

חוקן משפט חלק ד'

| | | |
|-----|--|-----|
| | חוקת מטלטלין | |
| | מי שמוחזק במטלטלין הידועים לאחר | קלג |
| 3 | אומן שמוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו | קלד |
| 5 | דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד | קלה |
| 6 | מי שנתחלפו כליו בבית האבל והמשתה | קלו |
| 7 | מי שלקט פירותיו של חבירו | קלז |
| 8 | דין שנים אוחזין במלית וחולקים עליו | קלח |
| 13 | דין שנים חלוקין בדבר, ואם בא שלישי והטפה | קלט |
| | חוקת קרקעות | |
| 15 | דין החזיק בקרקע של חבירו, ודין חוקת הבתים והחנויות | קמ |
| 24 | דין חוקת שדה הלבן והאילן | קמא |
| 29 | דין סיוע המערער למחזיק בחזקתו, ואם היה הסיוע בטעות | קמב |
| 29 | דין המחזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת או ברח | קמג |
| 32 | שנים שהחזיקו בשדה אחת, זה אכלה וזה אכלה | קמד |
| 33 | הביא המחזיק עדים ולא כווננו עדותם בשנים | קמה |
| 37 | מחאה מבטל החזקה, ובאיזה לשון ובמה ומתי | קמו |
| 52 | המערער על השדה והוא עד או דיין | קמז |
| 54 | מי שאבדה לו דרך שדהו | קמח |
| 56 | אלו שאין להם חזקה השותפין, והאריסין, והאפוטרופסים, הגזלנין, והאחיזין, וחרש שוטה וקטן | קמט |
| 68 | מי שירד לתוך שדה בתורת משכון וחזר ועשה שטר מכירה | קנ |
| 72 | דין אלו שאין אכילתן ראייה | קנא |
| 73 | דין אלו שאין להם חזקה, מתי יש להם חזקה | קנב |
| | נזקי שכנים | |
| 75 | דין הוצאת זיו ומרזב והעמדת סולם ונעיצת קורות | קנג |
| 84 | חוקת חלונות ופתחים, וכמה צריך להתרחק מהן | קנד |
| 103 | דין הרחקת נזיקין | קנה |
| 119 | דין מי שירד לאומנותו של חבירו ומי שמביא סחורה לעיר אחרת | קנו |
| | שותפות בקרקע | |
| 129 | שנים שהן שותפים בחצר ובאים לידי חלוקה כיצד יבנו הכותל | קנז |
| 135 | חלקו גינה או בקעה כיצד עושים הגדר | קנה |
| 139 | היזק ראייה שמנגג לנג, וכיצד יסירוהו | קנט |
| 140 | נג הסמוך לחצר, ושתי חצרות אחת גבוהה מחברתה | קס |
| 142 | דברים שבני החצר כופין זה את זה | קסא |
| 143 | דברים שבני מבוי כופין זה את זה | קסב |
| 146 | דברים שבני העיר כופין זה את זה | קסג |

חוקן משפט חלק ד'

| | | |
|-----|--|-----|
| 162 | בית ועליה של שנים ומה יש על כל אחד לתקן | קסד |
| 167 | מי שיש לו גינה תחת בד של חבירו | קסה |
| 167 | מי שנפל כותלו לגינת חבירו | קסו |
| 167 | שתי גינות, אחת גבוהה מחברתה | קסז |
| 168 | שטף נהר את זיתיו, והמוכר זיתיו לעצים | קסח |
| 169 | מי שיש לו בור לפניו מבורו וגינה לפניו מנינתו | קסט |
| 169 | גנות המסתפקות ממעין אחד | קע |

חוקן משפט חלק ד'

סימן קלד – אומן שטוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו, ובו ו' סעיפים.

(א) "האומן, בדבר שהוא אומן, אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, אחד כלים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואחד שאר כלים. כיצד, ראה כליו ביד האומן, והביא עדים שהם יודעים שהכלים שלו, הוא טוען ואומר: לתקן נתתיו לך, והאומן אומר: לא בא לידי אלא במכירה, או מתנה, או שטען: אתה נתת לי, אתה מכרת לי אחר שבא לידי לתקנו, אף על פי שמסרו לו שלא בפני עדים, יואפילו אם שהה ביד האומן כמה שנים, בעל הכלי נאמן, ומוציאין אותו מיד האומן, וישבע בעל הכלי היסת על טענתו. ואם לא ראה הכלי ביד האומן, אלא טען: כלי פלוני נתתי לו לתקן, והאומן אומר: החזרתיו ומכרתו, או נתתו לי במתנה, (או לקוח הוא צדי), האומן נשבע היסת, ונפטר, מתוך שיכול לומר: לא היו דברים מעולם.

(א) האומן בדבר שהוא כו' - עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ה. ובתשובת מהרשד"ם סי' פ"ד (ש"ך)¹.

(ב) כיצד ראה כליו כו' - כל "ראה" הנזכר בסימנים הללו, ר"ל ראה בעדים וקודם שתבעו לדין, וכדין ראה הנזכר לעיל (סי' קלג ס"ב-ג) (סמ"ע).

(ג) הוא טוען ואומר לתקן נתתיו כו' - ואם טען הבעה"ב השאלתי כלי זה לאומן או השכרתי לו והוא אינו מהכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, אינו יכול להוציאו מיד המחזיק ואף על גב דאית ליה עדי ראייה, ולא מהימן במיגו דאי בעי הוה אומר נתתי לו לידו לתקנו, דמיגו להוציא לא אמרינן (עי' רמ"א סי' פב ס"ב) אמנם עיי"ש (סקמ"ד-מ"ה ?) דלפעמים אמרינן מיגו להוציא (סמ"ע).

(ד) או שטען אתה נתת לי אחר כו' - יש בזה צד רבותא טפי מאשר טען קניתי מידך מתחילת ביאתו לידי, ואפילו שהה בידו כמה שנים, משום דאיכא למימר דוקא בהא אינו נאמן משום דחזקה הוא כל מה שבא ליד האומן לתקן בא, משא"כ כשטוען קניתי אח"כ והא ראייה לזה שכן שהה בידי כמה שנים, קמ"ל שנאמן. א"נ משום סיפא נקטיה בהאי סדרא, דבלא ראה אפילו בכה"ג אין מוציאין מידו (סמ"ע).

(ה) אפילו אם שהה בידו כמה שנים - בזה נמי שוים לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר כמבואר לעיל (סי' קלג ס"ה) דאם החזיק בה כמה שנים נאמן האומן (סמ"ע).

(ו) לא ראה הכלי ביד אומן - י"א דאומן לעולם אינו נאמן במיגו דשקלוה לנאמנות דידיה אפילו במיגו, ועיין בחידושי הרמב"ן (שם מו, א) מה דמותיב עלה הרב רבי יהוסף הלוי (ר"י מיגש שם מה, ב). ועיין מ"ש בסימן פ"ט סק"ו² (קצה"ח).

(ז) או לקוח הוא בידי - פירוש, לקחתיה ממך משעה ראשונה ולא בא לידי לתקן, והן הן הענינים שנקט בבבא קמייתא (סמ"ע).

(ב) יואפילו מסרו לתקן בעדים, האומן נאמן, מתוך שיכול לומר: החזרתיו. לפיכך נשבע האומן היסת, ונפטר, ואין מחייבים אותו להוציא הכלי. ואם הוציאו, הואיל ונראה, הרי בע"ה מביא עדים שהוא שלו, ונוטלו, אף ע"פ שמסרו לו שלא בעדים.

(ח) ואפי' מסרו לתקן - עיין בתשובת מהרשד"ם סי' קל"ט ודבריו צ"ע ועיין עוד בס"ס קס"ד ורי"ג (ש"ך)³.

(ט) ואם הוציאו הואיל ונראה כו' - היינו דוקא כשהוציאו קודם שבאו לדין דלית ליה מיגו דאי בעי לא הוציאו, וכנ"ל (סי' קלג ס"ב סק"ד ?, וס"ג סק"ח ?), דהא גם באומן כל היכא דליכא עדי ראייה כדינו האומן נאמן, וגם באחר דאינו אומן אילו הוציאו הוי דינא הכי. מיהו שם דוקא במסרו בעדים, ובאומן אפילו לא מסרו בעדים (סמ"ע).

(ג) האף על פי שמסרו בעדים, אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירים בודאי שזהו של המערער, אלא שנדמה להם בסימנים כמו שלו, אם טוען, לא נתתו לי מעולם, נאמן. אבל אם טוען, נתתו לי לתקן ושוב לקחתיו ממך, אינו נאמן. הגה: ילאן כאלו מיגו טוב, טיכא לומר: לא היו דברים מעולם, כיון שהעדים לאו כיוולא כזה צידו.

¹ לא עשיתי

² לא עשיתי.

