברים אשר כתבנו לדעת הריב"ה דאע"ג דמן הדין לוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד מתקנת הגאונים משתעבד אלא שאח"כ כתב וכי קא מיבעיא ליה לשמואל דאקנה קנה והוריש מהו לא תידוק את דבלא דאקנה פשיטא ליה דלא משתעבד אליבא דידיה דסבר מלוה ע"פ אינה גובה מהיורשים והנה מדברים אלו מוכח דס"ל דמדינא לוה וקנה ואח"כ הוריש משתעבד ואלו הם דברים סותרים זה לזה. והנראה אצלי דט"ס יש כאן והגאון תרי טעמי יהיב למלתיה חדא משום תקנת הגאונים דומיא דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי והאידנא תקנו דמשתעבדי ועוד אעיקרא דדינא כי קא מיבעיא ליה לשמואל וכו' וא"כ מדינא נמי לוה וקנה ואח"כ הוריש משתעבד. וטרם אכלה אמרתי לעורר במה שנתקשיתי בסברת הרמב"ן ודעמיה דאית להו דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד בלתי דאקנה איך יתיישב להם אותו הירושלמי שהביאו הרמב"ן והרא"ש להוכיח דב"ח אינו נוטל בראוי דקתני בריש פרק הניזקין כרמו פרט לראוי ר' אליעזר אומר כשחפר אביו והזיק בחיי אביו ונפלו נכסים לאחר מיתת אביו הייתי אומר ישתעבדו נכסים לאותו הניזק לפום כן צ"ל כרמו פרט לראוי ע"כ דלמה לי מטעמא דראוי תיפוק ליה דאפילו באו לו אותם נכסים בחייו לאחר שהזיק ומת לא משתעבדי הני נכסי דקי"ל דלוה וקנה ואח"כ הוריש לא משתעבד ולומר דקרא איצטריך להיכא דעמד בדין ושיעבד לו כל נכסיו שקנה ושיקנה הוא דוחק בעיני ועוד דבגמרא ס"פ מי שמת כשנסתפקו אי דאקנה מהני אליבא דרבנן דאמרי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אמאי לא פשטוה מברייתא זו דאיצטריך קרא למעט ראוי גבי ניזקין ואולי דהיינו

אומרים הא מני ר' מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועדיין הדבר צריך אצלי תלמוד:

והנה כל מה שכתבנו הוא במונח דמעות אלו שתפס התופס הם משועבדים לב"ח מתקנת הגאונים אך ראיתי למהר"ם מלובלין בתשובה סי' פ"ו שכתב על נדון כזה דמי קא"ן פאס"י וז"ל אבל על דמים כאלו דבר פשוט הוא דלאו עלייהו סמכי הב"ח ולא שייכא בהו תקנת הגאונים כלל וכלל עכ"ל ויש להביא קצת סמך לסברא זו מההיא דכתב הרא"ש ספ"ק דקמא בשם רבינו אפרים דבנזיקין לא תיקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי לניזקין משום דנזיקין לא שכיחי אף אנו נאמר דלא תקנו הגאונים אלא במטלטלין דשכיחי אבל קא"ן פאס"י לא שכיח ולא תיקנו (*א"ה עיין מ"ש לעיל פ"ד מהלכות אלו דין י"ד בשם מהרד"ך). ואף הרא"ש שנחלק על רבינו אפרים הוא מטעם דבדורות אלו מטלטלי כמקרקעי דעלייהו סמכי דומיא דגמליא דערביא וכו' וטעם זה לא שייך גבי קא"ן פאס"י דכיון דלא שכיחי ודאי דלאו עלייהו סמכי אינשי וכמ"ש מהר"ם מלובלין ומה שמוהרימ"ט בתשובתו לא נסתייע מטעם זה הוא משום דהתם מיירי בכתובה ומסתמא איכא שיעבוד דמטלטלי וב"ח דקאמר היינו בשטר דומיא דכתובה דאין צורך לתקנת הגאונים אבל לעולם דאם היתה מלוה על פה הוה אתי עלה נמי מהאי טעמא דבמטלטלין כאילו לא תיקנו הגאונים. וראיתי לרבני אינדירני שדחו סברא זו מטעם דהא קי"ל דב"ח גובה מהיתומים השבח שהשביחו הנכסים אחר מיתת אביהם שבחא דממילא ומאי אולמיה דהאי מהאי לומר דבהאי סמכי ובהאי לא סמכי ע"כ. ולא מצאתי טעם בדבריהם אלו דודאי שנא ושנא שבחא דממילא מדמי קא"ן פאס"י ועוד דהתם מדינא נוטל הב"ח שבחא דממילא ולא שייך שם טעמא דאי סמיך עלייהו או לא סמיך אבל הכא שאנו באים מכח תקנה אנו אומרים שלא תקנו הגאונים אלא במטלטלין דסמכי עלייהו ב"ח אבל במטלטלין כאלו לא תקנו וזה פשוט. ומ"מ נראה לי דאף דנימא דבמטלטלין כאילו לא תקנו הגאונים ושבקוה אדינא דתלמודא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מ"מ הכא שתפס לא מפקינן מיניה דהא הרשב"א כתב בתשובה הביאה מרן בריש סי' ק"ז דאית ליה דאף דלא משתעבדי מ"מ מצוה איכא וכופין אותם בכך וכן היא סברת ר"ח שהביא הר"ן בפ' הכותב וז"ל וכתב ר"ח וכן דין היתומים שירשו מטלטלין דקי"ל מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם ע"כ וכבר הביא ג"כ הרב בעל התרומות בשער ס"א ח"א סי' ו' סברת ר"ח הלזו ומה שכתב מרן דאפשר שדברי ר"ח הם בתר תקנת בתראי דתקון לגבות מטלטלי אחרי בקשת המחילה מתוך דברי הר"ן ובעל התרומות מוכח שדברי ר"ח הם לדינא דגמ' וכמבואר וכ"כ הריב"ש בפירוש בסי'

שצ"ב שדברי ר"ח הם לדינא דגמ' יע"ש. וכבר תמה על זה הרב ג"ת שם יע"ש. וכן מבואר במרדכי בפרק הכותב סי' רכ"ב שדברי ר"ח הם לדינא דתלמודא וכסברת הרשב"א ואמרו דלסברא זו מאי דאמרינן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי מיירי בקטנים וכמ"ש הרשב"א וכתוב עוד שם במרדכי שרא"ם וריב"ק הכי ס"ל כסברת ר"ח וא"כ זכינו לדין דאף דנימא דבמטלטלין כאלו לא תקנו הגאונים ושבקוה לדינא דגמ' מ"מ יכול התופס לומר קים לי כר"ח והרשב"א ורא"ם וריב"ק דאית להו דאף לדינא דגמ' איכא מצוה במטלטלי דיתומים גדולים וכופין אותם, עוד אפשר לומר דאף למאן דפליג אסברת רבי' חננאל הלזו וס"ל דבמטלטלין מצוה איכא אבל כפיי' ליכא מ"מ אפשר דמהני תפיסה דכיון דאיכא מצוה וחיוב בדיני שמים אי תפס לא מפקינן מיניה ואף שהריב"ש בסי' שצ"ב כתב בשם הרמב"ן דכל שאינו חייב כי אם בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה (*א"ה עיין מ"ש הרב המחבר לעיל פי"א מה' אלו דין ו') מ"מ הא איכא מאן דפליג וס"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה והוא סברת רש"י בפרק השוכר את הפועלים (דף צא) גבי אין אדם מת ומשלם דכיון דבדיני שמים חייב אי תפס לא מפקינן מיניה וכן היא סברת הראב"ד ז"ל גבי אבק רבית כיון דבדיני שמים חייב אי תפס לא מפקינן מיניה ובספר החינוך מצוה שד"מ כתב בסתם כסברת הראב"ד ז"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה וא"כ יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד דכל שחייב בד"ש אי תפס לא מפקינן מיניה וכ"ת א"כ תיקשי הא דאמרינן במי שהיה נשוי אמר רמי בר חמא ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות וזקף עליו במלוה ומת ראובן ואתא ב"ח דראובן וקטריף לה משמעון ופייסיה בזוזי דינא הוא דאמרי ליה בני ראובן אנן מטלטלי שבק אבון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח ואי אמרת דכל שחייב בדיני שמים אי תפס לא מפקינן מיניה הרי שמעון היה תפוס במטלטלין והיכי מצו בני ראובן לאפוקי מיניה וכן בר"פ הכותב מוכח דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני ולפי מה שכתבנו מהני די"ל דהתם מיירי בקטנים דליכא מצוה עלייהו. וא"ת והרי הרשב"א ודעמיה דאוקמוה להא דהכותב ופרק מי שהיה נשוי בקטנים הוא משום דס"ל דמלבד דאיכא מצוה איכא נמי כפייה ומש"ה הוקשה להם הך דהכותב ודמי שהיה נשוי ואוקמוה בקטנים וכדמוכח במרדכי פ' הכותב אבל אי הוה אמינא דמצוה איכא וכפייה ליכא הוו מוקמי להני אף בגדולים לזה יש לומר דהרשב"א ס"ל כסברת הרמב"ן דכל שאינו חייב כי אם בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה ומשום הכי אי לאו דס"ל דכפיי' נמי איכא במטלטלין לא הוה קשיא ליה מהני דהכותב ודמי שהיה נשוי אבל לעולם דלסברת האומר דכל שחייב בדיני שמים אי תפס לא מפקינן מיניה אף דס"ל דבמטלטלין מצוה איכא וכפייה ליכא מ"מ צריך לאוקומי להני דהכותב ומי שהיה

נשוי בקטנים דכיון דאיכא מצוה וחייב בדיני שמים אם היו גדולים אי תפס לא מפקינן מיניה וכן יש להוכיח מדברי הריב"ש ז"ל בסי' שצ"ב שבנדון דידיה תפס מטלטלין והיו לו ללוה קרקעות וס"ל לרב ז"ל דכל היכא דאיכא קרקעות לא תקנו הגאונים ומש"ה אית ליה שאם ירצה הלוה להגבותו קרקע מנכסיו ואח"כ כתב ואע"פ שמטעם מצוה על היתומים חל חיובם בדיני שמים אף על המטלטלין מ"מ לא מהני ליה תפיסה כיון שאין חיובו כי אם מדיני שמים והביא ראיה ממה שכתב הרמב"ן ז"ל דכל שאין חיובו כי אם בדיני שמים אי תפס מפקינן מיניה עכ"ד וא"כ לדידן דמספקא לן מילתא אם מי שחייב בדיני שמים אי תפס אי מפקינן מיניה י"ל דמצי למימר התופס קים לי כמ"ד דאי תפס לא מפקינן מיניה ועדיין צריך אני להתיישב בדין זה:

