תלמוד בבלי · ראשונים · ריי״ף · מפרשים · שלטי הגיבורים

שלטי הגיבורים על בבא מציעא

רבי יהושע בועז

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שלטי הגיבורים על בבא מציעא

רבי יהושע בועז

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/שלטי-הגיבורים-על-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה 38-202611161422v של הספרייה.

תוכן העניינים

דף א. 5
דף א: 5
דף ג. 8
דף ג: 8
דף ד. 9
דף ד: 11
דף ה. 12
דף ה: 12
דף ו. 13
דף ו: 15
דף ז: 18
דף ט: 21
דף י. 21
דף יא. 22
דף יב: 24
דף יג. 25
דף יד. 28
דף טו. 29
דף טו: 29
דף יז. 30
דף יח. 30
דף יח: 32
דף יט. 32
דף יט: 34
דף כ: 35
דף כא: 36
דף כב. 37
דף כב: 38
דף כג. 39
דף כג: 40
דף כד. 42
דף כה. 43
דף כה: 44
דף כו: 47
דף כז. 48
דף כח: 49
דף כט. 49
דף ל: 51
דף לא. 53
דף לא: 54
דף לב. 55
דף לג. 56
דף לד. 58
דף לה. 60
דף לה: 62
דף לז. 64
דף לז: 65
דף לח. 66
דף לט. 68
דף מ. 70
דף מב. 72
דף מב: 74
דף מג. 76
דף מד. 77
דף מה. 79
דף מה: 80
דף מו. 82
דף מז: 84
דף מח: 85
דף מט. 86
דף מט: 88
דף נ. 89

דף נ: 90
דף נא. 91
דף נא: 92
דף נב: 95
דף נג. 95
דף נג: 95
דף נד. 97
דף נד: 97
דף נה: 98
דף נו. 99
דף נו: 100
דף נח. 103
דף נח: 104
דף ס. 106
דף ס: 107
דף סא. 109
דף סב. 110
דף סב: 111
דף סד. 113
דף סד: 114
דף סה. 117
דף סו. 118
דף סו: 118
דף סז. 118
דף סז: 121
דף סח: 122
דף סט. 122
דף סט: 123
דף ע. 124
דף עא. 126
דף עא: 127
דף עב: 128

דף א.

אם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו שומעין לו ואם גם השני אינו רוצה לישבע חולקין בלא שבועה ופרש"י דוקא שכל אחד טוען שמצאה דאיכא למימר של שניהם היא שהגביהו כאחד וכן נמי אם כל אחד אומר שקנאו ונתן דמיו למוכר דאיכא למימר לשניהם נתרצה והיא של שניהם אבל אם הוא בגד וכל א' אומר שארגו שודאי אחד מהם משקר יהא מונח עד שיבא אליהו וכ"כ הרמב"ן דכל היכא שודאי א' מהן רמאי בין תפסי ביה תרוייהו בין שהוא ביד שליש יהא מונח עד שיבא אליהו וכל היכא דליכא חד ודאי רמאי חולקין אפילו הוא ביד שליש ורבינו יצחק פירש אפילו היכא שאחד מהם ודאי רמאי כגון שכל אחד אומר אני ארגתיו חולקין בשבועה חוץ משנים שהפקידו אצל א' זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר מאתים שלי הם שנוטל כל אחד מנה והמנה השלישי שחולקים יהא מונח עד שיבא אליהו כיון שידוע לנפקד שהוא ודאי של א' מהם אפילו קודם שבאו לפני ב"ד לחלוק עליו לפיכך יהא מונח עד שיבא אליהו ולזה נוטה דעת הרא"ש:

לשון ריא"ז

שנים שהיו אוחזין בטלית וטוענין עליה בב"ד זה אומר אני מצאתיה וזכיתי בה מן ההפקר וכולה שלי וזה שאוחז בה בגזל הוא אוחז ותבירו טוען כנגדו כמו כן זה ישבע שיש לו חלק בה ואין לו בה פחות מחציה וכן חבירו ישבע שיש לו חלק בה ואין לו בה פחות מחציה ושמין אותה לפי שוויה וחולקין אותה בין שניהם וכן אם זה אומר אני קניתיה כו' והיו ביד המוכר דמים משניהם אלא שהאחד נתן לו הדמים ברצון המוכר והאחד נתן לו הדמים שלא ברצונו שאין המוכר נאמן כמו שביארנו בפ' עשרה יוחסין כל אחד ישבע שיש לו בה ואין לו בה פחות מחציה וחולקין אותה בין שניהם אבל כשהוא אומר אני ארגתיה וכולה שלי לא אמרינן יחלוקו בשבועה דודאי חד מנייהו רמאי הוא אלא תהא מונח עד שיבא אליהו כמב"ה וכן ביאר מז"ה:

דף א:

מה שהוקשה לך על דברי רב האי גאון שכתב המרדכי פרק קמא דב"מ בשמו דתבעיה והודה אינו יכול לחזור בו הודה מעצמו יכול לומר משטה הייתי בך שהפה שאסר הוא הפה שהתיר ואילו בפרק זה בורר משמע בתלמוד להיפך להדיא דתבעוהו והודה הוא דיכול לומר משטה הייתי בך אבל לא כשהודה מעצמו לכאורה קושיא היא אך ראוי שתדע כי דברי רב האי שהביא המרדכי הם כולם דברי תוספתא שם פ"ק דב"מ והרי"ף

הביא התוספתא לפסק הלכה ומעתה תקשי גם לדברי הרי"ף דלדברי הרי"ף דבפרקין משמע דכשתבעוהו והודה אינו יכול לחזור בו ואילו בפ' זה בורר פסק להדיא דתבעוהו והודה יכול לחזור בו. ומ"מ נראה דליכא הכא קושיא דלעולם כל שהודה מעצמו פטור תבעו והודה חייב והוא כי הכלל בידינו דעד שיאמר אתם עדי אינו חייב וצריך שיהא המלוה שיאמר אתם עדי או הלוה והמלוה יחד וכל כה"ג הוי טענו והודה אבל אם אמר הלוה אתם עדי שלא בפני המלוה אי נמי בפניו ושותק אילו חייב ובכה"ג הוי הודה מפי עצמו וכ"כ המרדכי פרק זה בורר על ההיא דתוספתא שהביא רבינו האי ורי"ף ופירוש שניהם הוי כך הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ודוקא תבעוהו והודה כלומר ואמר אתם עדי כשהלוה הודה אי נמי אפילו הודה מעצמו (אבל) אם אמר מלוה אתם עדי והלוה שותק דהוי נמי כה"ג טענו והודה כי עיקר התביעה אינו תלוי באומרו מנה לי בידך אלא העיקר הוי כשאומר אתם עדי ופירוש תבעו אינו הדברים שאומר המלוה מנה לי בידך וגם פירוש הודה מעצמו אין הדברים שאומר הלוה מנה לך בידי רק פירוש תבעו הוא הדברים שאומר המלוה אתם עדי כי בו תלוי החיוב והפטור ועיקר התביעה ופי' הודה מעצמו הוא כשאמר הלוה אתם עדי הלכך אפילו הודה הלוה מעצמו ואמר מנה לך בידי אם המלוה אומר אתם עדי מקרי שפיר טענו והודה לו אם הלוה שותק ובכה"ג אינו יכול לחזור בו דפה המלוה הוא שאסרו אבל הודה מעצמו ואמר הלוה מנה לפלוני בידי וגם אמר ואתם עדי ואין שם המלוה או אפילו ישנו המלוה שם אלא שהוא שותק אז יכול לחזור בו שלא היה שם שום פה שאסרו רק הפה של לוה עצמו והאיסור מאי ניהו אתם עדי דבההוא לישנא תלוי כל האיסור והפה של לוה שאסרו בעצמו הוא הפה שמתיר ויכול לחזור בו ומעתה לא נשאר קושיא על דברי רב האי רק במה שכתב דהודה מפי עצמו יכול לומר משטה הייתי בך ומוסיף טענה זו על דברי התוספתא ומדברי כל הפוסקים משמע דבהודה מעצמו לא שייך למימר טענת השטאה רק טענת אדם עשוי שלא להשביע ומ"מ כיון דדבר זה לא איתמר בתלמוד בהדיא אלא שהיא הסכמת המפרשים שנראה להם דלא שייך טענת השטאה במודה מעצמו כמו שכתב הר"ן פרק זה בורר אפשר דרב האי פליג וסבר דבכה"ג שייך טענת השטאה תדע דאי לא תימא הכי אמאי הביא המרדכי דברי רב האי פ"ק דב"מ מאתר דבאותו פסק ליכא אלא דברי התוספתא ממש מה חדוש היה מגלה לנו המרדכי על זה וכי עדיין לא ראינו התוספתא זולתו ועוד כיון שפסק המרדכי נעשה על דברי הרי"ף היה לו להביא דברי הרי"ף שהם שם ג"כ ועוד מאי דוחקיה דהמרדכי שכתב זה לשון של רב האי מאחר שהם דברי התוספתא ממש אלא ודאי זהו החדוש דאיהו סבר דבכה"ג שהודה מפי עצמו

שייך השטאה ופליג עם שאר המפרשים אי נמי יש ליישב שפיר ולומר כיון דהודה מעצמו דקאמר רב האי לא קאי אתחלת הטענה שהוא מנה לך בידי אלא אעיקר תביעה דהיינו אתם עדים א"כ נוכל לפרש דהודה מעצמו דקאמר רב האי ר"ל שהמלוה אמר מנה לי בידך והלה אומר הן ואתם עדי והמלוה שותק דאז יכול לחזור בו ולומר משטה הייתי בך ואמרתי הן כששאלת לי מה שלא הייתי חייב לך ואע"פ שאמרתי אתם עדי הפה שאסר הוא הפה שהתיר והכל עולה יפה ויתייחדו יחד הפוסקים ולא יתפרדו ומ"מ מצינו לפעמים מודה מעצמו דשייך ביה השטאה כגון טענו חטים והודה לו בשעורים דההיא הודאה דשעורים הויא מפי עצמו ופטור מש"ה מדמי שעורים דיכול לומר מה שהודיתי לך השעורים משטה הייתי בך כמו שכתבו התוספות סוף פרק המניח והרא"ש ג"כ שם בשם הרמ"ה עש"ב. ולדעת רבינו חננאל היכא דנקיט זוזי מחד אפילו מקחו בידו אינו נאמן לומר שנתרצה לשני לפיכך אם קבל מעות מאחד מהם וידוע ממי קבלם ל"ש ע"פ עדים או ע"פ הלוקחים או ע"פ המוכר בעצמו הוא זוכה במקח ואין המוכר נאמן לומר שנתרצה לשני אפילו אם מקחו בידו וכ"ש אם אינו בידו ואי נקיט זוזי מתרוייהו ומקחו בידו ואין ידוע מאיזה מהם מדעתו ומאיזה מהם בעל כרחו אלא על פיו נאמן לומר מזה קבלתי מדעתי ומזה קבלתי בעל כרחי אבל אם אין מקחו בידו אינו נאמן אלא הרי הוא כעד א' דעלמא לפטור מן השבועה אותו שמסייע לו ואם שניהם תופסים במקח אותו שאומר שנתרצה לו נוטל חציה וחצי הדמים בלא שבועה והשני נוטל חציה וחצי הדמים ונשבע שבועה מדאורייתא ואם אותו שמסייע לו מוחזק בו לבדו אין כאן שבועה ואם האחר מוחזק בו לבדו נשבע שבועה דאורייתא להכחיש המוכר ואם אין שום א' מוחזק בו כל דאלים גבר ואם גבר אותו שהמוכר מסייעו אין כאן שבועה ואם גבר השני צריך לישבע להכחיש המוכר ואי נקיט זוזי מתרוייהו ואינו יודע למי נתרצה ולא ממי קבל מדעתו נשבעים שניהם בתקנת חכמים ונוטל כל א' חציה וחצי הדמים ל"ש אם המקח ביד המוכר ל"ש אם אינו בידו אלא שניהם תופסים בו ומדברי הגהת הרא"ש כאן פ"ק דמניעא מוכח דאע"ג דקי"ל דבדברים בעלמא אינו נגמר המקח מ"מ לאחר שנתקנה שבועת היסת אם ראובן טוען לשמעון אתה עשית המסחר עמי על כלי פלוני ומכרתו לי והלה כופר אע"פ שהכלי ביד שמעון ואם היה שמעון אומר אני חוזר בי היה פטור מכלום עכשיו שכופר מצי להשביעו היסת. ורבינו ורש"י ז"ל השוו בפי' זה וכתב הרא"ש ז"ל [וקשה] לפירושו דכשאין מקחו בידו אפילו נקט זוזי מחד מינייהו אמאי מהימן טפי מאיניש דעלמא כיון שנסתלק מן המקח וקבל מעותיו וכן משמע ל' התוספתא דקתני אבל אם אין המקח יוצא מתחת ידו הרי הוא ככל אדם ועוד לרב אלפס דגרס ולא ידע

ומתוך כך הוצרך לדחוק ולומר דשנים אוחזין דמתני' לא קאי אמקח וממכר קשה טובא דמאי דוחקיה דבעל הגמ' לאפוקי מתני' ממשמעותא ומתוך זה הוצרך לומר ולא ידע לוקמה כפשטה דשנים אוחזין קאי אכולה מתני' ואפילו ידע נמי אין נאמן כיון דאין מקחו בידו הלכך נראה כפירוש רבינו חננאל:

:

דף ג.

והרא"ש היה אומר שאפילו שלא בפני ב"ד נמי הוי כהודאה כיון שהיה בפני עדים:

לשון ריא"ז

היו שנים אוחזין בה ותקפה האחד מחבירו בפני ב"ד אם שתק זה בשעה שתקפה ממנו שתיקה כהודאה והרי הוא כמודה לו שכולה שלו ואם צווח בשעה שתקפה ממנו מוציאין אותה מיד התוקף ומעמידין אותה בחזקת שניהם כמו שהיו אוחזין בה שתק ולבסוף צווח זהו ספק בתלמוד שיש לומר הואיל ושתק בתחלה הרי הודה לו וזה שצוות לבסוף נמלך הוא או י"ל הואיל וצווח לבסוף אין אומרים שהיה שתיקתו דרך הודאה אלא אמר הואיל וב"ד רואין שתוקף אותי איני צריך לצעוק ומספיקא אין מוציאין מיד התוקף ואם תפס תלקו מיד התוקף אין מוציאין מידו וכן אם היו שניהם אוחזין בה ועמד אחד מהם והקדישה כולה וחבירו שתק ולבסוף צווח הרי זה ספק בתלמוד אם חל ההקדש על כולה אם לאו כמב"ה:

כתב הטור אבל אם טוען השכרתיה לו אינו נאמן והמע"ה ומיי' כתבו שגם בטענת חטפה ממני אינו נאמן והרא"ש כתב שהוא נאמן:

דף ג:

וכן פשוט פרק מרובה דף סט דאין אדם יכול להקדיש דבר שאינו שלו וכך אינו מקדיש דבר שאינו ברשותו הלכך מי שיש לו חוב על חבירו ואמר יהא להקדש או לעניים אין באמירתו כלום וכן גזל ולא נתייאשו הבעלים שום אחד מהן אין יכולין להקדיש אותו החפץ הגזלן אינו מקדיש לפי שאינו שלו והנגזל אינו מקדיש לפי שאינו ברשותו אבל אי נתייאשו הבעלים כיון דקנייה הגזלן לענין שאינו משלם החפץ בעין רק הדמים אז מצי להקדישו דחשיב שלו דגזלן וכן כל כיוצא בזה וצ"ע קצת על דברי מיי' דבפ"ו מהלכות ערכין כתב כהאי פסקא דאתיא דלא כסתמא דמשנת מעשר דצנועים שהביא שם התלמוד ובפ"ט מהל' מעשר שני פסק כמשנה דצנועין שמניחין מעות בשעת השמיטה

ואומרים כל הנלקט מפירות רבעי אלו מחוללין על המעות הללו אף על גב דליתיה ברשותייהו מצי מפריק ותפיש להו המעו' בקדושה ופליגי הני סתמי אהדדי והיאך פסק כתרוייהו והכי נמי צ"ע על סמ"ג עשין קל"ב וקל"ז דאיהו נמי פסק כתרוייהו כדברי מיי' ממש ואפשר לומר דודאי מדינא כל שאינו ברשותו לא מצי מחלל אבל משנת צנועים היא תקנתא כדי שלא יהא אדם נכשל לאכול פירות שאינן מחוללין ומש"ה אפקינהו רבנן לפירות מרשות המלקטים כדי שלא יהיו נכשלים ואוקמינהו ברשות בעלים כדי שיוכל לחלל דהפקר ב"ד הפקר ומ"מ לא היו אומרים כל המתלקט משום דאין פודין במחובר ואע"פ שבמיי' בדפוס שלפנינו כתוב דפודין במחובר טעות סופר הוא וצ"ע מדברי הרא"ש כאן ודבריו במס' נדרים. ואם גנב והקדיש שור לאחר יאוש לקדשי בדק הבית איכא פלוגתא לפי דברי מיי' פי"ב מהלכות גניבה אין חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית דבכולהו גנב והקדיש לאחר יאוש וטבח פטור מתשלומי ד' וה' וכן האריך שם המגיד משנה לבאר דבריו מיהו כתב שם המגיד משנה שהרי"ף השמיט ברייתא דגנב והקדיש וכו' שם פ' מרובה ואינו כן דבכל הספרים שלנו הביא רבינו וניכר שהוא לשונו מהא דכתב הרי"ף שם בעצמו דאין הברייתא עיקר אלא המשנה אלמא שהביאה בהלכותיו והתוס' שם והרא"ש פסקו דדוקא בקדשי מזבח הוא דאמר גנב ולבסוף הקדיש ואח"כ טבח פטור מתשלומי ד' וה' דודאי שם בעלים עלייהו אבל קדשי בדק הבית יצאו מרשות הבעלים לגמרי ואינו נקרא עוד שם בעלים עלייהו והלכך חשיב כאילו מכרו כשהקדישו לבדק הבית וחייב משום שהקדישו בתשלומי ד' וה' וכ"כ הר"ן שם והתוספות שם ליישב דאתי שפיר אף אליבא דמ"ד יאוש כדי קני דכיון דלא נקרא שם בעלים עליו אפי' הקדיש לפני יאוש הוי קדוש דכי היכי דלמאן דאמר יאוש כדי קני מיחייב הגנב במכירה קודם אע"ג דלא אהנו מעשיו דהא לא מייאש זה וחייב להחזירו בעין ולא חל המכר הכי נמי מיחייב בהקדש קודם יאוש כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט:

דף ד.

כתב הרא"ש ז"ל ומדלא הביא רב אלפס ז"ל אלא דברי אביי מכלל דסבירא ליה דאמרינן מאן דחשיד אממון חשיד אשבועתא אע"ג דסוגיא בתלמוד מסיק דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא ומיהו אין נפקותא בזה דלא אשכחן לאביי מאן דחשיד אממונא בלא עדים דאמר שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו דאל"כ תקשה לאביי מכל הלין דמוכח מינייהו דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא:

ופשוט פ' הגוזל בתרא דמוסר לאנסין פסול לעדות ולשבועה ונראה דדוקא מי שהוא מוחזק מסור אבל אם טוען מסרתני והוא אומר לאו לא נפסל בשביל כך מלישבע היסת וליפטר למאן דס"ל דנשבעים על טענות כי האי כמו שכתבתי בהלכות חובל ומזיק בפי' וכ' המרדכי שם בשם ספר חפץ בשם רב פלטוי דלא מבעיא מסור גמור דפסול אלא אפילו אדם המריב עם חבירו ואומר בפרהסיא אלך ואמסור ממונך הואיל ומעיז פניו בפרהסיא נחשב רשע ופסול לעדות וה"ה לשבועה וסיים בה המרדכי שם בסמוך וכי אמרי רבנן לא נחשדו ישראל על כך ה"מ דשתיק ליה משתק אבל הכא דקא פעי בפרהסיא בדבורא מזיק הוא ונפסל לעדות ואין לומר דגזים איניש ולא עביד דאיכא למימר דהכא מיירי במוחזק לכך עכ"ל משמע דאינו נפסל אלא במוחזק לכך וקשה בעיני דאי מיירי שהוחזק לכך למה ליה למימר (ליה) תו משום שהחציף למימר אמסור והלא פסול ועומד הוא כיון שהוחזק לכך וצ"ע ונראה דאפי' לרבינו ב נימין שכתב דהמלשין חבירו אינו חייב לשלם לו היזקו בדבורא בעלמא כיון שלא הראה לעובד כוכבים ממונו מ"מ גם (אינו) [איהו] מודה דהמחציף לומר אלך ואמסור נחשב רשע ונפסל לשבועה ולעדות והנאנס למסור ממון חבירו אינו נפסל לעדות ולשבועה ואפילו לא אנסוהו רק להראות והלך הוא והביא בעצמו ונתן לעובד כוכבים אינו רשע להפסל מעדות ומשבועה אלא בר תשלומין הוא כאשר כתבתי בהלכות חובל ומזיק וקצת נראה דהמעיד יחיד לחבירו ישראל לעובד כוכבים כיון דמשמתינן ליה וגם מחייבינן ליה לשלם לדעת קצת פוסקים לפי שהוא מתכוין ודאי להזיק לחבירו דודאי נפסל לעדות ולשבועה אבל המתכוין להציל את שלו מן העובדי כוכבים ומתוך כך מסרו לעובדי כוכבים כגון שהלך בערכאות או שהוציא שלו ע"י עובד כוכבים אע"פ דמשמתינן ליה על המעשה שעשה אין זה רשע ומסור כי לא נתכוין לעשות כרשע וכן נראה דהמוסר את חבירו בשעת זעם ובשעת חמום מפני שחברו חבל בו וכיוצא בזה הרי זה אינו נקרא רשע שיפסל לעדות בכך דאין אדם נתפס על צערו והלוקח ממון חברו ונושאו ונותנו לעובד כוכבים ואינו מעמיד העובד כוכבים עליו שאינו מפילו ביד העובד כוכבים אז דינו כשאר המזיקין ממון חביריהם ישראל לענין פסול עדות ושבועה וכתב שם כמרדכי דהנאנס לחתום שקר אונס נפשות חייב לשלם אבל אינו נפסל לעדות ולשבועה ואם נאנס מחמת אונס ממון הרי זה נפסל לעדות ולשבועה כמו גזלן וחייב לשלם:

בדין שומר שכפר בכל איכא פלוגתא לדברי רש"י אין כופר בכל פטור משבועת התורה אלא בהלואה שאומר מנה הלויתיך והלה כופר אבל תבעו בפקדון שהפקיד בידו אם כפר בכוליה חייב לישבע מן התורה ולר"ת לעולם כופר בכל פטור משבועת התורה גזרת

הכתוב ואפילו השומרים שטענו שנאנסו אינן חייבין שבועה אא"כ הודו במקצת הטענה ולדברי ר"י וריב"א ומיי' פ"ב מהלכות שכירות וסמ"ג עשין פ"ט והרא"ש וטור חו"מ סימן פ"ז כולם הסכימו דכופר בפקדון פטור משבועת התורה ואינו חייב רק היסת מיהו דוקא היכא שכופר בכל בטענה דשייך במלוה דהיינו שטוען לא היו דברים מעולם או החזרתי ונסתלק מעלי שמירתך אבל אם כופר בכל בטענת נאנסו כגון שטוען המפקיד שהפקיד אצלו והנפקד טוען שנגנב או נאנס אז חייב לישבע שבועת התורה:

דף ד:

כתב הטור ואינו נקרא הילך אלא אם כן יהא המקצת שהוא מודה לו מונח בידו בפני ב"ד ליתנו לו מיד אבל אם אמר הרי הוא בביתי ואתננו לך לא וכתב ה"ר יוסף ן' מיגש אפילו אם יתן לו משכון על מה שמודה לו לא חשיב הילך אבל בע"ה כתב דמשכון חשיב שפיר הילך דהא אפילו שטר תשיב הילך והכי מסתברא תבעו שני כלים והודה לו באחד מהם ואמר לו הילך וטוען התובע שנשתמש בזה שהוא מודה לו ונפחת מדמיו אם יש לו עדים בזה או שהוא בעצמו מודה לו אין זה הילך אם נראה לדיין שהנתבע מערים כדי לדחות ממנו השבועה צריך לישבע שבועה דאורייתא וכ"כ מיי' כיצד אמר לו מנה וכלי יש לי בידך אין לך בידי אלא הכלי והילך ואמר התובע אין זה הכלי שלי הרי זה נשבע היסת וכולל בשבועתו שזה כליו ואם הודה הנתבע שאין זה כלי שלו אלא שנתחלף לו אף ע"פ ששוה כמו כליו צריך לישבע שבועה דאורייתא ע"כ ואפשר שהוא סובר דמשכון אינו נקרא הילך אבל לפי מה שכתבתי דמשכון נקרא הילך לא גרע זה משאר משכון:

התובע את חבירו בב"ד ואמר מנה לי בידך כתב מיי' שב"ד אומר לו ברר דבריך במה חייב לך הלוית לו או הפקדת בידו שאפשר שהוא חושב שהוא חייב לו ואינו חייב לו וכן הנתבע אם השיב אין לך בידי כלום צריך לברר דבריו דשמא טועה וסבר שאינו חייב לו והרא"ש כתב בתשובה שא"צ לברר לו פרעון מתי פרעו וכמה פרעו ולא הלואה היאך הלוה ומתי הלוה ומיהו הכל לפי הענין להוציא הדין לאמיתו שאם יראה לדיין שבאין ברמאות יש לו לחפש ולפשפש בין בטענת התובע בין בטענת הנתבע כדי להוציא הדין לאמיתו:

כתב הטור אע"פ שכופר בכל והילך פטורין מן השבועה מה"ת תכמים חייבוהו שבועה וזו היא שנקרא שבועת היסת ל"ש אמר ליה מנה לי בידך וא"ל הין למחר א"ל תנהו לי נתתיו לך או שאמר יש לי בידך כנגדו כסות וכלים או שא"ל אמת שהיה לך בידי אבל

אתה מחלתו לי או נתתו לי במתנה דאיכא דררא דממונא ל"ש מנה לי בידך וא"ל אין לך בידי כלום דליכא דררא דממונא בכל ענין נשבע היסת ובלבד שיתבע התובע טענת ודאי פירש רש"י שאין כופר בכל פטור מן התורה אלא בהלואה שתבעו מנה הלויתיך אבל תבעו בפקדון שהפקיד בידו אפי' כפר בכולו חייב לישבע מה"ת אבל אין דעת מיי' כן שכתב אין א' מהשומרים צריך להודות במקצת כיצד הפקידו כלים וטען שנגנבו אז נשבע ונפטר אבל אם אמר לו הפקדתיך וזה אומר לא הפקדת או החזרתי ונסתלק מעלי שמירתה נשבע היסת וכן פי' ר"י שאף בפקדון אם כופר בכל ואומר אין לך בידי כלום פטור מה"ת ולזה הסכים הרא"ש וכשם שעד א' מחייבו שבועה כך פוטרו ממנה שאם תבעו במנה והודה לו בנ' ועד א' מסייעו פטור מן השבועה אע"פ שיש בזה דעות חלוקות הרא"ש הסכים שהוא פטור:

דף ה.

וכן פסקו מיי' וסמ"ג כריב"ל וכר' יוחנן וכ' סמ"ג דרבא שהוא בתרא שדוחה לרמי בר חמא דלא קנה דחוי ואינו סובר כן תדע שהרי במקום אחר איתביה רבא לר"נ ורוצה להוכיח דקנה:

כתב הטור המגביה מציאה לחבירו קנאה אפי' לא אמר לו תחלה להגביה לו הגביהוה שנים כא' או אפילו הגביה הא' ראש האחד תחלה ובא השני והגביה ראש השני קנאוה שניהם:

והזוכה מן ההפקר א"צ שיגביהנה ג' טפחים אלא כשהוא מתכוין לזכות מן ההפקר אפי' הגביהה בפחות מג' קנה ואפילו הבטה בהפקר קנה ואי יהיב בכליו אין צורך להגביה כלל דכליו קנו ליה וכן אי יהיב בידיה קנה בכל מקום בפחות מג':

כתב הטור המוצא מציאה מיד כשהגיע לתוך ארבע אמותיו קנאה אפילו שלא באתה לידו שחכמים תקנו לאדם שיקנו לו ארבע אמותיו ואם באו שנים כא' לתוך ארבע אמות או שעומדים שניהם ונפלה המציאה בתוך ארבע אמותיהן קנו שניהם וכתב הראב"ד שלא תקנו ד' אמות אלא בעומד אבל במהלך לא והרא"ש היה אומר שאין חילוק:

דף ה:

ור"י פירש דבעומד בצד שדהו אפילו לא אמר (לו) קנה [דאי] תקון רבנן דלקנייה כי לא אמר מאי הוי ומה שאומר במתני' היה עומד בתוך שדהו שאינו משתמר ואמר זכתה לי שדי זכתה לו ה"ה בלא אמר נמי אלא משום סיפא שנה ברישא אמר זכתה לי ומתוך

מסקנת ההלכות למדנו ג' חילוקין באינו עומד בתוך שדהו שזכייתו מטעם שליחות החלוק הראשון שאם היה חצר המשתמרת קונה בכל דבר חוץ מגט מפני שחוב הוא לה ואין שייך שליחות בע"כ ולכך אומר בפרק הזורק דאף במשתמרת צריך שתהא עומדת בצד חצרה. החילוק השני דחצר שאינ' משתמרת אינו קונה בשום דבר חוץ ממתנה ודעת אחרת מקנה אבל לא במציאה. חצר מהלכת אינה מועיל אפילו למתנה כדאמר גבי משוך בהמה זו וקני כלים שעליה אבל בעומד בצד שדהו דהוי דומיא דידו מועיל לכל דבר אפי' בגט שהוא בעל כרחה וכן ד' אמות של אדם שהוא בצדו הרי אלו קונות לו ואם הגיעה המציאה בתוך ד"א שלו בסימטא או בצד רה"ר או בשדה שאין לו בעלים זכה אבל ברה"ר או תוך שדה של חבירו אין ד"א קונות לו ואין קונה עד שתגיע המציאה לידו: וכתב הטור ובשדה חבירו לא תקנו שיקנה לפיכך ראה את המציאה ברה"ר ונפל לו עליה לקנותה לא קנאו עד שיגיע לידו ואם קדם אחר והגביה קנאה וא"צ לומר שאם הגיע המציאה לחצרו שקונה לו אפילו אינו עומד אצלו כדאמר שמשתמרת בתוכו אבל אם אינה משתמרת בתוכו אינה קונה לו אלא א"כ עומד אצלו אפילו אם אמר תזכה לי חצרי בכל מציאות שיבואו לתוכו היום כיון שאינה משתמרת לא קנה ואם יצא לו שם מציאה בעיר והוא אומר כן אז קונה לו לפיכך אם היה צבי או גוזלות הפקר בתוך שדהו ואחרים באים ליטול ולזכות בהם אם הן בענין שיוכל לרוץ אחריהן וליטלן כגון שהצבי שבור וגוזלות שלא פרחו או שעומד בקרוב להם נמצא שנשמרים בתוך שדהו וזוכה לו שדהו אף ע"פ שאינו אומר תזכה לי שדי אבל אם אינו יכול להגיע או שאינן משתמרין בתוכו אינו קונה להם אפילו אמר תזכה לי שדי ומיי' כתב אפילו משתמר בתוכו אינו קונה אא"כ שיאמר תזכה לי שדי והרא"ש כתב כסברא ראשונה:

דף ו.

פסק סמ"ג כר' יוחנן ונתן סמ"ג טעם מן הירושלמי למה מציאת אשתו שלו או מפני הקטטה או שלא תהא מברחת מנכסי בעלה ואומרת מציאה היא כתב הטור ומציאת פועל נמי לעצמו והא דתניא פועל ששכרו בעה"ב לעשות מלאכה סתם מציאתו לבעה"ב מוקי לה ששכרו ללקט מציאות ומשכחת לה ששטף הנהר על כל גדותיו והוליך עמו דגים כשהנהר חוזר לאחור נשארו על פני השדה ושכרו ללקטן וכיון ששכרו לכך אפילו מצא מציאה אחרת היא של בעה"ב:

כתב הרמ"ה אמר לו נכש עמי והוליכו ללקט מציאות מציאותיו לעצמו דמעיקרא לא אשתעבד ליה אלא לנכש. וכשמוליכו ללקט מציאות לא הוצרך הפועל לפרש שלא

נשכר ללקט מציאות ומה שלוקט לעצמו הוא אבל שכרו סתם והוליכו ללקט מציאות מציאותיו לבעל הבית דמעיקרא אישתעבוד למאי דבעי בעל הבית וכן הדין נמי עבד עברי אם אמר לו רבו צא ולקט לי מציאות מציאותיו לרבו:

כתב סמ"ג וכן פוסק רבינו משה ולקח שיטתו כר' יוסי ולא כרבנן וכן פסק נמי גבי מצא כתובת אשה משמע מכת ב' פסקים אלו שהיה כתוב בספרים שלהם בפרק מי שהוציאוהו הל' כר' יוסי מחביריו וכן כתוב בפרש"י ובפי' ר"ג גרסי' אף בר' יוסי הלכה מחביריו שהוא היה סוף משנה וקשה שהרי בפרק כל הפסולין על מחלוקת דר' יוסי וחכמים פוסק שם שאין הלכה כר' יוסי ומקשה סתם תלמודא פשיטא יחיד ורבים הלכה כרבים. כללו של דבר כל שטר שחוששין בו לפרעון לא יחזיר שמא נפרע החוב ואם היה חייב מודה דאפשר שהודה בו כדי לעשות קנוניא עד שיפסידו הלקוחות או המקבל מתנה שלקחו אחר זמן השטר כדי שיטרפו מידם שלא כדין הרי זה לא יחזיר אע"פ ששניהם מודים ואם החזיר כשרין וגובין בהם וכל שטר שאין בו צד לחשוש לא לפרעון ולא לקנוניא ולא לשמא כ' ללות ולא לוה ה"ז יחזיר לבעליו:

כתב הטור ותניא כותיה דר' יוחנן והלכתא כוותיה דשטר שנפל אפי' אם חייב מודה אם אין לו נכסים ללוה חיישינן לקנוניא אבל יש לו נכסים ללוה ליכא למיחש והיכא דאין החייב מודה בכל ענין לא יחזיר דחיישינן לפרעון דאיתרע שטר זה דכיון שנמצא מוטל באשפה ניכר שלא חששו לשמירתו מחמת שנפרע וזרקוהו וכיון שהדבר מוכרע ושקול המלוה אומר ממני נפל והלוה אומר פרעתי וממני נפל חיישינן טפי לדברי הלוה כיון שאין סברא מכרעת לדברי זה יותר מלדברי זה ומעמידין ממון בחזקתו ואין לומר אדרבה העמד שטר על חזקתו שלא נפרע לפי ששטר עומד ליפרע אבל כשיש סברא לומר שלא נפרע לא חיישינן לפריעה כדאמר ר' אסי אמר ר' יוחנן המוצא שט"ח בשוק וכתוב בו הנפק וזמנו בו ביום יחזירנו לבעלים אי משום שמא כתב ללות ולא לוה הא כתוב ביה הנפק ואי משום פריעה לפריעה בת יומא לא חיישינן דלא שכיחא לפרוע בו ביום:

סמ"ג פסק כרב אלפס דפסק דלא כאביי דאמר עדיו בחיתומיו זכין לו אבל ר"י פסק דעדיו בחיתומיו זכין לו הלכך אפילו בלא קנין כותבין לו שטר שאף אם כתבו ליתן לו בניסן ולא נתנו עד תשרי זוכה למפרע מניסן ושפיר טריף מהאי דזבנא בתר ניסן וכתב הרב ר' יוסף הלוי הא דכותבין שטר למוכר היינו שמעידין על עצמו שכבר קיבל הדמים מיד הלוקח שאין כאן חובה על הלוקח שיהא צריך להיות מדעתו אבל אם לא העידו על עצמו שקבל הדמים אין כותבין אלא מדעת הלוקח דשמא אינו רוצה לקבל אותה

לקיחה הלכך אם טעו עדים וכתבו שטר מכירה למוכר בלי קבול דמים כשיתבע אותו לדין ליתן הדמים צריך להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעתו והרמ"ה כתב עוד שאפילו העיד על עצמו שקבל המעות אם משמע מתוך השטר שהמקח הוא מדעת שניהם אין כותבין שהם מעידין שהלוקח חפץ במקח ופעמים לא ניחא ליה ללוקח בהכי דניפוק עליה קלא דאית ליה מאי דלית ליה דילמא גרים ליה האי קלא הפסד מאינשי אחריני והרמב"ן כתב שכותבין אפילו לא העיד המוכר על עצמו שקבל המעות שכתיבת השטר אין מחייב הלוקח ליתן מעות שלא מדעתו דכיון שכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו פשיטא שיכול לומר שלא מדעתו נכתב השטר ומסתבר שאם העיד על עצמו שקבל הכסף מן הלוקח וקנה בכסף או בחזק' או בחליפין כותבין אפילו בלא שטרי הקנאה שאין שטר זה אלא ראייה שהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ולקנוניא ליכא למיחש שהרי נכסים שלו הם ומה שירצה יעשה בו מהיום ואילך דהיינו שטרי הודאות ולא שייך בהו קנין כלל ע"כ:

דף ו:

פרש"י הא דיכול הלוקח לחזור בו הטעם דהוי כמו מקח טעות כיון שצריך הלוקח לטרוח לילך לב"ד להתבטל ממלאכתו והוי כשאר מומין למהוי מקח טעות אבל אם החזיק שמעון בקרקע אחר שיצא הקול של עוררין לא מצי תו לוקח לחזור בו ואינו יכול לומר אחזיק במעות בשביל קול הערעור שיצא עליו ואפילו אם קונה באחריות לא יתן לו מעותיו ולכשיוציאו לקרקע זה מידו יתבענו לדין וכתב הר"ן בשם הרמ"ה דאפילו לקח אדעתא לפרוע בכמה זימנין ויצאו עסיקים קודם זמן הפרעון אינו יכול הלוקח לעכב המעות משום שאמר ליה מוכר משעה שקנית נתחייבת לשלם ואני איני חייב לך כלום עד שיטרפוה ממך אחוי טרפך ואשלם לך וכתב הרא"ש בפ"ק דב"ק דמיירי שלא נתברר עדיין הערעור אלא כשבא א' ואומר שדה זו גזלה ממני ראובן ואביא עדים או שאמר יש לי חוב על ראובן ויש לי שטר חוב עליו דכיון שלא יצא אלא הקול אינו יכול הלוקח לעכב המעו' בשביל דברים בעלמא אבל אם יראה לב"ד אמת לא בדברי המערער כגון שהביא שטר שאינו מקוים ורוצה לקיימו או אם הוא אומר שיכול להביא עדים תוך שלשים יום ולא יוציא שמעון המעות מתחת ידו אבל אם המערער מרחיק זמן הבאת העדים חזינן אי אית ליה לראובן מקרקעי או אמיד במטלטלי שיכול שמעון לחזור עליו אם יוציא המערער הקרקע מתחת ידו צריך ליתן לראובן מעותיו מיד אבל אי לא אמיד ואין לו קרקע כיון שיש אמתלא בערעור אין לדיין להוציא המעות משמעון

עד שיהיה בטוח שלא יפסיד מעותיו אם יוציא המערער הקרקע מתחת ידו ועל כיוצא בזה אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות הכל לפי הענין וכ"כ טור חו"מ סימן רכ"ו ועוד כתב בתשובה שאם ב"ד בטלו המקח מחמת שראו אמתלא בערעור ואחר כך נמצא שהערעור אינו כלום ובא שמעון ותובע מראובן שיקיים לו המקח כיון שנתבטל הערעור ויתן לו מעותיו מצי ראובן לעכב דכיון שנתבטל נתבטל ועוד כתב שאם בשעה שיצא קול הערעור אמרו ב"ד לראובן הראה השובר שיש לך על הערעור אפי' אם מצאו מצי שמעון לבטל המקח ולומר איני רוצה לקנות קרקע שאהיה זקוק לשמור השובר לעולם שאם יאכלו העכברים את השובר או ישרפוהו אפסיד הקרקע ולא תועיל לי החזקה ואע"פ דהלוה לא מצי נעכב מלכתוב שובר אע"פ שאיהו צריך לשומרו לעולם ועוד כתב דאם שמעון נתן מקצת המעות קודם שיצאו העוררין ונשאר עוד חייב לראובן עוד סך ונתאמת הערעור אבל לא נטרף עדיין השדה מידו אע"פ שאם היה שמעון נותן לראובן כל סך המעות אינו חייב להחזירם לו עד שיראה שטר טירפא השתא צריך להחזיר לו המעות ואינו יכול ראובן לומר ממה שעדיין נשארת לתת לי מעות אותו המקח תתבטל מהשתא אבל קרקע כנגד מעותיך שנתת לא יתבטל עד דתחוי טירפך הלכך לא אחזיר לך המעות שנתת אלא קח קרקע כנגד מעותיך לא מצי א"ל הכי אלא כל המקח בטל וצריך להחזיר לו המעות שקבל ג"כ מהשתא דכיון שלוקח זה חוזר שלא מחמת פשיעתו אלא שירא שיפסיד מעותיו כל המקח בטל והדמים חוזרין דאנן סהדי דאדעתא דהכי לא קנה והקדים מעותיו כדי לקיים מקצת מקח ולבטל מקצתו אם מקצתו בטל גם כולו בטל ודמי למקח שיש בו אונאה יתר על שתות שהמקח כולו בטל לגמרי ואין המוכר יכול לומר טול מן המקח כדי שויו אלא המקח בטל כולו וכששמעון יכול לחזור בו איכא פלוגתא היאך היתה קרקע זה באותה שעה אי קניית קנין מועיל בלא תשמיש בה או נתן מעות או לא נתן:

פי' רש"י בפרק מי שהיה נשוי דף צג דהא דאמר עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו מיירי שלא נתן עדיין המעות ומשהחזיק דאינו יכול לחזור בו אפילו לא נתן המעות דכיון שהחזיק נתחייב במעות וחזקה דדייש אמצרי פירש רש"י פ"ק דב"מ שר"ל מתקן גבול שדה ומגביהה והקשו עליו בתוס' פ"ק דב"מ ומרדכי פ"ק דב"ק דלרש"י בשלא נתן מעות דקאמר דיחזיר בשלא החזיק פשיטא מאי קמ"ל אפילו מי שפרע ליכא גם מה שפי' דכיון שהחזיק תו לא מצי הדר ביה אע"פ שלא נתן מעות הא נמי פשיטא ועוד הוסיפו להקשות עליו ופירשו בזה דמיירי כגון ששמעון קנאה בקנין גמור בחליפין או בשטר או בחזקה או רפק בה פורתא ואע"פ שקנאו בקנין גמור דעתו של אדם הוא שרוצה להיות

ברשותו אם רוצה לחזור בו כל זמן שלא הלך אמצרי השדה לאורכה ולרחבה לראות ענייני השדה והיינו דדייש אמצרי השדה לאורכה ולרחבה ומש"ה יצא עליו עד דלא דייש אמצרי יכול לחזור בו אבל מכי דייש אמצרי אינו יכול לחזור בו ולעולם מיירי שלא נתן המעות דאי בנתן המעות איירי אמאי יכול לחזור בו משהחזיק בה ואפילו לקחה באחריות וכי לעולם יכול לחזור בו ואין לומר דאע"פ שהחזיק בה יכול לחזור בו כיון שלא נתן המעות ובזה הענין שיאמר שמעון למוכר מה אתה חפץ ממני מעות הקרקע שקול כ"כ קרקע בזוזך לא מצי עביד הכי אפילו למ"ד דכי אית ליה זוזי נמי מסלק ליה בקרקע כי אמר לו המוכר אם אתה חפץ לתת לי קרקע שוה מעותי שנתחייבת לי אין זה מספיק כפי מעותי כי הבא לשום אותו עתה לא ישומו כפי שמכרתיו לך כי נפחתו דמיו בשביל העוררין שיצאו עתה עליו ור"ת פי' דהא דאמרינן עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו מיירי שנתן לו המעות אבל הוא במקום דאין הכסף לבדו קונה הקרקע אם אין חזקה עמו והשתא קמ"ל דאם לא החזיק יכול לחזור בו ויכול ומותר קאמר כלומר דאף ע"פ שפרע המעות ליכא מי שפרע בחזרתו דכל שלא חזר מחמת יוקרא וזולא אלא שחוזר מחמת חשש שמא יפסיד הכול ליכא משום מי שפרע בחזרתו אע"פ שנתן מעות כדבעינן למימר לקמן בס"ד ודעת מיי' פי"ט מהלכות מלוה ולוה והטור חו"מ סימן רכ"ו הוא כדעת התוספות שזכרתי וכן המרדכי פ"ק דבבא קמא דמיירי שקנה שמעון שדה זו באחת מדרכי ההקנאות אלא שעדיין לא נתן המעות וכמו שכתבתי לעיל ומן הנראה דברי הרי"ף מדפירש דייש אמצרי ר"ל שערבו עם קרקעותיו כמו שפירש מיי' והוא על שיטת התוספות דאין זה דרך ההקנאה ולא כפי' רש"י שפירש דייש אמצרי מתקן גבולי שדה ומגביהה שהוא א' מדרכי ההקנאה לפי דעתו. ופשוט בפ"ק דב"ק דף ט' מההיא דראובן שמכר שדה ויצאו עליו עוררין וכו' שכתב הרא"ש שם בשם הגאונים והרי"ף מי שבא לפני ב"ד ואומר יש לי תביעה על פלוני ומצאתי לנכסיו במקום ידוע ואני ירא שאם יבאו לידו יבריחם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי ומבקש שיעכבו ב"ד את הנכסים עד שיתברר תביעתו וכן ראובן שיש לו שטר על שמעון ולא הגיע זמנו עדיין ובא בתוך הזמן וטען כך אם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע זמנו מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו או עד שיגיע זמן השטר ודין גמור הוא דחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל טצדיקי דאית ליה למעבד שאם לא יגדור הדיין גדר בזה אדהכי והכי יאכל הלה זוזי דהאי וליכא תו לאשתלומי מיניה וכ"כ הטור חו"מ סימן ע"ג ודכוותה כ' חו"מ סי' ק' דלוה שאומר קבעו לי זמן ואביא מעות אם יראה לדיין שיש לחוש שמא יברח או ישמט מלפרוע מחייבין

אותו ליתן ערב עד שיפרע וכן כל כיוצא בזה אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות ולקמן נדבר עוד בזה בס"ד בדין התופס לבע"ח. וצ"ע:

דף ז:

ומיהו בגזילת מטלטלין הוי הדין כך לגבי השבח כמו שפשוט שם פ' הגוזל קמא דף צה דשבח שע"ג גזילה הוי דגזלן והיאך וומתי איכא פלוגתא ועי' פרק המפקיד דכי אמרינן דשבח גזילה דגזלן הוי ר"ל לגמרי דהוא שלו לחלוטין דלא דמי לגוף הגזילה דאמר שהוא דגזלן שקנאה דהתם קני גוף הגזילה (דאמר) אבל משלם דמיה והכא קני השבח לגמרי וטעמא משום תקנת השבים ומשום הכי איכא חילוק גבי יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות משום תקנת השבי' וכיוצא בזה דלפעמים לא קני השבח שהשביח אפילו מחמת הוצאה משום דלא שייך התם תקנת השבים ונראה בעיני דאיכא גזלן חוטא וגזלן פושע וגזלן שוגג כדמשמע בההיא שמעתתא דהגוזל רחל וגזזה דף צ"ה מפרש רש"י וכולהו קונים בשינוי הגזילה ואפילו עבדינהו שוגג וקשה בעיני דא"כ וגם השבח יקנו כמו הגזלן ולמה והרי ליכא הכא תקנת השבים ועוד צ"ע אם לגבי פסלות דגזלן פסלינן גם שוגג ופושע כמו גזלן חוטא ומזיד. ופשוט שם פ' הגוזל דף צו גזלן שגזל מידי דאית ביה גזילה כגון מטלטלין ופרה ורחל וכיוצא בזה והשביח ואח"כ מכר או השביח ואח"כ הוריש מה שהשביח מכר והוריש דלא תימא שהשבח שע"ג גזילה הוי דגזלן דוקא משום תקנת השבים אבל משיצא תחת ידו הוי דנגזל דזה אינו רק כל שבח דגזילה הוי דגזלן או באי כחו למיי' דוקא שבח שע"י יציאה אם מכר והוריש לפני יאוש נגזל ושבח דממילא לאחר יאוש ולהרא"ש אין חילוק בין שבח לשבח וכן אם מכר הגזלן את הגזילה והשביחה הלוקח הוי השבח דלוקח כי היכי דאילו הויא ביד גזלן הויא דגזלן אילו היתה בידו ה"נ הוי דלוקח דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ואע"ג דזכות זה לא הוה אתי לידיה דגזלן רק באיסורא מתחלה שהרי לולי תקנת השבים היה צריך להחזיר השבח מ"מ הלוקת ממנו זוכה באותו שבח ומכאן יש ראיה דהא דאמר מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו אפילו דאותו הזכות לא אתי ליד מוכר ראשון בהיתר גמור מ"מ זוכה בו הלוקח ולא אחר כיון דמן הדין לא זכי ביה המוכר עתה שהדבר אינו בידו אינו נקרא זכותו כדי שיזכה בו הלוקח אלא כיון שהיה אפשר שיקרא זכות ביד מוכר ה"נ קרינן ליה זכות ביד לוקח ואין לומר שגם כשהוא ביד לוקח הוא תקנה וזכות דמוכר משום דאי היה גבי ליה נגזל עם השבת היה חוזר על המוכר ואכתי איכא תקנת השבים גם גבי לוקח זה אינו דהא כל הני דאמר דשבח גזילה דגזלן הוי

מיירי בשבח דגזילת מטלטלין או בהמות ולא בשבח קרקע דבשבח קרקע לא שקיל גזלן משום דקרקע[1] כדבעינן למימר לקמן בס"ד וכמו שכתב כאן המרדכי ובמכירת מטלטלין אין כותבין אחריות כדי שיוכל הלוקח לחזור על המוכר אם יגזלו ממנו ואפילו תימא דכותבין אחריות הא בכל ענין שיהיה המכירה קיימת ל"ש מצי מיהדר על המוכר ל"ש לא מצי מיהדר גם שמעינן מהא דכלל זה דכל זכות שתבא לידו הוי אף בזכות שעדיין לא הגיע ליד המוכר אלא שאילו היה ביד המוכר והיה אירע בו איזה מעשה שהיה זכות למוכר שאפשר ליקרא זכות אצלו דמוכר אילו היה בידו הכי נמי זוכה בו לוקח. ופשוט פרק הגוזל דף צו דגזלן עובד כוכבים שהשביח הגזלה בכל ענין דינא הוא לגבות ממנו השבח דשבח דגזלה שהוא לגזלן היינו משום תקנת השבים וגבי עובד כוכבים לא שייך תקנה ואם אחר שהשביח הגזלן העובד כוכבים מכר לישראל הגזלה עם שבחה או אפילו בלא שבח והשביח ישראל הלוקח מוציאין השבח מיד הלוקח ישראל דישראל הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים וכיון דאילו השביח העובד כוכבים מוציאין מידו ה"נ ישראל דאתי מחמת עובד כוכבים מוציאין מידו ואם גזלה ישראל ומכרה לעובד כוכבים והשביח העובד כוכבים ואח"כ מכרה לישראל אחר עם השבח בזה איכא בעיא בתלמודא כיון דמתחלה הויא ביד ישראל דשייך ביה תקנה וגם לבסוף היא ביד ישראל אע"פ שהעובד כוכבים שבאמצע השביחה אכתי שייך תקנה ושבח גזלה דלוקח ישראל הוי או דלמא כיון שיד עובד כוכבים באמצע וגבי דידיה לא שייך תקנה השתא נמי לא הוה שבח גזלה דלוקח ישראל ולא איפשיטא והוי ספקא דדינא וכבר כתבתי בכמה מקומות דכל ספיקא דדינא תלוי במחלוקת מיימוני וסייעתו ור"י וסייעתו למיימוני אין מוציאין השבח מיד ישראל הלוקח ואי תפש הנגזל הויא תפישתו תפישה ולר"י אין מוציאין השבח מיד הלוקח ואי תפש הנגזל אין תפישתו תפישה ומוציאין מידו וכבר כתבנו פעמים רבות דדעת הרא"ש והטור חו"מ סימן ש"צ ובכמה מקומות כדעת ר"י ומכאן קשה על הטור דבסימן שס"ב פסק גבי האי דין דגזלה כדברי מיימון דאין מוציאין מיד הלוקח ואי תפש נגזל לא מפקינן מיניה ואע"פ שהוא ספק דדינא ואילו בסימן ש"צ ובסימן שפ"ח ובסימן נ' פסק להדיא כדברי אביו דבכל ספק דדינא אין תפיסתו תפיסה ומפקינן מיניה וצ"ע והיכא שגזלן ישראל השביחה ואח"כ מכרה לעובד כוכבים וחזר בו העובד כוכבים אחר כך ומכרה לישראל בזה לא נתברר בתלמוד הדין היאך וצ"ע כי מדברי מיימוני פ"ב מהל' גזלה וטור חו"מ סימן שס"ב נראה דאם גזלן ישראל השביחה ואחר כך מכרה לעובד כוכבים הנגזל שקיל שבחה מידיה דעובד

[1] צ"ל אינה נגזלת

כוכבים שכתבו וז"ל מכרה הגזלן לעובד כוכבים אע"פ שהשביחה העובד כוכבים חוזרת לבעליו ע"כ ומדקאמרי אע"פ שהשביחה העובד כוכבים וכו' משמע דהכי קאמר לא מיבעיא אם השביחה הישראל ואח"כ מכרה לעובד כוכבים משובחת דמוציאין השבח מיד העובד כוכבים אלא אפילו השביחה העובד כוכבים גופיה מוציאין מידו השבח אלמלא הגזלן ישראל שהשביחה כיון שמכר לעובד כוכבים מוציאים מידו והיכא שחזר העובד כוכבים ומכרה לישראל כיון שהשבח שבה עביד הישראל הראשון הגזלן אפשר שזוכה בו הישראל האחרון הלוקח דלא שייך הכא להסתפק במאי דמספקינן היכא ששבחה העובד כוכבים ומזה נפקא טובא ונראה לי דכשהשביח הישראל הגזלן ומכרה לעובד כוכבים דמוציאין מהעובד כוכבים השבח אלמא דכיון דישראל הגזלן הזוכה בשבח לא זכי אלא בשביל תקנת השבים אע"ג דאילו היה בידיה דגזלן היה זוכה מכח התקנה השתא שיצא מתחת ידו ליד עובד כוכבים פקע התקנה דלא עבדי תקנתא בשביל טובת העובד כוכבים ואע"ג דקי"ל מה מכר הראשון לשני כל זכות שתבא לידו היינו דוקא גבי ישראל המוכר לחבירו אי נמי ישראל המוכר לעובד כוכבים אבל הזכות שבא על החפץ ההוא הוי זכות דאתי בהיתרה ומדינא זולת תקנה אבל זכות כי האי דאתי משום תקנת השבים וכבר מסורת בידינו דאין עושין תקנה לזכות העובד כוכבים נמצא דהזכות הזה פקע והלך לו כשהגיע החפץ ליד העובד כוכבים וא"א לומר בו מה מכר הראשון וכו' ומיהו אם חזר העובד כוכבים החפץ לישראל אחר אע"ג דהשביחה הישראל הגזלן הראשון מ"מ אכתי הוי בספק כאילו השביחה העובד כוכבים דהא כיון שהגיע ליד העובד כוכבים כשהיא משובחת היתה יוצאת מתחת ידו עם השבח א"כ פקע הזכות כשנכנס תחת ידי העובד כוכבים והשתא שמכר לישראל אחר איכא להסתפק אם חזר הזכות ההוא מהגזלן לישראל הלוקח או דלמא כיון דאיכא יד עובד כוכבים באמצע פקע הזכות מיד ותו אינו חוזר והיכא שגזלה ישראל ומכרה לעובד כוכבים והשביחה הלוקח הישראל גם בזה צ"ע אי הוי השבח דלוקח או לא מי אמרינן כיון דתקנתא לעובד כוכבים לא עבדינן חוזרת לבעלים דישראל הבא מחמת עובד כוכבים הרי הוא כעובד כוכבים ומה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא וכי היכי דלא הוה לעובד כוכבים בשבח זה זכות אפי' השביחה הוא ה"נ אינו זוכה הישראל הלוקח ממנו בהאי שבחא או דלמא כיון דמכח ישראל הגזלן הראשון תרוייהו אתו איכא למימר מאי מכר ראשון לשני וגם לשלישי כל זכות שתבא לידו וקצת נראה דלולי התקנה היינו אומרים מה מכר ראשון לשני ולשלישי שכולם יהיה להם הזכות שהיה למוכר הראשון דהכי משמע בתלמוד התם דאילו הגזלן מכר לישראל וישראל לישראל לעולם שבח הגזילה הוי דלוקח דכולהו

מכח הגזלן הראשון קא אתו ולאו דוקא בכה"ג דכל חד וחד מהלוקחים מצי לזכות באותו זכות שזכה בו המוכר הראשון אז ודאי אמרינן בהו מה מכר ראשון לשני אפילו עד אלף דלפי האמת לעולם איכא למימר גבייהו ראשון לשני דהא הלוקח השני זוכה בו במקום הלוקח הראשון וחשיב איהו ראשון וכשמוכר לאחר אמר ביה מה מכר ראשון לשני אלא אפילו שהוא לוקח הזה אינו ראוי להגיע לו זכות מצד עצמו אלא מצד המוכר לו זוכה הוא בזכיות המוכר לגבי האי מכירה וכי חוזר ומוכר ללוקח אחר הלוקח השני זוכה בזכיות שהיה ראוי הלוקח הראשון לזכות בהן מצד המוכר הראשון כי הכא גבי לוקח מגזלן והכי מפרשי מאי מכר הראשון לחבירו כל זכות שהיה אפשר לבא לידו הן מצד עצמו והן מצד האיש המוכרו לו דכל זכות משמע כל צד זכות שאפשר לעולם להמצא בחפץ זה:

דף ט:

ופשוט בפרק מרובה דף סח דב"ד שאמרו לבעלי דינים לאחד מהם צא תן לו בלשון הזה הוי פסק דין גמור אבל אמרו לו חייב אתה ליתן לו אין זה פסק דין אלא כמו שאומרים אנו רואים שהחיוב יבא עליך ולפיכך לא הוי דין גמור מיהו כתבו התוס' דלגבי הא דאמרינן דההדיין שיודע היכן הדין נוטה אסור לו לבצוע אם אמר חייב אתה ליתן לו הוי גמר דין כיון שקרוב הדין לגמור אסור להטעות את הזכאי וקצת נראה דהיכא דשנים טוענין על חפץ מבורר ואמר הדיין לאחד צא תן לו והלך אח"כ זה ואבדו בידים או עשה באופן שאינו יכול עוד לחזור בעין ליד בעליו דחשיב גזלן עליו דהכי אמרינן גבי גנב כשאמרו לו ב"ד תן לו וטבח או מכר את"כ הוי גזלן עליו ה"נ יש לו דין גזלן לכל מילי כמו שיתבאר פיסולו לכמה דברים ומיהו יש פוסקים דאמרי האידנא לא ידעי אינשי לחלק בין לשון תן לו ובין ל' חייב אתה ליתן ולקמן יתברר אי דוקא אין להקפיד על הלשון גבי בעלי דינין או אפילו על הדיינים דאם דיין אמר חייב אתה חשוב כמו צא ויהיה כאילו נגמר הדין או בהפך וגם נבאר בעז"ה אם בכ"מ שחלקו בתלמוד בין נגמר הדין ללא נגמר הדין תלוי בל' צא תן לו וחייב אתה ליתן לו והנ"י הזכיר מעט מזה בפרק מרובה ואין כאן מקומו:

דף י.

