

חוקן משפט חלק ד'

	גביית מלוה	
4	להלוות לעני ושלא לנגשו, ושלא לחבול כלי אוכל נפש ואלמנה, והשבת העבוט, ודין הסידור	צז
14	סדר גביית החוב, והמבקש זמן לפסול שטר, ואם לא בא בזמנו	צה
17	כיצד משביעין ללוה אם יש לו, ומחרימים מי שיודע לו נכסים, ואם הוא כשר או רמאי, ואם נתן שלו במתנה	צט
24	המבקש זמן לפרעון, כמה זמן נותנים לו, ואם לא בא בזמנו, והמסרב צווי בית דין	ק
25	מגבין לבעל חוב מעות או מטלטלין, ואם תלה מעותיו בעובדי כוכבים, ואם יש עליו חובות לעובדי כוכבים	קא
29	מאיזה קרקע מגבין החוב לבעל החוב	קב
		קג
		קד
		קה
		קו
		קז
	גביית חוב מהיתומים	
	כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם	קז
	באיזה ענין נפרע מלוה מיורשים, ואיזה שבועה אדם מוריש לבניו	קח
		קט
		קי
		קיא
		קיב
		קיג
		קיד
		קטו
		קטז
	אפותיקי	
		קיז
		קית
		קיט
		קכ
	עשו שליח לגבות חוב	
		קכא

חוקן משפט חלק ד'

הרשאה		
		קכב
		קכג
		קכד
		קכה
		קכו
		קכז
		קכח
ערב		
32	דין הערב בשטר ועל פה, ומתי נפרעין מן הערב	קכט
44	דין ערב שפרע למלוה כיצד נפרע מן הלוח	קל
50	מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב	קלא
56	עבד ואשה וקטן שערבו, ושנים שנעשו ערבים בשביל אחד, ואחד בשביל שנים	קלב
חוקת מטלטלין		
58	מי שמוחזק במטלטלין הידועים לאחר	קלג
63	אומן שמועז בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו	קלד
65	דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד	קלה
66	מי שנתחלפו כליו בבית האבל והמשתה	קלו
68	מי שלקט פירותיו של חבירו	קלז
68	דין שנים אוהזין בטלית וחולקים עליו	קלח
73	דין שנים חלוקין בדבר, ואם בא שלישי וחטפה	קלט
חוקת קרקעות		
75	דין החזיק בקרקע של חבירו, ודין חוקת הבתים והחנויות	קמ
85	דין חוקת שדה הלבן והאילן	קמא
89	דין סיוע המערער למחזיק בחזקתו, ואם היה הסיוע בטעות	קמב
90	דין המחזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת או ברח	קמג
92	שנים שהחזיקו בשדה אחת, זה אכלה וזה אכלה	קמד
94	הביא המחזיק עדים ולא כווננו עדותם בשנים	קמה
98	מחאה מבטל החזקה, ובאיזה לשון ובמה ומתי	קמו
112	המערער על השדה והוא עד או דיין	קמז
114	מי שאבדה לו דרך שדהו	קמח
116	אלו שאין להם חזקה השותפין, והאריסין, והאפוטרופסים, הגולנין, והאחין, וחרש שוטה וקטן	קמט
129	מי שירד לתוך שדה בתורת משכון וחזר ועשה שטר מכירה	קנ

חושן משפט חלק ד'

133	דין אלו שאין אכילתן ראייה	קנא
134	דין אלו שאין להם חזקה, מתי יש להם חזקה	קנב

חוקן מספט חלק ד'

הלכות גביית מלוה

סימן צו – להלוות לעני ושלא לנגשו, ושלא לחבול כלי אוכל נפש ואלמנה, והשבת העבוט, ודין הסידור, ובו ל' סעיפים.

(א) ימצות עשה להלוות לעניי ישראל, והיא מצוה גדולה יותר מהצדקה, וקרובו עני קודם לעניים אחרים, ועניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת, ואפילו עשיר שצריך להלוות, מצוה להלוותו לפי שעה ולההנותו אף בדברים וליעצו עצה ההוגנת לו¹.

(א) מצות עשה להלוות לעניי כו' - דכתיב (שמות כב כד), אם כסף תלוה את עמי את העני עמך לא תהיה לו כנושה. "אם" זה הוא מלשון "אשר", וחובה הוא (סמ"ע). ויש שהקשו² מפני מה אין מברכין על כמה מצות כגון מתנות עניים והלוואה וצדקה והענקה וכיוצא בהם, מפני שאין המצוה תלויה כולה ביד העושה שאפשר שלא יתרצה בה חבירו (קצה"ח).

(ב) והיא מצוה גדולה יותר מהצדקה - שהמקבל הצדקה כבר נצטרך לשאול [פירוש, ואף אם לא ילוה לו, ישאל מהגבאים שיתנו לו צדקה], וזה שלוח עדיין לא הגיע לידי כך (סמ"ע).

(ב) אסור לנגוש את הלוה לפרוע, כשיודע שאין לו, ואפילו להראות לו, אסור, מפני שהוא נכלם בראותו למלוה ואין ידו משגת לפרוע. @NO MB@
(ג) אסור ללוה לכבוש ממון חבירו ולומר לו: לך ושוב ומחר אתן, ויש אתו.

(ג) ולומר לו לך כו' - עי' לקמן (סי' שלט ס"ז-ט) (סמ"ע).
(ד) אסור ללוה לקחת הלוואה ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה עד שלא ימצא המלוה ממה לגבות חובו, ואם עושה כן נקרא רשע. וכשהמלוה מכיר את הלוה שהוא בעל מדה זו, מוטב שלא ללוותו ממה שילוהו ויצטרך לנגשו אחר כך ויעבור בכל פעם משום לא תהיה לו כנושה. (שמות כב, כד).

(ד) ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה כו' - פירוש, אפילו אין כוונתו של הלוה לאבדה בידים, אלא כל מי שמוציא שלא לצורך גדול מיקרי לאבדה, שאיבדה מהמלוה (סמ"ע).

(ה) אם בא המלוה לב"ד למשכן ללוה או ליפרע ממנו, יש לבית דין לעשות לו דין, ולא יאמרו: פלוני עני ואין לו ופלוני עשיר ואין צריך לו, אלא אין מרחמים בדין.

(ה) ולא יאמרו פלוני עני הוא כו' - עי' פרטי הדינים לעיל (סי' יז ס"י) (סמ"ע).

(ו) אם בא למשכנו שלא בשעת הלוואתו, לא ימשכנו הוא בעצמו, שאם משכנו הוא בעצמו עובר בלאו. (ועיין לעיל סימן ז'). אלא בית דין ישלחו לו שלוחם, ואף שלוחם לא

¹ עי' ט"ז יו"ד רכח ס"י: עבירות שאדם מורגל בהם כגון אלו שלא להשאל כליו שכמעט רוב העולם נכשל בהם

סימן צב שכופין על מצות גמ"ח כמו על מצות צדקה. ונראה שבהלוואה בהת"ע אין משום מצות גמ"ח, וכן משמע באהבת חסד ח"כ פרק טו (עי' להלן הערה לד מדברי הפלא יועץ). ושם בפרק בפרק לה מדברי הח"ח בענין זה. כתב באהבת חסד דיני הלוואה פרק ב סעיף ד, מי שעוסק בתורה ובא לידו מצות הלוואה וא"א להעשות ע"י אחרים (בין שאינם יכולים ובין שאינם רוצים) צריך לבטל מלימודו ולקיים המצוה, כמו שנתבאר בשו"ע יו"ד סימן רמו סעיף יח לגבי עשיית שאר מצוות ית"ת. ודין עוסק במצוה פטור מן המצוה עי' ביו"ד סימן רמ סעיף יב. עוד כתב שם סעיף ב שגם אשה חייבת במצוה זו כבצדקה, מיהו היינו דוקא בפנויה, אבל נשואה אינה יכולה להלוות שלא שאינו נושא ונותן כגדול. דיני מצות הלוואה למומר עי' אהבת חסד פרק ג, ומדבריו משמע שאין מצוה להלוות לו, אבל מותר, ובפת"ש יו"ד סימן קנט סק"ד כתב בשם תפארת צבי שמפרש דברי הרמ"א שם שיש להחמיר שלא להלוות לו כלל, והיינו שיש אומרים שאסור ליקח ממנו רבית, ימשמע שגם להלוות לו בלא רבית אסור, ואם אי אפשר להשטט ממנו מותר להלוות לו ברבית, אבל

² שו"ת הרשב"א ח"א ס"א יח.

חוקן משפט חלק ד'

יכנס לביתו למשכנו. הגה: ואפילו אם זיקק המלוה ליכנס לבית הלוה ולכתוב כל מה שצדחתו, אין בית דין נזקקין לו ליכנס לביתו כלל, אלא אם ימצא לו דבר בחוקן, יקחנו. ויש לשליח בית דין ליקח המשכון מיד הלוה, בזרוע, ונותנו למלוה. ואפילו בחוקן, לא ימשכנו שלא בשעת הלואה דבר שעושים בו אוכל נפש, כמו רחים ורכב של יד שהם מטלמלים, אבל בתי רחים של מים הרי הם כקרקע, ולא שייך ביה משכון, אלא גוביינא כשאר קרקעות, שאין בית דין ממשכנין ליקח קרקע למשכון. ומכל מקום אם המלוה עצמו נכנס לבית הרחים ונטל רחים העליונה או הברזל והסובב והגלגלים, כבר נעשו מטלמלים, ויש להם דין כלי אוכל נפש ומחזיר אותם בשעת מלאכה.

(ו) לא ימשכנו הוא בעצמו - אפילו משכנו המלוה שלא מרצונו "בחוקן", עובר בלאו ד"כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו" (דברים כד י), "דביתו" לאו דוקא הוא, אלא ה"ה או כ"ש דלא ישמט בחזקה מה שעליו או ממה שבידו בפגעו בחוקן, ומשו"ה כתבו סתם דאם משכנו המלוה בעצמו עובר בלאו, אלא דלשליח בית דין אין איסור אלא שלא יכנס לביתו (סמ"ע), עיין דברי לעיל (סי' ד סק"א?) דלאו שפיר עבדי אותן המערימין על דברי תורה וקודם בואם לדין תופסין מיד הבע"ד איזה חפץ בכדי שיהיה לו מגו להאמינו והוא לאו דלא תבא אל ביתו, מיהו היכא דנקטו לגוביינא ליכא איסור (עי' לקמן סעיף טו). אמנם קשה היכי שייך תורת גביה בלא ב"ד ומי שמה אותו, וע"כ אינו אלא למשכון וצ"ע. אם הלוה אלם ורוע מעללים ומעזי פניו מלפרוע חובו מותר לשליח בית דין ליכנס לביתו לדעת מצפונו אפילו על ידי שליח גוי. וה"ה היכא דמתיירא שלא יכפור הלוה הוא כמו דלא אפשר לאשתלומי מיניה באנפי אחרני דשרי למשכנו. ומאחר ויש חולקים על זה, אין אנו עושין זה אלא בדוחק גדול וכו' ואין בנו כח לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול ושיהיה כוונת ב"ד לשמים (קצה"ח), הא דעובר בלאו, היינו כשתופס בחזקה מיד חבירו, אבל דרך הערמה שרי, ועיין בקצה"ח לעיל (סי' ד סק"א?) (פ"ת).

(ז) עובר בלאו - בעיסקא שהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון, דבעד פקדון ודאי דמותר לתפוס, דהא החוב לא בא מחמת הלואה, דכשנשתמש או הוציאנו לצרכו גזל הוא בידו, וכחוב הבא מחמת גזילה דמי, רק בעד הפלגא מלוה אסור לתפוס. אמנם, כשתופס חפץ אחד ששורה בעד הכל, אין בו איסור, דעיקר התפיסה הוא משום פלגא פקדון, אף שאפשר לו לתפוס חפץ קטן בעד הפלגא פקדון ותופס בכיון חפץ גדול כדי שיהיה בידו גם נגד הפלגא מלוה, וכן בהקפת החנות ובכל דבר המבואר בסימן ס"ז לענין שמיטה דלא נקרא הלואה ואינו משמט, הכי נמי אינו בכלל האיסור דלא תבוא אל ביתו, עיי"ש בסמ"ע סק"ו? (נתה"מ).

(ח) להכנס לבית הלוה ולכתוב כו' - דמדהקפידה התורה וכתבה בחוקן תעמוד, משמע דכניסה לצורך העבוט אפילו לא יעבוט אותו אסור, ועי' סי' צט ס"ו? דמחרימין על הלוה עד שיוציא כל אשר לו או שיביא כל אשר לו בכתב לבית דין והם מסדרין לו (סמ"ע).

(ט) מיד הלוה בזרוע - שליח בית דין יכול להכותו אם יסרב בו כשמשכנו בזרוע בשוק, משא"כ בעל הבית, אם הזיק בין בגופו בין בממונו חייב, וי"א, אם לאחר שתפס המלוה בא הלוה להחזיק ולהוציא מיד המלוה, יכול המלוה להציל את עצמו אף ע"י הכאה, ועיין לעיל (סי' ד ס"ו?) (סמ"ע).

(י) שלא בשעת הלואה - פירוש, שהגיע זמן הפרעון והוא דוחה אותו ואז ממשכנו כדי שיהא בטוח במעותיו. ועי' לקמן (סעיף טו סק"ח?), ודוקא שלא בשעת הלואה הוא דאסור דאז ממשכן להלוה שלא מדעתו, אבל אם מתחילה מביא הלוה כלי אוכל נפש שלו ומבקש מהמלוה שילוונו עליו, הו"ל כאילו מכרו לו מדעתו ומותר (סמ"ע).

(יא) כמו רחיים ורכב של יד - אבל שאר כלים דאוכל נפש אסורים כמו רחיים ורכב דאסרה התורה בפירוש, ואין בכלל איסור חבילת כלי אוכל נפש עד שיהא כלים הקרובים לעשות בהן אוכל נפש דומיא דרחיים, לאפוקי רחת ומזרה, כדלקמן סעיף ח (סמ"ע).

(יב) אבל בתי רחיים של מים כו' - ר"ל, אין הבית דין שולחין שלוחם לסגור בתי הרחיים שטוחנין בו עד שיפדנו, שאין ממשכנין קרקע, אלא אם תבעו לבית דין לפרוע לו, אז פוסקין הבית דין שיפרע לו ממנו אם אין לו דבר אחר. ואם הוא בעצמו סוגר הרחיים

Commented [YL1]: מ

משיך הנתה"מ, רק משום חומר האיסור אינני כותב זה למעשה - איך זה מובן ואיך לכתוב אותו

חוקן משפט חלק ד'

למשכנו, אינו עובר בלאו דלא תבוא אל ביתו לעבוט, שאין זה בכלל עבוט, וגם אינו מחויב להחזירו בשעת מלאכה, וזה שמסיק וכתב דמ"מ אם נכנס "ונטל" כו' כבר נעשו כו', משמע דוקא נטל (סמ"ע).

(יג) ומ"מ אם המלוה כו' - אמנם י"א "אם עבר ונכנס". דאיסור יש בדבר לכתחילה לעשות כן אף בהני דהן מחוברים (סמ"ע).

(יד) ויש להם דין כלי אוכל נפש ומחזיר אותן בשעת מלאכה - בכל כלי אוכל נפש שחבלם דינא הכי, אף דעבר בלאו דלא יחבול רחיים ורכב כו', מ"מ מהני מעשיו דאין צריך להחזירם אלא בשעת מלאכה, ושצריך להחזירן הלוה לידו אחר שעשה בהן מלאכתו, וכן לעולם. ולא נעשו מטלטלים אצל בניו ואין שביעית משמטתו, עי' לקמן סעיף טז. וגם בחבל בגד אלמנה, אף דעבר איסור, מ"מ אי עביד א"צ חזרה אם לא בעת צרכה, ועיין מה שכתבתי לקמן (סעיף ח סקט"ו?) (סמ"ע).

(ו) אם ראו בית דין שתולש רחיים התחתונה וכיוצא בה, ממקום חיבורה, להבריה מבעל חוב, וכן אם הוא עוקר נטיעות וסותר בנין הבתים להבריה מבעל חוב, בית דין מגבין לו מהם לשעתו. @NO MB@

(ח) כלים שעושים בהם אוכל נפש שאמרו, היינו שעושים בו אוכל נפש ממש, כגון הרחיים והעריבות ויורות שמבשלים בהם, וסכין של שחיטה וכיוצא בהם, ואם חבל, מחזיר על כרחו. הגה: אכל שאר כלי אומנות, כגון זוג של ספרים ופרות החורשות, מותר למשכנס.

(טו) ואם חבל מחזיר על כרחו - עי' לקמן סעיף יד, ועי' לעיל סקי"ד? דמהני לקיחתו אף דעביד איסורא וא"צ להחזיר כי אם לצורך עשיית מלאכתו ולא קודם לכן, ולא להניח בידו אח"כ (סמ"ע), אם נכנס לביתו של עשיר למשכנו, שאין בו ניתוק לעשה (עי' לקמן סעיף טז) י"א (סעיף י"ד ט"ז ד"ה מחזירין?) כיון דהלאו כולל בין עני בין עשיר וגבי עני ניתק לעשה גם בעשיר ליכא מלקות ועיקר בעשיר דלא מצי קיים לעשה לילקי (קצה"ח).

(טז) ופרות החורשות - פירוש, אפילו צמד של פרות שהוא כלי מותר, ולאפוקי צמד של פרות המרכסות בתבואה שנתיבשה להסיר ממנה הקליפה דאסור וכמ"ש הרמ"א, לאפוקי מדעת שגם כלים שעושים בהם מלאכה להתפרנס בדמיהן ג"כ בכלל כלי אוכל נפש (סמ"ע).

(טז) היו לו חמשה רחיים, אינו רשאי למשכן אפילו אחת מהן. ואם אינו עושה מלאכה אלא באחת מהן, מותר למשכן השאר. @NO MB@

(י) חבל כלים הרבה של אוכל נפש, חייב על כל כלי וכלי. ואפילו שני כלים המחוברים יחד לעשות בהם מלאכה אחת, כמו המספרים שגוזזים בהם (ירק), (הרי) זה עובר בשני לאוין. @NO MB@

(יא) אוכל נפש, מותר למשכנו, ובלבד שישאיר לו הסדור שמסדרין לו.

(יז) אוכל נפש מותר למשכנו כו' - דדוקא אכלי אוכל נפש הקפידה התורה, שבו משתדל לנפשו אוכל נפש ואוכל מתוכו וממנו לעולם, משא"כ אוכל נפש כגון לחם ובשר ושכר שהוא בידו בעין, מאחר שסידרו והניחו לו לי' יום כמ"ש לקמן (סעיף כ"ג), לוקחים מידו המותר, דבתוך לי' יום הללו יעשה מלאכה וישתדלו לו מזונות אלאחר זמן (סמ"ע).

(יב) אם הוא בעצמו משכנו, חייב להחזיר לו, אלא אם כן הממשכן גזבר הקדש או גזבר עניים. הגה: והיינו דוקא כלי אוכל נפש, (דהוי) כמו השליח ז"ל. אכל אם משכנו המלוה שאר דברים, אף על גב דעובר בלאו, מכל מקום מה שעשה עשוי ואין צריך להחזיר לו עד שישלם לו.

(יח) חייב להחזיר לו - פירוש, בשעת עשיית מלאכה בכלי אוכל נפש, וכמ"ש הרמ"א, וכן המחבר לקמן (סעיף ט"ז) (סמ"ע).

(יט) גזבר הקדש - דהגזבר אפילו בשעת מלאכה א"צ להחזיר. והיינו, אם הקדיש מנה לבדק הבית או לעניים ומשכנו הגזבר, דגם העניים משלחן גבוה קזכו ולא שייך בהו מה שנאמר בהשבת העבוט (דברים כד יג) ולך תהיה צדקה, שלגבי גבוה לא שייך תהיה לו צדקה שכל הצדקה שלו הוא (סמ"ע).

(כ) מה שעשה עשוי - הן לענין עני והן לענין עשיר (קצה"ח).

חוקן משפט חלק ד'

(יג) אם מדעתו מסר למלוה או לשליח בית דין כלים שעושיין בהן אוכל נפש, מותר לקחתם.

(כא) אם מדעתו מסר למלוה כו' - עי' לעיל סק"י? (סמ"ע).

(יד) אלמנה, בין שהיא עניה בין שהיא עשירה, אין ממשכנין אותה שלא בשעת הלואה, ואפילו שליח בית דין. ואם עבר וחבל בגד אלמנה, מחזירין ממנו בעל כרחו, ואם תודה, תשלם, ואם תכפור, תשבוע. אבד המשכון או נשרף, קודם שיחזיר, לוקה. במה דברים אמורים שאסור למשכנו הוא בעצמו, ושאסור ליכנס לביתו למשכנו אפילו שליח ב"ד, ללוה, אבל לערב, מותר למשכן בזרוע שלא על פי בית דין, וליכנס לביתו ליטול המשכון, (וי"א מכל מקום לענין שלא למשכן כלי אוכל נפש אין חלוק בין ערב ללוה), אלא אם כן הוא ערב קבלן, שאז דינו כלוה. וכן מי שיש לו שכר אצל חבירו, בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו, מותר למשכנו שלא על פי ב"ד, וליכנס לביתו למשכנו, ואם זקף עליו השכר בהלואה, אסור.

(כב) אלמנה בין שהיא עניה כו' - אפילו מאי דמותר לחבול באחר דהיינו ע"י שליח בית דין, אסור גבי אלמנה ואפילו היא עשירה, כיון שהיא תשש כח כדרך הנשים. ונקט אלמנה שאין לה עוזר וסומך לא מאישה ולא מאביה שכבר יצתה מרשותו, וה"ה גרושה, ולאפוקי בתולה שהיא ברשות אביה (סמ"ע), וי"א הטעם שלא לצער האלמנה שלבה שבור ודואג והאי טעמא לא שייך בגרושה (ש"ך), כל מילי אין ממשכנים אלמנה, ובגד דקרא לאו דוקא, וי"א שלא אסרה תורה אלא בגד לבישתה ומצעותיה וכדומה, אבל שארי כלים כגון כוסות של כסף וכיוצא, ראוי למשכן הימנה, שאין זה בכלל בגד. מלבושים של האלמנה הנמצאים אצל המלוה, אם אין טענה על המלבושים עצמם רק שהם חבולים על תביעה אחרת, קרוב הדבר ליגע בלאו דלא תחבול, אף על גב שלא הוצאת אותם מביתה (פ"ת).

(כג) מחזירין ממנו בעל כרחו - עי' לעיל סקט"ו? דגם האי בעל כרחו אינו ר"ל מיד, אלא בעת צרכו (סמ"ע).

(כד) ואם תכפור תשבוע - דוקא היכא דמשכנה בעדים דלית ליה מיגו דלקוח הוא בידי, וגם ראוהו בידו אח"כ דלית ליה מיגו דהחזרתיו לך, דבכה"ג אף בשאר כל אדם אינו נאמן לטעון עליו כדי דמיו אפילו בעודו בידו, דאל"כ היה נאמן במיגו. ואף שמוטל עליו להחזירו, מ"מ אי בעי לא הוה מודה שחבלה, ולא היינו יכולים לכפותו להחזיר לה (סמ"ע), אף ע"פ שאין ממשכנין אותה אם היא מודה שחייבת תשלם כלומר ב"ד כופין אותה לפרוע ומגבין למלוה מנכסיה, והאיסור למשכנה היינו לקחת משכון, ולא בתור תשלום (ש"ך).

(כה) אבד המשכון או נשרף לוקה - וי"א כיון דנתחייב באונסים אין לוקה ומשלם (ש"ך).

(כו) לוקה - ומחשב המשכון ותובע השאר בדין, הרי דבמשכנו ע"פ ב"ד שלא בשעת הלואתו חייב אף באונסין, ועמ"ש לעיל סימן ע"ב (ש"ך), המשכנו שלא ברשות אינו לא גנב ולא גזלן, והא דחייב באונסין היינו משום דמסתמא לכך נטלו בכדי שיאבד מעותיו אם יאנס המשכון, וא"כ ממילא נשמע דהיתר מכדי חובו אינו חייב לשלם, וזה דלא כש"ך (סי' עב סק"ט?) דמשכנו שלא ברשות חייב באונסין ומשום דהוי גזלן (קצה"ח).

(כז) מותר למשכנו - וכן אם גזל וגזילתו בעין או אפילו הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזילתו במלוה מותר למשכנו בעצמו (ש"ך), עיין לעיל סימן ד' בהגה ובסמ"ע שם סק"ב?, וסק"ג?, ועיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' צ"ז (פ"ת).

(כח) ואם זקף עליו השכר במלוה כו' - דאז נעשה ממנו הלואה (סמ"ע).

(טו) יש מי שאומר שאין שליח בית דין אסור ליכנס לביתו למשכנו, אלא במשכנו להיות בטוח ממעותיו, ולא הגיע זמן הפרעון. אבל כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו, וזה אינו רוצה לפרוע, והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריהם, שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו, ויפרע לזה חובו, שפריעת בע"ח מצוה, ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה. אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע. ואפילו

Commented [YL2]: מ
כאן עד הסוף מדויק?

Commented [YL3]: ז
הו מסקנת הראב"ד
או רק שאלה

חוקן משפט חלק ד'

התנה על עצמו שיתפוש המלוה את גופו, וכתב לו זה בשטר, אינו מועיל, ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו. הגה: ודוקא שאין לו לשלם. אבל אם יש לו, ואינו רוצה לשלם, כ"ד חונקין אותו והיו מכין אותו עד שתלך נפשו וכופין אותו לשלם. וי"א דאפי' אם אין לו לשלם, אם נשבע להיות חזק עד ששלם, כריך לקיים שבועתו. ועיין לקמן סוף הסימן.

(כט) ולא הגיע הזמן - וה"ה אעפ"י שהגיע כבר זמן הפרעון כשאינו רוצה לגבות חובו ממנו עתה, משום דא"כ צריך לסדר לו ואין בידו דהלוה כדי הסידור וכדי חובו, ומשו"ה רצה למשכנו הכל ולהחזיר לו קצת לעת צרכו ויהיה הכל משועבד לחובו (עי' לקמן סעיף טז), או משאר טעם שיש לו (סמ"ע), ועיין בתשו' ר"א נ' חיים סימן נ"ח: (ש"ך)⁴.
(ל) אבל אין כופין אותו להשכיר כו' - מטעם דכתיב (ויקרא כה נה) כי לי בני ישראל עבדים, שטר של ה' ית' הוא קודם (סמ"ע), אף דאין בית דין כופין אותו להשכיר עצמו כדי לפרוע חובו, מ"מ לענין אם החיוב מוטל עליו בעצמו להשכיר עצמו לפרוע חובו, תליא בפלוגתא דרבוותא, ועי' רמ"א (סי' שלג ס"ג) הסובר שחייב (פ"ת).

(לא) ואינו יכול לא לאסרו כו'. - ראוי לתקן תקנות לפריעת בעל חוב מה שהוא שלא מן הדין, כמו לתפוס גופו בתפיסה וכיוצא בזה, ואף על פי שהוא חוב דעסקא וכיוצא בזה שיש למלוה בזה ריוח, אפ"ה שייך טעמא כדי שלא תנעול דלת, ובזמננו פשט המנהג שחובשין ללוה כשאין לו לשלם ואין מוחה, ואולי הכל בחזקת שמבריחים נכסים, וצ"ע (פ"ת).

(לב) ודוקא שאין לו לשלם כו' - ועיין בתשובת ר"א נ' חיים סי' נ"ח ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' ש"ך (ש"ך)⁵.

(טז) באחד הממשכן את חבירו בבית דין, ואחד שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה, אם איש עני הוא ומשכנו דבר שהוא צריך לו, הרי זה מצוה להחזיר לו העבוב בעת שהוא צריך לו. מחזיר לו את הכר בלילה כדי לישן עליו, ואת המחרישה ביום כדי לעשות מלאכתו. א"כ מה מועיל לו המשכון, כדי שלא ישמיט החוב בשביעית, ולא יעשה מטלטלים אצל בניו, אלא יפרע מהמשכון אחר שמת הלוה. בד"א, כשמשכנו שלא בשעת הלואתו. אבל אם משכנו בשעת הלואתו, אינו חייב להחזיר לו. הגה: מלות הסבת העבוב הוא מלות עשה שמתן שכרה כחוב נלדה, ולכן אין בית דין של מטה מחוייבין לכופ עליה, אבל אם רוצים לכופ, הרשות בידם. ועיין צ"ד רי"ט סימן ר"מ.

(לג) מדעת הלוה - עיין מ"ש בסימן ע"ב סק"ב (קצה"ח).

(לד) את הכר בלילה כו' - והיינו כסות יום שמחזירו לידו כל היום עד שקיעת החמה דאז חוזר ונוטלו מידו. ונקט כר' בלילה לרבותא, דאעפ"י דאינו צורך כל כך שאפשר לו לישן על מצע ומפץ, מ"מ במקום שרגילים בכר צריך להחזיר לו הכר (סמ"ע), בשעה שהוא ביד המלו' אינו רשאי המלוה להשתמש בו (ש"ך), עי' ש"ך (סי' עב סק"ט?), כיון דגם בעשיר אינו רשאי להשתמש ע"כ מוכח דלא קנה כלל להשתמש בו (קצה"ח).

(לה) המחרישה ביום - אעפ"י שאינו כלי אוכל נפש דאזהר עליה התורה כנ"ל (סעיף ח), מ"מ כיון שצריך לעשות בו מלאכה להחיות נפשו, והמחרישה הוא הכלי שעל ידו בא האוכל נפש, צריך להחזירו לו. ועי' לקמן (סעיף כ"ג) (סמ"ע).

(לו) ולא יעשה מטלטלין אצל בניו - דמטלטלי דיתמי אינן משועבדין להמלוה מן הדין. וזה שסיים וכתב, "אלא יפרע מהמשכון אחר שמת הלוה", ועי' לקמן (סי' קז ס"א, וסמ"ע שם סק"ו?) (סמ"ע).

(לז) אלא יפרע מהמשכון כו' - עי' לקמן (סעיף יט) (סמ"ע).

(לח) אינו חייב להחזיר - לכו"ע דבר הצריך ללוה תדיר כגון כר ומחרישה, צריך להמתין עד שפדאו, ולפי"ז מ"ש "אין צריך להחזיר", ר"ל, אבל מ"מ אינו יכול למכור (סמ"ע).

⁴ לא עשיתי

ונספרי. ועיין בתשובת ר"א נ' חיים סי' נ"ח ועיין בתשובת מהרשד"ם

⁵ [חור"מ] סי' ט"ך [קש"כ]: סעיף ט"ז ט) את הכר בלילה. נשעה שח"א לא עשיתי

⁶ לא עשיתי

⁷ פ' מזרון

חוסן משפט חלק ד'

(לט) שמתן שכרה בצדה - דכתיב (דברים כד יג) וברכך ולך תהיה צדקה לפני ה' אלקיך (סמ"ע), היכא דעבר ומשכנו שלא ברשות דאם לא קיים העשה שבה הרי הוא לוקה, בזה ודאי ראוי לכל ב"ד מישראל אם יש לאל ידם לכופף להחזיר ולקיים העשה שבה, דלא כסמ"ע סק"ט (קצה"ח).

(מ) אבל אם רוצים לכופף כו' - וי"א שאין יכולים לכופף בכלל, ועי' לקמן (סי' קז סק"ב?) וביו"ד (סי' רמ ס"א)⁸ (סמ"ע), עי' דברי (סי' קז סק"?) שאין מחלוקת ולכו"ע יכולים לכופף (ש"ך), עי' ש"ך, ועיין קצוה"ח סק"ל (לט), ועי' דברי הקצה"ח לקמן (סי' קז סק"א?). ועיין בתשובת חתם סופר חלק חו"מ סי' קע"ז שהאריך בענין זה⁹ (פ"ת).

(יז) ישליח בית דין שבא למשכן, לא ימשכן דברים שאי אפשר ליתן אותם משכון, כגון בגד שעליו וכלי שאוכל בו וכיוצא באלו, ומניח מטה לישב עליה ומטה ומצע הראויים לו לישן עליהם, ואם היה עני מטה ומפץ לישן עליו. וכל הנמצא בידו חוץ מאלו, יש לו למשכנו, ויחזיר לו כלי היום ביום וכלי הלילה בלילה, וכן מחזיר לו כלי אומנות ביום.

(מא) מיטה לישב עליה כו' - בזמניהן היו רגילין לישב ע"ג מיטות בפרט בשעת האכילה, ודרך הבריאות הוא שלא לישן אחר האכילה מיד באותו מקום אלא יהלך קודם השינה ד' אמות, וכדי שלא ישכח מלהלוך, היו דרכם להיות מיטה מיוחדת לישן עליה, והיתה מרוחקת ממיטה זו שישב עליה ואכל, לפחות ד' אמות, ומשו"ה כתב שמניחין לו שתי מיטות (סמ"ע).

(מב) ומיטה ומצע הראויים לו - פירוש, הראויים לאיש שאינו עני שאין מדרכו לישן בלא

מצע אף אם אינו ישן אכרים, אבל עני סגי ליה במפץ שהוא דבר קשה ממצע (סמ"ע). (יח) והיו לו שני בלים, נוטל אחד ומחזיר אחד. עד מתי הוא חייב להחזיר וליקח, עד לעולם. ואם היה המשכון מדברים שאינו צריך להם, ואין מניחים אותה ללוה, הרי זה מניחו אצלו עד שלשים יום, ומשלשים יום ואילך מוכרו בב"ד.

(מג) נוטל אחד ומחזיר אחד - כשיש ללוה כלי אחד של יום וכלי אחד של לילה וחובו נגד שניהן, ממשכן אותו בשניהן, וכשנוטל אחד, דהיינו כלי לילה ביום, מחזיר לו באותו פעם כלי היום, וההיפך לעת הערב. וכן לעולם, כל שאינו מחזירו כדי שלא למשכנו וכדלקמן (סעיף כ"ב) (סמ"ע).

(מד) מדברים שאין צריך להן ואין מניחין כו' - חדא באידך תליא, וכאילו אמר אם הוא מדברים שא"צ לו דאז אין מניחין ביד הלוה. מ"מ אינו מוכרו מיד אלא המלוה ממתין לו במכירתו ל' יום, וכנ"ל (סי' עג סי"ד) במשכון שממושכן בידו בשעת הלואתו (סמ"ע).

(מט) אם מת הלוה אחר שהשיב לו המשכון, שומטו מעל בניו ואינו מחזיר.

(מה) שומטו מעל בניו ואינו מחזיר - עי' לעיל (סעיף ט"ז) (סמ"ע).

(כ) אפילו הוא עשיר הרבה בקרקעות, ואין לו מטלטלים אלא אלו שמשכן, צריך להחזירם לו. אבל אם יש לו מטלטלים אחרים, שאין צריך לאלו, אין צריך להחזיר לו.

@NO MB@

(כא) כשמחזיר המשכון, צריך להחזיר לו בעדים ולהתרות בו: אל תחזיריה לי אלא בפני עדים. הגה: שאם לא כן היה נאמן לומר: החזרתי או: פרעתי, במיגו דהחזרתי, וכלכך שלא יהיה תוך זמנו, (כמו שנתבאר לעיל סימן ע"ח).

(מו) או פרעתי במיגו דהחזרתי - אבל בלא מיגו אינו נאמן לומר פרעתי, כיון דכבר לקח בידו המשכון להיות בטוח במעותיו ולהתפרע ממנו. ועוד, דאי לא הוה נאמן לומר

א. ז"ל ס"א: אין צ"ד כופין על מנות כבוד אב ואם, דהוי ליה מנות עשה שמתן שכרה בצדה
שאין צ"ד כופין עליה. ועיי, ש במ"ז: היינו עד שתצא נפשו, אבל קצת כפייה אם רצו שפיר
כופין.

ב. ועיי"ש ס"ה: זה שמאכילו ומשקהו משל אב ואם אם יש לו. ואם אין לאב ויש לבן
כופין אותו וזן אביו כפי מה שהוא יכול.

⁹ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

החזרתיהו לך לא היה נאמן לומר פרעתי, דכיון דהחזירו לו בעדים הו"ל כאילו עדיין המשכון ביד המלוה והיה נאמן לטעון עליו כדי דמיו (סמ"ע).
(מז) ובלבד שלא יהא תוך זמנו כו' - פירוש, שבתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במיגו כו' דהו"ל כמיגו במקום חזקה, דחזקה היא דאין אדם פורע בתוך זמנו. ואף על גב דנתבאר לעיל (סי' עח ס"א) דאם הלוח לך בלא עדים או שאין עדים על הזמן שקבע לו, נאמן לומר פרעתיך אפילו בתוך זמנו במיגו דלא היו דברים מעולם או במיגו דכלה הזמן, מ"מ כיון שהוא ספק בגמ' אם אמרינן מיגו במקום חזקה, ומשום דהמוציא מחבירו עליו הראיה אמרינן מיגו הנ"ל בתוך זמנו, ובהאי דהו"ל משכון אף דהחזירו כיון דהחזירו בפני עדים, לפחות לא מיקרי הלוח שהחזירו לו לפני עדים מוחזק, למימר דיהא נאמן לומר פרעתי מכח המוציא מחבירו עליו הראיה. ואעפ"י שכתבתי לעיל (סק"י?) דאינו ממשכנו שלא בשעת הלואתו אלא לאחר שעבר הזמן הפרעון, וכשנתן לו המשכון מדעתו בשעת הלואה א"צ להחזירו כלל, מ"מ לפעמים כשרואין שהוא מבזבז נכסיו ממשכנין אותו גם בתוך זמנו (סמ"ע), ועיקר דלא כרמ"א אלא היכי דאי לית ליה מיגו המע"ה וכדלעיל (סי' עא ס"?) (ש"ך).

(כב) אינו יכול למכרו לעולם, כיון שלקחו בתורת משכון, אם (לא) שיחזירונו לו על מנת שלא לחזור לקחתו בתורת משכון, ומחזיר לו הכר אפילו ביום, ומחרישה אפילו בלילה, ובא לבית דין ומגבין לו חובו.

(מח) ומחזיר לו הכר אפילו ביום - זהו פירוש למה שכתב לפני זה, וכאילו כתב שהחזיר על דעת שלא לחזור לקחתו בתורת משכון, דהיינו שמניח לו הכר בידו אפילו ביום כו', ובו מגלה דעתו שאינו חפץ ליטלו עוד מידו בתורת משכון להיות עליו דין השבת העבוט (סמ"ע).

(כג) (כשיגיע זמן הפקעון ונא לגנות חובו), 'מסדרין לבעל חוב. כיצד, אומרים ללוה: הבא כל המטלטלים שיש לך, ולא תניח אפילו מחט אחת, (ואפילו כלי אוכל נפש), ונותנין לו מהכל מזון שלשים יום (כזינוני שבעי, אף על פי שאכל תחלה כענין), וכסות י"ב חדש, ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה, אלא מעבירים אותה ממנו ונותנים לו כסות הראויה לו ליי"ב חדש, ומטה לישב עליה, ומטה ומצע (ושאר כרכי המטה) הראוים לו לישן עליהם, ואם היה עני, מטה ומפץ לישן עליו, ואין נותנין כלום כאלו לאשתו ובניו, אף על פי שהם קטנים שהוא חייב במזונותיהם, ונותנים לו סנדלו ותפיליו. היה אומן, נותנים לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, כגון שהיה חרש נותנין לו שני מעצדין (פירש"י דולדייר בלע"ז קטנה ומחלק בה את הנסרים), ושתי מגרות. היה לו מין אחד מרובה ומין אחד מועט, נותנין לו שנים מן המרובה, וכל שיש לו מהמועט, ואין לוקחים לו כלים מדמי המרובה. היה אכר או חמר, אין נותנין לו לא צמדו ולא חמורו. וכן אם היה ספן, אין נותנין לו ספינתו. אף על פי שאין לו מזונות (אלא) מאלו, אין אלו כלים, אלא נכסים, וימכרו עם שאר המטלטלים בב"ד, וינתנו לבעל חובו. ואפילו אם הוא תלמיד חכם ותורתו אומנותו, אין מניחים לו ספריו, ואפילו ספר תורה, לפי שהם כשאר נכסים שבעל חוב גובה מהם. והוא הדין למקומות בית הכנסת שהם בכלל נכסים, ובעל חוב גובה מהם חובו.

(מט) ונותנין לו מהכל מזון כו' - פירוש, כשיש לו מזונות בביתו נותנין לו ממנו על לי' יום והמותר למלוה, ואם אין לו מזונות בביתו מוכרים קצת מטלטלים כדי שיתנו לו דמי מזונות על לי' יום, וכמ"ש לקמן (סעיף כז) (סמ"ע), עיין בספר החינוך להרא"ה מצוה ש"ן (ש"ך)¹⁰.

(נ) אעפ"י שאכל תחילה כעני - שמתחילה צמצם נפשו כדי לפרנס מהמותר לבני ביתו, משא"כ עתה שאין נותנין להן כלום, א"צ להרעוב נפשו בשביל המלוה. וה"ה איפכא, אם היה אוכל תחילה כעושר ממעטין עכשיו ממה שרגיל בו וכדמסיק בכסות. ועי' לקמן (סי' צט ס"א) שנותנין מזון "כדרכו" כו', לא משמע קצת הכי. וצריכין לדחוק ולפרש

¹⁰ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

- "כדרכו" כפי הראוי להיות דרכו, דהיינו כמו בינוני שהוא דרך המיצוע וראוי לבני אדם לנהוג בו ע"פ דרכם והנהגתם (סמ"ע).
- (גא) אלא מעבירין אותה ממנו - פירוש, לא מיבעיא שאין נותנין לו מעות להלביש נפשו בבגדים הללו, אלא אפילו היו עליו בגדים הללו לוקחין אותן מידו (סמ"ע).
- (גב) ושאר צרכי המטה - פירוש, כרים וכסתות וסדינין, ובשעה שהיה ממשכן אותו לא הניח בידו אלא מפץ ומצע, וכרים היה נוטלם מידו ביום ומחזירם לו בלילה וכו"ל (סעיף י"ז), אבל עתה שבא לסדר לו ולמכור המותר, מסדרים לו גם כרים וסדינים ומניחין אותן בידו (סמ"ע).
- (גג) סנדלו ותפיליו - טלית אין נותנין לו, דשאני תפילין שהוא חובת גברא משא"כ טלית, ובפרט אם יש לו טלית קטן (פ"ת).
- (גד) ואין לוקחין לו כלים מדמי המרובה - פירוש, למין המועט שבידו, אין מוכרין מהמרובה למלאות המועט. דהוה אמינא דיכול לומר, עד השתא דהיה בידי ממין אחד הרבה כלים והייתי משאיל לשכיני מאותו מין והן השאילו לי מהמין השני שאין בידו ממנו כדי צרכי, משא"כ עתה שלוקחין מידי ממין המרובה היתר מכדי צרכי (סמ"ע).
- (גה) לא צמדו ולא חמורו - צמדו, פירוש הבקרים שהוא חורש בהן, דומיא דחמורו (סמ"ע).
- (גו) אין מניחין לו ספריו - והא דמניחין לו תפילין, לפי שהוא דרך מלבוש ומצוה שבגופו (סמ"ע).
- (גז) ומ"ש ואפילו ספר תורה - אע"פ שי"א בזמן הזה המצוה טפי בקניית ספרים מבס"ת, מטעם שבזמנינו מעמידין הס"ת בהיכל ואין למידין מתוכו, מ"מ שיטת המחבר שגם קניית שאר ספרים מצווין אנו בה, ושעל כל פנים בקניית ס"ת מצוה עשה במקומה עומדת (סמ"ע), עיין בתשובת מהרי"ט ח"ב חלק יו"ד סי' ה' (רע"א)¹¹. ועיין בתשובת חתם סופר חלק חו"מ סי' קמ"ג מ"ש בזה¹² (פ"ת).
- (גח) שהם בכלל כו' - וה"ה שמוציאין אותו מביתו (ש"ך), ה"ה מי שנתחייב לחתנו נדוניא, הדין כן שמוכרין ביתו וכלי תשמישו, והעיד שנוהגין כן בכל בית דין שבישראל (פ"ת).
- (כד) אין צריך לומר שלא תטול אשתו ממוזנותיה להבא, אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה, כגון שהלך למדינת הים ותפסה מנכסיו שתזון מהם, מוציאין מידה ונותנים למלוה, שאין לאשה מזונות, לא מקרקעי ולא ממטלטלי, עד שיפרע המלוה, אפילו היתה קודמת ואפילו הלך בעלה למדינת הים ולותה בשטר ואכלה, אעפ"י שקדמה הלואה מזונותיה בשטר להלואתו של בעל השטר, אין הלואה המזונות נגבית עד שיפרע בעל השטר תחלה. ואם המלוה שעל הבעל היתה על פה, והיא לותה לצורך מזונותיה על פה או בשטר, איזה מהם שיבא לגבות תחלה קודם, ואם באו שניהם כאחד, חולקים. הגה: מיהו אם מעות נדוניא עדיין צידה או צרכות אציה, יכולה לתפוס למזונותיה. היה חייב לעובדי כוכבים, ותצוהו צדיני עובדי כוכבים, וצאתה האשה עם כתובתה וסלקה העובדי כוכבים צעלי חובות, כי כן הוא צדיניהם להגבות לאשה נדוניתה תחלה, וצא אחר כך מלוה ישראל לתבוע חובו ולהוליך מיד האשה מה שגבתה צדיני עובדי כוכבים, הדין עם המלוה, דהרי הכתובה והנדוניא לא נתנה לגבות מחיים, (כמו שנתבאר באן העזר סי' נ"ג).
- (נט) עד שתזון מהן - הלשון משמע שבא לומר לא מיבעיא להבא אלא אפילו לעבר. ועפ"י צ"ל דמ"ש "שתזון מהן", הכי קאמר, בשעה שתפסה תפסה כדי שתזון ממנו להבא, והשתא כשבא הבעל חוב לגבות כבר ניזונת ממנו, ועכ"ז הבעל חוב גובה (סמ"ע).
- (ס) עד שיפרע המלוה כו' - מפני שהתורה לא חייבתו ליתן לה מזונות אלא כשיש לו, ואז תאכל היא עמו ותהא כגופו, משא"כ זה שאין לו, ואף המזונות ל' יום שנותנין לו ללוה הוא משל המלוה, ומשל המלוה ציותה התורה לפרנסו ל' יום לו ולא לה, אלא שמדרכבן חייב להשתדל לה מזונות אף שאין לו, וכמ"ש בכתובה אנא אפלה ואיזון וכו',

Commented [YL4]: ל
א הבנתי

¹¹ לא עשיתי

¹² לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

מ"מ לא עדיף שטרה כשטר שביד המלוה, ואף שלותה גם היא בשטר על מזונותיה ואותו שטר הוא מוקדם לשטר שלוה בו בעלה, מ"מ המלוה שהלוה לה אין לו שום שעבוד על הבעל כי אם עליה. ואף שהיא באתה עתה לגבות מהבעל והבעל חייב ליתן לה מזונות מדרבנן ולא מדאורייתא כיון שלא אכלה עמו ממה שיש בידו, מ"מ כיון דבשעה שבאתה לגבות כבר לוה בעל מבעל חובו ונתחייב לו בשטר, משו"ה הוא מוקדם. והיינו דוקא מה שלוה הבעל בשטר, דסמכה דעת המלוה על שעבודו אפילו על מטלטלים כשכתב לו דאקני או דאקני אחריותו טעות סופר היא כמ"ש לקמן (סי' קיב ס"א ברמ"א), אבל כשלוה בעל פה, דאז אין סמיכת מלוה דהבעל אפילו על קרקעות דהא אם מכרם אינו יכול לטרוף מהלקוחות, משו"ה אין לו קדימה בהן מהאשה במזונותיה, והרי בעל חוב והיא באין כאחד לתובעו לשלם להן, משו"ה שניהן שוין (סמ"ע), עי' סמ"ע ועי' גידולי תרומה¹³ (ש"ך), צ"ע להפוסקים שפסקו שעבודא דרבנן וכמ"ש לעיל (סי' לט סק"ב¹⁴) (ש"ך), הטעם משום דמזונות דרבנן ושעבודו דמלוה מן התורה ואפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא היינו לגבי לקוחות ויתומים, אבל מינייה דאורייתא ומחויב לשלם מן התורה, וכתובה דרבנן אפילו מינייה (קצה"ח), היינו ממקרקעי, אבל במטלטלים חולקים (רע"א).

(סא) ואם באו שניהם כאחד חולקין - עי' לקמן (סי' ק"ד סי"ג) דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר וצ"ע, ועי' בס' גי"ת דף ב' ריש ע"ג ועי' בתשוב' מהרא"ן ששון סי' מ"ח¹⁵ (ש"ך).

(סב) מיהו אם מעות נדונייתה עדיין בידה יכולה לתופסן למזונותיה - אפילו למזונותיה דלהבא יכולה לתפוס נדונייתה, ואין להן קצבה ואפילו תפסה ככר זהב (עי' אה"ע סי' צג סכ"ג) (סמ"ע).

(כח) אין בעל חוב גובה מכסות אשתו ובניו של לוה, ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן, אף על פי שעדיין לא לבשו אותם, ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן, ולא מספרים שקנה לבניו ללמוד בהם, אלא הרי אלו שלהם.

(סג) מכסות אשתו ובניו של לוה - פירוש, ממה שעשה או צבע או קנה להן משלו. והטעם, דכל מה שהקנה להן הרי הוא כאילו מכרן לאחרים, ומטלטלים שמכר אין בעל חוב גובה מהן¹⁶. אפילו הקנה לו מטלטלי אגב קרקע ועשה או קנה להן אחר ההלוואה, אינו גובה מהן, דהו"ל כלוה וקנה ומכר דאין בעל חוב גובה מהן. ותיקנו מי שכתב לבעל חוב דאקני דלא יגבה מטלטלים שמכר משום תקנת השוק (עי' לעיל סי' ס"א, ולקמן סי' קיג ס"ג). ואף שבלוה ולוה לא תיקנו תקנת השוק, ואף שקדם המאוחר וגבה אפילו מטלטלי, המוקדם חוזר וגובה מידו כשכתב לו דאקני כמ"ש שם ושם, מ"מ אשה שם לוקח עליה, ובלקוחות לא חילקו ובכולם תיקנו משום תקנת השוק, רק שבזמנינו תיקנו לגבות מזה משום הרמאים (סמ"ע), טעמא לא משום שליחות, שכן המוכר לא יודע להקנות אותם לאשתו, אלא רק בגלל "נעשה כמי שהקנה", אמנם בע"ח שכתב לו "אקני" גובה, שכן מעיקר הדין הבעל זכה וזיכה לאשתו, ומאחר ויש בע"ח הוא קודם לאשתו, ואם מוכר כסותו הלוקח זכה בכסות אשתו ובניו שעשה עבורם ולא קבלו עדיין, ולא עשו קנין, כיון דמכר בפירוש כסות אשתו ובניו, וכל ההלכה של "נעשה מי שאינו זוכה כזוכה" לא אמרינן אלא במקדיש (קצה"ח), הא דאינו גובה מכסות אשתו היינו דוקא כשהלוה בחיים, אבל אם מת, גובה מכסות האלמנה, אף שמגיע לה כתובה, הבעל חוב קודם (פ"ת).

[שער א' ח"א ס"ד. קש"כ]:

¹³ לא עשיתי.

¹⁴ מאושר

ועיין בספר גדולי תרומה [שער א' ח"א

ס"ד] דף ב' ריש ע"ג ועיין במשנות

מהרא"ן ששון סי' מ"ח [קש"כ]. עיין

¹⁵ לא עשיתי

¹⁶ וה"ה שאינו יכול למכרם, ועי' צמח צדק המובא בקצה"ח שמוסיף אפילו אם קנה משי כדי לעשות מהם בגדים לאשתו.

חוסן משפט חלק ד'

(סד) שצבען לשמן - פירוש, אפילו לא קנה עבורם אלא ארג אותם או קנא אותם לעצמו ואח"כ נמלך ליחדם לאשתו או לבניו וצבען עבורם, זכו בהן בהשינוי ואין גובין מהן. ואפילו מספרים שקנה להם אינו גובה, שכבר קנו אותן והרי הן כאילו מכרם לאחרים וכנ"ל (סק"סג), ולא דמי לספרים שהם בידו דנחשבינ כנכסיו וגובין מהן (סמ"ע), י"א דאם הבגדים היו שלו והלך וצבען לשמן לא זוכים בשינוי, שהרי שינוי אינו קונה אלא בגנב וגזלן. וה"ה אם היה הבגד של בעל וחתכו ותפרו לשום האשה או לשום בניו לא זכו בשינוי (קצה"ח).

(כו) במה דברים אמורים, בכלי חול. אבל בגדי שבת ומועד, גובה אותם בעל חוב. (ויט חולקים). ואין צריך לומר אם היו בהם טבעות וכלי זהב וכסף, שהכל לבעל חוב, והוא שקנה לה הבעל, אבל מה שהכניסה לו, בין נכסי מלוג בין נכסי צאן ברזל, אין בעל חוב גובה ממנו, אם ידוע שהוא ממה שהכניסה היא או ממה שפסק הבעל לה בשעת נישואין. ואם אינו ידוע, היא נאמנת בבגדים ותכשיטים שדרך האשה להכניס לבעלה. אם הכניסה לו מעות בנדוניא, בעל חוב גובה מהם. הגה: וי"א למכל מקום אם עדיין הנדוניא נקטתה או נקטת אביה, אין בעל חוב גובה מהן, ואפילו נקטתה בעלה ופלאוהו, אין חוזרין וגובין מאלו הנכסים.

(סה) אבל בגדי שבת כו' - דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להן מסתמא אלא על דעת שאם יצטרך להן יקחם מידן וימכרן, ומשו"ה בעל חוב גובה מהן (סמ"ע).

(סו) ומ"ש ויש חולקין - נראה דר"ל שחולקין אמ"ש שגובין מבגדים של שבת ויו"ט, אבל במאי דמסיק שגובין מטבעות וכלי זהב לא פליגי, ומטעם הנ"ל (סק"סה) (סמ"ע).

(סז) אם היו בהם טבעות כו' - ואם הקנה לה בפירוש התכשיטין שלה, אין הבעל חוב גובה ממנו (סמ"ע), עיין בתשו' מהר"א י' ששון סי' קי"א וע' בתשובת רמ"א סוף סי' צ"ד וע' בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' ר"י (ש"ך).

(סח) ממה שהכניסה היא כו' - שמעון שהיה חייב לראובן ונשא אשה ונתן לו גיסו שטר על ביתו, וכשרצה שמעון למות ציוה להחזיר השטר אל אשתו, אין ראובן גובה מאותה משכונא אעפ"י שהוא מוקדם, דאם תחשוב אותו בית לנדוניא, הרי אין הבעל חוב גובה הימנו, ואם תחשוב למשכונא, הרי ציוה להחזיר שטר משכונא (סמ"ע).

(סט) היא נאמנת - בשבועה (ש"ך).

(ע) מעות בנדוניא כו' - הטעם, דמעות להוצאה ניתנו ובאין מיד לרשותו (סמ"ע).

(כוז) אין חילוק, בענין סידור, בין מקרקעי למטלטלי, שאם אין לו אלא קרקעות, מניחים לו לצורך כל הדברים האמורים. @NO MB@

(כח) התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה, תנאו קיים. אבל במה ששעבד לו כל נכסיו, אין בזה תנאי לבטל הסידור, שלא היה בדעתו אלא על הנכסים הראויים לו על פי התורה, עד שיוכר בהדיא תנאי הסדור. ואפילו כתב: מגלימא דאכתפאי, לא אמר אלא על איצטלא (פי' תרגום אדרת שנער (יהושע ז כא) אצטלא בבלאה) בת מאה זוז, שאינה כסות הראוייה לו, שמוכרו ויתנו לו כסות הראויה לו. ואם אמר: על מנת שלא יהא בחוב זה דין סידור, אינו מועיל, דהוי ליה מתנה על מה שכתוב בתורה, כמו על מנת שלא תהא שביעית משמטתו.

(עא) שלא יסדרו לו בחוב כו' - דתנאי זה הוא כאומר "על מנת שלא תשמטני בשביעית" דהתנאי קאי אהלוא, ומהני כנ"ל (סי' סז ס"ט), והכא נמי התנאי קאי אהלואה שלא יבקש דין סידור (סמ"ע).

(עב) תנאו קיים - אם חייב עוד חוב אחר בלא תנאי, וכן בכל הני שמבואר בסעיף שאחרי זה שאין מסדרין לו וחייב עוד לאחר מחמת הלואה, בכה"ג נוטל בעל החוב שבתנאי או מחמת שכירות רק חצי הסידור, והלואה יש לו חצי הסידור מחמת בעל החוב האחר כו' (פ"ת).

(עג) איצטלא בת מאה זוז כו' - לאו דוקא קאמר, אלא כל שהוא בגד חשוב יותר ממה שלובשין הבינונים נפרעין ממנו, כנ"ל (סעיף כג) (סמ"ע).

Commented [YL5]:
ה לא פשוט?

חוקן משפט חלק ד'

(כט) יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלואה, כגון שכירותו ושכירות בהמתו וכיוצא בהן, אם לא זקפן עליו במלוה. וכן כשבא ליפרע מהערב שאינו קבלן. ויש אומרים שגם באלו מסדרין.

(עד) שאינו דרך הלואה כו' - עיין מ"ש לעיל (סעיף יד ?) (סמ"ע).
(ל) הא דמסדרין, דוקא בשלא נשבע לפרוע. אבל אם נשבע לפרוע, אין מסדרין לו, והוא בעצמו חייב למכור כל מה שיש לו, ואפי' חלוק ומכנסים ואבנט, לפרוע לבעל חובו, ויתפלש באפר ולא יעבור על שבועתו. (וע"ל סימן זה סעיף ט"ו. וע"ל סי' ע"ג דין מי שנסבע לשלם לחצירו).

(עה) נשבע לפרוע - הא דמצינו לעיל (סי' עג ס"ז) גבי שמיטה דפטור מחיוב השבועה דכיון שפטור מדין הפרעון פטור נמי מחיוב שבועתו. משום דהתם לא נשבע אלא לפרוע חוב ולא ליתן מתנה ואחר שהגיע שמיטה הרי נמחל חובו ומתנה א"צ ליתן לו, אבל בזה שאין לו, חובו לא נמחל ואם יתעשר יצטרך לפרוע, וכיון דאכתי חובו עליו צריך לקיים שבועתו שנשבע לפרוע חובו, ועיין מ"ש לעיל (סי' עג סק"ה ?) (קצה"ח), וי"א דהכא מיירי אפילו אם ליכא כדי לפרוע כל החוב אף אם לא יסדרו לו, מ"מ חיוב השבועה חלה על כל פרוטה ופרוטה, ועיין מה שכתבתי בפתחי תשובה ליו"ד סימן רל"ח סק"ג¹⁷ (פ"ת).

(עו) ויתפלש באפר - דוקא שלא נשתנה מבראשונה ע"י אונס דשכיח ולא שכיח מחיוב להתפלש באפר כיון דלא אתני, אבל אם נשבע כשהיה עשיר והעני מחמת אונס, ודאי דפטור משבועתו, דאונסא דלא אסיק אדעתיה הוא, וכן הוא בהדיא ביו"ד (סי' רלב סט"ז) (פ"ת).

סימן צח - סדר גביית החוב, והמבקש זמן לפסול שטר, ואם לא בא בזמנו, ובו י"א סעיפים.

(א) סדר גביית החוב כך הוא: כשהמלוה מוציא שטר חוב מקויים, אומרים ללוה: שלם. ואפילו שעה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים: מחל לו כיון ששעה כל כך שנים ולא תבעו, ואפילו שמענו שנתיאש. (פי' כמו ונואש ממני שאול (שמואל א' כו א) וזה כי מי שלבו הומה על דבר מה, ואחר כך נח ואינו הושב עוד בדבר ההוא, יאמר עליו לשון יאוש) מהחוב לגמרי, ואמר: וי לחסרון כים, אינו יאוש. (ואפילו ראה המלוה שכתב כל נכסיו לזניו, ולא כתב למלוה רק קרקע כל שהוא, ושתק, אפילו הכי לא אמרינן למחל). ואפילו אין שטר חובו יוצא מתחת ידו, אם החייב מודה.

(א) אין אומרים מחל לו - המלוה נוטל בלא שבועה, ואף חרם סתם אינו צריך, משום דאף אם מחל לו בלב יכול לחזור בו כיון דליכא אומדנא דמוכח שמחל לו, ועיין מ"ש לעיל (סי' יב ס"ח סק"ד ?) (פ"ת).

(ב) שנתיאש מחובו - עיין מ"ש לקמן (סי' קסג סק"א ?) מדין יאוש בחוב (קצה"ח).
(ג) אינו יאוש - עיין לקמן (סי' רסב ס"ה ברמ"א), ועיין בט"ז וקצה"ח (סי' קסג ס" ?) (רע"א).

(ד) ולא כתב למלוה אלא קרקע כל שהוא כו' - דאע"ג דמהני כה"ג בכתובת אשה כמ"ש באה"ע (סי' קו ס"א), דוקא בכתובה הקילו לומר כן כיון דחלק לה כבוד לחלק לה עם הבנים ואף על גב דלא ניתן לה חלק גדול כ"כ כמו לבנים אמרינן דמחלה אכתובתה כיון דשתקה, אבל בשאר בע"ח לא הקילו מן הסתם לומר כן (סמ"ע).

(ה) אם החייב מודה - ר"ל שמודה שעדיין לא פרע לו אלא שטוען דמחל לו. ועיין לעיל (סי' מא ס"ד) דאם השטר יוצא מתחת יד אחר וטוען פרעתיהו וממני נפל דנאמן כו', ומשום הכי נמי כתב כאן והחייב מודה לאפוקי אם אינו מודה (סמ"ע).

(ב) צריך לעשות הדיין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם, למה לא תבעו עד עתה, אם יראה לו צד רמאות, כדי להוציא הדין לאמיתו.

¹⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

- (ו) דרישה וחקירה בשטרות ישנים - עי' לעיל (סי' סא ס"ט) (סמ"ע).
- (ז) אין יורדים לנכסיו, עד שיודיעוהו תחילה אם הוא כאן או במקום קרוב. ואם טעה הדיין והוריד לנכסיו קודם שיודיעוהו, מסלקים אותו.
- (ז) עד שיודיעוהו תחילה - הטעם, משום דנכסיו דאינש המה ערבים שלו ואין נפרעין מהערב עד שיתבע להלוה תחילה כנ"ל (סי' קכט ס"ח) (סמ"ע).
- (ח) או במקום קרוב - עי' לקמן (סי' קו ס"א) דהיינו כשיעור שיוכל השליח לילך אליו ולחזור בשלשים יום. ומ"ש לקמן (סעיף ה) דאין נותנין לו זמן אלא יום או יומים, שאני התם דמיירי שכבר הודיעוהו וגם נתנו לו כבר זמן וכמ"ש שם (סקי"ב?) (סמ"ע).
- (ד) טען הלוה ואמר: שטר זה שנתקיים בפניכם מזויף הוא אני אביא ראייה ואבטלנו ועדים במקום פלוני והם פלוני ופלוני, אם נראה לדוינים שיש ממש בדבריו, קובעים לו זמן להביא עדיו. ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים ובטענות של דופי, אומרים לו: שלם, ואחר כך, אם יש לו ראייה, יחזיר. ואם היה המלוה אלם (פי' תקיף, תרגום חזק ואמצו (דברים לא ו) תקיפו ואלימו), ושמא אינו יכול להוציא מידו, מניחין על ידי שלישי. (ומן הסתם, נותנין לו זמן שלשים יום).
- (ט) ועדים במקום פלוני - פירוש, כך טוען שיש לו עדים כו' (סמ"ע).
- (י) קובעים לו זמן להביא עדיו - לא כתב המחבר כמה זמן נותנים, משום שהוא לפי ראות ה"ב"ד כמה צריך לו, כשאין ה"ב"ד יכולין לשער הזמן אז הוא ל' יום כמ"ש ברמ"א (סמ"ע).
- (יא) ואח"כ אם יש לו ראייה יחזיר - קשה כיון דמיירי הכא שנתקיים השטר בב"ד, אם כן אף אם אחר שיגבה בב"ד יביא עדים לא יכול הלוה להוציא ממנו דהו"ל תרי ותרי, כנ"ל (סי' מו סל"ז ברמ"א), וע"כ צ"ל דמיירי הכא שנתקיים השטר על פי עדים אחרים שמכירים כתב יד העדים, והלוה טוען שיביא עדי השטר שיעידו שמעולם לא חתמו על שטר זה ומזויף הוא, דבכה"ג האחרונים מהימני, או שהלוה יביא עדים שהמלוה היה מהדר אזינף, ואז לא מהני קיום השטר כנ"ל (סי' סג ס"א), ואף תפיסת המלוה לא מהני כמ"ש הסמ"ע שם (סק"ד?), אבל אם נתקיים ע"י עדים שאמרו כתב דינו הוא והלוה טוען שיביא עדים שאין זה כתב ידם ומזויף הוא, אף שנראה שאינו אלא עלילות דברים, מניחין המעות ביד שלישי כמו באלם (פ"ת).
- (יב) מניחין על ידי שלישי - פירוש, כשאין ממש בדברי הלוה אלא שבא בעלילות דבאדם אחר צריך לשלם מיד, אבל באלם מניחין ביד שלישי ונותנין לו זמן ל' יום עד שיביא ראייה כדסיים ברמ"א, משא"כ אם יש ממש בדברי הלוה והמלוה אלם, אזי נותנין לו מתחילה זמן צ' יום ואין מוציאים ממנו כלום עד שיגיע הזמן, (סמ"ע). משמע מדברי הסמ"ע דהני צ' יום נותני' לו מיד כשטוען מזויף, ולא נהירא, אלא הני צ' יום דקאמר היינו לאחר שנתנו לו ל' יום קודם כתיבת האדרכתא (ש"ך).
- (ה) קבעו לו זמן להביא ראייה לבטל השטר, והגיע הזמן ולא בא, ממתנין לו שני וחמישי ושני. לא בא, כותבין עליו פתיחה, והיו משמתין אותו והוא בנידויו צ' יום. שלמו תשעים יום ולא בא, בית דין כותבים לו אדרכתא (פי' שטר שב"ד כותבים למלוה ומדריכין אותו שיפרע מחובו על נכסי הלוה) על נכסיו, ומתירין לו נידויו. ואין כותבין אדרכתא עד ששולחים ומודיעים לו, והוא שיהא קרוב לבית דין יום אחד, ויש מי שאומר שני ימים, ואם היה רחוק יתר על זה, אין צריכין להודיעו.
- (יג) ממתנין לו שני וחמישי ושני - ומתירין לו בכל פעם בב' ובה' ובב' (סמ"ע).
- (יד) כותבין עליו פתיחה - פירוש, כתב נידוי נקרא פתיחה. ויש מפרשים דנקרא כן על שם שהוא כתב הראשון, שאחר כתב זה אם לא יפרע כותבין אדרכתא ושומא ואחלטתא כדלקמן סעיף ט' (סמ"ע).
- (טו) והוא בנידויו תשעים יום - עי' לקמן (סי' ק ס"א) דהמבקש זמן כדי לטרוח ולפרוע אין נותנין לו זמן יותר מל' יום ואם לא בא כותבין אדרכתא על נכסיו מיד, ושאינו הכא טוען ואומר שאינו חייב ושיש לו עדים ששטר זה מזויף הוא, ואף שאין אנו מאמינים לו ומנדינן ליה, מ"מ מועיל טענתיה להאי דאין יורדין לנכסיו עד בתר צ' יום (סמ"ע).

חוקן משפט חלק ד'

- (טז) יום אחד כו' - היינו טעמא, כיון דהיה תחילה לפני הב"ד וגם נתנו לו זמן ל' יום להביא ראיותיו, משום הכי אין נותנים לו לבסוף אלא יום אחד (סמ"ע).
- (ו) במה דברים אמורים, כשהיה כל תשעים יום נשמת ואומר: עתה אביא ראיה ואבטל השטר. אבל אם אמר: איני בא לבית דין, מיד כותבין אדרכתא, בין על הקרקעות בין על המטלטלין. וכן אם השטר על פקדון, אין ממתניין לו תשעים יום, אלא כותבים אדרכתא על נכסיו, מיד.
- (יז) בד"א כשהיה כו' - אדלעיל קאי אמה שכתב ממתניין לו צ' יום (סמ"ע).
- (יח) מיד כותבין אדרכתא - האי מיד מיד ממש הוא, ואפילו ל' יום הראשונים דלפני צ' יום אין נותנין לו מאחר שמסרב מלבוא לב"ד, וכמ"ש לקמן (סי' ק ס"ג), אמנסוכן אם השטר על פקדון כו' עד "כותבין על נכסיו מיד",
- (יט) השטר על פקדון - והטעם כיון דפקדון הדרא בעיניה אין צריך זמן דיחזור הפקדון כמות שהוא. וכתב (הר"ן) [הנ"ן] בפרק הגוזל ומאכיל (ב"ק לט, ב בדפי הרי"ף),
- (כ) וכן אם השטר על פקדון כו' - דבפקדון לא שייך להני טעמי הנ"ל שממתניין עבורן צ' יום, שהרי ניתן בידו להדרא בעינו (סמ"ע), הני מילי דכפר ביה אבל אם מודה ביה [אלא] שפשע והרי הוא חייב עליו, דינו כדין מלוה בעלמא, כיון דליתיה בעיניה וצריך מעות לשלם בודאי בעי זמן שנותנין להלוואה (קצה"ח).
- (כא) מיד - האי "מיד" לאו דוקא הוא, אלא ממתניין לו ג"כ ל' יום הראשונים מאחר דאמר יש לי ראיה לבטל השטר של פקדון זה, ומ"ש לשון "וכן", היינו שגם בפקדון אין ממתניין לו צ' יום עי' לעיל (סק"כ) (סמ"ע).
- (ז) זה שאמרנו שאם לא בא בסוף התשעים כותבין אדרכתא, על הקרקעות. אבל על המטלטלים, אפילו אחר תשעים יום, כל זמן שהוא אומר: עתה אביא ראיה ואבטל השטר, אין מורידין המלוה למטלטלים, שמא יאכל אותם ויביא זה ראיה ויבטל השטר, ואם לא ימצא (המטלטלין) מה יטול. ואפילו היה למלוה קרקע, שמא תכסיף (פי' רש"י תבור ותפחת מדמיה) או תשתדף. ואף על גב דלא כתבינן אדרכתא אמטלטלי, יהבינן להו ביד שלישי, ויהבינן זמן הראוי לב"ד, אי מרע לשטרא בנו ההוא זמנא, איתרע, ואי לא, יהבינן להו ביד המלוה.
- (כב) שמא תכסיף או תשתדף - נקט הני שני חששות שהן בידי שמים שיש לחוש להם וא"כ ממאי יגבה דמי המטלטלין, אבל אקרקע כותבין לו אדרכתא וליכא למימנעי מהני חששות, דהא גם בנשאת בידו היתה נלקה במכה זו שבא משמיא, וליכא למיחש שימנע ויפשע בעבודת הקרקע ויקולקל ע"י זה, דלא יעשה זה בשביל אכילת פירותיו שסבור שתשאר בידו (סמ"ע).
- (ח) אם המלוה אלם ולא יוכל הלוה להוציא הקרקעות מידו אחר שנפסל שטרו, מאחרין האדרכתא עד שיודיעו ללוה, אפילו אם הוא במקום רחוק שצריך לשהות י"ב חדש לילך ולבא שיירא משם.
- (כג) שצריך לשהות שנים עשר חדש - י"א דאי בעינן טפי מי"ב חודש נותנין לו זמן יותר ארוך, ולא תלוי הדבר בדשכיחי שיירות (סמ"ע).
- (ט) כיצד כותבים האדרכתא, אם לנכסים בני חורין הורידוהו, כותבים: איש פלוני נתחייב לפלוני בדין כך וכך, ולא נתן לו מעצמו וכתבנו לו אדרכתא זו על שדה פלונית שלו, ואחר כך שמין לו שלשה באותו שדה כנגד חובו, ומכריזין עליה כפי מה שיראה עד שיפסקו המוספים, ומורידין אותו בחובו לחלק ששמו אותו, וקורעין שטר החוב, אם היה שם שטר. ואם לא היו לו נכסים בני חורין, כותבין האדרכתא כך: איש פלוני, נתחייב לפלוני כך בשטר חוב שבידו ולא נתן לו חובו ולא מצינו לו נכסים בני חורין וכבר קרענו לשטר שיש לו עליו ונתננו לפלוני רשות לדרוש ולחקור ולהיות ידו נטויה על כל הנכסים שימצאו לו וכל הקרקעות שמכר מזמן פלוני והלאה יש לו רשות לגבות חובו מהכל, ואחר שכותבין אדרכתא זו, הולך המלוה ומחפש, אם מצא לו נכסים בני חורין, שמין לו מהם, מצא לו נכסים משועבדים מאחר זמן שטרו, טורף מהם וקורעין שטר האדרכתא,

חוקן משפט חלק ד'

וכותבין לו שטר המירפא. כיצד כותבין: איש פלוני בן פלוני זכה בדין לטרופ בדין בחוב שפלוני חייב לו שהוא כך וכך בשדה פלונית שלקחה פלונית בכך וכך מזמן פלוני וכבר קרענו האדרכתא שהיתה בידו והרשינוהו לטרופ מזה בכך וכך. ואחר שכותבים המירפא לטרופ, מורדין ג' בקיאים לאותה שדה ושמיין לו ממנה כשיעור חובו מהקרן וחצי השבת, ומכריזין עליה שלשים יום כדרך שמכריזין על נכסי יתומים, ואח"כ משביעין את הלוח שאין לו כלום אם היה הלוח עמנו במדינה, ומשביעין את הטורף בנקיטת הפין שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר, ואחר כך מורידים אותו לנכסי הלוקח בשומא שלו, וכותבין הורדה. וכיצד כותבין: אחר ששמנו לפלוני בשומא שהיתה בידו והכרזנו ל' יום כראוי והשבנו את זה הטורף ואת הבעל חוב הורדנוהו לשדה פלונית להיות משתמש בה כדרך שאדם משתמש בקניינו. ומאימתי אוכל הטורף פירות שדה זו, משיפסקו ימי ההכרזה. ואם יש טעות באדרכתא, אינו אוכל פירות אפילו מיום ששלמו ימי ההכרזה.

(כד) עד אשר יפסקו המוסיפין כו' - פי' דאין צריך להכריז שלושים יום כי אם בשל יתומים, וי"א שאין לחלק, כיון שנמכר שלא מדעתו על פי ב"ד צריך שומא והכרזה כמו בשל יתומים, וצ"ע למה השו"ע ורמ"א לא הביאו דעת הי"א (סמ"ע) (כה) וקורעין שט"ח - וכותבין בשטר שקרעוהו, וכו"ל (סעיף י), וצ"ע למה מוזכר כאן רק על משועבדים ולא כתבו כן כאן בגביית מבני חורין (סמ"ע). (כו) וחצי השבת - טעמו יתבאר לקמן (סי' קטו ס"?) ועי' דברי לעיל (סי' ס סק"?) (סמ"ע).

(כז) אם היה הלוח עמנו במדינה כו' - עיין לקמן (סי' קיד ס"ד) שם נתבאר דין זה (סמ"ע).

(כח) את זה הטורף ואת הבע"ח - ר"ל המלוה הבא לטרופ ואת הלוח ששדה היתה שלו, וכמ"ש לפני זה שגם להלוח משביעים ליה כשהוא במדינה, וכמ"ש לקמן (סי' קיד ס"ד) (סמ"ע).

(כט) טעות באדרכתא - פירוש אדרכתא דחליטה, דאילו באדרכתא קמייתא לא זכי בפירי **דחא** לא ידע מאי ניהו קרקע דגבי וליכא לא שומא ולא שום זכיה. ועי' לקמן (סי' קג ס"ו) אם נשתהה זמן שלא הורידוהו דאי אייקר או זילי ברשותא דלוח קאי, וזה משמע דאינו זוכה המלוה אלא אחר הורדה והחלטה (קצה"ח).

(י) כל אדרכתא שאין כתוב בה: קרענו לשטר הלואה, אינה אדרכתא. וכל מירפא שאין כתוב בה: קרענו לאדרכתא, אינה מירפא. וכל שומא שאין כתוב בה: קרענו למירפא, אינה שומא.

(ל) שאין כתוב בה קרענו כו' - עי' לקמן (סי' קג סק"?) הטעם, דשמא ישכחו הב"ד בידו השט"ח והמלוה ילך לב"ד אחר ויבקש מהן אדרכתא על שדה אחר, משא"כ כשכותבין קרענוהו לשטר דאז ודאי לא יכתבו כן עד שכבר קרעוהו. ועי' לעיל (סי' מא סק"א?) גם כן כתבתי מעין זה (סמ"ע).

(יא) כיצד כותבין אדרכתא על נכסי יתומים, יתבאר בסימן ק"ט.

סימן צט - כיצד משביעין ללוח אם יש לו, ומחרימים מי שיודע לו נכסים, ואם הוא כשר או רמאי, ואם נתן שלו במתנה, ובו ח' סעיפים.

(א) ולא היה לו שום טענה כנגד השטר, אלא שאמר שאין לו במה לפרוע, אם לא נמצא ללוח כלום יתר על מה שמסדרין לו, והתקינו הגאונים שמשביעין את הלוח כעין של תורה בנקיטת הפין, שאין לו כלום יותר על מה שמסדרין לו, ושלא החביא ביד אחרים, ושלם נתן מתנה על מנת להחזיר, ויכולל בשבועה זו שכל מה שירויח וכל שיבא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו לא יאכיל ממנו לא לאשתו ולא לבניו, ולא ילביש אותם ולא יטפל בהם, ולא יתן מתנה לאדם בעולם, אלא יוציא מכל אשר תשיג ידו מזון ל' יום וכסות י"ב חדש מזון הראוי לו וכסות הראויה לו, לא אכילת הזוללים והסובאים או בני

ל: Commented [YL6]
בדוק את השטמ"ק
בפנים

חוסן משפט חלק ד'

מלכים, ולא מלבושי הפחות והסגנים, אלא כדרכו, וכל היתר על צרכו יתן לבעל חובו ראשון ראשון, עד שייגבנו כל חובו. הגה: 'לא נשבע להנא ליתן לו כל מה שתשיג ידו, יוכל להשבעו כל שלטים יוס שאין לו. ומחרימין תחלה על מי שיודע לפלוני נכסים גלויים או סמונים ולא יודיע לב"ד. ואם יש לו בעלי חובות הרבה, א"צ לישבע שבועה זו לכל אחד ואחד, אלא שבועה אחת לכולם. ואם נראה לו ממון (ייקודס שנסבע או) אחר שנשבע שבועה זו (או שהיו שטרי חובות כתובים על שמו צידו), ואמר: של אחרים הוא, (או שאמר: יחדתי לאחריים שאני חייב להם), או: עסק הוא בידי, "ראין שומעין לו עד שיביא ראיה. הגה: ואף על פי שיש לו מינו, שהיה יכול להחזירם או לומר: לא היו דברים מעולם, אינו נאמן, דהוי מינו במקום חזקה, דכל מה שנמלא ביד אדם בחזקת שהוא שלו. וי"ט חולקין בזה. מיהו אם ידוע שיש לו עסקא מאחריים, נאמן לומר על מעות שצידו: אלו מעסק פלוני הם, במינו שהיה נותן לו.

(א) אם לא נמצא ללוה כלום יתר כו' - הא דכתב לא נמצא ללוה "כלום", לאו דוקא הוא, דאף אם נמצא שיש לו מקצת ולא כדי כל חוב משביעין ליה. ועוד אפשר לומר דלא כתב "כלום" לאפוקי מקצת, אלא כתב כלום אשליה מינים שמשתלמין מהן, והן, מעות מזומנים, ומטלטלין, ומקרקעות, ועיקר הפרעון הוא במעות כשיש לו מעות, וכשאיין לו, במטלטלין, ואם אין לו, בקרקע, ואם אומר שאין לו מעות או מטלטלין ורוצה לפרוע בקרקע, מחרימין אמי שיש לו מעות או מטלטלין ואינו רוצה לפרוע מהן כי אם בקרקע, אבל לא משביעין לו על זה כיון שעכ"פ רוצה לשלם בקרקע, ולא תיקנו השבועה אלא כשאומר הלוה שאין לו אפילו קרקע וכמ"ש לקמן (סי' קא ס"א, ז, ו) (סמ"ע). עיין בש"ך לעיל (סי' סא סק"ג?), ועי' דברי לקמן (סי' קא ס"י סק"ו?) (פ"ת).

(ב) על מה שמסדרין לו - דין הסידור מקומו לעיל (סי' צו סכ"ג) (סמ"ע).

(ג) התקינו הגאונים כו' - שבועה זו תיקנו משראו שנתרכו הרמאים ונועל דלת בפני הלויין, ועיין מ"ש בסמוך בס"ז? (סמ"ע).

(ד) כעין של תורה בנק"ח - דלא סגי בהיסת אלא בכופר עיקר החוב ומשום חזקה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, משא"כ זה שמודה בחוב ויש לחוש שמשמט נפשו לומר שאין לו עתה עד שירווח לו השעה ויפרע לו (סמ"ע).

(ה) ושלא נתן מתנה על מנת להחזיר - פי' על מנת להחזיר כדי להבריא מבעל חובו, ומשו"ה הזקיקוהו לשבועה זו, דאם נתן מתנה על מנת להחזיר אחר חצי שנה ועשה כן משום הברחה, אזי לא הוה מתנתו מתנה כלל ויקחו הבע"ח מיד המקבל מתנה מיד, משא"כ כשלא היתה דעתו להברחה, אז מתנתו מתנה עד סוף זמן שנתן לו וכבר נשבע שכל מה שתשיג ידו יפרע ממנו לבע"ח וכ"ש מזה שיוחזר לידו לאחר כלות זמן המתנה (סמ"ע).

(ו) אלא כדרכו - עי' לעיל (סי' צו סכ"ג) דנותנין לו כבינוני אעפ"י שאכל תחילה כעני, "וכדרכו" דנקט, ר"ל במה שהיה ראוי להיות דרכן של כל אדם ירגיל עצמו בדרך המיצועי והיינו כבינוני, ועיין מה שכתבתי שם (סקמ"ח?) (סמ"ע).

(ז) אין צריך לישבע שבועה זו לכל אחד ואחד - כיון דשבועה זו תקנת הגאונים היא אין מדקדקין בה להחמיר אלא להקל (רע"א). ועיין בתשובת ושב הכהן סימן נ"ח (רע"א)¹⁸ ועיין מה שכתבתי בשמו לקמן (סי' קעו סכ"ד סקכ"ח?)¹⁹ (פ"ת).

(ח) ואם נראה לו כו' - ואם נשבע והשיג ידו יותר על הצריך להוצאתו ואמר שיש עליו חובות לאחריים לא יטלו ממנו האחרים כו', וכן קודם שהשיגה ידו אינו נאמן (ש"ך).

(ט) ממון כו' - כגון חפצים ומטלטלים דאלו מעות אפי' ראייה לא מהני לענין שיהיו של אותו פלוני לבדו דלא הוי כשאר בע"ח אם לא שיביא ראיה שנתנם לו בתורת עיסקא לענין הפלגא פקדון וכמ"ש לקמן (סק"ז), אבל ראייה שהפקידן אצלו לא מהני דכיון דיש לו רשות להשתמש במעות ה"ל ליה עלייהו וכמ"ש לעיל (סי' עז סק"ט, ו) וסי' עה סקט"ו?) (ש"ך), משמע מדברי הש"ך דבעיסקא אפילו ידוע אינו נוטל אלא הפלגא פקדון לבד, ועי' יו"ד (סי' קעז סל"א) דאי איכא עליה בע"ח וכתובת אשה הוא קודם אם העיסקא בעין דלא נתן רק על העיסקא. ומ"ש הש"ך בענין מעות שהפקידו דכיון דיש לו

¹⁸ לא עשיתי

¹⁹ לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

רשות להשתמש הו"ל לזה עליה, ע"י הגהות הט"ז (?) דפקדון כל זמן שלא הוציאו והוא בעין הו"ל דין פקדון ואינו אלא שומר שכר עליו, וא"כ ממילא הוא קודם ליטול פקדונו ואין לבע"ח רשות בו. ובפרט לפי מה שנהגו עכשיו עפ"י תקנת המדינה דאפילו לקח סחורה בהקפה אם הסחורה שלו בעין הוא קודם, מכל שכן במעות שלו שהוא בעין, ואפילו הלואה בעינא נמי קודם לכל הבע"ח, ועיין מ"ש לקמן (סי' קד סקי"ד?) (קצה"ח).

(י) ואמר של אחרים הוא כו' - או שאמר אמנה או פרוע על השטרות אינו נאמן כדלעיל (סי' מז ס"?) , ואם היה יכול לטעון פרעתי ואינו חייב להם כי אם על פי הודאתו בכל ענין אינו נאמן, שחוששים לקנוניא (ש"ך), עיין ש"ך, ועיקר הטעם לא משום קנוניא אלא דאם חב לאחרים הו"ל הלואה כמו אחר ואינו נאמן, ותו לא הו"ל הודאה שלו הודאה, וכל שאינו נאמן בהודאתו, לא הו"ל אודיתא שלו קנין כלל, ועיין מ"ש לקמן (סי' קצד סק"ד?). עוד כתב בש"ך (סק"א?) דאפילו אם אמר שחייב לאחרים בשעה שהיינו מוחזקין בו שאין לו אינו נאמן, ע"כ היינו דכל שחב לאחרים אפילו במקום דלא שייך קנוניא נמי אינו נאמן (קצה"ח).

(יא) או עסק הוא בידי - פירוש, איש אחר נתן לו סחורה או מעות לסחור בו למחצית שכר, וכל שאינו בידו בתורת הלואה אלא למחצית שכר, הו"ל כאילו הוא ברשות הנותן ואין בע"ח יכול לגבות ממנו, וכמו שמבואר ביו"ד (סי' קעז סל"א) (סמ"ע).

(יב) אין שומעים לו עד שיביא ראיה - וי"א זה שטוען כל מה שבידי לאחר הוא ישבע אותו אחר שהן שלו ונותנין לו, אבל הוא דעת יחיד (ש"ך), וי"א שאפילו לדעת השו"ע נאמן בשבועה של השני (פ"ת).

(יג) ואף על פי שיש לו מגו שהיה יכול להחזירם כו' - משמע דזהו דוקא הו"ל מגו משום דהמגו הוא שהיה יכול ליתנם לו קודם הודאתו בב"ד לבד, אלא דאפ"ה לא מהני כאן משום חזקה, והיה אומר לו "אני נותן לך מטלטלים שלך", ולא היו יודעים אז מזה, אבל כשבא לב"ד והוחזקו המטלטלים בב"ד, או שראו אותם בידו קודם לכן, וכה"ג לא הו"ל מיגו כלל מה שהיה יכול להקנותם לו עכשיו במתנה בפני ב"ד בחליפין, דאין זה מיגו טוב, דידעו שעושה כן כדי להבריח, וגם הוא יעשה מעשה רע נגד המלוה שלו, שיתן לזה מתנה ויהיה לזה רשע ולא ישלם במזיד, וכן כתבתי לעיל (סי' מז סק"ז?) ויש אומרים שאין זה מיגו שאם היה נותנם לו לא היה המקבל מתנה מחויב להחזירן לו ואם הוא טוען שהפקידן בידו אם אינו אמת מחויב הוא בכא לצאת ידי שמים להניחם בב"ד או להחזירם לו, אבל קודם ביאתו לב"ד לא שייך כל זה דהא כמו שהוא אומר שהם שלו שהפקידו אצלו כך היה יכול לומר שנתנם לו או שאינם בידי (ש"ך), וי"א דמגו דהיה יכול לעשות מעשה מהני אפילו במקום חזקה, וכל מיגו שלא מועיל במקום חזקה היינו מיגו דאי בעי טוען אחרת, אמנם במקרה זו זה אינו רוצה ליתן מתנת חנם דאז לא יוחזר לו ולכן אומר שהוא של חברו וכיון ששכנגרו יודע האמת שאינו שלו לא יתבענו, אלא דהמגו הוא דאי בעי הו"ל נתן לחבירו בתורת פקדון קודם שהראהו לב"ד או שהיה אומר להד"מ, וא"כ אינו אלא מגו דערמומית ושקר ומגו כהאי לא מהני במקום חזקה (קצה"ח).