עוד אני אומר במה שכתבנו לעיל דיכול התופס לומר קים לי כמ"ד דב"ח גובה מהראוי דאפשר דהשתא לדידן בתר תקנת הגאונים לכ"ע ב"ח גובה מהראוי והוא ממ"ש רבינו בפירוש המשנה בפרק יש בכור הביא דבריו מרן בכ"מ פ' ט"ז מהלכות אישות דהשתא דגבי ממטלטלי גובות האשה והבנות משבח ששבחו נכסים אחר מיתת הבעל וגם נוטלות בראוי כבמוחזק ע"כ וא"כ ה"ה בכל ב"ח דאף דנימא דאין ב"ח נוטל בראוי זהו לדינא דגמרא אך לאחר תקנת הגאונים גובה הב"ח בראוי כבמוחזק ע"כ. וראיתי להרא"ש בפ' מי שמת שכתב דאין אשה גובה כתובתה משבח אע"פ שגובה עכשיו ממטלטלין היינו בתקנת הגאונים שגובה ממטלטלי כמו ממקרקעי אבל שבח אפילו ממקרקעי לא גבי ע"כ וכן כתב רבינו ירוחם נכ"ג חי"א בשם התוס' דאינה גובה כתובתה משבח אפילו אחר תקנת הגאונים ואין ספק דלסברת התוס' והרא"ש הלזו אם הוא מן הראוי דאינה גובה אפילו בתר תקנת הגאונים שהרי רבינו שבח וראוי בחדא מחתא מחתינהו וקאמר דבתר תקנת הגאונים גובה אשה כתובתה משבח וראוי וא"כ למ"ד דאף לבתר תקנת הגאונים אין האשה גובה כתובתה מן השבח הוא הדין דמן הראוי נמי אינה גובה והנה מהריב"ל ח"ד סי' ה' תמה על דברי רבינו הללו דמה ענין זה לזה דהרי לדינא דגמרא אין האשה גובה כתובתה מן הראוי אפי' ממקרקעי ואם כפי תקנת הגאונים אשה גובה כתובתה מהמטלטלין היינו במה שהיתה גובה כתובתה קודם התקנה דהיינו במה שאינו ראוי עכ"ד וכן תמה הרב בעל נתיבות משפט. הן אמת דכפי ס' הרמב"ן שכתבנו למעלה דאף בתר תקנת הגאונים אינו גובה מן המטלטלין אלא במטלטלין שהיו לו אחר שלוה אבל במטלטלין שקנה לאחר מכן לא דלא עדיפי מקרקעות הנה כפי סברא זו אין ספק שיגדל התימה על רבינו דאיך יתכן שייפו הגאונים כחם בתקנתם יותר ממה שהיה מדין התלמוד בקרקעות אך כפי הסברא האחרת שכתבנו למעלה דאף למאן דאית ליה

דלוה וקנה ואחר כך הוריש דלא משתעבד מ"מ בתר תקנת הגאונים משתעבד וכתבנו דהטור הכי ס"ל וכמו שהארכנו בזה לעיל הנה כפי סברא זו אין כל כך מן התימה דהכא נמי גבי ראוי איכא למימר דהגאונים ייפו כחם בתקנתם יותר ממה שהיה גובה לדינא דגמרא מן הקרקעות. וראיתי למהראנ"ח בסי' ק' שכתב שמדברי הטור בא"ה סי' ק' שכתב מדינא דגמרא אין הכתובה נגבית אלא ממקרקעי ומן הזיבורית שבנכסי ולא משבח ולא מהראוי כו' ומתקנת הגאונים נגבית אפילו ממטלטלין מפשטן של דברים אלו הכריח הרב דס"ל להריב"ה דהא דאין כתובה נגבית מהשבח ומהראוי הוא דוקא לדינא דגמרא אבל לאחר תקנת הגאונים גובה אף מן השבח ומן הראוי ע"כ. וראיתי למוהריב"ל שהביא דברי הטור הללו ונסתפק בהם ואח"כ הסכימה דעתו דממה שכתב הטור מתקנת הגאונים נגבית ממטלטלי נראה מדבריו דלא הועילה תקנת הגאונים אלא כדי שתגבה האשה ממטלטלין ולא לדבר אחר והביא ראיה עצומה לדבריו ממה שכתב הרא"ש בפ' יש נוחלין דהאידנא דתיקנו הגאונים דב"ח וכתובה גבי ממטלטלי דיתמי אם גבו מטלטלין בחובת אביהן הרי הן כקרקע וב"ח וכתובת אשה גובה מהן וכן עמא דבר ואפילו ממלוה דעכו"ם והיינו טעמא דלענין ב"ח וכתובת אשה לא חשיבא מלוה ראוי ע"כ. ומדברים אלו מוכח דאי הוה אמינא דמלוה חשיבא ראוי לא הוה מהני תקנת גאונים לראוי והן הן הדברים שכתבנו לעיל בשם התוס' והרא"ש לענין שבח דאף בתר תקנת הגאונים אין האשה גובה כתובתה מהשבח. עוד כתב מהראנ"ח דמדברי בעל התרומות מוכח כדברי הרמב"ם שאחר שכתב דין הראוי כתב והרב בעל העיטור ז"ל כתב לענין כתובה מלוה מוחזקת היא משום דר' נתן וכו' וכן דעת הרב ן' מיגאש ופליג על ר"ח ורב אלפס דאמרי ראוי הוא לכל מילי והאידנא בתר דתקון רבנן בתראי כתובה ממטלטלי ליכא משום ראוי לא שנא גבו יתומים קרקע בחובת אביהם לא שנו גבו מעות דהוה להו מטלטלין שגבו כאילו גבאם אביו בחייו ע"כ. נראה דאפילו כשת"ל דמלוה שייך ביה ראוי ולא אתינן עלה מדר' נתן מ"מ בתר דתקון רבנן דכתובה נגבית ממטלטלין ליכא משום ראוי והוה ליה כאילו גבאם אביו בחייו שכל זה בכלל התקנה דאלמוה לשיעבודיה דב"ח לגבות אפילו ממה שאינו מוחזק כל כך ביד הלוה ואינו סומך עליו וזה דברי הרמב"ם בפירוש המשנה ע"כ דברי מהראנ"ח. ומוהרח"א תמה וכתב ובעיני יפלא שדברי בעה"ת ברור מללו דלא קאי אלא אמלוה דמיירי לעיל מיניה וכמ"ש בפי' לא שנא גבו מעות כו' וכוונתו לומר מ"ש קודם זה דמלוה לא איקרי ראוי לגבי ב"ח אלא שאם גבו מעות לדין התלמוד הוו ליה מטלטלי דיתמי דלא משתעבד לב"ח אלא דאחר תקנת הגאונים אפילו גבו מעות הו"ל כאילו גבאם אביהם בחייו וגובה ב"ח וכתובה

מהם עכ"ד. ואחרי המחילה הראנ"ח דקדק הרבה בדבריו ולא הביא ראיה ממה שכתב שם בעה"ת בשם הרמב"ן דקא עסיק בדין מלוה אי חשיבא ראוי וכתב דלא חשיב והטעם דאם גבו מעות דאין לו הוא משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב וחזר וכתב דלפי תקנת הגאונים דמטלטלי דידהו משתעבדי אפילו גבו מעות חוזר וגובה מהם דודאי דמדברים אלו ליכא סייעתא כלל לסברת הרמב"ם דלעולם דלענין ראוי לא מהני תקנת הגאונים אלא דשאני הכא דבמלוה ליכא ראוי אלא דאם גבו מעות אינו גובה מהם משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח והשתא לבתר תקנת הגאונים דאמרו דמשתעבדי אפילו גבו מעות חוזר וגובה מהם. אלא ראייתו היא מדברי הרב בעל העיטור שכתב מלוה מוחזקת היא לענין כתובה וכתב שכן הוא דעת הרב נ' מיגאש ופליג על ר"ח והרי"ף דאמרי ראוי הוא וכתב והאידנא בתר דתקון רבנן בתראי כתובה ממטלטלי ליכא משום ראוי וכו' ופשטן של דברים הם דקאי על סברת ר"ח והרי"ף ז"ל דכתבו דמלוה ראוי הוא כתבו דבתר תקנת הגאונים ליכא משום ראוי ומוכרח הוא זה דלדידהו אף קודם תקנת הגאונים במלוה ליכא משום ראוי והיכי קאמר דבתר תקנת הגאונים ליכא משום ראוי במלוה א"ו דעל דברי ר"ח והרי"ף דאית להו דמלוה אית בה משום ראוי כתבו דהאידנא ליכא משום ראוי וזה כדברי הרמב"ם. וכן כתב הרב בעל כנה"ג דהאי ומיהו בתר תקנת הגאונים הוא אפילו לר"ח ולהרי"ף דסוברים דמלוה איקרי ראוי דלסברת הרמב"ן והרא"ש מלוה נקרא ראוי לגבי אשה והכריח מכאן דר"ח והרי"ף סוברים כסברת הרמב"ם דבתר תקנת הגאונים אשה גובה מהראוי ומ"מ אף כפי הנחה הלזו שכתבנו דמ"ש הר"ב העיטור והאידנא שתקנו כו' שהוא אף לסברת ר"ח והרי"ף דאית להו דמלוה חשיב ראוי לכתובה נראה שאין להכריח מכאן כסברת הרמב"ם בפירוש המשנה דלבתר תקנת הגאונים אשה גובה כתובתה מהראוי משום דר"ח והרי"ף שכתבו דמלוה חשיב ראוי הוא דוקא לכתובה ולא לב"ח דלב"ח אף הרי"ף מודה דלא חשיב ראוי ואם גבו קרקע חוזר וגובה אלא דלכתובה הוא דפליגי וס"ל דחשיב ראוי וכן כל דברי הרב בעל העיטור בכתובה הם כמבואר בדבריו וכן כתב וכן נהגו להגבות כתובה. ויש לחקור דלמה גבי כתובה חשיב מלוה ראוי ולא גבי ב"ח וליכא למימר דטעמייהו משום דס"ל דדוקא כתובה אינה נגבית מהראוי משום דמקולי כתובה שנו כאן אבל ב"ח גובה מהראוי שהרי בעה"ת הביא בתחלת דבריו בשם ה"ר אשר שב"ח גובה מהראוי כבמוחזק וסיים בדבריו וכן הוא הפסק שלא כדברי הרי"ף הרי דהרי"ף אית ליה דאין ב"ח גובה מהראוי והרמב"ן כתב שהוא מקובל מפירושי ר' חננאל שכשם שאין כתובה נגבית מהראוי כך ב"ח אינו נוטל בראוי ומכאן אני תמיה על מ"ש בעל התרומות בסוף דבריו

וז"ל ועל סברת ר"ח ורי"ף ז"ל כתב ה"ר אשר דאף למ"ד דכתובה אינה גובה מהראוי ומן המלוה ושאר קולי כתובה ה"מ במנה מאתים אבל במה שהביאה לבעלה דינו כמלוה שגובה מן השבח ומן הראוי ע"כ. ותמהני דהא ר"ח ורי"ף כתבו בפירוש דאין ב"ח נוטל בראוי ורבינו אשר כתב בפירוש סברת הרי"ף דאית ליה דב"ח אינו גובה בראוי וכ"כ הרמב"ן בשם ר"ח ונראה לי דיש כאן ט"ס ואעיקרא דמילתא מה שכתוב בספרים דאפילו למ"ד דכתובה אינה גובה מהראוי דברים הללו אין להם מובן דהא הא דאין כתובה גובה מהראוי היא הלכה פסוקה ומשנה שלימה היא בפ' יש בכור והיכי קאמר דאפילו למ"ד דכתובה אינה נגבית מהראוי ומ"ש שם הר"ב ג"ת דאשגרת לישן הוא דוחק גדול בעיני. ולדעתי עיקר הנוסחא כך הוא דאפילו למ"ד דכתובה אינה גובה ממלוה ושאר קולי כתובה כלומר שבח ה"מ במנה מאתים אבל במה שהביאה לבעלה דינו כמלוה שגובה מן השבח ומן המלוה ע"כ והן הן הדברים שכתבנו והטעם דמלוה חשיב ראוי לגבי כתובה ולא לגבי ב"ח הוא מטעמא דכתב הרמב"ן בחידושיו פ' יש נוחלין שכתב הטעם לדברי האומרים דמלוה ראוי לכתובה ולא לב"ח ואפילו גבו קרקע אין לה זהו הטעם משום דכל מלוה מטלטלין הם כדאמרינן בפרק מי שהיה נשוי ומפורש בפסחים דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אין ב"ח חוזר וגובה אותם אלא משום דר' נתן והאי טעמא דר' נתן ליתיה אלא בב"ח ששיעבודו מחיים אף על המטלטלין דמיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה ואיכא למימר ביה כי היכי דמשתעבדנא לאבוהון משתעבדנא לב"ח מדר' נתן אבל כתובה דאפילו מיניה מטלטלי לא משתעבדי לכתובה וכיון שכן אזדא לה דר' נתן מיהא דליכא למימר מוציאין מזה ונותנין לזה דהא מטלטלי אית ליה למלוה בידא דלוה ולכתובה לא משתעבדי אפי' מחיים הילכך גבו קרקע נמי השתא הוא דקנו כרבא דאמר בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ונכסי דקנו דיתמי היה ולב"ח לא משתעבדי כדאמרינן התם בפרק כל שעה מקמי דתיתי דר' נתן ע"כ. נמצא לפ"ז דטעמייהו דר"ח והרי"ף דאית להו דמלוה חשיב ראוי לכתובה הוא משום דאינה נגבית מטלטלי מיניה וכיון שכן לא שייך דר' נתן וכיון שכן אם גבו אח"כ קרקע חשיב ראוי לפי שלא נשתעבד מלוה זו בחייו לכתובה דכל היכא דלא שייך דר' נתן חשיב ראוי. וכ"כ הרב בעה"ת בשם הרמב"ן וז"ל והטעם שאין מלוה ראוי לגבי ב"ח משום דאמר ליה כי היכי דמשתעבדנא לאבוהון משתעבדנא לב"ח דאבוהון מדר' נתן כו' ומינה דגבי כתובה דלא שייך הך דר' נתן חשיב ראוי. ונראה דמטעם זה כתב המרדכי ר"פ יש נוחלין דשכר פעולה שמעולם לא בא לידו ולא גבה נראה דהוי ראוי לב"ח כו' ע"כ ויש לדקדק דמאחר דהוא פסק דמלוה לא חשיב ראוי למה שכר פעולה חשיב ראוי ונראה דהמרדכי ס"ל כסברת איכא