בפירוש מהו מעשה ב"ד דאיתא פרק מרובה לפי מ"ש בהגהת הרא"ש מדברי ראבי"ה נראה דכל מאי דעבידו רבנן תקנתא נקרא מעשה ב"ד אפילו לא עשאוהו הב"ד ואין אדם

יכול לבטלן דא"כ מה כח ב"ד יפה והלכך כתב דאין המורשה יכול לבטל ההרשאה וא"ז פליג וס"ל דאינו נקרא מעשה ב"ד אלא מה שעושין ב"ד ממש אבל הרשה אדם לחבירו אינו מעשה ב"ד ולא שייך למימר בזה מה כח ב"ד יפה כי הב"ד לא הרשוהו:

דף יא.

וגם אשה שחבלה אין כופין אותה למכור כתובתה בטובת הנאה משום דקים לן דודאי היא תחזור ותמחול החוב לבעלה ונמצא לוקח מפסיד ואין מפסידין אותו בידים ואפילו למכור הכתובה לנחבל אין כופין אותה לזה דהא ידעינן בודאי שהיא תמחול לבעלה ואף על גב דאין הנחבל מפסיד כלום במה שלקח הכתובה מן האשה דהא לאו מידי יהיב לה אפ"ה אין מטריחין הב"ד בכדי ואין להקשות והיאך תוכל למחול לבעלה דהא קי"ל אסור לאדם שישהה עם אשתו בלא כתובה דאעפ"כ יוכל הבעל לקבל מחילה זו ואחר כך יחזור ויכתוב לה כתובה אחרת שבזה לא יהיה לנחבל שעבוד עליה גם אין לומר והיאך תמחול והלא דייניגן דינא דגרמי ואם תמחול לבעל תצטרך לשלם ללוקח דאע"פ כן אינה חוששת על זה כיון שאין לה עתה לשלם ואין לומר שתמכור הכתובה במעמד הבעל שאז לא תוכל למחול חדא דאולי מעמד שלשתן אין מועיל בכתובה באשה היושבת תחת בעלה כיון שעדיין לא נתנה לגבות ועוד דהבעל לא ירצה להיות במעמד להפסיד את אשתו ואפילו אם נכוף את האשה למכור לא נוכל לכוף הבעל שיסכים לזה א"נ שמא לא יחפוץ הבעל לעשות לה כתובה אחרת ואם תמכור תהיה אסורה לעמוד אצלו ואין בידינו לכוף הבעל שיכתוב לה כתובה אחרת ומזה הטעם אין אומרים תמכור כתובתה בטובת הנאה ותתן ערבון שלא תמחול דאז לא מצי תו מחיל דאף על פי שהנשבע שלא למחול לא מצי תו מחיל מ"מ אין בידינו לכופה שתשבע שלא למחול אע"פ שיהיה בידינו לכופה למכור דוקא למכור כופין אבל אין כופין אותה לעשות קיומים וכן כל כיוצא בזה וכל זה מיירי באשה שחבלה באחרים ואין לה רק כתובתה דמנה מאתים ולא נכסי מלוג ולא נכסי צאן ברזל אבל בדאית לה נכסי מלוג וצאן ברזל איכא פלוגתא אם כופין אותה למוכרה בטובת הנאה או לא וכתב המרדכי שם בשם ר"י דאע"ג דכשחבלה באחרים אין כופין אותה למכור כתובתה לאחרים כדי שלא להפסיד ללוקח כמו שכתבנו מ"מ אם יש שום אדם שרוצה לוותר ולקנות ולשלם דמי קצת החבלה זבנינן ליה כדי לפרוע לזה ומיהו אם נחבל גופיה רוצה לקנות אין ב"ד חייבים לטרוח בחנם כי ודאי היא תמחול ולא יועיל לו כלום והרא"ש שם כתב דאילו היה לה נכסי מלוג וצאן ברזל כופין אותה למוכרם בטובת הנאה שאם נתאלמנה או נתגרשה יהיו ללוקח ואם מתה יירשנה בעלה

ואותה טובת הנאה יתנו לנחבל אבל מנה מאתים שלה לא אמרו חכמים שתמכור ונראה מדבריו דאפילו היה כתובתה יתירה על מנה מאתים כגון שכתב לה בכתובתה תוספת הרבה על סך שאמרו חכמים דמ"מ לא יגבה הנחבל מהם שאין כופין אותה למכור רק נכסי מלוג וצאן ברזל וכל הדברים האלה לא ידענא מנא ליה להרא"ש לחלק בין כתובה בין נדוניא וצאן ברזל דאי משום דאמרינן התם בגמ' ואי נפיש כתובתה מכתובה דאורייתא לוקמה אכתובה דאורייתא ואידך תזבינה ניהלה בטובת הנאה בחבלה ומשני כגון דלא נפיש כתובתה מכתובה דאורייתא וכו' דמשמע הא נפיש כופין אותה למכור התם היינו טעמא דחבלה בבעל ומוכרת ג"כ לבעלה דהשתא ליכא למיחש למידי דאי משום דר"מ דאמר אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה הרי יש לה כתובה דמוקמינן לה על מנה מאתים ואי משום דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו ומחלו וכו' הכא ליכא שום פסידא ללוקח דהיינו הבעל במחילה זו והלכך כופין אותה למכור מה שיש תוספת על מנה מאתים כדי לשלם החבלה ותמכור לבעל והבעל יתרצה שפיר בכך משום דאין מגיע לו פסידא כלל במכירה זו אבל בחובלת באחרים ומוכרת לאחרים אע"ג דיש תוספת על כתובתה למה תמכור התוספת הא כל לגבי בעלה ודאי מחלה ותמחול החוב היתר על המנה מאתים לבעלה ונמצא לוקח מפסיד ואפי' תזבין ניהליה לנחבל מ"מ תמחול לבעלה ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן ואין לומר דדוקא מנה מאתים הוא דקים לן שתמחול אבל התוספת ונכסי מלוג וצאן ברזל לא דלא ידענא מה חילוק יש בין זה לזה דאע"פ דנכסי מלוג וצאן ברזל הם נכסי דידה ממש שהכניסה לו מ"מ כך הם חוב שיש לאשה על בעלה כמו המנה מאתים ולענין זה חילוק ביניהם לא מצאתי ולא טעם לומר דטפי קים לן שתמחול בודאי המנה מאתים ממה שתמחול צאן ברזל ונכסי מלוג ועוד דלפי מה שפי' ר"י על ההיא דאמר תלמודא ואי דנפישא כתובתה מכתובה דאורייי' וכו' משמע דכך שוה התוספת שהוסיף הבעל על המנה מאתים אע"פ דאיהו מדידיה דבעל כמו הנכסי מלוג וצאן ברזל ועל אותו התוספת הוא דקאמר תלמודא דמוקמינן אותה על כתובה דאורייתא והמותר דהיינו התוספת שהוסיף הבעל לכתוב לה על מנה מאתים תמכור לבעל בחבלה א"כ אין חילוק בין ממון שהכניסה לו מדידה בין ממון שהוסיף לה מדיליה ועוד דלפי זה ק"ק על הרא"ש למה כתב דנכסי מלוג וצאן ברזל כופין אותה למכור בטובת הנאה לאחרים בחבלתה שחבלה באחרים ולא כתב כן בתוספת שהוסיף לה על מנה מאתים דנראה מדבריו דאותו תוספת אין כופין למכור ובתלמוד משמע דאותו תוספת כופין ואי לדידיה שוה דין חובלת בבעלה לחובלת באחרים לענין נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל דכופין בשניהם למכור למה לא יכופו גם בשניהם למכור

התוספת כשיהיה ממנו [יותר] על המנה מאתים וצ"ע והגהת הרא"ש שם כתב נמי הכי בשם ראבי"ה אבל דברי הרי"ף ומיי' פ"ד מהלכות חובל ומזיק וסמ"ג עשין ע' משמע להדיא דאין כופין אותה למכור כלל בשום דבר כשחבלה באחרים:

דף יב:

דע כי למ"ד יאוש כדי קני בגניבה ובגזילה ה"נ קני במציאה אע"פ שבאת לידו מקמי דמייאש מרה לענין זה שמחזיר דמים וקנה החפץ ולמ"ד יאוש כדי לא קני בגזל ובגניבה ה"נ דלא קני במציאה היכא שבאה לידו מקמי דמיאש בעל האבידה הלכך כשנפרש דיני יאוש בגזילה נדעם גם במציאה:

בדין הגונב או הגוזל דבר מחבירו ולאחר שבאה לידו באיסור נתייאשו הבעלים ממנה איכא פלוגתא אי קני ליה הגנב והגזלן להההוא חפץ שגנב וגזל בהאי יאוש גרידא לענין שלא יצטרך להשיב רק דמי הגזלה ולא הגזלה גופה או לא המרדכי שם כתב בשם רבינו האי גאון דגזלן קנאה ביאוש בעלים ומותר לקנות ממנו מה שגזל והתוס' כתבו בשם ר"ת דביאוש גרידא קני הגזלן לכל מילי חוץ לענין קרבן או דבר מצוה שאם גנב או גזל לולב ונתייאשו הבעלים ממנו אינו יוצא בו משום דהוה ליה מצוה הבאה בעבירה וכן כל כיוצא בזה אבל לכל מילי יאוש כדי קני ואינו חייב להחזיר החפץ שגנב או גזל דהוי שלו כתקנת חכמים רק משלם דמיו והרא"ש כתב דמדרבנן יאוש כדי קני ואזלינן ביה לחומרא להחשיבו שלו ביאוש כדי דהיינו שאם קדש אשה באותו חפץ שגזל לאחר יאוש בעלים צריכה גט מספק דלכל הפחות יאוש כדי קני מדרבנן וכן לענין עורות של גנב שחשב עליו שמקבלין טומאה לחומרא וכשהחפץ הוא גנוב קני בודאי לחומרא להרא"ש אפילו לא ידענו בודאי שנתייאשו הבעלים דקי"ל סתם גניבה יאוש בעלים הוא כרבנן התם אבל לקולא לא אמרינן יאוש כדי קני אבל יאוש עם שינוי רשות או יאוש עם שינוי השם אפילו גרוע קונה גם מדאורייי' כי שנוי השם מעליא כדי כגון טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קנה מדאורייי' שאין צריך להחזיר רק דמים כך כתבו הרא"ש וטור חו"מ סימן שנג ומיי' פ"ק מהל' גניבה ופ"כ מהל' גזילה ואבידה כתב דיאוש כדי לא קני בין מדאורייתא בין מדרבנן וכל זמן שהגזילה או הגניבה בעין ביד הגנב או ביד הגזלן צריך שיחזירנה בעין שאין היאוש מועיל להקנות לגנב ולגזלן כדי שלא תחזיר הגניבה בעין אלא הדמים וכן כתב סמ"ג עשין סי' ע"א וע"ג וכן כתבו התוספות וא"ז ומהרי"ח דיאוש כדי לא קני אפילו מדרבנן לכל מילי ונראה דאף על גב דהרא"ש פסק כרבה דס"ל יאוש כדי קני היינו דוקא מדרבנן לחומרא אבל לא מדאורייתא מש"ה פסיק הכא הטור סי'

ש"נ כדברי מיי' דיאוש כדי לא קני ובסימן שנ"ב פסק דיאוש כדי קני דהא מדאורייתא והא מדרבנן:

כתב סמ"ג סימן ע"ד (אמר) אם דרך הנחה לא יגע בהן ואם נגע לא יחזיר פירוש לאותו מקום כדמסיק בירושלמי רבי אבא בר זביד אשכח חמרא מכוסה בחפיסה וכו' הלכך דבר שיש בו סימן מכריז ודבר שאין בו סימן זכה בו ויראה לי שיניח עד שיבא אליהו שהרי באיסור בא לידו וכן פירש"י בפרק המפקיד עכ"ל:

דף יג.

פשוט פרק הגוזל בתרא דסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים לפיכך המציל מן הגזלן או הקונה ממנו לא קנה עד שנדע בודאי שנתייאשו וכשנדע בודאי שנתייאשו הבעלים ואח"כ קנה מן הגזלן הרי אלו שלו וקנה הלוקח לגמרי שלא יתחייב אפילו להחזיר דמים לבעלים או דוקא קנה גוף הגזילה אבל חייב להחזיר דמים איכא פלוגתא כדלעיל. סתם גניבה הוי יאוש בעלים לפיכך הקונה מן הגנב קנה כמו שמביא התלמוד שם משנה דמס' כלים פכ"ו וכן פסק מיי' פכ"ד מהלכות כלים דסתם גניבה הוי יאוש בעלים לפיכך הקונה מן הגנב קנה שאינן יודעים מי גנבו וסתם גזילה לא הוי יאוש בעלים עד שנדע שנתיאשו וא"ת א"כ מה הן כל אלה החלוקים השייכים גבי גנב בין נתיאשו הדין כך ואם לא נתיאשו הדין כך הא לעולם יתיאשו הבעלים גבי גנבה וי"ל דכל אותם החלוקים שמחלקים גבי גנב בין נתיאשו בין לא נתיאשו מיירי כשידענו בודאי שלא נתיאשו הבעלים בשעה שנגנבה שאמרו בפי' אין אנו מתיאשים מהחפץ שנגנב ממנו דאז צריך שנדע אח"כ שנתיאש אבל לעולם בסתם כל גניבה הויא בחזקת יאוש בעלים ובלסטים היינו גזלן כמו שכתבנו לעיל בס"ד וכמו שכתב גם הטור והתוס' והר"ן גם שם גבי המכיר כליו מיהו אם הא דאמר בסתם גזילה לא הוי יאוש איכא פלוגתא אי הוי אפילו בגזלן ישראל או דוקא בלסטים כותים דרוב הפוסקים הסכימו דלסטים ישראל הוי כגנב דסתמיה הוי יאוש בעלים ובגנב נמי פליגי אי דוקא בגנב ישראל הוי כסתם יאוש בעלים או אפי בגנב כותי כדלעיל ומיהו כל החלוקים דשייכי בין גנב ולסטים לא הוו רק בסתם אבל בידוע שלא נתיאשו אין חילוק בין גנב לגזלן ולקמן במס' שבועות הארכתי בדינין אלו גבי מכיר כליו ביד אחר עש"ב. והמציל מן הלסטים ומן הגזלן אחר יאוש הרי אלו שלו ומיהו אי לגמרי הויא שלו או אם צריך לשלם הדמים כתבתי בפ' הגוזל ואם לא נתיאשו הבעלים בודאי בין שלקח מן הגנב או מן הגזלן לא קנה וצריך לשלם גוף החפץ שקנה ואי פליגי הלוקח והבעלים ביאוש הזה זה אומר נתיאשת והבעלים אומרים לא

נתיאשתי על זה הביא הטור חושן משפט סימן שס"ח תשובות רב שרירא גאון ז"ל שהשיב על הטענות כיוצא באלו שבאין בין הבעלים והלוקח וז"ל ראובן שנאבדו כליו או נגנבו או נטלוהו ליסטים ובאו ליד כותים וקנאם ישראל אחר ממנו בפחות משויו ובאו הבעלים ותבעום מיד זה שקנאום וא"ל הלוקח כבר נתיאשת מהם והשיב ראובן יש לי עדים שלא נתיאשתי וחפשתי אחר הכלים עד עתה ועוד כי מנהג אצלנו כל מי שיאבד ממנו ממון בין בגניבה בין בלסטים ויפול ביד ישראל אחר שיחזירנה ויטול מה שהוציא עליו ואתה בא לשטת המנהג ואם המחזיק טוען נתיאשת והתובע טוען לא נתיאשתי ואשבע שלא נתיאשתי ואין עדים בדבר במה יתברר שנתייאש תשובה אם הבעלים מרדפין אחרי הכלים שנאבדו לו ודאי לא נתיאשו וזה שקנאם צריך להחזירם ונ"ל דצריך להחזיר גוף החפץ מאחר שלא נתיאש ואם אמר בעל הכלים דבר שניכר מהם שנתיאש אין לחזור על הקונה לתובעו ונ"ל דהכי קאמר דכיון דאיכא יאוש קנה הלוקח לר"י לגמרי ולמיי' וסיעתו גוף הגזילה אבל מחזיר דמים ואם אינו ניכר ואינו נודע מדבריו שנתיאש ולא מרדף אחריהם ואומר לא נתיאשתי והקונה אומר נתייאשת אין סומכין לא על דברי זה ולא על דברי זה ואין כאן שבועה אלא ב"ד אומדין ופוסקין אותו הדבר אם ראוי ליאוש אם לא ואם רואין הדבר שראוי ליאוש מעמידים ביד הקונה ונ"ל דלר"י מעמידין ביד הלוקח ואינו מחזיר לבעלים כלום ולמיי' מעמידין ביד הקונה גוף החפץ אבל מחזיר דמיו לבעלים ואם רואין הדבר שאינו ראוי ליאוש מוציאין מהלוקח לפיכך אם נתברר הדבר שבעל הכלים היה מרדף אחריהם לא הוי יאוש וחייב הקונה להחזיר אף על פי שלקחו בפחות הרבה משוויין וכן אם הציל בלא כלום חייב להחזירם בחנם וכ"כ הרא"ש לעיל וטור חו"מ רל"ז מיהו היכא דלא נתיאשו הבעלים דאמר דצריך להחזיר נראה בעיני דהוי בפלוגתא השנוי גבי אנס לעיל דלרש"י צריך להחזיר בחנם ולר"ג והרא"ש נוטל הלוקח מה שההנהו כמו שכתבנו והלוקח מן הלסטים אם בא לצאת ידי שמים מחזיר לבעלים הראשונים ואם נתכוין לקדם לבעלים וליקח בזול הרי הדבר מסור ללב ומן השמים נפרעין ממנו מפני שלא היה לו לקנות דבר שידוע לו שהוא גזל ומה שכתבת שיש מנהג במקומכם שהקונה מהלסטים וגנבים מחזיר לבעלים ונוטל מה שהוציא אם ודאי כך הוא חייב כל אדם לבלתי שנות מנהג מקומכם דאמרינן מנלן דמנהג מילתא הוא שנאמר אל תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים וכ"ש בדבר שיש בו תקנה גדולה והסרת מריבות ואל תשנו עכ"ל ולקמן גבי (מסר) [מכיר] כליו ביד אחר הבאתי תשובה זו והארכתי בו עש"ב ואם נטלו מוכסים כסותו והחזירו לו כסות אחרת או שנטלו את חמורו והחזירו לו חמור אחר ה"ז שלו מפני שזו כמכירה היא ויש

כאן שינוי רשות וגם יש כאן נמי יאוש שחזקתן שנתייאשו הבעלים ממנה גם אין כאן איסור משום שנהנה מן הגזל דקי"ל דאסור ליהנות מן הגזל אף לאחר יאוש דזה אינו באותו כלל דאינו יודע בודאי שזו גזולה ומעתה צ"ע האי מוכס באיזה מוכס מיירי דודאי [לא] מיירי במוכס כותי דהא קי"ל דלא מייאש בסתם אלא במוכס ישראל מיירי דבסתם מתייאשים מגזילה ואע"פ שמלאכתו מלאכת גזלן אין לאסור לזה ליהנות מאותו כסות וחמור שנתן לו ולומר דאף על פי שאינו יודע בודאי שזה הכסות והחמור שנותן לו הוא מגזל מסתמא גזל הוי דאעפ"כ אינו נהנה מן הגזל כלל אלא בשלו הוא נהנה דהא בשכר לקחו מן המוכס ואין האיסור אלא ליהנות כמו שכתבתי לעיל גבי אין [פורטין] מעות מתיבת המוכסין וכן הדין בגזלנין שנטלו לו כסותו וחמורו והחזירו לו כסות וחמור דהוי שלו לגמרי לכ"ע אם הוא גזלן ישראל דמסתמא הבעלים מתיאשי הימנו ואין חילוק בין גזלן ומוכס בזה ונראה דהוי שלו לגמרי בין הכא ובין הכא לכ"ע דהא לא חשיב לוקח את הגזילה וקונה אותה לענין זה שיתחייב להחזיר דמיה לבעלים שכתבו מיי' וסיעתו כי שלו הוא נוטל ומציל מידם ואף על פי שהחמור והכסות שנותנין לו הגזלנין הוא מאיש אחר הא הוא אינו יודע מזה כלל ומדברי מיי' נראה שאם יודע שהוא של גזילה שאסור לו ליהנות ממנו כמו שכתב פ"ה מהלכות גזילה מיהו יש לפרש דבריו דמיירי דוקא שבשעה שהגזלנין נותנין לו החמור והכסות הוא יודע שהוא של גזילה דליכא כאן אלא יאוש בלבד אבל אם לא ידע בזה עד שהחמור והכסות ברשותו דאיכא כאן יאוש ושינוי רשות תו לא מיחייב להחזיר ולא נאסר לו ליהנות ממנו כדמשמע מדבריו בריש ההוא פירקא ועוד אומר אני דאין לחוש לאיסור הבא משום שנהנה מן הגזל דאין זה קרוי נהנה כל כך כיון דשכבר לקחו לו חמור וכסות שלו וזה שהחזירו לו הוא חלוף שלו כמו שכתבתי בסמוך ומהא דאמרינן דאם המוכס והגזלן החזיר כסות וחמור אחר לזה תחת שלו קודם יאוש בעלים דצריך להחזירו לבעלים הוכיח המרדכי ועשה מעשה על כובסת אחת בת כותית שהיתה רוחצת בגדים לכמה יהודים ואבדה סדין אחת מן היהודים האחרים ונתנה לו תמורת סדין שלו אשר אבדה וצוה להחזיר לו שהרי אותם היהודים האחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אבל ודאי אם הכובסת משכנה הסדין לאותו יהודי עשו תקנת השוק במשכנתא וצריך להחזיר לבעלים אשר קנאו עכ"ל ומכאן אתה יכול ללמוד גם גבי נחתום כותי או בעל אומנות אחר שעושה מלאכה לכמה יהודים ונתן יהודי אחד חפץ אחד מיהודי אחר שצריך להחזירו לבעלים בחנם אך לא ידעתי למה יהיב המרדכי טעמא ללא נתייאשו הבעלים מפני שהם מרדפים אחרי סדין שלהם הא בלאו האי טעמא נמי מסתמא לא אייאש ואולי כי י"ל דהא דקאמר ומחלק תלמודא

בין גזלן כותי וגזלן ישראל לענין יאוש בסתם היינו דוקא בימי התלמוד שהכותים היו דנין להוציא הגזילה מן הכותים באומד הדעת והלכך הנגזל לא היה מייאש והישראל לא היה מוציא הגזילה אלא בעדות ברור והלכך הנגזל הוא מייאש אבל בימי המרדכי אולי גם הכותים לא היו מוציאין רק על ידי עדות ברור כמו שנוהגים עתה בזמנינו והיו דין ישראל כדין כותים שוים בזה הלכך לולי שהיו הבעלים מרדפין אחריהם היינו אומרים דבסתם מייאש ומש"ה לא סגי ליה למרדכי דהכובסת (אי נמי) בלא טעם זה לפי שהבעלים מרדפין אחריהם הוי יאוש בסתם כי אולי לא היה לבעלים סימן בסדין ובכה"ג מיאש אפילו בגזלן כותי כמו שכתב מהר"ם שם בההוא פירקא וכן נראה בעיני לפי האמת והדין משתנה לפי הזמנים כמו שכתבנו גבי שואל מעות לכותי וכמו שכתב להדיא הרא"ש ז"ל פרק המניח גבי פועלים שנכנסו לתבוע שכרן מבעה"ב ומעתה איכא למשמע מהכא דהאידנא במלכות איטאלי"א שגם הכותים אין מוציאין מן הגזלן אלא בעדות ברורה כמו הישראל לעולם בין גזלן כותי בין גזלן ישראל בסתם הוי יאוש וכן דבר שאין בו סימן בסתם מתייאשים הבעלים ממנו בין שגזל כותי או ישראל כד"ן. ונחיל של דבורים שברח מן הבעלים המציל אותם מיד הגזלו צריך להחזירם לבעלים אם לא שמענו מהבעלים שנתיאשו ממנה בפירוש אבל בסתם לא הוי יאוש ואע"ג דגזילת נחיל של דבורים לא הוי אלא מדרבנן משום דרכי שלום מכל מקום לא אמרינן דלהוי יאוש בסתם וה"ה לכל גזל דרבנן:

כתב ריא"ז כל ספק הינוח שיש לספק שמא מדעת הונחו שם ודעת הבעלים לבא וליטלם או שמא דרך נפילה באו שם הואיל ואין בהם סימן לא יטול ואם נטל לא יחזיר על סימן המקום אלא יהיו מונחין בידו עד שיביא הבעל עדים שהוא הניחם שם כמבואר בקונטרס הראיות:

דף יד.

כתב סמ"ג אבל אם מראין הדברים שהמטמון חדש ואפילו נסתפק לו הדבר ה"ז לא יגע בהן שמא מונחין היו שם ואע"פ שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו לא יקנה כאן חצירו מפני שהוא דבר שאינו עשוי להמצא ועוד פי' מיי' הטעם מפני שזו תשובה כאבודה ממנו ומכל אדם וריב"ן פי' דהוי חצירו הבאה לאחר מכאן שהכלי היה טמון בימי האמורים ועדיין לא היה חצירו עד לאחר מכאן:

הטור בשם אביו כתב וכן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר כיון דמעלה לו שכר שכירות ליומיה ממכר הוא ואם היה צבי שבור נכנס לבית היו זוכין בו שניהם כי חצירן

היה קונה להם אבל אם קנה אחד מהם בו מציאה מגנב אין זה דבר הפקר ששייך בו חצירו קנה להם ואין החצר זוכה בה לפיכך היא של הקונה אותה מיד הגנב:

דף טו.

כתב סמ"ג בשם ר"י דסימנין מובהקין סומכין עליהם בכל מקום מן התורה שנאמר עד דרוש אחיך אותו וכי תעלה על דעתך שיתנו לו קודם וכו' וההיא דלעיל שאומר דאפילו בסימן מובהק לא יתן לרמאי אסמכתא היא לתקנתא דלעיל שהתקינו משרבו הרמאים והמדה או סימנין או משקל או מקום אבידה סימנין מובהקין כן ויראה לי הלכה כרב אשי דמספקא ליה בפ"ק מה שמחזירין אבידה בסימנין שאין מובהקים אם הוא מה"ת או דרבנן וכו' עכ"ל. עש"ב:

כתב ריא"ז

ונראה בעיני שאם אמר אחד לחבירו או תשבע אתה שהיא שלך או אשבע אני שהיא שלי שומעין לו וכן אם נאותו לחלקה ביניהם שומעין להם וכן אם הודה אחד מהן שומעין לו:

כתב ריא"ז

נסתפקו חכמי התלמוד על מה שמחזירין אבידה ע"י סימן אם הוא מדין תורה או מתקנת חכמים ואין לומדין ממנה אצל איסורין חמורין שבתורה שלא תקנו חכמים אלא בממון לפיכך גט אשה שנמצא והשליח או האשה תובעים אותו ע"י סימן אין נותנין אותו להם אלא ע"י סימן מובהק כמו שיאמרו נקב יש בצד אות פלונית שהוא דבר ברור:

דף טו:

התוס' וסמ"ג עשין ע"ד והרא"ש והטור חו"מ סימן רסז פוסקין כרבה דאמר דהוה שומר חנם דאע"פ דקי"ל דעוסק במצוה פטור מן המצוה בשביל דבר מועט כזה לא חשיב שומר שכר דלא שכית שיזדמן לו עני באותה שעה שהוא עוסק באבידה הלכך הוי ש"ח עליה ואינו חייב אלא בפשיעה ופטור מגניבה ואבידה ואם מכר האבידה חייב בגניבה ואבידה אבל לא באונסין הלכך הוי ש"ח עליה ואינו חייב אלא בפשיעה ופטור מגניבה ואבידה וכל אחד מהני מביא ראיות לדבריו וה"ג ור"ת ומיי' פסקו כרבינו:

דף יז.

הא דתנן במתניתין בפירקין היה בטל מסלע לא יאמר תן לי סלע אלא נותן לו שכרו וכו' הוא דומיא להא דתק פ' הגוזל בתרא שטף נהר חמורו וכו' זה בא בחביתו וזה בא בכדו ויש שם מקום עיון על מיי' כדלקמן ונראם דכשמתנה בפני ב"ד אינו צריך שיהיה התנאי עם בעל הדבר דהשתא כשמתנ' עמו לבדו מועיל שלא יוכל לומר משטה הייתי בך כיון דהוא מפסיד את שלו מתנה עמו בפני ב"ד מבעיא אלא ודאי כשמתנה בפני ב"ד מועיל אפילו לא התנה עם חבירו ולקמן יתבאר עוד בס"ד וקצת תימה בעיני על סמ"ג עשין ע"ד שכתב או שהתנה עמו בפני ב"ד דמשמע דגם בפני ב"ד צריך שיהיה תנאי עם הבעלים וצ"ע דברי סמ"ג שזכרנו לפי דעתי הם טעות סופר דהא שם באותו סימן בסמוך גבי שטף נהר חמורו כ' וז"ל ואם התנה בפני ב"ד או שאמר ליה אציל את שלך וכו' אלמא דס"ל דכשמתנה בפני ב"ד א"צ להתנות עם הבעלים עצמן ובגירסת הספרים של רבינו כתב או שהתנה עמו בפני בית דין וצ"ע:

כתב ריא"ז

הניח אבידתו כדי להציל אבידת חבירו שדמיה יקרין יותר אין לו אלא שכרו כשאר הפועלים הואיל והציל סתם בלי שום תנאי:

דף יח.

כתב מיי' וכן אם הי' אביו ת"ח אע"פ שאינו שקול כנגד רבו משיב אבדתו ואח"כ משיב אבדת רבו והטור יו"ד רמ"ג הביא דבריו והשיגו וז"ל וא"א הרא"ש ז"ל כתב דלענין לפדותו ולפרק משאו אביו אם הוא חכם קודם אפילו אינו שקול כרבו אבל לענין השבת אבדתו אינו קודם אא"כ הוא שקול כרבו עכ"ל והגהות מיי' שם כתבו שהוא טעות סופר והכריחו זה מההיא שכתב רבינו בפ"י מהלכות גזילה ואבידה דאל"כ תקשי דידיה אדידיה ואולם לטור דלא משוה ליה טעות צ"ע לתרץ קושיא זו על דברי רבינו משה דידיה אדידיה ובפירוש המשניות משמע דדעת רבינו הוא כמו שכתב כאן בהל' ת"ת שפי' שם וז"ל דע כי אפי לא יפרש לו זולתי דבר אחד מן המשנה נקרא רבו אבל אינו מחוייב לכבדו להקדימו יותר מאביו כמו שנזכר באבידה ובשביה ולפרוק אלא אם כן היה רבו מובהק הרי דהשוה אבידה לשביה ולפרק דבכולהו אינו מקדים רבו אא"כ הוא מובהק ולפ"ז יהיה כאן ג' חלוקים אביו ורבו שאינו מובהק ואין האב ת"ח רבו קודם. אביו ת"ח ורבו שאינו מובהק אביו קודם. אביו ת"ח ורבו מובהק רבו קודם ולפי זה אפשר לתרץ דברי רבינו שבכאן בהלכות ת"ת עם אותם שבהלכות גזילה ולומר דהא

דכתב כאן וכן אם היה אביו ת"ת וכו' ה"פ אביו ת"ח ורבו שאינו מובהק לגבי דידיה שהוא חייב להשיב אבידה תרוייהו שוין ואע"פ דלגבי דידהו אינם שוים בחכמה וכגון שיהיה הרב יותר גדול בתכמה מאביו אין לנו קפידא בכך אינו תלוי אלא לראות לגבי מי חייב המשיב להקדים ההשבה הלכך כיון ששניהם שוים לגבי דידיה דמתרוייהו גמר דבר אחד דהא אביו נמי ת"ח וא"א שלא למד ממנו דבר אחד ויש עוד חיוב אחר על המשיב לגבי אביו דחייב נמי בכבוד אביו דנמצא דלגבי אביו יש עליו תרתי חדא שהוא אביו ותדא שהוא רבו שאין מובהק חייב להקדים אביו לרבו שאינו מובהק ובא מיי' להודיענו דאין הדבר תלוי ברוב חכמה דאפילו אין שניהם שוין בחכמה ואילו לא היה בכאן חיוב כבוד אב אלא שהיו שניהם ת"ח בעלמא אפשר שהיה חייב להקדים את מי מהם שהיה חכם יותר אבל השתא דיש כאן חיוב כבוד אביו מההיא חכמה יתירה שיש ברבו שאינו מובהק כגון ששניהם רבותיו שאינן מובהקין הם והשתא א"ש שכתב מיי' שאם האב ת"ח שקודם לרבו אע"פ שהרב ת"ח יותר מאביו וההיא דכתב בפרק י"ב מהלכות גזילה וז"ל אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת על כרחך לאו למימרא שיהיו שניהם שקולים בחכמה כדי שתקשי דידיה אדידיה אלא לומר שאם היה אביו שקול כנגד רבו לגבי דידיה דמשיב דהיינו שיהיה אביו ג"כ תלמיד חכם דאז הויא גם אביו רבו שאינו מובהק של אביו קודמת דלגבי דידיה לענין למוד החכמה שקולים הם ואם לאו כגון שאין האב תלמיד חכם או אפילו תלמיד חכם אלא שלא למד מאביו כלום דהשתא לגבי דידיה אינן שקולים רבו קודם ומשום שכשהוא ת"ח והוא אביו יש כאן ב' חיובים אחד משום שהוא אביו ואחד משום שהוא ת"ח ולגבי רבו אין כאן אלא חיוב אחד אלא שהוא רבו שאפשר שיהיה רבו ולא יהיה ת"ח בענין שיהיה רוב חכמתו ממנו לאלומי חיוביה דהשתא איכא תרתי חדא שהוא רבו ועוד שרוב חכמתו ממנו דחמיר לגבי דידיה כבודו כיון שהוא רבו מובהק תדע דהכי הוא דהא בהל' ת"ת כתב מיי' וכן אם היה אביו ת"ח ובהלכות גזילה לא הזכיר כלום שיהיה אביו ת"ח אלא כתב סתם אם היה אביו שקול כנגד רבו וכן נראה מההיא דכתב רבינו סוף פ"ח מהלכות מתנות עניים גבי פדיון שבוים דלעולם אזלינן בתר מי שעל העושה מצוה מחוייב בו טפי להקדימו שכתב שם דרבו ואביו ת"ח קודמין לכל אדם אפילו שהן גדולים בחכמה וזה משום דלגבי גדולים בחכמה ליכא עליה אלא החיוב שהוא תלמיד חכם וגבי רבו יש עליו תרתי תדא שהוא תלמיד חכם וגם הוא רבו וכן לגבי אביו יש עליו שהוא אביו וגם שהוא תלמיד חכם:

דף יח:

ואע"ג דדין תשלומי כפל וד' וה' אין נוהגין בזמן הזה כי הם דיני קנסות מ"מ נפקא מיניה בזמן הזה אם תפס וכתב הטור חו"מ סימן שמח וז"ל שאלה לגאון מי שנחשד בגניבה ואין עליו עדים ויש עליו עדי' על גניבה אחרת קודם לכן מה הדין יש עליו תשובה כך ראינו שאין עליו לא דין ולא מלקות שלא ציותה תורה מלקות אלא בב' עדים אלא גוזרין עליו הגזירה בס"ת ובשופרות וכן הלכתא עכ"ל מכאן משמע דהיכא שיש רגלים לדבר באחד שגנב או גזל מחבירו כותבין לו פתקא דלטותא בכה"ג דאיכא רגלים לדבר יהבינן ואף על גב דבמרדכי פ"ק דב"מ איכא פלוגתא אי מצי להשביע חבירו כשתושדו שגזל אי לאו מ"מ מצי להחרים סתם:

ור"י פסק דהמע"ה והנפקד חשיב כמוציא ולזה הסכים הרא"ש כתב הרמב"ם אפילו היה הדבר הנפקד או השאול או השכור שוה פרוטה הרי השומר נשבע עליו ואין אחד מן השומרים צריך הודאה במקצת והריב"ן כתב דצריכין כפירת ב' כסף וכ"ד הרא"ש:

דף יט.

מיי' פ"ד מהל' גניבה כתב דהטוען טענת גנב בפקדון דחייב כפל אחר שנשבע ודוקא שנשבע קודם ששלח בו יד והשיגו הראב"ד ז"ל והרא"ש והטור חו"מ שוב פסקו דאע"פ ששלח בו יד קודם שנשבע חייב בכפל:

מיי' פי"ג מהל' מכירה כתב דב"ד שמכרו קרקע או מטלטלין של יתומים וטעו בפחות משתו' הוי מחילה בהדיוט שתות בטל המקח ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו האונאה מחזירין ועוד כ' שם נ"ל שב"ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים אין הלוקח יכול לחזור בהן ודבריו קשו אהדדי שמתחלה כתב דב"ד שמכרו קרקע וטעו בשתות בטל המקח ואח"כ כתב שנראה לו שאפילו מכרו שוה מנה במאתים המכר קיים ועוד קשה מדבריו שבהלכות מכירה לדבריו שבפי"ב מהל' מלוה ולוה שכתב שם דב"ד ששמו קרקע לבע"ח וטעו שמכרו בין שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה מכרן קיים ואם מכרו עבדים ושמו אותן לבע"ח וטעו בשתות בטל המקח והכא כתב שבקרקע טעו בשתות המכר בטל ובעבדים כתב שהמכר קיים הפך ממה שכתב שם ואפילו אם נתרץ הקושיא ראשונה שהקשינו מדבריו לדבריו שבהל' מכירה ע"ד שכתב מגיד משנה שם שאומר דדעת מיי' הוא דלעולם מייפין כח היתומים והלכך כשטעו בנזק היתומים המכר בטל והדין נותן לחזור וע"ד זה נפרש דבבא ראשונה מיירי בטעו בנזק היתומים וה"ק ב"ד שמכרו קרקע או מטלטלים של יתומים בפתות משתות

מכדי שויין הוי מחילה דדינן כהדיוט ואם מכרום בשתות פתות מכדי שויין בטל המקח אע"פ שהוא קרקע דאין מן הראוי להונות היתומים דכח היתומים יפה בזה ועוד יפה כחם שאם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו הלקוחות את האונאה ליתומים הדין עמם וה"נ שמיע ליה לטוח"מ סימן ק"ט דברי מיי' להדיא דהאי ויחזירו האונאה דקאמר מיי' קאי אלקוחו' שהיתומים הוו הם בעלי הנזק באונאה זו והלכך כיון שבמכר הזה היה נזק ליתומים הדין נותן שיחזור אבל אם היה במכר נזק ללקוחות ותועלת ליתומים אז הדין נותן שיהיו היתומים כשאר מוכרים דעלמא והלכך כתב מיי' שנראה לו שאם מכרו קרקעות או עבדים שאין להם אונאה ומכרו שוה מנה במאתים המכר קיים כשאר איניש דעלמא וע"ד זו נסתלקה קושיא ראשונה הגם שלפי פי' שעשה הר"ן פ' אלמנה ניזונית על דברי מיי' אלו דף תקנ"ז לא נסתלקה האי קושיא מעל מיי' כלל ועיקר דאיהו ס"ל דבבא ראשונה דקאמר מיי' אם טעו שתות מכרן בטל ר"ל אם טעו בתועלת היתומים שמכרו הקרקע טפי שתות משויו מכרן בטל שכתב הר"ן וז"ל וכתב הרמב"ם בפרק הנזכר שבית דין שמכרו ביוקר לתועלת היתומים אם רצו היתומים שלא לבטל המכר ויחזירו מחזירין אלמא דסבירא ליה להר"ן דהאי דטעו שתות בטל המקח דקאמר מיי' ר"ל שטעו שמכרו הקרקע טפי שתות משויו בטל המקח וא"כ היאך כתב בתר הכי שנ"ל שאפילו מכרו הקרקע שוה מנה במאתים שהמכר קיים ואולם הטור לא שמיע ליה דברי מיי' הכי אלא כמו שכתבנו בראשונה והכי מוכח מלשונו דמיי' כולו זולת מלת ויחזירו דנקט שהיא זרה לפירוש הטור ויהי מה נניח שקושיא ראשונה מתורצת קושיא שניה נמי נתרצה על דעת הרמב"ן שהביא שם המגיד משנה ונניח שלדברי הרמב"ן יש ליישב דברי מיי' מ"מ צריך עיון היאך ליישבם לדברי הרא"ש פ' אלמנה ניזונית ולדברי הטור חו"מ סימן קט דלדידהו כל דברי מיי' שבפרק יג מהל' מכירה מיירי בב"ד שמכרו בשומא לפרוע הבע"ח וא"כ קשו דבריו טובא דהכא בהל' מכירה כתב דב"ד ששמו קרקע ועבדים ומכרוהו בראוי להם למוכרם וטעו אם הטעות הוא בשתות והוא לנזק היתומים המכר בטל ואם הטעות הוא לתועלת היתומים המכר קיים בעבדים וקרקעות ואילו בפרק י"ב מהלכות מלוה ולוה כתב דב"ד ששמו קרקע ומכרוהו בהכרזה וטעו בין שהטעות הוא לתועלת היתומים בין שהוא לנזק היתומים המכר קיים ואם מכרו עבדים וטעו אפילו בשתות המכר בטל בין פחתו בין הותירו ההיפך ממה שכתב בהלכות מכירה דבהלכות מכירה מחלק בין היכא שהטעות הוא לנזק היתומים ובין היכא שהטעות לתועלתם וכאן אינו מחלק בהלכות מלוה ולוה כלל:

כשכותבין ב"ד שער השומא לאלמנה להחזיקה בנכסי בעלה צריכין לכתוב הכרנו

הנכסים הללו שהם נכסי בעלה ואם לא כתבו כן הרי שומתן בטלה חוששין שמא טעו ב"ד ושמו שאר נכסי היתומים לאלמנה ואין להם לתת לה אלא נכסי בעלה לפיכך אין לאלמנה לאכול פירות אותו קרקע אע"פ שהכריזו ב"ד עליו ושלמו ימי ההכרזה הואיל ונכתב שער השומא בטעות כל מעשיהם בטלים וזה מבואר בכתובות בסוף פרק האשה:

דף יט:

דין שומר בהמה שמרה לשומר אחר שאינו בנו ותלמידו או מי שדרכו להפקידו אצלו ויצאת והזיקה מיי' פ"ד מהלכות נ"מ כתב דהראשון חייב לשלם לניזק שאמר לו הניזק למה לא שמרת אתה ומסרת לאחר שלם לי אתה ותעשה אתה דין עם השני והראב"ד ז"ל השיג עליו וכתב שהניזק יכול לעשות דין עם השני או עם איזה שירצה והאריך בזה והטור חו"מ סימן שצ"ו הביא דברי הראב"ד ולא השיג עליהם כאילו מסכים לדבריו:

ופשוט פרק הגוזל בתרא מההיא דגזל ולא נתייאשו הבעלים ועוד ראובן שהפקיד גבי שמעון והלך שמעון והפקיד גבי לוי וכן לוי ליהודה הרי ראובן בעל הפקדון יכול להזמין לדין הנפקד השני ואם שלישים או רביעים דין אחד להם וכן הדין גבי שואל ולא מצי הנפקד השני למימר לאו בעל דברים דידי את דכל שלא נקנה הממון לזה שהוא בידו כגון נפקד ושואל שאין ממון המפקיד קנוי בידם הרי בכל מקום שהוא ברשות בעלים קאי והלכך גבי שואל אם היה השומר הראשון עם השני במלאכתו לא נפטר בכך השואל השני מלשלם אם מתה הבהמה דאין זה קרוי שאלה בבעלים דאין נקראין בעלים אלא מי שהתשלומין שייכין לו והאריך בזה המרדכי שם:

ופשוט פרק הכונס דהשומר שקבל עליו (שלא) לשמור ונאבד החפץ שקבל שמירתו אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו שאם נתן לו לשמור דינר זהב ואמר ליה הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב אלא בשל כסף שיאמר לו לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף ואע"פ ששם בתלמוד אומר מסר לאשה דינר של זהב וכו' אומר הנ"י בשם הרא"ה דלאו דוקא אשה נקנו דה"ה לאיש וכ"כ הטור חו"מ סימן רצ"א דין זה בסתם ל"ש איש ולא שנא אשה ודוקא שנאבד בפשיעה אבל אם אבדו בידים משלם כל הזהב דלא היה לו להזיקו וכיון דאינו חייב לשלם רק שמירת החפץ שקבל עליו לשמור פסק הגהת מרדכי שם פרק הכונס על מעשה באחד ששאל משמעון סייף שהיה לו במשכון ואבדו והיה שואל לו דבר גדול כמו ששאל ממנו העובד כוכבים והשיב נ"ל דלא ישלם אלא שויו דסתם סייף דעלמא לפי דנטירותא דסתם סייף קבל עילויה אבל נטירותא של סייף יקר לא קבל עילויה והאריך בראיה ולפי זה אם הודיעו שהסייף

היה יקר צריך לשלם לו כפי מה שהודיעו וה"ה לכל כיוצא בזה שמשאיל לחבירו דבר ונאבד ואח"כ שואל ממנו גבוהות דאינו חייב לשלם לו אלא כפי שויו דסתם אותו הדבר ואפילו הזיקו בידים והפסידו נראה לי דלא מיחייב כפי מה ששואל העובד כוכבים דאע"ג דהאומר הזהר בו של כסף הוא והיה של זהב צריך לשלם לו של זהב היינו דוקא גבי שומר דרגילות הוא לומר של כסף אפילו הוא של זהב כדי שישמרנו כמו שכתב המרדכי שם אבל במידי דאין רגילות אינו חייב אלא בסתם אותו הדבר דלא ה"ל לאסוקי אדעתא שהיה יקר כ"כ דאין רגילות להיות סייף יקר כל כך דומיא דשורף גדיש שיש בו ארנקי דפטור על הארנקי דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שהיה בו ארנקי או מאן דבטש בכוסיפתא דחבריה לימא דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה שהיו בה מרגליות דאין דרך לתת מרגליות בכוסיפתא:

ופשוט פרק החובל דהנותן לחבירו מידי לשמור או שהשאילו או שהפקיד אצלו שבתחלה בא לידו בתורת שמירה או השאלה או הפקדון אע"פ שא"ל אח"כ דבר כגון שאינו חושש באבידה וכיוצא בזה והלך זה ואבדה אפ"ה חייב כי אין המעשה משתנה בחלוף הדברים ולא מחל לו על חיוב שמירתם באמירה זו מיהו אם אמר לו בפירוש הריני מוחל לך על שמירתן ואתה פטור אם תאבדה אז ודאי הוא פטור והלכך המפקיד מעות אצל חבירו ואחר כך אמר לו לך התעסק בהם לא נפטר בשביל כך מהחיוב שהיה לו עליהם בשעת הפקדון כיון דמתחלה בתורת פקדון באו לידו מיהו אם אמר לו בפירוש לך התעסק בהן והרי אתה פטור מחיוב שהיה לך עליהן בשמירתן עד שהיו מופקדים אצלך אז ודאי פטור אבל בענין אחר אכתי חיוב שמירתן עלי וכן משמע שם במרדכי להדיא:

דף כ:

בדין נפקד שאינו אמוד שבאו עליו אנסים ולקח הפקדון שהופקד אתו ונתן לאנסים להציל עצמו דאמר דפטור דאיתא בפ' הגוזל בתרא איכא פלוגתא מיי' פ"ה מהל' שאלה ופקדון פסק שהוא פטור ולא חלק בין אם היה הפקדון במקום שיד האנסים שולטת בו או אם היו מחפשים אחריו מבלי שיראהו להם הנפקד דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס בין לא היה יד האנסים שולטת בו מבלי הראותו ופירש שם מ"מ טעם מיי' דכיון שהממון הוא ברשות זה הנפקד ומחמת פקדון זה באו עליו גנבים ושודדי לילה אינו בדין שיתחייב זה משלו כלום כיון שלא נאבד הפקדון מחמת פשיעתו וזה ש"ח שאינו חייב אלא בפשיעה והלכך פטור ובשם הרשב"א כתב המ"מ שם דכשאמרו פטור הנפקד דווקא שהוא במקום שיד הגנבים שולטת בו שאם יחפשו ימצאוהו הא לאו הכי ודאי

דלא גרע מאנס שאנסו להביא ממון והביא שהוא חייב כל זמן שאין יד האנס שולטת בו עכ"ל וכל פלוגתייהו הוי לפי סברתם דאזלי בשיטת הרי"ף ז"ל דאנסוהו לישא וליתן ביד חייב לשלם דאילו למ"ד אנסוהו לישא וליתן ביד פטור אין חילוק בין ידו דאנס מגעת שם בין אין ידו דאנס מגעת שם אפי' במקום שאין הממון פקדון בכל ענין פטור דאין להקשות עלייהו מההיא דאמר לאנס הושיט לי פקיע של עמיר והושיט דחייב דאוקימנא דקאי בתרי עברי נהרא ולא מצי למשקל איהו מעצמו ודילמא כל שאינו יכול האנס ליטול מעצמו חייב הנושא והנותן ע"י אונס דזה אינו קושיא דאינהו מפרשי ליה להההוא דפקיע עמיר דמיירי בלא אונס כמו שכתב הנ"י שם בשם בעל העיטור שהשיב על הרי"ף דההיא דפקיע עמיר מיירי דליכא אונסא דכיון דקאי בתרי עברי נהרא מצי אשתמוטי מיניה דאילו היה שם אונס פשיטא שהיה פטור זה שהושיט לאנס אע"פ שיד האנס אינה שולטת שם דבכל ענין הם פוטרים ודעת הרא"ש ז"ל נראה דבכל ענין פטור הנפקד דלא חלק בין יכול האנס ליטול מעצמו או לא והרשב"א שהביא המ"מ פ"ה מהלכות פקדון ופ"ח מהלכות חובל ומזיק ודאי דס"ל כדברי הרי"ף מיהו אע"ג דפליגי הרי"ף וסייעתו עם ר"ח ובעל העיטור ז"ל וסייעתם וגם הרא"ש בנושא ונותן ע"י אונס בממון ידוע אם אין ידו שולטת שם כמו שכתבנו נראה דדוקא בשאר ממון שאינו פקדון אצלו הוא דפליגי אבל בממון שהוא פקדון נראה דלכולהו חוץ מהרשב"א ס"ל דפטור הנאנס דהא כולהו כתבו בסתם שהוא פטור וקצתם נתנו טעם לדבר משום דאדעתא דהכי קביל עליה שמירה זו שאם יבאו עליו שודדים שיתנו לו אם יבואו אדעתא דההוא פקדון ויפטר וכן כתבו התוס' ונ"ל דס"ל למיי' דגבי פקדון אפילו בלא אונס מיתה פטור הנושא ונותן לעובד כוכבים בידו כשהוא שומר חנם דאינו מתחייב באונסין אע"ג דבעלמא חייב אם לא היה שם אונס מיתה ואפשר דשאר הפוסקים לא פליגי על זה אע"ג דמשמע מפלוגתא דרבינו חננאל והרי"ף ז"ל דמוקי להההוא עובדא דכסא דפרק הגוזל בתרא דמיירי באונס נפשות וזה יפטר בשומר חנם אפילו באונס ממון דאפשר דלכולי עלמא דשומר חנם פטור מאונסים פטור אפילו לא היה שם רק אונס ממון:

דף כא:

וכתב הרא"ש ואם יש לו ב' או ג' קרובים הראוים לירש יחלוקו הנכסים ביניהם ואם מקצתם עובדי אדמה ומקצתן אין עובדין אלא עובדין שלהם ע"י אחרים יורידו העובד אדמה בא השבוי אח"כ שמין לזה שהורידו כאריס ופרש"י שמחשבין עמו בכל שנה ונוטל אריסותו וחלק הבעלים יהא מונח עד שנדע מה אירע בהם ומיי' כתב שכל זמן

שלא באו הבעלים יטול הכל ולכשיבואו הבעלים מחשבי' כמה הוציא וכמה אכל ויטול כאריס בין פירות בין שבח ור"י פי' דנוטל כל הפירות ובשבח דוקא הוא שמחשבים ונוטל בהם כאריס ולזה הסכים הרא"ש ולכאורה נראה שאין חילוק בין שמעו בו שמת ללא שמעו בו שמת אבל הרא"ש כתב דוקא שלא שמעו בו שמת נוטל כאריס אבל שמעו בו שמת קודם שהורידוהו ואח"כ בא אין לו בשבח כלל אלא מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל:

וכתב הטור אבל היוצא לדעת אין מורידין קרוב לנכסיו דכיון שהיה לו פנאי לצוות ולא צוה שמא אינו רוצה שיורידו קרוב לנכסיו וכתב מיי' ואם ירד מסלקים אותו וכיצד דין נכסים מטלטלי יעמדו ביד מי שהן בידו עד שיבא ויתבע או עד שימות ויתבעו היורשין. ומקרקעי מי שהניחו שכן בהם אין לוקחין ממנו שכר. ושדה או כרם שהניחם בורים ישארו בורים שהרי ברצונו הוא מאבד ממונו ואבדה לדעת אין אנו מצווין להחזירה. שמעו בו שמת בית דין מוציאין המטלטלין ומניחין אותה ביד נאמן ומורידין הקרוב לשדות ולכרמים ויהיה בהן כאריס עד שיביא ראיה ברורה שמת או עד שיבא ע"כ וכ"כ הרא"ש לכשישמעו בו שמת מורידין קרוב לנכסיו:

וכתב מיי' וה"ה נמי בחצירות ובפונדקאות וחנויות העומדין להשכיר ואינם צריכין לא טורח ולא עבודה ואין דרך ליתן אותם באריסות אין מורידין בהם יורש שמא יגבה השכר ויאכל אלא ב"ד מעמידין להם גבאי ויהיה השכר מונח ביד ב"ד עד שיביאו ראיה שמת או שיבא ויטול את שלו שאין מורידין קרוב אלא לשדות וכרמים ופרדסים שצריכין עבודה:

דף כב.