(יד) ויש חולקין כו' - ויש אומרים שאין מחלוקת בזה, ולכו"ע אין מיגו במקום חזקה והלוה משקר, אמנם אם אומר אני חייב לפלוני ויש לו מגו שהיה יכול ליקח מעות שבידו ולשלם לו כגון שלא ראו המעות בידו אלא על פיו שהוא אומר יש לי מעות ואני חייב לאחרים נאמן לענין שיטלו האחרים חלק במעות כמו בעל השטר, אבל יותר מחלקו אינו נוטל אפי' ייחד לו המעות או מביא ראיה שמעות אלו הלוה לו או הפקיד אצלו דכיון דיכול להוציא המעות לצרכו הרי הוא נעשה לזה עליהם והם שלו. והא דנאמן משום שאינו אומר נגד החזקה דאמת הוא דמעות זה שלו אלא שמ"מ הוא נאמן שחייב ג"כ לאחרים במגו שהיה נותן לו מעות זה והיה טוען אין לי אמנם אם נכסיו הם קרקע או מעות וראהו בידו קודם לכן או שהוא ביד שלישי או הוחזק בב"ד וכה"ג שלא היה יכול ליתנו לאותן האחרים, אז אינו נאמן, ובכ"מ שאינו נאמן כשחב לאחרים אפי' לא נודע בשעת הודאתו שחייב בשטר ונודע אח"כ שהיה חייב לזה בשטר אינו נאמן, וכן אם אומר מעות אלו שבידי ניתן לי על מנת שלא יהא לבעל חוב רשות בו רק אוציאו לצרכי

חושן משפט חלק ד'

ולצורך פרנסת בני ביתי, נאמן אם לא הוחזק המעות בב"ד כי אם על פיו ולא יגבו ממנו בעלי השטרות כלום, ואין מועיל ראייה שהלוו לו אחרים אם הוא בענין שהי' יכול לטעון פרעתי דחיישינן שמא פרע ועשה קנוניא ואומר לא פרע אף שתבעו אותו אותם האחרים תחלה (ש"ך), עי' ש"ך, ועיין דברי לעיל (סי' סב סק"ט?), ואי בעינן עדי ראייה כשהוא מודה שאינו לקוח, יתבאר לקמן (סק"ד?) (נתה"מ), ועיין בתשובת פרי תבואה סימן ס' מענין זה²⁰, ע"ש היטב (פ"ח).

(טו) מיהו אם ידוע כו' - דהיינו שידוע בעדים או בשטר שיש בידו סך העיסקא כפי מה שאומר והוא בענין שלא היה יכול לטעון החזרתי כגון בנאמנות או שהוא תוך זמנו ולכך הוא נאמן לומר מעות אלו מעסק של פלוני הם דאינו נגד החזקה דכל מה שהוא תחת יד האדם הוא שלו דהא נתברר שיש בידו כך וכך משל פלוני בעיסקא, אלא שאם לא היה אומר אלו מעסק פלוני הם לא היה אותו פלוני רק כשאר ב"ח והיה נוטל חלק כחלק דדילמא מעות העיסקא הוציא ואינו בעין. והשתא דנאמן, שאלו מעסק פלוני הם, דעיסקא כל היכא דאיתנהו ברשותא דמרא קמא איתנהו נוטלים אותו פלוני בראש כיון שהם עצמם הם שלו והיינו פלגא פקדון שלו אבל לענין פלגא מלוה אינו רק כשאר בע"ח, ועי' לקמן (סי' קח ס"ד) (ש"ך), אם הנותן עצמו אינו מכיר שזה ודאי מעיסקא שלו אינו נאמן אפילו אית ליה מגו השתא דתקינן תקנת בורח כל שקיבל תוך רבע שנה דצריך להחזיר (עיין ב"ש אה"ע סי' נב סק"ד?²¹) וא"כ לא הוי מגו, וא"כ הכא נמי כיון דתקנת בורח עפ"י חרם לא ירצה לקבל גם אם היה נותנם לו (קצה"ח), מש"כ בש"ך שלענין החלק מלוה כל בע"ח שוים, אינו עי' יו"ד (סי' קעז סל"א) כיון שאסור להוציא הפלגא מלוה בחזקת הנותן עומד ועי' קצה"ח לעיל סק"ט (נתה"מ), כל דברי הש"ך דוקא באינו רגיל שיהיה לו עיסקא מאחרים, רק שידוע שהיה לו עיסקא פעם אחת בידו מאחרים, משו"ה צריכין שלא יהיה יכול לטעון החזרתי, אבל במי שהוא רגיל לסחור עם מעות של אחרים, אף שיכול לטעון "החזרתי", מ"מ נאמן הלוה במיגו שהיה יכול ליתנם לאותו פלוני, כיון דלא הוי מיגו במקום חזקה, כמו בסרסור (עי' לקמן סעיף ג), ועיין מה שכתבתי לקמן (סק"ד?) דאף הש"ך מודה בכה"ג דלא בעינן עדי ראה (נתה"מ).

(טז) על מעות שבידו אלו מעסק פלוני הם כו' - כלומר שנתנם לי בתורת עיסקא וכמ"ש בסמוך (סק"ז?) אבל אם אמר שפלוני הפקיד בידי מעות אלו אינו כלום אפי' אית ליה מגו לכ"ע וכמ"ש לעיל (סי' מז סק"ט?), וכאן סק"ב? (ש"ך).

(יז) מעסק פלוני הם במגו שהי' נותנן לו - ואין צורך לישבע היסת, עי' לקמן (סי' רמה ס"ט, ודברי שם) (ש"ך), גם בנתן סחורה בהקפה, אם הסחורה היא בעין או מה דאתי מחמתיהו, אין לשאר בעלי חובות חלק בו. ועי' ב"ש (סי' צ סקל"ח?) שאם ידוע שלקח סחורה כזו^[22] כו', הוב"ד לעיל (סי' צו סק"ב?) (פ"ח).

(ב) ראובן השביע לשמעון שבועה זה כתקנת הגאונים, ולא השביעו להבא, ואחר כך תבעו לוי ששטרו מאוחר, והשביעו להבא מה שירויה יותר על הוצאתו שיתן לו, אם לא שנשבע היו חולקים, וכיון שנשבע לתתו ללוי צריך לקיים שבועתו, כך כתב (הטור²²) בשם הרא"ש. ולי נראה שבית דין יכופו ללוי ליתן החצי לראובן. (וע"ל סימן ק"ד סעיף א' תכתיב בספרת הרא"ש).

(יח) ולי נראה שב"ד יכופו - ועיקר כדברי הטור ולא כשו"ע (סמ"ע), וי"א דעיקר כמחבר שהרי אין שבועה קונה כדלקמן (סי' קכט ס"ה וסי' רט ס"ד ברמ"א) אלא שכופין אותו לקיים שבועתו, והיינו לגבי עצמו, אבל לגבי בע"ח יוכל לומר מה לי לשבועתך ובמה יקנה לוי ולכך כדי שיצא זה ידי שבועתו נותנים אותו ללוי ואומרים לו שנותנים אותו לו בשביל שבועת שמעון ואחר כך כופין ללוי שיתן החצי לראובן ואף לכתחלה נותנין הב"ד החצי לראובן ואין נותנים ללוי רק החצי ומה שנשבע שמעון לתת ללוי אין אנו

²⁰ לא עשיתי

²¹ לא עשיתי.

²² לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

חוששים לשבועתו דכי בשביל שבועתו יעשו הב"ד שלא כדין לראובן, עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח דף קס"ט ע"א ואיננה בידי לע"ע²³ (ש"ך).
(ג) ה"ראובן נתן חפץ לשמעון למכור, ובא לוי בעל חוב של שמעון ולקחו בחובו, אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן, צריך להחזיר לו. אבל אם אינו ידוע בעדים, אף על פי ששמעון מודה שהוא של ראובן, אין מוציאים מלוי. ואם יטעון ראובן ללוי: אתה יודע שזה החפץ שלי, צריך לישבע היסת. וי"אם שמעון הוא סרסור, החפצים הנמצאים בביתו ושהוא רגיל למכרם אינם בחזקת שלו שימשכנם בעל חובו. (והסרסור או צעל החפץ, נאמנים צנעוטה). וכן אם מצא בבית בעל חובו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ובא אחד ואמר שהשאלם או השכירם לו ויש לו שני עדים שהיו שלו, נאמן, ולא יוכל בעל חובו למשכנם בחובו.

(יט) אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן כו' - וצריך שיאמרו העדים דעדיין הוא של ראובן, כגון שהיו במעמד כשמסרו ראובן לשמעון ואמר לו שימכרנו לו דהרי הוא בחזקת ראובן עדיין, אבל לא סגי במה שיעידו שמכירין ויודעין שהיה של ראובן, כי שמא מכרו לשמעון ובמה יוציאו מיד לוי המוחזק בו. ודוקא בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וטוען ראובן שהשאלו לשמעון, בזה סגי בעדים שמעדיין שהיה של ראובן ואז אמרינן עדיין הוא שלו ובא ליד שמעון בשאלה (סמ"ע), ואעפ"י ששמעון מודה אינו כלום כשאין העדים מעידים שמסרו בידו למכור, והמקרה של סרסור וכן בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר מיירי ג"כ דאיכא עדי ראה דאל"כ היה יכול לטעון לקוח במגו דהחזרתי, ועיין מ"ש לעיל (סי' עב סקצ"ז?) ולקמן (סי' רצו ס"?) (ש"ך), מש"כ הש"ך לענין מגו היינו דוקא כשהחוב של לוי בעל פה, אז צריכין לעדי ראה, אבל אם החוב של לוי הוא בשטר, לא צריכין לעדי ראה, דאין לו מיגו, דהא אם היה טוען החזרתי לראובן ומכרו ללוי, נהי שהיה פוטר עצמו מראובן בטענת החזרתי, מ"מ היה נשאר חייב ללוי את חובו, משא"כ כשטוען שקנאו מראובן ומידו בא ללוי על חובו, פוטר עצמו משניהם, ואין כאן מיגו, משא"כ כשהחוב של לוי הוא בעל פה, שפיר אית ליה מיגו, דיכול לפטור עצמו מראובן בטענת החזרתי ונגד לוי בטענת פרעתי. ואם כבר תפסו לוי בחובו, בעינן עדי ראה, אבל כשהחפץ עדיין ביד שמעון, ויש לשמעון מיגו שהיה בידו ליתנו לראובן, נאמן, כיון דליכא חזקה לשמעון על החפץ, לא הוי מיגו במקום חזקה. והנה בעיקר אין צורך של עדי ראה, שהרי מיגו היינו הוכחה שאומר אמת דאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה אחרת, ואיכא הוכחה שטענת לקוח הוא אמת, משא"כ כשמעון מודה לראובן שאינו לקוח, וליכא הוכחה לטענת לקוח, מהיכי תיתי נטעון אגן לקוח כיון שהוא נגד חזקה, דהא איכא לראובן חזקה דמעיקרא (נתה"מ).
(כ) והסרסור או בעל החפץ נאמנים בשבועה - י"א דהיינו דוקא כשטוען הבע"ח ברי, ועיקר דאפי' טוען שמא דבע"ח דין לוקח ויורש יש לו בכל דוכתי (ע"ל סי' קמו ס"י ברמ"א) וטענינן להו וצריך לישבע אף בשמא כמ"ש לקמן (רמ"א סי' קלג ס"ה) גבי יורש ועי' לקמן (?) דגם בלוקח הדין כן, ועי' מש"כ לעיל (סי' עב סל"ד סקמ"ב?) (ש"ך).

(כא) ויש לו שני עדים כו' - ואם אין לו אלא עד אחד שהוא שלו אינו מועיל לו להוציא מחזקת בעל חוב שמשכנו, ולא אמרינן בזה כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה ואם אינו יכול לישבע משלם, דאין אומרינן כן אלא כששנים היו מחייבין אותו ממון בלא שבועה, אבל בזה היה בעל החפץ צריך לישבע כדי ליטול וכמ"ש הרמ"א, וכן כתבתי לעיל (סי' עה סקל"ח? וסי' צ סקי"ג?) (סמ"ע), וי"ח דגם כאן הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם (ש"ך), ועיקר דכאן לא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא כמו שביורשים אין "מתוך שאינו יכול לישבע ומשלם" כך כל באי כחו ועי' לקמן (סי' קל דסק"ב?) (קצה"ח).

(ד) באמי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום, והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חובו להשיעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זו אלא רוצה לצערו

²³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להנקם ממנו, או כדי שילך וילוה מהעובד כוכבים או שיקח נכסי אשתו ויתן לו עד שינצל משבועה זו, אסור לדיין להשביעו שבועה זו, ואם השביעו ביטל, לא תעשה של תורה לא תהיה לו כנושה (שמות כב כד) ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטורדו. הגה: ועיין צ"ד סוף סימן כ"ג עני שקצץ ממון צטטר קיבוץ, אם כריך לשלם לבעל חוב.

(כב) והוחזק התובע שאינו מסתפק בו - זה התובע הוחזק שהוא איש שאינו מסתייע בעניותו דאף שידוע לו שאין לו רוצה לצערו (סמ"ע).

(כג) לא תהיה לו כנושה - עי' לעיל (סי' צז סט"ו) דכשבא להפרע ממנו ואינו רוצה מותר ליכנס לביתו ולהכותו עד שיפרע, היינו דוקא במי שהוא בחזקת שיש לו (סמ"ע).

(ה) כ"מי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלים במשא ומתנו, והרי הוא אמוד שיש לו ממון, וטוען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע, אין להשביעו. הגה: ויש לדיין לנדותו או לכופו עד שיפרע. ועיין סימן ל"ז סעיף ט"ו.

(כד) והרי הוא רץ להשבע בו - כללו של דבר, כל מה שיעשה הדיין מדברים האלו וכונתו לרדוף אחר הצדק, הרי זה מורשה לעשותו ומקבל עליה שכו. מיהו משרבו הדיינים שאינם מומחים יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו, עי' לעיל (סי' טו ס"ה) (סמ"ע), עיין בתשו' מהרשד"ם סי' קס"ד: (ש"ך)²⁴.

(ו) ב"החייב להבירו, ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו, לא תועיל ערמתו ויגבה בעל חוב חובו, אפילו הוא מלוה על פה, ממקבל המתנה, וישבע מקבל המתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קבל מתנה מראובן, ויגבו בית דין לבעל החוב חובו מכל מה שקבל מראובן. אבל אם הרויח כלום בסחורה או ברבית באותה מתנה, אין בית דין מגבין לו מהרויח, דאפילו מקרקעי המשועבדים למלוה אם אבל לוקח או מקבל מתנה הפירות כמה שנים בא בעל חוב וגובה הקרקע כמו שהוא, ואינו מוציא מידם הפירות שאבלו. הגה: דמיאס אם נלאה לבית דין שלא כוונו לערמה, רק למתנה גמורה, קנה המקבל אף על גב שהיתה כוונתו להצריח.

(כה) ונתן כל אשר לו בו - צ"ע אם יש לחלק בין מתנה בכולה למתנה במקצת (ש"ך), אין במתנה זו ממש לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות אלא להברית נכסיו מבע"ח, דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממנו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים, ואפילו שייר לעצמו קצת, כל שלא שייר כדי פרנסתו, דומה למתנת שכיב מרע (עי' לקמן סי' רנ ס"ד)²⁵, והוא עצמו מח' מחבר רמ"א כמה הוי שיעור בשכיב מרע וה"ה למברחת, למחבר בכל שהוא סגי, ולרמ"א כדי פרנסה בעיניו. ולכן לרמ"א אם שטר המתנה נכתב קודם שלוח מאחרים ושייר כדי פרנסתו אז מתנתו קיימת, אבל אם נכתב שטר מתנה אחר שלוח מאחרים בזה לא מהני השיוור דהא יצטרך השיוור ליתן לבע"ח ולדידיה לא שביק מידי. ואם שייר בכדי החוב וגם לדידיה שביק מידי אז אין כאן הברחה כלל, וכן עיקר (קצה"ח).

(כו) ויגבה בע"ח בו - ואף אם נתן המתנה לקטן גובין ממנו (סמ"ע).

²⁴ לא עשיתי

²⁵ כדי פרנסתו - שיעור פרנסתו, אם הוא עובד אדמה, ששייר קרקע כדי פרנסתו ופרנסת בני ביתו, ואם מתעסק בסחורה או בריבית, ששייר כדי שיוכל להתפרנס מן הרויח כל ימי חייו, ולא כתב ג"כ ופרנסת בני ביתו כי אם במשייר קרקע, דאז הוא בודאי אינו יכול לבדו לחרשה ולזרעה ולקצור ולדוש ולהוביר ושאר מלאכות עבודת פרך דגידולי קרקע, וצריכים בני ביתו לעזור, ומשור"ה הדין נותן שצריך שיהא בה שיוור ג"כ כדי פרנסתו, משא"כ בעסקו בשאר רווחים (סמ"ע), ויש חולקים ומשערין בכל אחד גם במטלטלין וגם קרקעות מה שיותר על ההוצאות, וברור הוא דאם היה רגיל לפרנס בני ביתו אצלו דגם זה בכלל אומדנא, דלא שביק בני ביתו ויהיב לאחרים (ט"ז), אפילו אם שייר לעצמו, אם הוא חייב סכום זו לאחרים, במקורם של דברי הרמ"א זה אינו חייב שיעור, ולפי השו"ע אפילו חייב לאחרים נגד השיוור חייב שיוור (קצה"ח, נתה"מ ורע"א).

חושן משפט חלק ד'

(כז) וישבע המקבל מתנה כמה כו' - אבל הנותן אינו נאמן בשבועתו להוציא מיד המקבל מה שאינו מודה בו (סמ"ע), מן הדין אין המקבל מתנה מחויב לישבע דאין עליו רק טענת שמא אלא שהחמירו עליו, כיון שעשה שלא כהוגן²⁶ (ש"ך).

(כח) דאפילו מקרקעי המשועבדים - דעיקר הסמיכה הוא אמקרקעי ולא אמטלטלי שיכול להבריחן או למכרן (סמ"ע), לא ידענא מה ענין זה לזה דהתם המתנה היא כדן מה שאין כן הכא שלא היתה המתנה מתנה מעיקרא כלל ובטלה היא למפרע, והלכך אם הוא בענין שהריוח או הרבית, הוא שייך להנותן צריך המקבל מתנה ליתנו להבעל חוב ומוציאין ממנו מדרבי נתן (ש"ך), ז"ל הש"ך (סקי"ח), כיון דידוע כוונת הנותן על כל פנים היה להבריח מבע"ח ולזה נתן הכל לקרובו כי הוא נאמן אצלו והלוה לא היה מתעסק בהם אלא קרובו והוא נתן לו הכל מה שצריך הן מריוח הן מקרן, וכיון דכוונת המתעסק נמי שלא יטול בעל חוב כלום, אין לבע"ח כלום דהוי כמו מגביה מציאה לחבירו על מנת שלא יהיה רשות לבע"ח בו, וה"ה בזה העסק שעוסק הקרוב אדעתא דנותן ושלא יהא לבע"ח בו, וכיון דהנותן גופיה אין לו חלק בריוח שעוסק בהם הקרוב דהא כל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, אלא שהוא מתעסק בהם אדעתא דנותן, שייך לנותן, אבל לבע"ח אין לו כיון דמתעסק אדעתא דהכי שלא יהיה לבע"ח רשות בו (קצה"ח), עיקר דינא דשטר מברחת הוא קנין גמור להמקבל, רק שהרשות ביד הנותן לחזור בכל עת שירצה, והא דקנה הבעל חוב, הוא מטעם כיון שבידו לחזור לא יצאה מרשותו, ונקרא שטר מבריה כיון דכוונתו היתה להבריח, אלא שטעה בזה, כסבור היה שתועיל ההברחה וכשיוודע לו שאי אפשר, אנן סהדי דניחא ליה שלא יזכה בהו המקבל וישארו בחזקתו ויאכל פירות נכסיו. מ"ש "ויאכל פירות נכסיו", היינו אחר שיתוודע לו ויחזור בו, א"כ לפי"ז, הפירות שכבר אכל והניח לו לאכול, ודאי דאינו חייב להחזיר, ולא גרע ממחילה בטעות דהוי מחילה, דדוקא במקום דלא ידע דמחיל לא הוי מחילה, אבל במקום דידע דמחיל, רק שמוחל מפני שטועה בדין כמו בפירות דקל, הוי מחילה (נתה"מ).

(כט) רק למתנה גמורה - היכא דנותן כל אשר לו לאחר, אין המתנה רק להערמה והברחה ושישאר ביד הנותן, בזה לא יצאה מרשותו כלל ואפילו מלוה על פה גובה ממנו כיון דעדיין ברשות הנותן הוא, אבל היכא דנותן לקרובו מתנה גמורה ולא משום דארצי קמיה המקבל אלא נותן לו מתנה זו כדי שלא יקח בע"ח, משום הכי נתנו לקרובו או לבנו, אבל מתנה גמורה היא לבנו או לקרובו, בזה אין הבע"ח גובה כיון דהוא מתכוין למתנה גמורה, אף על גב שכוונתו להבריח ולא משום דארצי קמיה המקבל, אפ"ה מתנה הוא למקבל ויצאה מרשות נותן ואין הבע"ח גובה. אלא דהיכא דהוא שעבד מטלטלי אגב קרקע אף על גב דבתר תקנת השוק אינו גובה מן מטלטלין שנתן (עי' לעיל סי' ס"א), היינו משום דמתנה כמכר ואי לאו דארצי קמיה לא הוי יהיב ליה וזה אינו אלא בכדי להבריח מבע"ח אף על גב דמתנה גמורה נתכוון, כיון דאינו אלא להברחה אוקמה אדינא ולא שייך ביה תקנת השוק, וכיון דלהבריח עשה א"כ אפילו לא כתב אגב קרקע נמי גובה כיון דאין מתנתו מתנה. אלא משום דלפעמים מתנתו מתנה ממש אלא שאינו עושה המתנה רק כדי שלא יטול הבע"ח וכמ"ש הרמ"א כאן, בזה היכא דליכא שעבוד אגב קרקע אינו גובה כיון דהוי מתנה וכמ"ש הרמ"א, אבל אם כתוב אגב קרקע הרי זה גובה וזה ברור. ועיי' סמ"ע (סי' ס"ק"ו?) (קצה"ח), אבל אין משביעין למקבל המתנה שלא היה הברחה בדבר, אלא מחרימין סתם, ועיי' ביו"ד (סי' רלב סי"ד) דיכול לישבע מחמת אונס שהוא שלו. כל שטר מבריה הוא שיהיה רשות בידו לחזור, וזה המתנה נקרא שהיא רק להערמה בעלמא, אבל אם היתה כוונתו למתנה גמורה שלא יהיה יכול לחזור בו, כגון שכתוב בו מתנה חלוטה עולמית, דאז הוי מתנה גמורה, אף על גב דנתן מתנה זו רק כדי שלא יגבה ממנו הבעל חוב, שידוע שאם לא היה חייב לאחרים לא היה נותן מתנה זו, מ"מ כיון שאין לו רשות לחזור ממתנה זו, יצאה מרשות הנותן וקונה המקבל ולא הבעל חוב, ודוקא במקום שרשות ביד הנותן לחזור קנה הבעל חוב מטעם דכיון שיכול לחזור לא יצא מרשות הנותן, משא"כ הכא (נתה"מ), אלמן אחד שנשא אלמנה, וטרם שנשאה עשה שטר חוב לבתו שחייב לה ת"ק ש"ח וזמן פרעון שעה אחת קודם מותו, ואחר מותו שבאה האלמנה לגבות כתובתה הוציאה הבת שטר חוב שלה המוקדם

²⁶ אם כן זה רק במזיד ולא במתעסק?

חוסן משפט חלק ד'

ליקח הבית שהניח באופן שלא יהיה להאלמנה החצי מכתובתה, כל שעשה שטר חוב לבת על זמן פרעון עשר שנים וכה"ג, דאפשר שיגיע זמן פרעון בחייו ותפרע הבת מאביה, אף על פי שמאמין לה שלא תתבע מאביה כל ימי חייו רק באם ימות תתבע מנכסיו, אין דבריו שבלב ערמה שיתבטל המעשה, משא"כ בנידון דידן שניכר הערמה שנתן שט"ח זמן פרעון שעה אחת לפני מותו, אף על פי שדעתו שיתקיים בשלימות ככתוב בשטר, מ"מ בהא גופיה ניכרת הערמה ברור כשמש שע"כ קבע זמן פרעון שעה קודם מותו שיהיה זמן פרעון השטר וכתובת אשתו בזמן אחד, ושתייה בתו קודמת כשטר חוב מוקדם, ולא יגיע נזק לעצמו בשום אופן כי כל ימי חייו א"א לתבוע השט"ח, דהוי שטר מברית, ויש מכשירים השטר. ואם הבת מוחזקת בבית אביה, הדין עם הבת להחזיק בבית על שטר חוב שלה, דעכ"פ יכולה היא שתאמר קים לי כר"ת [?] וסיעתו דקנה המקבל (פ"ת).

(ז) ביהכותב כל נכסיו לאחר, ואחר כך לזה מאחרים, ובבוא המלוה לגבות חובו מצוה להוציא שטר מתנה שקדם לשטר החוב, והכל רואים שאף על פי שכתב כל נכסיו לאחרים הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו, ולא נתכוון אלא להבריא מבעל חוב שלא ימצאו ממה לגבות, ויאכל ממון אחרים, המתנה בטלה וגובה בעל חוב ממנה, אף על פי שקדמה להלוואה. @ NO MB@

(ח) יומי שקנה קרקע, והתנה בשעת הקנין שלא יהא לאשתו שיעבוד כתובתה עליו, או שקנה קרקע וצוה לכתוב השטר בשם אחיו, כדי להפקיע ממנו שעבוד כתובתה, לא הועיל כלום, ואשתו גובה כתובתה מאותם קרקעות. הגה: ידכל מי שצא להפקיע תקנת חכמים דערמה ונתחזקה, וכ"ש לגזול של חזירו, חייבים חכמי הדור לזטל כונתו, אף על פי שאין כאן ראייה רק אומדנות המוכיחות היטב.

(ל) דכל מי כו' - עיין בתשובת מבי"ט חלק שני /ראשון/ סי' ב': (ש"ך) 27.

סימן ק - המבקש זמן לפרעון, כמה זמן נותנים לו, ואם לא בא בזמנו, והמסרב צווי בית דין, ובו ג' סעיפים.

(א) לזה שאמר: הריני משלם קבעו לי זמן כדי שאלוה מאחר או אמשכן או אמכור ואביא מעות, קובעין לו זמן שלשים יום. הגה: ואם נראה לדין שלא יספיק לו שלשים יום, יוסף לו, ואם אינו כריך כל כך, יפחות לו. ואם אמר התוצע שכריך לילך לזכרו ולא יוכל להמתין על הזמן, אומרים לו שיעשה שליח שימתין עד הזמן, ואין מחייבים אותו ליתן משכון, שאלו היו שם מטלטלים מיד היו בית דין גובים מהם. ואם רצה המלוה להחרים על מי שיש לו מעות או מטלטלים, ומפליג אותו בדברים, הרי זה מחריים, ואין מחייבים הלוה להביא ערב עד שיתן, אלא אם כן נראה לדין שיש לחוש שמא יבריא או ישמט. הגה: ודוקא לפרעון נותנים זמן, אבל אין נותנים זמן לשבועה, אלא ציוס הכניסה הראשון יש לו לישבע. וכן אין נותנים זמן לשאכר דברים ששעבד אדם עצמו לעשות דבר לזמן פלוני, כקנס, מיד שהגיע הזמן נתחייב כקנס, או שיעשה מה שנתחייב.

(א) לזה שאמר הריני משלם כו' - אפילו במלוה בשטר ויש לו קרקעות ידועים, אפ"ה נותנים לו זמן ל' יום, דהרי גם אם בא לגבות עתה היו נותנים לו ל' ימי הכרזה, והרי זה אומר שישתדל מעות לפרוע לו ושלא יצטרך שהיות ימי הכרזה, ומ"מ אם אינו יכול להשתדל מעות, לא יגבה מקרקעותיו עד שיכריזו תחילה כדין (סמ"ע).

(ב) שאילו היו שם מטלטלים כו' - ר"ל, זה שמבקש משכון, על כרחך כונתו אמשכון דמטלטלי, דאי אקרקע הא משועבדים ומושכנים ועומדים לו בחובו משעת הלוואה, ואם יש מוקדם לו לא מהני ליה כמה שנותנים לו בתורת משכון, משא"כ במטלטלים דמהני ליה שלא יבריחם. גם לענין קדימה, שבעל חוב מאוחר שקדם וגבה מטלטלים מה שגבה גבה וכמ"ש לקמן (סי' קד ס"ג) (סמ"ע), ראובן שהפקיד פקדון לשמעון ובא לוי ותפס את הפקדון מיד שמעון עבור החוב ששמעון חייב לו, וראובן אומר מה לך אצל ממוני וכו', לוי חייב להחזיר הממון לראובן (קצה"ח).

חושן משפט חלק ד'

(ג) ואין מחייבים הלוח להביא ערב - אפילו אין לו קרקע, דמ"מ אמרינן ליה, דכשם שהאמנתו מתחילה בלא ערב כן האמינהו ג"כ עתה (סמ"ע).
(ד) אין נותנין זמן לשבועה - דוקא בידוע שיש לו מעות או אינו טוען כן, אבל אם טוען אין לי מעות בלאו הכי ולמה לי לישבע עכשיו, ומבקש זמן על השבועה, שומעין לו ונותנין לו זמן בית דין שלשים יום על השבועה, דכיון דאף אם יודה יתנו לו זמן בית דין על הפרעון, למה ישבע עכשיו בחנם (פ"ת).
(ב) יש אומרים שהקובע זמן לפרעון חובו והגיע הזמן אין נותנים לו זמן אחר. וי"א שגם לזה נותנים זמן שלשים יום. הגה: ואפילו צא ותצעו שלשים יום קודם הזמן, מ"מ נכיכים ליתן לו שלשים מיום הזמן.

(ה) וי"א שגם לזה כו' - אפילו קבע לו זמן פרעון בשטר, אפ"ה נותנין לו זמן ל' יום, אם לא שפירש בשטר בלא דחייה, דאז אמרינן כל תנאי שבממון קיים, וכמ"ש הרמ"א (סי' טז ס"ב) (סמ"ע), היינו דוקא דלית ליה אלא קרקע אבל היכא דיש לו מטלטלי ל"כ"ע אין נותנים לו זמן אחר"כ, והיינו דוקא שקבע לו זמן בתחלת הלואה אבל כשהיה תביעה ביניהם וקבע לו זמן לפרוע אמרי' אשתמוטי קמשתמיט ואם בא אחר"כ לב"ד נותנים לו זמן ל' יום ודוקא שלא קיבל עליו בשבועה או בחרם (ש"ך), מקור דברי הש"ך הולכים לשיטתם דנותנין זמן אף שיש לו מטלטלין, אבל לדין בלא"ה אין נותנין זמן למטלטלין, וי"א דהמנהג שלנו ליתן זמן בית דין אף להמטלטלין (נתה"מ).

(ו) ואפי' בא כו' - דוקא שהנתבע חוזר ומבקש זמן אחר שהגיע הזמן אבל לא שיאמרו לו הב"ד עתה קודם הגעת הזמן יש לך ל' יום מיום הגעת הזמן (ש"ך), ואם תבעו לאחר הזמן, אף שתבעו רק בינו לבינו בלא עדים רק שהלוח מודה בדבר, אין נותנין לו זמן אחר כמבואר לעיל (סי' עג ס"ד ברמ"א) לענין משכון, ואם הלוח כופר שלא תבעו מקודם כלל, צריך לישבע על זה היסת, דהא נשבעין היסת על כפירת זמן כנ"ל (סי' עג ס"ב) (פ"ת).

(ג) שלמו השלשים יום ולא הביא, ב"ד כותבין אדרכתא מיד על נכסיו, ואם לא ימצאו לו נכסים, אין מנדין אותו. אבל אם יאמר: איני רוצה לשלם, כותבין אדרכתא על נכסיו, ואם אין מוצאים לו נכסים מתריין בו בה"ב, ואחר"כ מנדין אותו ועומד (בנדריו) עד שישלם לו או עד שיטעון שאין לו כלום וישבע על זה. ואם עמד בנדריו ל' יום ולא תבעו להתיר נדריו, מנדין אותו ל' יום, ואם עמד בהם מחרימים אותו. ומשפטי הנדריו והחרם נתבאר בטור יורה דעה סימן של"ד.

(ז) כותבין אדרכתא מיד על נכסיו - ומיירי גם באמר אחר הל' יום אתינא ואביא מעות לפרוע לו, משום דעד מתי יהיה זה (סמ"ע), עיין ביש"ש פרק י' דב"ק שכתב הרבה חלוקים בדינים אלו: (ש"ך)²⁸.

(ח) אין מנדין אותו - דמה היה לו לעשות כיון שאין לו ולא סירב מלבוא לבית דין (סמ"ע).

(ט) מנדין אותו עוד ל' יום כו' - אין מחרימין מיד אחר שעמד בנדריו ל' יום כמו בקיבל עליו לפרוע ולא פרע, (עי' לעיל סי' יט ס"ז) (סמ"ע).

סימן קא - מגבין לבעל חוב מעות או מטלטלין, ואם תלה מעותיו בעובדי כוכבים, ואם יש עליו חובות לעובדי כוכבים, ובו י"א סעיפים.

(א) בא לפרוע, אם יש לו מעות צריך ליתנם לו, ואינו יכול לדחותו אצל מקרקעי או מטלטלי. ואם אינו ידוע לנו שיש לו מעות, אין משביעין אותו. ואפילו חזינן שיש לו מעות, והוא אומר: אינם שלי אלא של פלוני, לא משביעין ליה אבל מחרימים על כל מי שיודע שיש לו מעות. והיכא דאמר: אין לי מעות, ונמצא שקרן, תו לא מהימן בזה החוב אם אומר: אין לי מעות, אלא צריך למטרה ולמזבן ולהביא מעות. הגה: וכן אם נראה לנ"ד שהוא משקר, ויש לו מעות ואינו רוצה לשלם, כופים אותו שישלם מעות. ועיין למטה סעיף ז' ח'.

²⁸ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

(א) ואינו יכול לדחותו כו' - דהרי גם המלוה הלוה לו מעות. רק כיון שההלוואה להוצאה ניתנה, אמרינן דמתחילת ההלוואה איאש נפשו מזה דלעת שיבוא זמן הפרעון לא יהיו בידו בודאי המעות ועיקר סמיכת דעתו היתה על הקרקעות, משו"ה אינו יכול להשביעו שאין לו מעות, וכ"ש שאינו יכול להכריחו שימכור מטלטלים או קרקעות שלו וישלם לו מעות וכמ"ש בסעיף ב', אם לא שקיבל עליו זה בשטר בפירוש, או לפני עדים, שאז כל תנאי שבממון קיים (סמ"ע), וכן הדין לענין גביית כתובה שצריך ליתן לה מעות מזומנים אם יש ליתומים מעות בעין. ועי' לקמן (סי' תיט ס"ג ד"ה מהמטלטלין) דאפי' יש ליתומים קרקע מחויבים ליתן לו מטלטלים²⁹ (ש"ך), ועי' בתשובת ר"מ אלשיך סי' כ"ב (ש"ך אלשיך)³⁰, י"א שזה דוקא במקום שכותבין בכתובה מטלטלין בחיים ובמותו (נתה"מ), וי"א שהרשות ביד היתומים לסלקה בקרקע (באר היטב³¹), ועי' פ"ת (סי' ק ס"א ד"ה מדינא), ומש"כ בש"ך לעיין בבסי' תיט, עי' ד"מ שמקשה שלא מצא שם דבר, ועי' לקמן (סי' קז סק"ד?) שהש"ך לומד דאפילו תפס מטלטלין יכולין היתומים לסלקו בקרקע (פ"ת).

(ב) אבל מחרימים על כל מי שיודע כו' - גם אם לא ראו בידו מעות מחרימין, כדלקמן (סעיף י'), אלא בא לומר דאפילו ראו בידו מעות אין משביעין ליה אלא בחרם סגי, ועי' לקמן סעיף ז (סמ"ע).

(ג) וכן אם נראה לב"ד כו' - פירוש, אפילו לא נמצא שקרן, דהיינו בעדים (סמ"ע). (ב) אם אין לו מעות, אינו צריך למכור כדי ליתן לו מעות, אלא נותן לו ממה שיש לו. ואם יש לו מטלטלים וקרקע, וחפץ המלוה יותר במטלטלים מבקרקע, צריך ליתן לו מטלטלים, אלא שנותן לו מאיזה מטלטלים שירצה הוא, ואין המלוה יכול לומר: איני רוצה מטלטל זה אלא זה.

(ד) א"צ למכור - י"א אף באפוטרופוס שהלוה מעות יתומים דינא הכי דא"צ הלוה למכור כדי לשלם במעות ויש חולקים שחייב (פ"ת).

(ה) צריך ליתן לו טלטל - דמטלטלין נוחים למכור, דאם לא ימצא קונים בעיר הזאת יוליכם לעיר אחרת וימכרם שם, משא"כ בקרקע, וכיון דהוא הלוה לו מעות, צריך ליתן לו דבר היותר קרוב למציאת מעות (סמ"ע).

(ו) מאיזה מטלטלים שירצה הוא - כמו באם פרע לו מעות דמשלם באיזה מטבע שירצה, וכן אם פרע לו בקרקע שדינו בבינונית שנותן לו מאיזה שירצה, וכדלקמן (סי' קב ס"ב) (סמ"ע).

(ג) אם יש לו מעות וקרקע, או מעות ומטלטלין, הלוה אומר לפרעו במעות, אין המלוה יכול לומר: איני רוצה מעות אלא קרקע או מטלטלין. (וכן) אם אין שם מעות, אלא קרקע ומטלטלין, והלוה רוצה ליתן לו מטלטלין, אין המלוה יכול לומר: איני רוצה אלא קרקע.

(ז) איני רוצה מעות כו' - דחכמים השוו דבריהן, וכמו דאם רצה המלוה מעות היה צריך ליתנם בע"כ של הלוה כיון שהן בידו וכנ"ל (סעיף א'), כן אם ירצה הלוה ליתן לו מעות צריך המלוה לקבלם. ועוד, שהרי אפילו בשני מינים מטלטלין (עי' לעיל סעיף ב'), או בינונית שביד הלוה (עי' לקמן סי' קב ס"ב), נתבאר דנותן לו הלוה מאיזה שירצה, כ"ש דנותן לו מעות במקום מטלטלין ומטלטלין במקום קרקע (סמ"ע), ועיין בתשובת נודע ביהודה [קמא חו"מ] סי' ט', ובתשובת חות יאיר סי' ל', ובתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קנ"ג מה שכתבו בזה (פ"ת)³².

(ד) אם אין לו אלא קרקע ובא ליתנו לו, ואמר המלוה: איני רוצה אותו ואיני מבקש ממך עתה כלום, אלא אמתין עד שיהיו לך מעות, הדין עם המלוה. הגה: וע"ל סימן ע"ד. היו מעות

²⁹ ז"ל: משמע דהיינו אפילו יש להן קרקע מיהו היינו מן הסת' אבל אם היתומי' רוצים לסלקו בקרקע הרשות בידם דבכה"ג לא תקנו הגאונים.

³⁰ לא עשיתי

³¹ עי' שו"ע (אה"ע סי' ק ס"א): מדינא דגמרא דכתובה, דהיינו עיקר כתובה ותוספת, אינם נגבים אלא מן הקרקע. ומתקנת הגאונים נגבים אף מן המטלטלים. וה"ה לכל תנאיה, חוץ מכתובת בנין דכרין. לפיכך אם גבו היורשים מעות בחובת אביהם, גובה מהם. (ומיהו רשות ביד היורשים לסלקה בקרקע). ועיי"ש בב"ש (סק"ד): מיהו רשות ביד היורשים וכו'. היינו היכא דלא כתב בפירוש מן המטלטלין, וכן הבעל יכול לסלקה בקרקע, כי הגאונים לא תקנו אלא היכא דלית ליה קרקע.

³² לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

הלוה מופקדות ביד אחר, מוֹלֵיֶאֱזֵן אוֹתָם וְנוֹתֵיֶן לְמַלוּה. אֲזַל אִם הָיוּ בָּדָם בְּהַלְוָאָה, אִין מוֹלֵיֶאֱזֵן מִיֶּדס קוֹדֶס הָאֱמֵן.

(ח) וע"ל סימן ע"ד - שם בסעיף ו' כתב המחבר כן (סמ"ע), עיין מה שכתבתי שם (סק"ד?) בענין היכא דזילי נכסי דלוה ע"י זה (פ"ת).

(ה) אם יש ללוה שטרי חובות על אחרים, יכול להנכותם לו וישומו אותם כפי מה שהוא הלוה, אם הוא אלם, וכפי מה שהם נכסיו, עידיית או זיבורית. (פי' המשובח שבקרקע שראוי לקבוע עליו דירה, תרגום נאות יעקב (איכה ב, ב) עדיית דבית יעקב, ופי' זיבורית, החלק הגרוע שבקרקע מלשון זבורא שהוא מין מהבעלי חיים העוקצים). הגה: ואפילו יש לו שאר מטלטלים, יכול להגבות לו שטרות נשואים. (דייק מהתחומות שהביא הכ"י שכתב למ"ד אין גובין מיירי שיש נכסים אחרים, ממילא למ"ד גובין מיירי נמי בכה"ג).

(ט) ואם יש ללוה שטרי חובות כו' - וי"א דמי שאין לו לשלם רק שטרות ורוצה המלוה שימכרם וישלם לו צריך לעשות כן וכן אם רוצה שיגבו אותם לו בתורת שומת ב"ד מגבין לו ע"פ שומא ונותנים לו השטרות וא"צ כתיבה ומסירה דגבייה דב"ד הוי כמכירה והלוה יכול למוחלם אחר שקבל אותם בחוב שלו וכן אם אין הלוה כאן כגון שהלך למ"ה או מת מגבין לו שטרות בשומא וכן ב"ח מאוחר והניח שטרות יכול לו' למוקדם הנחתי לך שטרות לגבות אף על פי שלא הגיע הז"פ תגבה אותם בשומא וכן שותף שהלך חברו למ"ה חולק שלא מדעתו ע"פ ב"ד השטרות בשומת ב"ד וכן אם הלוה אומר קח שטרות בשומא ואיננו רוצה לטרוח להוציא הדין עמו אבל אם אינו רוצה ליתן לו השטרות בשומא צריך לטרוח להוציא וא"י לומר תוציא אתה אף שהמלוה ג"כ אינו רוצה ליקח השטרות בשומא צריך הלוה לטרוח ולהוציא ולשלם לו אבל אם יש לו לשלם ממטלטלי או קרקע א"י להכריח את המלוה שיקח השטרות בשומא אלא צריך לשלם לו מטלטלי או קרקע (ש"ך), וי"א דשטרות אינם בני גבייה, ואפילו לשיטה זו דשטרות בני גוביינא היינו דוקא שעבוד נכסי דהוא מילי דמזבני בדינרי אבל שעבוד הגוף לא מזבין בדינרי ובני מחילה הם, ועוד בשטרות כל זמן שלא נכתב ונמסר לידו השטרות אין כאן הורדה, ואפילו למ"ד דאין צריך כתיבה ומסירה היינו מן הלוה, אבל מן הב"ד צריך כתיבה ומסירה והיינו שהב"ד יכתבו לו קני לך איהו וכל שעבודו וימסרו לו השטרות בעל כרחו דלוה והיינו הורדה דיליה. ולפ"ז במלוה על פה היכא דלא שייך מעמד שלשתן כגון בהלוואות גויים וכן למ"ד דאין מעמד שלשתן בעל כרחו דלוה (עיין ש"ך סימן קכ"ו סקכ"ח?) והלוה אינו רוצה לא שייך שומא כיון דליכא הורדה, ועיין לקמן (סי' קד ס"ד) דלא מיקרי גביה אלא אם נתנו בידו (קצה"ח), עיין ש"ך שהוכיח, דבמקום דלית ליה נכסי, שטרות בני גוביינא נינהו, וכשהבית דין מגבין אין צריך כתיבה ומסירה, ונראה דה"ה במלוה על פה, וכן הוא הדין בשותפין, שיכולין לחלוק על פי בית דין אפילו בחובות על פה, ואפילו בחובות גוים הדין כן שיכולין לחלוק. ומה שהבית דין מוסרין שטר חלוקה לכל אחד ואחד, קונה לכל אחד ואחד החובות שנפלו על חלקו (נתה"מ), ואין להוציא מיד מוחזק כדברי הש"ך נגד פסק השו"ע (פ"ת).

(י) י"א דבמוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל, אלא שנותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה.³³

(י) אינו מורידו לשומא כו' - דאנן סהדי שלא מכר לו זה מטלטליו וסחורתו על מנת לקבל קרקעות, וכופין ע"ז, מש"כ "כמו שהתנו", אינו רוצה לומר שהתנה כן בשעת המקח בתנאי גמור, דא"כ בהלוואה נמי הוה דינא הכי, אלא מיירי כדרך התגרין שמוכרין סחורה שיתן לו בעדה כך וכך מעות, ובזה אפילו קבע לו זמן לנתנת המעות והגיע הזמן ואין לו מעות צריך לשלם לו במעות דוקא, כיון דכל סוחר דעתו לכך מסתמא, משא"כ בסתם הלוואה שדעתו לא היתה אלא לגמול חסד עם הלוה, ולכן בשטר הלוואה שכתב בו שנתן לו מאה זהובים למחצית שכר, כיון שהנותן היתה כונתו להנאתו להרויח, צריך

33

עי' ברית יהודה פרק לח הערה א. ובנחל יצחק סימן עד סעיף ז דין במי שהתחייב למכור יי"ש לבני עירו כל מדה בדי' זהובים. ורוצים בני עירו לשלם לו בשטרי כסף שלא היו חריפים כל כך כמטבעות אפילו הוולו, כ"כ החו"ד ביו"ד סימן קסה, ועי' שו"ת בית אפרים חו"מ סימן א ודן שם כשהתנה

חוקן משפט חלק ד'

לשלם לו במעות כשמגיע הזמן, והיינו דוקא בשטר הלואה למחצית שטר ובהיתר, ויודעים כונת הנותן שהלווה על מנת שיחזיר ליתן לו מעות לזמנו שקבע עמו, אבל הנותן לחבירו סך מעות בסתם לישא וליתן בו למחצית שטר, כיון שדרך משא ומתן הוא להחליף סחורה בסחורה ומרויח בסחורה שלוקח במקום סחורתו, וזה עשה ג"כ כן, צריך הנותן להמתין להמקבל עד שימכור סחורתו בעד מזומנים, או יקבלה בעינה עם הריוח שעלה על הסחורה (סמ"ע), וצריך לשלם לו במעות וכדין פועל כמו שהתנה וכ"כ לקמן (סי' שלו ס"ב) (ש"ך), ואף על גב דלא התנה תנאי מפורש אמדינן לדעתיה דכל מוכר סחורה לזווי קא מכוין והוי כאילו התנה, ועי' דברי הש"ך בסק"ט (טו) דבאותו סחורה ודאי מצי מסלק ליה וכמו בפועל דמצי מסלק ליה במה שעשה עמו ולומר לו טול מה שעשית עמי בשכרך, ואף על גב דאינו יכול לסלק לפועל במה שעשה עמו אלא במידי דאכילה, היינו דוקא בפועל לפי שאליו הוא נושא נפשו ולהחיות נפשו הוא דקעביד משום הכי דוקא במידי דאכילה, אבל במוכר סחורה אין לחלק בזה אלא כיון שמסלק בסחורה דיליה יכול לסלקו (קצה"ח), ויש חולקים על הסמ"ע לענין הלואה למחצית שטר, שדינו כבע"ח ולא כמוכר סחורה (קצה"ח).

(ז) ³⁴האם יש מעות ללוה, ותולה אותם בעובד כוכבים³⁴, והמלוה חושש שהם שלו, מחרימין על כל מי שיודע שיש לו ממון או מעות. כיו"א שאם הלואה אמוד, אין שומעין לו וכופין אותו ליתן מעות.

(יא) אם יש ללוה מעות - מיהו היכא דאיכא פסידא ללוה אם יפרע מעות יכול לדחותו ליתן לו קרקע והיכא דהתנה ליתן לו מעות דוקא ואית ליה פסידא, התני חלה, הא דינו דבע"ח בזווי לא דינא דאורייתא הוא אלא חכמים תיקוהו ומש"ה במקום פסידא בידם לשנותו וכן הא דאמרינן בע"ח מסלק במטבע שהלוה אם כסף כסף אם זהב זהב נמי אינו אלא מדבריהם (קצה"ח).

(יב) מחרימין על כל מי שיודע כו' - עי' דברי לעיל (סי' א ס"א ד"ה דיני הודאות) [בזה"ז דנים דיני הודאות - פירוש שתובע אותו בעדי הודאה שהודה לו בפניהן או שהלוה אותו בפניהן, וה"ה אם תבעו בהלוואה בלא עדים ולענין שבועת היסת] גם י"ל דבא לכתוב עליו דאם הוא אמוד דאין שומעין לו כו' (סמ"ע).

(ח) ⁵אם נודע שהממון שלו ותלה אותו בעובד כוכבים, ואינו יכול ליתן לו כי העובד כוכבים מעכב, כופין למכור קרקע וליתן לבעל חוב מעות. יאוכן אם הדבר ידוע שיש לעובד כוכבים ערעור על נכסי הלוה, וירא המלוה ליטול קרקע מיראת ערעורו של עובד כוכבים, צריך הלוה לטרוח ולמכור וליתן המעות. @NO MB@

(ט) ל"כל מה שיתן לו, מקרקעי או מטלטלין, ישומו לו כפי מה שיוכל למכרם מיד, אפילו בביתו, לפי השעה ולפי הזמן, ולא שיצטרך לחזור למוכרו בעיירות ובשוקים או לעכבו עד שימצאו לו קונים או שיתייקר, דאם כן נעלת דלת בפני לוויים.

(יג) למוכרם מיד אפילו בביתו - לאו דוקא מיד ממש קאמר, עי' לקמן (סי' קג ס"א וברמ"א) דשמין מתחילה הקרקע ואח"כ מכריזין עליה ל' יום, ואם לא ימצא קונים שיתנוהו דמי השומא ששמאוהו, צריך המלוה לקבלם כפי מה ששמאוהו, והכא נמי גם משומת קרקע איירי. אלא שמין אותו כפי מה שהיה שוה אם היה לפנינו קונה שצריך לו ורוצה לקנותו, ואין ראייה במה שאין עתה בני אדם שרוצים לקנותו ואין רוצין ליתן כל כך בהשומא די"ל דמשום שרואים שמכריזים עליה ושצריכים למכרו כדי לשלם בדמיו, סבורין לדחוק המוכר או להבית דין שיתן לו בזול וכדרך בני אדם. ולא בא אלא למעט שישומו אותו כפי מה שהיה יכול למכרו עתה, ולא אם היה מוליכו לעיירות אחרות או בשעה שנתיקרו וכדמסיק (סמ"ע).

(יד) ולא שיצטרך לחזור כו' - נגד מ"ש "ששמין כפי מה שיוכל למכרו בביתו", כתב כאן "ולא שיצטרך למכרו בעיירות". ונגד מ"ש תחילה "לפי הזמן", כתב כאן "או שיתייקר". וכנגד מ"ש "לפי השעה", כתב כאן "ולא שיצטרך להמתין עד שימצאו לו קונים". ור"ל,

ל: Commented [YL7]
א הבנתי כלום

³⁴ פי' הם מחוייבים לגוי מלפני כן.

חוקן משפט חלק ד'

קונים הרבה שיוסיפו זה על זה. אבל מ"מ ישומו אותו כפי מה שהיה נותן בעדו הקונה הצריך לו (סמ"ע).

(י) ל'מגבין למלוה כל המטלטלים שימצאו ללוה, ואם לא הספיקו המטלטלים, מגבים לו קרקע אחר שהחרימו על כל מי שיש לו מטלטלים או על כל מי שיודע שיש לו מטלטלים ואינו מביאם לב"ד. (וכן עיקר, וללא ל'כ"א סל"ד לישבע על זה), וגובים כל הקרקע שיש לו, אפילו הוא משועבד לכתובת אשה או לבעל חוב שקדם, מגבים לזה מיד, ואם יבא ראשון ויטרוף, יטרוף.

(טו) ודלא כ"א דצריך לישבע ע"ז - ועיקר דאף שנותן לו קרקע צריך לישבע ע"פ תקנת הגאונים (ש"ך), וי"א דא"צ לישבע דכיון דאפילו אית ליה זוזי יכול לסלקו בקרקע היכא דאית ליה פסידא וכנ"ל סק"ה?, וכיון דזה טוען אין לי ואינו רוצה לישבע אפילו באמת וכמה פעמים דאין אדם כשר רוצה לישבע אפילו שבועת אמת וכל אשר יש לו יתן ולא ישבע א"כ הוי כמו פסידא דאפשר ימכור נכסיו בחצי שוין ובמקום פסידא אינו צריך לסלק בזווי (קצה"ח), העיקר כהרמ"א, ואפילו נודע לנו שהיו לו מתחילה מעות ועכשיו טוען שאין לו כי הפסידם, אין לנו להשביעו רק להחרים. ומ"מ אם טוען המלוה ודאי וברי לי שיש לך מעות, א"כ ברור דיש הבדל בין גביית מעות לגביית קרקע בשווי פרוטה והרי כאן תביעה בשוה פרוטה, מחויב לישבע היסת לכו"ע, ועי' מש"כ לעיל (סי' פב ס"ג סק"ד?) (פ"ת).

(יא) ל'היו לו מטלטלין או קרקע, ויש עליו חובות לעובדי כוכבים, ואומר: הרי כל נכסי משועבדים לעובדי כוכבים, ואם יטלו אותם ישראל יבואו העובדי כוכבים ויאסרו אותי ואהיה בשביה, אין שומעין לו, אלא יגבה הישראל חובו, ואם יאסרוהו העובדי כוכבים הרי כל ישראל מצווים לפדותו.

(טז) ואומר הרי כל נכסי כו' - אפילו יודעים בית דין שכדבריו כן, מ"מ אין שומעין לו (סמ"ע).

(יז) אין שומעין לו כו' - מיירי כשהגיע זמן היהודים לפרוע להם וע"ש עוד חלוקי דינים בזה ועיין בתשובת מהרשד"ם סי' קפ"ד³⁵ (ש"ך).

סימן קב - מאיזה קרקע מגבין החוב לבעל החוב, ובו ה' סעיפים.

(א) ל'בא המלוה לגבות קרקע, מגבין לו מן הבינונית שבנכסי הלוה, ל'דבשלו הם שמין.

(א) מגבין לו מן הבינונית - דבר תורה בעל חוב דינו בזיבורית, אלא שחז"ל אמרו בעל חוב בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוין (סמ"ע).

(ב) דבשלו הם שמין - כגון אם היה לו עידית ובינונית וזיבורית, אפילו אם הבינונית שלו טובה כעידית דשאר העולם, מגבין לו ממנה. והיינו לחומרא דנתבע, וכ"ש דאזלינן בתריה לקולא, כגון אם היתה עידית דלוה כבינונית דעלמא ובינונית דלוה כזיבורית דעלמא, דנותן לו מבינונית דלוה (סמ"ע).

(ב) ל'היו לו שלשה או ארבע שדות בינונית, לא יוכל המלוה לומר: תן לי משדה פלונית שהיא חביבה עלי, אלא ברשות הלוה הוא ליתן לו מאיזה שירצה, אם חפץ המלוה בזיבורית, ואומר לו: תן לי זיבורית טפי פורתא (פי' מעט יותר), שומעים לו, ונוטלה בזולא דהשתא ולא ביוקרא דלקמיה. הגה: ויש אומרים לאין כופין אותו ליתן לו זיבורית, אללא אם כולא ליתן לו זיבוריא דלקמיה, כופין אותו ליתן לו בזולא דהשתא.

(ג) מאיזה שירצה - דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, דהיינו מאיזה שירצה. גם יש ללמדו מניזקין דכשמשלם לו ממטלטליו נותן לו מאיזה טלטל שירצה דכתיב כסף ישיב לבעליו, ישיב לרבות אפילו סובין, וה"ה אם משלם בקרקע דמשלם לו מאיזה עידית שירצה (סמ"ע). ואם אין לו רק זיבורית, ג"כ אינו יכול הבעל חוב לכפותו ליתן לו מאיזה שדה זיבורית שירצה, רק נותן לו מאיזה זיבורית שירצה הוא. עי' ש"ך קיט סק"ו??, ואם יש לו עידית וזיבורית, אינו יכול לכפותו על

³⁵ לא עשיתי

גם היש"ש לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

איזה זיבורית שירצה, לפי דקיי"ל בשלו הן שמין, שאפילו בבינונית וזיבורית אינו כופיהו על איזה זיבורית שירצה, דכיון דבשלו שמין הרי הזיבורית שמן בינונית, דמי נתן להם שם זיבורית הלא אין משגיחין בשל עולם כלל, וכיון דבינונית שמן, ונותן לו לפי שומת הבית דין בינונית כדינו, אינו יכול לכפותו וליתן לו יותר מדינו [ועיין סמ"ע ס"ק ו' ויש שם טעות סופר, וכצ"ל, אם גילה הלוח דעתו שרוצה ליתן לאחר עידית כיוקרא דלקמיה וכו'] (נתה"מ).

(ד) תן לי זיבורית טפי פורתא - פי' שאז בימי ניסן יקרא ארעתא וביומי תשרי זל ארעתא, דמצי א"ל מלוה ללוה, אילו הוה לי זווי הוה שקיל כהשתא, השתא דזווי גבך אשקול כיוקרא דלקמיה. ופירש"י דבימי הקיץ ניר וחורש הלוקח השדות, ובימי תשרי וחשוון זורעין, ובימי תשרי זלין, שאין סיפק לזורען באותה השנה, דכבר עבר זמן הניר והחרישה ואינן ראוין לזרוע בהו עד שנה הבאה, ומשו"ה הן בזול. וכתבו התוס', גם בבתיים שייך זל ויוקרא כה"ג, שרגילין להיות ביוקרא בזמן שרגילין לשכור הבתיים, ולאחר ששכרו זילו דלא נמצא עוד שוכרין (סמ"ע).

(ה) דאין כופין אותו כו' - טעמו, דס"ל דלא עדיף כחו דמלוה בזיבורית הללו מאילו היו בינונית, ואם היו בינונית היה רשות להלוה ליתן לו מאיזה בינונית שירצה, גם עתה יאמר לו לא אתן לך מהזיבורית טפי כי ניחו לי, אלא אתן לך בינונית בציר פורתא, והמוציא מחבירו עליו הראיה (סמ"ע), וי"א דעיקר כמחבר (ש"ך).

(ג) אם אומר המלוה: תן לי עידית בציר פורתא (פי' מעט פחות), אין כופין אותו ליתנה לו אפילו ביוקרא דלקמיה, אם אין ללוה אלא עידית, אינו יכול למכרה ולקנות בינונית להגבות לבעל חובו, אלא מגבין לו מהעידית. ואפילו יש לו עידית במקומו ובינונית במקום אחר, אינו יכול לומר לו שיטול מהבינונית שיש לו במקום אחר, אלא צריך ליתן לו מעידית שבמקום הבעל חוב.

(ו) תן לי עידית בציר פורתא - הטעם דאין כופין אותו, משום דאין שעבוד המלוה על העידית. וגם בזה אם גילה הלוח דעתו שירצה ליתן לו עידית כיוקרא דלקמיה, והוא רוצה ליקחנה כך, דצריך ליתן לו כיוקרא דלקמיה (סמ"ע).

(ז) ולקנות בינונית כו' - דחז"ל השוו מידותיהן, וכמו שאם אין לו אלא זיבורית א"צ למוכרם ולקנות בעדם בינונית וליתנם למלוה כדינו, כן נמי בעידית, אלא לעולם משלם ממה שהוא נמצא בידו (סמ"ע).

(ח) ובינונית במקום אחר - פירוש, דאית ביה משום נעילת דלת אם יצטרך לטרוח לילך לניר ולחרוש ולזרוע ולקצור ולהביא התבואה הוא או ע"י פועליו בכל שנה במקום אחר. ובכה"ג טורף אפילו ממשעבדי שהן במקומו בני חורין שיש לו בעיר אחרת, וכמו שלקמן סי' קיא סי"א (סמ"ע).

(ד) אין לו אלא עידית או בינונית או זיבורית, יקחנה כמו שהיא. אם יש לו עידית ובינונית, יתן לו בינונית. יש לו עידית וזיבורית, לא יתן לו אלא זיבורית. יש לו זיבורית ובינונית, אם היתה לו עידית בשעה שלוחה ומכרה, צריך ליתן לו בינונית. ואם לאו, יתן לו זיבורית.

(ט) יתן לו בינונית - פירוש, אף שהיא כעידית דעלמא, דבשלו הן שמין וכנ"ל סעיף א' (סמ"ע).

(י) אם היתה לו עידית כו' - דאז היתה סמיכות דעתו על הבינונית וחל שעבודו עליה והרי היא עדיין בידו, משו"ה צריך ליתן לו ממנה אף שאין לו לעת עתה טובה ממנה והיא בידו בתורת עידית (סמ"ע). וי"א דהיינו דוקא כשמכרם אחר שהגיע הזמן פרעיון או אחר ל' יום בסתם הלואה וצ"ע דמדברי הגמרא והפוסקים משמע שאין חילוק (ש"ך), כיון דבשעת הלואה היה לו, כבר חל שעבודו על הבינונית. ודוקא בכה"ג, כיון דבשעת הלואה היה עליו שם בינונית שוב לא יפקע שמו במה שמכר העידית, אבל כשלא היה לו בשעת הלואה רק בינונית, וחל שעבודו עליו, ואח"כ קנה זיבורית, גובה זיבורית. והטעם, דבשעת הלואה לא היה על השדה שם בינונית שתיקנו לו חכמים, דבשלו הן שמין והוי עידית לדידיה, ועכשיו קנה דבר ששיעבדו לו חכמים דהיינו בינונית, ואם היה לו עידית ונשתדף, נראה ג"כ דגובה מהזיבורית, דדוקא במכרה, דלאו כל כמיניה לקלקל

חוקן משפט חלק ד'

בידים שעבודו שהיה לו בשעת הלואה, ועוד, דגם עכשיו הרי העידית תחת שעבודו אף כשמכרה, דאם ישתדפו שאר הנכסים יגבה מהעידית, משא"כ בנשתדפו העידית (נתה"מ).

(ה) היה לו עידית, בינונית וזיבורית, והתנה עמו לפרעו מהעידית, והיתה לו עידי עידית ונפסדה, קיימא עידית במקום עידי עידית, ואינו פורעו אלא מהבינונית.

(יא) והתנה עמו לפרעו מהעידית - אם לא נפסדה עידית נותן לו עידי אבל אינו גובה מעידי עידית (ש"ך).

(יב) במקום עידי עידית - דאנו אומדין דעתו דלא נתרצה לשלם לו מהעידית אלא משום דסבר הרי יש בידי עידי עידית (סמ"ע).

חושן משפט חלק ד'

ערב

סימן קכט – דין הערב בשטר ועל פה, ומתי נפרעין מן הערב, ובו כ"ב סעיפים.
(א) ל"המלוה את חברו(א), ואחר שהלוהו אמר לו אחד: אני ערב, או שתבע את הלוה בדיון, ואמר לו אחר: הנח ואני ערב(ב), או שהיה חונק את חברו בשוק ליתן לו, ואמר לו: הנח ואני ערב, אין הערב חייב כלום ואפילו אמר בפני ב"ד: אני ערב. הגה: מ"מיהו אס פ"ע למלוה ציווי הלוה(ג), חייב לשלם לו מה שנתן למלוה. אבל אם קנו מידו שהוא ערב ממון זה, בין בפני בית דין בין בינו לבין המלוה(ד), נשתעבד. מ"האומר לחציו(ה): אני ערב לך צעד יום אחד, אינו כלום.

(א) המלוה את חברו כו' - דאינו משתעבד בלא קנין כיון דדיבור בעלמא שלא בשעת מתן מעות הוא (סמ"ע).

(ב) ואמר לו אחר הנח - פירוש, אמר לו הנח לו עתה, ואם לא יתנו לך הוא לאחר זמן, אני אתננו לך. אבל אם פטרו על פיו לגמרי, יתבאר ברמ"א בסעיף ג' דהו"ל כערב בשעת מתן מעות (סמ"ע, ש"ך), עיין בתשובת מהרשד"ם סי' פ"ח ועיין בתשובת רמ"א סי' ל"ג וע"ב (ש"ך)³⁶.

(ג) מיהו אם פרע למלוה בציווי הלוה כו' - אינו חייב אף שאמר לו ערבני עד שיאמר לו ג"כ ושלם לו, ואז פשיטא דחייב, ועי' לקמן (סי' קל ס"ב) (סמ"ע), וי"א שאפילו אם רק אמר ערבני חייב וע"ל סי' קכ"ו ס"ב (ש"ך).

(ד) בינו לבין המלוה כו' - פירוש, אפילו בלא עדים, דלא איברו סהדי אלא לשיקרא כדלקמן (סי' קפט ס"א וקצה ס"א) (סמ"ע).

(ה) האומר לחברו כו' - ע' בס' א"א דפ"ו ע"ד (ש"ך).

(ו) אני ערב לך בעד יום אחד כו' - טעם הדבר משום שלא ביאר על מה ערב לו, אם שילך הלוה בשליחותו יום אחד, או שלא יצא מכאן יום אחד, לפיכך אפילו אם קנו מידו על כך אינו כלום (סמ"ע), אם כתב בכת"י כל מי שיתנדב ללות לפלו' כך ממון אני נכנס עבורו ערב קבלן, אין זה ערבות כיון שלא אמר בשם ציווי תן לו ודמי למי שאמר כל הזן אינו מפסיד (יו"ד סי' רלה ס"ב) [שחייב לשלם אבל אינו ערב, אלא אדם יכול לחייב את עצמו עי' ש"ך ריש סי' מ], ואם שלוה פרע פעם אחת שוב גם הערב פטור מהערבותו ואינו משועבד להלוואה שניה שלוה ממנו, ועיין בתשו' מהר"א נ' ששון, ועיין בתשובת ר"א נ' חיים סימן ס'³⁷ (ש"ך), כל שלא אמר בלשון שליחות אינו חייב מטעם ערב, אבל עי' לעיל (סי' מ ס"א) שאדם יכול לחייב את עצמו, ולפי מ"ש (סי' מ ס"א ד"ה הוה עלי) דאינו מתחייב כלל בדברים אלא דרך הודאה דאודייתא קנין וגם בעיני דוקא "אתם עדי" א"כ כל הזן אינו מפסיד אם אינו שליחות וצווי שלו לא מתחייב בדיבור בעלמא, אבל עי"ש בש"ך שיכול לחייב את עצמו אפילו לא דרך הודאה (קצה"ח), ויש חולקים על הקצה"ח, ובערב בשעת מתן מעות דעל אמונתו הלוהו, אפילו לא אמר לשון שליחות רק "ואני ערב" לחוד, ג"כ חייב (נתה"מ), ראובן שעשה מעמד עם שמעון שיעמיד סחורתו למקום פלוני על אחריותו, והשליש שמעון על זה חפצים לבטחון תחת יד לוי, ולוי נתן לראובן כתב שלישות, ולפי שענין האחריות הוא מחמת העברת מכס לא פירש בכתב השלישות, רק נכתב בתוכו שאחר י"ד ימים מי שיביא לו הכתב הלז בחתימת ידו מחויב למסור לו החפצים או סך פלוני, והלך שמעון עם הסחורה למדינת תוגר והצליח שהביאה בשלום, ומסרה ליד ראובן והחזיר הכתב ליד שמעון. ואחר ימים עשו ראובן ושמעון שנית מעמד ביניהם בלי ידיעת לוי השליש, ומסר ראובן לשמעון סחורה על אחריותו ועל סמך הבטחון המונח ביד לוי, וראובן קיבל שנית משמעון בלי ידיעת לוי, ולא עלתה בידו בשניה ונלקחה הסחורה במדינה הנ"ל על בית המכס. ועתה בא ראובן ותובע את לוי שימסור לו הבטחון או תמורתו כפי הכתב, ולוי משיב שהוא יש לו חוב אצל שמעון, ובראשונה נתרציתי להיות שלישי ביניהם, ואחרי שהושלם התנאי בפעם ראשונה ומסר לך הסחורה בשלימות נתבטל ענין השלישות, ותפסתי החפצים אלו

³⁶ לא עשיתי

³⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

של שמעון על החוב שלי, ומה איכפת לי במעמד השני שעשית עמו בינו לבינך. הדין עם השליש, דאחר שהעמיד שמעון הסחורה בפעם ראשונה נסתלק שם משכון ונעשה פקדון אצל השליש כנ"ל (סי' עב סמ"ג, עיי"ש בש"ך סק"י? וסקל"ז?), ומהיכא תיתי לא יוכל השליש לתופסו על חובו. ומה שזה חזר ושעבדו שנית לראובן, מה איכפת ליה לזה השליש כיון שראובן לא שאל את פיו, שאם היה עושה על פיו אפשר שהיה השליש מתחייב לשלם לו מדינא דגרמי כיון דעליה קא סמיך והוא לא הודיעו שתופס למשכון על חוב שלו, אבל אחרי שלא הודיעו כלום אין אחריותו עליו כו'. ואם מחמת שלא הוחזר לו הכתב, אין זה מעכב מלסלק השעבוד מעל המשכון, דמיד כשקיבל סחורתו נתבטל חיוב הכתב ומחויב להחזירו לבעל המשכון או להשליש אם כבר החזיר המשכון, ובשביל שעכב הכתב אינו כלום, ואף על פי שחזר זה ושיעבד לו המשכון שנית ע"פ כתב זה אין בכך כלום. ואפילו אם היה מועיל מסירת הכתב של בעל החפצים ועי"ז נשתעבדו החפצים לבעל הסחורה אף להוציאם מיד השליש התופס, מ"מ פשיטא שיכול השליש לומר שלא היה בדעתו להתחייב בכתב זה נגד בעל הסחורה רק על פעם ראשונה בלבד כו'. ואין לומר דכיון דנכתב סתם הוי כאילו נתרצה על כמה פעמים, ואפילו אם בעל הסחורה אמר להשליש זכה בעבורי בחפצים הללו בתורת משכון לא מהני, כיון שלא נתן לו מעות, רק על אחריות סחורה, ואכתי לא מטא זמן חיובא, ואין נופל בזה שם זכיות כלל (פ"ת).

(ב) מ"אמר להם בשעת מתן מעות: הלוהו ואני ערב, נשתעבד הערב ואינו צריך קנין. הגה: מ"אפילו לא נתערב בהדיא, רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא, ועשאו על פיו והיה שקר, חייב לטלס לו, דהוי כאילו נתערב לו. וכן אם בית דין עשו אותו ערב, נשתעבד אף על פי שלא קנו מידו, כגון שהיו ב"ד רוצים לגבות מהלוה, ואמר להם: הניחוהו ואני ערב לכם, הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד, באותה הנאה שעבד עצמו.

(א) ואינו צריך קנין - ראובן שמכר מלבוש לשמעון על תנאי שיעמיד לו ערב, ונתן לשמעון הלבוש ולבשהו ולאחר זמן העמיד לו ערב, מיקרי ערב בשעת מתן מעות, הואיל ותחילת נתניה היתה על פי הערבות ה"ל כאילו לא נגמר הדבר עד שעת שהעמיד לו ערב. פירוש, ויש לו רשות ליטלה מהלוקח, דהא לא נתנה לידו אלא בתנאי שיתן לו ערב והאמינו ע"ז (סמ"ע).

(ב) ואפי' לא נתערב כו' - וי"א דפטור כל שלא אמר לו "תראה שאני סומך עליך", ואפי' לדברי האומר לקמן (סי' שו ס"ז) דבמראה דינר לשולחני אפילו לא אמר "תראה שאני סומך עליך" מודה דבזה פטור אם לא א"ל, כיון שלא היה מוכרח לעשות כן, ומזה שהרמ"א לקמן צריך שיאמר "תראה וכו'", ולא הזכירו כאן, צ"ל דכאן מיירי שיש הוכחה שסמך עליו ושחבירו יודע שהוא סומך עליו, ומ"מ אם הוא בקי כגון אחיו ושותף היודע בעסקיו וקרן שלו ויודע שאינו חייב לאחרים אפי' א"ל חזי דעלך כו' פטור (ש"ך), מש"כ הש"ך "אם הוא בקי וכו'" הטעם, דהוי כמו מראה דינר לשולחני דאומן פטור דהוי אונס, וה"ה בבקי הוי כמו אומן דפטור מטעם אונס (נתה"מ).

(ג) והיה שקר - פירוש, ולא היה בטוח בשעה שאמר לו שהוא בטוח. אבל אם היה בטוח ונתקלקל אח"כ פטור זה, דאין לשון זה כערבות, ועיין לקמן (סי' שו ס"ו) מדינין אלו (סמ"ע), חייב דלא ה"ל ליעצו על ככה שאין אדם יכול לידע מה שיש לחבירו אפי' אדם לגבי בנו או להיפך אפי' ראה אצלו זהב וכסף ומטבע הרבה דילמא אינו שלו או חייב עליהם אלא ככה"ג שהיה אחיו וידע שנפלה להם בירושה סך חשוב וידע ג"כ שלא היו חייבים מקודם הירושה לשום אדם או שהיה שותפו מקודם בזמן מה ויודע מה שהיה לו בחלק החברותה סך חשוב וגם יודע בבירור שאינו חייב לשום אדם ואח"כ נמצא בהאי שעתא שבא לו סיבה והיזק שירד מכל נכסיו וזה לא ידע חשוב כאנוס ופטור אפי' א"ל "תראה שאני סומך עליך" ולא צריך לקבל היסת דלא ידע דהא אין טוענו אלא שמא, וכ"ש אם היה בטוח ונתקלקל אח"כ שהוא פטור כיון שנתקלקל אח"כ, עיין בפ' גט פשוט בשלטי גבורים דף רמ"ד ע"ב³⁸ (ש"ך), עי' ש"ך ומשמע דאין בזה חיוב מטעם

Commented [YL8]:
ומ"מ אם הוא בקי כגון אחיו ושותף היודע בעסקיו וקרן שלו ויודע שאינו חייב לאחרים אפי' א"ל חזי דעלך כו' פטור - נוגע לכאן או רק לסי' שו?

³⁸ לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

- ערבות רק מדין גרמי, ונפק"מ למאן דפוטר בדיני דגרמי במת, דס"ל דדיני דגרמי הוא רק קנס ולא קנסו בנו אחריו (סי' לקמן סי' שפו סק"א? בש"ך) (נתה"מ).
- (ד) וכן אם בית דין עשו אותו ערב כו' - פירוש, ואף שהוא שלא בשעת מתן מעות ובלא קנין, משום נאמנות הב"ד³⁹ (סמ"ע).
- (ג) מ"אם על פיו החזיר שטר או משכון, הוה ליה ערב בשעת מתן מעות. הגה: "וכן אם פטר הלוח על פי הערב, ה"ל כערב בשעת מתן מעות. "וי"א דאם היו לערב מעות של לוח בידו בשעת שערב, נשתעבד בכל ענין.
- (ה) או משכון - י"א דאפילו אם המשכון אינו שוה כנגד כל מעותיו, הוה ערב בשעת מתן מעות על כל ההלואה, וי"א שאין להוציא ממון יותר משויות המשכון, ואף נגד שווי המשכון לא הוי ערב כו' (פ"ת).
- (ו) וכן אם פטר הלוח על פי הערב - פירוש, שפטר המלוה להלוה מיד ע"פ ערבותו לגמרי, שאמר לו "מעתי לא יהיה לי עסק עמך כי אם עם הערב", ומשום הכי משתעבד הערב אפילו הוה לאחר מתן מעות. ודומה לזה כתב הרמ"א לקמן (סי' קכא ס"ב): וכן אם המקבל פטר להנותן לגמרי צריך זה שהמעות בידו ליתנם להמקבל דהא לא גרע מערב דעלמא, ועי' דברי שם (סקי"א?) (סמ"ע), ועיין בתשו' רמ"א סי' ע"ב⁴⁰ (ש"ך).
- (ז) בכל ענין - פירוש אפילו אחר מתן מעות, ואפילו אם לא פטר הלוח לגמרי (סמ"ע), הרמ"א כתב הדין הראשון בסתם ודין הב' בלשון יש אומרים, שאין דין זה מוסכם, ואין זה נכון, אלא דוקא כשזה הממון שנתערב עבורו היה בידו חייב הא לאו הכי לא, אפילו אם היה בידו מעות אחרות של הלוח (ש"ך).
- (ד) מ"ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב: ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או (שהעדים) [שהעדים] מעידים עליו, מ"ה"א שמשמעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חורין, מ"ו"א שאינו משתעבד אלא בקנין. יולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות, צריך קנין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות.
- (ח) או שהעדים מעידים עליו - מ"ש "שהעדים" נראה דט"ס הוא, וצריך להיות או "שעדים" בלא ה"א, ור"ל עדים דעלמא (סמ"ע).
- (ט) יש אומרים שמשמעבד בלא קנין - דזה דומה למתחייב לחבירו וכתב לו בשטר "אני חייב לך מנה", דחייב אפילו בלא קנין וכמ"ש לעיל (סי' מ ס"א), והחולקים ס"ל דכאן ששיעבד נפשו בתורת ערבות ואסמכתא היא, גרע מהמחייב נפשו עתה לגמרי. וזהו ג"כ טעם הרמב"ם המצריך קנין אפילו בערבות היוצא קודם חיתום שטרות, ואפילו כתוב בשטר "ופלוני ערב" בוי"ו, ואם לא קנו מידו, סבירא ליה דאפילו מבני חרי אינו גובה (סמ"ע).
- (י) ולהרמב"ם כו' צריך קנין - שונה מסי' מ שערב דמי לאסמכתא לכך לא מהני רק בקנין (ש"ך, נתה"מ).
- (יא) אלא לאחר מתן מעות - הא דבכל סוגית הש"ס דבעינן ערבות בשעת מתן מעות, היינו דוקא בהלואת מעות שאין דרך להקפיד על כתיבת השט"ח, דסגי בעדים או משכון, רק מיירי בגוונא שנתרצו אחר כך לכתיבת שטר, אבל במקום שמקפידים על שטר, אז הוה ערבות בשעת מסירת המעות, ומשעבד, וצ"ע (פ"ת).

³⁹ זה תוספת של הסמ"ע סק"ד.

⁴⁰ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

(ה) יאכשם שאין הערב משתעבד אלא בקנין⁴¹, או בשעת מתן מעות או בבית דין, כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מדרכים הללו, שאין חילוק ביניהם אלא לענין שעבוד כתובה (או נדוניה לחתן), כמו שנתבאר בטור אבן העזר (סימן ק"ב סעיף ו'). כל היכא דבעי קנין, אי לא קנו מיניה אינו גובה אפילו מנכסים בני חורין, אפילו כתב לו שטר. הגה: "וואפילו נתן לו תקיעת כף, אם הוא במקום שלא נהגו לתנות ככך. ומ"מ כופין אותו לקיים שבוטחו. וע"ל סי' ע"ג סעיף ח'. "מי שנתן מתנה לחזירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב, י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות, "ויש חולקין.

(יב) אלא לענין שעבוד כתובה - פירוש, דבערב בלא קבלנות אינו משתעבד בלא קנין אף שהוא בשעת מתן מעות, ומחבר (אה"ע סי' קב ס"ו) אפילו בקנין אינו משתעבד, משום דסבר מצוה קעביד ולא מידי חסרה דהא טב למיתב טן דו, אבל בקבלן חייב אפילו בלא קנין. ובערב בנדוניה איכא נמי טעם דסבר מצוה קעבידנא וליכא טעם למיתב טן דו, ומשום הכי איתא בה פלוגתא שם ברמ"א, אי נתחייב בערב, אבל לכו"ע יכול לחזור בו ערב נדוניה קודם הנישואין ואפילו קנו מידו, כיון דעדיין לא נעשה מעשה על פיו. וערבות דידן הן בשביל הקנס, דאין יכולין לחזור משום בושת, ולא ערבות בשביל הנדוניה (סמ"ע).

(יג) שם - הנותן מעות למחצית שכר והעמיד לו ערב בעד השבח, אף על גב דלאו מידי חסריה, מ"מ כיון דלאו מצוה קעביד משתעבד בלא קנין (סמ"ע), ורצה לומר שהנותן העמיד ערב להמקבל בעד השבח השייך בעד טרחתו והלכך ה"ל כערב בשעת מתן מעות דאף ע"ג דהשבח אינו בעין מכל מקום אי לאו דקבל עליה השבח לא היה מקבל לטרוח בעסק זה והוה ליה כאלו שכרו בכך וכך שיעסוק לו עסק פלוני אבל המקבל אסור להיות ערב בעד השבח וגם אם העמיד ערב ה"ל לגבי השבח השייך לנותן ערב שלא בשעת מתן מעות דאינו משתעבד אלא בקנין (ש"ך), וי"א דבהתיר עיסקא כיון דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וחלק הריוח שעולה ממחצית הפקדון הוי ממש של הנותן כיון שעוסק עליו והעמיד ערב שכל מה שיהיה בידו חלק הנותן יחזיר לו הו"ל כאילו העמיד ערב שאם ילוה לו לאחר זמן יחזיר לו ואף על גב דהשתא אינו מלוהו, וה"נ האי שבחא דנותן מלוהו אח"כ על פי ציווי הערב כיון דחלק הנותן מניח בידו. ואם ידוע שהיה ריוח מעיסקא מחויב הערב לשלם לנותן את חלק הריוח שהגיע ליד המקבל אפילו בלא קנין, ועיין מ"ש לעיל (סי' פא סק"ל?) (קצה"ח), ויש חולקים על הקצה"ח דכשנולד השבח כבר הוא תחת יד המקבל, ולא הוי כהוציא ממון על פיו. אמנם מש"כ בש"ך "דהוי כשעת מתן מעות כיון דקיבל עליו לטרוח", לפי"ז הדין כן גם בשכירות מטלטלין, ומ"מ בערב לגוי בעד הריבית, אף דאגר נטר במעות דומה לשכירות מטלטלין, אפ"ה לא הוי רק כערב שלא בשעת מתן מעות (עי' יו"ד סי' קע ס"ב ברמ"א ועיי"ש בש"ך, ועיי"ש בדברי בחוות דעת) (נתה"מ), עיין באה"ט [סקי"א] עד דאפשר דגם הראב"ד מודה דשטר גרע כו'. ועיין בתשובת רשמי שאלה סי' נ"א מה שמחלק בזה, עש"ה (פ"ת).

(יד) אפילו כתב לו שטר - דקדק וכתב "כל היכא דבעי קנין כו' אפילו כתב לו שטר", ולא כתב בקיצור דלא מהני בדין זה שטר, משום דבזה יש פלוגתא כמ"ש בסעיף ד', ולא בא כאן אלא לומר דלמ"ד דבעי קנין לא מהני שטר, ור"ל אפילו כתב לו שטר בפני עצמו, ומה שסתם המחבר אח"כ בסעיף ז' דאם כתבו אחר חתימת העדים אינו גובה אלא מבני חורין, ושמע מינה דמבני חורין מיהא מגבא גבי, שם איירי בדקנו מידו, וקאי אמה

41

הוא בכלל מחייב עצמו. ועי' שער משפט סימן מ סק"א שאם יש לו חובות ואין לו נכסים לפרוע לכולם, שאר בע"ח קודמים לחוב זה שנתחייב במה שלא היה חייב, עיי"ש, ועי' ערך ש"י שם ובנחל יצחק סימן קד, ועי' פרק כב הערה ה בענין מחייב עצמו באונס. בד"ג כלל עת סימן כא הביא בשם שו"ת שבו"י ח"ג סימן קמה שמי שנתערב לחבירו וכתב לו שטר בלשון חיוב, ואח"כ הוברר שהיה לאחר מתן מעות, שאינו מתחייב כערב בלא קנין, וכתב שלכאורה כיון שכתב אני חייב לך, חייב לשלם, אלא שהביא בשם שו"ת רמ"א סימן עב ושו"ת חו"י סימן קלב שכתבו שכל שאנו יודעים שהחיוב

הסימן של המחייב עצמו היא סי' רז ס"ב.

חוקן משפט חלק ד'

שכתב לפני זה (סמ"ע), מש"כ הסמ"ע שיש בזה פלוגתא לא מוכרח, דאפשר לכו"ע שטר גרע מאחר חיתום (ש"ך), ועי' דברי לעיל סק"י(א).

(טו) אם הוא במקום שלא נהגו לקנות בכך - עיין לקמן (סי' רא ס"ב) דיש מקומות דנוהגין התגרים לקנות בכך (סמ"ע), אע"ג דשם איירי בתקיעת כף שאין עמו שבועה, לא גרע זה מסיטומתא וצריכין בניו לקיים אף כשמת במקום שנהגו בכך (ש"ך).

(טז) ומכל מקום כופין אותו לקיים שבועתו - ונפקא מינה, אם מת זה שתקע כפו דאין מחייבין את יורשיו משום שבועה, ואפילו בחייו אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא משמתין אותו לקיים שבועתו, וגם אם נשאל על שבועתו והתירוהו, בדיעבד מהני לפי שיטה אחת משא"כ אי משתעבד מדין ערבות עי' לקמן (סי' רז סי"ז?, ורמ"א סי' רט ס"ד) (סמ"ע, ש"ך).

(יז) ויש חולקין - הסברא הראשונה עיקר, משום דבשעת המתנה נחשב כשעת מתן מעות (סמ"ע), וי"א עיקר כסברא אחרונה משום דליכא למימר בזה בההיא הנאה דמהימן ליה משעבד את עצמו, אמנם במקום שלא חסר לו כלום, אז צריך קנין ככל שעבוד לאחר מתן מעות (ש"ך).

(יח) וי"א דהיכא דקנו מיניה, טורף ממשעבדי אף על פי שלא כתב לו שטר. ונראה לי דבערב בית דין לדברי הכל גובה ממשעבדי, אפילו לא כתב לו שטר, דהודאה בבית דין כשטר דמיא.

(יח) אינו גובה אלא מבני חרי - עיין סמ"ע סק"כ(ב), וי"א דה"ה להרמב"ם (הנ"ל סעיף ד) בערב קודם חיתום שטרות דמהני רק לענין בני חורין, דנגד משעבדי בעינין קנין ושטר, דכל שצריכין הקנין לגוף הדבר אינו מועיל לענין משעבדי, אבל בשטר שכתבו בו "ופלוני ערב" בוי"ו, מהני אפילו נגד משעבדי מטעם שכתב הסמ"ע בסק"כ(ב), עיי"ש (נתה"מ).

(יט) דהודאה בבית דין כשטר דמיא - פירוש, והוי ליה כשטר בקנין, דהא ערב בב"ד אין צריך קנין כמ"ש לעיל סעיף ב' (סמ"ע).

(ז) וי"א עשה לו הערב שטר בפני עצמו, אלא כתב הערבות בשטר החוב עצמו, אם כתבו אחר חתימת העדים, אינו גובה אלא מבני חרי. ואם כתבו קודם חתימת העדים, אם כתב: פלוני ערב, בלא וי"ו, ואח"כ חתמו העדים, גם זה אינו גובה אלא מבני חרי, מפני שהוא כתחלת דבר ואינו מעורב עם הלוח והמלוה. אבל אם כתוב: ופלוני ערב, בוא"ו, שהרי הוא מעורב עם הלוח והמלוה, ואחר כך חתמו העדים, הרי זה נפרע מנכסים משועבדים.

(כ) אינו גובה אלא מבני חרי - ודוקא כשקנו מידו, וכנ"ל סעיף ה' (סמ"ע).

(כא) אם כתב פלוני ערב כו' - עיין באה"ע (סי' קל ס"ג) [לא יהיה בין הגט לחתימת העדים כתוב דבר שאינו מענין הגט. ואם כתב כן, כגון שכתוב "שאלו בשלומה", פסול, שמא לא חתמו אלא על שאלת שלום. אבל אם כתב: "ושאלו", כשר, שהיא מדובק עם של מעלה ועל הכל חתמו] (ש"ך).

(כב) ואינו מעורב עם הלוח והמלוה - פירוש, משום הכי אפילו קנו מידו בפני עדים, אינו טורף ממשעבדי כל שלא נזכר קנין דערב בהשטר. דדוקא בדכתב "ופלוני", דהוי"ו מוסיפו לערבו ולחברו עם שעבוד הלוח למלוה, דמשועבד לטורף אפילו ממשועבדים בקנין הנזכר בשטר זה דכתבו על הלוח או בהודאתו אם הוא שטר הודאה, משועבד נמי הערב. משא"כ כשלא כתב אלא "פלוני ערב" בלא וי"ו, דאז גילה דעתו דאין כונתו לשעבד בקנינו שעשה ובכתיבתו זאת אלא לגבות ממנו בני חורין. ולדעת הי"א בסעיף ו', דבקנין לחוד גובה ממשעבדי, צריך לומר דבזה דכתב פלוני בלא וי"ו הוא גרע מאילו לא כתב כלל, דבזה גילה דעתו דלא נשתעבד בקנינו כלוח (סמ"ע), עיין בסמ"ע וי"א דדעת י"א זו סובר דבלא וי"ו דחתימ' עדים לא קאי אערבות ולפי זה אם בירר שהיה קנין ועדים מעידים לפנינו אף אם נכתב בלא וי"ו גובה ממשעבדי להרמ"ה וכן נ"ל עיקר ודלא כמשמעות הסמ"ע (ש"ך).

Commented [YL9]:
ה דעת יחיד או
רבים?

חוסן משפט חלק ד'

(ח) יִהְיֶה מְלוּחָה אֶת חִבְרָיו עַל יְדֵי עֵרָב, אָף עַל פִּי שֶׁהָעֵרָב מִשְׁתַּעֲבָד לְמְלוּחָה, לֹא יִתְבַּע אֶת הָעֵרָב תַּחֲלִיחָה, אֲלֵא יִתְבַּע הַלּוּחָה. נְיוֹאפִּילֹו אֵין לָלוּחָה אֲלֵא זִיבּוּרִית, לֹא יִפְרַע מֵהָעֵרָב. יוֹאפִּילֹו אֵין לָלוּחָה נִכְסִים יְדוּעִים, כְּגוֹן קְרַקְעוֹת, וַיֵּשׁ נִכְסִים יְדוּעִים לְעֵרָב, לֹא יִגְבַּהּ מֵהָעֵרָב, אֲלֵא (צִרְיֵךְ) לְחִזּוֹר אַחַר הַלּוּחָה, אוֹלֵי יֵשׁ לוֹ מִטְּלַטְלִיֵן. הַגָּה: וְאִם אָמַר הַלּוּחָה: פְּרַעַתְךָ, וְהוּא מְלוּחָה עַל פֶּה, נִשְׁכַּע הַלּוּחָה הִיסַת וּנְפֻטָר הוּא וְעֵרָב. יוֹאפִּילֹו הַלּוּחָה עוֹבֵד כּוֹכְבִים, וְאָמַר שְׁפָרַע, נְפֻטָר הָעֵרָב. אֲבָל אִם אָמַר הַלּוּחָה: לֹא לְוִיחִי מְעוֹלָם, חַיִּיב הָעֵרָב לְפָרְעוֹ. כִּימֵי שְׁשָׁלָח חֶפֶץ מִחִזְבֵּירוֹ וְאָמַר לוֹ: אִם לֹא אֲחֻזְרַנּוּ לָךְ לִזְמַן פְּלוּנִי אַתָּן לָךְ דְּמִים כָּךְ וְכָךְ, וְהַעֲמִיד לּוֹ עֵרָב צַעַד הַדְּמִים, אָף עַל פִּי שְׁלֵגְזִי הַשּׁוֹאֵל הוּא אֲסַמְכַתָּא וּפְטוּר, הָעֵרָב חַיִּיב לְשָׁלֵם. וְעִיֵין לְקַמֵן סוֹף סִימָן קל"א סְעִיף י"ב. כִּימְכָר הַלּוּחָה קְרַקַע וַחֲתָם הַמְלוּחָה עַמְזוֹ צַעַד, נְפֻטָר הָעֵרָב דְּאִיּוֹ דְּלִפְסִיד לְאִנְפְּשִׂיָה. אֲבָל צַקְצֵלָן צַכִּי הָאֵי גוּוֹנָא, חַיִּיב הָעֵרָב לְפָרְעוֹ.

(כג) לֹא יִתְבַּע אֶת הָעֵרָב תַּחֲלִיחָה - דֵּיֵין שְׁטַעָה וְהוּרִיד הַמְלוּחָה לְנִכְסֵי עֵרָב קוֹדֵם שְׁתַּבַּע לְהַלּוּחָה מִסְלֵקִין אוֹתוֹ (סמ"ע).

(כד) נְפֻטָר הוּא וְהָעֵרָב - דּוֹקָא סַתָּם עֵרָב, אֲבָל עֵרָב קִבְלָן אֵינוֹ נְפֻטָר (ע"י רמ"א לְקַמֵן ס"ט"ו), וְעִי' לְקַמֵן סק"לז? (סמ"ע), עִיֵין בְּתַשׁוּ' ר"ש כְּהֵן ס"ב ס"י כ"ז וּבְתַשׁוּ' מֵהַרִּי"ט ס"י ק"י"ב דָּף קל"ט ע"ג וְעִיֵין בְּתַשׁוּ' מֵהַרְשֵׁד"ם ס"י ל"ט⁴² (ש"ך), מ"מ אִם תְּפַס מִן הָעֵרָב שְׁלֹא בַעֲדִים וַיֵּשׁ לוֹ מִיגוּ⁴³, מֵהַנִּי, דְּמִיגוֹ כְּעָדִים דְּמִי (נְתַה"מ).

(כה) אֲבָל אִם אָמַר הַלּוּחָה כּו' - פִּירוּשׁ, וְהָעֵרָב מוֹדֵה שְׁלוּחָה, מִשׁוֹם הַכִּי חַיִּיב. דֵּהָא לִיכָא לְסִפּוּקֵי דִילְמָא פְּרַעִיָה, דְּכָל הָאוֹמֵר לֹא לְוִיחִי כְּאִילוֹ אוֹמֵר לֹא פְּרַעַתִּי דְּמִי (סמ"ע), הֵיֵינוּ בְּמַקְרָה שְׁלוּחָה עִכּוּ"ם, וְעִיֵין בְּב"ח⁴⁴ וּדְבָרֵינוּ נְכוּוֹנִים דְּשַׁמָּא לֹא נִשְׁתַּעֲבָד אֲלֵא לְעַנְיֵן שְׁאֵם לֹא יִפְרַע לוֹ הָעִכּוּ"ם שִׁיפְרַע הוּא לוֹ אֲבָל אִם יִכְפּוֹר הָעִכּוּ"ם שְׁמָא לֹא נַעֲשֶׂה לוֹ עֵרָב (ש"ך), עִיֵין מ"ש לְעִיל (ס"י מֵט סק"ט?) (קֶצֶה"ח), י"א דְּאָף דְּגַבִּי לוֹחָה יִשְׂרָאֵל, אִם אָמַר לוֹ שְׁתְּלוּחָה לוֹ וְאֵנִי עֵרָב, וְהַלּוּחָה לוֹ שְׁלֹא בַעֲדִים, חַיִּיב הָעֵרָב, כִּיּוֹן שְׁלֹא הַזְכִּיר עָדִים, יִכּוּל לֹאמַר אֲתָה הָאֲמַנְתָּ לִי (כְּנ"ל ס"י נַח ס"א וְס"י צֹא ס"א וְס"י קָכָא ס"א), מ"מ בְּגוֹי כְּה"ג פְּטוּר. אֲבָל הָעִיֵיקָר דְּאִפִּילוֹ בְּגוֹי כְּה"ג חַיִּיב (נְתַה"מ), יֵשׁ חוֹלְקִים עַל דְּבָרֵי הַב"ח, וְהַגָּה"ה זוּ שֶׁל הַרְמ"א צַע"ג לְמַעֲשֶׂה. אֲמַנְם בְּקִבְלָן כְּה"ג חַיִּיב (פ"ת).

(כו) הָעֵרָב חַיִּיב לְשַׁלֵּם - הַטְּעַם, מִשׁוֹם דְּבַעֲרֻבוֹתוֹ אֵין שִׁינּוּי לְעִרְבוּת דְּעַלְמָא, דֵּהָא לֹא עֵרָב לוֹ אֲלֵא אִם לֹא יִשְׁלַם לוֹ הַשּׁוֹאֵל, יִשְׁלַם לוֹ הוּא, וְאָף עַל פִּי שְׁאֵמְרוּ אֵין נְפָרְעִין מִן הָעֵרָב תַּחֲלִיחָה, דְּאֵלְמָא דְּאֵין הָעֵרָב מִשְׁתַּעֲבָד בְּדְאִיכָא לוֹחָה, לֹא הֵיא, דְּכָל דְּהַלּוּחָה מִתְּחַיִּיב אֵין נְפָרְעִין מִן הָעֵרָב תַּחֲלִיחָה, אֲבָל זֶה הָרִי חַיִּיב עֲצֻמוֹ בְּמָה שְׁלֹא הִיָּה הַשּׁוֹאֵל חַיִּיב. וְעִיֵין מֵה שְׁכַתְּבֵיתִי לְקַמֵן (ס"י קל"ב סק"י"ב) (סמ"ע), לְעַנְיֵן מַעֲשֶׂה אֵין לְהוּצִיא מִמּוֹן מֵהָעֵרָב אֲא"כ קֵנוּ מִיְדוֹ וְאִפִּי נְתַעֲרַב בְּשַׁעַת שְׁאֵלַת הַחֶפֶץ וְדִלָּא כְּסַמ"ע (ש"ך), וְעִיֵין בְּתַשׁוּ' מֵהַר"ש כְּהֵן ס"ב סְעִיף י"א⁴⁵ (ש"ך), וַי"א בְּמַקְוֹר דְּבָרֵי הַש"ך דְּבַעֲיַנֵן ג"כ קִנְיֵן בְּבֵית דִּין חֻשׁוֹב מִן הָעֵרָב שְׁלֹא הִיָּה חֶסְרוֹן שֶׁל אֲסַמְכַתָּא (נְתַה"מ), עִיֵין בְּאֵה"ט [סַקְכ"א] עַד וְהָט"ז תִּירֵץ דְּכַאֵן מִיְרִי כּו'. וְעִיֵין בְּתַשׁוּבַת הַרְב מו"ה מִשֶּׁה רוֹטְנְבוֹרְג חֲחוּ"מ ס"י י' וְט"ו מֵה שְׁכַתְּבַב זֹה, עַש"ה (פ"ת)⁴⁶.

(כז) מִכָּר הַלּוּחָה קְרַקַע וַחֲתָם הַמְלוּחָה עֲצֻמוֹ בַּעַד נְפֻטָר הָעֵרָב דְּאִיּוֹ דְּאִפְסִיד אֲנַפְשִׂיָה כּו' - בְּמַקְוֹר דְּבָרֵי הַרְמ"א לִיתָא תִיבַת "בַּעַד", אֲלֵא מְדוּבַר שְׁחַתָּם עַל שְׁטַר מַכִּירָה שֶׁהוּא מְסַכִּים בְּמַכִּירַת הַלּוּחָה לְהַלּוּקָה. וְלִכְּן הַמְלוּחָה אֲפִסִיד אֲנַפְשִׂיָה בְּמָה שְׁפָטָר וּמַחַל לְהַלּוּקָה, דָּתוֹ לֹא מַצִּי לְגַבּוֹת מֵהָעֵרָב, דְּאֵין גּוֹבֵיֵן מֵהָעֵרָב אֲלֵא הִיכָא דְּלֹא נִמְצָא כְּלוֹם לְלוּחָה, וְהֵיֵינוּ בֵּין בְּנֵי חוּרִיֵן שְׁבִידוֹ בֵּין מָה שְׁמַכָּר אַחַר שְׁלוּחָה מֵהַמְלוּחָה, וְהָרִי לְזֶה הַלּוּחָה הִיָּה לוֹ קְרַקַע לְהַפְרַע מִמֶּנּוּ הַמְלוּחָה, אֲלֵא שֶׁהַמְלוּחָה אֲפִסִיד אֲנַפְשִׂיָה בְּמָה שְׁמַחַל לוֹ. וּמִשׁוֹם הַכִּי מִסִּיק וְכַתֵּב דְּזֵהוּ דּוֹקָא בַּעֲרָב אֲבָל בְּקִבְלָן מַצִּי גְבִי מִינִיָּה, דֵּהָא גַם אִם הִיָּה הַקְרַקַע שְׁמַכָּר עִדִּין בִּיד הַלּוּחָה הַבְּרִירָה הִיתָה בִּיד הַמְלוּחָה לְגַבּוֹת מֵהַקְבָּלָן וְלִהְיֵיחַ הַלּוּחָה (סמ"ע).

⁴² לא עשיתי.

⁴³ איזה מיגו?

⁴⁴ לא עשיתי - אחרי זה לבדוק אם הפתחי תשובה עוד פעם.

⁴⁵ לא עשיתי

⁴⁶ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(ט) כדחזר אחר הלוח ולא מצא כלום, צריך לישבע כתקנת הגאונים, שאין לו כלום, קודם שיפרע מהערב. כדצריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו חוב זה, שלא יעשו קנוניא על נכסי הערב. כדאינו יכול לפרע מהערב עד לאחר שלשים יום מיום שנתחייב הערב לשלם, אלא א"כ היה תנאי ביניהם (ע"ל סי' י"ג וסי' ק"ו).

(כח) חזר אחר הלוח ולא מצא כלום - ר"ל שלא מכר ג"כ קרקעות לאחרים, דאילו מכר, יטרוף מלקוחות קודם שיתבע מהערב (סמ"ע).

(כט) וצריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו - נראה דבמלוה על פה מיירי הכא, משום הכי הטילו השבועה על הלוח, ואם לא היה נשבע שעדיין הוא חייב לו נפטר הערב (סמ"ע), משא"כ אילו היה מלוה בשטר, דאז אין הלוח נאמן אף בשבועה לומר שכבר פרעו, ובכה"ג כשבא המלוה לגבות מהערב, המלוה נשבע שעדיין חייב לו ולא הלוח (ע"י לעיל סי' קיד ס"ד) (סמ"ע ונתה"מ), ואם אינו רוצה לישבע נראה דהערב פטור כמו אם אין הלוח רוצה לישבע שאין לו דהערב אינו חייב עד שישבע הלוח אין לי ושעדיין חייב לו. מיהו במלוה בשטר כתב הסמ"ע דנשבע המלוה שעדיין חייב לו כדין מלוה שבא לטרוף מלקוחות. והיינו אם אין הלוח נשבע שעדיין חייב לו אבל אם הלוח נשבע שעדיין חייב לו לא גרע מלוה בשטר ממלוה על פה. אמנם במלוה על פה ולוח בפנינו והודה שעדיין חייב לו אם ברח וכגון שבא ערב שבת ולא היה פנאי להשביע כההיא דסעיף י' וכיוצא, אין השבועה מעכב ולא גרע משבועת "אין לי", דאם הביאם בערב שבת ובמוצאי שבת ברח דלא נפטר הערב, א"כ ה"נ לענין הודאת לוח דעיקר הוא ההודאה והשבועה אינו מעכב (קצה"ח), [כתוספת על הסמ"ע] אם לא היה נשבע רק שהיה טוען פרוע, נפטר הערב, אבל אם מודה, רק שהוא אלם ואינו רוצה לישבע, חייב הערב, ומה שחילק בקצה"ח בין אם ברח או לא, אין בו ממש (נתה"מ), מ"ש הסמ"ע "אבל במלוה בשטר כו' נשבע המלוה כו'", היינו דוקא בערב גרידא, כיון שצריך לתבוע את הלוח תחילה, ואם הלוח טוען פרעתי צריך המלוה לישבע אם הלוח טוען השבע לי, לכן אם בא לגבות מהערב נמי דינא הכי, אף על פי דלגבי ערב הוי כאיני יודע אם פרעתיך, מ"מ כיון שאינו יכול לגבות מהערב א"כ יכול לגבות מהלוח, משא"כ בערב קבלן שיכול לגבות ממנו תחילה, שפיר י"ל דהוי כטוען "איני יודע אם פרעתיך", ואין צריך המלוה לישבע. והוא הדין אם המלוה בא לגבות מהערב קבלן במלוה בשטר ואין הלוח בפנינו לטוען "פרעתי", אין צריך לישבע, ע"י לקמן סעיף טו (פ"ת).

(ל) וא"י לפרע מהערב כו' - י"א היינו כשאין לערב מעות או מטלטלים כדלעיל (סי' ק ס"?) גבי לוח ועיקר דמיירי אפי' יש לערב מעות דאל"כ ה"ל לפרושי שהערב טוען אין לי ולא יהא כח הערב עכשיו גרע מלוה שסתם הלואה ל' יום ואם כן הערב שנתחייב עכשיו ה"ל כאילו הלוחו עכשיו שאינו חייב לשלם עד ל' יום כדין סתם הלואה (ש"ך קצה"ח).

(י) כדואם אין הלוח בפנינו, צריך להודיעו, אם הוא קרוב כדי שיוכל שליח לילך ולבא תוך שלשים יום (לא), ואם לא יתן, אז יתבע לערב. כדואם הוא במדינת הים, שאי אפשר להודיעו ואין לו כאן נכסים, כדאז אם הוא גברא אלמא דלא ציית דינא, אז יתבע את הערב ויגבה ממנו, ואח"כ יחזור הערב על הלוח ויוציא ממנו, או ינדרוהו עד שיפרע לו מה שפרע בשבילו. הגה: וכן נראה עיקר, אף על גב דיש חולקין כדצ"ל להו דאף על גב דהלוח אלם ולא ציית לדין אין נפרעין מן הערב עד שצית דין יכופו הלוח להיות ציית דין. ע"טענ הערב: תנו לי זמן ואציא הלוח לבית דין, אי ידעין היכן הוא יהצין ליה זמן עד דאציית. ואי לא ידוע, נותנין לו זמן ל' יום, ומצינאנו לבית דין נפטר הערב, עד שישבע הלוח שאין לו. הביאו ערב שבת בין השמשות, ובמולאי שבת זרה, לא נפטר הערב.

(לא) תוך שלשים יום - פי' הב"ד מודיעין אותו, והמלוה נותן שכר השליחות וחוזר וגובה השכירות מהלוח או מהערב, דומה למש"כ לעיל (סי' קו ס"א) גבי לפרע מנכסי הלוח שלא בפניו. והדין הזה נחלק לג' חלקים. והוא, דאין מודיעין בשיעור ל' יום א"כ הערב מבקש מהב"ד שהן ישלחו להלוח ויודיעו אולי יפרע הוא בעצמו, אבל הב"ד מעצמן אין שולחין אלא א"כ יכול השליח לחזור ולבוא תוך ג' ימים. והיינו דוקא כשידוע היכן הוא ויכול השליח להודיעו תוך ל' ימים, אבל אם אינו יכול או שאינו ידוע היכן הוא, אזי אין

חוסן משפט חלק ד'

על הב"ד לשלוח כלל, אלא אם ירצה הערב לטרוח ולבקשו ומבקש זמן לזה, נותנין לו כפי צרכו וכמ"ש אח"כ ברמ"א ואפילו יותר מל' יום (סמ"ע), ויש חולקים ואם ידוע היכן הוא והוא תוך ל' אזי צריך המלוה לטרוח ואי לא ידיע אז על הערב לטרוח ונותנין לו ל' יום, ואם ידוע שהוא רחוק יותר מל' יום נותנין לו כפי צרכו (ש"ך), כל שהלוה בתוך זמן מהלך ג' ימים הוי כהלוה בפנינו ואינם יכולים לתבוע הערב כלל. משא"כ כשהוא רחוק מזה יכולין לתבוע להערב, אלא א"כ הערב מבקש זמן והוא בתוך שיעור ל' יום, אזי הבית דין שולחין ומודיעין להלוה. ומה שמסיים הסמ"ע שנותנין לו "כפי צרכו", קאי אמה שכתב "ואם אינו יכול", דאז נותנין לו כפי ראות עיני בית דין, אבל כשאין יודעין היכן הוא, אין נותנין לו זמן יותר משלשים יום, ועל הערב חל לטרוח (נתה"מ).

(לב) ואין לו כאן נכסים כו' - דאם היו לו כאן נכסים אזי יורדים לנכסי הלוה אף שלא בפניו ואין גובין מן הערב (סמ"ע), מ"מ אם הוא במקום קרוב כדי שיודיע תוך ל' יום צריך להמתין המלוה ל' יום כדלעיל (סי' קו ס"א) ועיין בתו' ופוסקים פ' ג"פ⁴⁷ (ש"ך).

(לג) או אם הוא גברא אלמא - י"א דאם היה אלם קודם שהלוהו אמרינן דאדעתא דהכי הלוהו וכן עיקר (סמ"ע), מיהו אם כבר עשאו בית דין כפיה והאלם קאי באלמותיה א"נ קרוב הוא לשררה ויש לחוש לחורבה כ"ע מודים דנפרעים מן הערב (ש"ך).

(לד) ויוציא ממנו או ינדוהו - פירוש, אם הוא רחוק, יחזר הערב אחריו ויוציא ממנו, ואם הוא אלם ינדוהו, ואין המלוה צריך לטפל עמו (סמ"ע).

(לה) ומשיביאנו לבית דין נפטר הערב - פירוש, אם ברח מהב"ד, ולא פרע ולא נשבע שאין לו במה לפרוע, אינו יכול לגבות מהערב עד שיחזר תחילה אחר הלוה וישביענו. ועל זה מסיק וקאמר ד"אם הביאו בערב שבת כו'", דכיון דאז לא היה יכול לדון עמו ולהשביעו, הוי ליה כאילו לא הביאו לב"ד, ועל הערב מוטל לחזור ולהביא הלוה לב"ד (סמ"ע, ש"ך). עיין בס' לחם משנה ספכ"ה (ש"ך).

(יא) אפילו יש ללוה נכסים ידועים במדינה אחרת, נפרע מהערב תחלה, שאין אומרים למלוה שיוציא מאתים על מנה.

(לו) אפי' יש ללוה נכסים כו' - עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב⁴⁸ (ש"ך).

(יב) "יהא דכשהלוה במדינת הים נפרע מהערב בלי שיודיעו ללוה, דווקא כשהמלוה בשטר. אבל אם הוא מלוה על פה, לעולם אינו נפרע מהערב בלא הודאת הלוה, דחיישינן שמא פרעו(לו), אלא א"כ הוא תוך הזמן. "יהוא הדין אם מת לוה, מלוה על פה אינו נפרע מהערב, אלא אם כן הוא תוך הזמן, או שהודה בשעת מיתתו, או שנידוהו מפני שאינו פורע חוב זה, ומת בנידויו. הגה: "טען הלוה שנתן דמי הפרעון לערב ליתנס למלוה, נשבע היסת ונפטר, זמניו ליכול לומר: פרעתי לך, נאמן גס כן לומר דפרע לערב, ונפטר בזה. דהא המלוה האמין לערב. ואם המלוה כופר ואומר שלם העמיד לו אותו ערב, נשבע הלוה שהעמיד לו הערב ונפטר לו, ונפטר בזה⁴⁹.

⁴⁷ לא עשיתי

⁴⁸ לא עשיתי.

⁴⁹ למה אינו גובה מלקוחות על פי הודאת הלוה משום דחיישינן לקנוניא, וגבי ערב אם טוען הלוה פרעתי אינו גובה מן הערב אבל אם הודה הלוה שלא פרע גובה מן הערב וכמבואר בשו"ע סימן קכ"ט (סעיף י"ב), והיאך נאמן הלוה לחוב לערב וניחוש לקנוניא. ##### ונראה דהא דגובה מן הערב בהודאת הלוה ולא חיישינן שמא פרע ולקנוניא, משום דהוי ערב כמו איני יודע אם פרעתיך כיון דודאי נתחייב, ואפילו לא הו"ל למידע נמי חייב וכמ"ש בסימן ע"ה (סקט"ז) ע"ש, וממשעבדי דאינו גובה היינו משום דטענינן ללוקח וכמו דאמרינן גבי יורש שטען איני יודע שמא פרע אבינו כמבואר בסימן ע"ה (סעיף ט"ז). והא דחלקנו בין ערב ללוקח דללוקח טענינן ולערב לא טענינן היינו משום דאיני יודע אם פרעתיך חייב אפילו לא הו"ל למידע וא"כ הערב שנתחייב הוא עצמו ומסופק בפרעון חייב, אבל הלוקח והיורש שלא נתחייב מחמת עצמו כלל אלא נכסים הוא דאשתעבדו ולוקח ויורש נכנסו בשעבודו ומשום הכי טענינן ליורש וללוקח שמא פרע, וכדחזינן לענין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דבעל דבר גופיה אפילו לא הו"ל למידע חייב לדעת הרמב"ם (פ"ה משאלה ה"ו) ודעימיה, ואפילו הכי

חוסן משפט חלק ד'

(לז) דחיישינן שמא פרעו - וי"א שאפילו מהקבלן אין נפרעין אלא בראיה, ויש חולקים דבערב הוי ליה כאומר איני יודע אם אני חייב לך, שהרי אין החיוב חל על הערב אלא היכא דלא פרע הלוח, ושמא כבר פרע ואיני חייב לך, אבל בקבלן דהחיוב חל עליו מיד, ולא נפטר מחיובו אא"כ דפרע כבר הלוח, וכיון שאינו יודע אם פרע הלוח הוי ליה כאומר איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם, ועי' ש"ך לקמן סק"מג) דעיקר כצד הראשון ועי' דברי לקמן בס"ק(מה). אחד שלוח מחבירו ע"י ערב וכשהגיע הזמן עמד המלוה עם הלוח והערב בדין, והודה הלוח שלא פרע ונתחייב בדין לשלם, ומחמת שטען שאין לו נתחייב הערב לשלם, ואחר זמן מה תבע המלוה את הערב, וטען הערב שמא פרע לך הלוח אח"כ, והלוח אינו כאן, י"א שהדין שערב אינו כדברי הי"א הנ"ל לפטור אלא משום שמאחר ויש ללוח זכות לטעון פרעתי, וכל זמן שהלוח פטור גם הערב פטור, לפי טעם הי"א השני אם יתפוס המלוה משל ערב שלא בעדים יכול לתופסו (עי' לעיל סי' עה ס"ט ד"ה לצאת), אבל לטעם זה אף על פי שהמלוה תפס משל ערב שלא בעדים, אינו יכול לתופסו כיון שאינו יכול לגבות מהלוח, דגבי הלוח אין לו מיגו לכן גם הערב אינו חייב ולכן בודאי חייב הערב לשלם, שכבר תבע את הלוח ונתחייב לשלם, ומחמת שלא היה לו לשלם נתחייב הערב, וא"צ לתבוע את הלוח עוד, א"כ אינו יכול הערב לומר שמא פרע לך הלוח אח"כ, דהוי כאומר איני יודע אם פרעתיך דחייב לכו"ע (פ"ת).

(לח) והוא הדין אם מת לוח כו' - אנן טענינן לערב שמא פרע הלוח, ופטור אפילו משבועה, אכן יתכן ליתן חרם סתם אם שום אדם יודע אם פרעו או לאו, ועי' לעיל (סי' קי ס"ג) (סמ"ע), עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' כ"ח (ש"ך)⁵⁰.

(לט) נשבע היסת ונפטר במיגו כו' - איתא שם: ועוד, דלא גרע הערב משליח שעשאו בעדים (סמ"ע), וי"א דאין ענין שליח שעשאו בעדי' לכאן, ויש חולקים על הרמ"א דלא נפטר במה שפרע לערב וכן עיקר, עיין בספר מגדל דוד⁵¹ (ש"ך), בקבלן כו"ע מודו דהוי כשליח שעשאו בעדים (נתה"מ), קשה להוציא ממון מיד המוחזק על פי דברי הש"ך, אך זהו דוקא אם הערב קיבל אחריות אונסים כמו הלוח, ואז כיון שהערב חייב, שפיר דנפטר הלוח כמו אם מסרו ליד מי שרגיל להפקיד אצלו, דאי לאו הכי אם הערב אינו אלא שומר חנם או שומר שכר ונאנסה בידו דפטור הערב, לא נפטר הלוח (פ"ת).

(יג) אין כל אלו הדברים אמורים אלא בשלא התנה המלוה עם הערב, אבל אם התנה

עמו שיהא נאמן לומר שלא פרעו, הכל לפי תנאו. @NO MB

(יד) ה"התנה המלוה עם הערב: ממי שארצה אפרע, יכול ליפרע מהערב תחלה, אפילו אם יש נכסים ללוח. ויש חולקים בזה. ומודים שאם אמר בפירוש: ממי שארצה אפרע (תחלה), יכול לתבוע מהערב תחלה, אפילו אם יש נכסים ללוח.

יורשין פטירי, ומשום דהוי כמו טענת ברי דאנן טענינן אילו אבוהן קיים הוי טעין כך וטענתא דידיה כמו ברי הוא, (וא"כ ה"ה לטעון שמא פרע) [אבל] הערב דהוי בעל דבר דנתחייב גופו הו"ל איני יודע אם פרעתיך, ויורש ולוקח דאינהו לא נתחייבו אלא נכסים דנשתעבדו טענינן להו טענת המוריש והמוכר והוי כמו טענת ברי, ואפילו המוכר מודה חיישינן לקנוניא. ##### ולכן נראה דהיינו דוקא היכא דמצינו למטען דפרע המוכר קודם שלקחו הלוקח וא"כ הלוקח ברשות ירד ואין עליו שום שעבוד מעולם כיון דכבר פרע המוכר קודם שקנה הלוקח [אבל אם ידוע שלא פרע קודם שקנה הלוקח] לא טענינן ללוקח שפרע המוכר אח"כ כיון שנכנס ודאי בשעבודו של זה הו"ל איני יודע אם פרעתיך. וכה"ג גבי מוכר שדה והחזיק יום אחד והלוקח שלשה שנים טענינן ללוקח שקנה המוכר קודם שלקחו הלוקח (ב"ב מא, ב), אבל אחר שירד הלוקח לא טענינן שלקחו המוכר ודוק. וא"כ לפ"ז אם הודה הלוח שלא פרע והלוקח קנה תיכף אחר הודאתו תו לא חיישינן שמא פרעו אחר שקנה הלוקח, ומשום הכי לא כתב הש"ך דבעינן התראה אל תחזיר אלא בעדים וסגי בהודאת הלוח לחוד כל דנתברר שלא פרע קודם שקנה הלוקח וכמ"ש ודוק (קצה"ח סי' לט ס"ט)

⁵⁰ לא עשיתי.

⁵¹ לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

(מ) יכול לפרוע מהערב תחילה כו'. ודלא כמ"ש בתשו' רשד"ם סי' ל"ט ע"ש דליתא: (ש"ך) 52.

(מא) ואפילו יש נכסים ללוה ויש חולקים בזה - בלא התנה אפילו יש ללוה מטלטלין אינו יכול לתבוע הערב, אבל בהתנה, דוקא כשיש ללוה קרקעות דהיה עיקר שעבודיה עלייהו אינו יכול ליפרע מהערב, אבל כשאין ללוה רק מטלטלין ולא קרקעות, אין מחויב לחזור על המטלטלין של לווה, ונפרע תיכף מהערב, ויש מי שמחלק בין נכסים ידועין ובין אינן ידועין, דבלא התנה אינו יכול לתבוע הערב עד שנתברר מקודם שאין ללוה שום נכסים ע"י שבועת הלוה וכיוצא, אבל בהתנה, יכול ליפרע מהערב אם לא שיש נכסים ידועים ללוה אינו יכול ליפרע מהערב, ואין עיקר כדבריו (נתה"מ), אפילו לדעת היש חולקים, היינו דוקא ביש לו ללוה נכסים קרקעות, אבל אם אין ללוה קרקע ידועה, אז יתבע את הערב ואינו צריך לחזור אחר הלוה אם יתן מטלטלים, דלהכי מהני מה שמתנה ממי שארצה אפרע דמספיקא לא מטרחינן ליה לילך אחר הלוה. ולפ"ז צ"ל, דמ"ש בשו"ע לדעה ראשונה שיכול ליפרע מהערב תחילה אפילו אם יש נכסים ללוה, היינו קרקעות, ועל זה כתב ויש חולקים בזה, היינו בקרקעות דוקא. ועיקר כדעה הראשונה אם לא במקום שיש מנהג קבוע לפסוק כיש חולקים דצריך לכתוב תיבת "תחילה" (פ"ת).

Commented [YL10]:
מה מהפ"ת נצרך
אחרי הנתה"מ?

(טו) קבלן, לעולם יפרע ממנו תחלה אם ירצה, אפילו יש נכסים ללוה, אלא אם כן הלוה רוצה לפרעו. ואין הלוה נאמן לומר: פרעתי, דהוה ליה לקבלן להתנות. (ונו"ל דהמלוה נשבע ונוטל) 53.

(מב) אלא אם כן הלוה רוצה לפרעו - פירוש, ואז אף אם יש ללוה זיבורית ורוצה לפרוע להמלוה ממנו, והמלוה רוצה לגבות מבינונית דהקבלן, יכול לדחותו אצל זיבורית דהלוה, ועיין בהגד"מ שם [הגהות דו"פ אות י"ב 34]: (סמ"ע).

(מג) ואין הלוה נאמן לו' כו' - וי"א שאפי' מן הקבלן אין נפרעין אלא בראיה ברורה אא"כ נשא ונתן ביד [ע"י לקמן סעיף י"ט] דקבלן לא משתעבד אלא במה שהלוה משתעבד ואם הלוה טוען פרעתי משתבע הלוה ומפטר הקבלן (ש"ך), משמע מדברי הש"ך דאפילו אם הלוה אינו כאן אין נפרעין מן הקבלן, וי"א דאם הלוה אינו כאן אינו יכול לטעון שמא פרעך הלוה שונה אם מת הלוה, לפי זה הצד הסובר שאם אין הלוה כאן הערב קבלן פטור הוא דעת יחיד.

(מד) שם - ראובן שבא אצל שמעון ואמר לו, לוי ביקש ממני כסף בהקפה האם אתן לו, ונעשה לו שמעון ערב קבלן בכל מה שיקיף ללוי. אח"כ טען לוי שראובן נתן לו כסף סיגים [ששויים פחות], צריך ראובן להתדיין עם לוי תחילה, וכל מה שיגזרו ב"ד שלוי חייב מחויב שמעון לשלם לראובן, אבל קודם שנודע כמה החיוב של לוי אין שמעון הקבלן צריך לשלם כלום לראובן. כמו שהלוה נאמן לומר פרעתי ומפטר נמי הקבלן ג"כ נאמן לומר לא נטלתי במיגו דפרעתי, וצ"ע, שבזה הערב קבלן היה צריך להיות חייב (פ"ת).

(מה) דהוה ליה לקבלן להתנות - ע"י לקמן (סי' קל ס"א?): וטוען הלוה שכבר פרעו אינו חייב לערב כלום, ע"כ. אם כן צ"ל ג"כ כאן כך, דהקבלן היה לו להתנות ומדלא התנה אפסיד אנפשיה, דצריך הוא לשלם להמלוה דאין הלוה נאמן לומר שפרע למלוה, והלוה אינו צריך לשלם לו דנאמן לומר נגדו שפרעו, וע"י לעיל סק"ג? (סמ"ע).

(מו) נשבע ונוטל - הוא הדין אם הלוה אינו לפנינו נמי צריך לישבע (קצה"ח). (טז) מלוה שבא לגבות מהקבלן, ואין שטרו בידו, ומען שאבד, ולוה מודה שלא פרעו, וקבלן טוען: שמא פרעך הלוה וקרע שטר חובו, יש מי שאומר שהדין עם הקבלן.

(מז) יש מי שאומר שהדין עם הקבלן - המחבר כתב זה בשם "יש מי שאומר" כיון שהקבלן טוען שמא והלוה מודה שלא פרעו. אבל אם הלוה אומר ג"כ שפרעו פשיטא ליה דפטור הקבלן (ש"ך), ועיין בתשו' רמ"א ספ"ט דף קפ"ד 55 (ש"ך).

52 לא עשיתי.

53 ע"י פ"ת לעיל סק" (כט).

54 לא עשיתי.

55 לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

(יז) איזהו ערב ואיזהו קבלן, אמר לו: תן לו ואני נותן לך, זה הוא קבלן. ואם הוא לאחור מתן מעות יאמר: מה שנתת לזה אני נותן לך, והוא דקנו מיניה, כמו שנתבאר.

(מח) תן לו ואני נותן לך - כיון דבההיא אישנא דאמר ליה ליתן לו מקבל עליו לשלם לו, הוי ליה כאילו נתנו להלוה בשליחותו, וכאילו הוא קיבלו מיד המלוה ונתנו ליד הלוה (סמ"ע).

(יח) אבל אם אמר לו: הלוהו ואני ערב הלוהו ואני פורע הלוהו ואני חייב הלוהו ואני נותן הלוהו ואני קבלן תן לו ואני ערב (תן לו ואני פורע) תן לו ואני חייב ליתן לך, ואפילו אמר: תן לו ואני קבלן, כולם לשון ערבות הם. הגה: ויש אומרים דתן לו ואני קבלן, הוי קבלן, וכן נראה להורות. ופטר שכתוב בו: פלוני קבלן, הוי ערב קבלן, דולחי בלשון המועיל קאמר.

(מט) אבל אם א"ל הלוהו כו' - עיין בתשו' רמ"א סי' קל"א ועיין בתשו' מבי"ט ח"א / ח"ב / סי' ק"ב וח"ב / וח"א / סי' קי"ח (ש"ך)⁵⁶.

(נ) וי"א דתן ואני קבלן כו'. עיין בתשו' ר' אליהו ה' חיים סי' ס' (ש"ך)⁵⁷.
(נא) וכן נראה להורות - ה"ה בלשון לעז, כל שאינו מזכיר לא לשון הלוהא ולא פרעון הוי קבלן (סמ"ע, ש"ך).

(נב) ושטר שכתוב בו כו' - לאפוקי מדעת הסובר דבכה"ג יד בעל השטר על התחתונה, דשמא אמר לו הלוהו ואני קבלן, דלא הוי ליה אלא דין ערב (סמ"ע), וי"א שזה עיקר ההלכה (ש"ך).

(יט) אם לקח הקבלן המעות מיד המלוה ונתנם ליד הלוה, אין למלוה על הלוה כלום, ואין יכול לתבוע אלא את הקבלן, ואם אין לקבלן, גובה מהלוה מדרבי נתן, אא"כ מחל הקבלן ללוה. ויש מי שאומר דה"ה לערב.

(נג) לקח הקבלן המעות מיד המלוה - דוקא שלקח בשם עצמו או שלקח סתם המעות מהמלוה ונתנם להלוה, אבל אם בא בשליחות הלוה להמלוה, ואמר, "הלוה שלחני אצלך שתתן לו המעות", לא הוי כנשא ונתן ביד, דשלוחו של אדם כמותו והוי כאילו קיבלן הלוה בעצמו. וכן אם המלוה נתן בתורת שליחות להקבלן שיוליכם להלוה, לא הוי כנשא ונתן ביד מהאי טעמא. ואם היה קבלן על איזה מקח שנתן בהקפה לחבירו, וחבירו כבר קנה המטלטלין בקנין סודר, והלך הקבלן ולקח המטלטלין אפילו בסתם מהמוכר ונתנם להלוה, לא הוי כנשא ונתן ביד, דדוקא במעות הלוהא שהמלוה יכול לחזור בו מהלוהא וגם גוף מעות הלוהא לא נקנה לו, הוי כנשא ונתן ביד המעות של המלוה, אבל במקח שכבר קנה הלוה, ושוב הלוה יכול ליטלם בעל כרחו של המוכר כיון שכבר קנה בקנין על פי קבלנותו של זה, שוב לא הוי כנשא ונתן ביד מעות המלוה, רק כנוטל מעות של הלוה ונותן להלוה אחר שכבר קנאם בקנין (נתה"מ).

(נד) ואין יכול לתבוע אלא את הקבלן - אף על גב דהקבלן יחזור ויתבע את הלוה, מ"מ תיקנו דלא יהיה להמלוה עסק עם הלוה, דשמא לא יהיה להלוה כלום ויטרוף המלוה ממשועבדים דהלוה, ומן הדין אינו יכול לטרוף ממשעבדי דלוה עד שישבע הקבלן, שנשא ונתן ביד, שאין לו, ולכך צריך לחזור על הקבלן תחילה. ועי' לקמן (סעיף כא) "אבל קבלן כו" עד "אלא אם כן אין נכסים לקבלן", ור"ל שכבר תבע המלוה להקבלן ונשבע שאין לו, אז חזור המלוה על הלוקחות דהלוה. גם מ"ש כאן ד"אם אין לקבלן גובה מהלוה מדר' נתן", "מן הלוה" לאו דוקא קאמר, אלא ר"ל אחר שנשבע הקבלן שאין לו, גובה מהלוה מנכסים בני חורין ואם אין לו בני חורין גובה ממשעבדי דהלוה וכדלקמן (סי' קל ס"ד) (סמ"ע).

(נה) אלא אם כן מחל הקבלן ללוה - דכל היכא דאין נודע כל כך דאין ללוה נכסים, לא חל דינא דרבי נתן על מי שנתחייב לו, ויכול הקבלן למחול לו כנ"ל (סי' פו ס"ב וס"ה) (סמ"ע), עי' לעיל (סי' פו סק"א?) שאין מחילה במקום שחב לאחרים, א"כ אין הקבלן יכול למחול ודלא כהסמ"ע (שם סקמ"ב) (ש"ך), שאר קבלן דנתחייב גם הלוה אז אין הלוה נתחייב לשלם לקבלן עד שיפרע תחלה למלוה, דאם לא פרע, עדיין החוב עליו למלוה, אבל הכא דמיירי דלקח הקבלן המעות מיד המלוה ונתנם ליד הלוה דאין

Commented [YL11]:
אם הוא חוזר על
לשונו?

⁵⁶ לא עשיתי
⁵⁷ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

למלוה על הלוה כלום אלא דיכול לתבוע מדר' נתן (קצה"ח), וי"א דאפילו בקבלן שנשא ונתן ביד אין הלוה חייב להקבלן רק כשפורע בשבילו, דהתחלת החיוב לא היתה רק מחמת זה, דהא הלוה לא אמר להערב תלוה אתה ותלוה לי, רק שתהיה ערב או קבלן עבורי, ואין לערב נגד הלוה רק דין קבלן ולא מלוה, רק שיש לקבלן נגד המלוה דין לזה כיון שנשא ונתן ביד, ואפילו לא אמר לו הלוה "הוי נושא ונתן ביד", ומעצמו עשה כן, יש לו נגד המלוה דין לזה, ואם היה המלוה גר ומת דנפטר הקבלן, גם הלוה נפטר מהקבלן, דלא נתחייב הלוה לקבלן רק שלא יפסיד הקבלן מחמת הלוואה זו, ואף דהחוב הוא ודאי כמו תנאי דמעכשיו דהא גובה ממשעבדי מזמן הלוואה, מ"מ, כיון שמעכשיו הוי כמו שמעכשיו מתחיל החיוב ואח"כ נגמר (עי' סמ"ע סי' קצה סקט"ו?), משו"ה כשמחל קודם שנגמר החיוב לא חל שעבודו דר' נתן עדיין ומהני מחילתו. ומ"מ עיקר כדברי הש"ך מטעם דאף דהמלוה אין לו תביעה על הלוה כלל, מ"מ ודאי הקבלן יכול לכפות את הלוה שיפרע הוא להמלוה קודם, דאדעתא דהכי נעשה עבורו ערב קבלן, לא שיפרע הוא קודם ויצטרך הוא לדון עמו, וכיון דהקבלן יכול לתבוע אף קודם שיפרע, ממילא אף המלוה יכול לתבוע להלוה אותו כח של הקבלן מדר' נתן, ומשו"ה לא מהני המחילה של הקבלן אותו החיוב שיש לו על הלוה עתה (נתה"מ).

(נו) ויש מי שאומר דהוא הדין לערב - פירוש, דה"ה לערב שנשא ונתן ביד, דאין למלוה על הלוה כלום (סמ"ע).

(כ) יש מי שאומר דערבות וקבלנות היינו כשתבע הלוה מהמלוה שילונו, ונכנס הערב עמו בדבר בלשון ערבות או בלשון קבלנות. אבל אם לא דבר הלוה עם המלוה כלום, אלא ראובן אמר לשמעון: הלוה ללוי מעות ואני פורע הלוה ואני נותן לך או הלוהו ואני חייב לך, אין לשמעון על לוי כלום, אפילו נתנם לו מידו, אלא על ראובן שא"ל: הלוהו, ובשליחותו של ראובן נתנם לו.

(נז) יש מי שאומר דערבות כו' - יש ה' כללים בענין: הא', ערב סתם דדינו דלא יפרע מהערב תחילה אפילו אם אין נכסים ידועים להלוה. הב', אם אמר "ממי שארצה אפרע", דאז אם אין נכסים ידועים להלוה יכול לתבוע הערב תחילה. הג', אם אמר בפירוש "ממי שארצה אפרע תחילה", שאז דינו דיכול לתבוע הערב תחילה, אף אם יש נכסים ידועים להלוה. הד', אם נשא ונתן ביד, דינו עם הערב דוקא ולא עם הלוה, אם לא מכח דינא דרבי נתן באין לו לערב. הה', אם לא דיבר הלוה עם המלוה אלא הערב דיבר עמו שילוה ללוה, דאז אף אם נתן המלוה המעות להלוה מידו לידו אפ"ה דינו דוקא עם הערב. מיהו נראה דגם בזה, אם אין לו להערב, דחוזר על הלוה מדרבי נתן. ובערב קבלן לא שייכים ב' חילוקים הראשונים, אבל ג' חילוקים אחרונים יש בו, דסתם קבלן הוי ליה כאילו אמר ליה המלוה ש"אם ארצה אפרע ממך תחילה" (סמ"ע). (נח) אבל אם לא דבר הלוה כו' - ואחד שנעשה ערב עבור עכו"ם אם דיניהם הוא שהעכו"ם יכול לדחותו אצל הערב, אזי יכול לתבוע מהערב תחלה, וצ"ל שזה מדובר שהעכו"ם דנין כדינינו וא"כ לא נעשה קבלן עבורו ודוחק וצ"ע לדינא ועיין בתשובת רשב"א שהביא ב"י סט"ז (ש"ך).⁵⁸

(כא) קבלן שלא נשא ונתן ביד, ומכר הלוה כל נכסיו, אף על פי שיש נכסים לקבלן, אם ירצה המלוה לטרופ מלקוחות של לזה אינם יכולים לדחותו אצל בני חורין של קבלן. וכן הדין בשנים שנעשו אחראין [זה] לזה, ומכר אחד מהם נכסיו. אבל קבלן שנשא ונתן ביד, אינו יכול לגבות מהלקוחות של לזה, אא"כ אין נכסים לקבלן.

(נט) וכן הדין בשנים שנעשו אחראין "לזה" כו' - אם גורסים "לזה" ולא "זה לזה" הוא כדעת הרמב"ם דס"ל בשנים שערבו לאחד דיכול לגבות כולו מאחד מהן. ואם גורסים "זה לזה", זהו כדעת הראב"ד וסייעתו דס"ל בשנים שערבו לאחד אינו גובה מאחד אלא החצי מכל אחד, אבל כשנעשו ערבים קבלנים אחד בעד השני מצי לגבות מאיזה

⁵⁸ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

שירצה כולו לכו"ע, ועיין לקמן (סי' קלב ס"ג). ועיין לעיל (סי' קז ס"ט) בשני אחין שירשו ובא בעל חוב לגבות ממה שמכר האחד (סמ"ע).

(ס) אבל קבלן שנשא כו' - וה"ה להערב להיש מי שאומר לעיל (סעיף יט). ומ"ש המחבר דאינו יכול לגבות מהלקוחות, לאו דוקא קאמר, דהא אפילו מבני חורין דהלוה ג"כ אינו יכול לגבות כיון דנשא ונתן ביד, וכנ"ל (סעיף יט). אלא שמבני חורין דהלוה אין נפקא מינה, דהא אף אחר שיגבה מהקבלן הקבלן יחזור על הלוה ויגבה ממנו, משא"כ מהלקוחות דאין הקבלן יכול לחזור עליהן כ"כ עד שימסור לו המלוה השטר חוב דרך קנין שטרות וכמ"ש לקמן (סעיף כב), ועי' לקמן (סי' קל ס"ד) (סמ"ע).

(כב) הערב והקבלן אין טורפין ממשעבדי דלוה, עד שימסור לו המלוה שטר חוב ויקנהו לו דרך קנין שטרות, כי היכי דלא ליהוי תביעה על פה. הגה: מי שזכר שזכר לחזירו שיערב נעו, אם קבל קנין ליתן לו שטר, חייב כפי מה שקצב. ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שטר באמירה בעלמא.

(סא) עד שימסור לו המלוה שטר חוב כו' - דין זה יתבאר לקמן (סי' קל ס"ד) (סמ"ע).

(סב) אם קיבל קנין - אמנם אם נדר שטר גבוה מרגיל, אינו חייב אלא השטר הרגיל, ולמ"ד (עי' ב"ש אה"ע סי' קסט סקנ"ג?) גבי חליץ לה על מנת שתתן מאתים זוז, דאפילו חייבה את עצמה בשטר או בקנין לא מהני משום דהתם דומה לאונס כיון דמחויב הוא לחלוץ לה בחנם, וכל מה דאתני בהדה יותר מן הראוי לו התנתה ופטורה, ומשום הכי סבירא ליה לרשב"א דאפילו שטר וקנין לא מהני משום דדומה לאונס אלא א"כ הושלש מעות, משא"כ הכא דלא שייך אונס א"כ אין לאחר קנין כלום, אבל בפועלים דאין קצבתם ידוע, שיש שעושים עבודה יותר טובה ומקבלים תוספת, ויש שינוי זמנים, לכן צריך לשלם כל מה שהבטיח, ולא אמרינן אין לו אלא שכרו אלא בסרסור ושדכון ורופא, ובקנין אפילו בסרסור ושדכון ורופא מהני שיתחייב בכל מה שקצב (קצה"ח).

(סג) אין צריך ליתן שכר - ראובן שתבע את שמעון שיתן לו חלקו רביע בחכירות שחכר שמעון כי כן התנה עמו לתת לו רביע החכירות בשביל שיכנסו ראובן ערב בשבילו, הדין עם ראובן, והיינו דוקא אם היה שם קנין סודר שהקנה שמעון לראובן לתת לו רביע בחכירות אבל בלא קנין אינו חייב לו כלום כי ערבות אינו דבר שלוקחין עליו שכר שיקנה באמירה, והכא דאין נותנין שכר כלל על ערבות הוי כולו כיתר משכרו ואינו חייב לו כלום וא"כ דברי הרמ"א סתמן כפירושן דא"צ ליתן לו שכר היינו שכר כלל (קצה"ח).

סימן קל - דין ערב שפרע למלוה כיצד נפרע מן הלוה, ובו ז' סעיפים.

(א) "ערב או קבלן שפרעו למלוה בפני עדים, אם פרעו קודם שנודע אם פרעו הלוה, וטוען הלוה שכבר פרעו, אינו חייב לערב כלום. אבל אם פרעו אחר שהביא המלוה ראיה שלא נפרע, צריך הלוה ליתן לו כל מה שפרע בשבילו, בין שנתחייב לוה למלוה בשטר, בין שנתחייב לו בעל פה, אפילו בלא עדים.

(א) בפני עדים - פירוש דבלא עדים בלאו הכי אינו נאמן כמ"ש בסעיף ג'. מיהו עדים לאו דוקא קאמר, אלא הוא הדין אם כתב לו התקבלתי וכמ"ש בסעיף ג' ד', והוא הדין אם מודה לו הלוה שפרע (סמ"ע).

(ב) אם פרעו קודם שנודע כו' - היינו במלוה על פה איירי, דאילו היה שטר ביד המלוה, מחשב כנודע שלא פרעו וכנ"ל (סי' קכט ס"ח). ומה שסיים "בין שנתחייב לו בשטר כו'", לא קאי ארישא כי אם אסיפא (סמ"ע), ה"ה מלוה בשטר אם הלוה יכול לברר שיש עליו שובר (ש"ך).

(ג) וטוען הלוה שכבר פרעו - פירוש, אפילו אין הלוה מביא ראיה שפרעו אלא שטוען כן, ומשום הכי נמי כתב, קודם שנודע "אם פרעו", ולא כתב קודם שנודע "שפרעו" (סמ"ע).

(ד) שם - ראובן וגוי שלוו משמעון, ולוי נעשה ערב בעד ראובן, אח"כ פרע לוי לשמעון חצי החוב ונתן שטר על השאר, ואחר כך פרע הגוי הכל לשמעון, ולוי רוצה שיחזיר לו

חוסן משפט חלק ד'

החצי שנתן וגם השטר כיון שפרע הכל, מה שפרע פרע והשטר יחזיר לו (סמ"ע), צ"ל שמקרה זו בסמ"ע מדובר שלוי פרע קודם שהודיע ללוה, דאז הערב אפילו ללוה אינו יכול לתובעו כשפרע הלוה ג"כ אח"כ כמ"ש הש"ך (ס"ק ד?), משו"ה אף לערב השני אינו יכול לתבוע, אבל אם פרע ע"פ בית דין, כגון שהיה הלוה במדינת הים, צריך שמעון להחזיר החצי (נתה"מ).

(ה) אינו חייב לערב כלום - שלא הרשהו לפרוע אלא כשאינו פרוע עדיין, ולא כשהוא פרוע, ועי' לקמן סעיף ב' שזה כל אערב קאי ולא אקבלן, ועי' לעיל סי' קכט סקל"ז? (סמ"ע), ויש חולקים דגם ערב קבלן אותו דבר (ש"ך), וי"א כיון דמיירי שלא פרע ע"פ בית דין, א"כ יכול הלוה לומר, כיון שהמלוה חייב לישיבע כנ"ל (סי' קכט סק"כ"ח בסמ"ע?) דהוי כנפרע שלא בפניו דצריך שבועה, וכיון שלא היה למלוה זכות ליטול כי אם בשבועה, איהו אפסיד אנפשיה כשפרע שלא בשבועה, דאימר לא היה מעיז לישיבע בשקר, ומיירי שאין המלוה רוצה לישיבע עכשיו או שהלך למדינת הים (נתה"מ).

(ו) אחר שהביא המלוה ראייה שלא נפרע - לפי המחבר, היינו דווקא כשנתחייב בדין אבל לפי דברי לעיל (סי' קכח סק" Error! Reference source not found.), שהפורע חובו של חבירו הלוה צריך לשלם לו בחזרה), צריך לומר דקא משמע לן אף אם טוען הלוה שפרעו להמלוה אחר שפרע הערב אפילו הכי חייב לשלם (סמ"ע).

(ז) צריך הלוה ליתן לו כו' - פירוש, אפילו אם טען הלוה שפרע להמלוה אח"כ, והוה אמינא דאפילו למ"ד הפורע חובו של חבירו חייב הלוה לשלם לו (עי' לעיל סי' קכח סק" Error! Reference source not found.), מודים הכא דפטור כיון דפרע בלי ידיעתו והוא חזר ופרעו. קא משמע לן דערב שאני, דמחשב כאילו פרעו ברשותו וכדמסיק בסעיף ב' (סמ"ע), אם הוא מלוה על פה וטוען הלוה חזרתי ופרעתי למלוה כי לא ידעתי פרעון שלך, פטור הלוה, אף על פי שמביא הערב ראייה שפרע למלוה והמלוה הביא אז ראייה שלא נפרע, ואף בא"ל "ערביני" הדין כן ואע"פ שהיה לו לערב רשות לפרעו ולא הוי כפורע חובו שלא מדעתו מכל מקום לא עדיף כח ערב בהא מכח איש אחר וה"ל ללוה להודיע שפרע עבורו ולמה שהלוה יעלה בדעתו שפרעו וכיון שלא הודיעו ללוה איהו דאפסיד אנפשיה ויכול הלוה לטעון פרעתי אח"כ שנית ולא ידעתי מפרעון שלך ואם הוא מלוה בשטר ויש לערב עדים פשיטא דאפילו פרע הערב מעצמו ואפילו נכנס בערבו מאליו לא יוכל הלוה לומר פרעתי אח"כ למלוה דהאיך פרע לו כשלא החזיר לו שטרו אח"כ הלוה מוציא שובר מהמלוה שפרעו דבכה"ג פשיטא דדין כמלוה על פה יש לו ובכל ענין פטור מהערב כשטוען פרעתי אח"כ ולא ידעתי מפרעון שלך והמלוה א"ל שאבד השטר ונתן לי שובר, כיון שאין לו דין ערב אלא דין פורע חובו שלא מדעתו אף על פי שהשטר בידו יכול לומר פרעתיך (ש"ך), וי"א דאם נכנס ערב מאיליו דאז לא שויה שליח לפרוע אלא הא דצריך לחזור ולפרוע היינו משום דהוא נהנה דפרע חובו, ואף על גב דפורע חוב של חבירו פטור הכא בערב חייב וכנ"ל (סי' קכח סק"ב?), א"כ אם לא הודיע ללוה שפרע עבורו והלך הלוה ופרע לו למלוה דעכשיו לאו נהנה הוא אינו צריך לפרוע לו, אבל באומר "ערביני ושלם" או באומר "ערביני" דעושה לו נמי שליח לפרוע דנעשה כאומר "ערביני ושלם" (עיין סעיף ב') וא"כ כיון דעביד שליחותו צריך הוא לפרוע לו וכדברי הסמ"ע (קצה"ח), [כהגהה על דברי הש"ך] וי"א דדוקא כשפשע הערב כמה שלא הודיע ללוה פטור, אבל כשלא פשע, כגון שהיה במדינת הים או שחלה, חייב הלוה, כיון דמיירי דנתחייב הערב בדין כמ"ש הסמ"ע (סק"ו), והערב הוי כהרשהו לשלם, ונתחייב לו הלוה תיכף להחזיר ונאנס במה שלא הודיע, מסתברא דחייב הלוה לשלם. ויש אומרים דאפילו בפשע במה שלא הודיע כסמ"ע (נתה"מ).

(ב) עייש מי שאומר במה דברים אמורים כשאמר ליה הלוה בעת שנעשה לו ערב: ערביני ושלם, אבל אם עמד מעצמו ונעשה לו ערב או קבלן וקדם ופרע למלוה, ולא הרשהו הלוה לפרוע, אין הלוה חייב לשלם לו כלום. ואם אמר ליה הלוה: הכנס קבלן בעבורי, אף ע"פ שלא הרשהו לשלם, אם עמד הקבלן ופרע מדעתו, אפילו עד שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים, חייב לשלם לו. אבל אם אמר ליה להכנס ערב, ולא הרשהו לשלם, אם משעמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים פרע הערב למלוה, חייב

חוסן משפט חלק ד'

הלוח לשלם לו. ואם עד שלא עמד המלוה עם הלוח בדין ולא נמצאו לו נכסים פרעו הערב, אין הלוח חייב לשלם לו כלום. ⁵⁹ עיי' מי שחולק ואומר שאפילו ערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו, חוזר וגובה מהלוח. הגה: עיין לעיל סוף סימן מ"ט לאין ערב משתעבד אלא במקום שיכול לגבות מהלוח.

(ח) יש מי שאומר כו' - עיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ב דף ק"ס ובתשו' מהרשד"ם סי' קי"ח ועיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קכ"ג⁵⁹ (ש"ך).

(ט) אבל אם עמד מעצמו כו' - משום קבלן נקט "עמד מעצמו", דאילו ביקש ממנו להיות קבלן עבורו, תו לא היה מצריך שיצוהו לפרוע, וכדמסיק (סמ"ע), עיין סמ"ע, ומוכח מדבריו דאפילו בעמד מעצמו ונעשה ערב, אם נתחייב הערב בבית דין נתחייב הלוח לשלם לו, דאלת"ה הוצרך ג"כ למינקט משום ערב לפוטרו אפילו בנתחייב בדין, דבאמר לו "ערבני", חייב עכ"פ בעמד בדין כמו שסיים. אלא ודאי דאפילו בנעשה ערב מעצמו, חייב כשנתחייב הערב בדין, ושפיר כתב הסמ"ע דרק משום קבלן נקט. והטעם לזה נראה, דדוקא בפורע חוב שלא מדעתו פטור דהוה כמבריה ארי שאינו מצילו רק מהיזק, אבל בנעשה ערב עבורו, כיון שהמלוה לא רצה להלוות ללוח עד שנעשה לו הלה ערב, והרי הקנהו לו זה מעותיו מחמת הערב, והוי הערב כמרויח לו ממון, שהרי על ידו הגיע הממון לרשותו, והוי כהרויח לו ממון, ולא דמי ללוח כבר והלה פרע לו שלא מדעת הלוח, ודמי למצילו מן ההיזק (נתה"מ).

(י) ומ"ש ולא הרשהו הלוח לפרוע - דאם הרשהו, אפילו לא נעשה ערב כלל הרי זה כמשלם חובו בציוויו דחייב לשלם לו אליבא דכו"ע, כי אין נראה לחלק בין הרשהו לשלם או ביקש ממנו שישלם (סמ"ע).

(יא) ולא נמצאו לו נכסים - על "לא עמד עם הלוח בדין" קאי, ור"ל, לא מיבעיא אם אחר שכבר עמד המלוה עם הלוח בדין לשלם לו ולא מצאו הב"ד ביד הלוח נכסים, דפשיטא דהלוח צריך לחזור ולשלם בכה"ג, אפילו אם לא היה קבלן אלא ערב גרידא, וכדמסיק המחבר, דכיון דכבר עמד עם הלוח בדין אין לו שום טענה למה שילם לו הערב, דהרי ודאי יחזור עליו, ולמה ליה להמתין עד שירד המלוה עמו בדינא ודיינא, אלא אפילו לא תבע להלוה להודיע אם יש לו נכסים או אין לו, דבכה"ג בערב גרידא פטור הלוח כדמסיק, מכל מקום בקבלן, דהברירה ביד המלוה לתבוע הקבלן מיד, צריך הלוח לשלם לו אפילו פרעו מעצמו (סמ"ע).

(יב) ואם עד שלא עמד בדין כו' - משום דה"ל כפורע חובו של חברו שלא מדעתו. וזהו לשיטת המחבר (סי' קכח ס"א) דבכה"ג פטור, ואפילו למ"ד חייב⁶⁰, בכה"ג פטור אם טוען הלוח דאח"כ חזר ופרעו (סמ"ע).

(יג) שנכנס בערבות מאליו כו' - י"א כדברי המחבר, וי"א דוקא כשא"ל "ערבני" דאז חייב אפילו פרע מעצמו עד שלא ירד המלוה עם הלוח לדין (סמ"ע), ועיקר כצד הב' בסמ"ע (ש"ך), עיין מ"ש בזה לעיל (סי' קכח סק"ב?) (קצה"ח).

(ג) אין הערב גובה מהלוח, עד שיביא עדים שפרע בשבילו. אבל כל זמן שאין לו עדים, אינו גובה ממנו כלום, אפילו אם שטר החוב בידו. ואם כתב המלוה לערב: קבלתי ממך דמי החוב, מהני ליה לגבות מהלוח, וכגון שמפורש הערבות בשטר, או שהלוח מודה בו, דאם לא כן מה אנו יודעים שהוא ערב.

(יד) אפילו אם השט"ח בידו - שיכול לומר פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ומצאתו, או לא פרעת עדיין להמלוה ונפל ממנו ומצאתו, או הפקידו בידך, או יכול לומר פרעתיך כי אין שט"ח שבידו ראייה לעשותו מלוה בשטר, ומ"מ מהני ליה כשכתב לו המלוה התקבלתי, דלא יכול הלוח לטעון כלום, אפילו פרעתי לך, דכיון דמיירי דידוע שנעשה ערב, וגם ידוע שפרע להמלוה ומסר השט"ח מידו ליד הערב לגבות בו, שהרי כתב לו התקבלתי, האמינו חכמים בזה להערב והעמידוהו במקום המלוה, וכשם שלא היה הלוח נאמן לומר פרעתי להמלוה כל זמן ששט"ח בידו, כן אינו נאמן בכהאי גוונא נגד הערב, ומטעם זה כתב המחבר (סעיף ד' בשם הי"א),

⁵⁹ לא עשיתי

⁶⁰ היינו הסמ"ע שם סק"א. Error! Reference source not found.

חושן משפט חלק ד'

שטורף בו אפילו ממשעבדי, דהעמידוהו במקום המלוה מכל וכל (סמ"ע), וי"א דדוקא כשכתב התקבלתי ונתן לו זכותו, דהיינו שהקנה לו השטר בכתיבה ומסירה כנ"ל (סי' סו ס"ו), הא לאו הכי יכול לטעון פרעתיך ולענין דינא הממע"ה, וה"ה כשמביא הערב עדים שפרע יכול הלוה לומר לערב פרעתיך דכיון דבהתקבלתי יכול לטעון פרעתיך כ"ש בעדים דהא הודאת בע"ד כק' עדים דמי (ש"ך), ועיקר כדברי הסמ"ע אמנם אם הערב פורע בפירוש לבטל השטר, ודאי השטר בטל, רק דאנן אמרינן לא שדי אינש זווי בכדי וודאי נתן אדעתא דהכי שיהיה השטר בתקפו, ואדעתא דקניית השטר מיד המלוה נתן מעותיו. ולזה נראה, דשטר כזה נקנה מהמלוה לערב במסירה בלא כתיבה, דעיקר הטעם דמכירת שטרות דרבנן ובעי כתיבה ומסירה הוא מטעם דאינו יכול למכור שעבוד גופו של הלוה, דהלוה מצי טען לאו בעל דברים דידי את, וכיון דפורע הערב, ממילא נשתעבד גופו של לוח ונכסיו להערב, משו"ה יכול להקנות ג"כ השטר במסירה בלא כתיבה, רק לענין שעבוד נכסים של לקוחות פליגי הפוסקים [להלן סעיף ד'] אם יכול להקנות במסירה, וכל זה דוקא כשגובה המלוה מהערב בתורת גוביינא או שהערב פורע למלוה בתורת פרעון, דאז נשתעבד גופו של לוח להערב, יכול למסור השטר להערב ג"כ, אבל במקום שאין המלוה יכול לתבוע לערב, כגון קודם זמן פרעון, או כשאין הערב רוצה לפרוע קודם שיתבע להלוה, ואמר המלוה להערב אין רצוני לתבוע ממך שתפרע לי, רק אני רוצה למכור לך השטר חוב של מנה בחמשים כדרך שמוכרין לאחר למען לא אצטרך לתבוע להלוה קודם, ודאי דדין הערב כדין שאר כל אדם דבעי כתיבה ומסירה, דהא קודם שהערב פורע בתורת פרעון אין להערב שום שעבוד הגוף על הלוה. אמנם, הא דנקנה השטר לערב במסירה בלא כתיבה כשפורע שלא מדעת הלוה, הוא דוקא להנך⁶¹ דסברי דאפילו באומר ערבני לבד חייב בפרע הערב בלא ידיעת הלוה, וכשפרעו הערב נשתעבד גופו של לוח, ממילא יכול להקנות לו השטר במסירה גרידא. אבל למאן דס"ל אם פרע הערב פטור אפילו אמר לו ערבני כל זמן שלא אמר לו "ערבני ושלם", משו"ה כל שלא אמר "ערבני ושלם", ושילם בלא דעת הלוה, לא מהני התקבלתי שיהיה לו דין שטר נגד הערב עד שיקנה לו השטר בכתיבה ומסירה, וזהו דעת הסוברים דצריך כתיבה ומסירה **דוקא** (נתה"מ), ראובן שעשה עסק עם שמעון, ששמעון חייב את עצמו להמציא לראובן איזה סחורה, וראובן התחייב את עצמו לקבל הסחורות ולשלם תמורתן, והעמיד ראובן את לוי לערב קבלן בעדו נגד שמעון לשלם לו תמורת הסחורה, וראובן עשה שטר פיצוי ללוי לפצותו ולבאי כוחו שלא יהיה להם היזק וגרם היזק כו', גם נכתב בשטר פיצוי נאמנות כנהוג, וכל זמן ששטר פיצוי זה קיים, בדלא נכתב עליו תברא, אין אני נאמן עליו לומר מפוצה, מסולק, פרוע, מחילה, ריבית הוא, ולא שום טענה בעולם, אדרבה לוי ובאי כוחו נאמנים כו', ויד בעל השטר על העליונה כו'. והנה לוי בירר בכירור גמור שהוא שילם לשמעון בעד הסחורה שמסר לראובן, לכן תובע לוי לראובן שיחזיר לו מעותיו, וראובן השיב שקודם שפרע לוי לשמעון נתן הוא המעות ליד לוי שיתנם לשמעון, גם טען ראובן שנודע לו אחר התחייבות פיצוי הנ"ל שלוי היה שותף עם שמעון בסחורה הנ"ל, ולוי משיב מה לך נפקא מינה אם הייתי שותף או לא. הדין עם לוי, ואע"פ דלעיל (סי' עא ס"ג) ממעטינן בענין נאמנות דאינו קאי אלא על פרעון ולא על שאר דברים, אמנם אין טעם זה מספיק אלא שלא יהא לוי נאמן בלא שבועה, אבל לבטל השטר פיצוי לגמרי לא. ועל דבר מה שטוען עוד ראובן כיון שהיה לוי משותף עם שמעון יהיה השטר פיצוי בטל, אין שום הבדל בזה שהוא שותף או לא, ולכן אין בטענתו כלום (פ"ת) ועיין בתשובות נו"ב תניינא [חו"מ] סי' י"ג מ"ש בזה: (פ"ת)⁶².

(טו) ואם כתב המלוה לערב קבלתי - לא בעינן שיכתוב לו קיבלתי אלא כשאין להערב עדים שפרע להמלוה, אבל כשיש לו עדים שפרע להמלוה, והשט"ח דמלוה בידו,

Commented [YL12]:
אם הוא חוזר על
עצמו?

⁶¹ לא עשיתי

⁶² לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

האמינוהו ג"כ והעמידוהו במקום המלוה כיון שידוע שנעשה ערב (סמ"ע וש"ך), וכן מוכח לקמן (סי' קלב ס"ד), ועיין בתשו' מהרשד"ם סימן כ"ה⁶³ (ש"ך).
(ד) בשכתב לו: קבלתי ממך דמי החוב, יש מי שאומר דהוי כמלוה בשטר לפרוץ בו מהלקוחות שקנו מהלוה. ויש מי שאומר שאע"פ שכתב לו כן לא מהני אלא לגבי הלוה בעצמו, שאינו נאמן לומר: פרעתי, אבל אינו יכול לגבות ממשעבדי שמכר הלוה, עד שימסור לו המלוה השטר חוב ויקננו לו דרך קנין שמרות, שלא תהא תביעתו תביעה על פה. והוא הדין אם כתב הלוה לערב כשהכניסו ערב: הריני משעבד עצמי ונכסי מעכשיו שכל זמן שתפרע אותו חוב שנעשית עליו ערב לפלוני המלוה כאילו קבלתי המעות ממך, הרי זה גובה מהלקוחות ומיתומים גדולים, שאין לך מלוה בשטר גדולה מזו.

(טז) לפרוץ בו מהלקוחות - אף אם כבר פרע הערב להמלוה ולא התנה עמו שיכתוב לו "התקבלתי", יכול לכתוב לו אח"כ ומהני, וב"ד כופין על כך (סמ"ע), וי"א שאינו יכול לכתוב התקבלתי אלא קודם שפרע, ואפילו אם כתב לא מהני (ש"ך).

(יז) ויש מי שאומר שאע"פ שכתב לו כו' - ועיקר כדבריו, ובפרט אחרי דברי בסק"י (יד) (ש"ך).

(יח) וה"ה אם כתב הלוה לערב - אם המלוה רצה שיהיה ערב קבלן גמור ושישתעבד לו בפירוש בתורת קבלן אלא שהערב לא יכנוס עצמו לקבלן אם לא שיכתוב הלוה לו כך לכן ציוה לו המלוה שיכתוב לו כך, אבל אם אין הערב משתעבד בתורת קבלן רק בתורת ערב אז ודאי אין לו רק דין ערב אף על גב דהלוה כתב לו התקבלתי וזה פשוט (קצה"ח), ואם הלוה מודה שהוא ערב ובשטר כתב התקבלתי, דלא מהימן לומר פרעתיך, היינו רק למ"ד שערב הפורע חוב חייב, אבל למ"ד פטור נאמן במיגו (נתה"מ).

(ה) ערב שפרע למלוה, ולא בקש ממנו השטר, אין הלוה חייב כלום לשלם לו מה שפרע בשבילו (ע"ל סי' נ"ח סס"א), שהרי פשע במה שהניח השטר ביד המלוה.

(יט) ולא בקש ממנו השטר - כאן לא כתב המחבר דהיינו דוקא בדהזכיר לו הלוה לקיחת השטר, כמ"ש לעיל (סי' נח ס"א), כיון דידע הערב בעצמו שהלוה לו בשטר, וששט"ח עדיין ביד המלוה (סמ"ע), אף כשהזכיר לו השטר פטור כל שלא א"ל בפירוש שיקח השטר, ערב שאני כיון שהוא נותן המעות שלו, ולחזור לתבוע את הלוה לא ה"ל ליתן בלא שטר, וא"י להוציא מהלוה בלא שטר (ש"ך), מיהו אם היה מלוה על פה ופרע הערב בלא סהדי ותובע את הלוה שיפרע לו מה שפרע בעדו לא הוי פושע מה שפרע בלא סהדי, כי דוקא בשטר שייך למימר היה לך ליקח את השטר אבל לא במלוה על פה, ולפי"ז אם הערב אומר שכבר פרע למלוה והמלוה טוען שלא נפרע עדיין ותובע את הלוה א"כ שניהם נשבעין ונוטלין, כיון דאומר לערב ערביני ושלם או ערביני סתם דהו"ל כאומר שלם דהו"ל דין חנוני על פנקסו דשניהן נשבעין ונוטלין ולא הוי פשיעה במה שנתן לו בלא סהדי אף על גב דהוא תובע את בעה"ב, אלא על כרחך במלוה על פה דלאו אורחא למיפרע בסהדי לאו פשיעה הוא, אלא היכא דהוא חשוד ואינו יכול לישבע אינו נוטל, אמנם יש צד (עי' דברי סי' צא סק"ו) שאינו יכול לישבע וליטול, שזה רק במקום חנוני על פנקסו שיש חזקה ששליח עושה שליחותו (קצה"ח), ויש אומרים שאין ערב יכול להוציא ללא שטר או עדים (נתה"מ).

(ו) מת הלוה, וקדם הערב ופרע החוב קודם שידוע את היורשים, אם נודע לנו שלא פרע הלוה שטר חובו קודם שמת, כגון שהודה בו קודם (שמת), או שנידוהו ומת בנידויו, או שלא הגיע זמן המלוה לגבות, הרי זה חוזר וגובה מהיורשים כל מה שפרע. הגה: וי"א כל זה דוקא ביתומים קטנים, אבל גדולים כריכין לשלם כשיש השטר ביד הערב, וזכך שנתבאר סעיף ד', וכן נראה לי עיקר.

(כ) וקדם הערב ופרע - מיירי שידוע שפרע כגון שיש עדים או שכתב לו המלוה התקבלתי דאל"כ אפי' מן הלוה גופי' אינו גובה וז"ש הרמ"א "אפילו ביתומים גדולים וכדרך שנתבאר סעיף ג' כו' ר"ל שידוע בעדים שפרע או שכתב לו התקבלתי (ש"ך).

⁶³ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

(כא) קודם שיודיע את היורשים - דאם היה מודיעם היה גובה מהם אם הם גדולים ולדברי הרמ"א שמפרש שהם קטנים ה"ה אפי' מודיעם לא היה המלוה או הערב גובה מהם ואפ"ה היה המלוה גובה מהערב כדלעיל (סי' קי ס"ג) אלא דאם הודיעם שמא היו פורעים מעצמם (@@@@@@ש"ך).

(כב) חוזר וגובה מהיורשים כו' - ואם אין שם אחד מהג' דרכים אינו חוזר עליהן, אפילו אם היתומים גדולים, דכיון דאיכא ריעותא לפנינו דלא הוה ליה לפרוע עד שיודיעו תחילה ליורשים, אמרינן ודאי צררי אתפסיה אבי היורשים להערב כשהגיע זמנו ליפרע, ומשום הכי כתב מור"ם בהג"ה על זה דיש חולקים בגדולים, וביש אחד מג' דרכים הנ"ל גובין אפילו מיורשים קטנים ואפילו אין שט"ח בידו וכנ"ל (סי' קח ס"ג וסי' קי ס"א) (סמ"ע).

(כג) אבל גדולים צריכים לשלם - וי"א דאפילו פרע בקטנותו ולא אודיעינהו, חוזר על היתומים אחר שיגדלו ונפרע מהן, דאז ליכא ריעותא כולי האי, דמאי הוי ליה לאודיעינהו כיון דלאו בר תשלומין נינהו בקטנותו (סמ"ע).

(כד) וכנ"ל עיקר כו' - ועיקר שזה נשאר כספק (ש"ך).
(ז) היה המלוה עובד כוכבים, אין היורשים חייבים לשלם, שמא אביהם נתן ליד הערב כל החוב שהיה עליו, מפני שהעובד כוכבים תובע את הערב תחלה ולפיכך פרע זה מדעתו קודם שיודיע את היתומים. אבל אם הודיען שהעובד כוכבים תובע אותו והרי הוא נותן, חייבים לשלם. (ואם כפאוו אותו צית דין לפרוע, הוי כאלו הודיעם).

(כה) שמא אביהן נתן ליד הערב כו' - ודוקא היכא דלא אודיעינהו, דאיכא ריעותא, חיישינן לזה, אבל לא כשהודיען וכדמסיק (סמ"ע).

(כו) אבל אם הודיען - ראובן שהלך ללוות משר העיר שלוש מאות זהובים על שט"ח בריבית כך וכך לשנה, ולא רצה השר עד שיחתום עמו שמעון, וחתמו יחד, וקיבל ראובן הסך מהשר, ובסוף כל שנה נתנו לו הריבית ואמרו לו שיהיה עוד שנה, ונתרצה להם השר תמיד, ואח"כ באמצע שנה הרביעית נפטר ראובן והניח יתומים גדולים, וכאשר נשלם השנה שלח השר לאלמנת ראובן וגם לשמעון שיסלקו לו החוב, וכבואם אליו טען שמעון הלא אתה יודע שאני לא נהניתי ממעות אלו כלום רק בערבות חתמתי, ואשת ראובן אמרה "לא כי, אלא החצי מגיע משמעון". ושלח השר אותם לדייני ישראל שיגידו ממי יגיע לו המעות ויגבה ממנו. וטענה האלמנה והיתומים אמת שכל הסך מגיע מראובן ויודעים זאת בבירור, רק מענה בפיהם ששמעו פעם אחת מראובן שאמר שיש לו טענות ותביעות על שמעון בערך ק"ג זהובים, וכשיהיה לו פנאי יתבענו לדין, ואפשר אזכה נגדו בדין, כן שמעו מפיו, ושמעון משיב שאינו חייב לראובן משום משא ומתן וכו'. עי' ש"ך לעיל (סי' עה סק"ב? ועיי"ש דברי סק"ז?) דטענת "יש לי בידך" אינו יכול לטעון אלא היכא דאית ליה מיגו דלהד"ם או פרעתי, והכא פרעתי לא הוי מצי לטעון, דדוקא היכא דקדם הערב ופרע קודם שיודיע להיתומים אז חיישינן שמא הלוח נתן ליד הערב, אבל אם הודיען תחילה לא חיישינן להכי, משום דודאי אין הלוח פורע רק להמלוה. ותו, כיון שמת ראובן תוך זמנו דהיינו באמצע שנה הרביעית, וכבר הכריע הש"ך (סי' עח סק"ב?) דאפילו אם המלוה נתחסד והרחיב לו הזמן אמרינן ג"כ דאין אדם פורע תוך זמנו, ותו, דכיון שיש שטר ביד השר לא חיישינן ביה לפרעון כו'. וגם לא שייך הכא מיגו דלהד"ם, דהיינו שהיה אומר שמתחילת הלואה לוח שמעון לעצמו חצי הסך, דזה אינו, כיון שידוע לכל תושבי העיר האי מילתא ששמעון חתם בעדו בערבות, כיון שאפילו ראובן עצמו לא היה יכול לטעון "יש לי בידך כנגדו", משום דלית ליה מיגו, א"כ כ"ש דלא טענינן הכי ליתמי, דהא יש אומרים (עי' לעיל סי' קח ס"ד) דאפילו נאנסו לא טענינן ליתמי משום דהוי מילתא דלא שכיחא, וכ"ש טענת מחילה או יש לי בידך דגרעיה טפי, ואפילו להי"א שם דטענינן ליתמי נאנסו, וכן הכריע הש"ך שם, מ"מ מודים בטענת מחילה או "יש לי בידך" כו' (עי' דברי שם סק"ה?). אבל אם היה ליתמי גופייהו איזה מיגו והיו אומרים שאבוהון אמר בברי כך, הווי מהימני בשבועה, עי' לקמן (סי' רצו ס"ז), ואין על שמעון רק קבלת חרם שאין חייב לראובן משום משא ומתן ושאר דברים שהיו ביניהם, ויגבה השר כל החוב מעזובנו של ראובן, אף על גב דשמעון יש לו דין לוח בחצי

חוקן משפט חלק ד'

החוב, מ"מ מאחר שמחויבים היורשים לשלם אח"כ לשמעון א"כ אפוכי מטרתא למה לי (פ"ת).

סימן קלא – מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב, ובו י"ד סעיפים.
(א) מי שנתפיים להיות ערב קודם שיתן המלוה המעות ללוה, יכול לחזור בו, אפילו קנו מידו. ואם לא חשש המלוה ונתן המעות ללוה, אין לו על הערב כלום. אבל ערב דלאחר מתן מעות, כיון שקנו מידו, אינו יכול לחזור בו. (ואין חילוק בזה בין ערב לקבלן).

(א) אפילו קנו מידו - הטעם, דקנין בלא ב"ד חשוב, בערבות שהוא אסמכתא לא קניא כי אם מטעם דאגב דהימניה ונתן על ידו מעות גמר ושיעבד נפשיה, והרי זה חזר בו ואינו מבקש הימנותיה. משא"כ בערב דלאחר מתן מעות דבעי קנין, מיד שקנו מידו נגמר הענין, ומשום הכי מהני ביה הקנין ואפילו בלי בית דין חשוב בצירוף הימנותיה שקיבלו לערב וי"א אפילו קנו מיד הלוה והמלוה, דהלוה שיעבד לו נכסיו בקנין, והמלוה שיעבד נפשיה להלואתו על נכסיו, אפ"ה יכול המלוה לחזור בו, וי"א שאינו יכול לחזור בו מ"מ אם הערב חזר בו גם המלוה יכול לחזור בו, משום דאדעתא דהכי לא הקנה להלואתו כי אם בערב (סמ"ע וקצה"ח).

(ב) כיון שקנו מידו אינו יכול לחזור בו - יש להסתפק אם יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו הענין או לא (פ"ת).

(ב) האומר לחבירו: ערבת לי, והוא אומר: לא ערבותי, או שאמר הערב ללוה: אתה הרשיתני לערוב אותך וליתן, והוא אומר: מדעתך ערבת, או: לא ערבת כלל, או שאמר הערב: פרעתי המלוה בפניך, והלה אומר: לא פרעת, או שא"ל: כן פרעת ונתתי לך מה שפרעת, או שאמר המלוה: ערבת לי ק"ק, והוא אומר: לא ערבותי אלא מנה, בכל אלו הטענות וכיוצא בהן, המע"ה, או ישבע הנתבע שבועת היסת או שבועת התורה, אם הודה במקצת.

(ג) והוא אומר לא ערבותי - ה"ה אם אומר לחבירו "ערבת לי בתורת קבלנות ואין אני רוצה לטרוח לגבות מן הלוה", והלה אומר "לא הייתי אלא ערב סתם ויש נכסים ללוה ותגבה מן הלוה עצמו", דבכה"ג נמי צריך הלה לישבע שלא היה אלא ערב סתם, ולא אמרינן דלא הוי כפירת ממון כיון שיכול לגבות מן הלוה עצמו, דחסרון טירחא נמי הוי כממון גמור (פ"ת).

(ד) אתה הרשיתני לערוב אותך וליתן - דס"ל דלא סגי לערב במה שהרשהו לערוב עד שירשהו ג"כ ליתן כנ"ל (סי' קל ס"ב), מיהו בהרשהו ליתן לחוד נתחייב לו הלוה. גם במה שכתב אח"כ "והוא אומר מדעתך ערבת", הוי ליה למימר גם "או לא הרשיתך ליתן", אלא חדא מינייהו נקט (סמ"ע).

(ה) המוציא מחבירו עליו הראיה - היינו בדלא כתב לו המלוה התקבלתי, דאילו כתב לו התקבלתי ונתן לו זכותו, הרי הוא עומד במקום המלוה, ואם המלוה בשטר, אינו יכול לומר פרעתי, ועי' לעיל (סי' קל ס"ג סק"ג ?) (סמ"ע).

(ג) ערב או קבלן שרואים שהלוה מבזבז נכסיו, יכולים לתבעו שיוציאם מהערבות, אף על פי שהוא בתוך הזמן.

(ו) שהלוה מבזבז כו' - וכן הוא לעיל (סי' עג ס"י-יא) לענין מלוה עם הלוה, ולאפוקי מדעת החולקין בתרווייהו (סמ"ע). ואם אינו מבזבז עיין בסעיף ד' בהג"ה (ש"ך).

(ד) ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו שיתבע ממנו מהלוה ואם לא, יפטר מהערבות, ולא רצה המלוה והאריך זמן ללוה, פ"ש מי שאומר שאין הערב נפטר בכך, ואצ"ל קבלן, ואפילו היו נכסים ידועים ללוה והערב אומר למלוה: רד עם הלוה לדין וגבה חובך מנכסים, והאריך זמן ללוה ובנתיים נשתדפו הנכסים, גובה מהערב. וצריך להתיישב בדין זה. הגה: כי פ"ש חולקין בזה (ו). מיהו אם הלוה היה מוכן ליתן למלוה מעותיו, והערב שלח אחיו שיבא לקבלם, או לשלוח לו שטר לתבוע החוב ולא רצה, ונאצל החוב, פטור הערבי (ואו). והערב יכול לכוף ללוה לפוטרו מן הערבות בזמנו (ו), כי יכול לומר: לא נתליתני להיות ערב, אלא עד כאן. ואם המלוה עובד כוכבים, והלוה נתן (המעות) לערב לפטור עובד כוכבים, וסכחם העובד כוכבים אכל הערב,

חושן משפט חלק ד'

כריך להחזיר המעות ללוה, ולא יוכל לומר: שמא יזכור העובד כוכבים, דהואיל וכבר ערב צעדו והימניה, כריך להמתין לו עוד יותר.

(ד) אין הערב נפטר בכך - והא דמקבלין קנין חדש מהערבות כשמרחיבין זמן הנשואין, אין לומר שהוא משום חשש שמא הערב יכפה לאבי הכלה לעשות הנשואין, או לפטרו מערבות, דזה יכול לעשות הערב, דלפ"ז אם בטוח כל צד בערב שלו שיערוב בעדו לצד שכנגדו ולא יכריחנו, אין צריך שום קנין חדש מהערבות, ואין נוהגין כן. אלא אפשר לומר שהוא משום דיש חולקים בזה כדמסיק הרמ"א, וגם המחבר כתב דיש להתישב בזה. גם י"ל כיון דגביית הקנס מהערבים אינו דררא דממונא כי אם מפני הבורשת, ובכהאי גוונא אפשר דה"ש מי שאומר מודה דיכול הערב שנתערב לו לומר לא אהיה לך ערב יותר מזמן שנתרציתי עליו (סמ"ע), עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ב סימן ק"א וסי' קנ"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' נ"ז וסימן רי"ח⁶⁴ (ש"ך).

(ה) יפטר מהערבות כו' - ואם התנה בשעת הערבות כן הדין עם הערב (ש"ך).

(ט) ובינתיים נשתדפו - קאמר נשתדפו מכל שכן אם נגזלו מידו, דעשויים בעלי זרוע ליפול, וכמ"ש המחבר לעיל (סי' קיא סי"ג) (סמ"ע).

(י) וצריך להתיישב בדין זה כי יש חולקין בזה - לא מצאתי שום חולק בזה, ואין בזה מחלוקת ביניהן, דגם למחבר לא קאמר אלא כשאין הערב רוצה לטרוח ולהוציא המעות מהלוה ולשלם לו, אלא שאמר לו להמלוה נחות אתה לדין עם הלוה והפרע ממנו, בזה קאמר דאינו יכול לכופהו לטרוח לירד עמו בדינא ודיינא, ורמ"א מדבר כשהערב רוצה לטרוח ולהוציא המעות ולשלם (סמ"ע), וי"א שיש מחלוקת ביניהם, ויכול לומר לערב שני הוציאני מהערבות היכא דאפשר שיבוא הפסד לערב, ועמ"ש לעיל (סי' פו ס"ו) (&?), עיין בספר מגדל דוד⁶⁵ (ש"ך), המוחזק יכול לומר קים לי כהיש חולקין, אך כל זה בערב, אבל בקבלן כיון שהדין הוא ממי שירצה יפרע תחילה, הרי הוא כלוה עצמו, וכולי עלמא מודים דאף שהתרה במלוה מ"מ חייב הקבלן לשלם. מיהו מה שנוהגין לכתוב בשטר התנאים ערב קבלן מצד החתן פלוני ומצד הכלה פלוני, אין דינו כקבלן, רק כערב סתמא, ולכן אם המחותרים העבירו המועד אין הערב קבלן מחויב לשלם הקנס, עי' לעיל (סי' קכט סי"ח) דשטר שנכתב בו פלוני קבלן הוי ערב קבלן, דודאי בלשון המועיל קאמר, מכל מקום בנידון זה אגן סהדי ומעשים בכל יום בשעת כתיבת התנאים הסופרים שואלים מי הם הערבים, ואומרים פלוני ופלוני, ומעולם לא נשמע שיאמרו הלשון המצטרך להיות קבלן, וביותר לפי מ"ש הסמ"ע [סק"ה?] והש"ך [לעיל סק"ד?] דשאני ערבות שידוכין מכל שאר מיני ערבות כו'. ולפי החולקים אפילו בלא התרה בו פטור הערב לשיטה זו, כיון דס"ל דכל עיקר חיובו אינו אלא עד הזמן ההוא, והחויב קשור ואגוד בזמן, שע"י כן יכול להתרות בו שיגבה בזמנו, א"כ ממילא משמע דאפילו בלא התרה בו פטור שהרי לא נשתעבד לו אלא עד הזמן ההוא, ועליה דמלוה רמיא להודיע להערב אם יתרצה, ואפשר דאפילו ריצוי בפירוש לחוד לא סגי, אלא צריך קנין כערב שלא בשעת מתן מעות, שהרי השעבוד ההוא שנשתעבד הערב בשעת מעשה כבר חלף הלך לו, דאי ס"ד השעבוד והחויב הראשון קיים אף לאחר הזמן שקבעו, היאך יכול הערב לכפות להמלוה שיגבה בזמנו, וי"א דאפילו להחולקים, דוקא כשהתרה הערב במלוה שיתבע חובו והאריך לו זמן, אבל בסתם לא יצא מן הערבות אמנם גם בכה"ג אין להוציא ממון מיד הערב המוחזק, דאף דהוי ספק ספיקא דפלוגתא, מכל מקום גם בספק ספיקא אין מוציאין מיד המוחזק (פ"ת).

(יא) פטור הערב - צריך לומר דאיירי ג"כ שאמר לו שהמעות מוכנים ביד הלוה ליתנם, ולא הוצרך לפרשו כי קאי אמה שכתב לפני זה, משא"כ בלתבוע החוב (סמ"ע) (סמ"ע).

(יב) והערב יכול לכוף ללוה לפטרו - והמחבר חולק ע"ז דכשם שא"י לכופו למלוה אח"ז כך א"י לכוף ללוה (ש"ך וקצה"ח), וכן עיקר דלהמחבר גם ללוה אינו יכול לכוף, דס"ל דאפילו אחר הזמן כתוך זמן, דהזמן שבשטר לא נעשה בשביל הערב והוי

Commented [YL14]:
אנ"י זו מובא בש"ך
לעיל ולא הבאתי שם
שמובא כאן, האם יש
נ"מ להביאו בש"ך?

⁶⁴ לא עשיתי.

⁶⁵ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

כאילו נשתעבד בסתם, שכל זמן שלא יסלק הלוה יחול הערבות, וכיון שהלוה יש לו הרחבת זמן מהמלוה אין מקום כפיה מהערב, שהלוה מצי אמר מתחילה נשתעבדת כל זמן שאני חייב, וקביעות זמן לא נעשה בשבילך כלל (פ"ת).

(יג) והימניה צריך להאמין כו' - גם המחבר כתב כן בסעיף ח', ראובן נתערב עבור שמעון נגד הגוי להעמידו בדין בתוך ח' ימים לפטור את עצמו בשבועה או לתת עבורו י' ש"ח, ושמעון מסר לו י' ש"ח למשכון, ועברו הח' ימים ולא תבע הגוי את שמעון, ושוב מת שמעון, ועתה באתה אלמנת שמעון ותבעה הי' ש"ח בכתובתה מראובן, והוא משיב אולי יעליל עלי הגוי עבור הערבות. כיון דראובן עדיין לא הפסיד בכך מאחר שעברו הח' ימים ולא נתבע, וקרוב הדבר לודאי שלא יבוא עוד לידי הפסד, א"כ מדוע יחזיק הערב בממון שמעון ויבטל כוחה של האלמנה בשביל חשש שמא יעליל הגוי עליו, ואפילו לא הימניה ראובן לשמעון לערוב בעדו עד שנתן לו י' ש"ח למשכון, אפ"ה צריך לראובן להחזיר הי' ש"ח. שם שונה דאף אם בא הגוי ויתבע לראובן הערב, יכול לזכות בדין ולומר לא ערבתי לך אלא שאם אתה תבוא תוך השמונה ימים ותבקש ממני להעמיד את שמעון אזי אני מחויב להעמידו, ומאחר שלא ביקשת ממני תוך השמונה ימים אני פטור מהערבות, אלא שיש לחוש שבעקיפין ובעלילות יבוא עליו שלא כדין, משום הכי פסק דלזה לא חיישינן, אבל הכא מיירי שערב לו סתם לפרוע בגינו, בזה ודאי הוא דחיישינן אי לא מטעם דכבר הימניה (סמ"ע), ועיין בתשובת עבודת הגרשוני סימן פ"ג מ"ש בזה (פ"ת)⁶⁶.

(יד) צריך להאמין לו עוד יותר - דוקא בזה ששכח הגוי והיה ספק אם יתבע המעות ממנו לעולם, משא"כ בערב דעלמא, משום הכי כתב המחבר לפני זה בסמוך, דהערב יכול לכוף להלוה לפוטרו מהערבות בזמנו (סמ"ע וקצה"ח).

(ה) ישראל שהיה ערב לחבירו בשביל עובד כוכבים, ונטל הערב משכון מהעובד כוכבים ונתנו למלוה, ובא העובד כוכבים אצל הערב בע"ש בין השמשות וא"ל: היה ערב בשבילי לזה שאני חייב לו שיחזיר לי משכונני שאני צריך לו, א"ל הערב: כבר נכנס שבת ואיני עושה שום ערבות, פייסו העובד כוכבים לערב עד שאמר למלוה: הריני כמו שהייתי, והחזיר המלוה לעובד כוכבים משכוננו, לאחר זמן תבע המלוה לערב, מען: לא היה בדעתי כשאמרתי הריני כמו שהייתי, אלא כמו שהייתי אחר שבא המשכון לידך, וראיה לדבר (שכבר ראית) סרבנותי כנגד העובד כוכבים מלהכנס ערב ותליתי הדבר באיסור שבת, הדין עם הערב, שהיה לו למלוה לפרש ערבותו. ואף על פי כן חייב הערב לסייעו להוציא החוב מיד העובד כוכבים.

(טו) ישראל שהיה ערב וכו'. עיין בתשו' מהרשד"ם סי' צ"ה וסימן ק"ל (ש"ך)⁶⁷.

(טז) היה ערב בשבילי לזה - לשון "לזה" משמע שהיו יחד בשעה שדיבר הגוי עם הערב, ומשום הכי אתי שפיר מה שמסיק וכתב "כבר ראית סרבנותי", וראיית סרבנותו הוא במה שסיים ואמר "ותליתי הדבר באיסור שבת", ור"ל כיון שבאמת אין בזה איסור שבת בפרט בעוד בין השמשות, היה לך להבין שאמרתי כן בשביל שאני מסרב להיות ערב נגדו. גם ממה שאמר "ואיני עושה שום ערבות", משמע דאמר לו אף אם לא היה שבת אינו עושה שום ערבות, וזהו סרבנות (סמ"ע).

(יז) ואף על פי כן חייב הערב לסייעו כו' - כי הגוי לא יעיז נגדו בשביל הטובה שעשה לו (סמ"ע).

(ו) ישראל שהיה בידו משכון מעובד כוכבים, ושואל ממנו שיחזירנו לו בערב ישראל, והודה לדבריו, והביא העובד כוכבים ישראל וא"ל בלשון הקדש: אני מתרה בך שלא תקבלני ערב, ואומר בפני העובד כוכבים: אני ערב, התראה שהתרה בו אינו כלום, והרי הוא ערב כבשעת מתן מעות.

(יח) התראה שהתרה בו אינה כלום - י"א הטעם שהערב היה לו להשמש מן הגוי ולדחותו מלהיות ערב, וכיון שלא עשה כן אלא שהודה בערבות בפני הגוי, ולא היה

⁶⁶ לא עשיתי

⁶⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

יכול המלוה להשמט כיון שהכל יודעין שראוי הוא שיקבלוהו, והוא כבר הודה לגוי שיחזיר לו המשכון על ידי ערבות. ואם התרה בו קודם שהודה לו, התראתו התראה, ואמרינן דהיה לו להשמט מהגוי ולומר "איני נותן מעותי על ערבות כי אם על משכונות", אבל מדהשמיטו המחבר ומור"ם, נראה דסבירא להו דבלאו הכי נמי התראתו לאו התראה, כי יכול בעל המשכון לומר "למה אני אתגרה עם הגוי יותר ממך, שאתה אינך רוצה לומר להגוי שאינך רוצה להיות ערב עבורו, ואני אומר שלא אקבל אותך בערב מאחר שידוע שבטוח אתה להיות ערב". וזה שכתב המחבר "דבא הגוי מתחילה להמלוה וביקש ממנו שיחזירנו לו בערב ישראל "והודה לדבריו" כו", ולא קיצר לכתוב שאם באו ישראל וגוי למלוה וביקש הגוי להחזיר לו המשכון ע"י ישראל זה והישראל מתרה בו בלשון הקודש כו'. צ"ל דאורחא דמילתא נקט, דאין דרך שיבואו אצל המלוה בבקשה זו אם לא בדיעת דעתו תחילה, אבל אם אירע שבאו ג"כ, התראתו לאו התראה היא (סמ"ע), וי"א דאין כאן השמטה ואדרבה המחבר דקדק וכתב והודה לדבריו, דבעינן דוקא הודה מתחלה לדבריו (ש"ך).

(יט) והרי הוא ערב כו' - היינו טעמא כיון דא"ל בהדיא "אני ערב", משא"כ בדין שלפני זה שלא אמר אלא הריני "כמו שהייתי", ולשון זה סובל פירוש אחר. אם שמעון נעשה אפוטרופוס של השר, ולא רצה ליתן הפרס לראובן שהיה רגיל ליקח מהשר עד שהכניס לוי לערב באם לא יכניסו השר לחשבון, שיפרע לו, ועכשיו אומר שמעון שהשר לא הכניס זה בחשבון, וראובן מת, ותובע את לוי שישלם לו, ולוי טוען שמא פרעך ראובן, הדין עם הערב (סמ"ע).

(ז) שמעון יצא ערב לעובד כוכבים בשביל ראובן, והלך לו ראובן, והוצרך שמעון לפרוע בשבילו, וכשבא ראובן תבעו שמעון, א"ל: לא היה לך לפרעו כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו, א"ל שמעון: הוצרכת לפרוע כל זמן שלא הנחת בידי שטר הפרעון והנחת שטר החוב ביד העובד כוכבים, הדין עם שמעון, וחייב ראובן לשלם כל מה שיברר שנתן לעובד כוכבים, אפילו שהעובד כוכבים תבע ממנו הממון שלא כדין ואנסו ליתן לו. והבירור יהיה על ידי עדים או על ידי פתקא של העובד כוכבים ניכרת, או [שכתוב] (שכתב) ביני שימי בשטר. הגה: וה"ה בכל ערב לעובד כוכבים צעזל ישראל חזירו, אפילו העליל העובד כוכבים על הערב מכח הערבות, חייב הלוה לסלקו. ודוקא שאין הערב מודה שהעובד כוכבים פוטרו צפניו, אבל אם מודה שהעובד כוכבים פוטרו, או שיש עדים על כך, ואח"כ חזר והעליל עליו, פטור הלוה. ואין הערב נאמן, אפילו בצדעה, כמה הוליא על העלילה, אלא כריך עדים שהולך להתפטר עם העובד כוכבים מכח הערבות, ואז נוטל בצדעה, אם לא שהעדים או אחד מהן מעידים דבר צדוק, שאז נוטל בלא צדעה, אבל אם לא העמיד עדים, איהו דאפסיד אנפשיה. וי"א הא דמחייב לפוטרו מן האונסין, דוקא באונס דשכיה, אבל באונס דלא שכיה, לא.

(כ) אפילו העליל הגוי כו' - ע"י לעיל (סי' צג סט"ו, וסי' קעו סל"ז), דמשמע משם דאינו חייב לשלם עד שיברר שהחייב לא פרע. דשם הגוי המוכר היה עיקר עסקו עם לוי, אלא שלרווחא דמילתא לקח ג"כ התקשרות מראובן, שבאם לא יפרענו לו יפרענו הוא, וכיון דהגוי נתרצה להיות תחילת תביעתו מלוי, לא סלקא דעתיה דראובן גופא שהגוי יבוא עליו, והוא ג"כ מילתא דלא שכיה, משום הכי קאמר ג"כ שם דשמעון אינו צריך לעשות לו כתב באחריות על זה, משא"כ כאן דשמעון הכניס נפשו להיות ערב בעד ראובן לגוי, ובדיניהן הולכין אחר הערב תחילה, משום הכי על ראובן לפצותו מכל וכל (סמ"ע וקצה"ח), עיין בתשו' רמ"א סימן פ"ו דף קס"ח ע"א ובתשו' ק' לב ספר ב' סי' ס"ו: (ש"ך)⁶⁸.

(כא) או שכתב ביני כו' - כצ"ל בלא וי"ו, ולא שכתוב בוי"ו, ואדלעיל קאי והכי קאמר, שהגוי כתב פתקא בפני עצמו כמה קיבל ממנו, או שהגוי כתב כתיבת ידו ביני שיטי בהשטר כמה קיבל, אבל שכתוב בוי"ו משמע שהיה נמצא כתוב כך בהשטר ביני שיטי, ואפילו אינו ידוע מי כתבו, וזה ודאי אינו, מאחר שהשט"ח ביד שמעון יש לחוש שמא זייף וכתב עליו טפי ממה שפרע (סמ"ע), ויש חולקים על הסמ"ע דשמא

⁶⁸ לא עשיתי.

חוסן משפט חלק ד'

עשה קנוני' עם העכו"ם ואינו נאמן בשבועה לכך פי' דמיירי שהכתב של הפיתקא
וביני שיטי הוא בערכאות שלהם, עיין בתשו' רמ"א סימן ט"ו⁶⁹ (ש"ך).

(כב) אפילו העליל - עיין מש"כ לקמן (סי' קצו ס"?) (נתה"מ).
(כג) שהגוי פטור - ואפילו יש לו עדים שהשופט פטור, כיון שהגוי לא פטור, מוטל על
הלוה לסלקו (סמ"ע).

(כד) שאז נוטל בלא שבועה כו' - היינו טעמא, דכיון דהכניס ערב לגוי, וכל גוי דרכו
להעליל ועליו לפצותו, הוי ליה כאילו הוציא על חבירו ברשות, דנתבאר לעיל דנשבע
ונוטל (סמ"ע).

(ח) וכן ב' שקבלו חכירות מעובד כוכבים ונעשו ערבים זה לזה, והעובד כוכבים מצא
אחד מהם וגבה ממנו, חייב חבירו לפרוע חלקו מכל הפסד שבאה לו מאותו העובד
כוכבים. ואם היה מזומן לפרוע חלקו, וההפסד בא לו מכח חבירו שלא פרע, חייב חבירו
לפרוע לו כל ההפסד. @NO MB@

(ט) יש שכתבו שאם ראובן מכר לשמעון שדה, ובא לוי וקבל אחריות עליו, לא נשתעבד
לוי. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה בכל עת שיתבענו שמעון, הרי זה חייב.
הגה: וי"א דאין ערב באחריות נשעת מתן מעות משום אסמכתא, ומשתעבד (טור נ"ס הראב"ד).

(כה) שאם ראובן מכר לשמעון כו' - משום דבשאר ערבות אמרינן דנשתעבד משום דאגב
הימנותיה גמר והקנה, וכאן לא שייך האי טעמא דלא על הימנותיה דערב קנהו, דעביד
איניש דזבין קרקע ליומא, אבל כשקנה מידו דערב שהוא חייב לשלם דמי מכר זה בכל
עת שיתבענו, ור"ל באיזה עת שירצה הלוקח שיהא המקח בטל, אפילו אין מערער על
השדה, יהא צריך להחזיר לו מעותיו, דאז אנו רואין דעיקר לקיחתו אותו לערב לא היה
אלא שיהיו מעותיו בטוחים, משום הכי מסיק הרי זה חייב כערבות דעלמא, ומשום
הכי כתב "ואם קנו מידו שישלם לו דמי "מכר", ולא דמי "השדה" כשאר אחריות
דלוקחים. והא דבעי קנין, משום דמחשב כערב דאחר מתן מעות, כיון דלא נתן מעות
אלו מתחילה בתורת הלואה (סמ"ע, קצה"ח), ועיין בתשובת בית אפרים חחו"מ סי'
ל"ד שהאריך בזה (פ"ת)⁷⁰.

Commented [YL15]:
זר על עצמו?

(כו) דאין בערב כו' - דאע"ג דכל ערבות אסמכתא הוא, מכל מקום משתעבד בשעת מתן
מעות אפילו בלא קנין משום דגמר ומשעבד נפשיה, תו לא חילקו בין אסמכתא
לאסמכתא, וזהו טעם דכל הני יש אומרים דמייתי הרמ"א (סמ"ע).

(י) ערב או קבלן שחייבו עצמם על תנאי, אף על פי שקנו מידו, לא נשתעבד מפני שהוא
אסמכתא. כיצד, כגון שא"ל: תן לו ואני אתן לך אם יהיה כך וכך או אם לא יהיה, מפני
שלא גמר והקנה. ואם קנה מידו מעכשיו שיתחייב לו בממון זה אם יתקיים התנאי, הכל
לפי תנאו, שכל קנין מעכשיו אין בו משום אסמכתא. (וי"א דאין נערצות משום אסמכתא).

(כז) מפני שהוא אסמכתא - ואף על גב דכל ערב הוי אסמכתא, שאני כל ערב דלא תלה
שעבודו בדבר אחר, אבל הכא שתלה שעבודו בתנאי, לא גמר ומקני, דסמכא דעתיה
שלא יתקיים התנאי ולא ישתעבד (סמ"ע), עיין בתשובת רשד"ם סימן קי"ו וקע"ה
וש"פ: (ש"ך)⁷¹.

(כח) או אם לא יהיה כו' - עיקר הגרסא: ואני ערב אם יהיה כך, ואם לא יהיה לא, והשתא
אתי שפיר דהוי ליה ככל תנאי כפול (סמ"ע).

(כט) שכל קנין מעכשיו כו' - עיין לקמן (סי' רז סי"ד, וסי' קצו ס"סוף?) (סמ"ע), המחבר
לשיטתו (סי' רז סי"ד) דמעכשיו לחוד מסלק אסמכתא, ולהרב בהג"ה שם צריך קנין
בבית דין חשוב (נתה"מ).

(ל) דאין בערבות משום אסמכתא - והיינו כיון שהלוה חייב, ואף דבערבות היה בו
אסמכתא, מ"מ משום הסברא "דבהאי הנאה גמר ומקנה" מסלק גם שאר אסמכתא

⁶⁹ לא עשיתי

⁷⁰ לא עשיתי.

⁷¹ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

כמו שמסלק אסמכתא דערבות, משא"כ לעיל (סי' קכט ס"ח) דחייב הערב עצמו יותר מדינו, היינו יותר ממה שהוציא ממון על פיו פטור, כמ"ש שם (סק"ז) (נתה"מ).
(יא) ראובן קנה שדה משמעון וכתב לו שטר, וא"ל שיעשה לו שטר גם על אשתו, ולא היתה שם, נתערב לוי בשבילו שלכשתבא שתעשה שטר עליה, וכשבאה, לא רצתה, ותבע ראובן לערב שיכתוב לו הוא שטר על נכסיו, והערב טוען שאינו חייב אלא יחזיר לו מעותיו, הדין עם הערב.

(לא) הדין עם הערב - כי לא נדר לו שמעון המוכר אלא שתעשה לו אשתו השטר, או שיתבטל המקח ויחזיר לו מעותיו, גם הערב לא נשתעבד לו טפי (סמ"ע).
(יב) מי שאמר לחבירו: הלוחו ואני ערב לגופו של לוח ולא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך, וכן אם אמר ליה לאחר שהלוחו ותבעו: הניחהו וכל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנה מידו על כך, אפילו התנה ואמר: אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זה אסמכתא ולא נשתעבד. (וי"א לחן זערנות מאוס אסמכתא) (וע"ל סימן קכ"ט ס"ח).

(לב) ועיין לעיל סימן קכ"ט סעיף ח' - רימז למ"ש שם ברמ"א, מי ששאל חפץ מחבירו כו' עד אף על פי שלגבי השואל הוי אסמכתא הערב חייב לשלם. וגם שם הרמ"א כתב מראה מקום לעיין למ"ש כאן. אף מי שסבירא ליה התם דהערב חייב, יכול להיות שסבירא ליה דבהני אסמכתא שנמנים הכא פטור, והיינו טעמא, דאסמכתא ששם אינה אלא כאסמכתא דסתם ערבות שנתערב בעד המעות לחוד בלי תנאי דמשועבד בו הערב בפשיטות, משום דאגב דהימניה גמר ושיעבד נפשיה, ולא אתא שם אלא ללמדינו דאע"ג דגם לגבי השואל הוה אסמכתא והוא פטור, והוי ליה למימר שהוא בכלל מה שכתב דבכל מקום דפטור הלוח פטור ג"כ הערב, קא משמע לן דלא, אבל בהני אסמכתא, אינן כאסמכתא דערבות דעלמא, וכמ"ש לעיל [סקי"ח-כ?] (סמ"ע), עי' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן נ"א: (ש"ך)⁷².
(יג) מי שלא פירש קצב הדבר שערב, כגון שא"ל: כל מה שתתן לו תן לו ואני ערב, או: מכור לו ואני ערב, או: הלוחו ואני ערב, להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום. וכל הבאים אחריו חלקו עליו, והכי נקטינן.

(לג) וכל הבאים אחריו חלקו עליו - המחבר סובר שהרמב"ם פוטר הערב משום שהוא סובר שהמקנה לחבירו דבר שאין לו קצבה לא משתעבד, וי"א דממילא החולקים עמו באותו הדין חולקים עליו ג"כ בהאי, אבל העיקר דאף המחייבים בעלמא בהמקנה דבר שאינו קצוב, מודה הכא דפטור, כיון דנצטרף לו עוד ריעותא, אסמכתא דערבות, ואף על פי דכל אחד בפני עצמו אמרינן דקנה, מכל מקום בהצטרפן יחד לא קנה (סמ"ע), י"א דמצי למימר המוחזק קים לי כהרמב"ם, וקשה ועיקר שאין קים לי כזה, ועוד י"א שאפילו נשבע הערב ע"ז א"צ לקיים מכח השבועה דבטעות נשבע דהיה סבור דמשתעבד. ועיקר שזה תלוי במח' בסי' ס"ט דלא כסמ"ע (ש"ך), עי' דברי בסי' ס"ט סק"ב? (קצה"ח).

(יד) האומר לחבירו: ערוב זה לפלוני ואני ערב לך, הרי זה כמו שאמר: הלוחו (ואני) ערב, ואינו צריך קנין.

(לד) ערוב זה לפלוני - פירוש, ערוב על ענין זה לפלוני, "ערוב לפלוני בכך וכך" (סמ"ע), מי שנעשה לחבירו ערב לאחר מתן מעות ולא רצה מלוה לקבלו עד שהעמיד ערב ההוא ערב אחר שנתערב בעד הערב הראשון הערב הב' אין צריך קנין והיינו דוקא שנתחייב הראשון בדין כגון שקנו ממנו וכה"ג דאל"כ פשיטא דהערב פטור אפילו היה בקנין (ש"ך).

(לה) כמי שאמר הלוחו - פירוש, אפילו בלא קנין משתעבד לו השני, משום דשעת שיעבודו של ערב ראשון אפילו אחר מתן מעות ובקנין, ה"ל כשעת מתן מעות, וממילא נשתעבד לו ערב השני בלא קנין (סמ"ע).

⁷² לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

סימן קלב – עבד ואשה וקטן שערבו, ושנים שנעשו ערבים בשביל אחד, ואחד בשביל שנים, ובו ו' סעיפים.

(א) עבד או אשת איש שערבו לאחרים, או נכנסו קבלנים ונתחייבו לשלם, אין חייבים לשלם עד שישתחרר העבד ותתאלמן האשה או תתגרש. אבל קטן שערב לאחרים, אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל.

(⁸¹) ונתחייבו לשלם - פירוש, והוא באופן שחייבין לשלם אם היה להן מעות (סמ"ע), עיין בתשובת מהרשד"ם סימן ר"ו (ש"ך) ⁷³.

(⁸²) שישתחרר כו' - וכ"כ לקמן (סי' תכד ס"ט) לענין אם חבלו הם באחרים, והטעם, שבני חיובא והקנאה נינהו אלא שאין להן ממון לעת עתה, שמה שקנה עבד קנה רבו ומה שקנתה אשה קנה בעלה. וקטן אפילו הוא ערב קבלן לאו בר חיובא והקנאה הוא בדבר שאין לו הנאה ממנו, אפילו הגיע לעונות הפעוטות, לכן הוא פטור אף לאחר זמן. ועיין לעיל (סי' צו ס"?) ולקמן (סי' רלה ס"?, וסי' שמט ס"ג) בדין קטן לענין הלואתו ומכירתו ומתנתו (סמ"ע).

(ב) אשה פנויה שערבה לאחרים ונשאת, דינה כלוותה ונשאת, שאם ערבה על פה (אינה) חייבת לשלם עד שתתאלמן או תתגרש, ואם ערבה בשטר, גובה ממנה ממה שהכניסה לבעלה.

(⁸³) דינה כלותה ונשאת - היינו כשחל עליה חיוב דערבות. והוא דאין ביד הלוח לשלם אז היא דומה ללותה, אבל אם יש עדיין ביד הלוח המעות, אינו דומה ללותה, דבהלואה כשהמעות עדיין בעין בידה צריך הבעל להחזירו להמלוה (עי' רמ"א אה"ע סי' צא ס"ד), ואפילו הוא מלוה על פה, ובערבות כשהמעות בעין ביד הלוח אין צד כפייה לא על האשה ולא על בעלה כי אם על הלוח (סמ"ע).

(⁸⁴) אינה חייבת לשלם כו' - הבעל נחשב בנכסי אשתו כלוקח לענין זה, ומשום הכי חוב שעליה שבעל פה אינו טורף ממנו, שהוא משועבדים שלה, אבל חוב שבשטר טורף מהן, וממילא נלמד דאפילו ערבות והלואה שבשטר אינו גובה מהבעל אלא מהקרקע שהכניסה לו, או כששעבדה להמלוה מטלטלי אגב קרקע לדינא דגמרא וכדין לוקח, ועיין לעיל (סי' ס"א וסי' קיג ס"א). מיהו נראה דגם לפי מה שתיקנו דמשום תקנת השוק לא יגבה המלוה מהלוקח מטלטלי המשועבדים לו אגב קרקע, היינו דוקא מלוקח, אבל מיורש גובה, ולבעל לא עשאוהו כלוקח במקום דאית פסידא לאחרני שיש בידו שטר חוב, כי הא דאית פסידא למלוה, כנ"ל (סי' קג סק"ח?), אבל עי' רמ"א לעיל (סי' קיב ס"?) דמשמע דגם לענין זה עשאוהו כלוקח, ועיין דרישה [פרישה סעיף ג'⁷⁴] (סמ"ע), מש"כ הסמ"ע מרמ"א סי' קיב, ה"ה מהמחבר, ועיי"ש דברי (סק"?) שהוכחתי אחרת, וגם אפילו לא שיעבד ליה מטלטלי אג"ק דפשיטא ליה לסמ"ע, דאינו גובה מהבעל, ולי צ"ע דנראה דגובה כיון דמדינא בעל יורש הוא אלא מטעם דלא איבעיא ליה לאוזפי בלא שטרא אמרי' איהו דאפסיד אנפשיה וכיון דאוזיף בשטרא אף שלא שעבד מטלטלי אג"ק גובה ולפי מה שכתבתי (לעיל סי' קיב ס"?) דבלא שטר אינו גובה דהבעל יכול לטעון פרעתי, אם כן פשיטא דבשטר גובה ממטלטלי אפילו לא שעבד אג"ק. מיהו כל זה כשהמטלטלין אינם בעין, אבל אם הן בעין גובה מהם אפילו במלוה ע"פ, דלא גרע מלותה דאם המעות בעין גובה מהן ה"נ כיון שנשאת היה שעבודו על המטלטלין והרי הם בעין גובה מהם (ש"ך), והעיקר דאפילו המעות הם בעין אינו גובה (נתה"מ), ועיקר כסמ"ע דדוקא בשעבד מטלטלי אגב קרקע גובה אבל בלא שיעבד לא, והיינו דהא דאמרינן במקום פסידא לאחרני לא הוי הבעל לוקח, זהו היכא שאם היה יורש היה חייב מדינא, משום הכי הוי פסידא דאחרני במה שנרצה לדונו כלוקח, אבל היכא דמדינא דהש"ס גם אם הוא יורש לא מחייב רק מתקנה, בזה יש לומר דבעל דהוי כלוקח לא נכנס בכלל התקנה, והיינו דבלא אגב אינו גובה דדיינינן לבעל כלוקח, ולא שייך דהוי פסידא דאחרני, דהרי אם היה יורש ג"כ אינו גובה דמטלטלי לא משתעבדי מדינא דהש"ס רק

Commented [YL16]:
בדוק את הקצה"ח

⁷³ לא עשיתי.

⁷⁴ לא עשיתי.

חוסן משפט חלק ד'

בחר תקנת הגאונים כו'. אבל באגב הוי איפכא, דמדינא גובה אף מלקוחות, רק מפני תקנת השוק תקנת הגאונים דלא ליגבי, בזה י"ל איפכא דהבעל הוי כדורש ולא שייך מפני פסידא דבעל לשוייה כלוקח, דהרי אף אם הוא לוקח, מדינא גובה ממנו, רק מתקנה אינו גובה, ולזה י"ל דבעל לא נכנס בכלל תקנה דהוי יורש. ובוה מיושבת גם קושית הסמ"ע מסוף סימן קי"ב כו'. אולם יש לדון במטלטלי בלא אגב רק באפותיקי כו'⁷⁵, (פ"ת) ועיין עוד בב"ש באה"ע שם [סק"י] ובשו"ת שבסוף ספר מנחת יעקב סי' ב' ובספר בית מאיר שם עוד מענין זה (פ"ת)⁷⁶.

(ג) שנים שעברו לאחד, כשיבא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה, ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב, חוזר ותובע מהשני שאר החוב. ויש חולקים ואומרים שאם יכול להפרע משניהם, לא יפרע מאחד מהם הכל, אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה, אלא אם אין לאחד מהם, שאז גובה מהשני הכל. ואם אמר: ממי שארצה אפרע, יפרע מאיזה מהם שירצה.

(⁷⁷) שנים שעברו. עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ד סי' י"ב ובתשו' מהרשד"ם סי' פ"ט: (ש"ך)⁷⁷.
(⁷⁸) יפרע מאיזה מהם שירצה - ובשנים שלוו מאחד צריך לגבות מכל אחד החצי ע"י לעיל (סי' עז ס"א) (סמ"ע), עיין מ"ש לעיל (סי' עז סק"ג? וסי' קז סק"ט?) (קצה"ח), ועיקר **כמחבר** (נתה"מ).

(ד) פרע אחד מהם כל החוב למלוה, ובירר זה בעדים, או בהתקבלתי, שכתב לו שפרעו הכל, אף על פי שלא אמר לו: ערבני ואשלם, חוזר ותובע מחבירו חלקו.

(⁷⁹) אף על פי שלא אמר לו ערבני ושלם - צריך לומר "ושלם" בלא אלה [ואשלם], ור"ל אף על פי שבערב דעלמא שפרע חוב הלוח אינו חוזר על הלוח עד שיאמר לו הלוח מתחילה ערבני ושלם בעבורי, וכנ"ל (סי' קל ס"ב) ואפילו להחולקים שם וסבירא להו כיון דאמר ליה "ערבני" אין צריך לומר ליה לשלם, הכא דלא אמר הערב השני ערבני אלא הלוח פייסו להכנס ערב עבורו, הוה אמינא דמודה דצריך לומר ושלם, כאן לכו"ע אין צריך לומר כאן "ערבני ושלם", כיון דיכול המלוה להפרע מאיזה שירצה הו"ל כאמר לו "ערבני" וירד המלוה עם הלוח לדין ונשבע שאין לו, שאז אף אם פורע הערב מעצמו חייב הלוח לחזור ולשלם לו, כדין קבלן עיי"ש (סי' קל ס"ב) (סמ"ע).

(⁸⁰) חוזר ותובע מחברו חלקו - ראובן ושמעון ולוי קנו סחורה ביחד וכתבו שטר חוב על עצמם ליהודה לפרוע לו כל החוב, ונעשו ערבים קבלנים זה לזה ובהגיע זמן הפרעון נמצאו ראובן ושמעון לפרוע את חלקם ולוי לא נמצא, ומחל יהודה לראובן את הערבות שנתחייב בעד חבירו אך שיפרע לו החלק שהיה מגיע עליו ותבע משמעון חלקו וחלק לוי ופרע לו. אח"כ בא שמעון לב"ד לתבוע מראובן החצי שפרע בעד לוי, כי שניהם היו ערבים בעד לוי, וראובן טוען כי כבר פטר אותו יהודה הבעל חוב מהערבות, כיון שהיה יכול ליפרע מא' מהם, אם נפרע משמעון שמעון יכול לתבוע מראובן חלקו, אבל כשלא היה מחויב לשלם הכל הוי כפורע חובו שלא מדעתו למאן דס"ל שצ"ל ערביני ושלם (סי' קל ס"ב), כיון שהמלוה יכול לתבוע הכל מא' מהן כשירצה על דעת כן נכנסו שיהיו בשיתוף בפסידתן ובכל פרעון ויכול לתבוע המחצה ממנו, כדברי הסמ"ע, וכך ע"י לעיל (סי' עז ס"ג, עז ס"ג), עיין עוד בתשו' מבי"ט ח"ב / ח"א / סי' ר"כ באריכות⁷⁸ (ש"ך), ע"י דברי (סי' עז סק"ז?) דעיקר דלא כש"ך אלא אינו חוזר וגובה (קצה"ח), כאשר הערבנים נעשו ערבים בבת אחת, אפילו אם מחל המלוה לא' מהם, כיון דלא מחל החוב ללוח, והמחילה לא היתה רק שהוא לא יתבענו, אז. והשני יכול ערב השני לתבוע להראשון, אבל אם נעשה כל אחד ערב בפני עצמו, אין הערב שגבה ממנו המלוה יכול לתבוע לערב השני כלל (נתה"מ).

Commented [YL17]

מאי זהו בגלל
שהקצה"ח בסי' קז
מקשה עלה מחבר

⁷⁵ לא עשיתי

⁷⁶ לא עשיתי

⁷⁷ לא עשיתי.

⁷⁸ לא עשיתי - כל דברי הש"ך עד כאן באים לפרוך את המבי"ט, ולכן צ"ע למה הביא עוד מבי"ט?

חוקן משפט חלק ד'

(ה) אחד שערב בשביל שנים, כשיפרע המלוה יודיעו בשביל איזה מהם הוא פורע, כדי שיחזור עליו.

⁽⁷⁹⁾ כשיפרע המלוה יודיעו כו' - י"ג "למלוה" ולא "המלוה", וכן הוא לעיל (סי' עז ס"ג), רצונו לומר דהמלוה יודיעו להערב על איזה חוב קיבל ממנו מעות כדי שיחזור הערב על אותו הלוח לגבות ממנו, כי הברירה ביד המלוה לומר על חוב זה קיבלתי המעות כנ"ל (סי' פג ס"ב), ועיין דרישה מ"ש עוד מזה⁷⁹ (סמ"ע), וי"א דהערב יודיע למלוה בשביל מי פורע דאם לא כן א"י לחזור על שום א' מהן דכל חד מצי למדחי אידך (ש"ך).
(ו) שנים שנכנסו ערבים, ופטר המלוה את אחד מהם, יש אומרים שיכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני. ועיין בסימן ע"ו.

⁽⁸⁰⁾ שיכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני - כ"כ לעיל (סי' עז ס"ח) דיכול לגבות מתחילה כל החוב מאיזה שירצה, ונמצא דאף אם לא מחל לו היה גובה כל החוב מזה כשרצה, אבל בשני לוויין שלוו ממלוה אחד ופטר המלוה אחד מהן, איתא שם (סי' עז ס"ו) דגובה חצי החוב השני מחבירו, דאף אם לא מחל לו לא היה יכול לגבות המלוה מאיזה מהן שירצה הכל כמ"ש שם (סי' עז ס"א?), ואף לדעת [??] דס"ל דבשני לוויין יכול לגבות מאיזה שירצה הכל, מכל מקום כשמחל לאחד מהן לא אמרינן דיגבה מהשני הכל כמ"ש בערבות כאן, דשאני הכא דנשאר כל החוב על הלוח (סמ"ע).

חוקת מטלטלין

סימן קלג - מי שמוחזק במטלטלין הידועים לאחר, ובו ז' סעיפים.

(א) ייכל דבר המטלטל (א) שהוא ביד האדם, בחוקת שהוא שלו. אפילו אם יביא המערער עדים שהוא שלו, ואמר למוחזק: הפקדתיו לך או השאלתיו לך, נאמן המוחזק לומר: אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, וישבע היסת. יואם טען: שלך הוא אבל משכון הוא בידי (ב), יכול לטעון עד כדי דמיון (ג), וישבע בנקיטת חפץ, ונוטל. יואם טוען נתחייב לי עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שבינינו, נכון הדבר שיברר ממה נתחייב לו, שמא הוא סבור שנתחייב לו, וכשיברר דבריו שמא אינו חייב לו.

(א) כל דבר המטלטל כו' - כבר כתב כלל הדברים הללו לעיל (סי' עב ס"ז, י"ח), אלא ששם מקור הדין הוא במודה הנתבע שהכלי הוא של התובע אלא שמחולק עמו בכמה השכינו בידו, וכתב דזה תלוי באם יש להנתבע מיגו דלהד"ם או לקוח או החזרתו, וכתב דין אימת יכול לטעון טענות אלו לאגב. וכאן הוא איפכא, דמקור הלכות אלו הוא ללמדינו אימת נאמן לטעון לקוח או החזרתו בלא מיגו, ואגב כתב הדין דנאמן לומר כך וכך הוא בידי משכון במיגו שהיה טוען טענות הנ"ל (סמ"ע), ואם היה ביד קטן, מוציאין ממנו, כל שיש עדים שהיה של התובע, אפילו בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר, לפי שאין טענותן כשאר בני אדם, ועיין לקמן (סי' קמט סק"ה?). מיהו בא בטענת אביו כל שהיו אצל אביהן טענינן להו טענתיה דאבוה, ועי' לעיל (סי' קי ס"ה) (קצה"ח), וי"א דיש לה קטנים חזקה. ואפילו אם תאמר דלאו בני טענה נינהו, מ"מ לא גרע מגדול שלא בפניו דאנן טענינן להו להחזיק מה שנמצא תחת ידו, ועי' לקמן (סי' קמט ס"ח סק"ו?) (נתה"מ).

(ב) אבל משכון הוא בידי - ואפילו אם מודה שלא בא לידו בתורת משכון אלא טוען שחייב לו ואח"כ בא לידו והוא מחזיקו בחובו עד שיפרע לו, אפ"ה נאמן עד כדי דמיו בשבועה בנקיטת חפץ (סמ"ע).

(ג) יכול לטעון עליו עד כדי דמיו כו' - עי' לעיל (סי' עב ס"ז) דנאמן בזה מכח מיגו דאי בעי היה אומר לקוח הוא בידי והיה מחזיק בכולה, גם בטענה זו נאמן עד כדי דמיו כולו. ואף שאם היה טוען לקוח הוא בידי היה נפטר בהיסת, מ"מ בזאת הטענה דמודה שהוא של זה המערער אלא שהשכינו בידו, ה"ז נשבע ונוטל, משו"ה הצריכהו לישבע בנקיטת חפץ (סמ"ע).

⁷⁹ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

(ב) ב"אפילו אם מסר המערער החפץ למחזיק בעדים, אם אין עדים שהוא עתה בידו(ד), נאמן בשבועת היסת לומר: החזרתיו לך, וכן נאמן לומר: לקוח הוא (בידי), במגו דהחזרתיו לך(ה). ואם אמר ליה: אל תחזיר אלא בעדים, והוא אומר: החזרתיו לך, נאמן במגו דנאנסו(ו), וישבע שבועה דאורייתא(ז). ואם טוען: החזרתיו לך בפני פלוני ופלוני(ח), ומתו או הלכו להם למדינת הים, נשבע היסת ונפטר. ואם לא מסרו לו בעדים, אפילו אם ראו אותו עתה בידו, נאמן לומר: לקוח הוא בידי. אבל אם מסרו לו בעדים וגם ראוהו עתה בידו, אינו נאמן. ודוקא שהעדים מעידים שנתנו לו בתורת פקדון, אבל אם מעידים שנתנו לו סתם, יכול לומר: בתורת מכר או מתנה נתנו לי.

(ד) שהוא עתה בידו - כל מקום שכתב "עתה בידו", ר"ל עתה, סמוך לתביעה בב"ד, באופן שלא מצי למימר שהחזירו אח"כ, אבל כמה שראוהו בידו בב"ד בזה אינו מפסיד, דאמרינן הרי שטרו ושוברו בצידו, דהוא הראהו והוא אומר בשעה שראהו שהוא לקוח או במתנה או משכון בידו, ונאמן במיגו דאי בעי לא הראהו והיה טוען להד"מ או החזרתיהו לך, משא"כ אם ראוהו עדים בידו קודם תביעה, דאז אף אם אמר לעדים שהוא לקוח או משכון בידו, אינו נאמן כשיש להמערער עדים שהוא שלו, והיינו טעמא, שכל מה שהוא אומר חוץ לב"ד אינן דברים, והרי ראוהו בידו עתה סמוך לתביעה. ובזה שכתבתי יתבאר מ"ש המחבר בסעיף ג' (סמ"ע).

(ה) וכן נאמן לומר לקוח הוא בידי במיגו דהחזרתיו לך - ועיין לעיל (סי' סד סק"ו?) דכתבתי טעם למיגו זה, ולא אמרינן דלא ניחא ליה לטעון החזרתיו, דא"כ היה צריך להצניעו ולא יהיה נראה יוצא מתחת ידו כלל. ועי' רמ"א (סי' עב ס"ח) דאם היה טוען בפני עדים לקחתיהו ממנו אפילו זמן רב קודם שבא לדין, דשוב אינו נאמן לומר לפני ב"ד לקחתיהו במיגו דהחזרתיו, דכיון דטען לקחתיהו אינו עומד להחזירו (סמ"ע), עי' דברי שם סק"ז?, דנאמן אח"כ לומר לקחתיהו, אז צ"ל דכאן מיירי שבשעה שאמר לפני עדים לקחתיהו, לא היה נאמן, כגון שראו אותה העדים בידו קודם שאמר לפנייהם לקחתיו (ש"ך), עי' דברי לעיל (סי' עב סקל"ד) (נתה"מ), עי' דברי לעיל (סי' עב ס"ח סק"ג ד"ה שהן מכורין) שיש לחלק בדין זה בין היכא שאין ידוע להעדים שהחפץ היה של המערער רק מכח דיבורו, דבזה נאמן ג"כ כמה דאמר לקוח חוץ לב"ד ובין היכא דעדים עצמן בראיתן מכירין, בזה אינו נאמן לומר לקוח חוץ לב"ד, לפי"ז י"ל דכאן איירי שהעדים עצמן מכירין (פ"ת).

(ו) במיגו דנאנסו - עי' לעיל (סי' ע ס"ג) דבכה"ג אינו נאמן בהלואה. דשם ליכא מיגו, דהלוה חייב באונסין. ומ"ש "וישבע שבועה דאורייתא", טעמו, שאם היה טוען נאנסו, לא הוה נפטר בלא שבועה דאורייתא (סמ"ע), עי' סמ"ע לעיל (סי' ע סק"ג?) שכתב ב' טעמים למה אין מיגו בהלואה, והב' היא דמכח החזקה דאנן סהדי שלא פרעו כיון שהתרה בו לית ליה מגו א"כ הכא אינו נאמן במגו דנאנסו, דהמפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים דהוי כאילו אמר בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים, הלכך לא מהימן במיגו, דאיהו דאפסיד אנפשיה כו' ולפי זה קשים דברי המחבר (ש"ך), אפילו לדעת הט"ז והש"ך, אם טוען לקוח שפיר נאמן במיגו דנאנסו, דאין צ"ל לקוח במיגו דהחזרתיו והחזרתיו במגו דנאנסו, אלא לקוח גופא נאמן במיגו דנאנסו ותו לא הוי נגד חזקה, דהתנאי לא היה אלא על החזרה שלא יחזיר אלא בעדים אבל לקוח הוא מלתא אחריתי, אמנם אפילו בטוען החזרתיו נראה דנאמן במיגו דנאנסו שכן טעמא דאינו נאמן לומר פרעתין ביני לבינך במיגו דפרעתין בעדים, שאין כאן דין מיגו שהרי מודה שלא קיים תנאו ולפיכך צריך לקיימו דהא איהו מחייב נפשיה בקיום התנאי דאמר לא קיימיה וכיון שלא נתברר שפרע אמרינן ליה מחייבת לקיומי תנאך, וי"א דעיקר דדוקא גבי הלואה ופרעון דכל זמן שלא נתברר שפרע נשתעבד בקיום תנאו, אבל בפקדון כל שהגיע גוף הפקדון ליד בעלים אפילו בינו לבינו ליכא שעבוד בקיום התנאי דלא גרע מנאבד באונס (קצה"ח), כל שהתרה בו "אל תחזיר" ודאי היתה כונתו לפסול המיגו דנאנסו, ועי' דברי (סי' עא ס"א ד"ה ואפילו היה), והחולקים כאן דס"ל דנאמן במיגו, סוברים דהא שהתנה "אל תחזיר" ע"כ לאו מטעם שלא יהיה יכול לטעון החזרתיו שלא בעדים, דהא מ"מ יהיה יכול לטעון החזרתיו בפני עדים שמתו או שהלכו, וע"כ לא התנה רק משום

חושן משפט חלק ד'

שסמך עצמו שכשיתנה כן ודאי לא יחזיר שלא בעדים, וגם לא יטעון כן שלא יהיה נראה כמשקר בעיני העולם, ולכן העיקר כדברי הש"ך. ומש"כ בקצה"ח שנאמן בטענת לקוח, לא נכון, דמה לי שטוען החזרתי גוף חפץ או דמיהן (נתה"מ).

(ז) ש"ד כו' - לא ש"ד ממש אלא שבועה דרבנן בנקיטת חפץ כעין דאורייתא כמ"ש לקמן (סי' רצו ס"ב ד"ה אבל אם) (ש"ך).

(ח) החזרתיו לך בפני פלוני ופלוני כו' - אבל כשאומר החזרתיו לך בפני עדים סתם והלכו למדינת הים, אינו נאמן (סמ"ע).

(ג) פ"אם ראו עדים(סד) החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין, אפילו אם אמר בפניהם קודם שהראהו: דעו כי הוא ממושכן לי בכדי דמיו, קרינן ביה שפיר עדים וראה(סה), ויתרה בו בפני אותם עדים שלא יחזירו לו אלא בפני פלוני ופלוני(סו), כדי שלא יוכל לטעון: החזרתיו לך(סז) (ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף י"ח).

(סד) אם ראו עדים כו' - עיין מבי"ט ודבריו מגומגמים (ש"ך), וי"א דעיקר כדברי המבי"ט דכל שעדים ראו החפץ בידו קודם שתבעו לדין, לא יכול לישבע, שאינו יכול לטעון שהם ממושכנים בידו, אפילו אמר כן קודם שראו, שהוא איבד המיגו שלו, אבל אם לא ראו אלא שהוא הודה שהיו בידו אפילו בפני ב"ד ואמר שהיו ממושכנים בידו הוא נאמן במגו שהיה יכול לכפור או היה יכול לומר החזרתי, שכל הודאה לחובתו מחוץ לב"ד כמאן דליתיה, ועיין מ"ש לעיל (סי' א סק"ח? וסי' מז סק"ג) (קצה"ח), וי"א דכל מה שטען לפני העדים "ממושכן", שוב אינו יכול לשנות ולטעון "החזרתי לפני ב"ד", שהרי חייב עצמו מגוף החפץ והוי מחיוב לפטור, ועיקר כש"ך סק"סה) דלא כמבי"ט (נתה"מ), ועיין בתשובת רע"ק איגר [קמא] סוף סי' קל"ה מ"ש בזה⁸⁰ (פ"ת).

(סה) קרינן ביה שפיר עדים וראה - כיון דהוא עצמו הודה חוץ לב"ד בפני עדי הראיה שהוא משכון בידו, מקבלין דבריו שאמר לחובתו ולא מה שאמר שהוא משכון בידו (סמ"ע), קשה, כיון שראו העדים עכשיו ואמר שממושכן הוא בידו ואזיל ליה מגו דיליה מה בכך שלא הפקידו בעדים אלא סגי בראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שירד לדין כשאמר אז שהוא ממושכן בידי דזהו הוי כעדים וראה כלומר אף על פי דליכא עדים שהפקידו בידו מיחשב כעדים והא דמצרכינן בעלמ' עדים שהפקידו ולא סגי בראה לחוד היינו כשלא אמר בשעת ראה שהוא ממושכן בידו דנאמן לומר שבשעה שראהו היה לקוח כיון דליכא עדים שהפקידו בידו כדלעיל (סי' עב ס"ח) (ש"ך). י"א דלא כסמ"ע [מה שאמר שמקבלים חלק מדבריו] אלא עיקר הטעם כאן, דצריך שיהא לו מיגו בשעה שבא לפני ב"ד שפוסקים לו שבועה ולא בשעה שאמר חוץ לב"ד, דהוה זה מיגו למפרע (ט"ז), מה לי היסת או נק"ח, והא בש"ך לעיל (סי' פז סק"ח?) העלה בספיקא דדינא דגם היסת צריך נקיטת חפץ (קצה"ח), לפמ"ש הסמ"ע לעיל (סי' סד סק"ו?), וש"ך (שם סק"ו) דכשטוען משכון הוא בידי מתחילה דנאמן בלא מיגו, וע"ש דברי, דהטעם הוא נאמן לומר ממושכן דמאי אולמא לקוח טפי ממושכן, והלא מקח היינו משכון, דכמו שנאמן לטעון לקוח מטעם חזקה שכל מה שתחת ידו אדם הוא שלו, והיינו משום דהיאך בא לידו, א"כ מהאי טעמא גופיה נאמן לטעון משכון, ועוד, כיון דבעל חוב קונה משכון, הוא גופיה קנין הוא, והוי כטוען קניתי במקצת, או קניתי לפירות, דודאי נאמן מטעם חזקה זו. ולכך לעיל (סי' עב ס"ז) שכתב דבעינן מיגו, היינו כשבא ליטול, אבל כשאינו רוצה ליטול רק להחזיק המשכון בידו עד שישלם, אפילו בלא מיגו מהימן, ולכך הצריך הסמ"ע עדי פקדון, שלא יהיה נאמן אפילו להחזיק המשכון עד שישלם (נתה"מ).

(סו) ויתרה בו בפני עדים שלא יחזירו כו' - לשון "ויתרה בו כו'", משמע דמוטל עליו לעשות כן, דאל"כ יהא נאמן לומר ממושכן הוא בידי במיגו דהחזרתיו, ובמקורם של דברים לא כתב אלא שטוב לעשות כן, דאף אם דעתו לתובעו מיד אחר הראיה, מ"מ טוב שיתרה בו כן, דשמא לא יזדמנו לו דיינים לתבעו מיד, והמחבר איירי באין דעתו לתובעו מיד דאז צריך שיתרה בו, ועיין לעיל בסעיף א' (סמ"ע), איכא למידק כיון דאכתי מצי טען נאנסו וא"כ אכתי נאמן לומר ממושכן במיגו דנאנסו, ואפשר דכיון דחוץ לב"ד קרינן ביה עדים "וראה", ולא מהימן לומר למשכון, א"כ מחזיקין אותו בדין כופר

:Commented [YL18]
י' קצה"ח שכותב
שהט"ז והש"ך הם אוו
השיטה

:Commented [YL19]
ה הקצה"ח רצה
מזה?

⁸⁰ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

בפקדון דחייב באונסין. ועיין מ"ש לקמן (סי' רצד סק"א?) (קצה"ח), נהי דכשטוען לקוח אפשר דצדקו דבריו, כיון דאנן מחזקינן טענתו לשקר מכח חזקת מרא קמא, ממילא מחזקינן אותו ככופר בפקדון וחייב באונסין, אבל אם טוען מתחילה שמעכבו בשביל חוב שיש לו עליו, אין כאן כופר בפקדון כלל כיון שאינו כופר בגוף החפץ, ולא הוי רק כמעכב הפקדון דלא נתחייב באונסין [והוא דברי הקצה"ח בסי' רצד שציין להם]. ומלשון המחבר משמע דאפילו אם טען שמעכבו בשביל חוב ג"כ מהני התראה. אלא כשמתנה אל תחזיר אלא בפני פלוני ופלוני ודאי דלא מהימן במיגו, דעיקר אמירת בפני פלוני ופלוני כדי דלא לדחייה, והיינו שלא יהיה נאמן לטעון פרעתוך בפני עדים ומתו, ואם נאמר דיהיה נאמן במיגו, הרי מצי לדחייה בפקדון דהא לעולם אית ליה מיגו דנאנסו, ובודאי היתה כונתו לפסול המיגו⁸¹ (נתה"מ).

(סז) כדי שלא יוכל לטעון החזרתי לך - אם אין טענתך רק על גוף החפץ ולא על הדמים, כגון שטוען לקוח ועדיין לא שילמתי וחייב אני לך הדמים, נאמן במיגו דהחזרתי אף שהתרה בו, דהא אם יטעון החזרתי לא יתחייב לשלם רק הדמים (נתה"מ).

(ד) פ"אמר המערער להמחזיק: מה טיבו אצלך, ואמר לו: אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, וטען המערער: לפלוני הפקדתיו ואמרתי לו: אל תחזיריהו לי אלא בעדים, ולא החזירו לי ונתנו לך שלא במצותי, ישבע המחזיק שהמערער מכרו או נתנו לו, ויפטר.

(סח) אתה מכרתו לי - וה"ה אם טוען אתה צוית לפלו' למכרו לי נאמן במגו שהיה טוען אתה מכרתו לי כדלקמן (סי' קלד ס"ז?), ע"י מבי"ט (הוב"ד לעיל סק"סד) עיין בתשו' מהרא"ן ששון ס"ס ק"ז: (ש"ך)⁸².

(סט) ואמרתי לו אל תחזיריהו כו' - אפילו יש לו עדים ע"ז שאמר לו כן, אפ"ה ישבע המחזיק, דכיון שהוא מוחזק טענינן ליה, ואמרינן דילמא אילו הוה אותו נפקד כאן הוה אמר החזרתיהו לך בפני עדים והיה מברר דבריו (סמ"ע), משמע מדברי הסמ"ע, אף על פי שמביא עדים שהתרה בו אל תחזיריהו אלא בפני אלו ומעידים שלא החזירו בפניהם שמא ביטל ההתראה בפני עדים אחרים או שמא החזירו לו בפני עדים אחרים ואלו היה כאן היה מביאם ואז היה פטור כדלעיל (סי' ע' ס"ד) או שמא נתן לו כתב יד שהחזירו לו (ש"ך), כיון שהלוקח לא התנה אלא הנפקד הוא שהתנה, א"כ נהי שהנפקד צריך לקיים תנאו אבל הלוקח לא נשתעבד בקיום תנאי ומצי טען מכרתו לי, ואף אם יביא עדים שבפניהם אמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים אלו, ועדים אלו מעידים שלא החזיר, נהי שהנפקד יצטרך לשלם מחמת תנאו שהתנה אבל הלוקח שלא התנה נאמן בטענתו, ויכול לומר איני מאמין לך, שהרי אם הנפקד היה לפנינו גם הוא היה נאמן לומר החזרתי לך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים (קצה"ח).

(ה) פ"הבמה דברים אמורים שהמחזיק נאמן, בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר. אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ויש למערער עדים שהיה שלו, וראו אותו עתה ביד המחזיק, וזה אומר שהשאילו או שהשכירו, אף על פי שאין לו עדים היאך בא לידו, אינו נאמן לומר: לקוח הוא בידי ולא ממושכן הוא בידי, וצריך להחזירו, אפילו פ"אם היה ג' שנים ביד המחזיק, ו"אפילו מת המחזיק, מוציאין אותו מיד היורש בלא שבועה, (פ"י) אומרים לרבי (המעער) לישבע וליטול וכו"ל עיקר). ואם טען היורש טענת ודאי ואמר: בפני נתנו למורישי או מכרו לו, הרי המערער נשבע היסת.

(ע) בד"א שהמחזיק נאמן כו' - זה בנוי עלד בריו בסעיף ב' דאם לא מסרו לו בעדים אפילו ראו אותו בידו נאמן לומר לקוח הוא בידי, ע"ז קאמר דהיינו דוקא באינו עשוי להשאיל כו' (סמ"ע)

(עא) וצריך להחזירו - פירוש, אחר שישבע המערער היסת דבתורת שאלה או שכירות הוא בידו, ככל טענת ברי צריך הזוכה לישבע לכל הפחות שבועת היסת על טענת שכנגדו (סמ"ע), לשון "אחר" אינו מדוקדק אלא שמחזירו ואח"כ ישבע היסת על טענתו (ש"ך).

: Commented [YL20]
ולי ר' יונה ע"י טור וב"
בפנים @@@@
@@@@

: Commented [YL21]
שאלו לרב אם הלכה
יצא מדברי הנתה"מ

⁸¹ כנ"ל סק"ו(1).

⁸² לא עשיתי.

חוסן משפט חלק ד'

(עב) אפילו אם היו ג' שנים כו' - דלא מהני חזקה ג' שנים במטלטלין דדילמא שכח למי השאילו או השכירו, גם לפעמים משאיל או משכיר ליותר מג' שנים (ועי' לקמן סי' קלה סק"ג?) (סמ"ע).

(עג) ואפילו אם מת המחזיק כו' - המערער נוטל מיד היורשים בלא שבועה כלל, דלית כאן טענת ברי נגד המערער (עי' לקמן סי' קמט סכ"ב, ודברי שם סקל"ט?, ובסי' קן ס"ו, וסי' רצו ס"?, והרמ"א סובר דצריך לישבע היסת משום דאנן טענינן להו כל מאי דאבוהון הוי מצי למיטען, ר"ל שבועת היסת. אבל אינו ר"ל שבועה בנקיטת חפץ (סמ"ע), וי"א דכוונת הרמ"א דצריך לישבע בנק"ח, ומ"מ לענין דינא נר' דא"צ רק היסת, עיין בתשובת מהר"א נ' ששון ס"ס קנ"ה ע"ש (ש"ך)⁸³.

(עד) מוציאין כו' - שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון לכך אין זה יכול להשביעו, וע"ל (סי' עב בסמ"ע סק"ב?, ודברי שם) (ש"ך).

(ו) יבבמה דברים אמורים שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן המערער, כשמועין: השאלתים או השכרתים לך. אבל אם טוען: גנובים הם ממני, אינו נאמן, אלא אם כן יצא לו שם גניבה בעיר, כמו שיתבאר בסימן שנ"ז⁸⁴ (ונתבאר לעיל סימן צ').

(עה) כמו שיתבאר בסימן שנ"ז - עיי"ש בדברי הרמ"א [דכיון שהוא טוען גנובים אתרע ליה חזקה דעשויין להשאיל ולהשכיר, שהרי הוא אינו טוען כן, ולכן חיישינן שמא מכרן] (סמ"ע).

(ז) י"מי שהיו בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שהודה ואמר לו: יודע אני שהיה שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה, והלה טוען שנגנבו ממנו, אין מוציאין אותם מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועים לו, שאדם עשוי למכור כליו. (יו"ט חולקין וס"ל ללא עדיף (כמחזיק) מאותו פלוני זעלמו, וכיון שאותו פלוני אינו נאמן, גם הוא אינו נאמן, וכנ"ל עיקר). ואם טוען זה עליו ואמר: אני השכרתים לך, או: השאלתים לך, מוציאים אותם מידו. ואם היו מדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, הרי זה נשבע היסת שלא השאיל לו ולא השכיר לו אלא מפלוני לקח, ויעמיד כליו בידו.

(עו) מי שהי' בידו כו' - כל סעי' זה מיירי בראו עדים עתה ביד זה האחרון ועיין מ"ש לעיל (סי' עב סקצ"ז?) (ש"ך).

(עז) והלה טוען שנגנבו כו' - והוא מטעם הנ"ל (סעיף ו), דכל שטוען טענת גניבה ולא יצא לו שם גניבה בעיר אינו נאמן, וקשה על הרמ"א שאין חולק על זה (סמ"ע), וי"א דהרמ"א סובר דמ"ש המחבר "והלה טוען גנובים", לאו למימרא שאותו שמכרם גנבם ממנו אלא השאילם לו ומכרם והיינו גניבה. ואפי' טוען שנגנבו ממש מביתו נאמן במגו דהשאלתיו או השכרתיו לך ולא הוי מגו להוציא מתרי טעמ' חדא דכיון שצריך להחזיר הדמי' להלוקח משום תקנת השוק וכמו שאכתוב לקמן לא הוי מגו להוציא, ועוד הכא כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהיו שלו חשוב כמחזיק, וחילוק הראשון נראה עיקר (ש"ך), לפי דברי הש"ך היכא דטען המחזיק במתנה נתנו לי דאינו נוטל הדמים אינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא. ועיין לעיל (סי' פב סקי"ב?) די"א דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וכיון דשמא דיורשין לא עדיפא משמא דלא הו"ל למידע, א"כ כי היכי דאמרינן מיגו להוציא בברי ושמא אפילו היכא דלא הו"ל למידע א"כ ה"ה נגד לוקח דטען שמא אף על גב דלא הו"ל למידע אמרינן מגו להוציא. אבל לדעת החולקים דס"ל דאפילו לא הו"ל למידע אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וטעמא דיורשין פטירי משום דעדיפא שמא דילהון דטענינן להו טענתיה דאבוהן (עי' ש"ך סי' עה סקנ"ד, ועיי"ש דברי סקט"ז?) הו"ל נמי טענתיה דלוקח כמו טענת ברי דטענינן ללוקח ומש"ה לא מהני מיגו להוציא, ולכן הטוען גנובין נגד לוקח אינו נאמן במיגו. והצד הראשון סובר במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן במיגו, משום דס"ל דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן מתוך והיינו טעמא דיורשין פטירי, וא"כ לא עדיפא טענתיה דיורש ולוקח אלא משום דלא הו"ל למידע, וכה"ג אמרינן מיגו להוציא בברי ושמא

⁸³ לא עשיתי
⁸⁴ יש מוסיפים ושסד.

חוקן משפט חלק ד'

(קצה"ח), וי"א דדעת הרמ"א לחלק, דדוקא כשטוען המחזיק "אתה מכרתן לי" והוא טוען "נגנבו", אינו נאמן המערער, אבל כשטוען "פלוגי מכר לי", נאמן המערער אפילו בטענת גנובים. והטעם דכופר בפקדון פסול לעדות, דליכא אשתמוטי, דאם אבד יטוען שאבד ויפטור. וא"כ כשטוען "אתה מכרת לי" והלה טוען "נגנבו", אינו נאמן, דאם נאמן להמערער שנגנבו מידו במיגו דהשאלתים ונוציא החפץ מיד המוחזק, ע"כ צריכין לומר שהמחזיק בעצמו גנבו מדלא טען שלקחו מאחר, ואין מאמינין לזה במיגו שנגנב להוציא שכנגדו מחזקת כשרות ולהחזיקו בגנב, דהוי כמיגו במקום חזקה, משא"כ בסעיף ז' שהמחזיק טען שפלוגי מכר לו ופלוגי אינו בפנינו, מאמינין לזה שנגנב, דהא אין מוציאין פלוגי מחזקת כשרות, דאימר לקחו מאחר שלקחו מגנב, ולכך מהני מיגו. אמנם יכול המחזיק לומר קים לי דהוי מיגו להוציא נגד הש"ך, וכן הוא בסמ"ע (סי' קלד סק"ב?), ומש"כ הקצה"ח דאמרינן כאן מיגו להוציא, משום דהלוקח טוען שמא והמערער ברי, ליתא, דטענת יתומים ולוקח ודאי דהוי טענת ברי כיון דטענינן להו, ואם טוען טענת פקדון בדברים העשויין להשאיל, נאמן המערער לכו"ע (עי' ש"ך סי' שנו סק"ב?) (נתה"מ).

(עח) אינו נאמן כו' - כיון דאיכא עידי ראה (ש"ך).

(עט) מוציאין אותו כו' - כיון דאיכא עידי ראה ואין לו מגו דלהד"ם או החזרתי (ש"ך).

סימן קלד - אומן שטוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו, ובו ו' סעיפים.
(א) ז"האומן, בדבר שהוא אומן(א), אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, אחד כלים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואחד שאר כלים. כיצד, ראה כליו ביד האומן(ב), והביא עדים שהם יודעים שהכלים שלו, הוא טוען ואומר: לתקן נתתיו לך(ג), והאומן אומר: לא בא לידי אלא במכירה, או מתנה, או שטען: אתה נתתו לי(ד), אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו, אף על פי שמסרו לו שלא בפני עדים, ז"ואפילו אם שהה ביד האומן כמה שנים(ה), בעל הכלי נאמן, ומוציאין אותו מיד האומן, וישבע בעל הכלי היסת על טענתו. ואם לא ראה הכלי ביד האומן(ו), אלא טען: כלי פלוגי נתתי לו לתקן, והאומן אומר: החזרתיו ומכרתו, או נתתו לי במתנה, (או לקוח הוא צ"ל(ז)), 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)⁸⁵.

(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 נתתו כו' - ואם טען הבעה"ב השאלתי כלי זה לאומן או השכרתיהו לו והוא אינו מהכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, אינו יכול להוציא מיד המחזיק ואף על גב דאית ליה עדי ראייה, ולא מהימן במיגו דאי בעי הוה אומר נתתיהו לידי 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 לידי 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).

: Commented [YL22]

ומש"כ הש"ך
דהא דמחלקינן בין
יצא לו שם גניבה,
היינו בעשוי
למכור וכו'. כונת
דבריו כמ"ש לעיל
בשם הסמ"ג
שהביא לעיל,
וכתב בלשונו
אפילו בעשוי
למכור, משמע
דחד דינא אית ליה
בין כשעשוי
למכור או אינו
עשוי למכור,
ובאינו עשוי ודאי
דנאמן בדברים
העשויין להשאיל
אפילו לא יצא לו
שם גניבה, כמ"ש
הש"ך בסימן שנ"ז
[שם] - לא הבאתי
דברים אלו של
הנתה"מ וכן של
הש"ך, האם זה
חסר

⁸⁵ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

- (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"ו⁸⁶ (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) ז'ואפילו מסרו לתקן בעדים(ח), האומן נאמן, מתוך שיכול לומר: החזרתיו. לפיכך נשבע האומן היסת, ונפטר, ז'ואין מחייבים אותו להוציא הכלי. ואם הוציאו, הואיל ונראה(ט), 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)⁸⁷.
- (ט) ואם הוציאו הואיל ונראה כו' - היינו דוקא כשהוציאו קודם שבאו לדין דלית ליה מיגו דאי בעי לא הוציאו, וכנ"ל (סי' קל"ג 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) ז'אף על פי שמסרו בעדים(י), 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(יא) לקחתיו ממך, אינו נאמן. הגה: קלאין כאן מיגו טוב, שירא לומר(יב): לא היו דברים מעולם, כיון שהעדים ראו כיוצא בזה בידו.
- (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 שמייירי שעדי המסירה ג"כ אין מכירין אותו או שהלכו להם, עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ט⁸⁸ (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) ק"אם 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(יג), אינו נאמן.
- (יג) אתה מכרתו לו - מיירי בדאיכא עדי ראייה שראוהו ביד התובע מקודם לסיפור, ומשו"ה אף אם נאמין להאי שהאומן א"ל שקנהו, מ"מ האומן גופו אינו נאמן לומר שקנהו היכא דראוהו בידו, ולא הוצרך המחבר לפרש דבעדי ראייה מיירי, 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"ז?) (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 שמוכרח 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

⁸⁶ לא עשיתי.

⁸⁷ לא עשיתי.

⁸⁸ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

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 דהחזרתי, דלאחר שתיקנו רבנן שבועת היסת, הוי עד הצריך שבועה דאינו עד. ומש"כ הקצה"ח דלוקח דמי כחורש, וכמו דהיורש לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הכי נמי לא הוי הלוקח מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, דגזיה"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 להשאל, 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 דהחזרתי 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) ק"ירד האומן מאומנותו, הרי הוא כשאר כל אדם, ונאמן אפילו בכלי שבא לידו בעודו אומן. ק"וי"א דדוקא שנשתהה בידו אחר שירד מאומנותו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן בליים בבית האומן, אחר שנודע שירד מאומנותו.

(ו) ק"בן האומן שאינו אומן, אם בא בטענת עצמו, שאומר שקנאו מבעליו, הרי הוא כשאר כל אדם. ק"ואם אומר שירשו מאביו, הרי הוא כאביו. ואם אמר: בפני הודה לונדר, יש לו חזקה. ק"ויש אומרים דהיינו דוקא כששהה(טו) אחר מות אביו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן בליים בבית האומן, אחר שמת אביו. הגה: ונ"ל דוקא לאחר מות אביו, לט' לומר דיקחו מאביו, ולכן אינו נאמן עליו, אפילו אמר: לקוחה זידי, אם לא שנסתהה זידו הזמן הנזכר, דאז הוי כאומן שירד מאומנותו. אבל בחיי האומן, אם הבן טען שלקחו, נאמן בכל ענין, דהוי כאיש אחר לגמרי, אם אינו סומך על שלחן 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 ראייה, 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).

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

(א) ק"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. ק"ואם טען שהזיקה לו כדי דמיה, או שהוא חייב לו כך וכך, ישבע בנקיטת חפ"ן. הגה: ק"וי"א לאס החזיק כהס' ג' פנים, בכל ענין הוי חזקה.

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

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

Commented [YL23]:
י' סמ"ע סק"ד וש"ך
סק"ה, ולא ראיתי
הלכה נ"מ

חוקן משפט חלק ד'

(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 טעין 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 למשאלניהו ליותר מג' שנים, א"נ ששכח למי אשאלניהו 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 סי' צ"ג⁸⁹ (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 בגדרות 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) ע"עבד כנעני גדול, דינו כבהמה ואין לו חזקה עד אחר שלשה שנים, מאחר שהוא מהלך. (מ"ו לרי"ד המחזיק להציא ראייה ששמש לו כל שלשה שנים אלו כדרך עבד לרצו). 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 הולכתו 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) קיימי 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

⁸⁹ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

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 ן' ששון סי' ק"ט⁹⁰. 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 למוכרו ולא ביקש להתחייב 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, דנהי שאנו תולין לומר שציוה להאומן למוכרה, 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 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) ק"י נתחלפו לו כליו בבית האבל או בבית המשתה, לא ישתמש בהם. הגה: ק"י וכשיבוא צעל החפץ כריך ליתן החפץ לבעליו, אעפ"י ששלו נאבד. וכן כובסת עובדת כוכבים המכנסת לרצים והביאה לאחד שאינו שלו.

(ד) וכשיבא בעל החפץ וכו' - עיי' תורת אמת הוב"ד עלי סק"א (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' רצ"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' ש"ו) שנו ס"ז ברמ"א (סמ"ע), עיי' ט"ז ואין דבריו נכונים כיון דק"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, עיי' לקמן (סי' שנו ס"ג ברמ"א), ועוד אפילו סילקה אותו בדמים כל שהסדין ישנו בעין חוזרת לבעלים, משום דהוי שומא בטעות. ועוד דמנא ידעינן שסילקה אותו בדמים שמא פטרה עצמה בטענת אונס. ואפילו לדעת הפוסקים (עיי' ש"ך סי' רצ"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), עיי' 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).

⁹⁰ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

סימן קלז – מי שלקט פירותיו של חברו, ובו ג' סעיפים.

(א) פ"היורד לתוך שדה חברו ולקט פירותיו, בעל השדה טוען: שבגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו, נאמן פ"בשבועת היסת, אפילו יש עדים שליטמן.

(א) היורד לתוך שדה חברו 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, שליטמן 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 שליטמן 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, שהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאינן עשויין להשאל, ולכך אפילו לא אמר מקודם דלא שייך הסברה 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 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) פ"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 שליטמן, 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, אז 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 בכוונת 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) פ"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 ליקצץ, בזה אמרינן דודאי שלא ברשות נחית ולקלקל לבעל בבית נתכין, 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 בטלית וחולקים עליו, ובו ח' סעיפים.

חוקן משפט חלק ד'

(א) קיישנים שהיו אוחזים בכלי אחד, או שהיו רוכבים על גבי בהמה אחת, (ועיין לקמן סימן רע"א חוזה רוכב אינו קונה⁹¹), או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג, או יושבים בצד ערימה של חטים המונחים בסימטא או בחצר של שניהם, (קמיהו חס הנזית של אחד ולקח את חציו אללו וחלוקים על הנכסים שצנית, הרי הם צחזקת המוחזק צנית), זה אומר: הכל שלי, וזה אומר: הכל שלי, כל אחד מהם נשבע [בנקיטת חפץ] קבאשיש 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: קבאשיש קהיו חלוקין על גג פעל ציתס, וכל אחד אומר: כולה שלי, הרי הוא כאלו שניהם תופסים בו, וחולקין.

(א) ועיין לקמן בסימן רע"א - ג"ל שצריך להיות בסימן קצ"ו, 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 שניהיג 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 שניהם 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"ב⁹² (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 כיון דבאין לפנינו והן שניהן שוין בד' אמות שניהם מוחזקין בשוה הן, אמנם נראה דבמקח וממכר שאין ד' אמות קונין⁹³ 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, שניהם 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, ד"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

⁹¹ עי' ש"ך לקמן רעא ס"ב שדווקא בהנהיג ברגליו.

⁹² לא עשיתי

⁹³ עי' לקמן סי' ר ס"א, וסי' רמג ס"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.

חושן משפט חלק ד'

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, שמא 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 משיבועים 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 שלישיית 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 סי"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).

(ב) ק"י ואם 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 מרביעי, זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביעי. הגה: ק"י ואם הוא דבר הכאוי לחלוק, ויכול ליטול החצי שמודה לו כלל שבועה, ונשבע כל אחד אחר כך שאין לו כנסאך פחות מחלו.

(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 (סמ"ע).

(יב) והאומר חציה שלי ישבע כו' - התוס' כותב שאינו נאמן לומר חצי שלי במיגו דהיה אומר כולה שלי, דמיגו להוציא לא אמרינן. אבל יש חולקים ע"ז עי' לעיל (רמ"א סי' פב סי"ב, ועיי"ש בסמ"ע סקמ"ד? - מ"ו? (סמ"ע).

(ג) ק"י במה דברים אמורים, כשאוחזין בשפת המלית, שאין ביד שום אחד ממנה שלש [אצבעות] על שלש, אז חולקין אותה, אפילו שהמלית מוזהבת והזהב לצד אחד מהם, ואינו יכול לומר: חלוק אותה לרחבה שיבא הזהב לחלקי, אלא חולקים אותה לארכה כדי שיבא לשניהם בשוה. ק"י אבל 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 שנמל כדין נמל.

(ג) "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).

(ד) והשאר חולקין בשוה ונשבעין - דוקא על המותר נשבעין, אבל מה שהוא ביד כל אחד א"צ לישבע 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) ק"י חלוקה האמורה כאן, אם הוא דבר שיפסד אם יחלק ממש, חולקים אותו בדמים.

(ט) 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

חוסן משפט חלק ד'

הפסד וחולקין, וכן הוא בהג"ה לקמן (סי' קעא ס"ה), ויש חולקים, שכל הפסד חשיב הפסד (נתה"מ).

(ה) קב"ה היה אוחז את כולה, וזה מתאבק עמו ונתלה בה, הרי זה בחזקת האוחז את כולה.
(ו) קב"באו שניהם אדוקים, ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו, ושתק השני, אף על פי שחזר וצוח אין מוציאין אותה מידו, שכיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו. הגה: קל"א 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' כב ס"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' פא 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' - כל' בפני ב"ד ואם היה הדבר בפני עדים יש מחלוקת בין הפוסקים והעיקר נראה דדינו כאילו היה בפני ב"ד (ש"ך).

(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 מוציאם אותו ממנו ונותנים אותו ליד התוקף הראשון כשהוא צווח⁹⁴ ומ"ש המחבר בסעיף שאח"ז יחלוקן 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"ו⁹⁵ (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"יז), אפילו עשה כן בפני עדים, וא"כ הכא כיון ששניהם האמינו לשליש 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 אודויי 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"א⁹⁶ (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 ס"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 (נתה"מ). ועיין בתשובת שמן רקח ח"א סי' ס"ז מ"ש בזה⁹⁷ (פ"ת).

(ז) קל"אחזר האחד ותקפה מיד זה התוקף, אף על פי שצווח מתחלה ועד סוף, יחלוקן כבתחלה. הגה: קל"גיש אומרים דכיון שזכה להאשון משום הולאתו של זה, אין האחר יכול לתקוף ממנו כלל ראיה.

⁹⁴ עי' לקמן סק"כ (ב) בנתה"מ.

⁹⁵ לא עשיתי

⁹⁶ לא עשיתי

⁹⁷ לא עשיתי.

חושן משפט חלק ד'

(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"יט) (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"יט), 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 דידוע שלמחר יביא השני ראיה 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 ראיה, משא"כ בכבר מכר או הקדיש או מת והוריש, טענינן ללוקח ולירוש ואמרינן אילו היה קיים היה מביא ראיה, וכעין שמבואר לעיל (סי' סב ס"ו) וסי' קלג ס"ה) שטוענין כן ללוקח ולירוש. 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 שידוע בברי, וזה לא שייך בלוקח וירוש 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 מגזלן, וסתם גזילה הוי יאוש בעלים כמבואר בסימן שס"ח. ואפילו הש"ך דפליג שם, אפשר דבאין לו עדים וכבר פטרוהו ב"ד אף הש"ך מודה דהוי יאוש רק שהגזלן 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).

(כג) קל"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 הראיה, ואם לא הביא ראיה, ישבע זה שהיא שלו, ויפטור. הגה: קל"ויט אומרים לאס אמר שחטפה ממנו, נאמן, ויחלוקו. קל"ולכן אס אמר: שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, נאמן, צמיגו פהיה אומר: חטפה ממני, וכן נראה לי עיקר.

(כד) 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 גזלן ה"ל להשמר ממנו וליקח עדים עמו (סמ"ע).

(כה) המע"ה - בש"ס משמע דכאן אנן סהדי דאודויי אודי ליה ולפ"ז אין חבירו יכול לחזור ולתקפו ממנו עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ג⁹⁸ (ש"ך), ואפילו הן דברים העשויין להשאיל או להשכיר, מ"מ כאן חשיב כדברים שאין עשויין להשאיל נגד זה מטעם דאמרינן עד השתא חשדתו בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי. אבל אם טען

⁹⁸ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

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 אחזין בטלית וכבר אמר כולה שלי לא שייך זה, דהא לא חשדינן אותו לגזלן 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 בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי, ומשמע דהיכא דמשכירו בסהדי הו"ל טענה מחמת עצמה, היינו משום דבתר דמסיק עד השתא חשדת ליה בגזלן 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 ס"ט), וכיון דאינו עשוי להשאל ולהשכיר בלא עדים תו לא הוי מדברים העשויין להשאל, דאין דרך להשכיר בעדים, וא"כ אפילו דברים העשויין להשאל 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 ארבא דהוו מינצו עליה בי תרי וכל חד אמר: דידי היא, כל דאליים 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 דאליים 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 אחזים בטלית והדומה לו, דכיון דכל אחד תופס בו וכל מה שאדם תופס בו הוא בחזקת שלו, ואי היינו אומרים בו דכל דאליים 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 (סמ"ע), וי"א דאם חזר ותקפה ממנו אין מוציאין אותו מידו, ועיין לקמן סי' רמ"ה ס"א⁹⁹ עי' בתשוב' מהרשד"ם סי' שכ"ח¹⁰⁰ (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

⁹⁹ לא עשיתי

¹⁰⁰ לא עשיתי.

חוסן משפט חלק ד'

ואין לו תקנה עד ששייב לכל אחד ואחד (מור סעיף ג' בשם רשב"ם והרא"ש), שהרי אינו יודע למי ישיב. 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 ששייב - פירוש, אין לו כפרה עד ששייב כו', כדין גזילה דצריך להשיב ליד הבעלים, אבל לא להוציא מידו להפקירה כבראשונה (סמ"ע).

(ח) עד ששייב לכל אחד כו' - ועיקר א"צ להחזיר לכל א' כו' (ש"ך), ועיין מ"ש בסימן מ"ט סק"ח (קצה"ח)¹⁰¹.

(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.

(ט) אין שומעין - דחיישינן שהוא רמאי ואין לו ראיה, והוא אומר כן כדי להפסיד לחבירו שלא יתקוף בה דתו אינו יכול להוציאה מידו בלי ראיה משא"כ כשהוא ביד ב"ד שאז גם חבירו לא יוכל לתקוף בה ולהביאה לידו בלא ראיה ויפטר 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, מוציאין 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 שאכלו 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)¹⁰².

(יא) אפילו אין ידוע שאכלה אלא על פיו שהודה בהם - ואפילו אכלם ג' שנים, שהרי לא טען שקנה השדה להיות אכילתו ראיה אטענתו, אלא טוען 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 חולקים¹⁰³ ועיין לקמן סי' שצ"ו וסמ"ג (ש"ך).

(יב) שהפוסקים חולקים - עיין ש"ך סק"י(ד). ועיין בתשובת שבות יעקב ח"ב סי' קס"ז מ"ש בזה, ועיין מה שכתבתי לקמן סימן קע"ד סעיף א' סק"א¹⁰⁴ (פ"ת).

(יג) ולא תפיס חד מנייהו - ואם תפס חד מנייהו, עיין לעיל סימן כ"ה סעיף ב' ברמ"א [105] ולקמן סימן קע"ה סעיף מ"ה [106] ובסוף סימן רנ"א [107] (סמ"ע).

(יד) ואם לא כו' כל דאלים גבר - י"א דבפלוגתא דרבוותא דלא איתמר בהו הלכתא לא כמר ולא כמר דכל דאלים גבר, וי"א דלא אמרינן כל דאלים גבר כי אם בדבר שנוכל לעמוד על הדבר של מי הוא, ומטעם שנתברר לעיל סק"ב(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

¹⁰¹ לא עשיתי

¹⁰² לא עשיתי

¹⁰³ לא עשיתי הש"ך הביא רמב"ן ואל כתוב מהו שיטת הרמב"ן.

¹⁰⁴ לא עשיתי

¹⁰⁵ לא עשיתי

¹⁰⁶ לא עשיתי

¹⁰⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

בההיא דניזקין דאי הוה שתו עילאי פלגי דיומא וכן תתאי עדיין הוה קפידא מאן יתחיל ברישא כו'¹⁰⁸, 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 דרבנותא ועיין בספרי תקפו כהן הארכתי בדינים אלו¹⁰⁹ (ש"ך).

סימן קמ – דין החזיק בקרקע של חבירו, ודין חזקת הבתים והחננויות:

(א) קרקע בחזקת בעליה עומדת, שקרקע הידועה לראובן בעדים שיודעים שהיתה בחזקתו אפילו יום אחד, והוא עתה בחזקת שמעון, ומחזיק בו¹¹⁰ ואוכל פירותיו וטוען שלקחו, וראובן מערער לומר שהיא גזולה בידו. נאמן, וישבע שבועת היסת ונוטל את שלו¹¹¹, אלא אם כן החזיק בו שמעון כראוי ובטענה, אז אין מוציאין אותה מידו, אלא נשבע [היסת] ועומד בשלו. ואם אין עדים לראובן שהיתה שלו, אין צריך שמעון חזקה, אלא נשבע ועומד בשלו אע"פ שלא החזיק בה¹¹². ועיין לעיל ריש סי' כה לאין נשבעים על קרקעות רק היסת.

(א) קרקע בחזקת בעליה עומדת כו'. דין חזקה בחזקת עיין בתשו' מהרא"ן ששון סימן קט"ו וסימן קל"ז וע"ש סימן רל"א ובתשו' נ' לב ספר ב' סי' ע"א ובתשו' מהרשד"ם ר"ס רכ"ח וסי' רנ"ב וסי' ע"ר וסי' רע"א (ש"ך)¹¹³.

(ב) שקרקע הידועה לראובן בעדים שיודעים - אפילו אם אין העדים יודעים בודאי שהיתה של ראובן אלא שראו לראובן או לאביו דר בו, וה"ה אם יש לו קול מבורר שהוא שלו, מחזקינן אותו בשלו ומוציאין אותו מיד השני עד שיהיה לו חזקת ג' שנים או עדי קנין (סמ"ע), וי"א דמיירי בקול מבורר הרבה, שמדמה לה התם לסוקלין על החזקות, והיינו שהיה מוחזק בכל העולם שהוא שלו, אבל קלא בעלמא לא מהני (נתה"מ).

(ג) שיודעים - מדינא אין דין תורת חזקה לא באוראנדיש ולא בטשאפווי כו'. ועיין מענין זה בתשובת נאות דשא סימן ל' וגם בתשובת הגה"ח מהר"ש זלמן זצ"ל מלאדי סימן כ"א. ועיין בעטרת צבי שכתב, לכן יזהר כל רב התופס ישיבה כו', ע"ש היטב (פ"ת)¹¹⁴.

(ד) נשבע היסת ועומד בשלו - ואם המחזיק טוען כנגד יתומים שהחזיק בשל אביהן [דאז חייב לישבע בנקיטת חפץ] ומת המחזיק ולא נשבע, אין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו, כיון שהוא להחזיק (סמ"ע, וש"ך), הא דצריך לישבע בנקיטת חפץ מיירי באומר משכונא הוא בדי, דבטוען לקוח אינו נשבע רק היסת (נתה"מ ופ"ת).

(ה) רק היסת - וה"ה שבועת המשנה (ש"ך).

(ב) קליזה שהחזיק שלשה שנים¹¹⁵, אין מוסרינן אותו לשבועה. אבל אם רצה להחרים סתם על כל מי שהחזיק בשלו שלא כדין, הרשות בידו. הגה: זהו סברא לחכמת, וחולקת על מה שכתוב ראשונה, שאע"פ שהחזיק כלאוי ובטענה, נשבע ועומד בשלו, וכן הוא בסמוך סעיף ד'.

¹⁰⁸ לא עשיתי

¹⁰⁹ לא עשיתי.

¹¹⁰ היינו ג' שנים כדלקמן.

¹¹¹ ואם יש לו שטר לא צריך לישבע (ערוה"ש א).

¹¹² היינו אפילו אם אמר שלקחה מראובן, ואין לו שטר, שיש לו מיגו שהיה יכול לומר שלא היה

לו מעולם (ערוה"ש א)

¹¹³ לא עשיתי

¹¹⁴ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(1) זה שהחזיק שלשה כן - עיין בתשו' ר"י לבית לוי סימן כ"ב (ש"ך)¹¹⁶, הכא הוזהקו לעשות כן לפי שלא היה להם עדי שותפות, ואותו שהחזיק ראשונה לא יכול לומר שהוא שלו כיון שאין עדים שיש לחבירו חלק, דאין מוסרין אותו לשבועה י"ל דכל שלא אחזקי אהדדי לא מסתפי כיון שצריך שבועה על כפירתו, אבל כי אחזקי שוב אין מוסרין אותו לשבועה (קצה"ח).

[j124] Commented: ל
א הבאתי תחילת
הש"ך

[j125] Commented: מ
סובר

(2) זהו סברא אחרת וחולקת כו' - הדברים הללו דחוקים, דאיך יסתום המחבר בשני דברים הסותרים זה את זה בזה אחר זה, אלא היכא דיש להמערער עדים שהיה שלו אז צריך המחזיק לישבע נגד עדיו, ובזה איירי בסעיף א', וה"ה בדלית ליה עדים ולית להמחזיק שני חזקה, דנשבע ומחזיק מה שבידו, דכל שיש לכל אחד צד מעליותא או דלית לשום אחד צד מעליותא, נשבע המחזיק ועומד בשלו. אבל כשיש להמחזיק צד מעליותא דהיינו שהחזיק בו ג' שנים וליכא להמערער צד מעליותא דלית ליה עדים, אז מחזיק מה שבידו בלא שבועה, ומזה איירי בסעיף ב'. ועוי"ל דמ"ש בסעיף א' דנשבע ועומד בשלו לא כתב כן לדין פשוט, דלא בא שם אלא ללמדינו דאם החזיק כראוי אין מוציאין אותו מידו, והכי קאמר, אא"כ החזיק בו שמעון כראוי אזי אין מוציאין אותו מידו עכ"פ, ואין עליו לכל היותר אלא שבועה למ"ד דצריך שבועה, ואח"כ בסעיף ב' פסק כמ"ד דאין צריך שבועה. ובסעיף ד' דכתב וישבע, ס"ל דשאני התם דריע חזקתו כיון דאמר מתחילה שיש לו שטר, ואף שא"א לו לקיימו מכל מקום לכל הפחות שבועה בעי ודוק (סמ"ע), והעיקר כסברא ראשונה כדמוכח בכמה דוכתי מיהו י"א דאדם שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר ובתוך ג' שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי והלוקח מוחזק בקרקע א"צ לישבע היסת ואפי' אין לו שטר אלא שטען א' על חברו מכרת לי קרקע ואין מוחזק בו ואין לו שטר ובלבד שמשיב להד"ם וצ"ע (ש"ך), וי"א לישב שאילת הסמ"ע, דבסעיף א' מיירי שטען שהיא גזולה בידו, ואם הוא אמת שגזלה שוב ליכא ריעותא מדלא מיחה, דבגזולין אינו יכול למחות דירא ממנו כמבואר בסימן קנ"א סעיף ג', רק משום דלא מהימן משום דלא מחזקינן בגזלנותא, ונגד חזקה זו נתקנה שבועת היסת ולכך צריך לישבע. ובסעיף ב' מיירי באינו טוען גזולה, רק בטענה שהיא דומיא דשכירות ומשכונא, דיש בזה חזקה מדלא מיחה, ולכך א"צ לישבע משום דחזקה כשמה? ולפי מש"כ בש"ך "אלא שטען מכרת לי קרקע כו', שא"צ לישבע". אם תביעתו על המעות דודאי חייב לישבע היסת, לא מיבעיא אם אין טוען על גוף הקרקע כלל, כגון שטוען נתתי לך מנה בעד הקרקע שהבטחת למכור לי ועדיין לא נעשה קנין ואם אינך רוצה למכור הקרקע החזר לי מעותי, ודאי דחייב לישבע כיון שאין תביעתו רק על המעות, אלא אפילו טוען גם על גוף הקרקע שנתן לו מעות וקנה ממנו הקרקע בקנין סודר דמ"מ חייב לישבע, דנהי דאינו נאמן בטענתו על גוף הקרקע, מ"מ יכול להשביעו מכח גוף המעות, דהחזקה והריעותא דשטרא אינן מורין רק שמשקר בגוף קניית הקרקע, אבל מ"מ יכול להיות שנתנית המעות אמת, ולכך צריך לישבע על המעות. ולא משכחת לה לדינא דהש"ך רק כשאין טענתו על הדמים רק על הקרקע, כגון שטוען טענת מתנה או מכר ולא נתן הדמים עדיין, כנ"ל. והנה גוף הדין שכתב הש"ך אינו עיקר ובכל גוונא חייב לישבע (נתה"מ).

(ג) טען שמעון שיש לו שטר שמכרה לו, וראובן אומר ששטרו מזויף או [שהוא] שטר

אמנה, יתקיים השטר בחותמיו (וע"ל ס"ס מו), ואם לא נתקיים מוציאין השדה מידו.

(ד) קלהטען שמעון שיש לו שטר שמכרה או נתנה לו בשטר וגם שיש לו עדים שהחזיק שלשה שנים, אומרים לו קיים שטרך, אם יכול לקיימו מוטב, וצריך לחזור אחריו לקיימו ואם אי אפשר לקיימו כגון שמתו העדים או הלכו למדינת הים ואין מי שיכיר חתימתו, סומכין על עדי חזקה וישבע היסת שלקחה, אבל אם ישנן לעדים לא תועיל לו חזקתו וצריך שיבואו העדים¹¹⁷.

¹¹⁵ עי' לקמן סי' קמג סעיף א' טעם הדבר.

¹¹⁶ לא עשיתי

¹¹⁷ ואם לא נתקיים השטר מוציאין הקרקע מידו והמערער ישבע שהשטר הוא מזויף או אמנה ונטול הקרקע (ערוה"ש ב). שהרי כל החזקה היא ראייה על השטר (ערוה"ש ג).

חוקן משפט חלק ד'

(ח) אבל אם ישנן לעדים כו' - ולא דמי למה שכתב המחבר לעיל בסימן ע' סעיף ב' דאם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני דצריך ג"כ להביא העדים ואם לא באו נשבע ונפטר, דשאני התם דהפורע א"צ לפרוע בעדים, אלא לכתחילה אומרים ליה לברר דבריו כדי שלא יצטרך לישבע, ומהאי טעמא פסק המחבר שם כמ"ד דאפילו אם באו והכחישוהו פטור בהיסת דאמרינן דכל מילי דכדי לאו אדעתיה, משא"כ בחזקה דאינה מועלת אלא אם כן אומר שטר היה לי ואבדתיהו והרי יש בידו שטר, משום הכי צריך לקיימו (סמ"ע).
(ה) ק"ל אם טען אחר כך אבד השטר אינו נאמן (ט) וכן אם הביא השטר ונמצא בטל (י), נתבטלה נמי החזקה.

(ט) אם טען אח"כ כו' - "אינו נאמן קאמר", שלא נאמינהו שאבד שטרו ויועיל לו חזקתו, אלא צריך לישבע שאבד שטרו ואח"כ יהא נידון בחזקה (ש"ך בשם הב"ח), ובתשו' מהר"מ מלובלין סי' ל"ו ובתשו' רמ"א סי' ק"ט ובתשו' ר"י לבית לוי סוף סי' ב' דף י"ב וי"ג ובתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' מ"ט: (ש"ך)¹¹⁸, הטעם, דממ"נ אם טוען שנאבד השטר קודם ובשקר טען, הוי כמשנה מחיוב לפטור, דלפי טענה הראשונה היה חייב לברר, ואם טען שאח"כ נאבד השטר, אינו נאמן דכיון שמיחה לו כבר בב"ד בעת שהיה השטר עדיין בידו, שוב היה לו ליזהר בשטרו עכ"פ עד שלש שנים (נתה"מ), ויש חולקים על הב"ח, דלא משמע כן בדברי הפוסקים אלא דאינו נאמן כלל, ויש שמסבירים את הב"ח דהיינו דוקא כשהלך לבקש את השטר ובא ואמר שלא מצאו, או שהדברים מוכיחים שאבד השטר, אבל אם בא לידון בשטר וחזקה, וכשא"ל הבא השטר אמר שאבד השטר, אינו נאמן אפילו בשבועתו (פ"ת).

(י) נמצא בטל - כגון שהיו העדים קרובים או פסולים, וכ"ש אם הוא מזויף (סמ"ע).
(ו) הנותן קרקע לאלה בעדים וחזר והחזיק זה קאפילו אם החזיק הנותן ג' שנים בחצר לאחר המתנה אינו נאמן לומר טעות סופר הוא צמתנה מינו דאי בעי אמר תחילה החזרתי ולקחתי ממנו, דמכל מקום עכשיו שטוען טעות סופר הוא אין זה אלא כמכחיש את העדים וקיימא לן דמינו במקום עדים לא אמרינן.

(ז) קא"כיצד היא החזקה (יא) שישתמש בו ויהנה ממנו ג' שנים מיום ליום כל דבר כפי הנאתו ותשמישו. הגה: קא"כיצד לר"י להביא ראיה שהשתמש בכל החלקים שבצית לאלא אם נשתמש כל כך הבעלים החזיק בכל הצית. שכיון שהחזיק בו ג' שנים ולא מיחה בו שום אדם, לא נוהר עוד בשטרו ונאמן לומר מכרתו או נתתו לי ואבדתי שטריו (ב). הגה: וכל שלא החזיק כלאו אינה חזקה אפילו ידוע שמכר לו קרקע רק שאינו ידוע שהיה זה החזיק זה, יכול המוכר ליטול קרקע זו ולומר שמכר לו קרקע אחרת הגרועה מזו.

(יא) כיצד היא החזקה כו' - חזקת ג' שנים אינה רק כנגד הטוען על גוף הקרקע, אבל מי שאין לו בקרקע רק שעבוד חוב או כתובה, לא מהני בזה חזקה, ור"ל שיכול לגבות החוב או הכתובה מהלוקח אף שיש להלוקח בו חזקה, דיכול לומר לא חששתי למחות כיון דאין הקרקע שלי ושמה אמצא לגבות מבני חורין (סמ"ע), עיקר חזקה דשלש שנים אינו אלא תקנת חכמים משום תיקון העולם דלא רגילי להזהר בשטר טפי משלש, דסובר המחזיק כיון דיושב בתוכו משך שלש שנים ואין עורר עירעור, שוב לא יתעורר עוד עירעור ולא מזדהר טפי, וימשך מזה פסידא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים, והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש ואחר המחאה גם המחזיק יזדהר בשטרו, ואם אינו מוחה תוך שלש יפסיד המערער. ועיין מ"ש בסימן קנ"ד סק"ה? (קצה"ח). לפי דברי הסמ"ע בשטרי קנין סודר דידן שנכתב בו קנין סודר באשה והדר בעלה, צריך ליזהר בשטרו לעולם בכדי שלא תוכל האשה לגבות כתובתה ממנה, דנגד כתובה לא מהני חזקה (נתה"מ). בעל פליטה? שאחד מבעלי חוב המאוחרין החזיק במקום אחד שלו בבה"כ ג' שנים, ועכשיו באו בע"ח המוקדמים ורוצים לטרוף הימנו, והמאוחר טוען כיון שהחזיק ג' שנים והמוקדמין שתקו ולא מיחו גם הם מחלו שעבודם, ועיקר כסמ"ע, על אף שיש לחלוק בנידון דידן ולומר דבעל פליטה כזה שירד

Commented [j126]: מ
ספיק?

חוקן משפט חלק ד'

לטמיון גמור שחייב לאלפים ואין לו נחלת שדה וכו', איך שייך לומר שמא אמצא לגבות מבני חורין כי הוא גברא ערטיילאי ולא סמכינן אניסא, מ"מ עיקר כסמ"ע (פ"ת).
(יב) מכרתו או נתתו לי ואבדתי שטרי - יש להסתפק היכא שהודה המחזיק שלא נטל שטר כלל אי מהימנינן ליה במיגו דאי בעי אמר אבדתי שטרי, או דילמא כיון דטעמא דחזקה ג' שנים דעד תלתא שני מזדהר איניש בשטריה דכל הקונה קרקע נוטל שטר, וא"כ כיון שזה מודה שלא היה לו שטר הוי כמיגו במקום עדים וצ"ע (פ"ת).
(ח) קמ"ב בתים שהם לדירה (יג) צריך להביא עדים שדר בו או השכירו שלש שנים רצופות ומשהביא עדים שדר בו או השכירו שלש שנים רצופות הוי חזקה, ואם יטעון המערער אני יודע שלא דר בו בלילות, או צריך המחזיק להביא עדים שיעידו בפירושו גם על הלילות ועל פי השכנים שיעידו שלא הרגישו בו שיצא בלילות אלא כפי ניהוג העולם ראינו אותו נכנס בו בערב ויוצא בבוקר ואם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא ממנו בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה א"כ יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בו ימים ולילות, ואם היה המערער רוכל המחזיר בעיירות אע"פ שלא טען ברי לי שלא היה דר בו בימים ובלילות, טענינן ליה (יד), ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער (טו) אלא שמא לא דר בה ביום ובלילה צריך להביא עדים שדר בה ביום ובלילה, ואם היה המחזיק רוכל המחזיר בעיירות אע"פ שלא טען המערער, טענינן ליה ואומרים למחזיק הבא עדים שהחזקת בו ביום ובלילה שלש שנים. הגה: ורצנו חס והרא"ש חולקין על כל זה, אלחא שכל שהעידו השכנים שדר בו כמנהג שרגילים השכנים לידע אף שלפעמים יאלו השכנים לעסקיהם מהעיר ולח ידעו אס נשאר המחזיק צבית צעוד שלא היו צעיר אלחא מעידין ששאלו מן העיר הניחוהו צבית וכשצלו מאלו אותו דר בו, הוי חזקה, ואם אמר המחזיק לעדים סתם העידו לי שדרתי בו שלש שנים בחזקת ימים ולילות אע"פ שאינו יודעים שדר בו כל הימים וכל הלילות אלחא שראוהו שדר בו מקצת ימים ומקצת לילות, טענתו טענה ומספיק עדותו אס יעידו כדצרי, ואפילו אס יטעון המערער ברי לי שלא דר בו בלילות וכן אס היו הדכים בו וכלים המחזירים בעיירות אף ע"פ שאלו לפעמים מן הצבית ולח דרו בו שלש שנים רופים הואיל והוי שלש שנים בחזקתו, הוי חזקה אע"פ שהיו מחזירין ימים רבים ולח לנו צבית, והוא הדין לשאר מחזיק שאלו לפעמים מן הצבית אחר עסקיו ומיד כשצבא היה חוזר לצבית מקרי חזקה בשלש שנים, וכן מקומות צבית הכנסת אס מעידים העדים שיש עליה כל עת שנסנס לצבית הכנסת אע"פ שלפעמים שניה מקומו מחמת אצילות או לא נכנס לצבית הכנסת, הוי חזקה, הואיל ועשה בחזקה כמנהג העולם, ונ"ל שכן ראוי להורות אע"פ שיש חולקין. מקומות של צבית הכנסת שהמנהג שכל אחד כותב שמו עליו הוי כשטר וכל מי ששמו עליו הוי שלו ואין למערער בו כלום.

(יג) בתים שהם לדירה - צ"ע אס בתים דלא קיימו לאגרא אי מהני בהו חזקת ג' שנים, די"ל כיון דהבתים לא קיימו לאגרא לא רצה למחות דזה נהנה וזה לא חסר הוא, או דילמא דמ"מ היה לו למחות בכדי שלא יחזיק בו ויטעון שקנהו ממנו, ואם אין לבתים כאלה חזקה, אז אף בבתים דקיימו לאגרא אלא שבעל הבתים ברח מחמת ממון, אף דקיימא לן סימן קמ"ג סעיף ג' דבכרח מחמת ממון מחזיקין בנכסיו, מ"מ בבתים י"ל דלא מהני חזקה כיון שמבואר בסימן שס"ג סעיף י' בהגה דאם בעה"ב אינו בעיר ואין מי שמשדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא, וא"כ י"ל דלכך לא מיחה במקום שהוא שם, כיון דבלא"ה לא קיימא לאגרא לא איכפת ליה, וצ"ע לדינא (פ"ת).

(יד) אס היה המערער רוכל כו' טענינן ליה - הטעם דאמרינן דלא ידע למיטען ברי כיון דאינו דר בעיר (סמ"ע), וכ"ש ביתומים או שלא בפניו. אמנם נ"ל דזה לא קאי רק דטענינן ליה שלא דר בו בלילות לענין שצריך שכנים, אבל הא ודאי לא טענינן ליה דשמא יצא אחר שישנו השכנים דנצריך עדות השוכרים דוקא, ולהש"ך בס"ק (כא) העיקר כדעה זו, ואם כן כל חזקה שלא בפניו או ביתומים בעינן בבתים שוכרים דוקא, ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן. אלא ודאי דזה לא טענינן ליה, דמילתא דלא שכיחא גמור הוא ולא טענינן ליה. ואפילו בטוען כן לא שמענו מי שנהג כהש"ך, והעיקר כהרמ"א. וגם להמחבר נראה דהדבר תלוי בראות עיני ב"ד, דאם הוא דר עם אשתו ובניו

Commented [j127]: ל

א הבאתי את דביר
הנתה"מ שזה רק
להסביר שיטת
הרא"ש? ואינו
להלכה?

חוקן משפט חלק ד'

והרבה כלי תשמישים, ודאי אין סברא לומר שעקר דירה בלילה וחזר והכניסן ביום¹¹⁹ (נתה"מ).

(טו) ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער כו' - ואם באו עדים ואמרו לנו השכירו ואנו דרנו בו ביום ובלילה, וטען המערער ואמר יבואו עדים ויעידו שדרו בו ביום ובלילה, לא צריכין אלו השוכרים להביא ראיה שדרו בה תמיד, ואפילו אם עדיין השכירות בידן (סמ"ע), לאו שמא ממש קאמר, אלא שטוען הייתי שם כמה פעמים בלילות ולא מצאתיו ושמא הוא מפני שלא דר בה כלל בלילות ולכך לא מצאתיו ואף על פי שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאתי כי יצאתי פעמים לעסקי מ"מ כיון שהמערער טוען שהוא בא כמה פעמים לביתו ולא מצאו צריך המחזיק לברר שדר בו בלילות דאל"כ יוכל המערער לטעון שבשביל כך לא מחיתי אבל אי לא טען המערער כלל שהיה שם ולא מצאו לא טענינן ליה רק ברוכלין, ולהרשב"ם אפילו טוען המערער הייתי שם כמה פעמים ולא מצאתיו לא טענינן ליה, דמ"מ הוי טענת שמא דיכול להיות דבאותן פעמי' יצא לעסקיו עד שיטעון המערער אני יודע שלא דר בו בלילות דהיינו הייתי שם בכל הלילות ולא מצאתיו או ראיתיו יוצא משם אחר שישנו השכנים וכה"ג ועיקר כרמב"ם, ואפילו באו עדים ואמרו לנו השכירו ואנו דרנו ביום ובלילה וטען המערער ואמר יבואו עדים שיעידו שדרו בו ביום ובלילה אם כבר שלמו שכר דירה, צריכין אלו השוכרי' להביא ראיה שהרי הם נוגעים בעדותן (ש"ך).

(טז) שמא לא דר בה - עיין ש"ך ס"ק (טו) ואף על פי שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאתי כי יצאתי פעמים לעסקי. דיציאה לעסקיו אינה מבטלת החזקה לכו"ע, דאל"כ לא משכחת חזקת הבתים כלל, דכי יהיה כפות כל שלש שנים בהבית בלי לצאת חוצה. לרמב"ם כל שאין עדים אחרים שהשוכרים דרו בו ביום ובלילה, וכבר נתנו השכר, אפילו אם השיבבי יודעין מדירתן ג' שנים, כל שאין יודעין מדירת יום ולילה, אף השכר מוציאין מידם, דכיון דקרקע הדרא פירי נמי הדרי, כיון דאיכא עדים על דירתן וליכא עדים על החזקה דיום ולילה מוציאין מידם השכר בטענה זו אף שהיא טענה דלא שכיח, ולא אמרינן דדוקא נגד הקרקע דאית ליה חזקת מרא קמא יכול לטעון אף טענה דלא שכיח אבל לא נגד להוציא המעות מידן, קמ"ל דמוציאין (נתה"מ).

(יז) ואם היה המחזיק רוכל כו' - משום דמסתמא הרוכל מחזיר בעיירות בג' השנים, נמצא דלא החזיק בה כראוי, ויש חולקים והוא שיטת הרמ"א (סמ"ע). או עדים השוכרים (ש"ך).

(יח) אף על פי שלא טען כו' - גם בזו עיקר כהרמב"ם, ע' בתשו' ר"ן חביב סי' קל"ב (ש"ך)¹²⁰.

(יט) חולקים על כל זה כו' - פירוש, חלקו אפירוש רשב"ם וכ"ש אפירוש הרמב"ם, דס"ל דאם טוען המערער ברי לפי הרשב"ם, או שמא להרמב"ם שיצא בלילה, דבעינן דוקא עדות השוכרים שיעידו שדרו יום ולילה, והרמ"א ס"ל דאפילו בכה"ג בעדי השכנים סגי, ואפילו השכנים אין צריכים שיעידו שראו שנכנס ויוצא בביתו בכל בוקר וערב אף אם יטעון המערער שראהו שלא דר בו בכל יום או לילה, אלא סגי אם יטעון המחזיק ויאמר שיעידו השכנים שבכל עת שהיו בבית ראו להמחזיק יוצא ונכנס בביתו ביום ובלילה כדרך שכנים. ואף שלא היו השכנים בבית בכל יום, לא משגחינן בטענת המערער דאומר שלא היה דר בו באותן הימים שלא היו השכנים בביתו, אלא מוקמינן ליה אחזקתיה. מיהו אם לא טען המחזיק יבואו השכנים ויעידו לי סתם כו', וגם השכנים אינן מעידים מעצמן שלדעתן דר בו ג' שנים, הב"ד לא טענינן ליה עבורו כיון שהמערער טוען ברי שראה שלא דר בו, אבל מאחר שטוען המחזיק כו' או שהשכנים מעידין מעצמן כן, שומעין לו. ואם היו השכנים רוכלים, אף שלא העידו מעצמן שלדעתן דר בו ג' שנים וגם המחזיק אינו טוען ומשיב להמערער כן, אנן טענינן עבורו ואמרינן דמשה"ה לא טענו שדר בו בחזקה כו', משום דסברי דלא יועילו נגד טענת המערער כיון שדרו בביתם על המעט, ואנן טענינן עבורם, כי השכנים הרוכלין המה עדיפי מעדים דעלמא כיון שבימים שהיו אז בביתם ראו להמחזיק נכנס ויוצא בביתו תמיד, והרמ"א קיצר ולא העתיק הכל ודבריו

¹¹⁹ לא עשיתי

¹²⁰ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

סתומים קצת, מש"ה הוצרכתי לבאר (סמ"ע), מ"ש הסמ"ע "היינו דוקא אמר כן לשכינים" כו' יש חולקים, דמה לי עדים דעלמא ומה לי שכינים (ש"ך).

(כ) ואם אמר המחזיק לעדים סתם – היינו דאף אם לא אמרו העדים בפירוש שדר בחזקה ימים ולילות, כל שהמחזיק אמר להן כן בפירוש מהני שוב עדותן אפילו בסתם. וגם בזה נראה דאף המחבר מודה לזה מסברא (נתה"מ)

(כא) ואפילו אם יטעון המערער ברי לי כו' - ולי נראה דאם המערער טוען ברי לא הוי חזקה דכבר כתבתי דפי' הרמב"ם עיקר, ואולי גם הרמ"א לא כ' שכן ראוי להורות אלא מקומות ב"ה וכה"ג דבהם נ"ל דגם הרמב"ם ורשב"ם וסייעתו מודים (ש"ך).

(כב) ברי לי - עיין ש"ך ס"ק י"א? שכתב דהעיקר כהרמב"ם דבטוען ברי לי בעינן עדות השוכרים דוקא ע"ש. עמש"ל בסמוך [סק"ו]? דנראה העיקר כר"ת וכדמשמע ברמ"א (נתה"מ).

(כג) מקומות של בית הכנסת - מעשה במקום של בית הכנסת ידוע לאחד, וטען עליו אחר שקנה ממנו מחצית ולהיות עמו בשיתוף, ובא בטענת חזקה שלש שנים שעמד אתו עמו שוה בשוה שלש שנים בשופי בלי שום מחאה. מהני חזקה לומר שהם שותפין שוה בשוה, אבל אם השתמשו יחד, לא מהני חזקה שהוא הבעלים לבד (קצה"ח¹²¹).

(כד) שמו עליו הוי כשטר - ה"ה וכ"ש במה שהמנהג במדינתו שמקומות בבה"כ נכתבו בפנקס הקהל ואינו נכתב אלא על ידי נאמן הקהילה במעמד הקהל, דודאי יכולין לסמוך עליו כשטר גמור כו' (פ"ת).

(ט) הא דמהני עדות השוכרים לומר שדרו בה ימים ולילות דוקא ששכירות הבית עדיין בידם ואומרים ניתן אותו למי שיזכה בדין, ואע"פ שעדיין לא נהנה המחזיק מפירות זה הבית כיון שדרו בו מכחו היינו הנאת פירותיו, ואפילו אם השאילו להם בחינם אבל אם כבר פרעו השכר למחזיק אינם יכולים להעיד מפני שהם נוגעים בדבר שחפצים להחזיקו בבית שאם יצא מתחת ידו צריכים ליתן השכר פעם אחרת למערער, ומיהו אפילו נתנוהו כבר למחזיק יכול הוא לחזור וליתנו להם שיתנוהו למי שיזכה בדין ואז לא יהיו נוגעים בדבר, ויש מי שחולק¹²².

(כה) דוקא ששכירות הבית עדיין בידם - ונראה דאם אמרו בשעה שהשכירות עדיין בידם שלא דרו בו רק שתי שנים, וציוו הב"ד ליתן להמערער, ואח"כ הביא המחזיק עדים שהחזיק עוד שנה שלישית, אין המחזיק יכול לתובעם שישלמו לו פעם שנית, כיון דעיקר התביעה היה בפני הב"ד על המשכיר. וכן כשהמחזיק הביא עדים ונתנו השוכרים להמחזיק ע"פ ב"ד, ואח"כ הביא המערער עדי הזמה, אז אם מתחילה בשעה שנתנו להמחזיק כבר הביא המערער עדים שהיתה שלו, שהרי המחזיק צריך להביא עדי חזקה לב"ד, הוי כנתנו ע"פ ב"ד, כיון שהיה צריך ב"ד וקיי"ל בסוף סימן רצ"ז דבנתנו ע"פ ב"ד פטור¹²³, אבל אם בשעה שנתן להמחזיק לא תבעו המערער, אף על פי שנתנו לפני ב"ד לא הוי כנתנו ע"פ ב"ד כיון שאז לא היה צריך ב"ד (נתה"מ).

(כו) ואפילו אם השאילו להם בחנם - פירוש, גם זה מיקרי הנאת המחזיק, ואם יש עדים אחרים מעידים על אלו שדרו בו בשאילתו להם ג' שנים ואין המערער טוען ברי לי שיצאו בלילה, הו"ל בזה חזקה, אבל ודאי הן עצמן אינן נאמנים לומר שדרו בו מכחו שהשאיל להן, שחשובין נוגעין בדבר, דאם יצא הבית מיד מחזיק זה יצטרכו לשלם שכירות להמערער, וכונת המחבר בזה שלא תאמר דאין מחזיקין בדבר שעדיין לא הגיע

:Commented [j128]
השאר נצרך?

:Commented [j129]
מ
דויק?

¹²¹ עי' לקמן ס"ק (לז)

¹²² עי' לעיל סי' לז סי"ב בפ"ת מה' בין הפ"ת לשעה"מ אם כאן מדויק לשון השו"ע או לא.

¹²³ עי' רדב"ז ח"א סי' רצט שהוא אנוס

פתחי חושן חלק ג (פקדון ושאלה) - הערות פרק ג - פשיעה גניבה ואבידה ואונסין
משמע שבהזרה עפ"י ב"ד נפטר גם מחוב שכירות, ומשמע דעדיף מאונס, ובערך ש"י (שם) תמה עליו, ולדבריו אפשר דהוי כאונס ושואל חייב, אמנם אפשר שאף שואל אינו חייב באונסין אלא באונס שבשמירה, וכעין מ"ש בנה"מ (סימן נח סק"ה) שאין אונס אלא כעין שבורה ומתה, ובשו"ת שבות יעקב (ח"א סימן סא) כתב בשליח לשאול לרב באיסור והיתר דפסק הרב שהוא בשר בחלב ואסור בהנאה, וזרק השליח את המאכל לאיבוד, ואח"כ הוברר שהרב טעה והמאכל מותר (עיין שם מ"ש בדיון חיוב המורה, ויתבאר בע"ה בפת"ח [ח"ו] דיני נזיקין סוף פרק ד), והעלה שהשליח פטור כיון שעשה עפ"י הוראת המורה, וה"ז כעושה עפ"י ב"ד ואנוס

חושן משפט חלק ד'

לידו בו הנאה (סמ"ע). אמנם כשהבית לא עביד למיגר אף שהשואלין עבידי לאגורי פטורין כמבואר בסימן ס"ג סעיף ו'. וע"ש סעיף י' דאפילו בשוכר בית מראובין ונמצא של שמעון, דכשלא היה שמעון או שלוחו משתדל להשכירו דהוי כבית דלא עביד למיגר, דפטור משמעון (נתה"מ).

(כז) ומיהו אפילו כבר נתנוהו כו' - וכן עיקר (ש"ך)

(כח) ויש מי שחולק - טעמו, דחוששין דמפני הטובה שעשה להם שהחזיר להן המעות ולא יצטרכו לירד עמו בדינא ודיינא אינן יכולין להעזי נגדו ומעידין לו מה שאינו (סמ"ע), ולעיל סימן ל"ז לא כ' המחבר אלא סברא הראשונה וכן עיקר, ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ח (ש"ך).

(י) אפילו אם כבר פרע שכר למהזיק, אם ימעון המהזיק בבית דין קודם שיבא המערער יעידו השוכרים בפניכם שדרו בו ג' שנים, טענתו טענה ולא הוי נוגעים בעדות כיון דלא הוי מערער קמן. הגה: ואלע"ג לאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין כיון להסתחא כשקים ואם יעידו משיבא המערער יהיו נוגעין בעדות, מקבלין שלא בפניו.

(כט) כיון דלא הוה המערער קמן - עד הצריך שבועה לא הוי עד, וא"כ כל זמן דליתיה למערער קמן הרי נאמן בדיבורו בלבד דליכא היסת כלל, א"כ השתא נאמנין בעדותן ולבית שיבא המערער באמת יצטרכו שבועה דלגבי נפשייהו לא מהימני, ולא מיפסלו עדותן למפרע, דהו"ל כמו רחוק בשעת עדות ואח"כ נעשה קרוב, ובשעת עדותן נמי לא מהימני אלא למוחזק ולא לפוטרין משבועה כשיבא המערער, ולא הוי עד הצריך שבועה כיון דהשתא ליתיה למערער קמן וליכא שבועה מהימני בדיבורו בלבד וזה נכון ודוק (קצה"ח). וי"א דהמחבר מיירי שאין כאן עדי דירה זולתם, רק דיש חשש נוגעין שיראין שמה יביא המערער עדים על דירת שתי שנים, קמ"ל דלא מחשבינן העדים לנוגעין מחשש יראת ביאת מערער, רק כעין הא דסימן ל"ז דאי אפשר שיבוא להם ריעותא בדיבורם במה שמעידין, ואם לא יעידו יש חשש שיבוא להם ריעותא, מש"ה מחשבים לנוגעים שיש להן הנאה, וגם מוכרחין להעיד תיכף, שאי אפשר להם להמתין, שהבע"ח יוציא תיכף השדה, ולבסוף ודאי לא יועיל עדות, ועוד דהראשון נוח. משא"כ הכא בעדותן שמעידין קודם ביאת המערער ליכא למיחש שמעידין מחמת יראה, דכמו שיש לחוש שיבוא להן ריעותא כשלא יעידו בשקר שדרו בו ג' שנים, וע"כ היינו שבאמת לא דרו בו רק שתי שנים והן מעידין ג' בשקר מחשש שיראין שיבואו עדים או המערער שיודעין מהדירה שלהן של ב' שנים ומהשנה שלישית לא ידעו, ואז יתחייבו לשלם בעד השתי שנים או לישבע נגד המערער, משא"כ כשיעידו שאכלו ג' שנים יפטרו מלשלם או מלישבע, וזהו מה שיש לחוש להחשיבם נוגעים, אבל באמת מחמת זה לא נחשבו נוגעין, דהא כמו כן יש לחוש שיבוא להן ריעותא מחמת העדות שמעידין עכשיו, דשמא יבואו עדים שיודעין שלא דרו בו השנה הג' או המערער יהיה יודע מזה, ומאלו הב' שנים שדרו בו לא ידעו, ואז אם ישתקו ולא יעידו כלל לא יתחייבו לא לשלם ולא לישבע כיון שאין ידוע מדירתן כלל, משא"כ כשמעידין שדרו בו ג' שנים ויבואו עדים שיודעין שלא דרו השנה הג', שתהיה עדותן מוכחשת או מוזמת ואוקי קרקע בחזקת מריה ויצטרכו לשלם בעד השתי שנים ע"פ הודאת פיהם. וכן אם המערער יהיה יודע שלא דרו בו השנה הג' ואלו הב' שנים לא ידעו, יצטרכו לישבע, משא"כ כשלא יגידו מדירתן כלל לא יצטרכו לישבע כיון שאין ידוע להמערער מדירתן כלל, ויותר היה נוח להם כשרוצין להעיד בשקר להמתין בעדותן עד שיבוא המערער שידעו איך להשיב נגדו, וכיון שהחשש יראת ביאת עדים או המערער הן בשיקול אחד אם הדיבור של עדותן יקלקל להם או יתקן להם, שיש באפשרות בעדותן לתקן להם או לקלקל, לא מיחשבי נוגעין דהא אין להם הנאה בעדותן של עכשיו כלל (נתה"מ).

(ל) דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד - יש מקשים דיש לקבל עדות המחזיק כיון שהוא הנתבע ובסימן כ"ח סעיף י"ח כתב דלכתחלה מקבלין לנתבע שלא בפני התובע, וי"ל דכאן קרקע בחזקת בעלים הוא, כיון שיש לו עדות שהיתה שלו קרוי המחזיק תובע וע"כ צריך לברר חזקתו (ט"ז), ויש חולקים והעיקר בזה דאין לחלק בקבלת עדות שלא בפניו בין תובע לנתבע ומה דמקבלין לפטור אינו אלא היכא שבאין להוציא מן הלוחה שלא בפני המלוה, דלפטור מהתביעה יכול להביא עדים בפני התובעין אותו ע"ש, ועיין

Commented [j130]: ל
א הבאתי את דברי
הסמ"ע

חושן משפט חלק ד'

מ"ש בסימן ק"י (סק"ב?) (קצה"ח), וי"א דהא דמקבלין עדי חזקה הוא דוקא כשהמחזיק מוחזק ודר בהבית, אבל כשאין המוחזק דר בהבית אפילו קטן שתקף בעבדיו והוציאו מהבית שוב אין מקבלין כמבואר בסימן כ"ח בסמ"ע ס"ק ג"ז?, וא"כ הכא שהבית אינו ביד המחזיק רק ביד השוכרין וכל זמן שאין השוכרין מעידין דמי כאילו הבית עומד בחזקת מרא קמא, וע"י העדות של השוכרים באנו עכשיו להחזיקו, אין מקבלין עדותן שלא בפני בע"ד, ולכך הוצרך הרמ"א לטעם שלו (נתה"מ).

(לא) מקבלין שלא בפניו כו' – וי"א דכיון דליכא מערער קמן מקבלין וע' שם בנתיב י"א ח"ב¹²⁴ (ש"ך).

(יא) קמ"אם אין השוכרים דרים בו עתה אלא שדרו ג' שנים ויצאו ממנו, אם אין המערער יודע(לב) שדרו בו אלא על פיהם אפילו אם נתנו כבר השכר למחזיק אינם נוגעים בעדות, כיון דאי בעי אמרי לא דרנו בו מעולם נאמנים לומר דרנו ופרענו(לג).

(לב) אם אין המערער יודע - אבל אם המערער יודע אינם נאמנים במגו דהא אי אמרי לא דרנו בה מעולם הוי מכחיש להו אף על גב דלית ליה למערער עדים שדרו בה, כיון דעדים נינהו ואי הוי מכחיש להו הוי בעי אשתבועי לא הוי עדות דנוגעים הן דאי הוי אמרי לא דרנו הוה בעי אשתבועי וכל עד שצריך שבועה אינו עד וכדלעיל סי' קכ"א (ש"ך).

(לג) כיון דאי בעי אמרי לא דרנו כו' – ויש חולקים (סמ"ע וש"ך) ועיין מ"ש בפרישה¹²⁵ (סמ"ע). עד הצריך שבועה לא הוי עד אף שיש לו עד מסייע לפוטרו משבועה, דבעינן דוקא שיהיו נאמנין בדיבורו לבד, משא"כ כשאין נאמנין רק בשבועה או מחמת עד המסייעו לפוטרו מהשבועה, שוב לא חשיב שנאמנין בדיבורו לבד ולא הוי עד (נתה"מ).

(יב) קמ"היש אומרים שאין עדות השוכרים מועיל אלא אם כן שכרו בשטר(לד) אבל אם שכרו בלא שטר לא(לה), ויש אומרים דאפילו שכרום לשלשה שוכרים זה אחר זה לכולם בלא שטר מצטרפים.

(לד) אא"כ שכרו בשטר כו' - טעמא, דשכירות כדין לוקחין שלקחו זה מזה והחזיקו בו כל אחד שנה, כמ"ש בסימן קמ"ד סעיף ב', והי"א ס"ל דשאני שכירות דשם המשכיר המחזיק עליו כל הג' שנים דהא כל חד מהן שכרה מהמחזיק, משא"כ בלוקחין דלקח אחד מחבירו דנסתלק ממנו משנה שניה והלאה שם לוקח שלפניו ויכול המערער לומר לכך לא מחיתי בהן מפני שראיתי שלא היה ביד אחד כי אם שנה אחת ונשמט ממנו וכדרך הגזלנים. ויש דעה שלישית דחילק וכתב שאם שני השוכרים דרו בו ג' שנים הוה חזקה אפילו ששכרו בלא שטר. רואים שהדעות שכתב המחבר, ס"ל דאפילו כששני השוכרים דרו בו יחד כל הג' שנים לא הוה חזקה כל שאין להן שטר שכירות מהמשכיר. וטעמא דשאני לקוחות דהן עצמן באין להחזיק בו ואמרו שלקחוהו מהמערער, מש"ה אמרינן מדרו בו ג' שנים בלי מחאה דהוה חזקה, משא"כ שוכרים הללו דלא באו הן עצמן להחזיק בו אלא המשכיר להן בא להחזיק מחמתן, בזה ס"ל דיכול המערער לומר הייתי בטוח באלו שדרו בו שלא יטענו שקר איך שלקחוהו מידי ולכן לא עשיתי בהו מחאה, ומהמשכיר לא ידעתי כיון שלא שכרו בשטר לא הו"ל קלא, ולא מייתי ראיה מלקוחות אלא שדוקא ע"י השטר יוציא הקול (סמ"ע), דברי הב"ח הם נכונים יותר ע"ש¹²⁶ [דלא כסמ"ע] (ש"ך), וי"א דטעמא דבשלש לקוחות צריך שטר ובלוקח אחד א"צ שטר דהיה לו לחקור ואית ליה קלא ע"י עדים ויתוודע לו, ודוקא מוכר שדהו בעדים הוא דאית ליה קלא דמאן דזבין בפרהסיא זבין, אבל שוכר בעדים לית ליה קלא ולא יתוודע אפילו אחר החקירה, ומש"ה בשוכרין צריך שטר כמו בשלש לקוחות, וע"י שטר ודאי אית ליה קלא (קצה"ח). וי"א דפירוש הדבר, דדוקא לוקח כיון שנשמע קול החזקה שפלוני מוחזק בשדה שהיתה שלו שפיר הוי חזקה, דהיה לו למחות, משא"כ בשוכר לא נשמע הקול רק שזה דר בו ונותן השכירות, לא היה לו למחות, אם לא ששכרו בשטר שיש קול גם מהמשכיר [דלא כקצה"ח] (נתה"מ).

n :Commented [ji31]
לש?

n :Commented [ji32]
לש

¹²⁴ לא עשיתי

¹²⁵ לא עשיתי

¹²⁶ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

(לה) אבל כו' - הא דסגי שם בלקוחות באחד שדר בו ג' שנים, היינו כשיש עדים זולתו שדר בו הלוקח ג' שנים, וכאן שאלו השוכרים הן העדים לכך בעינן שטר (סמ"ע), ט"ס הוא, והציון צ"ל על "אם שכרו", ובסוף צ"ל, "ולכך בעינן שנים", ועיקר קושיתו אמאי בעי כאן שני שוכרים ובלוקח סגי בחד, וע"ז תירץ דליכא עדים זולתו ולכך בעינן שנים (נתה"מ), פי' אמאי בעי כאן שני שוכרים ובלוקח סגי בחד, וע"ז תירץ דליכא עדים זולתו ולכך בעי שנים, אמנם יש שכתב לישב באופן אחר, דדברי סמ"ע הללו שייכים לסוף ס"ק שלפניו, ובא לתרץ עוד תירוץ אחר על דברי הראב"ד, ולעיל תירץ שיכול המערער לומר הייתי בטוח כו', ועכשיו תירץ שלכך לא נתיירא שאלו השוכרים יטענו שהם קנו, משום שידע שאין כאן עדים אחרים רק הם ולא יהיו נאמנים להעיד לעצמם, ומהמשכיר לא ידע כיון ששכרו בלא שטר וכנ"ל (פ"ת).

Commented [j133]: כ ל ה"ק חלש

(יג) עדות השוכרים מועיל אפילו לא דרו בו שניהם ביחד (לו) אלא זה אב"ג וזה דה"ו, ואפילו היו ששה אחד בכל שנה עלתה לו חזקה. הגה: יש אומרים שאם היה ידוע שהמערער היה לר בחדר הפנימי (לז) מן הבית וטוען שהיה עובד לך הבית החלווון (לח) ולכך לא מיחה במחזיק בבית החלווון, אע"פ שיש לחדר הפנימי עוד דרך מלא אחר ולא ידעינן אם עבר לך הראשון אפילו הכי טענתו טענה ונריך המחזיק להביא ראיה שלא עבר בית החלווון, ויש אומרים דזה לא מבטל החזקה אלא אם כן טען כשרייתי הייתי משמש בכל בית הראשון והולכתי לדחות מפני ולא החזקת בבית החלווון רק כשלא הולכתי לך.

(לו) אפילו לא דרו בו שניהם ביחד - דעדי ממון מצטרפין ואפילו בקרקע, ועיין לעיל סימן ל' סעיף ו'. ונראה דבזה דאחד דר בו אב"ג ואחד דה"ו [תוקן על פי הנתה"מ] לכו"ע אפילו שכרו בלא שטר הוי חזקה, כיון דכל אחד דר בו ג' שנים וע"י צירוף מחשב כאילו דרו בו יחד וכמ"ש לפני זה סקט"ו? ועמ"ש מזה בסימן קמ"ה סעיף ב', אבל במ"ש אחר זה "אפילו ששה" כו', זה מיירי לכל מר כדאית ליה, לסברא הראשונה בשטר ולי"א אפילו בלא שטר (סמ"ע). כל דביר הסמ"ע הם לפי הרשב"א אבל מ"מ להראב"ד צריך שטר וכמ"ש לעיל, בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' ו' 127 (ש"ך), אמנם אם דרו א' באג"ה וב' בד"ו לא הוי חזקה כלל. ועמ"ש בסימן קמ"ה [משה"א סק"ב] (נתה"מ).

(לז) שאם היה דר בחדר הפנימי כו' - [לפ"ז בבית הידוע שהוא של ראובן שדרו בו ראובן ושמעון ביחד שלש שנים, וטוען שמעון שקנה ממנו החצר להיות שותף עמו מכח החזקה שדר עמו ביחד ג' שנים, פשיטא דאין שמעון נאמן, דלא הוי חזקה כיון שראובן היה ג"כ דר עמו, דהא אפילו דריסת הרגל שהיה להמערער על המוחזק מבטלת החזקה. שעשה איזה מעשה הניכר שיש לו דריסת רגל דרך ביתו, כגון שעשה גשר וכיוצא בו, דבלא"ה אין שום סברא לומר מחמת שיצא ובא דרך ביתו שיהיה לו חזקה, דכמה אנשים עוברים ושבים דרך בתים הפתוחים ואין מדרך להקפיד בזה, ובכה"ג ודאי דהוי חזקה כיון שעשה דבר קבוע כמו בנינו ומזחילה. ועוד אפשר לומר דדרך שאני כיון שאינו טוען על גוף הקרקע רק שיעבור, לכך מהני ג' שנים] [דלא כקצה"ח לעיל ס"ק (כג)] (נתה"מ).

Commented [j134]: ל א הבאתי את דברי הסמ"ע

Commented [j135]: ה משך הנתה"מ נצרך?

(לח) שהיה עובר דרך בית החיצון - פירוש, שבהעברת דרך עליו הוא השימוש עמו בבית (סמ"ע), החצר שהיה מחזיק בו ראובן כמה שנים ומשתמש בכתיים ובאמצע החצר כל מיני תשמיש, רק כי שמעון היה מכניס בהמותיו למרתף שלו בלכתן למרעה וכו', מאחר שזה כמה שנים היה מחזיק בו ראובן, עלתה לו חזקה, ובנדון דידן מאחר שעברו כמה שנים שהיה פתח המרתף אשר לחצר סגור לא יפתח כמו שבא בשאלה, ובאותן שנים היה ראובן משתמש בחצר עלתה לו חזקה שהרי החזיק שני חזקה בלי שום מחאה, דמאחר שלא היה מעביר הבהמות בחצר על מה סמך שלא מיחה. כיון דראובן אינו טוען שלקחו משמעון אלא שבא משום ירושה וכמו שמבואר שם בתשובה, א"כ כיון שכבר היה מחאה אצל המוריש תו אינו צריך למחות לגבי יורש, וכמבואר בסימן קמ"ו סעיף ח' לא אמרו למחות בסוף כל שלש אלא כשעמד בתוכו הראשון אבל כשמכרו הראשון א"צ למחות בלוקח כיון שאינו בא אלא מכח הראשון, ועיין מ"ש שם סק"ו. ועוד נראה דכה"ג אפילו עמד בתוכו הראשון א"צ מחאה אח"כ, דכיון שעברו שלש שנים בלא

Commented [j136]: ק צה"ח בדיבור הראשון לא נ"ל שהוא להלכה? צדקתי?

חוקן משפט חלק ד'

מחאה מתייחסת מתביעתו ותולה מחאה הראשונה בדברי הבאי ואינו נזהר בשטרו וכו', אבל כשעושה מעשה ומכרו לאחר אין להתייחס ולתלות המכירה בדברי הבאי ויש לו ליהדר בשטרו. וזה שהיה לו כניסה ויציאה דהוי כמו מחאה ע"י מעשה ואינו יכול לתלות בדברי הבאי והיה לו ליהדר בשטרו לעולם, דאינו יכול לומר קניתי אח"כ, דהו"ל יורד שלא ברשות, וכיון דכבר נתבטל חזקה הראשונה בכניסה ויציאה תו א"צ למחות בסוף כל שלש כיון דמעשה הכניסה אינו דברי הבאי (קצה"ח).

(יד) החנויות של תגרים וכיוצא בהם שאין דרים בהם אלא ביום, כיון שדר בהם ג' שנים ביום הרי זה חזקה. הגה: ויש אומרים דנענין סהחזיק כהן שנה שנים ביום, ויש מחלקים לאס היתה כבר חנות סג' חזקה ג' שנים אצל אס היה כבר בית(לט)(מ) והוא עשה ממנה חנות, כריך להחזיק כהן שנה שנים ביום, וכסברא זו נראה לי להורות.

(לט) **שהחזיק** בה ו' שנים ביום כו' - ולא דמי לבית רוכלין או שאר סוחרים דק"ל דאף דיוצאין מביתם בשנה פעמים הרבה ושוהין טובא אפ"ה א"צ להשלים ביטולם ובג' שנים סג' כמ"ש בסעיף ח', דשם אין זמן בטילתם ידוע ואין קבע לביטולם פעמים רב ופעמים מעט, ואם לא יודמן לו עסק לא יצא, משא"כ חנויות דזמן בטילתם דכל לילה ידוע, וא"ת הלא גם במקומות דבית הכנסת זמן בטילתם דכל לילה לפחות הוא ידוע כמו בחנות ואפ"ה א"צ להשלים וכמ"ש הרמ"א בשם הרא"ש בסעיף ח'. י"ל דשאני מקומות דבית הכנסת דאין שייך בו תשמיש אחר כי אם לישיב עליהן בעת בואו להתפלל, לכך מחשב הישיבה עליהן ג' שנים בעת התפילה כאילו דר בבית כל משך ג' שנים, דא"צ אלא אכילת פירות ג' שנים כל אחד לפי ענינו כמ"ש בריש סימן קמ"א, משא"כ חנות דשם חדר בית עליו כי ראוי לדור בו יומם ולילה, מש"ה ס"ל דצריך להשלים (סמ"ע).

(מ) אבל אם היה כבר בית כו' - הטעם, דכיון דאם לא עשה ממנו חנות היו דרים בבית זה יום ולילה, נמצא דנעשה לדור בו גם בלילה, מש"ה צריך גם הוא להשלים הלילות בימים (סמ"ע).

(טו) היה מעמיד בהמה במקום מסוים לחצר חבירו, או שהיה מגדל שם תרנגולים, או מעמיד שם תנור וכיריים ורחיים, או שנתן שם זבלו, בין שהעמיד שם מחיצה בין שלא העמיד אם נשתמש בדברים אלו וכיוצא בהם ג' שנים וטען(מא) על בעל החצר ואמר אתה נתת לי מקום זה או מכרתו לי, הרי זה חזקה. הגה: ואפילו היה לו חלק בחצר כשחזקה חזקה אס הוא מקום שדרכו להקפיד כזה, או שנקטו שאלו דברים שדרכו להקפיד עליו ולאו הקפידו עליו, הוי חזקה למה שהחזיק.

(מא) יש לחלק בין חצר חבירו לחצר שותפין, דבחצר השותפין תולה שם הדבר בעשיית מחיצה, ובחצר חבירו אין חילוק בין מחיצה להעמדה גרידתא, אלא החזיק בו ג' שנים ובא בטענה הוי חזקה אפילו בהעמדה גרידתא, אבל כל שלא החזיק בו ג' שנים לא הוי חזקה אפילו העמיד לפניהן מחיצה, והטעם, דאמרינן דרך שאלה העמיד שם מחיצה לזמן מה. ובחצר השותפין הוא בהיפך, דאין הדבר תלוי בחזקה ג' שנים כלל אלא בהעמדת מחיצה, דאם העמיד מחיצה הוה חזקה לאלתר, דגם השותף מקפיד על המחיצה ומדשתיק אמרינן דמחיל ליה לגמרי, משא"כ בלא שותף דאין דרך למחול לגמרי, ואם לא העמיד מחיצה, אפילו החזיק ג' שנים ובא בטענה לא הוה חזקה בשותפין. ומ"ש הרמ"א דאפילו היה לו חלק בחצר בשותפות כו' דהוי חזקה, הא כתב בצידו דהיינו דוקא בדבר שדרכו להקפיד כו' וכדמסיק, אבל לא בהעמדה גרידתא (סמ"ע), **בין** שהעמיד שם מחיצה כו' עד אם נשתמש ג' שנים וטען כו' - נ"ל להגיה "על בעל החצר" עיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' צ"ד ובתשו' מבי"ט ח"א ח"ב/ סי' ק"ט¹²⁸ (ש"ך), ואף דבאחר נגד חזקה דברים שצריך להרחיק ג"כ הרבה פוסקים ס"ל דהוי מחילה מיד [עיין סימן קנ"ה סעיף ל"ה], שאני הכא דאחר רוצה להחזיק בגוף הקרקע שהרי רוצה להשתמש בו עולמית ושהבהע"ב לא ישתמש בו כלל, ולכך בעינן חזקה ג' שנים וטענה, משא"כ בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לענין שיהיה יכול להעמיד בהמות, דכיון שהחצר עשויה לכניסה ויציאה דרך השותפין להקפיד על העמדת בהמות,

Commented [j137]: ל
א הבאתי את דברי
הש"ך.

Commented [j138]: ל
א הבאתי את דברי
הש"ך.

חוקן משפט חלק ד'

שבזה הוי שתיקה מחילה מיד כמו מחילת שיעבודין, אבל אם השותף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד, דינו כאחר דבעי ג' שנים וטענה (נתה"מ). (מב) למה שהחזיק - דגם בשותף אין חזקתו לאלתר, אלא דווקא לאחר ג' שנים, ומפני שלא כתב המחבר לפני זה בהדיא אחרת, מש"ה לא כתבו בשם י"א (סמ"ע), ויש חולקים, דא"כ היה לו להביא הדין אם יש חילוק בשותפים בין החזיק בכולה או בפלגא המבואר בסימן קמ"ט סעיף ב', אלא גם הרמ"א סבירא ליה דבשותפין מחילה מיד סגי לענין שיכול ג"כ להעמיד בהמות ואין השותף יכול למחות לו בתשמיש כזה במקום השותפות, ובענין זה לא שייך כלל הדין דאין השותפין מחזיקין זה על זה (נתה"מ).

סימן קמא - דין חזקת שדה הלבן והאילן:

(א) קמ"ש שלש שנים שאמרו מיום ליום אפילו היו חסרים יום אחד לא החזיק ומסלקין אותו ממנה, במה דברים אמורים בקרקע שהם עושים פירות [תמיד] הבתים והחצרות והבורות והשיחין והמערות וההנויות והפונדקאות והמרחצאות והשובכות ובתי הבדים ובתי שלחין [פירוש צחי הכדים. טעולין עס הזיתים, ופירוש צחי השלחין. שדות פלחין להסקותן ציד (תרגום עיף ויגע (דברים כה, יח) משלחי ולא וואותיות אה"ע מתחלפות), ופירוש שדה הצעל. שדה שהגשמים משקין אותה והרי הן לה כצעל הגותן הריון לאשתו ולהולידה ולהלמיחה] שמשקין אותם תמיד וזרעים בהן ונוטעים, והגנות והפרדסים, וכן עבדים המהלכים. קמ"אבל שדה הבעל שהיא שותה מי גשמים בלבד ושדה אילן, אינה מיום ליום אלא כיון שאכל שלש תבואות ממין אחד הרי אלו כשלש שנים, כיצד. היתה שדה תמרים וגדר שלש גדרות, או שדה ענבים ובצר שלשה בצירות, או שדה זיתים ומסק שלשה מסיקות, הרי אלו כשלש שנים, והחזיק, ואפילו היו האילנות רצופים ולא היה ביניהם מרחק כראוי שהרי סופן ליבש, הואיל ואכלן שלשה [תבואות] החזיק. הגה: קמ"הא אומרים לגס צדה צעל וקדה אילן צעינן חזקה ג' שנים וכן נראה לי להורות.

(א) מיום ליום אפילו כו' - יש להסתפק אם חודש העיבור הוא בכלל ג' שנים או לא כו', ועיין בתשובות שרמזתי בפ"ת לאה"ע סימן נ"ג סק"א ובסימן ק"א סק"א¹²⁹ (פ"ת).
(ב) ה"ג שהן עושין פירות תמיד כגון הבתים והחצירות כו' - וגם בית הבדים מיקרי עושים פירות תדיר, כי יש בני אדם שמצניעים כל השנה ודורכים במעט מעט (סמ"ע).
(ג) וזרעין בהן "ונוטלין" - ר"ל דנוטלין תמיד ראשון ראשון מיד אחר שנתגדל ודוק (סמ"ע).

(ד) והגנות והפרדסים - נראה דפרדס ג"כ דומיא דגינה קאמר שאין צומחין בו אלא מיני זרעים (סמ"ע).

(ה) וכן עבדים המהלכים - פירוש, לאפוקי קטנים שאינם מהלכים וכמ"ש בסוף סימן קל"ה. גם נקט עבד לאפוקי בהמה, דס"ל להמחבר דאין לה חזקה אפילו אחר ג' שנים וכמ"ש שם בסימן קל"ה סעיף א' (סמ"ע).

(ו) אלא כיון שאכל ג' תבואות - הטעם, כיון שאין גדל בהן פירות אלא פעם אחת בשנה, כל שאכל ג' פירות והוא שתק מחשב כג' שנים שלמים (סמ"ע).

(ז) ולא היה ביניהם הרחק כראוי - עי' לקמן סעיף י"ח "אפילו הן נטועין בפחות מד' אמות", ועיין מ"ש שם בסמ"ע ס"ק (לא) (סמ"ע).

(ב) קמ"ג' שנים שאמרו צריך [שיהיו] רצופות זו אחר זו, הרי שהחזיק בשדה וזרעה שנה והוביר שנה פירוש. הניחה שמה תרגום והאלמה לא תסם (צראשית מז יט) לא תצור אפילו עשה בן כמה שנים, לא החזיק.

(ג) היה דרך בני אותו המקום להוביר אף על פי שמקצתם זרעים שנה אחר שנה, הרי זה החזיק, ואע"פ שהשלש שנים שאכל הן מפוזרות, שהרי הוא אומר לא הוברתי אותה אלא כדי שתעשה הרבה בשעת הזריעה.

Commented [j139]: ל
א הבאתי דברי
הסמ"ע סק"ז

¹²⁹ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(ד) אכלה שלש שנים רצופות באתרא דמוברי, יש מי שאומר דהוי חזקה ויש מי שאומר שאינה חזקה.

(ח) יש מי שאומר דהוי חזקה - דכ"ש דהו"ל למחויי דלא מיתבר ארעא, ונראה דלא הוי חזקה דמצי לערער ולומר גילית בדעתך שאינה שלך, שעשית כמו גזלן ששומט ואוכל כל מה שיכול להוציא ממנו ואינו חושש לשנים הבאות מפני שיודע שלא תשאר בידו (סמ"ע).

(ט) שאינו חזקה. נ"ב ולפמ"ש הסמ"ע לקמן סי' קמ"ה ס"ק ב' וג' דהרמב"ם שם מיירי באתרי דמוברי ואין מכחישי' ע"ש א"כ מדלא הוי חזקה דהא לכל עד ועד הוי חזקה מוכח לענ"ד דהרמב"ם סובר כדעת הטור דבמוברי ואכל רצופים לא הוחזקה וא"כ כשתצטרף ב' העדים נמצא דאכלו רצופים מש"ה לא הוי חזקה (רע"א)¹³⁰.

(ה) נרה שנה אחר שנה אפילו כמה שנים, הואיל ולא נהנה בה אינה חזקה, וכן אם פתח בה שבילי המים ופתח בה ושרד בלבד, הואיל ולא אכל פירות, אינה חזקה.

(י) ופתח בה ושרד - פירוש, חרשה והחליקה אחר החרישה בכלי העשוי לכך כדרך הכפריים (סמ"ע).

(ו) זרעה ולא הרויח בה כלום אלא זרע כור ואסף כור, לא החזיק שהרי לא נהנה, אצל אם הוליא עליה הולאות ממקום אחר עד שלא הרויח בה אין מצטל החזקה.

(יא) אבל אם הוציא עליה הוצאות ממקום אחר כו' - הואיל שאין זה מכח כחישות הארץ, דאל"כ ביטלת בזמן הזה כל החזקות מאחר שגרם החטא שנתרבו המסים עד שאין הפירות מספיקין להמסים כו' (סמ"ע).

(ז) ראוהו חורש קוצר מעמר זורה ובורר ולא ראוהו מכנים פירות, אינה חזקה.

(ח) אם בנה אדם חורבתו של חבירו ג' שנים או שנה אחת מג' שנים [ולד צו צ' קניס] לא עלתה לו חזקה. הגה: וכן אם תיקן הקלה בהשקלת מים, יס' אומרים ללא הוי חזקה כיון שאין הנאה למחזיק בלוחה עבודה, וכן אם זרעה בלא חרישה יס' אומרים ללא הוי חזקה.

(יב) וכן אם תיקן השדה בהשקאת מים כו' - הלכה זו מובא במחבר לעיל ס"ה: וכן אם פתח בה שבילי מים (סמ"ע).

(יג) וכן אם זרעה בלא חרישה - תפתיחא לא הוי חזקה, פירש שלא חרשה אלא הוגשמה ונשבה הרוח וזרח השמש ונבקעה כגון פתח חרישה וזרע בה (סמ"ע).

(ט) ניר לא הוי חזקה ואפילו אותם ימים שגר בהם אינם עולים לחשבון שלש שנים של חזקה שאין מונים אלא משעת זריעה ואילך, ויש חולקים וסבירא להו למשעת כניסה לשדה מונין לה ג' קנים הואיל ולבסוף אכל הפירות.

(יד) שאפילו אותן ימים שגר בהן כו' - פירוש, אעפ"י שזרעה ואכל אח"כ פירות בשני החזקה, אין מתחילין למנות ג' שני החזקה אלא מימי הזריעה, ומש"כ הרמ"א דיש חולקין, וס"ל הואיל לבסוף אכל פירות מונין משעת כניסה (סמ"ע), מיירי בבית השלחין דבענין ג' שנים מיום ליום, שהרי לעיל פסק המחבר שג' אכילת מספקת, וה"ה לניר, או י"ל דניר אינו עולה לחשבון כגון שדרך לחרוש אחר ראש השנה והוא חרש לפני ר"ה, דאם היה ימי הניר עולה לחשבון היינו חושבין מהתחלת החרישה ג' שנים כיון שעכ"פ שהה בידו ג' שנים, וג' שנים שלימות מהני לעולם, אבל כשימי הניר אינה עולה לחשבון וליכא ג' שנים, צריך שישא בידו עד שיוגמר אכילת פירות של ג' שנים לפי רוב העולם, ואם דרך רוב העולם כשחורשין אחר ר"ה כלה הזמן של שלש אכילות בר"ח אלול, ומחמת שחרש קודם כלה השלש שנים בר"ח אב, צריך להמתין עד ר"ח אלול דוקא, שאין ימי הניר עולין לחשבון (נתה"מ).

(טו) ויש חולקין כו' - מסידור לשון המחבר ומור"ם משמע דדוקא אדין זה דהניר והזריעה והאכילה היא הכל בשנה אחת הוא דקאמר דיש חולקין, אבל אדין הנזכר בסעיף שלפני זה הכל מודים, דכיון דלא נהנה בכל אותה שנה שבנה בה אינה עולה לחשבון שני חזקה. ומיהו נ"ל שגם אותה בבא פליג, ואפילו בנה עד קרוב לסוף ג'

¹³⁰ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

שנים י"ל דפליגי וס"ל דהוי חזקה כיון דבונה בה כדי לישב ולדור באותו הבנין מיד שיכלה הבנין, ודומיא דבנות שוח דבסמוך סעיף ט"ז (סמ"ע).

(י) קייאבלה שחת פירוש. תבואה שלא הביאה שליט וקולרין אותה לזמנות, לא החזיק, ואם היו בני המקום דרכן לזרוע לשחת מפני שדמיו יקרים, הרי זה חזקה. הגה: וכן אם זאתה לידו זעודה שחת, כשיגיע השנה הג' מיום ליום הוא חזקה, אע"פ שלא יאכלנה בשלישית אלא שחת.

(טז) אכלה שחת לא החזיק כו' – י"א דהיינו דוקא כשהמתין מלקצור השחת עד שנעשה גבעול בענין שאינו חוזר וגדל כו' (סמ"ע).

(יז) מפני שדמיו יקרים כו' – ובמקומות שיש להם בהמות הרבה ודרכם לקצור תבואות שחת לבהמתם הוי חזקה (סמ"ע).

(יח) אף על פי שלא יאכלנה בשלישית אלא שחת – אפילו לדעת י"א דכתב הרמ"א בסעיף א' די בג' תבואות דג' שנים, דבעינן חזקת ג' שנים מיום ליום, מודים בזה (סמ"ע).

(יא) קייאבלה ערלה שביעית(יט) וכלאים אע"פ שנהנה בעבירה, הרי זה חזקה, קייאבלה חולקין וסבירא להו ללא הוא חזקה אלא אם כן אכל הזמורות(כ) או כיוצא בזה שאין צו איסור.

(יט) אכלה ערלה ושביעית – פירוש, כגון דעבר וחרש וזרעה בשביעית דגידוליה אסורין, ולא תימא דשביעית קמ"ל אף על גב דהוא הפקר (סמ"ע), מיירי שאכל זמורות דלאו הפקירא הוא, וא"כ מוכח דאכילת זמורות חשיב חזקה. ואפשר לומר דמיירי שחרש וזרע ולא הגיע לעונת המעשרות קודם שביעית, דאז הפירות מותרים והויין הפקר (נתה"מ).

(כ) אלא א"כ אכל הזמורות – הרמ"א קיצר ולא כתב חילוק ביניהם באכילת זמורות, משמע מלשונו דבשלשתן אין בהן איסור, וזה אינו, דדוקא בערלה ושביעית כן, משא"כ בכלאים דאם ניתוסף בהן חלק ממאתים בהיתר דנאסר, ומצינו היתר בזמורות ולא בפירות, כגון שהכרם היה כבר נטוע ואח"כ זרע בצידו מיני זרעים, ואחר הזריעה נתגדל הפירי באיסור והזמורות שכבר גדלו בהיתר נשארו בהיתרן עד שיתוסף בהן חלק אחד ממאתים בהיתר (סמ"ע), אפילו הוציא יותר משווי הזמורות (ש"ך), וי"א דבכלאים כיון דהמערער היה יכול לאכול הפירות בהיתר שלא יזרע בו כלאים, היה לו למחות, ומדלא מיחה הוי חזקה, משא"כ בערלה דגם להמערער אסורין הפירות, ולכך לא הוי חזקה אא"כ אכל הזמורות (נתה"מ).

(יב) היה המקום שהחזיק בו סלע או חלמיש שאינו ראוי לזריעה, צריך ליהנות בו בדבר הראוי לו כגון שישטח בו פירות או יעמיד בו בהמה וכיוצא בזה, ואם לא נהנה בו בכל אותם השלש שנים בדבר הראוי לו, לא החזיק.

(כא) כגון שישטח בו פירות כו' – והיינו דוקא במקום שאינו ראוי לדבר אחר, אבל במקום הראוי לזרוע ולנטוע ולאכול הפירות, כבר פסק המחבר בריש סימן זה דבאכלו מיניה ג' מיני תבואות הוי חזקה אף דלא כלו הג' שנים (סמ"ע).

(יג) שדה שהיתה מוקפת גדר ובא זה שהחזיק בה וזרע חוץ לגדר ונהנה בכל מקום שאינו שמור אע"פ שאכלו שנה אחר שנה לא עלתה לו חזקה, והוא הדין לכל הזרוע מקום שאינו שמור אלא רגל היה ויד כל אדם מצויים בו.

(כב) זרע חוץ לגדר – מפני שמה שחוץ לגדר הוה הפקר, ודרכן לזרוע חוץ לגדר כדי שיבואו החיות לאכול אותן ולא יכנסו לתוך השדה המוקפת גדר, ויכול זה לומר ע"י זריעתו של זה היה משומר לי מה שבתוך הגדר, מש"ה לא מחיתינהו (סמ"ע).

(יד) אכלה כולה חוץ מבית רובע פירוש. קיעור קרקע כדי שיוכל לזרוע בו רובע הקצו, החזיק בכלולה חוץ מאותו בית רובע שלא נהנה בו, ואפילו היה חלמיש בתוך השדה הואיל ולא נשתמש בו כראוי, אין לו בה חזקה, ואם היה פחות מבית רובע בטל אנב השדה.

(טו) אם האילן משיר פירותיו קודם שילקטם אע"פ שעמדו על האילן עד שגדלו כל צרכם, אינה חזקה ללא הוא חזקה אלא עד שילקט הפירות צידו.

(כג) אף על פי שעמדו על האילן כו' – ואפילו משירן אחר שגדלו כל צרכן כיון דלא לקטן בידיהו לא הוי חזקה (סמ"ע).

(טז) היתה השדה נטועה אילנות שאין עושים פירות אלא אחת לשלש שנים כגון בנות שוח פירוש. מין תלנים לזנות, יש אומרים שאם התחיל בשני חזקה בשנה הראשונה

Commented [j140]: ל
א הבאתי דבריו של
הנתה"מ על התומים

חוקן משפט חלק ד'

שחנמו ונעל וגדר השלשה שנים ותיקן צרכי האילנות ואכל הפירות בשנה השלישית, הוא חזקה.

(יז) קניינדה אילן שהיה בו שלשים אילנות בתוך בית ג' סאין(כד) ואכל עשרה בשנה ראשונה ועשרה בשנה שנייה ועשרה בשנה שלישית¹³¹, הוחזק בכל, והוא שיהיו עשרה שאכל מפוזרות בכל הבית שלש סאים ולא הוציאו שאר האילנות פירות [נאותה הסנה](כה), אבל אם הוציאו שאר האילנות פירות ולא אכלן, לא הוחזק אלא במה שאכל(כו), במה דברים אמורים כשאכל הוא מקצת הפירות ובזו העם שאר הפירות, אבל אם הניח פירותיהם עליהם הואיל ואכל אילן מכאן ואילן מכאן מכל השדה, החזיק בכל השדה אע"פ שלא אסף כל פירותיהם(כז). הגה: ודוקא שנטועים [עסקה] לבית סאה(כח), אבל אם מגיע יותר מבית סאה לעסקה ואכלן מפוזר(כט), לא החזיק בקרקע רק הכריך לאילנות(כט), ויש אומרים דהוא הדין אם היו רכופין יותר מעסקה לבית סאה(ל), ויש אומרים דצבאוי גוונא הוא חזקה אלא"כ היו תוך רכב(לא).

(כד) שלשים אילנות בתוך בית ג' סאין כו' - ה"ה אם היו עשרה אילנות בתוך בית סאה ואכל בכל שנה מג' אילנות מפוזרות שבו [אעפ"י שאינו אוכל בכל שנה שליש גמור, דהא שליש הוא ג' אילנות ועוד שליש יש מאילן העשירין]. ומ"ה נקט ג' בית סאין לרבותא, דאם אינן מפוזרות כדין דלא הוה חזקה, דבעינן שיהיו גם בכל בית סאה מפוזרות ג', ואם כן יהיה בו רבותא, דאם אינן מפוזרות ג' בכל סאה אף על גב דבכלל היקף הג' בית סאין יהיו מפוזרין לא הוה חזקה (סמ"ע), פי' דברי הסמ"ע שבשנה הג' אכל ד' אילנות, שבודאי צריך לאכול מכל העשרה אילנות (נתה"מ).

(כה) ולא הוציאו שאר אילנות - כגון בנות שוח שעושה פרי אחת לג' שנים, ועשרה שאוכל בשנה ראשונה חנטו כבר לפני ב' שנים, ושל שנה שניה חנטה אשתקד, ושל שנה שלישית חנטה בשנה ראשונה שהתחיל להחזיק (סמ"ע).

(כו) לא הוחזק אלא במה שאכל - אין לו חזקה כלל אלא בפירות דשמיט ואכל שנה שעברה, ולא יאכל אפילו הפירות לשנים הבאות (סמ"ע), וי"א לא הוחזק אלא במה שאכל אם אכל כדין חזקה ואתא לאשמועי' דאף שאכל י' במקו' אחד ג' שנים רצופי' ואח"כ אכל גם האחרי' לא הוה חזקה להשאר אלא למה שאכל (ש"ך).

(כז) ובזו העם שאר הפירות - וי"א דבכל ענין אין לו חזקה אלא"כ לא הוציאו [האילנות פירות] (סמ"ע וש"ך).

(כח) שנטועים ל' אילנות לג' בית סאה - כצ"ל, ואם נטע ט' אילנות זקנים בתוך בית ג' סאין ואכל מהן מפוזרות ג' בכל שנה לא מהני (סמ"ע), מטעם דבעינן שגם האכילות מאותן הבתי סאה יהיו בפזור, וכיון שאין שם רק ג' גדולים בכל בית סאה הרי לא אכלן בפזור ולא מהני. ואם יש תשעה או עשרה גדולים לבית סאה ואכל ג' בכל שנה בפזור מהני החזקה. והטעם הא דבפחות לא הוה חזקה, דבעשרה קטנים חורשין כל בית סאה בשבילן בשביעית, ובחזקה לא סגי באכילת פירות לבד עד שיעשה ג"כ עבודת הקרקע הצריך לאילנות, דנחשב כל הקרקע לשדה אילן ועבודת כל הקרקע חשיב עבודה להאילנות והוה חזקה, משא"כ בפחות ממטע עשר קטנים או מג' גדולים לא חשיב הקרקע לשדה אילן כלל, ואף שחרש הקרקע, כשלא זרע בתוכה לא הוה חזקה כיון שאין החרישה צריך לאילנות (נתה"מ).

(כט) ואכלן מפוזר לא הוחזק בקרקע כו' - לא ידענא מנ"ל הא דאפי' אכלם כולם ג' שנים רצופי' לא הוה חזקה לשאר הקרקע אלא כוונתו, "ואכלם כולם מפוזר" כלומר שהם רחוקים זה מזה כיון שהם נטועין יותר מבי' סאה לעשרה (ש"ך), וי"א שדין זה של הש"ך שזה לא הוה חזקה אינו אלא רק בקטנים וכמ"ש לעיל ס"ק (כח), דבגדולים אפילו הן רק ג' ואכלן כולן הוה חזקה, וכן אם הן תשעה או עשרה בכל סאה הוה חזקה אפילו אכלן בפזור וכמ"ש לעיל. אמנם צריך שלא יהיה רחוקין יותר מט"ז אמה בין כל אילן לאילן, דבלא"ה לא הוה חזקה לגוף הקרקע כמו במכר. ומ"ש הרמ"א דכשהן יותר מבית סאה לעשרה דלא החזיק בקרקע רק הצריך לאילנות, היינו דוקא כשהן עכ"פ אין מרוחקין

¹³¹ היינו שאכל מכל אילן ואילן (נתה"מ כאן).

חוסן משפט חלק ד'

יותר מט"ז אמה בין זה לזה, רק שמ"מ אינו נטוע רק שמונה ונשאר בקרקע מקום פנוי, וכיון שאין בקרקע עשרה נטיעות קטנות דאין חורשין בשביעית כל השדה בשבילן רק כמלא אורה וסלו, ולכך אין לו חזקה ג"כ רק בשיעור זה, אבל כשהן רחוקין יותר מט"ז לא הוחזק בקרקע כלל, דעכ"פ שיעור מטע עשר בעינן, וברחוקין יש לו דין אילן יחידי דלא קנה קרקע, ולכך גם חזקה לא מהני להקרקע (נתה"מ).

(ל) רצופין יותר מי' לבית סאה - פירוש, ולא אכל כולן בכל שנה אלא עשרה (סמ"ע), לא דק בלשונו, דברצופין שהן כיער ולמיעקר קיימא אין לו קרקע כלל באכל ג' מכל בית סאה, משא"כ במפוזרין שכתב לעיל החזיק עכ"פ בקרקע כדי אורה וסלו (נתה"מ).

(לא) אלא א"כ היו תוך ד' אמות - דאז הוה כעקורין, דנהי דהיכא דאכלניהו לכולהו ג' שנים רצופים הוי חזקה וכמ"ש המחבר בסעיף שאח"ז, השתא דלא אכל אלא עשרה מינייהו בכל שנה לא הוה חזקה אלא היכא דהוי בני קיימא, והך ד' אמות דקאמר, ר"ל שאין אחד רחוק מחבירו ד' אמות (סמ"ע).

(יח) החזיק בשדה האילן שאילנותיו נטועים רצופים ואכל כל האילנות שבה כל ג' שנים אפילו הם נטועים בפחות מארבע אמות מזה לזה, הוי חזקה.

(יט) החזיק אחד באילנות ואכל פירותיהם(לב), ואחר החזיק בקרקע וזרעה ואכל פירותיה, וכל אחד משניהם טוען שהכל שלי ואני לקחתי, זה שהחזיק באילנות ואכלן שלשה שנים יש לו האילנות וקרקע שצריכים להם והוא לא כמלא האורה פירוט. מלקט התאנים מן האילן וסלו חוצה לכל אילן ואילן, וזה שהחזיק בקרקע יש לו שאר (הקרקע).

(לב) החזיק אחד באילנות כו' - היינו לענין אם כל אחד טוען כולה שלי ואומר שקנה השדה עם האילנות והיה לי שטר על כולה ואבדתי השטר לאחר שהחזקתי בה ג' שנים, ואחד מהן מביא ראיה שהחזיק ג' שנים בהקרקע וחזקתו בקרקע שקנה מהני גם להאילנות שבה, והשני מביא ראיה שהחזיק בה ג' שנים בהאילנות והמחזיק בהאילנות קנה ג"כ הקרקע כמו שכתב בסימן רט"ז סעיף א' ו', ולקמן סוף סימן רט"ז סעיף י"ג כתב זה הדין בשני לקוחות שקנה אחד קרקע ואחד אילנות ושניהם מודים זה לזה, ואין בעל הקרקע מבקש האילנות אלא שמחולקים בהקרקע אם היא נמכרת עם האילנות או לא. ושם כתב הרמ"א דיש חולקין וס"ל דאין לו בקרקע אלא שאם יבשו כו', ואותן החולקים חולקים גם בדין חזקה (סמ"ע), בעל אילנות אין לו בגוף הקרקע כלום אפילו במה שתחתיהם ואין לו כח בקרקע אלא לענין יבשו יטע אחרים במקומן, ואפילו בשלשה אין לו בגוף הקרקע כלום כיון שמכרו לאחר וזה שהחזיק בקרקע כל הקרקע הוא שלו ויכול לחפור תחת האילנות בכל השדה רק בענין שלא יזיק באילנות וזה שהחזיק באילנות לא קנה בקרקע אלא לענין יבשו מיהו נראה דבסעיף שאחר זה, בהחזיק באילן אחד ובא מחמת טענה, אז הקרקע מה שתחת האילן הוא שלו ואין בעל שדה רשאי לחפור תחתיו, ומבואר דקנה כל הקרקע שתחת האילן, וא"כ צ"ל דהיכא דהחזיק אחד עדיף מהחזיקו שנים, דהא בהחזיקו שנים זה באילנות וזה בקרקע אין לו לבעל האילנות בגוף הקרקע כלום רק ליטע אילנות, ובעל הקרקע יכול לחפור תחתיהם בענין שלא יזיק לאילנות, ואילו אחד שהחזיק באילן ובא מחמת טענה קני לה לארעא עד תהומא (קצה"ח).

(לג) כמלא אורה וסלו - פירוש, כמלא מקום שיכול המלקט הפירות עם סלו לעמוד חוץ

לאילן וללקט, קנה מהקרקע, ובכללו הוא גם מה שתחת האילנות (סמ"ע).

(כ) האוכל כל פירות אילן שלשה שנים וטוען על בעל האילן אתה מכרת לי אילן זה וקרקעו, הרי זה יש לו קרקע בעובי האילן עד התהום, לפיכך המוכר אילן יחידי לחבירו צריך למחות בו בתוך כל ג' כדי שלא יחזיק בקרקע.

(לד) האוכל כל פירות האילן כו' - פי' אף ע"פ שהקונה אילן אחד בשדה חבירו לא קנה קרקע ואם יבש לא יטע אחר במקומו, וגם המוכר יכול לחפור לו תחתיו למטה מהשרשין רק בענין שלא יזיק לאילן, אם אכלו ג' שנים ובא בטענה שמכרו לו ע"מ ליטע אחר תחתיו טענתו טענה, לפיכך כו' (סמ"ע).

סימן קמב - דין סיוע המערער למחזיק בחזקתו, ואם היה הסיוע בטעות:

חוקן משפט חלק ד'

(א) אע"פ שאין חזקה בפחות מג' שנים(א), אם הביא המחזיק עדים שהמערער הגביה סל פירות משדה זו על כתפו של המחזיק(ג) להוליכם(ד) לביתו של המחזיק לעצמו, הוי חזקה מיד. הגה: ויש אומרים שהוא הדין אם המחזיק שלח זורון למערער מפירות שאוכלה(ה) וקבלן ממנו הוי חזקה [מיד] שאם היה הקרקע שלו לא הוי ליה לקבלם בתורת זורון אלא היה לו ליקח הכל, ומכאן יש ללמוד ראונו ושמעון שיט להם ערעור ביחד על חזקת ישוב, וקנה ראונו משמעון החזקה לשנה, הרי הישוב לשמעון, שאילו היתה החזקה לראונו לא היה קונה משמעון לשנה(ו), והוא הדין בכל כיוצא בזה, והוא הדין אם שכרו ממנו(ז) כלקמן (סימן קמז). ואם טען המערער לפירות הורדתיו(ח) ושלו היו הפירות אבל הגוף לא מכרתי, נאמן ואין בזה שום חזקה, והני מילי בתוך ג' אבל אם יטעון לאחר ג' [שנים] לפירות הורדתיו(ט), אין שומעין לו, לפיכך אם הורידו לפירות צריך למחות בתוך שלשה להודיע שלפירות הורידו.

(א) אף על פי כו' - ע' בתשובת מהרשד"ם סי' ר"ו וסי' רכ"ו וק"ו ורל"ד: (ש"ך)¹³².
(ב) שהמערער הגביה סל. ג"ב לשון הרמב"ם שאלמלא מכר או נתן וכו' וכ"ה לשון הטור. משמע דבעינן טענה. ומ"מ י"ל דעל הך סל פירות הוי מתנה בלא טענה כמו בסמוך בס"ב אם זהו המחזיק נתן סל פירות לאחר והמערע' סייע להמקבל ממחזיק י"ל דלא הוי חזקה אורים גדולים לימוד קמ"ג (רע"א)¹³³.

(ג) שהמערער הגביה סל פירות משדה זו על כתפו – ויש שכתבו שהמערער סייעו ללקט את הפירות אחד אחד והגביהם מע"ג הארץ ונתנם לתוך כלי אחד. ונראה דלא פליגי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא דשניהן בסברא תליא, והמחבר נקט חדא מינייהו וה"ה לאידך (סמ"ע), אבל אם מודה מעצמו שסייעו עמו וטוען שמכל מקום לא מכר לו, ודאי דמיהמן המערער, אף דאי איכא עדים שסייעו לא מהימן במיגו דלפירות הורדתיו דהוי כמיגו במקום עדים מ"מ הכא עדיף דהוי הפה שאסר דעדיף ממיגו, ומ"מ בעינן שיאמר בפני ב"ד טעם הניכר לב"ד על מה שסייעו, דהיינו שיאמר אנוס הייתי וכיוצא בזה, דהסיוע הוי כהודאה וצריך ליתן טעם להודאתו כמו בסימן ע"ט סעיף ד'. ולפ"ז אתי שפיר הא דבסעיף ב' מהני כשהמסייע מודה שידע שהכניס ראובן, ובסעיף א' הוצרך עדים דוקא. ובזה אתי שפיר דברי שא נקט עדים דבדליכא עדים יכול לומר טעם להסיוע ויהיה מהימן במיגו, ובסעיף ב' דא"א בעדים, קמ"ל דהיכא דמודה ולא אמר טעם להסיוע דאמרינן דהוי הודאה. וקמ"ל דאף דלא נתכוין הקונה לקנות בהקנין חזקה שעשה ודמי לעודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה, מ"מ כיון דהמקנה ידע ואיכא דעת אחרת מקנה מהני (נתה"מ).

(ד) להוליכם לביתו – יש גורסים "והולכים", ואין מחלוקת אלא כל א' הולך לשיטתו בס"ק (ג), דלפירוש המובא בשו"ע ודאי בעינן שבשעה שהגביה לו סל על כתפו יהא נראה ממנו שכדי להוליכם המחזיק לביתו הגביה, דאל"כ אין כאן סימן חזקה דדילמא דעתו דהמערער הוה שהמחזיק יוליכם לביתו דהמערער. וצד השני צריך שיהא נראה בשעת הלקיטה שליקטן המערער שיהיה למחזיק ואז א"צ גילוי דעת שיוליכם לביתו, ולכו"ע מיד שהחזיק בסל להוליכו דרך ביתו סגי, ע"ש (סמ"ע).

(ה) מפירות שאוכל - כצ"ל, ודלא כ"ס שכתב בו "שאכל" (סמ"ע).
(ו) לא היה קונה משמעון לשנה - אף על גב דעביד איניש דזבין דיניה [וכמ"ש לקמן סימן קמ"ו סעיף י"ח], ה"מ כל דיניה שלא יצטרך להתרעם עוד, אבל לא עביד איניש דזבין מגמלא אודניה כו', ר"ל לא קנאה על שנה ולאחר שנה יצטרך לחזור ולדון ולפשר עמו, וזהו שדקדק הרמ"א כאן בקיצור לשונו וכתב לא היה קונה לשנה (סמ"ע).

(ז) והוא הדין אם שכרו - כ"כ הרמ"א לקמן בסימן קמ"ז סוף סעיף ב', שאני שכירות דאף אם שכרה ממנו בכל שנה דרך משל בעד זהוב כל זמן שירצה, מ"מ לא זבין כל דיניה דהיינו להיות של הקונה לחלוטין דזה יצטרך לחזור ולדון עמו, ומשום הכי לא אמרו אלא עביד איניש "דזבין" דיניה ולא שישכור דינו (סמ"ע) העיקר כהסמ"ע דלא

¹³² לא עשיתי

¹³³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

כט"ז, דבשכירות ודאי דאיכא מקום שיבוא עמו לדין, כגון שלא יהיה אפשר לו לשלם השכירות בימים הבאים כגון שיעני או שיצטרך למכרו או שיצטרך להשכירו לאחרים, ובכה"ג לא אמרינן דזבין דיניה (נתה"מ ופ"ת), אם שכרו ממנו. נ"ב ע"ל סי' פ"ה ס"ג בהגה (רע"א)¹³⁴.

(ח) ואם טוען המערער לפירות הורדתיו - גם לפי הי"א שכתב בהג"ה ששלח המחזיק להמערער כו', הדין כן דאם טען המערער לפירות הורדתיו נאמן (סמ"ע).

(ט) אבל אם יטעון לאחר שלשה כו' אין שומעין לו - פירוש, אפילו ליכא ריעותא דהגביה לו הפירות הנ"ל (סמ"ע וש"ך).

(ב) נפל הכותל(י) שבין ראובן ושמעון ובנה ראובן הכותל והכניסו לגבול שמעון שטעה שלא היה מכיר מקום הראשון של הכותל, אע"פ שסייעו שמעון בבניתו לא הוי חזקה להחזיק במה שלקח מגבול שמעון כיון שהיה הסיוע בטעות(יא), אבל אם שמעון המסייע מודה שידע שהכנים ראובן בתוך שלו הוי חזקה אע"פ שלא ידע ראובן הבונה, וקנה המקום שהכנים לתוך של שמעון מיד.

(י) נפל הכותל כו' - עיין בתשוב' מהר"י לבית לוי סי' ב' דף ט' וסי' כ"ד דף קכ"ט ובתשובת מ"ע סי' מ"ב ובתשובתן ל"ב סי' ל"ז וסי' ע"ג ובתשו' ר"מ אלשיך ס"ס י"ד בתשובת מהרי"ט סי' ק"ב וק"ו ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' שכ"א מדין מחילה בטעות: (ש"ך)¹³⁵.

(יא) כיון שהיה הסיוע בטעות - הא דכתב לשון כיון שהיה כו' במילתא דפסיקא. היינו טעמא, כיון דאנו ידענו דראובן עצמו בטעות הכניסו שוב אנו מאמינין ג"כ לטענת שמעון שאומר שבטעות סייעו (סמ"ע), אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו אף על פי שהוא בטעות זכה חבירו, מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשיב הפקר, א"כ שכנגדו קנה ביאוש בעלים, משום דיאוש אפילו בטעות מהני, דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא דאילו הוי ידע היכן האבידה לא היה מייאש, וכיון דטעמא דמחילה בטעות מהני היינו משום יאוש בעלים, א"כ הכא שפיר קאמר רב נחמן כי היכי דאת לא ידעת הוא נמי לא ידע וא"כ הו"ל מחילה בטעות, דהא מצד יאוש והפקר לא זכה כיון דלא ידע הזוכה, ובהפקר היכא דסבר שהוא שלו לא קנה, ומצד דעת אחרת מקנה לא מהני דהו"ל מחילה בטעות והוא קנין בטעות דלא מהני (קצה"ח), ראובן ושמעון שותפים בחצר, והיתה לשמעון זכות שיבנה לו בנין ד' אמות ברוחב החצר לא יותר. ובנה שמעון בערך חצי אמה יותר, ושאלוהו הב"ד איך בנית יותר מהראוי לך ולהסיג גבול בחצר השותפים, השיב שמעון אני לא הייתי בביתי בעת הבנין, רק אשתי הגידה לי שבהתחלת הבנין היה ראובן בעצמו בשעת מדידת הד' אמות, והוא ציין המקום שיהיה שם סוף הבנין כמו שהוא עתה, ואני לא ידעתי מזה שום דבר, וראובן אומר בזה להד"מ. ושאלו הב"ד לראובן למה שתקת עד היום שהוא יותר מג' שנים, והשיב, ראובן לא שמתי אל לבי עד כעת ששמעתי קורא מפי ב"ד את השטר שותפות שכתוב בו שאין לשמעון זכות יותר רק ד' אמות, שמתי אל לבי לעת עתה [ע"כ השאלה]. לכאורה אין בטענת ראובן כלום, מזה שראובן בעצמו ציין המקום, לא דיינינן ליה בחזקה בטעות רק דודאי מחל המותר. אך יש לעיין בנידון דידן כיון דשמעון בעצמו אינו טוען טענת ברי בזה רק ע"פ אשתו, א"כ הוה כאיני יודע אם מחלת לי, ומבואר בש"ך סימן ע"ה ס"ק כ"ב? דמחלת לי אינו נאמן אלא במיגו דפרעתי או להד"מ, וא"כ בנידון דידן דומה לאיני יודע אם החזרתי לך דחייב לשלם, ואם צריך לסתור כל הבנין, עיין מ"ש בזה לקמן סימן שע"ז סק"א? (פ"ת).

(יב) אבל אם שמעון המסייע מודה כו' הוי חזקה כו' - צ"ל דכאן כו"ע מודים דא"צ חזקה כו' וטענה משום דאנן סהדי דמחיל, ועיין לקמן סימן קמ"ט סעיף ט' ובסימן קנ"ג סעיף ט"ז (סמ"ע). הטעם אף על גב דלא נתכוין הזוכה לקנות וקיי"ל העודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו לא קנה, מ"מ דעת אחרת מקנה אותו שאני, ועי' קצה"ח ס"ק (יא) ולא נהירא דבריו, דכיון דהוי הפקר ואם קדם אחר וזכה בו קנה, א"כ הכא עכ"פ כשנתוודע לזוכה, אם עשה בו קנין קודם המפקיר ודאי זוכה בו, אלא העיקר דכשידע שנותן מה

¹³⁴ לא עשיתי

¹³⁵ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

שהוא שלו, רק דטעה בדין כגון במוכר דבר שלא בא לעולם דבהיתירא אתי ליד זוכה מהני היאוש, אבל הכא דלא ידע המסייע כלל, הוי כלא ידע שנאבד ממנו וכיאוש שלא מדעת דמי, דהא באיסורא אתי לידיה (נתה"מ), ודעת הרמב"ן בחי' דאינו מסתבר שיקנה קרקע במה שמסייע אותו אלא הסוגי' מיירי שהי' מוטל על שניהם לבנות המחיצה על הקרקע שניהם משום היזק ראי' ובנה ראובן כל הכותל על חלקו של שמעון. בזה אם שמעון מסייעו יהי' יודע שהכותל כולו על חלקו הוי מחילה שאין לו על ראובן תביעת חלק קרקע להעמדת הכותל ע"ש (רע"א)¹³⁶.

(ג) אם ראובן פתח חלון לחצר שמעון בפניו, יש אומרים דלא הוי חזקה אפילו סייעו בפתיחתה, ולהרמב"ם כיון שידע הניזק בפתיחת החלון ולא מיחה, אינו יכול לחזור ולערער.

(יג) אפילו סייעו בפתיחתה - ולא דמי לסייעו לו בהכנסת כותל לתוך גבולו הנ"ל סעיף ב', דשם אין דרך העולם לסייעו לחבירו ולהשיג ולקצר גבולו ולהכניסו לתוך שלו, משא"כ בפתיחת חלון כיון דאינו מקצר ומסיג גבולו בפועל, י"ל דשתק וסמך אזה דכל אימת שירצה יכול לסתום החלון (סמ"ע).

(יד) וא"י לחזור ולערער כו' - ואפילו לא סייעו דס"ל דיש חזקה להיזק ראייה והא דקי"ל דצריך לסתום היינו כשמיחה לאלתר עיין לקמן סי' קנ"ד ס"י (ש"ך).

סימן קמג - דין המחזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת או ברח:

(א) החזיק בקרקע פחות משלש שנים אינה חזקה אפילו החזיק בפני המערער, ואם החזיק שלש שנים הוי חזקה אפילו החזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת אם שיירות מצויות ממקום שמחזיק בו למקום שהמערער בו, ק"ד אבל אם היתה מלחמה ושיבוש דרכים בין מקום זה למקום זה, לא הוי חזקה, ק"ד ואפילו יש עדים שבא המערער כאן לשוק ושהה כאן שלשים יום והיו אלו שלשים יום בסוף ג' שנים בענין שאם לא ימחה עתה לא יהיה לו עוד זמן למחות, אפילו הכי יכול לומר כל אותם שלשים יום שהייתי בכאן הייתי טרוד בעסקי ולא ידעתי שהיית מחזיק בביתי, ומיירי שהיה לו בית אחר לדור בו. ק"ד ויש מי שאומר שדין זה אינו אלא בכפרים שהעם טרודין בשוקיהם שלהם. הגה: ק"ד ויש אומרים דמזה יש ללמוד דהכל הולך אחר סוף הג' שנים, שאם היה נתחלתן במקום שאין יכול למחות וצסוף במקום שיוכל למחות הוי חזקה, ואם היה נתחלתן במקום שיוכל למחות והלך למקום שאין יכול למחות לא הוי חזקה דמה שלא מיחה נתחילה יש לומר שסמך למחות צסוף ולקוב אלא שלא נזדמן לו.

(א) אפילו החזיק בפני המערער - הטעם, דעד שלש שנים אינש מזדהר בשטר לקיחה או מתנה שהיה בידו ותו לא מזדהר, וכיון דאיכא ריעותא לפנינו דלית ליה שטר בידו תוך שלש שנים אמרינן דשקורי קמשקר, ואפילו אם המערער הוא אינש דרגיל להקפיד מלהאכיל לאחרים משדהו, אמרינן דלא קפיד עמו או לפירות הורידו או כפי שאר טענה של המערער (סמ"ע).

(ב) והוא במדינה אחרת - הטעם, דחברך חברא אית ליה (סמ"ע).

(ג) הייתי טרוד בעסקי - חזקה נשמעת אפילו במדינה אחרת אפילו בשעת חירום, אבל כשטוען לא שמע נאמן, וע"כ צריך לטעון דלא ידע מהחזקה (נתה"מ).

(ד) בכפרים שהעם טרודים כו' - מיירי דווקא בירידים דכשהם בכפרים מתאספים עם רב ביותר משום דרויחי להו עלמא טובא, וטעמא, דבעירות רגיל להיות יומא דשוקא בכל שבוע משום הכי אין העם טרודים בו כל כך (סמ"ע).

(ה) דמזה יש ללמוד כו' - מדצריכין לטעם דטרוד היה בשוקא, משמע הא בלאו האי טעמא הוי חזקה אף על גב דלא היה עמו בכל ג' שנים עד סוף שנת ג'. והטעם, כיון דאין

Commented [j141]: ל א הבאתי תא דברי הקצה"ח סק"א.

Commented [j142]: ה מסקנתו כפי הרא"ש להסביר את שיטת המחבר, ולכלול בזה שיטת התוס'?

חוקן משפט חלק ד'

לו זמן למחות אלא זה היה לו למחות מיד, ומינה נמי איפכא, דאם היה עמו בתחילה ולא בסוף דיכול להתנצל ולומר אמרתי עדיין יש לי זמן (סמ"ע).

(ו) דהכל הולך אחר סוף השלש - אינו צריך שיהיה המערער כל שלש במקום שיכול למחות אלא דוקא בסוף שלש, ואפילו היה בתחלת שלש במקום הראוי למחות ולא מיחה והלך במקום שלא היה יכול למחות לא עלתה לזה חזקה, דאמרינן דעתו היה למחות אלא שלא נודמן לו, ודוקא היכא שהיה אונס גמור בסוף שלש הוא דאין לו חזקה, ומשום דאמרינן דעתו היה למחות אלא שנאנס, אבל היכן דלא הוי אונס בסוף שלש אלא שאין לו פנאי למחות ואי בעי מצי מוחה, א"כ היכא דהיה בתחלה במקום שראוי למחות ולא מיחה מפני שסמך למחות בסוף, א"כ למה לא מיחה כיון דאי בעי מוחה (קצה"ח).

(ז) והלך למקום שאינו יכול למחות - אם בתחלה ידע שזה יחזיק בשלו ולבסוף הוא ירצה לטעון דהוי טרידנא ולא ידעתי שהיית מחזיק בשלי לא מהני והוי חזקה (ש"ך), ועיקר דלא כדברי הש"ך (קצה"ח) אף שבתחילה היה יכול למחות רק בסוף הג' שנים לא היה יכול למחות דלא הוי חזקה, כיון דבכל שנה היה שלשים יום בביתו ויומא דשוקא לא היה רק בתלתין יומין האחרונים, וא"כ היה יכול למחות בתחילתו, ועוד, כיון דלא אמרו בש"ס רק כל תלתין יומין בשוקא טריד, משמע דתיכף אחר כלות יום השוק שוב אינו טריד, רק הכא משום דסוף השלשים יום היה סוף השלש שנים, , אם קודם כלות השלש שנים הלך למקום שלא יהיה יכול למחות והיה יודע שלא ישוב למקום שיכול למחות עד סוף הג' שנים לכו"ע הוי חזקה, כיון דידע שלא יהיה יכול למחות וידע מהחזקה היה לו למחות, רק במקום שיכול לומר דעתי היתה לשוב, לא הוי חזקה (נתה"מ).

(ב) י"א אין כל אלו הדברים אמורים אלא כשהדבר ידוע שלא היה המערער במדינה, אבל אם אינו ידוע אין שומעין לו במה שאמר שלא היה כאן עד שיבורר בעדים¹³⁷.

(ח) אין שומעין לו במה שאומר כו' - כיון שזה החזיק בשופי שלש שנים והחזקה נשמעת אפילו במדינה אחרת, עליו לברר שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת אם היה מוחה בו ולכך נמנע מלמחות, ואף אם בא להתנצל ולומר אמת ששמעתי החזקה, אבל לא שמעתי מחמת רחיקת המקום עד שנה שלישית לחזקתו, ואז אם הייתי מוחה לא היתה נשמעת המחאתי בשנה הג' לחזקתו ולכך לא מחיתי לגמרי, אינו נאמן (סמ"ע), וי"א דלא אמרינן בזה ברר אכילתך (&), דהתם הוי ספק בגוף החזקה אם החזיק כראוי או לא, דאם היה למערער דריסת הרגל הרי אינו חזקה, והמחזיק כשם שצריך עדים על חזקתו שלש שנים כן צריך עדים על מהות החזקה אם היה כדונו או לא, אבל אם יש למחזיק עדי חזקה שהחזיק כראוי שלש שנים אז צריך המערער להביא ראיה שמיחה כראוי כיון דיש חזקה ברורה וזה שאומר שמיחה צריך עדים, וה"נ הכא כיון שהחזקה נשמעת אפילו מרחוק א"כ במדינה אחרת נמי החזקה בשלימות, אלא לפי שהמחאה אינה נשמעת הו"ל כמחאה, וזה אמתלא שלו על שלא עשה מחאה ומשום דאין המחאה נשמעת, וא"כ המערער צריך לברר שמיחה או אמתלא שלו במה שלא מיחה והוא משום דלא היה יכול למחות לפי שהיה במדינה אחרת, וכל זמן שאינו מברר כדבריו שהיה במדינה אחרת מוקמינן לה בחזקתו כיון שהחזקה כראוי אפילו במדינה אחרת, אבל אם לא היה החזקה נשמעת מרחוק הו"ל ספק בגוף החזקה ועל המחזיק להביא ראיה שהיה במדינה, אבל השתא דחזקה נשמעת מרחוק אלא דכיון שהמחאה אינה נשמעת הו"ל כמו אמתלא על מחאה, א"כ צריך המערער להביא ראיה, ועיין מ"ש בסימן קמ"ו סק"ב? (קצה"ח), וכן דעת הרשב"א בשו"ת הובא בב"י ס"י ר"נ מחו' כ"א ועיין תשובת מהרי"ט ח"ב חח"מ סי' כ"ח (רע"א)¹³⁸.

(ג) ק"ט ברח המערער מחמת סכנת נפשות אין מחזיקין בנכסיו שירא למחות פן יודע מקומו וירדפו אחריו, אבל אם ברח מחמת ממון מחזיקין בנכסיו שאינו ירא כל כך.

Commented [j143]:
לש

¹³⁷ האם יש נפ"מ בין הסמ"ע לקצה"ח?

¹³⁸ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(ד) יש מי שאומר שאין מחזיקין בנכסי שבויים ולא בנכסי רמושים ופירושו. אנשים שאין להם יודע איזה הסו ולא בנכסי שומים. הגה: לכל הני חוקן יכולין למחות או מקום שאינו יודעים מי מחזיק בנכסיהם דנפיש טרדייהו.

[144] Commented ל
א הבאתי את דביר
הסמ"ע.

סימן קמד – שנים שהחזיקו בשדה אחת, זה אכלה וזה אכלה:

(א) ק"שני שותפים שהחזיקו בשדה ששה שנים האחד אכלה אג"ה והשני אכלה בר"ו, לא עלתה חזקה לשום אחד מהם, ואם עשו חלוקה זו בשטר כיון שעבר שלשה שנים עלתה להם חזקה, ק"אוכן אם טוענים שלקחו שדה זו מפלוני ועשה להם המוכר שטר מכר כיון שעברו שלשה שנים עלתה להם חזקה, והוא הדין לעבד שהחזיקו בו בענין זה.

(א) ואם עשו חלוקה זו בשטר - פירוש, שני השותפין טוענין לקחנו אותו יחד בשותפות מהמערער ושטר היה לנו ממנו ואיבדנו אותו, וכשקנינו אותו ביחד עשינו בינינו שטר שותפות שזה יאכל פירות כל השדה שנה ראשונה והשני בשנה שניה וכן יהלך בסיבוב, ואותו שטר שותפות הוא בידם לפני ב"ד לעת עתה, יש להן חזקה מיד אחר כלות שלש שנים הראשונים אף על פי שלא אכל שום אחד מהן שלש שנים, דשניהם נחשבין כחד כיון דיש לשטר קול דקנו אותו יחד, והוא ליה להמערער למחות קודם כלות שלש שנים (סמ"ע).

(ב) ועשה להם המוכר שטר מכר - פירוש, ואותו שטר מאותו פלוני המוכר הוא בידם עתה לפני בית דין, אלא שאינו מבורר אם אותו פלוני קנאה מהמערער ואם בתורת גזילה בא לידו ומכרוה להן, אפילו הכי חזקתן חזקה מיד אחר ג' שנים הראשונים, אף על גב דלא אכל שום אחד מהן שלש שנים וגם לא חלקו יחד בשטר כנ"ל, כיון דמכר להן אותו פלוני בשטר יש לו קול והוא ליה להמערער למחות, וטוענין להן שאותו פלוני ודאי קנאה מהמערער, מיהו צריך להיות ידוע שדר בה אותו פלוני יום אחד, ויתבאר לקמן בסימן קמ"ו [?] (סמ"ע).

(ב) ק"אכלה האחד שנה ומכרה לאחר והחזיק גם הוא שנה ומכרה גם הוא לשלישי, אם מכרו זה לזה בשטר עלתה להם חזקה, ואם היה המכר בלא שטר לא עלתה להם חזקה.

(ג) אם מכרו. נ"ב ואף אם מכר כל שדותיו בסתם כיון דזה יושב בה והמערער יודע שהמוכר מכר לו כל שדותיו הוי כידוע לו שזה בא מכחו(רע"א)¹³⁹.

(ד) זה לזה בשטר. נ"ב עיין בתומים לעיל סי' מ"א ס"ק ז' דפקפק לומר די"ל דאם אין בו אחריות ליכא קלא כ"כ. ואין לו חזקה (רע"א)¹⁴⁰:

(ג) ק"אכלה האב שנה ומת וירשה הבן ואכלה שתים, או שאכלה האב שתים והבן שנה, או שאכלה האב שנה והבן שנה והלוקח שלקחה מהבן שנה, הרי זה חזקה והוא שלקחה בשטר.

(ה) וירשה הבן ואכלה כו' - באב ובן אין צריך שטר, דהכל יודעין דהבן בא מכח ירושת אביו ואין להמערער התנצלות לומר סברתי שבתורת גזילה אכלה, משא"כ בלוקח שלקח מהבן, וזהו שסיים המחבר דוקא בהלוקח וכתב והוא שלקח בשטר, ואפילו החזיק הבן בקטנותו חזקתו הוי חזקה, כיון שהתחיל אביו החזקה שהיה גדול והבן מכח אביו בא, וי"א דווקא גדול (סמ"ע). עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רכ"ט (ש"ך)¹⁴¹.

(ו) והוא שלקח בשטר - אם הבן מכרה סתם בכל שדותיו הוי חזקה אע"ג שבסתם ליכא קלא כמבואר בסעיף ד', כיון שהוא יושב בתוכה ומחזיק בה כדרך שהחזיק המוכר שלו, והוא לקח כל שדותיו בשטר דאית ליה קלא, דמי ממש ליורש, אף דהיורש ג"כ אינו יורש דבר שאינו שלו, ומ"מ כשהמוריש החזיק שנה והיורש שנתים הוי חזקה מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק (ו), דהכל יודעין דהבן בא מכח ירושת אביו ואין לו התנצלות וכו'. ה"נ כיון

¹³⁹ לא עשיתי.

¹⁴⁰ לא עשיתי.

¹⁴¹ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

דאית ליה קלא שלקח כל שדותיו מהמוכר לו, והכל יודעין שהלוקח בא מכחו, אין לו התנצלות (נתה"מ).

(ד) קפדאכלה בחיי האב שהיה בעל השדה שנה ובפני בנו שנים, או בפני האב שנים ובפני בנו שנה, או בפני האב שנה ובפני הבן שנה ובפני הלוקח מהבן שנה, הרי זה חזקה והוא שמכר הבן שדה זו בכלל שדותיו שהרי לא הכיר המחזיק שנמכרה ולפיכך לא נזהר בשטרו, אבל אם מכר הבן שדה זו בפני עצמו ושדה זו בפני עצמו אין לך מחאה גדולה מזו, והוא שמכרה בשטר, ויש אומרים אפילו שלא בשטר.

(ז) אין לך מחאה גדולה מזו - והיה לו להמחזיק לשמור שטרו לעולם. ור"ל, דמכירת הבן עדיף משאר מחאה, דשם אם ישתוק שלש שנים אחר המחאה נראה כחזור בו מן המחאה כמ"ש לקמן קמ"ו סעיף ה', אבל הכא כיון שמכרה לאחר אי אפשר לחזור בו מהמחאה, שאפילו אם יודה שהמחאתו היתה שלא כדין והשדה של המחזיק, אין בדבר זה כלום לחוב להלוקח. והמחבר אף שלא כתב כאן בפירוש תיבת "לעולם", כתבו בסימן קמ"ו שתי פעמים בסעיף ו' ובסעיף י"ט, היינו דוקא כשאין המחזיק יודע שיש שטר להלוקח, דאז ירא לומר ממך קניתיהו דשמה יבוא המוכר לערער עליו, אבל אם יודע שיש לו שטר, נאמן המחזיק לומר לאחר שלש שנים ששהה בידו בפני הלוקח קניתיהו מהמוכר במיגו שהיה אומר ממך קניתיהו, וגם המחבר כתבו שם בסעיף כ"א. ואף שהמכירה היתה בשטר כי זולתו אין להמכירה קול, מ"מ אפשר דלא שמע המחזיק מהמכירה דהוא כמחאה ומשום הכי לא רצה המחזיק לטעון בפני ב"ד דחזר וקנאה מהלוקח מהבן (סמ"ע).

(ח) והוא שמכרה בשטר - אם הקדישה המערער לאחר שאכל המחזיק שנה, אפילו הקדישה שלא בשטר נתבטלה החזקה, דשלמו לו שאר שני חזקה בפני מי שאינו יודע למחות, ועיין לקמן סוף סימן קמ"ט [?] (סמ"ע), אף דמחאה סגי בעדים בלא שטר, שאני מחאה שהזכיר שם המחזיק במחאתו, דלשון המחאה הוא דוקא שיאמר פלוני שיושב בחצירי הוא גזלן וכו', כמבואר בסימן קמ"ו סעיף ד', וא"כ אף אם העדים אינם יודעים שפלוני יושב בה, חברך חברא אית ליה שמוציאין קול על פלוני שהוא גזלן או שהן בעצמן יגידו לו, אבל כשמוכר סתם "שדה זו", יש לחוש דילמא העדים אינן יודעין כלל משיבת המחזיק בה, ועל המכירה אינן מוציאין קול שיהיה נשמע בלא חקירה אם לא כשהיה בשטר (נתה"מ).

(ט) שמכרה בשטר - עיין סמ"ע ס"ק (ח) דהקדישה אפילו שלא בשטר, נתבטלה החזקה, כיון ששלמו שני החזקה בפני מי שאינו יכול למחות. ולכאורה קשה, דא"כ אפילו במכרה שלא בשטר נמי, אמנם נראה לחלק, דבכאן מהני מחאת הלוקח, דהא המוכר בעדים גובה ממשעבדי, ומשני לקוחות אפסדי אנפשיהו, דהלוקחות חוקרין, משא"כ המערער אינו חוקר, ע"ש, וכן צ"ל דהמחזיק ג"כ אינו חוקר, דהא המחזיק בפני הלוקח שלא בשטר לא נחשב למחאה, כיון דהלוקח מיחה בפני עדים והמחאה נשמע ממילא להמחזיק כיון דמזכיר שם פלוני בהמחאה כמ"ש בס"ק (ח), וכיון דהמחזיק שמע מהמחאה חוקר הדבר, וע"י החקירה יתוודע לו מהמכירה שמכרה המערער והיה לו לאזהורי בשטרא, משא"כ בנתן בסתר בסימן קמ"ו סעיף ד' מיירי שמכר בכתב יד רק שנתקיים כמו שאבאר לקמן שאף ע"י החקירה לא יתוודע לו, ודאי דיכול לומר לא חששתי במחאתך, ומ"מ חשוב כשלמו בפני מי שיכול למחות, דיכול להראות הכתב יד בעדים או בב"ד ואז היה יכול להתוודע להמחזיק אחר החקירה. ולפ"ז ה"ה החזיק ביהודה ומכר להלוקח שהיה בגליל בסוף שלש דג"כ לא הוי חזקה, כיון דהלוקח שוב לא היה יכול למחות הרי שלמו שני החזקה בפני מי שאינו יכול למחות כמו בהקדישה. והעיקר כיון דרובן של בני אדם מקפידין באכילת פירות של ג' שנים וכו', ובפחות מכאן לא קפדי, אף לוקח זה חושש ונזהר בראיותיו כל שלש, דמימר אמר שבוא יבוא היום או מחר ויערער וכו', ואף על גב דבי בר אלישיב דקפדי טובא לא הוי חזקה בפחות מג' שנים, דילמא משום כיון דרובן של בני אדם אין דרכן להקפיד נזהר בשטרו שמא יטעון שלא הקפיד כמו שאר בני אדם וכו', דדבר זה באומדנא דב"ד תליא אי אדם זה מקפיד או לא, וא"כ המחזיק מחויב לזהר בשטרו דאימר יאמרו הב"ד שאדם זה אינו חשיב מקפיד (נתה"מ).

Commented [j145] מ
כאן בא להסביר את
שאלה על הרא"ש ולא
ברור לי אם נצרך

Commented [j146] ד
י חלש

חוקן משפט חלק ד'

(י) אפילו שלא בשטר - דדוקא גבי לקוחות המחזיקין בעינן שטר, כי אין להמערער לחקור אם יחזיקו כראוי אם לא שיתברר הדבר ממש בקול, אבל הכא המחזיק יש לו לחקור שלא ימכור אחר שדהו (סמ"ע), עיין לקמן סי' קמ"ו ס"ס י"ט (ש"ך).

סימן קמה - הביא המחזיק עדים ולא כווננו עדותם בשנים:

(א) קס"ה עידי החזקה שהעיד האחד שאכלה חטים שני החזקה, והשני העיד שאכלה שעורים, עדותן קיימת, שאין העד מדקדק בזה.

(א) שאין העד מדקדק בזה - אמנם אם אחד אומר חיטין ואחד אומר קטנית אין מצטרפין, דבהכי לא טעו אינשי (סמ"ע), וי"א דהוי מילתא דלא רמיא עלייהו דאינשי כך לי חטים וקטנית כמו חטים ושעורים, וכן דעת המחבר, אמנם עיקר כסמ"ע (ש"ך), אם שני העדים שזה אומר חיטין וזה שעורים מעידין על שנה אחת מצטרפין לשאר עדים שראו עוד אכילת שני שנים, כיון שעכ"פ אכל דהא לא חשדינן ליה במשקר, חזקתו קיימת ולכך מצרפין העדות (נתה"מ).

(ב) קס"ה עידי האחד שאכלה שנה ראשונה שלישיית וחמישיית, והשני העיד שאכלה בד"ו, אין מצטרפין, שבשנה שמעיד זה אינו מעיד בה זה, ותחזור הקרקע והפירות.

(ב) העיד האחד שאכלה שנה ראשונה שלישיית וחמישיית כו' עד שבשנה שמעיד זה לא העיד זה - כגון במקום שמוכרין שנה וזורעין שנה, שנתבאר (&) דעולה להן חזקה אף על פי שאינן רצופין, שאל"כ מאי איריא מכחישינן, אפילו שניהן מעידין שאכלה אג"ה אין חזקתו כלום, וזה ברור (סמ"ע), בטור כתב באחד אומר אב"ג ולא דה"ו וא' אומר דה"ו ולא אב"ג הוי עדות מוכחשת ובטלה החזקה. ועיין דרישה דלאו דוקא ששניהם מכחישי' זא"ז אלא דאף אם א' אומר סתם אב"ג והב' אומר לא כי אלא דה"ו ע"ש. ולדידי יש לעיין בזה דלהימן להב' במגו דלא הי' אומר לא כי והי' אומר סתם דה"ו. וע' הר"ן פ"ב דכתובות בסוגי' דתרווייהו בא"א קמסהדי דע"א במגו נאמן כמו הבע"ד וע' בריטב"א שם. וע' בפ"י כתובות דף י"ט ע"ב בהה"ד דע"א אומר תנאי דכתב בדעת הר"ן דע"א אינו נאמן במגו רק בדרך הפה שאסר והכי נמי לכאורה כן הוא דלמאי הוצרך לומר ולא אב"ג והוי בזה מגו דאי בעי שתק מזה ועיין (רע"א)¹⁴². באחד אומר אג"ה ואחד אומר בד"ו, כיון דמפוזרות לא הוי חזקה, א"כ אף אם נחשוד רק אחד למשקר אין כאן חזקה, והרי אין המערער מוכחש משנים, ולא דמי לאחד אומר אב"ג ואחד אומר דה"ו שלפי דברי כל אחד החזיק, והמערער שאמר שלא החזיק המחזיק הרי מוכחש משנים, משא"כ בששה שכ"א מעיד על שנה אחת אי אפשר שנאמר שלא החזיק רצופין, אם לא שנאמר ששני עדים משקרין, וזה לא אמרינן, והרי המערער מוכחש משנים (נתה"מ), עיין בשו"ת שבסוף ספר אבני מלואים סי' ד' בהגה שם [אות ג'] מענין זה שדבריו נכונים יותר¹⁴³ (פ"ת).

(ג) שבשנה שמעיד - י"א דאם שנים אומרים שאכלה אג"ה והוביר בד"ו ושנים אומרים שאכלה בד"ו והוביר אג"ה באתרא דמוכרי, דהוי חזקה, כיון דאפילו אם כת אחת אומרת אמת הרי החזיק כו'. ועיקר דלא, דממ"נ אם יאמר המחזיק שאכל כל השש שנים, הרי מודה שלא החזיק כיון שאכלה רצופין באתרא דמוכרי. ועוד, שהרי פוסל כל השתי כיתות שהרי הוא מכחיש שתיים והודאת בע"ד כק' עדים. ואם המחזיק אומר כדברי האחד דהיינו שאכלה אג"ה, הרי הוא פוסל העדים שאומרים שאכל בד"ו, והעדים שאומרים שאכלה אג"ה מוכחשים מהעדים שאמרו שאכלה בד"ו, דלחובתו אינו נאמן לפסול העדים, ואפילו בהכחשת בדיקות כגון במנה ומאתים בעינן שיהיה תובעו שניהם בסימן ל' [סעיף ב'], ואפשר דמיירי שמת המחזיק והיתומים אינם יודעים (נתה"מ).

(ד) ותחזור הקרקע והפירות - צ"ל דאיירי באתרי דמוכרי ולא הכחישו זה את זה וכנ"ל סק"ב?, כתבו דצריך לשלם הפירות, דכיון דאכלי רצופים באתרי דמוכרי ולא חשש למחות בו, צריך לשלם על פי העדים פירות דכל השש שנים. אבל אי הכחישו העדים זה

Commented [j147]: ל
א הבאתי את דברי
הקצה"ח

¹⁴² לא עשיתי

¹⁴³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

את זה בפירושו, אין צריך לשלם הפירות ממה נפשך, דאי תשוב עדותם כאילו אינה, נמצא דאין כאן עדות על אכילת הפירות. עדו אפשר לומר דמ"ש ותחזור הקרקע והפירות, ר"ל הפירות הנמצאים עדיין בעין שלא שמטם ואכלם, דאותן ודאי צריך להחזיר עם הקרקע כיון דאין לו עדי חזקה (סמ"ע ונתה"מ).

[148] Commented ל
א הבאתי דברי
התומים שהובא
בנתה"מ האם זה
מספיק מה שכתבת?

(ג) קפ"ל מצא עדים אלא על שתי שנים, צריך להחזיר הקרקע והפירות שאכל בין ששנים מעידים על השני שנים, בין שעד אחד מעיד עליהם, ומיהו פירות של שנה שלישית אין צריך להחזיר שאם נאמין לו שאכלם נצטרך להחזיקו בקרקע, וכן אם הביא עד אחד שאכלה שלש שנים מחזיר הקרקע ולא הפירות מהאי טעמא, ואין צריך לומר כשאין עדים כלל על אכילת הפירות שמחזיר הקרקע ולא הפירות.

(ה) בין שעד אחד מעיד עליהן - הטעם, דכל אדם צריך לישבע שבועה דאורייתא נגד עד אחד לומר שאינו כדבריו [דהא עיקר תביעתו הוא על הפירות שהן תלושין, ועיין לעיל סימן צ"ה סעיף ב' בהגה], וכל שמודה לו אלא שאומר דידי אכלתי אינו נאמן בטענתו אפילו בשבועה דמוקמינן הפירות בחזקת מרא דארעא קמא, ועל כזה אמרו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, וכבר נתבאר זה לעיל בסימן ע"ה סעיף י"ג ובכמה מקומות (סמ"ע).

(ו) שאם נאמין לו כו' - משמע דוקא מה"ט אבל משום מגו לא מהימן ולפי זה אם טוען אכלתי רק שני שנים וזכיניתה מינך ואין עדים כלל בדבר אינו נאמן על הפירות במגו דלא אכלתי כיון שהקרקע יוצא מתחת ידו וי"ש חולקין וכן עיקר וכמ"ש לעיל ס"ס ק"מ ? [צ"ל ק"ט ס"ק ב' - רע"א] ע"ש (ש"ך).

(ז) ואין צריך לומר כשאין עדים כלל על אכילת פירות - פירוש, אף שהמחזיק מודה שאכלם, דאם נאמין לו שאכלם, הרי ג"כ אמר שאכלם שלש שנים והחזיק בהם (סמ"ע).

(ד) קפ"ב אלולו ישבע המערער שלא מכר ולא נתן לו כלום, ותחזור לו הקרקע וישבע המחזיק שאינו חייב לו כלום מהפירות שאכל ויפטור.

(ח) בכל אלולו ישבע המערער - פירוש, היסת, דהא קרקע ברשותו עומדת ואין זה בכלל נשבע ונוטל: (סמ"ע), ואפילו אם המערער אמר שאכל ג' שנים רק שלא מכרו לו ובגזול אכלה, נאמן המערער שבגזול אכלה אף שמודה שהחזיק, כיון שאמר שלא כדין החזקת או שמחיתי לא הוי הודאה הואיל ושוברו בצדו, ועיין מה שכתבתי בסימן קמ"ו ? [סק"א] (נתה"מ).

(ט) וישבע המחזיק שאינו חייב לו כו' - אבל לא תיקנו שישבע שמכר לו, כדי שלא יכחישו זה את זה בהדיא בשבועתן (סמ"ע).

(ה) קפ"ש לשה אחים כל אחד מעיד על שנה אחת ואחר עמו, הוי עדות ועלתה לו חזקה.

(י) ועלתה לו החזקה - דאע"ג דעדות שלש אחין אין מצטרפין לעדות אחת, מ"מ מהניא חזקה כדין שלש כתות עדות דעלמא, שמעידה כל כת על שנה אחת. והמחבר קיצר בסימן זה בדינים הללו ולא כתב דין הזמה, כיון שאין דנין אותן בזמן הזה, וכמו שלא כתבו ג"כ בסימן ל"ח ע"ש, ועי' בסמ"ע סימן ל' סק"ט [144] למה מצטרפין השלש כתות לענין חזקת קרקע ולא אמרינן בהו ולא חצי דבר (סמ"ע).

(ו) קפ"ב המתחייב להחזיר הפירות שאכל, אם לא היו ידועים, ואין בית דין יכולים לשער אותם כשכר הבתים שהוא ידוע, אלא היו פירות שדה ואילן שאינם ידועים, הואיל ואין כאן טענה ודאית, ישלם מה שמודה בו, ומחרימין על מי שאכל יותר ולא ישלם.

(יא) מה שמודה בו. נ"ב קשה לי דמה שמודה יותר מהפחות יהא נאמן במגו דלא אכלתי ומכ"ש בע"א על ב' שנים דיש לו מגו על כל הפירות לומר לא אכלתי אלא דלגבי עדות דע"א לא מהני המגו דאין יכול לישבע משלם ועל השאר שאין העד מעיד דודאי אכל מהני המגו רצ"ע (רע"א).

(ז) קפ"ב המחזיר קרקע מתחת ידו, אם שכרו לאחרים כשהיה מחזיק בו והיה השוכר קיים, מוציאין ממנו השכר פעם שנית ונותנים לבעל הקרקע, וחוזר השוכר ותובע לזה ששכר לו מקום שאינו שלו ונטל ממנו שכר.

¹⁴⁴ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

(יב) כל המחזיר קרקע - עיין בתשו' ר"ש כהן ס"ג סי' פ"ח: 145 (ש"ך).

סימן קמו - מחאה מבטל החזקה, ובאיזה לשון ובמה ומתי:

(א) ¹⁴⁵מחאה מבטלת החזקה, אפילו מיחה המערער שלא בפני המחזיק, אפילו הוא במדינה אחרת אם שירות מצויות ביניהם ¹⁴⁶קייבולבד שתהיה בפני עדים ודי בפני ב', ¹⁴⁷קייבולבד זקנים וחולים אע"פ שאינם יכולים לילך ולהודיע למחזיק שהם יאמרו הדבר לאחרים ואחרים לאחרים עד שישמע למחזיק.

(א) אף על פי שאינם יכולים כו' - דחברך חברא אית ליה וחברך דחברך חברא אית ליה (סמ"ע).

(ב) ¹⁴⁸קייבולבד אין מחאה בפחות משנים, אבל באחד לא אפילו מיחה בפני המחזיק ואפילו שמודה במחאה, דמתוך שיכול לומר לא מחית בי (ב) נאמן לומר לקוחה היא בידי ואע"פ שעד אחד מכחישו, ¹⁴⁹קייבולבד מי שחולק.

(ב) דמתוך שיכול לומר לא מחית בי - פירוש, אפילו אם היה עד אחד במחאה, לא אמרינן בכזה דהו"ל מחויב לישיב ואינו יכול לישיב ומשלם, דבענין עדות קרקע, עד אחד אינו מזקיכו לשבועה דאורייתא, ואין אומרים מתוך שאינו יכול לישיב משלם אלא בשבועה דאורייתא, כמו שכתב בסימן ע"ה סעיף י"ד (סמ"ע), ¹⁵⁰עיין בתשובת ר"י לבית לוי סי' כ"ב דף קי"ד (ש"ך) ¹⁴⁶, [סמ"ע אות ד] כתבתי בפרישה. נ"ב ולפ"ז אם מודה לו שמיחה בפני ב' אלא שאין עדים לפנינו בזה לכ"ע אינו נאמן. אולם באמת לא הבנתי סברת הרא"ש דלא מהני מגו דהי' לו לזהר בשטרו. ומ"ש זה ממגו דלקוח במגו דלהד"ם (רע"א) ¹⁴⁷.

(ג) ויש מי שחולק - דלא מהני בכאן מיגו, דמ"מ היה לו לזוהר בשטרו כיון שידע שזה מיחה, וטעם סברא ראשונה, דמצי להשתמט ולומר, סברתי דלא כיון במחאתו אלא להשטות כי כיון דלא מיחה בפני שנים, ומשו"ה לא נזהרתי בשטרי (סמ"ע), ואפילו אין כאן עד כלל כיון שמודה במחאה (ש"ך), כאשר ליכא עדי חזקה, רק שהמערער תובעו בעד אחד שמעיד שאכל ג' שנים והוא מיחה בו, דאז אם יטעון שלא מיחה, חייב לישיב נגד העד שלא מיחה, ופטור מכח הממה נפשך שכתב המחבר בסימן קמ"ה סעיף ג', דאם נאמין לו שאכלה ג' שנים, הרי החזיק. וכשהמחזיק מודה שמיחה, רק שטוען שמ"מ מכר לו הקרקע, דאז יש לו מיגו לפטור מהפירות דאי בעי אמר לא מיחה, וכיון דאיכא עד אחד דמיחה, הו"ל מתוך שאינו יכול לישיב משלם. והרי אם מזקיכו לשבועה דאורייתא על כרחך תובעו בברי שאכל ג' שנים, וא"כ הודאת בע"ד כק' עדים דמי והרי החזיק בקרקע וכו'. כשהמערער טען שלא מכר לו, והעד מעיד שלא מכר לו או שמיחה בו, ויש להמחזיק עדי חזקה, כיון דטענת המערער ועדות העד נתבטלו נגד הקרקע, נתבטלו ג"כ נגד הפירות דמקרקע קאתו, אבל אם המערער מודה שמכר לו הקרקע, או שיש להמחזיק שטר מכירה בלא זמן, רק שטוען שמקודם המכירה ג' שנים היתה הקרקע בשכירות בידו, ותובע ממנו השכירות משלש שנים שקודם המכירה, והמחזיק טוען שמתחילה הגיעה לידו בתורת מכירה, והא ראייה שלא מיחה בו בתוך הג' שנים, ואינו חייב לו כלום, והעד מעיד כדברי המערער שמקודם היתה בידו בשכירות ונתחייב לו מנה, או שמיחה בו בתוך הג' שנים, שאין טענתיהו ועדותו של העד רק נגד חוב השכירות שהן מטלטלין, חייב שבועה דאורייתא, ודיינינן ביה דין דמתוך שאינו יכול לישיב משלם ¹⁴⁸ (נתה"מ).

(ג) אפילו אם יאמרו העדים שמיחה בפניהם לא הנדנו לשום אדם אפילו הכי הוי מחאה לבטל החזקה כיון שהוא מיחה כראוי וסמך עליהם שיאמרו אותו לאחרים ואחרים יאמרו לו, ואפילו שאמר לעדים כשמיחה בפניהם אל תאמרו לו או שהם אמרו מעצמם לא

Commented [j149] ה
שאר נצרך?

¹⁴⁵ לא עשיתי

¹⁴⁶ לא עשיתי

¹⁴⁷ לא עשיתי

¹⁴⁸ לא עשיתי - כדאי לעבור עליו עוד פעם. עי' קצה"ח סי' צה סק"ז (סעיף ה)

חוקן משפט חלק ד'

נאמר לו הוי מחאה שהם יאמרו לאחרים ואחרים יאמרו לו, ואפילו אמרו לא נוציא דבר זה מפינו הוי מחאה דמילתא דלא רמיא עליה דאינש אמר ולאן אדעתיה, אבל אם הוא אמר לא יצא דבר זה מפיכם לא הוי מחאה.

(ד) אפ"ה הוי מחאה - עיין בתשובת חתם סופר חלק חו"מ סי' צ"ח שהסביר יפה בטעם הדבר¹⁴⁹ (פ"ת).

(ה) שהם יאמרו לאחרים כו' - שהרי לא אמר להם אלא שלא יאמרו לו, הא לאחרים לא הזהירם (סמ"ע).

(ו) דמילתא דלא רמיא עליה דאינש כו' - פירוש, כל מילתא דלא רמיא עליה, ושוה בעיניו שני הצדדים לעשות או שלא לעשות או לאומרו או שלא לאומרו, יאמר איזה צד שיזדמן לו בפיו, ולאן אדעתיה לשום לבו לאחד מהצדדין יותר מלצד השני (סמ"ע).

(ז) לא הוי מחאה כו' - אפילו אמרו לו שמיחה כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם (ש"ך), ונראה מדבריו של הש"ך דאם אמרו לו שמיחה ולא סיימו קמיה שאמר לא יצא הדבר מפיכם דהוי מחאה, דהו"ל ליהרר בשטרו כיון שאמרו לו שמיחה מחאה גמורה. ויש חולקים דכי היכי דאם לא היה מחאה כלל ובאו שנים ואמרו לו למחזיק שמיחה המערער ונתברר הדבר שלא מיחה דהוי חזקה כיון שלא היה מחאה, אף על גב דהמחזיק סבור שעשה מחאה, ה"ה בזה כל שאמר לא יצא הדבר מפיכם דהו"ל כאילו לא עשה מחאה כלל, א"כ אם לא סיימו קמיה ואח"כ נתברר שאמר להם לא יצא הדבר, דהוי חזקה מעליא כיון דסוף סוף המערער לא מיחה כראוי (קצה"ח ונתה"מ).

(ד) כיצד לשון המחאה אומר בפני שנים פלוני (שהוא) משתמש בחצרי או בשדי גזלן הוא ולעתיד אני תובע אותך בדין, ויש אומרים שאין לריך לומר לתבע אותו בדין, וכן אם אמר להם שכורה היא בידו או משכונא ואם יטעון עלי שמכרתי או נתתי אני תובע אותו בדין וכן כל כיוצא בזה הרי זה מחאה, אבל אם אמר להם פלוני משתמש בחצרי גזלן הוא, אין זו מחאה שהרי המחזיק אומר כששמעתי (זה) אמרתי שמא חירף אותי בלבד ולפיכך לא נזהרתי בשטרי. הגה: ולא מהני אלא מחאת המערער שידוע שהקרקע היתה שלו, אבל אם נתנה לו (למערער הזה) הקרקע בסתר ולא נתגלה שהיא שלו אין מחאתו כלום דהמחזיק יכול לומר לא חששתי במחאתו שלא ידעתי שהקרקע שלו.

(ח) אתבע אותו בדין - וכ"ש דס"ל בהא דאינו צריך לומר [שמכרתי או נתתי וכו'], דהא בגזילה מסתבר טפי דצריך לומר כן כדי שלא יקשה להשומעין מחאתו לומר אם אמת כדבריו שהיא בידו בגזילה למה אינו תובעו לדין, כל שכן כשאומר במחאתו שהיא שאולה או שכורה בידו דא"צ לומר אתבענו בדין, כיון דלא בא למחות אלא מחמת יראה להבא (סמ"ע).

(ט) אבל אם אמר להן פלוני משתמש בחצרי גזלן הוא אין זו מחאה כו' עד שמא חירף אותי בלבד - כל זה דוקא למחבר הסובר דבעינן שיסיים לומר למחר אתבענו בדין הנ"ל, אבל לדעת הי"א ברמ"א דסבירא להו דאינו צריך לסיים לומר למחר אתבענו לדין, בכה"ג הוה מחאה, וסבירא להו דלא נאמר האי דינא דיכול לומר סברתי שבא לחרף אותי, אלא כשאינו אומר אלא "פלוני גזלן הוא" (סמ"ע).

(י) הקרקע בסתר - היינו ע"י כתב יד אמנם במכירה בעדים ללא שטר ודאי מהני מחאת הלוקח, כיון דע"י חקירה יתוודע להמחזיק, היה לו לחקור, ועל אף דהמחזיק יכול לומר אימר עכשיו אחר הג' שנים נתן לך הכתב יד והקדים הזמן. צ"ל דמיירי שנתקיים הכתב יד בעדים בקיום החתימה, שהעדים המקיימין החתימה אינם צריכים לקרות השטר ואינם יודעים מהמחאה בתוך הג' שנים קודם שמיחה (נתה"מ).

(יא) שם - אם המערער טוען שלא מיחה מחמת שניתן לו במתנה ולא נודע לו מהמתנה עד עכשיו, כגון שראובן נתן במתנה לשמעון בית והשליש השטר ביד שלישי ושמעון לא ידע מזה, ואח"כ מת ראובן וטוענין היורשין שראובן אביהם החזיק שני חזקה אחר זמן השטר ואימר חזר ולקחו משמעון, כיון ששמעון לא ידע מהמתנה, לא הוי חזקה, ודוקא שהיורשים מודים לו, אבל כשאין היורשים יודעין, על שמעון המערער לברר האונס שלא

Commented [j150]:
ה שאר נצרך?

¹⁴⁹ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

הגיע לידו השטר עד עכשיו (נתה"מ). היכא דהיה הכחשה בין המחזיק והמערער והמערער טוען שהיה במקום רחוק, צריך להביא ראיה כדבריו שהיה במקום רחוק, והוא דעת השו"ע בסימן קמ"ג סעיף ב'. אבל יש חולקים, אמנם לפי מ"ש בסימן קמ"ג [סק"ג?] טעמא משום דהחזקה נשמעת מרחוק והו"ל חזקה ברורה, אלא לפי שהמחאה אינה נשמעת מש"ה צריך המערער להביא ראיה שהיה במקום רחוק שהוא כמו מחאה, אבל הכא טוען המערער לא הייתי יודע שקרקע זו שלי, א"כ הו"ל חסרון בחזקה, דהא החזקה אינו נשמעת אלא לבעלים שחוקרין על שדותיהם, וא"כ ודאי צריך לברר אכילתו. ובעיקר הדין היכא דאיכא למימר לא ידע המערער אם זה קרקע שלו, הו"ל המחזיק ג' שנים בדבר שאינו יודע בעל דינו שזמן הדין אינו יכול לעשותו ולבסוף נודע שלא כדן עשה, אם יכול לערער או לא. ודאי יכול לערער דאין לו חזקה כלל, כי מה שלא ימחה לפי שלא היה יודע שהמחזיק היה עושה שלא כדן וכו', מיהו לא כל הענינים שוים, דאם הוא דבר שהדעת מצי טעי הכי, נאמר למחזיק זיל ברר אכילתך, ואם אין הדעת טועה בו שאין רגילין בני אדם לטעות בכך, לאו כל כמיניה לומר לא ידעתי שהייתי יכול למחות לבטל חזקתו של זה, ואפילו אם אין היורשין והאלמנה מודים לו נמי נאמן לבטל חזקתו של זה כל שיכול להיות שלא ידע שהמחזיק עושה שלא כדן (קצה"ח).

n :Commented [j151]
לש?

(ה) ק"מחאה בפני ב' כותבין אע"פ שלא אמר להם כתוב. הגה: ק"מחאה כותבין זלשון שליחות פלוני העדנו על עמנו ליכתוב לו שמיחה, אבל לא יכתבו שמענו שמיחה דהוי עדות מפי כתב, ק"מחאה בשנה ראשונה אין צריך לחזור ולמחות בכל שנה ושנה, ק"מחאה צריך שלא יהא בין מחאה למחאה ג' שנים נמורות שאם שהה בין מחאה למחאה ג' שנים לא עלתה לו מחאה.

(יב) כותבין אף על פי שלא א"ל כתובו - הטעם, דזכות הוא למערער וזכין לאדם שלא בפניו, אף על פי ששאר שטרות אין כותבין אלא מדעת מי שהוא חובתו, תקנה היא זו שיהא חשוב עדות, כדי לבטל החזקה בעדות כל דהו. וגם תקנה היא להמחזיק כדי שעיי"ז יחזיק בשטרו כשיוודע המחאה (סמ"ע), אפילו בזה שלא בפני זה מצטרפין (ש"ך).

(יג) ויכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו כו' - פירוש, העדנו הוא לשון שליחות, שהעיד אותנו לדבר זה, ואף שלא ציוה להם בפירוש לכתוב, מ"מ כיון דייחד עדים לדבר ועשה כדי שיוודע הדבר, מסתמא היתה דעתו שיכתבו, כי הכתיבה בשטר מוציא הקול, ומ"מ לא יכתבו "פלונני שלח לנו" או "עשה לנו שלוחים", כיון דבאמת אינם שלוחים ממש, שהרי אם רוצים ישתקו ואפ"ה הוי מחאה וכמ"ש בסעיף ג' (סמ"ע), ויש חולקים דלשון שטר לא שייך כלל גבי מחאה אפילו כתבו בלשון והעדנו, דלשון שטר לא שייך אלא בשטר קנין או שט"ח, וכאן מחמת תקנה בעלמא גבי מחאה להפקיע חזקתו וגבי מודעא להציל הנאנס, ובקל הפקיעו חזקתו, ותו אין לחלק בין לשון שליחות או לא, אמנם הרמ"א הלך בשיטה שצריך לכתוב בלשון שליחות (קצה"ח).

(יד) לכתוב לו שמיחה - יש שכתב דאע"פ שהמחאה ניתנה לכתוב, דוקא כשנכתב בזמן שמועיל המחאה כגון תוך שלש שנים, דאז ודאי לא מיקרי עדות שלא בפני בע"ד, שאין בכתיבה זו חובה למחזיק שהרי יכול הוא עדיין למחות בפני אחרים ואינם עכשיו אלא כעושיין שליחותו של מוחה, אבל לאחר ג' שבאין עכשיו להפקיע חזקתו של מחזיק בעדות זה והם אינם שלוחיו עתה שהרי אינו יכול למחות עכשיו אלא שמעידין שזה מיחה בתוך שלש, ואף על פי שהיה כתוב בלשון שליחות לא מהני אם לא שיעידו בע"פ בפני בע"ד, זה מתאים עם שיטת הרמ"א כנ"ל ס"ק (יג), שזה לשון שליחות, ואפילו לשיטת השו"ע שם שחולק משום דבמחאה בקל הפקיעו חזקתו, היינו נמי דוקא תוך שלש דעדיין אין חזקתו של מחזיק ברורה דהא עוד ידו נטויה למחות, מש"ה בקל הפקיעו חזקתו, וגם חזקת שלש שנים אינו אלא תקנת חכמים וכמ"ש בסימן ק"מ סק"ב?, אבל לאחר שלש דכבר נתברר חזקתו של זה המחזיק אין אנו מקבלין עדות מפי כתבם כמו בשאר עדיות (קצה"ח), וי"א דעיקר דאין חילוק בין תוך ג' לאחר ג', כיון דמצד תקנת חכמים כותבין, מה לי תוך ג' או אח"כ. רק בשעת הדין, כשיכולין לומר בפה, אסורין לכתוב, דליכא בזה משום תקנת חכמים כיון שהעדים כאן (נתה"מ).

חוקן משפט חלק ד'

(טו) דהוי עדות מפי כתבם - פירוש, וכתיב על "פיי" שני עדים, ולא מפי כתבם, עיי' לעיל סימן כ"ח סעיף י"א, ודוקא בלשון העדנו יכולין לכתוב, שהוא לשון שטר, וכמו שכתב בסימן ס"א סעיף י', ובלשון השטר כו"ע מודים דמועיל עדותם משום תיקון העולם כמ"ש בסימן כ"ח סעיף י"ב וראה סמ"ע שם, משא"כ כשכותב עדותן בכתיבת ידו ושלוהו לב"ד, דבזה פסק שם סעיף י"א דלא מהני, והכי נמי כשיכתוב בלשון "שמענו" (סמ"ע).

Commented [j152]: ל א הבאתי את דברי הנתה"מ.

(טז) וכיון שמיחה בשנה ראשונה - דבשנה ראשונה לאו דוקא קאמר, דה"ה אם לא מיחה עד סוף השנה שלישית א"צ לעשות מחאה אחרת עד שיחזור להיות ג' שנים, ויש בו צד רבותא במ"ש שמיחה בשנה ראשונה, דאף דגילה דעתו לעשות מחאה מיד, לא אמרינן מדשתק אח"כ כ"כ חזר ממחאתו (סמ"ע).

(יז) שאם שהה כו' לא עלתה כו' - הטעם, דיכול להתנצל המחזיק לומר, כשראיתי דשתק ג' שנים לא נזהרתי עוד בשטרי ואמרתי דחזר בו ממחאתו הראשונה (סמ"ע).

(יח) כפי"במה דברים אמורים במחאה על פה, אבל אם מכרה המערער לאחר בשטר תוך שלש שנים אין צריך למהות עוד, וצריך המחזיק ליהדר בשטר לעולם.

(יח) אבל אם מכרה המערער כו' - כבר נתבאר זה בסוף סימן קמ"ד [ובסמ"ע שם ס"ק ד' - ה' - ו'] ויתבאר עוד בסימן זה בסעיף י"ט [ובסמ"ע סקמ"ח?] (סמ"ע), אף ביוורש אם מיחה אביו ומת הוא הדין והוא הטעם, דכיון דראשון מוחה וזה אינו בא אלא מכחו בטלה חזקה הראשונה, ועל דעת מחאתו של ראשון זה שותק, משא"כ במוכר עצמו שלא מיחה שהוא כחוזר בו ממחאתו (קצה"ח), ועוד כיון דלא שיך לומר שחזר ממחאתו וגם שחזר ולקחה אחר מחאתו, כיון שכבר מת או מכר, ופשוט (נתה"מ).

(יז) כפי"ערער וחזר וערער אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה, ואם לאו יש לו חזקה.

(יט) אם מחמת טענה הראשונה ערער כו' - דוקא כשערער השני היה אחר סוף ג', אבל בתוך ג' מהני ערער השני אף שסותר להראשון (נתה"מ).

(יח) כפי"לא אמרו למחות בסוף כל ג' וג' אלא כשעמד בתוכו אותו הראשון, אבל כשמכרו הראשון אין צריך למחות בלוקה, לפי שהלוקה הזה אינו בא אלא מכח הראשון וכבר מיחה זה בראשון.

Commented [j153]: ל א הבאתי את דברי הסמ"ע האם זה כמו הנתה"מ,

(כ) לא אמרו. נ"ב עיי' מה שהאריך בזה בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי' כ"ו (רע"א) ¹⁵⁰.

(כא) אבל כשמכרה הראשון - פירוש, המחזיק הראשון, ולפני זה בסעיף ו' מיירי שמכרה המערער (סמ"ע), וה"ה אם הורישו (נתה"מ).

(כב) אינו צריך למחות בהלוקה כו' - שהרי אין הלוקה מחזיק בה בטענה שקנהו מהמערער אלא מהמחזיק כו'. מוכח מזה, דהא דכתב אין צריך לעשות מחאה בהלוקה, היינו דוקא כשהוא מובטח בהלוקה שלא ישקר לטעון שקנהו מהמערער, או שהודה הלוקה כן בפני עדים, דאל"כ צריך לעשות בו מחאה כדי שלא יטעון הלוקה שמהמערער קנהו והרי יש לו עדי חזקה (סמ"ע), הסמ"ע כתב כן לעצה טובה דשמא יטעון כן המחזיק, אבל כל זמן דאינו טוען כן לא הוי חזקה (נתה"מ).

Commented [j154]: ל א הבאתי את דברי הקצה"ח.

(כג) כפי"כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, כיצד הרי שאכל פירות שדה זו כמה שנים ובא המערער ואמר לו מאין לך שדה זו שלי היא, השיבו איני יודע של מי הוא וכיון שלא אמר לי אדם דבר ירדתי לתוכה, אין זו חזקה שהרי לא טען שלקחה ולא שנתנה לו ולא שירשה, ואעפ"כ אין מוציאין אותה מידו עד שיביא זה המערער עדים שהיא שלו, הביא עדים תחזור לו השדה(כד), ומוציאין ממנו כל הפירות שאכל, ואין פותחין לזה המחזיק תחילה לומר שמא שמר היה לך ואבד עד שיטעון מעצמו (ואז שומעין לו ואין זה חוזר וטוען), וכן האוכל שני חזקה מחמת שיש שטר בידו ונמצא השטר במל במלה החזקה ותחזור השדה עם כל הפירות לבעלים.

Commented [j155]: ל א הבאתי את דברי הקצה"ח

(כג) אין מוציאין מידו עד שיביא זה המערער עדים - עיי' סימן קל"ט סעיף ב' מבואר בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דאם בא אחר וחטפה דחייב להשיב לכל אחד אף

¹⁵⁰ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

שאינן עדים לשום אחד, ומאי שנא מהכא דא"צ להחזיר להמערער עד שיביא עדים. אלא שאני הכא שכבר הגיע ליד המחזיק, ולכך אף שבא אחד ואמר שלי הוא, מ"מ הדין נותן בזה דיהיה מונח כמו בכל אבידות שכשהגיע ליד איזה אדם דאין מחזירין לשום אדם שיבוא ויאמר שהוא שלו עד שיביא עדים שהוא שלו או שיתן סימנים. ואף דגבי אבידה אסור המוצא לאכול הפירות, הכא מותר, כיון דבעל הקרקע אינו כאן ואינו משתדל להשכירו, חשיב כחצר דלא קיימא לאגרא כמבואר בסימן שס"ג סעיף ו' דמותר להשתמש בתוכו, אבל ודאי כשעדיין לא הגיעה האבידה ליד אדם, ובא שום אדם ואמר שהיא שלו ורוצה ליקחנה, אין הב"ד מוחין בידו, דברי ושמא ברי עדיף כל שאין כנגדו חזקת ממון, דדוקא כשהוא כבר בחזקת אדם מהמוצאו שתופסו בחזקת מי שהן שלו, צריך דוקא להביא עדים כשרוצה ליקח מיד המחזיק. משו"ה בסימן קל"ט שהיו מחולקים על קרקע או מטלטלין קודם שהגיע ליד אדם, הוא בחזקתן ולא בחזקת שאר בני אדם, שכולן טוענין שמא והן ברי, משא"כ אם כבר בא הקרקע ליד אדם, שאז אין מחזירין לשום אדם עד שיביא עדים. (נתה"מ), עי' ש"ך לקמן סי' רכ"ב בסוף (רע"א)¹⁵¹.

(כד) הביא עדים תחזור כו' – ואין צריך שבועה (סמ"ע), ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן ע"ח¹⁵² (ש"ך)¹⁵³.

(כה) ומוציאין ממנו כל הפירות - דהא אין לו טענה לא בקרקע ולא בפירות (סמ"ע).
(כו) עד שיטעון מעצמו ואז שומעין כו' – וי"א דצריך לטעון שטר היה לי ואבדתי, ולא רציתי לטעון כן תחילה כי יראתי פן יאמר לי המערער אחוי שטרך (סמ"ע), ודוקא שטוען כך קודם שיצא מב"ד (רע"א).

(י) ק"ה"בא מחמת ירושה(כו) שטוען אני ירשתי ממורישי אין צריך טענה אחרת. הגה: קפ"ודין לוקח ובעל חוב שגבה קרקע כליו יורש(כח), ואין המוכר או הלואה נאמנים לומר שהקרקע לא היתה שלהם, קפ"ובלבד שיביא עדים שדר בה המוריש או נשתמש בה אפילו יום אחד, וכיון שאכלה הוא ג' שנים מחמת מורישו מעמידין אותו בידו, והוא הדין אם החזיק המוריש ג' שנים אע"פ שהוא לא [דר זה] (כלל), אבל אם לא הביא ראיה שדר בה מורישו כלל תחזור השדה וכל הפירות למערער שיש לו עדים שהוא שלו, הביא ראיה שנראה בה מורישו אינה כלום שמא בא לבקר אותה ולא קנאה, אם היתה שדה והביא עדים שנראה מורישו הרי זה בחזקה שקנאה. הגה: אשה שהחזיקה בקרקע צעלה לאחר מותו ואח"כ החזיק בנה ג' שנים, וצאו יורשי הצעל ואומרים שקרקע זו של הצעל וצנה אומר שפכל לאמו צכתוצתה צנה, נאמן צמיגו דאי צעי אמר מכס קניתי והרי אכל שני חזקה, אצל אי לא אכל שני חזקה שאין לו מיגו, אע"פ שמורישו החזיק ג' שנים לאו כלום הוא דאין לאשה חזקה צנכסי צעלה ודוקא יורש וכיוצא בו, אצל מי שלקח הקרקע מן האשה ומכרה צפרסוס מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח, דאילו לא היו הקרקעות של האשה לא היו מניחין היורשין לאשה למכרם בחזקתה צפרסוס וכל כיוצא בזה.

(כז) הבא מחמת ירושה כו' - אין טוענין לשוכר (ש"ך), ועיקר לא כדבריו (נתה"מ).
(כח) ודין לוקח וב"ח כו' - כמו שטוענין ליורש שדר בו אביו יום אחד והוא ג' שנים או איפכא דקנהו מהמערער, כך טוענין ללוקח כשדר ביה המוכר ג' שנים והוא לא החזיק בו כלל, או כשהוא דר בו ג' שנים והמוכר יום אחד, וכן לב"ח שגבה מלוה שלו שדר בה ג' שנים (סמ"ע), וא"צ הלוקח או היורש להביא ראיה שהוא יורש או לוקח אלא כיון שהחזיק ג' שנים סגי וטענינן ליה וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קפ"ג ורל"ב ובתשובת מהרי"ט סימן ט'¹⁵⁴ (ש"ך), מש"כ בש"ך דא"צ ראיה היותו יורש או לוקח. ודוקא כשהיה ג' שנים ביד היורש או הלוקח וביד המוריש או המוכר יום אחד אין צריך ראיה, די ש לו מיגו דמינך זבינתיה, אבל להיפוך, שהיה ביד המוכר או המוריש ג' שנים וביד היורש

Commented [j156]: ל

א הבאתי את דברי הקצה"ח שזה סוגיא אחרת, ולא נתה"מ, שזה בא להסביר את הטור שהוא לא כשו"ע, וקשה עליו שנ"ל שהבין אחרת בסמ"ע ממה שנמצא אצלנו

¹⁵¹ לא עשיתי

¹⁵² לא עשיתי

¹⁵³ עי' לקמן סי' רכב ס"ד וסמ"ע שם שיש שבועה בטענת שמא, כמו במחליף פרה בחמור, או במוכר שלא ידע למי מכרו, וא' טוען שהוא הקונה, ומשביעים אותו, והט"ז שם חולק.

¹⁵⁴ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

והלוקח יום אחד, צריך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח, ובאם לאו, יכול המערער לטעון שהמוכר והמוריש היו מודין לו שלפירות הורדתיו וכדומה (נתה"מ), דוקא לבע"ח שגבה כבר הקרקע טוענין כמו ללוקח, אבל כשלא גבה עדיין רק שבא לגבות, הלוח נאמן שלא קנה הקרקע ובשכירות היא אצלו, כיון שידוע שקרקע זו היתה של אחר קודם (נתה"מ), מש"כ שצריך להביא ראיה שהוא יורש, י"א דאין לפרש דר"ל שהוא בן המת או קרוב שראוי ליורשו, אלא אף על פי שידענו שזה יורשו, מ"מ צריך להביא ראיה שבא לו בתורת ירושה, דאל"כ אפשר שאע"פ שאביו אכלה יום אחד, הורידוהו בתורת אריסות, ואילו היה כאן היה מודה, לכך צריך שיביא ראיה שהניחה לו אביו בתורת ירושה, ועיקר לא כדבריו (פ"ת), ע"י תשובת רש"ל סי' א' ובתשו' משאת בנימן סוף הספר בחדושי דינים (רע"א).

Commented [j157]: מ סופיק?

Commented [j158]: ש צורך בפ"ת השני? וכן בשלישי?

(כט) או הלוח נאמנים. נ"ב ואף אם טוען המוכר קניתי מפ' ואותו פ' לא דר בו חד יומא וכפי טענת המוכר הוי חזקה שאין עמה טענה וזכה המערער. מ"מ אין נאמן בטענתו לחוב לאחרים. כך מבואר בשו"ת הרא"ש שם וע"י תשו' לחם רב סי' קכ"ח (רע"א¹⁵⁵).

(ל) נאמן במגו. נ"ב וצריך לשבע היסת. אף אם יש עד א' שמעיד שהוא של אמו. שם במרדכי וע"ל סי' פ"ז ס"ו בהגה (רע"א¹⁵⁶).

(לא) שדר בו המוריש - אע"ג דאית ליה ללוקח שטר מכירה שלו בידו צריך לוקח להביא ראיה שדר בו המוכר יום אחד. ואע"ג דידעינן שלקחו מהמוכר מ"מ חזקה שאין עמה טענה לאו כלום, ולא טוענין ללוקח עד דאיתי ראיה שדר בו המוכר יום אחד דאז הוי אומדנא קצת שלקחה המוכר, דאע"ג דחזקה לא הוי בציר משלש אבל אומדנא מיהא הוית, ועיין מ"ש בסק"ו? (קצה"ח).

(לב) (ח) וה"ה אם החזיק כו'. וע' בב"ח ובתשובת מהר"ן ששון סי' מ"א וע' בס"ס משאת בנימן (ש"ך)¹⁵⁷.

(לג) והביא עדים שנרה כו' - היינו טעמא, דכולי האי לא עבד אם לא שכבר קנהו (סמ"ע). (לד) מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח - מלשון הג"ה זו וסדרה וטעמו, משמע דאפילו לא החזיק בה הלוקח ג' שנים מחזקינן הקרקע בידו (סמ"ע), ויש חולקים דבעינן דוקא שיחזיק ג' שנים, והעיקר דודאי באריס ואומן אפילו מכרה בפרסום לא מהני, דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן באריס ואומן, ואשה שאני, כיון שמוכרת שלא בב"ד לכתובתה, ואם האשה כאן ואומרת שמוכרת לכתובתה מכירתה מכירה, ואפילו היורשים טוענין פרענו אינם נאמנים דהטוען אחר מעשה ב"ד לאו כלום ע"י &&& סימן ק' סעיף ו' בהג"ה, וא"כ שפיר אמרינן אפילו כשעכשיו הוא ביד לוקח ואינו יכול לבוא על השדה מכח תביעת הכתובה והאשה אינה כאן, ואפילו היא מודה אינה נאמנת, דאמרינן אילו לא היו קרקעות של אשה לא היו מניחין אותה היורשים למכור כיון דמכירתה מכירה, משא"כ בשאר לוקח, אף שמכר בפרסום אין ראיה, דיכול לומר לא חשתי למחות דמה לי במכירתך, כיון שאין אדם מוכר דבר שאינו שלו דמי מכירתך לחוכא, ולפי"ז גם דברי הסמ"ע אתי שפיר דאין צריך לג' שנים. (נתה"מ).

(יא) פ"ח הביא המערער עדים שזו השדה שלו וזה שבתוכה טוען ממך לקחתיה ואכלתיה שני חזקה, טען המערער ואמר היאך תטעון שלקחת ממני היום ג' שנים ובאותו זמן לא הייתי במדינה זו, מצריכין זה שבתוכה להביא ראיה שזה פלוני שמערער היה עמו במדינה בזמן הזה שטוען שמכר לו אפילו יום אחד כדי שיהא אפשר שימכור, ואם לא הביא מסלקין אותו.

(לה) ובאותו זמן לא הייתי במדינה כו' - עיין לעיל סימן ק"מ סעיף י"ג, שם כתבתי מחלוקת בדבר, והנה דעת ראשונה דכתב המחבר כאן דס"ל דצריך להביא ראיה שהמערער היה במדינה בזמן ההוא, ודעת הי"א שכתב המחבר בסעיף י"ב חולק, ומשו"ה ס"ל דאם אירע מעשה כן א"צ להביא ראיה אלא כשמזכיר המחזיק מעצמו היום שמכרה לו, ולי"א השני דוקא כשהוא בשעת חירום (סמ"ע).

¹⁵⁵ לא עשיתי

¹⁵⁶ לא עשיתי

¹⁵⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(יב) ויש מי שאומר דדוקא כשמזכיר היום שמכר לו, אבל אם אינו מזכיר היום אין צריך להביא ראיה שהיה כאן ביום שקנאה, ואפילו אם יאמר המערער אמור באיזה יום קנית אותו אין מוקיין אותו לכך, ויש אומרים דדוקא בשעת חירום, אבל שלא בשעת חירום אף על גב דאמר ליה זכיית מינך ביום פלוני לא בעי לאתויי ראיה דההוא יומא הוה בהדיה (דלילמא מכר לו על ידי שליח).

(לו) דדוקא כשמזכיר היום כו' - נראה דהיום לאו דוקא קאמר דה"ה אם מזכיר הזמן כגון בחודש פלוני או בימי הקיץ, צריך להביא ראיה שהיה באותו זמן פעם אחת במדינה, ואם אינו מזכיר הזמן אלא אומר קנייתה קודם ג' שנים ולא ידעתי באיזה זמן, דאין מכריחין אותו להגיד הזמן, אא"כ הזכירו מעצמו דאז צריך להביא ראיה (סמ"ע).

(לז) ואפילו אם יאמר המערער כו' - פירוש, לא מיבעיא דלא טענינן ליה אגן, אלא אפילו אם טוען המערער עצמו אין שומעין לו בזה (סמ"ע).

(לח) וי"א דדוקא בשעת חירום כו' - פירוש, באותה העת שטען שקנאה ממנו הוה שעת חירום ולא היו השיירות מצויות לעת ההיא, אבל אח"כ במשך ג' שנים היו השיירות מצויות, דאל"כ פשיטא דלא הוה חזקה דיכול לומר לא ידעתי שהחזיק בנכסי כל הג' שנים, כמ"ש לעיל בריש סימן קמ"ג, ? וגם לא שייך מחאה כל שאין השיירות מצויות כמ"ש בריש סימן זה, וכל שאינו יכול למחות אינו יכול להחזיק (סמ"ע), והיינו שמברר בעדים שלא היה בזמן זה סמוך ליום המכירה במדינה, דלא שכיח שיבוא בזמן ההוא כיון שהוא שעת חירום, ולכך לא מהני מיגו, דלא מהני מיגו במקום דלא שכיח כמ"ש הסמ"ע בס"ק (לט) כשאומר שבא ומכר, אבל בדליכא עדים כלל, ודאי דאין נאמן לומר שלא היה במדינה, כמו שאין נאמן לומר לא מכרתי לך, כיון שיש לו חזקת ג' שנים והוא לא מיחה (נתה"מ).

(לט) דדילמא מכר לו ע"י שליח - ואפילו אמר ממך זכנתי ולא ע"י שליח, נאמן במיגו, ואף כי איכא עדים דלא היה כאן כלל, יכול לטעון ולומר שהוא היה במקום שהיה המערער ושם קנהו מידו (סמ"ע).

(יג) קפ"הרי שאכל שדה זו שנים רבות ובא המערער וא"ל מה לך ולשדה זו, הודה וא"ל יודע אני שהיתה שלך (מ) אבל פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך (מא), ואמר לו המערער פלוני שמכר לך גזלן הוא, הואיל והודה שהיא שלו ושלא לקחה ממנו תחזור השדה וכל הפירות למערער אע"פ שאין לזה המערער עדים שהיא שלו, ואין המחזיק יכול לנבות מעותיו מהמוכר מפני שיאמר לו אילו לא הודית לו שהיתה שלו לא היו מוציאין אותה מידך (מב).

(מ) וא"ל יודע אני שהיתה שלך כו' - וה"ה אפילו אינו יודע זה אלא מפי המוכר שאמר לו שהיתה של המערער, מיקרי יודע, והו"ל שלו ודאי וקניית המוכר מהמערער הוא ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי (עי' לקמן סט"ו) (סמ"ע), משמע שידוע לו בבירור שהיתה שלו אפילו בלא אמירת המוכר והלכך ה"ל ספק אם המוכר לקחה ממנו וזה ברי לו שהיתה שלו לכך צריך להחזיר דאין ספק מוציא מידי ודאי [דלא כסמ"ע] (ש"ך), לפי דברי הסמ"ע דקודם שהגיע ליד המחזיק נאמן אפילו עד אחד, כמו באבידה, דעד אחד נאמן. ואף שיש לפקפק בדין אבידה, מ"מ כשעדיין אינו תחת יד שום אדם וליכא שום חזקת ממון, ודאי דעד אחד נאמן, ומשו"ה בשדה כשאינה תחת יד שום אדם ודאי דעד אחד נאמן. ולפי"ז, אם היתה השדה כבר תחת יד לוי בחזקה שאין עמה טענה, ואח"כ קנאה משמעון דאמר דזבנה מראובן, אף לדעת הסמ"ע צריך ראובן להביא עוד עד אחד שהיא שלו, ובלא"ה אינו יכול להוציא מידו, כיון דבשעה שאמר שמעון שהיא של ראובן היתה כבר תחת יד לוי, ובשדה שהיא כבר תחת יד אחר אין עד אחד נאמן (נתה"מ).

(מא) והוא לקחה ממך - פירוש, המוכר אמר לי שלקחה ממך, ולא שהוא יודע זה בודאי וכדמוכח בסעיף י"ד (סמ"ע), פי' שעדיין אינו טוען שברי לו שלקחה ממנו כגון שאומר מסתמא אותו מוכר לקחה ממך או שאומר המוכר אמר לי שלקחה ממך אבל אם אומר בפני לקחה ממך נאמן, ואפילו אם אמר מתחלה סתם פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך, ואח"כ אומר בפני לקחה ממך, וזה כוונתי תחלה במה שאמרתי שהוא לקחה ממך נאמן.

חושן משפט חלק ד'

ובסמ"ע ס"ק (מז) כתב דחולקין ע"ז (ש"ך), עיין מה שכתבתי בסמוך סעיף כ"ד [סק"ל] (נתה"מ).

(מב) ואין המחזיק יכול לגבות כו' אילו לא הודית לו שהיתה שלו כו' - אינו חוזר עליו כיון שבפשיעתו הפסיד, שאם אמר קניתי מפלוני ולא יותר, לא היה המערער יכול להוציאה מידו אפילו לא החזיק בה עדיין, כיון שאין לו עדים שהיתה שלו וגם הוא לא הודה לו שהיתה שלו, ויאמר לו המוכר, פיך הכשילך להודות לו ששלו היתה, ואילו בא לדון עמי, הייתי פוטר עצמי בטענה שלך היתה ולקחתיה ממך במיגו דלא היתה שלך מעולם, אף על גב דאתה אינך יכול לפטור עצמך בטענה שטענת עמו, כיון שהיתה לך טענה לפטור עצמך וברוב דבריך נתחייבת לו, אין לי להפסיד בזה (סמ"ע), י"א דלדעת האומר דמחויב להחזיר אפילו אין ידוע להמחזיק שהיתה שלו כי אם ע"פ הודאת המוכר כמ"ש הסמ"ע ס"ק כ"ט?, נראה דיכול לגבות מעותיו, כיון שלא הגיד להמערער רק מה שהגיד לו המוכר, והמוכר לא אמר לו כל יאמר. ועיקר דליתא, דכיון שהמוכר בעצמו נאמן לומר שלקחה במיגו, רק שהלוקח קלקל בעצמו במה שאמר דברי מותר שידוע שהוא שלו, וכי נחייב למוכר מחמת שלא אמר להלוקח שלא יאמר זה להמערער, הא גרמא בעלמא הוא (נתה"מ).

(יד) הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכר לו דר בה אפילו יום אחד(מג)(מד) (או אפילו שעה אחת) ודוקא שיש עדים שדר בה המוכר בתורת לירה(מה), אבל אם אינו מעידים על הדירה רק שראוהו נכנס בו למדלו לא מהני, או שאמר ליה בפני לקחה ממך ואחר כך מכרה לי מעמידין אותה בידו, שהרי יש לו טענה עם חזקתו(מו) ואילו רצה טוען ממך לקחתיה שהרי יש לו שני חזקה, ואם לאחר שטען קניתי מפלוני שאמר שקנאה ממך חזר וטען קנאה ממך בפני אין שומעין לו(מו), אבל אם מתחילה אמר מפלוני קניתי סתם ושוב הוסיף ואמר שקנאה ממך בפני שומעין לו(מח).

(מג) שפלוני שמכר לו דר בה כו' - הטעם, דכיון דידוע לנו שדר בה המוכר, טוענין לזה הלוקח שהמוכר קנאה מהמערער. ובטוען שקנאה ממך בפני, הטעם, דנאמן במיגו דקניתייהו ממך, וכדמסיק (סמ"ע), י"א אבל אם לא הביא עדים אפי' טוען הוא שברור לו שדר בו בפניו יום א' לא הוי חזקה וי"א דה"ה אם טוען בפני דר בו יום א' הוי חזקה וכן עיקר, ועוד אפי' לא החזיק בה שני חזקה אם טוען לקחתיו מפלוני שידוע לי שדר בו חד יומא הרי הוא שלו אם אין ידוע שהיתי של מערער אם לא ע"פ הודאתו לפי שהוא נאמן שלקחו מאותו פלוני ושדר בו אותו פלוני חד יומא במגו דלא היתה שלך מעולם ושוב טענינן לאותו פלוני שלקחו ממנו שיכול לומר לא היתה שלך מעולם (ע' בתשוב' מבי"ט ח"א / ח"ב / סי' קי"א)¹⁵⁸ (ש"ך), ובלא דר בי' ח"י והמוכר בא וטען לפנינו לקוח י"ל דהוי חזקה ולא בעי דר ח"י אלא לענין דאנן טענינן לי'. ועי' בנ"י והעתקתי לעיל סי' ק"מ ס"ח בגליון דלא משמע כן. וצ"ע לדינא סרע"א)¹⁵⁹.

(מד) שם - וטוען אח"כ קניתי מפלוני אפי' אינו אומר דזבנה מינך אלא רק שטוען סבור הייתי שזבנה מינך הוי חזקה כיון שמביא עדים שדר בו יום אח' והחזיק זה ג' שנים או שטוען שברור לו באופן אחר שקנהו ממנו (עיין בתשובת מהרי"ט סי' קי"א¹⁶⁰) (ש"ך), י"א דכל זה כאשר המוכר טוען כדברי המחזיק או דליתיה קמן דנישייליה, אבל אם המוכר אומר שלא קנאה מלוי, בודאי אינו מועיל, שהרי הוא בעצמו מכחישו, ועיקר דהלוקח מן הלוקח, אף על פי שאמר גזולה היא בידו, וכל מקום אף שהמוכר מכחישו הוי חזקה, ודברי מהרש"ק צע"ג, (פ"ח).

(מה) ודוקא שיש - הג"ה זו צ"ל כאן, דקאי אמ"ש המחבר בתחילת הסעיף שהמחזיק מביא עדים שדר בו המוכר כו'¹⁶¹ (סמ"ע).

(מו) שהרי יש לו טענה עם חזקתו כו' שהרי יש לו שני חזקה וכו' - לא הוצרך לזה אלא היכא שהביא המערער עדים שהיתה שלו אבל אם לא הביא המערער עדים שהיתה שלו

Commented [j159]: ה באתי מספיק מהש"ך?

Commented [j160]: ל א הבאתי את דברי הקצה"ח

Commented [j161]: מ ספיק לא הבאתי את דברי בענין מטלטלין ולכן לא הבאתי את דברי הנתה"מ

¹⁵⁸ Kt gah,h לא עשיתי

¹⁵⁹ לא עשיתי

¹⁶⁰ לא עשיתי

¹⁶¹ לא עשיתי - מה הוא בא לאפוקי?

חושן משפט חלק ד'

אפילו לא החזיק בה שני חזקה נאמן כשטוען בפני לקחה ממך במגו שהיה אומר לא היתה שלך מעולם או שהיה טוען לקחתיה ממך (ש"ך), וי"א דאינו מן הסברא לטעון ללוקח והיורש טענה שהמוכר והמוריש אינם יכולים לזכות בה רק מכח מיגו, דהא כשהמוכר טוען כן לא מהימן רק מכח מיגו, והמיגו הוא ראייה והוכחה שאומר אמת, דאילו היה רוצה לשקר היה טוען טענה מעליתא, וא"כ היאך מצינו לטעון טענה זו להיורש וללוקח כיון דליכא טוען ואין לנו הוכחה שהיא אמת. ואלה שסוברים דטענין, דהוא מטעם דהלוקח יכול לומר אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למריה, כמבואר לקמן בסימן קמ"ח סעיף ב' בחד דלקח מד'. וכל מקום שאינו יכול ליקח אותו מהמוכר, שאף מהלוקח אינו יכול ליקח, דמצי למימר ליה מאי אפסדתיך, וכל דבר שיכול להחזיר דיינין ליה כאילו כבר מהודר ומה מכר ראשון לשני (נתה"מ).

Commented [j162]: מ ספיק?

Commented [j163]: ל א הבאתי תא דברי הקצה"ח

Commented [j164]: ה חשבון של הנתה"מ בירושה ואבידה נוגע לכאן?

(מז) ואם לאחר שטען קניתיה כו' עד אין שומעין לו - הטעם, דכיון דאמר תחילה "שאמר שקנאה" דמשמע המוכר אמר לו כן, והוא בעצמו לא ידע מהמכירה, ואיך יחזור ויאמר שקנאה ממך "בפני". משא"כ כשאמר מתחילה מפלוני קניתיה סתם וכדמסיק, ומכ"ש כשאמר מתחילה מפלוני קניתיה שקנאה ממך, שא"צ להוסיף על דבריו הראשונים אלא תיבת "בפני"¹⁶², וי"א דבכה"ג אינו יכול לתרץ דיבוריה (סמ"ע), אין שומעין לו אפילו טען כן בפני ב"ד דכיון שכבר הודה שהיתה שלו תו לא מהימן השתא במגו דלא הודה דמגו למפרע לא אמרינן שכבר הודה שהיתה שלו והיה סבור שיזכה בטענה שטען שאמר שקנאה ממך, והשתא שרואה שלא יזכה בטענה זו חוזר וטוען קנאה ממך בפני לא מהימן דתו לית ליה מגו (ש"ך).

(מח) שומעין לו - היינו דוקא קודם שיצא מהב"ד, אבל משיצא מהב"ד אין שומעין לו בכל ענין כמו שכתב בסעיף כ"ד (סמ"ע), נ"ל ברור שט"ס הוא בטור וחסר שני תיבות אלו בטור וכך צ"ל "אבל אם אמר מתחלה מפלוני קניתיה דזבנא מינך סתם ושוב מוסיף" דלא כמחבר וסמ"ע¹⁶³ (ש"ך), וי"א דעיקר כמחבר וסמ"ע, ואין כאן מיגו למפרע מאחר וזה שאומר בפני זבנה לאו בתורת מיגו אתינן עלה אלא שהוא טענה מחמת עצמה, וכשם שנאמן לוקח בשני חזקה לומר שהוא לקחו ה"נ נאמן בשני חזקה כשאומר בפני זבנה והו"ל חזקה שיש עמה טענה דמהני בעצמה בלי מיגו (קצה"ח), וי"א דאינו נאמן רק מטעם מיגו, והטעם, דכיון שאין המחזיק בא מכח טענת עצמו, אין חזקתו מועלת לו, דבעינן בחזקה שהמוחזק יבוא בטענת עצמו ואז מועילה חזקתו, וכיון שבא מכח המוכר שלו, צריך דוקא לטענת מיגו, ועי' עוד דברי ס"ק (עז) (נתה"מ).

(טו) אם עמד המוכר בדין עם המערער קודם שמכרה למחזיק לו ונפטר ממנו כיון שלא היו לו עדים שהיתה שלו, אע"פ שלאחר שמכרה לזה המחזיק ערער עליו המערער והודה לו שהיתה שלו על פי המוכר שאמר לו שהיתה שלו וקנאה הוא ממנו, לא הפסיד בזה כיון שכבר יצא זכאי מבית דין המוכר שמכרה לו.

(מט) ונפטר ממנו כיון כו' - פירוש, נפטר בטענת שלך היתה וקניתיה ממך, דנאמן במיגו דלא היתה שלך מעולם וכנ"ל ס"ק (מב) (סמ"ע).

(טז) ק"הביא המחזיק עדים שדר בו המוכר יום אחד, ואחר כך הביא המערער עדים שהמחזיק רצה לקנותה ממנו, וטוען אילו קניתיה מפלוני כמו שאתה טוען למה רצית לקנותה ממני, אינה טענה שאומר רציתי לפייסך במעוט מעות כדי לסלק תרעומתך קצא(אכל) אס לא טען הוא לא טענין ליה(נ)).

(ג) אבל אם לא טען לא טענין ליה - נראה דהיינו טעמא, משום דאין אדם רגיל להוציא מעותיו בכדי, ומטעם זה נמי בדין שכתב בסעיף י"ח¹⁶⁴ אם הביא המחזיק ראייה שהמערער א"ל ליקחנה לו מהמוכר, גם שם צריך המערער לטעון בעצמו עביד אינש דזבין דינא, ולא טוענין כן עברו כיון שרצה המערער להוציא ממון, משא"כ בסעיף

¹⁶² לא עשיתי - ע"כ הוא שיטת הרא"ש והי"א היא שיטת התוס', וצ"ע אם רא"ש הוא השו"ע ושיטת התוס' לא מובא כלל, ועיי"ש שמבוסס על שיטת התוס'

¹⁶³ לא עשיתי

¹⁶⁴ לבדוק אם לציין שם.

חושן משפט חלק ד'

י"ק¹⁶⁵ בהביא המחזיק עדים שיעצו המערער לקנותו, דשם טוענין עבור המערער דיעצו כן משום דהוא נוח לו יותר, משו"ה מסיק "דאם כופר ואומר מעולם לא יעצתיך" כו', מחייבים להמערער, דמשמע הא אינו כופר, אף שאינו נותן טעם למה יעצו, אנן טוענין עבורו (סמ"ע), מ"מ ליורשים טוענין (נתה"מ).

(יז) ק"באם לא הביא המחזיק עדים שדר ביה המוכר יום אחד, וטוען המערער שהמוכר גזלה, או אפילו יש לו עדים שדר בו המוכר יום אחד, אלא שיש למערער עדים שהוחזק המוכר גזול על שדה זו וגזולין אין לו חזקה, והביא המחזיק עדים שנתייען עם המערער אם יקחנה ויעצו לקנותה, וטוען זה אלו היתה גזולה ממך למה יעצתני לקנותה אינה טענה שיאמר המערער אתה נוח לי להוציא מידך יותר ממה שאוציאנה מיד הגזול, ק"באבל אם כופר ואומר מעולם לא יעצתיך לקנותה וזה מביא עדים שיעצו, מחייבים למערער.

(נא) ויעצו לקנותה – י"א דדוקא בדיבור בעלמא לא איבד זכותו, אבל אם היה המערער סרסור ביניהם, איבד זכותו, דהוי כחתם עליה בעד (עי' ריש סימן קמז) כיון דעביד מעשה, אך דוקא אם יש עדים שנעשה סרסור, אבל אם המחזיק טוען שנעשה סרסור והמערער כופר, אינו נאמן במיגו דמינך זכינתה כיון שהחזיק ג' שנים, דטענת היותו סרסור אינה מקנה לו החזקה עד שנאמר שטענתו אמת וזכה בקרקע, אלא היא ראייה שאין לו זכות בה דאל"כ לא היה מסייע בקנין, ואין להביא ראייה ע"פ דבריו של בע"ד, ויש חולקים דלמה לא יועיל מיגו בכה"ג, כיון דלפי דבריו שהמערער נעשה סרסור הרי יש ראייה דמסתמא המערער מכר השדה למי שמכר לו (פ"ת).

(נב) אתה נוח לי - דוקא כל כה"ג דלא עביד מעשה, אבל עביד מעשה לא אמרינן הכי כדאמרינן בריש סימן קמ"ז (סמ"ע), עיין ש"ך בסימן ש"ו ס"ק י"ב¹⁶⁶ (נתה"מ).

(נג) שם - כהנה רבות בהתלמוד ובפוסקים דמהני טענה זו לדינא, מ"מ נראה דלא שפיר עבד שנתן לו עצה לטובתו ומכשילו ומציל ממון שלו בממון חברו, ועל כזה יקראו חז"ל לפני עור לא תתן מכשול (סמ"ע).

(נד) אם כופר כו' עד וזה מביא עדים שיעצו כו' - נראה דאפילו אם אחר שבאו עדים הודה ואמר שמפני שהשני נוח לי יעצו, לא מהני כיון שכבר כפר, ולא אמרינן בזה מילי דכדי לא דכירי אינשי (סמ"ע).

(יח) אם הביא המחזיק עדים שא"ל המערער לקחתה לו מיד המוכר, אינה טענה לומר לו אם הוא שלך למה רצית לקנות דעביד אינש דובין דיניה. הגה: מי שקנה קרקע אחת שני פעמים ותוצע המוכר במעות השניים, אם טוען המוכר שחזר ולקחה מן הלוקח ולכן חזר ומכרה לו שנית נאמן, ואם אינו טוען כך לריך הלוקח לזכר למה קנאה שני פעמים, אם אמר שטעה נאמן ואם אמר שידע ולקחה שני פעמים, הדין עם המוכר דולאי נתן לו המעות לכס מתנה.

(נה) שא"ל המערער לקחתה לו מיד המוכר – יש גורסים "ליקחנה לו מיד המוכר" (סמ"ע), עיין בתשובת מהרשד"ם סימן שכ"ד (ש"ך)¹⁶⁷.

(נו) דעביד אינש דובין דיניה - עיין לעיל סימן קמ"ב סעיף א' ד"ה לא היה קונה מה שכתבתי בזה (סמ"ע).

(נז) ולכן חזר ומכרה לו שנית נאמן – והוא נאמן, מאחר שראובן עשה מעשה וקנאו ממנו, זו ראייה גמורה שחזר ומכרה לו, ולא דמי להא דאמרינן דעביד אינש דובין דיניה, דהתם באינו חוזר ותובע המעות מיירי כו' (סמ"ע).

(נח) ואם אינו טוען כן - פירוש, אלא טוען ודאי למתנה כיון הלוקח כיון שנתנם לו שנית, וצ"ל דמיירי שידוע שקנאה שתי פעמים (סמ"ע), ויש חולקים (נתה"מ).

(נט) לשם מתנה – ואפילו אם קיבל אחריות הוי מתנה (נתה"מ).

(יט) ק"ב טוען המחזיק מפלוני קניתי וחזקתי בה שני חזקה ויש לו עדים מה שדר בה המוכר יום אחד(ס), השיב המערער והלא יש בידי שטר מקויים שאותו פלוני מכרה לי מהיום ד' שנים וקדמה קנייתי לקנייתך, חזר המחזיק וטען שני חזקה שאמרתי לא בשביל

Commented [j165]: נ
כן? הנתה"מ מקשה
עליו, ומשמע שלא
סובר כך, אבל לא
ברור לי איך אכן כן
סובר

Commented [j166]: ל
א הבאתיאת דברי
הש"ך.

¹⁶⁵ לבדוק אם לציין שם.

¹⁶⁶ לא עשיתי

¹⁶⁷ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

ג' שנים בלבד אלא שנים רבות יש לי שקניתי ואני קדמתיך, הרי טענת המחזיק טענה שאדם קורא לשנים רבות שני חזקה, לפיכך אם הביא המחזיק עדים שאכלה שבע שנים שנמצא שאכלה שני חזקה קודם שקנאה המערער מעמידין אותה בידו, אבל אם אכלה פחות משבע שנים מוציאים אותה מידו שאין לך מחאה גדולה מזו, שהרי מכרה בשטר קודם שנגמרה החזקה והיה לו לזוהר בשטרו לעולם, ואם לא עשה לו שטר אלא מכרה לו בעדים, אין לו קול ולא השיב כמחאה ודי לו בחזקת ג' שנים.

(ס) שדר בה כו' – י"א דלפי מאי שמסיק שטענת המערער היתה שהוא קנאה מהמוכר קודם קנייתו דהמחזיק, לא היה צריך המחזיק להביא עדים שדר בה המוכר יום אחד, שהרי גם המערער מודה לו שהיתה של המוכר, ולפי"ז צריכין לגרוס ויש "לי" עדים, ר"ל שהמחזיק טוען כן (סמ"ע), ויש חולקים (ש"ך).

(סא) עדים שאכלה שבע שנים – ואם מביא עדים שאכלה ג' שנים קודם הד' שנים שקנאה המערער כמשמעות שטרו, סגי בהכי כל זמן שאין המערער מביא ראיה שדר בה המוכר יום אחד אחר אותן ג' שנים, שאז היו טוענין להמערער שהמוכר חזר וקנאה מהמחזיק ומכרה להמערער, והא דכתבו ז' שנים, משום דכבר בתחילת ערעור הביא המחזיק עדים שאכלה ג' שנים האחרונות, וקאמר דלא סגי בהכי עד שיביא עדים שאכלה למפרע מהיום ז' שנים, דאז התחיל לאכול ג' שנים קודם קניית המערער, ולא היה הפסק ביניהן יום אחד שדר בה המוכר (סמ"ע), ויש חולקים דהא כיון שכבר החזיק ראובן ג' שנים מקודם והוי כידוע שהקרקע של ראובן, רק שיש לומר שמא חזר ומכרה לשמעון, צריך שיהיה שמעון דר בה יום אחד והלוקח ממנו צריך שיחזיק ג' שנים. ועל כרחק כונת הסמ"ע היא ג"כ לזה (נתה"מ).

(סב) אבל אם אכלה פחות מז' שנים כו' – הא דאין נאמן לומר המחזיק קנייתי קדמה לקנייתך במיגו שהיה יכול לומר קנייתי ממך אחר שקניתי אותה והחזקתי בה שני חזקה, לפי שאין זה מיגו טוב, שהיה ירא לומר שלקחה ממנו שלא היה יודע שיש לו שטר מהמוכר לו, ואם יאמר שלקח ממנו יתבענו המוכר לדין, על כן אם היו הטענות בענין שנודע להמחזיק שיש להמערער שטר, מחזיקים אותה ביד המחזיק. וכדמסיק בסעיף כ"א (סמ"ע), ואף על גב שמכרה בשטר ואית ליה קלא מ"מ נהי דאית ליה קול שמכרה מ"מ אין קול שמכרה לזה (ש"ך).

(סג) שאין לך מחאה גדולה מזו – עי' לעיל סוף סימן קמ"ד, ושם חילק וכתב דהיינו דוקא אם מכר המוכר שדה זו לבדה, ולא אם מכר המוכר שדה זו בכלל שדותיו, וכאן המחבר לא הביא דעת הי"א דלא בעינן שטר (סמ"ע).

(סד) ודי לו בחזקת ג"ש – ג' שנים אלו צריכין שיתחילו קודם קניית המערער ואפילו יום אחד, וסגי בהכי כשאכל משם והלאה ג' שנים, ומשו"ה כתב והמחבר "בחזקת ג' שנים" ולא כתבו "בחזקת ג' שנים" (סמ"ע).

(כ) ק"הבמה דברים אמורים כשאמר תחילה שני חזקה סתם, אבל אם פירש שלש שנים ואחר כך הוציא המערער השטר של ד' שנים, אפילו הביא המחזיק עדים שהחזיק בו שבע שנים אינו כלום, ק"וויש אומרים דהוא הדין אם אמר אכלתי ג' שנים שיכול לחזור ולטעון שני חזקה טובא קאמינא, כיון שלא אמר ולא יותר.

(סה) אפילו הביא המחזיק עדים – דבהודאת פיו שאמר ג' שנים דמשמע ולא יותר, פוסל העדים שמעידים על חזקת ז' שנים, ואינו יכול לטעון ולחזור ולטעון היכא דסתר דבריו הראשונים (סמ"ע), ראובן שמחזיק בחזקת בית אחת שנים הרבה, ושמעון ערער עליו מאי בעית בהאי ביתא, וא"ל ראובן מאביך זבינתיה והא שטרא, ושמעון הוציא שטר מוקדם משטרו של ראובן איך אביו מכר לו החזקה והיא נמצא שמכר לראובן קרקע שאינה שלו, וחזר ראובן והביא עדים שזה י"ח שנה לקח הוא החזקה מאביו של שמעון והחזיק בו מאז, אלא שאיחר לכתוב השטר עד ה' שנים, ונמצא שקנין ראובן קדם מקנין שמעון. הדין עם המחזיק, דלא הוי זה חוזר וטוען, כי לא חש להזכיר אלא זה שיש לו שטר ראיה מוכרחת. ועוד, כיון שלא אמר בפירוש קניתי מאביך זה י"ג שנים, אלא מאביך קניתי והא שטרא, אין בכלל דבריו זמן פרטי עד שיחשב חוזר וטוען, אלא שאמר קניתי מעולם והרי שטר ראיה על הקניה, ודמי ממש לאכלתי שני חזקה דקרו

Commented [j167] ל
א ברור לי שכך כוונת הש"ך, ועוד הוא כותב עי' ב"ח ודבריו דחוקים, ומסתמא כוונתו לדברי הב"ח ולא לדברי הסמ"ע.

חוקן משפט חלק ד'

אינשי לשני טובא שני חזקה, ועוד דיש מן הפוסקים דקרו אינשי לשני טובא שני חזקה, מיירי דלא מייתי עדים על אכילת ד' שנים כו', וצ"ע (פ"ת).
(כא) קצ"אם היו הטענות בענין שנודע למחזיק קודם שיטעון טענתו שיש למערער שמר עליה, אם טען המחזיק השתא מקמי דזבנה לך זבנה לי חד יומא, נאמן במיגו דאי בעי אמר מנך זבינתה¹⁶⁸:

(סו) אם היו הטענות בענין כו' - ה"ה אם יש עדים שאחר שמכרה המוכר למערער דר בו המוכר חד יומא נאמן המחזיק שקדמה קנייתו במגו דאי בעי הוה טען שהמוכר חזר ולקחה מהמערער (ש"ך).

(סז) חד יומא נאמן כו' - אף על פי שאין לו עדים רק על שלש שנים ולא יותר נאמן אף על פי שמכרה המוכר לאחר בשטר נאמן שלקחה קודם וא"כ שהמכירה היתה שלא כדין ואין לה שם מחאה (ש"ך), כאן שבא ליד אחר, וממנו לא בא לידו בתורת שכירות, דהוי חזקה נגדו, דגרע מנשתנה שמו וענינו שכתב הסמ"ע סי' ק"נ ס"ק ד' ? גבי ירד לנכסי אשת איש ונתגרשה, עיין מה שכתבתי שם [סק"ב?], וכאן מיירי שעכשיו נודע לו מהשטר, אבל אם מודה שכבר ידע מהשטר קודם שכלה אכילת ג' שנים, הוי כידע ממחאה, ותליא במחלוקת שהביא בסעיף ב' אי מהני מיגו כשידע מהמחאה, וע"ש בסמ"ע ס"ק ד' ? (נתה"מ), [על דברי הסמ"ע] וגם הוא עצמו אין צריך לטעון שדר בו יותר, ואעפ"כ נאמן שלקחה קודם כו' (פ"ת)

(סח) במיגו דאי בעי אמר מינך זבינית - עיין מה שכתבתי לעיל בסמוך בס"ק (סב) (סמ"ע).

(כב) קצ"אשנים שהיו עוררים על שדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהם ראייה, או שהביא כל אחד מהם עדים שהוא שלו או של אבותיו, או שהביא כל אחד משניהם עדים שאכלה שני חזקה והשנים שהעידו בהם אלו הם השנים עצמם שהעידו בהם אלו, אם היה אחד מחזיק בה מקודם תשאר בידו, ואם לא היה אחד מחזיק בה מניחין אותה בידיהם על המתגבר וכל המתגבר ירד בה ויהיה האחד מוציא מידו ועליו הראייה, קצ"אואם בא שלישי ותקף עליהם וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה.

(סט) הן השנים עצמן שהעידו בהם אלו כו' - דאילו העידו על שנים שהן זו אחר זו, הדין נותן שינתן ליד מי שהחזיק בה ג' שנים האחרונות אפילו אם היא עתה ביד השני (סמ"ע) (ע) מניחין אותה בידיהן כו' - לאו דוקא בידיהן קאמר דהא באין שום אחד מחזיק בה מיירי, אלא ר"ל ברשות וחזקת שניהן וכל הגובר כו' (סמ"ע).

(עא) וכל המתגבר ירד בה כו' - היינו דין דכל אלים גבר שנתבאר דינו לעיל בריש סימן קל"ט. ומ"ש כאן דאם בא שלישי כו' מסלקין אותו כו', היינו כשיש לכל אחד משניהן ראייה ולזה השלישי אין ראייה, אז מסלקין אותו אף שבא השלישי ואומר דשלו היא קודם שגבר אחד מהשנים, דאמרינן דשל אחד משניהן היא בודאי כיון דיש להן ראייה ולו אין ראייה. וגם קאי אכשאין לשום אחד ראייה הנ"ל, אלא שכל אחד משניהן טוען שלי היא וזה השלישי תקף בלא טענת שלי היא, דאז ג"כ מוציאין אותה מידו כמ"ש בסימן קל"ט סעיף ב' (סמ"ע), אפילו כשהעדים אומרים שהיתה של אבותיו מעולם ועדים מכחישין אותן, מ"מ אפשר יבואו עדים או שטר מכירה שקנו אבות אבותיו דלא יתכחו מעדים אלו (נתה"מ).

(כג) יחביא האחד עדים שהיא של אבותיו ושאלה שני חזקה והרי היא תחת ידו, והביא האחר עדים שאכלה אלו השנים עצמם (והרי היא תחת ידו)¹⁶⁹ נמצא עדות החזקה של שניהם מוכחשת, מעמידין אותה ביד זה שהעידו עליו עדי החזקה שהיא של אבותיו ומורידים אותה לתוכה, חזר השני והביא אף הוא עדים שהיא של אבותיו שהרי נמצאת גם עדות זו מוכחשת, חוזרים בית דין ומסלקים ממנה אף הראשון ומניחים אותה ביד שניהם וכל המתגבר ירד בה, ואם היתה תחילה ביד אחד מהן מחזיקין אותה לידו כמו שסיקתה תחילה.

¹⁶⁸ אבל לולא זה אינו נאמן במיגו דהוה מיגו חלשה.

¹⁶⁹ זו הוספה של הסמ"ע.

Commented [j168]: מ
אד חלש?

Commented [j169]: ל
א הבאתי את דברי
הש"ך.

חוקן משפט חלק ד'

(עב) והרי היא תחת ידו - פירוש, לפי עדותן הדין נותן שהיא שלו וברשותו, ולפי"ז צריך להגיה גם אחר זה, וכצ"ל השנים עצמן "והרי היא תחת ידו" נמצא כו', וכן הוא במקור הדברים (סמ"ע).

(עג) שהעידו עליו עידי החזקה כו' - דאף דהוכחשו עדים הללו במקצת עדות, מ"מ במאי דלא אתכחושו מאמינין להן כיון דלא ידעינן איזו כת העידו שקר, וכעין זה כתב בריש סימן ל"א דשתי כיתי עדים המכחישות זו את זו כל אחת באה בפני עצמה ומעידה בעדות אחרת (סמ"ע).

(עד) חוזרים ב"ד ומסלקין כו' - והיינו טעמא, דדוקא בדין שלפני זה שדינו כל דאליים גבר, אמרינן בזה, כיון שגבר האחד ובא לידו תו לא מפקינן מידו כי אם בעדות ברורה דלאו שלו הוא, משא"כ בדין זה שהב"ד אסקוהו השדה להאחד ולבסוף נתברר שלא הוה להו לאסקוהו כיון שגם יש להשני עדים כמוהו, אמרינן, הב"ד אסקוהו והם יסלקוהו ממנו, ויהיו שניהן שוין בו כבתחילה ויחזור דינו לכל דאליים גבר (סמ"ע), י"א דאם לוי הי' מוחזק בשדה ושמעון הביא עידי אבהת' ומסרו הב"ד לידו ואח"כ הביא ראובן עידי אבהת' כיון דבשעה שהחזיקו הב"ד לשמעון לא הי' ראובן מערער כלל הוי שמעון מוחזק גמור לא מצי ראובן לאפוקי מיני, וי"א דבכה"ג דהי' ביד לוי אף אם הי' ראובן מערער מיד ולא הי' מביא עדים ונתנו הב"ד לשמעון כשהביא ראובן אח"כ עדים לא מפקי' מיד שמעון דדוקא הכא שלא הי' שום אדם מוחזק בקרקע. אבל כשהי' לוי מוחזק בה קודם ערער זה ובא שמעון בעדיו וביטל חזקה שלו והוציאה מיד לוי בדין נכנס יהודה תחת לוי בחזקה ולא מהני ערער ראובן. ועוד דאם כשהי' שדה תחלה ביד לוי הי' יהודה מערער בעדי אבהת' ולוי מביא עדים דלאו דיהודה הוא ואח"כ הביא שמעון עידי אבהת' מוקמי' הקרקע ביד שמעון דיהוד' לא מצי לסלק לי' מן הקרקע לומר אם כפי העדים שלי הקרקע שלי הוא ואם כפי עדים דידך ממילא נתקיימו העדים של שמעון ובין כך ובין כך הקרקע לאו שלך הוא והדין ביני ובין שמעון דמצי לוי לומר כיון דלפי דברך עידי שמעון שקר הם אין לך להסתייע ע"י עידי שמעון. אבל שמעון מצי שפיר לסלק ללוי בטענת דממנ"פ לאו שלך הוא דגם עדים דידך מסייעי' לי וממילא קמה הקרקע בחזקת שמעון (רע"א).

(כד) זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, זה הביא עדים שהיא של אבותי מעולם (עב) וזה הביא עדים שאכלה שני חזקה תחזור לזה שהביא עדים שהיא של אבותי ויחזור הפירות שאכל, אפילו אין עדים שאכלם אלא על פיו, שהרי לא טען כלום (עו) ואין אכילתו ראייה, שכל חזקה שאין עמה טענה על הבעלים אינה כלום. הגה: אצל אס לא העידו העדים רק סתם שהיה של אבותי ואין מעידין שלא מכרה, אס אפשר לפרש (עז) דכרי המחזיק שאמר של אבותי שר"ל שאבותי קנאוהו שומעין למחזיק (עח), אצל אס טען תחילה שהיו של אבותי מעולם אינו חוזר וטוען (עט), ואס אמר המערער של אבותי והמחזיק אומר של אבותי דמשמע ולא של אבותיך, אנו לא טענינן ליה ליישב דכרי אלא אס כן מפרש דכרי צעמנו, ומיהו אס היו לו עדים שאבותי דכו כו יום אחד אע"ג ללא טען לפרש אנו טענינן ליה (כל זה צטור), חזר זה המחזיק ואמר בן של אבותיך היתה ואתה מכרת לי, וזה שטענתי תחילה שהוא של אבותי כלומר שאני סומך עליה והרי היא שלי כשל אבותי, או שאמר של אבותי שלקחה מאבותיך (פ), הרי זה טענה נכונה שהרי נתן אמתלאה לדבריו הראשונים ומעמידים אותה בידו, והוא שטוען כן בעודן בפני ב"ד, אבל אם יצא מבית דין וחזר וטען, אין שומעין לו דחיישינן שמא למדוהו לטעון שקר (פא), ואם טען בתחילה ואמר לו של אבותי ולא של אבותיך, אין שומעין לו בטענה זו אחרת אפילו בעודו בפני בית דין, במה דברים אמורים שאינו חוזר וטוען בשטוען¹⁷⁰ תחילה בפני בית דין (פב), אבל מה שאמר חוץ לבית דין יכול לחזור ולטעון בבית דין, ויש מי שאומר שאפילו אמר חוץ לבית דין שלא אבותי ולא של אבותיך יכול לומר בבית דין של אבותי שלקחה מאבותיך, ויש מי שהולק בזה (פג) (פד).

Commented [j170]: כ
דאי לבדוק עוד פעם

¹⁷⁰ כשטוען?

חושן משפט חלק ד'

(ע) זה הביא עדים שהיא של אבותיו מעולם - תיבת "מעולם" ליתא במקור, והרמ"א הוסיפו משום דאם אמרו עדי המערער דשל אבותיו היתה מעולם ולא מכרוה, אזי בכל ענין מוציאין מיד המחזיק, דהא לא מצי המחזיק למיטען שאבותיו קנאוה מאבות דהמערער, דהא העידו שלא מכרוה מעולם, וע"ז מסיק וכתב בריש ההג"ה, ז"ל, אבל אם לא העידו העדים שלא מכרוה (סמ"ע).

(עו) שהרי לא טען כלום כו' - ר"ל, כיון שבמה שטען שהיתה של אבותיו כבר אתכחיש, ואין לו זכות אלא חזקתו שאכל הוא הפירות ג' שנים, ולזה אין לו טענה, שהרי אינו טוען שאכל הפירות משום שלקח הוא השדה ממנו, והו"ל חזקה שאין עמה טענה (סמ"ע).

(עז) אם אפשר לפרש כו' - היינו כגון שטען המחזיק ירשתי מאבותי (סמ"ע), כל שאינו טוען בפירוש שאבותיו לקחוה ממנו אין אנו אומרים שכוונתו היה כן עד שיפרש אח"כ, וא"כ גם בלוקח כשטוען קניתי סתם נטעון עבורו שלקחה בפניו (ש"ך), כונת הרמ"א היא כך, דאם המחזיק טען תחילה של אבותי שירשתי ממנו, מפרשינן דבריו שהיתה של אבותיו בשעה שירשה ממנו, משא"כ כשהמערער אמר תחילה של אבותי, שהיתה כונתו שהיתה מעולם של אבותיו, והמחזיק אמר אח"כ לסתור דבריו של אבותי, אמרינן דודאי היתה כונתו ג"כ שהיתה של אבותיו מעולם, כיון שאמר זה להשיב על דברי המערער (נתה"מ).

(עח) ומ"ש שומעין למחזיק - פירוש, שומעין לו אפילו לא טען כן המחזיק לפרש דבריו, אלא אנן טוענין עבורו ומפרשינן דבריו כן (סמ"ע).

(עט) ומ"ש אבל אם טען תחילה שהיתה של אבותיו "מעולם" אינו חוזר וטוען - ר"ל, לא מיבעיא שאנו אין טוענין עבורו שאבותיו קנאוה מאבות המערער, אלא אפילו אם הוא בעצמו בא לפרש כן, אין שומעין לו, דזה סותר דבריו הראשונים דאמר שהיתה של אבותיו מעולם, ואם המחזיק טען של אבותי כו', בזה אנן אין טוענים לו אא"כ מפרש, ר"ל שמ"ש של אבותי שאבותי לקחו מאבותיך, שומעין לו (סמ"ע).

(פ) או שאמר של אבותי שלקחה מאבותיך - הא דלא קאמר נמי או של אבותי שלקחו ממך, משום דבכה"ג אין שומעין לו כל זמן שאין לו ראייה שאבותיו דרו בה יום אחד, כיון דהמערער טוען טענת ברי שלא מכרה לאבותיו, משא"כ בטוען שאבותיו לקחו מאבותיו, דאין המערער יכול לטעון ברי שלא מכרו אבותיו (סמ"ע, ונתה"מ), וי"א דזה שטוען שהיה של אבותי חזקה שאין עמה טענה היא ובעי ראייה שאבותיו דרו בו יום א' (ש"ך).

(פא) דחיישי' שמא למדוהו לטעון שקר - יש שנסתפקו בזה דאפשר באומר של אבותי שלקחוהו מאבותיך שאין שום קצת הכחשה דבריו הראשונים מהני אף ביצא מב"ד וי"א דמהני אף בכה"ג (רע"א).

(פב) כשטוען תחילה בפני ב"ד כו' - פירוש, טענתו הראשונה שטען המחזיק ואמר "של אבותי" טען בב"ד, בזה אמרו, כשאח"כ יצא חוץ לב"ד וחזר ובא לב"ד ליתן אמתלא לומר שכונתו היתה שקנאוה אבותיו, אמרינן שלימדוהו לטעון שקר, אבל אם מה שאמר תחילה של אבותי לא אמר כן בב"ד אלא חוץ לב"ד, ואח"כ בא לב"ד וטען אבותי קנאוה מאבות דהמערער, שומעין לו, ולא אמרינן שלימדוהו בעודו חוץ לב"ד אותה האמתלא ולטעון שקר, אלא אמרינן אין אדם מגלה טענתו חוץ לב"ד, ומשו"ה י"ל דחוזר וטוען בכה"ג אפילו לסתור דבריו הראשונים, וכ"ש כשנותן אמתלא לדבריו הראשונים (סמ"ע).

(פג) שאפילו אמר חוץ לב"ד כו' ויש מי שחולק בזה - טעם פלוגתתן למ"ד שאינו יכול לחזור ולטעון, שכל האומר של אבותי ולא של אבותיך, כאילו אמר לא לקחוה אבותי מאבותיך דמי, נמצא שהודה חוץ לב"ד, והודאת בעל דין אפילו חוץ לב"ד על חובתו כק' עדים דמי. ואף על פי שהמודה לחבירו שחייב לחבירו, כל זמן שלא אמר אתם עדי יכול לומר משטה אני בך, שאני הכא שלזכות עצמו הוא בא בטענתו, והרי הודה בחובתו מכלל הטענה שבא לזכות בה את עצמו (סמ"ע).

(פד) ויש מי שחולק בזה - ע"ל סי' ע"ט ס"ט בט"ז שם (רע"א)¹⁷¹.

Commented [j171]: ה לש?

Commented [j172]: ע 'קצה"ח לעיל ס"ק (מח) שמתייחס לש"ך כאן, וצ"ע - ולא ראיתי צורך להביא את דברי הש"ך, וכן את דברי הנתה"מ

Commented [j173]: ה סמ"ע האריך להסביר איך הלשון של הרמ"א מגומגם, ואיך להבין אותו, וצ"ע אם נצרך

Commented [j174]: ז ה גם הנתה"מ כאן וגם לעיל, וזה משנה משהו [שיש ב' נתה"מ כאלה]?

חוקן משפט חלק ד'

(כה) יאהביא המערער עדים שזו השדה שלו. **Error! Reference source not found.** וזה שבתוכה טוען ממך לקחתיה והרי שמרי והוציא שטר מקויים(פה), ריבטען המערער שהוא מזויף והודה לו בעל השטר ואמר כן הוא אבל היה לי שטר כשר ואבד(פו) ולקחתי זה שבידי כדי לאיים עליו שיודה שמכר לי באמת, הואיל ואלו רצה היה עומד בשטרו(פז) שהרי מקוים הוא הרי זה נאמן, ואין מוציאין השדה(פח) מתחת ידו וישבע היסת. הגה: ימי שהחזיק שני חזקה והמערער הביא ראיה שנתבטל המקח(פט), אפילו הכי הוי חזקה לשמא אחר כך חזר וקנאה ממנו, ועוד דכתיבה כזו אינה מצטלת המקח עד שיחזור ויקנו ממנו קנין גמור.

Commented [j175]: ע
י' ש"ך סק"ו

(פה) והוציא שטר מקויים – וי"א דאפילו אם אינו מקוים אלא יכול לקיימו כו' (סמ"ע), פי' אלא שיכול לקיימו אח"כ מהני, אמנם אי עביד הדיין עובדא והחזיק למערער בקרקע או שהחזיק המערער מעצמו בקרקע אפילו שהיה השטר מקוים אין מוציאם מהמערער (ש"ך).

(פו) שטר כשר היה לי ואבד – איתא בגמ' (ב"ב לב ע"?) אמר רבה מה לו לשקר ורב יוסף אמר אמאי קא סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וכו', ומסקינן הלכתא כרבה בקרקעות וכרב יוסף בכספים. י"א משום דמספקא ליה לש"ס אי אמרינן מיגו כהאי, ומש"ה בקרקע מוקמינן ליה בחזקת המחזיק ובזווי בחזקת הלוח. וי"א דלאו משום ספיקא הוא אלא דינא הכי דבקרקע אמרינן מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים, וכרב יוסף בזווי דהוי מיגו להוציא מחזקת ממון שהוא מוחזק ממש¹⁷² (קצה"ח).

(פז) הואיל ואילו רצה היה עומד בשטרו כו' - פירוש, אף בלא החזיק ג' שנים (סמ"ע וש"ך).

(פח) הרי זה נאמן ואין מוציאין השדה כו' - ובשטר הלואה בכה"ג אין הולכין אחר השטר כמו שכתב לעיל סוף סימן פ"ג. והטעם, דלעולם אין מוציאין בכה"ג מתחת יד המחזיק (סמ"ע).

(פט) והמערער הביא ראיה שנתבטל המקח – פי' שנכתב בפנקס דמתא שנתבטל הקנין, הואיל וקנו ממנו מתחילה בקנין גמור, לא נתבטל אח"כ הקנין במה שכתבו בפנקס שנתבטל הקנין כו' (סמ"ע).

(צ) ועוד דכתיבה כזו כו' - ור"ל דקיי"ל דהנותן מתנה לחבירו בשטר והחזיר לו השטר דלא חזרה מתנתו עד שיחזור ויקנה ממנו בקנין או במתנה גמורה, עי' לקמן סימן רמ"ה סעיף ט', ולעיל סימן ס"ו סעיף י"ג (סמ"ע).

סימן קמו – המערער על השדה והוא עד או דיין:

(א) יראובן שמכר לשמעון שדה והיה לוי מעדי השטר(א), ובא לוי לערער על השדה ולטעון שראובן נזל אותה ממנו, אין שומעין לו ואין משגיחין על ראיות שיביא על אותה שדה והרי איבד כל זכותו(ב), שאומרים לו היאך תעיד על המכר ותבא ותערער. הגה: ידווקא שחתם עם עד אחר, אצל אס חתם לזד לא אצל זכותו, די"ל מה שחתם כי היה יודע שאין חתימת עד אחד כלום, וכן אס לא חתם צעד רק לכבוד צעלמא לא אצל זכותו.

(א) ראובן שמכר שדה לשמעון כו'. עיין בתשובות מבי"ט ח"א / ח"ב / סי' פ"א ובתשו' מהרשד"ם סימן כ"ו ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב / ח"א / סימן רי"ד (ש"ך)¹⁷³.

(ב) ואין משגיחין על ראיות שיביא כו' - אפילו כשאין לראובן המוכר עדים שהוא שלו מאבות או בקניה (סמ"ע), אפילו נגד עדי גזילה מהני זה שחתם עצמו, דנגד לחתום עצמו לעד היה יכול לאשתמוטי מהגזלן, ולכך הוי הודאה (נתה"מ).

(ג) היאך תעיד על המכר ותבא ותערער - דוקא בכה"ג דעבד לוי המערער מעשה, דחתם בשטר או העיד בפיו בבית דין, משא"כ בנתן לשמעון המחזיק עצה לקנותו, וכמ"ש לעיל

Commented [j176]: ח
צי הראשון לא
הבאתי, אבל לא ברור
לי שצריכים להביא
בכלל

¹⁷² זה מח' רשב"ם ותוס', ואיזהו מובא בשו"ע?
¹⁷³ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

בסימן קמ"ו סעיף י"ז, וגם בסוף סימן זה חזר וכתבו. וגם דוקא כשמערער ואומר שהשדה היתה גזולה מידו, אבל מלוה שחתם בעד כשמכרה הלוה לאחר, חוזר וטורף מידו, כמ"ש בסימן קי"א סעיף י"ז, דכיון דאין לו אלא שעבוד על השדה של הלוה שפיר קחתים מעיקרא, ועיין לעיל סימן קכ"ט סעיף ח' בהג"ה (סמ"ע).
(ב) ויובן אם העיד לוי בשטר שכתוב בו השדה פלוני של ראובן מצד מזרח או מערב, הואיל ועשה השדה סימן לאחר והעיד בשטר איבד זכותו ואינו יכול לחזור ולערער. הגה: ר"אפוטרופוס או בית דין לזכנו של יתומים זכאוי גוונא לא אנדו זכותם [שיש] להם על השדה, י"אס המערער שכן הקרקע מן המחזיק הוי כחתום עליה בעד ואבד זכותו, ועיין לעיל ריש סימן קמב.

(ד) וכן אם העיד לוי בשטר שכתוב בו - מיירי שאיש אחר מכר שדה שלו לאיש אחר, וכתב שדה זו דמערער עליה לוי למיצר מזרח בשם המחזיק, ולוי המערער חתם עליו, ומדין זה נלמד דכ"ש כשהמערער גופיה מכר שדה שלו וכתב שדה שמערער עליה למיצר מזרח בשם המחזיק, או כשהמחזיק מכר שדה שלו לאחר וכתב שדה זו שמערער עליה לוי למיצר מזרח בשמו, ולוי המערער חתם עליו לעד (סמ"ע).

(ה) ועשה השדה סימן לאחר - דוקא לאחר, אבל לעצמו לא איבד זכותו, דמימר אמר אי לאו דעבדי הכי לא הוה מזבין לי (סמ"ע, וש"ך), עיין בתשו' מ"ע סי' מ"ו (ש"ך) 174.

(ו) לא אבדו זכותם - לא אבדו זכותן שיש להן על קרקע שהוא מחמת חוב ושעבוד, ודוקא קאמר זכות שיש להן מחמת חוב "ושעבוד", דכיון דאין גוף הקרקע של הב"ד, שפיר עבדי דזבני, דסברו בעת ההיא לגבות חובם ממקום אחר, משא"כ כשבאו הב"ד אחר כך לערער ולטרוף בטענה שהיתה גזולה בידם, שאיבד הדיין את זכותו כיון שכבר הגבה את השדה לאחר, כמ"ש הרמ"א לקמן סעיף ד' (סמ"ע).

(ז) אם המערער שכר כו' עד ועיין לעיל ריש סימן קמ"ב - ר"ל, שם סעיף א' בסוף הג"ה כתב כן בדין אדם ששכר ממנו חזקת ישוב, ועיין מה שכתבתי שם טעם דלא שייך בשכירות לומר עביד אינש דזבין דינא (סמ"ע).

(ג) ה"טען העד ואמר תלם אחד הוא שעשיתי סימן ולא כל השדה ואותו תלם הסמוך למצר בלבד הוא של ראובן, הרי זה טענה הנשמעת, ויש לו לערער על כל השדה הוין מאותו תלם, ויהוא שיש בתלם ט' קבין שהוא שיעור שדה אם כתוב שדה, ואם אין כתוב שדה אלא קרקע אין לו אלא תלם קטן. הגה: חזר וטען חזרתי ולקחתי ממנו תלם שהודיתי בו, אס אין כתב ידו יולא ממקום אחר או שהתלם בידו והחזיק בו אח"כ נאמן, טען מה שעשאו סימן לאחר לאו משום שהוא שלו, רק שהנכסים נקראים כד"ב, שהיו שלו תחלה טענתיה טענה אח"כ פירש זההיא שהם שלו.

(ח) אם כתוב שדה כו' - דאין שדה פחות מכדי שיורעו עליו ט' קבין, וכמ"ש לקמן בריש סימן קע"א סעיף ג', ע"ש (סמ"ע).

(ט) חזר וטען חזרתי ולקחתי כו' - מיירי אפילו לא טען כן מיד בפעם א' מעולם לא הודיתי אלא על תלם אחד וגם אותו תלם חזרתי ולקחתי ממנו, אלא גם לאחר שטען תחילה בבית דין לא הודיתי לו אלא על תלם אחד, יכול אח"כ לחזור ולומר גם אותו תלם איני מניחו בידו כי כבר חזרתי ולקחתי מידו (סמ"ע), ה"ה ביתמי טענין להו שמא חזר ולקחו אבוהון אבל אם ידוע שלא חזר ולקחה לא טענין להו מזויף דמילתא דלא שכיחא הוא, ולפי מה שהעליתי לעיל סי' ס"ט ולקמן סי' רצ"ז דכל מילי טענין ליתמי, א"כ ה"ה הכא, עיין בתשוב' מהר"י לבית לוי סי' ב' דף ט' ע"א וב' ודף י"ב 175 (ש"ך).

(י) אם אין כתב ידו יוצא כו' - דאז נאמן במיגו דמעולם לא עשיתי לו סימן וזה אינו כתב ידי. ומ"מ אינו נאמן לומר שלא הודיתי לו כי אם על תלם אחד שהוא פחות מט' קבין, דה"ל כמיגו עדים, דאנן סהדי דאין שדה פחות מט' קבין (סמ"ע), מדכתב הרמ"א סתם, משמע שאפילו אינו מוחזק בה כלל אלא שהקרקע הוא תחת יד המחזיק אפ"ה כל שאין כתב ידו יוצא ממקום אחר נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממנו במיגו דמזויף, ואמרינן

Commented [j177]: מ פיק?

Commented [j178]: ל א הבאתי את דברי הפ"ת

174 לא עשיתי

175 לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

בזה מיגו להוציא, דהא מודה שכבר מכר הקרקע אלא שחזר ולקחה ממנו והוי להוציא מחזקת בעלים הראשונים, ומשום דאמרינן מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים, ודוקא בממון שמוחזק תחת ידו ממש הוא דאלים חזקה זו ולא מהני מיגו להוציא מחזקת ממון ממש, אבל נגד חזקת מרא קמא שפיר מהני מיגו וכמ"ש בסימן פ"ב סק"ג? ע"ש (קצה"ח), ויש חולקים על הש"ך דהכא כיון דהמוכר והלוקח מכחישין אותו לא טענינן להו, ע"ש (נתה"מ).

(יא) או שהתלם בידו והחזיק בו אחר כך - מיירי דוקא שעשאו לסימן אחר שערער והוציאו בדין, ולכך נאמן לטעון שלקחו אחר שעשאו סימן כיון שהחזיק ג' שנים. אבל כשעשאו סימן ואח"כ ערער, והוציאו בדין והחזיק ג' שנים מחמת שלא ידעו המחזיק והב"ד מהשטר שכתב בו המערער שדה זו לסימן, ואח"כ נתברר מהסימן שעשה, בכה"ג אינו יכול לטעון חזרתי ולקחתי, דהא המחזיק יכול לטעון לא ידעתי מהשטר שעשה בו הסימן עד עכשיו, ומה היה לי למחות כיון שהוציא מידי ע"פ בית דין. ועוד, כיון שנתברר שבטעות הוציא הב"ד מידו, והוי כאילו ידוע שבגזל בא לידו, לא הוי חזקה, דאפילו בהגיע לידו במשכנתא או בשכירות מחלוקת הפוסקים בסימן ק"ן סעיף ג', ובכה"ג לא הוי חזקה (נתה"מ).

(יב) שהנכסים נקראים כך - כשעשאו סימן והכל היו יודעים מזה שעשה סימן, והשדה היה תחת יד המערער זמן רב, ואח"כ בא המחזיק ולקחו ממנו בעל כרחו, ובא המערער לפני ב"ד וערער והביא עדי גזילה, וטען על הסימן שעשה שלא הודה כלל בעשותו הסימן רק מאיזה טעם אחר עשה הסימן על שמו, ושכיב קודם שנפסק הדין. ובא האפוטרופוס לפני הדיין, ופסק לו דטענת המערער שטען בחייו דהסימן לאו הודאה הוא, לאו טענה היא, ולכך לא היה יכול האפוטרופוס לטעון חזרתי ולקחתי, דכיון שכבר טען המערער בחייו שהסימן לא היה הודאה כלל והשדה היא שלו מעולם, הוי כאומר שלא מכרה והוי כהודה שלא לקחה, כמו באומר לא לוחתי דהוי כאומר לא פרעתי, והכא נמי כשאומר לא מכרתי כאומר לא לקחתי דמי, דלמה היה לו ליקח אותה בכסף כשלא מכרה כלל, ולכך טען תלם עשיתי לו סימן, פירוש כיון דליכא הוכחה מתוך השטר על ההודאה רק על שיעור שדה, א"כ נהי דחשבינן ליה להחזק כפרן על שיעור שדה שכפר לו, מ"מ הא הוחזק כפרן בממון זה לא הוחזק כפרן על ממון אחר ומהיכא תיתי נחייבהו ביותר משיעור שדה. ואח"כ כשזיכה אותו ולא צויה ליתן לו יותר מתלם אחד, טען דילמא היה אבוהון טעין חזרתי ולקחתי אותו התלם, ואפשר שהיה לאביהן שטר מכירה על אותו תלם והא דהוצרך לכפור ההודאה, שטען שלא הודה כלל בעשיית הסימן, הוא משום דידע שלא על תלם זה בא המחזיק מכח הטענה שטען שעשה הסימן, שהרי יש בידו שטר מכירה מהתלם, וסבר שהמחזיק בא בהטענה מכח מה שעשה סימן על כל השדה. דהא טענת תלם אחד היא טענה גרועה, דלפי כמה שיטות לא מהני טענה זו כשכל השדה מוחזקת ביד המחזיק, ולכך הוכרח לכפור **ההודאה** (נתה"מ).

(ד) רי"ד דיינן החתום בקיום השטר יכול לערער מפני שיכול לומר לא ידעתי מה היה כתוב בשטר, מפני שהדיינים יכולים לקיים השטר אע"פ שלא קראוהו, רי"אנלל אס היה דיין והגבה לזה הקרקע אנל זכותו).

(יג) היה דיין והגבה כו' - ואין מעשה ב"ד דיבורא בעלמא, דנימא דעביד אינש דמיקרי ואמר, אלא מעשה רבה הוא, ואף על פי שלא חתמו הב"ד בשטר גוביינא אלא ציוו לעדים וחתמו, שלוחן כמוהן כו', ועמ"ש לעיל בסמוך בסמ"ע סעיף ב' (סמ"ע).

(ה) בא שמעון ונמלך מלוי ואמר ליה הנני קונה שדה פלוני מראובן ובעצתך אקנה אותה, אמר ליה לוי לך וקנה אותה שהיא טובה, יש ללוי לערער עליה ולא איבד זכותו שהרי לא עשה מעשה, ויש מי שאומר דדוקא כשהודה המערער שיעצו בכך אבל אם כפר ואמר להר"ם והלה הביא עדים לדבריו מחייבים המערער **בכך**.

סימן קמח - מי שאבדה לו דרך שדהו:

n :Commented [j179]
לש

l :Commented [j180]
א הבאתי את דברי
הסמ"ע

חושן משפט חלק ד'

(א) יימי שהלך למדינת הים ואבד דרך שדהו(א), בין שהיו ארבעה השדות המקיפים אותה לארבעה אנשים(ב), בין שהיו ארבעה שקנו מאחד, הרי כל אחד מהם דוחה ואומר שמא דרך שלך על חבירי הוא, לפיכך יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר.

(א) מי שהלך למדה"י כו' - ע' בתשובת רמ"א סי' ק"ט¹⁷⁶ (ש"ך).

(ב) בין שהיו ארבע השדות כו' - פירוש כך היו מעולם וכן הוא עתה ביד ד' אנשים, בין שהיו מתחילה של אדם אחד מעולם ומכר אותן לד' אנשים. ואח"כ בסעיף ב' מסיק וכתב ז"ל, וכן אם היו הד' שדות לאיש אחד, פירוש עתה בשעת הערעור, שהן של איש אחד שקנהו מיד ד' אנשים (סמ"ע).

(ב) וכן אם היו ד' השדות לאיש אחד שקנה אותן מארבעה(ג), אין לו עליו דרך שהרי אומר לו עתה אם אחזיר לכל אחד שטרונד(ה), אין אתה יכול לעבור על אחד מהם ואני קניתי מכל אחד מהם כל זכות שיש לו, אבל אם היה בעל ד' השדות המקיפות איש אחד והוא בעל המצר מתחילה ועד סוף(ו), הרי זה אומר מכל מקום דרכי עליך, וילך לו בקצרה באי זו שדה שירצה בעל השדה(ו), ואם החזיק בדרך יי"לדין חזקה ואומר היא דרכי(ח), אין מסלקין אותו ממנה אלא בראיה ברורה.

(ג) אחד שקנה אותן מארבעה – הכא גבי דרך דהוי דבר המסוים, אפילו בשותפין שקנו כאחד ופלגי אהדדי נמי מצי מדחי, ומכ"ש אלו הארבעה שקנו כאחד דמעולם לא נעשו שותפין וכל אחד קנה לעצמו דודאי מדחי ולא הפסידו כלום במה שקנו כאחד, ואינו דומה לדקל בכלל (קצה"ח). ויש חולקים דהיינו דווקא בנאבד לו דרך, דהיינו שגוף הקרקע הוא של אחר רק שהיה לו שעבוד וחייב על בעל הקרקע ליתן לו דריסת רגל, וכיון דאין ידוע על מי מהמוכרים יש לו שעבוד זה שיהיה מחויב להניחו לילך דרך שדהו, גם על הלוקח מהן אין לו שעבוד, דכששעבוד הגוף בטל גם שעבוד נכסים בטל, דכיון שהגוף שלו ואין עליו רק חיוב שיניחנו לילך כשיצטרך דמי להא דמבואר בסוף סימן מ"ט דכיון שאינו יכול לתבוע המוכר גם הלוקח אינו יכול לתבוע. אבל בקרקע עצמו אם ידוע שבין אותן ארבעה בני אדם יש קרקע גזולה, חייביים להחזיר לו, ולא רק זה אלא שגם אסור לקנות מהם דהוי כאיסור קבוע. ועוד אם יוסף בן שמעון גזל שדה מראובן ואין העדים יודעין איזה יוסף בן שמעון, ואח"כ מכר יוסף בן שמעון אחד כל שדותיו ליוסף בן שמעון השני, דיכול ראובן להוציא שדה אחת מיוסף בן שמעון, אף דאין ראובן יכול לברר בעדים איזה הגזלן ואיזה שדה היא גזולה וכן המקנה מתוך רכשו דקל מסוים לביתו, ומת ואפילו היה ניכר הדקל בשעת מתנה ואח"כ נשכח איזהו וחלקו היורשים אח"כ, ודאי דחייביים בין כולם להחזיר דמי הדקל לברתא, דהא כל אחד נטל חלק מהדקל.. ראובן שהיתה לו דריסת רגל על בית של שמעון, והיתה לשמעון הברירה ליתן לו דריסת הרגל באיזה מקום שירצה, שלא סיים מקום הדרך, ואח"כ מכר שמעון אותו לשנים, ללוי ויהודה, ללוי לצד מזרח וליהודה לצד מערב, ואח"כ רוצה לוי לבנות מצד דרום עד החצי ולומר לראובן שיהיה לו הדריסת רגל בהחצי שהוא לצד צפון, ויהודה רצה לבנות בביתו לצד צפון עד החצי, ולדחות לראובן שיהיה לו דריסת הרגל בהחצי שהוא לצד דרום, ונמצא שיהיה ראובן קרח מכאן ומכאן. אז אם קנו לוי ויהודה בזה אחר זה, חל החיוב של דריסת הרגל רק על האחרון מטעם מה מכר ראשון לשני, וכיון שהראשון היה יכול לדחותו לאיזה מקום שירצה, כן הלוקח ממנו יכול לדחותו אל המקום שנשאר אצל המוכר כמו בבינונית וזיבורית הנ"ל. ואם קנו ביחד יכול לגבות לעצמו דריסת רגל, ומחויבין ליתן מבין שניהם דריסת רגל דרך הבית והן יתפשרו ביניהם על ברירת המקום על דריסת רגל, ולא דמי לאבד לו דרך דהכא, דשאני הכא שהיה הדרך מסוים, ומי שיש בידו השדה שאין עליו הדרך אין לו עליו כלום, דהא אינו נהנה משל חבירו כלל, משא"כ הכא שהיה דרך שאינו מסוים, רק חיוב על המוכר ליתן לו דרך באיזה מקום שירצה, ממילא כשקנו ביחד הוטל על שניהם החיוב בשוה. ואם כבר בנה אחד לצד דרום עד החצי ושתק האחר, ונשאר הדרך של ראובן לצד צפון, ואח"כ טען האחר שיסתור הלה בנינו שיותן לשמעון דריסת הרגל מבין שניהם, נראה

Commented [j181]:
כול למכור השדה עם הדרך, די"ל דמיירי במקום שאם ירצה למוכרו לאחר, יכול הלה לומר איני מניח לאחר לילך דרך שדה שלי - טענה זו של הנתה"מ לא הבאתי שני"ל שהוא רק בא לתרץ השאילה מתוס' בבכורות

חוקן משפט חלק ד'

דתליא במחלוקת בשיעבודין כאלה בסימן קנ"ג [סעיף ב', ט"ז?], אם צריך ג' שנים וטענה או דהוי מחילה מיד, דהכא נמי דכוותיה, דכיון שעשה דבר המתקיים בכדי שתהיה דריסת הרגל בצד השני הוי מחילה, ומכל שכן בשכבר מכרו לאחד, דטוענין ללוקח שהיה דרך מכירה. ודע, דהכא בחד שקנה מחד נראה דמייירי באופן שאי אפשר לטעון עבור הלוקח שהמוכר לקח ממנו מקום הדרך, והיינו שלא היה ג' שנים וכיוצא (נתה"מ), עיין בתשובת גליא מסכת סי' ו' שהאר"ך הרבה בענין זה (פ"ת)¹⁷⁷.

(ד) אם אחזיר לכל אחד שטרו כו' - כבר נתבאר לעיל סימן קי"ח [סק"ה?] וקי"ט סעיף ה' דהיכא דאית ליה לאדם ריוח בהחזרת השטר יכול לומר כן, ואף אם לא החזירו כאילו החזירו דמי, והכא נמי יש לו ריוח דאם יחזיר השטר יחזיר לו דמי כל השדות (סמ"ע), דלא אמרינן הכי אלא כשירויח מה בחזרתו, גם כאן ירויח כי המוכרים לו יחזירו לו כל דמי השדות שהרי לא היה לו על שום אחד מהן דרך בבירור (סמ"ע בשם הפרישה), דברי הפרישה תמוהין, דהתם היינו דיש ריוח לשכנגדו ולא למחזיר, ומשום דאם אין ריוח לשכנגדו מצי אמר לכי תהדר, אבל כשיש ריוח לשכנגדו לא מצי אמר הכי, והתם גבי עידית וזיבורית אומר לו מהדרנא ולא תגבה אלא מזיבורית והשתא שאינו מחזיר יגבה כדינו **בבינונית** (קצה"ח).

Commented [j182]
למעשה יש חילוק הלכתי או זה רק טענה בלימוד?

(ה) שם - ואם מתו הד' חייב ליתן לו דרך אחר כדלעיל סי' קי"ט ס"ה (ש"ך), וי"א דאין לחלק בין המוכרים קיימים (קצה"ח, ונתה"מ).

(ו) והוא בעל המצר מתחלה ועד סוף - לאו דוקא שזה שהוא עתה בה היה בעל המצר משעה ראשונה, אלא ה"ה אם זהו הוא אחד וגם קנהו מאחד כמוהו, וז"ש "והוא", ר"ל כמוהו (סמ"ע).

(ז) באיזה שדה שירצה - כאילו אמר "או באיזה שדה שירצה", שהברירה ביד בעלי השדות, דלפעמים לא ניחא ליה שילך באותו דרך הקצרה מפני שצריך הוא לאותו מקום (סמ"ע).

(ח) ואם החזיק בדרך בדין חזקה - זה קאי אכל פרטי דינים דסימן זה דלאחר שהחזיק אין מסלקין אותו (סמ"ע). וי"א דקאי אכל הסימן ואפ"ה לא בעי חזקת ג' שנים אלא כיון שזה מוחזק בו וטוען ברי ה"ל אינך מוציא וכיון שטוענין שמא אינך יכולין להוציא אלא בראיה ברורה (ש"ך), לפי דברי הסמ"ע היינו דוקא בבעל המצר מתחלה ועד סוף דודאי צריך ליתן לו דרך אחד אלא דהברירה בידו ליתן לו איזה שירצה, ואם תפס בה אינו יכול להוציא מידו ואמרינן מאי דתפס דידיה הוא, אבל היכא דאינו צריך ליתן לו כלום וכגון בארבעה דאתי מכח חד או מכח ארבעה או חד דאתי מכח ארבעה דא"צ ליתן לו דרך כלל לא מהני תפיסה, וי"א בעיקר דאפילו להוציא נמי אמרינן מהדרנא שטרא למאריה (קצה"ח), לפי הש"ך בכולם מהני תפיסה בעל כרחם, כיון שהוא טוען ברי והן שמא. ועיקר כסמ"ע, כיון דבשעה שנולד הדין ביניהם היו הן מוחזקין ולא היה יכול להוציא מהן, מטעם חזקת ממון, שוב אינו מועיל תפיסה בעדים. דאפילו במטלטלין שמועיל תפיסה אינו מועיל תפיסה באיני יודע אם נתחייבתי לך, ובודאי ה"ה אם טוען על מטלטל ידוע שהוא שלו והלה מוחזק וטוען איני יודע לא מועיל תפיסה בברי ושמא, מכ"ש בקרקע דלא מועיל ביה תפיסה. אלא ודאי דקאי רק על חד שקנה מחד דמהני תפיסה. ואף דבקרקע לא מועיל תפיסה, מ"מ כיון דעכ"פ יוצא אחד מרשותו, רק שהספק על איזהו, לא שייך לומר קרקע בחזקת בעלים ומועיל תפיסה. וכשטוענין ברי, אם נולד הספק קודם שהוחזק בו שום אחד ושניהם טוענין ברי על מקום הדרך, הדין כל דאלם גבר, ואם אחד טוען ברי ואחד שמא ברי עדיף (נתה"מ).

סימן קמט – אלו שאין להם חזקה: השותפין, והאריסין, והאפוטרופסים, הגזלנין, והאחין, וחרש שומה וקטן;

(א) י"א אובן שאכל שדה שמעון שני חזקה וטען שהיא לקוחה בידו, י"א הביא שמעון עדים שהיא ידועה לו, וכן הביא עדים שראובן ידוע שהוא שותפו או אריסו או

¹⁷⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

אפוטרופוס ומפני זה לא מיהה, תחזור השדה לשמעון וישבע היסת שלא מכר ולא נתן, אבל אם לא הביא שמעון ראייה שראובן היה שותף או אריס, אלא ראובן הודה מעצמו (ואמר) הן הוא שותפו ומכר לי, נאמן במיגו שהיה יכול לומר שלא היה שותפו מעולם. הגה: י"שני שותפים בקרקע אחת וזא אחד והחזיק בקרקע שלהן, אע"ג לגבי האחד לא הוי חזקה כגון שהיה אריסו או אפוטרופוס שלו או שלא היה עמו במדינה, מכל מקום מועיל חזקתו נגד השותף השני לחלקו (טור בשם הרא"ש כלל טו ס"ג וכ"כ הב"י בשם הרשב"א).

(א) ראובן שאכל שדה שמעון כו'. עיין בתשוב' מהרי"ט סי' קי"ב דף קל"ו ובתשובת מבי"ט ח"א / ח"ב / סי' רכ"ג ובתשובת מהרא"ן ששון סי' קפ"ג באורך: (ש"ך) 178.

(ב) שהוא שותפו או אריסו כו' - דלהני אין חזקה מטעם שיתבאר בסמוך סעיף ב', וסעיף כ"ה (סמ"ע).

(ג) אבל אם לא הביא שמעון ראייה כו' עד נאמן במיגו כו' - במיגו כי האי שהוא לאפטורי מממון כו"ע מודים, עי' בריש סימן צ"ג (סמ"ע).

(ד) כגון שהיה אריסו או אפוטרופוס שלו כו' - דאף דלא מועיל חזקתו בחלקו דאחד מאלו, אפ"ה מועיל בחלקו של זה השני. ואף על פי דלא חלקו ואין ברירה, מ"מ היה לו למחות כדי שלא יאמר קניתי חלקך לעמוד במקומך בשותפות עם שותפך (סמ"ע).

(ה) מועיל חזקתו נגד השותף השני - היינו דוקא בשיש בו כדי חלוקה, דאז היה להשותף גם כן חזקה אם היה לו טענה, מש"ה יש גם כן להאריס שלו חזקה, אבל באין בו כדי חלוקה דאין להשותף חזקה מטעם דאימר חלקו כך שיהיה לזה ג' שנים ואח"כ ג"כ לזה ג' שנים, אף לאריס שלו אין לו חזקה, דהא יש לומר שהשותפין חלקו כך שיהיה לזה ג' שנים, והוריד האריס על ג' שנים שלו, לפי תירוץ הראשון בט"ז דלתירוץ השני קשה (נתה"מ).

(ב) שדה של שני שותפים שאין בה דין חלוקה, אע"פ שאכל אחד מהם כולה כמה שנים הרי היא בחזקת שניהם, ואם יש בה דין חלוקה ואכלה האחד כולה שני חזקה יש לו חזקה. הגה: אבל אם החזיק בחזקה ואומר זה הגיע לחלקי, לא הוי חזקה, וכן אפילו החזיק כולה והשותף נותן חלי המס הוי מחאה ואינו חזקה.

(ו) שדה של שני שותפין - עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קל"א ובתשובת י' לב כלל ט"ו ס"ס פ"ט: (ש"ך) 179.

(ז) שאכל אחד מהן כולה כמה שנים כו' - הטעם, דשמא עשו כך חלוקה ביניהן שזה יאכל פירותיה כך וכך שנים רצופות ואח"כ יאכלנה גם כן השני כל כך שנים, כיון דאין בה שיעור חלוקה להשתמש ולאכול ממנה שניהן בכל שנה, משא"כ ביש בה דין חלוקה והחזיק בכולה, דכיון דאפשר לחלקה ולא חלקו הוי חזקה. אבל אם שניהן אוכלין כל אחד החצי מן השדה, וחלק האחד עדיף מהשני, לא יוכל זה שחלק הטוב בידו לומר בגורלי עלה זה החלק, דיאמר שותפו, כן הסכמנו שהוא יאכל פירות הללו ג' שנים מחציה זה הטוב ואני מחציה השני, ובג' שנים שאחריו בהיפך (סמ"ע).

(ח) כולה כמה שנים - אם שותף אחד השכירה השדה, והיו פורעין השכירות לשותף זה ולא לאחר לא עלתה לו חזקה (פ"ת) 180.

(ג) הבן שהוא סומך על שלחן אביו ונחשב בכלל בני ביתו, אם אכל בנכסי אביו שני חזקה, וכן האב שאכל נכסי זה שהוא סומך עליו שני חזקה, לא עלתה להם חזקה.

(ד) נסתלק מעל שלחנו, מחזיקין זה על זה.

(ה) יש מי שאומר דה"ה לחתן בנכסי חמיו.

(ט) יש מי שאומר דה"ה לחתן כו' - עיין מ"ש בב"ח בזה 181 (ש"ך).

(ו) אב בנכסי הבת וכן הבת או הבן בנכסי האם, דינם כבן בנכסי האב ואב בנכסי הבן. הגה: והוא הדין בשאר קרובים שאין מקפידין זה על זה לפי ראות הדיינים.

178 לא עשיתי

179 לא עשיתי

180 לא עשיתי

181 לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(י) (ד) אב בנכסי הבת כו'. ע"ל סי' קנ"ד סכ"א ועיין בתשובת מהרשד"ם ס"ס רנ"ב ובתשובת מבי"ט ח"א/ח"ב/ס"ס ל': (ש"ך)¹⁸².

(יא) ה"ג "וכן" הבת כו' - "וכן" בכף ולא "ובן" בבי"ת, ואתא ללמדנו דבת או בן בנכסי אמם יש להן דין כבן בנכסי האב הנ"ל בסעיף ג' (סמ"ע).

(יב) והוא הדין בשאר קרובים - וביש ספרים כתוב בסעיף ז' הג"ה זו, ואין שם מקומה אלא לסעיף זה שייכי (סמ"ע), מה שטען דמחמת קורבה שתק, אפילו אם כבר הקפיד פעם אחת ומחה לא נפקי מכלל קרובים דאמרינן מחמת אהבה אינו מוחה, ואינו דומה עושה מאהבה לעושה מיראה, שאם מיחה פעם אחת צריך למחות בסוף כל ג' וג' ואי אפשר לומר שלא מיחה בסוף ג' בגלל יראה (קצה"ח), העיקר כהט"ז, דבזה אפילו אינן סמוכין על שולחנו כל שלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין, וכולל גם כן האב והבן כשלפי ראות עיני ב"ד אינן מקפידין, ולא בעינן סמוכין רק בסתם כשאין ידוע אם מקפידין, וכן מה שהניח הש"ך בצ"ע בס"ק ז' על השאלת מקום בבית הכנסת לחתנה, הוא רק בסתמא, אבל כשאין מקפידין לפי ראות עיני ב"ד, אפילו בשאר קרובים הדין כך¹⁸³ (נתה"מ).

Commented [j183] ה חלק של סבלנות נוגע לכאן?

(יג) לפי ראות הדיינים - ראובן שהיה לו מקום אחד בבהכ"נ של נשים וכלתו יושבת עליו כמה שנים, ואחר מותו טען הבן שקנה המקום מאביו ויש לו שטר ועדי חזקה, ושאר יורשים מערערים לומר שהוא בחזקת אביהם, וכאשר אמרו לו הב"ד שיביא שטרו הלך לביתו להביא השטר, וחזר ובא לב"ד ואמר שיגע ולא מצא השטר שנאבד מאתו, צריך לישבע שאבד שטרו, מקודם שדינן על החזקה. ועל דבר החזקה, אם אין מקפידין זה על זה כל הקרובים אין להם חזקה זה על זה, אמנם אם היה לזה עוד בנים וכלות ולא הושיב על המקום אלא זו, אמרינן דטענתו טענה, דמסתמא לא היה משנה בין הבנים ובנותיו וכלותיו להושיב זו על מקומו אילו לא לקחה מאתו. ועיין בתשובת מהרי"ט ח"ב חלק חו"מ סי' (ב') [פ"ב]¹⁸⁴ (פ"ת).

(יד) האחים שאוכלים על שולחן אחד וכיס אחד לכולם, יש מי שאומר שאין להם חזקה זה על זה.

(יז) האחים שאוכלים - עיין בתשובת ר"ם אלשקר ס"ס מ' (ש"ך)¹⁸⁵.
(טו) וכיס אחד לכולם - במה שירשו אחין מאביהן יחד הן כשותפין בו ואין מחזיקין זה על זה, ומשמע משם דאפילו אין כיס אחד להן אין מחזיקים באותה ירושה, והמחבר לימדנו כאן דביש כיס אחד להן אין מחזיקין זה על זה אפילו בדבר שהיה של אחד מהן לבד, ובאב ובנו אין מחזיקין האחד על השני אפילו בדבר שאין לו חלק בו (סמ"ע).

(ח) אם אח אחד עשיר ואחד עני ואין לו כלום ואחיו מוציא עליו, והעני הוא דר בבית המיוחד לאחיו, אין לו בה חזקה. הגה: ר"ח א"ש סהלותה לחתנה מקום צנית הכנסת וישב עליה, לא הוי חזקה שכן דרך להשאיל זה מזו.

(טז) אם אח אחד עשיר - ע' מ"ש ב"ח בזה (ש"ך)¹⁸⁶.
(יז) והעני הוא דר בבית המיוחד לאחיו כו' - ואם ירשו אותו הבית יחד, דבר פשוט הוא דלא יוכל זה האח העני שדר בו ג' שנים לומר קניתי גם חלק אחי העשיר והחזקתי בו ג' שנים, ולא ניתן לכתוב, דהרי יש לו חלק בו ולא עדיף משותפין, לכך כתב בבית המיוחד לאחיו (סמ"ע).

(יח) אשה שלוחה לחתנה מקום בבית הכנסת - עיין בתשובתי מה שחידשתי וכתבתי בזה בס"ד (סמ"ע)¹⁸⁷.

(יט) לא הוי חזקה - מהכא נראה אפילו אינו סמוך על שולחנו, וצ"ע לדינא, ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' ו' (ש"ך)¹⁸⁸.

¹⁸² לא עשיתי

¹⁸³ לא עשיתי

¹⁸⁴ לא עשיתי

¹⁸⁵ לא עשיתי

¹⁸⁶ לא עשיתי

¹⁸⁷ לא עשיתי

¹⁸⁸ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

(ט) יי"האיש שאכל בנכסי אשתו שני חזקה, יי"הא"פ שהתנה עמה שאין לו פירות בנכסיה ואפילו התנה עמה כשהיא ארוסה שלא יירשנה, ואחר כך אכל יי"האובנה והרם ועשה כל מה שעשה, יי"הא"פ שאכלה פירות בנכסי בעלה ונשתמשה בהם כחפצה כמה שנים, אע"פ שייחד לה שדה במזונותיה ואכלה שדות אחרות, אין אכילתן ראייה. הגה: יי"הא"פ שלא הזיק גופה של קרקע, אצל חפר בקרקע צורות שיחין ומערות וכיוצא בהן שקלקל הקרקע והיא לא מחתה הוי חזקה, וכן חזקה נזקין כגון פתיחת חלונות וכיוצא בו, יש אומרים דהוי חזקה.

(כ) אף על פי שהתנה עמה שאין לו פירות בנכסיה ואפילו התנה עמה כשהיא ארוסה שלא יירשנה כו', עד אין אכילתן ראייה – המחבר קיצר כאן שסך אמה שכתב באה"ע סי' צ"ב, לכן אכתבהו כאן כדי שתבין את דבריהן. לסילוק הפירות אפילו סילק נפשו מהן אחר הנשואין "ואמר לה אפילו בלא כתיבה" דין ודברים אין לי בנכסיך ולא בפירותיהן וקנו מידו, אלים מילתא דקנין דאינו אוכל הפירות, ואם מכרה או נתנה קיים, ואם התנה כן בעודה ארוסה אין צריך קנין אלא באמירה גרידא דדין ודברים אין לי בנכסיך ובפירות סגי, ולא מיבעיא לענין סילוק הפירות ומכירתה להקרקע, אלא אפילו התנה בעודה ארוסה שלא יירשנה מהני הסילוק דדין ודברים כו' בדיבורא בעלמא ובלא קנין, אבל אם התנה שלא יירשנה אחר נישואיה אפילו קנין לא מהני, דכיון דיש לירושה צד דאורייתא, אלמוה רבנן ואמרו דלא יכול לסלק נפשו ממנה, כי אם כשהתנה בעודה ארוסה דאז מהני בכל דבר, ככל נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה, דכיון שעדיין לא באו הנכסים לידו, בסילוק בדיבור בעלמא דדין ודברים וכו' ובלא קנין סגי, ולא דמי לב' שותפים שאחד בא להעיד להב' דלא סגי בסילוק דדין ודברים כו' אם לא שקנו מידו, דשם הקרקע כבר החזיה היא שלו, אבל לאחר שנשאה ידו כידה ועדיפא מידה, ע"ש ותמצא כמו שכתבתי. ויש חולקים דבהתנה בעודה ארוסה בסילוק דדין ודברים וכו' באמירה גרידא ובלא קנין אפילו לענין שלא יירשנה סגי, ועוד חולק עמו, דלאחר נישואין לא מהני תנאי אפילו בקנין, ואפילו לענין סילוק מפירותיה לחוד, אף על פי שבשותף מהני הסילוק דדין ודברים כו' בקנין וכו', באיש בנכסי אשתו אחר הנשואין לא מהני. ואחר שכתבתי פירוש כלל דברי המחבר אשיב ידי ואכתוב פירוש פרטי דבריו. מה שכתב "אף על פי שהתנה עמה כו'", "ר"ל אף על פי שהתנאים הללו חלים עליו לקיימם, אפילו תנאי דירושה, מ"מ כיון דאין מדרך האשה להקפיד על בעלה ומניחתו לאכול פירות נכסיה, משום הכי אין לו חזקה (סמ"ע).

(כא) ובנה והרס - אפילו אם חפר בה הבעל בורות שיחין ומערות בשדותיה אין לו חזקה, וא"כ מש"כ הרמ"א, "ודוקא שלא הוזק גופה של קרקע אבל חפר כו'", פי' "ודוקא" הוא כאילו אמר "וי"א" (סמ"ע), וי"א שבנה והרס אינו דומה לחפר בורות¹⁸⁹, עיין בספר א"א דף פ"ז וע"ב (ש"ך)¹⁹⁰.

(כב) אבל חפר בקרקע בורות כו' - מדסתם הרמ"א שמע מינה דס"ל דאפילו אם לא כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן אפילו הכי הו"ל חזקה כשחפר בורות. ועיין באה"ע סימן פ"ז סעיף א' דלא הזכיר הרמ"א חילוק זה דחפר בורות, והיינו טעמא, משום דשם אין מקום מקור דדיני חזקה משום הכי קיצר ולא נחת להכריע בדבר התלוי בפלוגתא. הגה – י"א דאפוטרופוס ומורשה שנכנסו ברשות אפשר דלכו"ע לא הוי חזקה אף בחפירת בורות (סמ"ע), עי' בסמ"ע בסימן רי"ב ס"ק י"ג?, שאשה שמכרה בנכסי מלוג שלה לאחר שנשאת, דלוקח יכול למחות בבעלה שלא יבנה ושלא יהרוס, ומשמע אבל לא מכרה אין האשה בעצמה יכולה למחות בו, והוא מהאי טעמא שבעלה קנאה כל ימי חייה וכו' ע"ש. וכיון דס"ל הי"א לעיל ס"ק (כ), והוא שיטת הרמ"א, דבעל יכול לבנות ולהרוס, א"כ מאי זו חזקה שחפר בה בורות, הא היכא דאין מחאה אין חזקה, וכ"ז אפילו לא כתב לה דין ודברים וכו', ע"כ ס"ל דאין לו רשות לחפור בורות דהיינו הורס. ובחלקת מחוקק סימן צ' ס"ק ל' וז"ל, הלוקח יכול למחות, אף אם לא מכרה היא בעצמה יכולה למחות שלא לקלקל גוף הקרקע, שאין לבעל אלא פירות, וזה שלא כדברי הסמ"ע

¹⁸⁹ זו דברי הב"ח ולא עשיתי

¹⁹⁰ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

סימן רי"ב (קצה"ח), י"א דהוי חזקה מיד, וי"א דצריך חזקת ג' שנים, דבלא חזקת ג' שנים איכא ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו. אך מ"מ קשה לי, דמשמע מכאן דאף דאין ראייה מאכילת פירות, מ"מ כיון שהזיק בגופה של קרקע וגם היתה בידו ג' שנים דליכא שוב ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו הוי חזקה, א"כ קשה דהיה לו למינקט דין זה בכל חזקת קרקעות, דאם ראובן חפר בקרקע שמעון בורות וגם היתה בידו ג' שנים דליכא ריעותא דהיה לו ליזהר בשטרו, הוי חזקה אפילו לא היה כלל אכילת פירות, לכן נראה דמיירי כאן שהיה הבעל צריך לבורות לאכול פירות מהבורות וכמו שכתב הט"ז [ד"ה אבל ?], וכיון דהקרקע אינה עשויה לבורות לא נשתעבד להבעל הקרקע לעשות בורות ולאכול פירות מהבורות, ואין לו שעבוד על פירות רק על הקרקע כמות שהיא, א"כ אכילת פירות מהבורות הוי חזקה מעליא לגבי הבעל כיון שאכל פירות מהבורות ג' שנים, דאין לומר הא יש לבעל פירות, דזה אינו, דפירות מבורות הא לית ליה דלא נשתעבד לו הקרקע לפירות כאלו, וכיון דאכל פירות מבורות ג' שנים הוי חזקה, אבל אם לא אכל פירות מבורות רק שהזיק ושהתה בידו ג' שנים, אף שאכל ג"כ פירות מגופה של קרקע ג' שנים כפי השעבוד שלו, ודאי דלא הוי חזקה, וכיון דמיירי באכילת פירות מבורות ג' שנים שוב א"צ לכתוב דין דחפר בורות גבי חזקת קרקעות, דפשיטא הוא דמהני. אמנם יש ללמוד מכאן באחד ששכר קרקע לפירות ואח"כ חפר בה בורות לפירות, והוא לא שכר ממנו על אופן זה, הוי חזקה, כמו בבעל שיש לו פירות והוי חזקה כשאכל פירות באופן שלא נשתעבד לו בכה"ג, וה"נ דכוותיה. ולפ"ז מוכח דהמחבר סבירא להו צד השני דבעי ג' שנים, חדא, מדלא כתבו דהוי חזקה מיד, ועוד, דאי נימא דהוי חזקה מיד א"כ היה להן לכתוב דין זה ג"כ נגד שאר חזקת קרקעות. והעיקר כמ"ש הט"ז, דודאי כשמקלקל לא הוי חזקה דלא גרע מזרע רצופין באתרא דמוברי. וכן נראה באם שהוא מתקן לגמרי כגון בשדה העשויה לבורות דלא הוי חזקה, דהמערער יכול לומר לא חששתי מחמת שסברתי דאדעתא להשביח בשבילי ירדת, כמו יורד לשדה חבירו שלא ברשות, וכמבואר בסימן קמ"א סעיף ח', ולא הוי חזקה בחפר בה בורות רק בגוונא שהוא תיקון למחזיק וקלקול לבעל הקרקע, כגון הכא שהבעל צריך לבורות, וכיון דקרקע זו אינה עומדת לבורות הוי קלקול לגבי האשה, מש"ה הוי חזקה, ובכה"ג אפילו בין אדם לחבירו הוי חזקה, דלא כסמ"ע ס"ק (כא) (נתה"מ).

(כג) וכן חזקת נזיקין כו' - דכיון דאינו מחזיק בגוף הקרקע שלה אלא שבא להשתמש בה לפרקים או לראות בה מחלונו, ומצינו דהקילו בו חז"ל בעלמא דלא הצריכו בחזקתו לא טענה ולא חזקה ג' שנים, אלא בראיית הבעלים ושתקו ולא מיחו אמרינן דמחול להו מיד, משום הכי נמי הקילו בו גבי חזקת נכסי אשת איש שיהיה חזקה בעניינים כאלו בין לבעלה בין לאחר (ובסעיף י"א סתם המחבר דאין לאחר חזקה) מיד שראתה שפתח חלונו על חצירה ושתקה, והרמ"א חולק ומצריך גם בחזקת הזקן נזיקין כאלו טענה וחזקה ג' שנים, ור"ל וממילא אין חזקה לאיש ולא לאחר בנכסי אשת איש גם בהיזק נזיקין אלו ואפילו החזיק בה ג' שנים, כמו שאין להם חזקת ג' שנים באכילת פירות נכסיה, ולא דמי לחפירת בורות למאן דס"ל דהוי ביה חזקה בנכסיה, דשם מקלקל הקרקע עצמה ולא ה"ל לשתוק, וזה מש"כ הרמ"א, בחפר בה בורות סתם דהוי חזקה, ובחזקת נזיקין כתב בלשון פלוגתא. והא דכתב דעת י"א זה דהוי חזקה בנזיקין לחוד, ולא כתב נמי דעת ר"י הנ"ל דלפי דבריו אין להם בהן חזקה, משום דדעת מור"ם נוטה להלכה דא"צ חזקת ג' שנים וטענה, וכמו שכתב בסימן קנ"ה סעיף ל"ה ע"ש, ומה"ט נמי נראה דסתם מור"ם באה"ע סימן פ"ז סעיף א', ועיין בסמ"ע בסימן קנ"ג בסעיף ט"ז (סמ"ע).

(כד) כגון פתיחת חלונות וכיוצא - פירוש, כל הנזקין דכתב בסימן קנ"ג וקנ"ד וקנ"ה (סמ"ע).

(י) נתגרשה אפילו ספק גירושין הרי היא כשאר כל אדם. אלמנה אצל יתומים, כל זמן שיש לה מזונות אין לה חזקה בנכסי בעלה.

(כה) נתגרשה אפילו ספק גירושין כו' - י"א ואף על פי שעדיין חייב במזונותיה ולא יחד לה שדה אחרת אפ"ה יש לה חזקה, כיון דמסני סני לה מסתמא איננו נותן לה הפירות

Commented [j184]: ל

א הבאתי את דברי הש"ך שמחליף בין ראש לרמב"ם, האם הוא נצרך?

חוקן משפט חלק ד'

למזונותיה בלא דין, ומדהניחה לאכול בשופי ודאי קנתה, וי"א דמיירי גם כאן דוקא כשייחד לה שדה אחרת למזונותיה (סמ"ע וש"ך).

(יא) אין מחזיקין בנכסי אשת איש(כו), כמו שנתבאר בטור אבן העזר סי' פז.

(כו) אין מחזיקין בנכסי אשת איש - הטעם, משום דהיא סומכת על בעלה שיעשה מחאה כיון שהוא אוכל פירות נכסיה בחייה ועתידי לירשה אם תמות היא תחילה, וי"א דמהני תנאי דלא יירשנה, לפ"ז אם כתב לה דלא יהיה לו הנאה מנכסיה ומפירותיה בחייה ובמותה מהני בה חזקה, והכא מיירי בדלא כתב לה כלל או דכתב לה "בחייה" ולא כתב לה "במותה", ואפילו טוען זבינתה ממך ומבעלך אינו נאמן. וי"א דאם החזיק בחיי בעלה וגם לאחר מותו החזיק לפניו ג' שנים וטוען מכרת לבעלך בפניו והוא מכרה לי, נאמן במיגו שאם היה רוצה היה טוען זבנתי ממך אחר מות בעלך (סמ"ע). עיין בתשו' מהר"ם מלובלין סימן ל"ו ובתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ז (ש"ך¹⁹¹), וי"א דהבעל הוא כאפטרופוס משום הכי סומכת עליו, ומשמע דאפילו אין לו שום הנאה אפ"ה סומכת עליו, ועיקר כדברי הסמ"ע (קצה"ח).

(יב) ראובן שמכר פירות שדהו לשמעון שלש שנים, ובא לוי ואכלן אותן שלש שנים, לא עלתה לו חזקה.

(כז) ובא לוי ואכלן כו' - הטעם נמי משום שאינו מקפיד לעשות לו מחאה, דכיון דמכר הפירות לאחר, סבר דאותו האחר הורידו לפירות במקומו (סמ"ע).

(יג) מי שהחזיק גולן על השדה זו, או מי שהחזיקו אבותיו שהם הורגים נפשות על עסקי ממון, אע"פ שאכל שדה זו כמה שנים, לא החזיק ותחזור השדה לבעלים, וכן המחזיק בנכסיו אינה ראייה.

(כח) מי שהחזיק גולן כו' - עיין בתשו' נ' לב ספר א' כלל ט"ו סימן פ"ו כתב כה"ג (ש"ך). (כט) או מי שהחזיקו אבותיו שהן הורגין נפשות כו' - י"א אם הוא מוחזק שהורג נפשות על עסקי ממון, ולא משפחתו, ומדלא ביארו הראשונים דין מי שהחזיק גולן על כמה ענינים אבל אין יודעין בו שהורג נפשות מה דינו, דנראה דכל כי האי מוחזק בהורג נפשות מיקרי, דכיון דידוע שאדם בהול על ממונו ויעמוד כנגדו להצילו, ודאי בא להרוג או ליהרג¹⁹² (סמ"ע).

(ל) וכן המחזיק בנכסיו כו' - נראה דאמי שהחזיק שהורג נפשות לחוד קאי, וי"א דאפילו אינו גולן אלא על שדה זו דמיקרי ג"כ סתם גולן, אין מחזיקין בנכסיו, והטעם, דכיון שמטיל מורא על שדה זו של אחר, כ"ש שמטיל מורא על שדה של עצמו (סמ"ע).

(יד) עכו"ם שאכל כמה שנים קרקע הידוע לישראל, אין אכילתו ראייה, ואם לא הביא שטר, תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה.

(לא) אין אכילתו ראייה כו' - די"ל דירא למחות בו וגם בישראל הבא מכחו, וכדין הקונה מגולן ובן גולן, ועיין לקמן סימן קנ"ב. אמנם אם החזיק הגוי או הישראל הבאים מכחו מ' שנה הוי חזקה (סמ"ע), וי"א דאינו ירא למחות בישראל שלקחו מהגוי, ומ"מ אינה חזקה, כיון דאפילו בישראל שלקח מישראל לא טענינן עבורו אם לא שדר בו המוכר יום אחד דאז מחזיקין שהוא של המוכר וטוענין ללוקח, משא"כ בגוי לא חשיב דירת גוי לחזקה שנטעון ללוקח. גם מ"ש הסמ"ע, דאם החזיק הגוי או ישראל הבא מכחו מ' שנה הוי חזקה, י"א דבעינן דוקא שהיה דר בו הגוי קודם שמכרה לישראל מ' שנה, ומשמע דאם היה פחות מ' שנה ביד הגוי רק שהיה ביד הישראל מ' שנה דלא מהני, והטעם נראה, דבשלמא כשהיה ביד הגוי מ' שנה, שקנאו הגוי מדינא דמלכותא ואייאוש מייאש מריה מיניה, דיאוש כי האי כשאינו יכול להוציא בדיניהם מהני אפילו בקרקע כמבואר בסימן רל"ו סעיף ט', משו"ה זכה הישראל דבהיתירא אתי ליד הישראל, והוי כמו יאוש ושינוי רשות דמהני מהאי טעמא הואיל ובהיתירא אתי לידה, אבל כשלא היה ביד הגוי מ' שנה דלא נתייאש ביד הגוי, ואפילו את"ל שנתייאש אחר המ' שנה שהיה ביד הישראל, מ"מ הא באיסורא אתי לידה דלא מהני ביה יאוש, ולא אמרינן דינא דמלכותא

Commented [j185]: ל
א הבאתי את דברי
הקצה"ח השני שזה
בא לתרץ דבריה שו"ע
באה"ע

Commented [j186]: ל
א הבאתי תא דברי
הסמ"ע.

Commented [j187]: ל
א הבאתי דבריה
סמ"ע סקכ"א

¹⁹¹ לא עשיתי

¹⁹² לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

דינא לבטל דין תורה כמ"ש הש"ך סימן ע"ג ס"ק ל"ט?, ועוד, אמאי יש לו להתייאש כשהוא ביד הישראל (נתה"מ).

(לב) תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה - פירוש, הישראל המוציאה מיד הגוי א"צ לישיבע לא שבועה חמורה ולא שבועת היסת, שלא תיקנו היסת אלא לישראל, ואף לישראל הקונה מהגוי, ישראל המערער עליו מוציא מידו בלא שבועה, שאין נשבעין היסת על טענות שמא, וישראל זה אינו יודע בבירור שקנאה הגוי (סמ"ע), וי"א דחשבינן טענת עכו"ם לברי אבל כאן כיון שהעכו"ם נוגע בדבר ודאי דלא עדיף מישראל דנתבאר לעיל סימן ע"ה ס"ג בהג"ה דאין משביעין כשהוא נוגע, וע"ל סי' קע"ו סל"ו בהג"ה ומ"ש שם (ש"ך).

(טו) וישראל שקנה מעכו"ם קרקע הידוע שהיה של ישראל, דינו כמותו ואין אבילתו ראייה. הגה: וישראל שני שקנה מישראל שקנה מן העכו"ם, כיון דטוענין ללוקח טוענין לישראל שני, שמא ישראל ראשון ראה שטר אצל העכו"ם או שצפניו לקחה העכו"ם, דלזו מהני חזקה כמו שיתבאר בסמוך, וכל מקום דיכולין לכוף העכו"ם צדיניהם, אם צא להחזיק צאל ישראל שלא כדיון יס לישראל הצא מכחו חזקה, מומר לעכו"ם דינו כעכו"ם, והצא מכחו אין לו חזקה, וכל זה שלא מיחה המערער במחזיק כלל, אבל אם מיחה פעם אחד ושזב שחק ג' שנים ולא מיחה, הוה חזקה דהרי גילה דעתו שאינו ירא למחות.

(לג) דינו כמותו - כבר כתבתי בס"ק? דגם בזה המערער א"צ לישיבע לו (סמ"ע).
(טז) טען זה הישראל הבא מחמת עכו"ם, ואמר בפני לקחה העכו"ם שמכרה לי מזה הישראל המערער, הרי זה נאמן בשבועה מתוך שיכול לומר אני לקחתי ממך והרי אבלתיה שני חזקה.

(לד) בפני לקחה הגוי - או הראני שטר שקנאה ממך, נאמן במיגו כו'. והיינו דוקא כשאומר שהיה השטר מקוים או שהכיר החתימות, דאם לא כן השטר חספא בעלמא הוא. וה"ה אם טען שידוע לו שלקחה הגוי מישראל בחובו ומכרה לו דנאמן במיגו (סמ"ע).

(לה) מתוך שיכול לומר אני לקחתי ממך - והא דהיה נאמן אם טען כן אף על פי שידוע הוא שבא לידו מהגוי, כתבתי טעמו לקמן (סי' קנ"ג?), ועייין לקמן ריש סימן קנ"ב הכלל שכתב ד"ל, כל אלו שאמרו שאין להם חזקה יש לבניהן חזקה כשטוענים חזרנו ולקחנו מהבעלים, אף שמודים שבא לידן מכת אלו שאין להן חזקה כו', ועיי"ש בסמ"ע (סמ"ע)¹⁹³.

¹⁹³ ע"י נתה"מ סי' נתיבות המשפט ביאורים סימן רלו ס"ק ה

[ה] שטוענין לו שהראשון קנאה מהם. ומכ"ש כשהלוקח בעצמו טוען שקנאה ממנו דנאמן מטעם חזקה דג' שנים. והרשב"א בחידושו [גיטין נ"ח ע"ב ד"ה לקח] תמה, דהא אפילו ראינו שלקחה מהבעלים אחר שקנאה מהסיקריקון אמרינן דמחמת יראה הקנה, ומכ"ש ד"ל שהיה ירא למחות בו. (מת"י) [ותירין] וז"ל, אף על גב דבלוקח מגזלן אין טוענין, ואפילו טען אין מקבלין, הכא טוענין, וטעמא דמילתא, דכיון שתיקנו ללוקח מסיקריקון דקנה רק שיתן רביע, וידוע הדין אצל הכל, חזקה שנתן, ודוקא שאכלו ג' שנים דאיכא רגלים לדבר, הא לאו הכי לא, משא"כ בלוקח מגזלן דנגזל מוציא מידו בלא כלום, ואין הלוקח עשוי לקנות מהגזלן ולחזור וליקח עוד בכדי דמיו מבע"ב, ולפיכך אמר בלוקח מסיקריקון בכגון זו דעשוי הוא הלוקח ליקח מעיקרא ליתן ג' חלקים לסיקריקון ורביע לבעלים, עכ"ל הרשב"א.

והנה דעת הסמ"ע לעיל סימן קמ"ט ס"ק (ס"ו) [כ"ו] דאף בלוקח מגזלן מהני, ולא אמרינן שהיה ירא מהלוקח מגזלן, ובלקח מסיקריקון ואח"כ מהבעלים מקחו בטל ואמרינן שהיה ירא ממנו, ולדעת הסמ"ע צריך לחלק בין סיקריקון שבא מחמת נפשות [ד] ירא אפילו מהלוקח ממנו, משא"כ בגזלן סתם אינו ירא מהלוקח ממנו. ולפי"ז בגזלן כשיש עדים או שטר שחזר וקנה מהבעלים, אפילו לא ראו נתינת המעות, מהני, דאלת"ה מאי מהני חזקה ללוקח מגזלן כשטען שקנה ממנו, הא חזקה במקום שטר קאי וכיון דשטר לא מהני מכ"ש דחזקה לא מהני, אלא ודאי כמו שכתבתי דבגזלן שטר ועדים נמי מהני בלוקח מגזלן.

אמנם הוא תמוה לפענ"ד, דא"כ הא דמקשה בב"ב דף מ"ז [ע"ב] ארב נחמן מאי קמ"ל תנינא לקח מסיקריקון וכו', ועייין רשב"ם שם [ד"ה לקח] דכיון דאין ראית הלוקח מגזלן ראייה וכו', לישני ליה סיקריקון שאני. לכן העיקר כרשב"א, דהא לא מצינו שום פוסק שחולק על הרשב"א ומה"ת לא נפסוק כהרשב"א שהוא ראש הפוסקים, ובודאי נשמש מהסמ"ע דברי הרשב"א מדלא הביאם. ולכן נראה דאפילו בלוקח מגזלן וגוי לא מהני ראייה ושטר כשידוע שבא לידו מהגזלן והגוי, ובשו"ע שם סימן קמ"ט סעיף ט"ו שכתב שנאמן לומר אני לקחתי ממך, מיירי שאין ידוע שבא לידו מהגזלן, אז בודאי נאמן לומר שהוא בעצמו קנאה ממנו.

' :Commented [j188]
ש להביא את שיטת
הראב"ד?

חושן משפט חלק ד'

(יז) יב"החזיק עכו"ם בקרקע ונתגייר, ושהתה בידו ג' שנים אח"כ, וטוען קניתי ממך אחר שנתגיירתי, נאמן.

(לז) קניתי ממך אחר שנתגיירתי נאמן - מידי דהוה אישראל הבא מחמת גוי שנאמן לומר קניתי ממך (סמ"ע), העיקר כדעת הט"ז דודאי מהימן במיגו, ודוקא כשנשתנה שמו וענינו מהני חזקה כשכא לידו שלא בתורת מקח, ומשו"ה בגר שנתגייר דקטן שנולד דמי הוי כנשתנה שמו וענינו, משא"כ בגזולן שעשה תשובה¹⁹⁴ (נתה"מ).
(יח) יב"החריש שומה וקטן אין אכילתם ראייה, מפני שאין להם טענה¹⁹⁵ כדי שתעמוד הקרקע בידם, אלא תחזור לבעלים, וכן המחזיק בנכסיהם אין אכילתם ראייה.

(לז) חש"ו אין אכילתן ראייה - היינו משום דחזקה שאין עמה טענה, וחש"ו אין טענתן טענה, ודוקא ביורש ולוקח הוא דהב"ד טוענין טענתיה דמוכר, ועיין מ"ש בסימן ע"ה סקט"ז? ועיין מ"ש בסימן פ"ב סק"ה (קצה"ח), משמע לפי דברי השו"ע דכשנתחרש או נשתטה המחזיק אחר שהחזיק שאין לו טענה בשעה שבא לב"ד, לא ליהוי חזקה. לכן נראה דהכי פירושו, כיון דחזקה מכח שטר קאתיא, ועיקר חזקה הוא לענין שיכול לטעון שאבד שטרי, וחרש שומה וקטן דלאו בני שטרא נינהו ואין להם טענה דאבד שטרי, לכך לא מהני בהו חזקה, דהא עיקר מחאה הוי רק כדי לאזדהורי בשטרא (נתה"מ).

(יט) יב"החזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל, כיצד אכלה בפניו כשהוא קטן (שנה ושתיים) אחר שהגדיל, וטען אתה נתת לי אתה מכרת לי, אינו כלום עד שיאכל שלשה שנים רצופות אחר שהגדיל. הגה: רביוש לוממיס לאינה חזקה, דהואיל ויכל לשדה כשהיה קטן, לא ידע שהיתה שלו שימחה וכן נראה לי עיקר.

(לח) אין מחזיקין כו' - ע' בתשובת מהר"ש כהן ס"ס ב' בסי' כ"א: (ש"ך)¹⁹⁶.

(לט) ה"ג אכלה בפניו כשהוא קטן שנה ושתיים אחר שהגדיל (סמ"ע), כיון שזה החזיק שתי שנים כשגדל מצי לטעון שקנה כשגדל ויצטרף שנה של קטנות כיון שלא מיחה וכיון דשתק כשהגדיל מהני המכירה שמכר בעודו קטן, כיון שלקח המעות ונשתמש הלוקח בקרקע זו לפניו כשנעשה גדול ולא מיחה נתקיימה ביד הלוקח שהרי רצה בממכרו (קצה"ח).

(מ) ויש אומרים דאינו חזקה - פירושו, אפילו החזיק בה ג' שנים אחר שהגדיל. ונראה דאפילו טען קניתי ממך אחר שהגדלת ואבדתי השטר לאחר שהחזקתי בה ג' שנים מזמן גדלותך, אינו נאמן מהאי טעמא דאמרינן דלא קנהו והקטן אף אחר שהגדיל לא ידע שהיתה של אביו שימחה בו (סמ"ע), וכן עיקר¹⁹⁷ (ש"ך).

(מא) וירד לשדה כשהיה קטן - ונראה דאם הקטן מת וירשו גדול והחזיק גם בפני הגדול, דהוי חזקה, דכיון שהיה גדול בשעה שמת מוריש מורישו, דכשם שהגדול יודע בשל מורישו כמו כן יודע בנכסי מורישו (נתה"מ).

(כ) יב"החזיקין בנכסי קטן דוקא כשידוע שהיה של אביו, אבל אם אינו ידוע, הוי חזקה במיגו שהיה טוען לא היתה של אביך מעולם, ואם החזיק בה שלשה שנים בחיי האב, ואחר מיתת האב בא בנו הקטן לערער, אין שומעין לו, ויבואם צריך להביא עדים

Commented [j189]: מ ה חוות דעתך על ההערה

Commented [j190]: ד ברי הנתה"מ הם לתרץ שיטת הרמב"ן לפי הגמ' בהמפקיד, וכן להסביר עומק בדברי התוס', ולא נ"ל שזה להלכה

ולענין קושיית הרשב"א הא דמהני כאן בסעיף ה' חזקה, נראה לפענ"ד לחלק, דלוקח מגזולן כיון שעביד איסור לקנות ממנו, דהא איסור לקנות מהגזולן כמבואר בסימן שס"ט [סעיף א'], ולכך נעשה הלוקח ג"כ כגזולן. ועוד, דעל כרחק היתה דעתו כשקנה ממנו שלא להחזיר הדמים להגזול, שאין אדם עשוי לקנות מגזולן ולהחזיר וליתן להגזול כדי דמיו כמ"ש הרשב"א, ועל כרחק היתה דעתו לאכול פירות השדה הגזולה וגזולן הוא, והוי כהחזק גזולן על שדה זו וירא למחות בו, כמו שאין לכל גזולן חזקה מה"ט שירא למחות, כיון שהלוקח ג"כ גזולן הוא, משא"כ בלוקח מסיקריקון, שעשו תקנה כדי שלא יוחלט הקרקע ביד הסיקריקון ליקח ממנו וליתן לבעלים רביעי, ואפילו משה ואהרן מותרין לעשות כן, וא"כ איזה ענין יש לומר שהיה ירא ממנו מחמת שהיה מחזיקו בגזולן, כיון דבדין קעביד ואין מחזיקין ישראל כשר בגזולן, דאפילו בטוען גזולן אתה על שדה זו ולכך לא מחיתי אינו נאמן להחזיקו בגזולן, מכ"ש כאן, וכיון שהיה לו ליקח רביעי קרקע שלו תיכף בלא מעות, שהברירה ביד בעלים, היה לו למחות. ואפשר שגם הרשב"א כיון לכך.

¹⁹⁴ לא עשיתי - לבדוק הט"ז ואז לבדוק עוד פעם, שהחלק השני של הנתה"מ חולק על הט"ז

¹⁹⁵ ולא משום שאין להם קנין שיש להם קנין בדעת אחרת מקנה (קצה"ח).

¹⁹⁶ לא עשיתי

¹⁹⁷ לשון הש"ך היא וכן עיקר בש"ס אבל נ"ל שכוונתו לומר שכן עיקר להלכה.

חושן משפט חלק ד'

על חזקתו מביא ומקבלים עדותן אע"פ שהמערער קטן, ואם יצא קול המגרע חזקה, כגון שיצא קול שבתורת משכונא בא לידו, אם יצא הקול בחיי האב קודם שהחזיק בו ג' שנים שהיתה המשכונא בידו לשנים ידועות וכלו השנים אחרי מות אביהם, לא הוי חזקה, אבל אם החזיק בה ג' שנים בחיי האב קודם שיצא הקול ואחר כך מת, הוי חזקה.

(מב) דוקא כשידוע שהיה של אביו - וכשראוהו עדים שאביו דר בו סגי, ולא בעינן שידעו בודאי שהיה שלו, וכמו שכתבתי בריש סימן ק"מ סק"א? (סמ"ע).

(מג) אבל אם אינו ידוע הוי חזקה - פירוש, כל זמן שלא יודע הדבר, דכשיוודע הדבר אחר זמן שהיה של אביו חוזרין ומוציאין אותו מידו (סמ"ע).

(מד) הוי חזקה כו' - אפי' שמוחזק בו יום א' מטעם מגו וכמ"ש בסי' ק"מ? וקמ"ו?, וכ"כ בסמ"ע ס"ק (מו) (ש"ך).

(מה) במגו שהי' טוען לא היתה של אביך כו' - ואף על גב שהי' מעיז שפיר אמרי' מגו בכהאי גוונא (ש"ך).

(מו) אף על פי שהמערער קטן - דאף דאין מקבלין עדות בפני קטן, שאני הכא דזה החזיק כראוי והוא עתה בחזקתו, ור"ל לאפוקי אם לא היה נשאר בחזקתו, וכמו שכתב בסעיף כ"ג, ומקור הדברים כתבתי לעיל בסימן ק"י ע"ש בסמ"ע סק"ד? (סמ"ע).

(מז) וכלו השנים אחר מות אביהן - גירסת "וכלו" היא עיקר, וכונתו דשני המשכנתא הם כלים אחר מות אביהם, ממילא כשיכלו אותן השנים ועדיין מחזיקו בידו מסתמא אביהן בחייו לא מכר לו, וכיון שהם קטנים ודאי ג"כ לא קנו מידם, וממילא בתורת גזל הוא בידו, ולפ"ז מה שסיים וכתב "דכשיצא הקול אחר ג' שנים ואח"כ מת דאינו מבטל החזקה", ר"ל אפילו יצא הקול שיכלו שני המשכנתא אחרי מות אביהם. ועיין לקמן סימן ק"ן שכתב בסעיף ג' פלוגתא באם כלו ימי המשכנתא והחזיק בו אח"כ ג' שנים (סמ"ע).

(כא) מי שהחזיק בנכסי קטן ואמר משכונא הם בידי ויש לי עליהם חוב כך וכך, הואיל ואילו רצה אמר לקוחים הם בידי, נאמן שהרי אינה מוחזקת שהיתה לאביו של זה, והרי זה גובה לו (משבחה) מה שטען ותחזור ליתומים, אבל אם יצא עליה קול שהיה של יתומים בענין הקול שכתבנו בסמוך, אינו נאמן שהרי אין מחזיקין בנכסי קטן, ותחזור שדה וכל הפירות שאכל ליתומים עד שיגדילו ויעשה עמהם דין.

(מח) מי שהחזיק בנכסי קטן ואמר משכונא הם בידי ויש לי עליהם חוב כו' - מ"ש המחבר בסעיף זה ובסעיף שאחר זה אכלה שני חזקה כו', אין מקומן בסימן זה דאיירי באי יכול לטעון לקוחה היא בידי במה שהחזיק בה ג' שנים או לא, ולא איירי באי נאמן על טענה אחרת במיגו דלקוח, ומקום המיוחד לזה הוא בסימן ק"ן בסעיף ד' ה', אלא שהמחבר נמשך אחר סדר דברי הרמב"ם [בפי"ד מטוען ה"ז - ט'], וגם מפני ששני הסעיפים הללו כ"א וכ"ב יש להן חיבור למ"ש המחבר לפניהן בסעיף כ'. ומ"ש המחבר בריש סעיף כ"א: מי שהחזיק בנכסי קטן, אינו ר"ל שהחזיק בה ג' שנים, דכיון שאינו ידוע שהיתה של אבי הקטן, אפילו יום אחד נקרא מוחזק בה, והמערער עליו צריך להביא עדים שהיא שלו מאבותיו, או שהיתה בידו ג' שנים וטוען קנייתה ואבד שטרי, וכמבואר בריש סימן ק"מ וזה ברור. מ"ש מי שהחזיק בנכסי קטן, קאי אמ"ש לפני זה בסעיף כ' דאם אינו ידוע שהיתה של אבי הקטן הוה חזקה, על זה כתב כאן דלא מיבעיא דנאמן לטעון לקוחה היא בידי, אלא אפילו לטעון חוב יש לי עליו ממקום אחר נאמן, ואפילו לא החזיק בה ג' שנים (סמ"ע), מ"ש הסמ"ע דמ"ש המחבר "אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים כענין הקול שכתבנו בסמוך כו'", ר"ל שיצא עליה קול קודם שהחזיק שני חזקה שהיא של יתומים ובמשכונא בא לידו. ומ"ש בסכ"ב אכלה שני חזקה כו' בלא יצא קול דאי ביצא קול, ושאל שהרי כתב לקמן סי' ק"ן ס"ה דאינו נאמן לטעון טענה אחרת במגו דלקוח. ויש חולקים דברור דמ"ש המחבר כאן בסעיף כ"א אבל אם יצא עליה קול שהיא של יתומים כו' היינו אף אם יצא הקול אחר ג' שנים או יותר. ותדע דהא טעמא הוא כיון שיצא הקול לא הי' יכול לטעון חוב יש לי עלי' או לקוחה היא בידי במגו דשלא הי' של אביכם מעולם וחזקה שהחזיק בה עתה אינו כלום מפני שאין מחזיקין בנכסי קטן, וא"כ מה בכך שלא יצא הקול עד אחר שלש שנים ס"ס חזקה שהחזיק בפני הקטן אינו כלום ואין לו שום טענה אלא לא היתה של אביכם מעולם וזהו לאו טענה הוא כיון לשיצא

Commented [j191]: מ
ספיק?

חושן משפט חלק ד'

הקול. ומ"ש המחבר בענין הקול שכתבנו בסמוך, ר"ל קודם שהחזיק ג' שנים כדין, כלומר לאפוקי סיפא בהחזיק ג' שנים בחיי האב או בהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל (לעיל סעיף י"ט) ויצא הקול אח"כ דאותו קול אינו כלום כיון שהחזיק ג' שנים כדין (ש"ך). (מט) הואיל ואילו רצה אמר לקוחים כו' – וכן אפשר לומר: הואיל ואילו רצה אמר שלא הי' של אביכם מעולם אלא כיון דטענת שלא היה של אביכם מעולם וטענת לקוח השתא כחדא ניהו נקט לקוחים (ש"ך).

Commented [j192]: מ
ספיקו

(ג) ומ"ש והרי זה גובה כו' עד ותחזור כו' – האי "הרי זה גובה" אינו ר"ל שגובה ממנו לאחר תביעתו, דאינו נאמן אלא במה שכבר אכל, אבל אינו נאמן לעכב הקרקע בידו עד שיאכל כדי תביעתו דהוי מיגו להוציא, ועי' סי' ק"נ ס"ד (סמ"ע), ויש חולקים, ולשון "הרי זה גובה" ר"ל מה שלא אכל עדיין (ש"ך), וי"א דכאן כו"ע מודים שגובה אפילו מפירות דלהבא, דדוקא מיגו לא אמרינן מממון לממון או להוציא, אבל הכא שאינו ידוע שהיה של אביו דהוי הפה שאסר, אמרינן בכל ענין הפה שאסר, דעדיף ממיגו, דאפילו במקום עדים מהני הפה שאסר (נתה"מ).

(גא) והרי זה גובה "משבחה" כצ"ל – ובספרים ישנים כתוב "בשבועה", וטעות סופר הוא, דגובה בכי האי גוונא בלא שבועה, וכמ"ש בהדיא בסעיף כ"ב, דכיון דאין נשבעים על קרקעות שבועה חמורה, ושבועת היסת לא תיקנו אטענת שמא ביורש זה שאינו יכול לטעון ברי, משו"ה נאמן בטענתו בלא שבועה, וה"ה בענין טענה זו (סמ"ע), אמנם בכל ספרי המחבר חדשים וגם ישנים כתב "בשבועה", ואין להקשות ממה שכתב בסעיף כ"ב שלא בשבועה דשאני התם כיון שהחזיק בו כדין חזקה אם כן שאני התם דכי היכא דהיה טוען לקוח לא היה נשבע היסת כיון שהחזיק ג' שנים והיתומים טוענים שמא הוא הדין בטוען חוב יש לי, אבל הכא כיון שאינו נאמן אף לקוח אלא במגו דלא היתה של אביכם מעולם, כיון שלא החזיק ג' שנים בחיי אביהן, א"כ כי היכא שהיה טוען לא היה של אביכם מעולם היה צריך לישבע היסת, שהרי היורשים היו מכחישים אותו בברי, שהיו יודעים שהוא של אביהם אף בטענת לקוח או חוב יש לי עליהם שאינו נאמן אלא בשבועה (ועמש"ל סי' קכ"ו ס"ק נ"ד?) ולפ"ז מ"ש כאן בשבועה היינו שבועת היסת (ש"ך).

(גב) בענין הקול שכתבנו בסמוך – לעיל? [סקל"ד] הוכחתי, דוקא כשיצא הקול קודם כלות ג' שני חזקה, הא אח"כ הוה נאמן, היינו דוקא לטעון לקוחה היא בידי, דאילו להיות נאמן לומר חוב יש לי עליו במיגו דלקוח, אינו נאמן אפילו ביצא הקול משכונא אחר ג' שנים, וכמו שכתב בסימן ק"ן סעיף ה' (סמ"ע), כבר כתבתי? דאפי' יצא הקול אחר ג' שנים שהחזיק בפני הקטן אינו נאמן, ומשמע דאפי' לקוחה בידי אינו נאמן. והטעם, דהא היכא דהוא מודה שהיתה שלו ולקחה, אינו נאמן כשלא החזיק ג' שנים, אלא במגו דשלא היתה שלך מעולם. וא"כ הכא דאינו יכול לטעון לקוח אלא במיגו דשלא היתה של אביכם מעולם, לא מהימן, דכיון שיצא הקול שהיא של יתומים, דהיינו שהיתה של אביהם לא ניחא ליה למטען כך, ואלו טען באמת לא היתה של אביכם מעולם היה נאמן ואין הקול מבטל טענה וכדאמרי' לקמן (סי' ק"ן סעיף ה'), דהיכא דטען לקוח בעצמה היה נאמן אעפ"י שיצא הקול שבמשכונא באתה לידו, כיון שהחזיק שלשה שנים. דקול לא הוה כעדים, ומשום קלא לא מבטלינן חזקה היכא שהוא מכחיש הקול בטענתו, וכל זה דלא כסמ"ע? אלא קיימא לן דאמרינן מגו דהעזה וכמו שכתבתי לעיל סימן פ"א סעיף כ"ג וסימן צ"ג וסי' קל"ג וכמה דוכתי (ש"ך), ועיקר כש"ך, דודאי אין חילוק בקטן בין יצא הקול קודם ג' או אחר ג', כיון דאין מחזיקין בנכסי קטן. אמנם גם דברי הש"ך שפירש הכונה כענין הקול, דהיינו קודם שהחזיק בדין, והוא בקטן אפילו לאחר ג', הוא דחוק מאד. גם דינו הוא תמוה מאד, לומר שכאשר יצא הקול שהיה של אביהם שוב ליכא מיגו דלא היה שלך מעולם, דאינו יכול להעזי נגד הקול, אלא ודאי קול גרידא שהיה של אביהם לא מהני. וגם מסברא לא נתקלקל המיגו שלו מחמת הקול, דנהי דאינו יכול לומר לא היה של אביך מעולם מחמת שהקול מכחישו, מ"מ הא אינו צריך לטעון כלל טענת ברי, דהא אפילו חזקה שאין עמה טענה אינו צריך להחזיר כל זמן שאין להמערער ראייה שהיה שלו, כמבואר בסימן קמ"ו סעיף ט', וקלא לא מהני, וא"כ יכול המחזיק לומר מאיש אחר שמת או הלך למדינת הים זבינתיה שהיה דר בו, א"כ יכול

חושן משפט חלק ד'

לומר כל זמן שאינך מביא ראיה אינני צריך להשיב לך כלל, כיון דאפילו בחזקה שאין עמה טענה אינו צריך להחזיר לו, ולזה כתב המחבר שפיר דבעינן קול שיהיה כענין הקול שכתבנו בסמוך סעיף כ', דשם מבואר שהקול הוא שבמשכונא בא לידו, כיון שהקול הוא שהוא בעצמו קיבלו מאביו ובעצמו יודע שהיה של אביו, שוב לית ליה מיגו אפילו לומר שאינו יודע אם הוא של אביו, שאינו יכול להעזי נגד הקול, כיון שהקול מעיד שהוא בעצמו קיבלו מאביו וחייב להחזיר, וענין הקול נראה דצריך להיות כענין הקול המבואר באה"ע סימן מ"ו [סעיף א' - ד'] לענין קלא דקדושין, ע"ש (נתה"מ).
(כב) אכלה שני חזקה בחיי אביהם(נג), מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהם, נאמן לומר חוב יש לי על אביהם וגובה אותו מהפירות, וגובה שלא בשבועה(נד) מתוך שיכול לומר שלי הן.

(נג) אכלה שני חזקה בחיי אביהם כו' – עי' לעיל סקל"ד? דלפי מאי דסתם וכתב המחבר בסימן ק"ג סעיף ה' דביצא עליה קול אפילו לאחר שהחזיק בו ג' שנים אינו נאמן בתביעתו האחרת במיגו דלקוח הוא בידי, צ"ל דגם כאן איירי בדלא יצא הקול (סמ"ע). וי"א אף על פי שיצא הקול שהיא של יתומים דהיינו שהיתה של אביהם וכדפי' שם (ש"ך), אכלה שני חזקה בחיי אביהם. נלפענ"ד דהעיקר כפירוש הסמ"ע [סקל"ד ול"ח] דמיירי בלא יצא הקול, ודין דיצא הקול סמך עצמו על מה שביאר בסימן ק"ג [סעיף ה'] כל פרטי דינים ואין מקומו כאן, דא"א לומר כפירוש הש"ך [סקי"ח וכ"ג], לפי מה שכתבתי בסמוך [סק"י] דכאן מיירי ג"כ שיצא הקול שהוא משכונא בידו ע"ש (נתה"מ).
(נד) וגובהו בלא שבועה – עי' לעיל סקל"ו?, מיהו יש חולקים ע"ז, וס"ל דכל מאי דאביהן מצי למיטען ולהשביעו טענינן להיתומים ג"כ אפילו בשמא (עי' לקמן סי' ק"ג ס"ו). ועיי' לעיל סימן קל"ג סעיף ה' שכתב הרמ"א שכן נ"ל עיקר, והטעם דבסימן קל"ג מיירי שהיתומים הם מוחזקים, והמערער בא להוציא מידם דברים העשויים להשאיל או להשכיר, משו"ה פסק כמ"ד דצריך המערער שבועה, מה שאין כן הכא דאיירי דהמערער הוא מוחזק, משו"ה ס"ל דמחזיק בו בלא שבועה (סמ"ע), עי' דברי הסמ"ע לעיל ס"ק ל"ד?, ואין עיקר דבריו, אלא דבפירות שאכל פשיטא דלא שייך שבועה כלל כיון שהיא טענת שמא בין בגוף הטענה בין בטענת המגו, ואין נשבעין היסת על טענת, מיהו לענין הלכה שבועת הגאונים לאו תקנה היא אלא דמדמי לה להנשבעין ונוטלים שהיא שבועת המשנה, וא"כ אין סברא לחלק בין שבועה זו לשאר שבועת המשנה הכל הנשבעין ונוטלים ומוציאים מיד הנתבע בשבועת המשנה אם תפסו יש להם מגו נוטלים בלא שבוע' אף לדעת הגאונים (ש"ך), ויש חולקים וס"ל דצריך שבועה כדין מלוה על המשכון דנשבע לדעת הגאונים, ועיי' מ"ש בזה בסימן ע"ב ס"ק ל"ח?, ועיי' מ"ש בסימן פ"ט סק"ו (קצה"ח).

(נה) שלא בשבועה - ולקמן סי' ק"ן ס"ו הביא המחבר ד"א דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למטען ומשביעין אפילו בשמא ולפ"ז צ"ל דסמך כאן אמ"ש לקמן, א"נ כאן לא קאמר אלא דא"צ שבועה חמורה דהיינו שבועת הגאונים כדין נשבע ונוטל על המשכון (ש"ך).

(כו) ו'החזיק בה המחזיק ג' שנים בחיי האב, ובשעת מיתת האב היתה בחזקת האב, אבל לא החזיק בה ג' שנים אחר שהוציאה מיד המחזיק, ומת והניח בן קטן מעמידין אותה בחזקת הקטן, ואין מקבלין עדות המחזיק להחזיק בה, כיון שהבן קטן ונמצא בחזקת אביו בשעת מותו, ולאחר שיגדיל הקטן יביא המחזיק עדים, אם מעידים שהחזיק בה ג' שנים כראוי בחיי האב, מוציאים אותה מיד הקטן ונותנים אותה למחזיק, אבל אם שהתה ביד האב ג' שנים או מקצת שלש בידו ותשלום השלש ביד בנו אחר שהגדיל, אין מוציאים אותה מידו, אבל מה שהיתה ביד הבן בעודו קטן, אינו מצטרף לתשלום ג' שני חזקה של אביו.

(נו) החזיק בה המחזיק ג' שנים כו' - מיירי שידוע שהיתה של אביו ומשו"ה בעינן שיחזיק בה המחזיק ג' שנים, ואז דוקא יכול להוציא מיד הקטן לכשיגדיל, א"נ לרבותא כתב החזיק ג' שנים, דאפ"ה מניחין אותו בחזקת הקטן עד שיגדיל (סמ"ע).

n :Commented [j193]
לש?

חוקן משפט חלק ד'

(כד) ר"ל החזיק שני חזקה בשדה יתומים וטוען שהאפוטרופוס מכרה לו ואבד שמרו, יש אומרים דהוי חזקה, ר"ל יקח חולקין וכן נ"ל.

(נד) יש אומרים דהוה חזקה - דיש כח לאפוטרופוס למכור לצורך אכילתן ועומד במקום האב, וטעם החולקין הוא מפני שהקונה מהאפוטרופוס מזהר בשטרו כיון שיודע שהקרקע אינה שלו, ואין לו לסמוך אמאי שלא מיחה האפוטרופוס כמו באבי יתומים שלא מיחה דאין יתומיו יכולין תו להוציא מידו, דשאני אפוטרופוס דהוא שליח, ובכל שלוחים אמרינן לתקוני שדרתיך ולא לעוותי (סמ"ע).

(כה) ר"ל אריס לאביו של בעל השדה או לאנשי משפחתו אין לו חזקה, שכיון שהוא אריס של בתי אבות אין ממחין הבעלים בידו(נח), אבל אם זה הוא שנעשה אריס תחילה, הואיל ואכלה כולה שני חזקה מעמידין אותה בידו, ואומרים לבעלים היאך אכל שנה אחר שנה ולא מחיתם בידו, אכל בעלים מחזקין צ"ל אריסין.

(נח) אריס לאביו של בעל השדה כו' - וי"א דאריס בתי אבות כו' פי' לעבוד כל השדות של המשפחה הן ואבותיהן ואין יכולין לסלקן (סמ"ע).

(נט) אין ממחין הבעלים בידו - דכיון דאין מסלקין אותו מניחין לו לאכול כמה שנים זה אחר זה ואח"כ יאכלו הבעלים, משא"כ כשנעשה אריס תחילה, פירוש מחדש, דהרשות ביד שניהן להסתלק זה מזה לשנים שיבואו כאשר לא יישר בעיניהן, ואין מניחין אותו לאכול כל הפירות כמה שנים זה אחר זה (סמ"ע).

(כו) אריס של בתי אבות שהוריד אריסין תחת ידו, יש חזקה שאין מורדין אריסין אחרים לנכסי אדם והוא שותק, אבל אם חילק לאריסין אחרים שהיו בה, אין לו חזקה שמא ממונה על האריסים עשו אותו.

(ס) אבל אם חילק לאריסים אחרים שהיו בה - וי"א דאם הוא עובד עמהן לא קפיד בעל השדה כו', דאף אם אריסים אלו לא היו עובדים שם כבר, מ"מ כיון שהוא עובד עמהן אינו מקפיד, ולפ"ז נראה לגרוס אריסים "אחדים" בדל"ת במקום אחרים כרי"ש, ור"ל אחדים מיוחדים שנתן לכל אחד חלקו לעבדו לבדו. ומה שסיים וכתב ז"ל, שמא ממונה על האריסים עשו אותו, ה"ק, כשיטעון המערער לומר לא הקפדתי על מה שנתנו וחלקו לאריסים מפני שממונה על האריסים עשיתי אותו, שומעין להמערער ואין להאריס חזקה (סמ"ע).

(כז) ר"ל אריס שירד מאריסתו, ואכלה ג' שנים אחר שירד החזיק.

(סא) אריס שירד מאריסתו כו' - עיין בתשו' מהרא"ן ששון סי' קט"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ט: (ש"ך)¹⁹⁸.

(כח) האומנים שהיו בונים בקרקע או מתקנים אותה שנים רבות אין להם חזקה, ירדו מאומנותם, אם אכלו אותה ג' שנים אחר שירדו מאומנותם, יש להם חזקה, ובעלים מחזקין צ"ל אומנים.

(סב) האומנים שהיו בונים בקרקע - מדברי המחבר משמע דבעינן שיהיה ידוע שנכנס לקרקע זו בתורת אומנות. אמנם י"א דכל בנאי אין לו חזקה בבית כשטוען המערער שבתורת אומנות לתקן בא לידו, ועיקר כו"א, אמנם אפילו בדעת המחבר הוא דוקא במקום שדרך האומנין לישב ולדור בתוך הבית או לזרוע בתוך השדה כשמתקנין אותן, אבל במקום שאין דרך האומנין בכך הוי אכילת פירות דידהו חזקה, דלמה היה לו להניחו לאכול פירותיו, דהא אריס ג"כ אומן הוא ומ"מ הוי חזקה במה שהניחו לאכול כל הפירות. ואי טוען המערער טענה אחרת, אי נאמן במיגו דבא לידו בתורת אומנות, תליא בפלוגתא אי נאמן באומן דמטלטלין לומר שאולין הן, שהביא הסמ"ע בסימן קל"ד סק"ב? עיי"ש דברי (נתה"מ).

(כט) האפוטרופסים אין להם חזקה, בין שהיו אפוטרופסים על שדה זו, בין על שאר נכסים, ויש אומרים ליש לו חזקה צדקות אחרות שאין לו קצות צדק, בין שמינה אותם בית דין בין שמינה אותם אבי היתומים וגדלו היתומים והניחו אותם, בין שמינה אדם אפוטרופוס

[j194] Commented ל
א הבאתי תא דברי
הנתה"מ, שזה רק
לאפוקי שיטת
התומים שלא כל כך
נצרך לכאן

[j195] Commented ז
ה טור נגד הרמב"ם
וצ"ע אם זה מובן

¹⁹⁸ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

על הוצאתו והכנסתו, הואיל והם משתמשים ברשות אין להם חזקה, אבל צעלים מחזיקין בצלהם.

(סג) האפטרופסים כו' - עיין בתשובת מהרשד"ם סי' רל"ה: (ש"ך).¹⁹⁹
(סד) בין שמינה אותם בית דין כו' - בין על גוף הקרקע או על הפירות היוצאים מהקרקע, בין שהוא אפטרופוס מיתומים שסמכו אצל בעל הבית (סמ"ע).
(סה) וגדלו היתומים והניחו אותו - וי"א דאין צ"ל כשהתחיל האפטרופוס בעודן קטנים, שודאי אין מחזיקין בנכסי קטן ואפילו הגדיל, אלא אפילו אפטרופוס על הגדולים, כגון שמינה אדם בשעת מותו על בניו הגדולים או שמינהו ב"ד כו'. והמחבר"ם דלא כתב כן לטעמיה אדיל, דס"ל דבעלמא אם ירד לתוכו בעודו קטן והחזיק ג' שנים בגדלותו ה"ל חזקה, והי"א חולקים על זה (סמ"ע).

(ל) עברו האפטרופסין ממנויין, ואכלו ג' שנים אחר שעברו, הרי זה חזקה.

(סו) עברו האפטרופסים - היינו שידוע שהחזיר מקצת ממה שהיה בידו מחמת שכבר כלה זמן האפטרופסות, ובשדה זו לא ידענו אם החזיר, אבל אם אינו ידוע אם החזיר כלל רק שכלה הזמן שקבע להיות אפטרופוס, לא הוי חזקה (נתה"מ).

(לא) המחזיק בהקדש עניים או של בית הכנסת אין לו חזקה, ואם יש לו גזברים ממנונים עליו יש לו חזקה. הנה: ודוקא שיש לגזברים חלק בצורתו הקדש, אבל כלל לא הוי חזקה, דלא יפסידו העניים משום שלא מיחה הגזבר שאין לו חלק בהקדש, המחזיק צ"ל קהל י"א דלא הוי חזקה, וכן אם הם החזיקו צ"ל אחרים, ול"נ דלינו כמו צ"ל הקדש, יחיד שיש לו ס"ת והחזיק שהציבור קורא תמיד בספר תורה שלו, אם היה לציבור ס"ת אחרת כשקראו צ"ל, מקרי חזקה ואסורים לשנות, ואם לא היה להן ס"ת אחרת לא מקרי חזקה, אדם שהחזיק במצוה כגון בגלילה או ס"ת, וארעו אונס ונתנו הקהילות המצוה לאחר, כשעבר אנסו של ראשון חוזר למצוה, אבל אם נתן המצוה לאחר בלא אונס, נתבטלה חזקתו, בית שהיה בית הכנסת צביתו מימים רבים אסור לשנותו, ראובן ושמעון שירשו מאביהן שאין לשום אדם כח לצנות בית הכנסת צלי רשותם, אינם יכולים למכור כוחן לאחרים לכהן ניתן רשות ולא לאחר, ולא שום שררה יכולין למכור.²⁰⁰

(סז) המחזיק בהקדש כו' עד אין לו חזקה כו' - אין לו חזקה שאין מוחה בעבור הקדש, שאם ירד שום אדם יאמר העולם שירד בו לקבץ הפירות לעניים ויהיה אצלו עד שיצטרכו העניים, ואם יטעון קנייתו מז' טובי העיר והלכו להן למדינת הים, נאמר לו א"כ ה"ל קלא כו' (סמ"ע). עיין בתשובת מהר"ן ששון סי' קפ"ג ובתשוב' מהרי"ט סי' קל"ב ובתשו' מהרשד"ם סי' רכ"ו ורס"ב ושפ"ג (ש"ך).²⁰¹
(סח) ודוקא שיש לגזברים כו' - עיין בתשובת ר"א ן' חיים שהאריך בדינים אלו ביאור הטור ותשוב' רשב"א עיין בתשובת רמ"א סי' ל"ב.²⁰² (ש"ך).

(ט) בשל הקדש - דהיינו אם יש גזברין שיש להם חלק כלומר שהם פורעי המס, הוי חזקה, דלקוח מגזברין לית ליה קלא, אבל בדליכא גזברין וצריכין ליקח מכל הז' טובי העיר אינו נאמן כיון דלית ליה קלא, אמנם העיקר דדוקא בימיהם שהז' טובי העיר היו צריכין למכור במעמד אנשי העיר אמרינן דקלא הוי ליה, משא"כ לפי מש"כ הש"ך ביר"ד סימן רכ"ח ס"ק פ"ט דעכשיו נשתנו המנהגים והכל נעשה ע"פ רוב המנהיגים, כגזברין דמי ויש להן חזקה (נתה"מ).

(ע) דלא יפסידו העניים משום דלא מיחה הגזבר כו' - זהו דומה למ"ש הרמ"א בסעיף כ"ד באפטרופוס דלא מיחה, והמחבר דסתם וכתב שם ד"א דהוה חזקה, סתם ג"כ כאן וכתב דאם יש להן גזברים דהוה חזקה, ודוק (סמ"ע).

(עא) ולי נראה כו' - ואם החזיקו בשל אחרים מהני ועיין בב"ח²⁰³ (ש"ך).

(עב) שיש לו ספר תורה - ודוקא שיש לו טענה, דהיינו שנעשה בהסכמת הציבור ולא נעשה באקראי מבלי שם על לב בשל מי קורין (נתה"מ).

Commented [j196] מ
ש"כ בש"ך שהטור הביא ב' שיטות בשם הר"י מברצלונה הוא מחלקת בהלכה או בלמדות?

Commented [j197] ל
א הבאתי את דבריה סמ"ע וקצה"ח

Commented [j198] ל
א הבאתי את דברי הסמ"ע סק"ג

¹⁹⁹ לא עשיתי

²⁰⁰ עי' אריכות בהערות על סי' רע"ו ס"ו.

²⁰¹ לא עשיתי

²⁰² לא עשיתי

²⁰³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(עג) אדם שהחזיק במצוה - חכם שנהג להחזיק במצוה בסך שנתן לצדקה, ועמדו אינם מהוגנים והוסיפו לתת לצדקה יותר עבור המצוה, שהם קודמים כיון שיש לעניים ריוח, אף שאינם מתכוננים לשם שמים אלא להתכבד, אל ימנע מהם מלקנות מצוה זו בסך יותר ממנו, וא"כ כ"ש בהחזיק במצוה בחנם, דמי שנותן ממון לצדקה עבור המצוה הוא קודם (פ"ת).

(עד) אבל אם נתן המצוה לאחר בלי אונס כו' - כצ"ל אם נתן בלא יוד, ור"ל שנתנה הוא מעצמו לאחר, דאילו הקהל לאו כל כמינייהו ליתנו לאחר, וזה נלמד ממ"ש לפני זה דכשהיה להקהל ס"ת אחרת כשקראו בשלו מיקרי חזקה ואסור להו לשנות (סמ"ע).

(עה) אסור לשנותו - כ"כ גם בשו"ע או"ח סימן קנ"ג סעיף י"ז ע"ש. ראובן שקנה מהמלך רשיון להיות בביתו בהכ"נ קבוע לרבים, ולאחר ט"ו שנה ציוה המלך להקהל שיבנו בהכ"נ גדולה וציוה שנית לסגור בהכ"נ הישנים, ומחמת הפצרת ובקשת ראובן מהמלך לעמוד בזכותו, ציוה להקהל לשלם לראובן מאתים ש"ח עבור שלקח ממנו הרשות שלו, ואחר מות ראובן תבעו הקהל מהאלמנה להחזיר להם המאתים ש"ח שנתנו לבעלה שלא כדין כו', והאלמנה השיבה שמה שלקח בעלה הרשיון להיות בהכ"נ בביתו נעשה אז ברצון הקהל, ואח"כ מה שציוה המלך לסגור בהכ"נ הישנים היה זה ע"פ השתדלות הקהל ונתנו עבור זה לגנוי המלך סך רב כו', אם הבהכ"נ של בעלה והרשיון מהמלך נעשה ברצון הקהל, אין להקהל לבטל בהכ"נ שלו מביתו, כמבואר באו"ח סימן קנ"ג סעיף י"ז, ועל אף דאיתא דדוקא לשנותו לבית של יחיד אחר אבל אם רוצים לבנות בהכ"נ קבוע לכולם רשאין, אך זה רק אם נשאר ג"כ הבהכ"נ בבית הישן למי שרוצה לכנסו בה, ואין הבעל בהכ"נ הישן יכול לעכב, אבל לבנות החדש ולבטל הבהכ"נ ישן זה ודאי איסור גמור. וא"כ בנידון דידן, מה שהקהל נתנו לגנוי המלך ממון שיכוף לכל בני הקהילה שיכנסו לבהכ"נ החדשה, שלא כדין עשו, והן הנה גרמו שציוה המלך לסגור הבהכ"נ של ראובן הנ"ל, ולפ"ז אין להקהל טענה מנידון המאות הנ"ל, ואדרבה הקהל חייבים לשלם היזקו של ראובן הנ"ל מדינא דגרמי. ומה שהקהל טענו שהיה זה בהכרח כדי שימכרו המקומות שבבהכ"נ שיהיה סיוע קצת להוצאת הבנין, אין זו טענה לבטל הבהכ"נ של ראובן הנ"ל, כמבואר ברמ"א סימן קס"ב סעיף ז': עשיר שהיה לו מקומות רבים ובני הכנסת באו להוסיף ספסלים כו' העשיר יכול למחות, ע"ש עוד כו' (פ"ת).

סימן קנ - מי שירד לתוך שדה בתורת משכון וחזר ועשה שטר מכירה:

(א) ר"ה מי שירד לתוך שדה אחת בתורת משכונא, אין לו בה חזקה אם ידוע שבתורת משכונא ירד לתוכה, ואם אין שם אלא קול בעלמא, נתבאר בסימן קמט (סעיף ב), ר"ומכל מקום עצה טובה לממשכן למחות בסוף כל שלש ושלוש, שמא יכבוש זה שטר המשכונא אחר שישכח הדבר ויטעון לקוח הוא בידו, ר"יכהוא דמשכן פרדסא לחבריה לעשר שנין, ולבתר דאכלה ג' שנין אמר ליה, אי מזבנת לי מוטב, ואם לא אכבוש שטר משכונא, ואטעון לקוח הוא בידו.

(א) מי שירד כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ה באריכות ובתשו' מהרי"ט סי' קי"ב²⁰⁴ (ש"ך).

(ב) ואם אין שם אלא קול בעלמא - פירוש, בין הבריות אין הדבר מפורסם בבירור אלא קול בעלמא, אבל המחזיק עצמו מודה ואומר שבתורת משכון בא לידו ושאח"כ קנאה. ואם אומר שיש לו על בעל השדה עוד חוב מצד אחר, דין זה כתב בסמוך סעיף ה' (סמ"ע).

(ב) נתנה הממשכן לבנו במתנה, וחזר ועשה שטר מכירה לבעל המשכונא, שטר המכירה אינו כלום, והמעות שנתן יותר על המשכונא, אינם אלא כמלוה על פה.

(ג) אינם אלא כמלוה על פה - דומה לזה כתב לעיל סוף סימן ע' במי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא קודם לכן, ושם כתב: יש להן דין מלוה על פה, ואינו טורף

Commented [j199]:
א הבאת את דברי
הסמ"ע סקב,

²⁰⁴ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

ממשעבדי בכח שטר שבידו, שלא ניתן לכתוב, וגם נאמן לומר פרעתי, היינו שהיה שאמר להממושכן מכור לי משכונא ואם לאו אכבוש שטר משכונא, ואסעיף שקודם לכן קאי. אבל אי מכר לו אח"כ ברצון, נראה דלכל הפחות למעות יש לו דין מלוה בשטר, לטרוף אפילו ממשעבדי דקלא אית ליה לשטרא, והוה להו להלקוחות לאזדהורי ולידע שיש לו ללוקח זה אחריות אנכסי דהמוכר בשיווי של שדה שקנה (סמ"ע), ומאחר וכל כונתו היתה לעשות ערמה כדי לבטל המכירה²⁰⁵ (נתה"מ).

(ג) היכא שידוע שירד בתורת משכונא, ר"היש אומרים שאין לו בה חזקה לעולם(ד), אפילו אם ידוע ששלמו ימי המשכונא והחזיק בה שלש שנים אחר כך, ר"היש אומרים שאם אכלה ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה, ר"היש מי שאומר שאם העידו העדים ששדה זו משכונא אצלו ואינם יודעים לכמה שנים, אפילו החזיק בה כמה שנים אין לו חזקה, ואם העידו שמשכנה אצלו סתם ואכלה ג' שנים משנה ראשונה ואילך, יש לו חזקה דסתם משכונא שתא.

(ד) יש אומרים שאין לו בה חזקה לעולם – אמנם בבן אומן ואריס ומי שירד לנכסי אשת איש [ומת בעלה] או גר שנתגייר או לקחה מהגוי ושהתה בידו אח"כ ג' שנים. דאף דבתחילת ירידתן לתוכה לא היתה להן חזקה, מ"מ כשהחזיקו אח"כ ג' שנים וטוענין בפני הודית לבעל או לאומן ואריס שמכרת לו, נאמן במיגו שהיה אומר אתה מכרת לי, שהיה נאמן כיון דהחזיק בה ג' שנים ונשתנה שמם וענינם למי שבא להן מידם והוה להו למחות (סמ"ע ונתה"מ), י"א דאם בתחלה ירד ברשות ויצא משם וחזר והחזיק בה דהוי חזקה, וע"ש דר"ל דאפילו אם בשעה שיצא לא היה ראוי לדירה אותו מקום, מ"מ יציאה מקרי ועלתה לו חזקה (קצה"ח).

(ה) אין לו חזקה – וי"א דבזה כ"ע מודים, וע"ל ס"ס שי"ז ומ"ש שם? עיין בתשו' מבי"ט ח"ב/ח"א/ ס"י ק"ן ובתשו' מהרא"ן ששון ס"י קנ"ה (ש"ך).

(ו) ואם העידו שמשכנה אצלו סתם כו' - לרבותא כתב כן, וכ"ש אם העידו שמשכנה אצלו לשנה או שנים ושכבר עברו ג' שנים אחר שכלו אותן שני משכונא דהוי חזקה (סמ"ע).

(ד) ראובן שירד לתוך שדה שמעון בתורת משכונא, והיה לראובן אצל שמעון עוד תביעה אחרת על פה ואינו יכול להוציאה מידו, וכלו ימי המשכונא ורוצה לעכב השדה ולאכול פירותיו עד כדי התביעה שיש לו אצל שמעון ולהחזירו לו אח"כ, אם ידוע לנו שירד לה בתורת משכונא אינו נאמן אפילו אם החזיק בה ג' שנים, אלא צריך להחזירה מיד כיון שכלו ימי המשכונא, ואם אינו ידוע נאמן על תביעתו האחרת, במיגו שהיה יכול לכבוש שטר המשכונא, ולטעון לקוח הוא בידי ובשבועה, ר"היש דוקא שאכל כבר הפירות כדי התביעה שטוען עליו, אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות, אינו נאמן לעכב הקרקע בידו.

(ז) ורוצה לעכב השדה כו' - לא ששמעינן כן מפיו בפומבי, אלא לסוף איגלאי מילתא שכן היתה דעתו מתחילה, וסמך נפשו אמיגו דלקוחה בידי. והכי הוא הצעת המחבר בשני סעיפים הללו, מתחיל וכתב בסעיף זה שמי שעשה כן אף שכבר אכל כדי דמי תביעתו, אם ידוע לנו שבא לידו במשכונא, פשיטא דאינו נאמן במיגו דלקוח, דהא אף אם היה טוען לקוחה היא בידי לא היה נאמן לדעה קמייתא ובתרייתא שבסעיף שלפני זה אף בג' שנים אחר כלות המשכונא, ואם אינו ידוע לנו כלל אפילו בקול, אזי נאמן אפילו אתביעתו במיגו דלקוח, ואי אינו ידוע בבירור אלא מחמת קול, בזה כתב בסעיף שאחר זה שבטענת לקוח הוא נאמן ולא אטענה האחרת במיגו, ומטעם שכתב שם (סמ"ע).

(ח) אלא צריך להחזירה מיד - לפי מאי דמסיק דמיירי כשכבר אכל כדי דמי התביעה, האי מחזירה מיד לאו דוקא הוא, אלא ר"ל צריך לשלם את כל הפירות משעה ראשונה שכלו ימי המשכונא (סמ"ע).

:Commented [j1100]
לא כתומים ולא נצרך
שאר דבריו?

²⁰⁵ חסר ולא עשיתי הט"ז

חושן משפט חלק ד'

(ט) ולטעון לקוח הוא בידי ובשבועה - עיין מה שכתבתי בסימן קמ"ט סעיף כ"א? דלצד א' אין צריך שבועה על טענת שמא. והיינו כשבא לטעון עם היורשים, אבל הכא דבא לטעון עם בעל השדה גופיה דטוען ברי, צריך שבועת היסת לכו"ע, וכמ"ש המחבר בסמוך סעיף ו' (סמ"ע).

(י) קודם שיאכל הפירות אינו נאמן - הטעם, דבקרקע אף שכבר החזיק בה ג' שנים אחר שני המשכונא, לא שייך בה תפיסה כמו במשכון דמטלטלין דנאמן לטעון עליו עד כדי דמיו במיגו דלקוח, וכיון דמורה דלא לקחה הרי היא עומדת בחזקת בעליה, אלא שיש לו מיגו, ומיגו כזה לא אמרינן, דהו"ל מיגו להוציא משא"כ כשכבר אכל כדי תביעתו, והתובע בא להוציא מידו מה שכבר שמיט או אכל (סמ"ע), לשיטה זו אף במטלטלים לא יוכל לתפוס זה תחת זה משום דהוי מיגו מממון לממון, דכל מגו תלוי באותו דבר עצמו כדאמר מגו דאי בעי אמר להד"מ כי אמר נאנסו כו', אמנם אנן דקי"ל דבמטלטלי' מהני תפיס' ולא אמרי' דהוי מגו מממון לממון דאע"ג דא"י לשום לעצמו המטלטלי' מ"מ יוכל לתפוס עד שיפרע לו חובו ותפיס' לא תלי בשומא א"כ ה"ה בקרקע כשהחזיק שלש שני, ואף בפירות דלהבא מהימן במגו (ש"ך), וי"א שיש לחלק בין קרקע למטלטלין, והיכא שאינו טוען על גוף הקרקע אלא שטוען טענת דמים בזה הוי ליה מיגו להוציא כיון שהקרקע בחזקת בעלים, ואינו דומה למטלטלין דאפילו אינו טוען עליהם מוחזק ותפוס בהם, אבל בקרקע לא שייך תפיסה, ועוד נראה לחלק בין קרקע למטלטלין, דגבי מטלטלין אף על גב דמאן שם ליה, אפ"ה כיון דלמשכון מיהא קני דבע"ח קונה משכון אפילו תפס בזרוע שלא מדעת הלוה וכמ"ש בשו"ע סימן צ"ז סעיף ו', וכיון דזוכה למשכון הו"ל מוחזק כיון דקונה משכון ולא הוי מיגו להוציא, אבל בקרקע דלא שייך בע"ח קונה משכון, דלא שייך בע"ח קונה משכון אלא גבי מטלטלין, וכיון דלית ליה שום זכות בקרקע א"כ תיכף משהודה שהקרקע אינו שלו אלא שמגיע לו דמים הוי ליה מיגו להוציא. ועוד היכן שיש לו שטר אמרינן מיגו להוציא ואפילו מיתומים, כיון דטעמא דאין נפרעין מיתומים קטנים הוא מחשש צררי או פרעון, וכיון דאית ליה מיגו מהימן לומר שלא נפרע, ולא הוי מיגו להוציא כיון דאית ליה שטר, ולפי מ"ש בסימן קל"ג סק"ז? דאמרינן מיגו להוציא נגד יורש ולוקח כיון דאין טוענין ברי ואמרינן מיגו להוציא במקום ברי ושמא אפילו היכא דלא הו"ל למידע, והכא אליבא דכ"ע נאמן במיגו דפרעתי, מאחר וטען על הפירות שמגיע לו ממנו כדי דמיהן ואית ליה מיגו על הפירות דלא אכלתי או החזרתי, ודאי נאמן בפירות שאכל (קצה"ח ונתה"מ).

(יא) אינו נאמן - וה"ה בפירות שאכל אינו נאמן כשהורע כח המגו כשיוצא קול וכמ"ש לעיל? (ש"ך).

(ה) ואם אינו ידוע שירד בתורת משכונא אלא שיצא עליה קול בכך, אם יצא הקול קודם שהחזיק בה, אינו נאמן(יב) לטעון לקוחה היא בידי, ואם יצא הקול לאחר שהחזיק בה ג' שנים, אם היה טוען לקוחה היא בידי היה נאמן, אבל אם טען יש לי עליו תביעה אחרת, ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל(יג) כדי התביעה במיגו שהיה יכול לטעון לקוח הוא בידי, אינו נאמן שהורע כח המיגו כיון שיצא קול שירד בתורת משכונא, לפיכך לא היה חפץ לטעון לקוח הוא בידי.

(יב) אבל אם טוען שיש לו עליו תביעה אחרת כו' אינו נאמן כו' - שונה ממ"ש בסימן קמ"ט סעיף כ"ב דכן נאמן במיגו כו', צ"ל דשם איירי בלא יצא עליה קול שמשכונא היא בידו וכמ"ש שם (סמ"ע).

(יג) ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל - והוא תמוה, דהא המחבר פסק לעיל סעיף ד' דלא מהני המיגו על פירות דלהבא. ועיי"ש בש"ך. אמנם משכחת לה שיהיה נאמן אפילו בפירות שיאכל לדעת המחבר, כגון שטען שבשעה שאכל אכל מקודם על החוב האחר, והמשכונא עדיין נשאר בידו, דהוי כטוען סיטראי המבואר בסימן נ"ח סעיף א', דמהימן כשיש לו מיגו, והכא נמי כיון שיש לו מיגו דלקוח, נאמן כשאומר סיטראי וקיבל מקודם הפירות שאכל על החוב האחר ודמי הלואת המשכונא נשאר (נתה"מ).

(1) רמב"םו שהדין בין ראובן ושמעון, כן הדין בינו ובין יורשי שמעון אם מת שמעון ובא לטעון כנגד יורשיו, שאם הוא בענין שיכול לטעון לקוח הוא בידי נאמן גם על הפירות

חוקן משפט חלק ד'

שאכל עד כדי התביעה, ואם אין יכול לטעון לקוח הוא בידו, אינו נאמן גם על התביעה האחרת, אלא שבזה רמזיש מי שאומר שיש ביניהם שהאב משביעו בטענת ברי, בין בעיקר טענה שהיא התביעה האחרת שיש לו עליו, בין בטענת מיגו שהיא לקוחה בידו, אבל כנגד היתומים שאין להם טענת ברי, נוטל בלא שבועה, רמזיש מי שאומר, דכל מאי דמצי אבוהון למיטען ולהשביע טענינן להו ליתמי, אפילו בשמא.

(יד) כמו שהדין בין ראובן כו' - עיין בתשו' מהרי"ט ס"ט²⁰⁶ (ש"ך).

(טו) שאם הוא בענין שיכול לטעון לקוח כו' - היינו דוקא כשלא יצא עליה קול כלל אפילו לאחר ג' שנים שהיא משכונא וכמו שכתב לפני זה בסעיף ה' כשטען ראובן עם שמעון עצמו, וה"ה עם יורשיו. ולא הוצרך לפרשו, כי הוא בכלל מה שכתבו כשם שהדין בינו ובין ראובן כו', וגם משום דהך רישא פשיטא הוא, דאם נאמן נגד אביהן שטוען נגדו טענת ברי שאינו חייב לו במיגו דלקוח, כ"ש נגד יתומים שאינן טוענין טענת ברי נגדו, ולא כתבוהו כי אם אגב דסיפא דאינו נאמן אפילו כנגדם אף שאינם טוענין ברי (סמ"ע).

(טז) בין בטענת מיגו שהיא לקוחה כו' - זה תלוי בזה, שכיון שאטענת לקוחה היא בידו צריך לישבע, משו"ה צריך לישבע גם אטענת תביעה אחרת, דאיך נאמין ליה אתביעה האחרת במיגו דלקוח בלא שבועה כיון דאטענת לקוח היה צריך לישבע (סמ"ע).

(יז) בלא שבועה - ע"ל סימן קל"ג ס"ה? (ש"ך).

(יח) אפי' בשמא כו' - צ"ע לעיל סימן ק"ח ס"ב? (ש"ך).

(יז) ירד לתוכה בתורת משכונא ואכלה ג' שנים ואין עדים שבא לידו בתורת משכונא, ואומר שעדיין יש לו להחזיק בתורת משכונא ב' שנים, נאמן במיגו דלקוחה הוא בידו, אפילו אם טוען המלוה שטר משכונא היה לי ואבד.

(יט) ואין עדים שבא לידו כו' - וגם אין קול דבקול הורע כח המגו כדלעיל ס"ה (ש"ך).

(כ) ואפילו אם טוען המלוה שטר כו' - וי"א דאינו נאמן אלא כשטען שלא היה לו שטר משכונא מעולם, דכשהיה לו שטר איכא ריעותא, דמדרך הבריות לשמור שטר משכונתם היטב לראיה שלא יטעון הלוח כבר כלו שני המשכנתא (סמ"ע), ע' בסמ"ע עד אפשר שפסקו דלא כר' יונה משום דה"ל יחידא²⁰⁷ ועיקר כו"א המובא בסמ"ע עומש"כ בסוף סימן שי"ז? גבי שכירות דנאמן במגו דשטר דשכירות לא לגובינא קאי, ע"כ פנים יש להורות דהוי ספיקא דדינא והלכך במשכנתא בנכייטא היכא דלא אכל המלוה עדיין הפירות של השתי שנים רק רוצה לאכול מפקינן מיניה הקרקע ונותנים אותם ללוח, דקרקע בחזקת בעליה עומדת והמוציא מחבירו עליו הראיה, אבל במשכנתא דסורא או בשכירות נאמן במגו להחזיק הקרקע עוד ב' שנים אבל אם לאחר שאכל ה' שנים טוען הלוח שלא ה"ל לאכול רק ג' שנים דה"ל המלוה מוחזק בפירות שאכל אף על גב דלית ליה מגו כגון שאכל בעדים ואף על גב דמתו עדי השטר ויראה לב"ד שלא יוכל המלוה לברר דבריו דבכה"ג ליכא למיחש לאטרורחי לבי דינא ומפקינן מיניה היכא דלית ליה מגו וכדלקמן סי' שי"ז ס"ג מ"מ הכא כיון די"א דאית ליה מגו דלקוח לא מפקי' מיניה הפירות שאכל אף במשכנתא דנכייטא (ש"ך).

(כא) שטר משכונא היה לי ואבד - מדלא חילקו הפוסקים בין יצא הקול או לא כמו בסימן קמ"ט סעיף כ', נראה לפענ"ד דכאן אפילו יצא הקול נאמן, דמשכנתא דסורא קלא אית ליה, והסוגיא כולה מיירי ביש קול. ועל כרחך מיירי שיצא הקול אחר ג' שנים, דאל"כ לא הוי חזקה כמבואר בסימן קמ"ט ס"כ. אך מ"מ קשה, דהא מיגו נגד קול לא מהני כמבואר בסימן קמ"ט סעיף כ"א עי"ש בשם וכאן סעיף ה'. ועל כרחך צ"ל דהכא שאני, כמו שיכול לטעון לקוח כמו כן נאמן לטעון משכונא על כמה שנים, דאין סברא כלל לומר דאם טוען לקוח בכולה שיהיה נאמן בלא מיגו, וכשטוען לקוח רק על זמן שלא יהיה נאמן רק במיגו, ומשכנתא דסורא דעל כרחך מקנה גוף לפירות הוי כטוען לקוח במקצת דבעצמה טענה מעלייתא היא, דמה שמודה שלא לקח רק מקצת

²⁰⁶ לא עשיתי

²⁰⁷ לא עשיתי - לא מצאתי איזה סמ"ע הוא מדבר עליו.

חושן משפט חלק ד'

הוי כמשיב אבידה על המותר, וכיון דאין הקול מכחיש לטענת משכונא נאמן אפילו בדאיכא קלא. ועי' לעיל סימן ע"ב סי"ח ברמ"א, ועיין ש"ך שם, דאי איכא עדים שמשכונא היא בידו ואינם יודעים כמה, דהמלוה נאמן בשבועה מטעם דהוי מוחזק, וצייין שם לעיין בסימן רע"ח ס"ק ז', ושם כתב הש"ך דבין במשכנו בשעת הלואה ובין במשכונת קרקע דאף דלא קני משכון בכה"ג, מ"מ מיקרי מוחזק. ומיגו דלקוח האמור כאן אינו דומה לשאר מיגו האמור בש"ס, דשאר מיגו הוי כהוכחה שהוא אמת, דאילו רצה לשקר היה טוען טענה מעלייתא, משא"כ הכא פירוש המיגו הוא, כיון דאי בעי טעין לקוח היה נאמן ממילא הוי מוחזק כמו בשאר משכון, ונאמן באמונתו כמה שיאמר על המשכון (נתה"מ).

:Commented [j1101]

ה שמובא בענין הש"ך והמהרש"א נוגע להלכה? ע

סימן קנא – דין אלו שאין אכילתן ראייה:

(א) רמ"ה כל אלו שאין אכילתן ראייה, אם הביאו עדים שמכרו להם הבעלים שדה זו או ניתנה להם במתנה ראייתן ראייה, חוץ מהגזלן רמ"ה ובעל בנכסי אשתו, באיזה נכסים אמרו בנכסי צאן ברזל, או בשדה שייחד לה בכתובתה ובשדה שכתב לה בכתובתה ובשדה שנתן לה משלו, אבל בנכסי מלוג יש לו ראייה.

(א) כל אלו שאין אכילתן ראייה כו' - פירוש, כגון האפוטרופסים והשותפים והאומנים והאריסים ואינך דקא חשיב בסימן קמ"ט וק"ן (סמ"ע).

(ב) חוץ מהגזלן - טעמו וענינו כתב המחבר בסמוך בסעיף ג'. ובעל בנכסי אשתו הטעם, משום דיכולה לומר לא גמרתי בדעתי להקנות לו, אלא לעשות נחת רוח לבעלי נתכונתי. ודוקא בנכסים שעומדים ברשות בעלה בחייו, משא"כ בנכסי מלוג שהן עומדין באחריות שלה ולא שייך בו האי טעמא, אם יש לבעלה ראייה מעדים או משטר שבידו שמכרה לו, מהני ליה (סמ"ע).

(ג) בנכסי צאן ברזל כו' - נראה דר"ל כאן נכסי צאן ברזל, שהכניסה לו שדה בנדוניא, והנדוניא נקראת צאן ברזל, כמבואר באבן העזר סימן פ"ה ס"ב (סמ"ע).

(ד) בשדה שייחד לה - ר"ל, אם קנה ממנה השדה שייחד לה תחת המטלטלין שהכניסה לו בנדונייתה. ובשדה שכתב לה. הוא מה שכתב לה שדה על מנה או מאתים של כתובה, שתהא לה אפותיקי לגבות כתובתה ממנה (סמ"ע).

(ה) ובשדה שנתן לה משלו – י"א דר"ל כנגד תוספת כתובה שמוסיף לה על המנה ומאתים, וכתב לה ששדה זו תהא מיוחדת לגבות ממנה התוספת, וי"א דאיירי כאן שקנה ממנה אחת מהשדות הללו, ונתן לה שטר עליו שתגבה המעות מנכסיו אחר מותו או לכשתגרש, דהא בכל הני לית לה לגוף השדה כי אם לאחר שתתאלמן או תתגרש (סמ"ע).

(ו) אבל בנכסי מלוג יש לו ראי' כו' - וכן עיקר (ש"ך).

(ב) אשה בנכסי בעלה שהביאה עדים שמכרה לה, נתבאר בטור אבן העזר.

(א) נתבאר בטור אבן העזר - ע"ש בסימן פ"ה סעיף ט' דמחלק וכתב, אם קנתה במעות טמונים דאז אין קנינה כלום, דמצי למימר הבעל דכדי להוציא המעות שגנבה ממני מכרתיה לה, ואם קנתה במעות שאינן טמונין קנינה קנין, ואם יש לה עדים או שטר דנתן לה בעלה שדה זו במתנה, קנתה בכל ענין (סמ"ע).

:Commented [j1102]

?רו

(ג) רמ"ה גזלן כיצד, כיון שהחזיק גזלן על שדה זו, אע"פ שהביא ראייה בשטר שהודה הבעל בפני עדים שמכר לו שדה ולקח דמים, והבעלים אומרים לא מכרנו אלא מפני היראה הודינו לו, מוציאין את השדה מידו ואין לו כלום, ואם כתב לו אחריות נכסים יש אומרים דקנה, ואם העידו העדים שבפניהם מנה לו כך וכך מעות, מוציאין השדה מיד הגזלן, ומחזירין לו הבעלים הדמים. הנה: רמ"ה אומרים לאס ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעה תחילה, מכירתו מכירה דקיימא לן תלוהו וזבין זביני' זבינא וכו"ל עיקר, וע"ל סי' רה דביני מסירת מודעה.

חוקן משפט חלק ד'

- (ב) אף על פי שהביא ראיה בשטר - גם בבעל בנכסי אשתו ואשה בנכסי בעלה לא מהני שטר, ולא כתבו בגזלן, אלא משום דבגזלן יש פלוגתא בגמרא (סמ"ע).
- (ג) ולקח דמים - פירוש, בשטר כתוב כן, שהודה בפניהן שמכר לו השדה ושכבר קיבל דמי המכירה, אבל אין כתוב בשטר שהעידו שראו נתינת המעות, ומש"ה מסיק וכתב דאין לו כלום (סמ"ע).
- (ד) אחריות נכסים יש אומרים דקנה - גזלן שאינו הורג נפשות על עסקי ממון, אלא שהוחזק גזלן על שדה זו, ודאי כי היכי דאמרינן אם הוחזק גזלן על שדה זו יש לו חזקה על שדה אחרת, שאין ירא למחות בו אלא בשדה זו שמוסר נפשו עליה, הכי נמי אין יראים למחות בו על שעבוד נכסים, דשעבוד כשדה אחרת דמי, הלכך אם כתב לו שעבוד קנה. משא"כ בהורג נפשות על עסקי ממון, שהוא גזלן לכל דבר, לא מהניא ליה כתיבת אחריות, דגם זה באונס כתבוהו, ומה שהרמ"א סתם וכתב די"א דמהני משום דקאי על דברי המחבר שהתחיל בסעיף זה בגזל שדה **זו** (סמ"ע).
- (ה) מוציאין השדה מיד הגזלן כו' - י"א דבגזלן אין הנגזל צריך למסור מודעא, כיון שהוחזק גזלן על שדה זו, לא דמי למאנס את חבירו עד שמוכר לו שדהו, שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזל עדיין כלום, לפיכך אם לא מסר הנאנס מודעא מכרו קיים, אבל זה שהוחזק גזלן המכר בטל בלא מודעא, ויש **חולקים** (סמ"ע).
- (ו) תלוה וזבין כו' - ר"ל, שמכר אותו באונס ע"י שתלה אותו הלוקח על העץ ועינה אותו עד שמכר לו, הוי זבינא. והיינו טעמא, דאמרינן אגב פטר מאונסו וזווי שקיבל מלוקח זה גמר והקנה לו. ועיין לקמן בסימן ר"ה סעיף א' - ד', שם נתבאר דינים הללו באריכות (סמ"ע).

:Commented [j1103]
סר קצת הסבר?

:Commented [j1104]
ה טור נגד ראש,
והשו"ע?

סימן קנב - דין אלו שאין להם חזקה, מתי יש להם חזקה:

(א) ימסכל אלו שאמרו אין להם חזקה בניהם יש להם חזקה, שאם אכל הבן ג' שנים וטוען שהבעלים מכרוהו או נתנוהו לו יש לו חזקה, אבל אם טען שהוא ירושה לו מאביו שאכלה שני חזקה אין לו חזקה, וכן בן הבן אס טוען שקרסה מאביו אביו וכן עד עולם, אבל אם טען בן הבן שקרסה מאביו יש לו חזקה, ואם הביא עדים שהודו הבעלים לאביו שמכרוהו או נתנוהו לו מעמידים השדה בידו, ויש אומרים דאפילו לא הביא (עדים) רק שאמרו צפנינו הודה לאביו שמכרה לו, נאמנים צמיגו שהיו אומרים לקוחה צדינו, חוץ מבן הגזלן, שאף ע"פ שהביא ראיה שהודו הבעלים לאביו שמכרו לו, אינו ראיה כמו שנתבאר. הגה: מיהו אם אומר בפני מנה לך אבי המעות והוא החזיק שלשה שנים נאמן, במיגו שהיה יכול לומר ממך לקחתי, ובן בן הגזלן אפילו בא בטענת אביו יש לו חזקה, אבל אם בא בטענת אבי אביו אין לו חזקה. הגה: י"יטש אומרים לאס בן בן הגזלן אומר צפני הודית שמכרת לאביו אבא הוה חזקה. דכולי האי לא מטיל אימה בצביל בן צנו, אבל אם בן הגזלן אמר צפני הודה שמכר לאביו לא מהני, דמשום מורא הולך להודות גם צפניו.

- (א) בניהם יש להם חזקה כו' - ואפילו בכך גזלן ואביו הגזלן עדיין חי, ולא אמרינן דמשום יראת אביו הגזלן ירא למחות בבנו, ועיין לעיל סימן קל"ד בסמ"ע סק"ד? (סמ"ע), אף דהודאה בפני בן הגזלן לא מהני דאמרינן משום יראת אביו הגזלן הודה בפניו כמ"ש הסמ"ע ס"ק (ט). שאני התם שחושש שהבן יודיע לאביו כמ"ש הסמ"ע שם, משא"כ מחאה שהיא שלא בפניו אינו ירא כ"כ (נתה"מ).
- (ב) וטוען שהבעלים מכרוהו כו' - ואפילו אם מודה שבאה ליד אביו בתורת אומנות או אריסות או גזלנות אלא שטוען שקנאה אח"כ, יש לו חזקה (סמ"ע).
- (ג) אבל אם טען שהיא ירושה לו מאביו כו' - ואפילו אם אכלה גם הבן אח"כ שני חזקה לא מהני, משום דהו"ל חזקה שאין עמה טענה (סמ"ע).
- (ד) שירשה מאביו יש לו חזקה - משום דטוענין ליורש כל מאי דהוה אבוהון מצי למיטען, ואילו היה אביו קיים היה נאמן לומר שקנאה, כיון דלא הוה גזלן והחזיק בה ג' שנים, או דר בה יום אחד ובנו העומד במקומו דר בה ג' שנים וכדלעיל סימן קמ"ו

חוקן משפט חלק ד'

סעיף י'. ולזה כיון ג"כ המחבר במ"ש בסעיף זה ז"ל, ובן בן הגזלן אפילו בא בטענת אביו יש לו חזקה אבל אם כו'. נמצא מ"ש הרמ"א כאן מיותר הוא כיון שכתבו המחבר עצמו אחר זה (סמ"ע).

(ה) ה"ג וי"א דאפילו לא הביאו עדים כו' - ור"ל שאין לבניהן עדים על זה אלא שהן עצמן טוענין כן בפנינו הודו בו, נאמנין במיגו כו'. ולאפוקי ממ"ש המחבר לפני זה דצריכין עדים לזה (סמ"ע).

(ו) חוץ מבן הגזלן. עיין בתשובת רמ"א סימן י"ב דף ל"ו ע"ב (ש"ך)²⁰⁸.

(ז) בפני מנה לך אבי המעות נאמן במיגו - נראה דהיינו דוקא לסברת הרמ"א בסימן שלפני זה סעיף ג', דאפילו גזלן אם ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעא מכירתו מכירה, דאילו למחבר דס"ל דבגזלן א"צ למסור מודעא, גם בזה דמנה לו המעות אין כאן חזקה אלא מחזיר לו הדמים (סמ"ע), וי"א דלסברת המחבר אפילו מעות אין לו, כיון דאינו נאמן לומר בפני מנה לך אבי המעות אלא במיגו דלקוח, כיון דאינו טוען על גוף הקרקע אלא בדמיו הו"ל מיגו להוציא, וכמ"ש בשו"ע סימן ק"ג סעיף ד' דאם יש לו מיגו על הקרקע ותובע כדי דמיו אינו נאמן משום דהוי מיגו להוציא (קצה"ח), מש"כ הסמ"ע דלדעת הרמב"ם אין כאן חזקה אלא מחזיר לו הדמים. ולכאורה קשה, דהא כאן מיירי דהנגזל מכחיש במניית המעות, דאל"כ לא היה צריך הרמ"א לומר דנאמן הבן מטעם מיגו, וא"כ קשה, דכיון דמכירה באונס אין להשטר אלא דין מלוה ע"פ כמבואר בסימן ע' סעיף ו' ובסימן ק"ג סעיף ב', ונאמן לטעון פרעתי, וא"כ אמאי אין הנגזל נאמן במיגו דפרעתי, אלא צ"ל דהכא שאני, דאף שהמכר בטל למחבר, מ"מ הקרקע משכונא היא בידו עד שמחזיר לו הדמים, כמבואר לקמן סימן קצ"ד בסמ"ע ס"ק י', ובטענת משכון הוי כמיגו להחזיק כמבואר לעיל סימן ק"ג סעיף ז', וא"כ מיגו שלו הוא עדיפא, דמיגו שלו הוי להחזיק ומיגו של הנגזל הוי להוציא (נתה"מ).

(ח) ובן בן הגזלן אפילו בא - כצ"ל "ובן" בבי"ת ולא "וכן" בכ"ף, וכאשר כתבתי לפני זה בסמוך סק"ד? ומ"ש "אפילו בא", הכי פירושו, לא מיבעיא אם בא בטענת עצמו שהמערער מכרו או נתנו לו שקנאו, אלא אפילו אם בא בטענת אביו ג"כ קנאו (סמ"ע).

(ט) בפני הודית שמכרת לאבי אבא - פירוש, לאחר שהיתה בידי הודית בפני שמכרתו לאבי אבא. ובכה"ג בבן הגזלן לא מהני, אף שהודה לפני הבן שלא בפני אביו הגזלן, י"ל שחשש שיודע לאביו (סמ"ע).

א ב"מ עא ע"א, רמב"ם מו"ל פ"א ה"א.

ב

ג

ד

ה ב"מ קיג ע"א????

ו ב"מ קיב ע"א????

ז טור.

ח רמב"ם מו"ל פ"ב ה"ב.

ט ספר התרומות ש"ב ח"א ס"ח.

י טור.

יא טור.

יב שו"ת הרשב"א ח"א סי' קכא.

יג שו"ת הרא"ש כלל עט סי' יא.

יד מ"מ מו"ל פ"א ה"ד.

טו שו"ת הרא"ש כלל עט סי' יא, שו"ת הרשב"א ח"ב סי' קנא.

טז סעיף ז.

יז שו"ת כלל עט ס"ח.

יח שו"ת הרא"ש כלל קז.

חושן משפט חלק ד'

- ט שו"ת הרא"ש כלל קה ס"ב.
י טור משו"ת הרא"ש.
יא רמב"ם מו"ל פ"ב ה"ד.
יב רמב"ם מו"ל פ"ב ה"ד.
יג שו"ת הרא"ש כלל עה סי' א-ב.
יד תוס' כתובות עט ע"א ד"ה עשאום, מרדכי כתובות סי' רח.
יה שו"ת הרא"ש כלל עה סי' ג.
יו שם.
יז שו"ת הרא"ש שם, מרדכי ב"ב סי' תרמ"ט.
יח ספר התרומות ש"ד ח"א ס"א, רמב"ם מו"ל פי"א ה"ז.
יט טור.
ל ספר התרומות ש"ד ח"א ס"א.
לא ספר התרומות ש"ד ח"א ס"ב.

ע. שם [בטור] סעיף ט'. כ"כ הרא"ש צפרק קמא דצ"ק [סי' ה'] וצתשובות כלל (פ"א) [פ"א] סי' ד'.

ציונים ומקורות יד) טור סעיף י' בשם הרמב"ם פ"א ממלוה ה"ד וכן פסק
המרדכי פרק המפקיד ב"מ סי' רס"ז וצפרק הנזכר כתובות סי' רכ"א. ד"מ ריש
סימן ל"ט סעיף ב'.

ת עו) תשובת רש"א ח"א סי' אלף כ"ו בשם הגאונים. ד"מ

- לה רמב"ם מו"ל פ"א ה"ו.
לו גיטין מה ע"ב.
לז כתובות קי ע"א, ב"ק ז ע"ב ח ע"א.
לח רא"ש ב"ק פ"א סי' ב.
לט ב"ב קעו ע"א, רמב"ם מו"ל פכ"ה ה"א.
מ הגהות מיימונית מו"ל פכ"ה אות ב.
מא שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף קמח.
מב ב"ב קעו ע"ב, רמב"ם מו"ל פכ"ה ה"ב.
מג תרומת הדשן פ.
מד מרדכי ב"ב תרנ"ב.
מה מרדכי ב"מ שלד, תוס' ב"מ קיב ע"א ד"ה חזור ושו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף טז.
מו תרומת הדשן ל.
מז ב"ב קלה ע"ב.

ציונים ומקורות ט) טור סעיף ג' בשם הלא"ז מובא בשיטמ"ק ב"ב קע"ו
ע"א ד"ה אמר רב יהודה והרמב"ן שם קע"ו ע"ב ד"ה נראה. י) שם בטור

- מט יד רמ"ה ב"ב פ"י סי' קנד.
נ רמב"ם מו"ל פכ"ו ה"א.
נא טור.
נב י) כ"כ רע"ו ירוס נמיסליס נח"ג' סוף חלק ח'. ד"מ סי'
נג ר' ירוחם נתיב טו ח"א תוס' גיטין נ ע"א ד"ה מצוה.
נד הגהות מרדכי גיטין סי' תנו, שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף טז.
נה טור בשם ר' האי ספר המקח שער כו.
נו יד רמ"ה ב"ב פ"י סי' קנד, וראב"ד בשטמ"ק ב"ב קעו ע"א ד"ה אמר רב יהודה.
נז ב"ב קעה ע"ב, קעו ע"א.
נח ב"ב קעג ע"ב, רמב"ם מו"ל פכ"ה ה"ג.
נט ב"ב מז, ספר התרומות שער לה ח"א סי' יד.
ס רא"ש ב"ב פ"י סי' מ.
סא ספר התרומות שער לה ח"א ס' כו.
סב שו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף נ.
סג שו"ת הרשב"א ח"א סי' תתצ"ב.

חושן משפט חלק ד'

סעיף ט' ז. שם [בסוד] **סעיף טו. כ"כ** בעל התרומות בשער ל"ה [ח"א] **סעיף י"א, והרמב"ם פכ"ו** [ממלוה] **דין ד',** וכתב הרב המגיד שהוא תקנת אחרונים ז"ל. **ג. שם** [בסוד] **שם** בעל התרומות [סכ"ב] **שם** רב נמת.

רמב"ם מו"ל פכ"ו ה"ב.
סעיף י"א, כ"כ הראשון **בסוף** **במ"א** [סי' מ"ו] **כדי** **המפורש** **בהגול** [ב"ק] **דף**
ק"צ ע"ב. וכתב הסמ"ע [סקכ"ב] **שם** **רבינו** **ירושם** **נתיב** (ט') [א"י] **דין** **י"א**
רמב"ם מו"ל פכ"ו ה"ג.
בהג"ה **אחרונה.** **מד** **טול** **סעיף** **י"א,** **והראש** **כ"ב** **פ"י** **סי' מ' וזמנ"ס** (פכ"ו)
פכ"ה **ממלוה** **ה"ג.** **ד"מ** **י"א.**

ציונים ומקורות (ה) המגיד משנה (פכ"ו) פכ"ה ממלוה ה"ג שם יש חולקין, הלאב"ד [מרבא בסה"ת שער ל"ה ח"א סכ"א], והממלכי פרק גט פשוט ב"ב סי' תר"ג, וז"ל סעיף י"א שם חשיבת הטעם א"כ סי' קס"א. ד"מ י"א. (ט) טול סעיף י"ב-י"ג] שם רב נמשון.
ט"א **ט"ר.**
ע"ב **רמב"ם מו"ל פכ"ו ה"ה.**
ע"ג

יודע **אם** **פרעו** **אם** **לאו.** **קמ"ע** [סקל"ד]. **כ.** **מדברי** **הרמב"ם** **שם** [ה"ו].
וכתב **הרב** **המגיד,** **וכן** **רבינו** **ז"ל** **מפרש** **מ"ש** **בז"ב** **דף** **קע"ד** **ע"ב**
בצרייתא **ואי** **כתוב** **זו** **התקבלתי** **וכו',** **הוא** **דוקא** **בדשמתיה** **ומית** **בשמתיה**
או **מדרכים** **האחרים.**

(ז) (המ"מ) הגהות מיימוני פכ"ב ממלוה אות א'. ד"מ (ז) ה'.

(ח) במשנת מיימוני סוף ספר משפטים סי' ג'. ד"מ ט"ו.

ע"ה **ר"י** **מיגש** **ב"ב** **קעג** **ע"ב.**
ע"ו **תוס'** **שם,** **ורא"ש** **פ"י** **סי' מ.**
ע"ז **ספר** **התרומות** **שערה** **לה** **ח"א** **סמ"ה.**
ע"ח **רמב"ם** **מו"ל** **פכ"ו** **ה"ו.**
ע"ט **ראב"ד** **שם.**
פ' **שו"ת** **רמב"ן** **לד.**
פ"א **מהרי"ו** **סי' פ.**
פ"ב **ב"ב** **מה** **ע"א,** **שבועות** **מו** **ע"ב,** **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ה** **ה"א.**
פ"ג **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ה** **ה"ב-ו.**
פ"ד **שו"ת** **הרא"ש** **כלל** **ע' ס"ה.**
פ"ה **ב"ב** **מה,** **רא"ש** **ב"ב** **פ"ג** **סי' מו,** **ורי"ף** **ב"מ** **ע"ב.**
פ"ו **שו"ת** **הרא"ש** **כלל** **קו** **ס"ב.**
פ"ז **ב"ב** **מה** **ע"ב,** **ורשב"ם.**
פ"ח **שבועות** **מו** **ע"ב,** **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ה** **ה"ג.**
פ"ט **בעל** **העיוטר** **אות** **מ'** **מודעאה.**
צ' **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ט** **ה"ה.**
צ"א **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ה** **ה"ג** **וראב"ד** **שם.**
צ"ב **ט"ר.**
צ"ג **הרמב"ם** **פ"ה** **מטוען** **ה"ז-ה'.**

ציונים ומקורות (א) ראב"ד בהשגות שם וטול סעיף י"ג ומשנת מיימוני

דמשפטים סי' ג'.

צ"ה **ב"ב** **מב** **ע"ב,** **מה-מו,** **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ט** **ה"א-ב.**
צ"ו **רא"ש** **ב"ב** **פ"ג** **סי' טז.**
צ"ז **רמב"ם** **טו"נ** **פ"ט** **ה"ב.**
צ"ח **ב"ב** **מו** **ע"א.**
צ"ט **תוס'** **ב"ב** **מו** **ע"א** **ד"ה** **שפיר.**
ק **ט"ר.**
ק"א **ב"ב** **מה** **ע"ב.**

חוסן משפט חלק ד'

קב ב"ב מז ע"א, רמב"ם טו"נ פ"ט ה"ג.
קג תוס' ב"ב מז ע"א ד"ה ירד, ורא"ש שם פ"ג סי' נ.
קד ב"ב מז ע"א.
קה ב"ב מז ע"א.
קו תוס' שם ד"ה ירד, ורא"ש שם פ"ג סי' נ.
קי ב"ב לו ע"א.
קכ רמב"ם טו"נ פ"י ה"ג.
קכא רשב"ם ב"ב לו ע"א ד"ה ומשני.
קכב ב"ב לו ע"א.
קכג רמב"ם טו"נ פ"י ה"ד.
קכד ב"ב מו ע"א.
קכה ב"ב מו ע"א.
קכז תרומת הדשן שיט.
קכח ב"ב לג ע"ב.
קכט רמב"ם טו"נ פ"ט ה"ו.
קל ב"ב לג ע"ב.
קלא תוס' ב"ב לג ע"ב ד"ה איזיל.
קלב ב"ב ב ע"א, רמב"ם טו"נ פ"ט ה"ז.
קכג רצ"ש סי' רס"ד.
קכד ב"מ ה ע"ב.
קכה רצ"ש סי' תל"ד.
קכז ב"מ ב ע"א.
קכח רשב"א שם ד"ה ישבע.

[ב"ח] דף ז' ע"א

קכח
קכו

**מערבא קמיה דר' אבהו וכו'. מ. קן כתב הרמב"ם שם [פ"ט מטוען] דין
ט'. וכחז הרב המגיד שם, ופירש רבינו מ"ש בגמ' ומחוי ר' אבהו ובשנועה**

[ב"ח] דף ח' ע"א.

קכו ב"מ ו ע"א, רמב"ם טו"נ פ"ט ה"א.
קכט ב"מ ו ע"א, רמב"ם טו"נ פ"ט ה"ב.
קל **טור סעיף ז' נשם הרא"ש.**

קלא **הרמב"ם שם פ"ט מטוען הי"ב.**

קלב **הראש"ד שם והטור שם ומרדכי פ"ק דנ"מ סי' רכ"א.**

קלג ב"מ ו ע"א, | צמנ"ס פ"ט מטוען דין י"ג.
קלד **הרא"ש ב"מ פ"א סי' י"א**

קלה **הרמב"ן והרשב"א ב"מ ו ע"א ד"ה והאי.**

קלו ב"מ קב ע"ב וקיי"א ועוד.
קלז שו"ת הרשב"א ה"ב רנה.
קלח ב"ב קסט ע"ב.
קלט ר"ח סנהדרין כג ע"ב.
קמ שו"ת הרשב"א ה"א תת"פ
קמא ב"ב כה ע"א.
קמב שו"ת הרשב"א ה"א תתקמ"א.
קמג ב"ב כט ע"א.
קמד תוס' שם ד"ה אמר.
קמה ראב"ד בשיטה מקובצת ב"ב כט ע"א ד"ה דאתו.
קמו ב"ב כה ע"א.
קמז שם לו ע"א.
קמח רא"ש שם סי' כו.

חוסן משפט חלק ד'

- קמט ב"ב כט ע"א.
קב ב"ב לו ע"א.
קבא רמב"ם טו"נ פי"ב הי"ב.
קבב ב"ב לו ע"א.
קבג ב"ב לו ע"ב.
קבד ב"ב לה ע"א.
קבה שם ל ע"א.
קבו רמב"ם טו"נ פי"א ה"ג.
קבז נמוקי יוסף שם טו ע"ב.
קבח ראש ב"ב פ"ג סי' ו.
קבט ב"ב לה ע"ב.
קס ב"ב כט ע"ב.
קסא תר"י ב"ב כט ע"ב ד"ה ולא.
קסב ב"ב מא ע"ב.
קסג ב"ב מב ע"א.
קסד שם.
קסה ב"ב נו ע"ב.
קסו שם.
קסז לג ע"ב.
קסה רמב"ם טו"נ פט"ז ה"ה.
קסט ב"ב נו ע"ב.
קע רמב"ם טו"נ פט"ז ה"ז-ח.
קעא ב"ב כט ע"א.
קעב ב"ב לה ע"א וע"ב.
קעג שם לט ע"א וע"ב.
קעד שם לה ע"ב.
קעה רמב"ן ב"ב לט ע"ב ד"ה מחאה, וכן הוא ברשב"א בשו"ת ח"ב סי' צ.
קעו ראש ב"ב פ"ג סי' ל לא.
קעז ב"ב לט ע"ב.
קעח נ"י שם כ ע"א.
קעט ב"ב לט ע"ב.
קפ רא"ש שם סי' כט.
קפא ב"ב מב ע"א.
קפב שם לט ע"ב.
קפג שו"ת הרשב"א ח"א א' פג.
קפד ב"ב מא ע"א.
קפה שם.
קפו שו"ת הרא"ש כלל צט סי' א וסוף כלל צח סי' י'
קפז רשב"ם ב"ב מא ע"א.
קפח רמב"ם הלכות טוען ונטען פט"ו ה"י.
קפט ב"ב ל ע"א.
קצ ב"ב ל ע"ב ורא"ש שם סי' ז'
קצא רמב"ם טונן ונטען פט"ז ה"ד.
קצב ב"ב ל ע"ב.
קצג ה"ה טו"נ פט"ז ה"ג ורשב"א שם ד"ה מעשה דההוא.
קצד ב"ב ל ע"ב.
קצה תר"י ב"ב ל"ע"ב ד"ה עלה בידינו.
קצו רשב"א שם ד"ה ומעשה.
קצז פסקי הרי"ד עמוד ק קא.
קצח ב"ב לד ע"ב.
קצט שם לה ע"ב.
ר שם לא ע"א וע"ב.
רא ב"ב לב ע"א.
רב רשב"ם ורא"ש (סי' יב) נגד ר"ח ורי"ף טז ע"ב.
רג שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קעט.
רד כתובות קט ע"א.
רה ריב"ש סי' רנב.

חוסן משפט חלק ד'

רו כתובות שם.
רי ריב"ש רמד.
ריח שו"ת הראש כלל ע' סימן ג'.
רט כתובות שם וריב"ש שם.
רי רא"ש שם סי' יב.
ריא כתובות קט ע"א.
ריב ריב"ש רנב.
ריג כתובות קט ע"ב.
ריד ה"ה טו"נ פט"ו הי"א.
רטו ב"ב מב ע"ב.
רטז רמב"ם טו"נ פי"ג ה"ג.
ריז שו"ת הרא"ש כלל צט סי' ג.
ריח תורמת הדשן פו.
ריט ב"ב מב ע"א.
ריכ שם מט ע"א.
ריא רמב"ם טו"נ פי"ג ה"ח.
ריב שם נא ע"א.
ריג רמ"ה ב"ב פ"ג סי' קצה.
ריד מרדכי ב"ב תקנ"ג ורא"ש שם.
ריה רמ"מ לט ע"א, רמב"ם טו"נ פי"ג ה"ב..
ריז רמב"ם טו"נ פי"ד ה"ז.
ריז שו"ת הרא"ש כלל צט סי' ב.
ריח ב"ב לב ע"ב.
ריט רא"ש שם סי' יח.
רל טור, ב"ק קיב ע"א.
רלא טור.
רלב שו"ת הרשב"א ח"א תרמב.
רלג ב"ב מב ע"א ומו ע"ב.
רלד שם, ורמב"ם טו"נ פי"ג ה"ו.
רלה ב"ב לב ע"ב.
רלו ב"מ קי ע"א.
רלז ב"מ עב ע"א.
רלה רמב"ן ב"מ קי ע"א ד"ה הא.
רלט רמ"ה ב"ב פ"ג סי' סו.
רמ ר' יונה ב"ב לג ע"א ד"ה עלה בידינו אין.
רמא ר' יונה ב"ב לג ע"א ד"ה כי.
רמב עי' ב"ב לב ע"ב.
רמג תר"י ב"ב לג ע"א ד"ה עלה בידינו אין.
רמד רא"ש ב"ב פ"ג סי' יז.
רמה ב"ב מז ע"ב.
רמו ב"ב מב ע"א.
רמז ב"ב מז ע"ב.
רמח רא"ש ב"ב פ"ג סי' נ.
רמט ב"ב מז ע"א.
רנ רא"ש ב"ב פ"ג סי' נ.