מ"ד שהביא בעל התרומות בשער כ"א ח"א סי' ה' דהאי דינא דר' נתן אינו אלא בחוב שהלוה לו או שנתחייב לו מצד דבר שבא מידו לידו שבשעה שהגיע ממונו לידו זכה בו זה כבר אבל בחוב דשכירות ודהענקה אין נכנס לוה שני תחת שיעבוד לוה א' מדר' נתן ע"כ ומש"ה פסק המרדכי דשכר פעולה חשיב ראוי משום דלא שייך בה דר' נתן ולזה כתב הרב בעל העיטור ז"ל דאף לסברת ר"ח והרי"ף ז"ל דמלוה חשיב ראוי לענין כתובה השתא דתקון רבנן כתובה ממטלטלי ליכא משום ראוי דכיון דאפילו מיתמי תקנו שתגבה כתובתה כ"ש מיניה וא"כ לא שייך ראוי משום דמשתעבד חוב זה לכתובה מדר' נתן והוה ליה כב"ח דעלמא דלא שייך לגביה לומר דמלוה חשיב ראוי משום דר' נתן הוא הדין לכתובה נמי בתר תקנת הגאונים לא חשיב מלוה ראוי משום דר' נתן וכ"כ הרמב"ן שם בחדושיו דלפי טעם זה בתר דתקון רבנן דמטלטלי משתעבדי לכתובה הדרינן להלכתא דר"מ וגביא ממלוה אלא שאחר כך חזר וכתב דלא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה. וא"כ אין הוכחה כלל מהכא לסברת הרמב"ם דאית ליה דלבתר תקנת הגאונים אשה גובה כתובתה מהשבח ומהראוי וכמבואר. ולענין הלכה בדין זה דהרמב"ם מתוך דברי מהריב"ל בתשובה הנזכרת נראה דלא חש לדברי הרמב"ם הללו שכל הפוסקים חלוקים עליו ממה שכתבו סתם דאין האשה גובה מן השבח ומן הראוי ולא הזכירו דאחר התקנה אשה גובה מן השבח ומן הראוי ומדברי הרמב"ן שכתב הרב בעל התרומות יש להוכיח כן שהרי הביא שני דינים זה בצד זה האחד הוא דבע"ח אינו גובה מהראוי והשני דמלוה לא חשיבא ראוי אלא דאם גבו מטלטלין אין ב"ח גובה מהם ולזה כתב דהשתא בתר תקנת הגאונים אף אם גבו מעות ב"ח חוזר וגובה מהם אבל בדין הראשון דראוי לא הזכיר כלל תקנת הגאונים וכן מוהרח"ש בסי' כ"ט דחה דברי הרמב"ם הללו שכל הפוסקים חלוקים עליו וגם מהראנ"ח בסי' קט"ו כתב דסוגיא דעלמא שלא כהרמב"ם שכל הפוסקים כותבים דין השבח והראוי בלתי שום חילוק וכתב בסוף דבריו ומתוך כל זה נ"ל ודאי דאין להוציא הנכסים מחזקת היתומים מכח תקנה זו כיון שאין תקנה זו מבוררת ומעמידין הדבר על דין תורה ע"כ והרב בעל פני משה בח"א סי' צ"ט כתב דמדברי מהראנ"ח הללו משמע דאפילו אם האשה היא תפוסה אינה יכולה לומר קים לי כהרמב"ם וכתב עוד דמה שכתב מהראנ"ח אין להוציא הנכסים מחזקת היתומים לאו דוקא אלא קושטא דמילתא הכי הוה בנדון דידיה דנכסי בחזקת היתום הוו קיימי אבל אה"נ דאף אם האשה היתה מוחזקת בהם היה אומר דאין האשה גובה כתובתה מהם עכ"ד. וקשה לזה שהרי מהראנ"ח עצמו בסי' ק' חשש לדברי הרמב"ם ואילו היינו אומרים דעד כאן לא דחה הרב מהראנ"ח בסי' קט"ו סברת הרמב"ם אלא להוציא מן

היתומים וכפשט דבריו דקאמר אין להוציא מן היתומים מכח תקנה זו ניחא הא דסי' קט"ו דהתם מיירי שהב"ח היה מוחזק ומשום הכי חשש לס' הרמב"ם אך לדברי הרב בעל פני משה קשה וראיתי לרב ז"ל שכתב שהראנ"ח בסי' קט"ו חזר ממה שכתב בסי' ק' ולא ידעתי מנא ליה דההיא דסי' קט"ו כתבה באחרונה אימא דההיא דסי' ק' כתבה באחרונה וחזר בו ממה שכתב בסי' קט"ו והדברים נראים כן דבסי' ק' ראה שמדברי הטור ומדברי בעה"ת נראה דס"ל כסברת הרמב"ם ומש"ה חזר בו ממה שכתב בסי' קט"ו ולסברת הרב בעל פ"מ היה לו למהראנ"ח בסי' קט"ו להביא אותם ההכרחיות שכתב בסי' ק' להכריח דס"ל כסברת הרמב"ם ולדחותם אלא ודאי דפשטן של דברים נראה דההיא דסי' ק' כתבה באחרונה וכדכתיבנא והנה הסכמת הרב בעל פ"מ דאין לחוש לסברת הרמב"ם הלזו אפילו להחזיק. אך הרב בעל כנה"ג כתב ולענין הלכה כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה וא"כ יכול המוחזק לזכות גם מטעם זה דהרמב"ם. (*א"ה עיין עוד לקמן פ"ה מהלכות נחלות דין ח'):

עוד יש לי לחקור חקירה אחת דהא דנחלקו הראשונים אי ב"ח גובה מהראוי דמאי טעמייהו דמאן דאמר דאינו גובה מהראוי דבשלמא היכא דמצי למימר אנא מכח אבא דאבא קאתינא ניחא משום דטוענים היורשים אנחנו אין אנו יורשים את אבינו הלוה אלא מכח דאבא דאבא קא אתינא אבל במקום שאינם באים מטענה זו או למ"ד דתחת אבותיך יהיו בניך לברכה הוא ולא לדינא מה טעם אין ב"ח גובה מהראוי. והנראה הוא משום דנכסוהי דאיניש לא משתעבדי אלא מה שזכה בחייו אבל מה שזוכה בקבר לא משתעבדי דלאו אדעתייהו סמיך מלוה ואפילו במה שזכה בחייו כל שקנאם אחר שלוה לא חל שיעבוד עליהם כל שלא כתב דאיקני ואיכא מ"ד דאף אם הורישם לא משתעבדי וכמו שכתבנו למעלה ואף דבדאיקני משתעבדי ס"ל דדאיקני לא מהני אלא למה שזוכה בחייו אבל למה שזוכה בקבר אין זה במשמעות דאיקני ואפשר שאם פירש בפירוש דאף מה שיזכה בקבר שמשעבדו דמהני. וראיתי למהרי"ו ז"ל בסי' ע"ד וז"ל ואע"ג שכתב גם כן באותה תשובה וז"ל ועוד אני סבור לכך אנו כותבין בחיי ובמותי כדי לגבות מהראוי ופירוש דעתיד אנא למיקני בחיי ובמותי והיינו הראוי לבא לאחר מותו כגון נכסי דאבא דאבא כו' בהא לא צייתנא ליה לגבות מן הראוי גמור דלא גבו להו רבותינו ומנהג פשוט הוא דלא גביא מנכסי דאבא דאבא הבא לאחר מותו ע"כ. והנה אותה תשובה ס"ל בפירוש דאם שעבדם בפירוש דגובה מהראוי ומהר"י שחולק עליו אפשר דדוקא בנכסי דאבא דאבא דבהו מיירי משום דהתם איכא טעמא אחרינא דמכח אבוה דאבא קא אתינא ומש"ה ס"ל דלא מהני מה שכתב בחיי ובמותי אך בשאר אפשר

דיודה מהרי"ו דמהני. ויש קצת ראיה לזה מההיא דכתב הנמוקי בפ"ק דמציעא עלה דההיא דאמר שמואל ב"ח גובה את השבח וז"ל ומיהו הא דאמרינן שגובה ב"ח בשבח ה"מ במאי דאשבח לוקח בחיי מוכר אבל במה שהשביח לאחר מיתת המוכר לא גבי מידי דכיון דמשום דאקנה אתינן על מה שהשביח לאחר שמת לא קנאו מוכר מעולם ע"כ והוה ליה למימר בקיצור דכיון דמשום דאיקני הוא אינו יכול לשעבד אלא מה שיזכה בחייו לא מה שזוכה לאחר מיתה אלא דס"ל דאף מה שזוכה לאחר מיתה יכול לשעבד אלא דשאני שבח דמאי דאמרינן דמשתעבד הוא משום דחשיב כאילו קנאו המוכר מהלוקח וכמו שכתב שם הרב הנמוקי ואם כן בשבח דלאחר מיתת המוכר לא שייך האי טעמא. ומ"מ בין דנימא דיכול לשעבד מה שיזכה לאחר מיתה או שאינו יכול לשעבד מה שיזכה לאחר מיתה מ"מ נראה דמה שאינו משתעבד הוא משום דלא חל השיעבוד אלא במה שיזכה בו בחייו שעל זה הוא שדעת המלוה סומך עליו וא"כ הראוי חשוב כמטלטלין דלא משתעבדי לב"ח משום דאין דעתו של מלוה סומכת עליהן. ואפשר דמטעם זה כתב הרמב"ם דהאידנא בתר תקנת הגאונים ב"ח גובה מהראוי דהכוונה היא דכי היכי דמטלטלי אף דאין דעת המלוה סומך עליהם ולא משתעבדי תקנו הגאונים שישתעבדו הכי נמי ראוי אף שאין דעת המלוה סומך עליהם ולא משתעבדי בתר תקנת הגאונים משתעבדי והחולקים עליהם ס"ל דלא דמי דבשלמא מטלטלין ראו הגאונים שנשתנה זמנם מזמן התלמוד שלא היה עסקיהם כי אם בקרקע ומש"ה תקנו דמטלטלי משתעבדי אבל בראוי לא נשתנה זמן הגאונים מזמן הגמרא בין הכי ובין הכי דין הראוי כדין מטלטלין דטעם אחד להם דלא משתעבדי מטעמא דאין דעת המלוה סומך עליהם. וא"כ באנו למחלוקתם של ראשונים דלהרשב"א ודעמיה ז"ל כופין ליתומים בראוי כדין המטלטלין אלא שאין יורדין לנכסיהם ולסברת החולקים נהי דכפייה ליכא מצוה מיהא איכא בדין המטלטלין אלא שלא ראיתי לשום אחד מגדולי האחרונים שעמדו בדין זה דראוי ובפרט מוהראנ"ח ומוהרח"ש שיאמרו דין זה דאף שיהיה ראוי הא איכא סברת הרשב"א ודעמיה דס"ל דכופין אותם בשוטים. ואפשר לומר דדוקא במטלטלין דכיון דזכה בהם הלוה בחייו ומיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה כי מת כפינן להו ליורשים אפי' בשוטים אבל בראוי דמעולם לא נתחייב הלוה בהם כי זכה בהו בקבר לא כפינן ליורשים וכן למ"ד דנהי דכפייה ליכא מצוה מיהא איכא יש לחלק כמו שכתבנו ומ"מ עדיין צריך אני להתלמד בדין זה ממקום אחר:

ועוד יש לחקור במה שכתבנו למעלה בקצת דברים דמצי התופס לומר קים לי האחד הוא באותה שכתבנו במה שנחלקו הראשונים אי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי

הוא אפילו דלוה וקנה ואח"כ הוריש אף למ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש מדינא דגמרא אף בקרקע אינו גובה מהיורשין וכתבנו דמצי התופס לומר קים לי כמ"ד דאף למ"ד דלוה וקנה ואח"כ הוריש דלא משתעבד בתר תקנת הגאונים משתעבד דהיכי מצי למימר קים לי דהא מדינא מטלטלי לא משתעבדי אפילו מה שהיה לו בשעה שלוה ומן התקנה משתעבדי וכיון שיש ספק בתקנה הוה לן למיזל בתר דינא ואפילו תפס לא מהני (*א"ה עיין לקמן פ"א מהלכות נחלות דין ח') ובפירוש כתב הרא"ש בתשובה כלל צ"ה סי' ז' וז"ל אחר שאין דבר זה מפורש בנוסח תקנתכם ידי התקנה על התחתונה כי התקנה באה להוציא מכח דין תורה שהדין נותן שתטול האלמנה כל כתובתה ע"כ. ומכאן יתבאר דליתנהו להנהו מילי דכתב מהרא"ש בתשובה סימן י"ט דדוקא בתנאי שמתנה האיש עם אשתו ואינו מכח התקנה משום הכי אמרינן יד הבעל על העליונה אבל בתקנה לא אמרינן יד הבעל על העליונה אף שמדין תורה הבעל יורש את אשתו שהרי מתשובה זו מתבאר דאף בתקנה אמרינן ידי התקנה על התחתונה ורבינו בפ"ד מהלכות גזילה כתב היה שם לקיטו ושכירו של בעל הבית אינם נשבעין ונוטלין כו' ע"כ וכתב שם הרב המגיד וז"ל ולא פסק שאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כדרכו ברוב התיק"ו האמורין בגמרא לפי שכל זה מן התקנה ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוציאין מידו ע"כ ומדברי הרמב"ם הללו יש לתמוה גם כן על מ"ש הרב בעל פ"מ בח"א סי' נ"ד על מי שנתן עיניו באשתו לגרשה דאיכא מ"ד דאין הבעל יורשה וכתב הרב ז"ל דכיון דמן התורה הבעל יורש את אשתו ומ"ד דהיכא דנתן עיניו לגרשה שאין הבעל יורש אותה הוא מהתקנה ויש מחלוקת בתקנה לא אתי ספק תקנה ומפיק מידי ודאי דאורייתא ואף שאין הבעל מוחזק מוציא מיד יורשים והוקשה לו דבבת יבמה אם ניזונת מנכסי היבם וכן בבת שניה עלו בתיקו ופסקו הפוסקים דאינם ניזונות ואפ"ה כתב רי"ו שאם תפסו בנות לא מפקינן מינייהו והא מזונות הבנות אינם מן התורה ויש ספק בתקנה ואפ"ה כתב רי"ו דמועיל להן תפיסה משמע דאתי ספק תקנת בנות ומפקא ודאי דאורייתא היכא דתפסו ותירץ דשאני התם בבת שניה דתלמודא גופיה מסתפק בה ולפיכך אם תפסה הבת לא מפקינן מינה משא"כ בפלוגתא דרבוותא עכ"ד. והנה מלבד מה שיש לגמגם בעיקר דינו דהיינו במי שנתן עיניו לגרשה דהתינח למ"ד ירושת הבעל מן התורה אך הן רבים הם הסוברים דירושת הבעל מדרבנן ולסברתם כיון שיש ספק בתקנה אם תקנו שהבעל יורש את אשתו אף שנתן עיניו לגרשה א"כ יורשי האשה חשיבי מוחזקים ומפקי מיד הבעל מלבד כל זה בעיקר החילוק שכתב ליישב דברי רבינו ירוחם ולחלק בין ספיקא דתלמודא לפלוגתא דרבוותא מלבד דעיקר החילוק אינו מתיישב דברי הרמב"ם

הם סותרים דבריו שהרי לקיטו ושכירו הוי בעיא דלא איפשיטא ואפ"ה הכריח ה"ה לדעת הרמב"ם דאפילו תפס מוציאין מידו לפי שהוא מן התקנה באופן שדברי רי"ו אכתי מוקשים ועומדים הם שהרי בעיקר הדין דכל ספק בתקנה דאפילו תפס דמוציאין ממנו נראה שהוא מוסכם מהכל וא"כ חזרנו למה שכתבנו דאיך יתכן לומר שיוכל המוחזק לומר קים לי כמ"ד דתקנת הגאונים היתה דאפילו מטלטלין שקנה אחר שלוה שיהיו משועבדים לב"ח, לזה אומר דבזמן הזה לאו מכח קים לי אתינא אלא מטעם מנהג שהרי לא ראינו מי שפקפק בזה כשבאים לגבות מן היתומים מטלטלים שיהיו חוקרים ודורשים אם מטלטלים אלו היו ביד הלוה כשלוה או לא ודמי למה שכתב הר"ר שלמה בן אדרת בתשובה הביאה מרן בטור א"ה ס"ס קי"א דאף דאית ליה דמדינא כתובת בנין דכרין אינה נגבית מהמטלטלין אף לאחר תקנת הגאונים לפי שלא תקנו הגאונים שום תקנה בכתובת בנין דכרין מ"מ כתב בסוף תשובתו ומ"מ אני רואה שפשט המנהג ביניהם לגבות אותם גם עכשיו ואפילו מהמטלטלין וכל כיוצא בדברים אלו הכל הולך אחר המנהג ע"כ גם בזה המנהג הוא פשוט לגבות ממטלטלין דיתמי ואינם חוקרים ודורשים אם מטלטלין אלו היו ביד הלוה בשעה שלוה ונראה שזו היא כוונת הטור במה שכתב ולא נהגו כן אלא אף במלוה על פה גובין מהם ואפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאיקני ע"כ והנה בסברא הלזו שכתב הריב"ה בשם י"א שתקנת הגאונים לא היתה כי אם במלוה בשטר לא במלוה על פה והיא כסברת ר"ח ור' אפרים וכמ"ש הרב בעה"ת בשער ס"א לא ראיתי לשום אחד מהאחרונים שהביאו לסברא הלזו אפילו לסניף זולת להרב בעל כנה"ג שכתב וז"ל ומ"מ נ"ל שיכול המוחזק לומר קים לי כר"ח ור' אפרים ע"כ ותמהני דאיך לא הוקשה לו מכמה תשובות לגדולי האחרונים שהסכימו דגם במלוה ע"פ גובין מטלטלי דיתמי ולפי סברתו שהדבר הוא במחלוקת אפילו אם תפס היה לנו לומר דמוציאין ממנו כיון שהוא ספק בתקנה אלא ודאי דהכא מטעם מנהג הוא וכן כתב הוא ז"ל דסוגיא דעלמא הכי אזלא וזהו שהטור כתב ולא נהגו כן דהטור לא בא לחלוק על היש אומרים בעיקר תקנת הגאונים אם תקנו אף במלוה על פה או לא אלא שכתב ולא נהגו כן כלומר דהן לו יהי כסברת היש אומרים מאחר דלא נהגו כן המנהג הוא עיקר וכמו שכתבנו בשם הרשב"א גבי כתובת בנין דכרין והרב בעל גדולי תרומה נסתפק בזה אם יש לחוש לסברת ר"ח ורבינו אפרים וכתב בסוף דבריו או שמא הכרעת המנהג גוברת ע"כ. ולדידי הדבר פשוט דמה שאין אנו חוששין לסברת ר"ח ורבינו אפרים הוא מטעם מנהג וכמ"ש הריב"ה וסמוך לזה כתב ואפילו קנאם הלוה אחר שלוה כו' דגם זה מכח מנהג הוא דאף דמדינא סברת הרמב"ן אלימתא היא דדוקא במטלטלי שהיו

בשעה שלוה תקנו אבל לא במטלטלין שקנה אחר שלוה דלא עדיפי מקרקעי מ"מ מטעם מנהג גובה אף ממטלטלי שקנה אחר שלוה וזהו שכללם הטור להני תרי מילי דהיינו מה שגובים אף במלוה על פה ואפילו קנאם אחר שלוה משום דס"ל דטעם אחד הוא לכולם דהיינו מתורת מנהג ומ"ש אחר זה וכן גובים ממלוה כו' ההוא הוי מדינא ובזה ניחא מ"ש הריב"ש בסי' שצ"ב שאחר שהביא סברת הרמב"ן דכתב דהגאונים לא תקנו אלא במטלטלי שהיו לו בשעה שלוה כתב אלא שמצאתי בספר חשן משפט כו' והביא דברי הריב"ה הללו והנראה ממרוצת דבריו שדעתו מסכמת לסברת הריב"ה וקשה דאיך לא חשש לסברת הרמב"ן דכל יומא ויומא שמעתתיה בפומיה ואי משום דהב"ח היה תפוס מ"מ כיון דאיכא מחלוקת בתקנה היה לו להוציא מהמוחזק אלא ודאי שהריב"ש אף שהביא סברת הרמב"ן מ"מ כיון שראה עדותו של הריב"ה ז"ל שהמנהג הוא לגבות אף ממטלטלין שקנה אחר שלוה נטה אחר דברי הריב"ה מטעם שהמנהג הוא עיקר בדברים אלו ובזה ניחא מה שתמהנו לעיל על מהראנ"ח דאיך סתם דבריו כסברת הריב"ה ולא חשב לסברת כמה גדולי עולם דפליגי דהיינו הרמב"ן ובעה"ת ז"ל דאית להו דאף בתר תקנת הגאונים מטלטלי לא משתעבדי אלא מה שהיו לו בשעה שלוה ומה גם בספק בתקנה דמדינא הוה לן לאוקומי אדינא דאורייתא אלא שהרב לא חשש לסברת החולקים מאחר שהריב"ה העיד שכך הוא המנהג בתר המנהג אזלינן וכדכתיבנא. אך הדבר הקשה הוא ממה שכתבנו לעיל דמצי למימר המוחזק קים לי כהרמב"ם דאית ליה דב"ח גובה מהראוי בתר תקנת הגאונים ז"ל דמאחר דיש מחלוקת בדבר הוה לן לאוקומי אדינא דאורייתא דאין ב"ח גובה מהראוי ולא ראיתי לשום אחד מגדולי המורים שהביאו סברת הרמב"ם הלזו שדחו אותה מטעם זה שהוא ספק בתקנה. והרב בעל פני משה בח"א סי' צ"ט כתב דאין לומר קים לי כהרמב"ם מאחר שהוא יחיד בסברא זו ואין לומר קים לי כפלוני גאון היכא דכל חכמי ישראל חלוקין עליו ול"ל מהאי טעמא תיפוק ליה דהן לו יהי דאיכא מאן דסבר כהרמב"ם וכמו דס"ל להראנ"ח בסי' ק' מ"מ כיון דהוא מחלוקת בתקנה מוקמינן לה אדינא דאורייתא ומוציאין מן המוחזק וכמו שפסק הוא ז"ל בח"א סי' נ"ד שכתבנו דבריו למעלה והנראה אצלי דע"כ לא אמרינן דכל דאיכא ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא ואפילו תפס מוציאין מידו אלא במילתא דמדינא אין לו שום זכות בנכסים כגון תקנת ההשבון דמדינא הבעל יורש ואין ליורשי האשה שום זכות כלל בנכסים כי אם מכח התקנה וכיון שיש ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא וכן נדון של הרב בעל פ"מ ז"ל דסי' נ"ד הוי כה"ג ממש אבל בנדון זה דאף דמדינא אין ב"ח גובה מהראוי מ"מ מצוה איכא לפרוע חוב מורישין דומיא דמטלטלי דאף דמדינא אין