פי' דבר זה אינו מצוי שלא ימצאו מי שיעשה זה שאדם מתרצה להיות אפוטרופוס בשביל היתומי' משום מצוה אבל לגדולים לא יעשה לפיכך אין ב"ד מצווין לבקש על זה כי לא ימצאו ומיהו היה אומר הרא"ש ז"ל אפילו אם יתרצה אחד להיות אפוטרופוס כיון שאינו מצוי ואין לב"ד לבקש עליו אפילו כשימצא יכול היורש למחות שלא למנותו:

כתב הטור ואין חילוק בזה בין בתים לשדות ואפילו עשו ביניהם חלוקה בשטר שיש בו קול חשו חכמים שמא לאורך הזמן ישתכח הדבר ויבא להחזיק בהם ועי' בטור תשובת הרא"ש ז"ל על סבתא ותרתין בנתא דאישתביין ונפקו מכלל ישראל ואינסיבו לעובדי כוכבים מה יעשה בממונן:

אין מחזיקין בנכסי קטן חרש ושוטה דינן כקטן וכן חזקתן בנכסי אחרים אינה חזקה וכ"כ מיי' חש"ו אין אכילתן ראיה מפני שאין להם תקנה כדי שתעמוד הקרקע בידם

וכן המחזיק בנכסיה' אין אכילתו ראיה ע"כ. והרמב"ן כתב שקטן יש לו חזקה דאיהו נמי לאו בר איזהורי בשטרו טפי משלש שנים והיה לו לבעלים למחות ומסתבר לטור כדברי מיי' שלא חשש למחות כיון שאין מעשה קטן כלום והיכא שירד לנכסי קטן והיה בידי המחזיק שני חזקה לאחר שהגדיל כתב הר' יהודה ברצלוני בהא איכא פלוגתא דרבוותא איכא מאן דאמר דהוי חזקה ואיכא מ"ד דלא הוי חזקה ומיי' כתב דהוי חזקה שכתב אכלה שתי שנים קודם שהגדיל ושנה אחר שהגדיל אינה חזקה עד שיאכל שלש שנים רצופים אחר כך והרא"ש כתב שאינה חזקה דכיון שירד לתוכה כשהיה קטן לא ידע שהיה של אביו שימחה ורב האי חולק בדבר בתשובה וכתב אם החזיק בנכסי קטן אפי' החזיק בה כמה שנים אתרי שהגדיל אינה חזקה והוא שבא המחזיק מכח טענתו הראשונה שהחזיק עליו כשהוא קטן וטוען לו שמחל לו בשתיקתו אבל היכא שיכול לומר לו ולישבע חזרתי ולקחתי ממך אחר שגדלת והחזקתי אח"כ שני חזקה הרי זו חזקה וישבע שעשה כך אי נמי אם החזיק האב בפני הקטן אחר שגדל ומת. בנו יכול לטעון דחזר אביו וקנאה מאותו הקטן לאחר שגדל וזהו בכלל טוענין ליורש אבל אינו יכול לבא מחמת זאת הטענה כגון שידוע לכל שמחמת טענה ראשונה הוא בא אי נמי שניהם בחיים המחזיק והקטן שגדל אחר כך וזה טוענו קטן הייתי כשבא קרקע זה לרשותך וזה טוענו אתה ידעת ומחלת ואינו טוען חזרתי ולקחתי ממך לאחר שגדלת ואינו יכול לישבע בכך ובהא אמרינן אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל ע"כ:

דף כב:

כתב מיי' הפקיד אצל חבירו פירות שאינם מדודים ולא מדדן ועירבן עם פירותיו הרי זה פשע ואם אמר המפקיד כך וכך היו והנפקד אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע וישלם וכתב הטור וכזה הורו רבותי ה"ר יוסף הלוי ז"ל ורבו וכ"כ הרא"ש והוסיף לבאר וז"ל האומר כך וכך פירות הפקדתי אצלך והלה אומר פירות הפקדת אצלי ואיני יודע כמה היו אם לפי טענת המפקיד היו שוים ב' כסף ופרוטה והנפקד אומר יודע אני שהיו שוים פרוטה ואיני יודע כמה הם שוים יותר יש כאן חיוב שבועה אבל אם אמר פירות סתם ולא הודה בשוה פרוטה אין בהודאתו משמעות של שוה פרוטה שאף בפחות משוה פרוטה קרויין פירות עכ"ל לא עירב הפירות עם פירותיו והן חסרין והולכין אם חסרו יותר מכדי חסרונן שראויין להתחסר לשנה לכ"ע מוכרן לא חסרו אלא כדי חסרונן

שראויין להתחסר לשנה ועדיין לא נשלם השנה לדעת רב אלפס לא ימכרם וכן כתב מיי' והרא"ש כתב כיון שחסרו כדי חסרונן לשנה קודם שנשלם השנה יכול למוכרם:

דף כג.

ואם טלטלה לצורך מקומה כתב ה"ר מאיר הלוי שלא נעשה גזלן אלא עדיין שומר הוא וחייב בפשיעה ופטור באונסין ודוקא שלא אירע האונס מחמת שינוי מקום אבל אם אירע האונס מחמת שינוי מקום ששינה מקום שיחדו לה הבעלים חייב אפילו שהניחה דתחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא ואם לא יחדו לה מקום אע"פ שאירע האונס מחמת שינוי מקום כיון שלא פשע מעיקרא פטור כשנאנס משהניח ומדברי הרמב"ן שהביא הנ"י סוף פרק הגוזל בתרא משמע דאם גנב מעדר או ממקום זה צריך שיחזיר לאותו מקום עצמו ואז נפטר כשלא ידעו הבעלים בגניבתו ולדעתי כי הוא דוחק כי לא אמר הרמב"ן ז"ל כל זה אלא כדי לתרץ קושיא שהקשו על הרי"ף ז"ל ולדעתי כי אין אנו צריכין לזה כי מה שהקשו על הרי"ף שמתחלה פסק כר' יוחנן דבדברים שאינן ב"ח שלא לדעת אינן צריכין דעת ואח"כ פסק כר"ע דאמר דשומר שגנב סלע מכיס פקדון אצלו דצריך דעת בעלים בהשבה דאלמא שלא לדעת צריך דעת ודחק הרמב"ן לעשות חילוק ליישב דברי הרי"ף ואני בעניותי לא ראיתי בזו קושיא כי לדעתי האי שומר כיס של פקדון במקום בעלים קאי כדמוכח להדיא מדברי ר"ע דאי לאו שכלתה שמירתו היינו אומרים דבמקום הבעלים עומד והיתה חזרה מעליא הלכך כיון דבמקום בעלים עומד כשגנב השומר סלע מהכיס שהפקידו אצלו חשיב גונב לדעת בעלים דאיהו גופיה הוי בעלים ומש"ה צריך דעת בחזרה או מנין כמו שאמר ר' יוחנן דלדעת צריך דעת וכיון שכלתה שמירתו ואינו במקום בעלים נמצא דבחזרה אין כאן דעת ומש"ה לא יצא אפילו בגונב סלע ונמצא א"כ דאין קושיא כלל על הרי"ף שפסק כר' יוחנן וכר"ע דבין בטלה ובין בסלע צריך דעת בעלים או מנין בעלים מפני שבשניה' הוי לדעת בגניבה דהא איהו גופיה שגנב הוי במקום בעלים בשעה שהוא גונב ובודאי דלפי פרש"י היה כאן קושיא על הרי"ף אבל לדעתי אין הרי"ף מפרש כן דברי ר"ע ור' ישמעאל וקושיא זו שהקשו על הרי"ף היא ג"כ קשיא על מיי' פ"ד מהל' גניבה דאין חילוק בין דעת הרי"ף ודעת מיי' בזה כלום וכן היה קשה על הרא"ש והטור חו"מ סימן שנ"ה וכן על סמ"ג עשין ע"א דכולהו פסקו כר' יוחנן וכר"ע בסלע וזה תימה שלא הרגישו שום א' ממפרשים בזה זולתי הרמב"ן ולפי דעתי כי אין קושיא על שום א' מהם כמו שכתבתי כד"ן ונ"ל דדברי הרמב"ן שכתב דהמחזיר למקום אחר לא יצא אפי' לא ידעו הבעלים בגניבתו

לא פליג על ההיא דאמר שם בגמ' שאם החזיר לעדר שבמדבר יצא וכ"כ המ"מ פרק ד' מהלכות גניבה דודאי כל שמנין פוטר סגי בחזרתו באופן שירגישו הבעלים בחזרתו וההיא דהרמב"ן מיירי שמחזיר לעדר אחר שאין הבעלים יכולין להרגיש וסבירא ליה דאפילו אמר דשלא לדעת אין צריך אפילו מנין היינו דוקא במחזיר למקום ממש שנטל אבל מחזיר למקום אחר לא הוי חזרה כלל עד דאיכא דעת בעלים באיזה אופן ומדברי הרשב"א שהביא מגדל עוז פרק ד' מהלכות גניבה משמע קצת כדברי הרמ"ה:

דף כג:

שומר שגנב מרשותו ובעי למיפטר נפשיה בטענת גניבה ואבידה ואח"כ החזיר ברשותו איכא פלוגתא הרי"ף ומיי' פ"ד מהל' גניבה והרא"ש וטור חו"מ סימן שנ"ה פסקו דשומר הגונב מרשותו כגון שגנב טלה מעדר שהופקד וסלע מכיס שהופקד אצלו והחזיר הסלע למקומו וטלה לעדרו הרי זה חייב באחריותו עד שיודיע לבעלים שהרי כלתה שמירתו וכאילו לא החזיר כלום עד שיודיע לבעלים ומה שיש להקשות עליהם [נראה] דס"ל דגבי סלע דשלא לדעת [צריך דעת] ואינהו גופייהו דשלא לדעת לא צריך דעת ולי תימה למה לא מהמנינן ליה תו להאי שומר הא כיון שהחזיר זה סימן שעשה תשובה וחוזר לכשרותו וסמ"ג עשין ע"א הביא הכל וכתב דר"י פוסק כר' ישמעאל דלא כלתה לו שמירתו וחשיב שפיר חזרה אפילו לא הודיע לבעלים וכן כתבו הגהות מיי' פ"ד מהלכות גניבה מיהו נראה דלכ"ע אדם הנפקד אם שאל חפץ מן הפקדון שבידו ולאחר זמן החזירו למקום שהיה מונח יחזור חזקת פקדון ואין עליו דין שואל אלא שומר בעלמא דדעת שומר חשיב כדעת בעלים ואפי' ר"ע דאמר כלתה לו שמירתו ה"מ גונב דמעתה שגנב לא מהימנינן ליה אבל שואל מהמנינן ליה ולא כלתה שמירתו כמו שכתב המרדכי שם והגהות מיי' פ"ד מהלכות גניבה ודברים אלו מסייעין לפי' שעשינו בסמוך כדי שלא תקשי על הרי"ף ז"ל דודאי הכי הוא דבשעה שנוטל חשיב נוטל מדעת בעלים דאלת"ה תקשי הכי על המרדכי היכי קא פסיק ותני דשומר ששואל הספר שבידו בפקדון דחשיב בההיא שעתא שואל ולא גוזל והא קי"ל דשואל שלא מדעת בעלים גזלן הוי אלא על כרחיך צ"ל דאין זה חשיב שלא מדעת דכיון דאיהו גופיה במקום בעלים קאי חשיב שואל לדעת ה"נ תפוס דברי ר"ע לדעת הרי"ף ותאמר דהיינו טעמא דשומר שגנב מרשותו סלע צריך בחזרה דעת בעלים משום דחשיב גונב לדעת שכתבנו בסמוך בס"ד כד"ן:

לפי דברי מיי' פ"ק מהלכות גניבה ושאלה ופקדון וטוח"מ סי' שמט משמע דפקדונות וגניבות וחבלות דין אחד להן דבכולהו קטן פטור לגמרי אף לאחר שיגדיל כל עוד שאין

הקרן בעין והאשה פטורה עד שיושבת תחת בעלה אם אין בעין וכותבין עליה פסק דין לשלם אם תתאלמן או תתגרש אם הודית בכך והעבד פטור וגם בעליו דאין הרב חייב בשום היזק בעבור עבדו אם אין הקרן בעין ולכשישתחרר חייב לשלם אם הודה בכך וה"נ ס"ל גבי פקדונות דהנותן פקדון לאשה ולפי מה שכתב המרדכי בשם רבינו ברוך ממגנצא חייבת האשה לשלם אפי' כשיושבת תחת בעלה דהא לא קתני פגיעתן רעה הן שגזלו וכו' אלא קתני פגיעתן רעה הן שחבלו משמע אבל גזלו ידו כידם חייבין לשלם בכל ענין אם יש עדים בדבר ואי ליכא עדים נשבעת אם היא כופרת וכתב ראב"ן דכיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזמן הזה הרי הן כאילו מינום בעליהם שלוחים ואם יש עדים חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהם ואם אין עדים נשבעת וראבי"ה פסק דהמלוה או המפקיד פקדון לאשה בזמן הזה שהם נושאות ונותנות בתוך הבית אם השליכתו לאש או פשעה בו הבעל פטור אבל טענה אכלתיו או הוצאתיו בצרכי הבית הבעל משלם מדידיה ואם כפרה חייבת לישבע והכי איתא בהגהות מיי' פ"ד מהלכות חובל ומזיק והמרדכי ג"כ בשם ר"ג כתב דאין משביעין א"א על פקדון ואינה משלמת אא"כ יש לה נכסים שאין לבעלה רשות בהם אבל כותבין עליה פסק דין לכשתתאלמן או תתגרש תשלם ומהר"ם ס"ל דאין משביעין א"א על פקדונות ואזיל לשיטתו דס"ל דאינה משלמת הפקדון שיושבת תחת בעלה כמו שהאריך בזה המרדכי בשמו ומכל מקום כתוב בהגהות מרדכי דרבינו עזריאל פסק דנהי דאין משביעין א"א מכל מקום מחרימין סתם על כל היודע מכל התביעות שתובעין לה והאשה שיש לה בעל צריכה להודות בכח החרם סתם ואם הוא פקדון שהופקד בידה היא צריכה להחזיר ומכאן ראיה דבעלי הדבר צריכין להודות בכח החרם סתם:

ובאשר"י שם פ' החובל יש הגהת א"ז שכתב שקטן שחבל באחרים חייב לשלם כשיגדיל והביא ראיה מדברי רש"י פרק הגוזל קמא שכתב דכפייה רפרם לרב אשי ששרף שטר חבירו בילדותו ואגבי מיניה גובייניא מעלייתא אלמא דס"ל דהחובל ומזיק בידים כשהוא קטן צריך לשלם לכשיגדיל ועוד הביא ראיה כיון דמצינו דשור של קטן שהזיק משלמין היתומים לכי גדלי כ"ש היכא דאינהו גופייהו קמזקי ומיי' פ"ד מהל' חובל ומזיק וסמ"ג עשין ע' והרא"ש שם וטור חו"מ סימן צו וסימן תכ"ד כתבו שאפי' נשתפה השוטה ונתפקח החרש והגדיל הקטן אין חייבין לשלם ואפילו שהקטן מודה אפילו שיש לו מה לשלם ואפילו לאחר שיגדיל בכל ענין וכן השוטה וכן החרש וצ"ע קצת על דברי הרא"ש דפרק שור שנגח ד' וה' כ' דשור היתומים שהועד משלמין הנזק ואף על פי דאין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהן הכא נזקקין משום דניזקין שאני ולטובת העולם

שלא ירבו להזיק נזקקין לנכסיהם אפילו כשהן קטנים אלמא דחייש לנזקין משום ישוב העולם והכא כשהזיקו אינהו למה לא ישלמו לפחות לכשיגדילו היה לן למיכתב עליהן שטר תוב עתה כדי שלא יהיו רגילין בכך וישלמו לכשיגדילו וה"נ צ"ע על מיי' דפ"ו מהל' נ"מ כתב דמשלמין הקטנים היזק שעשה ממונן לכשיגדילו והכא בפ"ד מהלכות חובל ומזיק כתב דפטורין לכשיגדילו וע"ש לעיל בנ"י:

דף כד.

וכתב מ"מ פ"ה מהל' שאלה ופקדון דתרתי בעינן שיהיו העניים אנשים ידועים ושיהיה חלק כל א' ידוע וכתב המרדכי שם דאפי' אין זה הארנקי מיקץ קיץ לעניים מ"מ אם אמר הגבאי לשומר שמור לי לצרכי ארנקי של צדקה ואם תפשע תתחייב לי חייב ואינו יכול לפטור עצמו אלא משלם לגבאי והגבאי אינו יכול להחזיקם לעצמו ולומר כיון דמן הדין היה השומר פטור לולי שכך התניתי עמו אני זכיתי בהן אלא יש לו לגבאי להחזיר לעניים כי למה יעשה סחורה במעות של צדקה ואין לו לגבאי להרויח בדבר ונ"ל דהא דאמר דכי לא קיץ דפטור השומר דוקא שהפקידו אצלו עתה ארנקי של צדקה אבל ראובן שהפקיד ביד שמעון מעות ואח"כ בעוד שהן פקדון נדר אותם לעניים אז אם פשע בהן שמעון חייב דהא מתחלה בתורת שמירה אתו לידיה ואין המעשה משפנה בחילוף הדברים כמו שכתבנו בסמוך לעיל ועיין לעיל דין שומר שבאו עליו אנסים ולקחו מידו מעות פדיון שבוים:

בדין אפוטרופסין שפשעו בנכסי יתומים איכא פלוגתא כתבו שם התוס' בשם הר"ר חיים דאפוטרופסין לא משלמי אפילו פשעו בשל יתומים והא דאמר בהניזקין דאפוטרופסין נשבעין היינו דלא עכבו כלום משלהם אבל אין נשבעין שלא פשעו דאפילו פשעו פטורין בין שכל נכסי היתומים נתונים ביד האפוטרופוס שהאמינוהו עליהם בין שאין הנכסים ביד האפוטרופוס אלא שהוא כמו שומר על קצת נכסיו מפני תקון העולם כגון האפוטרופוס שעושין לשור היתומים שמזיק בכל ענין פטור על הפשיעה משבועה ומתשלומין והר"ר שלמה בחור בר יוסף דקדק דאפוטרופסין חייבין בפשיעה תשלומין ושבועה ור"י כתב דאפוטרופוס שנמנה בשביל היתומים לפקח על עסקיהם ומוסרין כל נכסיהם בידו ומאמינין אותו על הכל בין מנהו אבי היתומים אם פשע משלם מה שפשע וליכא למימר דאי מחייבת ליה על הפשיעה ממנע ולא הוי דקי' לן בגויה דאפוטרופוס דבגין דמתקריא נאמן לא ימנע מלהיות אף אם יהיה זקוק לפרוע משלו אם יפשע ובין לרבנן בין לאבא שאול דפליגי בהניזקין על שבועת האפוטרופוס מ"מ בין למר ובין למר

אפי' תימא שיהיה נמנע מפני השבועה לא יהיה נמנע בשביל התשלומין דאדם מבריח עצמו מפני השבוע' ואין אדם מבריח עצמו מן התשלומין הלכך אם יש עדים או שאם יודע בעצמו שפשע לא ימנע אם מזקיקין אותו לשלם מלהיות אפוטרופוס בשביל כך אבל אפוטרופוס שאין ממנין אותו בשביל היתומים כגון אפוטרופוס שמעמידין לשור לשלם נזקיו דטוב היה להם ליתומים שלא יהיה להם אפוטרופוס אלא בשביל תקנת העולם שלא ירבו להזיק ממנין אותו אפוטרופוס כדי שישמור השור שלא יגח אז ודאי אם פשע אינו משלם כלום דאי אמרת משלם ממנע ולא עביד כיון שאין נחשב לנאמן בשביל מנוי זה דהרי אינו אלא כשומר בעלמא שלא יזיק השור לעולם ומה הנאה איית ליה בהאי מנוי וכן כל כיוצא בזה וכן פסק שם הרא"ש וכתבו התוס' דלמ"ד אין משביעין האפוטרופוס כלומר הכוונה לומר דאין נשבעין שלא עכבו משל היתומים כלום ואפי' נאבד דבר משל היתומים לא ישבעו שלא פשעו שאם כן יהיו נמנעין ולקמן נדבר בזה באורך בס"ד:

דף כה.

בדין גזל פרה מעוברת וילדה רחל טעונה וגזזה דאמרינן התם דהגזלן משלם דמי פרה העומדת לילד דמי רחל הטעון ליגזז איכא פלוגתא הרא"ש הוכיח דמעוברת וילדה מקרי שינוי בכמה ראיות עש"ב וכ"כ הר"ם בשם הר"ז ז"ל דהוי נמי שינוי בגוף הבהמה וכ"כ הטור חו"מ סימן שנ"ד וסימן שס"ב אבל מדברי מיי' פ"ב מהל' גזילה מוכח להדיא דגיזה ולידה לא הוי שינוי מעשה שהרי איהו ס"ל דכל שנשתנית שם הגזילה אפילו בלא יאוש קננהו הגזלן התם פ"ב מהלכות גזילה ואחר כך באותו פרק עצמו דכי ליכא יאוש אפילו גזל פרה מעוברת וילדה אינו קונה גוף הפרה וכן נראה דעת רש"י ז"ל:

בדין גזל פרה ריקנית ונתעברה אצלו או רחל ריקנית ונטענה אצלו ובא הנגזל לתבוע דין הגזילה בין שילדה עד שלא תבעו בדין בין שתבעו לדין בעוד שהפרה והרחל טעונות דאכתי השבח עלייהו דאיתא פרק הגוזל קמא דף צה איכא פלוגתא לדברי הרא"ש שם והטור חו"מ סימן שנ"ד שבח שע"ג גזילה דגזלן הוי אפילו לא נשתנה אצלו דגזלן כלל מ"מ הוי שלו ל"ש שבח דאתי ממילא כי האי דלידה וגיזה ל"ש שבח דאתי מחמת הוצאה ל"ש נתיאשו הנגזלים קודם שהשביח ל"ש לא נתיאשו בכל ענין שבח שע"ג גזילה דגזלן הוי ולהרא"ש ודאי ניקנינהו לגוף הגזילה וגם השבח שעליו ומסלק הנגזל בדמים הלכך כשהשבח שעל הגזילה אינו דבר דהוי שינוי שאינו קונה גוף הגזילה אלא השבח נראה דכשמחזיר לו הגזילה שמין השבח ונוטל מן הנגזל דהא לעולם ס"ל דבדמים מסלקים

ולא בגוף השבח ומיי' פ"ב מהל' גזילה ס"ל דאע"פ דשבח גזילה דגזלן הוי מ"מ איכא חילוק בין השביח קודם יאוש בין השביח לאחר יאוש בין שבח דאתי ממילא בין שבח דאתי מחמת הוצאה ומה שכתב הטור חו"מ סימן שנ"ד בשם מיי' וז"ל ואם אחר יאוש השביחה משלם כשעת הגניבה כיצד וכו' דבר זה לא תמצאנו במיי' ונראה שהוא טעות סופר דאי אמרת דהפרה והולד ישארו לגנב נמצאת אומר דלמיי' הוי שינוי וכמה קושיות קא מגבבתו הדדי חדא ממיי' למיי' גופיה דאיהו כתב שם בסמוך דאע"פ שילדה אינו קונה גוף הפרה והכא אומר שקנאה וכן מטור אדידיה דהא בסימן שס"ב כתב דלמיי' לא הוי שינוי ולדברי מיי' וסמ"ג בשגנב בהמה שבשעת גנבה שויא ארבעה ובשעת העמדה בדין שוה א' משלם תשלומי ד' וה' כשעת העמדה בדין ולדברי הרא"ש ובנו משלם תשלומי ד' וה' כשעת טביחה ומכירה ונפקא מינה דלדברי הרא"ש אם הוקרה או הוזלה בין טביחה להעמדה בדין בתר שעת טביחה אזלינן ולדברי מיי' בתר שעת העמדה בדין אזלינן:

דף כה:

וכתב המרדכי שם פ' הגוזל בתרא בשם ראבי"ה דהא דאין הנפקד בישוב יכול להחזיר במדבר הוי דוקא כשהיה הנפקד יכול להניח הפקדון בישוב והיה שמור אבל אם מפני הסכנה הוציא הפקדון למדבר או שלא רצה להניח הפקדון ביד אחר משום שומר שמסר לשומר חייב ומתוך כך הוציאו למדבר לא מצי מפקיד לסרב מלקבל הפקדון ואם יאנס יאנס וכן גבי אבידה ומיהו לפי מה שכתב מיי' פ"ז מהלכות שאלה ופקדון דנפקד שרוצה לצאת למדבר יניח הפקדון ביד ב"ד אין אנו משגיחין בדברי ראבי"ה בזה דהא תו לא אשכחן שמפני הסכנה או משום שומר שמסר לשומר הוציא הפקדון למדבר כי לא היה צריך להוציאו למדבר בשביל כך רק היה עליו להניחו באיזה ב"ד שמור מסכנה ביישוב ודברי מיי' הביאם ג"כ סמ"ג עשין פ"ת וטור חו"מ סימן רצג ואם הפקיד אצלו במדבר יכול להחזיר לו במדבר ואם הפקיד אצלו ביישוב אלא שבשעת הפקדון אמר המפקיד אני רוצה לצאת למדבר והשיב הנפקד גם אני רוצה לצאת במדבר אע"פ שלא התנה בפירוש להחזיר לו במדבר הוי כאילו פירש לו ע"מ שאחזירנו לך במדבר ויכול להחזיר לו במדבר כ"כ המפרשים זה כלל גדול בדין דלפעמים מצינו דאמירה בעלמא חשיבא תנאי ומיהו נראה דדוקא בכה"ג דליכא הפסד לחבירו ודאי אלא חששא רחוקה מהפסד אבל בעלמא בעינן תנאי גמור וצ"ע ליישבם דלפעמים אשכחן דהדברי' הם פטומי מילין בעלמא ואינן חשובים כלום ולפעמים הוו כתנאי גמור וכתב מ"מ פ"ק מהלכות פקדון

וז"ל ונראה לי שאם הפקיד אצלו לזמן ידוע שאינו יכול להכריחו לקבל ממנו תוך זה הזמן שיכול לומר קבלת עליך שמירת זה הזמן הקצוב ע"כ ונ"ל דמיירי דוקא כשבא להחזיר במדבר דהסכנה שם מצויה כהיא דכתבנו גבי הלואה בהל' מלוה ולוה אבל אם בא להחזיר לו ביישוב אפי' תוך הזמן שקבל עליו אחריות למה לא יתחייב זה לקבל ואיבעית אימא דאפילו ביישוב אינו יכול לכוף המפקיד לקבל פקדונו אעפ"כ לא פליג על ההיא דכתבנו לעיל בהל' מלוה ולוה בשם הטור והרמב"ם והרא"ש דס"ל דלוה יכול להחזיר אפילו תוך זמן כשאין שם חשש הפסד המלוה דשאני דין פקדון מדין הלואה גבי הלואה היינו טעמא דמצי להחזיר תוך הזמן משום דזמן ההלואה הויא לתקנת הלוה כמו שפירש שם הטעם בעל התרומה להדיא אבל הכא גבי פקדון אפשר דזמן שקובע לפקדון הוי רק לתקנת המפקיד דמה תועלת יש לנפקד באותו פקדון כדי שיבקש ממנו זמן הלא אין כאן רק הנאת המפקיד שזה שומר פקדונו שהפקיד אצלו עד אותו זמן הלכך מצי המפקיד לעכב עליו מלהחזירו דכיון דלטובת ולהנאת המפקיד הוקבעה זמן בפקדון לשומרו. כד"נ. וצריך לפרש הא דאמרינן דלא מצי מפקיד לתבוע פקדונו מן הנפקד במדבר ובמקום שאין הפקדון אצלו מאי קאמר ומאי חדוש השמיענו בזה וכי רוצה זה הפקדון עתה שאינו בידו דנפקד והא אפי' אם ירצה לתתו לו לא יוכל דאינו בידו ונראה דהכי קאמר המפקיד אינו יכול לתבוע פקדונו מן הנפקד שיביאנו לידו במקום אחר שאינו מקום הפקדון דאינו מחויב להוליכו אחריו במקום המפקיד רק חייב המפקיד ללכת לקחת פקדונו במקום שהפקידו אצלו כי שם הוא הפקדון וה"ה דלא מצי מפקיד להכריח את הנפקד במקום שאינו מקום הפקדון שיתן לו דמי שוייו דפקדון:

הסכימו המפרשים דמיירי שטוען הנפקד שמא שאומר שמא עפר היה מלא אבל אי טוען ברי ה"ל כטוענו חטין והודה לו בשעירין דפטור משבועה רק שבועת היסת כן כתבו מיי' והרא"ש וכן נראה דעת שאר הפוסקים בפשיטות ודוקא היכא דלא טענו דבר שבמנין וגם אינו מודה לו דבר שבמנין א"נ שטוען כסף והוא משיבו עפר דאינו ממין הטענה אע"פ שהנפקד טוען שמא איכא פלוגתא אם משלם בלא שבועה או אם צריך שישבע המפקיד ועיין פ' כל הנשבעין בס"ד ואם ידענו בודאי שראובן הפקיד ביד שמעון ולא היה ראובן אמיד שיהיה לו כלי כסף ומת ראובן ושמעון. (אומר) לוי אומר שודאי זה הכלי כסף היה מאביהם שלהם אחר כי ראובן לא הוה אמיד בכלי כסף אין בטענתו ממש אלא מוציאין מידו הכלי כסף ונותנין לבני ראובן אע"ג דלא הוה אמיד דלאחזוקי ממונא בחזקת המפקיד שידוע בידאי שהפקידו אמרי' אית גבר דלא בעי מתפרסם נפשיה ומתמסכן בשוקא ועתיר גו ביתא הלכך להחזיק ממון אין חילוק בין אמיד בין

לא אמיד אבל לאפוקי ממון כההוא דלעיל שזכרנו דאין ידוע מה הפקידו אצלו ודאי אינו נאמן אי לא טעין מידי דאמיד בהו כן כתבו הרא"ש והר"ן. אם שניהם מסופקים מה היה בשק כגון שמת המפקיד והבן אינו יודע מה היה בו וגם הנפקד אינו יודע ושניהם טוענין שמא כתב מיי' שהדין נותן שישבע השומר בתקנת חכמים שאינו ברשותו ויכלול בשבועתו שאינו יודע בודאי שהיה בו יתר על שוה כך וכך וישלם מה שהודה בו וכן כל כיוצא בזה:

בדין המזיק ממון חבירו שהיה בכלי א' שלא נודע למזיק מה היה בו ובאותו כלי אין דרך בני אדם בפשיטות להניח בו אותו ממון שטוען הניזק שהיה בו איכא פלוגתא התוס' שם כתבו דאפילו יש עדים דידעי שבאותו כלי היו בו הדברים שטוען הניזק אכתי סלקא בתיקו אי מתחייב המזיק לשלם כל מאי דטען ניזק דדילמא אונס הוא לגבי מזיק דלא איבעי ליה או דלמא אעפ"כ חייב המזיק וסלקא בתיקו וכל תיקו דממונא קולא לנתבע וחומרא לתובע ופטור ואצ"ל אי ליכא עדים דודאי האי לא מבעיא ליה דפטור בכל ענין ואינו נוטל בשבועה אבל בשם הרשב"א כתב מ"מ פ"ז מהלכות חובל ומזיק דאם יש עדים שאותו דבר שהוא טוען היה שם אע"פ שאין דרך להניחו שם גובין מן המזיק סמג עשין ע' וגם מדעת הרא"ש הכי משמע וטור סימן שפ"ח ורצ"ח לא הזכירו כלל ליפטר אפי' בשיש עדים כמה היה בו משמע דאם ידוע בעדים שחייב וכן נראה דעת הר"ן ודברי ראבי"ה שכתב המרדכי שם וכתב ראבי"ה דאם הוא יום שבת או יום טוב שדרך לתת ארנקי בשקו וטוען שבשק שאיבד זה משלו היה בו ארנקי הוי נאמן דדרך הוא לתת ארנקי בשק להצניע בשבת נמצא דהא דסלקא בתיקו לתוס' אפילו היו שם עדים על מה שהיה בכלי יש להסתפק שמא אינו חייב כיון שאין דרך להניח דבר זה באותו כלי ולמיי' וסייעתו אין להסתפק אלא היכא דליכא עדים אבל כי איכא עדים חייב ולמיי' כשהוא ספק אין מוציאין מיד המזיק ואם תפס לא מפקינן מיניה וכן כתב סמג עשין ע' זה כפי דרכם דס"ל דכל ספק אפי' ספק דדינא אם תפס אין מוציאין מידו אלא נשבע כמה הזיקו ונוטל ממה שבידו ולהרא"ש וטור אפי' תפס אין תפיסתו [כלום] כיון שהוא ספק דדינא ולראבי"ה ורבינו האי נשבע וגובה מחצה או המע"ה ואם ידע המזיק שהיה בשק שהפסיד ואינו יודע כמה והניזק אומר שהם אלף כתב מיי' פ"ז מהלכות חובל ומזיק דשקיל בלא שבועה והראב"ד השיגו וכתב דצריך שבועה וכן הוא דעת הרא"ש וטור חושן משפט סימן צ' וסימן רצ"ח ועיין פרק כל הנשבעין ופרק חזקת הבתים:

דף כו:

בדין הלוה לחברו מעות ופיחתו אותו המטבע שהלוה לו ממשקלו איכא פלוגתא הרא"ש בשם הראב"ד כתב דאם פיחתו המטבע ממשקלו משלם לו מן המטבע החדש ואינו מחלק בין הוקרו פירי מחמת הפחת או לא ובין קא מרויח ליה ומפסיד מלוה לענין ניסכא טובא דבכל ענין משלם לו מטבע החדש אבל הרי"ף ומיי' פ"ד מהל' מלוה ולוה וסמ"ג לאוין קצג והרא"ש שם וטור יו"ד סימן קסו ורוב הפוסקים כלהו שוין דאין חלוק בין הוסיפו על המטבע ובין פיחתו המטבע בכל ענין אי איכא צד רבית ופסידא בין ללוה בין למלוה אינו משלם רק כפי השיעור שלא יהיה פסידא לא ללזה [ולא לזה] ואע"ג דאמרי' פ' הגוזל קמא דכשהתנה עמו לשלם לו מטבע דצריך ליתן לו מן החדשי' נראה דאם עמדו אותן המעות שנפסלו ביוקר נותן לו המעות שהלוהו ולא מצי א"ל הריני משלם לך מן החדשים דהא תרוייהו נתנו עתה להוצאה ולמה לא ישלם המטבע שהלוהו וכן כתב הרא"ש בתשובה והביא דבריו הטור סימן ע"ד דמי שהלוה לחבירו בשעה שהיה י' קורדנוס [בזהוב] ובשעת הפרעון ו' בזהוב שצריך ליתן לו י' בזהוב דהשתא המלוה סתם בלא תנאי נותן לו המטבע שהלוהו אע"פ שנפסל ואינו יוצא בשום מקום כ"ש השתא שלא נפסלו וכולן יוצאים אלא שזה שוה יותר מזה שצריך לפרוע לו מטבע שהלוהו וכן כתב בהגהת הרא"ש שם בשם רב צמח גאון ומשום שהוקשה לו לרבינו יואל למה לא יהיה כאן חשש רבית פירש דברי הגאון דמיירי שהוקרו הישנים מפני שהחדשים קלים יותר מן הראשונים אבל אם הן שוים במשקל והוקרו הישנים שנותנים יותר פירות בישנים ממה שהיו נותנין בשעת הלואה מן הפירות זהו איסור מדרבנן ע"כ ואפשר דלא היה צריך לזה דדברי הגאון מתישבים שפיר כדברי הרא"ש דכיון שהראשונים נתנו להוצאה צריך לשלם המעות שהלוהו ואע"פ דשוין עתה זה יותר מזה שמתחלה היה צריך ליתן י' בזהוב ועתה אין נותנים רק ו' בזהוב אין בכך כלום כי המטבע ההוא לא ניתוסף על שויו כי לגבי דידיה כך שוים עתה כמו בתחלה אבל אם נתיקרו לאידך גיסא שמתחלה לא היה שוה המטבע עשרה פשיטים ועתה שוה המטבע ההוא י"ב פשיטין דהוי כדברי רבינו יואל שהוזלו הפירות לגבי דידיה אפשר דגם הרא"ש מודה בזה דכל כי האי גוונא שנתוסף על המטבע מערכו הראשון מ"ש מאיסור הלואת דינר בדינר זהב דהטעם התם מפני שבשעת הלואה שוה כ"ד דינרי זהב ועכשיו כ"ה דאיכא רבית לדעתי אין חילוק בין דינר כסף לדינר זהב כל עוד שמוסיפין על כסף כמו על של זהב כך יש לאסור בזה כמו בזה והא דלא נקט התלמוד דין זה גבי מטבע אלא גבי דינר זהב היינו הטעם לדעתי כי בימיהם לא היו נוהגים להוסיף על ערך המטבע של כסף אלא

או לפוסלו או להוסיף על משקלו ולפחות אבל ודאי אם מוסיפין על ערך המטבע כסף כמו על דינר זהב נראה דליכא חלוק ביניהם לענין חשש רבית ומש"ה דחקתי לפרש דברי הרא"ש דמיירי בענין שלא הוסיפו על ערך המטבע כסף מפני שהביא הטור דבריו בפסקי דיני ממונות בטור חו"מ דמשמע דליכא חשש רבית ולא שייכות עם דיני רבית ודחקתי לאוקמי דברי רב צמח גאון ורבינו יואל כדבריו דלא פליגי על דעת זה והאידנא נהגו ללוות דינר בדינר ודינר כסף בדינר כסף ואע"פ דבשעת הלואה שוה כ"ד ובשעת הפרעון שוה כ"ה ואין מוחה בידם וכבר נשאל לגדול הדור הר"ר ישראל אשכנזי על זה והשיב בכתבים שלו סימן נ"ד הרבה טעמים בדבר וכולם נכונים ועליהם אין להוסיף רק נ"ל דאיכא סמך עוד מדברי ר"י שהביא המרדכי שם פרק הגוזל קמא דקאמר דמטבע הוי דינא דמלכותא ודינא דמלכותא דינא הכא נמי האידנא התוספת שמוסיפין על המעות הוא גזירת המלך דדינא דמלכותא הלכך ליכא חשש רבית דדינא דמלכותא דינא:

דף כז.

כתב סמג גרסינן בקדושין ובפ' הזהב ולמאי דס"ד מעיקרא דמטבע עבדי חליפין מאי כיצד ה"ק פירי נמי עבדי חליפין ה"ג בפירוש ר"ח והרי"ף כתב כיצד החליף שור בפרה או להפך כיון שזכה זה נתחייב זה באונסי חליפין ומפרש ר"י דווקא בשר הוו פירי אבל שור וחמור עצמו הוו כלי הואיל וראויין למלאכה נעשין חליפין לדברי הכל וכן המחליף פרה בחמור וילדה בפרק השואל נקנית הא' במשיכת חברו. עוד כתב סמג פסק רב האי גאון בשער ר"ג מי שהחליף דמי שור בפרה לא קנה שהרי כל סוגייא זאת למאי דס"ד מעיקרא אבל דברי רב יהודה עיקר שאומר כל הנישום כאשר ביארנו מדקאמר עליה דיקא נמי דקתני כיצד החליף שור בפרה וכו'. אומר היה ר"ת כי שני עניני חליפין מפורשים במקרא על הגאולה זו שוה בשוה שהן אף פירות בפירות לד"ה לקיים כל דבר שלף איש נעלו ומה שאומר ולרב נחמן מאי כיצד ואינה מיושבת בחליפין שוה בשוה משום דאית ליה למתני ופירי נמי עבדי חליפין כעין חליפין מטבע דאיירי בהו דהוו בתורת סודר:

וכתב מיימוני אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת מכר ואמר ליה מכור לי חפץ שלך בחוב שיש לי אצלך ונתרצו שניהם לא קנה עד שיגביה או שימשוך:

דף כח:

כתב סמג אומר ר"י מעשים בכל יום שקונין בקנין חליפין שלא בפני מקבל מתנות ומה שאמר בפ"ק דקדושין ונקנינהו נהליה בחליפין ומתרץ דליתיה למקבל מתנה מפרש רבינו יעקב מה שלא הקנה לו בחליפין ע"י אחר כדאמרינן בהשותפין מאי נימא לן דסודר אי בעי למיפסקיה לא מצי:

כתב מיי' נותן הקונה למקנה הכלי ואומר לו קני כלי זה חלף החצר או היין שמכרת לי ואין נוהגים עתה שיאמר לו הקונה כן כי מסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לו אפילו לא נתן לו מתנה גמורה אלא ע"מ להחזיר קונה בו. אפילו לא תפס המקנה בכל הכלי אלא במקצת ונשאר מקצתו ביד הקונה קנה בו והוא שיאחז ממנו שיעור כלי דהיינו שיעור שלש אצבעות ומיי' כתב אפילו אינו תופס בו כדי ג' אצבעות אם הוא בענין שיכול לנתקו ולהביאו אצלו קונה אפילו לא נתן הקונה למקנה הכלי אלא אחר נתנו לו בשבילו ושלא בפני הקונה קנה וי"א שאינו קונה שלא בפני הקונה והרא"ש כתב כסברא ראשונה וכ' ולכך הורגלו לעשות הקנין בסודר של העדים אפילו בפני הקונה לפי שרוב קנינים הם שלא בפני הקונה ופשוט פ' מרובה דף ע' בדין ההרשאה לפי מה שכתב שם המרדכי דכל קנין שנעשה שלא בפני אחד החלקים שיש בו צד חובה לחלק אשר איננו לפנינו אפי' שנתרצה אח"כ באותו הקנין אין הקנין כלום ומש"ה הרשאה שהיא חובה לשליח אפילו נתרצה אחר כך השליח באותה הרשאה שנעשית שלא בפניו אין ההרשאה כלום כי אין באותו קנין ממש וצריך שירשנו פעם אחרת לפניו בקנין הלכך צריך ליזהר בכיוצא בזה טובא כגון מי שהניח עזבון מעות ליתומים קטנים והסכימו ב"ד שבאותו מקום לתתם ביד פלוני למשמרת לראות חשבון אותם המעות והוא איננו בפנינו ועשו שטר הלואה לאיש אחר בשם האיש שהסכימו שיעמדו בידו צריך לראות אם יש שום חובה בזה לאיש שהסכימו שיעמדו בידו כי אם יש שום חובה בזה אין בקנין השטר כלום שעשו ההלואה בשמו ואפי' יתרצה אח"כ כמו שכתבנו וכן בכמה דברים כיוצא בזה:

דף כט.

כתב הטור אבל אם נתן משכון וחזר א"צ לקבל עליו מי שפרע וכתב מיי' אבל אם היה לו חוב עליו ואמר לו מכור לי בחוב שיש לי עליך ונתרצה המוכר הרי זה כמו שהוא נותן דמים עתה והחוזר בו עומד במי שפרע ובקרקע בכה"ג קונה לגמרי אבל הרא"ש כתב שלא קנה אפילו המעות עדיין בעין ביד הלוה דמלוה להוצאה ניתנה ואינו נותן לו

עתה כלום אבל אם אמר לו יקנה לי שדך בהנאת מחילת מלוה קנה ואפי' לא מחל לו כולה אלא הרויח לו הזמן כגון שהגיע זמנו לפרוע והרויח לו הזמן וא"ל יקנה לי שדה שלך בההיא הנאה שהרווחתי לך קנה. וכתב הרא"ש שא"צ לקבל עליו מי שפרע אלא כשחוזר משום יוקרא וזולא אבל אם חזר משום שהוא ירא שיפסיד הכל כההוא גברא דיהיב זוזי אחמרא לחבריה ושמע שבאו עובדי כוכבים ליקח אותו ואסיקנא שחוזר בו וא"צ לקבל עליו מי שפרע:

שאלה להרא"ש ראובן היה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמא תמצא טריפה א"ל שמעון שחוט אותה ואם תמצא טריפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך ואם תמצא כשרה תן לי כך וכך ונתן שמעון משכון ביד שליש ושחט ראובן את הפרה ונטרפה והתחילו למכור הבשר וגבה שמעון המעות עד כדי חציה וראה שמעון שהיה מפסיד בה וחזר בו ואמר לו טול מעותיך והשיב לו ראובן כבר קניתי המשכון ואינך יכול לחזיר בך ואמר שמעון כי לא קנאה כי אסמכתא היתה אם תמצא טריפה או כשרה ילמדנו רבינו עם מי הדין וא"ת לנו שהדין עם ראובן המשכון אינו שוה כנגד כל המעו' מתחייב שמעון להשלים על המשכון או נאמר שלא קנה אלא כנגד המשכון. תשובה יראה לי שהמקח כזה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו אע"פ שנתן משכון ביד שליש בשביל זה לא נגמר המקח חדא דמעות אינן קונות ועוד אפילו אי הוו מעות קונות נתינת המשכון אינו קונה דאילו משך שמעון את הפרה מחיים לקנותה אפי' אם תהיה הפרה טריפה או אם הגביה הבשר אחר שנשחטה אז ודאי קנאה ולא מצי מיהדר ביה ולא הויא אסמכתא ולא דמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם ליה אלפא זוזי דהתם גזים והכא לא גזים ואפילו א"ת דהכא נמי גזים דשמא קנה בשר טריפה יותר מכדי שוייה כדי שישחטנה מ"מ כיון שהתנה שמעון תן לי כך וכך אדעתא דבעי למיקני גמר ומקני:

לפי דברי ספר התרומות שהביא הטור חו"מ סימן כו המקבל עליו קנס לעשות כך וכך לעניים או לב"ה אע"פ שנתקיים הקנין ונפקע הקנס מ"מ מודיעין אותו שחל הנדר עליו ואומרים לו עליך ליתן מדעתך מה שפסקת על עצמך כי זהו כמו נדר שאם לא יחלל שבת יתן מנה לעניים שהוא חייב לשמור השבת וליתן מנה לעניים דבקיום המצות חייב באותו מנה אבל אין בית דין מחייבין אותו ומספקני אי דוקא אמרינן הכי גבי עסק מצוה גבי הנהו עובדי דמיירי איהו עלייהו כגון האומר אם לא אלך בערכאות העובדי כוכבים אתחייב כך וכך דמצוה ללכת בדיני ישראל או האומר אם לא אחלל השבת אתחייב כך וכך דבתרייהו איכא קיום מצוה אבל בשאר קנין לא או דלמא לא שנא וצ"ע:

דף ל:

ומההוא דאלו טריפות דמוכר בהמה לחבירו ונמצאת טרפה כתב פט"ז מהל' מכירה מכאן אתה למד שהמוכר דבר שהיה מום בממכרו ועשה הלוקח מום אחר קודם שיודע מום הראשון אם עשה דבר שדרכו לעשותו כגון זה ששחט הטרפה פטור ואם שינה ועשה מום אחר קודם שיודע לו המום מחזיר המקח לבעלים ומשלם דמי מום שעשה כיצד קנה בגד לעשות ממנו חלוק ואח"כ נודע המום מחמת הקריעה מחזיר לו את הקרעים תפרו ואח"כ נודע המום אם השביחה נוטל שבח התפירה מן המוכר וכן כל כיוצא בזה והמוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו מום אם רצה להחזיר קרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל ואם היה חצר ודר בו צריך להעלות לו שכר עכ"ל מיי' והביא דבריו לפסק הלכה הטור חו"מ סימן רל"ב וכבר היה מעשה בא' שקנה ספר מחבירו שנפסד הקשירה שלו ונתנו לקושר לקשור אותו ואחר כך נודע לו בו מום שנמחקו כמה דפין ובא מעשה לפני חכמים במודינא ולא זכיתי לשמוע תכלית כוונתם אך עתה נראה לי שאם היתה ההיא תפירה שבח לספר שהיה המוכר מחויב לתת ללוקח שבח הקשיר' והורא' זו לא ידעתי אי דווקא מיירי בדבר שיש בו מום או אפילו במידי דאין מום במקח אלא שיש בו אונאה ולא נודע לו שהיה במקח אונאה עד שעשה בו מעשה ולקמן נאריך בזה בס"ד והטור חו"מ סימן רל"ב הביא תשובת אביו וז"ל שאלו להרא"ש ששאלת ראובן מכר לשמעון גבינות ולאחר ג' ימים פתחה ומצאה מרוקבת רקבון גדול. תשובה יש לשאול לעושה גבינות בכמה ראוי לבא רקבון ועפשה בזה אם יאמרו שנעשה הרקבון בבית המוכר נמצא שהיה מקח טעות ואם היה הדבר בספק המע"ה ע"כ ונ"ל דה"ה המוכר אתרוג או לולב לחבירו וכשבא לראותו מצאן רקובין דהדין נמי הוי כן כמו שאמרנו בגבינות וה"ל ללוקח להתנות וכיון דלא אתני מחיל כמו שכתב הוא בעצמו גבי לוקח בהמה מחבירו ושחט ונמצא טריפה מחמת סירכא דכיון דשכיח ה"ל ללוקח לאתנויי ומדלא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשיה ואפשר דס"ל להרא"ש דרקבון גדול כזה שהיה באלו הגבינות לא שכיח ומש"ה המע"ה אי נמי אפשר דכיון שהמוכר מכיר במומי הגבינה טפי מלוקח דעל זה סמך לוקח ולא אתני משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא יאנהו במקחו והלכך אפי' שכיח אינו מפסיד בכך דכה"ג מודה הרא"ש כדאיתא פרק אלו טריפות ע"ש משא"כ בטריפות שאין המוכר יודע כמו שהלוקח אינו יודע ואז איבעי ליה ללוקח לאתנויי היכא דשכיח וכבר כתבתי לעיל דאיכא פלוגתא בהאי המע"ה מי הוא ואם הלוקח והמוכר טוענים זה עם זה לאמר שבשבילו נולד הרקבון והמום ההוא באותו דבר נ"ל דזאת התשובה האחרת הוי דינו

שהשיב הרא"ש וז"ל ששאלת שמעון קנה שתי נודות של שמן ולא פתחם אלא סמך על המוכר שאמר לו שהוא טוב וכשפתחו מצאו עכור שלא היה [יכול] למוכרו אלא בדוחק וטוען שמקח טעות היה ורוצה להחזיר לו השמן אם הדין עמו בשבועתו שלא החליף לו השמן. תשובה אין שמעון נאמן בשבועתו להוציא ממון אלא ראובן המוכר ישבע שנתן לו שמן טוב כאשר התנה עמו לתת לו ואם לא רוצה ראובן לישבע ישבע שמעון שהתנה עמו לתת לו שמן טוב וצלול וזה הוא השמן שנתן לו ויחזיר לו השמן או ישומו כמה דמיו פחותים משמן הטוב ויחזיר לו הפחת ואפי' אם שמעון יכול למוכרו בלי שום הפסד זבון וזבין תגרא איקרי וגם למה יערבנו לרמאות בו העולם כיון שהתנה עמו ליתן לו שמן טוב צריך לקיים תנאו עכ"ל בטור ח"מ סי' רל"ב ונראה דהא דקאמר הרא"ש בתשובה זו שישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב ויחזיר לו הפחת מיירי דוקא בשניהם מרוצים בכך לפי שהוא מדבר עתה בלוקח שלקח כדי למוכרו כדמשמע מלשון השאלה דאילו אין שניהם מרוצים בכך אינו יכול המוכר לכוף ללוקח שיחזיק במקח כל עוד שישלם לו פחת המום וכן הלוקח אינו יכול לכוף המוכר שיתן לו דמי המום שבמקח ושיניח המקח בידו כדבעינן למימר לקמן בס"ד דאין מחשבים פחת המום לעולם אא"כ שניהם חפצים בכך וכדומה לתשובת הרא"ש איתא במרדכי פ' המדיר על אודות ראובן שמכר לשמעון סוס ושוב נמצאו לו מומין ביד שמעון והוא טוען שברשות ראובן נעשו והוא אומר לא כי אלא ברשותך נעשו כיון שאין הדבר ידוע בעדות שהיה בו מום זה מעיקרא ברשות ראובן על שמעון להביא ראיה אמנם ראובן צריך לישבע שלא ידע ולא הרגיש במום ואם ראובן אינו רוצה לישבע שלא ידע מום זה מעיקרא אז שמעון יפטר אם לא נתן המעות והדרה זביניה מ"מ עש"ב. לפי מאי דכתיבנא לעיל בשם מיי' דהמוכר שדה לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן מצא בו מום שאם רוצה להחזיר שצריך שיחזיר ג"כ הפירות או אם דר בחצר צריך שיעלה לו שכר דמשמע מדבריו דוקא אם עשה הלוקח מום במקח שדרכו לעשות הוא דאינו משלם למוכר כלום אבל אם הרויח במקח שלקח מן המוכר שהוא בא לחזור צריך שיתן כל מה שהרויח בו א"כ המוכר סוס לחבירו והרויח בו מעות ולאח"כ מצא בו מום ורוצה לחזור צריך שיתן לו מה שהרויח באותו סוס ואפי' לא הרויח בו כלום אלא שעשה בו מלאכתו נראה דצריך להעלות לו שכרו דסוס דומיא דחצר שאמרנו למעלה בשם מיי' שחייב להעלות בו שכר כשבא לחזור בו מיהו מה שהכחיש הסוס קודם שנודע לו המום נראה דאינו חייב לשלם דמי הכחישות שהרי מום זה לא עשה בו אלא שדרכו בכך דומיא דשוחט את הפרה שאמרנו לעיל בשם מיי' גם כן ובתשובת מהר"ם איתא בסוף ספר קנין במיי' סי' ז' כתוב וז"ל ולענין

כחש נראה דיש לשמעון לשלם לראובן כל מה שכחש מחמת מלאכה שרכב עליו משעה שנודע לו המום וכו' משמע מדבריו להדיא דמה שכחש קודם שנודע לו המום פטור דהא לא עשה בו מום שאינו כדרכו אלא שקשה היאך יתחייב לשלם כחש שעשה בו לאחר שנודע לו המום והא קי"ל שאם נשתמש הלוקח במקח אחר שראה המום שמחל ואינו יכול להחזיר כדבעינן למימר לקמן בס"ד וצ"ע:

דף לא.