³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(י) אף על פי שמסרו לו בעדים כו' - קשה הלשון "אם מסרו לו בעדים" איך מסיק המחבר וכתב על זה "אם טוען לא נתתו לי מעולם", וצ"ע, למה שיהא האומן נאמן, שיביא עדי מסירה (סמ"ע), אלא פשוט שמיידי שעדי המסירה ג"כ אין מכירין אותו או שהלכו להם, עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ט⁴ (ש"ך), אפשר שכוונת הסמ"ע כשהעדי מסירה מכירין ויודעין שחפץ היה לו סימן מובהק, וגם העדי ראייה ראו אותו בסימן מובהק זה, דאז מצטרפין להוציא מידו, דסימן מובהק מהני להוציא עי' ש"ך (סי' רצז סק"?) (נתה"מ).

(יא) אבל אם טוען נתתו לי לתקן ושוב כו' - ה"ה אם טען לקחתיה מתחילה (סמ"ע).

(יב) שירא לומר כו' - ומהאי טעמא אפילו מסרו לו שלא בעדים ג"כ אינו נאמן האומן (סמ"ע).

(ד) ואם הטלית יוצא מתחת ידי אחר, ואומר, בפני אמרת לאומן למוכרו לי ולקחתיו ממנו, נאמן במגו שהיה אומר, אתה מכרת לי. אבל כשטוען שהאומן מכרו לו, שאמר: אתה מכרת לו, אינו נאמן.

(יג) אתה מכרתו לו - מיידי בדאיכא עדי ראייה שראוהו ביד התובע מקודם לסיפור, ומשו"ה אף אם נאמן להאי שהאומן א"ל שקנהו, מ"מ האומן גופו אינו נאמן לומר שקנהו היכא דראוהו בידו, ולא הוצרך המחבר לפרש דבעדי ראייה מיידי, דפשוט הוא ממה שכתבו לפני זה, דבלא ראוהו בידו קודם לכן אפילו האומן עצמו נאמן נגד הבעה"ב, וכ"ש כשהוא ביד אחר (סמ"ע), עי' סמ"ע ואם הלוקח מודה שהיה של התובע, אף על פי שאין לתובע עדים, שהיה שלו מלפני כן, מוציאין מידו, דהוי כחד סהדא והוה האומן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמ"ש לעיל (סי' עב סקצ"?) (ש"ך), ע"ש בש"ך שכתב דלוקח לא הוי כחד סהדא משום דנוגע בעדות הוא, שהרי אילו רצה היה טוען החזרתיו לתובע ומכרו לך, והוי נוגע שמוכרת הלוקח לומר שלא החזירו, שאילו היה טוען גם הלוקח החזרתיו לתובע היה צריך לישבע נגד התובע שידוע בברי שלא החזירו, וכל עד הצריך שבועה לא הוי עד. וי"א דלא הוי נוגע בעדות בענין זה, כל שהאומן מודה שלא החזירו נסתלק הגורם שבועה והו"ל לוקח חד סהדא, ואע"ג שיש לו מיגו, אלא יש גזירת הכתוב או לישבע או לשלם. אמנם גזה"כ זו היא רק בין התובע והנתבע ולא בין היורשין וה"ה באי כחו של התובע דלא הוי גזירת הכתוב ושפיר נאמן במיגו. ועיין מ"ש לעיל (סי' צט סק"ה?) (קצה"ח), ועיקר כש"ך דהכא ודאי הוי נוגע, דהא האומן יכול לטעון שהחזיר להמערער, ואף דעתה רואין אותו ביד המחזיק אין ידוע אם מכר לו המערער או שנגנבו מידו, והלוקח המחזיק שמעיד שלא החזיר שהרי לקחו אותו מהאומן, בזה הוי נוגע, שאם לא יאמר כך יתבע אותו המערער ויאמר מה טיבו אצלך כיון שלא בא לידך בתורת לקיחה משום אדם, ויוציאנו ממנו בלא דמים, ולכך טוען שלקחו מאומן, כדי שיקח דמים או מאומן, או מבעה"ב משום תקנת השוק, ואין לומר דיהיה הלוקח נאמן להעיד במיגו דהחזרתו, דלאחר שתיקנו רבנן שבועת היסת, הוי עד הצריך שבועה דאינו עד. ומש"כ הקצה"ח דלוקח דמי כיוורש, וכמו דהיורש לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הכי נמי לא הוי הלוקח מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, דגזה"כ היא "בין שניהם" ולא בין באי כחו. ואינו נכון, שתובע ללוקח או ליורש מטלטלין שלו שאין להם שום זכות וחזקה במטלטלין שלו, כגון אומן או דברים העשויין להשאיל, דבטענת שמא לקוח הוא אינם יכולים לזכות במטלטלין, דטענת שמא דידהו לאו כלום הוא, רק שטוענין להו מה שהמוכר יכול לטעון, וכיון שאם היה המוכר או המוריש טוען לקוח לא היה נאמן במיגו דהחזרתו משום דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע, אף הלוקח והיורש הבאין מכחו ודאי דלא עדיפא מדידהו, וכיון שאין אנו מחייבין אותם מנכסיהם לא שייך כאן לומר "ולא בין היורשים", ולא עדיפא ממי שבאין מכחו, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו (נתה"מ).

(ה) הירד האומן מאומנותו, הרי הוא כשאר כל אדם, ונאמן אפילו בכלי שבא לידו בעודו אומן. ⁵וי"א דדוקא שנשתהה בידו אחר שירד מאומנותו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן בליים בבית האומן, אחר שנודע שירד מאומנותו.

⁴ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(ו) 'בן האומן שאינו אומן, אם בא בטענת עצמו, שאומר שקנאו מבעליו, הרי הוא כשאר כל אדם. 'יואם אומר שירשו מאביו, הרי הוא כאביו. ואם אמר: בפני הודה לו, יש לו חזקה. 'יויש אומרים דהיינו דוקא כששהה אחר מות אביו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן בליים בבית האומן, אחר שמת אביו. הגה: ונ"ל דוקא לאחר מות אביו, ליש לומר לישן מאביו, ולכן אינו נאמן עליו, אפילו אמר: לקוחה צדי, אם לא שנסתהה צידו הזמן הנזכר, לאז הוא כלאומן שירד מאומנותו. אבל צחיי האומן, אם הבן טען שלקוח, נאמן בכל ענין, דהוי כאיש אחר לגמרי, אם אינו סומך על שלחו אביו, וכמו שיתבאר לקמן סימן קמ"ט.

(יד) ואם אמר בפני הודה כו' - דאי בעי לשקר היה אומר דהבעה"ב מכר לו דהיה נאמן (סמ"ע).

(טו) **דוקא** כששהא - הנה לדעת הרמ"א אפילו טוען בן האומן אני לקחתי, אין לו חזקה דכל מה שתחת יד אדם הוא שלו בלא אישתהי, כיון די"ל דמן האומן בא לידו אפילו ליכא עדי מסירה שנתנו להאומן לתקן, והמחבר ס"ל דבליכא עדי מסירה להאומן, הוי חזקה להאומן בירד מאומנתו או בבן האומן כשטוענין לקוח. אבל בדאיכא עדי מסירה ועדי ראיה, אף המחבר מודה דלא הוי חזקה בלא אישתהי, דהא כללא הוא דבעדים וראה מוציאין, מהיכי תיתי נאמר כשירד מאומנתו יום אחד שיהיה נאמן (נתה"מ).

Commented [YL1]: ע
י' סמ"ע סק"ד וש"ך
סק"ה, ולא ראיתי
הלכה נ"מ

סימן קלה - דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד, ובו ב' סעיפים.

(א) י"אף על פי שהמחזיק בדבר המיטלטל נאמן לומר שהוא שלו, על בהמה וחיה אינו נאמן, דכיון שהיא מהלכת יש לחוש שמא מעצמה נכנסה לרשותו (ע"ל סי' ע"ב ס"ס כ"א), או שמא לקחה בדרך והחזיק בה. לפיכך אם יש למערער עדים שהיא שלו, נשבע היסת ונוטל. ואם אין לו עדים, נשבע המחזיק היסת, ועומד בשלו. ובמקום שדרך למסור בהמה לרועה, שחרית, ולוקחה מידו ערבית, בענין שאינה הולכת לבדה כלל, דינה כשאר מטלטלין ונאמן המחזיק בשבועת היסת לומר שקנויה לו. 'יואם טען שהזיקה לו כדי דמיה, או שהוא חייב לו כך וכך, ישבע בנקיטת חפץ. הגה: 'יו"א לאס החזיק צהס ג' שנים, בכל ענין הוי חזקה.

(א) נשבע היסת ונוטל - לאו דוקא אלא ר"ל נוטל ואח"כ נשבע היסת (ש"ך).