משתעבדים לב"ח מ"מ מצוה איכא לכ"ע ואין בזה מחלוקת ואפילו שלא הניח נכסים כלל איכא מ"ד דאיכא מצוה לפרוע חוב אביהם וא"כ כיון דבהניח איכא מצוה נמצא דאף מדינא יש לו זכייה בנכסים אלו ואף דמדינא לא משתעבדי ואין כופין אותו מ"מ אם תפס מצי למימר קים לי כמ"ד דהשתא בתר תקנת הגאונים משתעבדי וכופין אותם לפרוע מהראוי כיון דמדינא נמי אית ליה זכייה בנכסים אלו דהא איכא מצוה ובזה ניחא מ"ש הרמב"ם בפ"ז מהלכות חובל גבי ניזק דנשבע ונוטל שאם חטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפן וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם שאינו נאמן כו' ואם תפס אין מוציאין מידו ע"כ והנה הרמב"ם ז"ל סובר שדין זה דאין דרכן להניח בכלי זה הוא בעיא דלא איפשיטא וכמ"ש ה"ה א"כ כיון דמה שהניזק הוא נשבע ונוטל הוא מהתקנה וכמבואר א"כ כיון דיש ספק אם תקנו היכא דאין דרכן להניח בכלי זה הול"ל דאפילו תפס מוציאין מידו משום דהוי ספק בתקנה ומוקמינן לה אדינא וכמו שפסק גבי בעיא דשכירו ולקיטו שכתבנו למעלה ובפ"ח מהלכות חובל פסק גבי מסור דאם תפס הנמסר אין מוציאין מידו ודין זה הוא בעיא דלא איפשיטא אם עשו תקנת הנגזל במסור וא"כ אמאי מהני ליה תפיסה אלא שנראה דשאני הך דהלכות חובל דלפי דברי התופס חייב שכנגדו אף מדינא שהרי אומר שמסרו וכן טוען שבאותם הכלים היו מרגליות ולפי דבריו חייב שכנגדו לשלם כל מה שטען אף מדינא אלא דמדינא לא היה נשבע ונוטל עכשיו שהוא תפוס נשבע ונוטל אף שהוא ספק בתקנה מטעמא דלפי דבריו זוכה במה שתפס מדינא אך ההיא דשכירו ולקיטו לא מהניא ליה תפיסה דהוא אינו יודע אם נגזל ממנו אם לאו והוא רוצה לזכות על פי שכירו ולקיטו נמצא שאף לפי דבריו רוצה לזכות מהתקנה וכיון שהוא ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא ומוציאים מידו. ובמה שכתבנו אין אנו צריכין להההוא טעמא שכתבנו דמה שאנו גובין ממטלטלי דיתמי אפילו אם קנאם אחר שלוה שהוא מטעם מנהג דאף דנימא דליכא מנהג אלא שיש מחלוקת אם הגאונים תקנו אף במטלטלין שקנה אחר שלוה או לא מ"מ מצי התופס לומר קים לי כמ"ד דהגאונים תקנו אף במטלטלין שקנאם אחר שלוה אף שהוא ספק בתקנה כיון דמדינא נמי יש לו זכייה במטלטלין אלו דהא מצוה איכא לכ"ע ואף דמדינא אין כופין במצוה זו מצי למימר קים לי כמ"ד דהגאונים תקנו אף במטלטלין שקנאם אחר שלוה וכופין אותם וכמו שכתבנו גבי ראוי לאחר תקנת הגאונים:

ועל דברי רבני אינדירני ראיתי לאחד המיוחד שבעדה הלא הוא החכם השלם הדיין המצויין אחי וראש כמהר"ר אליעזר נר"ו שנחלק עליהם וז"ל דעיקר הדין שלפנינו לא תליא בהאי פלוגתא אי ב"ח נוטל בראוי או לא דכל זה לא נאמר אלא כשהחוב הוא

מבורר שחייב לו המת ואתינא למיפטר נכסים אלו מטעם ראוי אך בנ"ד כי אעיקרא דדינא לא ידעינן שחייב לו כ"א על פי דבורו שרוצה להחזיק במה שתפס בטענה שחייב לו הרוצח והויא תפיסה דלאחר מיתה נראה דלאו כל כמיניה לא מיבעיא לדעת הר"ם מינץ ורבים אשר אתו דס"ל דאפילו אית ליה מגו לתופס כגון דליכא עדים וראיה דאפ"ה לא מהניא ליה תפיסה דלאחר מיתה כו' ע"כ דברי מעכ"ת. והנה סברא זו שכתב מעכ"ת דרבים הם הסוברים דתפיסה דלאחר מיתה לא מהניא אפילו דאית ליה מגו באמת סברא זו היא תמוה בעיני כל רואה ולא ידעתי מאיזה טעם הוא דס"ל דלא מהני תפיסה היכא דאיכא מגו גם לא ידעתי מי הם אלו אשר כתב מעכ"ת ורבים אשר אתו ולא הזכיר שמותם לידע מאיזה טעם כתבו דלא מהניא תפיסה דלאחר מיתה ואם מעכ"ת רוצה לרמוז על אותם החכמים שכתב המבי"ט בשמם בסימן קמ"א ורפ"ט דאית להו דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אפילו היכא דאיכא מגו לא ידעתי מי הם החכמים הללו אם ראוי לסמוך עליהם ואפשר דלאו בני סמכא אינון ומנא לן לתלות סברות זרות שדופות קדים באשלי רברבי ואף שהמבי"ט כתב עליהם דאשכח טעמא לגברי רברבי אפשר דמרוב ענותנותו כתב כן זאת ועוד דהמבי"ט כתב דמעולם לא אמרו אותם החכמים דין זה דלא מהני תפיסה דלאחר מיתה אלא ביתומים קטנים אבל בגדולים מודו אותם החכמים דמהני תפיסה וא"כ בנדון זה שהיורשים הם גדולים ליכא סייעתא מאותם החכמים הן אמת שאני תמיה על המבי"ט דמאחר שכתב שטעם אותם החכמים הוא מטעם היש אומרים שהביא הריב"ה בסי' ק"ח דאית להו דתקנת הגאונים לא היתה אלא במלוה בשטר אבל במלוה על פה לא תקנו כו' ואף שרבים הם החולקים על סברא זו מ"מ כיון דאיכא פלוגתא אוקמוה אדאורייתא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח זהו ת"ד. והנה כפי טעם זה לא יכולתי להלום מה הפרש יש בין תפיסה דקטנים לתפיסה דגדולים ואם היינו אומרים שטעמם של אותם חכמים הוא משום דמגו כעדים ואין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין וכמו שנעמוד עוד בטעם זה הנה כפי טעם זה פשיטא דיש לחלק בין גדולים לקטנים משום דשאני קטנים דאפילו בפניהם כשלא בפניהם דמי ומש"ה לא מהני תפיסה אבל לטעמו של המבי"ט לא יכולתי להלום מה הפרש יש בין קטנים לגדולים ומ"מ אם באנו לדון אחר עדותו של המבי"ט שכנה אותם בשם גברי רברבי ולחוש לדבריהם אף הוא ז"ל כתב דמעולם לא אמרו אותם החכמים דלא מהני תפיסה אלא בקטנים אבל בגדולים מהני תפיסה דלאחר מיתה באופן דלא הורע כחו של זה התופס דנדון דידן מחמת סברת אותם החכמים. ומ"ש מעכ"ת בשם מהר"מ מינץ דאית ליה דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אפילו היכא דאיכא מגו ידיע ליהוי למר שספר

זה אינו נמצא אצלי ולא ידעתי מאיזה טעם כתב דין זה שלא נמצא לשום אחד מגדולי המורים ז"ל שיאמרו כן ואדרבה סברת כל הפוסקים היא דמהניא תפיסה דלאחר מיתה היכא דאיכא מגו וכמ"ש מרן בסימן ק"ז בפשיטות דאפילו בתר תקנת הגאונים מהני ליה תפיסה דלאחר מיתה כגון אם אין לו עדים או שטר שזה חייב לו כך וכך שאם לא תפס לא הוה מגבינן ביה ובסי' ק"י תמה מרן על מ"ש בעה"ת שאם תפס מטלטלין בחיי אביהם דמהני תפיסתו דכיון דליכא עדים וראיה אפילו תפס לאחר מיתה מהני ונדחק ליישב דברי בעה"ת יע"ש. ואם כוונת מעכ"ת באומרו ורבים אשר אתו הוא על סברת מהרש"ך ומהרש"ל שכתבו דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני משום דלא עדיף מגו מעדים ובעדים הא קי"ל דאין מקבלים עדות שלא בפניו כו'. הנה על סברא הלזו כל ימינו צווחנו עליה ככרוכיא והרב הגדול מר דודי זלה"ה הוה מקהי בה מקהייתא דלא שייך כאן אין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין דהתם הוא להוציא אבל להחזיק מקבלין וכמ"ש הר"ן בפרק אלמנה ניזונת יע"ש וגם הראיה שמביא מהרש"ך מדברי הרמב"ן בעובדא דרבא בר שרשום היה אומר הרב ז"ל דליכא ראיה מהתם כלל דשאני התם שהוא קרקע ולא שייך בה תפיסה אף ע"ג דאית ליה מגו אבל במטלטלי אליבא דכ"ע מהני תפיסה (*א"ה עיין לעיל פי"א מהלכות אלו דין ח' במ"ש הרב המחבר ע"ד מהרש"ך יע"ש) ומלבד כל זה אף מהרש"ך ומהרש"ל לא אמרוה אלא בקטנים אבל בגדולים דמקבלין עדות בפניהם פשיטא דמהני תפיסה לאחר מיתה כל היכא דאיכא מגו. הכלל העולה דביתומים גדולים לכ"ע מהני תפיסה כל היכא דאיכא מגו ואף שהרב בעה"ת כתב דאיכא מ"ד דכל מידי דתפיס אינישׁ בטענת מלוה על פה כיון שדין חתוך הוא שמלוה ע"פ אינו גובה מן היתומים אלא על הדרכים הידועים כיון שמת ראובן פקע חובו של שמעון מעל בניו ומעל נכסיהם ע"כ מ"מ כבר דחה בעה"ת ז"ל סברא זו וכתב ולדידן מסתברא דהאי סברא ליתא כו' יע"ש. וידיע ליהוי למר שהרב מר דודי היה מלמדנו שקיבל מרבותיו דסברא הלזו דמהרש"ך לא הוזכרה בבית המדרש ולא היו עושים אותה אפילו סניף לפי שהיא דחויה עד מאד וכל גדולי המורים ראשונים ואחרונים חולקים עליו. ופוק חזי להרב הגדול מאריה דאתרין מהר"ם בנבנשתי זלה"ה שדרכו להביא כל הסברות אפילו היכא דבאותה הסברא רבים לוחמים עליו ומ"מ בח"ב סי' קנ"ד כתב בפשיטות וז"ל אם התפיסה היתה שלא בעדים בכל כי הא אין לנו עסק אם תפס אחר שנולד הספק דמדין מגו נאמן ואפילו היתה מלוה על פה עכ"ד, ונדון דידיה היתה התפיסה מיתומים קטנים ואפ"ה כתב בפשיטות דמהני ליה תפיסתו ולא הביא שום חולק על זה, הכלל העולה דמצד היות תפיסה אחר מיתה ולא היה החוב מבורר לא הורעה תפיסתו כלל ובעמדה