אמר המוכר חפץ זה אני מוכר לך ע"מ שאין בו אונאה אין זה תנאי ופי' רשב"ם משום דמשמע ע"מ שלא יהיה לו דין אונאה וא"א לו להתנות לבטל דין תורה וחזר הדבר לדין תורה פחות משתות הוי מחילה שתות קנה ומחזיר אונאה ורש"י פי' שאין זה לשון מחילת אונאה אלא לשון תביעת אונאה שהתנה ע"מ שאין בו אונאה והרי יש בו והוי מקח טעות וחוזר בו לגמרי אם ירצה ואפי' אם התנה ע"מ שאין לך עלי אונאה אינו מועיל ויש בו אונאה:

כתב מיי' היה מוכר החפץ במנה ואמר חפץ זה אינו שוה אלא זוז ע"מ שאין לך עלי אונאה יש בו אונאה שזה אומר ראיתי ששוה יותר מזוז ואמרתי שאינו מכוין אלא להשביח דעתי עד שיפרש כדי אונאה שיש במקח ודאי או בקרוב לה בכדי שהדעת טועה שהרי זה ידע בודאי הדבר שמכר לו ע"כ. בעה"ב המוכר כליו ואינה את הלוקח אין בו דין אונאה שאילו לא הרבה לו בדמים לא היה מוכר את כלי תשמישתו ואפילו שמוכרם מחמת דוחק ולא שייך האי טעמא אפ"ה לא פלוג רבנן בתקנתא אלא כל בע"ה אין לו דין אונאה ומיהו פי' ר"י דוקא בשתות אבל ביתר על שתות דינו כאינש דעלמא ופירש הרא"ש דוקא שהלוקח יודע שזה המוכר בעל הבית אבל לא ידע או שקונה על ידי סרסור דינו כלוקח מהתגר וכתב הרמ"ה לא שנא מכר בעל הבית ואינה או נתאנה בכלענין אין בו דין אונאה ולא נהירא אלא דוקא במוכר ואינה אבל מכר ונתאנה או קנה יש בו דין אונאה. שאלה להרא"ש ראובן מוכר חפץ לשמעון ולא נתרצו בסכום ובא לוי ונתרצו שניהם לגמור המקח ע"פ שומתו ושם אותו בשבעים זהובים למחר הראה שמעון החפץ לתגר ושם אותו בחמשים ורוצה שמעון לחזור בו ואומר שלא נתרצה בקנין אלא בדבור בעלמא ואם לא יוכל לחזור בו אם לוי חייב לשלם מידי דהוה אמראה דינר לשלחני ההדיוט חייב היכא דמוכחא שסמך עליו אמנם אין נפקותא בדין זה כי ראובן היה בעה"ב אבל מסופקני בזה אם הוא בעה"ב המוכר מחמת דוחקו אם יש בו דין אונאה ומה הדין במראה לתגר וידוע לכל שטעה התגר. תשובה יראה דשמעון יכול לחזור בו

כיון שיש בו ביטול מקח שנתרצה שמעון לקחתו בשומת לוי לא עדיף ממה שפירש ע"מ שאין לך עלי אונאה דקי"ל כרב דאמר שיש עליו אונאה וכ"ש בנדון זה שלא כיון ראובן למוכרו לו ביותר מדמיו ולא כוון שמעון לקנותו ביותר מדמיו אלא שהיו רחוקין זה מזה בשומת המקח וכוונו שלוי ימצא המקח ויעמידנו בשומת דמיו ולא שיאנה שום אחד מהם ומה שתלה חזרתו בשביל שלא היה בו קנין זה אינה טענה כיון שמסר החפץ ע"פ שומת לוי אין לך קנין גדול מזה ומה ששאלת אם לא יוכל לחזור אם לוי חייב דע שאם ראובן הלך לדרכו ואין שמעון יכול להפרע מראובן אם לוי היה תגר ובקי בשומא ולא קבל שכר על השומא פטור כמו טבח אומן שקלקל בחנם פטור ולא דמי למראה דינר לשלחני דכל אדם חייב עליו אפילו בחנם דשאני הכרת מטבע שצריך בקיאות גדולה ואין לאדם להשתדל בו לראותו אם לא שיהיה בקי גדול אבל בשומת המקח אין בו כל כך אומנות וכל התגרים בקיאין בשומתו לפיכך בשכר חייב בחנם פטור. ומה שכתבת שאין בו נפקותא דראובן בעה"ב דע כיון שיש אונאה יתר על שתות אין חילוק בין בעה"ב לאחר ואין חילוק בבע"ה המוכר כליו בין אם מוכרן מחמת דוחק גדול שאין לו מה לאכול אם לא דבכל ענין אין בו דין אונאה. ונראה לע"ד דפשוט פרק הגוזל קמא דף ק' ראובן שאל לשמעון על המקח ואמר לו שהיא טובה ומצא בה הפסד אי א"ל חזי דעלך קא סמיכנא חייב שמעון באותו הפסד אם אינו אומן ובקי כי פושע הוא שהיה לו שלא לראות ואם הוא בקי אם עביד בשכר חייב ואי בחנם פטור שהוא אנוס ואפי' לדברי הרשב"א דפליג גבי מראה דינר לשלחני כמו שכתבנו פרק הגוזל קמא הכא נראה דודאי מודה דדמי לטבח מיהו אי א"ל גם לאומן חזי דעלך קא סמיכנא אי חייב אי לא נראה דתלוי בפלוגתא דמראה דינר שכתבנו דלרבינו יואל אם הוא אומן פטור ולמהרי"ח חייב ואי לא אמר חזי דעלך קא סמיכנא גם זה תלוי בפלוגתא דרבינו יואל ורבינו אפרים דלרבינו יואל חייב באותו הפסד ולרבינו אפרים [פטור] כיון דמצי משתמט מלקנותו ומיהו היכא דאיכא פסידא במקח שא"ל התגר שהוא טוב נראה דפטור המוכר דהא הלוקח הראהו לתגר כדי לפטור המוכר הלכך אין לו דין רק עם התגר לא עם המוכר כלל כמו לעיל וכן הדין במראה זהב לצורף או משכון כיוצא בזה כאשר כתבנו לעיל:

דף לא:

ואע"ג דמיי' פרק ז מהל' גזילה יהיב טעמא לחייב החזרה לידו משום דמייאשי משנשבע מ"מ משמע מדבריו להדיא דגם אם הודה אחר שנשבע צריך שיגיענו לידו והיכי דמי דשייך שבועה על ענין ש"פ דגזילה כתבו התוספות כגון שנשבע מעצמו שלא חייבוהו

ב"ד לישבע ואפי' בשבועת עצמו חייב חומש א"נ איירי שהשביעוהו ב"ד וכגון שטענו שתי כסף והודה לו ש"פ ע"כ ואפילו החזיר הגזילה כולה חוץ מש"פ חייב להוליכה אחר הנגזל ולא יצא ידי השבח אם נתנה לבנו או שכירו או לקיטו או לשליח שהמציא לו ולא עשאו הנגזל שליח בעדים ואם נתנו לשליח נגזל שעשאו בעדים איכא פלוגתא אי הוי שליח אי לא ובהלכות שלוחין יתבאר בס"ד ומ"ד דהוי שליח יצא י"ח. אבל נותן הוא את הגזילה ואת החומש כשנשבע לב"ד שבעירו ומתכפר לו ויצא ידי חובת השבה וב"ד מטפלים בה עד שתגיע לבעלה וכן נותן הוא לשליח ב"ד ויצא י"ח ואם מת הנגזל יחזיר ליורשיו וכתבו התוספות דאפילו ליורשיו צריך להוליך הגזילה אחריהם למדי א"נ שצריך לתת ליורשי הנגזל קרן וחומש ולשלם אשם וצ"ע היכא דלא נשבע הגזלן והודה ואמר לנגזל הרי בידי כך וכך משלך בא וטול ונגנב או נאבד אם הגזילה היא באחריות הגזלן עד שיבא הלה ויטלנה או באחריות נגזל:

וכתב הטור כיון דאפיקתיה מפרוטה אינה בפחות ממעה שהיא מטבע הקטנה הנמצא בכסף אבל הרמ"ה כתב דאפילו פרוטה נמי חייב להחזיר והכי מסתבר להרא"ש:

דף לב.

וכתב הרא"ש יראה דאפילו פחות משתות אסור להונות אם יש בו ש"פ כיון שידוע שאין מקחו שוה כך דרחמנא אמר אל תונו בכל דבר שיש בו שוה ממון הזהירה תורה שלא יונה את חבירו אלא שחכמים אמרו עד שתות הוי מחילה לפי שכן הוא דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולים לכוין דמי מקחו בצמצום ודרך העולם למחול טעות עד שתות אבל אם המוכר בקי בערך ממכרו ואין הלוקח בקי כ"כ או אם הלוקח תגר ובקי בערך התגר יותר מהמוכר אל יונו זה את זה אם לא שפירש חוץ ממטבע שכל זמן שלא הגיע לידי אונאה מותר לכתחלה להוציא ביפה שגם אחר יקבלנו מידו ואין בו הפסד כלל או שמא כיון דדרך מקח וממכר פעמים הלוקח חפץ במקח ומוסיף עליו דמים יותר מכדי שויו ופעמים שהמוכר מזלזל בממכרו לפי שאין חפץ זה ערב לו או שהוא דחוק למעות הלכך עד שתות הוי בכלל המקח ואין כאן אונאה וצ"ע וירא שמים יוצא ידי שניהם ע"כ:

אין אונאה לשכירות קרקע שאפילו אם שכר טרקלין גדול בדינר או רפת בקר במאה דינרין אין בו דין אונאה ולר"ת דוקא עד פלגא אבל בשכירות מטלטלין יש בו דין אונאה דשיכרו' ליומיה ממכר הוא בין נתאנה שוכר או משכיר וכתב מיי' ומחזיר האונאה אפילו לזמן מרובה וכתב עוד השוכר את חבירו לעשות עמו בין במקרקעי בין במטלטלין

אין בו דין אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ואין לעבדים אונאה וקבלן יראה שיש [לו] אונאה כיצד כגון שקבל עליו לארוג בה' דינרין יש בו דין אונאה וכל א' משניהם בין בעל הבגד בין המקבל חוזר לעולם כמוכר ע"כ:

וכן כתב מיי' ור"ת פסק דדוקא עד פלגא ולא פלגא בכלל כגון שמכר שוה מנה (במנה) במעט פחות ממאתים אבל אם הטעהו בכפל המקח בעל ולזה הסכים הרא"ש:

המוכר שט"ח לחבירו לגבות אין בו דין אונאה וכתב הרי"ף ואפי' בטול מקח אין בו כלל ור"ת כתב עד פלגא אין בו משום בטול מקח ולא פלגא בכלל אבל הטעהו בכפל המקח בטל:

אין בהם דין שומרין שאם נתנו שטר לשמור בחנם או בשכר ונגנב או נאבד ש"ח אינו נשבע שלא פשע בהם וש"ש אינו משלם ומיהו מדרבנן נשבעין עליהם וכתוב מיי' שאם פשע השומר בהם ונפסדו חייב לשלם שאינו פטור אלא מדין גניבה ואבידה שאם היה שומר חנם על המטלטלין ונגנבו ונאבדו ישבע ובשטרות פטור משבועה וכן אם היה ש"ש שחייב בשאר מטלטלין בגניבה ואבידה בשטרות פטור אבל אם פשע חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין מזיק שטרות למזיק שאר מטלטלין אבל הרי"ף כתב בתשובה המפקיד שטרות אצל חבירו ומודה שפשע בהן ונגנבו או נאבדו פטור ומיהו אם פשע בהם ש"ש ונגנבו או נאבדו מפסיד לשכרו עד שישבע ששמר כראוי:

ולענין חילוק שטרות כ' הרא"ש בתשובה אחין או שותפין שבאו לחלוק ויש להם שטרות ישומו ב"ד כל השטרות לפי שויין כל א' לפי קרוב הזמן או ריחוק הזמן ולפי נכסי הלוה ואלמותו ויחלקו בגורל דבכל דבר שייך בו דין חלוקה ואם אין בו שיעור חלוקה שייך בו גוד או אגוד ואם אחר ששמו ב"ד וחלקו בגורל נתקלקל שטרו של א' מהם מזל רע דידי' גרם ומ"מ מחמת חששא זו שמא יתקלקל חוב א' מהם אין לבטל החלוקה מעיקרו:

דף לג.

והמבייש חבירו בדברים פטור ומ"מ כתבו הפוסקים דיש לב"ד בכ"מ לגדור כפי מה שיראו וכתב הרא"ש דנראה לו הטעם שהמבייש בדברים פטור משום דכתיב והחזיקה במבושיו דלא חייבה תורה אלא על בושת גופו אבל בושת דברים או רקק על בגדו פטור וכו' ומסתברא דיותר רע בושת דברים מבושת של חבלה דאין דבר גדול מלשון הרע הלכך יש לנדות מי שמבייש את חבירו עד שיפייסנו בדברים לפי כבודו וכתב מרדכי בשם מהר"ם עשיר שקרא בן גדולים בחור חשוב ממזר בן ממזר דסופג את הארבעים מפני שקראהו ממזר וראוי לקונסו על הבשת כפי מה שהוא האדם ואם אביו מת שנמצא

שזלזל בכבוד המת שקראהו ממזר גם הוא ראוי לקונסו והמחרף יחוש לעצמו ויסגף עצמו בתעניות ובמלקיות וגם ממון יתן ויתכפר בו אולי יש תקוה כי מאד יש עון גדול ועונש לשלוח יד בקדושים אשר בארץ והאריך בראיות וכ' שם בתשובה אחרת על אחד שחירף שוכני עפר אילו היו עדים בדבר או שמודה המחרף יש לו ליקח מנין ולילך על קברו ולבקש מחילה מן המת מכאן דצריך ממש ללילך על קברו אכן מצאתי כתוב בשם רבינו יחיאל וז"ל ונ"ל דאם מביישים לאדם לאחר מותו א"צ ללילך על קברו אלא במקום שמביישו וראיה מפ"ק דיומא ואימא כבן שנה מלוכלך בטיט וצואה ומסיק התם אחוי ליה סיוטא בחלמא למחר אמר נעניתי לכם עצמות שאול בן קיש מלך ישראל ולא מצינו שרב נחמן הלך על קבר שאול וכן פסק מורי ה"ר יחיאל ז"ל עכ"ל הרי דא"צ ללילך על קברו ממש ואע"ג דפ' חומר בקדש דף כב אמר שר' יהושע שאמר בושני מדבריכם ב"ש וכו' ומסיק אח"כ שהלך ר' יהושע ונשתטח על קבר ב"ש ואמר נעניתי לכם עצמות ב"ש דאלמא צריך ללילך על קברו אית למימר דר' יהושע לפנים משורת הדין הוא דעבד דאם היה מן הדין וחיוב גם רב נחמן היה הולך להשתטח על קבר שאול וההיא דמכות דף ה' ופרק אין דורשין דיהודה בן טבאי שנשתטת על קבר אותו הרוג וכן ההיא דפ' בתרא דיומא שהביאו כל הפוסקי' לפסק הלכה דהחוטא לחבירו ומת חבירו קודם שביקש ממנו מחילה דצריך ללילך על קברו לבקש ממנו מחילה דאלמא לא סגי דלא אזיל אין זה מתנגד לדברי התשובה דלעיל דהא דצריך ללילך על קברו היינו דוקא כשחטא אליו בעודו בחיים שחל עליו חיוב בעודו בחיים ללכת אליו ולבקש ממנו מחילה הלכך אע"פ שמת הנעלב קודם שזה בקש ממנו המחילה לא פקע מיניה דעולב החיוב ללכת אצלו ולהרבות עליו רעים עד שיתפייס אבל הכא שלא ביישו מחיים כלל אלא שביישו לאחר מיתה אז סגי ליה לשאול המחילה במקום שביישו ועוד כתב אבי"ה דנהגו קדמונינו ואמרו שתקנת קדמונים וחרם שלא להוציא לעז ושם רע על המתים שהן שוכני עפר והאריך בראיו' והשי' רש"י על א' שגידף את חבירו והזכיר לו שהמיר דתו לעבודת כוכבים ועמד א' ואמר הם מהזכיר שהרי נגזר על זה ועכשיו נודע שר"ג גזר על זה שכל המזכיר יהא בנדוי דזה לאו בר נדוי הוא כי לא היה יודע בגזירה זו בשעה שהזכיר ואפילו הזכיר לאחר שהתרה בו זה מ"מ לאו בר נדוי ר"ג כי לא הזכיר שר"ג גזר על זה ואפילו אם באנו להחמיר עליו אין להטיל עליו רק חומר של סתם גזרה ולא נדוי של גדול עולם והאריך בזה בראיות מאד וכתבו הפוסקים דהמבייש ת"ח חייב לו בושת שלמה אע"פ שלא ביישו אלא בדברים וכבר נפסק הדין למבייש ת"ח שקונסין אותו וגובין ממנו משקל ליטרא זהב וגובין בכל מקום בושת בין בא"י בין בבבל וכתב מיי' פי"ג מהלכות

חובל ומזיק מעשה היה אצלנו כן בספרד ויש ת"ח שמוחלין וכן נאה לת"ח למחול על זה ויש שתובעים הקנס ועושין פשרה ביניהם אבל הדיינין יאמרו למבייש חייב אתה לתת לו ליטרא של זהב וכתב הרא"ש בתשובה והביאם הטור חו"מ סימן ת"כ דאיזהו ת"ח בזמן הזה שיתחייב המחרפו בדברים ליטרא זהב זהו מי שתורתו אומנתו וקובע עתים לתורה ואינו מבטל תלמודו אלא בשביל מזונותיו כי א"א לאדם בלא מזונות הילכך כל אדם שעושה תורתו קבע ומלאכתו עראי כגון שיש לו עתים קבועים ללמוד ואינו מבטל כלל ושאר כל היום כשהוא פנוי ואינו חוזר על מזונותיו חוזר ולומד ואינו מטייל בשווקים וברחובות אלא כדי להשתכר פרנסתו ופרנסת ביתו ולא להרבות הון לזה קורא ת"ח והמביישו חייב ליטרא זהב ובלבד דלא סני שומעניה דאי אין מעשיו מתוקנים יותר גרוע הוא מע"ה:

כתב הטור הקונה מחבירו חבית של יין או שמן סתם בכך וכך המדה מותר למוכר לערבו כדי שיתערבו השמרים המשוקעין בחבית וימדוד הכל ביחד אפילו הוא מוכר כשהוא צלול ובלבד שלא יערב שמרי חבית זה בשל חבית אח' כדפרישית לעיל אבל אם מכר לו הרבה שמן ביחד ונותן לו מעט מתוך חביתו ונתן לו הכל צלול אינו מנכה לו בשביל השמרים הצפין עליו במה דברים אמורים שקנאו ממנו בשעת הבדים שדרכו להיות עכור אבל אם קנאו לאחר שהוא צלול אף בשביל הקמחין אין מנכין לו ומיי' כ' אסור לערב שמרים בין ביין בין בשמן אפי' כל שהוא ואפילו שמרים בשמרים אסור לערב אבל עירה מכלי אל כלי נותן שמריו לתוכו:

המוכר לחבירו שמן מזוקק אינו מקבל שמריו מכר לו שמן סתם מקבל עליו לוג ומחצה שמרים לכל מאה לוג מקבל עליו שמן עכור העולה למעלה על פני השמן יותר על השמרים הידועים באותו מקום בד"א כשנותן לו המעות בתשרי שהשמן עכור ולקח השמן בניסן מקבל עליו במדת תשרי שהיא גדולה מפני אותו השמן הצפה למעלה אבל אם לוקח במדת ניסן שהיא קטנה מפני שכבר שקע אינו מקבל עליו אלא השמרים בלבד ע"כ והרא"ש כתב כסברא ראשונה:

דף לד.

כבר זכרנו פרק אלו מציאות קצת מהחילוקין שיש בין הפוסקים לענין יאוש ובפרק הגוזל בתרא גבי הניח להם אביהם אחריות נכסים יש חילוקין הרבה בין למ"ד יאוש כדי קני ובין למ"ד יאוש כדי לא קני ובפירוש אותה ההלכה בחידושי זכרתי וכאן אזכיר קצת. מיי' בפירוש המשנה שם פרק הגוזל בתרא כתב וז"ל ואם לא הניח אביהם אם

נתייאשו הבעלים אינן חייבין לשלם ואם אכלו מה שאכלו לפני יאוש חייבין לשלם ומהיכא תיסק אדעתיה דבר זה שישלמו הם משלהם ונראה דה"ק שאם נתייאשו הבעלים בשעת אכילה כיון שאין כאן שום ממון הדין עומד על דין הגמ' ופטורין לשלם אבל אם בשעה שאוכלים לא אאיאוש דיניה דגזילה הוי כדין גזל ובא אחר ולקח דרצה מזה גובה רצה מזה גובה כדבעינן למימר בסמוך כד"נ. ולדברי אלו האומר יאוש כדי לא קני אם הניח הגזילה קיימת בעין ומת אפי' נתייאשו הבעלים צריכין היתומים להחזירם כמות שהיא או לשלם כל דמיה אם נשתנית אלא שהיא קיימת שלא נאכלה ולא נאבדה וזה הוי כמתניתא דרבי אושעיא דפירש הכי מתני' ומזה הוקשה לי דברי הרי"ף ודברי הרא"ש שם שכתבו שאם הניח להן פרה וטלית ודבר מסוים חייבין להחזיר אם עשה תשובה ולא ידעתי מאי קאמרי דמאי איריא דבר המסויים הא אפי' דבר שאינו מסוי' אם היא בעין שלא נאבד ולא נאכל חייבין להחזיר ועוד קשה דמאי איריא מפני שעשה תשובה דמשמע הא לא עשה תשובה פטורין להחזיר והא אמרי' דלעולם חייבין להחזיר הגזילה או דמיה אם לא נאכלה ונאבדה ואפילו לאחר יאוש ועוד קשה דהיאך פסקו כרבי אושעיא וכרבי הא פליגי אהדדי בפירוש המשנה כדמוכח שם בגמ' להדיא ונ"ל לתרץ ולומר דודאי גבי גזילה ל"ש בין דבר מסוים לדבר שאינו מסוים חייבין הבנים להחזיר אם הוא בעין שלא נפסד ונאבד דליכא שום קרא לפטור הבני' מלשלם כלום אלא כשהגזילה נאכלת ונפסדת כדאמר התם את הגזילה אשר גזל מכאן דהגוזל ומאכיל לבניו פטורין מלשלם דמשמע דוקא היכא שנפסדה הגזילה פטורים הבנים מלשלם אבל היכא שלא נפסדה הגזילה לעולם הם חייבין להחזיר הגזילה למר לפני יאוש ולמר אף לאחר יאוש וליכא שום סברא לפוטרם אבל גבי רבית דאיכא קרא לפטור את הבנים כדאמרי' התם לדידיה אזהר רחמנא לבריה לא אזהר רחמנא ומן הדין הבנים פטורין מלשלם הרבית שלקח אביהם מש"ה הוצרך לומר שאם היה אותו הרבית שלקח האב שהוא מסוים חייבין להחזיר משום כבוד אביהם בשעשה תשובה ובלאו הכי פטורים והשתא א"ש דהכא בהגוזל לא קי"ל כפירוש רבי בפירוש המשנה אלא כפירוש רבי אושעיא דבכל ענין שהגזילה קיימת חייבין הבנים למר לפני יאוש ולמר אף לאחר יאוש ודברי הרי"ף ומיי' פ"ד מהל' מלוה ולוה והרא"ש והטור יו"ד סימן קסא שהביאו לפסק הלכה הא דאמר ואם היה הדבר מסוים חייבין להחזיר לא מיירי רק לגבי רבית וכן פירש מיי' בדבריו וכן תראה דמיי' וטור וסמ"ג לא הזכירו דין זה דהניח להן אביהן דבר מסוים וכו' רק גבי דין רבית ולא גבי דין גזילה והכל עולה יפה מיהו מ"ד יאוש כדי קני א"ש הכא גם לומר דאם הוא דבר מסוים צריך להחזיר דהא לדידיה לאחר יאוש אינן חייבין

להחזיר אם הוא בעין כמו שכתבנו דלדידיה פירוש המשנה דר' אושעיא דאמר גזילה קיימת חייבין להחזיר מיירי לפני יאוש ודברי המשנה לפי' רבינו מיירי אף לאחר יאוש ולכל הפירושים אם אכלום לפני יאוש חייבין היתומים להחזיר כדבעינן למימר האידנא דגזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ואפי' לא הניח להן אביהן נכסים כלל חייבין לשלם:

כתב הטור והיכא שבא לעשות תשובה להחזיר הרבית אם הוא דבר מסוים מקבלין ממנו ואם אין הרבית שלקח בעין כגון שאינו דבר מסוים אין מקבלין ממנו והמקבל ממנו אין רוח חכמים נוחה הימנו ודוקא בבא לעשות תשובה מעצמו [אז אין מקבלין ממנו שלא לנעול דלת בפני בעלי תשובה אבל עומד במרדו מוציאין ממנו בע"כ ואפילו בבא לעשות תשובה מעצמו] לא אמרינן שאין מקבלין אלא ממי שרוב עסקו ומחייתו ברבית לפי שתשובתו קשה אבל ממי שעשה באקראי מוציאין ממנו בעל כרחו:

לשון ריא"ז

ונראה בעיני שאפילו אם בא המלוה לעשות תשובה אינו חייב להחזיר לו הרבית שהוא חייב מדברי סופרים אלא מקבל עליו שלא לעשות עבירה זו יותר ופורש ממנה וזאת היא תשובתו שהרי אף רבית של תורה אין מקבלין מיד בעל תשובה כמו שביארנו:

הפוסק על פירות ונתייקרו בשעת פרעון כתב ר"ת כמו שיכול ליתן הפירות כך יכול ליתן דמיהם כפי ששוה בשעת היוקר והרשב"א כתב ודאי מעות אינו יכול ליתן אבל יכול לשום פירות שפסק עליהם במעות וליתן להם פירות אחרות ולזה הסכים הרא"ש:

כתב הטור בד"א כשפורע לו לבסוף המנה במעות דאז מיחזי כרבית אבל אם נותן לו חטים שוה מנה מותר ואפילו כשפורע לו מעות דוקא שאמר לו תחלה הריני מלוה מנה אבל אם אמר לו הלוני חטים מותר. כתב מיי' אע"פ שחכמים אסרוהו אם עבר ועשה כן מוציא ממנו מאחר שאפילו אבק רבית אין כאן והרמב"ן כתב שאבק רבית הוא ואין מוציאין לא מלוה למלוה ולא ממלוה ללוה ולזה הסכים הרא"ש ואפילו לפי זה אם רוצה לפרוע לו חטין מותר אלא שאין כופין לפרוע חטים כדי להוציא מידו:

דף לה.

כתב הטור ואם עשה שליח לפסוק והשליח לא פי' ליתן כשטר הזול והוזלו והמשלח רוצה לחזור בו אינו עומד במי שפרע שיכול לומר לו לשליח היה לך לפרש וכיון שלא פירשת לא שלחתיך לעוותי ונתבטל שליחותו וגם השליח אינו עומד במי שפרע:

מקח שנעשה באיסור כגון שהוסיף במקח משום אגר נטר או שפסק קודם שיצא השער

ולא היה לו למוכר המקח קיים ויתן כשער של היתר ואין א' מהם יכול לומר המקח בטל כיון שנעשה באיסור אלא אם קנו בא' מדרכי ההקנאות המקח קיים והרבית שבו אין מוציאין אותו מיד המוכר:

כתב הטור פי' שבשביל המתנת מעותיו נותן לו שכר בין אם דרך הלואה או דרך ממכר או שכירות אלא שאם הוא דרך מקח הוא מדרבנן וזהו אבק רבית ואינה יוצאה בדיינים וכ' הראב"ד נהי דאינה יוצאה אם תפס לוה משל מלוה [לא] מפקינן מיניה והרא"ש כתב אפי' תפס לוה משל מלוה מפקינן מיניה דאחר שנתנו לוה למלוה שלו הוא ורבית דאורייתא שהוא דרך הלואה בדבר קצוב יוצאה בדיינים:

לשון ריא"ז

הזהירה תורה שלא להלוות לישראל ברבית שנא' את כספך לא תתן לו בנשך וגו' ונשך ותרבית דבר א' הם שהרי כתיב באוכל מרבית וכתוב בו נשך שנאמר נשך אוכל כלומר דבר אחד הם שהלוה נשוך וממון המלוה מתרבה ולא חלקו הכתוב אלא לעבור עליו בשני לאוין משום נשך ומשום מרבית בין באוכל בין בכסף בין בכל דבר כגון אם הלוה לו מאה כלים במאה ועשרים או מאה קנים של בגד במאה ועשרים שנאמר כל דבר אשר ישך כשם שעובר המלוה כך עובר הלוה שנא' לנכרי תשיך ולאחיך לא תשיך כלומר לא תתן נשך לאחיך ולא אסרה תורה [אלא] רבית קצוצה שהלוה ד' בה'. הלוה לו מאה מעות או מאה ביצים במאה ועשרי' אע"פ שהוזלו עד ששוים המאה וכ' בעת שמחזיר לו כמו שהיו שוים המאה בעת שהלוהו הרי זו רבית קצוצה שאחר שעת ההלואה אנו הולכים כמו שביאר מז"ה במהדורא קמא הלוה לו מאה במאה אע"פ שהוקירו בעת שהחזירם עד ששוים השליש או הרביע יותר ה"ז מותר מה"ת אבל אסור הוא מד"ס שהרי אם הוקירו לבסוף הרי הוא כמלוה ד' בה' וזהו הנקרא אבק רבית שאינו אסור אלא מד"ס. רבית קצוצה שהוא מה"ת יוצאה בדיינין שיכול הלוה לכוף את המלוה בדין להוציא ממנו כל הרבית שלקח ממנו (אפי') [אבל] כל רבית שאין אסורה אלא מד"ס אין הלוה יכול להוציא מיד המלוה:

כתב הטור ובכרם בכה"ג אסור אפילו לאחר שנעשה סמדר או בוסר אסור למכור כל היוצא ממנו בדבר ידוע כדי שיקדים לו המעות וכן כורתי הזמורות אסור להקדים להם מעות בשביל הזמורות כדי שימכרו בזול:

כתב מיי' חבית של יין ששוה עתה דינר ומכר בשנים עד זמן הקיץ אם תארע תקלה בה שתהיה ברשות המוכר עד שימכרה הלוקח ה"ז מותר שאם אבדה או נשברה אין משלם לו כלום ואם לא מצא למוכרה ולהרויח בה היה לו להחזירה לבעלים וכן אם מכר לו

בשנים ואמר לו היתר על השנים יהיה שכרך בשביל שאתה מיטפל למוכרה ואם לא תמצא למוכרה כמו שתרצה החזיר לי מותר אע"פ שאם אבדה או נגנבה או החמיצה תהיה ברשות הלוקח ע"כ:

דף לה:

וכתב סמג דוקא חצירו אבל סוס וכליו הרגיל להשאילו מותר וכתב הרמב"ן דוקא לכתחלה שבא לדור בו אבל אם דר בו כבר כיון דחצר לא קיימא לאגרא אפילו הוא גברא דעביד למיגר אם הלוהו ודר בו אין כאן שום צד רבית ואפי' לצאת ידי שמים א"צ לתת לו ומ"מ אם א"ל הלויני ודור בחצרי הוי אבק רבית ולא מפקינן ובחצר דקיימא לאגרא אם אמר לו הלויני ודור בחצרי הוי רבית קצוצה והלוהו ודר בו הוי אבק רבית ומיי' כתב דאפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר אם הלוהו ודר בו הוי אבק רבית והרא"ש הסכים לדברי הרמב"ן והלויני ודור בחצרי דהוי רבית קצוצה אי קיימא לאגרא ואבק רבית אי לאקיימא לאגרא אין חילוק בין אם אומר כן בשעת הלואה או לאחר הלואה שאין חילוק בין קצץ בשעת הלואה להרויח לו זמן אחר ההלואה בשביל המתנת המעות ומיי' חלק שכתב הורו רבותי שהמלוה לחבירו ולאחר זמן תבע חובו ואמר הלוה דור בחצרי עד שאפרע לך חובך ה"ז אבק רבית לפי שלא קצץ בשעת ההלואה ורש"י פי' שאין חילוק ומיהו דוקא שא"ל כן בשעה שמרויח לו הזמן אבל אם כבר הרויח לו הזמן ובא בתוך הזמן ואמר דור בחצרי בשכר מעותיך שהן בטלי' אצלי לא הוי אלא רבית מאוחרת א"נ י"ל דלא מקרי רבית מאוחרת אלא במה שנותן לו לאחר שפרעו אבל כיון שאומר לו כן בעוד שהוא חייב לו אסור ובהלוהו ודר בתצירו שהוא אבק רבית לדעת מיי' אפילו אי לא קיימא לאגרא ולדעת הרמב"ן בקיימא לאגרא והר"ר אפרים חלק על רבינו בזה וכתב כיון שלא פרעו מנכין לו שיעור השכירות מעיקר החוב ולזה הסכים הרא"ש:

וגבי שכיר שאינו עבד ותקפו מספקא לי אם הדין הוא כך כמו בעבד דאיכא קצת לחלק ולומר דדוקא גבי עבד אמרינן הכי משום דאיכא האי סברא דניחא ליה לאיניש דלא ליסתריה עבדיה אבל גבי שכיר ליכא האי סברא דאדרבה איכא למימר דלא ניחא ליה לאיניש דזה מיגע שכירו כי לא יוכל אח"כ לעשות מלאכתו שיצטרך לעשות ואפילו גבי עבד אם זה העבד עושה כל מלאכות המצטרכות לרבו ובזה הזמן שזה תקפו הוצרך לרבו איזה מלאכה שיעשה עבדו שהיא נפסלת בלינה צ"ע מי קרינן ביה שלא ביטלו ממלאכתו כיון שבאותה שעה שתקפו לא היה לרבו שום מלאכה לעשות או דילמא כיון

דבתוך זה הזמן שתקפו הוצרך לו לעשות מלאכה חשיב שפיר שביטלו ממלאכתו ולשון שלא ביטלו ממלאכתו נראה שר"ל שלא ביטלו משום מלאכת הבעלים כל עוד שהיה אצל זה שתקפו דאל"כ היאך תקראהו זה נהנה וזה אינו חסר והרי זה חסר הוא כיון שהוצרך לעבדו בעוד שהוא אצל זה שתקפו וממה שאני רואה כאן דגבי לוקח בהמת חבירו או עבד חבירו ועשה בו מלאכה דאיכא חילוק בין גזל אותן או לוקחן שלא בתורת גזלנותא לא נראה בעיני מה שכתב המרדכי שם דהסוגר בהמת חבירו בבית פטור והביא ראיה מההוא גברא דגזל פדנא דתורי דאתא לקמיה דר"נ בהגוזל קמא וכו' דלדעתי אין מביאין ראיה דאיכא למימר שאני גבי עובדא דר"נ משום דנחית ליה בתורת גזלן וקי"ל דכל הגזלנים משלמין כשעת גזילה ולכך פטור אבל הכא אינו אלא מזיק את חבירו ולחייב מיהו מטעמים אחרים אפשר שיהיה פטור אבל לא מטעם שיהיה לו דמיון עם עובדא דר"נ ופשוט בפרק הגוזל קמא דף צ"ז דהתוקף בבהמת חבירו או בספינת חבירו או בכל מידי דמטלטל ועשה בה מלאכה וקלקלה ופיחתה אם אינן עומדין להשכיר אפילו נטלן על דעת שיתן בהן שכר דינו כגזלן כיון שאין דעת בעלים להשכיר ואינו משלם רק מה שקלקל אבל לא השכירות ואפילו השכירות גדול מפחתה כך כתבו מ"מ פ"ג מהל' גזילה וטור חו"מ סימן שס"ג והר"ן בשם הרמ"ה יהיב טעמא אחרינא וז"ל דאפילו נחית בה בתורת אגרא לא משלם אגרא אלא כדקיימא לאגרא וטעמא משום דזה נהנה וזה אינו חסר וכו' ע"כ ונראה בעיני דזה הטעם אינו כולל ומספיק דתינח היכא שלא בטלה ממלאכת בעלים אבל בטלה ממלאכת בעלים היאך אתה קורא זה נהנה וזה אינו חסר ולדידיה א"כ לפי טעמו בשביטל [ממלאכת] בעלים לשלם אגרא אבל כי אמרת דטעם הפטור הוא משום דהוי גזלן אז הוי פטור בכל ענין אפילו בטלם ממלאכתן כדאמרינן בסמוך דבמידי דמטלטלי פטור הגזלן מן השכירות ונראה לענ"ד דהא דמשלם פחת שפחתה וקלקלה היינו דוקא אם הקלקול והפחת הם קלקול ופחת דלא הדרי אבל אם הקלקול והפחת הם בענין דהדרי אז פטור הגזלן מן הכל דהא קי"ל כל כחש ופחת דהדר מצי א"ל הרי שלך לפניך והיינו עובדא דר"נ דלעיל ואם הבהמה או הספינה או המטלטלין שתקף ועשה בהו עומדין להשכיר וזה נוטל על דעת לשלם השכירות וקלקל אז תלוי ברצון הבעלים הואיל וירד שלא ברשות כדאיתא פרק הגוזל קמא ואין לדמות נדון זה לדר בחצר חבירו שלא מדעתו דהתם קרקע הוא דלא שייך ביה גזלה כלל מה שאין כן הכא במטלטלין דנגזלין הן ואין חילוק בין ירד להן בתורת גזלה בין ירד להן בתורת שאלה בכל ענין הוי דינו כגזלן דהא השואל שלא מדעת בעלים גזלן הוי הלכך כל שלא ירד אדעתא דשכירות הוי גזלן אפילו ירד בתורת שואל. וכתב הטור ח"מ

סי' שס"ג בשם הרמ"ה וז"ל ה"מ שעושה בה מלאכה הוא בעצמו אבל השכירוה לאחר אע"פ שנכנס בתורת גזלנות כיון דקיימא לאגרא השוכר מן הגזלן צריך ליתן השכירות לבעלים שעדיין לא קנאה הגזלן קנין גמור אלא להתחייב באונסיה נמצא כשנוטל הגזלן השכר מן השוכר ממון הנגזל הוא נוטל וצריך להחזירו לו עכ"ל והכי הביא דבריו אלו בפסקיו לפסק הלכה ואני בעניותי לא ידעתי מה חילוק יש בין עביד איהו בה מלאכה בין הרויח הוא בגזילה זו ע"י אחרים הא כל שבח דגזילה דגזלן הוי וכך שייך תקנת השבים בשבח דאתי ליה בגזילה ע"י עצמו וכבר האריך הרא"ש לבאר דמשעת הגזילה הויא הגזילה דגזלן וצ"ע ונראה דדברי הרמ"ה הם בענין שעדיין לא הגיע השבח הזה ליד הגזלן בשעה שהנגזל מוציא הגזילה מתחת ידו דבכה"ג דלא אתי השבח לידיה עדיין דלא שייך ביה תקנת השבים דליכא למימר בכה"ג קשה גזל הנאכל דאכתי לא אתאי בידיה דדמו קצת לשבח דאתי על הגזילה מחמת יוקרא שנתייקר ביד הגזלן דלא אמרינן דלשקול הגזלן זה השבח ולא חיישינן לתקנת השבים בכה"ג דאכתי לא אתאי לידיה עד שימכר ולשונו מוכיח דמירי שלא הגיע השכירות ביד הגזלן דקאמר השוכר מן הגזל צריך לתת השכירות לבעלי' אלמא דלא אתאי לידיה משמע והכי מסתברא דהא שכירו' אינה משתלמת אלא לבסוף אבל אי אתאי לידיה נראה דודאי הוי דגזלן דליכא חילוק בין שבח דאתי ליה ע"י עצמו ובין דאתי ליה ע"י אחרים וא"כ מכאן מוכח דגם במטלטלין השוכר חפץ מן הגזלן ונמצא שאינו שלו משלם השכירות לבעלים ולא לגזלן:

דף לז.

כתב הרא"ש דוקא שבתחלת הקנין פסקו שלא באחריות ועדיין לא גמר המקח כגון שנתן המעות ולא כתבו השטר ובאתרא דקני בשטרא וכיוצא באלו בכה"ג כיון שנתרצה הלוקח בתחלת המקח ליקח שלא באחריות אע"פ שאמר לו המוכר אח"כ קודם שנגמר המקח שמקבל עליו אחריות אינו תנאי כיון שלא התנה הלוקח תנאו אמרינן שלא חשש עליו אבל אם בתחלת המכר א"ל המוכר ללוקח קני לך שדי ואי טרפי לה מינך מגבינן לך שופרא וכו' הוי תנאי גמור אע"פ שהלוקח צריך לתנאי ומוכר מתנה אותו כי בודאי לא נתכוין הלוקח לקנות אלא כפי מה שפי' לו המוכר ואין התנאי מבטל המקח אא"כ התנה בכל דיני התנאי בתנאי כפול ובכל משפטיו כאשר פי' הטור באה"ע. ומיהו יש דבר שא"צ אפי' להתנות אלא כיון שאומר לו שלדעת כן מוכר ה"ל כאילו התנה כההוא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל ולא אמר כלום בשעת המכר ולא עלה ואסיקנא שם שהמכר קיים משום דהוי דברים שבלב כיון שלא אמר בשעת המכר כלום

אבל אם אמר בשעת המכר שלדעת כן הוא מוכר ולא עלה לא נתקיים המקח ואע"פ שלא התנה בפירוש:

דף לז:

כתב מיי' כל אסמכתא לא קניא שהרי לא גמר להקנותה לפיכך הנותן ערבון על המקח ואמר אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך ואמר המוכר אם אני חוזר אכפול לך ערבונך אם חוזר הלוקח קונה המוכר הערבון שהרי הוא תחת ידו ואם חזר המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו היא אסמכתא וכן כל תנאי שמתנין בני אדם ביניהם אפי' שהן בעדים ובשטר אם יהיה כך או אם תעשה כך אתן לך כך וכך או אקנה לך בית זה ואם [לא] יהיה או לא תעשה כך לא אקנה לך ולא אתן לך אע"פ שעשה לא קנה שכל האומר אם יהיה או לא יהיה לא גמר והקנה שהרי אין דעתו סומכת שמא יהיה או לא יהים ע"כ והראב"ד השיג עליו במה שכתב שהמוכר קונה את הערבון מפני שהוא בידו וכן פי' רש"י שאף הלוקח אינו מוחל אם חוזר בו וכמה שכתב אם יהיה ואם לא יהיה ולא חילק בין היכא שהוא בידו אם לאו וזה תימה דבגמ' מחלק בזה ור"י חלק בו ופי' דבר שאינו בידו והוא תלוי ביד אחרים כגון האומר קני לי יין ממקום פלוני או כיוצא בזה ואם לאו תתחייב לי בכך וכך אסמכתא היא דלא גמר ומקנה דשמא לא ירצו המוכרים למכור לו היין שהיה לו לקנות לפיכך לא גמר ומקנה אפי' אי לא גזים ודבר שאין בידו כלל ואין דבר תלוי לתלות בו לומר דאדעתא דהכי התנה שהוא סבור שמא יבא לידי כך כגון משחק בקוביא וכיוצא בו שאינו יודע אם ינצח אם לאו ואפ"ה התנה ודאי מספק גמר ומקנה בד"א בשותק במעות מוכנים אבל אם הם שותקים באמנה אין מוציא ממנו מה שהפסיד והמתנה על דבר שבידו לעשות אי לא גזים כגון אם אוביר ולא איעבד אשלם במיטבא לא הוי אסמכתא ואי גזים שאמר אשלם אלפא הוי אסמכתא דלא גמר ומקנה ולא משלם אלא מה שהפסיד לפיכך כשהמוכר מצוה ללוקח על תנאי אם תעשה לי דבר פלוני תקנה הוי אסמכתא כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר אלא ביד הלוקח:

ופשוט פ"ד וה' דף מ"ה דאע"ג דאמרינן דהנותן מעות בדבר שיודע בודאי שאין אותן דמים יכולים לעשות קנין אינו יכול לטעון שיחזיר לו מעותיו דהא היה יודע בזה קודם לכן ובודאי דגמר ונתן לשם מתנה מיהו דוקא מלתא דברור לן שהוא היה יודע בו ולא היה יכול לטעות כגון המקדש אחותו שיודע בודאי שאין הקדושין תופסין בה וגמר ונתן לשם מתנה אבל דבר שהוא תלוי דאיכא למימר שהנותן מעות טועה שהיה סבור שהקנין היה טוב ונמצא בהפך אז לא אמרי' דגמר ויהיב לשם מתנה דאיכא לומר דטעה

דלאו כ"ע דיני גמירי ומשום הכי אמרו שם התוספות דהקונה שור שנגמר דינו הוי מקח טעות אפי' דידע שנגח ושנגמר דינו לפי דאיכא למימר שהוא לא היה בקי בדין זה דשור הנסקל והיה סבור שיכול להשהותו לעשות בו מלאכתו או אפי' לשוחטו סבור דשרי ונראה דהוא הדין לכל כיוצא בזה:

ופשוט פ"ד וה' דף מ"ה דאיכא למימר דהמתנה תנאי או המקבל עליו לעשות דבר פלוני לא קבל עליו כל הצדדין שבאותו הדבר דהא מי שהכיר בשור שהוא נגחן וקבל עליו שמירת נזקיו אם הוזק השור פטור השומר משום דאמר סתמא דמלתא כי קביל עליה נטירותא דנזקין למה שהוא מוחזק מקבל עליו דהיינו להזיק אחרים וזה אסיק אדעתיה ולזה נתכוון והלכך אם הזיק חייב אבל שיוזק הוא מאחרים לא אמר דקיבל עליה דלא מסיק אדעתיה הך מלתא שהרי אין שור מתיצב לנגדו מפחדו הלכך נראה בעיני דכל כי האי מלתא דאיכא למימר דלא אסיק אדעתיה אז בשעת התנאי ויש פנים לומר דלא אסקיה אדעתיה דבודאי לאותו דבר לא נתכוון בתנאי ולא קבלו עליו:

דף לח.