(ב) נשבע המחזיק כו' - עי' רמ"א לקמן (סי' קמ ס"א) (ש"ך).

(ג) או שהוא חייב לו כך וכך כו' - פירוש, אפילו לא בא לידו בתורת משכון, אלא שאמר שהיה חייב לו ותפס בבהמה זו עד שיפרע לו, וכמש"כ לעיל (סי' קלג ס"א, ועיי"ש בסמ"ע סק"ב?) (סמ"ע).

(ד) ישבע בנקיטת חפץ - פירוש, ונאמן אף שהלה יש לו עדים שהיא שלו, במיגו דטעין לקוחה היא בידי, בזה שדרך למסרה לשומר. ונראה, דאפילו למד"א דבטוען בשאר מטלטלים משכון הוא בידי דנאמן בהיסת וכאילו טען לקוח הוא בידי, מודה כאן בטוען שהזיקה שצריך לישבע בנקיטת חפץ, דאין מיגו דלקוח מיגו טוב, דהוא מיגו דהעזה, וניחא ליה לטעון הזיקה דלא ידע ביה בעל בהמה מלטעון לקוחה היא בידי ממך כיון שכנגדו יודע שמשקר, משא"כ בטוען שממושכן בידי בכך וכך דשניהן הן טענת העזה, (סמ"ע).

(ה) ויש אומרים דאם החזיק ג' שנים כו' - ולא דמי לשאר מטלטלים דנתבאר לעיל (סי' קלג ס"ה) דלא מהני חזקת ג' שנים, דשאני התם דעביד למשאלינהו ליותר מג' שנים, א"נ ששכח למי אשאלינהו משו"ה נשתהו בידו כל כך, משא"כ בהני. כאן סתם המחבר כדברי המד"א דמחלק בין עבד ובין בהמה, ולעיל (סי' עב סכ"א) משמע דהשוה אותם ובשניהם ס"ל דמועיל בהן חזקת ג' שנים. וי"ל דשם דאין עיקר מקומו לא חש לדקדק כולי האי, ולא בא אלא ללמדנו דיש חילוק בין חזקת מטלטלים דמהני מיד לחזקת בעלי חיים, ושגם בבעלי חיים מהני חזקת ג' שנים, ור"ל לכל מר כדאית ליה, וכאן שהוא מקומו דקדק (סמ"ע), אין חולק אזה, ולפ"ז נראה דגם דעת המחבר דגם בבהמה יש חזקה לאחר ג' שנים וכ"כ לעיל (סי' ע"ב סכ"א) ודלא כסמ"ע, ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ב

חוקן משפט חלק ד'

סי' צ"ג⁵ (ש"ך), חזקה זו היינו באכילת פירות. ומחאה שלא בפניו ג"כ מהני כיון דחזינן דהקפיד, ואי לא מיחה אף דהחזקה היתה שלא בפניו מהני, ואם טוען בגודרות גנבת או גזלת מביתי אינו נאמן במיגו שהיה טוען שמשוק בשעה שהלכה מעצמה תפסת, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפילו במיגו (נתה"מ).

(ו) בכל ענין הוי חזקה - לסברא הזאת כשיש לו חזקת ג' שנים אין צריך שבועה, ומיהו היינו דוקא כשאין עדים להמערער וכמו שכתבתי לקמן (סי' קמ סק"ג?) (סמ"ע).

(ב) ז"עבד כנעני גדול, דינו כבהמה ואין לו חזקה עד אחר שלשה שנים, מאחר שהוא מהלך. (ו"אריך המחזיק להביא ראיה ששמש לו כל שלשה שנים אלו כדך ענד לרנו). ואם הוא קטן שאינו מהלך על רגליו, דינו כשאר מטלטלין ויש לו חזקה מיד, אפילו אם יש לו אם שרגילה לצאת ולבא בבית המחזיק.

(ז) אפילו יש לו אם כו' - פירוש, ולא אמרינן שאמו הוליכתו שם עמה והניחתו שם, משום דאין האם מניחה לבנה קטן לילך אחריה, וגם אינה משכחתו להניחו שם בשכחה גמורה (סמ"ע).

סימן קלו - מי שנתחלפו כליו בבית האבל והמשתה, ובו ב' סעיפים.

(א) י"מי שנתחלפו לו כליו בבית האומן, הרי זה ישתמש בהן עד שיבא בעל הכלי ויטול שלו. ודוקא שנתן לו האומן עצמו, אבל אם לא נתנם לו, אלא אשתו ובניו, לא. ואפילו אומן עצמו, דוקא שאמר לו סתם: הילך טלית, אבל אם אמר לו: הילך טליתך, לא.

(א) הרי זה ישתמש כו' - דאמרינן מדנתנו לו האומן ואמר לו הילך טלית סתם ולא אמר

לו הילך טליתך, וכדמסיק המחבר, שמע מינה דגם האומן ידע דטליתו של אחר מסר לו במקום טליתו בכיון, ובודאי לא עשה כן אלא מחמת שבעל טלית זו ביקש ממנו למכור טליתו וכיון למכור אותה הטלית, ונתחלפה אותה הטלית בטלית זה, וכבר קיבל האומן המעות מהלוקח ונתנו לבעל הטלית הזו, ואותו המוכר כבר משתמש בהמעות שקיבל מהאומן, משו"ה התירו לו ג"כ להשתמש בטלית זו, ולא חששו שמא יחזור הלוקח ויאמר לא על בגד זה נתתי מעותי או ימצא בו מום ויבוטל המקח ונמצא שהשתמש בטלית שאינה שלו, דכיון דגם המוכר משתמש בהמעות אינו מקפיד כאשר גם זה ישתמש בטלית שלו. ומזה יתבאר לך הטעם למה לא התירו לו להשתמש כי אם באמר לו "הילך טלית סתם", וגם לא במסרו לו אשתו ובניו, אף על פי שאמרו לו "הילך טלית סתם", דמסתמא לא ידעי מענין המוכר עם האומן ובלא דקדוק אמרו טלית סתם. ונתבאר ג"כ מאי שנא נתחלפה הטלית בבית האומן מנתחלפה בבית המשתה והאבל, דהיינו טעמא, דשם אין רגילין לומר לעושה המשתה ולהאבל שימכרו טליתם (סמ"ע), עיין בתשו' ר"א י' ששון סי' ק"ט⁶. כשנודע שנאבדו שלו צריך לחזור מיד ודמי למה שכתוב בסעיף ב' (ש"ך).

(ב) ואפילו אומן עצמו כו' - המחבר קיצר כאן ולא כתב כל חילוקי דין זה כאשר הן

מבוארין במקורם: ואם היא שוה יותר על שלו, כשיבוא בעליה בשבילה יתן לו העודף או יחזיר לחבירו טליתו והוא יתן לזה דמי הטלית שלו שנמכרה, ר"ל והברירה ביד זה שנמסר לידו הטלית ליתן לו העודף כיון דזה ציוה לאומן למכרו ולא ביקש להחזיק בטליתו או להחזיר לו טליתו. ואם יבוא בעל הטלית ויאמר "לא צויתי למכור טליתי ולא לקחתי ממנו שום דמים", נאמן ליקח טליתו מיד זה אם יש לו עדים שזה הטלית היתה שלו או יתן בה סימן, דנחי שאנו תולין לומר שציוה להאומן למכרה, היינו כל זמן שהדבר ספק, אבל כשבא בעל הטלית וטען ברי נאמן. ור"ל, דיקח את שלו מיד זה שנמסרה לו הטלית והוא יחזור אחר האומן, ואף אם נאבד מיד האומן עכ"פ יקח זה את שלו וכמ"ש הרמ"א בסעיף ב', ואותה הג"ה קאי גם על דין זה, אלא שבדין נתחלפו לו כליו בבית האבל ומשתה, כל אימת שבא צריך ליתן החפץ לבעליו, דשם מסתמא לא אמרינן דנתנו להאבל או לבעל המשתה למכרו, ומשו"ה הרמ"א סתם וכתב וכשיבוא יתן לו, משא"כ בזה דאין נותנין לבעה"ב אלא א"כ טוען ואומר לא צויתי למכרו וכו' (סמ"ע

⁵ לא עשיתי.

⁶ לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

וש"ך), וכל דברי הסמ"ע הם אף על גב שלא ראו עתה בידו החפץ אלא הוא עצמו מודה שאינו שלו צריך לחזור ואף שאומן הי' נאמן לו' לקוח במגו דהחזרתי (ש"ך), מה שכתוב ברמ"א "שהברירה ביד זה שנמסר לידו וכו'" הוא טעות סופר, אלא הדין ביניהם, ולפעמים מחזיר העודף כגון באונאה שתות וכיוצא, ולפעמים מחזיר הטלית, ולפי הטענות כך הדין (נתה"מ).

(ג) ה"ג דוקא שאמר לו סתם הילך טלית אבל א"ל הילך כו' (סמ"ע).

(ב) ינתחלפו לו כליו בבית האבל או בבית המשתה, לא ישתמש בהם. הגה: יוכסצא זעל החפץ צריך ליתן החפץ לזעליו, אעפ"י ששלו נאכל. וכן כונסת עונדת כוכבים המכנסת לרבים והציאה לאחד שאינו שלו.

(ד) וכשיבא בעל החפץ וכו' - עי' תורת אמת הוב"ד עלי סק"א (ש"ך).

(ה) וכן כובסת עכו"ם - לא מבעיא היכא דראובן ידע בודאי שהסדין אינו שלו, אלא אפילו אי הוי מספקא ליה ושמעון נותן סימנין מובהקין שהסדין שלו, נתברר הדבר שנתחלף ע"י טעות או גזילה ולא מצי מעכב, היינו דוקא היכא דמספקא ליה הוא דמהני סימן מובהק, אבל אם טוען ברי שהסדין ודאי שלו, אפילו נותן שמעון סימן מובהק אינו צריך להחזיר. ועיין מ"ש לקמן (סי' רצו סק"א?) דלא מהני סימן מובהק להוציא מיד המוחזק ואפילו מיד יתומים דטענו שמא אלא היכא דלא אמיד (קצה"ח).

(ו) והביאה לאחד שאינו שלו - ולא ישתמש בו וצריך להחזיר כלי זה לבעליו אף על פי ששלו נאבד. ודין אומן שנתנו לו כלים לתקן והשכינם, עיין לקמן (סי' ס"ו שנו ס"ז ברמ"א) (סמ"ע), עי' ט"ז ואין דבריו נכונים כיון דקי"ל שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה ומשום דאתי לידיה באיסורא, א"כ אפילו ימים רבים נמי לא מהני כיון דבשעה שנתנה הכובסת לידו לא הוי יאוש, עי' לקמן (סי' שנו ס"ג ברמ"א), ועוד אפילו סילקה אותו בדמים כל שהסדין ישנו בעין חוזרת לבעלים, משום דהיו שומא בטעות. ועוד דמנא ידעינן שסילקה אותו בדמים שמא פטרה עצמה בטענת אונס. ואפילו לדעת הפוסקים (עי' ש"ך סי' רצה סק"א?) דשילם קנה הבהמה, היינו דוקא בשילם מדעתיה ולא אטרחיה לבי דינא, ושמא לא סילקה בדמים עד דאטרחיה לדינא. אלא נראה דהדרא סדין למאריה, אא"כ ידוע שנתייאש מריה מיניה קודם שנתנה לזה (קצה"ח), עיין ט"ז וקשה שאין מקור לסברא שאין מרדפין אלא צ"ל שמדובר שהוא זמן רב תחת יד הכובסת עד שאינו נשמע שוב הרדיפה, ומקודם שבא לידו הוי היאוש (נתה"מ).

סימן קלז - מי שלקט פירותיו של חבירו, ובו ג' סעיפים.

(א) באהורד לתוך שדה חבירו ולקט פירותיו, בעל השדה טוען: שבגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו, נאמן ב"ב שבועת היסת, אפילו יש עדים שליקמן.

(א) ה"ג דוקא שדה חבירו כו' - אפילו בלא אמר תחילה "אלך ואלקוט", דליכא כאן חזקה דאין אדם מעיז, אפ"ה כיון שכבר ליקטן והוא מוחזק בהן אין מוציאין מידו. ובסעיף שאחר זה מיירי כשאינו מוחזק בהן, שליקטן ועדיין הן מונחין בהשדה של בעל האילן, בזה לא היה נאמן אם לא מכח שאמר תחילה אלך ואלקוט, ואז נאמן נגד בעה"ב שבא לערער קודם שמוליכין לרשותו מטעם דאין אדם חצוף לומר אלך ואלקוט כשלא היה לו רשות ללקט. אבל אם בא ומערער עליו קודם שליקטן יכול לעכב עליו מללקוט, ולא מהני חזקת אמירה דאלך ואלקוט, דא"כ כל איש שהוא עזות מצח יסמוך ע"ז לומר כן משום דידע כשיאמר כן לא יוכל בעליו למחות בו. ובמקום שכבר ליקט פירות השדה זמן מרובה, הו"ל כאמר אלך ואלקוט לענין זה דאף דאין הפירות ברשותו ובחזקתו אין הבעלים יכולים להוציא מידו מה שכבר ליקט מטעם דאין אדם חציף (סמ"ע), כונת דברי הסמ"ע דבסעיף א' איירי שהלוקח לקח הפירות לביתו והוא מוחזק, דהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאינן עשויין להשאל, ולכך אפילו לא אמר מקודם דלא שייך הסברא דאין אדם חציף, מ"מ נאמן מטעם מוחזק. ועל כרחך מיירי שאין ידוע באיזה אופן באו הפירות לידו אם הבעה"ב בעצמו מסרם לידו או מעצמו לקחם, דאם יש עדים שלקחן בעצמו שלא בפני הבעה"ב אינו נאמן מטעם מוחזק, דהוי כמו גודרות (עי' לעיל סי' צ"ד), ובעיני דוקא שאמר מקודם אלך ואלקוט דאז נאמן מטעם סברא דאין אדם חציף, ואז נאמן אחר לקיטה אפילו אינו מוחזק כמו בסעיף ב'. ובסעיף ב' מיירי

חוקן משפט חלק ד'

שאמר אלך ואלקוט קודם לקיטה דשייך סברא דאין אדם חציף, ולכך אפילו לקטן והניחן בשדה של בעה"ב, שאינו מוחזק, נאמן, בין כשהיה בעה"ב כאן ובין אינו כאן, והא דנקט המחבר בסעיף ב' אם אין בעל השדה כאן, משום הא דנקט דאין בית דין צריכין למונעו, שכן כאשר הבעה"ב כאן לא שייך הא דאין הבית דין צריכין למונעו, דהבעה"ב בעצמו ימנענו (נתה"מ).

(ב) ב"אם אין בעל השדה והאילן כאן, ואמר אחד: אלך ואלקוט פירות האילן והשדה של פלוני שמכרה לו, אין בית דין צריכין למנעו. ואם באו הבעלים קודם שליטתם, מעכבים על ידו. ואפילו אם ליקטם כבר, אם טוען שמכר לו גוף השדה, אינו נאמן אף על הפירות שאכל, כיון שאין לו שטר ולא חזקת ג' שנים.

(ב) אלך ואלקוט פירות - לא מהימן לומר לקוח אלא היכא דלא ידעינן אם בא לידו מיד הבעלים, או מהימן לומר שבא לידו מיד הבעלים, אבל היכא דידוע שנכנס שלא ברשות או שחטף או שהבעלים לא היו בביתם הוא גזלן ולא מהימן לומר בתחלה לקחתיו וזהו ככוונת השו"ע שבסעיף א' לא כתב שאמר "אלך ואלקוט", משום דבסעיף א' מיירי שבעל השדה היה שם, ולפיכך נאמן לומר לקוח בשבועת היסת כמו בשאר מטלטלין, דמסתמא הבעלים מסרו לו בתורת לקוח או מתנה, אבל בסעיף ב' כתב אם אין בעל האילן ושדה כאן, דזה לא מהימן בתורת מוחזק אלא משום שאומר אלך ואלקוט ודלא כסמ"ע (קצה"ח).

(ג) ב"האומר: אלך ואכרות אילנות של פלוני, בית דין מוחים בידו.

(ג) בית דין מוחים בידו - הטעם, דדוקא באומר אלך ואלקוט הפירות דהן עומדין ללקוט מהני ליה החזקה דאין אדם מעיז, ואומרים שודאי לפירות הניחו הבעל לירד בה באריסות או בשכירות, משא"כ כשאומר אלך ואכרות אילן שאינו עומד לקצץ, בזה אמרינן דודאי שלא ברשות נחית ולקלקל לבעל בבית נתכרין, משו"ה מוחין בו. ומינה נלמד דבאילן העומד לכרות אין מוחין בו (סמ"ע), וי"א שאין מוחין, והוה ספק (ש"ך).

סימן קלח - דין שנים או חזון במלית והולקים עליו, ובו ח' סעיפים.