תעמוד כיון דאית ליה מגו ובתשובת הרא"ש ריש כלל ק"ו נשאל על זה אי מהניא תפיסה דלאחר מיתה היכא דאין זה החוב מבורר והשיב בפשיטות דמהני ליה תפיסתו ועיין בהריב"ש סי' שצ"ב שכתב בפשיטות ככל אשר כתבנו יע"ש:

ואבא היום אל הטעם האחר שכתב מר ניהו רבה דהכא בנדון זה לא מהניא ליה תפיסתו משום דלית ליה מגו דהא מגו דההחזרתי ליורש הוי מגו דהעזה ואפשר דלא ליהניא ליה ע"כ. ואני תמיה על זה דמעולם לא שמענו דמגו דהעזה לא ליהניא ליה להחזיק במה שבידו ומה יענה מעכ"ת בהנהו עיזי דאכלי חושלא ואתא מריה דחושלא ותפסינהו והוה קא טעין טובא ואמר אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחות הן בידי והא התם מגו דהעזה הוא דהא בעל העזים לא ידע אם אכלו או לא וא"כ אינו מעיז פניו מריה דחושלא אבל בטענת לקוח הוא בידי חבירו יודע בשקרו והוא מעיז פניו ואפ"ה מהניא ליה מגו להחזיק בעזים וכ"ת דהתם מיירי דמריה עיזי קא טעין ודאי דלא אכלו חושלא ומש"ה מהני ליה מגו משום דהוי ממעיז למעיז חילוק זה לא שמענו ולא ראיתי לשום אחד מגדולי המורים שחילקו בכך והתוס' ז"ל בפרק חזקת עלה נ"ב הכריחו דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן לומר שנגנבו ממנו במגו דאי בעי אמר השאלתים לך וכתבו דאף דהוי מגו דהעזה מהני והביאו ראיה לזה מדאמרינן בפרק חזקת דנאמן לומר של אבותי היא שלקחוה מאבותיך במגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה אע"פ שהוא יודע דלאו מיניה זבנה וכן הביאו ראיה מדתנן בפ"ב דכתובות דנאמן לומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו במגו דאי בעי אמר לא היתה של אביך מעולם אע"פ שהבן יודע שהיתה של אביו ע"כ, הרי דס"ל דאמרינן מגו דהעזה ומ"ש הרא"ש בפרק כל הנשבעין דשבועת השומרים היא אפילו כשהפקידו אצלם שלא בעדים ולא מהניא ליה מגו דלהד"ם משום דהוי מגו דהעזה לא נאמר טעם זה אלא לענין שבועה דלענין שבועה לא אמרינן מגו להפטר מן השבועה במגו דהעזה אבל לענין ממון אמרינן מגו דהעזה להחזיק במה שבידו (*א"ה עיין במ"ש הרב המחבר ז"ל פרק י"א מהלכות אישות ובמה שרמזתי שם) תדע שהרי הרא"ש כתב בריש כלל ק"ו דנאמן לומר חייב היה לי כך וכך במגו דההחזרתי לפקיד וכתב ואין לומר דהוי מגו דהעזה והביא ראיה מהנהו עיזי דאכלי חושלא כו' יע"ש הרי דהרא"ש ז"ל עצמו שכתב דלא מהני מגו דהעזה לגבי שבועה לגבי ממונא כתב דמהני. ועוד ראיתי להרשב"א בתשובה ח"ב סימן רע"ג באותה שנחלקו הראשונים בהא דאמרי' דטוענין ליורש וללוקח דאיכא מ"ד דצריך שיביאו עדים שלקחה או שירשה אך דעת הרמב"ן והרא"ש הוא דכל שהחזיק זה שלש שנים נאמן לומר שהוא היורש או הלוקח מגו דאי בעי אמר מינך זבינתיה וכן הוא דעת הרשב"א

בתשובה הנזכרת וכתב ואף ע"פ שיש לבעל דין לחלוק על טעם זה ולומר דאין כאן מגו משום דטענה זו יפה לו יותר דאין כאן מי שיכחישנו עליה ויכול להעיז פניו משא"כ בטוען מינך זבינתיה דאין אדם מעיז פניו בפני מי שיודע האמת כמוהו כו' מ"מ כל שבא להחזיק בדבר הידוע לחבירו אם אתה חושדו דשלא כדין בא להחזיק בו כל שמעיז פניו בכך יעיז ויעיז בכל טענה ואף בטענת מינך זבינתיה והביא ראיה לדבריו מהנהו עיזי דאכלי חושלא כו' יע"ש והן הן דברי הנמוקי בפרק חזקת גבי הנהו עיזי דקאמר דנאמן עד כדי דמיהן ונשבע בנקיטת חפץ וכתב ואע"ג דאיכא מגו דמצי אמר לקוחין הם בידי מ"מ לאו מגו גמור הוא שהרי השתא כשאמר דאכלי לחושליה אינו מעיז ואילו אמר לקוחין הם בידי היה מעיז וממעיז לשאינו מעיז לא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה ע"כ. הרי שכתב ככל אשר כתבנו דדוקא לאיפטורי משבועה לא אמרינן מגו דהעזה אבל לממונא אמרינן מגו דהעזה דומיא דהנהו עיזי. וכי תאמר אלי הרב הנמוקי בפרק הגוזל בתרא תמה על הרמב"ם והרא"ש דאית להו דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאפילו לא יצא לו שם גניבה דנאמן לומר דנגנבו ממנו במגו דהשאלתים לך דאמאי מהני מגו זה דהוי מגו דמעיז ע"כ הרי דס"ל דאף לגבי ממונא לא אמרינן מגו דהעזה, לזה אשיב מילין דמלבד דסברא זו דכתב הנמוקי היא דחויה דכולהו אית להו דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר אף דלא יצא לו שם גניבה נאמן לומר שנגנבו ממנו במגו דהשאלתים אף דהוי מיגו דהעזה זאת ועוד אחרת דעד כאן לא קאמר הרב הנמוקי ז"ל דלא מהני מגו דהשאלתים משום דהוי מגו דהעזה אלא התם שזה רוצה להוציא כליו מיד אחר בטענה שנגנבו ממנו לזה ס"ל להרב הנמוקי דאין בידו להוציא כליו מתחת יד אחר במגו גרוע דהיינו מגו דהעזה אבל להחזיק במה שבידו כעין נ"ד אף הנמוקי יודה דאמרינן מגו דהעזה ומוכרחים אנו לומר כן לדעת הנמוקי דהא מדבריו בפרק חזקת מוכח דס"ל דעובדא דהנהו עיזי בעל העזים לא היה יודע שאכלו חושלא ומש"ה לא מהני ליה מגו דהעזה לאיפטורי משבועה וחייב לישבע בנקיטת חפץ ואפ"ה נאמן עד כדי דמיהם במגו דלקוחים הם בידי אף דהוי מגו דהעזה הרי דלענין ממון מהני מגו דהעזה וזה הוא היפך ממה שכתב בפרק הגוזל בתרא אלא ודאי דשאני ליה להרב הנמוקי בין בא להחזיק במה שבידו דהתם מהני מגו דהעזה אבל להוציא מתחת יד חבירו לא מהני מגו דהעזה. הכלל העולה דאף להוציא מתחת יד חבירו רובא דרבוותא אית להו דמהני מגו דהעזה ואף לסברת החולק בזה בבא להחזיק לא ראיתי לשום אחד מגדולי המורים שיאמר דלא מהני ליה מגו דהעזה וכ"כ בפשיטות מוהרימ"ט בח"מ סי' פ"ב יע"ש:

עוד ראיתי למעכ"ת שכתב דלית ליה מגו דנאנסו וכתב בזה שני טעמים. הטעם האחד

הוא משום דנאנסו הוי מילתא דלא שכיח עכ"ד, ואני תמיה בזה דהא קי"ל המפקיד אצל חבירו בשטר נאמן לומר החזקתי החזרתי במגו דנאנסו ודין זה הוא מוסכם מכל פוסקי הלכות ושומר שכר שהציל בשכר נשבע ונוטל במגו דנאנסו וכאלה רבות בתלמוד ובספרי הפוסקים דאמרינן מגו דנאנסו ואפילו גבי יתומים דלא טענינן בשבילם מילתא דלא שכיח אפ"ה קי"ל דשטר כיס היוצא על היתומים נשבע וגובה מחצה והמחצית האחר טענינן בשבילם דשמא החזיר והיה נאמן במגו דנאנסו אלא דהיכא דלא מצי למימר החזרתי הוא דנחלקו הראשונים ז"ל אם טענינן בשבילם נאנסו דאיכא מ"ד דלא טענינן בשבילם נאנסו אך החזרתי במגו דנאנסו בזה לא אמרה אדם מעולם ולכ"ע חשיב מגו:

והטעם השני שכתב מעכ"ת דלא מהני ליה מגו דנאנסו דאם הוי במקום רואים היה צריך להביא ראיה כמוזכר בדברי הפוסקים עכ"ד, גם בזה אני תמוה שדין זה דבמקום רואים אינו נאמן הוא באומר במקום פלוני נאנסו ואותו המקום יש רואים מש"ה אינו נאמן עד שיביא ראיה אבל כשאנו מאמינים אותו בטענה אחרת במגו דנאנסו אנו אומרים מגו דאי בעי אמר נאנסו במקום דליכא רואים וגדולה מזו כתב מהרימ"ט בסי' פ"ט דאפילו אם מקום האונס יש רואים נאמן לומר נאנסו מגו דאי בעי אמר בתוך מבואות האפלים נאנסתי (*א"ה עיין לעיל פ"א מהלכות שאלה ופקדון דין ב' שהניח דין זה בצ"ע).וההיא דכתב הרמב"ם בפ"ב דשכירות בד"א בשהיה השומר יכול לטעון ולומר נאנסו ולא נצריך להביא ראיה על טענתו אבל אם היה חייב להביא ראיה על טענתו אינו נאמן לומר החזרתי כו' ע"כ. שומר שאני דאינו יכול להוליכם ממקום למקום ומסתמא בביתו שמרם כל דבר ודבר כפי הראוי לשמירתו או במקום אחר הראוי לשמירה ומש"ה כתב הר"ם שאם אותם מקומות היה חייב להביא ראיה אינו נאמן אבל בנדון זה שלא נעשה שומר נאמן בכל טענותיו במגו דאי בעי הוה אמר נאנסו במבואות האפלים וזהו דגבי עסקא כתב סתם הר"ם בפ"ז מהלכות שלוחין דנשבע וגובה מחצה ולא כתב התנאי שכתב בהלכות שכירות ואף הפקדון בכלי או חפץ שאין לו קול כתב מהרימ"ט ח"א סי' ק"ב דחשיב אין רואים ולא חייב בנדון שלו דלא מהניא ליה מגו אלא משום שהיו נכסים מרובים וקלא אית ליה למלתא וכמו שיע"ש וא"כ בנדון זה שלקח מאה גרוש אפשר שאחר שלקחם נאנסו ממנו ולא שייך בזה יש רואים:

פרק כב

הלכה ו

כיצד כותבין האדרכתא כו'. כתב בעה"ת שער ס"ב סי' ז' וז"ל ועל זה נראה דהיכא דתבע ליה בחצר בדיני העכו"ם ואמרי ליה עמוד שלם חובך עד זמן פלוני והפטר ואם לא תשלים לפורעו עד אותו זמן אתה תתן למלך חק הידוע לעומד במרדו וזה עמד במרד ולא השלים מצות המלך פסידא דאייתי ליה איהו דאפסיד אנפשיה כו'. ודברי הרב צ"ע דמתשובת הרמב"ן ז"ל שהביא בסמוך נראה דאפילו בלאו האי טעמא מיפטר המלוה ודו"ק:

הלכה טו

ב"ד ששמו לטורף וכו'. כתוב בהשגות אפשר בשלא הכריזו קאמרי. הכוונה הוא להקשות דדוקא בשלא אכרוז דהיינו במקום שאין מכריזין הוא דקא אמרי המורים דאם טעו בכל שהוא מכרם בטל בין בלוקח בין בנכסי לוה אבל במקום שמכריזין דאפילו בנכסי יתמי כיון שהכריזו כדינם אפילו טעו שוה מאתים במנה מכרם קיים אין לתפוס הסברות מן הקצה אל הקצה ולומר דאם טעו בשומת הלוקח ולוה יהיה חזרתם בכל שהוא ועיין בעה"ת שער ג' ח"ג סי' ב' ומשם יתברר כל זה. ועל מ"ש ה"ה וכל זה איננו שוה ועדיין צ"ע הרב מהריק"א תלה כיפי לתירוץ ה"ה אע"פ שלא השוה. וכבר עלה בדעתי לבאר זה יותר כיון דמצוה לפרוע חובות אביהם כו'. אבל גם בעיני אין דעתי נוחה הימנו מפני שראיתי לרבינו ז"ל בפ"י מהלכות נחלות וז"ל מי שהניח יתומים מקצת גדולים ומקצת קטנים ורצו לחלוק בנכסי אביהם כדי שיטלו הגדולים חלקם מעמידים אפוטרופוס וכו' ואם טעו ב"ד בשומא ופחתו שתות יכולין למחות כו' משמע דפחות משתות אם טעו חלוקתם קיימת כל שהם ב"ד הרי דאפילו בדבר דלא שייכי היתומים בה דכל זמן שהיו קטנים אין צורך להם לחלק אלא משום הגדולים שרוצים חלקם והנאת הגדולים הוא אפ"ה אם טעו לנזק היתומים פחות משתות כיון דב"ד הם מעשיהם קיימים ודמיא ממש לשומת לקוחות דאין חייבים לפרוע חוב הלוה כמו היורשים ה"נ אין חייבים לחלק כל זמן שהם קטנים להנאת הגדולים ודוק:

הלכה טז

שהשומא חוזרת לבעלים כו'. נ"ל דדוקא במעות אדרא אבל בקרקע אחרת או במטלטלין לא הדרא ולפי זה אזדא ליה ראיית מהרש"ל ז"ל שכתב בתשובה סי' ב' דדוקא בחוב שומא הדרא אבל בכתובה לא הדרא והביא ראיה ממאי דאמרינן בפרק אלמנה ניזונת

(דף צח) מאן שם ליך דתיפוק ליה דשומא הדרא אלא ודאי דבכתובה לא הדרא. ולפי מה שכתבנו איצטריך לומר מאן שם ליך שרוצים לשלם לה בקרקע אחרת או במטלטלין ודו"ק:

פרק כג

הלכה א

שטרי חוב המוקדמין פסולין וכו'. הריב"ש בסי' שפ"ב הביא דברי ר"י דכתב דלא גבי נמי מבני חרי וכתב ונראה לי ראיה לדעת ר"י ז"ל מדאקשינן בפרק קמא דמציעא גבי שטר שלוה כו' ובסי' רס"ד כתב דשטרי חוב המוקדמין לא גבי בהו ממשעבדי אבל מבני חרי גבי וכאן הביא ראיה לפסוק כר"י מההיא דנמחל שיעבודו ונראה ליישב דהתם לא הוה נפקא ליה מידי לענין בני חרי דנדון שלו היה לענין גביית משעבדי ונקט חד מהסברות דגבי מבני חרי כיון דכ"ע מודים דלא גבי ממשעבדי כי סברא זו היא הצריכה לענייננו אבל בכאן שהוזקק לענין אי מהני שטר מוקדם או לא דקדק וכתב תמצית הדין וזה פשוט:

הלכה ה

כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו כו' (*א"ה עיין במ"ש הרב המחבר ז"ל פח"י מהלכות גזילה ואבידה דין א'):

הלכה י

לפיכך אין כותבין שני שטרות מכר על שדה אחת וכו'. כתב הריב"ש בתשובה סי' תי"ג וז"ל אף דנימא דבהתפסה נמי צריך שיאמרו בפירוש בלא אחריות ואם היה ברצון המתחייב כותבין ולדבריו הא דאמרינן דמכר אין כותבין וחוזרין וכותבין הוא שלא מדעת המתחייב אבל מדעתו כותבים ואף דאיכא למיחש לפסידא דלקוחות דטריף והדר טריף. ודין זה הוא פלא בעיני שיהיה בידו להזיק ללקוחות שלא כדין והרי גבי נאמנות אצל לקוחות כמה דיות נשתפכו אי מהני וצ"ע. עוד כתב בסי' הנזכר דמטעם מנהג מתפיסים אותו עם האחריות ואין לחוש אי טריף והדר טריף דלקוחות אינהו דאפסידו אנפשייהו יע"ש וגם בזה אני מהסס:

הלכה יב

מי שבלה שטר חובו כו'. כתב הרא"ש בתשובה כלל ס"ח סי' ל"א וז"ל ולא מיבעיא זה שנכתב בטעות אלא אפילו נכתב כדין ובא ליד המלוה וידעו העדים שנקרע או נשרף ולא נפרע כותבין למלוה שטר אחר כדאיתא בפרק גט פשוט ת"ר מי שבא ואמר אבד שטר

חובי כו'. ומהרא"ש סי' ס"ו הקשה על זה מההיא דאמרינן בפרק גט פשוט עדים שעשו שליחותן אינם חוזרים ועושים שליחותם והניח הדבר בקושיא. ותו איכא למידק בדברי הרא"ש הללו דהן לו יהא שנאמר דעדים שעשו שליחותן דחוזרים ועושים שליחותם איך הביא ראיה לדין זה מההיא דפ' גט פשוט דמהתם ליכא למילף דכשידוע לעדים שנאבד דעדים כותבים לו אחר דמסתמיות הברייתא משמע דבין כשידוע לעדים ובין כשאינו ידוע לעדים בכל גוונא אין כותבין ונותנין לו ואם הדין פשיטא ליה להרא"ש מסברא דנפשיה לא הול"ל אלא וכי תימא הא אמרינן בגט פשוט מי שבא ואמר כו' ואז הו"ל לחלק ולמימר דהתם מיירי כשאינו ידוע לעדים וכו'. ונ"ל דהרא"ש מיירי בדליכא אחריות מש"ה יכולים העדים לכתוב לו אחר כדאמרינן בפרק גט פשוט עלה דההיא דעדים שעשו שליחותם וחוזרים ועושים שליחותם והקשו בגמרא ולא והא אמר רב עדים כותבין אפילו י' שטרות על שדה אחת ותירצו רב יוסף אמר בשטר מתנה ורבה אמר בשטר שאין בו אחריות משמע דהיכא דליכא אחריות לא אמרינן עדים שעשו שליחותם אינם חוזרים ועושים שליחותם והרא"ש הכריע זה הדין מההיא דתניא הרי שבא כו' אבל בשטרי מקח וממכר כותבין חוץ מן האחריות דמשמע דהיכא דליכא אחריות כותבין לו אחר ועל זה הוקשה לו דהא בשטרי הלואה אין כותבין אפילו בדליכא אחריות ולזה תירץ דהתם בשאין ידוע לעדים ומש"ה אפילו בלא אחריות אין כותבין לו משום דנפיק מיניה חורבה דלמא יגבה ויחזור ויגבה אבל כשידוע לעדים שאבד כותבין לו אחר כמו בשטרי מקח וממכר כלומר כי היכי דבשטרי מקח וממכר יכולין לכתוב לו אחר בלא אחריות ה"נ כשידוע לעדים שאבד כותבין לו אחר בלא אחריות ולא אמרינן עדים שעשו שליחותם אינם חוזרין ועושין שליחותם. והא דלא מייתי ראיה מתירוצא דרבה דאמר בשטר שאין בו אחריות משום דאלימא ליה הברייתא. שוב ראיתי למרן ז"ל סי' מ"א עלה דההיא שכתב הטור אבל עדים בלא ב"ד לא שכתב בשם הראב"ד דהטעם משום דעדים שעשו שליחותם אינם חוזרין ועושים שליחותם וכתב וזה שלא כדברי הרא"ש כו' ולפי מ"ש בכוונת דברי הרא"ש דמיירי בדליכא אחריות א"כ לא פליג אהראב"ד ז"ל:

ודע דהא דכתב הטור סי' מ"א ס"ב אבל עדים בלא ב"ד לא יעשו שטר אפי' מזמן שנמחק ואילו בסי' נ"ד ס"א כתב אבל עדי השטר אינן יכולין לעשות לו שטר מזמן ראשון דמשמע דמזמן שני יכולים לעשות לו שטר, הטעם הוא דבשלמא בנמחק שטר חובו שכותבין אותו שלא בפני הלוה אינם יכולים העדים לכתוב אפילו מזמן שני אבל מי שפרע מקצת חובו דכתבו מדעת שניהם דוקא מזמן ראשון אינם יכולים לכתוב משום דאינו בידו

לשעבד הלקוחות למפרע אבל מזמן שני יכולים לכתוב ועיין במ"ש התוס' עלה דההיא דמי שפרע מקצת חובו יע"ש בד"ה אין הלכה:

הלכה טז

הבא לפרוע חובו וכו'. כשכותבין שובר אם זוכרין זמן השטר יכתבו שובר על שטר שזמנו כך וכך כ"כ הטור סי' נ"ד, וכתב הרשב"א ח"ב סי' שמ"ב ואפילו אם באו עדים והעידו על זמן השובר ונמצא שהוא קודם זמן השטר לא מהני משום דחיישינן דשטר מאוחר הוא ומש"ה כתבו השובר סתם (*א"ה עיין לעיל פי"ד מהלכות אלו דין ט'):

פרק כד

הלכה ג

צריכין שיהיו העדים מכירין השמות שבשטר כו'. כתב מרן סי' רל"ח וז"ל כתב המרדכי בס"פ המוכר פירות מאן דאתא קמי סהדי וא"ל בית יש לי במקום פלוני כתבו שאני נותנו לפלוני פשיטא דלית להו לסהדי לידע אי קושטא קאמר כו' ועיין במ"ש מרן סי' שע"ו בשם ה"ר יהודא בן הרא"ש ז"ל ודו"ק:

הלכה ח

שנים שהיו בעיר שם כל אחד מהם יוסף בן שמעון כו'. (*א"ה עיין במ"ש הרב המחבר לעיל פט"ז מהלכות אלו דין ט'):

הלכה ט

הוציא עליו שטר כו'. עיין בתשובת הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' במ"ש הרי לך הראיה הראשונה מההיא דמשתעבדנא לך וכו' קשה מאחר שכבר דחה הרב הראיה הראשונה איך חזר וכתבה ובנה אשר הרס:

הלכה י

שנים שהוציאו כל אחד משניהם שט"ח על חבירו כו'. בפרק בתרא דכתובות. ועיין בתשובת הרא"ש כלל ע' סימן א' במ"ש יראה לי דלכ"ע יצא שטר זה בזה כו' והרמב"ן חולק בזה וסובר דהלוקח גובה מהלוה וחוזר הלוקח וגובה מב"ח שלו דהיינו מהמוכר הביא דבריו הרב בעה"ת שער ל"ד ח"ב. ותמיה אני ששניהם הביאו סוגיא זו דשנים שלוו זה מזה דזה גובה וזה גובה להכריח דינו. האמת דברי הרמב"ן מוכרחים מסוגיא זו דאי לאו הכי מה טעם בדבר יש בין שיש לזה עידית ומרווח בגביה כיון שזה חייב לזה וזה לזה יוציאו חוב זה בחוב זה ע"כ של זה שרוצה להרויח וצ"ע. ומ"ש עוד הרא"ש אמנם בזה צריך לדקדק כיון שמת ראובן הרי נתחייב יהודה מלוה של ראובן שבועה אם אין

בשטר נאמנות כו' גם זה שכתב הרב אינו מוסכם דאם מכר חובו ואח"כ מת המלוה נתרוקן כל החוב אצל הלוקח ובעל דברים של לוה הוא ואם אחר זה מת המלוה לוקח נשבע שלא פקדנו וגובה וכ"כ הר"ן בתשובה:

כתב הרב בעל לחם רב סי' ר"ל איברא דשם כתב הטור בשם הרמ"ה דהיכא דמטא זמניה לא שנא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי לא שנא דיהבי זוזי וכתבי שטרא יכול לומר לו היה לך ליפרע כו'. ונראה דלא נאמרו דינים אלו אלא כשהמלוה היתה בשטר דאז איכא למימר אילו הייתי חייב לך למה לא גבית את חובך אבל במלוה על פה לא שייך טעם זה כיון דהוה מצי למימר פרעתי או טענה אחרת לא היה רוצה למיקם עליה בדינא דינא ודיינא ויש לנו ראיות על זה וכבר כתוב כל זה אצלי בהרחבה. (*א"ה חבל על דאבדין):

פרק כה

הלכה ב

אמר לו בשעת מתן מעות כו'. כתב המרדכי בפרק גט פשוט אם על פיו החזיר השטר או משכון הוה ליה ערב בשעת מתן מעות הביאו מרן סימן קכ"ט ועיין בתשובת מור"ם סי' ע"ב ודו"ק. יש מי שאומר דקבלן אפילו שלא בשעת מתן מעות משתעבד ועיין במהר"ש יונה בביאורו שכתב שאם תפס המלוה יכול לומר קים לי דמשתעבד אפילו בלא קנין יע"ש:

הלכה ג

המלוה את חבירו ע"י ערב כו'. נראה דע"כ לא אמרינן דלא יתבע את הערב תחלה אלא משום דיכול למיטען הערב אני לא נתחייבתי לפרוע לך אלא כשאינך יכול להתפרע מן הלוה אבל כשאתה יכול להתפרע מן הלוה לא נתחייבתי לך נמצא דחיובו היה על תנאי ויש ראיה לדין זה ממ"ש הרשב"א בתשובה סי' אלף ן' על ראובן שהשאיל חפץ לשמעון והתנה עמו תנאי שהוא אסמכתא ונתן לו ערב שאע"פ שאינו יכול לתבוע מהשואל לפי שהוא אסמכתא תובע את הערב. הא קמן דחל חיוב הערב אע"ג דלא חל חיוב הלוה ולא מצי לומר הערב אני לא נתחייבתי לך אלא כשאתה יכול לגבות מן הלוה מצד הדין אלא שאם לא יפרע לך תתפרע ממני אבל בכאן שאין אתה יכול לגבות מן הלוה מצד הדין לא תוכל לתבוע ממני וכמו שאמרו גבי שני יוסף בן שמעון והביאו הטור סי' מ"ט סי"ו. וטעמא הוי משום דבנדון הרשב"א מעולם לא חל החיוב על הלוה וא"כ אינו יכול הערב לפטור עצמו מטעמא דהערב אינו משתעבד אלא במקום שיכול לתבוע הלוה

עצמו משום דאעיקרא דדינא לא חל החיוב על הלוה ואעפ"כ נתערב אבל בנדון הטור החיוב חל על שניהם מעיקרא אלא שאח"כ אינו יכול לתבוע מן הלוה משום דזיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה ומן הערב ג"כ אינו יכול לתבוע משום דיכול למימר אני לא נתערבתי אלא כשאתה יכול לגבות מן הלוה וכיון שאין אתה יכול לגבות מן הלוה ממני ג"כ לא תוכל לתבוע ועיין בכנה"ג סי' מ"ט בהגהת הטור אות כ"ב. (*א"ה את זו דרש הרב המחבר ז"ל במ"ש במדרש חזית בשעה שעמדו ישראל לקבל התורה א"ל הקב"ה הביאו לי ערבים טובים כו' אמרו הרי בנינו ערבים אותנו. והדבר קשה דלמאי מועיל ערבות הבנים דהא לעולם יכול הקב"ה להתפרע מן החוטאים עצמם ואם כן לא יוכל לתבוע לבנים שהם ערבים. וניחא ליה על פי הדין האמור לעיל דהכא נמי אע"פ שיכול ליפרע מן האבות יכול ליפרע מן הבנים משום דכיון דלעולם יכול להתפרע מן האבות ואף על פי כן נתערבו פשיטא דערבותם היה אף על פי שיכול לתבוע מן החוטאים עצמן ודוק אלו דבריו ז"ל ועיין לקמן פרק כ"ו מהלכות אלו דין ה'):

הלכה ו

ואם היה האב ערב כו'. מ"ש ה"ה ז"ל והרי זה האב ערב דאחר מתן מעות כו'. טעם זה אינו מחוור לפי מאי דפריש לעיל לדעת רבינו דשאני קנין דאחר מתן מעות שכבר היתה שם הלואה וחסרון כיס. ועוד דבגמ' העריכו שיעבוד האב משום דאבא לגבי ברא משתעבד יותר משאר אינשי א"כ קנין זה למה. וראיתי בספר נתיבות משפט נתיב כ"ג ח"ג השיב על דברי ה"ה מקבלן דלדעת רבינו לא בעי קנין וזו דרך עקומה שלקח הקושיא שלא כדרכה והמשכיל יבין וצ"ע:

הלכה ז

ראובן שמכר לשמעון כו'. (*א"ה כתב הרב המגיד ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה בעל חוב דהמוכר מגבין ללוקח כפי מה שהיא שוה וכו'. ועיין במ"ש הרב המחבר לעיל פרק כ"א מהלכות אלו):

הלכה ט

שנים שלוו בשטר אחד כו'. כתוב בתשובת הריב"ש סי' ר"ז וז"ל הגע עצמך ששמעון ולוי נתחייבו בשטר אחד ליהודה וכל אחד פורט תנאים מיוחדים בחיובו ובסוף כתבו ולקיים כל הכתוב לעיל קנינו משמעון ולוי היספק שום אדם שיהיה קנין שמעון חל על חיובו של לוי כו' ועיין בתשובת מהרימ"ט ח"א סי' ט"ל שכתב היפך זה כמדומה שלא נזכר הרב ז"ל מדברי הריב"ש אלו וצ"ע. כתב מרן הב"י סי' ע"ז וז"ל כתב מורי הרב הגדול ר"י בירב ז"ל בתשובה אך אם הרא"ש נראה שחלק על הרמב"ם יראה דבנדון שלפנינו יודה

דדוקא כשלוה סתם לא ישתעבד חבירו על פיו מפני שאפשר שלא לקחו אלא לצרכו כו'. וכתב על זה מוהרש"ך ח"ב סי' ר"י דיש לתמוה על זה כי הנה מדברי הרמב"ם יראה שמה שהשותף מתחייב הוא באחד משני תנאים כו' יע"ש. ונראה שהרב מביא סייעתא למהר"י בירב דכיון שרבינו לא נקט אלא שהודה השותף שלצורך השותפות לוה או שיתברר בעדים ועל זה חלק הרא"ש א"כ דבר שהוא ידוע בעת ההלואה שהוא לצורך השותפות לא דברו בזה לא רבינו ולא הרא"ש א"כ אפשר שיודה הרא"ש. ואם מכח סברא לא ניחא ליה להמחבר לחילוק זה נימא בהדיא דלא מסתבר ליה אבל להקשות עליו מדברי רבינו והרא"ש לא מצאתי קושיא ודו"ק:

הלכה יג

מי שלא פירש קצב הדבר שערב כו'. כתב הרב בעל ל"ר ס"ס ק"ע וז"ל ולענין דינא אני מסכים עמו משום דיצא ערב בדבר שאין לו קצבה ודעת הרמב"ם ורבותיו דאינו מועיל כו' וזה סותר למ"ש הרב סי' קע"ו וצ"ע:

הלכה יד

מי שאמר לחבירו הלוהו ואני ערב כו'. כתב הטור סי' קכ"ט סעי' י"ב וז"ל כתב רב נחשון אמר הערב תנו לי זמן ואביאנו לב"ד אי ידיע היכן הוא יהבינן ליה זמן כו' הביאו ע"ש בין השמשות ובמוצאי שבת ברח לא נפטר הערב וכו'. וכתב עליו מרן הב"י וז"ל כ"כ בעה"ת בשער הנזכר בשם תשובת הרי"ף והביאו ה"ה בפכ"ה מהלכות מלוה וכתב דהיינו דוקא כשערב לגופו של לוה. ודברי מהריק"א קשים שהביא על דברי הטור שכ"כ בעה"ת וכתב עליו מ"ש ה"ה דהיינו דוקא כשערב לגופו של לוה. ובעיני קשה לזווגם להטור עם ה"ה בפירוש דברי רב נחשון דכפי הנראה הטור מוקי לרב נחשון דמיירי בערב דעלמא שהרי סיים דמשיביאנו לב"ד יפטר הערב עד שישבע הלוה שאין לו מה לפרוע ובערב לגופו לא שייך זה דמשמסרו נפטר הערב לגמרי וה"ה ז"ל מוקי לה בערב לגופו וצ"ע:

פרק כו

הלכה ג

היה הלוה במדינה אחרת שאינו יכול להודיעו כו'. ה"ה כתב והרשב"א מסכים לדברי רבינו עיין בתשובת הרשב"א סי' תתקע"ג שדעתו אינו כן:

הלכה ה

מי שהיה חייב לחבירו במלוה על פה כו'. כתוב בתשובת הרא"ש כלל ע"ג סי' ז' על אודות שר אחד שהיה רגיל ליתן פרס קבוע לשנה לראובן וחזר שמעון להיות גובה בשביל השר כל מעותיו וא"ל ראובן לשמעון תן לי הפרס שהשר רגיל ליתן לי כיון שאתה גובה בשבילו א"ל השר אמר לי שלא יכניסהו בחשבון תן לי ערב שאם לא יכניסהו שתפרע לי ואני אתן נתן לו לוי ערב עכשיו נפטר ראובן וטוען שמעון שלא הכניסם לו השר בחשבון ושיפרעם לו כאשר נתערב השיב לוי אפשר שראובן פרעך ועוד איני מאמינך במה שאתה אומר שלא קבלם השר בחשבון וכתב הרא"ש דטענה מעלייתא היא ולא מהימנינן ליה לאפוקי ממונא מלוי. וזו היא שקשה בדיני ממונות שזה המלוה גמל חסד עם הלוה וכבר גילה אזנו שהשר אמר לו שלא יכניסהו בחשבון ועם כל זה נראה שאם בא לדין ראובן ושמעון היה הרב מחייב לראובן כאומר מנה לי בידך וזה אומר איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם אע"פ שהשמא אינו גרוע ולא כתב הרב זה אלא לגבי הערב והדבר צריך הכרע בכוונת הרב. וכ"ת היכן מצינו שהלוה חייב והערב פטור. יש לנו כיוצא בו המתחייב באסמכתא ונתן לו ערב שכתב הרשב"א בתשובה דהלוה פטור והערב חייב ומינה דיש מקום שהלוה חייב והערב פטור ואין כאן מקום להאריך עוד. (*א"ה עיין לעיל פכ"ה דין ג'): סליקו להו הלכות מלוה ולווה