לדעת רבינו ולדעת ר"ת באתרא דמסלקי [בלא] נכייתא הוי רבית קצוצה ויוצאה בדיינים ובנכייתא הוי אבק רבית ואין היתר לשום משכונא אלא כעין משכון דסורא ולדעת רש"י באתרא דלא מסלקי שרי אפי' בלא נכייתא ובאתרא דמסלקי בלא נכייתא הוי אבק רבית ובנכייתא שרי והרא"ש הסכים לדעת רש"י וכן היא דעת מיי':

כתב הטור וכל מה דכתיבנא הוא במשכן שדהו שפעמים אינו עושה פירות הלכך מות' בנכייתא שנכנס בספק שמא לא יעשה והוה קרוב לשכר ולהפסד אבל במשכן בית וחצר שפירותיהן דהיינו הדירה מצוי תמיד כתב רש"י שאסורין אפילו בנכייתא וכ"כ מיי' ור"י ור"ת מתירין גם בבית שפעמים נופל הבית או נשרף וא"כ חשיב שפיר קרוב לשכר ולהפסד והרא"ש הסכים לדעת רש"י ואפי' לדעת ר"ת נוכל לומר אם כותב לו אחריות על שאר נכסיו אסור שאם יפול הבית או ישרף מיד יפרע משאר נכסיו ונמצא שאין כאן הפסד ועל מה שנוהגים האידנא שראובן ממשכן בית לשמעון ולוי שוכרו משמעון וראובן נשאר בבית ופורע השכירות לשמעון ע"י לוי השוכר כתב הרא"ש בתשובה אני אוסרו אבל רבית קצוצה לא הוי כיון שלא פסק לו רבית על ההלואה וגם אם יפול הבית או ישרף יפסיד שמעון מעותיו ולכתחלה יש לאוסרו ואין לדיין להשתדל בו ע"כ ולא ברור לטור הא טעמא שכתב אם יפול הבית או ישרף יפסיד שמעון מעותיו שכיון שכותב לו אחריות על נכסיו ודאי לא יפסיד מעותיו ומדברי הרמ"ה יראה שהוא רבית קצוצה

ויוצאהבדיינים שכתב גבי המלוה לחבירו על שדהו וחזר וחכרה לו בדבר קצוב שהוא אבק רבית וה"מ דלא אתני בהדיה מעיקרא כי משכן גביה אדעתיה דליהדר וחכר ליה מיניה או אגר ליה מיניה בכך וכך אבל אי אתני בהדיה מעיקרא רבית קצוצה היא ויוצאה בדיינין ל"ש אתני בהדיה דחכר ליה איהו מיניה ל"ש חכר ליה אחר היכא דמתחייב לשוכר או לחוכר למפרע מאי דפרע למלוה בדילי' ע"כ וכ"ש מה שנוהגים עתה שהלוה נותן משכונות בקרן והשוכר בפירות דהוי רבית קצוצה:

כל משכונא אין הלוה יכול לסלק המלוה תוך שנתו ומכאן ואילך תלוי במנהג כדפי' לעיל ובמקום שנוהגים שאם לא יפדנה לזמן ידוע כגון בתחלת כל שנה ושנה או ט"ו ימים קודם שתכלה השנה שוב לא יפדנה אותה שנה כתב הראב"ד דחשיב אתרא דלא מסלקי כיון שאינו יכול לסלקו בכל שנה אחר שיעבור הזמן והרא"ש כתב דחשיב שפיר אתרא דמסלקי כיון שיכול לסלקו בתחלת השנה ואפילו באתרא דלא מסלקי פשוט הוא מן הפוסקים דכל משכנתא באתרא דמסלקינן כי הני משכנתא דעבידי הבעלי חנויות בגלילות הללו שהלוה מסלק למלוה כל אימת דבעי דבכולהו מצי המלוה לכוף ללוה לפדות משכונו והכי כתב הרא"ש פ' איזהו נשך וז"ל מכאן יש ללמוד דמשכנתא באתרא דמסלקי על המלוה לכוף הלוה לפדותו בכל עת כמו שהלוה יכול לסלק המלוה כך המלוה יכול לומר ללוה פדה המשכון והוסיף הרא"ש לבאר בתשובותיו והביא דבריו הטור ח"מ סי' ע"ג דבכל ענין מצי המלוה לכוף ללוה שיבא לפדות משכונו ואם לא יפדנו מצי למוכרו שכתב וז"ל המלוה לחבירו על משכון סתם והוא דוחה מיום ליום יתבענו בפני עדים שיפרענו ואח"כ יעכבו דאילו היה תובעו לדין היו נותנין לו זמן ואח"כ ימכרנו בשומת ב"ד וביאר עוד בתשובה דמי שיש בידו משכון א"צ להביא בעל המשכון לפני הדיינים ולהזהירו שיפדה משכונו אלא לאחר שיזהירנו בינו לבינו שיפדה משכונו ואם לאו שימכרנו יקח ב' שמאים וישומו המשכון כמה הוא שוה למכור בשוק וימכרנו וכו' עד ויפרע לו המלוה מה ששוה יותר על חובו עכ"ל הרי להדיא דכל עוד דלא בעי לוה לפדות משכונו מצי מלוה למכור אותו מיהו צריך שישום אותו בפני שנים וימכרנו בפני עדים או ב"ד והכי איכא למשמע מדברי' מיי' פי"ג מהל' מלוה ולוה דאם יש לו למלוה חוקים מאת המלך דכל מי שנותן משכון בידו ואינו פודה אותו תוך שנה שיהיה של מלוה לחלוטין דמדינא דמלכותא כל שעבר השנה על המשכון ולא פדאו הלוה אין זקוק המלוה להודיעו כלום ללוה ויכול הוא למוכרו דהוי הלוה כאילו מותרה ועומד מתחלת השנה ודכוותה כתב הר"י ב"ר פרץ והביא דבריו המרדכי פ' הגוזל בתרא וז"ל כתב הר"י ב"ר פרץ ישראל המלוה גם לישראל חבירו על המשכון אין המלוה זקוק לשומרו יותר

משנה מלמוכרו ולגבות הלואתו בדינא דמלכותא גבי מלוה לעובד כוכבים ברבית ועשה מעשה כזה וכו' הרי דכיון דדינא דמלכותא הוא שכל מי שלא יגבה משכונו תוך שנתו שיכול המלוה למוכרו וא"צ להזהיר הלוה כלל על זה אלא ימכרנו להדיא מבלי הערה אחרת כלל ועיקר ולפי דעת הר"י ב"ר פרץ דס"ל דינא דמלכותא דינא אפילו בשאר עניני ממון וקי"ל כדבריו מסופקני דאם המשכון הוא שוה יותר ממה שהלוהו עליו אי מצי הישראל המלוה לעכב כל דמי שויו בידו כיון דמדינא דמלכותא זכה בו דהכי מפורש בחוקי המלך להדיא או דילמא כיון שהמשכון של ישראל הוא צריך להחזיר ללוה מה ששוה יותר המשכון מדמי הלואתו ואין לומר דודאי צריך שיחזיר לו מה ששוה יותר ואין דין המדינה מועיל שיוכל להחזיק בידו הויתור ההוא אע"ג דגבי עובד כוכבים מועיל מטעם דאי תימא דחוק המלך מועיל לו לזכותו בההוא ויתור מטעם דד"ד א"כ נימא נמי שיהיה כח בידו ליקח גם ממנו רבית אע"פ שהוא ישראל שגם חוק המדינה מזכהו לקחת רבית מן העובד כוכבים דזה אינו דודאי גבי רבית אין לומר דחק המדינה מזכהו לקחת רבית מן הישראל מכמה טעמים חדא דלא אמר דד"ד אלא בדבר חק ונימוס וגזירה וכיוצא בזה השייכים בדינים שהן דיני ממונות אבל תקנות השייכים באיסורא אינן שייכות לדינא דמלכותא ועוד דגם גבי מלכא אין מה שמרשה ליהודי ליטול הרבית מן דינא דאדרבה ס"ל דחמסנותא הוא אלא רשות בעלמא הוא דקא יהיב ליה כמוזכר בחקים ונמוסים הללו אבל מאי דגזר מלכא שכל מי שלא יבא לגבות תוך שנתו שיהיה של מלוה לחלוטין הוי דינא השייך בדיני ממונות ודין הוא דכי היכי כשהמשכון הוא רע ואין המלוה מצי למכרו כדי הלואתו הוי פסידא דמלוה ה"נ כשהוא טוב ומרויח בו הוי פסידא דלוה הלכך שייך שפיר לומר בו דד"ד וקצת הדעת נוטה דלהוי של מלוה לחלוטין כל עוד שלא פדהו הלוה תוך שנתו מטעם דד"ד ודברי הר"י ב"ר פרץ בזה מפרשים להאי גיסא ולהאי גיסא וצ"ע:

דף לט.

ובדין טרשא נראה כי הא דמעשים בכל יום הלוקחים מאת רעיהם תכשיטים או בגדים ביותר מכדי שויים הנראה לעין שליש וגם פעמים הכפל ע"מ לשלם כשישאו אשה נראה כי דין זה הוא בפירקין הרי"ף ומיי' פ"ת מהל' מלוה ולוה וראב"ן הסכימו דלית הלכתא כטרשא דר"נ והרשב"א והרא"ש ונמוקי יוסף וטור יו"ד סימן קעג כולם הסכימו דהלכה כרב נחמן שמותר למכור שוה חמש בשש בשביל המתנת המעות ובלבד שלא יפרש אם מעכשיו ואם לאחר זמן בפחות וכן פירש"י. וסמ"ג וטור כתבו דהא דטרשא

דרב נחמן שרי היינו דוקא למכור שוה ה' בו' אבל להעלות הניכר הרבה אסור דודאי כה"ג ידוע לכל שבשביל המתנת מעות מעלהו כ"כ ואסור ואע"פ ששאר הפוסקים לא זכרו חילוק זה נראה דיש לנו לפסוק כדברי סמ"ג וטור שרבו דברי הראשונים וחלקו כך והאידנא שהסוחרים קונין באשראי אפילו שוה ה' בעשר היינו משום דעביד לימצא מיד איש שיקנה גם הוא ה' בעד ו' ובכה"ג התיר ראבי"ה והביאו הגהות המרדכי פ' הרבית דבריו כי ראבי"ה אוסר למכור בשעת הזול כבשעת היוקר ואעפ"כ כתב וז"ל ומה שנהגו מימי קדם לתת מעילים בזמן גדול בכך וכך דמים ובשעת היוקר זהו מפני שקצבתם במזל אם יבא שר בעיר ויחמדם יעלה בדמיהם יותר מכדי שויים וכו' אלמא דבכה"ג שתלוי במזל שרי ה"נ ל"ש וע"ז סמכו הסוחרים שלנו לקנותם שוה ה' בי' וכן סמ"ג יהיב טעם להיתר שוה חמש בשש באשראי משום שמיד ימצא מי שיקנה אותו בו' אבל בי' לא התיר מפני שאינו מצוי מי שיקנה בי' מיד הא אם מצוי שרי והאידנא מצוי הוא והלכך נהגו הסוחרים להקל א"נ לפעמים שאפילו כדיהיב ליה מעות מיד ליד ואינו רוצה המתנה כלל מ"מ קונים שוה ה' בי' מהאי טעמא שמוצא מיד מי שיקנה אותם בערך גדול וא"כ אפילו לוקח שוה ה' בי' באשראי אין כאן אגר נטר שאינו ניכר כלל שבשביל המתנת מעות מעלהו כיון דרגילות הוא עכשיו שאפילו עם המעות קונה שוה ה' בי' מיהו דוקא בסוחרים שקונים ומוכרים שייך כל הני טעמים אבל באיש שאינו סוחר נראה דודאי אסור כיון שקונה שוה ה' בי' ואולם אחרי כי נדון זה הוא מנהג ומעשים בכל יום יש לנו להשתדל בכל עוז לתת טעם למנהג וזה מה שראיתי אני די"ל כי היכי דאמרינן פרק הזהב דף נ"א גבי אונאה דבע"ה המוכר כלי תשמישו אין לו אונאה אם נתאנה דאילו לא הרבה דמים לא היה מוכר כלי תשמישו וכתב שם המרדכי בשם ר"ת דה"ה אם נתאנה בעה"ב בקנינו אין לו אונאה מהאי טעמא דמאני תשמישי יקירי ועביד בעה"ב שקונ' מאני תשמישי טפי הרבה אלמא עביד איניש דמוסיף הרבה על המקח מכדי שויו כשהוא מאני תשמישיה א"כ גם בנדון דידן על כרחנו לומר דאע"פ שקונה החתן שוה חמש בעשרה בעד תשמישו אע"פ שקונהו באשראי לא מתחזי כאגר נטר כיון דבלאו אשראי נמי כדיהיב מעות מיד ליד עביד דמוסיף על מקחו טפי דיקיר עליו מאני תשמישין של בעה"ב וכ"ש החתן שקונה תשמיש שחביב עליו להתנאות בו ביום חתונתו דודאי אינו מקפיד על תוספת שויו אפילו היה נותן המעות מיד ליד והלכך לא מתחזי כאגר נטר אע"פ שקונהו באשראי טעם זה נ"ל לתת למנהג:

דף מ.

וגבי ההיא דנותן מעות לחבירו לקנות לו חטין וכו' שהביא המרדכי תוספתא בלשון הירושלמי פ' הגוזל קמא משמע דהמבטל כיסו של חברו כגון שנתן לו מעות לקנות לו פירות ובאחרונה אמר לא לקחתי אין לו עליו אלא תרעומת אבל אם חברו מרויח במעותיו כגון שידוע שבמעות זה קנה איזה סחורה או הלוה ברבית וכיוצא בזה דהשתא זה נהנה וזה (אינו) חסר כי זה היה צריך למעותיו להרויח בהן וזה מעכב אותן ומרויח בהן אז חייב לשלם לו כל שהרויח בהן הראוי לבא לחלקו מבעל המעות וכן עשו מעשה הפוסקים באחד ששלח מעות לביתו להרויח בהן ועכב השליח הכסף כשנתיים והגבו ממנו בעל כרחו הריוח מאותן המעות (חייב לשלם) גם היכא שמבטל כיס חברו והוא אינו מרויח בהן איכא פלוגתא ועיין פ"ק דב"ק. בדין נותן מעות לשלוחו לקנות חטין וקנה שעורים או איפכא דאיתא פרק הגוזל קמא דף ק"ב איכא פלוגתא הר"ן שם כתב בשם הרא"ה דנותן מעות לשלוחו לקנות לו מידי ושינה בשליחותו והותירו דמי המקח ששינה בו הריוח לאמצע אפי' אין לזה הקונה שותפות כלל אלא שהוא שליח גרידא והטעם דהשליח ששנה ע"י שינוי וע"י המעות בא שם הריוח והלכך שקיל חלקו בשבח כאילו היה לו שותפות בעסק זה ונראה דנוטל השליח החצי מהריוח כי לענין גרם הריוח הרי הוא שותף עם בעל המעות כאילו יהיה לשליח חצי מהמעות במקח זה ולבעל המעות חצי המעות במקח זה והרי"ף ומיי' פ"ק מהל' שותפין וסמ"ג עשין פ"ב והרא"ש וטור ח"מ סי' קפ"ג וכל הפוסקים דכשהוא שליח ואין לו שותפות כלל בעסק זה דאם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לבעל המעות דהא שלוחו הוא ואין לומר דיחשב כגזלן במה ששינה ממה שאמר לו כדי שיאמר שיוכל השליח לתת מעותיו ולסלקו מן המקח כשיש ריוח דאין זה גזלן בשינוי זה תדע דהא התלמוד קורא אותו שותפות אף לאחר ששינה דכשיש לו שותפות עמו אומר התלמוד דאם שינה הריוח לאמצע אלמא אע"פ ששינה לאו גזלן הוא כך נראה דכתב הרא"ש שם ואם נתן לו מעות לקנות סחורה ידוע והלך וקנה סחורה אחרת וטוען שקנה לעצמו ולכך שינה זו היה מעשה בפראג"ה ודנו הריב"ם וחכמים אחרים שישבע השליח דלכך נתכוין ויהיה כל הריוח שלו ואין בזה משום משים עצמו גזלן אי מטעם שכתב שם הגהת הרא"ש וא"ז דלפי דעתו דשליח שרוצה לשלם המעות למשלח היתרא עבד ונראה דדוקא בכה"ג ששינה מדעת בעלים הוא דאמר דנאמן השליח שנתכוין לקנות לעצמו דהשינוי שעשה הוי רגלים לדבר דכך הוא וע"י השינוי נמי יורד המקח לרשותו אבל אם לא שינה מדעת בעלים איכא פלוגתא כשטוען שקנה לעצמו אי מהימן אי לאו ועי' בב"ק דף קט"ז שותפין שעמד עליהם גייס

וטרפן ועמד א' מהם והציל אם חבירו יכול להציל אע"פ שזה אומר לעצמי אני מציל לא זכה בחלק חבירו אלא איהני ליה האי מלתא דאמר לעצמי אני מציל שכל מה שיציל עד כדי חלקו שיש לו באותו עסק הוי שלו לגמרי כאילו נחלק השותפות מעיקרא והוברר שזה שהציל היה שלו דכגון זה שיש איבוד ממון שותף חולק שלא מדעת חבירו והוי כל שהציל עד כדי חלקו שלו אבל אם הציל יותר מכדי חלקו הרי הוא של חבירו דלמה יזכה בחלק חבירו מאחר שגם חבירו יכול להציל וליכא כאן הפקר ויאוש כלל ועיקר ועל מה שהציל יותר אפשר דלא שקיל שכירות כלל דכיון דהוא מבני השיירא כן אורחייהו דבני השיירא לטרוח הא' בשביל חבירו בלא שכירות כן פירש"י והטור חו"מ סי' קפא והרא"ש בהלכה שם פרק הגוזל בתרא וכן עיקר ואפשר דגם מיי' פי"ב מהלכות גזילה ופ"ה מהלכות שותפין הכי דעתיה דלפי האמת כיון שהאמירה זו אינו כחולק העיסקא עם חבירו בשלמא בשלו שיציל יזכה אלא מה שיציל יתר על חלקו ממאן יזכה והלא גם חבירו יכול להציל ואין כאן הפקר כלל וכדי שלא יהיה פלוגתא בין הראב"ד ושאר פוסקים נ"ל דפי' כשאומר לעצמי אני מציל הוי כך וזה דאם הם יכולין להציל להההיא שלא ע"י הדחק וזה אמר לעצמי אני מציל עד כדי חלקי הוי לעצמו אבל הציל יותר הרי הוא של שותפין דממאן יזכה אע"פ שאמר איהו לעצמי אני מציל לא הועיל באמירתו לעשות חלק החברים הפקר כיון שיכולין להציל בלי דוחק אבל הועיל לחלוק השותפות ואם אינן יכולין להציל רק ע"י הדחק וזה אומר לעצמי אני מציל והריני מוסר עצמי לסכנה להציל והם שתקו ולא אמרו אף אנו נמסור נפשנו להציל אז ודאי אסוחי מסחי דעתייהו וגלו בדעתם שאבדה התקוה מלהציל דהא לא היה להם אפשרות להציל אלא אם ימסרו נפשם ולא רצו למסור מעתה איגלאי מלתא בדברי זה שאמר להם לעצמי אני מציל שהם נתיאשו לגמרי מן הכל כאילו לא היו יכולים להציל כלל וחשיב הפקר וזה שהציל הציל לו והוי כל מה שהציל שלו לגמרי אפילו הציל הרבה יותר מכדי חלקו דלא שייך למימר הכא שחולק עם השותפין באמירה זו דהא הם נתיאשו מן הכל באמירה זו ותו אין להם חלק באותו ממון כי הפקירוהו ואצ"ל אם מתחלה לא היו יכולין להציל כלל דודאי מה שהציל זה הציל לעצמו וא"צ שיאמר לעצמי אני מציל זה הפי' הנכון הנראה בעיני גבי שותפין כשאומר לעצמי אני מציל וכשקדם והציל ולא אמר לעצמי אני מציל אם הם יכולין להציל להדיא ה"ז הציל לאמצע שהרי לא גלה בדעתו שרוצה לחלוק השותפות ואם אינן יכולין להציל רק ע"י הדחק אעפ"כ הציל לאמצע דכיון שלא אמר לעצמי אני מציל יכולין חביריו לומר אילו הודעת לנו היינו מוסרים נפשנו להציל ולא נתיאשנו ולא הפקרנו ונמצא שאינו זוכה מן ההפקר גם אינו יכול לזכות כדי חלקו

דהא לא אמר דבר שגילה דעתו שרוצה לעשות חלוקה הלכך הציל לאמצע ויש לפרש דברי סמ"ג עשין ע"ד דקאמר שרוצה לעשות חלוקה דאם לא יכולין להציל לאמצע שר"ל שלא היו יכולין להציל רק ע"י הדחק דאילו לא היו יכולין להציל כלל וזה עמד והציל אפי' לא אמר כלום זכה מן ההפקר והוי הכל שלו ולפ"ז יש להתיישב דברי הראב"ד שהביא שם המ"ע פי"ב מהל' גזילה על האי בבא שחשבה מגדול עוז השגה ולדעתי כי אינה אלא פי' על דברי מיי' וכוונת הראב"ד לומר דהא דאמר מיי' דהציל לאמצע בשלא אמר כלום היינו דוקא כשיכולין להציל או ע"י הדחק או להדיא אבל אינן יכולין להציל כלל אפי' לא אמר כלום הוי הכל שלו אבל אין כוונתו לומר דדוקא כשיכולין להציל ולא אמר כלום לא חילוק השותפות וכשאינן יכולין להציל כלל אפי' בסתם חילוק השותפות ותו לא דזה אינו ודאי דליכא למאן דאמר כשאינן יכולין להציל כלל דלא להוי הפקר רק הוא הפקר וכל הקודם זוכה וכן נראה דעת המ"מ שאינה השגה שהרי לא הביאה ולפ"ז יתיישבו כל הפוסקים היטב ולא יהיה כאן מחלוקת כלל ולעולם היכא דאיכא למימר שחלק שלא מדעת חבירו לכ"ע צריך שיאמר לעצמי אני מציל והיינו שתמצא בהגהות מיי' פ"ה מהל' שותפין ובמרדכי בשם ראבי"ה דאם אין עדים בדבר שאמר כן נשבע שלא הציל אלא לעצמו וזוכה עכ"ל. אמנם נראה דמדברי ראבי"ה אלו יש קצת להוכיח דהא דאמרי' שותף חולק שלא מדעת חבירו ר"ל דכיון שאמר לעצמי אני מציל אפי' לא אמר כן בפני השותף אלא שאמר כן בפני עדים סגי דלא בעינן רק שנדע שקודם שהתחיל להציל לא היה דעתו רק אממון דידיה דוקא והלכך כי ליכא עדים בדבר משתבע דלהכי נתכוין וסגי אבל היכא שאמירתו שאומר לעצמי אני מציל עושה ממון חבירו הפקר כגון שיכולין להציל ע"י הדחק וזה אומר לעצמי אני מציל אז צריך שיאמר לו בפניו לעצמי אני מציל דזיל בתר טעמא אמאי עושה אמירה ממון חבירו הפקר משום דכיון דבפניו אמר לעצמי אני מציל אסוחי מיסח דעתיה מאחר ששתק ולא מצי תו למימר אילו הודעתני הייתי מוסר עצמי כמו שכתב הרא"ש שם להדיא א"כ אם לא יאמר כן בפניו לעצמי אני מציל אכתי יוכל הלה לומר לא הפקרתי ממון שלי כי אילו הודעתני הייתי דוחק ומציל. כד"ן:

דף מב.

כתב הטור והאידנא אפי' סתמא נמי ככתוב דמי שהרי הן דנין כדיננו וכתב הרב יצחק קראקוזא ונראה למורי היכא דלא קבל עליה שלא לתבוע הערב תחלה ונעשה לו ערב ופורע בשבילו צריך לשלם לו כל ההפסד דדוקא לכתחלה הוא דאסור אבל דיעבד ישלם

כל ההפסד כיון דמחמתיה קא פסיד ע"כ ואינו נראה דכיון שיש בו צד איסור למה נחייבנו לפרוע באיסור ודאי כל הפסד שבא לו מכחו כמו שאנסו או כיוצא בזה צריך לשלם אבל לא נאמר לו תן רבית כתב הראב"ד דה"ה נמי עובד כוכבים שלוה מישראל ברבית שאין ישראל רשאי להיות לו ערב אא"כ התנה עם העובד כוכבים שלא ידחנו אצל הערב כל זמן שיש בידו לפרוע שאם לא כן ה"ל כמלוה לישראל הערב ואם קבל עליו מותר אע"ג דכי לית ליה שקיל מישראל קרן ורבית:

לשון ריא"ז

התנה עמו שהעובד כוכבים לא יגבה מן הערב אלא כשאינו מוצא נכסים ללוה כדיני ישראל ה"ז מותר ליכנס לו ערב שאין העובד כוכבים נותן מעותיו מתחלה אלא על דעת לגבות מן הלוה ונראה בעיני שאין כל הדברים הללו אמורים אלא כשהיה רבית מפורש בשטר שכתוב בו שהלוה לו ד' בה' אבל אם כלל הרבית עם הקרן וכתב בו שהלוה לו חמשה מותר ליכנס לו ערב אע"פ שהוא גובה מן הערב תחלה כמב"ה וכן נוהגין היום רוב העם:

כתב הטור ישראל שאמר לעובד כוכבים לוה לי מעות מישראל בשמך ומה דיהבית ליה קרנא ורווחא עלי והמלוה לא ידע שבשביל הישראל לקח אותם ולבסוף נודע לו לדברי ר"ת ז"ל שאין שליחות לעובד כוכבים כלל מותר כיון דאין שליחות לעובד כוכבים אינו שלוחו של הישראל ואין למלוה עסק אלא עם העובד כוכבים ולפירש"י שיש שליחות לעובד כוכבים לחומרא הרי הוא שלוחו של הישראל ואסור ור"י התירו אף לדברי רש"י ואפי' עשאו הלוה שליח בפירוש ויש עדים בדבר וכתב הרא"ש לדברי ר"י אין היתר בדבר אלא למלוה לפי שאינו יודע שהוא לצורך הישראל אבל הלוה שיודע שלקחה לצורכו הרי שלוחו הוא ואסור לפרש"י. ישראל שנתן משכונות לעובד כוכבים ללוות עליו מישראל ברבית כתב ר"י ז"ל שהוא מותר לו ליקח הרבית אפי' הלך העובד כוכבים ופרע לישראל קרן ורבית דמסתמא לא שביק היתרא ואכל איסורא ואקנייה ניהליה משכון לעובד כוכבים ועובד כוכבים קנייה במשיכה וכל מה שנותן לישראל בשביל העובד כוכבים הוא נותן וכתב סמ"ג ולפי זה עובד כוכבים שמשכן בחובו ומשכן המשכון לישראל ברגית אסור לו ליקח הרבית מישראל בעל המשכון שזה ודאי לא הקנהו לו ומדברי הרא"ש ז"ל יראה שגם זה מותר ועיין בטור באורך:

ראובן שאמר לשמעון לקחת ממני רבית מיד ליד ושמעון משיב לא לקחתי אלא ע"י העובד כוכבים נאמן. כתב הרא"ש בתשובה שנאמן בלא שבועה אבל אם משיב איני יודע אם נתת לי מעולם מעות ברבית צריך לישבע על אותן המעות שטוען ראובן שהלוה

אותם לו ברבית שאינו יודע שנתנם לו מעולם:

לשון ריא"ז

המקבל מעות מישראל חברו להלוותן לעובד כוכבים ברבית ומביא הרבית מן העובד כוכבים לבעל המעות ה"ז מותר שאינו מלוה משלו ואינו גובה משלו אלא שומר הוא עליהן בין על המעות שמלוה בין על הרבית שגובה מן העובד כוכבים ואם היו באחריות המקום ה"ז אסור אא"כ היה המקבל נוטל חלקו בשכר יותר ממה שנוטל בהפסד כמב"ה. וכן נראה בעיני שאם הביא ישראל משכונו של עובד כוכבים לישראל חבירו ומלוה עליו ברבית בשביל העובד כוכבים ולאחר ימים אומר שהוא שלו הואיל והודה מפיו בתחלה שהוא של עובד כוכבים ובחזקת של עובד כוכבים הלוה לו זה ברבית הודאת פיו כמאה עדים ואפי' אם יבאו עדים אין העדים נאמנין לבטל הודאתו במה שחייב עצמו וכבר הפסיד את משכונו בהודאתו ולא יקבל זה רבית מידו הואיל ואמר שהוא שלו לא יעכב המשכון עד שיבא העובד כוכבים ויטלנו ויתן לו הרבית שלו כמב"ה ואם היה מכיר בו המלוה מתחלה שהמשכון שלו ועושה עצמו כמי שאינו יודע על זה נאמר ויראת מאלהיך שהוא מכיר לבבך ויודע מחשבותיך:

דף מב:

התוס' שם פרק המניח הסכימו דשטר שיש בו רבית ולא זקף הקרן עם הרבית דמצי לגבות בהאי שטרא ממשעבדי הקרן דאין העדים שחותמין תחתיו נפסלים משום דחתימו אהאי שטרא שיש בו רבית ואפי' היא רבית קצוצה דאורייתא משום דלא תשימון עליו נשך למלוה ולוה משמע להו לאינשי ולא סברי העדים דלאו דלא תשימון עליו נשך קאי אדידהו וסברי דלא עבדי אסורא בחתימה זו והוו להו שוגגים והלכך עדותן עדות וחשיב מלוה בשטר לגבי קרן ולא מבעיא אם היו אנוסים מחמת נפשות דהוו עדים מעליא וכ"כ הרא"ש שם ומרדכי וטור חו"מ סי' נ"ב וטור יו"ד סימן קסא והיכא שאין הרבית מפורש בשטר אלא שזקף הקרן עם הרבית לדברי הרמב"ן גובה את הקרן ממשעבדי דהא עדים לא היו יודעין שהיה רבית בשטר וא"נ נפסלו העדים [כגון] דידעי שהיה הקרן נזקף שם ברבית מ"מ גובה הקרן מבני חרי והתוס' והרא"ש ומרדכי וטור חו"מ סימן נ"ב כולהו קים להו דאינו גובה [לא] את הקרן ולא את הרבית כיון שאין הרבית מפורש בשטר והרא"ש התיר בתשובה במשכון שבידו מהעובד כוכבים לקבל דמיו מיד חבירו והרבית שעלה עליו עד היום אף אם אינו מוכרו לו אלא מוסרו לידו ע"מ ליקח הרבית מן העובד כוכבים דלא חשבינן לרבית שנותן העובד כוכבים לישראל שני

כאילו נותנו מכח ישראל הראשון אלא בשביל משכונו הוא נותנו לו שאצל מי שנמצא משכונו הוא פודהו ואינו נותן בשליחות של ישראל הראשון וכ"כ בעל העיטור ואם אח"כ יאמר הראשון לשני אינו אמת אלא שלי הוא והחזירהו לי בחנם ישבע השני שכך אמר לו הראשון ולא יחזיר לו המשכון לעולם אא"כ יבא העובד כוכבים שיעידנו ואם לא יבא העובד כוכבי' ימכרנו והוא שלו אפי' שוה הרבה אבל ישראל הבא לחבירו ואמר לו הלוני מעות על משכונות אלו שהן של עובד כוכבים והלוה לו או שאמר לחבירו הלוני מעות ברבית ואני אשלח לך משכון ע"י עובד כוכבים והעובד כוכבים הביא משכון למלוה והוליך המעות ללוה כל זה הוא רבית קצוצה. ומשכונו של ישראל ביד עובד כוכבים כתב בע"ה שאסור לישראל להלות ברבית אא"כ אמר ישראל בעל המשכון לעובד כוכבים קני מעכשיו המשכון אם לא אתן לך עד יום פלוני וכתב הרא"ש ואינו נראה דמאי נפקא מינה שאין המשכון לעובד כוכבים וכי אסור להלוות לעובד כוכבים על משכון של ישראל ואפי' אם הלוה העובד כוכבים לישראל ברבית מותר לישראל להלוות על אותו משכון ברבית ולקבל מהישראל הרבית שחייב לעובד כוכבים שהרי הישראל השני לא הלוה לראשון כלום אלא לעובד כוכבים ובמקומו הוא לקבל הרבית מיד הישראל:

ופשוט בפ' הגוזל קמא מההיא דאמר התם פחתו [פחתו] לו הותירו הותירו לאמצע שדקדקו הפוסקים משם ראיה שיכול אדם להלוות לחבירו מעות בהיתר למחצית שכר שיהיה כל אחריות על הלוה ויאמר לו חצי השכר יהיה שלך ומהחצי השני תעכב העישור או פחות או יתר כפי הענין לשכרך ויאמר לו שילוה על המשכונות של כסף או של זהב שאין להם שמירהאלא בקרקע וישימם בקרקע ועתה אם הלוה בענין אחר אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע כמו שהתנה בחטין ולקח שעורים ואין בענין זה איסור רבית ליחשב קרוב לשכר ורחוק להפסד מאחר שאם היה עושה מה שצוה לו היה קרוב לזה ולזה ואין לומר שישלם כשעת הגזלה משום ששינה מדעת בעלים והרי הוא גזלן כי אינו נחשב גזלן במה שמשנה ממונו לדבר אחר שאם היה זה נחשב גזלן לא היו חכמים אומרים הותירו לאמצע אלא ודאי נחשב לענין זה כשליח גמור מאחר שאינו מתכוין לגזול אלא מתכוין לטובת הבעלים כדי שישתכר בדבר והוסיף המרדכי לומר דהמלוה מעות כה"ג יש לו להתנות שאם יצטרך המקבל מן המעות להוציא אותם לצרכו שיחזיר אותם בקרוב ויזכה אותם למפקיד ע"י אחרים וילוה אותם במעות הראשונות כלומר שהמעות שיקח מהמעות אלו שלקח בהלואה להוציאם לצרכו הרי הוא חפץ שהמעות שבשכר הם מלוים יהיו בזכות המלוה במקום המעות האלו שמוציא לצרכו

בענין שלא יעמדו מעות המלוה ברשותיה כלל ויקבל מהם הריוח שאם לא היו המעות בסחורה היאך יתן הרבית על מה שהוציא הרי משלו הוא נותן ואם לא לקח רשות להוציא כשיצטרך להחזיר הרי שלח יד בפקדון והרי הן מלוה עליו ואינן בחזקת בעלים וא"כ רבית הוא מכאן מוכח דהנותן מעות בתורת עיסקא ע"מ לסגלם בחנויו' כנהוג עתה בינינו ולא הרויח כלום באותם מעות שאינו חייב ליתן מהם ריוח כלל למלוה אם לא התנה עמו כאמור ואפשר דלכך נהגו לכתוב בשטרות שהלוה מקבל עליו שלא יעמדו ברשותי' כלל ועיקר ומ"מ אם אין ללוה משלו (ומלוה) שנוכל לומר שזיכה אותם למלוה במקום מעותיו ולא הרויח במעות אלו כלום אינו חייב לתת כלום מן הריוח ולא דמי למבטל כיס חבירו כי זה מדעתו נתנה לו להרויח בהם אם ימצא ואם לא ימצא איך כאן מבטל כיסו ואע"פ שהוא חסר אין זה נהנה ואין זה מזיק לו מאחר דאיהו מדעתיה יהבינהו ניהליה לכוונה הזאת:

דף מג.

אם יצא השער בשוק יכול ללוות סאה בסאה פי' אפי' אין לו מעות ללוה והראב"ד ז"ל כתב שאין יכולין ללוות על סמך שער שבשוק אא"כ יש לו מעות ללוה וכתב הרא"ש אפי' לפי דבריו א"צ שיהיה לו רק דמי סאה אחת כתב מיי' האי דשרי ללוות סאה בסאה כשיש לו או כשיצא השער דוקא כשלא קצב זמן הפרעון אבל אם קצב לו זמן אסור והרא"ש לא חלק בזה:

כתב הר"ר אשר בתשובה הלוה לחבירו חטין ועשה עליו שטר מכך וכך סאין וטוען הלוה שאין לו לפרוע אלא דמי החטין כשעת הלואה אם יברר המלוה שיצא השער בשעת הלואה או שהיה לו ללוה אפי' סאה אחת צריך שיתן לו חטין אף אם הוקרו ואם לא יוכל לברר ישבע הלוה שלא היה שער בעיר וגם [לא] היו לו חטים וישלם דמיהם כפי ההלואה ואם יתחייב לו חטין וההלואה היתה במקום אחד והתביעה במקום אחר והחטים יקרים במקום התביעה יותר מבמקום ההלואה יתן לו בשוין במקום ההלואה וכתב הראב"ד שלא התירו כשיש לו אלא ללוות סאה חטין בסאה של חטין אבל סאה חטין בדוחן אסור אע"פ שהן בשער א' ויש לו דוחן:

בפירוש חמרים מעלין ממקום היוקר כבמקום הזול איכא פלוגתא בין רבינו ומיי' והראב"ד וכתב הטור דאפי' אין נותנין להם שכר טורח ההבאה ואפי' אין אותן המעות מאדם חשוב שיפטרו המכס בשבילו ופירש"י אפי' אחריות ההבאה על החמרים ור"י פי' צריך שיהיה אחריות ההבאה על נותני המעות אבל אם האחריות על החמרים אסור

ודוקא בתבואה מותר לחמרים לעשות כן אבל לא בסחורה אחרת ואפי' בתבואה אדם חשוב שצריך לדקדק במעשיו לא יתננה להם וכן בפירוש מלוים תבואה לאריסין לזרע איכא פלוגתא בין רש"י ותוס':

דף מד.

שלשה שעשו שליח לאחד ונתנו לו כל א' מעותיו שיקנה להם אם כל אחד נותן לו צרור כספו לבדו למי שיקנה במעותיו הוא שלו וכתב מיי' אע"פ שהיה בלב השליח שיהיה זה המקח לכולם ואם נתנו לו המעות מעורבין מה שיקנה הוא בין כולם לכל אחד לפי מעותיו גם בזה כתב מיי' אפי' שהיה בלב השליח שיהיה של האחד לבדו וכן אמר הרמ"ה אפי' אמר להדיא דלפלוני זבין לא קנה וה"ר ישעיה כתב ואם קודם שקנאו הוא מפרש בהדיא אע"פ שמתחלה קבל המעות לקנות ביחד זה קנה לבדו שהרי חזר בו משליחותו ולא רצה לקנות אלא לזה והרשות בידו ע"כ והכי מסתבר לשון הרמב"ם שלשה שנתנו לא' מעות לקנות להם מקח אם המעות מעורבות וקנה במקצת הדמים המקח לכולם היה כל א' מעותיו צרורין וחתומין לא קנה אלא זה שקנה במעותיו ע"כ ולפ"ז אינו תלוי במה שנתנו לו המעות הן מעורבין או כל אחד לבדו אלא בשליח תלוי הדבר אם הוא קנה בהן מעורבין או בשל כל אחד ואחד וכן פירש רש"י:

ראובן שקנה שדה משמעון ואמר שהוא שלוחו של לוי שיכתב לו השטר בשם לוי ואחר כך אומר לעצמי קניתיו ומבקש משמעון שיכתוב לו שטר אחר על שמו אין מחייבין לשמעון שיכתוב לו שטר אחר ואם אומר לעדים תחלה בפני המוכר יש לכם לכתוב לי שטר אחר על שמי כופין אותו לכתוב שטר אחר אע"פ שלא אמר למוכר ע"מ כן ומן התימה על מיי' פ"ב מהל' שותפין ושלוחין שלא הזכיר זה שיועיל מה שאמר לעדים דוקא אפי' לא אמר למוכר ואפי' לא אמר ע"מ אלא שכתב ואם התנה עמו בתחלה וכו' דמשמע דאין כופין אותו אם לא התנה עמו בפירוש והוא תימה אם אין שם טעות וצ"ע כי א"א לומר שיחלוק על תלמוד ערוך ונראה מלשון רש"י התם דאם אין ללוקח רק השטר שנעשה על שם לוי ולוי בא ואומר שהשדה הזה הוא שלו וכי קנאו במעותיו דצריך ראובן להביא ראיה לסלק מעליו הטענה מלוי ואין מועיל מה שיאמר המוכר דראובן קנהו במעותיו מיהו אם יש ביד ראובן שטר שכתוב על שמו אע"פ שיש גם השטר הכתוב על שם לוי אין בטענת לוי ממש כי שטר זה האחר הוא ראיה שלא נכתב השטר בשם לוי רק לפנחיא בעלמא מאחר ששני השטרות הם ביד ראובן ומעמידין השדה ביד ראובן וכן אם אין לוי טוען רק שהשדה הוא שלו מפני שהשטר כתוב על

שמו וזכה בהן באותה אמירה אבל מודה הוא שהמעות שקנה בהו ראובן אינן שלו וכן שמעון המוכר אומר כי ראובן קנה ממנו במעות שלו אז אין בטענת לוי כלום כמו שכתב הטור ח"מ סי' ס' וכמו שנבאר בהל' מלוה ולוה בס"ד. ונראה דדוקא בכה"ג שהשטר הוא ביד ראובן והלוה מודה שקבל מראובן וגם ראובן שנכתב השטר בשמו אינו מערער לומר שהמעות היו שלו אבל אם שמעון אומר שהמעות היו שלו אז אין צריך ראובן להביא ראיה כדמשמע מלשון רש"י ז"ל דאילו לא היה שטר מכר בשם ראובן בידו היה שמעון יכול לומר שהשדה היה שלו ומיהו כששמעון מודה שהמעות הם של ראובן אם הוא חב לאחרים בהודאתו אינו מועיל אם לא בראיה והכי איכא למשמע מדברי הטור ח"מ סי' ס' שכתב וז"ל ראובן שהוציא שטר שכתוב בו שלוה שמעון מלוי וטען ראובן שלוי שלוחו היה ובשליחותו הלוה וכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו ושמעון טוען לאו בעל דברים דידי את שהרי אין לך הרשאה מלוי ולא מכר שטר זה לך ולא נתנו לך אם הודה לוי לראובן ששלוחו היה הרי נתגלה הדבר שממון זה של ראובן היה והוא המלוה והלוה נשתעבד לו אע"פ שלא נכתב השטר בשמו וכופין הלוה לפרוע לו ויפטר בכך שלא הוצרכו כתיבה ומסירה אלא למי שבא לזכות ממונו לפי שלא היה לו בו זכות עד עתה אבל כאן שזה מודה לדבריו ואינו חב לאחרים בהודאתו יש לנו להאמינו לפיכך אם בא לוי למחול ללוה אינו יכול למחול לו כיון שיש כאן מסירה והודאה זכה ראובן בשלו דכאילו הלוה ראובן לשמעון מידו לידו וא"צ הקנאה חדשה עכ"ל משמע הא אם היה חב לאחרים בהודאתו אין מאמינים לו וגם אם לא היה השטר ביד ראובן לא היינו מאמינים לו שהמעות היו שלו אם היה השטר ביד שמעון שנכתב בשמו ומערער עליו הלכך פנקס של יתומים שהיה להם אפוטרופוס ומצאו כתוב בפנקס שלהם ראובן חייב מנה דהשתא החוב נכתב בשם היתומים ובא לוי ואמר כי המעות הם שלו ואפוטרופוס היתומים הלוה אותם בשם היתומים לאיזה טעם גלוי אליו כנהוג עתה שיש מקומות שאין להם רשות להלוות לעובדי כוכבים כולם אלא אחד מהם לפעמים מריצין מעות אצל מי שיש לו רשות שילוה בשמו ויכתבם בפנקסו כדי שלא יענישוהו החצר והאפוטרופוס היתומים אומר דכן הוא כדברי לוי כי הוא שלוחו וכתב בפנקס של היתומים לפנחיא בעלמא והיתומים אומרים כי הם אינן מאמינים לו רק המעות הם שלהם נראה דמדינא צריך ראובן להביא ראיה לזה ואין בהודאת האפוטרופוס כלום כיון שהוא חב ליתומים ואפי' היה חוב זה עם ישראל וקבל המעות מיד ראובן והחוב כתוב אצל שמעון כיון שהחוב אצל שמעון והשטר מהשעבוד אע"פ שמודה הלוה שקבלם מיד ראובן אינו מועיל כלום דאפשר דראובן היה שלוחו משמעון מאחר שהשטר כתוב

על שם שמעון והוא אצלו ומיהו היכא שהלוה קבל המעות מיד ראובן ומודה שקבלם מידו יכתבו החוב בפנקס היתומים או בפנקס האפוטרופוס והודיע הדבר לאפוטרופוס והאפוטרופוס אומר כי המעות הם של ראובן ולא של יתומים אז נראה דמהימנין ליה לאפוטרופוס בזה דחשיב כאילו הפקידו השטר חוב בידו כיון דידוע שהמעות קבלם מיד ראובן ומ"מ גם בזה איכא לפקפק דאי משום הודאתו דבע"ח לא איריא דכיון שהוא חב לאחרים בהודאתו אין לנו להאמינו דדלמא קנוניא עשו ביניהם ואפשר לומר דלעולם איכא למהימניה לאפוטרופוס בכל מה שיאמר שהיה שליח ראובן להלוות לו מעותיו בין שיאמר שכתב החוב בפנקס לפנחיא בעלמא בכל מהימנינן לי' דהא האמינוהו ב"ד או אביהן של יתומים עלייהו והרי הוא חשוב כאביהן של יתומים להאמינו בכל מה שיאמר ודוקא כשהוא בחיים או צוה בשעת מותו על זה אבל מת האפוטרופוס ומצאו היתומים כתוב דבר זה אצלם ולא ידעו דבר מזה אז ודאי הדין עם היתומים ועל המלוה להביא ראיה שהמעות הם שלו או להטיל חרם סתם וכיוצא בזה והמרדכי דסנהדרין פרק זה בורר כתב בשם מהר"ם על יתום שתובע את בעל אמו שבאו לידו מעותיו ושהיה כותב שמו עליהם והלה טוען להד"ם או טען אמת שכתבתי שמך עליהן ולא מפני שהם שלך אלא שלא להשביע עצמי נתכוונתי או להערמה אחרת ישבע בעל אמו שהוא כדבריו ושלכך נתכוון ויפטר דמוכח להדיא שכל שהכתיבה אצל המלוה אין הכתיבה מזקת לו מיהו צריך להביא ראיה או לישבע לאמת ועוד נדבר בזה בס"ד:

דף מה.

אם הלוה נותן לו יותר מדעתו בשעת הפרעון שלא התנה עמו ואינו אומר לו שנותנו לו בשביל רבית אסור אע"פ שרש"י מתיר בזה וגם מיי' כתב להתירו ולא נהירא להרא"ש ואפילו אם אומר למלוה אני מוחל לך הרבית ונותנו לו במתנה אסורה והגאונים כתבו שאם מחל הלוה למלוה רבית שלקח או שעתיד ליקח אע"פ שקנו מידו או נותנו לו במתנה אינו כלום שכל רבית שבעולם מחילה אבל התורה לא מחלה ואסרה מחילה זו לפיכך אין המחילה מועלת כלום ואפילו ברבית של דבריהם ומיי' חלק על זה וכתב שהמחילה מועלת והרא"ש כתב ודאי אם לקח ממנו רבית וצריך להחזירו לו מועלת מחילה לפוטרו כמו בכל גזל אבל בשעת לקיחת הרבית אפילו אם אמר אני נותנו לך במתנה אסור לקבלו:

רבית מאוחרת לאחר שהחזיר מעותיו היה משלח לו והיה אומר בשביל מעותיך שהיו בטלות אצלי יראה שאינו אסור אלא כשמפרש שבשביל זה משלח לו אבל בסתם מותר

ובסמ"ג כתב דבדבר מועט מותר בסתם שאינו ניכר שבשביל ההלואה הוא עושה אבל בדבר מרובה אפי' בסתם נמי אסור:

דף מה:

בתוס' כתבו פרק המניח דאם היה הרבית שמפורש בשטר רבית קצוצה שהיא מדאורייתא דאעפ"כ לא נפסלו העדים בכך משום דקסברי העדים דליכא איסור לדידהו למחתם על הרבית דלאו דלא תשימון עליו נשך אמלוה ולוה משמע להו והוו שוגגים בחתימתן זו ולא נפסלים והרמב"ן כתב דנפסליה העדים בכך וצ"ע אי דוקא אמר הרמב"ן דנפסלו כשיהיה רבית דאורייתא דבדידיה שייך לאו דלא תשימון עליו נשך אבל ברבית דרבנן לא מפסלי כיון שאין מרויחין כלום או אפילו בכל ענין מפסיל להו ודברי הרמב"ן הביאם נימוקי יוסף פרק איזהו נשך ומ"מ פ"ד מהלכות מלוה ולוה והרא"ש מסכים לדעת התוס' וכן המרדכי וטוח"מ סימן ל"ד ונ"ב ואע"פ דעל לאו דלא תשימון עליו נשך אין העדים לוקין מ"מ איסורא דאורייתא איכא ואפי' על איסור דרבנן אמר דעדים נפסלים מדרבנן ונראה דלאו דוקא צריך שיהיו העדים חתימין על השטר דרבית לפוסלן למאן דאית ליה הכי אלא אפילו העדים מעידים על פה שהיו עדים על הלואה זו שיש בה רבית הן נפסלין דחתימתן בשטר אין בו נפקותא רק לענין גביית השטר למאן דאית ליה דאין נפסלין אי גבי ממשעבדי או מבני חרי או אי גבי קרן כשזקפו עם הרבית או לא אבל בענין אחר לגבי העדאת עדים אין נפקותא כלל והיינו שחילק הטור בכתיבת דין זה בי"ד סימן קסג ממה שכתבו טוח"מ סימן ל"ד ונ"ב:

ומסופקני אם מי שהיה עד על דבר איסור שאינו רבית דאין בו לאו דלא תשימון עליו נשך אם נפסל בכך כיון שהיה עד על דבר איסור או דילמא דוקא הכא גבי איסור רבית אמר הכי משום שיש בו לאו דלא תשימון ואם אמרת דבכל עדות דאיסור נפסלין העדים משום דהכא הוה סלקא דעתין שהיו נפסלין העדים גם ברבית דרבנן דלית ביה לאו דלא תשימון כדמשמע מדברי הרא"ש פרק המניח א"כ כשהיה עד בדבר איסור שיהא נפסל אליבא דכ"ע יהיה כשר משום שכל המעיד בדבר איסור ברור שאין איסור עליו באותו דבר דכיון שהוא אינו עושה מעשה איסור כלל רק שהוא עד בדבר ומ"מ נראה שאם העדים שחתומין ומעידין במלוה ברבית ידעי דאיכא איסורא להיות עד בדבר דנפסלים הן אליבא דכ"ע ואם דין העדאת רבית ודין שאר איסורין שוין אף בשאר איסורין אם ידע דגם עליה איכא איסורא להיות עד נפסל בודאי וערב דרבית נמי לדברי הרמב"ן נראה דכיון דאיכא איסורא להיות ערב דרבית נפסל הערב להיות תו עד ולדברי הרא"ש

שם פרק המניח משמע דדוקא עדים לא נפסלו אבל ערב נפסל ומיי' פ"י מהלכות עדות מסכים לדעת הרא"ש וכן סמ"ג לאוין ק':

אלא שיש על החוזר תרעומת בשביל הטורח ומיהו כתב ר"ת אם משך בעה"ב כלי אומנות שעושין בו המלאכה נגמר קנין השכירות ואין בעה"ב יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן:

ופשוט פ' הגוזל בתרא דהאומר לחבירו בא ועשה לי מלאכה פלונית ונדר לו בשכרו באמירה בעלמא בלא קנין יותר מכדי שכר טרחו אם זה הפועל מפסיד במקום אחר ע"י שמתבטל ממלאכה אחרת כ"כ כמו שהתנה זה עמו ה"ז צריך לתת לו כפי שהתנה עמו אע"פ ששכירות זה הוא יותר מכדי טרחו ולא מצי למימר משטה הייתי בך ואם אינו מפסיד במקום אחר כ"כ כמו שהתנה זה ליתן לו אינו נוטל רק שכר טרחו דמצי למימר משטה הייתי בך ויש דברים ג"כ שנוטל כפי שהתנה עמו אפי' אינו מפסיד כ"כ כמ"ש לעיל עש"ב דין שכירות השדכן והרפואות והשבעות משדים והסרסורין כי שם כתבתים בס"ד וכתב שם המרדכי דכל פועל זוכה בשכירותו אחר שגמר מלאכתו אפי' לא היה שם קנין על תנאי השכירות וכ' בתשובת מיי' מהל' נזקין סי' כ"ב דלאו דוקא פועל דודאי איהו קני לשכירות ולא הוי אסמכתא מה שנודר לו בעה"ב דבידו דפועל לעשות המלאכה אלא אפי' סרסור שאין בידו לעשות אותו דבר דמי יימר שירצה הלה לעשותו וכן האומר המבשרני שאשתי ילדה זכר יקח כך וכך דגם שם אין בידו דמי יימר דתוליד מ"מ גם באלו קנה הסרסור והמבשר וכיוצא בהן שכירותו באמירה בעלמא ואפי' היכא שנדר לו טפי משכירותו למ"ד דחייב בעה"ב לשלם התנאי גם שם קנה השכיר הכל וליכא התם אסמכתא דלא שייך למימר אסמכתא אלא כשאותו אינו מתכוין להקנות כגון האומר אם אוביר ולא אעביד וכו' דאינו מתכוין להקנות ובטוח הוא שלא יזכה שכנגדו אבל הכא גבי שכירות אם לא מרצונו הוה מקני לו מי הזקיקו לכך ובודאי דמתכוין הוא להקנות הלכך לא שייך בהו אסמכתא וזוכה השכיר בשכירותו באמירה בעלמא בלא קנין כלל. וכתב שם במרדכי ראובן שאמר לשמעון השכרתני והתנית עמי שאם אוכל לעשות שיבא פה לוי תתן לי מנה בשכירותי ועתה הבאתי והנה לוי מזומן לעשות התנאים שכתבת לי בכתבך על אודות הזיווג והנני שלוחך עתה תן לי שכרי ושמעון משיב לא נדרתי לך דבר אלא ע"מ שישא לוי אחותי והנה לא נשאה והעכוב אינו בי הדין הוא כך אם נדר לו שמעון לראובן בשכר טרחו של שליחות בעלמא חייב לתת לו אע"פ שלא קנו כדין פועלים דבגמר מלאכתו זוכה ולא בעי קנין דכיון ששכרו רק לשליח הרי עשה שליחותו ואם כדברי שמעון שלא התנה רק בגמר הזיווג אינו חייב

לו מאומה כי לא עשה שליחותו ודמי זה להההיא דאמרי' התם בגמ' ירד להציל חמור חבירו ולא הצילו דאין לא כלום כיון שלא עשה שליחותו ואפי' שכירות אותו הטורח שעשה לא יקח וישבע שמעון שלא נדר כלום אא"כ יגמר הזיווג ויפטר מהכל לגמרי:
אם אמר להם שכרכם עלי נותן להם ארבעה וחוזר ונוטל מבעל הבית מה [שההנהו] וכתב הרמ"ה דוקא עד ד' אבל יותר אינו נוטל מבעה"ב אפילו שהמלאכה שוה יותר שלא יהא עושה סחורה בפרתו של זה:
כתב הטור שכרם מבעה"ב בעצמו בסלע ונתזלזלה המלאכה והראה להם בעה"ב פנים זועפות ופייסוהו בדברים אינו יכול לומר לא נתפייסתי אלא על דעת שתפחתו בשכרכם כפי הזול שהם יענו לא פייסנוך אלא לדעת שנעשה מלאכה טובה וכן עשינו:

דף מו.