(א) ב"שנים שהיו או חזים בכלי אחד, או שהיו רוכבים על גבי בהמה אחת, (ועיין לקמן סימן רע"א איזה רוכב אינו קונה), או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג, או יושבים בצד ערימה של חטים המונחים בסימטא או בהצר של שניהם, (ימיהו אס הבית של אחד ולקח את חזיוו אלכו וחלוקים על הנכסים שבצדית, הרי הם נחזקת המוחזק בצדית), זה אומר: הכל שלי, וזה אומר: הכל שלי, כל אחד מהם נשבע [בנקיטת הפיץ] ב"שיש לו בזה הדבר ושאיין לו בה פחות מחציו, ויחלוקו. ואם אמר אחד לחבירו: השבע וטול כולו, שומעין לו. ואם גם השני אינו רוצה לישבע, חולקין בלא שבועה. הגה: ב"שנים שהיו חלוקין על גג שעל ציתם, וכל אחד אומר: כולה שלי, הרי הוא כאילו שניהם תופסים בו, וחולקין.

(א) ועיין לקמן בסימן רע"א - נ"ל שצריך להיות בסימן קצ"ז, כי שם סעיף ה' נתבאר דלפעמים הרכיבה אינה קונה, אבל בסימן רע"א לא כתב שם מזה מיד. ודע, דהא דכתב המחבר דרכיבה קונה, ויש חולקים דלא קני רכיבה לחוד עד שינהיג ג"כ ברגליו, אבל גם הרמ"א מסכים לדעת השו"ע (סמ"ע).

(ב) או יושבין בצד ערימה של חטין כו' - כיון שהיא מונחת בסימטא שהיא מקום הראוי לקנות ושניהם יושבים בצדה חשוב כאלו שניהם מוחזקין בה, ודוקא ששניהם יושבים בצדה דאל"כ אף על פי שהיא בסימטא לא חשיב כאלו שניהם מוחזקין בה, עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג ריש סימן קכ"ב⁸ (ש"ך), וי"א דכיון דמיירי בסימטא דד' אמות של אדם קונין לו (סי' לקמן סי' רסח ס"ב) והוויין שפיר מוחזקין, אבל אם א' קדם הוא זכה, וכאן

⁷ עי' ש"ך לקמן רע"א ס"ב שדוקא בהנהיג ברגליו.
⁸ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

- כיון דבאין לפנינו והן שניהן שוין בד' אמות שניהם מוחזקין בשוה הן, אמנם נראה בדמקח וממכר שאין ד' אמות קונין⁹ לא הוי מוחזקין (נתה"מ).
- (ג) ולקח את חבירו אצלו - אבל אם שניהם שולטים בבית בשוה יחלוקו, וכמ"ש אחר זה בהג"ה בדין גג שעל ביתם (סמ"ע), פי' ואסף את פלוני חברו לדור אצלו בבית, כיון שהוא עיקר הבית, הנכסים בחזקתו. וה"ה אפילו אין הבית שלו לחלוטין, רק שהוא שכר הבית ופורע השכירות, רק שאסף את חברו אצלו, הנכסים בחזקתו לבדו, כיון שהוא לבדו שכר הבית. לאפוקי כששניהם שוכרים הבית, ואין האחד עיקר בבית יותר מאחר, אז חולקים (ש"ך), היינו דוקא בחינם, אבל בשכירות כיון דשכירות ליומא ממכר הוא, שניהם מוחזקין בשוה, ועי' סמ"ע (סי' רס ס"ד ד"ה ?). ועיין מש"כ לקמן (סי' ר ס"ב), דכל שאין לו קנין בהחצר גוף להפירות דלא מיקרי חצירו, רק חצירו של בעה"ב נקרא לענין קנין, ובשכירות כיון דהוי קנין הוי מוחזק (נתה"מ).
- (ד) וחלוקים על הנכסים - דוקא בחלוקים על הנכסים שבבית הבע"ה מיקרי מוחזק טפי, אבל בעניין קניית דבר הפקר שנכנס לבית מעצמו או לענין קניית מציאה שם, שניהן שוים בו, וכמ"ש לקמן (סי' רס ס"ד) (סמ"ע).
- (ה) בחזקת המוחזק בבית - אלמנה אחת שסילקו לה ב"ד כתובתה, והתפשרו עמה שתחזיק אצלה בניה היתומים ותדור בבית בעלה ותתעסק בנכסי בניה בתורת אפוטרופסית, אח"כ נשאת לאיש שמו שמעון והתנתה עמו שיהיה מחויב לפרנס להבנים הנ"ל, ויתנו לו מדי שנה בשנה סך ידוע, גם ידור עם האשה ובניה בחנם בבית הנ"ל ששייך להיתומים, ואחר ב' שנים הלכה האשה הנ"ל לעולמה, ונפלו הפרשות בין אפוטרופסים של היתומים ובין שמעון הנ"ל, והאפוטרופסים טוענים כל מה שנמצא בבית שייך הכל להיתומים, ושמעון השיב שאדרבה הוא עיקר בבית. הדין עם היתומים, כי מה שטוען שמעון שהוא לבדו נקרא מוחזק מפני דשכירות ליומא ממכר הוא, זה אינו, א' הרבה סוברים דלא אמרינן ממכר הוא אלא לענין אונאה ולא לענין אחר, וכן סתם השו"ע לקמן (סי' שיג ס"ג), ועוד, שבנידון דידן כו"ע ס"ל שאין שכירות זה כממכר, די"ל דעד כאן לא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא, אלא היכא שהקנה המשכיר להשוכר את גוף הבית לדור בו, דאז אין המשכיר ולא השוכר יכולים לחזור בהם, ואפילו אם מוחל השוכר על השכירות אין מחילתו מחילה עד שיחזור ויקנה להמשכיר, אבל בנידון דידן שכתוב בשטר התנאים כנגד זה ידור הזוג בבית של היתומים הנ"ל בחנם, אין לשון זה מועיל כלל ויכולים היתומים או האפוטרופסים לחזור בהם אף על פי שדר בו כמה שנים, וכל שלא אמר אלא לשון "ידור פלוני", לא מהני שום קנין ויכולים לחזור בהם. ואף אם נאמר שכיון שדר בו אינן יכולין לחזור בהם מחמת שנעשה בחרם חמור כו', מ"מ לא אמרינן בזה שכירות ליומא ממכר הוא כי אין לו בגוף הקרקע כלום (פ"ת).
- (ו) שיש לו בזה הדבר ושאיין לו כו' - איתא בגמ' שצריך לישבע שיש לו בה, שמה אין לו בה כלום, ומה שנשבע שאין לו בה פחות מחציו, אינו שקר, שכן אין לו בה כלום, ויש שלא כתבו שצריך לישבע שבועה שיש לו בה, משום דאנו משביעים על דעת המקום ועל דעת הב"ד ותו ליכא למיחש לרמאות (סמ"ע).
- (ז) ויחלוקו - אפילו אם א' מהם ודאי רמאי (סמ"ע), עי' ש"ך (סי' ש סק"ה) דהיכא דליכא רמאי אפילו בהך דמנה שלישי נמי חולקין, וה"ה במכר יחלוקו (קצה"ח), וי"א שצריכים ב' תנאים, א' שאין החלוקה יכולה להיות אמת, וגם שיהיה אחד מהם רמאי, ובלא"ה חולקין, דהא במנה שלישית בשמא ושמא חולקין משום דליכא רמאי (נתה"מ).
- (ח) ואם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו כו' - פי' כיון שעליך לישבע שאין לך בה פחות מחציו השבע בנקיטת חפץ מצד גלגול שכולה שלך, אבל בלא"ה אינו יכול להפך עליו רק היסת כדלעיל (סי' פז ס"א-יב) (ש"ך).
- (ט) חולקין בלא שבועה - עי' סי' עב סכ"ח מש"כ שם סק"מ? (נתה"מ).
- (י) על גג שעל ביתם - מדובר שהגג היה נסמך על כותל של אחד מצד אחד ועל הכותל השני מצד השני ורשות הרבים היתה באמצע מתחת לגג, ואז יחלוקו (סמ"ע).

⁹ עי' לקמן סי' ר ס"א, וסי' רמג סכ"ב שכן יש קנין ד' אמות במשא ומתן, וצ"ע גדול, אם נאמר כדברי הנתה"מ סי' ר סק"א שכאשר המוכר קדם לד' אמות, אז אין קנין ד' אמות, וצ"ע.

חוקן משפט חלק ד'

(ב) כיוצא זה אומר: כולה שלי, וזה אומר: חציה שלי, האומר: כולה שלי, ישבע שיש לו בה ושאיין לו בה פחות משלשה חלקים, והאומר: חציה שלי ישבע שיש לו בה ושאיין לו בה פחות מרביע, זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע. הגה: יואם הוא דבר הכלואי לחלוק, ויכול ליטול החצי שמודה לו בלא שצוה, ונצטע כל אחד אחר כך שאין לו בנשאר פחות מחליו.

(יא) ושאיין לו בה פחות מג' חלקים. שאם היה נשבע שאין לו בהחציה שהוא אומר שהוא שלו פחות מרביעית, איכא למיחש לרמאות שתהא דעתו על החצי שהוא מודה לו, ומשום הכי כתב המ"מ [המובא בציונים אות ו'] דהיינו דוקא בדבר שאינו ראוי לחלוק, אבל בדבר הראוי לחלוק כו', וכמ"ש מור"ם בהג"ה (סמ"ע).

(יב) והאומר חציה שלי ישבע כו'. התוס' בריש פרק קמא דב"מ [ב' ע"א ד"ה וזה נוטל] הקשו, למה לא יהא נאמן לומר חצי שלי במיגו דהיה אומר כולה שלי, ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן. ועיין לעיל סוף סימן פ"ב שכן כתב ג"כ הטור [סעיף י"ט] אענין אחר. אבל יש חולקים ע"ז והביאם מור"ם ז"ל שם בסעיף י"ב, ועיין מ"ש שם בסמ"ע [סקמ"ד - מ"ו] מזה וגם משאר דיני מיגו (סמ"ע).

(ג) ל"במה דברים אמורים, כשאוחזין בשפת הטלית, שאין ביד שום אחד ממנה שלש [אצבעות] על שלש, או חולקין אותה, אפילו שהטלית מוזהבת והזהב לצד אחד מהם, ואינו יכול לומר: חלוק אותה לרחבה שיבא הוזהב לחלקי, אלא חולקים אותה לארכה כדי שיבא לשניהם בשוה. ל"באל אם כל אחד קצתה בידו, וזה אומר: כולה שלי, וזה אומר: כולה שלי, זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והשאר חולקים בשוה ונשבעים על הדרך שנתבאר. ויש לכל אחד לגלגל על חבירו שכל מה שנטל כדין נטל.

(יג) "שלש על שלש" - כצ"ל. ופירושו, ג' אצבעות על ג' אצבעות ראויין לבגד (סמ"ע), פי' וכיון שאינו דבר חשוב אין ראוי לומר עליו שיטלנו קודם חלוקה, אבל ודאי אם רוצה ליטלו קודם, אף שהוא פחות מג' על ג', הרשות בידו (ש"ך).

(יד) והשאר חולקין בשוה ונשבעין - דוקא על המותר נשבעין, אבל מה שהוא ביד כל אחד א"צ ליטול עליו אלא אם ירצה מגלגלין אותו כדמסיק, ויש חולקים וס"ל דנשבעין גם על מה שביד כל אחד, וקשה למה לא מובא בשו"ע ורמ"א, ועוד הרי הצד החולקים הם רוב מנין ואחרונים, ולכן צריך להיות שעיקר כדעתם (סמ"ע, ש"ך).

(ד) ל"כל חלוקה האמורה כאן, אם הוא דבר שיפסד אם יחלק ממש, חולקים אותו בדמים. (טו) אם הוא דבר שיפסד כו' - אפילו אם לא יפסיד לגמרי אלא שיפסיד בחלוקה מאשר היה, כגון טלית גדול שלאחר שיחלוקו אותו ראוי לעשות ממנו ב' טליתים קטנים, אפ"ה ימכרו אותו בשלימותו ויחלוקו בדמים (סמ"ע), אם הפסד הוא פחות מחומש לא מיקרי הפסד וחולקין, וכן הוא בהג"ה לקמן (סי' קע"א ס"ה), ויש חולקים, שכל הפסד חשיב הפסד (נתה"מ).

(ה) ל"היה אוחז את כולה, וזה מתאבק עמו ונתלה בה, הרי זה בחזקת האוחז את כולה. (ו) ל"הבאו שניהם אדוקים, ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו, ושתק השני, אף על פי שחזר וצוה אין מוציאין אותה מידו, שכיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו. הגה: ל"הא לאפילו מציא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני ליה, להולאת צעל דין כמאה עדים דמי.

(טז) באו שניהם אדוקין - היינו דווקא קודם שנשבעו, דלא אמרינן שתיקה כהודאה אלא קודם שבועה דעדיין בספיקא הוא דמי יימר דמשתבע, והו"ל כאומר "איני נשבע" דאינו יכול לחזור, ועיין לעיל (סי' כ"ג), אבל אחר שנשבע דאז כבר זכה בחציו, תו לא אמרינן אודויי אודי, ואפילו שתק מתחלה ועד סוף לא אמרינן שתיקה כהודאה, ועיין לעיל (סי' פ"א סק"ו). היכא שהביא עדים שחציו שלו, מהני אפילו בשתק מתחלה ועד סוף, כיון דלא אמרינן שתיקה כהודאה בגוף הממון אלא דהו"ל כאומר איני נשבע, וכיון דאתו סהדי תו ליכא ספיקא ועדיף מנשבע דתו לא אמרינן שתיקה כהודאה (קצה"ח).

(יז) בפנינו כו' - כלו' בפני ב"ד ואם היה הדבר בפני עדים יש מחלוקת בין הפוסקים והעיקר נראה דדינו כאילו היה בפני ב"ד (ש"ך).

חוסן משפט חלק ד'

(יח) אף על פי שחזר וצוח כו' - דין זה דחזר וצוח הוא ספק בגמ' ולא נתפשט, אבל בשתק מתחלה ועד סוף חשיב כהודאה, ולפ"ז פשיטא דאפילו חזר הראשון ותקפו מוציאים אותו ממנו ונותנים אותו ליד התוקף הראשון כשהוא צוח¹⁰ ומ"ש המחבר בסעיף שאח"ז יחלוקו כבתחילה לא קאי אלא אסיפא כשחזר וצוח עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קל"ב ובתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ג ועיין בתשובת מהרי"ט סוף סי' ק"י¹¹ (ש"ך), ראובן ושמעון שהשלישו דבר אצל שלישי ואמרו שלא יתן לאחד מהם אם לא בריצוי שניהם, ואח"ז באו שניהם ואמר שמעון שהתפשרו יחד ששייך השלישות לו, וראובן שתק, אי שתיקתו הוי כהודאה או לא. זה דומה לסעיף שלנו שכיון ששתק בתחילה ה"ז כמודה לו, וכנ"ל סק"י(ז), אפילו עשה כן בפני עדים, וא"כ הכא כיון ששניהם האמינו לשלישי שהוא מהימן כבי תרי, וכל זמן שהוא ביד שלישי הוי כתפסי תרווייהו, וכיון שזה אמר בפניו ששייך לו לבדו הוי כתקפה מידו והוא שותק, ודאי הוי כהודאה ואין לראובן שום טענה עוד כו' (פ"ת).

(יט) וי"א כו' - דברי רמ"א אלה הם גם בסיפא וגם בתחילת המחבר ובשניהם לא מהני עדים דכיון דהאי תפיס מצי למימר אודוי אודי לי א"כ מה שיביא עדים לא יועיל ההודאת בע"ד כק' עדים דמי ודוק עיין בתשובת מהר"מ פאדוי סי' מ' ועיין בס' א"א דף פ"ז ע"א¹² (ש"ך), ויש חולקים וס"ל דלא מהני עדים הוא רק בשתק לגמרי, אבל בשתק ולבסוף צוח מהני עדים (ט"ז ונתה"מ), ואף במודה בפירוש הודאה גמורה יכול אח"כ לומר טעיתי כשיש עדים, כ"ש כאן שאין הודאה גמורה שיכול לומר טעיתי בשעה ששתקתי (ט"ז), ויש חולקים, שמקור דברי הט"ז לגבי אמר "טעיתי" הרי שם במודה לפני עדים מיירי, אבל במודה לפני ב"ד עפ"י תביעת האחד ודאי דאינו יכול לטעון טעיתי, ודוקא אם אין טוען "טעיתי" רק "לא הודיתי בשתיקתי", אז אין בטענתו ממש דאנן סהדי דשתיקה כהודאה, אבל בודאי דיכול לטעון טעיתי כשמביא עדים כמבואר לעיל (סי' קכו סי"ג), דאפילו כשיש לו מיגו יכול לטעון טעיתי מכ"ש כשיש עדים. והטעם דבשתק לגמרי לא מהני עדים, ובשתק ולבסוף צוח מהני עדים ומוציאין מיד המוחזק, וכן הוא בקצה"ח סק"כ (כ) (נתה"מ). ועיין בתשובת שמן רקח ח"א סי' ס"ז מ"ש בזה¹³ (פ"ת).

(ז) ל'חזר האחד ותקפה מיד זה התוקף, אף על פי שצוח מתחלה ועד סוף, יחלוקו כבתחלה. הגה: ל'חזר אומרים דכיון שזכה הראשון משום הולאתו של זה, אין האחר יכול לתקוף ממנו כלל ראיה.

(כ) יחלוקו כבתחלה - אפילו לפי סברא זו, אם הקדישה הראשון קודם שתקפה ממנו הוי הקדש, ותו לא פקע ממנו אף אם תקפה מידו השני (סמ"ע), וי"א שהלכה זו רק בדבר שדינו כל דאלים גבר (עי' לקמן קלט ס"א) (ש"ך), הא דספק הודאה מהני להעמידה ברשות התוקף אינו אלא משום דטלית זו בתחלתה נמי בספק עומדת ואתי ספק ומוציא מידי ספק, וא"כ לפ"ז היכא דאתו עדים שטלית זה שלו תו לא אתי ספק ומוציא מידי ודאי. ומזה נראה עיקר כדברי הט"ז ודלא כש"ך לעיל סק"י(ט) (קצה"ח), עיין ש"ך ס"ק(יח), משמע מדבריו דאם התוקף הראשון שתק לגמרי בתקיפה שניה אין מוציאין מידו. וקשה שכן איתא דדוקא בטלית שהיו מעיקרא שניהם תפוסין אמרינן שתיקה כהודאה, משא"כ כשהוא תחת יד אחד מהן וחבירו תקפה ממנו, אפילו שתק לגמרי הוי גזלן ומוציאין ממנו, א"כ זה שכבר הוחזק הטלית שהוא של התוקף הראשון מחמת שתיקת השני ששתק לגמרי, ואפילו עדים לא מהני כמש"ל (סק"י(ט)), וכיון שהוא מוחזק שהוא של הראשון ויוצא כולו מתחת יד הראשון, לא מהני שוב תקיפת השני אפילו שתק הראשון לגמרי (נתה"מ).

(כא) כבתחילה - עיין סמ"ע ס"ק(י), והטעם בהא דאם תקפה והקדישה דשוב לא מהני תקיפת השני, הטעם דהא דפסקינן כל דאלים גבר, הוא, דכל מי שאמת אתו ודאי יטרח להביא ראיה או ימסור נפשו עליו, משא"כ השני ודאי לא ימסור נפשו עליו דיודע

¹⁰ עי' לקמן סק"כ (כ) בנתה"מ.

¹¹ לא עשיתי

¹² לא עשיתי

¹³ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

שלמחר יביא השני ראייה ויוציאנו מידו. ולפי זה אפשר לומר דהא דמהני תקיפת השני מיד הראשון ואין מוציאין מיד המוחזק, דאמרינן אילו היתה האמת עם התוקף הראשון היה טורח להביא ראייה, משא"כ בכבר מכר או הקדיש או מת והוריש, טענינן ללוקח וליוורש ואמרינן אילו היה קיים היה מביא ראייה, וכעין שמבואר לעיל (סי' סב ס"ו? וסי' קלג ס"ה) שטוענין כן ללוקח וליוורש. ועוד, דהתוקף הראשון יש לו כעין חזקת מרא קמא, רק שיש סברא להחזיק כח התוקף השני מחמת שרואין שהתוקף השני מוסר נפשו יותר מהראשון, ואמרינן אילו היתה האמת עם המערער היה גם הוא מוסר נפשו כיון שידע בברי, וזה לא שייך בלוקח ויוורש שטוענין בעצמן שמא רק שאנן טוענין עבורן ברי, לא שייך שימסור נפשו כיון שאינו יודע בברי, מש"ה מוקמינן לה בחזקת התוקף הראשון שהוא כעין מרא קמא. ובמטלטלין יש לומר עוד טעם פשוט בהא דמהני תוקף והקדש, דכשתקף לא גרע מגזולן, וסתם גזילה הוי יאוש בעלים כמבואר בסימן ש"ח. ואפילו הש"ך דפליג שם, אפשר דבאין לו עדים וכבר פטרוהו ב"ד אף הש"ך מודה דהוי יאוש רק שהגזולן לא קני ביאוש, אבל כשהקדיש או מכר דאיכא יאוש ושינוי רשות בודאי קנה, מש"ה לא מהני שוב תקיפת השני (נתה"מ).

(כב) דכיון שזכה הראשון - אם התוקף טוען ברי מהני התפיסה אפילו לאחר שנולד הספק, ומיהו הכא שאני דדנין אותו כהודה לו תחילה (סמ"ע), שתק מתחלה ועד סוף א"י לחזור ולתקוף ממנו ובשתק ולבסוף צוח יכול לחזור ולתקוף ממנו (ש"ך).

(ח) ל"באו שניהם אדוקים בטלית, ואמרו להם: צאו וחלקו את דמיה, יצאו וחזרו והרי היא תחת יד אחד מהם, זה טוען: (שכנגדו) הודה לי ונסתלק ממנה, וזה טוען: שכרתיה לו, או נתגבר עלי וחטפה, המוציא מחבירו עליו הראייה, ואם לא הביא ראייה, ישבע זה שהיא שלו, ויפטר. הגה: ל"יש אומרים דאם אמר שחטפה ממנו, נאמן, ויחלוק. וז"ל אס אמר: שכתיה לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, נאמן, צמיגו שהיה אומר: חטפה ממני, וכן נראה לי עיקר.

(כג) שכרתיה לו או נתגבר עלי כו' - דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלנותא והשתא אוגרתה ליה בלא סהדי, מהאי טעמא דוקא לומר שכרתיה אינו נאמן אבל חטפה מידי נאמן, וזהו טעם די"א דכתב הרמ"א, והמחבר ס"ל דה"ה לומר חטפה מידי אינו נאמן, כיון דידע דהוא גזולן ה"ל להשמר ממנו וליקח עדים עמו (סמ"ע).

(כד) המע"ה - בש"ס משמע דכאן אנן סהדי דאודויי אודי ליה ולפ"ז אין חברו יכול לחזור ולתקפו ממנו עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ג¹⁴ (ש"ך), ואפילו הן דברים העשויין להשאל או להשכיר, מ"מ כאן חשיב כדברים שאין עשויין להשאל נגד זה מטעם דאמרינן עד השתא חשדתו בגזולן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי. אבל אם טען ואמר השכרתי לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י דשוב לא שייך סברא זו, פשיטא דנאמן בדברים העשויין להשאל, ודלא כקצה"ח סק"כז (נתה"מ).

(כה) ישבע זה כו' - פי' שבועת היסת (ש"ך).

(כו) שחטפה ממנו - ואף דבשאר מטלטלין אם טוען גנבת אינו נאמן מטעם דאחזוקי אינשי בגנבא לא מחזקינן כמבואר לעיל (סי' קלג ס"ו), מ"מ הכא בשנים או חזין בטלית וכבר אמר כולה שלי לא שייך זה, דהא לא חשדינן אותו לגזולן כלל, דאפילו לרמאי לא חשדינן ליה דאמרינן דסובר דהוא באמת שלו (נתה"מ).

(כז) שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני - משום דנאמן במגו דחטפה ממני, וממילא נשמע לדעת הפוסקים דאינו נאמן לומר חטפה ממני, ודאי אינו נאמן לומר שכרתיה בפני פלוני ופלוני כיון דאינו טענה מחמת עצמה אלא במיגו דחטפה ממני. והא דאמרו בש"ס בטעמא דאינו נאמן לומר שכרתיה משום דאמרינן ליה עד השתא חשדית ליה בגזולן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, ומשמע דהיכא דמשכירו בסהדי הו"ל טענה מחמת עצמה, היינו משום דבתר דמסיק עד השתא חשדת ליה בגזולן וצריך להשכירו בעדים, א"כ הו"ל כמו דברים שאין עשויין להשאל ולהשכיר דעיקר דברים העשויין להשאל תלוי באהבת האיש ובשנאתו (עי' רמ"א סי' עב סי"ט), וכיון דאינו עשוי להשאל ולהשכיר בלא עדים תו לא הוי מדברים העשויין להשאל, דאין דרך להשכיר בעדים,

¹⁴ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

וא"כ אפילו דברים העשויין להשאיל חשיב כמו דברים שאין עשויין כיון דצריך עדים לכך, ועיין מ"ש בסימן פ"ב סק"ט (קצה"ח).
(כח) במיגו שהיה אומר חטפה ממני - אבל בלא אמירה שכרתיה לו בפני פלוני אינו נאמן במיגו דחטפה ממני, דה"ל מיגו במקום חזקה (סמ"ע).

סימן קלט - דין שנים חלוקין בדבר, ואם בא שלישי וחטפה, ובו ד' סעיפים.
(א) שנים שחלוקים בדבר, ואין שום אחד מהם מוחזק בו, כההיא ארבע דהו מינצו עליה בי תרי וכל חד אמר: דידי היא, כל דאלים גבר, ואותו שתגבר ידו תחלה, הוא שלו, עד שיביא האחר ראיה. ומיהו שכנגדו יכול להשביעו, וצריך לישבע שהוא שלו. וכל זמן שלא יביא האחר ראיה, אף אם תגבר ידו, אין מניחין ליקח מזה שגברה ידו תחלה.

(א) וכל חד אומר דידי היא - ה"ה אם הביא כל אחד עדים שהיא שלו או של אבותיו או שאכלה שני חזקה דינא הכי (סמ"ע).

(ב) כל דאלים גבר - הטעם דלא רצו לתקן בהא דיחלוקו, שמא נפסיד לזה שהוא כולו שלו, וסמכו ע"ז שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו יותר מהאחר, ואדרבה האחר לא ימסור נפשו כולי האי שיאמר מה בצע שאמסור נפשי והיום או מחר יביא הלה ראיה ויוציאנו מידו, והואיל שכל אחד אומר שלי הוא ואין שום אחד מוחזק בו, וגם ליכא דררא דממונא בו לכל אחד, אוקמוה אחזקות הללו ולא מיחו ביד מי שגבר ידו, משא"כ בשנים אוחזים בטלית והדומה לו, דכיון דכל אחד תופס בו וכל מה שאדם תופס בו הוא בחזקת שלו, ואי היינו אומרים בו דכל דאלים גבר היה אחד גוזל מה שביד חברו, הלכך פסקו בו דין חלוקה כמבואר בסימן שלפני זה (סמ"ע).

(ג) שכנגדו יכול להשביעו - אם קודם התפיסה יש להסתפק יכול אחד להשביע לחבירו לאמר או השבע או תניחני לתפוס (פ"ת).

(ד) וצריך לישבע שהוא שלו - ולא תימא כיון דברשות חכמים עשה מה שעשה, שיחזיק בו בלא שבועה (סמ"ע), פי' שצריך לישבע שבועת היסת (ש"ך).

(ה) אף אם תגבר ידו - דלא רצו חז"ל לתקן דבר שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת, היום יגבר זה ולמחר יגבר זה וסמכו אחזקה וכנ"ל סק"ב (ב) (סמ"ע), וי"א דאם חזר ותקפה ממנו אין מוציאין אותו מידו, ועיין לקמן סי' רמ"ה סי"א¹⁵ עי' בתשוב' מהרשד"ם סי' שכ"ח¹⁶ (ש"ך).

(ב) בא שלישי וחטפה, בטענה שאומר שהוא שלו, אין לשנים האחרים בו כלום, כיון שזה שהוא מוחזק בו טוען שהוא שלו. אבל אם חטפה בלא טענה, מוציאין אותו מידו ואין לו תקנה עד שישביב לכל אחד ואחד (מור סעיף ג' בשם רשב"ם והרא"ש), שהרי אינו יודע למי ישביב. ואם הוא קרקע והחזיק בו ואכל פירותיו, גוף הקרקע אינה נגזלת, אבל הפירות צריך לשלם לכל אחד ואחד.

(ו) בא שלישי וחטפה כו' - פירוש, חטפה בעוד ששנים הראשונים מערערים עליה, אבל אם כבר תקף בו האחד, כשם שלא מהני בו שיתקוף מידו השני שכבר עורר עמו, כן לא יועיל תקיפת זה השלישי (סמ"ע).

(ז) ואין לו תקנה עד שישביב - פירוש, אין לו כפרה עד שישביב כו', כדין גזילה דצריך להשיב ליד הבעלים, אבל לא להוציא מידו להפקירה כבראשונה (סמ"ע).

(ח) עד שישביב לכל אחד כו' - ועיקר א"צ להחזיר לכל א' כו' (ש"ך), ועיין מ"ש בסימן מ"ט סק"ח (קצה"ח)¹⁷.

(ג) אם אחד מהשנים החלוקים על דבר זה בא לבית דין ואמר: תפסוהו עד שאביא ראיה, אין שומעין לו. ואם תפסוהו ב"ד מדעת שניהם, או שעברו ותפסוהו, אין מוציאין אותו עד שיתברר של מי הוא.

¹⁵ לא עשיתי

¹⁶ לא עשיתי.

¹⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(ט) אין שומעין - דחיישינן שהוא רמאי ואין לו ראייה, והוא אומר כן כדי להפסיד לחבירו שלא יתקוף בה דתו אינו יכול להוציאה מידו בלי ראייה משא"כ כשהוא ביד ב"ד שאז גם חבירו לא יוכל לתקוף בה ולהביאה לידו בלא ראייה ויפשר עמו (סמ"ע).
(ד) אם הם חלוקים על שדה, ואין אחד מהם מוחזק בה, כגון שמת בעל השדה ושנים באים ליורשו, כל אחד אומר: אני קרוב וראוי ליורשו, ואין לשום אחד עדים, כל דאלים גבר (ועיין לעיל ריש סימן קל"ח אם היו שניהם מוחזקים מאי דינם), ואם גבר האחד ואכל פירותיו, ואחר כך הביא השני עדים שהוא קרוב, ואין העדים יודעים אם זה שגבר הוא קרוב או לא, מוציאים מזה שגבר, שהוא ספק קרוב והאחר קרוב ודאי. והוא הדין אם השני הביא עדים שהוא קרוב יותר מהאחר, מוציאים מזה שגבר ונותנים לזה שקרוב יותר, וצריך להחזיר כל פירות שאכל אפילו אין ידוע שאכלם אלא על פיו שהודה בהם. הגה: דבר שהפוסקים חולקים בו, ולא תפס חד מנייהו, אם הוא דבר דשייך בו חלוקה, חולקין. ואם לא שייך ביה חלוקה, כל דאלים גבר (ת"ה סימן שנ"ב).

(י) ואם גבר הא' כו' - עיין בחדושי הרמב"ן ובספר המלחמות ובעל המאור ודוק (ש"ך)¹⁸.

(יא) אפילו אין ידוע שאכלה אלא על פיו שהודה בהם - ואפילו אכלם ג' שנים, שהרי לא טען שקנה השדה להיות אכילתו ראייה אטענתו, אלא טען שירש הקרקע מקרובו שמת, וכיון שלהפירות שאכל אין לו זכות אלא מכח הקרקע והקרקע יוצאת מתחת ידו בעדים הללו ואין לו מיגו נגדו, ממילא צריך לשלם ג"כ הפירות (סמ"ע), ויש חולקים¹⁹ ועיין לקמן סי' שצ"ו וסמ"ג (ש"ך).

(יב) שהפוסקים חולקים - עיין ש"ך סק"י (יד). ועיין בתשובת שבות יעקב ח"ב סי' קס"ז מ"ש בזה, ועיין מה שכתבתי לקמן סימן קע"ד סעיף א' סק"א²⁰ (פ"ת).

(יג) ולא תפס חד מנייהו - ואם תפס חד מנייהו, עיין לעיל סימן כ"ה סעיף ב' ברמ"א [21] ולקמן סימן קע"ה סעיף מ"ה [22] ובסוף סימן רנ"א [23] (סמ"ע).

(יד) ואם לא כו' כל דאלים גבר - וי"א דלא אמרינן כל דאלים גבר כי אם בדבר שנוכל לעמוד על הדבר של מי הוא, ומטעם שנתברר לעיל סק"ב, משא"כ בפלוגתא דרבוותא דמי יעיד או יכריע הלכה כמאן. וכדי לישב דבריהם ס"ל לרמ"א דודאי חלוקה עדיפא כל היכא דליכא למיקם אמילתא, אבל היכא דלא שייך חלוקה כגון בההיא דניזקין דאי הוה שתו עילאי פלגי דיומא וכן תתאי עדיין הוה קפידא מאן יתחיל ברישא כו'²⁴, ותו דדילמא בכה"ג הוה ודאי פסידא לתרווייהו (סמ"ע) בספק, שאם לא יפשוטוהו, הכל ילך לאיבוד, לא מצאו להם שום תקנה בעולם רק כל דאלים גבר, מה שאין שייך לומר כן בשאר עניינים שהפוסקים חולקים בהם יש לתופסו בב"ד והב"ד ימכרוהו ויחלוקו בדמים או בדין גוד איגוד דהא ע"כ לא אמרי' בריש סימן זה כל דאלים גבר אלא מטעמא שמי שהוא שלו ימסור נפשו עליו כו' וזה לא שייך אלא בדבר שהתובע בעצמו יודע האמת ואין הב"ד יודעים, אבל הכא מה שייך לומר שזה התובע ימסור נפשו יותר מחברו, במה ברור הדין יותר לתובע מלדיין או מלחברו דנימא ימסור נפשו כו', מיהו כל זה לענין לכתחלה אבל אי תפס חד מנייהו לא מפקינן מיניה דאפילו תפס מרשות חברו לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא ועיין בספרי תקפו כהן הארכתי בדינים אלו²⁵ (ש"ך).

¹⁸ לא עשיתי

¹⁹ לא עשיתי הש"ך הביא רמב"ן ואל כתוב מהו שיטת הרמב"ן.

²⁰ לא עשיתי.

²¹ לא עשיתי.

²² לא עשיתי.

²³ לא עשיתי.

²⁴ לא עשיתי.

²⁵ לא עשיתי.