וכתב הרא"ש לאו דוקא הלכו ולא הלכו אלא ה"ה נמי אם הלכו ולא שהו כל כך שעדיין מוציאין להשכיר עצמם שאין להם עליו אלא תרעומ' וכן אם לא הלכו ועכבם עד שאין מוציאין להשתכר צריך ליתן להם שכרם כפועל בטל אלא אורחא דמלתא נקט דמסתמא כשלא הלכו מוצאין להשתכר ומשהלכו אין מוצאין ומיהו לפעמים יבא נפקותא במה שהלכו אם הוא בענין שאינו מוצא להשתכר ואף אילו לא הלך לא היה מוצא להשתכר במקום אחר ואם הלך הוה ליה כאילו התחיל במלאכה ואין בע"ה יכול לחזור בו ואם חוזר בו צריך ליתן לו שכרו כפועל בטל ואם לא הלך חוזר בו ואפי' תרעומת אין לו עליו א"נ כגון שאר פועלים נשכרים בג' והוא נשכר בד' כיון שהלכו ה"ל כאילו התחילו ואין יכול לחזור בו ואינו יכול לומר השכירו עצמכם כשאר פועלים אלא צריך ליתן להם כפועל בטל כפי התנאי הגדול שפסק עמהם או ישכירו עצמם כשאר פועלים והוא ישלים להם כתנאי שפסק עמהם ומיי' כתב אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים אין לו לפועל כלום דמה היה לו לעשות לא ביקר אותם מבערב נותן להם שכרם כפועל בטל וכ"כ הרמ"ה דכיון שלא ראה אותה פשע כתב הר"ר יואל הלוי מי ששכר מלמד לבנו וחלה התלמיד אם אינו רגיל באותו חולי או אפי' אם רגיל והמלמד מן העיר ומכיר בו פסידא דמלמד אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו כגון שאינו מן העיר פסידא דבעה"ב הוא ונותן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל דכל בעלי תורה שאין לומדין הבטילה גורם להם שכחה ודמי לאוכלוסי דמחוזא דכי לא עבדי חלשי ונראה דבעלי בתים הרבה ששכרו מלמד אחד לשנה ולאחר ג' חדשים שהתחיל המלמד עלה בדעת אחד מהם לחזור בו בלי שום טענה אחרת והמלמד אומר אנא הא קאימנא תן

לי הבנים ואני אלמדם או תן לי שכרי משלם עד סוף כל השנה כי אינני מוצא להשכיר עצמי במקום אחר וגם אם אומר לילך לא אוכל כי שאר בעלי בתים שהשכירוני גם הם כמוך אינם רוצים לפוטרני ני"ל דהדין עם המלמד ולא מבעיא לדברי רבינו יואל שהביא המרדכי דבריו בפ' האומנין דהיכא דמת הנער בחצי שנתו דיכול המלמד לתבוע כל שכרו דמצי למימר ליה הב לי בנך ואלפיניה שנראה מדבריו דאפי' דאיכא אונס לא נפטר בכך הבעה"ב כ"ש היכא דליכא אונס אלא אפי' למהר"ם ורוב הפוסקים דס"ל דהיכא דחלה הבן ומת שפטור בע"ה במה שלא למד היינו טעמא משום דאיכא אונס אבל כי ליכא אונס ליכא למ"ד שלא יתחייב בע"ה לתת לו שכרו משלם ולא כפועל בטל דכל לומדי תורה כשאינן לומדין הבטילה גורם להם שכחה ודמי לאוכלוסי דמחוזא דכי לא עבדי חלשי כמו שכתב המרדכי שם פ' האומנין וטוח"מ סי' ש"ל ולא מבעיא היכא דמתחיל שנתו דודאי דמי לפועלים שהלכו אצל המלאכה ולא מצאו דנותן להם בעה"ב שכרו משלם כדאי' בפירקין הלכה רווחת וליכא דפליג אלא אף אם לא התחיל שנתו דדמי לשלא הלכו הפועלים במקום מלאכה ובבוקר אמר בעה"ב שחזר בו דאמרי' בפרקין דלית לפועל על בעה"ב אלא תרעומת כבר פר"י היינו דוקא כשמוצא להשתכר במקום אחר אבל כשאינו מוצא להשתכר במקום אחר אפי' לא התחיל במלאכה אין בעה"ב יכול לחזור בו ואפי' היכא שהשכירו לב' שנים והתחיל במלאכה שנה ראשונה ותיכף התחלתו בעה"ב רוצה לחזור בו משנה שניה אע"פ שנותן לו שכר שנה כיון שאומר לו שמשכירו בעד ב' שנים כתב המרדכי סוף מס' ב"מ שאין בעה"ב יכול לחזור בו שכיון שהתחיל שנה ראשונה גם שנה שניה הוי בכלל שנה ראשונה והוי כאילו רוצה לחזור בחצי הזמן שאינו יכול ואע"ג דליכא קנין בדבר שכיר לא בעי קנין ע"כ מצורף כי רבים הם שהשכירו המלמד דאפילו אם יחיד יכול לחזור בו רבים אינם יכולין לחזור בהם וכיון שאין רבים יכולים לחזור בהם פשיטא שאין יחיד שבתוך רבים יכול לחזור והכי כתב המרדכי סוף ב"מ:

שאלה להרא"ש ראובן קבל משמעון בגד לארוג ח' אמות בדינר וכשהתחיל לארוג אמר שהמטוה גרוע וגזים לו להניח מלאכתו אם לא יוסיף לו ומפני חשש זה נתרצה לו להוסיף שכרו ד' אמות בדינר ועתה יורנו רבינו אם שמעון חייב ליתן לו התוספת כי מחשיבו כדבר האבד דקי"ל שוכר עליהן או מטען ל"ש פועל ול"ש קבלן כי אם היה מניחו כך לא היה מוצא אומן שהיה נכנס למלאכת חבירו וה"ל כדבר האבד. תשובה כיון שקבלן אינו יכול לחזור ואם חוזר בו ידו על התחתונה יכול להטעותו ואפי' בדבר שאינו אבד אם אינו מוצא פועל אחר לשכור:

שאלה ראובן אומר לאומן עשה לי כך וכך דבר פלוני ואקחנו ממך ועשה אותו האומן ואומר לראובן ליקח המלאכה ואם לא יקחנו מיד תפסד וראובן אומר איני צריך לה. תשובה חייב ראובן לפרוע לאומן כל הפסדו משום דינא דגרמי מידי דהוה אהלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לתה נותן להם שכרם כיון שהפסידו על ידו מלאכת היום הכא נמי ע"פ דבורו הפסיד:

דף מז:

שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד ונתנו ערבונות לקנס שמי שיחזור בו שיזכה חבירו בערבון לא יאמר אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על ממון שאתחייב לך אם אחזור בי דבכה"ג לא זכה במשכון כל זמן שאינו חייב לו כלום אלא צריך להקנות לו בסודר דלא כאסמכתא ובב"ד חשוב כדי שיתחייב לו מן הדין אם יחזור בו ואז יתן לו החפץ במשכון ואז יחול השעבוד על המשכון כיון שנתחייב לו בקנס אם יחזור בו או יאמר אם אחזור בו תזכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה:

וששאלת שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב בכך וכך ממון וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא אם הקנס נגבה בב"ד דע כי אסמכתא היא הא דגזים שקבל עליו אם לא יפרע בזמנו שיתחייב בדבר שלא היה חייב בו ואסמכתא לא קניא אלא באומר מעכשיו ובב"ד חשוב אע"ג דכתיב בשטר דלא כאסמכתא לא מהניא מידי דהא חזינן דאסמכתא היא ומאי אהני דכתיב דלא כאסמכתא:

אם הוא בענין שאם היה רוצה לטרוח היה מוצא למכור שדה במנה ולא טרח ומכר במאתים מבעיא אי הוי כמו מוכר שדהו מפני רעתה ואינן יכולין לחזור בהם או לאו ולא אפשיטא וכתב מיי' לפיכך הרוצה לחזור משניהם אינו יכול לחזור בו ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשארו בידו אין מוציאין מידו וכתב הרמ"ה ה"ה נמי מי שמכר נכסיו מפני שרוצה ללכת לדור בעיר אחרת כמוכר שדהו מפני רעתה דמי כיון דלא ניחא ליה בהאי מתא אין לך מוכר מפני רעתה גדול מזה. כתב הרא"ש פי' ר"ח הא דאמרי' כי עייל ונפק אזוזי לא קני היינו דווקא דגלי מוכר אדעתיה דלא מזבין אלא משום דצריך לדמי השתא בדוחקא אבל אי מזבין לאשתלומי למחר וליומא אוחרא בלא נחיצותא מעידנא דאיתחזיק קנה וזוזי מקבל לה בתר הכי דנעשו עליו כמלוה אפילו עייל ונפיק אזוזי והראב"ד כתב אפילו קבע לו זמן לפרעון וכשהגיע הזמן דחקו לפרוע לו מעותיו וזה דוחהו גם זה נקרא עייל ונפיק אזוזי ואם לא יפרענו אז יכול לחזור בו וכתב הטור ואני אומר הכל לפי ראות עיני הדיין כי לפעמים אדם חייב מעות ומוכר

קודם זמן הפרעון שלא יראוהו דחוק למעות ויזלזלו נכסיו ואינו רוצה לקבל דמי המקח עד שיצטרך לפרוע חובו פן יוציאם וכשהגיע זמן אין לך עייל ונפיק אזוזי טפי מזה הלכך בכל עת שיראה הדיין שהוא דחוק למעות ונפיק ועייל אזוזי בטל המקח ע"כ:

והרמ"ה כתב פי' עייל ונפק אזוזי שהלך אליו לבקש מעותיו שתי פעמים ל"ש מצאו ובקש ממנו ל"ש לא מצאו רק שגלה דעתו שהלך לבקשם ופי' עוד דוקא דעייל ונפיק ביומא דאוקימו ליה לזביני או ביום שקרוב לו לפרוע דאמרינן משום דדחיקא אזוזי זבין ולא זבין אלא אדעתא לאפרועי מיד ביומיה וכיון שלא נתנו לו באותו שעה יכול לחזור אבל לא עייל ונפק ביומיה לא תלינן דמשום דדחיק זבין אפילו עייל ונפק עלייהו למחר לא מצי הדר ביה ומיהו כי עייל ונפיק ביומיה אפילו ששתק באותו פעם ולא גלי דעתיה ולאחר כמה ימים חוזר הרשות בידו ואי עייל ונפיק ביומיה תרי זמני ולא יהיב ליה וקא הדר ביה מוכר ומקמי דשלים יומיה אייתי ליה ללוקח זוזי קני ולא מצי הדר ביה דכל שפורע ביומיה כמו שפורע מיד בשעת מכירה דמי ומטלטלין דינן כמקרקעי לדבר זה שאפילו אם משך הלוקח הפירות והכניס לרשותו והמוכר עייל ונפיק אזוזי לא קני וכ"כ רב האי במטלטלין שמשכן לוקח או קנאן בחליפין אי עייל ונפיק אזוזי לא קני וכן בקרקע לא מהני חזקה אי עייל ונפיק אזוזי אלא שבזה יש חילוק במטלטלי אם הוא דבר שאינו ראוי ליחלק כגון שמכר לו חמור וכיוצא בו ונתן לו קצת מהדמים ועייל ונפיק אזוזי המקח בטל לגמרי בשביל שאינו ראוי ליחלק והמוכר אינו רוצה להיות שותף עמו אבל במידי דבר חלוקה הוא אין המקח בטל אלא כנגד מה שחייב לו ומיי' לא חלק בזה אלא שנתן למטלטלין כל דין מקרקעי והרא"ש כתב כסברא הראשונה וכתב הרשב"א הקונה דבר מחבירו וטעה במעות במניינם ולאחר זמן תבען המוכר ואמר לו המעות שנתת לי היו חסרין נקנה המקח ומשלים מעותיו אפילו אחר כמה שנים:

דף מח:

שאלה להרא"ש ראובן השכיר בהמתו לילך מאלש"ך לטוליטול"א ולהחזיר' למחרת והחזירה בו ביום וקבל ראובן לזקנים מה שעשה לו שמעון ואמרו לו לקבלה ולהשתדל ברפואתה וקבלה ומתה לסוף ח' ימים ושמעון אומר לא נתקלקלה מחמתו אולי המיתה בסממני' ובמאכל ובמשתה. תשובה אחרי שראובן השכירה לשמעון שתלך ביום א' ותחזור לב' ושמעון החזירה בו ביום מהלך ב' ימים ביום א' הרי שינה שמעון והוי כמו השוכר חמור להוליכה בבקעה והוליכה בהר ומחמת שנתיגעה נכנס בה חלשות וחולי ומתה לסוף ח' ימים וראובן שקבלה במאמר הזקנים הוי כמו ש"ח של שמעון וישבע

שלא פשע בה במאכל ומשתה ובמלאכה הוסיף השואל לשאול תבאר לי תשובתך כי לא ביארת לי כל הצורך כתבת ששמעון פשע שהוליכה מהלך ב' ימים ביום אחד מה אתה קורא מהלך שני ימים כי הדבר ידוע שמאלש"ך לטוליטול"א רוב בהמות יכולות לחזור ביומו והותר ואם הוליכה פרסה או חצי פרסה או רביע יותר ממה שהתנה יתחייב בזה משום שינוי יום אחד דבתוספת כי האי לא היה לה למות וא"כ מה גבול יש לה אם הבהמה יכולה לחזור בו ביום כך ו' פרסאות כמו פסיעה אחת וא"כ באר לי זעיר אימתי חייב לשלם אם תמות אפי' לסוף חצי שנה וכתבת וישבע שלא פשע במאכל ובמשתה ובמלאכה וכי צריך שתעמוד בחצירו מאז ועד עתה ואם רכב עליה פעם אחת שמא קלקלה ואף אם במאכל אפשר שהאכילה בפעם אחת יותר מדאי ולא ידע וקלקלה. תשובה דע כי הרבה בהמות חורשות בהרים אעפ"כ כשהתנה שיחרוש בבקעה וחרש בהרים ה"ז שינוי כי זה היה מכיר בבהמתו שלא היתה יכולה לסבול טורח חרישות הר ומחמת שהוליכה בהר אנו תולין שמההר מתה וכן בנדון זה אע"פ שיש בהמות שהולכית וחוזרות ביום א' זה שהתנה שיחזירו למחר מכיר כח בהמתו שאין בה כל כך כח לילך ולחזור ביום א' וזה ששנה פשע והמשכיר אומר מיד שלא היה רוצה לקבלה כי מכיר היה בהמתו שתחלש בזה ובזה היה הדין עמו כי כיון שפשע השוכר עליו היה מוטל לטפל בה עד שתתחזק אלא שקבלה במאמר הזקנים ונעשה ש"ח של השוכר וכיון שמתה לסוף ח' ימים הוכחה גדולה שמתה מחמת ששינה ואם היה חיה יותר היה צריך להראות בהמתו בכל יום לעדים והם יראו שמתנונה והולכת וזה שברשותו לקחה ישבע שלא פשע בה במאכל והאכילה כדרך שהיה רגיל להאכילה תחלה ועל הרכיבה מאחר שקבלה במאמר הזקנים בחזקת חולה ואמרו לו להשתדל בה לראות אם תתרפא לא היה לו לרכוב עליה כלל ואם רכב עליה כדי להשקותה אין זו פשיעה [אבל לרכוב עליה לצרכו הוי פשיעה] כי לא היה לו לרכוב עליה לצרכו כיון שקבלה בחזקת שהיתה חולה:

דף מט.

ודרך הליכתו שאמרו בחמור גבי אנגריא פירש"י שיש לו לילך באותו דרך שילכו בו אנשי המלך הלכך כיון שיש לו לילך באותו דרך אע"פ שאין דרכן להחזיר בהמה עד שיחזירו אחריהם אומר לו לך עמהם עד שימצאו בהמה אחרת ויחזירו לך זאת כי כן דרכם ור"ח פירש דרך הליכתו שפגעו בו דרך הליכתו ואם לא שפגעו בו לא היו מחפשין אחריו ליטלו הלכך יאמר לו מזלך גרם אבל אם חפשו אחריו עד שמצאו ולקחו חייב ליתן לו אחר מת החמור או נשבר שאינו ראוי עוד למלאכה בין שכרו לרכיבה בין

למשאוי אם אמר לו חמור סתם חייב להעמיד לו אחר ופי' הראב"ד ז"ל דוקא שהקנה לו בקנין דאי לאו הכי במה נתחייב לו אין כאן אלא מי שפרע והרא"ש כ' דבמשיכת החמור נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד אותו המקום א"ל חמור זה אני משכיר לך ומת אם יש בדמי הנבילה ליקח אחר לוקח ואם אין בדמים ליקח ישכור אע"פ שמכלה הקרן ואם אין בדמים לא ליקח ולא לשכור אינו חייב ליתן לו חמור אחר אלא יתן לו שכרו הראוי לו ע"כ ויש לו עליו תרעומת ומיי' חלק בחמור זה בין שכרו למשא ובין שכרו לרכיבה דדוקא לרכיבה ימכור הנבילה וישכור אחר אבל למשא כיון דא"ל חמור זה אינו חייב ליתן לו אחר אלא נותן לו שכרו של חצי הדרך ומניח לו נבלתו וטור כתב ואיני מבין מה חילוק בין שכרו למשא או לרכיבה וכן השיג עליו הראב"ד והא דאמרינן דנותן לו שכרו על שהוליכו לכאן דוקא כשמוצא לשכור במקום שמת זה או אפילו אינו מוצא לשכור אבל יכול למכור סחורתו במעט ריוח לכך צריך ליתן לו שכרו ע"כ אע"פ שאילו לא מת והיה מוליך סחורתו למקום שרצה לילך היה מוכרו יותר ביוקר אין זה אלא תרעומת אבל אם אינו מוצא לשכור חמור אחר גם אינו יכול למכור סחורתו כאן בשום ריוח אינו נותן לו כלום משכרו ונראה שכל היכא שחייב לו להעמיד לו חמור אחר כגון דא"ל חמור סתם או חמור זה ויש בדמיו לשכור אם מת בחצי הדרך ואינו מוצא לשכור אלא ביוקר גדול צריך המשכיר לשכור לו ואינו יכול לומר אחזיר לך מעותיך וכן אם ימצא השוכר לשכור בזול לא יוכל לומר אשכור לעצמי ואתן לך שכר חצי הדרך שהלכתי עמך ומדברי רש"י יראה שיוכל המשכיר לומר אחזיר לך שכרך וכ' הטור ולא נהירא דכל זמן שיש בדמים לשכור כאילו היא עדיין קיימת ואין א' מהם יכול לחזור בו: אמר לו ספינה סתם והשוכר אמר לו יין זה לדעת רבינו אע"פ שלא נתן כלום מן השכר חייב ליתן לו כולו כיון שבעל הספינה יכול לקיים תנאו ולא בעל היין וכ"כ מיי' אלא שכתב צריך לנכות לו הטורח של חצי הדרך שאינו דומה המטפל בהולכת ספינה ליושב בטל אבל הרמ"ה כתב דלא שייך למימר אינו דומה הבא טעון לבא ריקן דבטילה דהאי דאפסדתיה לספינתיה קשי ליה טפי מהיכא דעביד מלאכה ודמי לאוכלסי דמחווזא דיהיב להו כל שכרן משום דכי לא עבדי חלשי והרא"ש כתב שלא יתן לו אלא שכר של חצי הדרך ומההוא דשכר ספינה סתם והשוכר אומר יין סתם שחולקין השכירות דקדק הרמ"ה מי ששוכר חמור או ספינה למשא ידוע אין יכול לשנות למשא אחר אפילו אינו כבד ממנה וכן המשכיר חמור אין יכול לדחותו וליתן לו חמור אחר או ספינה אחרת וי"א דודאי בעלמא יכול לשנות דמה לי יין זה שהתנה או אחר אלא שמצא כאן מקום קפידא לנוח ונחה וכן דעת הרא"ש ז"ל וגבי שכר בהמה לרכוב עליו אשה כתב הרמ"ה

דוקא ששכר לאשה סתמא אבל שכרה לאשה זו אינו רשאי לשנותה לאשה אחרת אלא אם כן שכרה האשה לעצמה כגון שאמרה לו השכיר לי בהמתך שלא הוצרך השוכר לומר לפלוני זו אז יכולה לשנותה ובלבד שלא תהא כבידה יותר ממנה ואם אין השוכר בעצמו הולך עמה או שאין הבעלים בעצמן הולכין עמה אפילו מכבד לקל נמי לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר ע"כ ור"ל שהשוכר בהמה למשא ידוע אינו יכול לשנות וליתן עליו משא אחרת אפילו אינו כבד ממנה כדאמר לקמן גבי ספינה זו ויין זה אבל י"א שיכול לשנותו ובלבד שלא יהא כבד יותר וכן דעת הרא"ש ז"ל:

דף מט:

בדין מוכר בהמה לחבירו ומצאה טריפה וספק ברשות מי נטרפה דאמר המע"ה דאיתא פ"ג דחולין דנ"ח איכא פלוגתא לפרש המע"ה. הרי"ף בפ' המדיר את אשתו כתב דלעולם כשהוא ספק ברשות מי נולד הטרפות על הלוקח להביא ראיה ל"ש אם כשכבר קבל המוכר המעות מהבהמה מיד הלוקח ל"ש אם לא נתן עדיין הטבח המעות מהבהמה עליו דטבח להביא ראיה שנולד הטריפות ברשות המוכר ואם לא יביא ראיה ישלם דמי הבהמה למוכר אם לא נתנם לו כבר והכי פסק מיי' פ"ב מהלכות מכירה והרא"ש ז"ל וטור חו"מ סימן רל"ב ומרדכי פרק המדיר וכתב שם המרדכי דליכא למהימניה ללוקח כד לא יהיב דמי שיאמר ברשות המוכר נולד המום והטריפות במיגו דאי בעי אמר פרעתיך שהרי אינה טענה ודאית לומר ברשותך נולד המום ודאי א"כ הרי ידע המום קודם לכן ונתפייס וסביר וקביל הלכך לא מהימן לעולם הלוקח בהאי מיגו ע"כ וקשה לי על דברי המרדכי במה שאמר ואם טוען טענת ודאי שאומר ודאי ברשותך נולד הרי סביר וקביל וכו' וכי א"א להיות שזה יתגלה לו עתה ע"י עדים שמצא עתה שמום זה היה בבהמה זו קודם שמכרה לו המוכר והוא לא ידע בההוא שעתא שלקחה וא"כ הדר קושיא לדוכתין לפטריה ללוקח בטענתו במיגו דאי בעי אמר פרעתיך וצ"ע והרשב"א כתב דדוקא אם הטבח נתן המעות למוכר ואח"כ מוצא בו טריפות שלא נודע ברשות מי נולד עליו שהוא המוציא מעות מיד המוכר להביא ראיה אבל אם עדיין לא נתן הטבח המעות ללוקח דהשתא הוי המוכר מוציא מיד הלוקח עליו להביא ראיה וכ"כ מ"מ פ"ב מהלכות מכירה בשם אחרים וכן הביא הרי"ף ז"ל דעת זה ואם טריפות זה שנמצא בבהמה זו הוי טריפות שלא מחמת נקב כגון שנמצאת סרוכה פליגי בה אי אמרינן נמי המע"ה או לאו הרמב"ן ז"ל כתב דגם טריפות שמחמת סירכא הוי מקח טעות ודיני כדין נקובה ורבינו אפרים ובע"ה והרא"ש והטור ח"מ סימן רל"ב כתבו דדוקא טריפות

דמחמת מכה וכיוצא בו דאינו מצוי ולא סליק אדעתא דאיניש לאתנויי הוא דשייך ביה דין זה דמקח טעות אבל טריפות דמחמת סירכא דמשכח שכיח ורמו אינשי אדעתיה כיון דלא אתני ודאי אחולי אחיל ולא הוי מקח טעות וקשה לי בין לדברי הרמב"ן בין לדברי הנך רבנן דפליגי עליה דלהרמב"ן היאך יכול לעולם ליפול שיהיה בטריפות סירכא דין מקח טעות הא ליכא שם הוגלד פי המכה שנוכל לומר מקודם שמכרה לו נטרפה וא"ת דהוי ספק והמע"ה היאך יכול מעולם הטבח לברור שסירכא זו היתה שם קודם שמכרה לו זה א"א וא"כ לעולם יצטרך זה הלוקח לעמוד במקח ממ"נ וכן רבנן דפליגי עליה ואמרי דאין טריפות סירכא בכלל מקח טעות ויהבי טעמא למלתייהו משום דשכיחי ומשמע הא לא שכיח שייכא גם הוא במקח טעות והיאך אפשר והלא לעולם צריך הלוקח לעמוד במקחו כאשר פירשתי ממה נפשך מיהו לפי מאי שכתבו הפוסקים גבי גבינות שנעשו מחלב בהמה שנמצאת טריפה דאיתא פ"ק דחולין שכתבו שם דאם היתה טריפה מחמת סירכא שיש לאסור כל מה שנחלב תוך שלשה ימים דסירכא לא נעשית בפחות מג' ימים א"ש דסירכא שייכא במקח טעות להרמב"ן וגם לרבנן דפליגי עליה אי לאו טעמא שכתבו הם דהא כל סירכא א"א שלא נעשית ג' ימים קודם שחיטה כדין הוגלד פי המכה ואם נמצא בה טריפות שאין אנו אוסרין אותה אלא מחמת ספק כתב הרמב"ן דלא הוי מקח טעות דמצי א"ל מוכר ללוקח אייתי ראיה דטריפה היא ואהדרנא לך דכיון שאינן אסורות מדינא דמתני' אלא שהנהיגו בהן איסור מחמת חששא לא בעינא דמנהג הלז יגרום לי הפסד והר"ן והרשב"א [ס"ל] דאע"ג דמספקא פרשי אינשי מיניה אין לך מום גדול מזה וכיון שהמום מבטל מקח כ"ש טריפות אע"פ שאינו אלא מחמת ספק ומקבלתן של גאונים ז"ל ועיין בטור ח"מ סי' רל"ב:

דף נ.

כתב הטור שיעור משא אדם ל' קבין וקאמר בגמ' מכדי בר דעת הוא אי לא מצי לישא יותר ישליכנו וקא מתרץ אביי כשחבטו לאלתר פי' מיד נפל תחתיו רבא אמר אפי' תימא כשלא חבטו לאלתר לא צריכא אלא לאגרא יתירא שצריך להוסיף בשכרו אם הוסיף במשאו רב אשי אמר קסבר חולשא נקיט ליה וע"כ לא השליכו וכתב הרא"ש והלכתא כוותיה לאפוקי מדרבא דלא בעי ליתן ליה אגרא יתירא ע"כ וכ"כ הרמ"ה וליתא לדרבא דאוקמי לאגרא יתירא ומסתברא דלא יהיב ליה אלא נזק בלבד אבל ד' דברים לא מחייב אלא היכא דאזקיה בידים עכ"ל מיי' השוכר בהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף עליה אחת מל' על הסכום שפסק עמו ומתה חייב פחות מכאן פטור אבל נותן לו שכר

התוספת שכרה סתם אינו נותן עליה אלא משקל הידוע באותה מדינה ואותה בהמה ואם הוסיף אחד משלשים על מה שדרכה לשאת כגון שדרכה ל' סאין וטען עליה ל"א חייב ע"כ:

דף נ:

הרמ"ה כתב בהשאילני ואשאילך ושמור לי ואשמור לך או השאילני ואשמור לך דהוי שמירה והשאלה בבעלים אא"כ אמר השאילני ואשאילך למחר אבל רש"י פירש שאינו שמירה בבעלים שאין כאן בעלים של כלים במלאכתו של שומר ואפשר שדעת הרמ"ה ז"ל כשמשאיל וגם שאל ממנו כליו הרי עמו במלאכתו לשמור לו כליו השאול בידו וזה ניחא בהשאילני ואשאילך אבל שמור לי ואשאילך אין המפקיד שהוא המשאיל עם הנפקד שהוא השואל אלא כליו שאול לו ואין זה נקרא בעליו עמו והשאילני ואשמור לך אין המשאיל עם השואל כלל אלא הוא ולא כליו:

שאלה להרא"ש ששאלת שנים שהלכו בדרך ואחד אמר לחבירו השאלני גלימא שלך שהיא קלה וטול אתה שלי שהיא כבדה שאתה חזק ממני ובאו לסטים ונטלו האחד מה יהיה הדין. תשובה היינו עובדא דחד אריך וחד גוץ וחד רכוב אגמלא כו' ושאלה בבעלים הוא כדתניא שמור לי ואשמור לך השאילני ואשאילך כולן נעשו שומרי שכר זה לזה ופריך ואמאי שמירה בבעלים היא אמר רב פפא דא"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר והא עובדא הוי השאילני ואשאילך בבת אחת הלכך הנשארת היא של בעלים הראשונים ע"כ וזהו כדברי הרמ"ה:

לדברי מיי' בפי' המשניות פרק מרובה מוכח דד' שומרים אינן קונין אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיו חייבין בשמירתו ויתחייב כל אחד מהם בדין המיוחד לו ושלא יוכל שום אחד לחזור בהן אם לא קנו אותן המטלטלים באחד מהדרכים שנקנים בהן המטלטלים במקח וממכר והיינו דאמר שם כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים וכן פסק בפ"ב מהל' שכירות ופ"ק מהל' שאלה ופקדון וא"ת והלא מיי' ס"ל פ"ז מהל' נ"מ דבעל הבית שקבל עליו שמירת הבהמה חייב בניזק' דמשמע דמיד כשקבל עליו לשמור נעשה שומר והכא פסק דאינו נעשה שומר עד שימשוך וכ"כ הטור ח"מ סי' רצ"א בשם מיי' נראה דצריך לפרש דהיינו טעמא דהתם מיחייב בעל הבית מיד כשקבל לשמור משום שהבהמה היא ברשותו כמו שכתב מיי' פ"ג מהל' מכירה על דרך שתירץ הרשב"א והביא דבריו מ"מ פ"ב מהל' שכירות שכתב דהיינו טעמא דלמיי' כשאמר הנח לפני ה"ז ש"ח אע"פ שלא משך משום דמיירי שהניח לפניו בסימטא ובתוך

ד' אמותיו ולפי זה לדברי מיי' כשקבל עליו לשמור במקום שהוא רשותו חשיב כאילו משך ובאמת כי אע"פ שהטור חו"מ סי' רצ"א כתב בשם מיי' דאינו חייב עד שימשוך במקום שמשיכה קונה לא מצאתיהו למיי' בשום מקום רק שכתב בסתם כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים וכן נראה דעת הרי"ף להדיא וטור ח"מ סי' רצ"א כתב בשם ר"י והרא"ש כתב דשומרים מיד כשקבלו עליהן לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב השומר עליו אם פשע אע"פ שלא משך וכן פסק הטור ח"מ סי' רצ"א וסי' שמ"א וצ"ע על דברי הרא"ש כי בפ' מרובה פסק וז"ל ומשעת משיכה נתחייבו כל אחד בדינו ש"ח בפשיעה ש"ש בגניבה ואבידה ושואל באונסין וכן אין המשאיל והמשכיר יכולין לחזור בהם משעת משיכה עכ"ל משמע מדבריו כאן כדברי מיי' דאינו חייב באונסין עד שימשוך אלא י"ל דה"ק הרא"ש דמשעת משיכה חייב באונסין וה"ה נמי משעה שקבל עליו לשמור וצ"ע ודברי רש"י וסמ"ג עשין פ"ט מסכימים לדעת מיי' וכתוב שם בהגהת הרא"ש וז"ל ואדם המשאיל את עצמו לדבר האבד משאמר הריני שאול לך לכך וכך זמן תו לא מצי הדר ביה ואם אינו דבר האבד לא גרע מפועל שיכול לחזור בו בדבר שאינו אבד ודוקא שאמר בזה הלשון הריני שאול לך אבל אם אמר הריני מקבל עלי לעשות לך כך וכך [לא] ורפיא בידי ע"כ:

דף נא.

כל הגאונים פסקו שהמלוה על המשכון ש"ש הוא וחייב בגניבה ואבידה ופטור מן האונסין וכן פסק ר"י וכ"כ מיי' ופסקו גם כן דליתא לדשמואל דאמר האי מאן דאוזיף לחבריה אלפא זוזי ואנח ליה קתא דמגלא עליה אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וכו' אלא לא הפסיד אלא כנגד משכונו וכנגד משכונו מיהא הפסיד ל"ש משכנו שלא בשעת הלואתו ל"ש משכנו בשעת הלואתו בין הלוהו פירות בין הלוהו מעות ולשיטתם הוה פסקא הכי שאם נגנב או אבד המשכון והיה כנגד דמי החוב אין על חבירו כלום ואם החוב יתר על המשכון משלם הלוה היתרון ואין חילוק בהם אם פירש המלוה שאינו מקבל משכון אלא בכדי שויו בין אם קבלו סתם ואם דמי המשכון יתירים על החוב נותן המלוה ללוה היתרון ואם נאבד המשכון באונס פטור המלוה וגובה כל תובו אבל ר"י ז"ל פסק שהמלוה על המשכון ש"ח הוא ואעפ"כ כנגד דמי החוב הוי כאילו פירש שמקבלו בתורת ש"ש ואיתא לדשמואל ולפי זה הוה פסקא הכי אם המשכונות כנגד החוב ונגנב או נאבד יצא זה בזה ואין לאחד על חבירו כלום ל"ש משכנו בשעת הלואתו ל"ש שלא בשעת הלואתו בין הלוהו פירות בין הלוהו מעות ואם החוב הוא יותר על

המשכון הלוה הוא נותן למלוה דמי היתרון במה דברים אמורים שהלוהו סתם אבל אם פירש לא מיבעיא אם אמר בהדיא אם יפסיד המשכון שיפסיד כל חובו דפשיטא שאינו משלם לו היתרון אלא [אפי' לא אמר אלא] (אע"פ שאינו שוה) כנגד כל החוב קבלתיו אפי' הלוהו על קתא אלף זוז אם אבד המשכון אבד כל החוב וכן אם הלוהו על שני קתות אלף זוז ואבד הקתא או המשכון הפסיד חצי החוב אבד השני הפסיד חצי האחר ואם דמי המשכון יתירים על החוב אין המלוה נותן ללוה היתרון ואם נאבד באונס ישבע המלוה כדין השומרים וגובה כל חובו ולזה הסכים הרא"ש ז"ל:

דף נא:

וכתב הרמ"ה דוקא מלתא דשלטא ביה עינא כההיא עובדא דההוא גברא דהוה מעביר חבית בשוקא ואתבר ואמר רבא כיון דשכיחי אינשי בשוקא בעי לאתויי ראיה אבל מלתא כל דהו דעביד דמתרמי דלא שלטא ביה עינא כגון מאן דנקיט חפצא בידיה ואפשר דאתרע בו אונסא דלא ידעי אינשי אע"ג דרבים מצויין שם משתבע ומיפטר וכתב עוד מי שטוען טענת אונס בפקדון ומביא עדים שנאנס בידו החפץ ששאל המפקיד כגון ששואל גלימא וטוען שנאנס ומביא עדים שראו שנאנס לו גלימא אע"פ דלא ידעי אי גלימא דמפקיד הוא פטור כיון שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אמר לא זו היא ונפקד אומר זו היא נאמן בשבועת היסת ואם המפקיד אומר שמא ונפקד אומר ברי אפי' היסת ליכא והכא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי דידיה הוא אי לא שומר מהימן ע"כ:
שאלה להרא"ש ראובן הלך לירידו ואמר לשמעון הוליך לי עמך אלו המנעלים אמר לו הניחם כאן על החמור והניחם שם שמעון על החמור ולא קבלם ראובן מידו אלא כמו שהניח שמעון על החמור כך הוליכם ראובן ולא קשרם והלך לו מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים. תשובה הא דאמרינן הא ביתא קמך שאינו אפי' ש"ח זהו בבית הנפקד שהוא מקום שמשתמר אבל ראובן שנתרצה להוליך המנעלים עמו ואמר לשמעון הניחם לפני על החמור פשיטא שקבל עליו שמירה כדין ש"ח שאם לא ישמרם בדרך ודאי יאבדו הלכך דבר פשוט הוא שהוא ש"ח ופשע בשמירתן במה שהניחם על החמור בלא קשירה והפליג מהם:
כתב מיי' כל שליח שארעו אונס והפסיד נשבע על טענתו ויפטר ואם האונס במקום שאפשר להביא עדים או דבר שגלוי לכל שהרי ימצא ראיה צריך להביא ראיה ואם לאו אינו נאמן אלא משלם כההוא דיהב זוזי לחבריה למקני ד' מאה דני חמרא ואמר לו קניתים לך והחמיצו דאסקינן שזהו דבר שיש לו קול פלוני החמיצו לו ארבע מאה דני

חמרא ואינו נאמן אלא בראיה וכן הדין בכל טענה שיטעון השותף כיוצא בו והרמ"ה כתב דלא אמרינן הכי אלא בשבועת שומרין אבל בעלמא כגון בטענת פרעון והשבה וכיוצא בה דעביד איניש למפרע בצנעא אפי' יש רואה מפטר בשבועה וההיא עובדא דד' מאה דני חמרא פי' שפקדון הוה שא"ל לקנות מפקדון שהפקיד אצלו ולבסוף אמר ליה שקנאם והיו פקדון בידו והחמיצו:

לכאורה נראה שהלכה כת"ק והרמ"ה פסק כרשב"ג וכן לענין המלאכה יעשו כפי המנהג שאם נהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופם להשכים ולהעריב אפי' שמוסיף להם על שכרם כיון שלא התנה כן בשעה ששכרם בד"א שיש מנהג ידוע או אפי' יש מנהג שלא להשכים ולהעריב והוא אומר להם אני שוכר אתכם כדין תורה חייבין לצאת מביתם בזריחת השמש ולעשות מלאכה עד צאת הכוכבים ונ"ל דאין נקרא מנהג דבר שלא נעשה מעולם אם לא שבא מעשה ואופן לעשותו ונמנעו מלעשות כן כדאמרי' בבמה דוכתין על ענין הברכות וכיוצא בזה מנהג מקום פלוני שאין מברכין שהחיינו או ברכה אחרת וכההיא דפרק בתרא דתענית דאמרינן רב איקלע לבבל חזינהו דקא קרו הלל בר"ח סבר למפסקינהו שמעינהו דמדלגי ואזלי אמר ש"מ מנהג אבותיהם בידיהם וכיוצא בזה בדברים שבאו לידינו מעשה מהם ונמנעו מלעשות דהמניעה מלעשות חשוב מעשה להקרא אח"כ מנהג קבוע אם עושה כן בתדירות וראיה מהא דאיתא בע"פ דף ק' בפלוגתא דר' יוסי ורבי יהודה בהפסקה דאמר רשב"ג אם כן לא נפסוק שמא יראו התלמידים וכו' ופי' התוס' אם כן כיון שמחית לא נפסיק שמא יראו התלמידים אבל קודם שמיחה לא היה ירא שמא יראו התלמידים ע"כ טעמא דאם לא מיחה לא היה נראה שלכוונה מכוין שלא הפסיק אלא שאירע כך ולא היו התלמידים מוכיחין מההיא מעשה שיהא הדין כך אבל משמיחה ואעפ"כ עשו המעשה אלמא דיש לנהוג לדורות כך דאין ההלכה נקבעת עד שיהיה מנהג ואין לא ראינו ראיה דאי' במס' זבחים פי"ב דף קג והובאה המשנה ג"כ במס' עדיות דאמר רבי חנינא סגן הכהנים מימי לא ראיתי עור שיוצא לבית השריפה וכו' ופרש"י וז"ל אין לא ראיתי ראיה שמא לא אירע בימיו שימצא טרפה אחר ההפשט ונתן רש"י ב' טעמים לדבר. א' שמא לא אירע וא' דאפי' אירע הוא לא ראה הרי דכל שלא אירע המעשה שאנחנו באין לדון עליו אין להקרא מנהג הגם כי מהררי"ק בתשובות סימן קעב גבי סבלונות רצה להוכיח כי לא ראינו ולא שמענו הויא ראיה מההיא דבכל מערבין דף מ"א שהעיד המקשה שהוקבע הלכה כר"ג מפני שלא ערער אדם בדבר מ"מ אין זה סותר לכוונתנו דהתם נמי אעדות דשלא ערער אדם בדבר דהיינו לא ראינו הוי ראיה משום דהיה מעיד על המנהג שהוקבע ע"פ ר"ג שלא להשלים

לא ראה ולא שמע אדם מערער בעולם תדע דדעת מהררי"ק כך לומר דלא ראינו ולא שמענו מערער על המנהג שמנהג אחר המחלוקת חשוב עדות להחשיבו מנהג ולא לומר דלא ראינו לבד עוש' המנהג חדא דלשונו הכי מוכח והמעשה שהוא עליו ג"כ מוכיח כן ועוד דמדאייתי סייעתא לדבריו מההיא דבכל מערבין נדחית סברתו מהא דפי"ב דזבחים שהיא משנה שלימה וכי יחלוק על משנה שלימה אלא מחוורתא כדכתיבנא וי"ל עוד דההיא דמהררי"ק מיירי לענין סבלונות דמה שלא נראה מעולם שמחשבין הסבלונות קדושין חשיב עדות על המניעה ההיא בשעת מעשה שהוא מנהג ומביא שפיר ראיה מההוא דר"ג דגם שם מה שלא ערער אדם באותם התעניו' שבאו מע"ש ולא היו משלימין חשיב עדות דמה שלא היו משלימין היה מנהג והיינו נמי מה שכתבנו דכיון דאותו מעשה בא לידם ונמנעו מלעשותו כי התם שנמנעו מלהשלים התענית או מלהחשיב הסבלונות קדושין חשיב שפיר מעשה ומנהג ולולי כי אין משיבין הארי לאחר מיתה היה קצת נראה דאין מכאן ראיה דלא ראינו הויא ראיה דאפילו תימא דהתלמוד בא להעיד דהוקבע הלכה כר"ג מפני שלא ערער אדם בדבר מאן לימא לן דהוי זה בכלל לא ראינו דלמא לא ערער בדבר היינו הודו לו ממש דשתיקה כהודאה דמיא דהכי מצינו בכמה מקומות דכי שתיק חד לבר פלוגתיה מסתמא הוי הודאה כל שלא פירש התלמוד טעם להההיא שתיקה ועוד י"ל דהתם ר' יוחנן בן נורי העיד שהוקבע הלכה כר"ג והנהג כך כדבריו מפני שנעשה מעשה כר"ג כמו שכתב מרדכי בשם מהר"ם לגבי מסים דאין ההלכה נקבעת עד שיהיה מנהג ה"נ היה אומר ר' יוחנן שניה הלכה כר"ג מפני שכבר היה כך המנהג וכן נראה מהתלמוד דקאמר בימי ר"ג עבוד כר"ג ומה שמצינו לא ראינו ראיה גבי חזקת היישוב שכתב מהר"ם בתשובה דאנשי העיר הראויים לידע מי יש לו חזקת היישוב או לאו הולכין אחר רוב הדעות ואחרי שהרוב אומרין לא שמענו שיש לפלוני לא יוכל להחזיק התם היינו טעמא משום דלא שמענו דידהו הויא שמיעה דודאי כיון שבימיהם אירע היתר היישוב פשיטא דשמעי למי הותר היישוב ולמי לא הותר ועוד שהם שם במקום הראוי לידע ואילו כדברי זה היו לו עדים כדמוכח בדבריו דמהר"ם ז"ל דמייתי ראיה מאיסי דאמר הא איכא רואה יביא ראיה ויפטר א"נ לא חשיב מנהג דבר שנעשה פעם א' או ב' או לפרקים כמו שכתב המרדכי פ"ק דב"ב בשם רבינו ברוך דצריך שיהיה המנהג קבוע ופשוט הרבה קודם שנחשוב אותו מנהג וכ"כ מהררי"ק סימן ס"ה

דף נב:

ואם אמר לו ישראל חסום פרתי ודוש בה מבעיא אם איכא איסורא אם לא ופי' הראב"ד דלא איפשיטא ולקולא והרא"ש כתב דאיכא איסורא ופי' רש"י שהבעיא היא באומר לו חסום פרתי ודוש בה אפי' אמר דוש בה תבואה שלך דאפילו בזה איכא איסורא:

דף נג.

כתב מיי' המבטל מלאכתו ואוכל בשעת מלאכה או שאוכל בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בל"ת וכן אם הוליך בידו ממה שעושה או שנותן לאחרים עובר בל"ת עכ"ל:
כתב מיי' כדרך שמוזהר בעה"בשלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו כך מוזהר העני שלא יבטל מלאכת הבעה"ב ויבטל מעט כאן ומעט כאן ומוציא כל היום באמירה אלא חייב לדקדק על עצמו שהרי דקדקו חכמים בזימון על ברכה רביעית שלא יברכו ברכה רביעית בברכת המזון וכן חייב לעבוד בכל כחו שכן יעקב אמר בכל כחי עבדתי את אביכן לפיכך נטל שכרו בעוה"ז על כך שנאמר ויפרוץ האיש מאד:
כ' מיי' העושה במחובר כגון בוצר וקוצר אינו אוכל אלא כדי שיגמור עבודתו כגון שיבצור ויתן לסל עד שימלאנו וינפץ הסל למקום אחר ויחזור ויבצור וימלאנו ואינו אוכל אלא אחר שימלא הסל ע"כ וכתב הנוור ואיני יודע למה לא יאכל בעוד שמתעסק בבצירה וקצירה שלא אסרה תורה אלא בדבר שלא נגמרה מלאכתו אבל העושה בדבר שנגמרה מלאכתו יכול לאכול כ"ז שמתעסק בו:

דף נג:

ואפילו נזיר ועושה בענבים ואומר לבעה"ב תן לבני מה שהיה לי לאכול אין שומעין לו וי"א אם כבר נטלו בידו לאכול יש לו רשות ליתן לאשתו ולבניו לפי שכבר זכה בו בעצמו ונראה שאפ"ה אינו יכול ליתנו לאשתו ולבניו ונראה דדוקא בכה"ג דזכי משלחן דגבוה אבל בעלמא כגון שכיר שהתנה עם בעה"ב שיעשה לו מזונות דע"פ התנאי הוא זוכה מצי שפיר למשקל פרוסה דידיה ולמיהב יתה לאשתו ולבניו ובכמה דברים אשכחן דאמרי' בהו מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאחריני וצ"ע מ"ש דין זה מדין מתנות כהונה זרוע ולחיים וקיבה וצ"ע:
בדין ש"ש שנגנב ממנו באונס שלא ע"י לסטים מזויין דאיתא פ' הכונס דף נ"ז איכא פלוגתא אי מתחייב אי לא התוס' והרא"ש שם וטור ח"מ סי' ש"ג כתבו דכיון שנוטל שכר על שמירתו צריך לשמור שמירה מעולה וחייב בגניבה ואבידה שאפי' שמר כראוי

ונגנב חייב ואפי' נתן הכספים תחת הקרקע בעומק ק' אמה שא"א לגונבם משם אם לא ע"י מחילות או אונס [שינה] בעדנא דניימי אינשי ונגנב או קפץ עליו חולי או טירוף דעת או כמה אונסין שיכולים לבא על האדם כל שהוא שם גניבה חייב עליה ש"ש ואע"פ שהאונס גדול כמו לסטים מזויין חוץ מלסטים מזויין עצמו והביאו ראיה מן הירושלמי דקאמר דאפי' הקיפה חומה של ברזל לעולם הוא חייב בגניבה ואבידה אא"כ היה שם ולא היה יכול להציל והטעם כי הגניבה קרובה לאונס הלכך אין חילוק בין שהאונס קטן בין שהאונס גדול כיון שהוא גניבה חייב וכן כתבו השאלתות פ' וישב וז"ל ואי באגרא השלימה ליה אע"ג דאוקמי בדוכתא דנטירתא ונגנבה או אבדה חייב באחריותה דבעי למיתב בהדה ביממא ובלילא שנא' הייתי ביום אכלני חורב וגו' ואי יתיב בהדה ונטרה ואתי לסטים מזויין ולא הוה מצי למיקם באפיה פטור מלשלמה והוי כשבורה ושבויה בשומר שכר ולא מחייביה רחמנא אבל סמג עשין פ"ט כתב דש"ש שהניח כספים בקרקע פטור אם נגנבו דהדעת מכרעת בזה שאונס גמור הוא ופטור וכ"כ הגהות מרדכי פ' הכונס וז"ל ונ"ל דכל אונס גמור פטור בש"ש כמו לסטים מזויין שפטור אפי' למ"ד דגנב הוא ולמ"ד לסטים מזויין גזלן הוא ה"ה לכל גניבות אונס קרי להוא גזלן וכו' ואין חילוק בין גנב לגזלן אלא לענין כפל וכבר כתבנו לעיל דין המפקיד אצל חבירו כלים חשובין ובאו עליו לסטים ואנסים וקרב זה הנפקד ונתן להם הפקדון אימתי פטור והא דפטרינן הנפקד בכל ענין מהפקדון דוקא שהנפקד הוא ש"ח דלא מתחייב באונסין אבל אם הוא שומר שכר שמתחייב באונסין חייב זה הנאנס כדין כל שאר שומרים המתחייבים באונסין שיתבאר לקמן היאך הכי פריש לה המרדכי בשם מהר"ם ובתשובת למיי' סוף הלכות נזיקין וששאלת על רחל שהיתה נשואה לאחד והמיר ונתנה לו חצי זקוק ע"מ שיגרשנה ולמחרת יום הגירושין הלך אחד מעדי הגט אצל אביה ושאל לו הכתובה וקרעה מיד ברשות אביה ועתה היא תובעת כתובתה מפרעון שהיה לו לבעלה המומר ביד אחרים אמנם נ"ל לפטור הנאמן מטעם דכיון שהמומר גיזם לו אם לא ישיב הממון לא מחייב לממסר נפשיה וכו' דס"ל למהר"ם דגבי פקדון כל היכא דאיכא למתלי דאדעתא דפקדון קא אתי יכול להציל עצמו בפקדון כ"ש היכא דהנפקד חייב להחזיר למומר פקדונו ולא מיחייב להכניס גופו וממונו בסכנה בשביל הפקדון ואפי' דבדיננו הוה מצי להשתמט מהמומר כיון דבדיניהם לא מצי להשתמט יכול ליתנו לו והאריך בזה ע"ש באורך:

דף נד.

ובספר המיי' פ"ק מהל' גניבה כ' וז"ל לפיכך לסטים מזויין אינו גזלן אלא גנב אפי' שהבעלים יודעים בשעה שגנב ע"כ והשיגו הראב"ד ודחקו הרבה מגדול עוז ומ"מ שם ליישבו ואפשר לומר דה"ק מיי' דלסטים מזויין אפי' שדרכו ללסטם את הבריות אם ראינו אותו שמסתיר עצמו מבני אדם שלא יראו אותו וגונב אין לומר שהוא גזלן אע"פ שדרכו לגזול דהא אנו רואין שהוא לוקח בדרך גניבה ולא עוד אלא אפי' שהבעלים רואין אותו גונב כיון שהוא אינו רואה את הבעלים ומכוין להסתיר עצמו מהם ה"ז גנב ולא גזלן דס"ל כמ"ד בהכונס דשמעתא דפלוגתא דרבה ורב יוסף בשומר אבידה דלסטים מזויין דמיטמר מאינשי גנב הוא דמשני הכי התם לאוקמי דברי רב יוסף וא"ת תקשי לר' יוחנן אדר' יוחנן דפרק הכונס אמר דלסטים מזויין דמטמר מאינשי גנב הוא והכא בפ' מרובה אמר דלר' יוחנן הא דקא מטמרי דלא ליחזינהו אינשי וניערקו מיניה דמשמע דכל שהוא לסטים מזויין אע"ג דמטמר גזלן הוא אין זה קושיא דלעולם לסטים מזויין הלוקח בסתר ודרך גניבה גנב הוא אבל הכא גבי בעלי שכם הקשה ר' יוחנן לר' אבהו אילו היו לוקחין בסתר בשעה שלוקחים הממון מהבעלים ודאי דשפיר אמרת דגנבי נינהו אבל בשעת לקיחת הממון מהבעלים היו לוקחים בחזקה ובפרהסיא כדרך הגזלנין והוו בכלל הגזלנין והא דקא מטמרי היינו בתחלה עד שלא יבא לידי הלסטיות כי היו נסתרים כדי שלא יראום בני אדם מרחוק ויברחו מהם על ידיעתם כי יקחו מהם הלסטים בחוזק אבל מ"מ לסטים הם כי בשעת לקיחת הממון היה בחזקה ופרהסיא ולעולם לסטים מזויין שלקח בסתר ודרך גניב' גנב הוא וחשי' אונס לגבי שומר (שכל) [שכר] מפני שכשרוא' השומר אותו מזויין אינו יכול לעכב על ידו שמפחד ממנו וברח לו מפני שזיונו עליו הלכך הוי אנוס אבל מ"מ גנב הוי. כד"ן לפרש דברי מיי':

דף נד:

אם שאל את הבעל ונתרצה להיות שאול לו אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה אלא מזמין ומכין עצמו ללכת חשיב שפיר עמו במלאכתו אבל באמירה שאומר להיות שאול לו ולא הכין עצמו למלאכתו לא הוי שאלה בבעלים וכ"כ הראב"ד אמר לו השאילני פרתך והשאל אתה עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו וכ"כ הרמ"ה אלא שחלק דוקא שלא פירש לו זמן אלא אימתי שירצה השואל יעשה לו מלאכתו שאם אומר לו עתה לעשותה יעשנה נמצא שמעתה הוא שאול למלאכתו אע"פ שעדיין לא עשה אבל כשאומר לעשות מלאכה

ידועה מיד כל זמן שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו והרא"ש כתב כסברא ראשונה והרמ"ה כתב דשלוחו של אדם כמותו למהוי שאלה בבעלים ומיי' כתב כרבינו:

דף נה:

מיי' כתב אם הודיעה לבעל שהיא שכורה ה"ז נכנס תחתיה והגיה עליו הראב"ד והוא שקבל אותה על עצמו בשרירות כתב ר"י אע"ג דבעל בנכסי אשתו הוי כלוקח יש לו דין ש"ח וגבי בעל בנכסי אשתו לא נפקא מינה שאפי' אם פשע בהם ונגנב פטור דהוי פשיעה בבעלים ומיהו נפקא מינה ללוקח בהמה לשלשים יום דלא שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקחה והוא ש"ח עליה:

כ' מיי' השואל מחבירו בהמה לילך בה למקום פלוני ומתה או ששאל דלי למלאות ונקרע החבל ונפל לבור בשעת מילוי בכל כיוצא בזה פטור שלא שאלה אלא לעשות מלאכה והרי לא שנה עכ"ל ויראה מדבריו שאינו פטור אלא א"כ מתה בשעת מלאכה ממש אבל הרא"ש כתב מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הלוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שנה בה ולא פשע בה או נתיגעה ונתחממה ומתה אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח הדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה דשמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה אבל היכא שנכנס בה חלשות ועייפות מטורח הדרך אפי' שלא מתה מיד אלא מתנוונת והולכת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן ביה:

בדין גנב וגזלן ששברו או נשבר הכלי שגנבו או גזלו ובאין לשלם לדברי רש"י שם פ"ק דב"ק שם פשוט הוא שלעולם אינו יכול הגזלן לתת לנגזל השברים בשום ענין אלא צריך שיתן לו כלי שלם או מעות כלי שלם דמה לי הן מה לי דמיהן באותן דמים יכול לקנות חפץ כאותו שגזל זה ממנו אבל מידי אחרינא חוץ מכלי שלם או דמים אינו יכול לשלם לו אם אין הנגזל חפץ בו ולא מיבעיא שאינו יכול לומר קח שברי כליך כמו שהיה שוה בשעת שבירה ואני אשלם לך עליו מה שנפחת בשביל שבירותו אלא אפי' רוצה לתת לו כשעת העמדה בדין ולקבל הפחת שהיה בזה משעת שבירה עד שעת העמדה בדין אפ"ה מצי נגזל לעכב עליו שלא יתננו לו ובשיטה [זו] התוס' ומיי' פ"ק מהל' גניבה ופ"ב מהל' גזילה והרי"ף והרא"ש וטור ח"מ סימן שס"ב אבל רשב"ם שם והביא דבריו המרדכי והגהות מיי' וסמ"ג עשין ע' והביא דבריו הר"ן כולן שוין דאם הגזלן רוצה לשלם לו מעות אז יחזיק השברים לעצמו וישלם לו דמי כלי שלם (אבל) [או] אם יש לו מעות אליבא דמ"ד דבשיש לו מעות לא מצי לסלק במידי אחריני אז יחזיק השברים לעצמו וישלם לנגזל דמי כלי שלם אבל אם אין לו מעות או שלא נתרצה לפרוע לו מעות אז

הרשות בידו ויוכל ליתן לו אפי' סובין או כל מאי דבעי ואם רוצה הגזלן לתת לנגזל השברים בשומא דהשתא בשעת גוביינא שמקבל עליו מה שפחתו משעת שבירה עד שעת גוביינא ושמין לו בדשומא דהשתא אז צריך שהנגזל יקבלם לחשבון טוב ועליהם ישלים מעות או מטלטלים אחרים כדי סך כלי שלם:

כתב הרמ"ה ז"ל מי ששואל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטים באותה הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה בשעת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הוליכה ונאנס כי הכא דפטרינן להההוא דשאל שונרא מחבריה ואכל עכברים טובא ומתה אע"פ שלא הרגתו המלאכה גופה כיון שבמלאכה ששאלה לצרכו מתה בגרמתה והרא"ש אומר דאין נראה דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שנאנס ממנו הלכך חייב. כתב הרא"ש ז"ל השוכר מחבירו פרה ונולד בה מום בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה כגון ששינה פסקו חכמי צרפת שפטור מלשלם כיון שסופה להתרפאות מאותה מכה לא הוי אלא שבת ואין שבת בבהמה לפיכך אם מתבטלה כמה ימים פטור כיון שסופה להתרפאות ויש מחייבין דדוקא גבי אדם לא חשבינן מכה שסופה להתרפאות לפי שאינו עומד לימכר הלכך לא אפחית מכספיה אבל בהמה שבכל שעה עומדת לימכר ואם יבא למוכרה ודאי תשוה פחות מחמת מכה זו חשיב נזק וחייב ע"כ:

דף נו.

שאלה להרא"ש ז"ל ראובן השאיל חפץ לשמעון והפסידו אמר שמעון לראובן השבע כמה היה שוה ואפרענו לך והשיב בעל החפץ השבע אתה ואפסד. תשובה ישבע בעליו ויפרע שכנגדו על פי שבועתו ואם לא ישבע לא יפרע שכנגדו ואינו נקרא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע שמשלם. והשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומת בדרך והדבר ספק אם מחמת מלאכה מת או לאו ה"ז פטור מתשלומין דהא אין החיוב בא על השואל רק עד שעת האונסין ובשעת האונסין ספק הוא דלמא מתה מחמת מלאכה שהרי זה כאומר איני יודע אם הלויתני אם לאו אבל השואל חמור לרכוב הוא עליו ונתן לשלוחו ששינה מדעת המשאיל ומת החמור בדרך ביד השליח והדבר מסופק אם מת בפשיעה או באונס חייב השואל שהרי הוא פשע כשנתנו לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאיל והוא מתחייב משעת פשיעה והרי זה כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו שהוא חייב ע"כ כתב הר"ן בשם הרא"ה:

דף נו:

ראובן שהיתה פרה שאולה בידו משמעון ומת ראובן והניח הפרה שאולה הרי הבנים משתמשים באותה פרה כל ימי שאלתה אם יש זמן לכמה ימים שאל אותה או אפי' ליכא זמן לימי שאלתה למ"ד סתם שאלה שלשים יום הרי הבנים משתמשין בה כל הימים שאילו היה אביהן קיים היה משתמש בה גם הבנים במקומו עומדין ואם מתה הבהמה לאחר מיתת ראובן הרי הבנים פטורים מאונסים כי הם לא שאלו פרה זו מהבעלים ולא קבילו עלייהו נטירותא דידה הלכך אם המשאיל אמר ליתומים פרה זו השאלתי לאביכם החזירוה לי או קבלו עליכם אונסין כדין שואל הדין עם המשאיל כי אדעתא דהכי השאיל לאביה' שיהיו אונסיה עליו ולמה יניחם בלא קבלת אונסין כך כתב הרא"ש ז"ל שם והר"ן כתב בשם הראב"ד ז"ל דאפילו לא אמר להם המשאיל כלום רק שהם התחילו להשתמש בפרה אחר מות אביהם טרם מיתת הפרה הרי הם חייבין באונסים דודאי בתורת שאלה אחזיקו בה ודברי טעם הם ואפשר דלית דפליג עליה ומ"מ לכ"ע הבנים חייבין בגניבה ואבידה לאחר מיתת אביהן כמו שפסקו כל הפוסקים שם דאפילו לא נשתמשו בה חייבין כש"ש הואיל ויש בהן הנאה שבידן להשתמש בה כל ימי שאלתה הואיל ונהנין מהנין:

כסבורין הבנים כי הפרה הזאת היא של אביהן ולא שתהיה שאולה בידו וטבחוה ואכלוה ונמצא שהיתה שאולה ביד אביהן הרי אלו משלמין דמי הבשר בזול דהיינו ב' שלישי דמים ודוקא שלא הניח להן אביהן אחריות נכסים לדין התלמוד או מטלטלין לתקנת הגאונים אז הוא דאין משלמין רק דמי הבשר בזול דהא לא הוו ידעי שהיא שאולה דאילו הוו ידעי לא הוו אכלי והלכך מאחר שמשלמין ממון דידהו אינן משלמין רק דמי בשר בזול אבל הניח להן אביהן ממון משלו הרי הן משלמין כל דמי הפרה מממון אביהן כיון שטבחוה וכתבו המפרשים טעם לדבר דאע"פ שהם לא קבלו עליהם אונסין ולא הוה נמי ברשותייהו אפ"ה חייבין לשלם מממון אביהן משום דאישתעבוד נכסי אבוהון בחיי אבוהון שהרי פשע אביהם במה שלא הודיעם שאינה שלו ומתוך כך אכלוה ומשעת פשיעה אישתעבוד נכסי אבוהון ופירשו המפרשים דדוקא בטבחוה הוא דחייבים הבנים לשלם מנכסים שהניח האב ולא חייבים לשלם אם מתה והשיגו על מיי' פ"ק מהל' שאלה ופקדון וכן יש להשיג על סמ"ג עשין צ"ב וכמו שכתב מ"מ שם באורך רובי הקושיות על מיי' ועוד נוסף לי קושיא על דברי מיי' בזה שמתחלה כתב שהיכא שמתה אינן חייבין באונסיה ולא חילק בין יש להן נכסי אביהן או לא ואח"כ בחשבו שהוא של אביהן כתב דאם הניח להן אביהן נכסים חייבין ואלו היה דעתו [לומר] דהיכא שמתה באונס יש

חילוק בין הניח להן אביהן נכסים או לא היה לו להמיי' לפרש מיד כשאומר אין חייבים באונסיה דמיירי כשלא הניח להן אביהן נכסים ולא להמתין עד מקום שאין שם מקומו וגם לא היה לו לומר בתחלה מתה אין חייבין באונסיה שהוא לשון הגוזר דלעולם פטורין הלכך נראה לע"ד דודאי מיי' פוסק כשאר הפוסקים וס"ל כרב פפא כמו שכתב פ"ג מהל' גניבה ומתה באונס ודאי אין חייבין באונסיה (ודאי) כמ"ש להדיא מתה אין חייבים באונסיה לא שנא הניח להן אביהן נכסים או לא והכא קאמר מיי' מתה או שטבחוה חייבין לשלם מנכסים שהניח להן האב והאי מתה לאו מתה באונס קאמר אלא מתה בפשיעה קאמר דומיא דטבחוה שהוא בפשיעה ומש"ה חייבין לשלם מממון שהניח האב משום שהוא פשע בחייו שהיה לו להודיע לבניו שהפרה שאולה שאז היו נזהרין ממיתתה בפשיעתה או מטביחתה ונמצא דאשתעבוד נכסי בחיי אבוהון והלכך חייבין לשלם מן הנכסים שהניח שעליהם היה החיוב בעודו בחיים אבל אם מתה באונס נ"ל דודאי גם למיי' פטור ולית דפליג והלשון מוכיח על זה כמו שכתבתי וא"כ הוא נסתלק ההשגות מעליו הלא תראה כי הראב"ד לא השיגו מזה כלל כי לא נראה בעיניו השגה בכאן ואם תפרש דבריו כאשר פירשתי הכל עולה יפה ונ"ל דהא דאמר לעיל הניח פרה שאולה וסבורים שהיא של אביהם וטבחוה דמשלמין דמי בשר בזול כשלא הניח אביהן נכסים היינו דוקא אכלוה שנהנו בגופן מן הפרה דאע"פ שהם בתום לבבם אכלוה שהיו סבורין שהיה של אביהם מ"מ משלמין דמי ההנאה שקבלו ממנה דהיינו דמי בשר בזול דדמי שוייה עצמו לא ישלמו כי אולי אילו לא היו סבורים שהיתה של אביהם לא היו אוכלין כ"כ בשר הלכך משערים שאילו היה הבשר נמכר כ"כ בזול היו קונין ממנו כ"כ בשר וכך שמין בשר פרה זו שאכלו וכך משלמין אבל אם לא אכלוה אלא שהפסידוה ואבדוה בענין שלא נהנו ממנה כלל אין חייבין בתשלומין כלום כי מאחר שהיו סוברים שהיתה של אביהן לא הקפידו עליה בשום ענין ופטורים מכל השמירות השייכין בה ואין משלמין כלום אם לא נהנו ממנה והוא הדין לכל שאר הדברים שהניח האב וכסבורין שהן של אביהן ונמצא אחר כך שאינן של אביהם דדנין בהן על דרך זו ואם הניח להן אביהם נכסים משלו דנין בהן כמו שכתבתי בסמוך:

בדין שליח שעשאו בעדים דאיתא פ' הגוזל קמא איכא פלוגתא אי הוי שליח אי לא לענין שאם הלוה שלח חובו ע"י נפטר או לא מיי' פ"ו מהל' גזילה ופ"ק מהל' שלוחין והרי"ף והתוס' וסמ"ג עשין פ"ב והרא"ש וטור ח"מ סי' קכ"א הסכימו דשליח שעשאו בעדים הוי שליח כגון שאמר המלוה לשליח בפני עדים מעות יש לי ביד פלוני לך ואמור לו שדעתך לבא לכאן ואם יתנם לך הביאם לי ונתנם לו הלוה ונאבדו בדרך פטור הלה

מאחריותם והמרדכי שם והגהות מיי' פ"ז מהל' גזילה ופ"ק מהל' שלוחים כתבו בשם רבינו ברוך ורב מתתיה גאון ושאלתות דרב אחאי דשליח שעשאו בעדים לא הוי שליח אא"כ אמר המלוה ללוה מפיו שלח לי ע"י זה או שכתב לו כן באגרת:

בדין שלח לו המלוה ללוה בכתב שישלח המעות ע"י זה השליח וביטל אח"כ השליחות ונתנם לו הלוה ונאבדו דאיתא פרק הגוזל קמא איכא פלוגתא אם נפטר הלוה בכך או לא לפי מה שכתב הרא"ש ודחק לתת טעם לדברי הרי"ף למה מצי הלוה לדחות השליח שלא ליתן לו המעות בכתב זה משום דחיישינן שמא יבטל המשלח שליחותיה דשליח והשתא אם נאבדו נאבדו ללוה משמע דמצי משלח הכתב לבטל השליחות והוי מבוטל וכ"כ הטור ח"מ בשם הראב"ד וכתב דלפיכך עצה טובה ללוה או לנפקד שלא יתנו לשליח אא"כ בא בהרשאה שהקנה לו בקנין גמור הממון שיש לו ביד פלוני ומדברי בע"ה שהביא שם הטור משמע דלא מצי המשלח לבטל השליחות להפסיד ללוה שכתב שאפי' בטל השליחות קודם שהגיע המעות ליד השליח ונתנם לו אח"כ ונאבדו פטור הלוה שיאמר למלוה סמכתי שהיית עומד בשליחותך שכשם שחזקה שליח עושה שליחותו כך חזקה שבעל המעות עומד בשליחותו ולא היה לך לחזור בך ואין לי להפסיד בשביל חזרתך דאלים ליה לבע"ה האי כתב כאילו היא הרשאה גמורה לענין זה ומיהו נראה דמיירי דוקא היכא דלא ידע הלוה שביטל המשלח השליחות קודם שנתן המעות ליד השליח אבל אם ידע הלוה שביטל המשלח השליחות ואעפ"כ נתן לו המעות ונאנסו המעות מיד השליח חייב הלוה שלא היה לו ליתן כיון שידע שביטל השליחות ואין לומר דבע"ה פליג עם הרי"ף במה שאמר שאם ירצה הלוה שלא לתת לשליח דלא כייפינן ליה מאחר שאין בידו הרשאה וא"ת כיון דיד השליח כיד בעה"ב למה נותנים לו פתחון פה לעכב בממון חבירו י"ל דדלמא מיית מלוה עד שלא יתן הלוה מעות לשליח ונפיל זוזי קמי יתמי דכיון שאין כאן רק כתב אחד מן המלוה ולא הרשאה גמורה נתבטל השליחות ודאי במיתת המלוה והלכך מצי מעכב וכתב רבינו והסכימו כך כל הפוסקים ועיין בטור דברי הראב"ד וחלוקין בזה באורך אמנם מה שכתב שם הטור בהנהו חלוקים וז"ל די"א שאין על הלוה או על הנפקד אלא חרם סתם וקמא מסתבר עכ"ל נ"ל דהכי פירושו וטעמו דטור להצריך ללוה שבועת היסת הכא דאף על פי דלעיל כשמלוה אינו מאמין ללוה שנתן לשליח אמר דמחרים חרם סתם על הלוה ואינו נשבע התם היינו טעמא משום דעל כרחין אין שם רק טענת שמא דהיאך יכול המלוה לטעון על הלוה טענת ברי שלא נתנם לשליח הא לית אפשר ליה לידע דבר זה בודאי ואפילו שיטעון המלוה ברי לי שלא נתתם לשליח אין אמירתו עושה שיהיה טענה ודאי ואנן סהדי דלאו קושטא

קאמר שא"א לו לדעת זה וכי נביא או בן נביא הוא הלכך אין שם רק טענת שמא ושייך התם חרם סתם ולא שבועה אבל הכא שהשליח הוא שטוען עם הלוה והנפקד אומר לא קבלתי ממך ברי ואיהו ודאי יודע אם קבל ממנו או לא יש כאן טענת ברי והלכך נשבע היסת הלוה ולא סגי בחרם כנ"ל:

בדין מלוה ששלח להביא חובו וטוען הלוה ששלחו כולו וגם השליח אומר כן והמלוה אומר לו שלא שלח להביא לו רק נ' ושלא הביא לו רק נ' דאיכא למשמע מסוגיית ההלכה פרק הגוזל קמא איכא פלוגתא מיי' פ"ק מהלכות שלוחין וסמ"ג עשין פ"ב כתבו דישבע השליח היסת ללוה שנתן למלוה כל המנה והמלוה ישבע שבועה חמורה שלא שלחו לקבל אלא נ' ולא נתן לו רק נ' ויטול נ' מהלוה והשיב עליו הטור חו"מ סימן קכ"א וכתב דכיון ששלח שלוחו להביא שלו והלוה אומר שנתן לו הכל והמלוה אומר שלא נתן לו אלא חצי ישבע הלוה ויפטר:

דף נח.

שאלה להרא"ש ראובן היו לו בתים והלך מעירו ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעוע ונטוי ליפול ובנה בו והחזיקו והצילו מסכנת נפילה וסיידו וכיירו וכשבא ראובן הוציא לשמעון מביתו כי אמר שבתחלה נכנס שלא ברשות אם חייב ליתן לשמעון השבח כי אילו לא בנאה היו נופל או אין לו אלא הוצאה. תשובה כיון שהיה רעוע וקרוב ליפול אין ראובן יכול להוציאו עד שיתן לו כל יציאותיו שהוציא להחזיק הבית ולהצילו מנפילה אבל מה שבנה שלא היה צריך לבנות כגון שבנה חדרים וסייד וכייר זה עשה להנאת עצמו אין ראובן חייב לפורעם לו אלא אומר לו טול עציך ואבניך. ובדין פורע חוב של חבירו איכא פלוגתא בין רש"י ומיי' וסמ"ג ומרדכי וריב"ן ובין ר"ח ור"ת והרא"ש וטור חו"מ זכרנו בפ' שני דייני גזירות:

וצ"ע על דברי הרא"ש דבפרק בתרא דכתובות נראה דמסיק כר"ת דבשאר חובות לא חשיב מבריח ארי וחייב לשלם לו וכמו שכתב גם הטור חו"מ סימן קכח בשמו ואילו בפרק הכונס מוכח מדבריו דהרא"ש דבכל חוב חשיב מבריח ארי מנכסי חבירו שהביא שם כל דברי התו' לפסק הלכה וכל הראיות שבירושלמי שהביא רצה להוכיח דבכל חוב מיירי ובודאי דדברי הירושלמי לא שייכי רק על כל חוב דעלמא ולא בחוב מזונות אשתו דוקא ובפ' אין בין המודר פי' הרא"ש דברי חנן כפירש"י שכ' פ' בתרא דכתובות דבכל חוב הניח מעותיו על קרן הצבי וצ"ע ויש מקום לעיין על דברי הטור דפסק כאן סימן רל"ו בשם אביו דעובד כוכבים שבא על ישראל בעקיפים ואנס ממנו שדה או בית ולא

היה ביד האנס להרוג לישראל ומכר האנס השדה לישראל אחר דחייב הבעלים לתת ללוקח מה שהוציא עד כדי דמי הבית ואילו הרא"ש פרק הכונס פסק להדיא דאינו נוטל רק מה שההנהו וז"ל ואינו נותן לו כל מה שהוציא כמו רועה שקדם במקלות דהתם כוון לטובת בעל הצאן אבל הכא לצורך עצמו קנאו הלכך אין לו אלא מה שההנהו ע"כ ופי' מה שההנהו הוא ששמין כמה היה רוצה ליתן על קרקע שיהיה מוחזר לו כמ"ש הרא"ש שם בדברי ר"ג אלמא דלא שקיל מבעלים רק מה שההנהו לעולם דפשיטא דמה שההנהו הוי בציר טפי ממה שהוציא בו ואין לומר דכל מה שהוציא שכתב הרא"ש פרק הכונס ר"ל טפי מכדי שויו אבל כדי שויו לעולם נותן דהיינו מה שההנהו דהשתא אתיא שפיר מה שכתב הטור חו"מ סימן רל"ו דזה אינו כי כל מה שהוציא שכתב הרא"ש פרק הכונס ר"ל עד כדי דמיו מדמדמי ליה לרועה שקדם במקלות ורועה שקדם במקלות בשכר לא שקיל רק עד כדי דמי הבהמה ותו לא כמו שכתבו שם התוס' והטור עצמו סימן ש"ג הלכך דעת הרא"ש בפרק הכונס הוא דאינו נוטל רק מה שההנהו ולא מה שהוציא כדי דמי השדה והבית ונמצא דקשיא לדברי תשובתו שהביא הטור דשקיל מה שהוציא אם הוציא כדי דמי הבית ואין לומר דהא דכתב הרא"ש בתשובותיו דשקיל כדי דמי הבית ר"ל כשכוון הלוקח להנאת בעלים דומיא דקדם רועה במקלות דאמר דשקיל כדי דמיהן משום שכוון להנאת הצאן א"כ מאי האי דקאמר אם רוצה הוא ליטלו מידו דמשמע שקנהו הלוקח לעצמו וכן מאי האי דנקיט לישנא דלוקח אלא ודאי בלוקח לעצמו איירי דהכי מוכח לישנא דההשובה שהביא הטור והתשובות אינם בידי עתה לעיין עליהם וא"כ קשה וגם יחלוק הרא"ש עם ר"י דר"י שם בתוס' כתב דאם לקח ממנו בכדי שויו דצריך לתת לו דמי שוויו דומיא דרועה שקדם במקלות והרא"ש פסק להדיא דאינו נותן לו רק מה שההנהו ומ"מ [מה] דכתב הטור צ"ע להולמם אפילו דידיה אדידיה דבתחלה כתב שאינו נותן לו רק מה שההנהו ואח"כ הביא תשובה שנותן לו מה שהוציא דסתרי אהדדי ומסתמא דכל ה"מ בקודם יאוש דאילו לאחר יאוש הא כתב דהכל שלו:

דף נח:

כתב מיי' המשכיר בית לתבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכירו לאחרים עד סוף הזמן משכירו לאחרים שהם במנין בני ביתו אם הם ד' לא ישכירו לה' שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא במטלטלין שהוא אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע וספינה שהרי בעליהם עמהם אין אין אומרים כן וכן אני אומר אם אמר בעה"ב לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחר אם לא תרצה לעמוד בו הניחהו

וצא ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר ויש מי שהורה ואמר שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא נ"ל שזה דין אמת ע"כ:

שאלה להרא"ש ראובן ושמעון שכרו שני בתים זה אצל זה ולהם שני חצירות ומלבד חצירות אלו עוד להם חצר בשותפות והיה כל אחד משתמש בחלקו והלך ראובן והשכיר ביתו ללוי ושמעון מעכב עליו ואומר איני חפץ בשותפות של לוי כי ירא אני שנתקוטט ביחד ואם עכ"פ תרצה להשכירו הנח לי החצר המשותף ואתן לך שכירות כפי החלק המגיע ממני אם שומעין לו ואם ראובן יכול לגלגל עליו הרבה שכירות כי יאמר שהוא צורך גדול לבית:

תשובה. יראה שהדין עם שמעון עש"ב בתשובתיו כלל צ"ב:

ששאלת שמעון שכר בית מראובן ואמר ששכרו על תנאי שאם ירצה ישכיר מהבית לאחרים שידורו עמו ועשה להם דיורין שידורו בבית וראובן אמר שלא השכיר הבית אלא שידור בו הוא ובני ביתו ונסתפקת מי היה נאמן בשבועתו:

תשובה. דע שראובן השכיר בית לשמעון סתמא לדירת שמעון ובני ביתו קא משכירו כי כן דרך כל השוכרים בית והרוצה להכניס עמו דיורים בבית הוא מתנה בפירוש ואם אין לו עדים שהתנה קרקע בחזקת בעלי' עומדת לכל ספק הנולד ביניהם ועל השוכר להביא ראיה ואין לו לשנות ממנהג השוכרים וישבע ראובן שלא התנה שמעון להכניס עמו דיורין לבית:

ששאלת ראובן שכר נער לשמשו ואמר לו שמעון לסמוך עליו שישלם לו כל מה שיפסיד בהיות הנער בביתו ולא היה קנין בדבר אם יכול ראובן ליטול משמעון בהיתר דמי הפסדו:

תשובה. שכירות הוא וכל תנאי שכירות א"צ קנין:

כתב הר"ן פ"ק דב"ק שנראה לו מטעם זה נהנה וזה אינו חסר דהשוכר בית מחבירו ואין לו רשות להשכיר לאחרים והלך והשכיר בדמים טפי משכירות שהוא מעלה לבע"ה דשורת הדין הוא שזה השוכר יתן כל אותם הדמים שהותיר על שכירותו לבעה"ב דכיון שאין לו רשות להשכירו לאחרים כיצד הלה עושה סחורה בביתו של חבירו אבל אם יש לו רשות להשכירו לאחרים אז כל אותו הריוח הוי של שוכר זה דמה ישאר על בעה"ב שיערער עליו אי משום שקשה עליו מה שמרויח זה וכי מי לא עסקינן שאפילו היה מרויח השוכר הזה בהאי שכירות עם בעה"ב כגון שהשוכר לא היה מוצא כ"כ בזול מאחר שכל שאר הבתים היו יקרים שאפ"ה שכרה לו ואם כן מה לי ריוח אחר ועוד דזה נהנה וזה אינו חסר הוא כך העלה הר"ן ומדברי מיי' פ"ה מהל' שכירות אין לשמוע

כלל מדין זה דבהא לא מיירי וגם לא מיירי שהיה שם תנאי וע"ש דין שוכר בית מראובן ונמצא שהוא של שמעון:

דף ס.

כמו שכתב רבינו בענין השאילני בטובתך כך פירש מיי' ולא נהירא להרא"ש דבשביל ששאל בטובתך לא יצא מכלל שאלה סתם אלא כך הוא לשון בני אדם עשה עמי טובה והשאילני כליך ומספקא להראב"ד אם יכול המשאיל לקחת אותו שלא בשעת מלאכתו של שואל והרמ"ה ז"ל כתב מסתברא שאינו יכול לקחת אותו שלא בשעת מלאכה דא"ל חיישינן דלמא מתביר או מתביד מיהו לית ליה רשות לאשאולי לאחריני דעל כרחיה בתורת שאלה הוא דקאי גביה ואין השואל רשאי להשאיל ותו דחיישינן דלמא מתביד גבי שואל שני ומפסיד לקתא ע"כ:

והשואל חפץ מחבירו ופירש לו שרוצה לעשות ממנו שום דבר אז הדין מתחלק לכמה דרכים ואזכור מהם שתים הנראים לי עיקר בזה והם כי אמר השואל למשאיל השאיל לי חפץ פלוני עד אשר אעשה דבר פלוני ואחזירהו לך אז כל עוד שהוא בעין צריך השואל להחזיר לו החפץ ואפילו אמר לו השאילני חפץ פלוני ואמשכן אותו צריך השואל לפדות הכלי ולהחזירו לו ואפילו עלה הקרן והריוח טפי ממה ששוה החפץ צריך שיפדנו אם חפץ בו המשאיל ולא מצי יהיב ליה דמי כדאיתא בס' תשב"ץ וז"ל מי שהשאיל לחבירו כלי או משכון ללוות עליו ברבית על השואל לפדות הכלי או המשכון ולהחזירו למשאיל ויפרע הקרן והרבית עכ"ל ואולם הדרך השנית הוא כשאמר לו השאילני חפץ זה לעשות דבר שאותו הדבר ידוע הוא שברוב הפעמים לא ישוב החפץ שלם לחזור או שלא ישוב כלל אז לא מצי המשאיל לכוף את השואל שיתן לו חפצו כיון שפירש לו שחפץ לעשות בו אותו הדבר ודאי שהמשאיל על דעת כן השאילו לו שאם לא יהיה ברשותו דשואל להחזירו שיפטר ממנו אך שיתן לו דמיו וראיה לזה הא דאמרינן פרק אלו מגלחין רשב"ג אומר האומר לחבירו השאילני חלוקך ואבקר את החולה והלך ומצא שמת קורעו ומאחה וכשיבא לביתו יחזיר לו חלוקו ונותן לו דמי קרעו ואם לא הודיעו הרי זה לא יגע בו ופירשו המפרשים שכיון שהודיעו שלבקר החולה הולך הוי כאילו נטל רשות ממנו שאם ימצאנו מת יקרענו הלכך קורעו ומשלם דמיו וה"נ גבי המקדש בטבעת שאולה קאמר הרא"ש פ' קמא דקדושין עש"ב וא"כ הכא בנדון דידן שהיה ג"כ אז ראובן מצחק ואומר ללוי הלויני מעות לצחוק וזה השאילו טבעת לצחוק נראה דודאי

גמר בלבו להשאילו בענין שאם יפסיד אותו השואל ויקחנו המנצח וילך לו שלא יתחייב זה השואל להחזיר לו אלא דמי שויו בלבד. כד"ן:
הרי"ף והרא"ש פסקו דסתם שאלה ניתנה ליתבע מיד והתוס' כתבו דסתם שאלה הוי ל' יום גם בפרק כל הבשר דף קי פליגי בזה גבי טלית שאולה פטורה כל ל' יום והרא"ש שם דחה ראייתו וכן הוא דעת מיי' פ"ק מהלכות שאלה דשאלה ניקנה ליתבע מיד וכ"כ הטור חו"מ סימן שמ"א וסמ"ג עשין צ"ב הביא כל הדעות ולא הכריע:
כתב הטור נפל הבית לאחר שהשכירו אם א"ל בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותו אלא מחשב עמו מה שנשתמש בו ומחזיר לו המותר וכן אם לא פרעו עדיין צריך ליתן לו כל מה שנשתמש בו וכתב הרמ"ה אם יש בעציו ואבניו כדי ליקח אחר יקח ואם אין בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר ויש בהן כדי לשכור א"צ ליתן לו אחר ודוקא בשנפל כולו בהא אמרינן כיון דנפל אזדא אבל אם הוא קיים אלא שנתקלקל עד שהוא סכנה לדור בו חייב המשכיר לתקנו דהשתא לא שייך למימר אזדא ליה דמסתמא הוא עומד לתקן שעדיין נקרא בית אלא שהוא מסוכן לדור בו הלכך חייב המשכיר לתקנו ע"כ וכתב הרמ"ה הא דצריך להעמיד לו בית כי אמר בית סתם לאו למימרא שיכופו אותו לבנות לו בית או להשכיר לו דאע"ג דקנו מיניה שישכיר לו או לבנות לו בית לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין אלא דה"ק שחייב להעמיד לו בית שאם קבל כל השכירות שחייב לו עד שיתן לו בית ואפילו נפל בחצי הזמן שאינו מוצא לשכור אלא בכל השנה היה למשכיר בית אחר שלא היה משועבד בשעת שכירות לאדם אחר חל הקנין עליו דבית סתם אמר לו וצריך ליתנו לו ולפי מה שכתב הרא"ש גבי שוכר חמור דבמה שמשכו נשתעבדו לו הנכסי' ליתן לו חמור אחר ה"נ כיון שקנו מיניה נשתעבדו לו כל נכסיו להשלים לו תנאו אפי' לבנות לו בית אחר:

דף ס:

כתב מיי' המחייב עצמו לאחד ממון בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה הוא ואינה אסמכתא. חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא משתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנה במתנה וכן הורו רבותי ומפני מה הפוסק לזון בת אשתו ה' שנים חייב לזונה מפני שפוסק בשעת נשואין ודומה לדברים הנקנים באמירה והראב"ד השיג עליו וכן נראה מתשובת הרא"ש ששאלוהו על ראובן שנתחייב לשמעון בשטר בקנין גמור על נכסיו כל מה שיצטרך שמעון במאכל ובמשתה ובכסות

עד יום פטירתו והכל לפי כבודו ועתה אומר לשמעון אני אשלח לך משולחני מה שאוכל ואשתה בכל יום כפי צרכך ושמעון אומר איני רוצה לצפות על שלחנך אלא תן לי מעות ואקנה ואוכל כשארצה ועוד שואל מראובן שיתן לו שמש לשמשו ולקנות לו מה שצריך כי חייב עצמו הכל לפי כבודו ואינו כבודו להיות בלי שמש ואם יראה לו ששואל יותר מן הראוי ישומו ב"ד ויתנו לו:

תשובה. אחרי שראובן חייב עצמו ליתן לשמעון מאכל ומשתה וכסות לפי כבודו ולפי הראוי לו רואין אם שמעון היה מתפרנס כל ימיו בתוך ביתו ולא סמך על שלחן אחרים גם עתה נמי חייב ראובן ליתן לו מעות שיקנה צרכי אכילה ושתיה כפי מה שישומו ב"ד כמה ראוי ליתנו לצורך אכילה ושתיה ולפי כבודו וגם אם היה רגיל שמעון שמלאכתו נעשית ע"י שליח לקנות לו צרכי אכילה ושתייה ולא היה הולך בעצמו לשוק לקנות גם עתה צריך רא בן להמציא לו שליח להנהיגו כפי כבודו הראוי לו כאשר הורגל מימי קדם דאדעתא דהכי שעבד לו כל נכסיו:

כתב מיי' כל האומר מעכשיו אין כאן אסמכתא כיצד אם לא באתי מכאן ועד ל' יום קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על זה ה"ז קנה אם לא בא בתוך הזמן שאילו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו ואם קנו מידו בב"ד חשוב קנה והוא שיתפיס זכיותיו בב"ד והוא שלא יהיה אנוס כיצד התפיס שטרו או שוברו בב"ד וקנו מידוי שאם לא יבא לזמן פלוני שיתננו לו לבעל דינו והגיע הזמן ולא בא הרי אלו נותנין ואם עכבו חולי או נהר ולא בא אין נותנין ע"כ וכ"כ הרא"ש שאם קנו מידו בב"ד חשוב או מעכשיו קונה ונקרא ב"ד חשוב שלשה שבקיאין בדיני אסמכתא. החילוק שיש בין היכא דגזים ללא גזים בין היכא שיש בידו לעשות מה שקיים עליו ובין היכא שאין בידו לעשות דכיון דבקיאים בדיני והקנה דלא באסמכתא הפקר ב"ד היה הפקר ואם קנו מידו בב"ד חשוב קונה אפי' אם לא התפיס שטרו בב"ד:

כתב מיי' כשהיו רוצים חכמי ספרד להקנות באסמכתא היו עושים כך קונים מזה שהיה חייב לו ק' זהובים ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חוב שכל זמן שיהא כך אם יעשה כך הרי החוב הזה מחול לו מעכשיו ואם יהיה כך או לא יעשה כך הריני תובעו בממון שחייב עצמו ועל דרך זה היו עושין כל התנאים ושדוכין וכל העינים הדומה להם והרא"ה כתב שקנס שעושין בשדוכין לקנוס החוזר בו אע"פ שגזים לא הוי אסמכתא דלית כאן מלתא יתירתא כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבשת שבייש את חבירו והוא כמו אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא:

דף סא.

מהא מימרא דהכא דדרשינן לשון הדיוט משמע דאזלינן בתר לשון הכתוב בשטר לכל מוציא השטר זה וגם על מה שנהגו לכתוב בשטרות קנס חיוב כפלההוצאות. תשובה. כך נהגו פה שצריך הרשאה אע"פ שכתוב בשטר כל מי שמוציאו אם לא שכתוב מפורש בה אף בלא הרשאה וכל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות הן כתיבה בשוקא הן בשאר טופסי דשטרי שכבר נהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וא"צ לפרש שיכתבו כל לישני שפירי דאית בה ואם היה בא לידי מעשה לגבות ההוצאה לא הייתי פוסק לגבותה אם לא נעשה הקנין בב"ד ובלא אסמכתא:

ששאלת מלוה שירד מעצמו לנכסי לוה בלא שומת ב"ד ומכר מנכסיו עד כדי חובו מחמת שרגילים לכתוב בשטרי חובות שיש רשות למלוה למכור כל מה שימצא ללוה מנכסיו בין בפניו בין שלא בפניו שלא ברשות ב"ד ובלא שומא והכרזה בין בשוויה בין בפחות: תשובה. אמת הוא כי כל מה שנהגו הסופרים לכתוב בשטרות שיש לנהוג על פי מה שנהגו לכתוב ומיהו בנדון זה נ"ל דלאו כל כמיניה דמלוה לירד לנכסי לוה אלא בכח ב"ד. וכיוצא בזה דנתי כבר בכאן על מה שנוהגים לכתוב בשטרות בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם ואמרתי חלילה וחס שיהיה רשות למלוה לתבוע הלוה בדיני עכו"ם דאפילו אם המלוה והלוה עומדים בפנינו ואמר הלוה למלוה אם תרצה תתבעני בפני דייני עכו"ם מחינן למלוה ואמרינן ליה שלא יתבענו אלא בדייני ישראל ואי לא ציית שמותי היו משמתי ליה והא דכתבינן בין בדיני עכו"ם יש לפרשו שלא לעקור דברי תורה כגון אי גברא אלמא הוא ואין כח בדייני ישראל לכופו אז יש לו רשות להביא אותו בדייני עכו"ם שלא יפסיד ממונו וכן בנדון זה אע"פ שכותבין בשטרות שיש רשות למלוה שירד לנכסי לוה מ"מ אין לעבור על דברי תורה דתנן המלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד:

ויש לפרש מה שנהגו לכתוב שיוכל המלוה לירד לנכסי לוה כגון שלא מצא המלוה דיין שרוצה למשכנו אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו וכן חקרתי שנוהגים בשני דברים הללו פה בטוליטל"א ועוד רגילים לכתוב לכל מוציא שטר זה אעפ"כ נוהגים לכתוב הרשאה אלמא לא נהיגי לדון כלשון הכתוב בשטרות כ"ש בדברים הללו שיש עבירה בדבר ויש לפרש הלשון בענין שלא יהא בו עבירה:

דף סב.

כתב הריב"ן שמותר לתת עסקא למחצית שכר ולהתנות שיהא כל אחריות נכסים על המקבל רק שיהא אחריות הזול על הנותן ור"י אוסר אם לא שיהיה אחריות האונסין גם על הנותן כתבו התוס' מותר לתת עסקא למחצית שכר ולהתנות שלא יתעסק רק בדבר פלוני ואם ישנה שיהא כל האחריות על המקבל וכן כל תנאי שירצה כגון שיתנה שלא ישמור הכספי' אלא תחת הקרקע ואם שנה והפסיד כל ההפסד למקבל ואם הרויח הוא לאמצע אע"פ שעתה הוא קרוב לשכר ורחוק להפסד לא חשיב רבית כיון שאם לא שינה היה קרוב לשכר ולהפסד:

כתב ה"ר ישעיה שלא התירו אלא עסקא למחצית בלא קציצה אבל אם קצץ בדבר ידוע אפי' כל האחריות על הנותן אסור משום דמחזי כמלוי ברבית ואתי לאחלופי ברבית גמורה וכל דבר שנותנים בתורת עסקא שמין אותו כפי המנהג בענין שלא יהא בו שום הפסד למקבל שאם לא כן יהיה רבית:

כתב המרדכי פרק החובל מעשה בראובן שהלוה י' ליטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר הזמן אמר ראובן לשמעון אותם י' ליטרים שאתה חייב לי יהא לך למחצית שכר (ובכך) [וכבר] נתעסק שמעון בהם ונאנסו והמתעסק פטור מהאונסין והשיב ר"י דאעפ"כ שמעון חייב באונסין כאשר בתחלה כי אין המעשה משתנה בחליפות דברים וכיון דמתחלה בתורת הלואה קאי ולא נשתנה לעסקא אע"פ שא"ל ראובן שיתעסק בהן והביא ראיות נכונות ודבר זה כלל גדול בדין:

מיהו אם כשאמר לו ראובן לשמעון להתעסק בהן כתב לו שהוא פוטרו מחיוב אונסין שהיה לו עליו כשהיו בידו בתורת הלואה אז אם נאנסו פטור שמעון דהכי מוכח התם להדיא והכי מוכח מהלכה דגזל הגר וזקף עליו במלוה דאיתא פרק הגוזל קמא דף ק"ח: דין מלוה את חבירו למחצית שכר ומת המתעסק איכא פלוגתא המרדכי שם כתב בשם מהר"ם ז"ל דהמלוה חבירו למחצית שכר לזמן קצוב ועדיין לא הגיע הזמן ומת המתעסק הלוה אין המלוה יכול להוציא העיסקא מיד האלמנה והיתומים וישאו ויתנו ביניהם למחצית שכר כל ימי משך זמן העיסקא ומיי' פ"ה מהל' שותפין וסמ"ג עשין פ"ב וטוח"מ סימן קע"ז בשם אביו פסקו דכשמת המקבל עיסקא נתבטל העיסקא וכן נראה דפליגי בשותפים אם נתבטל השותפות במיתת אחד מהשותפים או לא ודוקא בעיסקא ושותפות הוא דשייך פלוגתא דאיכא למימר דלמא אין היורשין יודעין להתעסק כמו המת אבל במלוה מעות לחבירו בלי שום עסק כלל ודאי דלא מצי מלוה להוציא מיד היורשים עד זמן הקצוב להם. והר"מ מריגנשפור"ק היה מספקא ליה דדלמא גבי עיסקא הדין עם

מיי' דיכול לטעון הם אינם יודעים להשתדל כמו אביהם וריב"א מסופק דדלמא דוקא היכא דהיורשים הם רבים הוא דמצי לבטל העיסקא ורבינו יעב"ץ כתב דחד לא מצי מסלק ליה:

המושיב חבירו בחנות להתעסק ויחלקו הריוח לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים ממעותיו ואם לקח ומכר השכר לאמצע פי' אם לקח ומכר ממעות של עצמו חצי הריוח לבעל החנות:

הנותן מעות לחבירו להתעסק אף על פי שהחצי יש לו דין מלוה אינו יכול להוציאם לצרכו ולהתעסק בחציו לבד לצורך חבירו אלא צריך להתעסק בכולו ומיי' כתב שאינו יכול לומר אתעסק בחצי שלי ואניח החצי של הפקדון ולא נהירא לטור דדבר פשוט הוא זה ואם מת ויש עדים שמעות או מטלטלים אלו הן מזה העסק נוטלו בעל הממון בלא שבועה ואין בע"ח ולא האשה נוטלין מהם כלום אא"כ היה בהם ריוח הרי חלק הריוח של המת של יורשים ונוטלין מאותו חלק בע"ח והאשה:

כתב במיי' נתן המתעסק מתנה מהמטלטלים של העסק או מהמעות לאחרים והביא בעל ממון ראיה ברורה שהן מזה העסק מוציא מידם אפילו שנה אותם מקבל מתנה ומכרם או נתנם לאחרים או הפסיד חייב לשלם והכל בראיה ברורה:

אע"ג דטוענים ליורש וללוקח הרא"ש פרק הגוזל בתרא כתב דאיכא מילתא דהוה מצי למטען אבוהון ואנן לא טענינן להו היכא דההיא מלתא לא שכיח כגון גזלן שמת וליכא עדים שמעידים על הגזלה אין טוענין לבניו שמא הגזלן לקח הגזלה ממך דאינו מצוי שהגזלן יקנה גזילה מן הנגזל ונהי דאביהן היה נאמן לומר לקחתי ממך במגו דלא גזלתיך דמ"מ מילתא דלא שכיחי לא טענינן להו ליתמי וכן כל כיוצא בזה אבל טענה דהיא מילתא דשכיחא טענינן להו ליתמי כל מאי דמצי למטען אבוהון וכן כתב הר"ן בשם הר"ז ז"ל שלא אמרו טוענין ליתמי אלא בדבר שהוא קרוב אל הדעת ולא רחוק מן הדעת ובשם הרמב"ן כתב הר"ן ז"ל דטענינן ליתמי כל מאי דמצי למטען אבוהון אפילו דבר שרחוק מדעת ולא שכיחא:

דף סב:

הא דאמרינן שותף חולק שלא לדעת חבירו כתב רבינו ישעיה דוקא שהשלימו שותפתן אבל שמו מעות בשותפות להתעסק בהם לזמן אין אחד מהם יכול לחלוק וליטול זוזי ולומר כל מה שאשתכר בהם יהיה שלי עד שיודיע לחבירו או לשלשה שהן ב"ד ע"כ ומשמע מדבריו שכל אחד יכול לכוף חבירו לחלוק אפילו בתוך זמן השותפות ואין זה

כדברי מיי' שכ' שכל אחד יכול לעכב מלחלוק תוך הזמן וכ"כ הראב"ד ז"ל שאין אחד מהם יכול לחלוק תוך הזמן ואם חולק בלא דעת חבירו והרויח או הפסיד הכל לאמצע כאילו לא חלקו וי"א שכל ההפסד שלו וחבירו לא יערער על חלוקתו והוא בעצמו אינו יכול לערער ולבטל חלוקה שחלק הוא ולא נהירא לטור שלא חלק אלא על דעת שהיה סבור שהחלוקה היתה בדין וכיון שלא היתה בדין יכול לבטלה ומהא דאמרינן דבמקום פסידא שותף חולק שלא מדעת חבירו כ' המרדכי פרק הגוזל בתרא והגהות מיי' פי"ב מהל' גזילה ופ"ד מהל' שותפין בשם מהר"ם ז"ל דראובן ושמעון שהיו דרים תחת שר אחד והיה להם חוב אחד בשותפות ויצא ראובן משם לדור תחת שר אחר וכעס עליו השר ואמר לשמעון את חלקך אסייע לך שיפרעו לך אבל חלק ראובן לא אסייע אם אמר שמעון לעצמי אני מציל הציל לעצמו דכל כהאי גוונא במקום אבוד שותף חולק שלא מדעת חבירו מיהו נראה דאם הציל יותר מכדי חלקו שצריך לתת לשותף דהא ליכא הכא הפקר בעלים ועוד כתב מהר"ם ז"ל שם שנים שהיה להם חוב אחד ביחד והחוב מקולקל ביותר וצריך ליתן שוחד ולהוציא הוצאות האחד רוצה והשני אינו רוצה יכול לחלק שלא לדעת חבירו ויאמר לעצמי אוציא חלקי ואציל לעצמי דכיון דאיכא פסידא יכול לומר פלג. ועוד השיב מהר"ם על יהודים שבכל מלכות שהורגלו לתת מס בשותפות כמה שנים ואח"כ נתן המלך קצת מהמלכות שלו לבנו ואינו לוקח מס מהם אלא מניחו לבנו ועתה תובעים הקהלות מס מאותם היהודים הדרים בעיירות בן המלך שיתנו עמהם כמשפט הראשון בעודם תחת יד המלך והשיב דאם המלך נסתלק לגמרי ממלכות בנו הם פטורים מלתת מס עמהם דבמקום פסידא שותף חולק שלא מדעת חבירו:

ודבר פשוט הוא כי לא נשתתפו אלא משועבדים היו למלך בעודם שלו ודרים תחתיו וכל זמן שהם שלו הם למס עובד אבל יצאו מתחת ידו אדעתא דהכי לא נשתתפו ועוד שהמלך עצמו פוטרן ועומד וצווח שאין לו חלק עמהם אלא של בנו הם ואזלינן בתר מצות המלך אמנם אם עדיין יש למלך תפיסת יד בהם ולוקח מהם מס לא בטל השותפות ויש להם לתת עמהם כבראשונה עכ"ל ונראה דהא דלא שני ליה למהר"ם לפטור היהודים הדרים תחת ממשלת בן המלך מטעם שותף חולק שלא לדעת חבירו היינו היכא דהודיע לחבירו דהוא חולק עמו כההיא דאמר לעצמי אני מציל אבל הכא שיהודים שהם תחת ממשלת בן המלך לא הודיעו ליהודים שתחת המלך שרוצים לחלק השותפות אולי תאמר דאכתי שותפין הן משום הכי הוצרך מהר"ם לתת טעם כי לא נשתתפו וכו' ומשם אתה למד דלפעמים במקום פסידא אמרינן שהשותפות נחלק מעצמו אפילו לא הודיעו הדבר הזה וכגון דאיכא אומדנא שבתחלה לא נכנסו לשותפות לזה אדעתא שישתתפו עד זמן פלוני

ותו לא הילכך כל שותפות שלא פירש בו הזמן אע"ג דבסתם נשתתפו תלוי בזמן כגון שותפות דמס דודאי תלוי בזמן עד שיהיו כולם תחת ממשלת אותו השר אזלינן בתר אומדנא דמוכח ואמר דעד ההיא שעתא שיעמדו כולם תחת אותו שר נשתתפו ותו לא ומ"מ דברי מהר"ם צ"ע:

דף סד.

והרמב"ן כתב שאין ת"ח פטורין ממעשר תבואתן ומכסף גולגלתן אלא כשהצבור נותנין ביחד כך וכך לפטור את כולן והם פוסקים ביניהם אבל אם אמר המלך שיתן כל אחד כסף גולגלתו אין עמי הארץ פורעין בשביל ת"ח ולא עוד דמלכא לא טרח אלא אומר כך וכך אנשים יש כאן וחייב כל אחד אם תפש מאחד או מרבים ע"י כולם כדיניה כדמפורש בהגוזל גובין בין מעם כארץ בין מת"ח וכתב הרמ"ה ז"ל דמחייבי צבורא למפרע עלייהו ממונא דנפשייהו לבי גנזא דמלכא ואפילו שהת"ח עשירים הרבה חייבין הצבור לפרוע בעבורם שלא מפני עניותם נפטרו אלא מפני תורתם וכ"כ מיי' וכתב ה"ר יוסף הלוי דוקא בת"ח שתורתם אומנתם אבל אין תורתם אומנתם חייב וכן כתב הרא"ש נראה שת"ח שיש להן קצת אומנות או קצת משא ומתן להתפרנס בו קצת כדי חייו ולא להתעשר וכל עת שהוא פנוי מעסקיו הוא חוזר על למודו ולומד תדיר נקרא תורתו אומנתו:

כתב ריא"ז הלוקח קרקע מחבירו ובא בעל המצר שהוא שכן לאותו קרקע ורוצה הוא לקנותו חייב הלוקח ליתנו לו שהתורה אמרה ועשית הישר והטוב ודרך ישרה היא זו שיקדים בו השכן. והלוקח מה לו לקנות כאן מה לו לקנות במקום אחר בין שהיה קרקע זה שדה או כרם בין שהיה בית. ונראה בעיני שאם קדם הלוקח ואכל הפירות קודם שיבא בעל המצר ליטלה מחזיר הפירות לבעל המצר שכל שבח הקרקע הוא לבעל המצר. וכשבא בעל המצר ליטלה אין הלוקח מקבל עליו אחריות אלא נותנה לו כמו שלקחה:

הא דאמרינן צריך שיקח קנין מבעל המיצר כתב הרמ"ה אם אמר בפני עדים הוו עלי עדים שנסתלקתי אין צריך שר"ל שנסתלקתי כדין בקנין ופירש גם הוא דוקא דלא אימליך ביה מוכר אבל אימליך ביה מוכר לזבוני ליה בהני דמי וא"ל זיל זבין לעלמא דלא בעינן ליה לא צריך למיקנא מיניה ע"כ. כתב מיי' בד"א שצריך קנין כשמחל לו קודם שקנה אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח כגון שבא המצרן וסייע אותו או שכרו ממנו או שראה אותו בונה וסותר כל שהוא ומשתמש בו ולא מיחה ולא ערער הרי זה מוחל ושוב אין יכול לסלקו. היה בן המצר במדינה אחרת או חולה או קטן ואחר זמן הבריא החולה או הגדיל הקטן ובא למדינה אינו יכול לסלקו שאם אי אתה אומר כן

אין אדם קונה קרקע שיאמר הלוקח לאחר כמה ימים תצא ממני וכזה הורו הגאונים וכ' הרא"ש ומתוך לשונו משמע שאם לא סייע אותו ולא ראוהו משתמש יכול לסלקו אפילו לזמן מרובה ולא מסתבר כלל דכיון דטעמא משום הטוב והישר אין לנו ליפות כחו כל כך וכיון שלא גילה לו ללוקח מידי כשידע בקנין שהוא חפץ שיעשה עמו טובה ויניח לו השדה יש לנו לומר שלא ישרה בעיניו או שאין לו מעות לקנותה והר"ר יהודה אברצלוני כתב בשם גאון שאם שתק יום אחד שוב אינו יכול לסלקו ומסתברא כדברי רב האי דכיון ששהה שיעור מיזל ואמטויי זוזי דשכיחי ליה ואיתויי ומתבעי בדינא לסלוקי תו לא מצי לסלוקי ומיהו דוקא משעה שנתגלה המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרקע בל אם לקחה בצנעא ולא החזיק אית ליה לבר מצרא רשותא לסלוקי ע"כ כתב גאון שאם היו המצרנים רבים ומכר אחד מהם זכותו ללוקח אפילו בקנין יכולין האחרים לסלקו ולא אמרי' שהלוקח במקום המצרן כיון שמכר לו זכותו ויהיה כאחד מן המצרנים שקדם וקנה שזכה בו וכ"כ הרא"ש ז"ל:

דף סד:

כתב ריא"ז

ונראה בעיני שאינו יכול להשביעו שלא קנאה בפחות שאין נשבעין על טענת ספק:

כתב ריא"ז

ול"נ שמאחר שהוחזק כפרן בשטרות אין מאמינין אותו אלא בעל המצר לוקחה בשומת ב"ד:

בדין ישראל המוכר קרקע לכותי אמיצר ישראל התוס' פרק הגוזל בתרא שם כתבו בשם ר"ת דהא דמשמתינן ליה למוכר דוקא כשישראל בעל המיצר רוצה ליתן לו כמו שנותן לו הכותי אבל אם הכותי רוצה ליתן לו יותר אין להפסיד בשביל כן אבל בעל סמ"ג עשין פ"ב לא חילק בין אם הכותי רוצה לתת לו יותר מישראל או לא בכל ענין כ' בסתם דכשהישראל רוצה ליתן כמו הכותי משמתינן למוכר והוסיף מדידיה ואמר וז"ל ונראה דדוקא עד כדי דמיהם אבל אם הכותי רוצה להוסיף מדמי שווייה ימכרנו לישראל בדמיה כי אולי הכותי מוסיף דמים להיות שכן לישראל ולגרשו מנחלתו ע"כ נרא' דהרא"ש מפרש בהפך ממה שאומרי' התוספות כי לדברי התוס' יש לו למכור הקרקע למי שנותן לו מעות יותר אפי' יהיה כותי ולדברי הרא"ש כשהכותי נותן לו מעות יותר אז יתננה לישראל בפחות ואפשר לומר דכל הני שזכרנו לא פליגי אהדדי רק הכל לפי ראות עיני הדיין כמו שכתב הטור חו"מ סימן קע"ה:

ודע כי גמגום יש בדברי הרא"ש בדפוס וה"ק ודאי דיש למוכר למכור הקרקע שלו למי שנותן לו מעות טפי אפי' יהיה הנותן כותי כדברי התוספות מיהו כשישראל בעל המיצר רוצה בה אפילו הכותי רוצה לתת יותר יש ליתננה לישראל כדברי סמ"ג כי אולי הכותי מוסיף דמים להיות שכן לישראל ולגרשו מנחלתו כמ"ש הרא"ש ז"ל על דברי רבינו תם והכי מוכח דברי הטור בשם אביו דודאי יש טעות בדפוס האשר"י:

והגהת מיי' פי"ב מהל' שכנים כתבו בשם ריב"ן דאפילו אם הודיע למצרן ואינו רוצה לקנות משמתינן ליה נראה דלדידיה בכל ענין לא מצי למכור קרקע לכותי אמצרא דישראל חבריה והכי כתב טור חו"מ סימן קע"ה בשם גאונים שיש מהם שכתבו שאפילו אינו מוצא ישראל שרוצה לקנותו וגם המצרן אין לו במה לקנותה אפי' הכי אינו רשאי למוכרו לכותי אפי' שהוא עני ואין לו מה יאכל יתפרנס מן הצדקה ואל יגרום היזק לחבירו וכתב עוד הטור ויש מחלקין דהיכא שרוצה למוכרו בשביל פרנסתו ואינו מוצא ישראל שרוצה לקנותה יכול למוכרה לכותי ויקבל עליו אונס שיבא מן הכותי והטור דידיה הביא דעת אביו לפסק הלכה ולדבריהם נראה דכשהותר לו למכור לכותי אינו צריך לקבל עליו שום אונסא דמתיליד מיהו מדברי מהר"ם ז"ל משמע דצריך לקבל אונסא דמתיליד כדלקמן. ולענין להשכירו לכותי איכא נמי פלוגתא בדברי סמ"ג שזכרנו משמע דגם לא מצי להשכיר קרקע לכותי אבר מצרא דישראל חבריה היכא שבן המיצר הישראל רוצה בו והמרדכי כתב בשם ריצב"א וכן הגהות מיי' פרק י"ב מהלכות שכנים בשם ריצב"א דאפילו ישראל בן המיצר רוצה לשכור יכול להשכיר לכותי דלא אשכחן דהחמירו רק לזבוני ע"כ ונראה דאין הוכחה מכאן לומר דפליגי אם בשכירות נוהג דין בר מצרא או לא כדי שנאמר דלסמ"ג בשכירות שייך דינא דבר מצרא ולריצב"א [לא] דזה אינו דלעולם י"ל דלכ"ע בשכירות לא שייך דינא דב"מ ויכול בעל המיצר להשכיר קרקעו אפילו לאיש אחר שאינו בעל המיצר והכא היינו טעמא דסמ"ג מפני שמרביע לו ארי אמצריו דומיא דמכירה דמדינא לא שייך בר מצרא במוכר לכותי אלא דמשום דמרביע לו ארי אמצריו קנסינן ליה הכא נמי ל"ש ואל תאמר ותסייעני לזה מהא דכתב סמ"ג שם להדיא דבשכירות אין בו משום דין בר המיצר דאי משום הא לא תסייעני דאין כוונת סמ"ג שם לומר דמי שרוצה להשכיר קרקע שיכול להשכירו אפילו למי שאינו בן המיצר כמו נדון דידן רק כוונת סמ"ג שם הוא לומר דמי שכבר השכיר קרקע לחבירו שאינו בן המיצר שלו ובא אחר למוכרו לזה שהשכירו לו לא מצי בעל המצר לעכב על ידו כמו שכתב גם מיי' ופירש דבריו כך המגיד משנה שם פי"ב מהלכות שכנים והוא הנכון דכל עניני בר מצרא לא נאמרו רק על המכר בלבד לא על השאלה ולא על השכירות ולא על

המשכון ולא על שום דבר אחר כיוצא בזה רק הרשות נתונה מן התורה לכל איש להשכיר ולהשאיל ולמשכן קרקעו וחצרו לכל איש ואיש שיחפוץ ולא מצי בעל המצר לעכב על ידו דלא פירשו חז"ל ועשית הישר והטוב רק על המכירה ומדברי התוס' וסמ"ג והרא"ש והטור נראה דהיכא שלא רצה הישראל בקרקע זה ומכרו לכותי דאין צריך לשלם לו אונס דמתיליד אבל מדברי מהר"ם שהביא שם המרדכי גבי המעמיד חבירו ערב לכותי משמע דאע"ג דלא משמתינן ליה משום שמכר לכותי מ"מ צריך לשלם כל האונס דמתיליד דאפילו נתרצה הישראל להדיא שירביע לו הארי למצריו אפילו הכי כתב מהר"ם דצריך לשלם מה שיזיק לו הארי ומהכא נפקא לן נמי פלוגתא אחרינא כי האי דכתבו הר"ן ומגיד משנה פי"ב מהלכות שכנים בשם הראב"ד והרמב"ן והרשב"א דאם אירע שלא קבל עליו הישראל המוכר לכותי אמצרא דבר ישראל חבריה כל אונסיה דמתיליד דאינו חייב לשלם הנזק אם הזיקו הכותי פליג עליה מהר"ם ז"ל דלדידיה המעמיד חבירו ערב לכותי וכן המוכר קרקע לכותי אמצרא דבר ישראל חבריה אפילו ברשות הישראל בעל המיצר חייב לשלם לו כל אונס והיזק שיבא לו מן הכותי אע"פ שלא קבל עליו כל אונסא דמתיליד ואצ"ל אם מכר לו שלא ברשות בעל המצר דודאי צריך לשלם לו כל אונסא דמתיליד מחמתיה אע"פ שלא קבל. מיהו דברי הגאונים שהביא הטור דכשהותר לו למכור לכותי צריך לשלם לו ההיזק אינו סיוע לדברי מהר"ם דאינהו אמרי דצריך שיקבל עליו האונס ואפשר לומר דעד שלא קבל שלא יתחייב כדברי הראב"ד אבל מהר"ם ודאי פליג. בתים כתב ר"ת שאין להם דינא דבר מצרא והרמ"ה חולק שאם יש מקום ליכנס מזה לזה בענין שחשובים כאחד לענין עירוב לערב אחת אית בהו דינא דב"מ ואי לא לית בהו דינא דב"מ והרא"ש כתב על דברי ר"ת דבריו נכונים אלא שלא נהגו כך וכ"כ ה"ר יהודה ברצלונ"י שכתב דאין דינא דמצרנות אלא בקרקעות אבל לא במטלטלים וכל קרקעות שבעולם יש להם דין מצרנות כגון בית המרחץ ובית הבד ושובכות ומגדלות ושדות וכרמים ובית השלחין ובורות שיחין ומערות והדומה להם והמחובר לקרקע כללא דמלתא כל דבר שיש בו חזקה יש בו מצרנות חוץ מן העבדים שיש להם חזקה ואין להם מצרנות ובמקומות שבבה"כ כ' הראב"ד מכח הדין יש בהם מצרנות שהם כקרקע אע"פ שאינו מתקבל על הדעת אבל זה אנו רואין שאם היתה האיצטבא דחוקה ואחד מבני האיצטבא רוצה למכור מקומו שצריך למוכרו לבני האיצטבא:

דף סה.

מי שמשכן שדהו ואח"כ בא המלוה לקנותו אין המצרן יכול לסלקו ולא עוד אלא אפילו קדם המצרן וקנאו כתב הרא"ש שהמלוה מסלקו וכתב הרמ"ה דוקא שקנאה בתר שתא אבל בגו שתא אערומי קא מערים ומיהו אם אירע למוכר מקרה שצריך למוכרה ומוכח מלתא דלא קא מערים אפילו בגו שתא לית ביה דינא דב"מ וכתב הרא"ש ז"ל אם בתחלת המשכונא בא המצרן לערער ולומר אני אלוה לך כי שמא כוונתו להערים למכור למלוה י"א שהדין עמו וי"א דמצי למימר האיך נוח לי ללוות ממנו כי ירויח לי הזמן ולא יגוש אותי וכן נראה אמנם דבר זה תלוי בראיית הדיינין אם יראה לדיין שיש בו ערמה כגון שלא נמשך זמן המכר אחר זמן ההלואה או שאין רגיל ללוות לו וכל כיוצא בזה דוחין את המלוה ע"כ ואם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת נ"ל דהלוה מעכב על המלוה ואין המלוה מעכב על הלוה אבל אם אין הלוה חפץ לקנותה ודאי לא גרע כח המלוה בה מכח שאר המצרנים ואם קדם וקנה זכה וכ"כ הר' יהודה ברצלונ"י:

שכירות כתב מיי' שאין בו דינא דבר מצרא והרא"ש כתב בתשובה שיש בו דינא דב"מ דשכירות ליומיה ממכר הוא ומטעם זה יש בו אונאה וה"ה לענין מצרנות שייך ביה הטוב והישר כמו גבי מכר:

כתב מיי' אם טוען המצרן שעשו קנוניא ביניהם נשבע הלוקח בנקיטת חפץ ונוטל מאתים היו שם עדים שנתן מאתים והמצרן טוען שאמנה היה בינו ובין המוכר והוא ידע בודאי שלא לקחו ממנו אלא במנה נותן לו הדמים כפי מה שהעדים מעידין ומסלקו ומשביעו שלקחו במאתים ונפטר היה תנאי ביניהם בין שהתנה המוכר בין שהתנה הלוקח אין המצרן יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע אחר בעל כרחו ע"כ:

כתב מיי' החליף חצר בחצר אין בו דין המצר ע"כ ובתשובה לגאון ראובן שמכר שדה הסמוכה לחצר שמעון וללוי ורצה שמעון ליתן לראובן גם הוא הכרם שהיה לו תחת אותו השדה ואמר ראובן איני חפץ בכרם שלך שאינו טוב כמו של לוי והשיב שהדין עמו ויראה מדבריו שאם היה כרמו טוב כמו של הלוקח שהוא מסלקו ואפשר שגם מיי' היה מודה בזה שהוא לא כתב אלא החליף חצר בחצר אבל בשדה היה מודה. כתב ריא"ז אם לקח הלוקח סתם ולא הודיעו לבר מצר יכול הבר מצר לערער עליו בכל שעה שירצה לפי שאינו אלא כמו שלוחו. אבל אם הודיעו ואינו נותן לו מעותיו הרי גלה דעתו שאינו חפץ בשליחותו. ואם ראה אותו מחזיק הקרקע ובונה וגודר ולא ערער הרי גלה דעתו שאינו חפץ בשליחותו:

לשון ריא"ז

המחליף קרקע במטלטלין הרי הוא כמוכר בדמים ויש בו דינא דבר מצרא:

לשון ריא"ז

ונראה בעיני שאם טען לוקח שלצורך דברים אלו מכרו המוכר אינו נאמן עד שיביא ראיה לדבריו לפי שהקרקע בחזקת בעל המצר בלא ראיה:

דף סו.

כתב ריא"ז

מלמד תינוקות שהיה מלמדן טעיות ושבושים מסלקין אותו אפי' קודם זמנו ונותנין לו שכרו במה שעשה בלבד שזה הפסד שאינו חוזר שהשבוש שעלה בפי התינוק עלה וכן אומן שהוא מקיז דם או מוהל וכן הסופר שהוא כותב השטרות לבני העיר כל אלה פסידא דלא הדרא ומסלקין אותן אע"פ שלא התרו בהם:

דף סו:

כתב ריא"ז

כל מקום שהם טוענין על דבר שאינו יכול להתברר ואין ידוע אם היה בפני עדים אם לאו אם תפש אחד מחבירו בלי ראיה ב"ד מוציאין מידו ומעמידין הדבר בחזקתו עד שיביא ראיה בין אם היה קרקע בין אם היה מטלטלין וכן נמצא ברוב מקומות שאין אדם יכול להחזיק בשל חבירו בלא ראיה ואם נולד הספק על הדין היאך הוא ותפס התובע אין כח לבית דין להוציא מידו:

כתב ריא"ז

אע"פ שמתו העדים אפשר שיתברר הדבר כי שמא העדים או בעלי דינין גילו הדבר ברבים ועשוי הדבר להתגלות:

דף סז.

ומההוא דאמרי' בפרקין דשטרא כיון דלגוביינא קיימא דמיא [כגבוי] נ"ל דכל המחוסר מעשה באותו ענין ואין בידו לעשותו לא אמרי' כיון דמדינא הוא כך חשוב כאילו נעשה דהכי אשכחן גבי שטר העומד לגבות דלא אמרי' כגבוי דמי כדאיתא פ"ד דסוטה ואף ע"ג דבעלמא אשכחן כמה דברים העומדים לעשות וחשובים כעשויות כהנהו דבפרק מרובה

וכל הנהו דהזכירו התוס' שם במס' סוטה דכל מלתא דלא הוי בידו לעשות' כגון גביית השטר שאין בידו לגבותו שהרי צריך לדיינים ולאו בידו היא דמי יימר דמזדקקו ליה ב"ד אז לא חשבינן ליה כגבוי עד שיהיה ממש גבוי ומלתא דבידו לעשות חשבינן ליה עשוי כל העומד להעשות משמע דקי"ל כדברי ב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וכן נראה דאזיל מהררי"ק ז"ל בשטה זו גבי דין השמיטה כדאיתא בתשובותיו סי' צ"ג אין נראה בעיני שההלכה כך חדא דב"ש במקום ב"ה אינה משנה ועוד לשון התלמוד בפ' השולח הכי משמע גבי שטר דקריביה דרב אשי דהוה כתיב ביה אחריות נכסים וא"ל רבי יוחנן משמט וקאמר התם דההיא ברייתא דאמר אינה משמט דלמא ההיא כב"ש דאמרי שטר העומד לגבות כגבוי דמי ומוכח דאין הלכה כך כב"ש וכן פסקו גבי שמיטה מיי' פ"ט מהל' שמיטה וסמ"ג לאוין ר"ע וטור ח"מ סי' פ"ז וגבי סוטה נמי הכי פסקו כב"ה ומיי' פרק ב מהל' סוטה וטור א"ח סי' קע"ח והאמת כי כל ימי היו דברי המרדכי האלה בעיני לפלא איך פסק כדברי ב"ש וכן תמצא נמי גבי קבלת עדות שלא בפני בעל דין שכתבו הרא"ש והמרדכי והטור ח"מ כ"ח בשם ריב"א והראב"ד ואמר התובע שיקבלו עדות בחיי הנתבע וכו' דאין שומעין לו כי מזל רע שלו גרם שחלה הנתבע וקנסוהו מן השמים וכן אם אומר התובע לדיינים הרי עדים לפניכם אלא שאינכם רוצים לקבלם לכל הפחות קחו ממון הקטנים בידיכם שלא יכלוהו וילך לאבוד אין שומעין לו דמזלו רע גרם ולדידיה קנסוהו מן שמיא הרי דכל שמחוסר מעשה לא חשבינן ליה עשוי אף על פי שעומד להעשות ובפרט כשאין בידו לעשות כגון שצריך לאותו מעשה גם דעת אחרים והא דאמר גבי הבא לב"ד ואומר פלוני חייב לי ואין לי ראיותי ומצאתי מנכסיו וירא אני שמא יבריחם שב"ד נזקקין לעשות עכוב על הנכסים ההם כמו שכתב הרא"ש פ"ק דב"ק דהתם בידו להביא הראיות שהשטר בידו מקוים וכבר נזקקו לו הב"ד אבל הכא גבי עדות אין בידו להביא הנתבע עתה לב"ד דמצי א"ל לב"ד הגדול אזילנא או טעמא אחרינא כדאיתא שם פ' הגוזל בתרא. א"נ התם אין עושין מעשה אלא להציל עשוק מיד עושקו עד שיתברר הדין ואין נזקקין לו בשביל זה כלל. והא דאמר הכא האי שטרא כיון דלגובייא קיימא כמאן דגבוי דמי לא היה חסר כאן שום מעשה דמירי שעשה השדה אפותיקי והוי בע"ח מוחזק בו דפי' האי שטרא לגובייא קיימא הכי משמע מכח האי שטרא דשוייה ליה השדה אפותיקי דינו דבע"ח למשקל כוליה עם השבח בין יביאו היתומים ראיה שהשביחו או לא כדפי' רש"י דלהחזיק אמר שפיר שטר העומד לגבות כגבוי דמי ודכוותה דלמאן דפסק כמרדכי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי לא פסק כך רק לגבי כתובה דס"ל דגבי שטר כתובה מקריא להחזיק משום דאלים כח מעשה ב"ד

וכמוחזקת היא כמ"ש המרדכי עצמו בהגהות מרדכי דכתובות המתחלת תשובות רבינו מרדכי וכן הוא אצלי בפי' ובסוף כתב מרדכי כבית הלל וכן מה שכתוב במרדכי פ' הבא על יבמתו גבי נישאת לראשון וכו' שזכרנו בסמוך הן הן דברי המרדכי ומשום האי סברא דהאשה חשובה כמוחזקת בנכסי הבעל גבי כתובה שהוא תנאי ב"ד מש"ה פסק כב"ש אבל ודאי דלגבי נדוניא ושאר שטרות דעלמא ס"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ופשיטא לי דגבי שמיטה ודאי ס"ל למרדכי דלא אמרי' שטר העומד לגבות כגבוי דמי אלא במלתא דהוי תנאי ב"ד כמו כתובה ומכאן הגדיל הקושיא על מהררי"ק שזכרנו דאין ראיות המרדכי שהביא ראיה לנדון דידיה ראיה כי המרדכי לא מיירי אלא בכתובה אבל לא בשאר שטרות הלכך לכ"ע גבי נדוניא לא אמר שטר העומד לגבות כגבוי דמי ונפקא מינה לדין אשת מומר שתובעת כתובתה ונדונייתה על נכסי בעלה אע"פ שהוא עדיין בחיים באמרה דכיון דמדינא חייב בעלה לגרשה הוי כאילו נתגרשה והארכתי בה בתשובה להוכיח דלא מצי לגבות כתובתה בעוד בעלה בחיים ודחיתי ראיות שיש להביא בזכותה מהגהות מרדכי דכתובות גבי אשה שילדה לאחר מיתת בעלה ומת הולד תוך ל' יום וכו' ומההיא דאשה שנפל בעלה למים שאין להם סוף דבכלהו אמר דגובה כתובתה לאלתר ע"ש באורך אמנם יש לה מה להסמך בהוראת גאוני מערב שהביא מיי' בתשובותיו וכתב דכן המנהג להגבות לה כתובתה מיד אע"פ שאין שורת הדין כך ומנהג מבטל הלכה:

וב"ה כתב ובהמחאה לא נסתלק אם לא שפטרו בפירוש וכ"כ הרא"ש שיכול לחזור לתבוע מבעה"ב וביאר עוד בתשובה ראובן שאמר לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי במעמד שלשתן נהי דקנה לוי מ"מ לא נפטר ראובן מלוי מאותו מנה שהוא חייב לו אם לא שפטרו בפירוש אפי' אם שתק לוי יכול לומר לראובן לטובתך עשיתי שנתרציתי לקבל המנה שאתה חייב לי משמעון כדי להקל עליך אבל לא פטרתי' אם שמעון לא יתן לי כי מעמד שלשתן הוא מלתא בלא טעמא ופי' ר"י שעשו אותה לתקנת השוק דמי שקונה סחורה ואין בידו מעות מעמידו אצל בעל חובו וא"צ להמתין עד שיקנה לו בקנין ועוד יפוי כח המלוה שאפי' בעל כרחו של הלוה משתעבד הוא למקבל אבל שיעשו תקנה שיפטר ראובן מלוי המקבל בשתיקה בעלמא אין לתקנה זו סברא וטעם אבל יראה שלא יתבע את ראובן תחלה כל זמן שיוכלו לגבות משמעון כי הוא עיקר החיוב ולא נשאר על ראובן אם לא שפטרו בפירוש אבל רב אלפס כתב שנפטר ראובן והביא ראיה מהירושלמי ובע"ה דחה אותו הראיה ע"כ וי"א ודאי אם העני שמעון לאחר שנתרצה לוי ליפרע ממנו אינו יכול לחזור על ראובן אבל אם היה עני באותה שעה ולא ידע לוי

היה מקח טעות וחוזר על ראובן ולוי מחרים סתם על מאן דידע ליה דעני הוה והשתא קא כפר ביה ואם טען לוי ששמעון היה עני והטעהו וראובן טען עשיר היה והעני אם היה החוב שנתחייב ראובן ללוי על פה נאמן במיגו שאם היה אומר פרעתיך והיה נשבע היסת ונפטר כי אמר נמי ההמחאה שהמחיתיך אצל שמעון בדין היתה לקמו ובשבועה אבל אם היה החוב בשטר על ראובן להביא ראיה שלא הטעהו ואם לא יביא ראיה אם יש נאמנות בשטר גובה לוי חובו בלא שבועה מראובן ואם אין בו נאמנות ישבע לוי ויטול שאפי' היה סובר ביד ראובן היה צריך לקיימו אף כאן צריך לברר בעדים שלא הטעהו ועיין פ"ק דגיטין:

סוחר שאמר לסרסור שיקבל בשבילו מעות משלחני והעמידו אצל שלחני ואח"כ עכב השלחני המעות מחמת חוב שהיה לו על הסרסור אם הסרסור היה חייב מעות לשלחני הרי עכבם בדין והוי כאלו נתנם לידיה וחייב הסרסור ליתן המעות לסוחר אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשלחני כלום וזה מעכבם שלא כדין ישבע הסרסור שאינו חייב לשלחני ויפטר מן הסוחר:

דף סז:

בדין בעל הבית שכופר לשכיר שלא השכירו מעולם המרדכי פ' הגוזל בתרא בשם רבינו שמחה כתב דאם הוא כופר ואומר לא שכרתיך מעולם נאמן בעה"ב בלא שבועה דליכא דררא דממונא כלל שמודה השכיר שלא בא ממונו ליד השוכר וגרע ממנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והמרדכי גופיה מדידיה כתב פ' כל הנשבעין דלאחר שנתקנה שבועת היסת צריך בעה"ב לישבע והמרדכי שם פרק הגוזל בתרא הביא דעת מהר"ם דפליג עם רבינו שמתה בהאי דשכיר וכן פליגי בעני שתבע לעשיר נדרת לי כך וכך והעשיר כופר דלמהר"ם ישבע העשיר ולרבינו שמחה פטור מיהו צ"ע האי עשיר שתבעו עני נדרת לי כך וכך במה מיירי בשכיר עני או דלמא בעני שתובע לעשיר שנדר לו מתנה כך וכך היה יוצא לנו מכאן דין פשוט דהטוען לחבירו מכרת לי חפץ פלוני שבידך ונדרתו לי בכך וכך וזה כופר על ערך החפץ ולא נתרצה מעולם למוכרו לו דצריך בעל החפץ לישבע דדין אמירת מתנת עשיר לעני ודין אמירה למכור חפץ חדא נינהו לענין שבשניהם יכול לחזור בו וכיון דהכא גבי מתנה אע"פ דאם יודה קא מצי מיהדר ביה צריך שבועה ה"נ גבי מכירה דמצי מהדר ביה אם יודה יש לחייבו שבועה וקצת מוכיחים דברי המרדכי דמהר"ם ז"ל לא מיירי בשכיר עני שתובע שכר פעולתו לבעה"ב דהא הוצרך המרדכי לומר דנראה לו דמהר"ם חולק על רבינו שמחה ואם היה שדברי

מהר"ם מיירי בשכיר עני מה צריך למרדכי לומר שנראה לו דחלוקין אהדדי ומה בא ללמדנו והרי אנו רואים בענינו להדיא דפליגי אהדדי דתרוייהו בשכיר שתובע שכירות לבעה"ב מיירי אבל ודאי דדברי מהר"ם לא קאי על שכיר עני ומש"ה הוצרך המרדכי לומר דנראה לו דפליגי אהדדי ועוד אילו בשכיר מיירי למה ליה למינקט בלישניה עשיר ועני ולמה ליה למנקט בלישניה נדרת לי כל אלו הלשונות לא שייכי גבי טענת שכיר ובעה"ב כשטוענים על גוף השכירות אם השכירו מעולם או לא:

שאלה להרא"ש. ראובן קנה סחורה משמעון ואמר לו אעמידך אצל לוי שאני עושה לו מלאכה פלונית ונותן לי כך וכך לשנה ולכשיגיע הזמן יתן לך שכרי במקומי והעני מי שהיה חייב ליתן לו המעות אם חייב הלוקח ליתן המעות למוכר אם לאו:

תשובה. חייב הלוקח ליתן למוכר המעות שזה שהיה עושה לו מלאכה לא נתחייב לו עדיין מעות לראובן בשעה שקיבל עליו ליתנם כיון שעדיין לא נעשה המלאכה ואין מתחייב במעמד שלשתן אא"כ היו בידו מעות משל מי שמצוה ליתן לו וכיון שקנה ממנו הסחורה נגמר המקח ואם לוי לא יתן חייב ראובן הלוקח ליתן לו. שכרו בלא עדים נאמן לומר פרעתיך בלא שבועה ופי' ר"י היינו דוקא כשטוען פרעתיך כל שכרך דאז הוא נאמן במגו דלא שכרתיך ששתי הטענות שוות שיש בהם העזה אבל אם מודה מקצת ליכא מגו דלא אמרי' יהא נאמן במגו דאי בעי לומר לא שכרתיך מעולם דהוה ליה העזה הלכך אם טוען ברי שפרעו קצת ישבע השכיר ונוטל ואם טוען ספק נוטל השכיר בלא שבועה:

דף סח:

ל"ש אם כופר בכל שאומר קצצתי לך שנים ופרעתי ל"ש אם מודה מקצת שאומר נתתי לך אחד מהם נשבע כעין דאורייתא ונפטר וכתב מיי' בד"א ששכרו בעדים ולא ידעו כמה קצץ לו וזה תבעו בזמנו וכן אם יש עדים שתבעו בסוף זמנו כדלעיל נשבע כעין דאורייתא אפילו אחר זמנו כדי משך זמנו אבל שכרו שלא בעדים ותבעו אחר זמנו אין בעה"ב צריך לישבע אלא היסת שלא קצץ לו אלא מה שכבר נתן לו או שלא נשאר אצלו אלא מה שאומר לו במגו שלא שכרתיך כדין כל הטענות:

דף סט.

כתב הרמ"ה כי אזהר רחמנא שליח ב"ד שלא ליכנס לביתו של לוה היינו היכא דאפשר ליה לבע"ח לאישתלומי מיניה באנפי אחריני ממקרקעי או ממטלטלי אבל כי לא אפשר ליה לאישתלומי באנפי אחרינא אלא בהכי כגון דלא משכח ליה מקרקעי או

מטלטלי וטעין דלית ליה מידי לפרעיה למלוה והמלוה טעין אפילו טענת ספק דאית ליה מטלטלין בביתי' דינא הוא דליעול שליח ב"ד בביתיה ואי משכח מידי דהוא חזי מדינא למשכוני ממשכן ליה אע"ג דהאי מלתא לא אתמר בגמ' בהדיא ורבותי נמי לא חזינן דאיירי בה חזינן למכתב מה דמסתבר לן בה משום דמלאכת שמים היא ואפ"ה לא אורי בה הלכה למעשה אלא היכא דאמיד לוה ולא משכח מידי אבראי לאישתלומי לא מקרקעי ולא מטלטלי שאין לך נעילת דלת גדול מזו. וכ"כ רבינו בתשובה שאם הלוה אלם ורע מעללים ומעיז פניו לפרוע חובו מותר ליכנס בביתו לדעת מצפוניו אפילו על ידי שליח נכרי כדאמרינן ממשכנין על הצדקה וכן עושין בצרכי קהל ע"כ ובעל התרומות כ' דאין אנו עושין כן אלא בדוחק גדול וצדקה ומס שאני שלא באו עליו דרך הלואה אבל מלוה שהתורה הזהירתנו עליו אין כח בנו לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול ושיהא כוונת ב"ד לשמים כדאמרינן שב"ד היו מכין ועונשים שלא כדין ולא לעקור דבר מן התורה אלא לעשות סייג לתורה ע"כ ולדברי ר"ת אין אנו צריכין כל זה שהוא מפרש דכל זה לא איירי אלא במשכנו להיות בטוח במעותיו ולא בא עתה לפרוע ממנו אבל כשבא ליפרע מחובו והוא אינו רוצה לפרוע והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריחן שליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו שפריעת בע"ח מצות עשה היא והיה מכין אותו עד אין שתצא אותו להשכיר עצמו נפשו לקיימו ומיהו כופין ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע וכתב הרא"ש בתשובה אפילו התנה על עצמו שיתפוש המלוה את גופו וכתב לו בשטר אינו מועיל ואינו יכול לו לאוסרו ולא להשתעבד בו:

דף סט:

ר"ת פסק דאין מסדרין לבעל חוב וכל הפוסקי' חולקים עליו וסבירא ליה דמסדרין כ' בעל התרומו' התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה לא אמרי' דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא הוי ככל תנאי שבממון וקיים אבל במה ששעבד לו כל נכסיו אין בזה תנאי לבטל הסידור שלא היה בדעתו אלא על נכסים הראוים לו ע"פ התורה עד שיזכיר בהדיא תנאי הסידור ואפילו אמר מגלימא דעל כתפאי לא אמר אלא על אצטלא בת ק' זוז שאינה כסות הראוי לו שימכרוהו ויתנו לו כסות הראוי לו וכן אם אמר ע"מ שלא יהיה בחוב זה דין סדור אינו מועיל דה"ל מתנה על מה שכתוב בתורה כמו על מנת שלא תהא שביעית משמטתו דלא מהני ואין מסדרין בתוב שאינו דרך הלואה כגון שכירותו ושכירת בהמתו וכיוצא בו וכן כשבא ליפרע מן הערב כדרך שאמרו בכל אלו אינה בכלל השבת העבוט כך אין סידור נוהג בהם אבל קבלן דינו כלוה אבל הר"ם כתב שדין סדור נוהג בערב

ובכל אלו והראב"ד כתב בענין הסידור והחזרה קרוב לזה פירשתי אלא שהוא תלה בדעת הלוה שכתב אם אמר הלוה לא בעינן לזבוני מאני דלמא מתרמי לי זוזי ופרעי ליה בהא אין מסדרין אלא שקיל מלוה כוליה ומהדר ליה ללוה ואי אומר לא בעינן דמסדרין לי מסדרינן ליה ויש אומרים שגם בשעת משכון מסדרין ומניחין לו כלים הצריכין לו וכ"כ מיי' לא ימשכננו דברים שעושין בהם אוכל נפש וכו'. וקשה לדבריו כיון שצריך להניח לו בשעת משכון דברים הצריכין לו למה מחזירין והלא אין חזרה אלא בדברי' הצריכין לו ואותם הניח לו וגם לדברי הראב"ד קשה למה תלה הדבר בדעת הלוה מסתבר טפי לתלות בדעת המלוה ע"כ הוא העיקר מה שכתבתי וכ"כ הרא"ש:

דף ע.

כתב ריא"ז

כל משכון שאין חייב להחזיר אם משכנו בשעת גביית חובו ואין בעליו פודה אותו עד שלשים יום ה"ז מוכרו בב"ד וגובה ממנו חובו:

לוה שאמר הריני משלם קבעו לי זמן שאלוה או אמשכן או אמכור ואביא המעות כתב מיי' שנותני' זמן ל' יום ואין מחייבים אותו ליתן משכון שאילו היו לו מטלטלים ב"ד גובין אותן מיד ואם ירצה המלוה יחרים סתם על מי שיש בידו מעות ומטלטלין ומפליג אותו בדברים ואין מחייבין את הלוה להביא ערב עד שיתן ע"כ. ונראה שאם יראה לדיין שיש לחוש לו שמא יברח או ישמט שצריך ליתן ערב. רב אלפס כתב בתשובה הזמן לפי ראות הדיין אם יראה שלא יספיק לו ל' יום יוסיף או אם יראה לו שא"צ כל כך יפחת ואם יאמר התובע אני צריך ללכת לדרכי ואיני יכול לישב ולהתעכב לזמן אומרים לו עשה שליח שישב כאן וימתין עד שיגיע הזמן וכ' ר"ח שאין נותנין זמן אלא למלוה סתם או שהתנה עמו שיפרענו בכל עת שיתבענו כיון שאין לו זמן קבוע לפרעון אבל הקובע זמן לחבירו והגיע הזמן אין נותנין לו זמן אחר שכבר ידע הזמן והיה לו לטרוח ולחזר אתר המעות ולפיכך מורידים המלוה מיד לנכסיו אבל הגאוני' כתבו שעל כל מלוה נותנין זמן וכ"כ רבינו בתשובה:

כתב ריא"ז

ונראה בעיני שלא אסרה תורה אלא בגד כגון בגד לבישתה ומצעותי' וכיוצא בהם אבל אם היו לה שאר כלים כגון כוסות של כסף וכיוצא בהם או שהיה לה בהמות ראוי למשכן אותם ממנה שאין אלו בכלל בגד:

כתב ריא"ז

נראה בעיני שלא נאסרו כל אלו אלא כשבא למשכן שלא בשעת הלואתן אבל בשעת הלואתן הכל מותר ואף שלא בשעת הלואתן אם נותן לו הלוה מדעתו הכל מותר בין בבגד אלמנה בין כלים שעושין בהן אוכל נפש:

כתב הרמ"ה דכל מיני כלים בין שעושין בהן אוכל נפש כגון חרמש ומורג ורחת ומזרה נפה וכברה ועריבה ותנור וסכין של שחיטה ושמחתכין בו פת בשר וסירות ומגרפות ומזלגות ושפודין וכוסות וקערות וכיוצא באלו בין שאינם אוכל נפש אלא כלים שעושין בהן מלאכה להתפרנס בהם כגון זוג של ספרים וצמד של פרות כולם אסור למשכנם בין בשעת מלאכה בין שלא בשעת מלאכ' אלא היכ' דמסרינהו מדעתו למלוה או לשליח ב"ד אז מותר ליקחם והא דאין ממשכנין אוכל נפש דוקא דלית ליה אלא חד מכל מין ומין אבל אי אית ליה תרי מחד מינא שרי למשקל חד ולמשבק חד ודוקא דברים שעושין בהם אוכל נפש דלא עביד בהו עבידתא דמתזן מאגריה אבל כלי אומנות דעביד ביה עבידת' דמתזן מאגריה שביק ליה תרי מכל מינא ומינא כדאמרינן גבי סדור ע"כ ור"י פירש דלא הוי אוכל נפש אלא בשעושים ממש אוכל נפש כמו סכין של שחיטה ופרות המרכסות וכיוצא בהן אבל שאר כלי אומניות כגון פרות החורשות וזוג של ספרים אע"פ שמשתכרים בהם לקנות אוכל נפש מותר למשכנם וכ"כ הרא"ש:

כתב ריא"ז

שלא נאסר למשכן דברים שעושין בהם אוכל נפש אלא בשעה שעושין מלאכתן אבל בשעת שאין עושין מלאכתן מותר למשכן לפיכך אם היו ללוה שני כלים כגון כר ומחרישה ביום ממשכנו הכר ובלילה מחזיר לו הכר ונוטל המחרישה וחוזר חלילה:

דברים העשויים להשאיל ולהשכיר פירש מיי' כגון שתחלת עשייתם היה להשאיל ולהשכיר ור"ת ורב אלפס פירשו שאין צריך שיהיה תחלת עשייתן להשאיל ולהשכיר אלא כל דבר שמקפידין עליו להשאיל מפני חשיבותו או שמתקלקל הוא דבר שאין דרכו להשאיל ולהשכיר ושאר כל הדברים הן דרכן להשאיל ולהשכיר והוא שיהיה זה שהחפץ בידו רגיל אצל בעל החפץ ושיהיה בעל החפץ רגיל להשאיל כליו לאחרים והכל תלוי באהבת האיש ובשנאתו ולפי מנהגו ומנהג המקום ולפי ראות הדיין כי יש אדם קשה שאינו משאיל כליו לשום אדם ויש שמשאיל לכל אדם אע"פ שאינן רגילים אצלו ויש שמשאיל לרגילים ואינו משאיל לשאינן רגילים אצלו:

שאלה להרא"ש ששאלת התופס חפץ מחבירו וטוען שיש לו עליו עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שביניהם אם צריך לברר הדבר. תשובה נכון לברר הדבר היאך נתחייב לו משום דנפישי רמאי אולי מתוך דבריו יתבאר רמאותיה וכן היה הטור נוהג לפסוק וכן

כתבו הגאונים והיכא שמוחזק במשכון שלא בעדים שאמרנו שיכול לטעון עליו עד כדי דמיו ואם אינו שוה לשומת הבקיאים להחצי שהוא טוען עליו ואומר אני אטלנו בחובי לפי ששוה בעיני כדי חובי והאחר כופר שאינו חייב לו כלום ואומר אע"פ שאינו חייב אני רוצה לסלקו בדמים שהוא שוה לשאר בני אדם כתב בעל התרומות שהדין עם בעל הכלים שלא האמינו להחזיק אלא בשביל תפיסתו לפיכך אינו נאמן אלא בכדי תפיסתו ולא יותר לפיכך יתן לו כדי שויו לשאר בני אדם ויקחנו אם ירצה וי"א שהדין עם המחזיק והכי מסתברא לטור דאילו היה אומר לקוח הוא בידי היה נוטלו בעל כרחו של השני גם עתה נמי שטוען עליו יותר מכדי דמיו אלא שאמר שרוצה ליטלו בחובו נוטלן בעל כרחו:

דף עא.

הא דאמרינן מחויב שבועה וא"י לישבע משלם משמע בפ' הפרה דף מו דדוקא במידי דה"ל לידע ופשע ולא ידע כגון האומר מנה הלויתיך והלה אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא דכיון דה"ל לידע בנ' אחריני ופשע ולא ידע ה"ל מחויב שבועה שהודה במקצת ואינו יכול לישבע משום שאומר איני יודע על המקצת האחר והילכך משלם אבל אם לא הוה ליה לידע כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואומר הניזק ברי לי דמחמת הנגיחה הפילה והלה אומר איני יודע אע"פ שהודה על הנגיחה דה"ל מודה במקצת ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע על הולד דהרי אומר איני יודע אעפ"כ אינו משלם דלא ה"ל לידע דבר זה שהרי לא היה שם בשעת נגיחה ולא פשע בהאי ידיעה בשביל כך וכך כתבו התוס' והמפרש שם פרק הפרה ונראה דאע"ג דגבי עשו תקנת נגזל במפקיד דאיתא סוף פרק הכונס כתב מיי' פ"ה מהל' פקדון דאם המפקיד אומר כך וכך הוא שהפקדתי לך והלה מודה ממין הטענה במקצת ובשאר אומר איני יודע דנוטל המפקיד בלא שבועה דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע והתם נמי לא ה"ל לנפקד לידע מה הפקידו אצלו. מ"מ נראה דאינו חולק על האשר"י. מ"מ כתבתי דאע"פ דשאר הפוסקים כתבו גבי מפקיד ונפקד דלא שייך ביה מחויב שבועה ואינו יכול ל שבע משום דלא הוה ליה לנפקד לידע מיי' ס"ל דשפיר ה"ל לידע גבי נפקד מכמה טעמים דאי לא ידע מה הוא הדבר שמפקידין אצלו היאך יכול לשומרו שמירה הראויה לו והיאך ידע האיך להשיב אם אירע שנתערבו בשלו או כיוצא בזה הילכך הוי שפיר בכלל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע מה שאין כן הכא גבי שור שנגח את הפרה דאינו יודע שאירע דבר זה כד"ן. ולעיל גבי פקדון הארכנו בס"ד:

ויש לדקדק מדברי התוס' פרק המניח דל"ה דהא דאמר ברי ושמא ברי עדיף היינו דוקא

כשהברי הוא טוב והשמא מוכח על טענת הברי שהוא אמת כגון הטוען מנה הלויתיך בודאי והלה אומר איני יודע אז ברי עדיף דהוא ברי טוב שלא יהיה לו לתובע פנים לשקר ולתבוע ממנו מה שאינו כיון שחברו יכול לידע בשקרו והשמא אינו טוב שאינו זוכר אם חייב לי ומוכח מלתא דחייב לו אבל היכא שהברי גרוע כגון שטוען דבר שתלוי בחבירו ולא בו וכגון הטוען ברי על חברו דבר שיודע בחברו שאין יכול להכחישו ואינו יכול לדעת בשקרו הוי ברי גרוע ואע"פ שהלה טוען שמא לפי שלא ידע המעשה בברור או משום טעם כיוצא בזה אין השמא גרוע וכה"ג לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דאין מועיל לאדם הוצאת שפתיו לומר ברי גם אינו מגרע כחו לומר שמא אלא היכא שהברי הוא טוב והשמא הוא גרוע ועל הדיין לחקור זאת כשבא מעשה לפניו:

והרמ"ה כתב דוקא נפחתה העלייה יורד לבית אבל אם נפלה לא שלא שעבד הבית לעלייה אלא בעודה קיימת:

וכתב עוד אי נפל ביתא וקיימא עלייה כגון דקיימא ע"ג קונדיסין לא מחייב למבנא בית כי היכי דאמרינן גבי עלייה זו אם נפלה אזלה לה הכא נמי כיון דאמר ליה בית זה כי נפל אזדא ליה אף על גב דאמרינן גבי פרסק דחייב להעמיד לו פרסק אחר שאני התם אף על גב דנעקר הפרסק ממקומו הא איתיה ולא פקע לשעבודיה מיניה כל היכא דאיתיה אבל בית שנפל ליה ופקע שעבוד מיניה לגמרי והא ליתיה כלל וה"ה נמי גבי פרסק אם נקצץ לא מחויב לאוקמי אחרינא ואפילו היכא דנפחתה העלייה או נעקר הפרסק דשעבדיה בית לעלייה ופרסק לדלית הכי נמי גבי בית ופרסק גופיה בית למידר ביה שוכר עד שיתקן לו העלייה וגבי פרסק לאהדורי לדוכתיה אבל להוציא יציאות לבנות לו העלייה לא מיחייב ליה והא דאמרינן שחייב להעמיד לו פרסק לא להחזיר למקומו אלא שלא היה רשאי להבריחו והיה צריך להעמידן בפני השוכר בענין שהשוכר יכול להחזירו ע"כ ואין נראה אלא בעה"ב חייב לבנות לו את העלייה וכן אם נפלה כולה חייב לבנותה כל זמן שהבית קיים

דף עא:

שאלה להרא"ש ראובן חפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה וכשרבו המים בוקעים ועוברים דרך חומות מרתף שמעון וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו אף לרבי יוסי דאמר על הניזק להרחיק את עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה מודה הכא כיון דנפיש היזק דשמעון וגם תשמיש שמעון קבוע וא"א לו לסלק את עצמו דאין דירה בלא מרתף וחצר דלא קאמר רבי יוסי אלא בבור ואילן

אע"פ שהבור קדם לאילן לא יקוץ שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו משום דהתם בור הוא מים מכונסין ובקל יכול הניזק לסלק את עצמו ולהרחיק את בורו מהאילן כ"ה אמות ובור לא הוי כולי האי תשמיש קבוע וגם לא נפיש היזקא כולי האי ולהכי קאמר רבי יוסי על הניזק להרחיק את עצמו והדבר ידוע דההיזק הזה גדול מכל הנך היזקות דמתני' דמודה בהו רבי יוסי וגם לא דמי לאילן שלימים רבים עתיד ההיזק לבא אחר אשר יגדלו השרשים אבל בנדון זה מיד כשהמים רבים מתאספין בגומא בוקעין ועוברין לחצר שמעון והוי גירי דיליה והמדקדק בפ' לא יחפור ששיערו חכמים כל דבר ודבר לפי מה שראוי להזיק והיכא שידוע קצב וסכום עד היכן ראוי להזיק כתבו השיעורין והיכן שאין ידוע כתבו בכדי שלא יזיק כדתנן ומרחיק מנטיעותיו של חבירו ומנירו כדי שלא יזיק כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום. ואם אינו רוצה לתקנו בעל העלייה כופהו ומן התקרה ולמעלה יתקננו בעל העלייה אם ירצה והתקרה בעצמו כתב מיי' שהיא על בעה"ב והוא חייב לתקנה והמעזיבה חייב בעל העלייה לתקנה וכ"כ הראב"ד לפי שיאמר עליון לתחתון נטלתי אני עלייה כנגד בית כשם שאתה עומד בקרקעך שנטלת כך העמידני בקרקעי וקרקע של עליון הוא התקרה וכן כתב הרמ"ה ורש"י פירש דוקא בשוכר ומשכיר קאמר שצריך תחתון לתקן התקרה אבל שותפין לא דמסתמא אדעתא דהכי נחית בעל העלייה לעלייה שלא יתקננו לו תחתון כי התחתון אינו חושש לתקרה שהגג מגין עליו ואף אם ירצה בעל העלייה לסלק הגג כדי שיצטרך בעה"ב לתקן התקרה מוחין בידו שהגג משועבד לבעה"ב אף שיש שם תקרה יעברו גם לבית ואדעתא דהכי חלקו מעיקרא שיתקן בעל העלייה את גגו שלא ירדו גשמים לתחתון אבל התחתון אינו חייב כלל להעמיד רגל לעליון וכן פי' ר"י וכ"כ הרא"ש:

דף עב:

כתב הטור חו"מ סי' תי"ד דלאחר שהזיקו הזבל והגלל אפילו בתוך ל' יום כל הקודם בהן זכה וכ"כ בהגהת הרא"ש בשם ר"י ועוד כתב שם בהגהת הרא"ש דלאחר ל' יום שאין לו רשות להניח שם יותר כל הקודם בהם זכה ותימה על דברי הטור והג"ה דהיאך כתב הטור דלאחר שהזיקו הזבלים והגלל כל הקודם זכה דמשמע כל תקלה שהונחה בר"ה בין ברשות בין שלא ברשות בין יש בה שבת בין אין בה שבת בכל ענין כשהזיקו הרי היא כהפקר לכל אדם וזהו תימה דמנין לנו הדבר הזה א"כ משאו שהזיקה ברה"ר בפשיעה אפילו יהיה שוה אלף מנה זכה בה הניזק ויהיה שלו וזה יתחייב לו עד תשלום ועוד אי כל תקלה שהזיקה הוא מופקרת מיד א"כ מה צורך לכל החלוקים שעשינו גבי

נשברה כדו בין נתכוין לזכות בחרסיה או לא נתכוין ובין הפקיר נזקיו או לא הפקיר הרי לעולם הם מופקרין מיד כשהזיקו ועוד היאך כתיב בהג"ה דלאחר ל' יום שאין לו עוד רשות להניח שם הגלל כל הקודם זכה בו והרי אין בגלל זה שבח ובהדיא אמרי' שם בגמ' דכל שאין בו שבח לא קנסינן ודקדקו שם התוס' דא"כ המניח קוץ וזכוכית ברה"ר אע"פ שאין לו רשות וחייבין להצניען אין כל הקודם זכה כיון שאין בהם שבח אלא גופן וצ"ע וקצת נראה לתת טעם לדברי הטור ולומר דהיינו טעמא דגלל וזבל לאחר שהזיקו כל הקודם זכה בהן דכיון דהזיקו חשובה כאילו התרו בהם שיסלקום משם ואנן קי"ל דכל שהתרו בבעלים ולא סלקום שהיו מופקרין לכל כדבעינן למימר לקמן בסמוך בס"ד אך דברי הג"ה קשין ביותר אם לא נתרץ גם הם בדרך זו ואע"פ דגבי קוץ וזכוכית לא חשבינן להו כמותרים היינו משום שלא היה רשות לעולם להניחם שם אבל הכא כשנותנין לו רשות להניח שם עד ל' יום כאילו אמרו לו ב"ד עד ל' יום יש לך רשות מכאן ואילך סלקם משם והיינו התראה וכן נמי כשמזיק חשוב כאילו אמרו יש לך רשות להנית רק שלא תזיק ש"מ הא כשתזיק תסיר והיינו התראה והלכך חמור טפי כשנותן ברשות ממה שאינו נותן ברשות הלכך אין לדמות שאר תקלות לאלו ואינו אומר בהם שיהיו הפקר כשהזיקו אלא כשיש לומר דההיזק שעשה חשוב התראה. כד"ן. ודוקא זבל וגלל שאין בהם כ"כ היזק לרבים שעומדין ליפנות משם מהר מצי להוציא לרה"ר ל' יום כדאיתא פ' המניח אבל תבן וקש שהם מזיקין יותר לפי שהן ארוכים וחלקים אין לו רשות להוציאן וקנסינן שיהא התבן והקש הפקר וכל הזוכה בהן מעצמו הוי שלו אלא שאין מורין כן למי שיבא לשאול עליהן ואם התרו בהן שיסלקו אז גם מורין לו כן שיזכה בהן מקודם ואפשר שכל תקלה שאדם מניח ברשות הרבים שלא ברשות והתרה בבעלים ולא סלקום דאפילו התקלה היא דבר שאין בה שבח בעמידה שם ברשות הרבים אף על פי כן היו מפקירין אותה בית דין לכל וכל הקודם בה זכה ובדבר שמשביח נמי אם התרו בו לסלקו קודם שבא עליו השבח ולא סלק הרי היא הפקר דאף על פי דמבעיא שם בגמרא אם יכול לזכות בדבר שמשביח אפילו קודם שבא עליו השבח או לא ולא איפשט התם מיירי שלא התרו בו אבל אם התרו בו נראה דבכל ענין כל הקודם זכה דהפקר ב"ד הפקר ואם זכה בתבן ובקש קודם דהשביחו איבעיא פרק המניח אם יכול לזכות או לאו ולא איפשוט והוי ספיקא דדינא התלוי במחלוקת בהמה שכשכשה בגיד שלה והזיקה ברה"ר דמיי' פ"ק מהלכות נ"מ כתב דאם תפש הניזק גובה ח"נ ממה שתפשו שזה הדבר ספק הוא אם אלו תולדות הקרן שחייב עליהן בר"ה ח"נ כתם או תולדות הרגל שפטור עליהם ברשות הרבים ואהניא ליה תפישתו לעשותו מוחזק ולהוי המע"ה

ועד שלא יביא ראיה שהם תולדה דרגל משלם ח"נ ואם הזיק ברשות הניזק ותפש אהני ליה תפישתו לעשותו מוחזק ומשלם המזיק נזק שלם דדלמא תולדה דרגל הוא דפטור ברה"ר ואע"ג דשמא תולדה דקרן הוא שחייבת בר"ה ח"נ על הניזק להביא ראיה שהיא תולדה דקרן ואע"פ כן לא יצא ממון מחזקת המזיק רק הניזק הוא המע"ה ואם ברשות הניזק הזיק אם תפש הנוף מגבין לו ח"נ ממ"נ אי תולדה דרגל חייב נ"ש אי תולדה דקרן חייב ח"נ ואף על גב דאין מגבין דיני קנסות בבבל השתא דתפיס מגבינן ליה ח"נ וכ"כ הרמב"ן שם במ"מ וכ"כ הרא"ש והטור חו"מ סימן ש"צ בשם ר"י והוסיף לומר הטור בשם ר"י דאפילו אם הזיק [לאדם אחד] בב' מקומות כגון שהזיקו ברה"ר וגם ברשותו דניזק ממש בנזק זה שהוא ספק דדינא אינו חייב ברה"ר רק ח"נ על ההיזק שברשות הניזק אם תפש ואין הניזק יכול לומר אם תאמר שהוא קרן תתחייב ברה"ר גם ח"נ וא"ת שהוא רגל תתחייב ברשות הניזק נ"ש אלא הולכים בשניהם להקל ואפשר דמהאי דינא נלמוד דין שיבא לפנינו שהוא מחלוקת בין הפוסקים דלא ידעינן כמי מינייהו לעביד וקם חד מהבעלי דינין והחזיק דלמיי' הוי חזקתו חזקה ויכול לומר קים לי כהאי פוסק שפוסק הדין בעדי ולהוי אידך המע"ה ועד שלא יביא ראיה דהלכתא כפוסקים אחרים גובה מתפישתו ולדברי ר"י כיון שהוא ספק דדינא דלא ידעינן פשוטו של דין היאך הוא או כהאי או כהאי אין המחזיק בתפישתו תפישה ומוציאין מידו ועליו להביא ראיה דדינא כוותיה ועד שלא יביא ראיה הוי הממון בחזקה הראשונה ומכאן נמי דספק דדינא הוי ספק לענין אם יש ספק אחר שנוכל לומר עליו ס"ס וכ"כ בהדיא בסמוך הרא"ש גבי היתה מהלכת ברשות הרבים והתיזה שזכרנו ולדברי הטור שכתבתי לעיל דס"ל דתקלה זו לאחר שהזיק הרי היא מופקרת בכל ענין צ"ל דהא דאמר בגמ' אי זכה אדם בתבן וקש קודם שהשביחו אי הוי זכיותיו זכייה אי לא מיירי דוקא כשלא הזיקו עדיין אבל אם הזיקו פשיטא דלדידיה הוי זכייתו זכייה דהא אפילו בדבר שאין עתיד לבא עליו שבח כלל כגון הגלל וזבל אמר שאם הזיק כל הקודם בו זכה ואצ"ל הכא בתבן וקש שעתיד לבא עליהם שבח דאם הזיק כל הקודם זכה ומיהו לפי תירוץ שעשיתי יכול להיות דאף לאחר שהזיק קמיבעיא ליה כיון דזה ההיזק חשוב התראה וזכור כי בפלוגתא דרב וזעירי שם בדף ל' כדאמרינן לימא כתנאי וכו' לפי התירוץ שם משמע דליכא איסור בהנחת התקלה ברשות הרבים עד שיזיק דלא דמי נזק התקלות דגמרינן מבור לשאר הנזקין וכי היכי דלא אמרינן בתקלה גרמא בניזקין אע"פ שאינו אלא גרם וצ"ע לישבם בכל מקום הדברים האלה למה זה בתקלות אינו עובר משעת הנחתן עד שיזיקו ובשאר הניזקין

אמרינן דאסור לגרום ההיזק כמו שכתב מיי' פ"י מהלכות נ"מ וכן למה זה אינו נקרא גרמא בניזקין מי שמניח התקלה: